Abhandlungen zum schweizerischen Recht
Herausgegeben von Professor Dr. Heinz Hausheer

Dr. iur. Oliver Waespi

Organisationshaftung

Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung

Unverkäufliches Pflichtexemplar

Stämpfli Verlag AG Bern · 2005

Oliver Waespi Organisationshaftung

Abhandlungen zum schweizerischen Recht

Neue Folge

Begründet von † Prof. Dr. Max Gmür
Fortgesetzt durch † Prof. Dr. Theo Guhl
und † Prof. Dr. Hans Merz

Herausgegeben von

Dr. Dr. h.c. Heinz Hausheer

em. Professor an der Universität Bern



Stämpfli Verlag AG Bern · 2005

Oliver Waespi

Dr. iur.

Organisationshaftung

Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung

Stämpfli Verlag AG Bern · 2005

Dissertation der Rechtsfakultät der Universität Neuenburg, 2004.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2005

Gesamtherstellung:
Stämpfli AG, Publikationen, Bern
Printed in Switzerland

ISBN 3-7272-0436-2

Danksagung

Obschon die Arbeit an einer Dissertation eine einsame Tätigkeit ist, wird sie immer wieder durch die Gegenwart anderer Menschen beeinflusst und begünstigt. Bekannte, Freunde, Studierende, Arbeitskolleginnen und -kollegen haben mit unerwarteten Fragen und aufmerksamen Hinweisen manchen Mosaikstein zur vorliegenden Arbeit beigetragen. Einer Reihe von Personen gebührt jedoch ein besonderer Dank:

Ganz herzlich danken möchte ich in erster Linie Herrn Prof. Pierre Wessner, für die reichhaltige Zeit, die ich bei ihm als Assistent verbringen durfte, für die Lehr- und Lernerfahrungen, die er mir dabei ermöglichte, für seine Offenheit gegenüber dem von mir gewählten interdisziplinären Ansatz und nicht zuletzt für seine enorme Geduld, ohne die das vorliegende Buch vermutlich nie entstanden wäre. Dank gebührt im Weiteren den Mitreferenten, den Prof. Thomas Probst und Pierre Widmer, für ihre Gesprächsbereitschaft und bereichernden Rückmeldungen.

Die Interdisziplinarität führte mich in unbekannte Gewässer und sumpfige Gebiete. Für die wertvolle Gesprächsbereitschaft und Hilfe bei der Erfassung und Umgrenzung der ausserjuristischen Dimensionen meines Themas bin ich insbesondere folgenden Personen zu grossem Dank verpflichtet: Frau Franziska Tschan (Prof. für Sozialpsychologie an der Universität Neuenburg), Herrn Norbert Semmer (Prof. für Arbeitpsychologie an der Universität Bern), Frau Gudela Grote (Prof. für Arbeits- und Organisationspsychologie an der ETH Zürich) sowie Franz Schultheis (Prof. für Soziologie an der Universität Genf, ehem. Prof. für Soziologie an der Universität Neuenburg).

Ebenso gebührt juristischen Kollegen Dank. Zu diesen gehört zunächst Charles E. du Perron (Prof. für Obligationenrecht an der Universität Amsterdam) für seine wertvollen Hinweise zum niederländischen Recht. Im Weiteren danke ich meinen ehemaligen Kollegen vom Bundesamt für Justiz, den Herren Jäger, Montini und Reinhard, für ihr wohlwollendes Verständnis, sowie Thomas Jäggi für die „Lehre" im Haftpflichtrecht, die ich bei ihm genossen habe.

Im Weiteren danke ich herzlich Philipp Betschart und Simone Bleuler für die kritische Lektüre des Manuskripts sowie Noémie Helle für die Durchsicht der französischen Zusammenfassung. Schliesslich soll nicht verschwiegen werden, dass mich der Zweifel ohne die ermunternde und geduldige Zuversicht meiner Partnerin sowie meiner Eltern und Freunde vielleicht allzu früh zur Aufgabe gezwungen hätte.

Bern, im Januar 2005

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis ..... **XIX**

Materialien ..... **XXXIII**

Abkürzungen ..... **XXXV**

I. Einführung **1**

A. Einleitung **1**

B. Begriff der Organisationshaftung **4**

II. Geltendes Recht **15**

A. Organisationshaftung im geltenden schweizerischen Recht **15**

1. Vorbemerkung *15*

2. Geschäftsherrenhaftung nach OR 55 ..... *15*

3. Haftung der juristischen Person für das deliktische Verhalten ihrer Organe (ZGB 55/2) *46*

4. Staatshaftung des Bundes (VG 3) *53*

5. Vertragliche Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen (OR 101) *60*

6. Abgrenzungsfragen bezüglich der privatrechtlichen Haftungsnormen *66*

7. Strafbarkeit des Unternehmens *67*

8. Zusammenfassende Bemerkungen zum geltenden schweizerischen Recht *73*

B. Rechtsvergleichender Überblick **74**

1. Vorbemerkung *74*

2. Gemeinsame Voraussetzungen *75*

3. Zwei Ländergruppen *75*

4. Deutsches Recht *76*

5. Französisches Recht *83*

III. Interdisziplinäre Analyse **91**

A. Methodik und Fragestellung **91**

1. Methodische Vorbemerkungen *91*

2. Begründung und Funktion des Haftpflichtrechts *94*

3. Verhältnis zwischen Haftungsgrund und Haftungsvoraussetzungen *96*

4. Zur Begründung und Struktur der Verschuldenshaftung *97*

5. Zur Begründung und Struktur der einfachen Kausalhaftungen *98*

6. Zur Begründung und Struktur der strengen Kausalhaftungen *99*

7. Voraussehbarkeit und Gefährdung in allen drei Haftungstypen *102*

8. Folgerungen für die Organisationshaftung und Grundfragen der Studie *103*

B. Ethik **106**

1. Vorbemerkung *106*

2. Ethische Verantwortungskategorien *106*

3. Kollektive und korporative Verantwortlichkeit aus ethischer Sicht *109*

4. Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung *118*

C. Wirtschaftliche Gesichtspunkte **125**
1. Vorbemerkung *125*
2. Internalisierung externer Kosten über das Haftpflichtrecht („Nutzen-Risiko-Prinzip") *129*
3. Zur wirtschaftlichen Tragbarkeit *143*
4. Zu den Grenzen der ökonomischen Analyse des Haftpflichtrechts *144*
5. Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung *146*

D. Organisationslehre und Fehlerpsychologie **148**
1. Vorbemerkung *148*
2. Organisationstheorien und Organisationskultur *150*
3. Fehlerpsychologie *189*
4. Verhalten in komplexen Organisationen *211*

E. Zusammenfassende Bemerkungen zur interdisziplinären Analyse **241**

IV. Neubeurteilung der Organisationshaftung **245**

A. Möglichkeiten der Ausgestaltung einer Organisationshaftung und ihre Beurteilung **245**
1. Vorbemerkung *245*
2. Ausschliessliche Aussenhaftung des Organisationsmitglieds *245*
3. Haftung des Geschäftsherrn für eigenes Verschulden und Verschulden der Hilfsperson *246*
4. Haftung für gemeinsames Verschulden (OR 50) *247*
5. Haftung des Geschäftsherrn für eigenes Fehlverhalten *247*
6. Haftung des Geschäftsherrn für das Fehlverhalten von Organisationsmitgliedern *260*
7. Kombinierte Systeme *263*

B. Allgemeine Voraussetzungen der Organisationshaftung: Subordinationsverhältnis und funktioneller Zusammenhang **294**
1. Vorbemerkung *294*
2. Subordinationsverhältnis – Haftung für unabhängige Unternehmer *295*
3. Funktioneller Zusammenhang *302*

C. Organisationshaftung für kollektive Unsorgfalt (eigener Vorschlag) **310**
1. Grundsätzliche Notwendigkeit des Sorgfaltselements *310*
2. Individuelle und kollektive Unsorgfalt *311*
3. Sorgfaltsbegriff und Bestimmung des Sorgfaltsgrades *322*
4. Verzicht auf Kanalisierung und extern begrenzte Solidarität *365*
5. Vorschlag einer Norm *366*

D. Epilog und Zusammenfassung **368**

V. Résumé en français **373**

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis ..... **XIX**

Materialien ..... **XXXIII**

Abkürzungen ..... **XXXV**

I. Einführung **1**

A. Einleitung **1**

B. Begriff der Organisationshaftung **4**

1. Verwendung des Begriffs im geltenden Recht *4*

2. Struktur und Klassifikation der Organisationshaftung *6*

a) Begriff der Organisation: betriebswirtschaftliches Organisationsmodell 6

b) Grundstruktur der Organisationshaftung 8

c) Zusammenhang zwischen rechtlicher und faktischer Organisation und Haftung . 9

d) „Soziale Organisation" und „sozio-technische Organisation" – Organisationshaftung im engeren und weiteren Sinn 10

e) Kategorien der Organisationshaftung im engeren Sinn 11

3. Abgrenzungen *12*

a) Solidarhaftung und Individualhaftung 12

b) Vertragspartner 13

c) Inter-Organisationsbeziehungen (Konzernrecht) 13

d) Haftung für Dritte 14

II. Geltendes Recht **15**

A. Organisationshaftung im geltenden schweizerischen Recht **15**

1. Vorbemerkung *15*

2. Geschäftsherrenhaftung nach OR 55 ..... *15*

a) Rechtsquellen 15

b) Entstehungsgeschichte und Rechtsnatur 15

c) Begründung der Haftung 17

d) Haftungssubjekt 20

(1) Geschäftsherr; Subordinationsverhältnis zur Hilfsperson 20

(2) Geschäftsherreneigenschaft bei juristischen Personen; Verhältnis zwischen OR 55 und OR 754/2 (Überblick) 21

(3) Rechtslage bei Ausmietung von Arbeitskräften 22

e) Besondere Haftungsvoraussetzungen 23

(1) Vorbemerkung 23

(2) Funktioneller Zusammenhang 23

(3) Entlastungsbeweise 24

(a) Im Allgemeinen 24

(b) Dezentralisierter Entlastungsbeweis? 25

(c) Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn (Überblick) 26

(d) Kausalität der Pflichtwidrigkeit (OR 55/1 in fine) 28

(e) Bedeutung von Qualitätsmanagement-Systemen und behördlichen Anweisungen 29

(i) Qualitätsmanagement-Systeme (z. B. ISO-Normen) und branchenübliche Standards 29

(ii) Behördliche Vorschriften, Anweisungen oder Bewilligungen 32

f) Bemerkungen zur Schadenersatzbemessung 33

g) Haftung für fehlerhafte Produkte (Überblick) ... 34
(1) Entwicklung der Auslegung von OR 55 ... 34
(2) OR 55 und das Produktehaftungsgesetz ... 37
h) Rechtslage bei Schädigung von Hilfspersonen einer Organisation durch andere Hilfspersonen oder Organe derselben Organisation ... 39
(1) OR 55 (deliktische Haftung) ... 39
(2) OR 328 (Vertragshaftung) ... 40
(3) Parallelen und Unterschiede in der Auslegung von OR 55 und OR 328 ... 41
(4) Verhältnis zwischen OR 55 und 328 in Bezug auf die Grenzen der Fürsorgepflicht ... 43
(a) Vorbemerkung ... 43
(b) Datenschutz ... 44
(5) Beschäftigungspflicht und Kündigungsschutz ... 45
3. Haftung der juristischen Person für das deliktische Verhalten ihrer Organe (ZGB 55/2) ... *46*
a) Struktur und Anwendungsbereich ... 46
b) Rechtsnatur der Haftung ... 47
c) Begründung der Haftung ... 49
d) Haftungssubjekt ... 49
e) Besondere Haftungsvoraussetzungen ... 50
(1) Verhalten eines Organs – Begriff des Organs ... 50
(2) Funktioneller Zusammenhang ... 51
(3) Qualifikation des Organhandelns; Verschulden und Wissensvertretung ... 51
f) Entlastungsbeweis und Beweislast ... 51
g) Persönliche Haftung des Organs ... 52
4. Staatshaftung des Bundes (VG 3) ... *53*
a) Vorbemerkung ... 53
b) Struktur, Rechtsnatur und Anwendungsbereich ... 53
c) Begründung ... 54
d) Haftungssubjekt ... 55
e) Besondere Haftungsvoraussetzungen ... 55
f) Relativierung von VG 3 durch die Rechtspraxis: Staatshaftung als Haftung für Sorgfaltswidrigkeit ... 56
(1) Begrenzung der Staatshaftung über die Widerrechtlichkeit ... 56
(a) Verhaltensunrecht ... 56
(b) Erfolgsunrecht ... 57
(2) Begrenzung der Staatshaftung über den Kausalzusammenhang ... 59
(a) Kausalität von Unterlassungen ... 59
(b) Voraussehbarkeit und Unterbrechung des Kausalzusammenhangs ... 59
(3) Zusammenfassung ... 60
g) Persönliche Haftung des Beamten ... 60
5. Vertragliche Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen (OR 101) ... *60*
a) Struktur und Rechtsnatur ... 60
b) Begründung ... 61
c) Haftungssubjekt und Erfüllungsgehilfe ... 62
d) Besondere Haftungsvoraussetzungen ... 63
(1) Vertrag oder Sonderverbindung ... 63
(2) Befugter Beizug des Gehilfen? ... 64
(3) Funktioneller Zusammenhang und Vertragsverletzung ... 64
(4) Hypothetische Vorwerfbarkeit ... 65
e) Beweislast ... 66
6. Abgrenzungsfragen bezüglich der privatrechtlichen Haftungsnormen ... *66*
7. Strafbarkeit des Unternehmens ... *67*
a) Vorbemerkung ... 67

b) Organisationshaftung als strafrechtliche Verantwortlichkeit des Organisationsmitglieds ... 67
c) Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens: Rechtslage vor der Revision des StGB ... 69
d) Der neue Art. 100*quater* *StGB* ... 71
8. Zusammenfassende Bemerkungen zum geltenden schweizerischen Recht ... *73*

B. Rechtsvergleichender Überblick ... **74**
1. Vorbemerkung ... *74*
2. Gemeinsame Voraussetzungen ... *75*
3. Zwei Ländergruppen ... *75*
4. Deutsches Recht ... *76*
a) BGB 831 im ursprünglichen Sinn ... 76
(1) Rechtsgrundlage, Geschichte, Begründung und Rechtsnatur ... 76
(2) Haftungsvoraussetzungen ... 77
(3) Entlastungsbeweis ... 78
b) Erweiterung von BGB 831 durch die Rechtsprechung ... 79
(1) Vorbemerkung ... 79
(2) BGB 823: erweiterte Organisationspflichten und „Organisationsverschulden" ... 80
(3) Andere Erweiterungen von BGB 831 ... 81
(a) BGB 30 und 31: Ausdehnung der Organhaftung und fehlende Bestellung satzungsmässiger Vertreter als „körperschaftliches Organisationsverschulden" ... 81
(b) Ausdehnung des vertraglichen Schutzbereichs ... 82
(4) Persönliche Haftung der Hilfsperson ... 83
5. Französisches Recht ... *83*
a) Grundlage: CCfr 1384 ... 83
b) Begründung und Rechtsnatur ... 84
c) Haftungsvoraussetzungen ... 85
(1) Verhältnis zwischen Geschäftsherr und Hilfsperson ... 85
(2) Funktioneller Charakter der schädigenden Tätigkeit ... 86
(3) Verschulden der Hilfsperson ... 87
d) Entlastungsmöglichkeit ... 88
e) Persönliche Haftung der Hilfsperson ... 88

III. Interdisziplinäre Analyse ... **91**

A. Methodik und Fragestellung ... **91**
1. Methodische Vorbemerkungen ... *91*
(1) Rolle der juristischen Wissenschaft ... 91
(2) Methodenpluralismus ... 92
2. Begründung und Funktion des Haftpflichtrechts ... *94*
3. Verhältnis zwischen Haftungsgrund und Haftungsvoraussetzungen ... *96*
4. Zur Begründung und Struktur der Verschuldenshaftung ... *97*
5. Zur Begründung und Struktur der einfachen Kausalhaftungen ... *98*
6. Zur Begründung und Struktur der strengen Kausalhaftungen ... *99*
a) Begründung: Die Gefährdung als einheitlicher Haftungsgrund ... 99
b) Haftungstatbestand: Die Manifestation einer typischen Gefahr ... 101
7. Voraussehbarkeit und Gefährdung in allen drei Haftungstypen ... *102*
8. Folgerungen für die Organisationshaftung und Grundfragen der Studie ... *103*

B. Ethik ... **106**
1. Vorbemerkung ... *106*
2. Ethische Verantwortungskategorien ... *106*
3. Kollektive und korporative Verantwortlichkeit aus ethischer Sicht ... *109*

a) Vorbemerkung ... 109
b) Vorschläge für eine Ethik des kollektiven Handelns ... 109
c) Vorschläge für eine Ethik des korporativen Handelns ... 112
(1) Arbeitsteiligkeit als Grundstruktur der Korporation ... 112
(2) Darstellung ausgewählter Modelle korporativer Verantwortlichkeit ... 113
d) „Subsidiaritätsprinzip" und Verantwortungsverteilung ... 117
4. Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung ... 118
a) Vorbemerkung ... 118
b) Individuelle Haftung ... 119
c) Kollektive Haftung ... 120
d) Korporative Haftung ... 122
e) Gesellschaftliche Haftung und Subsidiaritätsprinzip ... 124

C. Wirtschaftliche Gesichtspunkte ... 125
1. Vorbemerkung ... 125
2. Internalisierung externer Kosten über das Haftpflichtrecht („Nutzen-Risiko-Prinzip") ... 129
a) Grundlagen ... 129
b) Kein Unterschied zwischen persönlicher Hilfspersonenhaftung und Haftung des Organisationsträgers bei internem Ausgleich ... 131
c) Potentielle Insolvenz des Organisationsmitglieds ... 132
d) Steuerung der Sorgfalt über ökonomische Anreize ... 134
(1) Zumutbarkeit der Prävention als allgemeines Kriterium ... 134
(a) Die „LEARNED HAND-Formel" ... 134
(b) Das „cheapest cost avoider"-Prinzip; Konflikt zwischen Sicherheit und Produktion ... 136
(c) Grenzen und Nutzen beider Prinzipien ... 138
(2) Sorgfaltssteuerung bei der Organisationshaftung im Besonderen ... 139
(3) Möglichkeiten des Organisationsträgers, seine Haftungsrisiken zu streuen ... 141
e) Transaktionskosten ... 141
f) Insolvenz des Organisationsträgers ... 143
3. Zur wirtschaftlichen Tragbarkeit ... 143
4. Zu den Grenzen der ökonomischen Analyse des Haftpflichtrechts ... 144
5. Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung ... 146

D. Organisationslehre und Fehlerpsychologie ... 148
1. Vorbemerkung ... 148
2. Organisationstheorien und Organisationskultur ... 150
a) Vorbemerkung ... 150
b) Organisationstheorien ... 150
(1) Klassische Organisationstheorien von Taylor und Weber ... 151
(a) Taylorismus ... 151
(b) Klassische Bürokratie nach WEBER ... 152
(2) Entdeckung der informellen Organisation: Human Relations - und Human Resources – Bewegungen ... 153
(a) Human Relations-Bewegung ... 153
(b) Human Resources-Bewegung ... 154
(3) Begrenzte Rationalität ... 155
(4) Organisationssoziologie ... 156
(5) Systemtheorie ... 156
(6) Sozio-technischer Ansatz ... 157
(7) Mikropolitik in der Organisation ... 158
(8) Organisationskultur ... 159
c) Organisationsformen ... 159

(1) Instrumente der klassischen betriebswirtschaftlichen Organisationslehre (Überblick) ... 159
(2) Ausgewählte neuere Organisationsformen ... 161
(a) Vorbemerkung ... 161
(b) „Lean Management": Projektorganisation und Hypertextorganisation ... 161
(c) Lean Management: Netzwerkorganisation ... 162
(3) Outsourcing und Offshoring ... 163
d) Sicherheitskultur und Sicherheitsnormen ... 163
(1) Sicherheitskultur im Allgemeinen ... 163
(2) Vor- und Nachteile der zentralisierten und dezentralisierten Organisation im Hinblick auf die Sicherheitskultur ... 165
(a) Beschreibung des bürokratischen, eher zentralisierten Modells ... 165
(b) Beschreibung des eher dezentralisierten Modells ... 166
(c) Routinen und einheitliche Sicherheitsnormen ... 166
(d) Flexibilität in dynamischer Umwelt ... 167
(e) Vorteile einer hohen Fehlertoleranz ... 169
(f) Nachteile einer hohen Fehlertoleranz ... 170
(3) Zentralisierung und Dezentralisierung in derselben Organisation: „Normal Accidents" und „High-Reliability Organizations" ... 171
(4) Fehler und Verstösse gegen Normen ... 175
(a) Vorbemerkung ... 175
(b) Verhaltensebenen in Bezug auf Normverletzung ... 176
(c) Misvention – widerrechtliches Abweichen von einer korrekten internen Norm ... 177
(d) Korrekte Verletzung unangemessener Normen (correct violation of bad rules) und Improvisation bei fehlenden Normen ... 178
e) Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte ... 179
(1) Organisationsrisiko ... 179
(a) Sicherheitsfaktoren versus Risikofaktoren in zentralisierten bzw. dezentralisierten Organisationen ... 179
(b) Informelle Prozesse ... 180
(c) Beschränkte Rationalität (Verweis) ... 181
(d) Interne Normstruktur und „Rechtsunsicherheit" ... 181
(2) Sorgfaltspflichten: lex lata und lex ferenda ... 182
(a) Bürokratisches Modell als Ausgangspunkt ... 182
(b) Informelle Prozesse ... 183
(c) Organisationskultur und Prävention ... 184
(d) Sozio-technischer Ansatz ... 185
(e) Gestaltung der internen Normstruktur – Improvisation ... 185
f) Zusammenfassung ... 188
3. Fehlerpsychologie ... 189
a) Vorbemerkung ... 189
b) Individuelles Fehlverhalten ... 190
(1) Verhaltensebenen und Klassifikationsfragen ... 190
(a) Verhaltensebenen ... 190
(b) Fehlertypen nach Verhaltensebene ... 191
(2) Überblick über zentrale Fehlerneigungen und Umstände, die Fehler begünstigen, v. a. auf der Wissensebene ... 191
(3) Beschränkte Rationalität ... 197
(4) Arbeitsumstände, Arbeitszufriedenheit und Leistung ... 198
(5) Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung ... 199
(a) Organisationsrisiko ... 199
(b) Sorgfaltspflichten: geltendes Recht und lex ferenda ... 201
c) Fehler im Gruppenkontext ... 202

(1) Vorbemerkung ... 202
(2) Vorteile der Gruppenarbeit ... 202
(3) Korpsgeist („esprit de corps") und Gruppendenken („groupthink") ... 203
(4) Gruppenpolarisierung („risky shift", „group polarization effect") ... 205
(5) Fehler bei Entscheidungsprozessen in Gruppen ... 205
(6) Kommunikationsprobleme, auch in Bezug auf Statusunterschiede ... 207
(7) „Kriminelle Verbandsattitüde" ... 207
(8) Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung ... 208
(a) Organisationsrisiko ... 208
(i) Vorteile der Gruppenarbeit ... 208
(ii) Gruppendenken und Risikoschub ... 208
(iii) Entscheidfindungsprozesse auf der Führungsebene – Statusunterschiede und Kommunikation ... 209
(iv) Nuancierungen ... 210
(v) Formulierung eines Organisationsrisikos ... 210
(b) Geltendes Recht und Sorgfaltspflichten de lege ferenda ... 211
4. Verhalten in komplexen Organisationen ... 211
a) „Verschwinden des Verschuldens" in komplexen Organisationen ... 211
(1) Vorbemerkung ... 212
(2) Relativierung des Verschuldens im Kontext der Organisation ... 213
(a) Teilweiser Verzicht des Organisationsmitglieds auf eigene Willensbetätigung ... 213
(b) Begrenzte Voraussehbarkeit ... 213
(c) Beschränkte Handlungsmacht ... 214
(i) Vorbemerkung ... 214
(ii) Handlungsmacht des Vorgesetzten ... 215
(iii) Handlungsmacht des Untergebenen ... 217
(iv) Führungsmacht als relative Grösse ... 219
(3) Arbeitsteilung ... 220
(4) Beweisprobleme ... 222
(5) Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung ... 222
(a) Organisationsrisiko ... 222
(b) Sorgfaltspflichten: Geltendes Recht und lex ferenda ... 224
b) Fehler bei der Interaktion zwischen Mensch und Maschine ... 225
(1) Vorbemerkung ... 225
(2) „Ironien der Automatisierung" ... 226
(3) Spezifische Fehler ... 227
(4) Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung ... 228
(a) Organisationsrisiko ... 228
(b) Geltendes Recht und Sorgfaltspflichten ... 229
c) Versteckte Organisationsmängel und Schutzsysteme ... 230
(1) Latente Organisationsmängel ... 231
(a) Begriff ... 231
(b) Beispiele ... 233
(2) Mehrschichtige Schutzsysteme ... 236
(3) Paradoxe Effekte ... 237
(4) Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung ... 238
(a) Organisationsrisiko ... 238
(b) Sorgfaltspflichten: geltendes Recht und lex ferenda ... 238

E. Zusammenfassende Bemerkungen zur interdisziplinären Analyse ... 241

IV. Neubeurteilung der Organisationshaftung ... 245

A. Möglichkeiten der Ausgestaltung einer Organisationshaftung und ihre Beurteilung ... 245
1. Vorbemerkung ... 245
2. Ausschliessliche Aussenhaftung des Organisationsmitglieds ... 245
3. Haftung des Geschäftsherrn für eigenes Verschulden und Verschulden der Hilfsperson ... 246
4. Haftung für gemeinsames Verschulden (OR 50) ... 247
5. Haftung des Geschäftsherrn für eigenes Fehlverhalten ... 247
a) Vorbemerkung ... 247
b) Kritische Bemerkungen zur Auslegung von OR 55 ... 248
(1) Im Allgemeinen ... 248
(2) Widersprüche und systematische Probleme beim Entlastungsbeweis ... 248
(a) Entlastungsbeweis möglich oder unmöglich? ... 248
(b) Beurteilung ex post der Sorgfaltspflichten ... 250
(c) Vermischung von organisatorischen und inhaltlichen Sorgfaltspflichten . 254
(d) Die Frage der direkten Zurechnung fehlerhaften Gehilfenverhaltens an den Geschäftsherrn ... 258
(e) Cura in eligendo und „Persönlichkeitsanalyse" der Hilfsperson ... 259
6. Haftung des Geschäftsherrn für das Fehlverhalten von Organisationsmitgliedern ... 260
a) Haftung für das Verschulden der Hilfsperson ... 260
b) Haftung für vermutetes Verschulden der Hilfsperson ... 261
(1) Darstellung ... 261
(2) Beurteilung ... 262
7. Kombinierte Systeme ... 263
a) Vorbemerkung ... 263
b) Haftung für „Organisationsrisiko" ... 263
(1) Darstellung ... 263
(2) Beurteilung ... 264
(a) Typizität und Erheblichkeit der Organisationsgefahr ... 264
(b) Formulierung des Haftungstatbestandes ... 268
(i) Organisationsrisiko als Kriterium zur Bestimmung des funktionellen Zusammenhangs ... 268
(ii) Organisationsrisiko als zentrale Haftungsvoraussetzung ... 270
(c) Zwischenfazit ... 272
c) Strengste Organisationshaftung: Haftung des Organisationsträgers für im Rahmen der organisierten Tätigkeit erfolgte rechtswidrige Schädigung ... 273
(1) Darstellung ... 273
(a) Struktur ... 273
(b) Modelle ... 274
(2) Beurteilung ... 276
(a) Zur „konstitutionellen menschlichen Unvollkommenheit" ... 276
(b) Zur wirtschaftlichen Tragbarkeit ... 276
(c) Argumente pro ... 277
(d) Argumente contra ... 278
(i) Begründung einer Haftung nicht ausschliesslich mit ökonomischen Argumenten möglich ... 278
(ii) Ambivalenter Bezug zum Organisationsrisiko ... 278
(iii) Beweisprobleme ... 279
(iv) Problem der Haftungsbegrenzung ... 279
(v) Einseitiges Organisationsmodell ... 281
(vi) Systematik des Haftpflichtrechts ... 281

(a) Fehlende Haftungsbegrenzung über allgemeine Haftungsvoraussetzungen ... 281
(b) Logische Unmöglichkeit in wichtigen Fallgruppen, Widerrechtlichkeit und Kausalzusammenhang ohne Bezug zu Sorgfaltspflichten zu definieren ... 282
(c) Sinnlosigkeit der besonderen strengen Kausalhaftungen gegenüber einer reinen Verursachungshaftung ... 283
(d) Fehlende Parallelität zur Staatshaftung und zu OR 101 ... 284
(e) Zwischenfazit: keine Organisationshaftung für blosse widerrechtliche Verursachung ... 284
d) Anknüpfung an „organisatorische Unsorgfalt": Art. 49 und 49a des Schweizer Vorentwurfs ... 286
(1) Darstellung ... 286
(2) Beurteilung ... 287
(a) Allgemeine Reaktionen ... 287
(b) Modulierung der Haftung anhand der Zielsetzung der schädigenden Tätigkeit (Trennung zwischen VE 49 und 49a) oder der Grösse der Organisation ... 288
(c) Sorgfaltsbegriff (Verweis) ... 291
(d) Subordinationsverhältnis und funktioneller Zusammenhang (Verweis) ... 291
(e) Verteilung der Beweislast (Verweis) ... 291
(f) Verzicht auf Kanalisierung und extern begrenzte Solidarität (Verweis) ... 291
e) Anknüpfung an „objektive Unsorgfalt" ... 291
(1) Darstellung ... 291
(2) Beurteilung ... 293
f) Anknüpfung an „kollektive Unsorgfalt" (Verweis) ... 294

B. Allgemeine Voraussetzungen der Organisationshaftung: Subordinationsverhältnis und funktioneller Zusammenhang ... 294
1. Vorbemerkung ... 294
2. Subordinationsverhältnis – Haftung für unabhängige Unternehmer ... 295
a) Der Begriff der „Organisation" als Ersatz für das Subordinationsverhältnis? ... 295
b) VE 49a ... 296
c) Rechtsvergleich ... 296
d) Argumente, die für eine Haftung für unabhängige Unternehmer sprechen ... 298
e) Argumente, die gegen eine Haftung für unabhängige Unternehmer sprechen ... 300
f) Fazit ... 301
3. Funktioneller Zusammenhang ... 302
a) Beurteilungskriterien und Interpretationsmöglichkeiten ... 302
b) Rechtsvergleich ... 304
c) Beurteilung ... 306
d) Fazit ... 310

C. Organisationshaftung für kollektive Unsorgfalt (eigener Vorschlag) ... 310
1. Grundsätzliche Notwendigkeit des Sorgfaltselements ... 310
2. Individuelle und kollektive Unsorgfalt ... 311
a) Fragwürdige Trennung zwischen dem Verhalten von Organen und Hilfspersonen ... 311
b) Kollektive Verursachung und kollektive Unsorgfalt ... 313
c) „Kollektive Unsorgfalt" in der Rechtsprechung zum geltenden Recht ... 314
(1) Entscheidungen von Kollektivorganen in juristischen Personen ... 314
(2) OR 55 ... 315
(3) OR 101 und ZGB 55/2 ... 315
(4) Staatshaftung: Pflichtwidrigkeit ... 317
(5) Unternehmensstrafrecht: „sozialer" Schuldbegriff ... 318

(6) Rechtsvergleichende Aspekte ... 318
d) „Kollektive Unsorgfalt" in der Organisationshaftung de lege ferenda ... 319
(1) Direkte Zurechnung schädigender Verhaltensweisen und Zustände ... 319
(2) Beispiel: ECTIL-Principles ... 321
3. Sorgfaltsbegriff und Bestimmung des Sorgfaltsgrades ... 322
a) Vorbemerkung ... 322
b) Verhältnis zwischen Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit ... 323
(1) Theoretisches Postulat: Trennung zwischen Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit ... 323
(2) Vermischung von Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit in der Rechtspraxis ... 323
(a) Nur gradueller Unterschied zwischen Normverletzung und Sorgfaltspflichtverletzung ... 323
(b) Vermischung von Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit in der Staatshaftung ... 325
(c) Vermischung von Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit beim Gefahrensatz im deliktischen Bereich ... 326
(d) Vermischung von Vertragswidrigkeit, Widerrechtlichkeit und Unsorgfalt bei der positiven Vertragsverletzung (in Verbindung mit dem Gefahrensatz) ... 327
(3) Die Lehre vom Verhaltensunrecht ... 329
(4) Abgrenzung zwischen Widerrechtlichkeit und Vorwerfbarkeit eines Verhaltens ... 329
c) Sorgfalt, Voraussehbarkeit und Kausalzusammenhang ... 331
(1) Ausgangspunkt: Verantwortung als Funktion von Wissen und Macht ... 331
(2) Voraussehbarkeit in der Adäquanztheorie ... 332
(3) Vermischung von Sorgfalt und Adäquanz – Perspektive ex ante – ex post ... 334
(4) Zum Begriff der objektiven Voraussehbarkeit ex ante zwischen Verschulden und Adäquanz ... 335
d) Gefährdung und objektive Voraussehbarkeit als zentrale Kriterien zur Bestimmung des Sorgfaltsgrades ... 337
(1) Gefährdung und Umfang der zumutbaren Voraussehbarkeit ... 337
(a) Gefährdung als Kriterium im Übergang zwischen Verschuldens- und Kausalhaftung ... 337
(b) Gefährdung und hypothetisches Vergleichsverhalten ... 338
(c) Unvermeidbare Wertungskluft zwischen Vorwerfbarkeit und vollständiger Schadensinternalisierung ... 340
(2) Bestimmung der Gefährdung – Abgrenzung zwischen Organisations- und Gefährdungshaftung ... 341
(a) Abgrenzung zwischen Organisations- und Gefährdungshaftung ... 341
(b) Notwendige Differenzierung zwischen abstrakter und konkreter Gefährdung ... 343
e) Relative Wissensvertretung ... 347
f) Fallbeispiele zur Illustration der Korrelation zwischen Gefährdung und objektiver Sorgfalt ... 348
(a) Vorbemerkung ... 348
(b) Allgemein: Unterschiede zwischen einer reinen Verursachungshaftung und einer Haftung für Unsorgfalt ... 349
(c) Illustration des Verhältnisses zwischen Gefährdung und Voraussehbarkeit ... 350
(i) Benützung öffentlicher Sportanlagen ... 350
(ii) Haftung für medizinische Behandlung ... 350

(iii) Haftung für gegenständliche Gefahrenquellen auf Baustellen und in der Landwirtschaft ... 352
(iv) Skiunfälle ... 353
(v) Produktehaftung ... 354
g) Zur wirtschaftlichen Zumutbarkeit von Sorgfaltsmassnahmen ... 355
h) Zur Beweislastverteilung hinsichtlich der Unsorgfalt ... 357
(1) Ausgangslage ... 357
(2) Argumente, die für die Beweisbelastung des Geschädigten sprechen ... 358
(3) Argumente, die gegen die Beweisbelastung des Geschädigten sprechen ... 359
(4) Fazit ... 360
i) Zusammenfassung und Fazit ... 361
4. Verzicht auf Kanalisierung und extern begrenzte Solidarität ... 365
5. Vorschlag einer Norm ... 366

D. Epilog und Zusammenfassung ... **368**

V. Résumé en français ... **373**

Literaturverzeichnis

Publikationen sind berücksichtigt bis ca. Juli 2004

AESCHIMANN, GORDON	La responsabilité du fait de l'organisation: faits et droit, in: ZSR 121 (2002) 99
AMALBERTI, RENÉ	Safety in flight operations, in: WILPERT/QVALE (Hrsg.), S. 171 ff.
BAR, CHRISTIAN VON	Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, München 1996, zitiert als: Gemeineuropäisches Deliktsrecht
BAR, CHRISTIAN VON	Vicarious Liability, in: Hartkamp et alii: Towards a European Civil Code, The Hague/London/Boston 1998, S. 431 ff. zitiert als: Vicarious Liability
BAR, CHRISTIAN VON (HRSG.)	Deliktsrecht in Europa, Köln/Berlin/Bonn/München 1994, zitiert als: Deliktsrecht
BAR, CHRISTIAN VON	Gutachten zur Revision des Schuldrechts, 1981, zitiert als: Gutachten
BAZERMAN, M.H.	Judgment in managerial decision making, 3. A., New York 1994
BECK, PETER	Erste Auswirkungen des europäischen Produktehaftungsrechts, in: SVZ 1997 S. 118 ff.
BERTSCHINGER, URS	Organisationshaftung – Eine Schweizer Perspektive, in: „Tradition und Fortschritt im Recht", Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, Stuttgart 1999, S. 177 ff.
BERTSCHINGER, URS	Urteilsbesprechung, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit aus Geschäftsführung. Unmittelbarer Gläubigerschaden im Kontakt mit einer arbeitsteiligen Organisation, AJP 1999, S. 486 ff., zitiert als: Verantwortlichkeit
BERTSCHINGER, URS	Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, zitiert als: Arbeitsteilung
BERTSCHINGER, URS	Arbeitsteilung im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: AJP 1998 S. 1286 ff., zitiert als: Verantwortlichkeitsrecht
BIEDER, ALFRED	Die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach dem Schweizerischen Obligationenrechte, ZSR 5 (1886) S. 327 ff.
BISCHOF, PIRMIN	Ökonomische Rechtsanalyse am Beispiel der Produktehaftung, in: recht 1993 S. 202 ff.
BLAU, PETER M. / SCOTT, W. RICHARD	Formal Organizations: A Comparative Approach, San Francisco 1962
BÖCKLI, PETER	Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996
BOLLE, PIERRE-HENRI	La responsabilité pénale des personnes morales, in: SJK Nr. 6 (Stand 1. Juli 1981)

BONDALLAZ, JACQUES	La responsabilité civile de l'organisateur d'une manifestation sportive en droit suisse, in : ZEN-RUFFINEN, PIERMARCO (Hrsg.) : Droit et sport, Berne 1997, S. 63
BONHÖFFER, DIETRICH	Widerstand und Ergebung, Gütersloh 1951, 16. A. 1997
BOOS, MARGARETE	Gruppenprozesse, in : STRAUB/KEMPF/WERBIK (Hrsg.), S. 636 ff.
BORER, PETER / KRAMER, ERNST A. / POSCH, WILLIBALD / SCHWANDER, IVO / WIDMER, PIERRE (HRSG.)	Produktehaftung. Schweiz – Europa – USA, Bern 1986
BORER, PETER	Die Produktehaftung in den USA, in: BORER et al. (Hrsg.),
BREHM, ROLAND	Berner Kommentar zu Art. 41-61 OR, Bern 1990; 2. A. Bern 1998; zitiert als: Brehm-BK
BREHMER, BERNHARD	Cognitive Aspects of Safety, in: WILPERT/QVALE (Hrsg.), S. 23 ff.
BRÜGGEMEIER, GERT	Prinzipien des Haftungsrechts, Baden-Baden 1999, zitiert als: Prinzipien
BRÜGGEMEIER, GERT	Der Vorschlag eine EG-Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen im Lichte des deutschen und schweizerischen Schuldrechts, ZSR 112 (1993) S. 419, zitiert als: Dienstleistungen
BRÜGGEMEIER, GERT	Organisationshaftung; deliktsrechtliche Aspekte innerorganisatorischer Funktionsdifferenzierung, in: AcP 1991 S. 33, zitiert als: Organisationshaftung
BRUNNER, CHRISTIANE / BUEHLER, JEAN-MICHEL / WAEBER, JEAN-BERNARD	Commentaire du contrat de travail, 2. A., Lausanne 1996
BUCHER, EUGEN	Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988
BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, SCHWEIZERISCHES	Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens – wie weiter? Bericht vom 8. Juni 1994
BUNDESSTELLE FÜR FLUGUNFALLUNTERSUCHUNG (DEUTSCHE)	Presseinformationen vom 19. Mai 2004 zur Veröffentlichung des Untersuchungsberichts über den Zusammenstoss einer Boeing B757-200 mit einer Tupolew TU154M am 1. Juli 2002 bei Überlingen am Bodensee.
BURCKHARDT, C. CHR.	Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, in: Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1903, Erstes Heft, Basel 1903 (Sonderdruck), auch publiziert in: ZSR 22 (1903) S. 469 ff.
CAEMMERER, ERNST VON	Reformprobleme der Haftung für Hilfspersonen, in: Gesammelte Schriften, Tübingen 1983

CETEL (CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE)	„Les conceptions populaires de la responsabilité et du rôle des assurances – Une études des normes de justice et de solidarité sociale dans les mentalités contemporaines", rapport final de recherche, 1998
CHAMOREL, JACQUES	La responsabilité de l'employeur pour le fait de ses employés en matière extra-contractuelle, Diss. Lausanne 1925
CHAPPUIS, CHRISTINE / WERRO, FRANZ	La responsabilité à la croisée des chemins, rapport à la société suisse des juristes 2003, in: ZSR 122 (2003) II S. 237 ff.
CHAPPUIS, CHRISTINE / WINIGER, BÉNÉDICT (HRSG.)	Responsabilités objectives, Genf/Zürich/Basel 2003
CHAPPUIS, CHRISTINE / WINIGER, BÉNÉDICT (HRSG.)	La responsabilité fondée sur la confiance, Zurich 2001
CHAUDET, FRANÇOIS	La responsabilité extracontractuelle du fait des produits, in: JdT 1986 S. 568 ff.
CONSTANTINESCO, VLAD	Grundfragen der Haftung für Verrichtungsgehilfen nach französischem Recht, in: KUCHINKE, K. (Hrsg.), Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung, FS Heinrich Lange, München 1970, S. 415 ff.
CROZIER, MICHAEL	Le phénomène bureaucratique, Chicago 1964, Ausgabe 2001
CROZIER, MICHAEL / FRIEDBERG, ERHARD	L'acteur et le système: les contraintes de l'action collective, Paris 1977
DESCHENAUX, HENRI	Norme et causalité en responsabilité civile, in: Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Basel 1975, S. 399 ff.
DESCHENAUX, HENRI / TERCIER, PIERRE	La responsabilité civile, 2. A., Bern 1982
DÖRNER, DIETRICH	Die Logik des Misslingens: strategisches Denken in komplexen Situationen, Reinbek 1989
DRUCKER, PETER F.	Post-capitalist society, Oxford/New York 1993
DRUEY, JEAN NICOLAS	Organ und Organisation. Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, in: SAG 53 (1981) S. 77 ff.
ELIOTT, DOMINIC / SMITH, DENIS	Football stadia disasters in the United Kingdom: learning from tragedy, Industrial and Environmental Crisis Quarterly, 7 (1993) S. 205 ff.
ENGEL, PIERRE	Traité des obligations en droit suisse, dispositions générales du CO, 2. A., Bern 1997
EÖRSY, GYULA	Private and government liability for the torts of employees and organs, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen etc. 1984, Vol. XI chap. 4
ESSER, JOSEF	Von der Zweispurigkeit unseres Haftungsrechts, in: JZ 1953 S. 129

FASEL, URS	Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000
FEHLMANN, REGULA	Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, Diss. St. Gallen 2002
FELLMANN, WALTER	Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht, in: SJZ 91 (1995) S. 41 ff., zitiert als: Selbstverantwortung
FELLMANN, WALTER	Produzentenhaftung in der Schweiz, in: ZSR 101 (1988) I S. 275 ff., zitiert als: Produzentenhaftung
FESTINGER, LEON	Theorie der kognitiven Dissonanz, Bern 1978
FLEMING, JOHN G.	The Law of Torts, 8. A., Sydney 1992
FORSTMOSER, PETER	Einführung in das Recht, Bern 2003, zitiert als: Einführung
FORSTMOSER, PETER	Haftung im Konzern, in: BAER, CHARLOTTE (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern etc. 2000, S. 89 ff.
FORSTMOSER, PETER	Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987, zitiert als: Verantwortlichkeit
FORSTMOSER, PETER	Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: FS Arthur Meier-Hayoz, Zürich 1982, S. 125 ff., zitiert als: Organbegriff
FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ, ARTHUR / NOBEL, PETER	Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
FRENCH, PETER	Collective and corporate responsibility, New York 1984
FRIEDEL-HOWE, H.	Neue Organisationskonzepte, in: von ROSENSTIEL/HOCKEL/MOLT (Hrsg.): Handbuch der Angewandten Psychologie. Grundlagen – Methoden – Praxis, S. VI-4.1, S. 1 ff., 1994.
FRISCH, MAX	Homo Faber (Roman), Frankfurt 1957, 1. A. 1977
GALAND-CARVAL, SUZANNE	Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others. Part I – General Questions, in: SPIER (Hrsg.) S. 289 ff.
GAUCH, PETER	Urteilsanmerkung zu BGE 110 II 456, in: Baurecht 1986 S. 67 f., zitiert als: Besprechung von BGE 110 II 456
GAUCH, PETER	Der vernünftige Mensch – ein Bild aus dem Obligationenrecht, in: STEINAUER (Hrsg.), S. 177 ff., zitiert als: Der vernünftige Mensch
GAUCH, PETER / SCHLUEP, WALTER R.	Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil. Ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 6. Auflage, Zürich 1995 (8. A. GAUCH/SCHMID/REY, Zürich 2003)
GAYLER, ERICH	Die ausservertragliche Haftung für Hilfspersonen, Diss. Zürich 1944
GERVEN, WALTER VAN / LEVER, JEREMY / LAROUCHE, PIERRE	Tort Law, in: Common Law of Europe Casebooks, Oxford and Portland/Oregon, 2000; S. 522 ff.: Liability for others

GILLIARD, FRANÇOIS	Vers l'unification du droit de la responsabilité, Referat am Schweizerischen Juristentag 1967, in : ZSR 1967 II S. 193 ff.
GIOVANNONI, PIERRE	La causalité dans la responsabilité civile extracontractuelle, in: ZBJV 98 (1962) S. 249 ff.
GNOS, URS	Anspruchskonkurrenz im schweizerischen Produktehaftpflichtrecht, Diss. Zürich 1997
GOTTHARDT, PETER	Landesbericht Frankreich, in: VON BAR (Hrsg.): Deliktsrecht in Europa, Köln etc. 1994
GRAVEN, PHILIPPE / JUNOD, CHARLES ANDRÉ	Societas delinquere potest? in: FS Robert Patry, Lausanne 1988, S. 351 ff.
GROSS, BALZ	Die Haftpflicht des Staates. Vergleich und Abgrenzung der zivil- und öffentlich-rechtlichen Haftpflicht des Staates, Diss. Zürich 1996
GROSS, JOST	Schweizerisches Staatshaftungsrecht. Stand und Entwicklungstendenzen, 2. A., Bern 2001, zitiert als: Staatshaftungsrecht
GROSS, JOST	Zum Begriff der Widerrechtlichkeit im schweizerischen Staatshaftungsrecht, in: recht 1998 S. 49 ff., zitiert als: Widerrechtlichkeit
GROTE, GUDELA	Autonomie und Kontrolle, Zürich 1997
GRZEGORCZYK, CHRISTOPHE	Trois modèles de l'homme juridique, in: Steinauer (Hrsg.), S. 205 ff.
GUHL, THEO	Das schweizerische Obligationenrecht, 5. A., Zürich 1956
GUILLOD, OLIVIER	Responsabilité médicale: de la faute objectivée à l'absence de faute, in: Chappuis/Winiger (Hrsg.), S. 155 ff.
GYGI, FRITZ	Die Widerrechtlichkeit in der Staatshaftung, in: FS André Grisel, Neuenburg 1983, S. 417 ff.
GYSLER, EMIL	Die Haftung für fremde culpa, Diss. Zürich 1892
HAENTJENS, MATTHIAS / PERRON, EDGAR DU	Liability for Damage Caused by Others under Dutch Law, in: Spier (Hrsg.), S. 171 ff.
HAHN, ANNE-CATHERINE	L'ébauche d'un droit européen de la responsabilité civile, in: L'européanisation du droit privé, Fribourg 1998
HANDSCHIN, LUKAS	Der Konzern im geltenden Schweizer Privatrecht, Zürich 1994
HAUSHEER, HEINZ	Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1995 und 1996, ad BGE 121 IV 10, in ZBJV 1997 S. 438 ff., zitiert als: ad BGE 121 IV 10
HAUSHEER, HEINZ	Neuerungen bei den Haftungsgründen, in SVZ 1997 S. 22 ff., zitiert als: Neuerungen
HAUSHEER, HEINZ / JAUN, MANUEL	Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, in: ZBJV 1998 (134) S. 549 ff.

HESS, HANS-JOACHIM	Kommentar zum Produktehaftpflichtgesetz (PrHG), 2. A. Bern 1996
HILL, WILLHELM / FEHLBAUM, RAYMOND / ULRICH, PETER	Organisationslehre. Theoretische Ansätze und praktische Methoden der Organisation sozialer Systeme, Bd. I 5. A., Bern 1994, Bd. II 4. A., Bern 1992
HÖFFE, OTTFRIED	Lexikon der Ethik, 5. A., München 1997
HOFSTETTER, KARL	Haftung für Dienstleistungen – Bestrebungen der EU als Herausforderung für das schweizerische Recht, in: ZSR 1995 I S. 337 ff.
HOHLBEIN, BERNHARD	Die neuere Entwicklung des niederländischen ausservertraglichen Haftungsrechts, Diss. Münster 1980
HONDIUS, EWOUD / VAN DAM, CEES	Länderbericht Niederlande, in : VON BAR (Hrsg.): Deliktsrecht in Europa, Köln/Berlin/Bonn/München 1994, S. 10
HONORÉ, TONY	The Morality of Tort Law – Questions and Anwers, in: OWEN (Hrsg.) S. 73 ff.
HONSELL, HEINRICH	Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2000
HORTON ROGERS, W. V.	A Common Lawyer Looks at the Swiss Tort Law Reform Project, in : ZSR 2001 I S. 351 ff.
HOWELLS, GERAINT	Product Liability, in : HARTKAMP (Hrsg.), S. 449 ff.
HUGUENIN, CLAIRE	Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel 1992 ff., ad Art. 54/55 ZGB, zitiert als: HUGUENIN-BasK
INSAG	Safety culture, in: IAEA (International Atomic Energy Agency) (Hrsg.), Safety series, Wien 1991
ISO	ISO Standards Compendium, ISO 9000 Quality Management, Genf 2003
JAAG, TOBIAS	Staats- und Beamtenhaftung, in: Organisationsrecht, 1996
JAAG, TOBIAS (KOORD.)	Organisationsrecht (versch. Autoren) in: KOLLER (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel 1996 ff.
JÄGGI, PETER	Diskussionsvotum am Schweizer Juristentag 1967, in: ZSR 1967 II S. 754 ff.
JAUN, MANUEL	Zur gegenwärtigen und künftigen „ratio legis" der Geschäftsherrenhaftung, in: FS Heinz Hausheer, Bern 2002
JONAS, HANS	Das Prinzip Verantwortung, Frankfurt a. M. 1979
JUNG, CARL GUSTAV	Mensch und Seele, von JOLANDE JACOBI ausgewählte Texte, Olten 1971
KELLER, ALFRED	Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Auflage, Bern 2002
KELLER, CHRISTIAN	Sparpotenzial für Klein- und Mittelbetriebe. Outsourcing als Alternative zum Rotstift, in: NZZ vom 24.9.2002, S. 69.
KISS-PETER, CHRISTINA	Guter Glaube und Verschulden in mehrgliedrigen Organen, in: BJM 1990 S. 281.

KLEIN, STEFAN	Wie der Zufall unser Leben durcheinander bringt, in: NZZ am Sonntag vom 1. August 2004, S. 53.
KOLLER, ALFRED	Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, 1. A. Diss. Freiburg 1980, 2. A. Zürich 1981
KOLLER, HEINRICH ET AL. (HRSG.)	Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel 1996 ff.
KOLLER, THOMAS	Das Von-Roll-Urteil und die Organisationshaftung – Rezeption einer genuin zivilistischen Betrachtungsweise im Strafrecht? in: SJZ 92 (1996) S. 409 ff.
KORNHAUSER, LEWIS A.	An Economic Analysis of the Choice between Enterprise and Personal Liability for Accidents, 70 Calif. L. Rev. 1345 (1982)
KOZIOL, HELMUT	Oesterreichisches Haftpflichtrecht, Bd. II, 2. A., Wien 1984
KOZIOL, HELMUT / STEININGER, BARBARA C. (HRSG.)	Tort and Insurance Law Yearbook, Wien 2003
LA PORTE, TODD R. / CONSOLINI, PAULA M.	Working in practice, but not in theory: Theoretical challenges of high reliability organizations, in: Journal of Public Administration Research and Theory, 1 (1991), S. 19 ff.
LANZ, WALTER	Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Diss. St. Gallen 1974
LARENZ, KARL / CANARIS, CLAUS-WILHELM	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. A., Heidelberg 1995
LASKI, HAROLD J.	The Basis of Vicarious Liability, in: Yale Law Journal 1916 S. 105 ff.
LEGEAIS, RAYMOND	L'évolution de la responsabilité civile des maîtres et commettants du fait de leurs préposés en droit français et en droit allemand, in : FS Savatier, Paris 1992 S. 303 ff.
LEIMBACHER, BEAT / HAUSER, PACO R. / NICKLER, MARCEL	Abkehr vom „Do it yourself". Outsourcing im Finanzsektor, in: NZZ vom 25.6.2002, S. 85.
LENK, HANS (HRSG.)	Technik und Ethik, 2. A., Stuttgart 1993
LENK, HANS	Über Verantwortungsbegriffe und das Verantwortungsproblem in der Technik, in: Lenk (Hrsg.) S. 112 ff., zitiert als: Verantwortungsbegriffe
LENK, HANS	Verantwortungsdifferenzierung und Systemkomplexität, in: Rapp. F (Hrsg): Technik und Philosophie, Technik und Kultur Bd. 1, Düsseldorf 1990, zitiert als: Verantwortungsdifferenzierung
LOSER-KROGH, PETER	Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, in: Schweizerischer Juristenverein (Hrsg.), Referate und Mitteilungen vom Schweizerischen Juristentag

	2002, Heft 2, S. 127 ff. (auch erschienen in: ZSR 122 [2003] Bd. II)
LUHMANN, NIKLAS	Zweck-Herrschaft-System; Grundbegriffe und Prämissen Max Webers, in: MAYNTZ (Hrsg.), S. 36 ff., zitiert als: Grundbegriffe
LUHMANN, NIKLAS	Funktionen und Folgen formaler Organisation, 4. A. Berlin 1995, zitiert als: Formale Organisation
LÜTOLF, SANDRA	Strafbarkeit der juristischen Personen, Diss. Zürich 1997
MAAG, HANS	Zivilrechtliche Haftung für schädliches Verhalten Dritter, Diss. Zürich 1924
MARCH, JAMES G. / SIMON, HERBERT A.	Organizations, New York 1958
MARCHAND, SYLVAIN	Responsabilité fondée sur la confiance: vie et mort d'un ornithorynque juridique, in: CHAPPUIS/WINIGER (Hrsg.) : La responsabilité fondée sur la confiance, S. 163 ff.
MARING, MATTHIAS	Modelle korporativer Verantwortung, in: Conceptus XXIII (1989), Nr. 58, S. 25 ff., zitiert als: Modelle
MARING, MATTHIAS	Kollektive und korporative Verantwortung, Habil. Münster 2001, zitiert als: Verantwortung
MASTRONARDI, PHILIPPE	Grundbegriffe und allgemeine Grundsätze der Verwaltungsorganisation, in: KOLLER, H. (Hrsg.), zitiert als : Grundbegriffe
MASTRONARDI, PHILIPPE	Die Organisation der allgemeinen Bundesverwaltung, in: KOLLER, H. (Hrsg.), zitiert als : Organisation
MATUSCHE-BECKMANN, ANNEMARIE	Das Organisationsverschulden, Habil. Köln, Tübingen 2001
MAURER, THOMAS	Drittverschulden und Drittverursachung im Haftpflichtrecht, Diss. Bern 1974
MAYNTZ, RENATE	Max Webers Idealtypus der Bürokratie und die Organisationssoziologie, in: MAYNTZ (Hrsg.) S. 27 ff.
MAYNTZ, RENATE (HRSG.)	Die bürokratische Organisation, 1971
MEIER-HAYOZ, ARTHUR	Berner Kommentar zum Einleitungstitel des ZGB, Bern 1962, zitiert als: MEIER-HAYOZ-BK
MEIER-HAYOZ, ARTHUR / FORSTMOSER, PETER	Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. A., Bern 2004
MERZ, HANS	Besprechung von BGE 95 II 93, in: ZBJV 107 (1971) S. 129 ff.
MILGRAM, STANLEY	Das Milgram-Experiment. Zur Gehorsamsbereitschaft gegenüber Autorität, Reinbek bei Hamburg 1974.
MOSER, MARTIN	Die Haftung für Dienstleistungen im Lichte eines qualifizierten Qualitätsmanagementsystems, in: AJP 1997 S. 181 ff.

MÜLLER, CHRISTOPH	Telemedizin und Arzthaftpflichtrecht im Lichte des schweizerischen und internationalen Privatrechts, in: Revue suisse du droit de la santé 2004, Nr. 2, S. 37 ff.
MÜLLER, JÖRG PAUL	Die Grundrechte in der Schweizerischen Bundesverfassung, 2. A., Bern 1991
NATER, HANS	Zur Entwicklung der Produktehaftpflicht in der Schweiz, in: SJZ 1989, S. 389 ff., zitiert als : Produktehaftpflicht
NATER, HANS	Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäss OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung, Diss. Bern 1971, zitiert als: Haftpflicht des Geschäftsherrn
NESTEROWICZ, MIROSLAW / BAGINSKA, EWA	Liability for Damage Caused by Others under Polish Law, in: SPIER (Hrsg.) S. 185 ff.
NIEPER / WESTERDIJK	Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch; Bücher 6, 7 und 7a, Deen Haag 1995 (Übersetzung ins Deutsche und Einführung)
NONAKA, IKUJIRO	Die Organisation des Wissens, Frankfurt a. M. 1997 (Original: "The Knowledge-Creating Company", Oxford University Press 1995).
OFTINGER, KARL	Die Haftung ohne Verschulden im schweizerischen Recht, In: Ausgewählte Schriften, Zürich 1978, zitiert als: Haftung ohne Verschulden
OFTINGER, KARL	Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 4. A., Zürich 1975, zitiert als: Haftpflichtrecht
OFTINGER, KARL / STARK, EMIL W.	Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. A. Zürich 1995; Bd. II/1 (Besonderer Teil: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen Haftung aus Gewässerverschmutzung), 4. A., Zürich 1987; Bd. II/2 (besonderer Teil: Gefährdungshaftungen), 4. A., Zürich 1989
OLDENHUIS, FOKKO TIEMEN	Onrechtmatige daad, aansprakelijkheid voor personen, Kommentar zum BW, Deventer 1998 (Stand November 1998)
ORWELL, GEORGE	„1984" (Roman), publiziert 1949, Ausgabe 1983 Signet Classic, New York.
OTT, KONRAD	Technik und Ethik, in : NIDA-RÜMELIN, JULIAN (Hrsg.) : Angewandte Ethik, Stuttgart 1996.
OWEN, DAVID (HRSG.)	Philosophical Foundations of Tort Law, Oxford 1995
PERRON, C. E. DU / BOOM, W. H. VAN	Länderbericht Niederlande, in : B. A. KOCH/H. KOZIOL (Hrsg.) : Unification of Tort Law : Strict Liability, Den Haag/London/New York 2002, S. 227 ff.
PERROW, CHARLES	Normal Accidents. Living with High-Risk Technologies, Princeton University Press, New Jersey 1999 (Erstausgabe 1984)

PETITPIERRE, MAX	La responsabilité causale. Co-Rapport, in: Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1930, ZSR 49 S. 65a- 114a
PETRIN, MARTIN	Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz, Diss. St. Gallen 2004
PORTMANN, PETER	Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Diss. Bern 1958
PORTMANN, WOLFGANG	Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts – Eine Auseinandersetzung mit dem geplanten Bundesgesetz, in: ZSR 2001 I S. 327 ff., zitiert als: Revision
PORTMANN, WOLFGANG	Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht, in: SJZ 93 (1997) S. 273 ff., zitiert als: Abgrenzung
POYET, C. / LEPLAT, J.	Mixed Technologies and Management of Reliability, in: WILPERT/QVALE, S. 133 ff.
RASMUSSEN, J.	Learning from Experience? How? Some Research Issues in Industrial Risk Management, in: WILPERT/QVALE S. 43 ff.
REASON, JAMES T.	Managing the risks of organizational accidents, Hants 1997, zitiert als: Organizational Accidents
REASON, JAMES T.	Managing the managment risk: New approaches to organisational safety, in: WILPERT / QVALE (Hrsg.), S. 7-22, zitiert als: Management risk
REASON, JAMES T.	Human error, Cambridge University Press 1990, zitiert als: Human Error
REHBINDER, MANFRED	Berner Kommentar zu den Artikeln 319–330a OR, Bern 1985, zitiert als: REHBINDER-BK
REICHWEIN, HEINZ	Wie weit ist der Aktiengesellschaft und andern juristischen Personen das Wissen ihrer Organe zuzurechnen (sog. Wissensvertretung)? in: SJZ (66) 1970 S. 1
REUTER, DIETER	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch ad Art. 31 BGB, 3. A., München 1993, zitiert als: REUTER-MüKom
REY, HEINZ	Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2003
RIEMER, HANS MICHAEL	Berner Kommentar zu den Artikeln 52–59 ZGB, Bern 1993, zitiert als: RIEMER-BK
ROBERTO, VITO	Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002
ROPOHL, GÜNTER	Neue Wege, die Technik zu verantworten, in: Lenk (Hrsg.), zitiert als: Neue Wege
ROPOHL, GÜNTER	Ethik und Technikbewertung, Frankfurt 1996, zitiert als: Ethik
ROSENSTIEL, LUTZ VON	Grundlagen der Organisationspsychologie, 4. A., Stuttgart 2000

SCHAMPS, GENEVIÈVE	La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, Diss. Louvain, Brüssel 1998
SCHÖBI, FELIX	Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts – Ergebnisse der Vernehmlassung und weiteres Vorgehen, in: WEBER/ FUHRER (Hrsg.), S. 9 ff.
SCHMIDT-JENA, HEINRICH (HRSG.)	BALTHASAR GRACIANS Handorakel und Kunst der Weltklugheit (erstmals erschienen 1653), Deutsch von ARTHUR SCHOPENHAUER (vollendet 1832), Alfred Kröner Verlag Leipzig
SCHWARTZ, PAUL	Adäquate Kausalität und Verschuldenshaftung, in: BJM 1970 S. 1 ff.
SEILER, HANS HERMANN	Die deliktische Gehilfenhaftung aus historischer Sicht, JZ 1967 S. 525 ff.
SEMMER, NORBERT / REGENASS, ALEX	Situational assessment of safety culture, in MISUMI/ WILPERT/MILLER (Hrsg): Nuclear Safety: A human factors perspective, 1999, zitiert als: Safety culture
SEMMER, NORBERT / REGENASS, ALEX	Mechanismen, Verhütung und Korrektur von menschlichen Fehlhandlungen, in: GROTE/KÜNZLER (Hrsg.): Theorie und Praxis der Sicherheitskultur, Zürich 1996, Verlag der Fachvereine (auch unter www.ex.unibe.ch/psy/aop/publications), zitiert als: Mechanismen
SIEGER, KURT	Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung, Diss ZH 1979
SPIER, JAAP (HRSG.)	Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others, Deen Haag/London/New York 2003
SPIRO, KARL	Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984
SPITZ, PHILIPPE	Strafrechtliche Produkthaftung – Übertragbarkeit zivilrechtlicher Betrachtungsweisen? Unter besonderer Berücksichtigung der Organisationshaftung im Zivil- und Strafrecht, Diss. Basel 2001
STARK, EMIL W.	Einige Gedanken zur Produktehaftpflicht, Festschrift für Karl Oftinger, Zürich 1969, S. 281 ff.
STEIGER, WERNER VON	Gesellschaftsrecht, in: Schweizerisches Privatrecht (hrsg. von WERNER VON STEIGER), Bd. 8, 1. Halbband, Basel 1976, S. 211 ff.
STEIN, PETER	Revision Haftpflichtrecht, Vorentwurf und Bericht der Studienkommission im Vergleich, nebst Bemerkungen und Versuch eines Alternativvorschlages, in: SVZ 1996 S. 289 ff.
STEIN, URSULA	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch ad Art. 831 BGB, 3. A., München 1997, zitiert als: STEIN-Mükom
STEINAUER, P.-H. (HRSG.)	Das Menschenbild im Recht, Fribourg 1990

STEINBRÜCHEL RICO	Organ und Hilfsperson, Eine Studie zur Haftung der sogenannten juristischen Person nach Art. 55 Abs. 2 ZGB, Diss. Zürich 1947
STRAUB, JÜRGEN / KEMPF, WILHELM / WERBIK, HANS (HRSG.)	Psychologie. Eine Einführung, München 1997
SYKES, ALAN	The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines, in: Harvard Law Review 1988 S. 563 ff., zitiert als: Boundaries
SYKES, ALAN	The Economics of Vicarious Liability, in: Yale Law Review 1984 S. 1231 ff., zitiert als: Economics
TAUPITZ, JOCHEN	Ökonomische Analyse und Haftungsrechts – Eine Zwischenbilanz, in: AcP 196 (1996) S. 114 ff.
TERCIER, PIERRE	Les contrats spéciaux, 3. Auflage, Zürich/Basel/Bern 2003.
TOURNEAU, PHILIPPE LE	La responsabilité civile, 3e A. 1982
TOURNEAU, PHILIPPE LE / CADIET, LOÏC	Droit de la responsabilité. Responsabilités civile et pénale, responsabilités civiles délictuelles et quasi délictuelles, défaillances contractuelles et professionnelles, régimes spéciaux d'indemnisation, Paris 1996
TRECHSEL, STEFAN / NOLL, PETER	Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil I, 5. A., Zürich 1998
TUHR, ANDREAS VON / SIEGWART, ALFRED	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Halbband, 2. A. Zürich 1942
VINEY, GENEVIÈVE / JOURDAIN P.	Les conditions de responsabilité, in: GHESTIN, J. (Hrsg.). Traité de droit civil, 2. Auflage, Paris 1998
VOGEL, OSCAR	Grundriss des Zivilprozessrechts, 5. Auflage, Bern 1997.
VRANKEN, J.B.M.	Einführung in das Niederländische Schuldrecht, in: AcP 191 (1991) S. 411 ff. (2. Teil: Das Recht der unerlaubten Handlung, Schadenersatz- und Bereicherungsrecht)
WAGENAAR, WILLEM A.	A Model-based Analysis of Automation Problems, in: WILPERT/QVALE, S. 71 ff.
WALTER, HANS PETER	La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in: CHAPPUIS/WINIGER (Hrsg.): La responsabilité fondée sur la confiance, S. 147 ff.
WÄSPI, STEFAN	Die Arbeit der Internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda, NJW 2000 S. 2453 ff.
WATTER, ROLF	Chinese Walls bei Universalbanken?, in: SJZ 97 (1991) S. 109 ff.
WEBER, ROLF H.	Berner Kommentar zu Art. 101 OR, Bern 2000, zitiert als: Weber-BK

WEBER, ROLF H.	Sorgfaltswidrigkeit - quo vadis?, in: ZSR 107 (1988) I 39, zitiert als: Sorgfaltswidrigkeit
WEBER, STEPHAN / FUHRER, STEPHAN (HRSG.)	Retouchen oder Reformen? Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand, Zürich/Basel/Genf 2004
WEBER-HÄUSERMANN, ELISABETH	Haftung für Hilfspersonen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu neuen Verantwortungsformen im deutschen und schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1984
WEITNAUER, HERMANN	Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang – Versuch einer Ehrenrettung, in: FS Karl Oftinger, Zürich 1969, S. 321 ff.
WERRO, FRANZ	Bemerkungen zu VE 49 und 49a, in : CHAPPUIS/WERRO, zitiert als : Croisée des chemins
WERRO, FRANZ	Quelques remarques sur l'avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, in : HAVE 2002 S. 14 ff., zitiert als : Remarques
WERRO, FRANZ	Quelques ruminations sur les relations entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle à partir d'un accident de téléski, in : Baurecht 2001 S. 10 ff., zitiert als : Ruminations
WERRO, FRANZ	Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR: Plädoyer für ein modifiziertes Verständnis von Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Haftpflicht, in: ZSR 116 (1997) I 343, zitiert als: Sorgfaltspflichtverletzung
WESSNER, PIERRE	Au menu, boeuf, salades et fromages contaminés ou la notion d'illicéité dans tous ses états. Un regard sur les procès en responsabilité engagés par des producteurs contre la Confédération Suisse, in: Gastronomie, Alimentation et Droit, FS Pierre Widmer, Zürich 2003
WESSNER, PIERRE	Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux, in : CHAPPUIS/WINIGER (Hrsg.): Responsabilités objectives, S. 61 ff., zitiert als : Propos erratiques
WESSNER, PIERRE	La responsabilité du chef de famille et l'égalité des époux, Diss. Neuchâtel, Neuchâtel 1981, zitiert als: Responsabilité
WETZEL, PATRICK	Vom Outsourcing zum Offshoring. Dienstleistungs-Jobs gehen in Billiglohn-Länder, in: NZZ vom 10.5.2003, S. 23.
WICKE, HARTMUT	Respondeat Superior : Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römisch-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht, Diss. Regensburg, Berlin 2000
WIDMER, PIERRE	Antizipierte Widerrede gegen die Kastration oder Schubladisierung des Expertenentwurfs zur Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, in: WEBER/FUHRER (Hrsg.), S. 39 ff.

WIDMER, PIERRE	Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftungsrechts: Brennpunkte eines Projekts, in: ZBJV 130 (1994) S. 385 ff., zitiert als: Vereinheitlichung
WIDMER, PIERRE	Responsabilité du fait des produits et responsabilité du fait de l'organisation, in: FS J.-M. Grossen, Neuchâtel 1992, S. 349 ff., zitiert als : Responsabilité
WIDMER, PIERRE	Produktehaftung, Urteilsanmerkung Zivilrecht zu den BGE 110 II 456 und JdT 1986 I 571, in: recht 1986 S. 50 ff., zitiert als: ad BGE 110 II 456
WIDMER, PIERRE	Produktehaftung in der Schweiz, in: BORER/KRAMER/POSCH/SCHWANDER/WIDMER (Hrsg.), S. 15 ff., zitiert als: Produktehaftung
WIDMER, PIERRE	Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, in: ZSR I 96 (1977) S. 417 ff., zitiert als: Fonction et évolution
WIDMER, PIERRE	Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, ZBJV 110 (1974) S. 289 ff., zitiert als: Standortbestimmung
WIDMER, PIERRE	Gefahren des Gefahrensatzes: Zur Problematik einer allgemeinen Gefährdungshaftung im italienischen und schweizerischen Recht, in: ZBJV 106 (1970) S. 289 ff. Gefahren
WIDMER, PIERRE / WESSNER, PIERRE	Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Erläuternder Bericht, Bern 2000
WILPERT, BERNHARD / KLUMB, PETRA	Social Dynamics, Organisation and Management: Factors contributing to system safety, in: WILPERT/QVALE (Hrsg.) S. 87 ff.
WILPERT, BERNHARD / QVALE, THORALF (HRSG.)	Reliability and Safety in Hazardous Work Systems, Hove 1993
WINIGER, BÉNÉDICT	L'architecture de l'Avant-projet de loi sur la responsabilité civile, in: ZSR 2001 I S. 299 ff., zitiert als: Architecture
WOHLERS, WOLFGANG	Die Strafbarkeit des Unternehmens, in SJZ 96 (2000) S. 381 ff.
ZWEIGERT, KONRAD / KÖTZ, HEIN	Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen 1984, Bd. II (S. 371 ff.: Haftung für Leute)

Materialien

Bericht Studienkommission	Bericht der Studienkommission zur Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, Bern 1991, zitiert als:
Botschaft (1998) ad StGB	Botschaft des Bundesrates vom 21.9.1998 zum Unternehmensstrafrecht, BBl 1999 1979, 2136 ff.
Botschaft (1983) ad OR	Botschaft des Bundesrates vom 23. Februar 1983 zur Revision des Aktienrechts, BBl 1983 II 745 ff.
Botschaft (1905) ad OR	Botschaft des Bundesrates vom 3. März 1905 zum OR-Entwurf (wiedergegeben bei FASEL)
Botschaft (1879) ad aOR	Botschaft des Bundesrates vom 27.11.1879 zum OR-Entwurf von 1879 (später aOR; wiedergegeben bei FASEL)

Abkürzungen

A.	Auflage
a. M.	anderer Meinung
aBW	Altes Bürgerliches Gesetzbuch der Niederlande
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AJP	Aktuelle juristische Praxis (Zeitschrift)
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811
aKMG	(Altes) Bundesgesetz über das Kriegsmaterial vom 30. Juni 1972 (Kriegsmaterialgesetz), damals SR 514.51.
Anm. d. V.	Anmerkung des Verfassers
aOR	Altes Obligationenrecht: Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881, in Kraft getreten am 1. Januar 1883 (wiedergegeben bei FASEL, abgelöst durch das OR).
ArGV 3	Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, vom 18. August 1993, SR 822.113
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, vom 6. Oktober 2000, SR 830.1
Bd.	Band
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
Bger	Bundesgericht
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	(Deutscher) Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BJM	Basler juristische Mitteilungen (Zeitschrift)
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000, SR 172.220.1
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BW	Bürgerliches Gesetzbuch der Niederlande; 6. Buch (Obligationenrecht) in Kraft seit dem 1.1.1992
bzw.	beziehungsweise
CC	Code civil suisse (siehe ZGB)
CCfr	Code civil français vom 21. März 1804
CO	Code des obligations (siehe OR)
CP	Code pénal (siehe StGB)
DDR	Frühere Deutsche Demokratische Republik

de lege ferenda	im zukünftigen Recht
de lege lata	im geltenden Recht
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DSG	Datenschutzgesetz vom 19. Juni 1992, SR 235.1
E	Entwurf
ebd.	ebenda
ECTIL	European Centre for Tort and Insurance Law
ECTIL-Principles	Principles of European Tort Law, wiedergegeben bei: KOZIOL/STAUDINGER (Hrsg.), S. 562 ff., auch einsehbar unter: http://civil.udg.es/tort/Principles/Articles/Principles_Vienna.pdf (Stand 18. April 2004)
EG	(Frühere) Europäische Gemeinschaft
EHG	Bundesgesetz über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen und der Schweizerischen Post vom 28.05.1905, SR 221.112.742
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EleG	Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz) vom 24. Juni 1902, SR 734.0
EpG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1970 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz), SR 818.101
Erw.	Erwägung
EU	Europäische Union
ex ante	im Voraus
ex post	im Nachhinein
FJS	Fiches juridiques suisses (juristische Kartothek der Schweiz)
Fn	Fussnote
FS	Festschrift
gl. M.	gleicher Meinung
GIG	Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995, SR 151.1
GmbHG	Deutsches GmbH Gesetz vom 4. Juli 1980
GTG	Bundesgesetz über die Gentechnik im Ausserhumanbereich (Gentechnikgesetz), vom 21. März 2003, SR 814.91
HAVE	Haftpflicht und Versicherung (Zeitschrift)
HR	Hooge Raad (höchstes Gericht) der Niederlande
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937, SR 221.411
HRO	High Reliability Organization
Hrsg.	Herausgeber/-in

i. V. m.	in Verbindung mit
IAEA	International Atomic Energy Agency
ibidem	am gleichen Ort
in casu	im vorliegenden Fall
in fine	am Ende
INSAG	International Nuclear Safety Advisory Group
ISO	International Organization for Standardisation
JdT	Journal des Tribunaux (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KMG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 1996 über das Kriegsmaterial (Kriegsmaterialgesetz), SR 514.51
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KV	Kantonsverfassung
LRCF	Loi sur la responsabilité de la Confédération (siehe VG)
LRFP	Loi sur la responsabilité du fait des produits (siehe PrHG)
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
N	Nummer (Randziffer)
NR	Nationalrat
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OHG	Opferhilfegesetz vom 4. Oktober 1991, SR 312.5
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
OSZE-Korruptionsabkommen	Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, abgeschlossen in Paris am 17. Dezember 1997, in Kraft getreten für die Schweiz am 30. Juli 2000; SR 0.311.21
Praxis	Praxis des Bundesgerichts (Zeitschrift)
RGZ	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010
Rz	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SAG	Schweizer Aktienrecht (Zeitschrift)

SHG-Protokoll	Protokoll der Beratungen der wiedereingesetzten Expertenkommission für die Regelung der Haftpflicht für Stauanlagen (zitiert mit der Genehmigung des Bundesamtes für Justiz)
SJ	Semaine judiciaire (Zeitschrift)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
SprstG	Bundesgesetz vom 25. März 1977 über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz), SR 941.41
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StenBull	Amtliches stenografisches Bulletin der Bundesversammlung
StR	Ständerat
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG), SR 741.01
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift
TF	Tribunal fédéral suisse
v.	versus
VE	Schweizer Vorentwurf für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts (wiedergegeben unter http://www.bj.admin.ch/d/index.html, dort „Rechtsetzung" / „Haftpflichtrecht").
Verw.	Verweis
VG	Verantwortlichkeitsgesetz vom 14. März 1958, SR 170.32
vs.	versus
VStrR	Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht, SR 313.0
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag, SR 221.229.1
WW	Weltwoche (Zeitung)
z. T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des Berner Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Zusf.	Zusammenfassung

I. Einführung

A. Einleitung

„An den Klippen der Arbeitsteilung zerschellen die klassischen Prinzipien der Verantwortlichkeit."[1]

Tragen Organisationen Verantwortung? Stellte man diese Frage in einer öffentlichen Erhebung, so wäre wohl zu erwarten, dass sie die meisten Menschen bejahen würden. Weniger einheitlich wären aber wohl die Antworten auf die Frage, *worin* die Verantwortung der Organisationen genau bestehe. Die einen würden auf die soziale Verantwortung der wirtschaftlichen Unternehmen für ihre Mitarbeiter hinweisen, andere auf deren Verantwortung den Investoren gegenüber. Wieder andere würden die Verantwortung von Unternehmen für Umweltschäden, Chemieunfälle, Tankerhavarien, Betrugsfälle einfordern, einige würden vielleicht die Fürsorgepflicht des Staates gegenüber seinen Bewohnern ins Feld führen, zu erwarten wäre vermutlich auch ein Appell an die moralische Verantwortlichkeit wirtschaftlicher Unternehmen den wirtschaftlich schwächeren Mitgliedern der Gesellschaft gegenüber. Ähnlich vielschichtig würde die Definition der Organisation ausfallen. Wie die Organisation als Lebens- und Arbeitsform vielfältige Funktionen erfüllt, weckt sie auch unterschiedlichste Assoziationen. Fühlen sich die einen Menschen in grossen Organisationen geborgen und durch sie geschützt, so empfinden sie andere als äusserst bedrohlich und untrennbar mit dem Nimbus des Machtmissbrauchs verknüpft. Ist sie für die einen ein vorzügliches Instrument, um die als chaotisch empfundene Natur durch rationale menschliche Gestaltungskraft zu beherrschen, so verkörpert sie für andere seelenlose, kollektivistische Einheitlichkeit. Führt die für Organisationen typische Arbeitsteilung für die einen utopischerweise zu einer rationelleren Befriedigung menschlicher Grundbedürfnisse und dadurch zu einer grösseren privaten Entfaltung des Individuums, so verbirgt sich für andere gerade hinter der extremen Arbeitsteilung die unwürdige Reduktion des Menschen auf einen Produktionsfaktor.

Angesichts der vielfältigen Dimensionen des Verantwortungs- und Organisationsbegriffs ist es angebracht, den Gegenstand der vorliegenden Studie sorgfältig abzugrenzen. Im Zentrum steht die Untersuchung der Verantwortung von Organisationen für das Verhalten ihrer Mitglieder. Viele Arten von Verantwortung sind undeutlich definiert, haben moralischen oder politischen Charakter und sind deshalb immer tendenziell prekär, zerbrechlich, umstritten. Die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf die *rechtliche Verantwortung von Organisationen*, also eine gesetzlich festgeschriebene, einklagbare und wenn nötig mittels staatlicher Sanktionen durchsetzbare Art der Verantwortung. Noch präziser formuliert, geht es um die privatrechtliche, also vermögensrechtliche Haftung. Diese tritt ein, wenn eine gesetzlich definierte Person einer anderen Schäden verursacht. Und Schäden entstehen in der Regel dann, wenn sich bestimmte Gefahren manifestieren. Diese Feststellung führt zur nächsten Frage:

Sind Organisationen gefährlich? Auf diese Frage sind spontan ebenfalls verschiedene Antworten denkbar. Man könnte sagen, eine Organisation sei nur gefährlich, wenn sie gefährliche Tätigkeiten ausübt. Dem könnte man entgegnen, jede Tätigkeit werde erst dadurch gefährlich, dass sie schlecht organisiert ist. Noch eine Sichtweise wäre, es gebe immanent gefährliche Tätigkeiten, deren Gefährdungspotential abnimmt, wenn sie gut organisiert sind, aber zunimmt bei schlechter Organisation. Denkbar ist auch die Betrachtungsweise, es gebe

[1] LUHMANN, Formale Organisation, S. 185.

Gefahren, die typischerweise mit dem Prozess des Organisierens und mit der arbeitsteilig ausdifferenzierten Zusammenarbeit mehrerer verbunden sind. Diese Ansicht ist naheliegend, wenn man sich verschiedene Berichte aus der neueren Zeit über Unfälle in Organisationen vor Augen führt: Haben Organisationsmängel bei der BBC zum Suizid des Forschers Kelly beigetragen[2]? Welche Rolle spielten Organisationsmängel beim Absturz zweier Flugzeuge über dem Bodensee bei Überlingen[3]? Welche Organisationsmängel waren für die Verwechslung der Blutgruppe bei einer Herztransplantation im Zürcher Universitätsspital relevant[4]?

Die Organisationshaftung soll denn in dieser Arbeit auch unter besonderer Berücksichtigung der Frage untersucht werden, ob Organisationen immanent gefährlich sind, ob mit anderen Worten ein *typisches Organisationsrisiko* existiert und wie erheblich dieses ist. Darüber hinaus wird eine ganz allgemeine Analyse der Organisationshaftung im geltenden Recht stattfinden, gefolgt von Vorschlägen zur Weiterentwicklung des geltenden Rechts.

Organisationen stehen als gesellschaftliche Akteure zwischen den Individuen und der Gesamtgesellschaft und stellen so ein wichtiges Bindeglied dar. In ihnen schliessen sich mehrere Menschen zusammen, um gemeinsame Ziele zu verfolgen. Organisationen sind in praktischer Hinsicht wohl das wichtigste Gefäss für kollektive, zielgerichtete Handlungen mehrerer Personen. Haben eine oder mehrere Einzelpersonen im Rahmen einer Organisation, als Organisationsmitglieder, gehandelt und dabei jemanden geschädigt, so stellt sich die Frage, ob und wie weit für diesen Schaden die einzelnen Schädiger, die Organisation oder beide zusammen haften sollen. Hier setzt die Analyse der Organisationshaftung bzw. ganz generell der Haftung für Dritte ein.

Man könnte beispielsweise sagen, eine Organisation hafte nur dann für das Verhalten eines Mitglieds, wenn dieses selbst aufgrund seines Verschuldens haftbar wird. Einer solchen Sichtweise müsste man aber entgegnen, es gebe in modernen, komplexen Organisationen viele Konstellationen, in denen selbst das schuldlose Verhalten eines Arbeitnehmers enorme Schäden verursachen könne, weil es sich mit bislang unentdeckten, vorbestehenden Mängeln verbindet. So nützt in einem überfüllten Fussballstadion der beste Wille eines Platzanweisers nichts, wenn er seine Absicht, Zuschauergruppen zu ordnen, nicht umsetzen kann, weil das ihm vom Organisator zur Verfügung gestellte Megaphon defekt ist. Aus einer anderen Perspektive könnte man das Argument ins Feld führen, eine Organisation ziehe aus der Beschäftigung ihrer Arbeitnehmer einen wirtschaftlichen Nutzen, deshalb müsse sie für alle Schäden einstehen, die nur irgendwie in kausalem Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit stehen. So aber müsste ein Spital für jegliche Körperschäden einstehen, die seine Ärzte Patienten verursachen, selbst dann, wenn eine Behandlung eine der Wissenschaft bislang unbekannte Allergie aktiviert oder wenn eine gelungene, aber dennoch schadensträchtige Operation für die geschädigte Patientin die letzte Hoffnung darstellte, überhaupt weiter zu leben[5].

Organisationshaftung lässt sich aus zwei entgegengesetzten Blinkwinkeln beleuchten. Zum einen geht es dabei um die Frage, wie weit eine *Organisation* für Schäden haften soll, die ihre Mitglieder im Rahmen ihrer Arbeit für die Organisation verursachen; zum anderen um die Frage, wie weit *Mitglieder* in einem solchen Fall selbst haftbar werden, obschon sie ja für die Organisation gehandelt haben. Nur der erstgenannte Aspekt ist Gegenstand der vor-

---

2 Siehe z. B. NZZ vom 31. Januar 2004.

3 Siehe z. B. die Pressemeldung vom 19. Mai 2004 und den Untersuchungsbericht der deutschen Bundesstelle für Flugunfalluntersuchungen.

4 Siehe z. B. NZZ vom 28. April 2004.

5 Vgl. hierzu BGE 115 Ib 175.

liegenden Arbeit, also die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Organisation für das Verhalten ihrer Mitglieder einzustehen hat. Die persönliche Haftung der Mitglieder wird nur am Rande berührt. Zu umfangreich und unübersichtlich wäre es, beide der genannten Gesichtspunkte in einer einzigen Monographie abzuhandeln. Die Frage schliesslich, ob in gewissen Fällen die Gesamtgesellschaft durch Einzelne verursachte Schäden tragen soll, betrifft das Versicherungswesen und wird ebenfalls nur gestreift.

Wenn so nun zwar die grundsätzliche Fragestellung der vorliegenden Arbeit eingegrenzt ist, sind dadurch die vielfachen Möglichkeiten der Ausgestaltung einer Organisationshaftung nicht präjudiziert. Es wird darum gehen, Kriterien zu finden, mit denen sich die konkrete und nuancierte Ausgestaltung der Organisationshaftung schlüssig begründen lässt. Dabei werden juristische durch ausserjuristische Gesichtspunkte ergänzt werden müssen. Denn das Phänomen der Organisation betrifft weitreichende ethische, ökonomische, soziologische und psychologische Fragestellungen, die alle etwas über die Bewertung menschlichen Verhaltens im Rahmen von Organisationen aussagen. Die vorliegende Arbeit orientiert sich denn auch eher an einem interdisziplinären Ansatz als an einer rechtsvergleichenden Methodik, obschon auch rechtsvergleichende Aspekte mit einbezogen werden. Im Zentrum steht die Frage, ob Organisationen Risiken generieren, die vom typischen Tätigkeitsrisiko einer Organisation klar unterscheidbar sind. Fehlentscheide kollektiver Entscheidungsgremien infolge Gruppendrucks beispielsweise sind ein Risiko, das in jeder Organisation, unabhängig von der konkreten Tätigkeit, auftreten kann. Demgegenüber verursacht der Umstand, dass Arbeitnehmer überlastet sind und während der Arbeit einschlafen, nur bei gewissen Tätigkeiten eine erhöhte Gefährdung, so beispielsweise im Transportwesen, während dieselbe Tendenz beim Verfassen einer Dissertation weniger schadensträchtig ist, sondern schlimmstenfalls zu Verspätungen führt.

Lässt sich ein genügend erhebliches typisches Organisationsrisiko ermitteln, so müsste eine Organisationshaftung als strenge Kausalhaftung strukturiert werden, dies sei hier vorweggenommen. Andernfalls rechtfertigt sich lediglich eine Haftung für Verschulden oder Unsorgfalt. An den zwei Polen Risiko und Unsorgfalt orientiert sich denn auch der Aufbau der vorliegenden Arbeit. Im nachfolgenden Abschnitt (S. 4 ff.) wird der Untersuchungsgegenstand näher eingegrenzt. Anschliessend erfolgt eine relativ wertungsfreie (wenn auch gelegentlich kommentierte) Darstellung des geltenden schweizerischen Rechts (S. 15 ff.) sowie ein kurzer rechtsvergleichender Überblick (S. 74 ff.). Kenner der Materie werden diese beiden Abschnitte relativ rasch lesen können. Es erschien mir aber sinnvoll, Elemente des geltenden Rechts im Hinblick auf die Besprechung allfälliger Änderungsvorschläge direkt mitzuliefern. Ausserdem konnte die Organisationshaftung auf diese Weise nicht nur in der Form der klassischen Geschäftsherrenhaftung gemäss OR 55, sondern auch in der Gestalt der Haftung juristischer Personen für ihre Organe (ZGB 55/2), der vertraglichen Hilfspersonenhaftung (OR 101), der Staatshaftung des Bundes (VG 3) sowie der strafrechtlichen Unternehmenshaftung (StGB 100^{quater}) dargestellt und in einem grösseren Zusammenhang dargestellt werden.

Nach Bemerkungen zur Methodik (S. 91 ff.) folgt ein längerer interdisziplinärer Teil, in dem ethische (S. 106 ff.), ökonomische (S. 125 ff.) sowie organisationstheoretische und fehlerpsychologische (S. 148 ff.) Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Die hieraus gewonnenen Schlüsse werden sodann in einem wieder hauptsächlich juristischen letzten Teil in Bezug zu verschiedenen denkbaren Modellen der Organisationshaftung gesetzt (S. 245 ff.). Der eigene Vorschlag einer Organisationshaftung für kollektive Unsorgfalt (S. 310 ff.) schliesst die Arbeit ab.

Von der vorliegenden Studie ausgeschlossen ist eine vertiefte Analyse der Betriebshaftpflichtversicherung. Es soll aber nicht verschwiegen werden, dass die Versicherungspraxis

zwar nicht die Rechtslage, aber die praktische Handhabung der Organisationshaftung durchaus beeinflusst. Da solche Versicherungen grundsätzlich den Betrieb als Ganzes umfassen (vgl. VVG 59), ist dadurch auch der Bereich der Geschäftsherrenhaftung gedeckt und zusätzlich meist auch die persönliche Haftung der Hilfspersonen und Organe[6]. Dies ist besonders relevant in Fällen, in denen eine Entlastung nach OR 55 gelingt, aber eine Haftung der Hilfsperson nach OR 41 besteht[7]. Dennoch bleibt es relevant, über die materielle Organisationshaftung ausserhalb der Versicherungspraxis nachzudenken, da sie letztlich doch bestimmt, welche Risiken durch die Betriebshaftpflichtversicherung gedeckt werden[8].

Die vorliegende Arbeit versteht sich als Diskussionsbeitrag zur juristischen Grundlagenforschung. Der Akzent liegt auf einer strukturellen Analyse der Organisationshaftung, ausgehend von ihrer rechtspolitischen Begründung. Fallbeispiele, die durchaus nicht fehlen, haben primär eine illustrative, weniger eine statistische Bedeutung. Insofern verfolgt die vorliegende Arbeit auch keine rechtsempirische Methodik.

B. Begriff der Organisationshaftung

1. Verwendung des Begriffs im geltenden Recht

Haftung soll in der vorliegenden Studie verstanden werden als die rechtliche Pflicht einer Person, für eine Schädigung einer anderen Person geldwerten Ersatz zu leisten, somit als vermögensrechtliche Haftung. Der Akzent liegt auf der deliktischen, das heisst ausservertraglichen Haftung. Die Vertragshaftung sowie die strafrechtliche Verantwortlichkeit werden ebenfalls angesprochen.

Die Organisationshaftung entspricht keinem gesetzlich vorgesehenen Institut des geltenden Rechts[9]. Dennoch findet sich dieser Begriff seit einigen Jahren in verschiedenen Beiträgen der Lehre. Es erscheint sinnvoll, die Bedeutungen, die diesem Begriff bereits verliehen worden sind, kurz darzustellen. Eine eingehende Besprechung dieser Lehrmeinungen erfolgt weiter hinten. Bedeutsam für die vorliegende Problematik war und ist das am Schweizerischen Juristentag von 1967 geäusserte Diskussionsvotum von Professor PETER JÄGGI[10]. Er hielt fest, dass die Organisation als eine „Grundtatsache" neben der Technik das moderne gesellschaftliche Leben massgeblich bestimme. Ausgehend von der Prämisse, die Manifestation der „kollektiven und objektiven Unsorgfalt" charakterisiere das Handeln der Organisation und bringe auf der Ebene der Schadensverursachung ähnliche Gefahren hervor wie technische Risiken, forderte er die Einführung einer kausalen „Organisationshaftung", die der Staatshaftung angeglichen werden müsse[11].

Unter Bezugnahme auf JÄGGI haben verschiedene Autoren in neueren Stellungnahmen den Begriff der Organisationshaftung in unterschiedlichem Sinn verwendet. WIDMER versteht sie als Kausalhaftung des Geschäftsherrn für das Verhalten von Hilfspersonen und hat seinen Standpunkt in mehreren Beiträgen, in denen er sich insbesondere mit der Produktehaftung auseinandersetzt, dargelegt[12]. In einem ähnlichen Sinn wird der Begriff bei der Ge-

6 A. KELLER S. 172; für das deutsche Recht siehe CAEMMERER, S. 294.

7 Siehe hierzu NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 77 f.; s. a. A. KELLER S. 172.

8 PETRIN Fn 6.

9 Das heisst, sie „tritt..." im geltenden Haftpflichtrecht „...nicht selbständig in Erscheinung", JÄGGI, S. 755.

10 JÄGGI S. 754 ff.

11 JÄGGI S. 755 f.

12 Siehe z. B. WIDMER, Produktehaftung, 30 f.; WIDMER, Responsabilité, 350 ff.

samtrevision des Schweizerischen Haftpflichtrechts verstanden, wobei die in VE 49a vorgeschlagene Organisationshaftung[13] vermutlich etwas milder ist als die von WIDMER vorgeschlagene Variante, da ein Entlastungsbeweis genügender organisatorischer Sorgfalt vorgesehen ist. Auch bei Autoren, die sich hauptsächlich zur Staatshaftung geäussert haben, findet sich der Begriff der Organisationshaftung. JAAG verbindet diesen Begriff mit der Staatshaftung als primärer Haftung des Staates für das Verhalten seiner Hilfspersonen ohne Befreiungsbeweis. Er weist darauf hin, dass es sich dabei um eine neuere Bezeichnung für derartige Haftungsinstitute handelt[14]. Auch JOST GROSS verwendet den fraglichen Begriff zur Bezeichnung der Staatshaftung[15]. BALZ GROSS verbindet eher die Frage der Individualisierbarkeit des Schädigers mit der Organisationshaftung. Seiner Ansicht nach regeln sowohl die Staatshaftung als auch die Geschäftsherrenhaftung die „Haftpflicht eines Rechtssubjektes für die Handlungen eines Dritten, dessen Verhalten in einem funktionellen Zusammenhang mit der Tätigkeit des Haftpflichtigen steht; keine dieser Bestimmungen setzt voraus, dass die handelnde Person individualisiert wird. Insofern statuieren sie Organisationshaftung"[16].

BRÜGGEMEIERS Ansicht nach umfasst der Begriff der Organisationshaftung zwei Dimensionen. Zum einen bezeichne er die Haftung einer Organisationseinheit, insbesondere eines Unternehmens, für andere Einheiten im Rahmen von selbständigen Vertrags- und/oder gesellschaftsrechtlichen Beziehungen (Inter-Organisationsbeziehungen). Dies sei in erster Linie ein Problem des faktischen Konzernrechts. Zum anderen umfasse der Begriff die Haftung einer Organisationseinheit für ihre Mitglieder (Intra-Organisationsbeziehungen). Dies sei das klassische Problem der Haftung für Organe und Verrichtungsgehilfen[17].

Der Begriff der Organisationshaftung hat in neuerer Zeit auch in die strafrechtliche Diskussion Einzug gehalten, und zwar hinsichtlich der Strafbarkeit von Unternehmen[18].

Diese Beispiele zeigen, dass der Begriff der Organisationshaftung im geltenden Recht als Bezeichnung für ein eindeutig bestimmbares Rechtsinstitut zwar nicht etabliert ist, dass ihm aber seitens der Lehre Bedeutungen verliehen wurden, die sich trotz gewisser Unterschiede auf ähnliche Tatbestände beziehen. Es geht im weitesten Sinn um die Haftung einer Organisation für schädigende Handlungen ihrer Mitglieder. Ausser dem Bestehen besonders gearteter Verhältnisse zwischen dem Organisationsträger und den Mitgliedern werden keine weiteren Haftungsvoraussetzungen aufgestellt. Erwähnt werden in diesem Zusammenhang regelmässig die privatrechtliche Haftung der juristischen Person für ihre Organe (ZGB 55/2), jene des Geschäftsherrn für seine Hilfspersonen (OR 55), jene des Schuldners für Erfüllungsgehilfen (OR 101) sowie die öffentlichrechtliche Haftung des Staates für seine Beamten und Angestellten (für den Bund VG 3). Allerdings werden diese Haftungsinstitute nicht unter der Perspektive einer diesen allen gemeinsamen Haftungsgestalt betrachtet, eben der Organisationshaftung, sondern nach wie vor punktuell diskutiert. Vereinzelte Meinungen subsumieren unter diesen Begriff überdies Haftungsfragen des Konzernrechts (Haftung einer Unternehmenseinheit für andere Einheiten). Der Begriff der „Organisationshaftung" hat aber m. E. über die rein bezeichnende Funktion hinaus keine klar umschriebene rechtliche Bedeutung.

Schon an dieser Stelle drängt sich eine Differenzierung auf: Insbesondere OR 55 (ähnlich auch OR 754/2) statuiert eine Haftung „für" Organisation, da die Haftung an eine mangel-

---

13 Siehe WIDMER/WESSNER S. 129.
14 JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, 3.
15 J. GROSS, Staatshaftungsrecht, 219 ff.
16 B. GROSS S. 195.
17 BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 33 f.
18 Siehe hierzu hinten S. 67 ff.

hafte Organisation des Betriebes geknüpft wird[19]. Demgegenüber führen Normen wie VG 3 oder ZGB 55/2 zu einer Haftung „der" Organisation, weil der Organisationsträger für das Fehlverhalten seiner Mitglieder auch dann haftet, wenn die Organisation seines Betriebes einwandfrei war. Wie sich im Verlauf der vorliegenden Arbeit herauskristallisieren wird, muss diese Differenzierung zugunsten einer ganzheitlicheren Betrachtung der Organisationshaftung nach und nach aufgegeben werden. Es sei vorweggenommen, dass sich eine Haftung *der Organisation*, nicht für rein organisatorische, sondern ganz allgemein *für kollektive Unsorgfalt* als angemessenste Haftungsform zur Sanktionierung des organisierten kollektiven Verhaltens erweisen wird.

2. Struktur und Klassifikation der Organisationshaftung

a) Begriff der Organisation: betriebswirtschaftliches Organisationsmodell

Der Begriff „Organisation" wird heute in vielfältigsten Ausprägungen gebraucht. In der Umgangssprache wird unter diesem Begriff sowohl die Organisation als primär soziales Gebilde, als Institution verstanden als auch die Tätigkeit des Organisierens, der Inbezugsetzung von Personen und Mitteln[20]. Die Organisationlehre, als eigenständiges Wissensgebiet zwischen Soziologie, Psychologie, Betriebswirtschaft, Verfahrenstechnik und anderen Bereichen angesiedelt, hat demgegenüber feinere Kriterien herausgeschält.

Der Organisationsbegriff hat sich vor allem im Laufe des 20. Jahrhunderts mehrmals gewandelt[21]. Nicht alle dabei entwickelten Theorien scheinen mir für die haftpflichtrechtliche Diskussion gleich ergiebig, weshalb ich nur ausgewählte Standpunkte berücksichtige[22]. Vorerst geht es nur darum zu beschreiben, was die Organisationslehre als Organisation betrachtet. Als Ausgangspunkt ist das eher deskriptive Grundmodell der aktuellen betriebswirtschaftlichen Organisationslehre sinnvoll[23]. Demnach ist eine Organisation ein System, das:

a) bestimmte grundlegende Systemeigenschaften aufweist;

b) dem sozialen Bereich angehört;

c) zweck- und zielorientiert ist;

d) einen spezifisch organisatorischen Charakter besitzt[24];

---

19 Noch präziser formuliert, statuiert OR 55 eine Haftung *der Organisation für Organisation*, da mit dieser Norm nicht Einzelpersonen, sondern zwangsläufig arbeitsteilig strukturierte Aggregate erfasst werden; denn diese Haftungsform setzt zumindest eine Beziehung zwischen zwei Personen, dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson voraus. Eine besondere Haftung von Einzelpersonen *für Organisation* existiert somit im schweizerischen Recht nicht; organisatorisches Versagen von Einzelpersonen – etwa die mangelhafte Wartung oder Bedienung einer Maschine – wird allenfalls durch OR 41 im Rahmen der allgemeinen Verschuldenshaftung erfasst.

20 Auch in der Organisationslehre findet sich diese Unterscheidung. So wird auch zwischen dem strukturellen Aspekt (mit Betonung auf der Organisation als Struktur) und dem funktionalen Aspekt (mit Betonung auf der Organisation als Ablauf) unterschieden, s. VON ROSENSTIEL S. 334 und FRIEDEL-HOWE S. 1; ähnlich auch die Unterscheidung zwischen dem instrumentalen und institutionellen Organisationsbegriff, s. HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 17.

21 Zur geschichtlichen Entwicklung der Organisationsmodelle siehe das Schema bei HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, nach S. 416 sowie die Ausführungen dazu S. 405 ff.

22 Siehe hierzu hinten S. 150 ff.

23 Siehe HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 20 ff.

24 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 20

e) zeitlich überdauernd existiert[25]; und

f) in der Regel durch Arbeitsteilung und hierarchische Ausdifferenzierung von Aufgaben und Entscheidungskompetenzen charakterisiert ist[26].

- a) Als *System* ist die Organisation eine geordnete Gesamtheit von Elementen mit Beziehungen zwischen denselben. Ordnung herrscht deshalb, weil diese Beziehungen in gewisser Weise regelmässig sind. Die Systemgrenzen richten sich nach der Beziehungsintensität der Elemente untereinander, das heisst, die Intensität der internen Beziehungen muss stärker sein als jene der externen Beziehungen, damit man von einem System sprechen kann. Es besteht eine Hierarchie zwischen dem Supersystem, dem System und dem Subsystem. Das erstere ist aus der Sicht der Organisation die gesamte Gesellschaft, das System die Organisation selbst, das Subsystem beispielsweise eine Abteilung innerhalb der Organisation[27]. Eine Organisation ist ein gegenüber der Umwelt offenes System[28].

- b) Als *soziales* System hat die Organisation Mitglieder, die miteinander in relativ stabilen Interaktionsbeziehungen stehen (Systemstruktur) und gewisse Wertorientierungen teilen (Systemkultur). Die Interaktion in Organisationen ist durch institutionalisierte Verhaltenserwartungen geprägt, die nicht im Widerspruch zur sozialen Struktur stehen sollten. Liegt ein solcher Widerspruch vor, so besteht die Gefahr, dass das Verhalten der Systemmitglieder von der geplanten Verhaltensweise abweicht[29].

- c) Die Orientierung an *Zwecken und Zielen* bedeutet, dass das Zusammenwirken von Menschen in Organisationen der Erstellung einer Leistung für die Umwelt dient und nicht willkürlich erfolgt[30].

- d) Der *organisatorische Charakter* zeichnet sich dadurch aus, dass Organisationen nicht durch „spontan gewachsene, als ‚quasi-natürlich' empfundene Verhaltenserwartungen geordnet sind (wie z. B. Familien), sondern in einem bewussten, aktiven Gestaltungsprozess durch dazu legitimierte Personen zur Erreichung bestimmter Zwecke und Ziele strukturiert worden sind"[31]. Durch diesen Gestaltungsprozess entstehen formalisierte Verhaltenserwartungen, d. h. ein Geflecht von Normen, durch welches das Verhalten der Organisationsmitglieder im Rahmen der Organisation gesteuert wird. Ein solches Geflecht besitzt dann zwischen den Mitgliedern Geltung, „wenn erkennbar darüber Konsens besteht, dass die Nichtanerkennung oder Nichterfüllung (einer) Erwartung mit der Fortsetzung der Mitgliedschaft (in der Organisation) unvereinbar ist"[32]. Anzumerken ist, dass Formalisierung nur eine mögliche Art darstellt, wie Verhaltenserwartungen normativ festgelegt werden können, nebst anderen, wie beispielsweise Gruppendynamik oder traditionales Verhalten[33]. So wurde schon früh das Bestehen einer informellen Organisation im Rahmen der formalen Organisation entdeckt[34].

---

25 VON ROSENSTIEL S. 5; FRIEDEL-HOWE S. 1 rechte Spalte; DRUCKER S. 48.
26 VON ROSENSTIEL S. 5.
27 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 21.
28 VON ROSENSTIEL S. 5.
29 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 23.
30 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 24; für eine Kritik am Zweckelement im Organisationsbegriff s. LUHMANN, Grundbegriffe, S. 40 ff.
31 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 25.
32 LUHMANN, Formale Organisation, S. 38.
33 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 26.
34 LUHMANN, Formale Organisation, S. 30.

Das Verständnis der Organisation als rein soziales System wurde überdies seitens der Organisationslehre als zu eng empfunden. Die weitaus meisten Organisationen bestehen neben Menschen auch aus technischen Einrichtungen. Zwar werden Organisationen tatsächlich durch Menschen erschaffen, und die klassische Organisationslehre bezieht sich durchaus auch auf technische Einrichtungen. Aber zwischen den menschlichen Organisationsmitgliedern (als soziales Teilsystem) und den technischen Teilsystemen bestehen vielfältige Wechselwirkungen[35], „die nur durch die gleichzeitige Betrachtung der sozialen und technischen Komponenten des Systems verstanden werden können"[36]. So entstand zur Beschreibung und Analyse von Organisationen der *sozio-technische Systemansatz*[37].

Die Grenzen einer Organisation lassen sich nur schwer bestimmen, insbesondere angesichts neuerer Entwicklungen in Richtung einer verstärkten Dezentralisierung von Aufgaben[38]. Der Begriff der Organisation ist nicht zu verwechseln mit jenem der wirtschaftlichen „Unternehmung". Denn auch ein Aggregat ohne wirtschaftliches Erwerbsziel, etwa ein Verein, kann eine Organisation sein. Ebenfalls nicht deckungsgleich ist der Organisationsbegriff mit jenem der kaufmännischen Unternehmung im Sinne von OR 934, da zum einen der letztere auch Einzelunternehmer ohne Angestellte, also nicht zwingend nur kollektive Gebilde umfasst, zum anderen nicht jede Organisation zum Eintrag ins Handelsregister verpflichtet ist[39].

b) Grundstruktur der Organisationshaftung

Organisationshaftung im vorliegend verstandenen Sinn ist vermögensrechtliche Haftung eines Organisationsträgers für Schäden, die durch in seinem Organisationsbereich wirkende Organisationsmitglieder oder Zustände verursacht werden[40]. Der Organisationsträger (vorliegend auch als „Träger" oder „Geschäftsherr" bezeichnet) ist nicht mit der Organisation identisch. Er ist das Haftungssubjekt, also eine Person im Rechtssinn, die eine vermögensrechtliche Haftung treffen kann. Manchmal handelt es sich um eine Einzelperson, so etwa bei einem Meister gehörenden kleinen Handwerksbetrieb. Es kann sich aber auch um ein Kollektiv oder eine Korporation handeln. Je nach Situation ist jedes Mitglied des Kollektivs als Organisationsträger zu betrachten (wie bei der einfachen Gesellschaft), oder aber das Kollektiv an sich, wenn es einzelne Attribute der Rechtspersönlichkeit hat (wie die Kollektivgesellschaft, siehe OR 567/3) oder eine juristische Person ist.

Organisationsmitglieder (vorliegend auch als „Mitglieder" oder „Hilfspersonen" bezeichnet) sind Personen, die für den Organisationsträger tätig werden und denen gegenüber er grundsätzlich weisungsbefugt ist. Darunter fallen sowohl Hilfspersonen als auch Organe im herkömmlichen Sinn, aber nicht alle Personen, die mit dem Organisationsträger wirtschaftlich oder rechtlich verbunden sind. So sind beispielsweise Aktionäre, die weder als Organe noch als Hilfspersonen tätig sind, im Hinblick auf die Organisationshaftung nicht als Organisationsmitglieder der AG zu betrachten (bzw. nur dann, wenn sie im Rahmen der Generalversammlung Entscheide fällen oder für die AG in anderer Funktion, beispielsweise als Organe

---

35 GROTE S. 33 ff.

36 GROTE S. 33 Fn 4.

37 Begründet durch TRIST/BAMFORTH, Folgeuntersuchungen durch RICE, EMERY, etc., siehe GROTE, S. 31; s. a. hinten S. 157 ff.

38 VON ROSENSTIEL S. 334.

39 Zum Eintrag sind gewisse kaufmännisch geführte Organisationen u. a. dann nicht, wenn ihre jährlichen Roheinnahmen die Summe von 100'000 Franken nicht erreichen, vgl. HRegV 54.

40 Für die Unterscheidung zwischen Organisationsträger und Organisationsmitgliedern s. BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 34 f.

tätig werden). Der Begriff „Organisation" schliesslich bezeichnet das sozio-technische Aggregat, das sowohl den Organisationsträger als auch die Mitglieder umfasst. Die Organisation ist aus haftpflichtrechtlicher Sicht insofern bedeutsam, als sich aus ihren Zielen, Zwekken und Mitteln Rückschlüsse darauf ziehen lassen, welche Tätigkeiten der Mitglieder in einem funktionalen Zusammenhang zu den Tätigkeiten der Organisation stehen. Ausserdem umschreiben die Grenzen der Organisation jene Handlungen und Zustände, die dem Organisationsträger noch zugerechnet werden. Als Synonym für den Begriff „Organisation" verwende ich grundsätzlich auch den Ausdruck „Organisationsbereich".

c) Zusammenhang zwischen rechtlicher und faktischer Organisation und Haftung

Rechtsform und tatsächliche Organisation eines Kollektivs sind relativ unabhängig voneinander in dem Sinn, dass die tatsächliche Organisation nicht auf die Struktur der rechtlichen Organisation beschränkt ist. So kann es faktisch sehr komplex organisierte einfache Gesellschaften (z. B. Konsortien) geben, wie auch einfach strukturierte Aktiengesellschaften. Ein wechselseitiger Zusammenhang zwischen faktischer und rechtlicher Organisation besteht jedoch hinsichtlich der *Haftungsfolgen* der jeweiligen Struktur. Diesbezüglich kommt es darauf an, wie die Organisation von der Arbeitsteilung und der hierarchischen Struktur her ausgestaltet ist. Dabei sind primär folgende Grundfälle zu unterscheiden:

- 1) Gibt es nur *eine rechtliche Kategorie von Organisationsmitgliedern*, so kommt es für die Beurteilung der Haftungsfolgen auf die rechtliche Organisation des Kollektivs an. Handelt es sich um eine einfache Gesellschaft, so besteht keine deliktische Haftung der Gesellschafter für deliktische (d. h. ausserrechtsgeschäftliche) Handlungen anderer Gesellschafter gegenüber Dritten, da es eine Vertretung nur für rechtsgeschäftliche, nicht aber für unerlaubte Handlungen gibt[41]. Eine solidarische Haftung der übrigen Gesellschafter für eine unerlaubte Handlung eines Gesellschafters ist nur denkbar, wenn sie Mittäter im Sinne von OR 50 sind[42] und damit gemeinsames Verschulden vorliegt. Gesellschafter sind gegenüber der einfachen Gesellschaft nicht automatisch Hilfspersonen[43]. Allerdings wird unter gewissen Voraussetzungen die konkludente Bildung einer Kollektivgesellschaft aufgrund des Vertrauensprinzips bejaht, wobei aus der Rechtsprechung nicht klar ersichtlich ist, ob dies nur im vertraglichen oder auch im deliktischen Bereich Rechtsfolgen haben soll[44]. Liegt eine Kollektivgesellschaft vor, so haftet die Gesellschaft gegenüber dem Geschädigten deliktisch für Schäden, die ein Gesellschafter verursacht (OR 567/3)[45]. Besteht eine Aktiengesellschaft ausschliesslich aus Mitgliedern, die alle als Organe zu betrachten sind, so haftet die Gesellschaft für das Verhalten der Organe kraft OR 722 (i.V.m. ZGB 55/2). Das Kollektiv der Organe (als Subsystem der AG) ist in einem solchen Fall mit der Gruppe der Aktionäre identisch. Eine Haftung für Hilfspersonen nach OR 55 kommt in diesen Fällen nicht in Frage, da OR 55 strukturell zwingend zumindest zwei verschiedene Arten von Organisationsmitgliedern voraussetzt: Vertreter eines Organisationsträgers

---

41 P. PORTMANN S. 104.

42 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Kap. 12 N 68; P. PORTMANN S. 105; VON STEIGER S. 435. Siehe z. B. BGE 72 II 266.

43 REY N 904; VON STEIGER S. 435; BGE 84 II 382.

44 Siehe z. B. BGE 124 III 363.

45 Wie bei ZGB 55 handelt es sich gemäss Lehre um eine „Zurechnungsnorm" und müssen ähnliche Voraussetzungen wie für ZGB 55 erfüllt sein (so namentlich Verschulden des Schädigers, funktioneller Zusammenhang); s. eingehender P. PORTMANN S. 96 ff.

oder eine Einzelperson (z. B. Einzelunternehmer), die weisungsbefugt sind, und Hilfspersonen, die Weisungen befolgen müssen.

- 2) Die Haftungssituation wird komplexer, wenn *mehrere Kategorien von Organisationsmitgliedern* existieren, sei diese Vielfalt nun gesetzlich vorgeschrieben (wie in der AG, wo es neben der Generalversammlung der Aktionäre zwingend auch einen Verwaltungsrat gibt) oder rein faktisch (wie die Delegation von Aufgaben an eine Hilfsperson). Im einfachsten Fall delegiert ein Einzelunternehmer die Ausführung einer Aufgabe an einen untergebenen Mitarbeiter. Letzterer ist dann als Hilfsperson zu qualifizieren, und der Einzelunternehmer haftet für ihn kraft OR 55 für Dritten deliktisch verursachte Schäden. Zusätzlich haften beide persönlich und solidarisch nach OR 41. Bilden mehrere Einzelpersonen zusammen eine Gesellschaft (einfache oder Kollektivgesellschaft) und delegieren sie Aufgaben an Untergebene (Hilfspersonen), so haften die Gesellschafter füreinander im oben beschriebenen Sinn (ausser bei der einfachen Gesellschaft), und haften alle Gesellschafter solidarisch kraft OR 55 für Schäden, die durch die Untergebenen verursacht werden.

Im komplexesten Fall, der AG, kann es sein, dass nicht alle Aktionäre Organe sind und überdies Untergebene mitarbeiten, die sich wiederum in „geschäftsführende oder zur Vertretung befugte" Personen, mittlere leitende Angestellte und Hilfspersonen aufteilen. So ergibt sich folgende Haftungsstruktur: die Gesellschaft (als Organisationsträger) haftet nicht für Schäden, die Dritten durch jene Aktionäre verursacht werden, die nicht Organe sind (es sei denn, die Generalversammlung fälle einen widerrechtlichen Entscheid, der der AG als Organhandlung zugerechnet wird[46]). Für deliktische Organhandlungen haftet die AG gemäss OR 722 (i. V. m. ZGB 55/2), ebenso für Handlungen der „Geschäftsführer". Für die Handlungen übriger Vorgesetzter und aller Untergebenen haftet die AG gemäss OR 55. Als Sonderfall sei überdies OR 754 erwähnt, wonach Organpersonen und Geschäftsführer unter gewissen Voraussetzungen für das deliktische Verhalten jener Organe haften, an die sie Aufgaben delegiert haben. Somit können sich in einer als AG ausgestalteten Organisation mehrere Formen der Organisationshaftung ineinander verschränken. Dieselben Personen, seien sie nun Organe oder Hilfspersonen, können je nach Konstellation sowohl schädigende Organisationsmitglieder sein, zu deren angemessener Anweisung und Beaufsichtigung andere, hierarchisch höhergestellte Personen verpflichtet sind, als auch Personen, die andere zu beaufsichtigen haben und deren Verhalten der juristischen Person kraft OR 55 zugerechnet wird.

d) „Soziale Organisation" und „sozio-technische Organisation" – Organisationshaftung im engeren und weiteren Sinn

Die eben beschriebenen Grundkonstellationen gehen von einem „sozialen" Organisationskonzept aus, d. h. primär von der Inbezugsetzung von Menschen. Das schliesst natürlich nicht aus, dass sich diese Menschen, seien es nun Organe oder Hilfspersonen, technischer Einrichtungen bedienen, um ihre Aufgaben zu erfüllen, und dass die Schädigung durch solche technische Mittel erfolgt. Insofern sind Haftungen in der Art von OR 55 und VG 3 ohne weiteres mit dem „sozio-technischen" Organisationsmodell vereinbar. Beide der genannten Haftungen sind völlig unabhängig von der Art der schädigenden Tätigkeit ausformuliert. Dies ist nicht der Fall für andere Haftungsformen, die eine Haftung des Organisationsträgers für die Mitglieder mit einschliessen, aber an spezifische Tätigkeiten oder Zustände anknüp-

[46] Gemäss der deutschen und einem Teil der Schweizer Lehre kann auch die Generalversammlung Urheber einer unerlaubten Handlung sein, s. KISS-PETER, S. 303 f.

fen bzw. an die Manifestation besonderer Risiken. Hierzu gehören gewisse einfache Kausalhaftungen (wie die Werkeigentümerhaftung nach OR 58) sowie strenge Kausalhaftungen für gefährliche Tätigkeiten (wie z. B. die Haftung für den Betrieb von Motorfahrzeugen nach SVG 58 ff., die Haftung für Schäden aus radioaktiver Strahlung gemäss KHG, etc.). Diese Haftungen tragen dem sozio-technischen Organisationsmodell ebenfalls Rechnung, indem sie das menschliche Fehlverhalten vom technischen Versagen nicht trennen, sondern in einen Haftungstatbestand integrieren. Insofern sind auch solche Haftungen Organisationshaftungen.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit sollen primär nur jene Formen der Organisationshaftung sein, deren Haftungstatbestand völlig unabhängig von der Art der schädigenden Tätigkeit bzw. des in der Schädigung sich manifestierenden Risikos formuliert ist. Diese Haftungen fasse ich zum Zweck der Klassifizierung als *Organisationshaftung im engeren Sinn* zusammen; zusammen mit den anderen, eben erwähnten Kausalhaftungen lassen sie sich unter dem Oberbegriff der *Organisationshaftung im weiteren Sinn* einordnen. Die Organisationshaftung im engeren Sinn charakterisiert sich dadurch, dass die schädigende Person oder der schädigende Zustand zum Organisationsbereich eines Organisationsträgers gehören und der Organisationsträger für den durch diese Person oder diesen Zustand verursachten Schaden vermögensrechtlich haftet. Vorausgesetzt wird ein funktioneller Zusammenhang zwischen der Tätigkeit der Organisation und der Schädigung[47] sowie ein besonders geartetes Verhältnis zwischen einem schädigenden Organisationsmitglied und dem Organisationsträger. Keine Rolle spielt grundsätzlich die Art der schädigenden Tätigkeit oder des schädigenden Zustandes bzw. die Manifestation eines besonderen (technischen) Betriebsrisikos. Da die Organisationshaftung im engeren Sinn keinem bestimmten Rechtsinstitut entspricht, lässt sich keine präzisere Definition herausschälen. Insbesondere die Frage, ob ein Fehlerverhalten eines Organisationsmitglieds Haftungsvoraussetzung ist, muss auf der Ebene der allgemeinen Definition ausser Acht gelassen werden, da eine Organisationshaftung auch als rein kausale Verhaltenshaftung denkbar ist.

e) Kategorien der Organisationshaftung im engeren Sinn

Der Begriff der Organisationshaftung im engeren Sinn, von der hier hauptsächlich die Rede sein wird, lässt sich überdies in weitere Kategorien aufteilen. Zunächst ist auf eine wichtige Zweiteilung der Haftungsformen hinzuweisen, die sich im schweizerischen Recht ebenso findet wie zwischen verschiedenen nationalen Rechtsordnungen: Es gibt Fälle von Organisationshaftung, die an ein Fehlverhalten des *Organisationsträgers*, und solche, die an das Versagen eines *Organisationsmitglieds* anknüpfen. Zur Haftung, die an das Fehlverhalten des Organisationsträgers (bzw. seiner Leitungspersonen) anknüpft, gehört beispielsweise die Geschäftsherrenhaftung nach OR 55, die ein Fehlverhalten der Hilfsperson nicht voraussetzt, eine Sorgfaltswidrigkeit seitens des Geschäftsherrn aber widerlegbar vermutet. Ein anderes Beispiel ist die Haftung nach BGB 831 im deutschen Recht. Die konzeptuell entgegengesetzte Haftungsform knüpft an das Fehlverhalten eines Organisationsmitglieds an, das dem Organisationsträger unbedingt zugerechnet wird, d. h., ohne, dass ein Fehlverhalten des Organisationsträgers Haftungsvoraussetzung wäre und ohne, dass dieser einen Entlastungsbeweis erbringen könnte. Hierzu gehört die Haftung der juristischen Person für ihre Organe gemäss ZGB 55, sowie die Haftung des *„commettant"* für seine *„préposés"* nach französischem Recht (CCfr 1384/5) oder die *„vicarious liability"* des Common Law.

---

47 WICKE, S. 24 f., bezeichnet den funktionellen Zusammenhang als gemeinsames, historisch belegbares „europäisches Strukturprinzip" der Haftung für Gehilfen, das sich in der Tat in vielen Rechtsordnungen wiederfindet.

Daneben gibt es Fälle von Organisationshaftung im engeren Sinn, die sich einer der beiden genannten Gruppen nicht ohne weiteres zuordnen lassen. Dazu gehört zunächst die Haftung des Staates für das schädigende Verhalten seiner Organe und sonstigen Mitarbeiter (z. B. gemäss VG 3), die strukturell eher ZGB 55 gleicht als OR 55, aber vom Wortlaut her strenger ausgestaltet ist als beide. Strukturell ebenfalls nahe bei ZGB 55 gelagert ist sodann die vertragsrechtliche Haftung des Schuldners für Erfüllungsgehilfen gemäss OR 101, wonach aber das Verschulden der Hilfsperson nicht wie das Organverschulden „autonom" analysiert werden soll, sondern im Sinne einer hypothetischen Zurechenbarkeit des schädigenden Verhaltens an den Schuldner. Schliesslich zeigen einige Haftungsformen *de lege lata* oder Vorschläge *de lege ferenda* eine Tendenz an, die beschriebene Zweiteilung aufzuheben. Die hier kurz erwähnten Formen der Organisationshaftung werden im Verlauf der vorliegenden Arbeit näher beschrieben.

3. Abgrenzungen

a) Solidarhaftung und Individualhaftung

Nicht vom Begriff der Organisationshaftung erfasst werden sollen Fälle, in denen ein Schaden durch mehrere Personen verursacht wird, ohne dass diese Personen zwingend im Rahmen einer Organisation mit den beschriebenen Eigenschaften tätig werden (Fehlen formalisierter Verhaltenserwartungen, Fehlen gemeinsamer Ziele etc.). Es liegt hier allenfalls ein Problem der Mehrheit von Haftpflichtigen vor, das grundsätzlich gemäss OR 50 und 51 (sowie gemäss Spezialbestimmungen wie SVG 60) behandelt werden muss.

Ebenfalls nicht als Organisation erachte ich die Einzelperson, die sich zur Verfolgung ihrer Interessen einer mehr oder minder komplexen technischen Einrichtung bedient. Hier ist zwar das technische Element der Organisation vorhanden, nicht aber das soziale. Eine solche Konstellation wird von der Individualhaftung gemäss OR 41 (insbesondere vom Gefahrensatz) sowie allenfalls von tätigkeits- und zustandsbezogenen Kausalhaftungen erfasst. Damit wird deutlich, dass ich Organisationshaftung nicht als tätigkeitsbezogene Haftung für das „Organisieren" betrachte, sondern als strukturbezogene Haftung für Dritte, sofern eine Organisation besteht. Diese Einschränkung ergibt sich direkt aus dem oben zitierten Organisationsbegriff, der den technischen Charakter eines Systems mit dem sozialen koppelt. Die Frage, wieweit die *Tätigkeit* des Organisierens – die auch beispielsweise dadurch stattfinden kann, dass eine Einzelperson technische Einrichtungen miteinander verknüpft – einem besonderen, über die bestehenden Haftungsformen hinausreichenden Regime unterstellt werden soll, steht nicht im Zentrum der vorliegenden Arbeit. Aus den Ausführungen zu OR 55 und zum Organisationsrisiko wird sich aber zeigen, dass sich eine solche Haftung *für Organisation* kaum sachgerecht formulieren liesse[48].

[48] Siehe insbes. S. 254 ff. (zur Vermischung von organisatorischen und inhaltlichen Sorgfaltspflichten), S. 263 ff. (zur Haftung für „Organisationsrisiko") sowie S. 273 ff. (zur reinen Widerrechtlichkeit- bzw. Kausalhaftung). Interessant ist in dieser Hinsicht immerhin Art. 4:202 der ECTIL-Principles, der eine verschuldensabhängig *Enterprise Liability* mit Umkehr der Beweislast statuiert: Abs. 1: *„A person pursuing a lasting enterprise for economic or professional purposes who uses auxiliaries or technical equipment is liable for any harm caused by a defect of such enterprise or of its output unless he proves that he has exercised all proper care to prevent harm."*; Abs. 2: *„'Defect' is any deviation from standards that are reasonably to be expected from the enterprise or from its products or services."*. Zwar wird hier auf einen Organisationsmangel nicht explizit verwiesen, aber es ist zu vermuten, dass dieser quasi indirekt über den Begriff des *„defect"* in die Überlegung Eingang findet (wie dies ansatzweise

b) Vertragspartner

Wirken mehrere Personen zusammen, ohne ein gemeinsames Ziel zu verfolgen, so liegt ebenfalls keine Organisation vor. Dabei handelt es sich typischerweise um Vertragspartner (mit Ausnahme der oben erwähnten einfachen Gesellschaft, deren wesentliche Eigenschaft gerade darin besteht, *dass* sich die Vertragspartner zum Erreichen gemeinsamer Ziele zusammenschliessen). Denn Vertragspartner verfolgen in der Regel entgegengesetzte Interessen: der Arbeiter den Erhalt des Lohns, der Arbeitgeber den Erhalt der Arbeitsleistung; der Unternehmer den Erhalt der Vergütung, der Besteller den Erhalt des Werks. Freilich kann auch aus einer vertraglichen Beziehung eine Organisation entstehen, dann nämlich, wenn die beteiligten Vertragspartner übereinkommen, dass ein Partner dem anderen Weisungen erteilen kann, und zwar nicht nur hinsichtlich des Inhalts der Gegenleistung, sondern auch darüber, *wie* die Leistung zu erbringen ist, so dass ein Subordinationsverhältnis entsteht. Im Rahmen eines Arbeitsvertrags beispielsweise, der typischerweise diese Konstellation rechtlich konkretisiert, erfolgt die Arbeit im Grundsatz ausschliesslich nach dem Willen des Arbeitgebers (siehe z. B. OR 321d), der somit die Tätigkeit der Arbeitseinheit bestimmt. Dadurch wird die Arbeitseinheit zur Organisation, selbst wenn sie nur aus zwei Personen besteht. Zwar liegen dem Arbeitsvertrag nach wie vor gegensätzliche Interessen zugrunde, aber gegenüber Dritten verfolgen beide Mitglieder des Betriebs einheitliche Interessen – jene nämlich, die der Arbeitgeber als relevant bestimmt und kraft seiner Weisungsbefugnis durchsetzen kann. Haftungsrechtlich werden die Handlungen des Untergebenen dem Vorgesetzten kraft OR 55 zugerechnet. Der Übergang zwischen Vertrag und Organisation ist somit fliessend. Am einen Pol stehen Verträge, die den Partnern eine grosse Unabhängigkeit belassen, wie der Werkvertrag, am anderen Ende steht die als juristische Person ausgestaltete Handelsgesellschaft. Im Übergang ist die einfache Gesellschaft angesiedelt, quasi als Scharnier zwischen dem Vertrag zwischen Individuen und der Verdichtung der kollektiven Interessenverfolgung zu einer juristischen Person.

c) Inter-Organisationsbeziehungen (Konzernrecht)

Nicht *a priori* deckungsgleich mit dem Begriff der Organisationshaftung im engeren Sinn ist die Haftung einer Organisation für die andere. Diese Problematik wird vorab im Konzernrecht thematisiert. Ein Konzern kann unter gewissen Umständen als Organisation im Sinne von OR 55 verstanden werden, dann nämlich, wenn die einen Gesellschaften als Hilfspersonen anderer zu betrachten sind. Dies ist dann der Fall, wenn letztere gegenüber der ersteren ein Weisungsrecht haben[49]. Unter diesen Voraussetzungen haften die weisungsbefugten Gesellschaften für das schädigende Verhalten der weisungsabhängigen. Selbst wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, wird jedoch eine Haftung von Konzerngesellschaften für andere Konzerngesellschaften bejaht, beispielsweise in der Form der Vertrauenshaftung[50] oder dem faktischen Beistandszwang im Konzern[51]. Diese Fälle sind aber nicht Anwendungsfälle der Organisationshaftung im engeren Sinn und werden deshalb vorliegend nicht weiter behandelt.

---

beim Begriff des Produktemangels nach PrHG oder der europäischen Produktehaftungsdirektive der Fall ist; siehe hierzu WIDMER, Responsabilité, S. 356).

49 Siehe etwa HANDSCHIN S. 348, 373.

50 BGE 120 II 331 (Swissair), relativiert durch BGE 124 III 297 (Motor-Columbus); s. a. FORSTMOSER, Haftung im Konzern, S. 132 ff.; MARCHAND; WALTER.

51 BGE 116 Ib 331 ; FORSTMOSER, Haftung im Konzern, S. 124 ff.

d) Haftung für Dritte

Schliesslich bleibt anzufügen, dass Organisationshaftung nicht deckungsgleich ist mit dem Begriff der „Haftung für Dritte". Dieser Begriff umfasst als Oberbegriff sowohl die Organisationshaftung als auch zahlreiche andere Haftungsformen, die ein Einstehenmüssen des Haftungssubjekts für Drittpersonen beeinhalten. Dazu gehören insbesondere die Kausalhaftungen[52]. Die Haftung für Dritte umfasst auch mehr Fälle als der oben eingeführte Begriff der „Organisationshaftung im weiteren Sinn". So impliziert beispielsweise die Haftung des Motorfahrzeughalters eine Haftung für Dritte (SVG 58/4), ist aber nur dann als Organisationshaftung im weiteren Sinn zu betrachten, wenn der Fahrer oder die Hilfsperson im Sinne von SVG 58/4 dem Organisationsbereich des Halters zugehört. Das ist beispielsweise nicht der Fall, wenn der Fahrer ein Familienmitglied oder ein Bekannter des Halters ist. Ebenso sieht ZGB 333 eine Haftung für Dritte vor, die aber deshalb nicht als Organisationshaftung zu qualifizieren ist, weil die in einer Familie herrschenden Verhaltenserwartungen natürlich gewachsen oder gesetzlich vorgesehen, aber nicht in einem bewussten Gestaltungsakt formalisiert worden sind. Allerdings sind auch die Übergänge zwischen einer Familie und einer Organisation fliessend, dann beispielsweise, wenn Familienmitglieder in einem Familienbetrieb mitarbeiten. In solchen Fällen wird eine konkurrierende Anwendung von ZGB 333 und OR 55 bejaht[53].

---

52 OFTINGER, Haftung ohne Verschulden, S. 257.

53 WESSNER, La responsabilité, S. 62

II. Geltendes Recht

A. Organisationshaftung im geltenden schweizerischen Recht

1. Vorbemerkung

In diesem Kapitel erfolgt eine ausführlichere Besprechung verschiedener Fälle der Organisationshaftung im engeren Sinn *de lege lata* nach schweizerischem Recht, wobei ich zulasten umfassender Darstellungen (die sich in vielen Lehrbüchern, Kommentaren und Monographien finden) punktuell jene Aspekte vertieft behandeln werde, die für die Zwecke der vorliegenden Arbeit nützlich sind. Der Schwerpunkt liegt in diesem Abschnitt auf einer Darstellung des geltenden Rechts. Nur bei gewissen Nebenpunkten erfolgt bereits hier eine eigene Kommentierung. Die hauptsächliche Auseinandersetzung mit dem geltenden Recht in Form einer Neubeurteilung wird weiter hinten, nach dem interdisziplinären Teil erfolgen[54].

2. Geschäftsherrenhaftung nach OR 55

a) Rechtsquellen

Gemäss OR 55 haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Zur Auslegung von OR 55 hat sich eine jahrzehntelange reiche Rechtsprechung entwickelt, in deren Rahmen das Bundesgericht diese Norm zunächst präzisiert und später über ihren Wortlaut hinaus ausgelegt hat. Lehre und Judikatur besitzen denn auch eine besondere Bedeutung als zusätzliche Erkenntnisquelle für die Geschäftsherrenhaftung.

b) Entstehungsgeschichte und Rechtsnatur

Artikel 62 des alten Obligationenrechts von 1881 lautete folgendermassen:

> *"Ein Geschäftsherr haftet für den Schaden, welchen seine Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um einen solchen Schaden zu verhüten. (...)"*[55].

Materiell gleicht diese Bestimmung dem heute geltenden OR 55, bei gewissen terminologischen Unterschieden. Der Bundesrat distanzierte sich mit seinem diesbezüglichen Entwurf von 1879 von einer Kausalhaftung des Geschäftsherrn ohne Entlastungsbeweis nach französischem Vorbild und bezeichnete die damals sich entwickelnden strengen Kausalhaftungsformen (z. B. für den Betrieb einer Eisenbahn) als „vom Standpunkte der gemeinrechtlichen Theorie ... höchst singuläre Ausnahmebestimmungen"[56]. aOR 62 wird in der Botschaft zu-

---

54 Siehe z. B. S. 248 ff. für eine kritische Besprechung der Rechtsprechung zu OR 55; S. 314 ff. für die Darstellung und Kommentierung der „kollektiven Unsorgfalt" im geltenden Recht.

55 Bestimmung wiedergegeben bei FASEL, S. 1285.

56 § 8 der Botschaft (1879) ad aOR, wiedergegeben bei FASEL, S. 1240; frühere Entwürfe, namentlich Art. 96 des Entwurfs von 1877 (wiedergegeben bei FASEL S. 882) waren noch deutlicher dem Vorbild des CCfr 1384/5 verpflichtet.

sammen mit der vertraglichen Hilfspersonenhaftung als einheitliches System gesehen, das einen Mittelweg zwischen der gemeinrechtlichen Theorie und dem französischen Recht darstelle[57]. Die früheren Entwürfe von MUNZINGER, auf welche aOR 62 zurückgeht, zeigen, dass diese Bestimmung nicht jedwelche, sondern nur *organisatorische* Pflichten des Geschäftsherrn erfassen sollte. So sollte der Entlastungsbeweis im Bereich der Haftung von Gesellschaften und juristischen Personen für ihre Vertreter und Angestellten nach Art. 100 des Entwurfs von 1871 gelingen, wenn „der Beweis geleistet wird, dass der Schaden auch bei gehöriger Aufsicht und guter Organisation nicht habe verhindert werden können"[58].

Die Auslegung von aOR 62 und später OR 55 war lange unklar und durchlief eine erhebliche Entwicklung; diesbezügliche Darstellungen finden sich u. a. bei NATER[59] und GAYLER[60]. Die zentralen Etappen betrafen zunächst die Rechtsnatur der Haftung und später die Auslegung des Befreiungsbeweises. In der Lehre wurde die Geschäftsherrenhaftung auf verschiedene Weise qualifiziert. Man betrachtete sie zunächst als Haftung für gemeinsames Verschulden (Verschulden der Hilfsperson wie auch des Geschäftsherrn als Haftungsvoraussetzung, wobei ersteres den Umfang der Haftung bestimmte)[61] oder als Haftung für eigenes Verschulden des Geschäftsherrn. Letzteres wurde als gesetzlich vermutet und subjektiviert[62] oder objektiviert[63] betrachtet. Es tauchte auch der Gedanke auf, die Geschäftsherrenhaftung sei „ein Kompromiss zwischen objektiver und subjektiver Haftung", beruhend auf einer vermuteten Sorgfaltspflichtsverletzung durch den Geschäftsherrn[64]. Gewisse Autoren wiesen auf einen „kombinierten" Haftungsgrund hin in dem Sinn, dass Geschäftsherrenhaftung in Kleinbetrieben eine Verschuldenshaftung und in Grossunternehmen (d. h. solche mit einer auf Zwischenpersonen errichteten Verwaltungsorganisation) eine „abgeschwächte" Kausalhaftung sei[65]. Später wurde die Geschäftsherrenhaftung allgemein als Kausalhaftung betrachtet[66].

Das Bundesgericht hat die Entwicklung der Lehrmeinungen in seiner Rechtssprechung nachvollzogen. Es verlangte zunächst ein Verschulden seitens irgendeines Angestellten[67]. Später relativierte es diesen Standpunkt und begnügte sich mit dem Verschulden des Geschäftsherrn[68]. Ab 1908[69] schliesslich qualifizierte es die Geschäftsherrenhaftung als Kausalhaftung für vermutete Verletzung objektivierter Sorgfaltspflichten durch den Geschäftsherrn. Art und Inhalt dieser Pflichten wurden in der Folge in einer reichen Rechtssprechung präzisiert. Im Zentrum stand dabei seit langem die Trilogie der *curae in eligendo* (Auswahl), *instruendo* (Anleitung) et *custodiendo* (Überwachung). Hinzu kam schon früh die generelle Erfordernis, die Arbeitsabläufe im Betrieb zweckmässig zu organisieren[70].

Neue Bewegung gelangte in die Auslegung von OR 55 in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts durch verschiedene Stellungnahmen der Lehre und mehrere Entscheide des Bun-

---

57 FASEL S. 1240.
58 Entwurf von 1871 von WALTHER MUNZINGER, wiedergegeben bei FASEL, S. 569.
59 NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 8-12.
60 GAYLER S. 17 ff.
61 Auffassung von GYSLER (1892).
62 Auffassung von BIEDER (1886), S. 345 und während langer Zeit jene des Bundesgerichts.
63 Auffassung von VON TUHR (zitiert bei GAYLER S. 21); vgl. a. VON TUHR/SIEGWART, Bd. I, S. 381 f.
64 In diesem Sinn BURCKHARDT S. 76.
65 Auffassung von WEIGERT, zitiert bei GAYLER S. 87 ff., welcher mit dieser Sichtweise nicht einverstanden ist.
66 Auffassung von CHAMOREL (S. 87), heute geltende Auffassung im schweizerischen Recht.
67 BGE 10 587.
68 BGE 27 II 499 f.
69 BGE 34 II 270 f.
70 BGE 31 II 125.

desgerichts im Bereich der Produzentenhaftung. Im stark kritisierten „Fritösen-Entscheid" von 1964[71] enthob das Bundesgericht den Produzenten noch einer Haftung für ein fehlerhaftes Produkt, da er eine genügende organisatorische Sorgfalt nachweisen konnte. Im „Schachtrahmen-Fall" von 1984[72] wurde dann der Produzent an Sorgfaltspflichten gemessen, die kaum mehr zu erbringen sind. Ein Vergleich der beiden zitierten Fälle zeigt, dass die Anwendung von OR 55 derart flexiblen Kriterien unterliegt, dass je nach deren Auslegung die Natur der Haftung an sich in verschiedenen Fällen unterschiedlich aufgefasst werden kann[73] (beispielsweise als Verschuldenshaftung mit Umkehrung der Beweislast im Fritösen-Fall[74], als Kausalhaftung mit beinahe unmöglichem Entlastungsbeweis, somit fast als strenge Kausalhaftung im Schachtrahmen-Fall[75]). Dementsprechend waren in der Vergangenheit auch die Auffassungen der Lehre über die Natur der Geschäftsherrenhaftung unterschiedlich. Heute wird sie mehrheitlich als milde Kausalhaftung für die vermutete Verletzung von Sorgfaltspflichten verstanden[76], die nach der neusten Rechtsprechung nicht strenger auszulegen ist als die Werkeigentümerhaftung nach OR 58[77]. Kausalhaftung ist die Geschäftsherrenhaftung nach OR 55 deshalb, weil der Geschäftsherr auch für Zufall haftet (beispielsweise auch dann, wenn er wegen eigener Krankheit das Verhalten der Hilfsperson nicht mehr überwachen kann)[78]. Allerdings mehren sich die Stimmen derer, die OR 55 wieder, wie früher, als Verschuldenshaftung mit Umkehr der Beweislast betrachten[79]. Obwohl das organisatorische Verhalten des *Geschäftsherrn*, nicht jenes der Hilfsperson relevant für die Haftungsbegründung ist, betrachtet die herrschende Lehre die Geschäftsherrenhaftung nicht als Haftung für eigenes, sondern als Haftung für *fremdes* Verhalten[80], was *„stricto sensu"* nicht korrekt ist[81].

c) Begründung der Haftung

Die Begründung einer Haftung gibt Antwort auf die rechtspolitische Frage, *weshalb* der Gesetzgeber eine Haftung überhaupt statuiert hat und verkörpert so die *ratio* der Haftungsnorm. Die Auffassung des Bundesrates bezüglich des Haftungsgrundes von Artikel 62 aOR lässt sich, soweit ersichtlich, aus den vorhandenen Quellen nicht ermitteln. Es scheinen aber schon vor hundert Jahren eine Vielzahl von möglichen Begründungen zur Haftung für Dritte im Allgemeinen geäussert worden zu sein[82]. Andererseits wurde festgehalten, ein allgemeines Prinzip für die Haftung für Dritte sei noch nicht gefunden worden[83]. Sowohl im schwei-

---

71 BGE 90 II 86.

72 BGE 110 II 456; eigehendere Bemerkungen zur Produzentenhaftung finden sich hinten, S. 34 ff.

73 S. a. HAUSHEER, ad BGE 121 IV 10, S. 442.

74 OR 55 in seinem „ursprünglichen Wesen", WIDMER, Produktehaftung, 30.

75 HAUSHEER, ad BGE 121 IV 10, S. 440.

76 WIDMER/WESSNER S. 123; BREHM-BK, ad OR 55 N 32; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 5; P. PORTMANN S. 75.

77 Zumindest, soweit die Kausalität von Unterlassungen zur Diskussion steht, s. BGE 4C.119/2000, in : Praxis 2001 Nr. 46 S. 272.

78 BREHM-BK, ad OR 55, N 34.

79 HONSELL § 13 N 4; ROBERTO, N 296, der von einer „Verschuldenshaftung mit vermuteter Verletzung einer Verhaltenspflicht" spricht; PETRIN S. 8 f. mit weiteren Verweisen.

80 REY N 897; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 97; P. PORTMANN S. 75; STEINBRÜCHEL S. 71; *contra* BGE 122 III 228; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 74 ff (zumindest für den Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit).

81 Ähnlich EÖRSI S. 7.

82 BURCKHARDT, S. 68, der bemerkt, dass bei solchen „allgemeinen Motivierungen" „viel Schiefes" unterläuft.

83 GAYLER S. 6.

zerischen Recht als auch in ausländischen Rechtsordnungen wurden zur Begründung der Geschäftsherrenhaftung verschiedene Gesichtspunkte erwähnt, die miteinander kombiniert werden müssen[84]:

- Artikel 62 aOR entspricht dem „modernen Rechtsgefühle"[85];
- Der Geschäftsherr (wie auch der Vater) hat eine moralische Pflicht, Schädigungen durch die Hilfspersonen (bzw. die Kinder) zu verhindern[86];
- Die Möglichkeit für Individuen, durch Bildung von Organisationen weitergehende Zwecke zu verfolgen als allein, erfordert im Gegenzug eine strengere Haftung als die Verschuldenshaftung[87];
- *„Deep pocket"*: Der Geschäftsherr ist im Allgemeinen solventer und wirtschaftlich tragfähiger als seine Hilfspersonen, und es ist unbillig, den Geschädigten in erster Linie an diese zu verweisen[88];
- *Macht des Geschäftsherrn*: Der Geschäftsherr besitzt kraft des Subordinationsverhältnisses eine wie auch immer geartete Macht über die Hilfsperson, kann deren Verhalten deshalb beeinflussen und muss im Gegenzug für dieses haften[89]; eine Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn bezüglich Auswahl, Instruktion und Ueberwachung seiner Hilfspersonen ist nur sinnvoll, wenn letztere tatsächlich verpflichtet sind, die Weisungen des ersteren zu befolgen[90], und umgekehrt der Geschäftsherr die – zumeist wirtschaftliche – Möglichkeit zur Kontrolle hat[91]. Dieser Auffassung widerspricht GAYLER. Seines Erachtens ist das schädigende Ereignis im Bereich der Geschäftsherrenhaftung „nicht wie die Handlung auf ein Willenszentrum des Rechtsgenossen zurückzuführen", sondern tangiert nur dessen „Aussensphäre", d. h. die Rechtssphäre, als den „gesamten Kreis der dem Rechtsgenossen zugehörigen Rechtsobjekte". Soweit diese Rechtssphäre im Bereich der Geschäftsherrenhaftung als „Willenssphäre" betrachtet wird, das heisst als Bereich von Sachen oder Personen, den der Geschäftsherrn kraft seines Willens faktisch beherrschen kann, lasse sich hieraus keine Rechtfertigung der Geschäftsherrenhaftung ableiten. Dies gelte auch für den Gedanken, dass, „wer fremde Willenskräfte für seine Zwecke einspannt", stärker sei, als „wer nur seinen eigenen Willen, seine eigene Handlung einsetzen kann". Denn eine solche Auffassung wollte eine Kausalhaftung mit einem subjektiven Willens- (d.h. Verschul-

---

84 Für eine allgemeine Übersicht, s. u. a. PETRIN, S. 20 ff.; CAEMMERER S. 290 ff.; LASKI, S. 109 ff., der allerdings die meisten Gründe verwirft und nur ganz allgemein auf *„public policy"* verweist. Für eine Kritik an gewissen dieser Gründe vgl. auch die Bemerkungen LE TOURNEAUS zum französischen Recht, hinten Fn 643 ff..

85 BIEDER S. 373; s. a. SEILER, S. 528, für gewisse „naturrechtliche" Ansichten in der Debatte, die der Annahme des deutschen Art. 831 BGB voranging.

86 BIEDER S. 373.

87 STEINBRÜCHEL S. 71 f..

88 MAAG S. 91; BIEDER 373; *contra*: GAYLER 66 ff.; STEINBRÜCHEL S. 65 mit Verweis auf TRAEGER; BURCKHARDT, S. 68, mit Verweis auf RÜMELIN.

89 Im Allgemeinen BÖRST, N 14, mit Verweis auf das englische Recht: *„liability should be borne by the party, who sets the whole thing in motion ... for (his) benefit and under (his) direction"*. Für das schweizerische Recht in ähnlichem Sinn BGE 41 II 498; OFTINGER/STARK, II/1 §20 N 96 (Geschäftsherr kraft seiner Weisungsbefugnis als *„alter ego"* der Hilfsperson); *contra*: GAYLER 72 f. (siehe gleich nachfolgend).

90 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 60; REY N 903.

91 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 60.

dens-)moment begründen, was abzulehnen sei. Die Beziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und seinem Betrieb seien vielmehr objektiv umschrieben[92];

- *Prävention*[93]: In seiner Formulierung hat OR 55 rechtspsychologisch möglicherweise die Absicht, den Geschäftsherrn zu sorgfältigem Handeln anzuspornen, im Gegensatz beispielsweise zur Formulierung von OR 58[94];
- *Nutzen-Risiko-Prinzip* (Prinzip des aktiven Interesses): Derjenige, welcher andere für sich arbeiten lässt und aus dieser Arbeit wirtschaftlichen Nutzen zieht, soll auch die damit verbundenen Risken von Schädigungen Dritter tragen[95]. *„Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet"*[96]; dasselbe gilt für den Ausschluss des dezentralisierten Entlastungsbeweises, das heisst die Unmöglichkeit des Geschäftsherrn, sich mit dem Verweis auf das Versagen untergebener Kaderleute in Bezug auf die Auswahl etc. der Hilfspersonen einer Haftung für durch letztere verursachte Schäden zu entschlagen[97];
- *Eigentumsschutz*: Der Schutz des Privateigentums (des Geschädigten) wiegt schwerer als das Interesse des Geschäftsherrn, Hilfspersonen zu beschäftigen und muss deshalb eher geschützt werden[98];
- *Beweisprobleme*: Jede Organisation ist intransparent, woraus sich die Schwierigkeit ergibt, einen konkreten Schädiger zu ermitteln. Der konkrete Schädiger verschwindet oft in der Anonymität des Kollektivs. Für diese Problematik soll nicht der Geschädigte einstehen[99]. In modernen komplexen Organisationen ist es für den Geschäftsherrn meist einfacher als für geschädigte Dritte, die tatsächlichen Verhältnisse im Innern der Organisation zu überblicken (was vor allem für die in OR 55 statuierte Beweislastverteilung spricht[100]);
- *Risiken aus Arbeitsteilung*: Mit der Arbeitsteilung in komplexen Betrieben erhöht sich das Risiko, dass die Hilfsperson durch ihre Tätigkeit viel höhere Schäden verursacht, als sie selbst je bezahlen könnte[101]. Durch Delegation von Aufgaben an die Hilfsperson werden Dritte in erhöhtem Masse gefährdet, da der Geschäftsherr bei eigenhändi-

---

92 GAYLER S. 69 ff., s. a. S. 48.

93 BURCKHARDT, S. 68, mit Verweis auf RÜMELIN.

94 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 111; *contra* MAAG, S. 90, der das Ziel der Prävention als Begründung für zu allgemein erachtet. Er weist ausserdem darauf hin, dass eine Präventionswirkung weder von einer zu strengen Haftung ausgeht (der Geschäftsherr haftet trotz aller Sorgfalt), noch von einer zu milden (weil er trotz einiger Unsorgfalt nicht haftet); STEINBRÜCHEL, S. 65 mit Verweis auf TRAEGER.

95 BGE 46 II 122, 50 II 470; DESCHENAUX/TERCIER §9 N 8; REY N 897; ROBERTO N 295; BREHM-BK, ad OR 55, N 4 f.; MAAG S. 89, wobei für diesen das zitierte Prinzip zu allgemein ist, als dass sich daraus etwas für die konkrete Ausgestaltung der Haftung ableiten liesse.

96 L. 149 D.50.17, zitiert bei BIEDER, S. 373; siehe hierzu auch die Bemerkungen aus ökonomischer Sicht hinten S. 129 ff.

97 REY N 942.

98 MAAG, S. 94 f., der aber weiter vorne bemerkt, der Grundsatz, dass die rechtlich eingeräumte Möglichkeit zur Herrschaft und Nutzniessung mit der Tragung der Gefahr gekoppelt ist, spreche eher *gegen* den Schutz des geschädigten Eigentümers (S. 90).

99 BGE 110 II 456; REY N 897; B. GROSS S. 64; BIEDER S. 373 zu Art. 62 aOR; STEINBRÜCHEL S. 71 f. Dieser Gesichtspunkt wurde schon früh zur Begründung der Geschäftsherrenhaftung beigezogen. Illustrativ ist diesbezüglich die Begründung der (*in casu* zwar minoritären) Position des englischen Richters LORD HOLTS in einem Fall aus dem Jahre 1701: *„It would be hard in this case to put the plaintiff to prove a particular neglect amongst such a multitude of under-officers; ergo the postmaster is charged with it."* (Lord HOLT, zitiert bei WICKE, S. 198).

100 NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 35.

101 REY N 897 mit Verweisen; in ähnlichem Sinn EÖRSI N 9.

ger Vornahme von Betriebshandlungen Schäden eher vermeiden könnte, „während man seine Gehilfen nicht so in der Hand hat wie sich selbst“[102]. Für gewisse Autoren ist allerdings nicht ersichtlich, inwiefern der Beizug von Hilfspersonen besonders gefährlich sein soll; der Umstand der Unübersichtlichkeit grosser Betriebe rechtfertige zwar die Umkehr der Beweislast zur Erleichterung der Rechtsverfolgung, nicht aber die Einführung einer Gefährdungshaftung für Hilfspersonen[103];

- *"Qui facit per alium facit per se"*[104];
- *Gemeinschaftliche Schadenstragung*: Zusammenfassung von Einzelnen zu „Gefahrengemeinschaften“, da die Gemeinschaft Schäden leichter trägt[105].

Dieser Überblick zeigt, dass sich die Geschäftsherrenhaftung nach OR 55 eher durch eine Reihe *rechtspolitisch* motivierter Gründe rechtfertigen lässt als durch eine zwingende *rechtssystematische* Argumentationskette. Einige der genannten Gesichtspunkte werden im Verlauf der vorliegenden Arbeit immer wieder auftauchen.

d) Haftungssubjekt

(1) Geschäftsherr; Subordinationsverhältnis zur Hilfsperson

Haftungssubjekt der Haftung nach OR 55 ist der „Geschäftsherr“. Dieser Begriff lässt sich nur über das Verhältnis zur „Hilfsperson“ definieren[106], welches ein *Subordinationsverhältnis* sein muss. Die Geschäftsherrenhaftung setzt zwingend eine *Delegation* von Aufgaben voraus. Eine Einzelperson, die alleine handelt und dabei jemanden schädigt, kann nicht nach OR 55 haften. Ebenso wenig haften mehrere Schädiger nach OR 55, die unter sich lediglich in schädigender, eventuell krimineller Absicht psychologisch verbunden waren, ohne dass ein Subordinationsverhältnis mit Weisungsgewalt bestand. Kriminogene Suggestionskraft wird nicht mit hierarchisch legitimierter Befehlsgewalt gleichgesetzt. In solchen Fällen von Mittäterschaft haften alle Beteiligten solidarisch kraft OR 50/1[107]. Schliesslich findet nicht OR 55, sondern OR 41 i.V.m. ZGB 55/2 Anwendung, wenn nicht eine Hilfsperson, sondern das Organ einer juristischen Person die schädigende Handlung begangen hat[108].

Geschäftsherr wie Hilfsperson kann eine natürliche oder juristische Person sein. Bei Personengesellschaften und analogen Aggregaten (z. B. einfache Gesellschaft) sind alle Gesellschafter als Geschäftsherren zu betrachten, die gegenüber dem Kläger solidarisch haften[109]. Das Subordinationsverhältnis zwischen Geschäftsherr und Hilfsperson ist primär ein faktischer Begriff, kann aber auch rechtlicher Natur sein. Es besteht, wenn der Geschäftsherr die tatsächliche Möglichkeit hat, auf die Hilfsperson einzuwirken, ihr Weisungen zu erteilen und sie zu kontrollieren[110]. Es ist aber umgekehrt auch zu bejahen, wenn der Geschäftsherr

---

102 BURCKHARDT, S. 68, der diesen Gesichtspunkt ohne Quellenangabe zitiert, ihm aber selbst skeptisch gegenüber zu stehen scheint.

103 GAYLER S. 23 f.

104 Rechtssatz aus dem kanonischen Recht, s. Nachweis bei CAEMMERER, S. 284 f. u. Fn 4.

105 Contra: GAYLER S. 66.

106 In diesem Sinne OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 59.

107 Z. B. BGE 42 II 473.

108 ROBERTO N 303.

109 REY N 905; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 80; A. KELLER S. 173; für die einfache Gesellschaft BGE 72 II 255.

110 BGE 46 II 126; 41 II 498; REY N 904; BREHM-BK, ad OR 55, N 8; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 60, 66; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 14 f.; zur Frage, welche Akteure als Hilfspersonen beispielsweise des Sportveranstalters zu betrachten sind und welche nicht s. BONDALLAZ S. 78 f.

eine rein rechtliche, nicht aber faktische Möglichkeit zur Erteilung von Weisungen hat[111]. Letztere Ansicht ist konsequent, da die Haftung nach OR 55 verschuldensunabhängig ist und Haftung für Zufall miteinschliesst, die auch dann greift, wenn der Geschäftsherr z. B. krankheitshalber oder mangels Zurechnungsfähigkeit keine tatsächliche Möglichkeit hatte, die Hilfsperson anzuweisen oder zu kontrollieren. Auf die rechtliche Qualifikation des Verhältnisses kommt es nicht an[112]. Die Eigenschaften einer rechtlichen Verbindung zwischen Hilfsperson und Geschäftsherr können immerhin Indizien dafür liefern, dass ein Subordinationsverhältnis besteht; so ist die Hilfsperson im Rahmen eines Arbeitsvertrags abhängiger von den Weisungen des Arbeitgebers als im Werkvertrag der Unternehmer vom Besteller[113]. Dennoch kann sowohl im Arbeits- als auch im Werkvertrag und im Auftrag ein Subordinationsverhältnis entstehen[114]. Je mehr Fachkompetenz der Angestellte besitzt, desto weniger ist er als Hilfsperson zu betrachten. Kommen allerdings Elemente der Unterordnung hinzu, z. B. ein Arbeitsvertrag, so ist dennoch auf ein Subordinationsverhältnis zu schliessen[115]. Nicht einheitlich sind die Auffassungen bezüglich der Geschäftsführung ohne Auftrag[116]. Wie erwähnt, kann auch eine juristische Person Hilfsperson einer anderen juristischen Person sein. Solche Konstellationen kommen vorab im Rahmen eines Konzerns vor. Die wirtschaftliche Beherrschung der Tochtergesellschaft durch die Mutter genügt aber alleine nicht zur Bejahung eines Subordinationsverhältnisses im Sinne von OR 55. Die Tochtergesellschaft muss der Mutter zumindest vertraglich das Recht eingeräumt haben, ihr konkrete Weisungen zu erteilen[117].

Der „Mitarbeiter" einer Organisation ist dann nicht mehr als Hilfsperson zu betrachten, wenn er über eine gewisse rechtliche und faktische Selbständigkeit verfügt (z. B. hinsichtlich der Art und Weise, wie er seine Arbeit ausführt) und die „Weisungen" der Vertragspartner nicht hierarchisch legimierte Befehle, sondern allenfalls Wünsche[118] im Vertragskontext sind. Solche Personen sind als selbständige Unternehmer zu qualifizieren (*„independent contractors"* in der Terminologie des Common Law[119]), für deren Verhalten der Geschäftsherr nicht nach OR 55 haftet[120]. Dies wird oft bei Beauftragten in Bezug auf den Auftraggeber sowie bei Unternehmern im Werkvertrag der Fall sein (selbständige Unternehmer, Anwalt gegenüber Klient, Architekt gegenüber Bauherr etc.[121]).

(2) Geschäftsherreneigenschaft bei juristischen Personen; Verhältnis zwischen OR 55 und OR 754/2 (Überblick)

Soll eine juristische Person für das Verhalten ihrer Mitarbeiter aufgrund von OR 55 belangt werden, so stellt sich die Frage, ob sie oder nicht vielmehr ihre Organe als Geschäftsherr zu

---

111 GAYLER S. 85.

112 REY N 904 mit Verweisen. BGE 46 II 126.

113 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 65.

114 Rechtsvergleichend hierzu EÖRSI N 61 ff.

115 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 71.

116 Während für OFTINGER/STARK (Bd. II/1, §20 N 64 Fn 204) der Geschäftsführer ohne Auftrag nicht als Hilfsperson im Sinne von OR 55 zu betrachten ist, ist diese Qualifikation für P. PORTMANN durchaus möglich, wenn die Geschäftsführung nachträglich genehmigt wurde (P. PORTMANN S. 65).

117 SJ 1992 627.

118 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 68.

119 EÖRSI N 70.

120 Siehe eingehender PETRIN, S. 85 ff., mit dem Verweis auf den abweichenden, aber isolierten BGE 41 II 693.

121 REY N 910; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 67; zur Situation von Künstlern und Sportlern siehe OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 69.

betrachten sind. Da im schweizerischen Recht der dezentralisierte Entlastungsbeweis abgelehnt wird[122], gilt stets die juristische Person selbst, und nicht etwa ihre Organe als Geschäftsherr[123]. Die umständliche Konstruktion, wonach eigentlich die Organe Geschäftsherren sind, deren Verhalten dem Verband zugerechnet wird[124], ist nicht notwendig und im Grunde falsch, da nicht ersichtlich ist, auf welcher Grundlage dann organisatorische Handlungen von Leitungspersonen, die nicht Organe sind, der juristischen Person zugerechnet werden sollten.

OR 754/2 enthält hinsichtlich der persönlichen Verantwortlichkeit von Organen und mit der Geschäftsführung betrauten Personen in der AG eine Sonderregelung: bei befugter Delegation organschaftlicher Aufgaben wird die Haftung des Delegierenden beschränkt. Der Entlastungsbeweis enthält die drei klassischen *curae in eligendo, instruendo et custodiendo* (siehe auch hinten S. 24 ff.). Hierbei stellt sich einmal die grundlegende Frage, ob OR 754/2 analog zu OR 55 auszulegen ist oder nicht. Diese Frage soll vorliegend nicht weiter behandelt werden[125]. Hingegen soll kurz die Frage angesprochen werden, welcher Bestimmung die befugte Delegation von Nichtorgan-Aufgaben an Hilfspersonen unterstehen soll. Verschiedene Autoren befürworten eine analoge Anwendung von OR 101, wohl auch aufgrund der Botschaft des Bundesrates[126]. Demgegenüber ist BERTSCHINGER der Ansicht, auf solche Fälle solle OR 55 mit der darin enthaltenen Haftungsbeschränkung anwendbar sein[127], da OR 101 zu einer kausalen Haftung führen würde, was nicht mit den Prinzipien des Verantwortlichkeitsrechts vereinbar sei. Dabei wäre die Organperson als „Geschäftsherr" im Sinne von OR 55 zu betrachten[128]. BÖCKLI hat aber bemerkt, die Haftung nach OR 754/1 bzw. die Haftungsbeschränkung nach OR 754/2 betreffe immer nur organtypische Leitungsbefugnisse, weshalb Personen, denen solche Aufgaben delegiert werden, dadurch funktional zu Organen der Gesellschaft werden[129]. Diese Ansicht überzeugt eher, weshalb entgegen BERTSCHINGER davon auszugehen ist, dass Organe und Geschäftsführer im Sinne von OR 754 nie für die Delegation nicht-organtypischer Aufgaben haften und somit auch nicht zu Geschäftsherren im Sinne von OR 55 werden. Der – selbst durch Organpersonen angeordnete – Beizug von Hilfspersonen für nicht organtypische Aufgaben erfolgt somit immer zugunsten der Gesellschaft[130], weshalb diese, nicht das delegierende Organ, in Bezug auf die Hilfspersonen Geschäftsherr ist. Dies gilt selbst dann, wenn BÖCKLIS Ansicht zu relativieren wäre, da OR 754/2 jedenfalls nur die Frage der Verantwortlichkeit des delegierenden Organs nach den Sonderbestimmungen in OR 752 ff. und nicht jene der Haftung der Gesellschaft nach dem gemeinen Recht betrifft.

(3) Rechtslage bei Ausmietung von Arbeitskräften

Bei Ausmietung von Arbeitskräften wären an sich verschiedene Lösungen – Haftung des Mieters oder des Ausmieters, solidarische Haftung beider – mit der Rechtsnatur von OR 55, verstanden als einfache Kausalhaftung, zu vereinbaren. So wäre auch eine Haftung des Vermieters denkbar, und zwar in Analogie zur Haftung eines durch Krankheit verhinderten

---

122 Siehe hierzu hinten S. 25 ff.

123 REY N 911, a. mit Verweis auf STARK.

124 So etwa STEINBRÜCHEL S. 75 ff.

125 Siehe hierzu insbesondere die Ausführungen bei BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 64 ff.

126 Siehe Verweise bei BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 205; Botschaft (1983) ad OR Ziff. 217.1.

127 BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 208.

128 BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 103.

129 BÖCKLI N 1981.

130 FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 329.

Geschäftsherrn, der ebenfalls keinen tatsächlichen Einfluss auf das Verhalten der Hilfsperson nehmen kann. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung erklären aber den Mieter für haftbar (nicht den Vermieter, und auch nicht beide zusammen solidarisch)[131]. Der Umstand, dass die herrschende Meinung damit weniger auf den rechtlich-strukturellen Status der Hilfsperson als vielmehr auf die tatsächliche Möglichkeit der Einflussnahme abstellt, zeigt, dass auch die aktuelle Auslegung von OR 55 einen Rest des Verschuldensprinzips beeinhaltet. Denn eine reine Kausalhaftung wäre nicht abhängig von der Möglichkeit einer tatsächlichen Einflussnahme des Haftungssubjekts auf Zustände oder Verhaltensweisen, die die Haftung begründen.

e) Besondere Haftungsvoraussetzungen

(1) Vorbemerkung

Die allgemeinen Voraussetzungen des Haftpflichtrechts, d. h. *Schaden, Kausalzusammenhang und Widerrechtlichkeit*[132], sind bei der Geschäftsherrenhaftung nach den üblichen Grundsätzen des OR vom Geschädigten zu beweisen. Der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen dem Geschäftsbetrieb und dem Schaden genügt; es ist nicht notwendig nachzuweisen, welche konkrete Hilfspersonen den Schaden tatsächlich verursacht haben[133]. Kommen hingegen mehrere Geschäftsherren, z. B. Unternehmungen, als Verursacher in Frage, ist aber nicht klar, wer von ihnen den Schaden tatsächlich verursacht hat, so liegt alternative Kausalität vor, für die im geltenden schweizerischen Recht keine Haftung greift[134] (ausser bei Zusammenwirken mehrerer Schädiger und gemeinsamem Verschulden im Sinne von OR 50/1).

Nachfolgend werden nun noch die besonderen Haftungsvoraussetzungen näher dargestellt.

(2) Funktioneller Zusammenhang

Die Schädigung muss im Zusammenhang mit der Ausübung dienstlicher bzw. geschäftlicher Verrichtungen verursacht worden sein[135]. Es wird, mit anderen (nicht minder unscharfen) Worten, ein *funktioneller Zusammenhang* der Schädigung mit den Zwecken, um derentwillen sich der Geschäftsherr einer Hilfsperson bedient, verlangt[136]. Der Geschäftsherr haftet nicht, wenn der Schaden nicht in Ausübung, sondern bloss bei Gelegenheit dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen zugefügt wurde[137]. Der örtliche und zeitliche Zusammenhang

---

131 REY N 906; BREHM-BK, ad OR 55, N 19; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 71; BONDALLAZ S. 80; PETRIN S. 66, alle mit Verweisen; anders aber z. B. BGE 77 II 312 und A. KELLER, S. 173; rechtsvergleichend s. EÖRSI, N 60; GALLAND-CARVAL S. 303 N 48, wonach die internationale Tendenz eher gegen eine solidarische Haftung spricht.

132 BGE 95 II 106; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 103.

133 REY N 898; BREHM-BK, ad OR 55, N 20; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 83, 109; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 34; P. PORTMANN S. 67. Insofern liegt bei HOFSTETTER, S. 350 f., vermutlich ein Missverständnis vor.

134 BREHM-BK, ad OR 55, N 20. Diese Frage kann beispielsweise bei Gewässerverschmutzung durch mehrere Fabriken relevant sein.

135 BREHM-BK, ad OR 55, N 20; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 83; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 34; P. PORTMANN S. 67.

136 REY N 912; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 88.

137 REY N 914; ROBERTO N 305; BREHM-BK, ad OR 55, N 21, 23; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 89; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 16; *contra*: HONSELL § 13 N 16. Viele Beispiele zum Begriff

der Tätigkeit der Hilfsperson mit dem Geschäftsbetrieb ist allerdings oft ein Indiz für das Bestehen des funktionellen Zusammenhangs, wenn auch kein zwingendes (z. B. kann er gegeben sein, wenn die Hilfsperson für den Geschäftsherrn am Wochenende und zuhause arbeitet)[138].

Der funktionelle Zusammenhang wird nicht unterbrochen, wenn die Hilfsperson ihre Aufgaben lediglich ungeschickt ausübt[139] oder wenn sie von den Weisungen des Geschäftsherrn abweicht; dieser hat vielmehr dafür zu sorgen, dass dies nicht geschieht[140]. „Es ist gerade das Ziel des Art. 55 OR, den Geschäftsherrn für das unrichtige Vorgehen seiner Hilfspersonen bei der Erfüllung ihrer dienstlichen Verrichtungen haften zu lassen"[141]. Auf die Implikationen und möglichen Fragwürdigkeiten dieser Rechtsprechung werde ich weiter hinten näher eingehen[142]. Jedenfalls zeigt sich auch anhand des Kriteriums des funktionellen Zusammenhangs, dass sich die Haftung nach OR 55 im Laufe der Jahrzehnte verschärft hat. In früheren Urteilen war das Bundesgericht noch der Ansicht, der Geschäftsherr *„ne répond pas lorsque l'auxiliaire dépasse les limites de ses attributions"*[143] oder *„lorsqu'il les exerce à un moment ou dans des circonstances où il n'avait pas à le faire"*[144].

Nicht alle Fragen bezüglich des funktionellen Zusammenhangs werden einheitlich beantwortet. Das heisst, eine Haftung des Geschäftsherrn ist zwar denkbar, sowohl wenn die Hilfsperson nicht schuldhaft als auch wenn sie absichtlich widerrechtlich („dolos") gehandelt hat[145]. Dennoch ist umstritten, ob der Geschäftsherr haftet, wenn die Hilfsperson vorsätzlich falsch handelt, weil solches Verhalten kaum je im Interesse des Geschäftsherrn liegt. „Man kann aber davon ausgehen, dass die Handlung noch im Interesse des Geschäftsherrn erfolgt, wenn er die Hilfsperson so einsetzt, dass sie Dritte schädigen kann"[146].

(3) Entlastungsbeweise

(a) Im Allgemeinen

OR 55 sieht im Weiteren eine negative Haftungsvoraussetzung vor: nämlich das Nichterbringen des Entlastungsbeweises genügender Sorgfalt seitens des Geschäftsherrn (siehe gleich nachfolgend). Unsorgfalt wird somit vermutet, was bedeutet, dass der Geschäftsherr selbst dann haftet, wenn ihm nichts vorzuwerfen ist, sofern er den Entlastungsbeweis nicht erbringt.

Das Scheitern der Entlastungsbeweise ist neben dem funktionellen Zusammenhang die typische Haftungsvoraussetzung von OR 55 und insbesondere jene, an der sich die Strenge der

---

des funktionellen Zusammenhangs finden sich bei OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 Fn 285 und BREHM-BK, ad OR 55, N 22, 23.

138 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 92.

139 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 90.

140 REY N 913; ROBERTO N 307; BREHM N 25 f.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 93, dort auch Verweise; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 16.

141 BGE 95 II 93 (106).

142 Siehe hinten S. 248 ff.

143 BGE 35 II 608.

144 BGE 20 955; so auch CHAMOREL S. 53.

145 REY N 923; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 16.

146 BREHM-BK, ad OR 55 N 27 f; BGE 56 II 35 f. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch das gelegentlich zitierte englische Urteil in Sachen Limpus v. London General Omnibus Co., wonach ein Busunternehmer für absichtlich oder grobfahrlässige Unfälle seiner Chauffeure haftet, falls diese mit dem Ziel gehandelt haben, Konkurrenten zu schädigen oder ihnen zuvorzukommen (FLEMING S. 379; LASKI S. 118 f.).

Haftung kristallisiert. Im Gegensatz zu OR 101 wird der Sorgfaltsmassstab im Rahmen von OR 55 an das Verhalten des Geschäftsherrn, nicht an jenes der Hilfsperson angelegt[147]. Eine Unsorgfalt oder ein Verschulden seitens der Hilfsperson ist denn auch nach herrschender Auffassung nicht Haftungsvoraussetzung, wobei diese Frage umstritten war und ist[148]. Von einer Mehrzahl der Entlastungsbeweise spricht die Lehre, weil der Geschäftsherr nicht nur darlegen kann, dass ihm keine Unsorgfalt zur Last fällt (OR 55/1 1. Halbsatz), sondern auch, dass eine allfällige Unsorgfalt seinerseits den Schaden nicht verursacht hat (OR 55/1 *in fine*, fehlende Kausalität des pflichtgemässen Alternativverhaltens).

Gemäss OR 55/1 kann der Geschäftsherr beweisen, „dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden" nach der Art des durch die Hilfsperson verursachten „zu verhüten".

(b) Dezentralisierter Entlastungsbeweis?

OR 55 wirft die grundlegende Frage auf, ob sich der Geschäftsherr bereits entlasten kann, wenn er beweist, dass *ihm selbst* keine mangelnde Sorgfalt vorzuwerfen ist, beispielsweise bei der Auswahl seiner Kaderleute, oder ob er sich die Unsorgfalt *leitender Angestellter* anrechnen lassen muss (Frage nach der Zulässigkeit des „dezentralisierten Entlastungsbeweises"). Während der dezentralisierte Entlastungsbeweis beispielsweise im deutschen Recht in gewissen Grenzen zugelassen wird[149], lehnt ihn die herrschende Meinung im schweizerischen Recht ab[150]. Es kommt demnach nicht darauf an, ob der Geschäftsherr die nötige organisatorische Sorgfalt selbst erbracht hat; relevant ist vielmehr, ob sie überhaupt in seinem Geschäftsbereich aufgewendet wurde[151]. Die Rangstufe allfälliger weiterer Leitungspersonen, von deren Verhalten das Scheitern oder Gelingen des Entlastungsbeweises abhängt, ist irrelevant[152]. Somit kann es sich bei einer solchen mittleren Leitungsperson sowohl um eine Hilfsperson als auch um ein Organ handeln.

PORTMANN spricht sich *für* den dezentralisierten Entlastungsbeweis aus, da er nicht einsieht, weshalb ein Grossbetrieb als Geschäftsherr mit direkt und indirekt Unterstellten einer schärferen Haftung unterworfen sein solle als ein Kleinbetrieb mit nur direkt unterstellten. Denn letzterer könne sich befreien, wenn der Untergebene den Schaden trotz genügender Sorgfalt des Geschäftsherrn verursacht hat, ersterer jedoch nicht, wenn einer mittleren Leitungsperson ein Fehlverhalten vorzuwerfen ist, obschon sich die Oberleitung korrekt verhalten hat[153]. NATER widerspricht dieser Ansicht unter anderem mit dem Argument, es sei unbillig, dass unter Zulassung des dezentralisierten Entlastungsbeweises dem Geschädigten im erstgenannten Fall das Haftungssubstrat des Geschäftsvermögens entginge[154]. Obschon NATERS „*deep pocket*"-Argument aus rechtssystematischer Sicht keine Rolle spielen kann[155], ist es im Resultat zutreffend. Denn es ist in einer komplexen arbeitsteiligen Organisationsstruktur

---

147 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 110.

148 REY N 921; BREHM-BK, ad OR 55, N 31; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 97, dort auch diverse Verweise in Fn 305; BGE 57 II 38; 97 II 221. Kritisch ROBERTO, N 298; WERRO, Croisée des chemins, S. 334 f. S. a. die ausführlichen Nachweise bei PETRIN, Fn 186.

149 Siehe hinten S. 78 ff.; s. a. NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, Fn 101; EÖRSI N 56.

150 A. M. BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 74 ff.

151 REY N 942; BREHM-BK, ad OR 55 N 52; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 122; BGE 31 II 701; 48 II 56.

152 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 123.

153 P. PORTMANN S. 73 f.

154 NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 26 f.

155 Durchaus allerdings aus ökonomischer Sicht, siehe hinten S. 132 ff.

oft zufällig, wer in einer Ablauf- oder Befehlskette sich sorgfältig und wer sich unsorgfältig verhalten hat. Und dieser Zufall ist ein Risiko, das der Organisationsträger, nicht der Geschädigte tragen sollte.

(c) Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn (Überblick)

Die notwendige Sorgfalt seitens des Geschäftsherrn bemisst sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Gefordert ist nicht eine „allgemein übliche" Sorgfalt, sondern „alle nach objektiven Kriterien und den konkreten Umständen zur Vermeidung eines Schadens notwendigen Vorkehrungen"[156]. Der Sorgfaltsbegriff gemäss OR 55 ist also im Vergleich zur Verschuldenshaftung gemäss OR 41 objektiviert; es kommt überdies auf der subjektiven Ebene nicht auf die Zurechnungsfähigkeit des Geschäftsherrn an[157]. Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, es sei irrelevant, ob der Geschäftsherr den konkreten Schadensverlauf subjektiv vorausgesehen habe oder hätte voraussehen können. Denn OR 55 statuiere nicht eine Verschuldens-, sondern eine Kausalhaftung, weshalb ein „objektiver Massstab" gelte[158] und die Beurteilung der Sorgfalt *ex post*, nach der Schädigung erfolgen müsse[159]. Dieser Grundsatz müsse aber „mit Vernunft" angewendet werden und habe Grenzen bei den sogenannten „Entwicklungsschäden" im Rahmen der Produktehaftpflicht [160]. Zu den Widersprüchen dieser Sichtweise folgen weiter hinten eingehendere Bemerkungen[161]. Jedenfalls hält ein anderer Teil der Lehre nur eine Beurteilung *ex ante* der Sorgfaltspflichten für sinnvoll[162]. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist in dieser Hinsicht nicht ganz konsequent. Während in gewissen Entscheiden das Verhalten des Geschäftsherrn deutlich *ex post* betrachtet wurde[163], findet sich in anderen Urteilen eine nuanciertere Betrachtungsweise[164]. Ganz allgemein sei bereits an dieser Stelle angemerkt, dass man bei der Umsetzung einer auf Unsorgfalt gründenden Haftung wie jener gemäss OR 55 auf Elemente einer – wenn auch objektivierten – Voraussehbarkeit nie gänzlich verzichten kann[165].

Die Elemente des Sorgfaltsbeweises werden gemeinhin in folgende Kategorien unterteilt:

---

156 REY N 924; s. a. BREHM-BK, ad OR 55, N 46; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 126; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 24.

157 CHAMOREL S. 60 f.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 125.

158 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 125; somit könne sich der Geschäftsherr nicht bereits entlasten, wenn wenn er alles getan hat, „was zur Vermeidung eines voraussehbaren Schadens erforderlich war" (ibidem OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20); s. a. NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 24 f. mit Verweisen.

159 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 Fn 378; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 24 mit Verweisen auf OFTINGER und GAYLER. NATER ist allerdings nach BGE 110 II 456 in dieser Hinsicht skeptischer geworden, s. NATER, Produktehaftpflicht, S. 391 f.

160 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 Fn 378 mit Bezug auf BGE 110 II 463; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 24 f.

161 Siehe hinten S. 250 ff.

162 BREHM-BK, ad OR 55 N 49; P. PORTMANN S. 70; VON TUHR/SIEGWART, Bd. I, S. 381 Fn 15; CHAMOREL S. 59.

163 So namentlich in BGE 95 II 93.

164 Siehe insbesondere BGE 4C.119/2000 (= Praxis 2001 Nr. 46) sowie auch BGE 110 II 463 (letzterer allerdings im Kontext widersprüchlich, da die Bedeutung einer Sichtweise *ex ante* betont, aber gleichzeitig die Entlastung im Ergebnis davon abhängig gemacht wird, dass die getroffenen Massnahmen den Schaden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abzuwenden geeignet waren).

165 Hierzu Näheres hinten S. 250 ff. und v. a. S. 310 ff.

- *Die drei curae*: - richtige Auswahl von Mitarbeitern (*cura in eligendo*)[166]; - richtige Anweisung von Mitarbeitern (*cura in instruendo*)[167]; - richtige Kontrolle (*cura in custodiendo*)[168];
- *Generell richtige Organisation der Arbeit:*
- Klare Kompetenzabgrenzung; keine widersprüchlichen Weisungen; Einstellung einer genügenden Anzahl Hilfskräfte; realistische Zeitplanung; Schutzmassnahmen gegen gefährliche Situationen; Einsatz eines Vertreters, wenn der Leiter abwesend ist[169];
- Bereitstellung geeigneter Werkzeuge und guten Materials[170];
- Die Hilfsperson soll nicht ohne genügenden Schutz für Arbeiten eingesetzt werden, denen sie bekanntermassen nicht gewachsen ist oder die schlechthin gefährlich sind[171]; sie soll auch nicht überanstrengt werden[172].

Die erforderliche Sorgfalt des Geschäftsherrn bezieht sich also ausschliesslich auf *organisatorische* Pflichten, das heisst solche, die entstehen, weil Arbeit an Dritte delegiert wird[173]. Generell ist umso mehr Sorgfalt erforderlich, je gefährlicher die übertragene Arbeit ist[174]. Die Unsorgfalt des Geschäftsherrn muss sich überdies auf einen Umstand beziehen, der für den Schaden kausal war[175]. So kann es dem Geschäftsherrn nicht zum Vorwurf gereichen, wenn er eine Hilfsperson einstellt, die schlecht singt, wenn diese Röhren montieren soll. Lehre und Rechtsprechung bemerken, dass sich zu viele oder unpassende Weisungen kontraproduktiv auswirken können, insbesondere dann, wenn der Geschäftsherr weniger fachkundig ist als die Hilfsperson[176]. Zwar wird hinsichtlich fachkundiger Hilfspersonen weniger Überwachung vom Geschäftsherrn verlangt als bezüglich unerfahrener; aber auch bei erfahrenen Mitarbeitern sind gelegentliche Kontrollen erforderlich[177], und falls die Überwachung eines Spezialisten mangels Fachkenntnis des Geschäftsherrn nicht möglich ist, muss gegebenenfalls ein zweiter Spezialist beigezogen werden[178].

Die aus OR 55 abgeleiteten Sorgfaltspflichten umfassend im Einzelnen zu illustrieren hiesse, bestehende Abhandlungen lediglich zu wiederholen. Deshalb sei für ausführliche Dar-

---

166 Siehe ausführliche Darstellungen bei REY, N 929; BREHM-Bk, ad OR 55, N 55 f.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 132-134; Kasuistik bei BREHM-BK, ad OR 55, N 57-64.

167 Siehe ausführliche Darstellungen bei Rey N 931; BREHM-BK, ad OR 55, N 65; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 135; Kasuistik bei BREHM-BK, ad OR 55, N 66 ff.

168 Siehe ausführliche Darstellungen bei REY, N 933; BREHM-BK, ad OR 55, N 70 ff.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 136-140; Kasuistik bei BREHM-BK, ad OR 55, N 73-76.

169 REY N 939 f.; BREHM-BK, ad OR 55, N 77-78, dort auch Verweise; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 114, dort auch Verweise; s. a. als Beispiel aus der Sicht des Sicherheitsmanagements INSAG, S. 10 Ziff. 38-42.

170 REY N 936 f.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 115, dort auch Verweise.

171 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 116, dort auch Verweise.

172 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 117, dort auch Verweise.

173 Dies geht bereits aus einem Entwurf von 1871 von WALTHER MUNZINGER (wiedergegeben bei FASEL, S. 569) hervor; siehe für die moderne Lehre auch GAUCH, Besprechung von BGE 110 II 456, S. 68.

174 REY N 929 (zur *cura in eligendo*), N 933 (zur *cura in custodiendo*); OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 126, dort auch Verweise; DESCHENAUX/TERCIER § 9 N 51; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 24, insbesondere Fn 89, und S. 120. Dasselbe gilt im deutschen Recht auch für das Organisationsverschulden gemäss BGB 823, s. MATUSCHE-BECKMANN S. 125.

175 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 128.

176 REY N 931 mit Verweisen.

177 Allerdings gemäss OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 137, nur für ungewöhnliche Arbeiten; anders BGE 72 II 262, wo es um die Überwachung der täglichen Routinearbeit der fehlbaren Hilfsperson ging.

178 BGE 77 II 313; REY N 933 mit Verweisen.

stellungen der Rechtsprechung auf die Lehre verwiesen[179]. Immerhin muss angefügt werden, dass die Pflicht zur richtigen Organisation – über die drei *curae* hinaus – im Bereich der Produzentenhaftung zu enorm verschärften Sorgfaltspflichten geführt hat, die zu erbringen kaum mehr ein Produzent in der Lage sein dürfte. Soweit ersichtlich, findet sich diese Strenge in der Auslegung von OR 55 bisher noch nicht in anderen Bereichen wieder, was auch die neueste Rechtsprechung zu OR 55 zeigt[180]. Deshalb rechtfertigt sich zur Produzentenhaftung ein eigenes Kapitel[181].

Oft liegt auch ein persönliches Verschulden des Geschäftsherrn vor, beispielsweise wegen Verletzung des Gefahrensatzes oder weil er Anweisungen erteilt, die an sich schon widerrechtlich sind[182]. Ist dies der Fall, so ist die Entlastung des Geschäftsherrn selbst dann ausgeschlossen, wenn er die Hilfsperson richtig ausgewählt und instruiert hat[183]. Allerdings ist die Frage umstritten, ob zwischen OR 55 und 41 Anspruchskonkurrenz gilt oder nicht[184] bzw. ob Fälle persönlichen Verschuldens des Geschäftsherrn auch unter OR 55 subsumiert werden. Gewisse Autoren verneinen Anspruchskonkurrenz mit dem Hinweis, OR 55 habe, analog zu OR 58[185], einen erweiterten Anwendungsbereich[186], soweit es um das persönliche Verschulden des Geschäftsherrn geht, was konkret bedeutet, dass dieses Verschulden auch unter OR 55 subsumiert wird und nicht haftungsbegründend wirkt, sondern höchstens als zusätzliches Verschulden auf der Ebene der Haftungsausfüllung in Betracht kommt[187]. Die Frage ist besonders bedeutsam, wenn der Gefahrensatz zur Diskussion steht, wonach „die Schaffung oder Unterhaltung gefährlicher Zustände zum Ergreifen von Schutzmassnahmen verpflichtet"[188]. Die Bedeutung des Gefahrensatzes für die Geschäftsherrenhaftung, besonders als indirekt wirkender Grundgedanke, hat merklich zugenommen[189]. Dies ist aus der Sicht des geltenden Rechts bedenklich, weil so der Gefahrensatz, der eigentlich aus der Verschuldenshaftung stammt, tendenziell die Kausalhaftung nach OR 55 noch verschärft, worauf vor allem WIDMER hingewiesen hat[190].

(d) Kausalität der Pflichtwidrigkeit (OR 55/1 in fine)

Der Geschäftsherr haftet nicht, selbst wenn er unsorgfältig gehandelt hat, falls er beweist, dass der Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäss verhalten hätte. Hierbei handelt es sich um die Einrede des pflichtgemässen Alternativverhaltens[191]. Verursacht beispielsweise eine Webmaschine Schäden, weil ein erfahrener, hinreichend instruierter und kon-

---

179 Siehe insbesondere OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 113 ff.; BREHM-BK, ad OR 55, N 55 ff.

180 BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46 S. 271.

181 Siehe hinten S. 34 ff.

182 BREHM-BK, ad OR 55, N 37. BGE 56 II 35 f.

183 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 118; BONDALLAZ S. 65 ff.

184 Gegen eine Anspruchskonkurrenz sprechen sich OFTINGER/STARK, Bd. II/1, N 31, aus, u. a. mit Verweis auf BGE 77 II 248. A. M. offenbar DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N 10; ENGEL (s. Verweis in Fn 106) und das Bundesgericht in BGE 47 II 429. In BGE 112 II 138 scheint das Bundesgericht ebenfalls von einer Anspruchskonkurrenz auszugehen, schliesst jedenfalls die Anwendung von OR 55 neben 41 nicht ausdrücklich aus, prüft aber die Voraussetzungen von OR 55 nicht, nachdem es eine Haftung aufgrund von OR 41 bejaht hat.

185 Siehe hierzu OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 19 N 21 f.

186 NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 30; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 30; *contra* offenbar GAUCH, Besprechung von BGE 110 II 456, S. 67 f.

187 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 31. So aber offenbar auch DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N 10.

188 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 118 mit Verweisen.

189 Siehe z. B. BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46 S. 271.

190 Siehe hierzu WIDMER, ad BGE 110 II 456, S. 55 f.

191 BREHM-BK, ad OR 55, N 91 mit Verweis auf STUDHALTER.

trollierter Arbeiter Teile mangelhaft montiert hat, so haftet der Geschäftsherr nicht schon deshalb, weil der Vorarbeiter, entgegen internen Weisungen, die Arbeiter in der Pause in der Nähe explosiver Substanzen rauchen liess. Denn die Unsorgfalt bezog sich auf das Feuerrisiko, das sich im Unfall nicht manifestiert hat. In diesem Sinn hätte das pflichtgemässe Alternativverhalten in der Tat nicht ausdrücklich im OR erwähnt werden müssen, da es bereits aus den allgemeinen Kausalitätsgrundsätzen fliesst[192].

Der Befreiungsbeweis des pflichtgemässen Alternativverhaltens kann noch in einem weiteren Sinn verstanden werden: der Geschäftsherr handelt unsorgfältig, die Hilfsperson jedoch verhält sich, in Verletzung der Anweisungen des Geschäftsherrn, richtig, ihr Verhalten führt aber, zusammen mit anderen Ursachen, dennoch zu einem Schaden[193]. In einem solchen Fall ist eine Entlastung des Geschäftsherrn m. E. zu bejahen; denn eine Hilfsperson kann sich, wie es die deutsche Lehre formuliert, nicht besser als verkehrsrichtig verhalten[194].

(e) Bedeutung von Qualitätsmanagement-Systemen und behördlichen Anweisungen

(i) Qualitätsmanagement-Systeme (z. B. ISO-Normen) und branchenübliche Standards

In neuerer Zeit spielen Qualitätsmanagement-Systeme primär in der industriellen Produktion, aber auch im Dienstleistungssektor eine wachsende Rolle[195]. Solche Systeme sind normativ „festgelegte Aufbau- und Ablauforganisationen sowie die hierfür erforderlichen Mittel zur einheitlichen und gezielten Durchführung der Qualitätssicherung"[196]. Letztere betrifft sowohl die Qualität der entsprechenden Leistungen (Dienstleistungen, Güter etc.) als auch im engeren Sinn die Begrenzung von (Rest-)Risiken durch Fehlervermeidung[197]. Die entsprechenden Normen werden durch private, von Wirtschaftsverbänden gegründete Normenorganisationen erlassen. Auf internationaler Ebene ist die 1946 gegründete International Organization for Standardisation (ISO) massgebend, der gut 100 nationale Normenorganisationen angehören, so die Schweizerische Normen-Vereinigung (SNV)[198]. Weltweit am erfolgreichsten (da in vielen Ländern angewendet) ist die ISO 9000-Normenreihe betreffend Qualitätsmanagement, die mehrere Teile umfasst[199] und festlegt, welche Voraussetzungen die Organisation eines Unternehmens erfüllen muss, um in den Genuss einer Zertifizierung zu gelangen. Letztere wird durch ebenfalls private, neutrale Zertifizierungsgesellschaften durchgeführt (in der Schweiz als bedeutendste die Schweizerische Vereinigung für Qualitäts- und Management-Systeme [SQS])[200]. Nach einer etwaigen Vorbereitungsphase erfolgt ein Zertifizierungs-Audit, in dessen Rahmen geprüft wird, ob das fragliche Unternehmen die Anforderungen der ISO-Normen erfüllt, wobei u. a. in Gesprächen mit Mitarbeitern festgestellt wird, „ob den Anweisungen tatsächlich nachgelebt wird und das System funktioniert"[201]. Dabei geht es nicht um eine Prüfung der Qualität des Produktes, sondern des (organisatorischen) Prozesses, und auch da nur um die Prüfung der Vollständigkeit der or-

---

192 BREHM-BK, ad OR 55, N 91 ff; s. a. weitere Verweise bei REY N 950.

193 REY N 946; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 151.

194 WICKE S. 265 Fn 221; s. a. HELM S. 399.

195 Zur historischen Entwicklung dieser Systeme s. MOSER, S. 183 f. und MATUSCHE-BECKMANN, S. 355 ff.

196 MATUSCHE-BECKMANN S. 355 mit Verweisen.

197 MATUSCHE-BECKMANN S. 355; MOSER S. 184.

198 MOSER S. 185.

199 Eingehendere Beschreibungen bei MATUSCHE-BECKMANN, S. 358 f. und MOSER, S. 185 f. sowie im Standards Compendium der ISO.

200 Eingehendere Beschreibung bei MOSER, S. 186.

201 MOSER S. 186.

ganisatorischen Normen mit dem Katalog der ISO-Normen und die Übereinstimmung zwischen internen Normen und effektiver Betriebspraxis[202]. Bei erfolgreicher Prüfung wird dem Unternehmen ein Zertifikat ausgestellt, das u. a. auch in der Werbung verwendet werden kann[203].

Für die Geschäftsherrenhaftung stellen sich mehrere Fragen: Bedeutet die Zertifizierung des Betriebes des Geschäftsherrn, dass damit automatisch der Entlastungsbeweis gemäss OR 55 als erbracht gilt? Werden umgekehrt infolge der Zertifizierung noch höhere Anforderungen an die Sorgfalt des Geschäftsherrn gestellt (weil das Publikum die mit der Zertifizierung verbundenen organisatorischen Standards zu erwarten berechtigt ist)? Hat die Zertifizierung keinen oder nur einen indirekten oder teilweisen Einfluss auf die Beurteilung der Haftung nach OR 55? Die Lehre weist darauf hin, dass eine Zertifizierung sowohl haftungsverschärfende als auch haftungsmilderne Auswirkungen hat[204]. Generell lässt sich sagen, dass eine fehlende Zertifizierung nicht automatisch zum Vorwurf führen darf, ein Unternehmen habe die erforderliche Sorgfalt nicht aufgewendet. Umgekehrt führt eine Zertifizierung nicht automatisch zur Vermutung, die erforderliche Sorgfalt sei aufgewendet worden[205]. Relevant sind regelmässig die tatsächlich getroffenen organisatorischen Massnahmen.

Haftungsverschärfend fällt nach MOSER in Betracht, dass die nach aussen mitgeteilte Zertifizierung beim Publikum ein erhöhtes Vertrauen in die organisatorische Sorgfalt des Unternehmens weckt. Diese auf dem Vertrauensprinzip gründende Betrachtungsweise[206] spielt naturgemäss eine stärkere Rolle im Vertragsrecht als im Deliktsrecht, ist aber auch hier nicht gänzlich irrelevant, wie beispielsweise PrHG 4/1 zeigt. Dies gilt vermutlich auch in Bezug auf die Vertrauenshaftung im Sinne des Swissair-Entscheids[207], wo das Bundesgericht unabhängig von einem vertraglichen oder vorvertraglichen Verhältnis weitreichende Aufklärungspflichten im Falle vorgängig geweckter Erwartungen statuiert hat. Dieser Entscheid wurde allerdings durch einen späteren Entscheid[208] wieder relativiert (was gesamthaft gesehen zu einer undurchsichtigen und fragwürdigen Rechtslage geführt hat[209]). Verhaltensnormen, die durch Qualitätsmanagement-Systeme vorgeschrieben werden, sind – wegen ihrer privaten Natur – nicht deckungsgleich mit deliktischen Verhaltensnormen. Das Gericht sollte sich deshalb davor hüten, gestützt auf die Verletzung von Verhaltensanweisungen zu vermuten, dass das schädigende Verhalten tatsächlich unsorgfältig und für den Schaden adäquat kausal war[210].

In Frage kommt sodann eine *haftungsmildernde* Wirkung. Die Frage, ob eine Zertifizierung die generelle Vermutung begründet, die notwendige organisatorische Sorgfalt sei seitens des zertifizierten Unternehmens erbracht worden, ist in der Lehre umstritten[211]. Eine *automatische*

---

202 MATUSCHE-BECKMANN S. 371.

203 MATUSCHE-BECKMANN S. 357; MOSER S. 186.

204 MOSER S. 187.

205 MOSER S. 191.

206 Ausführlicher MOSER S. 187 f.

207 BGE 120 II 331; s. a. MOSER S. 189 f.

208 BGE 124 II 297 (Motor-Columbus).

209 Siehe z. B. kritische Bemerkungen bei MARCHAND, S. 168 ff.

210 MOSER S. 190.

211 Gewisse Autoren schreiben der Zertifizierung eine automatische entlastende Wirkung zu, s. für das deutsche Recht HEUSSEN/SCHMIDT, erwähnt bei MATUSCHE-BECKMANN, S. 366. Andere lehnen eine solche Wirkung ab, oder nehmen eine mittlere Position ein (s. Nachweise bei MATUSCHE-BECKMANN, S. 367 f.); s. a. MOSER (für den vertraglichen Bereich S. 191 mit Verweisen, für OR 55 *ibidem*, S. 192 f.); BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 189.

Entlastungswirkung im Kontext von OR 55 ist m. E. abzulehnen[212], da die Sorgfaltsanforderungen gemäss den ISO-Normen vielleicht idealerweise, aber nicht zwingend mit objektiven rechtlichen Sorgfaltspflichten übereinstimmen. Organisationsnormen der ISO-9000-Reihe gründen nicht durchwegs auf juristischen Kritierien und schreiben nur allgemeine Richtlinien vor; sie weisen so einen „hohen Abstraktionsgrad" auf und haben überdies keinen offiziellen, sondern lediglich privaten Charakter[213]. So kann eine rechtlich geforderte Sorgfaltspflicht weiter gehen als die durch eine Industrienorm gebotene[214]. Überdies prüft die Zertifizierungsstelle „nicht die ‚Qualität' des Unternehmens, sondern nur die Vollständigkeit gemäss dem Katalog der Normenreihen und die Einhaltung der durch das Unternehmen selbst vorgegebenen Standards"[215]. Soweit also die Zertifizierung nur bescheinigt, dass das geprüfte Unternehmen seinen eigenen Qualitätssicherungsziele einhält, bedeutet das nicht automatisch, dass damit objektive, durch die Rechtsordnung vorgegebene Sorgfaltspflichten als erfüllt gelten[216].

Immerhin kann die Zertifizierung für den Nachweis der erforderlichen Sorgfalt zumindest *Anhaltspunkte* bieten[217] (so beispielsweise hinsichtlich der *cura in eligendo*[218]), und zwar umso zwingendere, „je repräsentativer ... das Normungsgremium zusammengesetzt ist und je spezifischer der technische Standard das jeweilige Risiko, das sich realisiert hat, regelt"[219]. Der Entlastungsbeweis nach OR 55 wird überdies tendenziell vereinfacht, dies vor allem deshalb, weil mit der Zertifizierung verschiedene Dokumentationspflichten organisationsinterner Vorgänge verbunden sind[220], weshalb der Nachweis genügender Sorgfalt eher gelingen könnte. Eine direkte Wirkung der Zertifizierung auf die Beweislast wird jedoch von der herrschenden – deutschen – Lehre abgelehnt[221]. Ganz generell können Industrienormen aller Art indirekte rechtliche Wirkungen haben, so beispielsweise wenn es darum geht, den „Stand der Technik" festzustellen[222].

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Industrienormen und insbesondere Qualitätsmanagement-Systeme gemäss der ISO-9000-Normenreihe höchstens indirekte, aber keine unmittelbaren, automatischen rechtlichen Wirkungen entfalten, soweit es um die Beurtei-

---

212 Was einer international anerkannten Meinung entspricht, denn „die betroffenen Verkehrskreise sollen den Haftungsstandard nicht selbst bestimmen können" (BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 65).

213 Eingehender MATUSCHE-BECKMANN S. 371 f. mit Verweisen. So gelten Industrienormen denn auch nicht als „hoheitliche Vorschriften" im Sinne von PrHG 5/1/d, deren Befolgung den Produzenten einer Haftung für ein fehlerhaftes Produkt entheben würde (s. HESS, ad PrHG 5, N 46).

214 Siehe beispielsweise das bei MATUSCHE-BECKMANN, S. 369 Fn 208, zitierte deutsche Urteil von 1984: obschon die Industrienorm für Eishockeystadien nur für die Frontseiten Plexiglas-Abschirmungen vorsah, wurde der Veranstalter eines Spiels als verpflichtet betrachtet, auch an den Längsseiten für Abschirmungen zu sorgen. Für einen ähnlichen Fall aus dem schweizerischen Recht s. BGE 32 II 300.

215 MATUSCHE-BECKMANN S. 371, mit Zitat von ANKER/SINZ.

216 MATUSCHE-BECKMANN S. 365.

217 MATUSCHE-BECKMANN S. 370.

218 Siehe eingehender MOSER S. 192.

219 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 65; s. a. BGE 4C.257/2002, Erw. 4.1.: *„règles analogues qui émanent d'associations privées ou semi-publiques, lorsqu'elles sont généralement reconnues"*; BGE 129 IV 119.

220 MATUSCHE-BECKMANN S. 359; MOSER S. 190 f.; s. a. ISO, ISO Norm 9000:2000(E), S. 16, Ziff. 2.7.1.

221 MATUSCHE-BECKMANN S. 373, wobei diese Frage für das deutsche Recht naturgemäss brisanter ist als für das schweizerische, wo die Beweislastumkehr bezüglich der organisatorischen Unsorgfalt bereits in OR 55 vorgesehen ist.

222 MATUSCHE-BECKMANN S. 368 ff., dort auch mit Verweisen auf die deutsche Rechtsprechung; skeptisch hinsichtlich der ISO-9000-Reihe allerdings BAUER, zitiert bei MATUSCHE-BECKMANN, S. 372 Fn 225.

lung der erforderlichen Sorgfalt gemäss OR 55 geht. Dasselbe dürfte ganz allgemein für branchenübliche Sorgfaltsstandards gelten[223].

(ii) Behördliche Vorschriften, Anweisungen oder Bewilligungen

Die Frage, wieweit durch die Befolgung polizeilicher Vorschriften oder behördlicher Anweisungen aus deliktischer Sicht die genügende Sorgfalt im Sinne von OR 55 als erbracht zu betrachten ist, würde eine gesonderte Monographie rechtfertigen. Denn in vielen Bereichen wirken Behörden auf private Tätigkeiten ein, sei dies durch Vorschriften, Bewilligungen, Konzessionen etc. Hier soll diese Problematik nur kurz gestreift werden. Zwar gilt generell, dass viele offizielle Vorschriften „die erforderliche Sorgfalt, welche in bestimmten Situationen zu beachten ist", konkretisieren. Deshalb kann die Verletzung solcher Vorschriften zumindest ein Indiz für eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellen, „sofern die betreffende Bestimmung der Schadensverhütung dient"[224]. Umgekehrt kann eine konkrete Situation aber auch die Verletzung solcher Vorschriften erfordern (z. B. Überfahren einer Sicherheitslinie zur Vermeidung einer Kollision[225]) und führt ein Befolgen der Vorschriften nicht generell zur Vermutung, es liege keine Unsorgfalt vor[226]. Ähnliches gilt auch für behördliche Genehmigungen und Bewilligungen[227]. Somit haben behördliche Anweisungen, Genehmigungen oder Normen keine automatische Wirkung, sondern höchstens Indizfunktion im Hinblick auf OR 55[228]. Aus rechtsvergleichender Sicht ist anzumerken, dass diese Frage unter dem Stichwort der *„regulatory compliance defense"* u. a. in den USA und Deutschland ebenfalls diskutiert wird und umstritten ist[229]. Gemäss Art. 4:102 Abs. 3 der ECTIL-Principles sollen Bestimmungen, die ein Verhalten verbieten oder vorschreiben zumindest berücksichtigt (*considered*) werden.

Im Sinne einer Ausnahme von den erwähnten Grundsätzen sieht PrHG 5/1/d vor, dass sich der Produzent eines fehlerhaften Produktes entlasten kann, wenn der Fehler darauf zurückzuführen ist, dass das Produkt verbindlichen, hoheitlich erlassenen Vorschriften entspricht. Dabei muss es sich um eine Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung handeln. Private Regelwerke genügen nicht, ebenso wenig amtliche Bewilligungen oder Konzessionen[230]. Es muss sich um zwingende Rechtsnormen handeln, nicht nur um solche, die ein bestimmtes Verhalten lediglich empfehlen[231]. Die Lehre weist auf die rechtspolitisch fragwürdige Fundierung von PrHG 5/1/d hin[232]. Insbesondere klärt das PrHG die Frage nicht, ob im Falle einer Entlastung gemäss PrHG 5/1/d jene Behörde haftet, welche die befolgte Norm erlassen hat, was umso problematischer ist, als eine Haftung des Staates für Rechtssetzung mit

---

223 Siehe z. B. BGE 130 III 193, Erw. 2.3.

224 REY N 872 mit Verweisen.

225 Beispiel bei REY N 873.

226 REY N 874; MOSER S. 192.

227 REY N 975 mit Verweisen. So bedeutet die Genehmigung einer Blinklichtanlage durch die Aufsichtsbehörde nicht automatisch auch, dass die Anlage eine genügende Sicherung darstellt (vgl. BGE 87 II 313). Ähnlich ist eine fehlende Beanstandung eines Werkmangels durch die Baupolizei (BGE 57 II 43 f.) aus haftpflichtrechtlicher Sicht ebenso unerheblich wie die Abnahme eines Baus durch die Baubehörde hinsichtlich der mangelhaften Belüftung eines Raumes (BGE 92 IV 86). Dasselbe gilt für die polizeiliche Duldung des Umstandes, dass bei einem Radrennen keine genügenden Absperrungen zum Schutz der Zuschauer vorhanden sind (BGE 32 II 302).

228 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 142; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 25.

229 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 65 f., ebd. Verweise.

230 HESS, ad PrHG 5, N 45 f.

231 Siehe im Einzelnen HESS, ad PrHG 5, N 47 ff.

232 HESS, ad PrHG 5, N 44.

Schadensfolgen nach Staatshaftungsrecht in der Regel nicht besteht[233]. Die *„regulatory compliance defense"* müsste in der Tat zu einer Haftungsverlagerung auf den Staat führen[234]. Gleichzeitig ist anzumerken, dass staatliche Behörden, die mit der Regelung und Ueberwachung privater Tätigkeiten betraut sind, in einem heiklen Spannungsfeld operieren müssen, soweit es um Schadensvermeidung geht: die Öffentlichkeit empfindet die Rolle der Behörden oft zu passiv, während die betroffenen Wirtschaftsakteure die staatliche Einmischung als lästig erachten[235]. Auch mit diesem Aspekt öffnet sich ein Fenster auf weiterführende Untersuchungen, die, obschon der Problematik der Organisationshaftung verwandt, den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen.

Es fragt sich, ob PrHG 5/1/d seiner Idee nach auch für das gemeine Recht, z. B. für die Produzentenhaftung gemäss OR 55 gilt. Angesichts des spezialgesetzlichen Charakters von PrHG 5/1/d ist m. E. für Fälle ausserhalb des Anwendungsbereichs des PrHG auf die oben erwähnten Grundsätze zum gemeinen Recht zu verweisen, wonach die Befolgung oder Verletzung staatlicher Normen in der Regel keine automatische präjudizierende Wirkung für das Urteil über die Sorgfalt gemäss OR 55 haben.

f) Bemerkungen zur Schadenersatzbemessung

Obschon die Geschäftsherrenhaftung nach OR 55 nicht an ein Verschulden des Geschäftsherrn (oder der Hilfsperson) geknüpft ist, kann *OR 43/1* nach Ansicht eines Teils der Lehre insofern greifen, als die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung als „Umstand" im Sinne dieser Bestimmung zu berücksichtigen ist[236] und somit eine nur leichte Sorgfaltspflichtverletzung zu einer Minderung der Entschädigung führen kann. OR 43/1 sollte also im Zusammenhang mit OR 55 Anwendung finden können, im Gegensatz zu „sogenannten reinen Kausalhaftungen", „da dieselben keinen besonderen Befreiungsbeweis vorsehen"[237]. Diese Auffassung ist nicht unbestritten. Nach OFTINGER/STARK hat das (zusätzliche) Verschulden des Geschäftsherrn sowie das Verschulden der Hilfsperson keine primäre Wirkung, sondern lediglich eine sekundäre. So gebe ein nur leichtes Verschulden der Hilfsperson nicht einen Grund zur Schadenersatzreduktion ab[238], sondern sei, „gleich wie das (zusätzliche) Verschulden des Geschäftsherrn, lediglich geeignet, ... z. B. das Selbstverschulden des Geschädigten ganz oder teilweise zu neutralisieren"[239]. Das Bundesgericht schliesslich stellt die Haftung nach OR 55 auf eine gleiche Ebene wie strenge Kausalhaftungen und verneint deshalb eine Herabsetzung der Entschädigung infolge nur leichten Verschuldens der Hilfspersonen[240]. Allerdings hält es fest, dass die Umstände seitens des Geschädigten im Sinn von

---

233 HESS, ad PrHG 5, Fn 1514.

234 So wohl BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 66.

235 Siehe hierzu noch weitere Ausführungen bei REASON, Organizational Accidents, S. 157.

236 BREHM-BK, ad OR 55, N 44; P. PORTMANN S. 135; ähnlich wohl ENGEL S. 539 bezüglich des Verschuldens der Hilfsperson.

237 P. PORTMANN S. 136 f.; ähnlich wohl GUHL, S. 164.

238 Siehe verschiedene Meinungen bei OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 Fn 470.

239 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 156, wobei die Autoren hier die im ersten Band vertretene Auffassung wiedergeben, unter Hinweis auf ihre eher im Grundsatz als im Resultat abweichende Meinung, dass ein Haftungsgrund zwar nicht kompensiert werden könne, dass ein zusätzliches Verschulden seitens der Organisation das Selbstverschulden des Geschädigten aber dennoch als geringer erscheinen lassen könne, s. ebd. N 157; ähnlich BGE 97 II 345; BREHM-BK, ad OR 55, N 42; s. a. A. KELLER S. 180.

240 BGE 97 II 228.

OR 44 mehr Gewicht haben, wenn weder dem Geschäftsherrn noch der Hilfsperson ein Verschulden vorzuwerfen sei[241].

Da OR 55 in verschiedener Hinsicht – und trotz BGE 110 II 456 – , immer noch teilweise durch das Verschuldensprinzip geprägt ist, erscheint mir die erstgenannte Auffassung, wonach OR 43/1 auch auf das Verhalten des Geschäftsherrn und der Hilfsperson anwendbar ist, überzeugender. Hinsichtlich der zweiten Frage, ob das (zusätzliche) Verschulden des Geschäftsherrn oder das Verschulden der Hilfsperson das Selbstverschulden des Geschädigten ganz oder teilweise kompensieren könne, ergeben sich keine Widersprüche, da sich eine primäre und sekundäre Wirkung des Verschuldens bei der Schadenersatzberechnung nicht gegenseitig ausschliessen. Anders wurde im Zusammenhang mit ZGB 55 entschieden: Geht es um die Haftung der juristischen Person für ihre Organe, so soll *„une éventuelle ‚faute additionnelle' de la personne morale – et en particulier un défaut de surveillance de l'organe"* bei der Schadenersatzbemessung keine Rolle spielen *„et ne peut donc pas compenser, même partiellement, la faute concomitante du lésé"*[242].

Ist ein Geschäftsherr Geschädigter, so stellt sich umgekehrt die Frage, ob das Verhalten seiner Hilfspersonen und Organe ihm als Selbstverhalten im Sinne von *OR 44* zugerechnet werden sollte oder ob solches Verhalten als Drittverhalten zu betrachten ist[243]. PORTMANN erachtet Organverschulden als Selbstverschulden der juristischen Person, das allenfalls zu einer Ermässigung der Haftpflicht führen kann (selbst dann, wenn das Organ schuldunfähig ist, da sein Verhalten dennoch einen „Umstand" im Sinne von OR 44/1 darstellt)[244]. Was das Verhalten von Hilfspersonen betrifft, so wird im Allgemeinen „der Schluss gezogen, dass der Geschädigte für das Verschulden seiner Hilfspersonen schlechthin wie für eigenes einzustehen habe"[245], also analog OR 101. Dieser Sichtweise stimmt PORTMANN nicht zu: „Nur dort, wo das Gesetz den ‚Auftraggeber' für das Verschulden seiner Hilfspersonen haften lässt", treffe diese Ansicht zu (z. B. für OR 101, EHG 11/2). Ansonsten habe ein Geschädigter, sofern keine besondere Haftungsnorm zum Zuge komme, das Verhalten von Hilfspersonen „nur nach Massgabe von OR 55 zu vertreten"[246], das heisst mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises. Somit stellt das Verhalten der Hilfspersonen des Geschädigten Drittverhalten dar, wenn der Entlastungsbeweis gelingt[247]. PORTMANNS Sichtweise überzeugt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb das mit OR 55 erfasste „Organisationsrisiko" auf Seiten einer geschädigten Organisation anders verteilt werden sollte als seitens der haftpflichtigen Organisation.

g) Haftung für fehlerhafte Produkte (Überblick)

(1) Entwicklung der Auslegung von OR 55

Wie bereits angedeutet, wurden die Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn gestützt auf OR 55 besonders im Bereich der *Produzentenhaftung* stark verschärft, weshalb dieser Punkt hier kurz gesondert besprochen werden soll. Im „Fritösen-Entscheid" von 1964[248] war der Fall zu behandeln, wo ein in eine Fritöse fehlerhaft eingebauter Thermostat einen Haus-

241 BGE 95 II 97 *in fine*.
242 BGE 121 II 182.
243 P. PORTMANN S. 140.
244 P. PORTMANN S. 141 f.
245 P. PORTMANN S. 142, Verweise unter Fn 1.
246 P. PORTMANN S. 143.
247 P. PORTMANN S. 143.
248 BGE 90 II 86.

brand verursachte. Das Bundesgericht enthob den Produzenten der Fritöse einer deliktischen Haftung, da dieser seine Hilfsperson sorgfältig ausgewählt, korrekt instruiert und überwacht sowie generell seinen Betrieb adäquat organisiert gehabt habe. Hinsichtlich des persönlichen Verschuldens der Geschäftsherren (Gesellschafter) hielt das Gericht fest, sie seien „nicht verpflichtet gewesen, die von der Beklagten hergestellten Apparate selber zu kontrollieren; sie durften diese Verrichtung ihren technisch gebildeten und zuverlässigen Angestellten überlassen"[249]. Der letzte Halbsatz wurde auch für OR 55 als relevant betrachtet[250]. Was die übrigen Organisationspflichten betrifft, so stellte das Bundesgericht vollumfänglich auf die Feststellungen und Schlüsse des Bezirksgerichts ab, da es dabei um die „Würdigung der konkreten Verhältnisse" gehe, denen der Sachrichter näher stehe als das Bundesgericht[251]. Mit diesem Entscheid qualifizierte das Bundesgericht die Haftung nach OR 55 vorübergehend wieder als Verschuldenshaftung mit Umkehrung der Beweislast[252]. Dieses Urteil wurde seitens der Lehre stark kritisiert[253].

Nach dem ebenfalls eher milden BGE 96 II 108[254] erfolgte 1984 im „Schachtrahmen-Fall"[255] ein deutlicher Schritt in die Richtung einer Kausalhaftung des Produzenten für fehlerhafte Produkte. In diesem Fall ging es darum, dass beim Einsetzen eines Schachtrahmens aus Beton dessen metallene Aufhängeschlaufen rissen und durch das Niederfallen des Rahmens ein Arbeiter verletzt wurde. Es stellte sich heraus, dass die Schlaufen bei der Massenproduktion fehlerhaft eingesetzt worden waren. Das Bundesgericht leitete aus der Pflicht zur einwandfreien Organisation des Betriebes die Erfordernis für Produzenten ab, dass entweder durch eine Nachkontrolle der Produkte Fehler der Produktion aufzuspüren seien oder, falls sich eine solche Kontrolle als unmöglich erweise, eine möglichst sichere Art der Produktion zu wählen sei. Gestützt auf diese Überlegung machte es im konkreten Fall den Produzenten des Schachtrahmens haftbar. Auf diesem Weg gelangte das Bundesgericht zu einer Ausgestaltung der Haftung nach OR 55 als einfache Kausalhaftung, eigentlich *contra legem*[256], zumindest über den Wortlaut von OR 55 hinaus. In Zahnarztstuhl-Fall[257] wurde sodann die strenge Haftung des Produzenten auf den Importeur ausgedehnt, zumindest im Grundsatz, da die Angelegenheit zur weiteren Abklärung des Sachverhaltes an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde. Nichtsdestotrotz hat das Bundesgericht dem Wiederverkäufer eines Produkts mit diesem Entscheid im Ergebnis eine allgemeine (ausservertragliche) Pflicht zur Nachkontrolle „importierter oder zum Wiederverkauf erworbener Produkte" auferlegt, obschon das Gericht laut den Erwägungen gerade diese Konsequenz nicht beabsichtigte[258].

---

249 BGE 90 II 89.
250 BGE 90 II 90.
251 BGE 90 II 90 f.
252 WIDMER, Produktehaftung, S. 30.
253 Siehe z. B. JÄGGI S. 757; STARK, Gedanken, S. 292.
254 = Praxis 1971 (60) Nr. 1.
255 BGE 110 II 456,
256 WIDMER, Produktehaftung, S. 30; ders., ad BGE 110 II 456, S. 56 f.
257 JdT 1986 I 571; ausführlichere Darstellung bei WIDMER, ad BGE 110 II 456, S. 51 f.
258 Siehe hierzu auch HAUSHEER, ad BGE 121 IV 10, S. 443 f.; WIDMER, ad BGE 110 II 456, S. 55.

Zahlreiche Autoren kritisieren die strenge bundesgerichtliche Auslegung von OR 55[259]. Man hat auch gefordert, dass die strenge Auslegung von OR 55 auf die Produzentenhaftung beschränkt bleiben solle[260] bzw. ist der Ansicht, dass sie nach Inkrafttreten des PrHG nicht mehr angebracht sei[261]. In konsequenter Entsprechung zu JÄGGIS Kritik am Fritösen-Urteil – das *de lege lata* richtig, aber im Ergebnis kläglich sei[262] –, bemängelt WIDMER am Schachtrahmen-Fall, dass zwar das Ergebnis wünschenswert, aber nicht mit dem geltenden Recht vereinbar sei[263]. Das Bundesgericht scheint dennoch an seiner Auslegung von OR 55 auch in neuerer Zeit festhalten zu wollen, trotz der Einführung des Produktehaftungsgesetzes. Hierauf deutet der Hebebühnen-Entscheid[264] zur strafrechtlichen Produktehaftung hin, wo das Gericht explizit auf BGE 110 II 456 Bezug nimmt, um eine strenge strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers einer Firma zu begründen, die ein fehlerhaftes Produkt lieferte. Auch dieser Entscheid wurde seitens der Lehre kritisiert[265]. Man geht denn auch davon aus, dass die Diskussion über die Rechtsnatur von OR 55 und insbesondere über die Auslegung des Entlastungsbeweises noch nicht abgeschlossen ist[266], was umso mehr zutreffen dürfte, als das Bundesgericht in einer neuen Rechtsprechung zu OR 55 ausserhalb des Produktehaftungsrechts offenbar wieder zu einer milderen Beurteilung der Sorgfaltspflichten neigt[267].

Den kritischen Lehrmeinungen zu BGE 110 II 456 ist m. E. zuzustimmen. Bei der dort zu beurteilenden Konstellation ging es um einen „Ausreisser", d. h. ein mangelhaftes Einzelstück, „dessen Mängel trotz sorgfältigster und bisher immer ausreichender Kontrolle unentdeckt geblieben sind"[268]. Und da also der Mangel höchstwahrscheinlich trotz Anwendung aller zumutbaren Sorgfalt aufgetreten wäre, hätte das Bundesgericht den Einwand des pflichtgemässen Alternativverhaltens gemäss OR 55/1 *in fine* zulassen müssen. Dies war nicht der Fall, weil vom Geschäftsherrn gefordert wurde, er müsse Schäden mit „an Sicher-

259 GNOS S. 129 f. (mit weiteren Verweisen auf kritische Stimmen); JAUN S. 584; HAUSHEER, ad BGE 121 IV 10, S. 443; LOSER S. 151 (für den allerdings die „Grenze von zulässiger Interpretation" nur erreicht, nicht aber überschritten ist); WIDMER, ad BGE 110 II 456, S. 56 f.; WESSNER, Propos erratiques, S. 65; GAUCH, Besprechung von BGE 110 II 456, S. 67 f.; MERZ S. 129 ff. (bezüglich BGE 95 II 93). NATER, Produktehaftpflicht, ist (halbwegs) einverstanden mit BGE 110 II 456 (S. 391 f., wobei er, anders als in: ders., Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 24, deutlicher auf die Gefahren einer Betrachtungsweise *ex post* hinweist), lehnt aber die Lösung gemäss JdT 1986 I 571 ab (S. 392). Nach der Ansicht von PETRIN, S. 19, hätte BGE 110 II 456 nicht auf OR 55, sondern auf OR 41 gestützt werden müssen, was allerdings noch nichts über den Sorgfaltsgrad aussagt.

260 LOSER S. 151; a. M. aber WERRO, Croisée des chemins, S. 336; HOFSTETTER, S. 349 f.

261 HONSELL § 13 N 28; nicht ganz dezidiert ENGEL S. 540; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 72

262 JÄGGI S. 757.

263 WIDMER, ad BGE 110 II 456, S. 56 f.

264 BGE 121 IV 10.

265 Siehe HAUSHEER, ad BGE 121 IV 10, S. 438 ff., insbes. S. 443 ff., wo der Autor festhält, soweit OR 55 durch die Rechtsprechung einen rein kausalen Charakter erhalten habe, sei der Verweis auf diese Bestimmung für das Strafrecht nicht angebracht, da dort nach wie vor nur ein Verschulden strafrelevant sei (S. 440).

266 HAUSHEER, ad BGE 121 IV 10, S. 443.

267 BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46.

268 HESS, ad PrHG 4, Fn 1211. Anzumerken ist, dass das Bundesgericht den in BGE 110 II 456 zur Diskussion stehenden Mangel vermutlich noch nicht als Ausreisser betrachtet, da es bemerkt, die Pflicht zu einer Endkontrolle von Produkten betreffe v. a. automatisierte Grossbetriebe und lasse sich nicht "ohne weiteres" auf den vorliegenden Fall (wo es um 200 bis 250 hergestellte Schachtrahmen pro Jahr ging) übertragen (S. 463). Diese Bemerkung ist aber letztlich irrelevant, denn zum einen hat das Bundesgericht eine Pflicht zur Endkontrolle ja dann doch auch für den beklagten Kleinbetrieb aus OR 55 abgeleitet, zum anderen ist es doch wohl eher die Unvorhersehbarkeit als die gesamte Produktionsmenge, die den Charakter des Ausreissers ausmacht. Die Vorinstanz betrachtete den fraglichen Mangel jedenfalls als Ausreisser (vgl. BGE 110 II 462).

heit grenzender Wahrscheinlichkeit" vermeiden[269]. Der verbleibende Ermessensspielraum ist also der mehr theoretische als praktische Unterschied zwischen „absoluter Sicherheit" und „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit", was an sich schon fragwürdig ist[270]. Eine Haftung für Ausreisser widerspricht auch der neusten Rechtsprechung zu OR 55, wonach auch auf die tatsächliche Erkennbarkeit einer konkreten Gefährdung durch eine Hilfsperson abgestellt werden soll[271]. Dennoch ist in der Lehre die Frage umstritten, ob sich nach BGE 110 II 456 eine Haftung für Ausreisser auch auf OR 55, oder nur auf das PrHG stützen lasse[272]. Noch weiter als das Bundesgericht geht WESSNER, nach dessen Ansicht die Rechtsprechung zu OR 55 zu einer Vermutung des Produktefehlers und damit des unsorgfältigen Verhaltens führt[273]. Diese Sichtweise erscheint so absolut formuliert nicht haltbar. Freilich weist die grosszügige Anwendung des Prinzips *„res ipsa loquitur"* im Beweisrecht in die Richtung einer Verursachungshaftung. Aber eine Haftung des Geschäftsherrn für blosse Verursachung widerspräche sowohl dem Wortlaut von OR 55 als auch BGE 110 II 456. Denn selbst in diesem Fall musste doch immerhin bewiesen werden, dass der Schaden infolge einer mangelhaft verankerten Aufhängeschlaufe entstanden war. Mangels eines Produktefehlers wäre der Kausalzusammenhang zwischen dem Geschäftsbetrieb des Beklagten und dem Schaden nicht dargetan gewesen, da neben einer mangelhaft fixierten Schlaufe auch andere Ursachen für den Schaden in Frage gekommen wären[274]. Vermutet wird nur, dass der – vom Geschädigten zu beweisende – Mangel durch eine Unsorgfalt des Geschäftsherrn entstand. Weitere kritische Bemerkungen zur Auslegung von OR 55 finden sich hinten[275].

(2) OR 55 und das Produktehaftungsgesetz

Die strenge Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich der Produzentenhaftung liegt in einem allgemeinen Trend der letzten Jahrzehnte, der in verschiedenen Ländern in Richtung einer kausalen Haftung für Schäden, die durch fehlerhafte Produkte verursacht werden[276], weist. Vermutlich primär aus aussen- und wirtschaftspolitischen Gründen wurde 1993 das schweizerische Produktehaftpflichtgesetz angenommen (Inkrafttreten am 1.1.1994). Es entspricht strukturell der Produktehaftungs-Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft[277] und

---

269 BGE 110 II 465.

270 S. a. WIDMER, ad BGE 110 II 456, S. 55.

271 BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46, Erw. 2.c.

272 Gegen eine Haftung für Ausreisser gestützt auf OR 55 : ROBERTO N 322 ; nicht ganz dezidiert HESS, ad PrHG 4 N 39 ; dafür : BREHM-BK, 2. A., ad OR 55 N 85 (soweit es nicht um Massenproduktion geht, N 86).

273 So WESSNER, Propos erratiques, S. 68; etwas flexibler und auf der Beweisebene HORTON ROGERS, S. 355: *„an unexplained defect tends to show fault"*.

274 Illustrativ ist in dieser Hinsicht auch die „Lederspray-Entscheidung" des deutschen BGH, wonach, wenn „alle anderen in Betracht kommenden Schadensursachen aufgrund einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung ausgeschlossen werden können" und festgestellt ist, dass die „inhaltliche Beschaffenheit des Produkts schadensursächlich war", nicht mehr bewiesen werden muss, „warum diese Beschaffenheit schadensursächlich werden konnte, was also nach naturwissenschaftlicher Analyse und Erkenntnis letztlich der Grund dafür war" (NJW 1990 S. 2562). Es muss also doch zumindest ein Kausalzusammenhang zwischen einem – wenn auch im Detail unerklärlichen – Produktemangel und der Schädigung bewiesen werden; der Mangel wird nicht bereits deshalb vermutet, weil das mutmasslich schädigende Produkt aus dem Betrieb des beklagten Herstellers herstammt.

275 Siehe hinten S. 248 ff.

276 Für eine Darstellung der Organisationspflichten des Produzenten nach deutschem Recht, soweit Ansprüche auf BGB 823 bzw. 831 gründen, s. MATUSCHE-BECKMANN S. 215 ff.

277 Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte.

stellt somit nicht eine Kodifikation der Rechtsprechung zu OR 55 dar. Die Haftung nach PrHG knüpft an einen Fehler des Produktes an, der vorliegt, wenn das Produkt „nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist" (PrHG 4/2). Auf die Qualifikation des Verhaltens des Produzenten – als schuldhaft im Sinne von OR 41 oder unsorgfältig gemäss OR 55 – kommt es scheinbar nicht an. Dennoch wird aber die Haftung nach PrHG als einfache Kausalhaftung[278] oder gar als Verschuldenshaftung betrachtet. Das Konzept der vernünftigerweise zu erwartenden Sicherheit führt im Resultat tatsächlich zu einer Haftung für Verschulden, zumindest für Unsorgfalt[279], die jedoch, anders als bei OR 55, durch den Geschädigten zu beweisen ist.

Die Produktehaftung gemäss PrHG kann nicht als Organisationshaftung im engeren Sinn verstanden werden kann. Denn sie trifft nicht schlichtweg jede organisierte Tätigkeit, sondern ist auf einen bestimmten Tätigkeitsbereich beschränkt, nämlich die Massenherstellung von Produkten. Da diese Haftung aber indirekt auch das Verhalten von Organisationsmitgliedern sanktioniert, kann sie zum Bereich der Organisationshaftung im weiteren Sinn gezählt werden, soweit mehrere Personen an der Herstellung des schädigenden Produkts beteiligt waren.

Für die eingehende Besprechung des PrHG kann auf die einschlägige Literatur verwiesen werden[280]. Hier sei nur erwähnt, dass gemäss PrHG 11/2 zwischen dem PrHG und anderen Anspruchsgrundlagen, insbesondere dem OR, Anspruchskonkurrenz herrscht. Der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* gilt also bezüglich dem PrHG nicht, im Unterschied zu anderen Kausalhaftungsgesetzen. Dieser Hinweis ist nicht unnötig, da das PrHG, der umfassenden rechtspolitischen Ambition des Gesetzgebers zum Trotz, einige Deckungslücken enthält und so das OR, insbesondere die Artikel 41 und 55, für Produktehaftungsfälle nach wie vor ihre volle Bedeutung haben. In anderen europäischen Ländern sind bisher nur wenige[281], in der Schweiz kein einziges veröffentlichtes Urteil zum PrHG ergangen[282], trotz seines 10-jährigen Bestehens. Das spezialgesetzlich geregelte Produktehaftpflichtrecht hat somit in Europa nur eine beschränkte praktische Bedeutung[283]. Dies mag zum einen damit zusammenhängen, dass in der Schweiz wie in vielen anderen europäischen Ländern seit einigen Jahrzehnten strenge Regeln zur Produkthaftung aus den allgemeinen Bestimmungen des Deliktsrechts abgeleitet wurden[284]. Zum anderen ist der Anwendungsbereich des PrHG (wie auch der europäischen Richtlinie) mehrfach beschränkt; überdies werden viele Produkthaftungsfälle aussergerichtlich erledigt (zur Vermeidung negativer Werbung)[285].

In verschiedenen Punkten geht die Deckung nach dem allgemeinen schweizerischen Obligationenrecht weiter als jene gemäss PrHG, so namentlich in folgenden:

- Angesichts PrHG 1/1/b behält die Produzentenhaftung nach OR 55 ihre Bedeutung für Sachschäden an gewerblich genutzten Sachen[286] sowie für reine Vermögensschäden.

---

278 REY N 1170.

279 In diesem Sinne HOWELLS, S. 452 ff. bezüglich der europäischen Richtlinie 85/374/CEE.

280 Siehe insbes. HESS; GNOS; REY N 1166 ff. und weitere Literaturhinweise ebd., N 1166.

281 BECK S. 118 f.; HOWELLS S. 450.

282 WESSNER, Propos erratiques, S. 66.

283 HAHN S. 405 f.; HAAS N 787, die denn auch zusammenfassend bemerkt, die durch die Direktive angestrebte Harmonisierung des Produktehaftungsrechts habe ihre Ziele nicht erreicht (ebd., N 829).

284 WESSNER, Propos erratiques, S. 67; s. für das deutsche Recht z. B. MATUSCHE-BECKMANN, S. 206 ff.. Hierzu gehören auch Beweisregeln, s. HORTON ROGERS, S. 355, zum Prinzip *„res ipsa loquitur"*.

285 WIDMER, Produktehaftung, S. 18; WESSNER, Propos erratiques, S. 67.

286 REY N 959.

- Anders als gemäss PrHG 1/2 haftet der Produzent gestützt auf OR 55 für Schäden am fehlerhaften Produkt selbst.
- Da sich das PrHG gemäss 3/1/a nur auf bewegliche Sachen bezieht, ist auf Mängel von unbeweglichen Sachen primär OR 58 anzuwenden.
- Gemäss PrHG 3/2 gelten landwirtschaftliche Bodenerzeugnisse sowie Tierzucht-, Fischerei- und Jagderzeugnisse erst dann als Produkte, wenn sie einer ersten Verarbeitung unterzogen worden sind. Weisen solche Erzeugnisse einen organisatorisch verursachten Mangel auf, so ist hingegen eine Haftung nach OR 55 denkbar[287].
- Der Produzent kann sich kraft PrHG 5/1/b einer Haftung entschlagen, wenn der Fehler im Moment, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wurde, noch nicht vorlag. Deshalb lässt sich eine Haftung für Beobachtungsfehler nicht auf das PrHG stützen. Es ist aber durchaus denkbar, dass OR 55 solche Mängel erfasst[288], dass sich m. a. W. aus OR 55 zulasten des Herstellers eine Beobachtungspflicht und gegebenenfalls eine Rückrufspflicht[289] ergibt.
- Die Haftung für ein wirkungsloses Produkt kann sich auf OR 55 gründen, bis das Bundesgericht geklärt hat, ob sich das PrHG auf solche Fälle anwendet[290].

Gemäss PrHG 5/1/e haftet der Produzent nicht für einen Fehler, der nach dem Stand der Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wurde, nicht erkannt werden konnte. Das PrHG schliesst also eine Haftung für *Entwicklungsrisiken* explizit aus[291]. Mit einem Teil der Lehre[292] ist davon auszugehen, dass sich auch aus OR 55 keine Haftung für Entwicklungsrisiken ableiten lässt, soweit das Risiko im Zeitpunkt des Verkaufs des schädigenden Produkts objektiv nicht erkennbar war. Macht sich ein Entwicklungsrisiko erst bemerkbar, nachdem das Produkt in Verkehr gebracht wurde, so besteht im Schadensfall keine Haftung nach PrHG, eventuell aber nach OR 55 für die Verletzung der Beobachtungspflicht durch den Produzenten[293].

h) Rechtslage bei Schädigung von Hilfspersonen einer Organisation durch andere Hilfspersonen oder Organe derselben Organisation

(1) OR 55 (deliktische Haftung)

Die rechtliche Unabhängigkeit der Hilfspersonen und Organe in Bezug auf den Organisationsträger wird dann besonders deutlich, wenn es um die Frage geht, ob die Organisation auch dann für das Verhalten einer Hilfsperson A haftet, wenn diese eine andere Hilfsperson

---

287 In diesem Zusammenhang sind verschiedene Arten von Schäden denkbar. So können Gesundheitsschäden durch Rückstände auf unbearbeiteten Lebensmitteln entstehen, die mit nicht bewilligten, zu hoch dosierten oder nach der gesetzlich vorgeschriebenen Wartefrist applizierten Pflanzenschutzmitteln behandelt wurden. Denkbar ist im weiteren eine Verseuchung des Bodens mit Schwermetallen oder giftigen organischen Verbindungen, welche Stoffe in den darauf wachsenden Pflanzen akkumuliert werden. Schliesslich kann Erntegut durch die Erntemaschine oder im Lagerbehälter bspw. mit Chemikalien oder Bakterien verschmutzt werden.

288 REY N 960, 1218; siehe als Beispiel ein Urteil des BGH in: NJW 1994 S. 517.

289 Siehe hierzu den Lederspray-Entscheid des BGH in: NJW 1990 S. 2560 ff., insbes. 2564.

290 REY N 961.

291 REY N 1218 ff.

292 WESSNER, Propos erratiques, S. 74; ähnlich wohl REY, N 962; ähnlich ZR 1985 Nr. 4; a. M. jene, die den Entlastungsbeweis nach OR 55 aufgrund der neueren Rechtsprechung als unmöglich erachten.

293 WESSNER, Propos erratiques, S. 74.

B derselben Organisation schädigt. Denn zwar ist B Teil der Organisation, somit geht es auf den ersten Blick nicht um Aussenhaftung des Organisationsträgers. Dieser Schein trügt, weil B gleichzeitig eine vom Organisationsträger unabhängige Person im Rechtssinne, somit auch ein Aussenstehender ist. Deshalb greift auf deliktischer Ebene eine Haftung des Organisationsträgers gemäss OR 55 für das Verhalten von A. Geschädigte ist nicht die Organisation, sondern die Hilfsperson B als eigenständige Person.

(2) OR 328 (Vertragshaftung)

Eine Haftung des Geschäftsherrn ergibt sich in vielen solchen Fällen auch auf vertraglicher Grundlage. Im Fall eines Arbeitsvertrags verpflichtet OR 328 den Arbeitgeber, zum Schutz der Persönlichkeitsrechte (Abs. 1) sowie von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität (Abs. 2) der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Massnahmen zu treffen, die *„nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder des Haushalts angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann"*.

Diese Bestimmung schützt jeden Mitarbeiter vor Eingriffen des Arbeitgebers und anderer Mitarbeiter und bietet eine direkte Anspruchsgrundlage für Klagen gegen den Arbeitgeber im Zusammenhang mit solchen Eingriffen (persönlichkeitsrechtliche Klagen wie die Unterlassungsklage oder Klagen auf Schadenersatz). OR 328 wirft aber die Frage auf, wieweit die in dieser Norm enthaltenen Pflichten den Sorgfaltspflichten gemäss OR 55 entsprechen oder sogar widersprechen (weil z. B. eine zu weit gehende Überwachung des Arbeitnehmers eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte darstellen kann). Das Verhältnis zwischen den Sorgfaltspflichten im vertraglichen Arbeitnehmerschutz und jenen bezüglich der deliktischen Aussenhaftung des Organisationsträgers ist für den Bereich der Organisationshaftung eine durchaus sachgerechte Frage[294].

Die auf OR 328 basierende generelle Fürsorgepflicht des Arbeitsgebers umfasst u. a. eine Reihe von detaillierteren Schutzpflichten. So muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer geeignete Geräte und Maschinen zur Verfügung stellen, Arbeitsabläufe möglichst gefahrlos gestalten, Schutzvorrichtungen vorsehen und für deren Gebrauch sorgen, den Arbeitnehmer genügend auf Gefahren hinweisen und instruieren und darauf achten, dass letzterer nur für Aufgaben eingesetzt wird, denen er gewachsen ist[295]. Die Anforderungen an die Schutzmassnahmen erhöhen sich, wenn es sich um besonders schutzbedürftige Arbeitnehmer handelt (z. B. jugendliche Lehrlinge) und vermindern sich hinsichtlich Arbeitnehmern, die besonders fachkundig sind. Der Arbeitgeber haftet aber nicht für Unfälle, die durch ein unvorhersehbares Verhalten des Arbeitnehmers, das ein schweres Verschulden darstellt, verursacht wurden[296].

Neben persönlichkeitsrechtlichen Leistungs- und Unterlassungsansprüchen verschafft OR 328 dem Arbeitnehmer einen Schadenersatzanspruch nach OR 97[297]. Der Arbeitnehmer muss den Schaden, die Vertragswidrigkeit (Sorgfaltspflichtverletzung) und den adäquaten

---

294 So hat auch WIDMER im Zusammenhang mit der Gefährdungshaftung interessante Parallelen zwischen dem Gefährdungsbegriff, von dem moderne strenge Kausalhaftungen ausgehen, und der alten schweizerischen Fabrikgesetzgebung, die zum Schutz der Arbeitnehmer besondere Haftungsbestimmungen zu Lasten des Arbeitgebers enthielt, aufgezeigt: s. WIDMER, Gefahren, S. 295 ff.

295 REHBINDER-BK, ad OR 328 N 20.

296 REHBINDER-BK, ad OR 328 N 21; BGE 112 II 138; 95 II 140.

297 TERCIER N 3218; REHBINDER-BK, ad OR 328 N 25.

Kausalzusammenhang zwischen beiden beweisen. „Das Verschulden des Arbeitgebers wird dann gemäss OR 97/1 vermutet", so REHBINDER. „Dieses kann auch im Verschulden eines Mitarbeiters des Arbeitgebers (OR 101) oder in einem Organisationsmangel des Betriebes liegen"[298]. TERCIER hingegen ist der Ansicht, die Beweislast obliege dem Kläger[299]. Sollte sich TERCIERS Ansicht auch auf das Verschulden, nicht nur auf die Vertragsverletzung beziehen, so wäre diesem Autor nicht beizupflichten. Auch das Bundesgericht hielt fest, gemäss ZGB 8 *„c'est à l'employé qu'il appartient de prouver que l'employeur a objectivement omis de prendre une mesure de sécurité qui lui incombait"*[300]. OR 328 enthält zwar vertragliche Nebenpflichten[301], deren Verletzung (positive Vertragsverletzung) von der Verletzung der primären Leistungspflicht (hier: die Lohnzahlung durch den Arbeitgeber) unterschieden wird. Nach heute herrschender Lehre und Rechtsprechung werden Schadenersatzansprüche aufgrund positiver Vertragsverletzungen dennoch nach Vertrags- und nicht nach Deliktsrecht behandelt[302]. Somit wendet sich die in OR 97 vorgesehene Verteilung der Beweislast m. E. auch auf OR 328 an.

(3) Parallelen und Unterschiede in der Auslegung von OR 55 und OR 328

Zunächst ist festzuhalten, dass zwischen diesen beiden Bestimmungen Anspruchskonkurrenz herrscht[303], der geschädigte Arbeitnehmer also wahlweise nach der einen und/oder anderen Norm gegen den Arbeitgeber klagen kann. Parallelen zwischen OR 55 und 328 sind nicht übersehbar: Beide statuieren zulasten des Geschäftsherrn (bzw. Arbeitgebers) Schutzpflichten (primär) organisatorischer Art. Beide Normen verlangen die Erbringung von *curae in instruendo und custodiendo* sowie eine allgemeine Sorgfaltspflicht in organisatorischer Hinsicht, die in erster Linie auf die Vermeidung gefährlicher Zustände abzielt. Für beide Normen nuanciert die Praxis ausserdem die Strenge der Sorgfaltspflichten nach dem Ausbildungsstand bzw. dem Schutzbedürfnis der Hilfsperson (bzw. des Arbeitnehmers). Und schliesslich sehen beide eine Umkehr der Beweislast für die Erbringung der Sorgfaltspflicht (gem. OR 55) bzw. für das Fehlen eines Verschuldens (gem. OR 97) vor[304].

Dennoch bestehen Unterschiede zwischen OR 328 und 55. Die Rechtsprechung hat darauf hingewiesen, dass OR 328/2 aufgrund anderer Voraussetzungen und aus anderen Gründen zu einer Haftung führt als OR 55. So statuiert OR 328/2 eine persönliche Haftung, die unabhängig von der Frage greift, ob eine Hilfsperson zur Verursachung des Schadens beigetragen hat[305]. Unterschiede bestehen vermutlich auch hinsichtlich der Strenge der Haftung.

---

298 REHBINDER-BK, ad OR 328 N 25.

299 TERCIER N 3218, mit einem Verweis auf SJ 1990 II 247, dem aber nichts zur Frage der Beweislast zu entnehmen ist.

300 BGE 95 II 132, zum früheren aOR 339.

301 GAUCH/SCHLUEP/REY N 2608.

302 GAUCH/SCHLUEP/REY N 2606. Es sei ergänzend bemerkt, dass diese Sichtweise in neuerer Zeit stark kritisiert wurde (s. GAUCH/SCHLUEP/REY N 2617 ff.) und positive Vertragsverletzungen nach dem Vorentwurf für die Gesamtrevision des Schweizer Haftpflichtrechts neu dem Deliktsrecht unterstehen sollen (Art. 42 VE; WIDMER/WESSNER S. 63 f.). Überdies zeigt das Bundesgericht seit einiger Zeit eine Tendenz, deliktische Schutzpflichten und vertragliche Nebenpflichten bei der positiven Vertragsverletzung nach einheitlichen Kriterien zu prüfen, was im Ergebnis zu einer Vermischung von Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit führt; siehe hierzu eingehendere Bemerkungen hinten S. 327 ff.

303 REHBINDER-BK, ad OR 328, N 28; BREHM-BK, ad OR 55, N 102; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 20 N 27.

304 Anzumerken ist auch, dass für beide Bestimmungen ATSG 75/2 eine grosse praktische Bedeutung haben kann, wonach der Rückgriff des Sozialversicherers auf den Arbeitgeber der versicherten Person nur zugelassen ist, wenn dieser den Versicherungsfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat; s. a. BREHM-BK, ad OR 55 N 102.

305 BGE 112 II 142.

Es ist allerdings nicht ganz einfach, die für den Geschädigten günstigere Norm zu bezeichnen. Denn zwar sieht das Vertragsrecht längere Verjährungsfristen und eine (vermutlich) strengere Haftung für Hilfspersonen (OR 101) vor. Aber die Pflichtverletzung seitens des Arbeitgebers misst sich nur an dessen persönlichem Verschulden (bzw. am hypothetischen Verschulden nach OR 101), während der Geschäftsherr im Kontext von OR 55 an objektiven Sorgfaltspflichten gemessen wird und keinerlei persönliche Entschuldigungsgründe vorbringen kann. Etwas missverständlich in dieser Hinsicht ist das Bundesgericht, wenn es festhält, der Arbeitgeber müsse auch Schutzvorkehrungen treffen gegen Unachtsamkeiten des Arbeitnehmers, *„pour autant que celles-ci (d. h. die Unachtsamkeiten, Andm. d. V.) ne sortent pas des prévisions normales"* und soweit sie kein schweres Verschulden darstellen[306]. Der Hinweis auf die „normale" Voraussehbarkeit zeigt deutlich, dass an die Organisationspflichten des Arbeitgebers nur der (persönliche) Verschuldensmassstab angelegt werden soll, während der Hinweis auf das „schwere Verschulden" der Hilfsperson aber noch objektivere Elemente auf der Ebene des Kausalzusammenhangs ins Spiel bringt.

Kompliziert wird der Vergleich der Sorgfaltspflichten nach OR 328 mit jenen nach OR 55 ausserdem durch die Tendenz des Bundesgerichts, das Verschulden zu objektivieren und so stark in die Nähe der Widerrechtlichkeit zu rücken. Wie angedeutet, sind Fürsorgepflichten des Arbeitsgebers im Sinne von OR 328 vertragliche Nebenpflichten, nicht primäre Leistungspflichten. In neueren Entscheiden zur Haftung aus Gefahrensatz wurden solche Nebenpflichten stark verallgemeinert und systematisch rein deliktischen Schutzpflichten quasi gleichgestellt; jedenfalls können deliktische Verhaltenspflichten nicht weiter reichen als vertragliche Nebenpflichten[307]. Selbst in Fällen, in denen die Anwendung unterschiedlichster Haftungsnormen zur Diskussion steht, so in einem neueren Fall zur Haftung für die Sicherung von Skipisten OR 41, 58 und 97, wird nur geprüft, ob Sicherheitsmassnahmen allgemeinen *„devoirs de la prudence"* entsprechen[308]. Da in einigen dieser Entscheide nicht mehr das Verhalten eines individualisierbaren Akteurs geprüft wird und somit auch nicht die Frage, ob er generelle Schutzpflichten fahrlässig verletzt hat oder nicht, findet nurmehr noch ein Vergleich des tatsächlichen Verhaltens mit einem objektiven Sorgfaltsstandard statt. Auf diese Rechtsprechung ist weiter hinten noch vertiefter einzugehen[309]. Auch bezüglich der Konkurrenz zwischen OR 58 und aOR 339 (Schutz des Arbeitnehmers) hielt das Bundesgericht fest, die Sorgfaltspflichten seien in beiden Fällen praktisch dieselben[310].

Abgesehen von diesen strukturellen Problemen besteht die Schwierigkeit, dass die Auslegung der weit umschriebenen Faktoren in OR 328 in hohem Mass rechtspolitischen Argumenten zugänglich und damit nicht ohne weiteres vorhersehbar ist, ähnlich wie dies für OR 55 gilt. Mobbing beispielsweise kann ohne Zutun des Geschäftsherrn entstehen: Mehrere Arbeitnehmer verbünden sich insgeheim gegen einen Mitarbeiter und schikanieren ihn solange, bis dieser gesundheitliche Störungen in Form eines rechtlich relevanten Körperschadens entwickelt, der ihn überdies für eine gewisse Zeit arbeitsunfähig macht. Nach Ansicht

306 BGE 95 II 140.

307 Siehe hierzu BGE 4C.257/2002 vom 28.8.2003, S. 5 f. und v. a. S. 7; 126 III 115; 121 III 360; 115 Ib 180 *in fine*; 113 II 246.

308 BGE 126 III 116. S. a. BGE 121 III 360: „Ob die Haftungsgrundlage vertraglicher oder ausservertraglicher Natur ist, ändert ... nichts am Inhalt der Verkehrssicherungspflicht". Oder, anders formuliert: „... die allgemeine Schutzpflicht dessen, der einen Gefahrenzustand schafft, wird zur vertraglichen Nebenpflicht, wenn die Gefährdung mit der Abwicklung des Vertrages in Zusammenhang steht" (BGE 113 II 248); illustrativ auch BGE 112 II 138, wo zwischen der deliktischen Haftung nach OR 41 und Gefahrensatz und der vertraglichen Haftung nach OR 328 Anspruchskonkurrenz bejaht wurde (während allerdings die Anwendung von OR 55 ungeprüft blieb).

309 Siehe insb. hinten S. 315 ff. und S. 327 ff.

310 BGE 90 II 229.

des Bundesgerichts verletzt der Arbeitgeber, der Mobbing nicht verhindert, seine Fürsorgepflicht[311]. Das klingt nach einer Art vertraglichen Kausalhaftung für Mobbingfälle. Trotz dieser absoluten Formulierung geht aber m. E. die Haftung des Arbeitgebers auch bei Mobbing nur bis zur Sorgfaltswidrigkeit. Diese Ansicht wird auch durch die Rechtsprechung zu GIG 5/3 bestärkt, wonach bei einer Diskriminierung durch sexuelle Belästigung das Gericht oder die Verwaltungsbehörde der betroffenen Person eine Entschädigung zusprechen kann, wenn die Arbeitgeber nicht beweisen, dass sie Massnahmen getroffen haben, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihnen billigerweise zugemutet werden können. Obschon diese Bestimmung als *lex specialis* dem OR vorgeht, ergänzt sie lediglich OR 328[312]. Allerdings kann es für einen Arbeitgeber schwierig zu beweisen sein, dass er die Mobbingsituation nicht hätte entdecken und entsprechende Gegenmassnahmen unternehmen können. Die unscharfe Formulierung des Entlastungsbeweises – bzw. der Schutzpflichten – öffnet die Tür für rein rechtspolitisch orientierte Begründungen. Will man den Arbeitgeber haftbar machen, so kann man ihm vorwerfen, Mobbing sei mittlerweile nach der allgemeinen Erfahrung (OR 328/2) ein ernstzunehmendes Phänomen, das jede Geschäftsleitung erkennen und bekämpfen müsse; und dass Mobbing *in casu* stattgefunden habe, zeige, dass die Schutzmassnahmen diesbezüglich ungenügend waren. Erscheint dem Gericht hingegen eine Haftung als unangebracht, so wird es sagen, gerade der Umstand, dass Mobbing im Versteckten, Geheimen stattfinde, mache es für die Geschäftsleitung unmöglich, jeden Mobbingfall vorherzusehen, weshalb ihr *in casu* kein Verschulden vorzuwerfen sei.

Hier genügt es, *zusammenfassend* festzuhalten, dass es kaum möglich erscheint, die Kohärenz zwischen der Auslegung von OR 55 und von OR 328 im Hinblick auf Art und Umfang der Sorgfaltspflichten des Arbeitsgebers abschliessend zu prüfen. Da beide Normen Haftungen unterschiedlicher Rechtsnatur begründen, müsste man daraus schliessen, dass eine solche Kohärenz rechtssystematisch nicht geboten ist, dass Unterschiede vielmehr zwingend indiziert sind. Das Bundesgericht scheint aber deliktische Schutzpflichten und vertragliche Nebenpflichten bei Anspruchskonkurrenz tendenziell unter einheitlichen Gesichtspunkten zu untersuchen.

(4) Verhältnis zwischen OR 55 und 328 in Bezug auf die Grenzen der Fürsorgepflicht

(a) Vorbemerkung

Im Verhältnis von OR 55 zu 328 stellt sich nicht nur die Frage der Anspruchskonkurrenz, sondern auch jene, ob zwischen diesen Bestimmungen widersprüchliche Rechtslagen entstehen können. Hier sei im Besonderen die Frage besprochen, ob der Geschäftsherr, der gleichzeitig Arbeitgeber seiner Hilfsperson ist, seine Fürsorgepflicht gemäss OR 328 verletzen muss, wenn er den Sorgfaltspflichten gemäss OR 55 nachkommen will. Ich möchte auf folgende möglichen Probleme eingehen:

- 1) Besteht ein Widerspruch zwischen den *curae in eligendo et custodiendo* und dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Privatsphäre und Datenschutz?
- 2) Besteht ein Widerspruch zwischen Kündigungsschutz, Recht auf Beschäftigung und der *cura in eligendo*? Sind – anders formuliert – die rechtlichen Voraussetzungen für eine Entlassung oder eine Suspendierung des Arbeitnehmers milder oder strenger

311 BGE 125 III 73; für die sexuelle Belästigung s. a. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER S. 99.
312 BGE 126 III 397.

zugunsten des letzteren im Vergleich zu den Voraussetzungen, unter denen eine *culpa in eligendo* bejaht werden müsste?

Aus dem vorhergehenden Kapitel ergibt sich, dass die Sorgfaltspflichten gemäss OR 328 aus systematischer Sicht nicht zwingend mit jenen gemäss OR 55 deckungsgleich sein müssen, da beide Normen unterschiedliche Rechtsnaturen aufweisen. Widersprüche sollten aber vermieden werden, soweit die Beachtung vertraglicher Pflichten gemäss OR 328 durch den Arbeitgeber die Verletzung deliktischer Pflichten gemäss OR 55 notwendig macht (und *vice versa*).

(b) Datenschutz

OR 328b hält fest, der Arbeitgeber dürfe Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen werden die Bestimmungen des DSG vorbehalten. OR 328b drückt lediglich die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Zweckgebundenheit der Datenbearbeitung aus, die auch dem DSG zugrunde liegen (vgl. DSG 4/2 und 4/3); die Nützlichkeit von OR 328b wird denn auch seitens der Lehre bestritten[313].

OR 328b beinhaltet einen erheblichen Ermessensspielraum und muss von Fall zu Fall ausgelegt werden. Besonders schützenswerte Personendaten im Sinne von DSG 3/c betreffen die Eignung für das Arbeitsverhältnis und die Durchführung des Arbeitsvertrags in der Regel nicht und können deshalb vom Arbeitgeber nur ausnahmsweise bearbeitet werden[314]. So sollte sich beispielsweise eine politische Partei hinsichtlich der Auswahl ihres zukünftigen Generalsekretärs über dessen politische Ansichten Klarheit verschaffen können oder muss ein Treuhandbüro Gelegenheit haben, sich über allfällige Vermögensdelikte eines Bewerbers zu informieren[315].

Im Zusammenhang mit der *cura in eligendo* bestehen möglicherweise gewisse Widersprüche zwischen dem Datenschutzrecht und der Auslegung von OR 55. So wird hinsichtlich der *cura in eligendo* hervorgehoben, es sei je nach Beruf „mit dem Ausweis über technisches Können nicht getan", sondern es seien, „abgesehen von der Zuverlässigkeit ... moralische Eigenschaften nötig", z. B. „Nüchternheit beim Chauffeur" oder „Solidität und Zuverlässigkeit beim Fuhrmann"[316]. Es ist fraglich, ob die heutige Lehre und Rechtsprechung die Überprüfung moralischer Eigenschaften des Arbeitnehmers vor dessen Einstellung befürwortet, zumindest soweit sich moralische Eigenschaften nicht aus objektiven Daten (wie Auszug aus dem Strafregister) ergeben.

Ein anderes datenschutzrechtliches Problem stellt sich hinsichtlich der *cura in custodiendo*: wie weit darf die Überwachung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber gehen? Inzwischen sind dieser Überwachung technisch kaum mehr Schranken gesetzt, von kaum sichtbaren Kleinstkameras bis zu Keylogger-Programmen[317] stehen leistungsfähige Überwachungssysteme zur Verfügung. Gemäss OR 328b darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind, was auf eine nur beschränkte Befugnis des Arbeitgebers zur Datenbearbeitung hindeutet. Daten dürfen nicht bearbeitet werden, wenn sie nur „nützlich" oder „geeignet" zur Umsetzung des Vertrags sind; sie müssen dazu „erforderlich" sein, wie auch generell eine Verletzung der

313 TERCIER N 3226, ebd. Verweise.
314 TERCIER N 3225.
315 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, ad OR 320 N 8.
316 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 132, ebd. auch Verweis auf Rechtsprechung.
317 Siehe hierzu NZZ vom 16.8.2002, S. 61.

Persönlichkeitsgüter des Arbeitnehmers nur zulässig ist, soweit dies durch die Zwecke des Arbeitsvertrages unbedingt geboten ist[318]. Weiteres lässt sich aber direkt aus OR 328b nicht ableiten; deshalb ist auch die Arbeitsgesetzgebung sowie die frühere Rechtslage zu berücksichtigen.

Gemäss Artikel 26 Absatz 1 ArGV 3 dürfen Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, nicht eingesetzt werden. Sind Überwachungs- oder Kontrollsysteme aus anderen Gründen erforderlich, sind sie insbesondere so zu gestalten und anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer dadurch nicht beeinträchtigt werden (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3).

Lehre und Rechtsprechung halten eine Überwachung des Arbeitsplatzes durch Videokameras für zulässig, soweit dies zur Produktionsüberwachung erforderlich ist (z. B. Produktographen). Unzulässig ist aber die ständige, lückenlose Überwachung der Tätigkeit des Arbeitnehmers (beispielsweise durch Kameras)[319]. Das heisst, eine technische Überwachung ist nur in der Form gelegentlicher Kontrollen zulässig oder unter der Voraussetzung, dass die anfallenden Daten sofort anonymisiert werden[320]. Die Rechtslage gestaltet sich ähnlich bezüglich des innerbetrieblichen Abhörens von Telefongesprächen. Gelegentliche (nicht aber permanente bzw. systematische[321]) Kontrollen sind zulässig, vorausgesetzt allerdings, dass der Arbeitnehmer von der Möglichkeit, dass seine Gespräche abgehört werden, Kenntnis hat[322]. „Daten über Fehlverhalten des Arbeitnehmers (Schlechterfüllung, Disziplinarvergehen, Aufzeichnung von Vorgängen, die nach OR 337a zur fristlosen Kündigung berechtigen) sind nach angemessener Zeit zu überprüfen und gegebenenfalls zu vernichten."[323] Hier wäre ein Widerspruch zur *cura in eligendo* zu erblicken, soweit im Rahmen von OR 55 gefordert würde, auch weiter zurückliegendes Verhalten der Hilfsperson solle zur Beurteilung ihrer Eignung für eine Aufgabe relevant sein.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Überwachungspflichten des Geschäftsherrn nach OR 55 nicht so streng ausgelegt werden dürfen, dass man ihnen nur noch durch eine Verletzung des Datenschutzrechts, insbesondere OR 328b, nachkommen kann. Für beide Normen wäre es überdies gefährlich, den Umfang der Überwachungspflichten (ausschliesslich) anhand des technisch Machbaren (vgl. OR 328/2) zu bestimmen, da sich das technisch Machbare im Bereich der Überwachung, stärker noch bzw. anders als hinsichtlich genügender Schutzmassnahmen, gegen den Arbeitnehmer richten kann.

(5) Beschäftigungspflicht und Kündigungsschutz

Zu klären ist im Weiteren, ob ein Widerspruch besteht zwischen dem arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz und der der *cura in eligendo*, das heisst der Pflicht des Geschäftsherrn, nur für ihre jeweilige Aufgabe geeignete Hilfspersonen zu beschäftigen.

Grundsätzlich kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei gekündigt werden (OR 335/1). Missbräuchlich ist eine Kündigung in den in OR 336 erwähnten Fällen. Dabei sind primär die unter Absatz 1 lit. a und b erwähnten Fälle mit der Fürsorgepflicht gekoppelt. Nach OR 336/1/a ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich, wenn sie wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht,

---

318 REHBINDER-BK, ad OR 328, N 6.

319 REHBINDER-BK, ad OR 328, N 6; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, ad OR 328 N 4; SJ 1990 II 247.

320 REHBINDER-BK, ad OR 328, N 15; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, ad OR 328 N 4.

321 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, ad OR 328 N 4.

322 REHBINDER-BK, ad OR 328, N 15.

323 REHBINDER-BK, ad OR 328, N 15.

ausgesprochen wird, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Ähnlich ist lit. b formuliert, wonach eine Kündigung missbräuchlich ist, wenn sie eine Partei ausspricht, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. „Indessen kann die Störung des Betriebsklimas eine Kündigung wegen persönlicher Eigenschaften nur rechtfertigen, wenn der Arbeitgeber vorher zumutbare Massnahmen ergriffen hat, um die Lage zu entspannen. Eine entsprechende Verpflichtung ergibt sich aus der Fürsorgepflicht."[324]

Auf den ersten Blick ist kein Widerspruch zwischen OR 336 und OR 55 bzw. 328 erkennbar. Es existieren aber erfahrungsgemäss viele Grauzonen zwischen der eindeutigen Verletzung des Arbeitsvertrages und dessen einwandfreier Erfüllung. Insbesondere sind viele durch eine Hilfsperson verursachte Störungen denkbar, die zwar nicht „wesentlich" im Sinne von OR 336 sind, aber dennoch genügend gravierend, dass das Gefährdungspotential der Organisation merklich erhöht wird. Es ist also durchaus denkbar, dass man dem Geschäftsherrn die Verletzung seiner organisatorischen Sorgfaltspflichten gemäss OR 55 vorwirft, weil er das störende Verhalten einer Hilfsperson nicht verhindert hat, obschon dieses Verhalten den Geschäftsherrn nicht zur Kündigung des Arbeitsvertrages berechtigt. Es würde aber auch grundlegenden Tendenzen der modernen Sozialpolitik widersprechen, aus der *cura in eligendo* eine Pflicht zur Entlassung unterqualifizierter Arbeitnehmer abzuleiten[325]. Allerdings entspricht der Organisationsträger der *culpa in eligendo* nicht nur, indem er mangelhaft arbeitende Hilfspersonen entlässt. Es genügt, wenn er ihnen beispielsweise ungefährlichere Aufgaben zuteilt. Dem steht auch die Beschäftigungspflicht nicht entgegen, die Pflicht des Arbeitgebers, dem eingestellten Arbeitnehmer tatsächlich Arbeit zuzuweisen (da eine Arbeitsbefreiung kränkend sein kann[326]). Diese Pflicht findet ihre Grenze in „überwiegenden Gegeninteressen des Arbeitgebers, z. B. bei ... Unfähigkeit des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung"[327].

Somit bestehen zwischen dem Kündigungsschutz und der *cura in eligendo*, soweit erkennbar, keine systematischen Widersprüche.

3. Haftung der juristischen Person für das deliktische Verhalten ihrer Organe (ZGB 55/2)

a) Struktur und Anwendungsbereich

Gemäss ZGB 55/2 haftet die juristische Person für das rechtsgeschäftliche und deliktische Verhalten ihrer Organe. Im ausservertraglichen Bereich muss das Verhalten des Organs überdies einen weiteren Haftungsgrund erfüllen (z. B. OR 41). Diese Haftung wird im Allgemeinen damit begründet, dass die juristische Person ihrer Organe bedarf, um rechtlich überhaupt handlungsfähig zu sein, weshalb ihr die Organhandlungen direkt zugerechnet werden. Das Grundprinzip von ZGB 55/2 findet sich in verschiedenen Spezialnormen wieder, die hinsichtlich besonderer Arten juristischer Personen erlassen wurden (so ZGB 69

---

324 BGE 125 III 74.

325 In diesem Sinne VON BAR, Vicarious Liability, S. 433; WEBER-HÄUSERMANN S. 121 unten f..

326 REHBINDER-BK, ad OR 328, N 11; s. a. WEBER-HÄUSERMANN S. 121 unten f., bezüglich der Schwere der Sorgfaltspflicht bei OR 55: „So muss ein Betrieb auch unterdurchschnittlich Befähigte beschäftigen ... können"

327 REHBINDER-BK, ad OR 328, N 11.

und 83 sowie OR 718 ff., 722, 811 ff., 897 und 898 ff.). So wendet sich ZGB 55/2 grundsätzlich auch direkt im Recht der AG an[328].

Das alte Obligationenrecht von 1881 hatte die Deliktsfähigkeit der juristischen Personen zunächst offengelassen. Sie wurde jedoch früh durch das Bundesgericht bejaht und schliesslich im OR gesetzlich instituiert[329]. Das bedeutete zunächst eine Ausdehnung des Verschuldensprinzips auf juristische Personen (denn das Verschulden der Organe blieb grundsätzlich Haftungsvoraussetzung). Ergänzend hierzu entwickelten sich eine Reihe von Kausalhaftungen. Insofern ist die Anerkennung der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und die Einführung strenger Kausalhaftungen geschichtlich mit ähnlichen Haftungsbedürfnissen im Zusammenhang mit der zunehmenden Industrialisierung verknüpft[330].

b) Rechtsnatur der Haftung

Die Haftung der juristischen Person für das Verhalten ihrer Organe erscheint auf den ersten Blick als Haftung für Dritte, da nicht das Fehlverhalten[331] des Haftungssubjekts – der juristischen Person – haftungsrelevant ist, sondern jenes eines Dritten, nämlich des Organs. Denn obschon letzteres für die juristische Person tätig wird, verliert es darob nicht seine eigene Rechtspersönlichkeit. Demgegenüber ist die Geschäftsherrenhaftung nach OR 55 eine Haftung für eigenes Verhalten, weil es nicht auf das Fehlverhalten der Hilfsperson, sondern auf die Sorgfaltspflichtverletzung durch den Geschäftsherrn ankommt.

Die Qualifikation beider Haftungen durch Lehre und Rechtsprechung folgt jedoch anderen Kriterien. Die Haftung nach OR 55 wird gemeinhin als Haftung für fremdes Verhalten betrachtet (siehe vorne). Was ZGB 55/2 und verwandte Normen angeht, so bezeichnen das Bundesgericht wie auch die herrschende Lehre sie nicht als eigentliche Haftungsnormen, sondern als „Kompetenz-", „Zurechnungs-" oder „Zuweisungsnormen"[332] (*„norme d'imputation"*), *„en ce sens que le comportement d'une partie - l'organe - est imputé directement au tout, la société anonyme"*[333]. Das widerrechtliche Verhalten wird *ex lege* als Verhalten der juristischen Person selbst betrachtet[334]. Im Mövenpick-Fall[335] stellte sich die Frage, ob das schuldhafte Verhalten eines Organs etwa im Sinne einer *culpa in custodiendo* der juristischen Person als „zusätzliches Verschulden" zugerechnet werden könnte, was das Bundesgericht verneint hat. Nach dieser Auffassung beinhalte ZGB 55 (und davon abgeleitete Normen) nicht eine selbständige Haftung, sondern erlaube lediglich die unmittelbare Zurechnung von Handlungen, für welche die Organe selbst haften, an den Organisationsträ-

---

328 RIEMER-BK, ad ZGB 52-59, systematischer Teil, N 107.

329 P. PORTMANN S. 9 mit Verweisen.

330 P. PORTMANN S. 10.

331 Für diese wie auch nachfolgende Passagen ist der Begriff des „Fehlverhaltens" zu präzisieren: Es handelt sich hierbei nicht um einen technischen Rechtsbegriff, sondern er bezeichnet viele mögliche Arten von Verhaltensweisen, die von einem idealen Verhaltensprofil abweichen. Somit umfasst er das subjektivierte Verschulden genau so wie objektivierte Unsorgfalt. Wo dieser Begriff in der vorliegenden Arbeit auftaucht, soll bewusst offen gelassen werden, um welche Art des Fehlverhaltens es genau geht, sei dies, weil bereichsübergreifende strukturelle Probleme besprochen werden, sei dies, weil sich aus der herrschenden Rechtslage gar nicht präzise ermitteln lässt, welche Art des Fehlverhaltens relevant sein soll (z. B. hinsichtlich des Sorgfaltsbegriffs bei OR 55, den heute ein Teil der Lehre neuerdings wieder als eine Art Organisationsverschulden auffasst, ein anderer als objektivierte Unregelmässigkeit).

332 HUGUENIN-BasK, ad ZGB 54/55, N 10.

333 BGE 121 III 182, Mövenpick.

334 RIEMER-BK, ad ZGB 54/55, N 56.

335 BGE 121 III 182.

ger (d. h. die juristische Person). Das Verhalten des Organs gelte als Verhalten der juristischen Person selbst. Deshalb stelle die Haftung nach ZGB 55/2 keine Kausalhaftung im Sinne einer Haftung für fremdes Verhalten dar, obwohl das Organ und die juristische Person zwei verschiedene Rechtssubjekte seien[336]. Bevor also beispielsweise Artikel 55 ZGB Anwendung finde, müsse die schädigende Handlung des Organs die Voraussetzungen einer anderen Haftungsnorm erfüllen (z. B. Art. 41 ZGB), da ZGB 55 keinen materiellen Haftungstatbestand festsetzt[337].

Insofern lässt sich darüber streiten, ob ZGB 55/2 noch als Organisationshaftung im engeren Sinn kategorisiert werden kann, da nicht nur die Zugehörigkeit des Schädigers zur Organisation und ein funktioneller Zusammenhang Haftungsvoraussetzungen sind, sondern überdies die Verwirklichung einer zusätzlichen Haftungsnorm. Die Bezeichnung von ZGB 55/2 als blosse „Zurechnungsnorm" täuscht aber über die Natur dieser Bestimmung hinweg: Es handelt sich sehr wohl um eine Haftungsnorm. Denn sähe ZGB 55/2 die Zurechnung von deliktischen Organhandlungen an die juristische Person nicht vor, würde letztere deliktisch nicht für das Verhalten ihrer Organe haften[338]. Wäre ZGB 55/2 eine reine Zurechnungsnorm, so müsste die Individualhaftung des Organs der juristischen Person direkt und unverändert zugerechnet werden. Über das Konzept der Wissensvertretung wird aber das Verhalten einer Organperson an einem umfassenderen Wissen gemessen als das eigene, was zeigt, dass ZGB 55/2 im Vergleich zur Individualhaftung des Organs zu einer Veränderung des Haftungsmasses führt. Im weiteren sind strukturelle Parallelen zwischen ZGB 55/2 und OR 101 nicht zu verkennen: beide Normen führen zu einer direkten Zurechnung des Fehlverhaltens eines Organisationsmitglieds. Dennoch wird bloss OR 101, im Unterschied zu ZGB 55/2, als materielle Haftungsnorm bezeichnet[339]. Schliesslich ist die Haftung nach ZGB 55/2 nicht bloss subsidiär in dem Sinne, dass vor der juristischen Person die Organperson belangt werden müsste. Man hat denn seitens der Lehre auch hervorgehoben, die Hauptbedeutung des Organbegriffs liege im Bereich des Abschlusses von Rechtsgeschäften[340]. OR 55 und ZGB 55 beinhalten zwei verschiedene Formen von Haftungen für das Verhalten Dritter, die sich lediglich durch die unterschiedliche Qualifizierung des Dritten (als Organ oder Hilfsperson) unterscheiden[341] und die an unterschiedliche Faktoren anknüpfen: OR 55 an das Fehlverhalten des Geschäftsherrn, ZGB 55/2 an jenes des Organs. ZGB 55/2 wird aus praktischer Sicht regelmässig in Verbindung mit OR 41 zur Anwendung gelangen. Denn haftet das Organ persönlich aufgrund einer einfachen oder strengen Kausalhaftung, wird es dabei zumeist um einen Tatbestand gehen, bei dem ein funktioneller Bezug zur Tätigkeit der juristischen Person fehlt (eigenes Geschäft des Organs, eigenes Tier, eigene gefährliche Tätigkeit etc., abgesehen vielleicht von OR 54). Eine persönliche Haftung des Organs für das Verhalten von Hilfspersonen der juristischen Person ist nach der hier vertretenen Ansicht ohnehin ausgeschlossen, da das Subordinationsverhältnis im Sinne von OR 55 nicht zum Organ, sondern direkt zur juristischen Person besteht.

---

336 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 18.

337 HUGUENIN-BasK, ad ZGB 54/55, N 11.

338 Siehe für das deutsche Recht entsprechend REUTER-Mükom, ad BGB 31, N 1. A. M. ist offenbar VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, S. 181 Fn 1020, der darauf hinweist, eine Norm in der Art von BGB 31 (das Pendant zu ZGB 55/2) fehle in verschiedenen europäischen Rechtsordnungen, weshalb wohl auch BGB 31 lediglich eine deklarative, keine konstitutive Funktion habe.

339 GAUCH/SCHLUEP N 2884.

340 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 24.

341 STEINBRÜCHEL S. 52.

Für das – strukturell dem schweizerischen verwandte[342] – deutsche Recht wurde gesagt, BGB 31 und BGB 831 gingen vom selben Grundgedanken aus: die „Zurechnung fremden Verschuldens an eine Vermögensmasse oder sonstige Institution"[343]. Gewisse neuere Lehrmeinungen postulieren denn auch die Aufhebung der Unterscheidung zwischen der Haftung der juristischen Person für Organe und für Hilfspersonen, worauf weiter hinten noch näher eingegangen wird[344]. Hier ist deshalb vorerst festzuhalten, dass ZGB 55/2 m. E. durchaus als Haftungsnorm zu betrachten ist. Da die Haftung für Organe im Sinn dieser Bestimmung weder an eine bestimmte Tätigkeit noch an ein typisches Risiko geknüpft ist, kann sie auch als Form der Organisationshaftung im engeren Sinn qualifiziert werden.

c) Begründung der Haftung

Zur Begründung der Haftung der juristischen Person für ihre Organe wird in erster Linie die Realitätstheorie angeführt, welche das Schweizer Gesellschaftsrecht beherrscht[345]. Diese Theorie geht davon aus, dass die juristische Person, obgleich Ergebnis einer Reihe rein rechtlicher Handlungen, einen realen sozialen Organismus darstellt, der rechtliche und deliktische Handlungsfähigkeit besitzt[346]. Die juristischen Personen präsentieren sich somit als Gruppierungen von natürlichen Personen, welche sich – in unterschiedlichen rechtlichen Strukturen – zu eigenen, von diesen natürlichen Personen unabhängigen Rechtssubjekten verdichtet haben. Um allerdings als solche handeln zu können, bedürfen die juristischen Personen eines eigenen und einheitlichen Willens und somit tauglicher Instrumente der kollektiven Willensbildung sowie Möglichkeiten, diesen Willen auszudrücken. Diese Instrumente sind rechtlich gesehen die Organe, deren deliktisches Verhalten unmittelbar der juristischen Person zugerechnet wird, wie wenn diese selbst gehandelt hätte. In dieser Struktur, in der Notwendigkeit für die juristische Person, über Organe zu verfügen, die für sie gegen aussen handeln, wird denn auch die Rechtfertigung der Haftung der juristischen Person für Organverhalten erblickt. Daneben wird als Begründung der „gerechte Interessenausgleich" erwähnt[347].

d) Haftungssubjekt

Subjekte der Haftung nach ZGB 55/2 sind juristische Personen, d. h. Rechtsgebilde, die direkt von Gesetzes wegen entstehen (was für die meisten juristischen Personen des öffentlichen Rechts der Fall ist) oder durch Verwaltungsverfügung oder Vertrag geschaffen werden[348]; dazu gehören insbesondere auch die privatrechtlichen juristischen Personen, deren Aufzählung im Bundesprivatrecht abschliessend ist[349]. Keine Anwendung findet ZGB 55 auf andere rechtlich organisierte Personengruppierungen, die keine oder keine volle Rechtspersönlichkeit besitzen, wie beispielsweise die Kollektivgesellschaft oder die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer[350]. Das Gesetz enthält aber hinsichtlich gewisser Gruppierungen ohne Rechtspersönlichkeit Haftungsnormen, die ZGB 55/2 strukturell gleichen. So haftet

---

342 BGB 831 entspricht OR 55, BGB 31 entspricht ZGB 55 und BGB 278 entspricht OR 101

343 CAEMMERER S. 303.

344 Siehe S. 311 ff.

345 RIEMER-BK, ad ZGB 54/55, N 56.

346 Zum Unterschied zur Fiktionstheorie s. RIEMER-BK, ad ZGB 54/55, Syst. Teil N 6.

347 RIEMER-BK, ad ZGB 54/55, N 56 mit Verweis auf EGGER.

348 RIEMER-BK, ad ZGB 52-59, Syst. Teil, N 3.

349 RIEMER-BK, ad ZGB 52-59, Syst. Teil, N 12.

350 RIEMER-BK, ad ZGB 52-59, Syst. Teil, N 37.

die Kollektivgesellschaft für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein Gesellschafter in Ausübung seiner gesellschaftlichen Pflichten begeht (OR 567/3).

e) Besondere Haftungsvoraussetzungen

(1) Verhalten eines Organs – Begriff des Organs

Haftungsrelevantes Ereignis ist das Verhalten (bzw. die Unterlassung) eines Organs, das Dritte ausserhalb der juristischen Person schädigt. Wer im Innern der juristischen Person Organeigenschaft hat und wer nicht, ist oft schwierig zu bestimmen und ergibt sich nur teilweise aus dem Gesetz. Neben gesetzlichen (z. B. Verwaltungsrat) und statutarischen anerkennen Lehre und Rechtsprechung auch sogenannte faktische Organe. Dabei handelt es sich um Personen, welche den Willensbildungsprozess der juristischen Person massgeblich beeinflussen, ohne gesetzlich oder statutarisch mit der Leitung der juristischen Person betraut zu sein, sowie Personen, deren Organstellung gegenüber Dritten durch Mitteilung oder konkludentes Verhalten kundgetan wurde (funktioneller Organbegriff)[351]. Interessant ist, dass es also selbst im deliktischen Bereich auf den legitimerweise erweckten Anschein einer Organstellung ankommen kann (allerdings nicht auf eine gültige Ermächtigung zum Handeln[352]). Dennoch gibt es auch verdeckte faktische Organe, deren Handeln zu einer externen Haftung führen kann[353]. Kontrovers ist die Frage, ob sich der Organbegriff gemäss ZGB 55/2 mit jenem gemäss Spezialnormen (wie das Recht der AG) deckt[354]. Bezüglich dem Verhältnis der juristischen Person zu Dritten ist der Organbegriff in ZGB 55/2 und dem Recht aller juristischen Personen des Bundesprivatrechts deckungsgleich[355]. Bezüglich der Haftung des Organs gegenüber der Gesellschaft hingegen wird der Organbegriff in ZGB 55 und OR 754/1 unterschiedlich ausgelegt[356]. Hervorzuheben ist überdies, dass auch eine andere juristische Person Organ einer juristischen Person sein kann, was beispielsweise OR 707/3 zeigt (wie auch eine juristische Person Hilfsperson einer anderen juristischen Person sein kann).

Es liegt eine ausgedehnte Lehre und Rechtsprechung zum Organbegriff vor[357]. Vorliegend ist es nicht notwendig, den Organbegriff abschliessend darzustellen, denn viele Fragen der Organeigenschaft betreffen die interne rechtliche Organisation der juristischen Personen. Die Lehre definiert den Organbegriff positiv und betrachtet alle übrigen Personen, die für die juristische Person tätig werden, als Hilfspersonen (sofern ein Subordinationsverhältnis besteht)[358]. Die Organeigenschaft einer Person schliesst deren Qualifikation als Hilfsperson aus[359]. Dennoch ist die Unterscheidung zwischen Organen und Nicht-Organen nur graduell, zumindest was die faktischen Organe betrifft, und hängt stark von den konkreten Umständen ab. Deshalb ist hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Organ und Hilfsperson eine gewisse Unschärfe nicht zu vermeiden.

---

351 HUGUENIN-BasK, ad ZGB 54/55, N 3; RIEMER-BK, ad ZGB 54/55 N 16 ff., insbes. N 28 ff.; REY N 973; OFTINGER/STARK, Bd. I §20 N 15.

352 Für die AG s. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §21 N 10 und 12.

353 RIEMER-BK, ad ZGB 54/55 N 33, ebd. N 28 ff. eingehend zum Begriff des faktischen Organs.

354 HUGUENIN-BasK, ad ZGB 54/55, N 4 f.; FORSTMOSER, Organbegriff, S. 127 f.

355 RIEMER-BK, ad ZGB 52-59, systematischer Teil, N 103.

356 RIEMER-BK, ad ZGB 52-59, systematischer Teil, N 112.

357 Siehe eingehend RIEMER-BK, ad ZGB 54/55 N 16 ff.

358 OFTINGER/STARK, Bd. I, § 20 N 14.

359 P. PORTMANN S. 91.

(2) Funktioneller Zusammenhang

Wie im Bereich der Geschäftsherrenhaftung für Hilfspersonen muss zwischen der schädigenden Handlung und der geschäftlichen Tätigkeit des Organs ein funktioneller Zusammenhang bestehen, damit die Organhaftung greift. Das Organ muss in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen gehandelt haben[360]; eine Schädigung nur bei Gelegenheit geschäftlicher Tätigkeiten, in privater Absicht genügt nach Ansicht des Bundesgerichts und eines Teils der Lehre nicht[361].

(3) Qualifikation des Organhandelns; Verschulden und Wissensvertretung

Damit die juristische Person durch das Organverhalten verpflichtet wird, muss letzteres einen zusätzlichen Haftungsgrund und die damit verbundenen Voraussetzungen erfüllen[362]. Damit beispielsweise OR 41 Anwendung findet, muss das Organ schuldhaft gehandelt haben[363], wobei auch OR 54 in Frage kommt[364].

Es stellt sich die Frage, ob die Verletzung von Sorgfaltspflichten oder das Verschulden anhand des bei allen Organisationsmitgliedern vorhandenden Wissens beurteilt werden soll oder lediglich nach dem Wissen, über das das schädigende Organ verfügte (Frage der Wissenszurechnung bzw. Wissensvertretung). Gemäss Bundesgericht gilt das Wissen eines Organs grundsätzlich als Wissen der betreffenden juristischen Person[365] („absolute Wissensvertretung"). Wieweit sich die juristische Person auch das Wissen anderer Mitarbeiter als der Organpersonen zurechnen lassen muss, wird aufgrund der Interessenlage im Einzelfall entschieden[366]. Der Grundsatz der absoluten Wissensvertretung führt zu einer Art Kausalhaftung für Organisationsmängel im Bereich des Wissensmanagements: Die juristische Person haftet so für ihr Versagen, relevantes Wissen zur rechten Zeit den richtigen Funktionsträgern zukommen zu lassen. Eine neuere Lehre will aber entgegen der bisherigen Rechtsprechung nur das Wissen der „effektiv handelnden oder sonst mit der betreffenden Angelegenheit effektiv befassten Organe" berücksichtigen, es sei denn, das Nichtwissen gewisser Organe habe seine Ursache in der schuldhaft mangelhaften Organisation des internen Informationsflusses (bzw. des Wissensmanagements)[367].

f) Entlastungsbeweis und Beweislast

Die juristische Person kann zu ihrer Entlastung lediglich die Unterbrechungsgründe des Kausalzusammenhangs (zwischen dem Organverhalten und dem Schaden) vorbringen[368]. Insbesondere gestattet ihr ZGB 55/2 keinen Entlastungsbeweis der genügenden organisatorischen Sorgfalt, wie ihn OR 55 vorsieht. PORTMANN begründet diesen Umstand damit, dass

---

360 HUGUENIN-BasK, ad ZGB 54/55, N 18, 28 mit Verweisen; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 20 N 18.

361 HUGUENIN-BasK, ad ZGB 54/55, N 28; für die AG s. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL §21 N 11; BGE 121 III 180, Mövenpick. Contra: RIEMER-BK, ad ZGB 54/55 N 35: „bei Gelegenheit", unter Berufung auf die Materialien.

362 RIEMER-BK, ad ZGB 54/55, N 57.

363 OFTINGER/STARK, Bd. I, § 20 N 18.

364 P. PORTMANN S. 40.

365 HUGUENIN-BasK, ad ZGB 54/55, N 19, RIEMER-BK, ad ZGB 54/55 N 47, beide mit Verweisen.

366 BGE 109 II 341 f.

367 So KISS-PETER S. 292 f.; RIEMER-BK, ad ZGB 54/55 N 49, dort auch Verweise auf andere kritische Stimmen.

368 RIEMER-BK, ad ZGB 54/55, N 59.

Organe oberste Exekutivkompetenzen ausübten[369], weshalb es über ihnen niemanden mehr gebe, der sie überwache und der seitens der juristischen Person den Beweis genügender organisatorischer Sorgfalt erbringen könnte[370]. Diese Überlegung aber würde die Organhaftung gemäss ZGB 55/2 nur hinsichtlich oberster Organe – Verwaltungsrat, Generalversammlung in der AG – rechtfertigen. Daneben gibt es jedoch statutarische und faktische Organe, die, wenn auch einflussreich, dennoch auf tieferen hierarchischen Stufen handeln und sehr wohl von noch höheren Organen instruiert und kontrolliert werden können. Dass eine Person, der organschaftliche Aufgaben delegiert werden, dadurch selbst zum Organ wird[371], ändert hieran nichts.

Da in ZGB 55/2 ein besonderer Entlastungsbeweis fehlt, könnte man glauben, ZGB 55/2 statuiere eine strengere Haftung als OR 55. Dieser Ansicht ist m. E. zu widersprechen. Denn zum einen liegt die Beweislast der Haftungsvoraussetzungen nach ZGB 55/2 und insbesondere eines Verschuldens des Organs bei Anwendung von OR 41 beim Geschädigten. Demgegenüber wird die Sorgfaltspflichtverletzung in OR 55 zulasten des Geschäftsherrn vermutet. Zum anderen wurde der Entlastungsbeweis gemäss OR 55 durch die neuere Rechtsprechung fast unmöglich gemacht, wie oben ausgeführt.

g) Persönliche Haftung des Organs

ZGB 55 schliesst eine Kanalisierung der Haftung für Organe auf den Organisationsträger aus, anders als das Staatshaftungsrecht gemäss VG 3/3, aber in Entsprechung zu OR 55. ZGB 55/3 hält nämlich fest, dass die handelnden Organe für ihr Verschulden auch persönlich verantwortlich sind, und zwar nicht nur subsidiär, sondern gegebenenfalls solidarisch mit der juristischen Person[372]. Entgegen dem Gesetzeswortlaut gehen Lehre und Rechtsprechung davon aus, dass Organe auch ohne ihr Verschulden persönlich haftbar werden, wenn die betreffende Haftungsnorm erfüllt ist (z. B. ZGB 28[373]). Möglich ist auch eine Solidarhaftung mehrerer Organträger aufgrund OR 50 infolge gemeinsamen Verschuldens[374]. Sinnvollerweise darf der Grundsatz der absoluten Wissensvertretung nicht für die persönliche Haftung des schädigenden Organs gelten. Ein Organ soll nicht allein für korporationsübergreifende Mängel des Wissensmanagements haften müssen, die es nicht verursacht hat.

OR 754/2 statuiert für den Bereich des Aktienrechts und in eingeschränkten Fällen (Schädigung der Gesellschaft, der Aktionäre oder der Gesellschaftsgläubiger, vgl. OR 756 f.) eine Haftungsbeschränkung auf die *culpae in eligendo, instruendo* und *custodiendo* des delegierenden Organs im Falle befugter Delegation von Aufgaben auf ein anderes Organ. Nach RIEMER ist diese Haftungsbeschränkung – ausserhalb des Anwendungsbereichs von OR 754 ff. – stillschweigend auch in ZGB 55/3 enthalten[375]. Bezüglich der persönlichen Haftung der Organe einer Aktiengesellschaft enthalten die Artikel 754 ff. OR eine besondere Regelung, die ZGB 55/3 vorgeht, zumindest, was die in OR 756 f. erwähnten Kategorien von Geschädigten betrifft, d.h. die Gesellschaft selbst, Aktionäre und Gesellschaftsgläubi-

369 P. PORTMANN S. 24.
370 Sinngemäss P. PORTMANN S. 39.
371 Für die AG siehe BÖCKLI, N 1980 f.
372 RIEMER-BK, ad ZGB 54/55, N 68.
373 RIEMER-BK, ad ZGB 54/55, N 64 mit Verweis auf BGE 113 II 216 f.
374 RIEMER-BK, ad ZGB 54/55, N 66.
375 RIEMER-BK, ad ZGB 52-59, systematischer Teil, N 110.

ger. Für sonstige geschädigte Drittpersonen ist OR 754/1 nicht anwendbar, sondern – auch bei der AG – nur ZGB 55/3[376].

4. Staatshaftung des Bundes (VG 3)

a) Vorbemerkung

Obschon die Staatshaftung als Teil des öffentlichen Rechts betrachtet wird, handelt es sich doch auch um ein Rechtsinstitut, das den Ersatz von geldwertem Schaden regelt, und unterscheidet sich deshalb von ihrer Struktur her nicht von privatrechtlichen Haftungsformen[377]. Deshalb lässt sich die Untersuchung der Staatshaftung in der vorliegenden Arbeit durchaus rechtfertigen. Früher bestand für Schäden aus staatlicher Tätigkeit nur eine ausschliessliche direkte Haftung der Behördenmitglieder und Beamten nach privatrechtlichen Grundsätzen. Erst im Verantwortlichkeitsgesetz wurde eine ausschliessliche Staatshaftung des Bundes eingeführt[378]. In Entsprechung hierzu bestehen in allen Kantonen exklusive Staatshaftungen. Die anachronistische Haftung der Vormundschaftsbehörden gemäss ZGB 426 und 427 soll im Rahmen der laufenden Revision des Vormundschaftsrechts geändert werden[379]. Im Folgenden werde ich meine Ausführungen auf die Staatshaftung des Bundes gemäss VG 3 beschränken.

b) Struktur, Rechtsnatur und Anwendungsbereich

Für Schäden, die ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet der Bund, ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten (VG 3/1). Die direkte Klage des Geschädigten gegen den fehlbaren Beamten ist ausgeschlossen (VG 3/3).

Vergleicht man die Staatshaftung mit privatrechtlichen Haftungsformen, so fällt auf, dass erstere auf die Unterscheidung zwischen Organ und Hilfsperson verzichtet (implizit VG 1); folglich stellt die Staatshaftung eine Verschmelzung von ZGB 55 und OR 55 dar und ist somit Haftung sowohl für eigenes wie auch für fremdes Verhalten[380]. Versteht man VG 3/1 wörtlich, so handelt es sich bei der Staatshaftung des Bundes um eine reine Verhaltenshaftung für Widerrechtlichkeit. Weder ein Verschulden, noch das Fehlverhalten eines Organisationsmitglieds oder auch nur die Verletzung eines objektiven Sorgfaltsstandards ist Haftungsvoraussetzung. Insofern handelt es sich um eine Art strenger Kausalhaftung[381], die allerdings nicht, wie andere solche Haftungsformen, an ein charakteristisches Risiko anknüpft, sondern lediglich an das Bestehen einer Organisation. Bei Verletzung absoluter Rechtsgüter (Erfolgsunrecht) nähme eine so verstandene Haftung den Charakter einer reinen Erfolgshaftung an[382], die sogar strenger als die übrigen strengen Kausalhaftungen wäre, da letztere zusätzlich die Manifestation einer Betriebsgefahr voraussetzen. Die Haftung ist überdies auf den Staat als Organisationsträger kanalisiert, da die direkte Klage gegen das

---

376 RIEMER-BK, ad ZGB 52-59, systematischer Teil, N 109; die Frage der persönlichen Organhaftung wird allerdings in Lehre und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet, vgl. nur die BGE 106 II 261 und 106 II 235.

377 Staatshaftung ist in diesem Sinne eine „haftpflichtrechtliche *lex specialis*", s. B. GROSS S. 199; s. a. ders., S. 548.

378 JAAG S. 1. Zur Geschichte s. a. J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 224 f.

379 Siehe auch hinten S. 245 ff.

380 B. GROSS S. 77 f.

381 B. GROSS S. 76.

382 Ähnlich J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 270.

schädigende Organisationsmitglied ausgeschlossen ist. Auch die Kanalisierung deutet in Richtung einer strengen Kausalhaftung und begründet einen weiteren Unterschied zu ZGB 55/2 und OR 55.

Gleichzeitig wird die Staatshaftung von der neueren Lehre auch als Organisationshaftung[383] bzw. als Haftung für Organisationsversagen[384] betrachtet, wie dies für OR 55 der Fall ist. Tatsächlich wurde die Staatshaftung, die sich von ihrem Wortlaut her als strenge Kausalhaftung artikuliert, über die Auslegung der Widerrechtlichkeit und des Kausalzusammenhangs durch die Rechtspraxis gemildert und in die Nähe einer einfachen Kausalhaftung[385] gerückt, wie nachfolgend zu zeigen sein wird. Insbesondere wurde über die Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit und des Kausalzusammenhangs das Element der Sorgfaltswidrigkeit in die Staatshaftung hineininterpretiert[386].

Die Staatshaftung im Sinne des VG greift nur, wenn der Bund *iure imperii* handelt (VG 11 *e contrario*). Tritt er als Subjekt des Zivilrechts auf, handelt er also *iure gestionis*, so haftet er nach dem Bundesprivatrecht (VG 11). Zur Unterscheidung zwischen diesen beiden Fällen besteht eine reiche Literatur und Judikatur; es genügt, hier auf die wichtigsten Grundsätze hinzuweisen. Handlungen *iure imperii* sind solche, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse vollzogen werden[387], in denen der Bund dem geschädigten Privaten als übergeordnetes Rechtssubjekt gegenübertritt[388]. Handlungen *iure gestionis* hingegen sind gewerbliche Verrichtungen, bei denen der Bund als dem Geschädigten gegenüber gleichberechtigt auftritt[389]. Ein wichtiges Abgrenzungskriterium ist der Zweck der staatlichen Tätigkeit, weniger aber die Organisation der handelnden Verwaltungseinheit: Ist das staatliche Handeln gewinnorientiert, so ist es als gewerblich zu betrachten[390]. Unabhängig von der Qualifikation des schädigenden Verhaltens untersteht der Bund den spezialgesetzlich geregelten strengen Kausalhaftungen des Privatrechts[391], das heisst, das VG wendet sich nur subsidiär an, was Spezialbestimmungen betrifft (vgl. VG 3/2), schliesst aber die Anwendung allgemeiner Bestimmungen in anderen Gesetzen aus[392] (wie z. B. OR 41 oder OR 55).

c) Begründung

Zur Begründung der Staatshaftung wurden verschiedene Gesichtspunkte angeführt, so das Rechtsstaatsprinzip, die Eigentumsgarantie, die Rechtsgleichheit, die Grundrechte sowie das Legalitätsprinzip. B. GROSS zeigt allerdings überzeugend, dass diese Gesichtspunkte zwar eine Haftung des Staates, aber nicht zwingend deren konkrete Ausgestaltung als strenge Kausalhaftung gemäss VG zu rechtfertigen vermögen[393]. Dasselbe gilt für den Grundsatz „*neminem laedere*" ebenso wie für die ethische Missbilligung, da die Staatshaftung gemäss VG 3/1 auch dann greift, wenn kein Verschulden vorliegt[394]. Für J. GROSS und B. GROSS liegt in der Intransparenz der öffentlichen Verwaltungsorganisation und den damit verbun-

383 JAAG S. 3; 51.
384 B. GROSS S. 78.
385 Für J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 257, ist die Staatshaftung aufgrund der Rechtspraxis zwischen objektivierter Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung anzusiedeln.
386 So auch WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 350; ders., Croisée des chemins, S. 342 f.
387 OFTINGER/STARK, Bd. II, §20 N 34, Rechtsprechung unter Fn 112.
388 OFTINGER/STARK, Bd. II, §20 N 43.
389 OFTINGER/STARK, Bd. II, §20 N 35; P. PORTMANN S. 109 f.
390 OFTINGER/STARK, Bd. II, §20 N 44.
391 JAAG S. 7.
392 JAAG S. 5.
393 Siehe eingehender B. GROSS S. 51 ff., insbes. 55; 69 ff.
394 B. GROSS S. 66.

denen Beweisproblemen der zentrale Haftungsgrund für die Staatshaftung[395]. Daneben wurde auch die Organisationsgefahr im Sinne einer Verflüchtigung des individuellen Verschuldens als Begründung erwähnt[396], wobei andere Autoren der Ansicht sind, die staatliche Tätigkeit sei nicht an sich besonders gefährlich[397], sondern nur dann, wenn Fehler passierten[398].

Die Staathaftung hat primär eine Ausgleichsfunktion[399], dient daneben aber auch der Prävention sowie der Gewaltenhemmung[400].

d) Haftungssubjekt

Haftungssubjekt der Staatshaftung ist gemäss VG 3/1 der „Bund", wozu auch die aus der Zentralverwaltung ausgegliederten, sachlich oder örtlich dezentralisierten Verwaltungsträger zählen, denen keine Rechtspersönlichkeit zukommt[401]. Auch diesbezüglich genügt es, auf die Grundsätze und einschlägige Literatur zu verweisen. Soweit eine Aufgabe des Bundes durch eine ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehende Organisation (kraft Delegation) wahrgenommen wird, haftet primär diese Organisation nach VG und erst sekundär der Bund (VG 19/1/a)[402]. Welche Organisationen VG 19 unterstehen, ist nicht restlos geklärt[403]. Es kann sich dabei sowohl um öffentlich-rechtliche Organisationen (wie z. B. die unselbständigen Anstalten des Bundes) als auch um Private handeln; relevant ist die Frage, ob die dezentrale Organisation mit der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Bundes betraut ist (VG 1/1/f), „die ihr durch Rechtssatz, Verfügung oder verwaltungsrechtlichen Vertrag übertragen worden ist"[404].

e) Besondere Haftungsvoraussetzungen

Der Schaden muss durch Behördenmitglieder, Beamte oder Angestellte des Bundes verursacht worden sein (obschon VG 3/1 nur die „Beamten" erwähnt, gilt diese Norm für alle in VG 1 erwähnten Personen[405]). Der Geschädigte muss aber die konkret schädigende Person nicht individuell benennen; die Bezeichnung der Behörde oder Amtstelle, deren Tätigkeit den Schaden verursachte, genügt[406].

Auch für die Staatshaftung wird ein *funktioneller Zusammenhang* zwischen der Tätigkeit der Organisation und dem schädigenden Verhalten des Organisationsmitglieds verlangt: VG 3/1 wendet sich nur auf Schäden an, die der Angestellte „in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit" verursacht hat. Es muss sich um die dienstliche Tätigkeit des Angestellten handeln (d. h. nicht um eine privatrechtliche)[407]. Grundsätzlich muss der funktionelle Zusammen-

---

395 J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 256 f.; B. GROSS S. 67.
396 B. GROSS S. 68.
397 J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 257 f.
398 B. GROSS S. 66.
399 B. GROSS S. 58.
400 B. GROSS S. 59.
401 B. GROSS S. 98.
402 JAAG S. 15.
403 Siehe hierzu ausführlich JAAG, S. 15 ff.
404 JAAG S. 20.
405 Zum "funktionellen Beamtenbegriff" s. B. GROSS, S. 153 ff.; anzumerken ist, dass der Beamtenstatus infolge des neuen Bundespersonalgesetzes (BPG) nicht mehr besteht, vgl. BPG 39.
406 JAAG S. 26 f; J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 268; B. GROSS S. 152.
407 JAAG S. 32, 34 f., ebd. 32 f. für Beispiele; B. GROSS S. 156 ff.

hang in der Staatshaftung gleich wie bei OR 55 ausgelegt werden. Die Überschreitung von Kompetenzen und die Missachtung von Weisungen unterbrechen den funktionellen Zusammenhang folglich nicht, sehr wohl aber eine Schädigung nur bei Gelegenheit der amtlichen Tätigkeit[408]. Für B. GROSS ist eine Haftung dann angebracht, wenn die Schädigung wegen der dienstlichen Tätigkeit überhaupt möglich war (z. B. wegen mangelnder Überwachung)[409].

Gemäss dem Wortlaut des VG setzt die Staatshaftung *kein Verschulden* des schädigenden Beamten oder eine andere Unregelmässigkeit voraus[410] (mit Ausnahme der Genugtuung, die nach VG 6 nur unter der Voraussetzung zuerkannt wird, dass der Beamte schuldhaft gehandelt hat). Hingegen wird gemäss VG 3/1 *Widerrechtlichkeit* vorausgesetzt[411]. Das Staathaftungsrecht ist offenbar früher nur von der objektiven Unrechtstheorie ausgegangen (Verhaltensunrecht bei Verletzung einer Schutznorm), schliesst aber heute die subjektive (Erfolgsunrecht bei Verletzung eines absoluten Rechtsguts) mit ein[412]. Für verschiedene Fallgruppen hat die Rechtspraxis aus der Widerrechtlichkeit die Erfordernis der Pflichtwidrigkeit abgeleitet, was auf objektive Unsorgfalt hinausläuft (siehe gleich nachfolgend).

Letzteres bedeutet, dass der Geschädigte unter Umständen eine Pflichtwidrigkeit belegen muss, da die Haftungsvoraussetzungen vom Geschädigten bewiesen werden müssen. Dem Staat steht kein besonderer Entlastungsbeweis in der Art von OR 55 offen. Er kann aber die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs beweisen, und zwar durch alle klassischen Unterbrechungsgründe (höhere Gewalt, schweres Selbst- oder Drittverschulden)[413], obwohl in VG 4 nur das Selbstverschulden erwähnt wird[414].

f) Relativierung von VG 3 durch die Rechtspraxis: Staatshaftung als Haftung für Sorgfaltswidrigkeit

(1) Begrenzung der Staatshaftung über die Widerrechtlichkeit

(a) Verhaltensunrecht

Für die Beeinträchtigung absoluter Rechte (Leib und Leben, Vermögen etc.) gilt Erfolgsunrecht, für die Schädigung relativer Rechte (reine Vermögensschäden) Verhaltensunrecht, und zwar sowohl im privat- als auch im öffentlich-rechtlichen Haftungsrecht[415]. Steht Verhaltensunrecht zur Diskussion (Verletzung relativer Rechte, reine Vermögensschäden), so prüft das Bundesgericht, ob eine Schutznorm besteht, sowie, ob die handelnde Behörde Amtspflichten verletzt hat[416], bzw., ob ihr eine Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens vorgeworfen werden muss[417]. Die Fragen der Schutznorm und der Pflichtverletzung verknüpfen sich, denn gerade aus der Schutznorm selbst können eventuell „konkretere

---

408 B. GROSS S. 157, mit Verweisen.
409 B. GROSS S. 158 Fn 1; JAAG S. 33.
410 B. GROSS S. 76, 155.
411 Siehe hierzu auch GYGI, S. 417 ff.
412 BGE 118 Ib 473 (476); B. GROSS S. 127, wobei die Frage in der Lehre weiter diskutiert zu werden scheint, siehe ebd.
413 J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 270.
414 B. GROSS S. 119 f.
415 BGE 118 Ib 476; 123 II 581 f.
416 J. GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 49, mit Verweisen.
417 BGE 116 Ib 196.

Anforderungen an das Verhalten der Behörden herausgelesen werden"[418]. Somit findet eine Vermischung von Widerrechtlichkeit und (objektiviertem) Verschulden statt, soweit es um Verhaltensunrecht geht. Denn das Bundesgericht legt die in einem Fall zur Diskussion stehende Schutznorm so aus, dass es von einer Sorgfaltspflichtverletzung abhängt, ob der Schaden in ihrem Schutzbereich liegt.

Als Beispiel sei BGE 118 Ib 473 erwähnt. Artikel 3 des Epidemiengesetzes (EpG) verpflichtet den Bund zu Informationen über gefährliche Lebensmittel. Im Umfeld der Vacherin-Affäre betreffend eines mit Listeriose-Bakterien verseuchten Weichkäses veröffentlichte der Bund verschiedene Informationen zum Schutz der Konsumenten, was einen Umsatzrückgang zulasten der Käseproduzenten zur Folge hatte. Auf eine Klage der Produzenten gegen den Bund hin hält das Bundesgericht fest, eine Schadenersatzpflicht von Behörden gegenüber Lebensmittelproduzenten wegen Umsatzrückgangs infolge staatlicher Informationen über bakteriell verseuchte Lebensmittel sei nur denkbar, „wenn in diesem Zusammenhang unverantwortbare Fehler gemacht werden"[419]. Bei der Prüfung der Widerrechtlichkeit im konkreten Fall fragt sich das Bundesgericht denn auch, ob getroffene Massnahmen „korrekt und sachgemäss" waren, wobei das Verhalten der Behörden „nicht nach dem heutigen, sondern nach dem damaligen Wissensstand zu beurteilen ist"[420]. Die Frage der Voraussehbarkeit *ex ante* stellt sich aber weder hinsichtlich der Widerrechtlichkeit noch des Kausalzusammenhangs, sondern typischerweise bezüglich der Verletzung von Sorgfaltspflichten. Ob Widerrechtlichkeit vorliegt oder nicht, hängt in dieser ersten Fallgruppe also von einer Sorgfaltspflichtverletzung (im Sinne einer Amtspflichtverletzung) ab, obschon eine solche nicht ausdrücklich Haftungsvoraussetzung ist[421].

(b) Erfolgsunrecht

Jede Verletzung absoluter Rechte gilt grundsätzlich als widerrechtlich. Die Widerrechtlichkeit entfällt nur, wenn Rechtfertigungsgründe vorliegen . Folglich drängt sich der vorläufige Schluss auf, die Staatshaftung sei – funktioneller Zusammenhang und adäquater Kausalzusammenhang vorausgesetzt – bei Verletzung absoluter Rechte unbeschränkt, das heisst nicht von der Verletzung von Amtspflichten abhängig[422]. Nun unterliegt aber auch dieser Grundsatz im Bereich der Staatshaftung verschiedenen Ausnahmen – sei dies kraft Gesetzes, sei dies aufgrund der Rechtsprechung. Auch hinsichtlich des Erfolgsunrechts werden Faktoren berücksichtigt, die ihrer Natur nach auf die faktischen (nicht rechtlichen) Eigenheiten des schädigenden Verhaltens Bezug nehmen, das heisst, die die Beachtung oder Verletzung von Sorgfaltspflichten (im Sinne von Amtspflichten) betreffen[423]:

- Dies ist zunächst der Fall beim klassischen Rechtfertigungsgrund der Ausübung öffentlicher Gewalt. Der Staat kann sich nur dann auf diesen Grund berufen, wenn der handelnde Staatsangestellte keine Amtspflichten verletzt, das heisst, „wenn eine Amtspflicht ein bestimmtes Handeln gebietet und dieses fehlerfrei erfolgt"[424] (wobei in gewissen Fällen eine Haftung des Staates auch für amtspflichtgemässes Handeln

---

418 BGE 118 Ib 477; ähnlich BGE 116 Ib 196.

419 BGE 118 Ib 481.

420 BGE 118 Ib 482.

421 Siehe zu diesem Fall auch die Bemerkungen bei WESSNER, Au Menu, S. 253 f.; WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 351 f.

422 Siehe hierzu BGE 123 II 582, .

423 Siehe die Aufzählung in BGE 123 II 582 ff.

424 BGE 118 Ib 476; B. GROSS S. 171.

besteht[425]). Damit Widerrechtlichkeit so entfällt, muss der Eingriff in die Rechte des Geschädigten „der gesetzlich vorgesehene Sinn und Zweck der Handlung" (z. B. Festhalten bei einer Verhaftung) oder „zwangsläufig mit der Durchführung des Gesetzes verbunden" sein, was nicht der Fall ist, wenn die Schädigung als „nicht notwendige Nebenfolge bei der Ausübung einer rechtmässigen Tätigkeit" erscheint[426]. Diese Frage muss aufgrund einer Interessenabwägung entschieden werden[427].

- Dies gilt im Weiteren bei Schädigung infolge eines rechtskräftigen staatlichen Rechtsaktes, der sich später als unrichtig erweist (da sich durch die Unrichtigkeit zeigt, dass Amtspflichten unsorgfältig wahrgenommen wurden). Als Beispiel wird ein formell rechtskräftiger Freiheitsentzug durch Untersuchungshaft erwähnt, wenn das materielle Strafverfahren im Nachhinein die Unschuld des Betroffenen ergibt[428]; ausserhalb solcher Fälle kann jedoch die Frage der Richtigkeit eines formell rechtskräftigen Rechtsaktes nicht nachträglich über einen Schadenersatzprozess neu beurteilt werden (VG 12)[429].

- Ebenso verlangt das Bundesgericht bei der Staatshaftung für medizinische Behandlung in einem staatlichen Spital neben Widerrechtlichkeit die Verletzung einer objektiv gebotenen Sorgfaltspflicht[430]. In BGE 120 Ib 411 enthob das Bundesgericht den Staat der Haftung für die Folgen des Suizidversuchs einer Patientin mit der Begründung, der zuständige Arzt habe aufgrund der vor dem Unfall erkennbaren Umstände nicht auf eine Suizidgefährdung schliessen müssen und habe deshalb seine ärztlichen Sorgfaltspflichten nicht verletzt. Das *in casu* anwendbare aargauische Staatshaftungsrecht (§75 der Kantonsverfassung) entspricht strukturell VG 3/1. Da absolute Rechtsgüter verletzt waren, wären die Voraussetzungen dieser Rechtsgrundlage also bereits durch den Unfall erfüllt gewesen. Das Bundesgericht setzt aber zusätzlich eine ausdrücklich *ex ante* zu beurteilende Verletzung von Sorgfaltspflichten voraus[431]. Begründet wird diese Auffassung damit, dass die Einwilligung des Patienten – die einen Rechtfertigungsgrund darstellt – nur den nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommenen medizinischen Eingriff rechtfertigt. Gewisse Stimmen in der Lehre kritisieren diese Auffassung[432].

---

425 REY N 758a mit Verweisen.

426 BGE 123 II 586.

427 HAUSHEER/JAUN S. 553.

428 S. a. BGE 120 Ib 248 (Haftung für verspätete Mitteilung einer Konkurseröffnung).

429 J. GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 50; keine Beschränkung der Haftung auf „schwerwiegende und offensichtliche Fehler" bei Rechtsverzögerung, s. hierzu BGE 107 Ib 166.

430 BGE 120 Ib 411; s. a. WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 351; W. PORTMANN, Abgrenzung, S. 276.

431 BGE 120 Ib 415: „Die Prüfung, ob dem an Stelle des Beklagten handelnden Arzt eine Ermessensüberschreitung zur Last gelegt werden muss, beurteilt sich nicht nach dem Sachverhalt, wie er sich nachträglich dem Experten oder dem Richter darstellt; massgebend ist vielmehr, was der Arzt im Zeitpunkt, in dem er sich für eine Massnahme entschied oder eine solche unterliess, von der Sachlage halten musste."; s. a. BGE 115 Ib 175.

432 So J. GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 50; s. a. GUILLOD, Faute objectivée, S. 160 ff., der aber darauf hinweist, dass die Rechtsprechung zum *„consentement éclairé"* dennoch fast auf eine Haftung ohne Verschulden hinausläuft (s. S. 162). J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 283 ff., schlägt überdies eine Umkehr der Beweislast bezüglich des schädigenden Kausalzusammenhangs vor: „Der Spitalträger hat dann nachzuweisen, dass die aufgetretene Infektion (als Beispiel, Anm. d. V.) nicht im Spital und damit im Risikobereich des Spitalträgers entstanden sei". GROSS' Vorschlag impliziert also nicht nur eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Frage, ob die Infektion wegen Organisationsmängeln entstanden sei, sondern beinhaltet eine Verursachungsvermutung, was sehr weit geht. Vor allem lässt aber GROSS dennoch offen, ob, falls diese Vermutung nicht entkräftet werden kann, das Spital trotzdem den Nachweis genügender Sorgfalt erbringen könnte (z. B. durch den Beweis, die Infektion sei infolge einer bisher

(2) *Begrenzung der Staatshaftung über den Kausalzusammenhang*

(a) *Kausalität von Unterlassungen*

Die Kausalität der Unterlassung wird anhand der Frage beurteilt, ob ein rechtskonformes Verhalten des Schädigers geeignet gewesen wäre, den Schaden zu vermeiden („*conditio cum qua non*")[433]. Das Gericht muss dabei einen hypothetischen Kausalverlauf konstruieren und ihn mit den effektiven Ereignissen vergleichen[434]. Nach herrschender Lehre ist eine Unterlassung „nur dann als Ursache eines Schadens zu betrachten, wenn eine entsprechende Pflicht zum Handeln besteht"[435]. Dabei stellt sich die Frage, welches hypothetische Handeln rechtlich korrekt, d. h. pflichtgemäss gewesen wäre. Da kein Gesetz ein rechtlich gefordertes Verhalten eindeutig festlegt, verfügt jeder Handelnde über einen Ermessensspielraum, in dessen Rahmen er handeln muss, damit er die Toleranzgrenze der Rechtsordnung nicht überschreitet. Er kann diesen Ermessensspielraum gut oder schlecht wahrnehmen, und bei dieser Prüfung gelangt man unweigerlich zur Frage, ob er sich sorgfältig genug verhalten hat oder nicht. Besonders deutlich wird dieser Zusammenhang in BGE 112 Ib 322, wo das Bundesgericht zu prüfen hatte, ob der Staat als Betreiber einer psychiatrischen Klinik für den Selbstmord eines aus der geschlossenen Abteilung entwichenen Patienten einzustehen habe. Lediglich Schadensposten im Zusammenhang mit dem Suizid – Ersatz von Beerdigungskosten und die Zusprechung einer Genugtuung – waren zu besprechen, keinerlei reine Vermögensschäden. Der Fall war nach einer kantonalen Staatshaftungsordnung zu beurteilen, die das Bundesgericht als Kausalhaftung qualifiziert hat und die VG 3 strukturell gleicht. Dennoch fragt sich das Bundesgericht, worin die Sorgfaltspflichten des Klinikpersonals gegenüber den Patienten bestanden hätten. Dabei kommt es zum Schluss, bessere Massnahmen zur Kontrolle des Ein- und Ausgangs hätten ergriffen werden müssen[436]. Die Prüfung der Verletzung von Amtspflichten erfolgte im Rahmen der Analyse des Kausalzusammenhangs, nicht der Widerrechtlichkeit[437]. Folglich fliesst auch auf der Ebene des Kausalzusammenhangs das Kriterium der Sorgfaltspflichtverletzung in die Argumentation ein, zumindest was die Kausalität von Unterlassungen betrifft. Dies hat auch zur Folge, dass eine durch Unterlassung verursachte Verletzung absoluter Rechte nicht automatisch widerrechtlich ist[438].

(b) *Voraussehbarkeit und Unterbrechung des Kausalzusammenhangs*

Das Bundesgericht hat in mehreren Entscheidungen ausdrücklich festgehalten, die Verletzung von Amts- bzw. Sorgfaltspflichten durch staatliche Angestellten müsse *ex ante*, aus der (zeitlichen) Situation des Handelnden heraus, nicht *ex post* beurteilt werden. Nicht ganz klar ist, ob die einschlägige Lehre eine Haftung des Staates für Organisationsmängel nur bejaht, wenn die Schädigung für das Kollektiv der staatlichen Angestellten *ex ante* voraussehbar war (objektive Unsorgfalt), oder bereits dann, wenn sie für einen hypothetischen,

---

unbekannten Resistenz gewisser Bakterien gegen Antibiotika entstanden). In Richtung der Auffassung von GROSS deutet BGE 120 II 248 (Vermutung der Sorgfaltswidrigkeit bei erkennbar gefährlichen Eingriffen).

433 REY N 595 mit Verweisen.

434 REY N 593 mit Verweisen.

435 REY N 602 mit Verweisen; a. M. die *ibidem*, N 603, zitierten Autoren BECKER und KELLER/GABI.

436 BGE 112 Ib 329.

437 BGE 112 Ib 329.

438 W. PORTMANN, Abgrenzung, S. 276.

neutralen Beobachter *ex post* (adäquater Kausalzusammenhang) voraussehbar war. J. GROSS scheint zwar generell die staatliche Haftung von einer Verletzung objektiver Sorgfaltspflichten abhängig zu machen[439], weist aber gleichzeitig darauf hin, der Staat könne sich nur entlasten, „wenn er ausserhalb seines Organisations- oder Risikobereiches liegende schädigende Ursachen oder Mitursachen nachweist"[440]. Die oben dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichts weist eher darauf hin, dass objektive Unsorgfalt in Form einer Pflichtverletzung als Haftungsvoraussetzung zum adäquaten Kausalzusammenhang hinzutritt. Der Unterschied zwischen den Vorhersehbarkeitsbegriffen im Bereich der Unsorgfalt und des adäquaten Kausalzusammenhangs scheint subtil, ist er aber nicht, denn gerade die unterschiedliche Perspektive *ex ante* oder *ex post* macht oft den Unterschied zwischen dem Wissenden und dem Unwissenden aus. Dieser Punkt wird weiter hinten vertieft zu prüfen sein[441].

(3) Zusammenfassung

Obige Ausführungen zeigen, dass die Rechtsprechung die als strenge Kausalhaftung konzipierte Staatshaftung in eine Art einfache Kausalhaftung für Verletzung von Sorgfaltspflichten verwandelt hat. Vielleicht geschah dies wegen der Starrheit einer einseitigen Risikoverteilung, die eine wortgetreue, an die blosse Zugehörigkeit des schädigenden Organisationsmitglieds zur Organisation anknüpfende Auslegung von VG 3 mit sich gebracht hätte. Jedenfalls hat sich die Staatshaftung über die Rechtspraxis der Struktur von OR 55 angenähert[442], trotz Unterschieden zwischen privatem Haftpflichtrecht und Staatshaftung[443].

g) Persönliche Haftung des Beamten

Im Vergleich zu OR 55 und ZGB 55/2 ist für das Staatshaftungsrecht besonders hervorzuheben, dass der Geschädigte einen fehlbaren Beamten nicht direkt belangen kann (VG 3/3). Dies gilt gemäss VG 11/2 auch dann, wenn der Bund als Subjekt des Zivilrechts handelt (und beispielsweise nach OR 55 haftet)[444]. Insofern sieht das VG wie gewisse strenge Kausalhaftungen eine Kanalisierung der Haftung auf den Organisationsträger vor. Das führt im Bereich zivilrechtlichen Staatshandelns zur unbefriedigenden Rechtslage, dass der Staat möglicherweise gemäss OR 55 den Befreiungsbeweis erbringen kann, aber dem Geschädigten dennoch die direkte Klage gegen einen fehlbaren Beamten verwehrt bleibt. Diese offenbar beim Erlass des VG unbeabsichtigte, weil nicht erkannte Verschlechterung der Stellung des Geschädigten wurde richterrechtlich oder gesetzgeberisch nie korrigiert[445].

5. Vertragliche Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen (OR 101)

a) Struktur und Rechtsnatur

OR 101 statuiert eine Haftung des Schuldners für das Verhalten seines Erfüllungsgehilfen: Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuld-

---

439 Siehe z. B. J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 268 ff.
440 J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 270.
441 Siehe hinten S. 250 ff. und S. 334 ff.
442 B. GROSS S. 172.
443 Siehe hierzu beispielsweise J. GROSS, Widerrechtlichkeit, S. 53 f.
444 Siehe auch JAAG S. 13 f. und Verweis auf BGE 102 Ib 314.
445 JAAG S. 14.

verhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson vornehmen lässt, haftet dem Gläubiger für den Schaden, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht. Somit findet OR 101 nur dann Anwendung, wenn zwischen dem Geschädigten und dem Beklagten ein vertragliches oder vorvertragliches Schuldverhältnis besteht, während OR 55 dann greift, wenn kein solches Verhältnis vorliegt. Allerdings können OR 101 und OR 55 konkurrierend zur Anwendung kommen; so bleibt auch bei Wegbedingung der vertraglichen Gehilfenhaftung die Möglichkeit einer deliktischen Haftung nach OR 55 bestehen[446].

Obschon der Schuldner auch ohne sein Verschulden für das Verhalten der Hilfsperson haftet, statuiert OR 101 keine eigentliche Kausalhaftung[447]. Denn das Verhalten der Hilfsperson müsste, hätte der Schuldner selbst so gehandelt, ein Verschulden des letzteren darstellen (hypothetische Vorwerfbarkeit, siehe unten).

b) Begründung

Auch zur Begründung von OR 101 wurden verschiedene Gesichtspunkte ins Feld geführt:

- *Korrelation von Nutzen und Risiko*: Durch den Beizug eines Erfüllungsgehilfen durch den Schuldner soll der Gläubiger keine Verschlechterung seiner Rechtsposition erleiden. Als Entsprechung zum Nutzen, den der Schuldner durch den Beizug der Hilfsperson in der arbeitsteiligen Wirtschaft erwirkt, soll er auch das damit verbundene Risiko tragen[448].
- *Veranlassungsprinzip*: Der Erfüllungsgehilfe wird nur auf Veranlassung des Schuldners tätig und stellt so dessen „verlängerten Arm" dar[449].
- *Prävention, Senkung des Risikos*: Die Haftung für Erfüllungsgehilfen bewirkt, dass das Risiko von Gehilfenfehlern gesenkt wird. Der Schuldner kann dieses Risiko auch besser abschätzen und versichern als der Gläubiger[450].
- *Problematische Rechtsverfolgung*: Der geschädigte Gläubiger kann Fehler des Schuldners bei Auswahl und Überwachung des Gehilfen kaum beweisen, oft wird er auch den Gehilfen nicht belangen können[451].

SPIRO hat gezeigt, dass sich die vertragliche Gehilfenhaftung auch nicht aus dem Begriff der Obligation und der Willenserklärung des Schuldners herleiten lässt[452]. Eine einheitliche dogmatische Begründung von OR 101 fehlt also. Sollte das Verschuldensprinzip gelten, so müsste der Schuldner nur für sorgfältige Auswahl und Überwachung des Gehilfen haften. Dennoch wird die Haftung nach OR 101 weder als systemwidrig bezeichnet (da der Schuldner in verschiedenen Fällen kausal haftet, z. B. beim Scheitern des Entlastungsbeweises bei Nichterfüllung oder bei Haftung für Mängel der verkauften Sache)[453], noch als untragbar[454].

WEBER bezeichnet die Haftung nach OR 101 als schärfer als jene nach OR 55, da dem Schuldner kein Entlastungsbeweis für die sorgfältige Auswahl und Überwachung der Hilfs-

---

446 WEBER-BK, ad OR 101, N 73, 167.
447 WEBER-BK, ad OR 101, N 4, 136 mit Verweis auf STEIN.
448 WEBER-BK, ad OR 101, N 9. Diese Begründung erscheint SPIRO, S. 60 ff., nicht überzeugend.
449 SPIRO S. 62 ff., der die Fragwürdigkeit auch dieser Begründung unterstreicht.
450 WEBER-BK, ad OR 101, N 10 f.; ähnlich auch SPIRO, S. 71 ff.
451 WEBER-BK, ad OR 101, N 11; SPIRO S. 71 ff.
452 SPIRO S. 57 ff.
453 SPIRO S. 65 ff.; WEBER-BK, ad OR 101 N 12.
454 SPIRO S. 67 ff.; WEBER-BK, ad OR 101 N 12.

person offen steht und eine Beweislastumkehr bezüglich des Verschuldens gilt[455]. Diese Ansicht ist zu relativieren. Denn zum einen ist auch die Beweislast für die organisatorische Sorgfalt des Geschäftsherren gemäss OR 55 umgekehrt. Im weiteren ist der Entlastungsbeweis gemäss OR 55 durch die neuere Rechtsprechung, wie erwähnt, enorm verschärft worden. Schliesslich ist das Mass der Haftung nach OR 101 das Verschulden, wenn auch das hypothetische (was ja aber dem Schuldner in der Regel zum Vorteil gereicht, wenn die Hilfsperson fähiger und spezialisierter ist als er, siehe weiter hinten), während OR 55 von einem objektivierten Sorgfaltsbegriff ausgeht.

c) Haftungssubjekt und Erfüllungsgehilfe

Haftungssubjekt ist der Schuldner in einem Schuldverhältnis. Erfüllungsgehilfe kann jede rechtsfähige natürliche oder juristische Person sein, auch die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, nicht aber die einfache Gesellschaft[456]. Der Schuldner haftet nicht nach OR 101 für durch Tiere oder Maschinen verursachte Schäden[457], im Gegensatz zum Geschäftsherren nach OR 55. Ein *Subordinationsverhältnis* ist, im Gegensatz zu OR 55, nicht Haftungsvoraussetzung[458], das heisst, der Schuldner haftet grundsätzlich auch für wirtschaftlich von ihm unabhängige Erfüllungsgehilfen wie z. B. Unternehmer (siehe allerdings gleich nachfolgend die Bemerkungen zur Sonderreglung für Substitute im Auftragsrecht). Die Frage, wie weit der Kreis der Hilfspersonen aber konkret gezogen werden muss, ist streitig[459]. So ist die Abgrenzung zwischen Hilfspersonen und anderen Personen, die neben dem Schuldner bei der Vertragserfüllung mitwirken, nicht immer klar[460]. Der Stellvertreter wird nicht als Erfüllungsgehilfe betrachtet, da er rechtlich, nicht tatsächlich für den Schuldner tätig wird[461].

Während sich die Haftung für selbständige Erfüllungsgehilfen bei anderen Verträgen nach OR 101 richtet, gelten im *Auftragsrecht* hinsichtlich der Haftung des Beauftragten für einen Substituten besondere Regeln[462]. Der *Substitut* ist eine Person, der ein Beauftragter die selbständige Ausführung des Auftrages (oder eines Teils davon) überträgt[463] (beispielsweise ein Arzt, der für einen Kollegen eine Gewebeprobe analysiert[464]). War der Beauftragte zur Substitution befugt, so haftet er gemäss OR 399/2 nur für die gehörige Sorgfalt bei der Wahl

---

455 WEBER-BK, ad OR 101, N 73.

456 WEBER-BK, ad OR 101, N 39.

457 WEBER-BK, ad OR 101, N 41; GAUCH/SCHLUEP N 2900; *contra* SPIRO S. 209 ff.

458 WEBER-BK, ad OR 101, N 42, 75; GAUCH/SCHLUEP N 2851.

459 GAUCH/SCHLUEP N 2896 ff. Diese Autoren plädieren dafür, auf wirtschaftliche Kriterien abzustellen: Liege die Unternehmerverantwortung für Handlungen der beigezogenen Person beim Schuldner, so sei diese Person als Erfüllungsgehilfe zu betrachten. Dies sei beispielsweise für Lieferanten zu verneinen, es sei denn, Konzerntöchter seien Zulieferer der Konzernmutter oder der Lieferant sei abhängig vom Schuldner: GAUCH/SCHLUEP N 2899; ähnlich WEBER-BK, ad OR 101, N 50.

460 Siehe z. B. GAUCH/SCHLUEP N 2828 f. zur Stellung des Reisebüros beim Reiseveranstaltungsvertrag.

461 WEBER-BK, ad OR 101, N 59. Interessanterweise wurde die Geschäftsherrenhaftung in einer Entwicklungsphase des *englischen* Rechts gemeinsam mit der Haftung für Stellvertreter unter einer einheitlichen Fragestellung („... *how strangers may be affected by this relation of master and servant*", BLACKSTONE, zitiert bei WICKE, S. 202) untersucht, bevor das Stellvertretungsrecht in der Form der *law of agency* zu einem selbständigen Rechtszweig wurde (WICKE, S. 202 f.). Hieraus ergab sich offenbar eine Vermischung der beiden Konzepte und der „unterschiedslose Gebrauch" der Begriffe „*master*" und „*servant*" (*vicarious liability*) *versus* „*principal*" und „*agent*" (*law of agency*). S. a. Art. 172 des niederländischen BW.

462 In diesem Sinne GAUCH/SCHLUEP N 2839.

463 GAUCH/SCHLUEP N 2837; 2849.

464 CH. MÜLLER Ziff. 3.1.2.

und Instruktion des Substituten, also nicht für die *cura in custodiendo*[465]. Hat der Beauftragte die Ausführung des Auftrags hingegen unbefugterweise übertragen, so haftet er für die Handlungen des Substituten nach OR 101 (d.h. „wie wenn es die eigenen wären", OR 399/1). Je selbständiger eine beigezogene Person wirtschaftlich gegenüber dem Beauftragten ist und je deutlicher die dieser Person übertragenen Arbeiten als Teilleistungen und nicht nur als Hilfsarbeiten zu qualifizieren sind, desto eher handelt es sich um eine Substitutin[466]. Zulässig ist die Substitution gemäss OR 398/3, wenn der Beauftragte zur Übertragung des Auftrags ermächtigt oder genötigt ist oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so darf der Beauftragte keinen Substituten beiziehen.

Die Begrenzung der Haftung auf die *curae in eligendo* und *instruendo* gemäss OR 399/2 lässt einen an OR 55 denken. Muss der Befreiungsbeweis in beiden Normen mit gleicher Strenge ausgelegt werden? *Dafür* spricht, dass der Beauftragte auch bei befugter Delegation eine dem Geschäftsherrn vergleichbare Stellung behält. *Dagegen* spricht aber der Umstand, dass die *cura in custodiendo* in OR 399/2 nicht erwähnt und dem befugterweise delegierenden Schuldner nicht auferlegt ist[467].

Organe sind nicht Erfüllungsgehilfen. Ihr schädigendes Verhalten wird der juristischen Person gemäss OR 55/2 als eigenes Verschulden zugerechnet. Aus praktischer Sicht bedeutet dies, dass eine Haftungsbeschränkung für Organverhalten nur gemäss OR 100, nicht gemäss OR 101 möglich ist[468]. Überdies geht OR 55/2 vom effektiven Verschulden des Organs aus (unter Berücksichtigung der Wissensvertretung), OR 101 hingegen vom hypothetischen Verschulden.

d) Besondere Haftungsvoraussetzungen

(1) Vertrag oder Sonderverbindung

Im Gegensatz zu OR 55 regelt OR 101 die vertragliche Hilfspersonenhaftung. Das heisst, es muss zwischen dem Geschädigten und dem haftpflichtigen Schuldner grundsätzlich ein Vertrag oder, in weiterem Sinne, ein zivilrechtliches Schuldverhältnis bestehen[469]. OR 101 findet sowohl auf Fälle der Unmöglichkeit als auch auf solche der Schlechterfüllung oder des Schuldnerverzugs sowie bei positiver Vertragsverletzung Anwendung[470]. Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, OR 101 solle überdies auch auf gewisse – weder vertragliche noch deliktische – Sonderverbindungen Anwendung finden. Das gilt nach wohl herrschender Lehre und

---

465 WEBER-BK, ad OR 101, N 60.

466 Zur Abgrenzung zwischen Substitut und Hilfsperson siehe eingehend WEBER-BK, ad OR 101, N 62 f.; GAUCH/SCHLUEP N 2842 ff.; CH. MÜLLER Ziff. 3.1.2.; s. a. BGE 112 II 354 für einen Fall, in dem die Muttergesellschaft eines Konzerns nicht als Substitut, sondern als Erfüllungsgehilfe der Tochtergesellschaft betrachtet wurde, weil zwischen den Gesellschaften enge wirtschaftliche Beziehungen bestanden und der Konzern seine Dienste laut Werbetexten als Ganzes anbot.

467 WEBER-BK, ad OR 101, N 60; GAUCH/SCHLUEP N 2876.

468 WEBER-BK, ad OR 101, N 67 f.

469 WEBER-BK, ad OR 101, N 18, dort (N 18 ff.) auch Weiteres zum Anwendungsbereich.

470 WEBER-BK, ad OR 101, N 19, 96.

Rechtsprechung für die *culpa in contrahendo*[471], während die Rechtslage für die Vertrauenshaftung im allgemeinen noch nicht konsolidiert ist[472].

(2) Befugter Beizug des Gehilfen?

Auch ausserhalb des Auftragsrechts muss der Beizug des Erfüllungsgehilfen befugterweise stattfinden[473]. Unzulässig kann ein solcher Beizug z. B. kraft OR 68 oder gemäss Vertrag sein[474]. Allerdings ist eine Haftung nach OR 101 auch bei unbefugtem Beizug einer Hilfsperson nicht ausgeschlossen; zusätzlich kann aber der Schuldner auch nach OR 97 belangt werden, wenn der Beizug des Gehilfen als schuldhaft zu betrachten ist und kausal für den Schaden war (z. B. *culpa in eligendo*)[475]. Somit ist, im Unterschied zu OR 55, fehlende organisatorische Sorgfalt seitens des Schuldners nicht Haftungsvoraussetzung gemäss OR 101, kann aber in sich bereits eine Vertragswidrigkeit bedeuten[476].

(3) Funktioneller Zusammenhang und Vertragsverletzung

Zwischen der schädigenden Handlung der Hilfsperson und der Erfüllung des Schuldverhältnisses wird ein funktioneller Zusammenhang verlangt (Schädigung „in Ausübung ihrer Verrichtungen", OR 101/1), wie auch bei anderen Formen der Organisationshaftung im engeren Sinn. Für den Anwendungsbereich von OR 101 bedeutet das im Besonderen, dass die schädigende Handlung der Hilfsperson zugleich eine Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrags zwischen Geschädigtem und Schuldner darstellen muss[477] (bzw. eine Verletzung vertraglicher Nebenpflichten). Relevant soll im Vertragsbereich das Kriterium der objektiven Voraussehbarkeit sein: Der funktionelle Zusammenhang besteht, wenn der Schuldner objektiv damit rechnen musste, dass der Erfüllungsgehilfe einen Schaden in der Art des konkreten Schadens verursachen würde[478]. Diese Voraussehbarkeit wird bei örtlichem und zeitlichem Zusammenhang in aller Regel zu bejahen sein und ist nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Erfüllungsgehilfe Weisungen des Schuldners missachtet oder eine strafbare Handlung begeht[479]. Allerdings haftet der Schuldner nur, wenn der Schaden bei Ausführung der Vertragspflichten entsteht, nicht aber schon für Schädigung bei Gelegenheit der Erfüllung[480], wobei die Rechtsprechung hierzu nicht ganz einheitlich ist[481]. Diese Beschränkung

---

471 BGE 108 II 422; BREHM-BK, ad OR 55 N 101; REY N 966; GAUCH/SCHLUEP N 973, dort Verweise auf Gegenmeinungen; N 2891; *contra* WEBER-BK, ad OR 101, N 23 *in fine*.

472 Das Bundesgericht hat sich zur Hilfspersonenhaftung ausserhalb der *culpa in contrahendo* noch nicht geäussert. Seitens der Lehre spricht sich beispielsweise FEHLMANN, S. 190, für die Anwendung von OR 101 aus, während WALTER, S. 160 f., trotz einer Tendenz zu OR 101, auch eine Beurteilung von Fall zu Fall für möglich erachtet. Demgegenüber erscheint MARCHAND, S. 174, die Anwendung von OR 101 auf die Vertrauenshaftung als unangebracht.

473 WEBER-BK, ad OR 101, N 83.

474 WEBER-BK, ad OR 101, N 84 f.

475 GAUCH/SCHLUEP N 2862; WEBER-BK, ad OR 101, N 86 f.

476 WEBER-BK, ad OR 101, N 110 mit Verweis auf SPIRO.

477 GAUCH/SCHLUEP N 2854 mit Verweisen; BGE 92 II 18.

478 WEBER-BK, ad OR 101, N 120; A. KOLLER N 289, 291

479 WEBER-BK, ad OR 101, N 121; A. KOLLER N 293, 297; BGE 92 II 15, 20 f.

480 WEBER-BK, ad OR 101, N 123 (mit dem Beispiel, wo ein Gehilfe den Gläubiger infolge einer politischen Diskussion verletzt); GAUCH/SCHLUEP N 2857.

481 BGE 98 II 288 verneint einen funktionellen Zusammenhang für Schädigung bei Gelegenheit der Vertragsabwicklung, BGE 85 II 267 bejaht ihn.

wurde in neuerer Zeit seitens eines Teils der Lehre kritisiert[482]. Andere Autoren haben aber bemerkt, eine Erweiterung der vertraglichen Hilfspersonenhaftung auf Schädigung bei Gelegenheit der Erfüllung würde die Gefahr einer übermässigen Ausdehnung der Haftung in sich bergen[483]. Überzeugend ist die Ansicht WEBERS, wonach selbst ein nicht direkt funktional indiziertes Verhalten des Gehilfen zu einer Haftung nach OR 101 führen kann, wenn dessen eventuell deliktische Handlung zur Verletzung einer dem Schuldner auferlegten Schutz- oder Obhutspflicht führt[484].

Das schädigende Verhalten des Gehilfen muss ein rechtsgeschäftliches Handeln darstellen; liegt eine (rein) deliktische Handlung vor, so fällt OR 101 ausser Betracht[485]. Allerdings wird die positive Vertragsverletzung (Verletzung vertraglicher Nebenpflichten wie Schutz- und Obhutspflichten) gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung nach Vertragsrecht[486] und somit nach OR 101 behandelt[487]. Die Qualifikation solcher Pflichten als vertragliche ist umstritten, was auch dazu führte, dass im VE zur Gesamtrevision des Schweizer Haftpflichtrechts die Unterstellung der positiven Vertragsverletzung unter das Deliktsrecht vorgeschlagen wird[488].

(4) Hypothetische Vorwerfbarkeit

Der Schuldner haftet aus OR 101 nur soweit, als er selbst haftbar geworden wäre, falls er selbst gehandelt hätte. „Wenn der Schuldner nicht für den Erfolg einzustehen hat, sondern nur für ein sorgfältiges Handeln, kann vom Gehilfen nicht mehr verlangt werden"[489]. Das heisst umgekehrt, dass bei Erfolgspflichten auch vom Gehilfen ein bestimmter Erfolg erwartet wird. Soweit die Vertragshaftung des Schuldners von einem Verschulden abhängt (z. B. bei Verletzung von Verhaltens- oder Schutzpflichten), haftet er nur dann, wenn ihm die Handlungen des Erfüllungsgehilfen als schuldhaft vorzuwerfen wären, falls er sie selber vorgenommen hätte[490]. Somit ist also nur ein hypothetisches, nicht aber ein tatsächliches Verschulden Haftungsvoraussetzung: Der Schuldner haftet möglicherweise auch dann,

---

482 Siehe z. B. BUCHER S. 353, für den der funktionelle Zusammenhang noch gegeben sein soll, wenn ein Spenglermeister aus Anlass der Reparatur einer Duschbrause Juwelen stiehlt. Für SPIRO, S. 231 f., ist die Frage relevant, ob die Gefahr fehlerhaften Verhaltens durch die Vertragsabwicklung begründet wurde.

483 WEBER-BK, ad OR 101, N 124, dort auch Verweise. S. a. BGE 98 II 293, wo ein Fall zur Diskussion stand, in dem die Hilfsperson des Bauunternehmers einen gemieteten Bagger beschädigte. Das Bundesgericht verneinte eine Haftung des Unternehmers gegenüber dem Vermieter, weil die fragliche Hilfsperson „nicht eine ... für den Gebrauch des Baggers beigezogene", sondern mit anderen Aufgaben betraute Hilfsperson war. Angesichts des ausdrücklichen Verbots des Unternehmers an die Hilfsperson, auf dem Baugelände Maschinen zu bedienen, wäre die Behandlung des Falles nach Deliktsrecht, OR 55, interessant gewesen, aber die Frage stellte sich *in casu* nicht. Kritisch gegenüber diesem Entscheid BUCHER, S. 353 Fn 99. Anders BGE 98 II 267, wo eine Fluggesellschaft für den Diebstahl wertvollen Frachtgutes durch ihren Piloten haftbar wurde.

484 WEBER-BK, ad OR 101, N 125, eine Voraussetzung, die im bei BUCHER, S. 353, erwähnten Beispiel des Juwelendiebstahls nicht erfüllt wäre, durchaus aber in BGE 85 II 267, ebenso im bei A. KOLLER, N 293, zitierten Entscheid des Walliser Kantonsgerichts, das den funktionellen Zusammenhang bezüglich des Verhaltens einer Serviertochter bejahte, die einem Gast absichtlich Salzsäure statt Henniez servierte.

485 92 II 18.

486 GAUCH/SCHLUEP N 2608 f. mit Verweisen.

487 WEBER-BK, ad OR 101, N 96; für Nuancierungen bei der Verletzung nicht leistungsorientierter Erfüllungspflichten siehe A. KOLLER, N 260 ff.

488 VE 42; WIDMER/WESSNER S. 62.

489 WEBER-BK, ad OR 101, N 129.

490 WEBER-BK, ad OR 101, N 133; GAUCH/SCHLUEP N 2864; REY N 970.

wenn ihn beispielsweise hinsichtlich der *curae in eligendo, instruendo und custodiendo* kein Verschulden trifft. Ebenso ist eine Haftung des Schuldners nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass der Hilfsperson mangels Urteilsfähigkeit kein Verschulden vorzuwerfen ist[491]. Erforderlich ist diejenige objektive Sorgfalt, die von einem durchschnittlichen Schuldner (nicht von einem durchschnittlichen Gehilfen) erwartet werden darf; auf die Handlungen des Erfüllungsgehilfen sind jene Sorgfaltserwartungen anzulegen, die der Gläubiger vom Schuldner erwarten darf[492]. Für den Fall, dass der Erfüllungsgehilfe fachlich kompetenter ist als der Schuldner, bedeuten diese Grundsätze insbesondere, dass der Schuldner in der Regel nicht an den umfangreicheren Fachkenntnissen des Gehilfen, sondern an den von ihm selbst zu erwartenden Fähigkeiten gemessen wird[493]. Wurde allerdings zwischen Gläubiger und Schuldner ausdrücklich oder konkludent vereinbart, dass der Schuldner eine Fachkraft beizuziehen habe, so haftet der Schuldner für die Fachkraft, wie wenn er so sachkundig wie diese gewesen wäre[494]. Ist der Schuldner eine arbeitsteilig organisierte Unternehmung, z. B. eine juristische Person, muss die relevante hypothetische Sorgfalt mangels individualisierbarer handelnder natürlicher Personen zwangsläufig objektiver verstanden werden: Der Gläubiger darf auf die erkennbaren Eigenschaften und Fähigkeiten der Organisation abstellen. „Referenzmassstab kann hier nur die Sorgfalt sein, die der Vertragspartner nach dem Vertrauensprinzip für jede einzelne Teilverrichtung als versprochen ansehen darf."[495]. Insofern ist der Grundsatz der hypothetischen Vorwerfbarkeit in der Praxis stark beschränkt.

e) Beweislast

Der Geschädigte muss die Nicht- oder Schlechterfüllung sowie die positive Vertragsverletzung und den Kausalzusammenhang zwischen Vertragswidrigkeit und Schaden beweisen. Gemäss OR 97/1 hat aber der Schuldner den Beweis zu erbringen, „die Hilfsperson habe jene Sorgfalt beachtet, die der Gläubiger auch von ihm habe erwarten dürfen"[496].

6. Abgrenzungsfragen bezüglich der privatrechtlichen Haftungsnormen

Zwischen OR 55 und 101 besteht nach herrschender Auffassung Anspruchskonkurrenz[497], was der allgemeinen Anspruchskonkurrenz zwischen Delikts- und Vertragshaftung entspricht. Gegenüber anderen Kausalhaftungen ist jedoch OR 55 eine subsidiäre Generalklausel. Das heisst, spezialgesetzlich geregelte Kausalhaftungen haben gegenüber OR 55 Vorrang[498]. Dies gilt für OR 56 und grundsätzlich auch für OR 58[499], doch haben kantonale Gerichte in gewissen Fällen die Voraussetzungen von OR 55 und 58 nebeneinander unter-

---

491 WEBER-BK, ad OR 101, N 135 f.; GAUCH/SCHLUEP N 2857; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 20 S. 282 Fn 92; BGE 103 II 330.

492 WEBER-BK, ad OR 101, N 137; BGE 70 II 221; 92 II 240 f.

493 WEBER-BK, ad OR 101, N 139, siehe Beispiel N 140; *contra*: OFTINGER/STARK, Bd. I, § 20 S. 282 Fn 92.

494 WEBER-BK, ad OR 101, N 141, Beispiele 142; GAUCH/SCHLUEP N 2871; u. a. BGE 70 II 221; BGE 119 II 130 f.; kategorisch BONDALLAZ, S. 77.

495 GAUCH/SCHLUEP N 2895; WEBER-BK, ad OR 101, N 137.

496 GAUCH/SCHLUEP N 2872.

497 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 25; WEBER-BK, ad OR 101, N 73.

498 BREHM-BK, ad OR 55, N 103; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 6 f.

499 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 12; BREHM-BK, ad OR 55 N 99 f.; BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46 S. 270.

sucht[500]. OR 55 kommt aber jedenfalls subsidiär in Frage, falls die Voraussetzungen für OR 56 oder 58 nicht erfüllt sind[501]. Keine Anspruchskonkurrenz gilt sodann zwischen OR 55 und der Staatshaftung (OR 61), was aber nicht ausschliesst, dass der Staat unter gewissen Voraussetzungen nach OR 55 haftet, insbesondere, wenn er *iure gestionis* handelt (vgl. VG 11)[502]. Zwischen OR 55 und ZGB 333 besteht Anspruchskonkurrenz, wenn die Hilfsperson gleichzeitig unmündiger Hausgenosse ist[503].

Die Anwendungsbereiche von OR 55 und ZGB 55/2 schliessen sich aus, und zwar nach Massgabe der Frage, ob ein Organ oder eine Hilfsperson die schädigende Ursache gesetzt hat[504]. Zwischen OR 55 und 41 wird eine Konkurrenz ebenfalls abgelehnt, wobei die Frage umstritten ist[505].

7. Strafbarkeit des Unternehmens

a) Vorbemerkung

Zwischen dem ausservertraglichen Haftpflichtrecht und dem Strafrecht sind wichtige Parallelen nicht zu übersehen, worauf auch OR 60/2 hindeutet. Die Lehre hat insbesondere auf strukturelle Bezüge zwischen der zivilrechtlichen Organisationshaftung und entsprechenden strafrechtlichen Konzepten hingewiesen[506]. Deshalb erscheint es sinnvoll, nachfolgend kurz die Rechtslage hinsichtlich der strafrechtlichen Organisationshaftung darzustellen. Diese artikuliert sich in verschiedenen Erscheinungsformen. Zum einen spricht man von strafrechtlicher Organisationshaftung in Fällen, in denen ein *Organisationsmitglied* strafrechtlich für Verfehlungen einzustehen hat, die typischerweise mit der organisierten Tätigkeit zusammenhängen. Zum anderen kann Organisationshaftung die Form der Strafbarkeit von *Unternehmen* annehmen.

b) Organisationshaftung als strafrechtliche Verantwortlichkeit des Organisationsmitglieds

In einem Entscheid aus dem Jahr 1996[507] verurteilte das Bundesgericht mehrere Leitungspersonen des Von Roll-Industriekonzerns wegen Widerhandlungen gegen das Kriegsmaterialgesetz (aKMG). Zur Diskussion stand die verbotene Lieferung von Waffenbestandteilen an den Irak. Unter anderem wurde der Konzernchef zu einer Strafe verurteilt, obschon er keine aktiven Handlungen mit Bezug auf die anwendbaren Straftatbestände unternommen hatte. Gestützt wurde das Urteil in dieser Hinsicht auf aKMG 19/2, wonach sich strafbar machte, wer es als Geschäftsherr oder Arbeitgeber vorsätzlich oder fahrlässig in Verletzung einer Rechtspflicht unterliess, eine Widerhandlung von Untergebenen abzuwenden oder in ihren Wirkungen aufzuheben. War der Geschäftsherr oder Arbeitgeber eine juristische Person, so machten sich nach aKMG 19/3 die schuldigen Organe, Organmitglieder, geschäfts-

500 Siehe Verweise bei BREHM-BK, ad OR 55 N 100.
501 BREHM-BK, ad OR 55 N 99 f.; für OR 58 siehe BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46 S. 270.
502 Siehe zu dieser Abgrenzung auch OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 32 ff.
503 WESSNER, La responsabilité, S. 62; BREHM-BK, ad OR 55, N 98; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 12.
504 REY N 971 ff.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, N 104; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 7.
505 Siehe S. 26 ff.
506 Siehe z. B. Th. KOLLER S. 410 f.; SPITZ.
507 BGE 122 IV 103 ff.

führenden Gesellschafter oder tatsächlich leitenden Personen strafbar[508]. Dem Konzernchef wurde insbesondere vorgeworfen, nicht für genügende organisatorische Sicherheitsmassnahmen gesorgt zu haben, die einem Verstoss gegen das Kriegsmaterialrecht hätten vorbeugen können, obschon relativ schwerwiegende Anhaltspunkte für einen drohenden Verstoss vorgelegen hatten. Die Frage, ob sich die Pflichten des Verwaltungsrates infolge befugter Delegation organisatorischer Aufgaben hätten beschränken lassen können (beispielsweise auf die *curae in eligendo und instruendo*[509]), lässt das Bundesgericht offen, denn *in casu* seien die Sicherstellung der Beachtung des Kriegsmaterialrechts eben nicht organisiert und somit auch keine Aufgaben delegiert worden[510]. Zwar räumt das Bundesgericht ein, in einem grösseren Unternehmen wie Von Roll „dürfte die Verantwortung für eine genügende Organisation mehrere Personen treffen", insbesondere alle Mitglieder des Verwaltungsrates[511]. Aber hinsichtlich der Kausalität der Pflichtwidrigkeit des Konzernchefs spiele die Frage keine Rolle, ob letzterer im Verwaltungsrat eine Mehrheit hinsichtlich seiner Vorschläge hätte erreichen können. Für die strafrechtliche Verantwortlichkeit genüge es, dass sich der Angeklagte nicht für angemessene organisatorische Massnahmen eingesetzt hat: „Wenn ein Entscheidungsgremium für eine hinreichende Organisation verantwortlich ist, dann ist jedes Mitglied dieses Gremiums, das es unterlässt, sich für die Durchsetzung dieser Pflicht einzusetzen, kausal für den Erfolg verantwortlich"[512].

Das Von Roll-Urteil betrifft nicht die Verantwortlichkeit der Organisation, sondern jene ihrer Mitglieder und interessiert deshalb vorliegend nicht unmittelbar. Es enthält aber einige Gedanken, die auch für die Frage der Haftung der Organisation relevant sind. Zunächst konkretisiert das Urteil das in aKMG 19/2 (neu VStrR 6, auf den KMG 37 verweist) ausgedrückte Prinzip, wonach der Vorgesetzte haftet, wenn er es unterlässt, rechtswidriges Verhalten des Untergebenen abzuwenden. Dieser Grundsatz beherrscht auch die völkerrechtliche *„command responsibility"* und besitzt so allgemeineren Charakter[513]. Das Prinzip bezieht sich im Kern auf primär *organisatorische* Pflichten, wie dies auch für OR 55 und, spezifischer, OR 754/2 der Fall ist, und lässt sich für die Haftung der Organisation selbst weiterdenken, wie dies bei der Auslegung von OR 55 geschehen ist[514]. Im Weiteren streift der Von Roll-Entscheid das Konzept *kollektiver* Organisationspflichten, indem festgehalten wird, „in einem grösseren Unternehmen ... dürfte die Verantwortung für eine genügende Organisation mehrere Personen treffen"[515]. Das Spannungsverhältnis zwischen individuellen und kollektiven Pflichten wird dadurch gelöst, dass jedes Mitglied eines kollektiven Leitungsgremiums verantwortlich wird, wenn ersteres es unterlässt, sich für die Durchsetzung von Pflichten einzusetzen, die das Gremium als Ganzes treffen.

In eine ähnliche Richtung weist der Hebebühnen-Fall[516], wo der Geschäftsführer einer Firma, die ein fehlerhaftes Produkt geliefert hatte, wegen fahrlässiger Tötung strafrechtlich verantwortlich wurde. Das Bundesgericht nahm darin explizit auf BGE 110 II 456 Bezug,

---

508 BGE 122 IV 126.

509 Vgl. analog OR 754/2, Anm. d. Verfassers.

510 BGE 122 IV 127.

511 BGE 122 IV 128.

512 BGE 122 IV 129; ähnlich BGH in: NJW 1990 S. 2560 ff., insbes. 2565.

513 Siehe beispielsweise Art. 7 Abs. 3 des Gerichtsstatuts des internationalen Jugoslawientribunals (Statut angenommen am 25. Mai 1993 durch die UNO-Resolution 827 und geändert durch die Resolutionen 1166, 1329 und 1411, wiedergegeben unter www.un.org/icty/basic/statut/stat2000.htm, Stand 3.8.2004); s. a. STEFAN WÄSPI S. 2453.

514 S. a. Th. KOLLER S. 411.

515 BGE 122 IV 128.

516 BGE 121 IV 10.

der eine umfassende Organisationspflicht des Produzenten statuiert hatte[517]. Seitens der Lehre wurde allerdings, m. E. zu Recht, kritisch angemerkt, der „undifferenzierte Rückgriff" auf die Geschäftsherrenhaftung, die infolge BGE 110 II 456 einen kausalen Charakter erhalten hat, führe zu einer unzulässigen Überdehnung des strafrechtlichen Schuldbegriffs[518].

c) Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens: Rechtslage vor der Revision des StGB

Näher mit dem vorliegenden Thema verknüpft ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen nicht nur natürliche Personen, sondern auch Unternehmen strafrechtlich verantwortlich werden sollen. Die Strafbarkeit von Unternehmen ist seit einigen Jahrzehnten Gegenstand intensiver Debatten in der Lehre[519], wurde aber nur zögerlich und erst in neuerer Zeit seitens der staatlichen Gesetzgeber anerkannt[520]. Lange wurde der Widerstand gegen die Strafbarkeit von Unternehmen mit dem alten Satz *„societas delinquere non potest"* begründet[521], mit der Auffassung nämlich, Unternehmen seien keines strafrechtlich relevanten Verschuldens im moralischen Sinn fähig. Sie hätten keinen eigenen Willen und verfügten nicht über die psychischen Eigenschaften, die StGB 18 für den straffähigen Täter voraussetzt[522]. Auch heute noch finden sich in der Lehre ablehnende Stimmen[523]. Ausserdem wurde bemerkt, die Sanktionen des StGB seien nur auf natürliche Personen zugeschnitten und es gelte die Regel, dass nur jene Personen bestraft werden können, die am Vergehen teilgenommen haben[524].

Gewisse Elemente des Schweizer Strafrechts enthielten allerdings schon vor der kürzlichen Revision des StGB in Umrissen die Idee der Strafbarkeit juristischer Personen oder trugen der besonderen Struktur der letzteren Rechnung. So können natürliche Personen, die im Rahmen einer juristischen Person widerrechtlich gehandelt haben, durchaus straffähig sein. Und geht es um Delikte, die nur Schuldner begehen können (z. B. StGB 147, 163-170, 323), so wird, wenn eine juristische Person Schuldner ist, jene natürliche Person verurteilt, die für die juristische gehandelt hat[525]. Direkte Sanktionen juristischer Personen waren schon länger in verschiedenen Gesetzen vorgesehen, wobei es sich dabei um Sanktionen mit eher administrativem als pönalem Charakter handelte (Bussen). Diese Bestimmungen wurden später im Verwaltungsstrafgesetz (VStrR) gebündelt, wonach Bussen nun unter gewissen Voraussetzungen direkt gegenüber juristischen Personen verhängt werden können, namentlich dann, wenn die Ermittlung einer verantwortlichen natürlichen Person mit zu grossem

---

517 BGE 121 IV 15; s. a. BGH, in: NJW 1990 S. 2560 ff.

518 In diesem Sinne HAUSHEER, ad BGE 121 IV 10, S. 443 ff.; ähnlich SPITZ, S. 464.

519 Siehe beispielsweise die umfangreichen Darstellungen bei LÜTOLF, S. 295 ff.

520 Während in Grossbritannien und den USA eine strafrechtliche *„corporate liability"* offenbar schon lange Anerkennung findet (WOHLERS S. 382; Botschaft [1998] ad StGB Ziff. 217.11; Bundesamt für Justiz S. 9), haben kontinentaleuropäische Länder analoge Institutionen erst in neuester Zeit eingeführt, so Frankreich mit dem *„Nouveau Code Pénal"*, die Europäische Union mit dem *„Code des sanctions administratives"* (Verordnung 2988/95 vom 18.12.1995) (s. Botschaft [1998] ad StGB Ziff. 217.11; Bundesamt für Justiz S. 9) oder die Schweiz mit den am 1.10.2003 in Kraft getretenen Artikeln 100^{quater} und $100^{quinquies}$ StGB.

521 BGE 105 IV 175; Botschaft (1998) ad StGB Ziff. 217.11, 217.3; WOHLERS S. 381 mit Verw. in Fn 1; LÜTOLF S. 209; TRECHSEL/NOLL S. 147.

522 GRAVEN/JUNOD S. 361 mit Verweisen auf die BGE 105 IV 175, 100 IV 38 und 82 IV 86.

523 Botschaft (1998) ad StGB Ziff. 217.21.

524 BOLLE S. 1.

525 BOLLE S. 2.

Aufwand verbunden wäre (VStrR 1 und 7[526]). Begründet wurde das VStrR mit der Praktikabilität und einer höheren Rentabilität von Bussen[527]; die Lösung wurde aber kritisiert und zeitigte offenbar nicht die gewünschte Wirkung[528]. Weitere Normen, die – zumindest im Resultat – in Richtung einer generellen Unternehmensstrafe deuten, finden sich sektoriell im Nebenstrafrecht (Atomgesetzgebung, Geldwäscherei, Umweltgesetzgebung etc.)[529]. Den Kantonen ist es im Übrigen unbenommen, im Rahmen ihrer strafrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen die Unternehmensstrafe einzuführen, was vereinzelt geschehen ist[530].

Vielen Autoren erschien aber diese sektorielle, eher administrative denn strafrechtliche Regelung der Unternehmensstrafe als ungenügend. Die Relativierung der Regel *„societas delinquere non potest"* wurde aus zahlreichen Gründen gefordert; dazu gehören u. a. folgende:

- Es ist im Rahmen arbeitsteiliger Unternehmen oft schwierig, konkret delinquierende Personen zu ermitteln[531];
- Weil die Etappen moderner Produktionsprozesse (Forschung, Planung, Entscheidung, Produktion etc.) oft unter vielen Akteuren aufgeteilt sind, wird die Isolierbarkeit und Personalisierung von Handlungen verunmöglicht[532]; oft hat das Unternehmen die Verübung des Delikts durch eine mangelhafte Organisation ermöglicht oder begünstigt[533] und/oder profitiert selbst vom Delikt[534];
- Wenn also Entscheidungsmacht, Informationsbesitz und Ausführungstätigkeit effektiv auseinanderfallen, erfüllt kein Handelnder alle vom Strafrecht geforderten Tätereigenschaften[535];
- Die Bestrafung einzelner Akteure trifft oft nicht die „kriminelle Verbandsattitüde" ganzer Unternehmen[536] und kann sogar als ungerecht erscheinen („Der Niedrigste wird gehängt!")[537];
- Das Strafmass ist wegen unterschiedlicher wirtschaftlicher Leistungskraft für delinquierende Einzelpersonen geringer als bei juristischen Personen, was durch Unternehmen gezielt ausgenützt werden kann[538];
- Gewisse sozio-psychologische kollektive Prozesse begünstigen das deliktische Verhalten von Personen im Verband: - das Verhalten einer Person in Gruppen ist anders denn als Individuum; - es kann eine kollektive Neutralisierung des Verantwortungsgefühls stattfinden; - Organisationen sind autopoietische und deshalb nur beschränkt steuerbare Systeme; - Rechtsgutferne bei Verbandsdelikten (Stichwort Schreibtischtäter); - soziale Abhängigkeit des Arbeitsnehmers von der Organisation[539].

---

526 Zu VStrR 7 siehe ausführlicher LÜTOLF S. 211 ff.
527 BOLLE S. 3; TRECHSEL/NOLL S. 147.
528 GRAVEN/JUNOD S. 353.
529 Bundesamt für Justiz, Bericht (1994) S. 3; ausführlich auch LÜTOLF S. 217 ff., 236 ff.
530 BOLLE S. 4; LÜTOLF S. 239.
531 WOHLERS, S. 382, der hierin auch ein Problem der Überforderung von Ermittlungsbehörden sieht.
532 LÜTOLF S. 21 ff., insbes. 24 f. mit Verw.
533 GRAVEN/JUNOD S. 357.
534 GRAVEN/JUNOD S. 360.
535 LÜTOLF S. 26 f.; s. a. GRAVEN/JUNOD S. 360.
536 WOHLERS S. 383; Bundesamt für Justiz, Bericht (1994) S. 4.
537 LÜTOLF S. 27 f.
538 Z. B. durch vertragliche Übernahme der Busse, die das Organisationsmitglied trifft, s. LÜTOLF S. 20 f.
539 LÜTOLF S. 31 ff.

- Die alleinige Bestrafung natürlicher Personen hat keine genügende präventive Wirkung[540].

Kernpunkt der Kritik an einer Idee der Unternehmensstrafe ist oft der Einwand, juristische Personen seien weder handlungs- noch schuldfähig, der meist mit dem Verweis auf die privatrechtliche Handlungs- und Schuldfähigkeit juristischer Personen entkräftet wird[541]. Für das schweizerische Recht jedenfalls haben die Befürworter der Unternehmensstrafe mit der Einführung der Artikel 100*quater* und 100*quinquies* StGB Recht bekommen; diese Bestimmungen sollen deshalb nachfolgend kurz erläutert werden.

d) Der neue Art. 100*quater* StGB

Ausgangspunkt und Anstoss für die Einführung der Strafbarkeit von Unternehmen war die Bekämpfung des organisierten Verbrechens. Zunächst wurde letztere in Revisionen von 1990 (z. B. StGB 305bis betreffend Geldwäscherei) und 1994 (z. B. StGB 260ter betreffend kriminelle Organisationen) konkretisiert, ohne Einbezug der Unternehmensstrafe[542]. Mit Botschaft vom 21.9.1998[543] legte dann der Bundesrat dem Parlament folgenden Entwurf für die Strafbarkeit des Unternehmens vor:

E StGB 102[544]*:*

1 Wird durch den Betrieb eines Unternehmens eine Straftat verübt und kann diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten Person zugerechnet werden, so wird das Untenehmen mit Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft.

2 Das Gericht bemisst die Busse nach der Schwere der Tat, der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens sowie nach der Gefahr weiterer Straftaten, für die das Unternehmen verantwortlich wäre.

3 Als Unternehmen im Sinne dieses Artikels gelten juristische Personen, Gesellschaften und Einzelfirmen.

Im Argumentarium des Bundesrates finden sich gewisse oben erwähnte Faktoren, wie die tendenzielle Unmöglichkeit, schuldhafte Organisationsmitglieder zu ermitteln, oder die Unbilligkeit, anstelle des Unternehmens eine einzige Person zu verurteilen[545]. Erwähnt wird im Weiteren, zivil- und verwaltungsrechtliche[546] Sanktionsmöglichkeiten genügten nicht, um eine formalisierte moralische Missbilligung der fraglichen Tat auszudrücken[547]. Der Bun-

---

540 LÜTOLF S. 38 ff.

541 GRAVEN/JUNOD S. 361 f.; TRECHSEL/NOLL S. 147 mit Verweis auf OR 41, die Ehrfähigkeit der juristischen Person und die „Entmoralisierung des Strafrechts"; skeptischer WOHLERS, S. 384 f., der das Konzept eines spezifisch körperschaftlichen (objektivierten) Schuldbegriffs ablehnt, da seines Erachtens das individuelle Verschulden als Begrenzungskritierum nach wie vor relevant sein soll.

542 Siehe LÜTOLF, S. 203 f.; zum Gesetzgebungsprozess s. a. Botschaft (1998) ad StGB Ziff. 217.11 ff.

543 BBl 1999 2136 ff.

544 BBl 1999 2333.

545 Botschaft (1998) ad StGB Ziff. 217.11 und Ziff. 217.23 u. a. mit Bezug auf das erwähnte Von Roll-Urteil BGE 122 IV 103.

546 Wozu auch administratives „droit crypto-pénal" (wie beispielsweise die Bussen im europäischen Kartellrecht) gezählt wird, s. Botschaft (1998) ad StGB Ziff. 217.22.

547 Botschaft (1998) ad StGB Ziff. 217.22.

desrat weist überdies auf die Schwierigkeit, aber Notwendigkeit hin, trotz Verzicht auf den Bezug auf individuelles schuldhaftes Fehlverhalten keine strafrechtliche Kausalhaftung einzuführen, da damit strafrechtliche Grundsätze überdehnt würden[548]. Dieses Problem könne dadurch gelöst werden, dass die Unternehmung nur bestraft werden solle, wenn infolge mangelhafter Organisation der konkrete Täter nicht ermittelt werden kann[549]. Der strafrechtliche Schuldvorwurf wird also hier indirekt durch eine Art objektive Unsorgfalt ersetzt, die an OR 55 erinnert. Im Kern findet sich auch hier wieder ein Element der kollektiven Unsorgfalt, wie dies ansatzweise bereits im Von Roll-Urteil vorgezeichnet war, wenn auch mit anderen Konsequenzen[550]: „Aus der moralischen Schuld des Individualtäters wird im Falle des Unternehmens eine Schuld *sui generis*, die als ‚soziale' oder ‚Organisationsverschulden' wenigstens annähernd umschrieben wird."[551]

Der Bundesrat unterstreicht, der Organisationsfehler müsse ursächlich dafür sein, dass das fragliche Delikt keiner natürlichen Person zugerechnet werden kann. Die Unternehmenshaftung gilt subsidiär, greift also nur dann, wenn keine natürliche Person als Täter bezeichnet werden kann[552]. Hinsichtlich der Bemessung der Busse wird nicht ausgeführt, anhand welcher Kriterien die „Gefahr weiterer Straftaten" beurteilt werden soll[553].

Der Vorschlag des Bundesrates wurde in den parlamentarischen Beratungen als ergänzungsbedürftig erachtet. Der Ständerat verabschiedete eine Erweiterung von E StGB 102 um eine direkte strafrechtliche Unternehmenshaftung bei Organisationsmängeln für gewisse Bereiche der organisierten Kriminalität[554]. Der Nationalrat folgte diesem Vorschlag[555], weshalb StGB 100^{quater} nun folgendermassen lautet:

StGB 100^{quater}

Strafbarkeit

[1] Wird in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen und kann diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden, so wird das Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen zugerechnet. In diesem Fall wird das Unternehmen mit Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft.

[2] Handelt es sich dabei um eine Straftat nach den Artikeln 260^{ter}, $260^{quinquies}$, 305^{bis}, 322^{ter}, $322^{quinquies}$ oder $322^{septies}$, so wird das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.

[3] Das Gericht bemisst die Busse insbesondere nach der Schwere der Tat und der Schwere des Organisationsmangels und des angerichteten Schadens sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens.

---

548 Botschaft (1998) ad StGB Ziff. 217.23.

549 Botschaft (1998) ad StGB Ziff. 217.24.

550 Im Von Roll-Urteil wurde der Konzernchef strafbar, *obschon* eigentlich eine kollektive Unsorgfalt vorlag, gemäss dem E StGB 102 sollte das Unternehmen strafbar werden, *weil* eine kollektive Unsorgfalt vorliegt.

551 Botschaft (1998) ad StGB Ziff. 217.3 mit Verweisen.

552 Botschaft (1998) ad StGB Ziff. 217.421.

553 Botschaft (1998) ad StGB Ziff. 217.422.

554 StenBull StR 14.12.1999, wo auch auf das Völkerrecht verwiesen wurde (Eingangsvotum Brunner), s. z. B. Art. 2 des OSZE-Korruptionsabkommens.

555 StenBull NR 13.11.2002; StenBull SR 13.11.2002.

[4] Als Unternehmen im Sinne dieses Artikels gelten:

a. juristische Personen des Privatrechts;

b. juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme der Gebietskörperschaften;

c. Gesellschaften;

d. Einzelfirmen.

Interessant ist, dass neu im ersten Absatz, der an den E StGB 102 anknüpft, die Voraussetzung des funktionellen Zusammenhangs erwähnt wird, wodurch auch bei der Auslegung von StGB 100*quater* die schwierige Abgrenzungsfrage droht, welche Straftaten noch „im Rahmen des Unternehmenszwecks" liegen und „in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen" verübt wurden. Insbesondere wird die Frage zu klären sein, ob das Unternehmen auch bestraft werden soll, wenn das Organisationsmitglied seine Beziehung zur Organisation nur als Anlass für das Delikt genommen und insofern die Infrastruktur oder den Ruf des Unternehmens missbraucht hat. Absatz 2 definiert Organisationsmängel ähnlich wie OR 55, nämlich als Fehlen aller erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen, um eine Straftat in der Art der vollbrachten zu verhindern. Es ist zu erwarten und wünschenswert, dass die zu OR 55 entwickelten Kriterien für eine „gute Organisation" auch im Strafrecht berücksichtigt werden, wobei allerdings zu vermeiden wäre, dass dabei auch die Fragwürdigkeiten in der Auslegung von OR 55 mit übernommen würden[556].

8. Zusammenfassende Bemerkungen zum geltenden schweizerischen Recht

Alle der oben beschriebenen privatrechtlichen Haftungsformen gleichen sich strukturell. Sie statuieren alle Organisationshaftung im engeren Sinn, das heisst die Haftung eines Organisationsträgers für das deliktische Verhalten seiner Organisationsmitglieder, unabhängig von der Art der schädigenden Tätigkeit. Unterschiede scheinen bei der konkreten Ausgestaltung zu bestehen. Hier fällt zunächst auf, dass ZGB 55/2, OR 101 und die Staatshaftung eine ähnliche Struktur aufweisen, weil sie zu einer automatischen Zurechnung des schädigenden Verhaltens der Organisationsmitglieder (Organe bzw. Erfüllungsgehilfen bzw. Staatsangestellte) an den Organisationsträger führen. Demgegenüber ist eine automatische Zurechnung des Gehilfenverhaltens gestützt auf OR 55 nicht möglich; vorausgesetzt ist zusätzlich Unsorgfalt des Geschäftsherrn.

Auch die Haftungsformen der erstgenannten Gruppe sind nicht einheitlich gestaltet. Wie das Organverhalten der juristischen Person gemäss ZGB 55 werden kraft OR 101 die Handlungen des Erfüllungsgehilfen dem Schuldner zugerechnet, wie wenn es dessen eigene wären. OR 101 geht vom Begriff der hypothetischen Vorwerfbarkeit aus, der sich in gewissen Fällen zugunsten des Schuldners (erhöhte Sachkunde des Gehilfen), in anderen zuungunsten des Schuldners (Haftung trotz Urteilsunfähigkeit des Gehilfen) auswirken kann, aber in der Praxis ohnehin eine beschränkte Bedeutung hat. ZGB 55 hingegen knüpft im Hinblick auf die Beurteilung des Organverschuldens direkt an die Organhandlung an, da die Dualität zwischen juristischer Person und Organ nicht mit jener zwischen Schuldner und Erfüllungsgehilfe gleichzusetzen ist; im Gegensatz zum Schuldner ist die juristische Person selbst keines Verschuldens fähig, sondern erst durch ihre Organe. Haftungsrelevant ist bei ZGB 55/2 aber nicht nur das individuelle Verschulden eines Organs, sondern auch eine Art „kollektives Verschulden" über den Begriff der Wissenszurechnung: Demnach muss im Hinblick auf die Haftung der juristischen Person das Organhandeln unter Umständen an einem umfas-

[556] Siehe hierzu hinten S. 248 ff.

senderen Wissen gemessen werden als bloss an dem der schädigenden Organperson zur Verfügung stehenden. Verschulden in irgendeiner Form ist aber bei beiden Normen Haftungsvoraussetzung. In dieser Hinsicht unterscheiden sich ZGB 55 und OR 101 scheinbar von der Staatshaftung gemäss VG 3, wo kein Verschulden vorausgesetzt wird. Da aber, wie beschrieben, auch die Haftung nach VG 3 in praktisch wichtigen Fallgruppen einer Sorgfaltspflichtverletzung unterliegt, gleichen sich diese drei Normen strukturell, da primär das Fehlverhalten eines Organisationsmitglieds Anknüpfungsfaktor der Haftung ist. OR 55 – als deliktsrechtliches Pendant zu OR 101 – hebt sich demgegenüber insofern von den anderen drei erwähnten Haftungsformen ab, als im Haftungstatbestand nicht auf das Fehlverhalten des Mitglieds, sondern auf jenes des Organisationsträgers Bezug genommen wird. Die Rechtspraxis zeigt aber eine Tendenz, auch gestützt auf OR 55 das Gehilfenverhalten quasi automatisch dem Organisationsträger zuzurechnen, indem inhaltliche, d. h. unmittelbar aufgabenbezogene Verkehrspflichten der Mitglieder in überspitzte Organisationspflichten des Geschäftsherrn verwandelt werden[557].

Die vier beschriebenen Haftungsformen haben sich einander also durch die Rechtspraxis angenähert[558]. Somit erscheint es tatsächlich gerechtfertigt, sie unter dem einheitlichen Gesichtspunkt der Organisationshaftung im engeren Sinn zu analysieren. Es stellt sich überdies die Frage, ob nicht ein allgemeines Haftungsprinzip gefunden werden kann, mit welchem sich die dargestellten Grundnormen der Organisationshaftung im engeren Sinn – OR 55, VG 3, ZGB 55/2, OR 101 – strukturell kombinieren lassen. Denn alle erfassen sie faktisch ähnlich gelagerte Konstellationen: das Bestehen einer arbeitsteiligen Organisation sowie Schadensverursachung durch Zustände oder Verhaltensweisen aus dem Innern der Organisation. Durch eine konzeptuelle Annäherung oder Vereinheitlichung würden Abgrenzungsschwierigkeiten[559] und Wertungswidersprüche[560] gemildert oder vermieden. Weiter hinten[561] wird zu zeigen sein, dass die konzeptuelle Kombination der genannten Normen *de lege ferenda* fruchtbar sein kann, insbesondere über den Begriff der kollektiven Unsorgfalt.

B. Rechtsvergleichender Überblick

1. Vorbemerkung

Die vorliegende Arbeit versteht sich nicht als rechtsvergleichende Studie im engeren Sinn, das heisst mit ausschliesslicher Ausrichtung auf die Rechtsvergleichung. Der hier vertretene methodische Standpunkt ist eher ein interdisziplinärer, was aber bedeutet, dass auch rechtsvergleichende Aspekte einbezogen werden müssen. Im Vergleich zu einer rein rechtsvergleichenden Studie beschränke ich mich auf die Darstellung der Grundzüge der Organisationshaftung in ein paar ausländischen Staaten. Die im vorstehenden Abschnitt verfolgte Darstellungssystematik des schweizerischen Rechts geht davon aus, dass OR 55, ZGB 55/2, die Staatshaftung sowie OR 101 einen umfassenden Normenkomplex bilden, der die Organisationshaftung im engeren Sinn regelt. Diese Systematik wird für die Rechtsvergleichung nicht strikte beibehalten. Der Akzent liegt primär auf OR 55 entsprechenden Regelungen, während die anderen erwähnten Rechtsbereiche nur punktuell angesprochen werden.

---

557 Siehe hierzu noch weitere Bemerkungen hinten, S. 248 ff.

558 S. a. B. GROSS S. 171 f., 547.

559 Z. B. zwischen Organen und Hilfspersonen, siehe eingehender hinten S. 311 ff.

560 Z. B. zwischen der strengen Auslegung der Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn ex post (vgl. z. B. BGE 95 II 93) und der nuancierten *ex ante*-Betrachtungsweise der Pflichwidrigkeit im Staatshaftungsrecht (vgl. 118 Ib 473), siehe eingehender hinten S. 250 ff., 335 ff.

561 Insbesondere S. 314 ff., 319 ff., 323 ff.

2. Gemeinsame Voraussetzungen

Alle Formen der Organisationshaftung besitzen gewisse gemeinsame Merkmale. Dazu gehört zum einen der *funktionelle Zusammenhang*. Darunter wird eine qualifizierte, nicht über die beteiligten Personen, sondern über die Natur der schädigenden Handlung definierte Konnexität zwischen dieser Handlung und der Tätigkeit der Organisation verstanden. Dieses Kriterium, trotz unterschiedlicher Nuancen in der Auslegung, kann rechtsvergleichend und rechtshistorisch als gemeinsames „europäisches Strukturprinzip" der Organisationshaftung betrachtet werden[562].

Ein weiteres begrifflich zwingendes Element der Organisationshaftung ist ein *qualifiziertes Verhältnis* zwischen dem schädigenden Organisationsmitglied und dem haftbaren Organisationsträger. Obschon in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich ausgelegt, wird diese Beziehung oft als „Subordinationsverhältnis" bezeichnet. Dabei handelt es sich um ein allgemeines Weisungsrecht des Trägers, das sich sich durch die faktische und/oder rechtliche Möglichkeit des Organisationsträgers, das Verhalten des Mitglieds zu bestimmen, auszeichnet[563].

3. Zwei Ländergruppen

Ebenfalls im Sinne einer Vorbemerkung lässt sich überblicksmässig festhalten, dass sich viele nationale Regelungen der Organisationshaftung einer von zwei Gruppen zuordnen lassen, zumindest ihrem Grundkonzept nach. Die einen Länder sehen eine Geschäftsherrenhaftung vor, die auf das *Fehlverhalten des Geschäftsherrn* abstellt (als Form der Haftung für eigenes Verhalten); die anderen knüpfen die Haftung an das *Fehlverhalten der Hilfsperson* (als Form der Haftung für Drittverhalten). Zur ersten Gruppe gehört u.a. das Recht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, zur zweiten Gruppe das Recht Frankreichs, Italiens, der skandinavischen (ohne Finnland) sowie der Common-Law-Länder Grossbritannien und USA („*vicarious liability*")[564].

Diese Unterscheidung ist zur dogmatischen Erfassung der Organisationshaftung nützlich, muss aber im Licht der Rechtswirklichkeit sofort wieder relativiert werden. Ein vertiefter Blick auf die jeweiligen Rechtsordnungen zeigt, dass sich die konzeptionell scheinbar klaren Konturen der Geschäftsherrenhaftung im Laufe der Jahrzehnte verwischt haben, und zwar tendenziell im Sinne einer Annäherung, vorab der Haftungsformen für eigenes Fehlverhalten an die Kausalhaftung für Verschulden der Hilfsperson. Denn die vom Verschuldensprinzip beeinflussten *curae in eligendo, instruendo et custodiendo* des Geschäftsherrn erwiesen sich für moderne industrielle Strukturen als unrealistisch[565] und wurden nach und nach durch relativ umfassende, objektiv formulierte Organisationspflichten ergänzt. Dadurch wurde der Entlastungsbeweis genügender Sorgfalt zugunsten des Geschäftsherrn weitgehend obsolet[566], was bereits für OR 55 ausgeführt wurde (s. vorne S. 24 ff.). Die Geschäftsherrenhaftung wird in vielen Ländern aus einem Amalgam von verschiedenen Be-

---

562 WICKE S. 24 f. und dessen weitere Ausführungen; s. a. EÖRSI N 78 mit zahlreichen Nachweisen auch auf aussereuropäische Rechtsordnungen; NATER S. 94; VAN GERVEN/LEVER/LAROUCHE S. 525; ZWEIGERT/KÖTZ S. 388 f.

563 EÖRSI N 52; rechtsvergleichend im Überblick ders., N 54 ff.; VON BAR, Gesamteuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 191; s. a. NATER S. 94; VAN GERVEN/LEVER/LAROUCHE S. 524.

564 EÖRSI N 21, 93; s. a. VAN GERVEN/LEVER/LAROUCHE S. 523 F.

565 EÖRSI S. 7 f.; ähnlich VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 180 f.

566 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 179.

gründungsansätzen hergeleitet. Im Zentrum steht hierbei das ökonomische Nutzen-Risiko-Prinzip[567].

Stellvertretend für die zwei erwähnten Ländergruppen sollen nachfolgend das deutsche und das französische Recht etwas eingehender dargestellt werden. Eine Sonderkategorie scheint mir das niederländische Recht zu bilden, das gleichzeitig an das Verschulden der Hilfsperson wie an ein Organisationsrisiko anknüpft. Hierauf werde ich im Kapitel zur Haftung für Organisationsrisiko näher eingehen[568].

4. Deutsches Recht

a) BGB 831 im ursprünglichen Sinn

(1) Rechtsgrundlage, Geschichte, Begründung und Rechtsnatur

Grundlage der Geschäftsherrenhaftung im deutschen Recht ist Art. 831 Abs. 1 BGB:

> *1 Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt.*
>
> *2 Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.*
>
> *3 Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.*

Die Ausgestaltung von BGB 831 geht zurück auf einen dogmatischen Streit zwischen Anhängern des germanischen Rechts, die eine strikte Geschäftsherrenhaftung forderten, und den Pandektisten, die sich für eine auf dem Verschulden des Geschäftsherrn basierende Haftung aussprachen[569]. Offenbar gründete die Ansicht der Pandektisten auf einem Missverständnis des römischen Rechts; denn die römisch-rechtliche Haftung des Gewalthabers für Delikte von Hauskindern und Sklaven war kausal[570]. Jedenfalls ging aber der Standpunkt der Pandektisten in die Kodifikation von BGB 831 ein, was auch im Kontext des im 19. Jahrhunderts vorherrschenden Verschuldensdogmas zu verstehen ist[571]. Dabei kombinierte sich die Bezugnahme auf das römische Recht mit wirtschaftsliberalen (Schutz der Industrie und Landwirtschaft) und nationalistischen Argumenten (Widerstand gegen CCfr 1384)[572].

---

567 Siehe hierzu weitere Ausführungen hinten, S. 129 ff.; s. a. ZWEIGERT/KÖTZ S. 390 f.

568 Siehe hinten S. 263 ff.

569 MATUSCHE-BECKMANN S. 19 (zur Entstehungsgeschichte ausführlich MATUSCHE-BECKMANN, S. 17 ff.); CAEMMERER S. 288; SEILER S. 527 ff., alle mit Verweisen.

570 CAEMMERER S. 288 mit Verweis auf SEILER und ZWEIGERT/KÖTZ; EÖRSI S. 8 f.; sehr eingehend WIKKE S. 42 ff.

571 Siehe hierzu WICKE, S. 209, eingehender S. 209 ff. auch für das *Common Law*; umso erstaunlicher ist der Umstand, dass die vertragliche Hilfspersonenhaftung auch im deutschen Recht verschuldensunabhängig ausgestaltet wurde (s. MATUSCHE-BECKMANN S. 18 f.).

572 SEILER S. 528 f.; s. a. ZWEIGERT/KÖTZ S. 374; MATUSCHE-BECKMANN S. 24; VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 186.

Die Norm wurde aber von Beginn an stark kritisiert und selten gelobt[573]. Es handelt sich um einen Kompromiss zwischen Verschuldens- und Kausalhaftung mit Betonung auf dem Verschuldenselement[574]. Die Pflichten des Geschäftsherrn sind, im Gegensatz zu OR 55, explizit aufgelistet. Es handelt sich umrisshaft um die drei *curae*: Auswahl der bestellten Person, Beschaffung von Vorrichtungen oder Gerätschaften, Leitung der Verrichtung.

Im Laufe des 20. Jahrhunderts fand eine zweigleisige Weiterentwicklung von BGB 831 durch die Rechtspraxis statt. Zum einen wurde BGB 831 selbst zugunsten des Geschädigten über den Wortlaut hinaus leicht weiterentwickelt[575], allerdings in weit schwächerem Masse, als dies für OR 55 in der schweizerischen Rechtsprechung der Fall war. Daneben erweiterte die Rechtspraxis die Haftung des Geschäftsherrn an BGB 831 vorbei durch richterliche Rechtsfortbildung (z. B. durch den auf BGB 823 gestützten Begriff des „Organisationsverschuldens" oder die Ausdehnung des Organbegriffs nach BGB 31, siehe hinten S. 79 ff.). Denn die deutschen Gerichte interpretierten BGB 831 konsequent einschränkend und hielten am Verschuldensprinzip fest. Das Verschulden des Geschäftsherrn ist Haftungsvoraussetzung[576]. Die Rechtsprechung liess auch den dezentralisierten Entlastungsbeweis zu, der allerdings später relativiert wurde[577].

Zur Haftungsbegründung wird auf das Nutzen-Risiko-Prinzip verwiesen: „Die Verkehrspflichten des Unternehmers nach BGB 831 gelten dem Träger des unternehmerischen Risikos, dem auch die Vorteile aus dem arbeitsteiligen Einsatz von Verrichtungsgehilfen zufliessen. Die darauf bezogenen Organisationspflichten haben den Sinn und Zweck, ihm die Erfüllung der ihn treffenden sachlichen und persönlichen Verkehrspflichten gegenüber Dritten zu ermöglichen."[578] Etwas anders gelagert ist das Risikoprinzip, wonach der Geschäftsherr als Veranlasser der Tätigkeit der Hilfsperson für die Risiken aus der Beschäftigung desselben haftet, sofern er Sorgfaltspflichten verletzt hat[579].

(2) Haftungsvoraussetzungen

Ansonsten gleicht die deutsche Auslegung von BGB 831 der schweizerischen von OR 55 äusserlich in weiten Teilen[580]. Wie für OR 55 wird auch für BGB 831 ein *funktioneller Zusammenhang* zwischen der Tätigkeit der Organisation und der Schädigung verlangt; grundsätzlich besteht keine Haftung des Geschäftsherrn für Handlungen, die lediglich bei Gelegenheit der betrieblichen Tätigkeit begangen werden[581]. Vorausgesetzt wird im Weiteren ein *Subordinationsverhältnis* rechtlicher oder tatsächlicher Natur zwischen Geschäftsherr und Hilfsperson[582]. Entscheidend ist die, wenn auch zeitweilige, organisatorische Eingliederung

---

573 HELM S. 389.

574 WEBER-HÄUSERMANN S. 8; EÖRSI S. 7.

575 WEBER-HÄUSERMANN S. 14; VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 187.

576 STEIN-Mükom, ad BGB 831, N 60.

577 HELM S. 395 f.

578 STEIN-Mükom, ad BGB 831 N 43. Etwas anders TAUPITZ, S. 153, und MATUSCHE-BECKMANN, S. 23, (mit Verweisen) zu den Protokollen des zweiten BGB-Entwurfs, wonach sich mit dem Nutzen-Risiko-Prinzip weniger die Geschäftsherrenhaftung als vielmehr spezialgesetzliche Kausalhaftungen begründen lassen.

579 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 113.

580 Mit dem gewichtigen Unterschied, dass BGB 831 am Verschuldensprinzip anknüpft, während OR 55 als einfache Kausalhaftung betrachtet wird, s. MATUSCHE-BECKMANN S. 293.

581 STEIN-Mükom, ad BGB 831, N 48; MATUSCHE-BECKMANN S. 29; ZWEIGERT/KÖTZ S. 375; WEBER-HÄUSERMANN S. 7.

582 STEIN-Mükom, ad BGB 831, N 31; eingehender PETRIN, S. 71 ff.; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 83.

der Hilfsperson in den Betrieb, weshalb aus BGB 831 grundsätzlich keine Geschäftsherrenhaftung für selbständige Unternehmer abgeleitet wird. Dennoch wurde das Subordinationsverhältnis in gewissen Entscheidungen sehr weit ausgelegt (z. B. hinsichtlich Anwälten[583]) und fliesst eine Haftung für selbständige Unternehmer z. T. aus BGB 823[584]. „Wo Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen, ist es ein guter Test zu prüfen, wer eigentlich das Risiko organisatorisch beherrscht und überblickt und wirtschaftlich der richtige Versicherungsnehmer ist"[585].

Der Geschädigte muss beweisen, dass ihn eine Hilfsperson des beklagten Geschäftsherrn geschädigt hat; nicht notwendig ist es, den konkreten Schädiger zu bezeichnen, sofern unter mehreren Hilfspersonen eine der Schädiger sein muss[586]. Das Verhalten der Hilfsperson muss rechtswidrig sein[587]; ob es auch schuldhaft sein muss, ist umstritten[588]. Der Geschäftsherr haftet auch, wenn sich der Verrichtungsgehilfe pflicht- oder zweckwidrig verhält oder wenn er seine Befugnisse eigenmächtig oder irrtümlich überschreitet. Es muss „entscheidend darauf ankommen, ob die Bestellung des Gehilfen zu einer Verrichtung für dessen unerlaubtes Verhalten typischerweise gefahrerhöhend war und ob der Geschäftsherr unter Berücksichtigung seiner rechtlichen Befugnisse und der Verkehrsanschauung als Garant für die Vermeidung eines solchen Fehlverhaltens angesehen werden kann"[589]. So besteht unter Umständen auch eine Haftung des Geschäftsherrn für vorsätzliche unerlaubte Handlungen und Straftaten von Hilfspersonen, die ihnen durch ihre Stellung ermöglicht werden[590], allerdings nur, soweit das Delikt im Zusammenhang mit der übertragenen Arbeit steht[591].

(3) Entlastungsbeweis

Es kommen bezüglich BGB 831 drei Arten von Entlastungsbeweisen in Betracht. Zunächst kann der Geschäftsherr beweisen, dass ihm in Bezug auf die erwähnten *curae* keine Unsorgfalt vorzuwerfen ist. Wie die schweizerische Gerichtspraxis (wenn auch nicht im gleichen Ausmass) hat die deutsche Rechtsprechung die Sorgfaltspflichten tendenziell verschärft. So wurde eine Pflicht zur dauernden Überwachung der Hilfsperson statuiert[592]; allerdings besteht über den Umfang der aus BGB 831 abgeleiteten Organisationspflichten offenbar wenig Klarheit[593].

---

583 Siehe Nachweise bei VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, S. 199 Fn 1127.

584 MATUSCHE-BECKMANN S. 119.

585 CAEMMERER S. 297.

586 MATUSCHE-BECKMANN S. 31.

587 STEIN-Mükom, ad BGB 831 N 56; MATUSCHE-BECKMANN S. 30. Nicht ganz klar ist, ob ein Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der Fehlhandlung des Geschäftsherrn und der Schädigung verlangt wird. Gemäss MATUSCHE-BECKMANN, S. 31, sehen Lehre und Rechtsprechung von diesem Erfordernis ab, gleichzeitig erlaubt aber BGB 831/1 *in fine* den Beweis der Irrelevanz des pflichtgemässen Alternativverhaltens.

588 MATUSCHE-BECKMANN S. 30; siehe nachfolgend zum Entlastungsbeweis des „verkehrsrichtigen Verhaltens der Hilfsperson".

589 STEIN-Mükom, ad BGB 831, N 48.

590 STEIN-Mükom, ad BGB 831, N 49, Kasuistik N 49-54.

591 MATUSCHE-BECKMANN S. 29: keine automatische Haftung des Geschäftsherrn, wenn die Hilfsperson eine fremde Sache stiehlt, sondern nur dann, wenn die Obhut über die fragliche Sache gerade zu den übertragenen Aufgaben gehörte (s. Verweise auf die Rechtsprechung ebd., unter Fn 88). In solchen Fällen geht es im übrigen oft um Vertragshaftung, s. a. die Bemerkungen zum schweizerischen OR 101, vorne S. 64 ff.

592 HELM S. 392 f.; MATUSCHE-BECKMANN S. 99.

593 Siehe MATUSCHE-BECKMANN S. 98 ff., S. 106 f.

Die zweite Möglichkeit besteht im *dezentralisierten Entlastungsbeweis*, wonach der Geschäftsherr sich einer Haftung entschlagen kann, wenn er beweist, dass zumindest das „Zwischenpersonal" – Kaderleute, Vorarbeiter etc. – richtig ausgewählt und beaufsichtigt wurde. Nach früherer Rechtsprechung konnte sich der Geschäftsherr bereits entlasten, wenn er bewies, dass diese Sorgfalt in Bezug auf die oberste Führungsebene bzw. auf die mit der Personalauswahl betrauten Vorgesetzten erbracht wurde[594]. Später wurde der dezentralisierte Entlastungsbeweis relativiert[595]. Er bleibt jedoch nach wie vor zugelassen[596], allerdings in engen Grenzen: nämlich nur bezüglich jener Verkehrspflichten, die der Geschäftsherr gültig an einen Dritten übertragen kann. Ausgeschlossen ist der dezentralisierte Entlastungsbeweis auch im Bereich der auf den Geschäftsherrn ausgedehnten Organhaftung nach BGB 31. Dasselbe gilt für die Produktehaftung (welche bei Vorliegen eines direkten Organisationsverschuldens des Geschäftsherrn auf BGB 823 gestützt wird)[597]. Generell hat die Zulassung des dezentralisierten Entlastungsbeweises dazu geführt, dass insbesondere Träger „grösserer" Organisationen trotz erfolgreicher Entlastung gemäss BGB 831 infolge Organisationsverschuldens gestützt auf BGB 823 für haftbar erklärt wurden[598].

Drittens kann sich der Geschäftsherr, selbst wenn er die *curae* verletzt hat, durch den Nachweis entlasten, die Hilfsperson habe sich *„verkehrsrichtig"* verhalten[599]. Dieser Beweis wurde durch die Rechtsprechung eingeführt und entschärft die Gefahr einer Haftung des Geschäftsherrn trotz korrekten Verhaltens der Hilfsperson, denn „auch ein sorgfältig ausgesuchter und überwachter Gehilfe (kann) sich nicht besser als verkehrsrichtig verhalten"[600]. Dabei geht es eigentlich um den Beweis, dass die Pflichtwidrigkeit des Geschäftsherrn die Wahrscheinlichkeit der Schädigung nicht erhöht hat, also für sie nicht kausal war. Allerdings wurde diese Rechtsprechung auch kritisiert, denn sie vermischt Rechtswidrigkeit und Schuld[601]. Nach einem neueren Urteil des BGH besteht „keine Haftung des Geschäftsherrn nach BGB 831, den selbst, wenn er an der Stelle des Gehilfen gestanden und sich ebenso wie dieser verhalten hätte, keine Ersatzpflicht träfe"[602]. Diese Formulierung erinnert stark an das Konzept des hypothetischen Verschuldens, das für den schweizerischen Art. 101 OR im vertraglichen Kontext eine Rolle spielt.

b) Erweiterung von BGB 831 durch die Rechtsprechung

(1) Vorbemerkung

Weil BGB 831 früh als für industrielle Verhältnisse ungenügend erachtet wurde, aber der Gesetzgeber trotz permanenter Kritik seitens der Lehre keine Revision durchführte, bildete sich auf dem Weg der richterlichen Rechtsfortbildung um diese Bestimmung herum ein re-

---

594 STEIN-Mükom, ad BGB 831 N 66, Verweise in Fn 163; zum früher wegleitenden „Kutscher-Urteil" (RGZ 78, 107) s. MATUSCHE-BECKMANN, S. 38 f.; dieselbe S. 103 f. mit Verweisen; VON BAR, Gutachten, S. 1706.

595 STEIN-Mükom, ad BGB 831 N 66 f.; MATUSCHE-BECKMANN S. 104 f.; VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 188.

596 WEBER-HÄUSERMANN S. 12; CAEMMERER S. 292 f.

597 STEIN-MÜKOM, ad BGB 831 N 67.

598 MATUSCHE-BECKMANN S. 67.

599 STEIN-MÜKOM, ad BGB 831 N 57; MATUSCHE-BECKMANN S. 30; HELM S. 399; WEBER-HÄUSERMANN S. 13; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 82.

600 WICKE S. 265 Fn 221; s. a. HELM S. 399.

601 WEBER-HÄUSERMANN S. 13, dort auch Verweise.

602 STEIN-Mükom, ad BGB 831 N 58.

lativ komplexes System der Geschäftsherrenhaftung[603]. Man störte sich insbesondere am extensiv ausgelegten Entlastungsbeweis. Die Erweiterung von BGB 831 auf dem Wege der Rechtsprechung führte dazu, dass seit dem zweiten Weltkrieg offenbar kein Entscheid ergangen ist, „in dem bei Vorliegen des objektiven Tatbestandes der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht der Anspruch des Geschädigten an BGB 831 gescheitert wäre"[604].

(2) BGB 823: erweiterte Organisationspflichten und „Organisationsverschulden"

Schon im Jahre 1902 entschied das RGZ, eine *cura in custodiendo* zulasten des Geschäftsherrn ergebe sich nicht aus BGB 831, sondern aus BGB 823 (als Verkehrssicherungspflicht)[605]. „Hinter BGB 831 steht der gesetzgeberische Wille, dass die Gefahrabwendung für eine dem Verrichtungsgehilfen übertragene Aufgabe nicht nur dessen Sache ist, sondern auch zum Pflichtenkreis des Geschäftsherrn gehört."[606] Gewisse Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn, so namentlich die allgemeine Organisations- und Aufsichtspflicht, sind nicht auf die Hilfsperson übertragbar. Deshalb haftet der Geschäftsherr für die Verletzung dieser Pflichten kraft BGB 823 ohne Entlastungsmöglichkeit. Während Verkehrssicherungspflichten grundsätzlich haftungsbefreiend delegiert werden konnten, stellt die erweiterte Organisationspflicht nach BGB 823 eine „nicht-delegierbare Sekundärpflicht des Geschäftsherrn" dar, die an die Stelle der delegierbaren primären Verkehrssicherungspflicht tritt[607].

Allerdings hat, im Gegensatz zu BGB 831, der Geschädigte grundsätzlich die Pflichtverletzung zu beweisen. Immerhin wurde über die Zulassung des Anscheinsbeweises eine Beweiserleichterung eingeführt[608]: „Hat beispielsweise ein ordnungswidriger Zustand über längere Zeit bestanden, der dem Aufsichtspflichtigen nicht hätte entgehen dürfen und der seinen Grund in einem Organisationsmangel oder dem Versäumen einer allgemeinen Aufsichtspflicht hat, so hat der Beklagte darzutun, dass sich die Verletzung ohne sein Verschulden ereignete und er seiner Aufsichtspflicht nachgekommen ist"[609]. Gar in die Richtung einer Beweislastumkehr nach Vorbild von BGB 831 weist z. B. ein Entscheid aus dem Jahre 1968[610]. Seit dem Hühnerpest-Urteil gilt für den Bereich der Produzentenhaftung eine Beweislastumkehr bezüglich des Organisationsverschuldens des Produzenten[611], weshalb die Produzentenhaftung den Charakter einer „Quasi-Gefährdungshaftung" angenommen hat[612].

Somit splittern sich die Organisationspflichten des Geschäftsherrn auf zwei Normen auf, mit teilweise unterschiedlicher Beweislastregelung: Nach BGB 831 sind die Auswahl, Überwachung, Anleitung und Ausrüstung des Gehilfen zu beurteilen, nach BGB 823 hingegen die generellen Organisationspflichten, die zur Leitungsverantwortung des Geschäfts-

---

603 VON BAR, Gutachten, S. 1716.

604 MATUSCHE-BECKMANN S. 33.

605 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 117. Ursprünglich wurden Verkehrssicherungspflichten eingeführt, um die Unterlassungshaftung von „Sachwaltern", d. h. Unterhaltspflichtiger von Strassen, Plätzen etc., mithin eine „Art von zivilistischer Staatshaftung" zu begründen (BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 51, a. mit Verweis auf VON BAR; s. a. ESSER S. 132).

606 WEBER-HÄUSERMANN S. 15, mit Verweis auf das Protokoll Mugdan II.

607 BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 52.

608 WEBER-HÄUSERMANN S. 16.

609 WEBER-HÄUSERMANN, S. 16, mit Verweis auf die deutsche Rechtsprechung unter Fn 55; s. a. MATUSCHE-BECKMANN S. 129 f.

610 BGH NJW 1968, 247, dargestellt und kommentiert bei MATUSCHE-BECKMANN, S. 63 f.; zur Beweislastverteilung bei der Spitalhaftung siehe ausführlich MATUSCHE-BECKMANN, S. 184 ff.

611 MATUSCHE-BECKMANN S. 220 ff., die diese Rechtsprechung begrüsst, obschon sie die Rechtsnatur von BGB 823 verändert hat; BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 43; PETRIN S. 96 f.

612 BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 43; allgemein auch VON BAR, Gutachten, S. 1718 f.

herrn bzw. der Unternehmensspitze gehören (Planung, Geschäftsführung, Kontrolle etc.). Dabei handelt es sich jedoch um einen „einheitlichen Pflichtenkomplex" mit dem Ziel der „Sicherung des Verkehrs vor den Risiken arbeitsteiliger unternehmerischer Aktivität"[613], und die präzise Abgrenzung von BGB 831 und 823 im Hinblick auf organisatorische Unsorgfalt ist infolge einer gewissen Inkohärenz der Rechtsprechung nicht möglich[614]. Insbesondere ist die Abgrenzung zwischen der Pflicht des Geschäftsherrn zur „allgemeinen Aufsicht" gemäss BGB 823 und den konkreteren Überwachungspflichten nach BGB 831 nicht klar; oft wird eine Haftung aufgrund der *ex post* beurteilten Verletzung allgemeiner Aufsichtspflichten bejaht[615]. Weil BGB 831 und 823 letztlich als einheitlicher Pflichtenkomplex gesehen werden müssen, gleicht die deutsche Geschäftsherrenhaftung ihrer Strenge nach der Haftung nach OR 55, trotz der eingeschränkten Bedeutung von BGB 831[616].

Auch der Inhalt der aus BGB 823 abgeleiteten Organisationspflichten gleicht den Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn nach OR 55[617]. Allerdings wird in subjektiver Hinsicht ein Verschulden nach BGB 276 verlangt, das heisst Erkennbarkeit der Schädigung *ex ante* und Zumutbarkeit entsprechender Organisationsmassnahmen, was offenbar seitens der Rechtsprechung nicht immer berücksichtigt wurde[618]. In der Tat scheint sich über BGB 823, trotz der Voraussetzung des Verschuldens, im Resultat eher eine verschuldensunabhängige Geschäftsherrenhaftung herausgebildet zu haben[619]. BGB 823 umfasst, anders als BGB 831, teilweise auch eine Haftung für weisungsunabhängige Unternehmer[620]. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Person durch eine Tätigkeit besondere Gefahren schafft, da diese Person die damit verbundene Haftung gemäss Rechtsprechung nicht mindern oder abwälzen kann, indem sie die Tätigkeit selbständigen Hilfspersonen überträgt[621].

BGB 831/2 ist heute weitgehend obsolet geworden, da die Verletzung vertraglich übernommener Verkehrspflichten heute primär aufgrund von BGB 823 behandelt wird[622].

(3) Andere Erweiterungen von BGB 831

(a) BGB 30 und 31: Ausdehnung der Organhaftung und fehlende Bestellung satzungsmässiger Vertreter als „körperschaftliches Organisationsverschulden"

Ähnlich wie im schweizerischen Recht wurde auch im deutschen Recht der Bereich der Organhaftung dahingehend ausgedehnt, dass neben gesetzlich und statutarisch vorgesehenen Organpersonen auch solche Organisationsmitglieder als Organe betrachtet werden, die eine bedeutsame eigenverantwortliche Position bekleiden[623]. Die Rechtsprechung hat so im Bereich der Haftung der juristischen Person für das Verhalten ihrer Organe nach BGB 31 (das Pendant zu ZGB 55/2) einen besonderen haftungsrechtlichen Begriff des satzungsmässigen Vertreters nach BGB 30 geschaffen[624]. Die juristische Person trägt die deliktischen Ver-

---

613 STEIN-MÜKOM, ad BGB 831 N 3; WEBER-HÄUSERMANN S. 16 f., dort auch Verweise.
614 MATUSCHE-BECKMANN S. 69 f.; PETRIN S. 91 f.
615 MATUSCHE-BECKMANN S. 107 f.
616 MATUSCHE-BECKMANN S. 293 f.
617 Für einen Überblick s. MATUSCHE-BECKMANN S. 113 ff.
618 Siehe hierzu eingehender MATUSCHE-BECKMANN S. 121 ff.
619 VON BAR, Gutachten, S. 1718 f.
620 MATUSCHE-BECKMANN S. 119; PETRIN S. 96, beide mit Verweisen.
621 Siehe eingehender PETRIN, S. 93 ff.
622 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 115.
623 CAEMMERER, S. 293, mit Verweis auf BGHZ 49, 19 (21).
624 STEIN-Mükom, ad BGB 831, N 8; HELM S. 391.

kehrspflichten nach BGB 823 (das Pendant zu OR 41). Über BGB 31 (als deliktischer Ersatz für BGB 278, dem Pendant zu OR 101) wird das Fehlverhalten der Organperson der juristischen Person zugerechnet. Liegt das Fehlverhalten einer Hilfsperson vor, so „sucht" das Gericht einen für die Führung der schädigenden Hilfsperson zuständigen Mitarbeiter, der als quasi-satzungsmässiger Vertreter der juristischen Person betrachtet werden kann. Fehlt ein solcher Mitarbeiter, so erblickt die Rechtsprechung in ebendiesem Fehlen eines satzungsmässigen Vertreters einen Organisationsmangel, für den die juristische Person nach BGB 823 haftet[625]. Diese Form der Organisationshaftung greift allerdings nur bei juristischen Personen und Handelsgesellschaften[626]. Sie gilt zusätzlich zur blossen Zurechnung des einem Organ vorzuwerfenden Organisationsverschuldens gemäss BGB 823 über BGB 31[627]; so gelten betriebliches und körperschaftliches Organisationsverschulden nebeneinander[628]. Die beschriebene Rechtsprechung zum körperschaftlichen Organisationsverschulden wurde allerdings seitens der Lehre stark kritisiert[629].

(b) Ausdehnung des vertraglichen Schutzbereichs

Im Weiteren begegnete die deutsche Rechtspraxis den Lücken von BGB 831 durch die Ausdehnung der vertraglichen Sonderverbindung zum Zwecke des Schutzes, nicht nur von Erfüllungsinteressen, sondern auch von Integritätsinteressen. Dies geschah auf mehreren Bahnen: zum einen durch die Anerkennung einer quasivertraglichen Haftung aus vorvertraglichem Verschulden (*culpa in contrahendo*)[630], im Weiteren durch die Anerkennung von Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte[631] sowie über den Begriff der positiven Vertragsverletzung und die „nachwirkenden" Vertragspflichten[632]. So entstand eine deliktische Haftung nach vertraglichen Grundsätzen[633] mit der Konsequenz, dass die Hilfspersonenhaftung in solchen Fällen nicht mehr BGB 831, sondern dem für den Geschädigten als günstiger empfundenen BGB 278 (Pendant zu OR 101) untersteht. Diese Entwicklung wurde allerdings in der deutschen Lehre auch kritisiert, da sie den Kern des Vertragsrechts, das Willensprinzip, unterhöhlten[634]. Schwierig sei beispielsweise die Begrenzung des neben dem Erfüllungsgläubiger geschützten Personenkreises[635]. Solche Entwicklungen sind, wenn auch nicht mit derselben Ausprägung, dem schweizerischen Recht nicht fremd, wenn man an die Institute der *culpa in contrahendo*, der Haftung aus falscher Auskunft oder ganz allgemein der Vertrauenshaftung denkt.

---

625 Siehe MATUSCHE-BECKMANN, S. 134 ff., zur Entwicklung der Rechtsprechung S. 135 ff.; s. a. BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 118; VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 174.

626 CAEMMERER S. 293.

627 MATUSCHE-BECKMANN S. 134.

628 MATUSCHE-BECKMANN S. 141 f.

629 Siehe MATUSCHE-BECKMANN S. 137 ff. mit Verweisen; s. a. VON BAR, Gutachten, S. 1718.

630 MATUSCHE-BECKMANN S. 33 f.

631 MATUSCHE-BECKMANN S. 34.

632 VON BAR, Gutachen, S. 1716 ff.

633 STEIN-Münkom. ad 831 BGB N 8; VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 189, mit Zusammenfassungen der wichtigsten Leitentscheide bei N 190; CAEMMERER S. 293; ZWEIGERT/KÖTZ S. 377 ff.; WEBER-HÄUSERMANN S. 41; HELM S. 391;

634 WEBER-HÄUSERMANN S. 46 f. mit Verweisen; s. a. MATUSCHE-BECKMANN S. 33 f. VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 189, bemerkt, die Phase, in der BGB 831 mit BGB 278 überspielt wurde, sei „schon wieder vorbei", insb. unter Berücksichtigung neuerer „Warenhausfälle" (ebd. S. 197 Fn 1111).

635 CAEMMERER S. 293; WEBER-HÄUSERMANN S. 47 f. mit Verweisen.

(4) Persönliche Haftung der Hilfsperson

Als Besonderheit im deutschen Recht ist die Freistellungspflicht des Arbeitgebers zu erwähnen, die darin besteht, dass ein Arbeitnehmer, der „in Ausführung einer ihm übertragenen ‚gefahrgeneigten'[636] Arbeit einen Dritten verletzt" und dabei nicht vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt hat, „von seinem Arbeitgeber verlangen kann, dass dieser ihn von den Schadenersatzansprüchen des Dritten freistelle"[637]. Diese Regel führt interessanterweise bei einer Direktklage gegen die Hilfsperson im Ergebnis zu einer Haftung für fremdes Verschulden, selbst wenn sich der Geschäftsherr entlasten kann[638]. Für die Frage der Aussenhaftung von Organmitgliedern sei im Übrigen auf MATUSCHE-BECKMANN verwiesen[639].

5. Französisches Recht

a) Grundlage: CCfr 1384

Artikel 1384 CCfr hat folgenden Wortlaut:

> *„On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l' on a sous sa garde.*
>
> *Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux;*
>
> *les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employé;*
>
> *les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu' ils sont sous leur surveillance.*
>
> *La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans ne prouvent qu' ils n' ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité."*

Der fünfte Absatz dieser Bestimmung ist Grundlage für die französische Form der Organisationshaftung: Der *„commettant"* (Geschäftsherr) haftet für Schäden, die seine *„préposés"* (Hilfspersonen) in Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben verursachen. Wörtlich gelesen handelt es sich um eine reine Verhaltenshaftung, welche greift, sobald aus einer organisierten Tätigkeit heraus ein Schaden entsteht. Weder das Verschulden des Geschäftsherrn oder der Hilfsperson werden als Haftungsvoraussetzung erwähnt noch die Widerrechtlich-

---

636 Wobei nach neuerer Ansicht dieses Kriterium nur noch ein Element neben anderen „bei der Abwägung zwischen dem Verschulden des Arbeitnehmers und dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers" darstellt, VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, S. 196 Fn 1106 mit Verweisen.

637 ZWEIGERT/KÖTZ S. 378; EÖRSI N 116; s. a. VON BAR, Gesamteuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 188; VAN GERVEN/LEVER/LAROUCHE S. 525. Ähnlich im Ergebnis auch ein Entscheid von 1959 aus dem *niederländischen* Recht, in dem das höchste niederländische Gericht einem Busunternehmer den Rückgriff auf einen seiner Chauffeure versagte, der eine Auffahrkollision verursacht hatte, für deren Folgen der Unternehmer kraft aBW 1403/3 haftete. Das Gericht begründete seine Ansicht mit dem Umstand, dass der Chauffeur für den Unternehmer durch das Arbeitverhältnis am Strassenverkehr teilnehmen und dort selbständig handeln und entscheiden müsse, „dies oft in Situationen, die plötzlich auftreten und grosse Gefahren darstellen, mit Schadensmöglichkeiten, die ausser Verhältnis zu dem Lohn stehen, zu dem der Fahrer die Arbeit auf sich genommen hat": s. Übersetzung und Ausführungen bei HOHLBEIN S. 25 f., 26 Fn 1.

638 ZWEIGERT/KÖTZ S. 379; MATUSCHE-BECKMANN S. 35; PETRIN S. 44 f.; im Ergebnis auch VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 188.

639 MATUSCHE-BECKMANN S. 224 ff.

keit. Ein Befreiungsbeweis zugunsten des Geschäftsherrn ist nicht vorgesehen, im Gegensatz zu den anderen erwähnten Personengruppen (Eltern, Lehrer etc.). Die Rechtspraxis hat die Strenge von CCfr 1384/5 aber gemildert. Insbesondere wird als zusätzliche Haftungsvoraussetzung ein Verschulden der Hilfsperson verlangt.

b) Begründung und Rechtsnatur

Schon vor dem Entwurf des CCfr entsprach die in CCfr 1384/5 geregelte Geschäftsherrenhaftung dem gemeinen französischen Recht, das in dieser Hinsicht auf eine *„ordonnance"* des Königs Franz I. von 1540 zurückgeht[640] und auf einer unwiderlegbaren *culpa in eligendo, vigilando, instruendo* gründete, was heute nicht mehr der Fall ist[641]. Ihre Rechtfertigung[642] erhält diese Haftung für gewisse Autoren durch die Idee der Stellvertretung, wonach die Hilfsperson als „verlängerter Arm" des Geschäftsherrn erachtet wird (*„qui facit per alium, facit per se"*)[643]. Geäussert wurde auch die Auffassung, der Geschäftsherr sei Bürge für das Verhalten der Hilfsperson[644], sowie der Gedanke der „sozialen Nützlichkeit" einer Haftung, die jenen treffen soll, der andere für sich arbeiten lässt und deshalb die Konsequenzen ihrer Handlungen tragen muss[645]. Auch der Schutz der Geschädigten vor der Insolvenz der Hilfsperson wurde ins Feld geführt[646]. Andere weisen zur Haftungsbegründung auf die Korrelation zwischen Nutzen und Risiko hin[647], wobei das „Risiko" früh als Grundlage der französischen Geschäftsherrenhaftung betrachtet wurde, im Gegensatz zum Verschuldensprinzip im deutschen Recht[648]. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass auch im französischen Recht keine einheitliche Begründung der Geschäftsherrenhaftung existiert[649].

Die Haftung nach CCfr 1384/5 ist eine Kausalhaftung, da ein sorgfaltswidriges Verhalten des haftpflichtigen Geschäftsherrn nicht Haftungsvoraussetzung ist. In dieser Logik liegt auch der aus CCfr 1384/5 fliessende Grundsatz, dass sich der Geschäftsherr nicht entlasten kann, selbst wenn sein eigenes Verhalten korrekt war[650]; hierin liegt der entscheidende Unterschied zum schweizerischen Recht, das in OR 55 zugunsten des Geschäftsherrn einen Entlastungsbeweis sorgfältigen Verhaltens vorsieht.

---

640 CAEMMERER S. 287.

641 VINEY/JOURDAIN S. 864 f.; LE TOURNEAU/CADIET N 3500; LE TOURNEAU N 2134 f.; CAEMMERER S. 287 f.; GOTTHARDT S. 36 mit Verweisen.

642 Verweise zu allen Begründungen auch bei VINEY/JOURDAIN, S. 861 f.

643 Verweis auf CAPITANT, MAZEAUD/TUNC und andere bei LE TOURNEAU N 2136, der dieser Auffassung widerspricht, da ein Verschulden immer nur persönlich sei, aber nicht auf andere projiziert werden könne.

644 Verweis auf RIPERT, SAVATIER und andere bei LE TOURNEAU N 2138, der kritisch bemerkt, in diesem Falle müsste der Geschädigte in jedem Fall zuerst die Hilfsperson belangen und den Geschäftsherrn erst subsidiär.

645 Verweise bei LE TOURNEAU/CADIET, N 3501; LE TOURNEAU N 2139.

646 LE TOURNEAU/CADIET N 3539; siehe auch Verweise bei CAEMMERER, S. 287.

647 Neuere Lehre wie z. B. VINEY/JOURDAIN, S. 862. Verweis auf JOSSERAND, SAVATIER und andere bei LE TOURNEAU, N 2137, der auch dieser Theorie widerspricht, da sie nicht schlüssig begründe, weshalb der Geschäftsherr nicht auch für unverschuldete Handlungen der Hilfsperson haften solle. So auch CHAMOREL, S. 26 f.

648 LEGEAIS S. 304.

649 S. a. MATUSCHE-BECKMANN S. 305.

650 VINEY/JOURDAIN S. 896; LE TOURNEAU/CADIET N 3497; LE TOURNEAU N 2135; CHAMOREL S. 25 f.

c) Haftungsvoraussetzungen

(1) Verhältnis zwischen Geschäftsherr und Hilfsperson

Wie im schweizerischen Recht muss ein qualifiziertes Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson bestehen, damit eine Haftung nach CCfr 1384/5 greift. Während diese Beziehung früher auch im französischen Recht ein Subordinationsverhältnis sein musste[651], stellt die Rechtsprechung in neuerer Zeit eher darauf ab, ob *„le préposé participe à l'activité du commettant, dont celui-ci conserve la maîtrise"*[652]. Praktisch haben diese Nuancen kaum Auswirkungen, relevant ist jedenfalls die Weisungsgebundenheit der Hilfsperson[653] bzw. die Tatsache, dass die Hilfsperson im Interesse des Geschäftsherrn und für dessen Rechnung tätig wird[654]. Das Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson muss nicht rechtlich, sondern kann rein faktisch sein[655]. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Geschäftsherr seine Weisungsbefugnis tatsächlich ausübt; es genügt, dass er die (rechtliche) Möglichkeit dazu hätte[656]. In dieser Hinsicht gleicht das französische dem schweizerischen Recht.

In der Regel erfüllt ein Arbeitsvertrag zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson die Voraussetzungen des qualifizierten Verhältnisses[657]. Demgegenüber sieht das französische wie das schweizerische Recht grundsätzlich keine Haftung für selbständige Unternehmer vor; relevant ist dabei der Grad der Selbständigkeit der Hilfsperson. Ein Werkvertrag beispielsweise schliesst in der Regel ein Verhältnis der *„préposition"* aus[658]. So haften Besteller grundsätzlich nicht für selbständige Bauunternehmer oder Handwerker[659]. Gewisse Urteile weisen aber auch in eine entgegengesetzte Richtung, wenn besondere Umstände vorliegen[660]. Besteht ein Auftrag, so kann eine *„préposition"* je nach Grad der Selbständigkeit des Mandanten gegenüber den Weisungen des Geschäftsherrn bejaht werden[661]. Grundsätzlich besteht aber keine Geschäftsherrenhaftung für Anwälte und Ärzte[662], es sei denn, der Arzt beispielsweise sei regelmässig gegen ein Entgelt für ein Spital tätig und habe deshalb den Status eines *„salarié"*[663]. Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft (*„contrat de société"*) haben untereinander kein Verhältnis der *préposition*, ausser ein Gesellschafter sei für die anderen in einer Weise tätig, die ihn als *„salarié"* erscheinen lässt[664].

---

651 Siehe etwa ZWEIGERT/KÖTZ S. 380.
652 LE TOURNEAU/CADIET N 3507.
653 GOTTHARDT S. 36.
654 VINEY/JOURDAIN S. 866.
655 LE TOURNEAU/CADIET N 3507; GOTTHARDT S. 36 f.; in diesem Sinne auch VINEY/JOURDAIN S. 874.
656 VINEY/JOURDAIN S. 866; LE TOURNEAU/CADIET N 3508.
657 VINEY/JOURDAIN S. 867 f.
658 LE TOURNEAU/CADIET N 3521.
659 GOTTHARDT S. 37 mit Verweisen.
660 VINEY/JOURDAIN S. 873 mit Verweisen.
661 LE TOURNEAU/CADIET N 3522; VINEY/JOURDAIN S. 872.
662 VINEY/JOURDAIN S. 867; GOTTHARDT S. 37 mit Verweisen; insofern wird das Subordinationsverhältnis im französischen Recht enger ausgelegt als im deutschen, s. VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, S. 199 Fn 1127.
663 VINEY/JOURDAIN S. 868.
664 VINEY/JOURDAIN S. 873.

(2) *Funktioneller Charakter der schädigenden Tätigkeit*

Wie in anderen Rechtsordnungen muss zwischen der schuldhaften Handlung der Hilfsperson und der Tätigkeit des Geschäftsherrn ein funktioneller Zusammenhang bestehen[665]. Nach französischem Recht wird dieser Zusammenhang nicht dadurch unterbrochen, dass die Hilfsperson eine absichtliche bzw. strafbare Schädigung begangen hat[666]; diese Frage ist im schweizerischen Recht umstritten[667]. Ebenso, und diesbezüglich in Entsprechung zum schweizerischen Recht[668], bleibt der funktionelle Charakter einer Handlung der Hilfsperson bestehen, die Weisungen ihres Geschäftsherrn verletzt, es sei denn, der Geschädigte kannte die verletzten Anweisungen[669].

Auch im französischen Recht sind sich Lehre und Rechtsprechung über die Abgrenzung in den Grenzfällen – Verletzung von Weisungen des Geschäftsherrn durch die Hilfsperson, *„abus de fonctions"* – nicht einig[670]. Früh hielt die Rechtsprechung fest, der Geschädigte könne sich nicht auf CCfr 1384/5 berufen, wenn er wusste oder hätte wissen können, dass die schädigende Handlung der Hilfsperson nicht zu deren geschäftlichen Pflichten gehörte, oder wenn der Geschädigte mit der Hilfsperson hinsichtlich der funktionsfremden Schädigung gar zusammengewirkt hat[671]. Dieses Kriterium der *„apparence"* spielte hauptsächlich im vertraglichen Bereich eine Rolle, wurde aber auch bezüglich deliktischer Schädigungen angewendet[672]. In Bezug auf Unfälle bei Schwarzfahrten mit Geschäftswagen ohne Wissen und Willen des Geschäftsherrn verfolgten die beiden Kammern des Kassationshofes bezüglich des funktionellen Zusammenhangs eine unterschiedliche Praxis: Während die *Chambre criminelle*[673] einer älteren Rechtsprechung folgte, wonach die Konsequenzen solcher Unfälle den Arbeitgebern zugerechnet wurden, war die *Chambre civile* zurückhaltender. Trotz gewisser Grundsatzentscheide war es der *Assemblée plénière* nicht gelungen, diese Rechtsprechung zu vereinheitlichen[674].

1988 hat dann die *Assemblée plénière* 3 präzisere Voraussetzungen aufgestellt, unter denen sich der Geschäftsherr entlasten kann, weil der besagte funktionelle Zusammenhang unterbrochen wird[675]:

1) Zum Einen muss die Hilfsperson ihre Funktionen überschritten haben; diese Voraussetzung wird objektiv beurteilt. *A priori* wird vermutet, die Hilfsperson habe innerhalb ihrer Funktionen gehandelt, wenn die Schädigung während der Arbeit, am Arbeitsplatz und/oder mit Arbeitsinstrumenten erfolgte[676].

2) Im Weiteren muss die Hilfsperson ohne Erlaubnis seitens des Geschäftsherrn gehandelt haben. Diese Voraussetzung wurde primär hinsichtlich der Schädigung durch Motorfahr-

---

665 LE TOURNEAU/CADIET N 3525; VINEY/JOURDAIN S. 876.

666 VINEY/JOURDAIN S. 877 f.; ZWEIGERT/KÖTZ S. 382 mit Fallhinweisen.

667 BREHM-Bk, ad OR 55 N 28, Verweise N 27.

668 REY N 913; BREHM-Bk, ad OR 55 N 25 f.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 93, dort auch Verweise; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 16.

669 VINEY/JOURDAIN S. 878.

670 VINEY/JOURDAIN S. 879, Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung S. 883 ff.; GOTTHARDT S. 38.

671 VINEY/JOURDAIN S. 881 f.

672 VINEY/JOURDAIN S. 881, 883.

673 Die Strafkammer des Kassationshofs hat im Rahmen von Adhäsionsverfahren oft über die zivilrechtlichen Folgen strafbarer Handlungen zu entscheiden, s. ZWEIGERT/KÖTZ S. 382.

674 ZWEIGERT/KÖTZ S. 382 f.

675 LE TOURNEAU/CADIET N 3531 mit Verweis auf das Urteil der Ass. plén. der Cour de Cassation vom 19. Mai 1988; siehe auch VON BAR, Vicarious Liability, S. 444; VINEY/JOURDAIN S. 888.

676 LE TOURNEAU/CADIET N 3532 f.

zeuge entwickelt und scheint heute, infolge einer neuen, strengeren Haftung für den Betrieb von Motorfahrzeugen, an Bedeutung verloren zu haben[677].

3) Schliesslich muss die Hilfsperson im eigenen Interesse, ohne Bezug zu ihren weisungsgemässen Pflichten gehandelt haben, *„à des fins étrangères à ses attributions"*. So war diese Voraussetzung in den Augen der *Chambre criminelle* erfüllt in Fällen, in denen Angestellte einer Bewachungsfirma in den bewachten Gebäuden Diebstähle verübt hatten. Dasselbe galt für einen Bankdirektor bezüglich der Unterschlagung von Geldern, die ihm aufgrund besonderer persönlicher Verhältnisse von einem Kunden anvertraut worden waren[678]. Verletzt die Hilfsperson Weisungen des Geschäftsherrn, so wird dieser jedoch dann für ihr Verhalten haftbar, wenn sie den Schaden in Ausführung ihrer Aufgaben durch Ungeschicklichkeit oder Untüchtigkeit verursacht[679].

Das Urteil der Assemblée plénière von 1988 wird durch die *Chambre civile* und die *Chambre criminelle* nicht ganz einheitlich umgesetzt. Die *Chambre civile* hält sich grundsätzlich an die drei Kriterien, bejaht aber neu auch eine Haftung des Geschäftsherrn, wenn die Hilfsperson in der Tätigkeit für letzteren lediglich die Gelegenheit und Mittel zur Schädigung vorfand (womit die Chambre civile der älteren Rechtsprechung der *Chambre criminelle* folgt)[680]. Diesbezüglich ist somit das französische Recht dem Geschäftsherrn gegenüber strenger als das schweizerische, da letzteres eine Entlastung des Geschäftsherrn bejaht, wenn die Schädigung nur bei Gelegenheit, nicht aber in Ausübung der geschäftlichen Tätigkeit erfolgt. In vertragsrechtlich gelagerten Fällen der Unterschlagung von Geldern durch Hilfspersonen von Banken, Versicherungen etc. setzt die *Chambre civile* allerdings noch voraus, dass *„la victime pouvait légitimement croire que le préposé agit véritablement dans l'exercice de ses fonctions"* (das bereits erwähnte Kriterium der *„apparence"*)[681]. Dieses zusätzliche – eigentlich aus dem vertragsrechtlichen Vertrauensprinzip fliessende – Erfordernis wird seitens der Lehre kritisch kommentiert und soll offenbar hauptsächlich im vorvertraglichen Bereich eine Rolle spielen[682]. Die *Chambre criminelle* hingegen scheint neu gegen ihre frühere Rechtsprechung zu entscheiden, indem sie in gewissen Fällen den Umstand, dass die Hilfsperson das ihr durch den Geschäftsherrn zur Verfügung gestellte Material widerrechtlich zu eigenen Zwecken missbraucht, nicht mehr als genügend für eine Haftung des Geschäftsherrn betrachtet[683]. Dennoch ist *zusammenfassend* zu sagen, dass die französische Rechtsprechung „den Kreis der dem Geschäftsherrn zurechenbaren Delikte sehr weit gezogen hat"[684].

(3) Verschulden der Hilfsperson

Das Verhalten der Hilfsperson muss schuldhaft sein; diese Bedingung wird im Text von CCfr 1384/5 nicht erwähnt, sondern fand im 19. Jahrhundert durch Lehre und Rechtspre-

677 LE TOURNEAU/CADIET N 3536; s. a. LEGEAIS S. 309.

678 LE TOURNEAU/CADIET N 3537; ähnlicher Fall auch bei GOTTHARDT S. 39 mit Verweis auf den Entscheid der Ass. plén. vom 15. November 1985, der dem erwähnten Urteil vom 19. Mai 1988 vorausging.

679 GOTTHARDT S. 38.

680 VINEY/JOURDAIN S. 889. Somit spielt das subjektive Kriterium – die Absicht der Hilfsperson, von ihren geschäftlichen Pflichten abzuweichen – keine grosse Rolle mehr.

681 VINEY/JOURDAIN S. 889; LE TOURNEAU/CADIET N 3535; bei beiden Verweise auf die Rechtsprechung.

682 LE TOURNEAU/CADIET N 3535 ; s. a. GALAND-CARVAL S. 303 N 51.

683 VINEY/JOURDAIN S. 890.

684 ZWEIGERT/KÖTZ S. 381 und Ausführungen ebd. 381 ff.

chung Eingang in die Rechtsordnung[685]. Präziser formuliert, muss (bzw. müsste) die Hilfsperson durch ihre Handlung gegenüber dem Geschädigten persönlich haftbar werden[686]. Diese Präzisierung ist deshalb notwendig, weil die Rechtsprechung seit einiger Zeit auch die Haftung des Geschäftsherrn für unzurechnungsfähige Hilfspersonen bejaht[687]. Ausserhalb solcher Fälle aber bleibt das Verschulden der Hilfsperson Haftungsvoraussetzungs und es muss vom Geschädigten bewiesen werden[688]. Allerdings muss die schädigende Hilfsperson vor einer Behaftung des Geschäftsherrn nicht vorgängig beklagt werden; es genügt, das Verschulden „*incidenter*" festzustellen[689]. Ausserdem muss die konkret schädigende Hilfsperson nicht zwingend individualisiert werden[690]. Auch diesbezüglich besteht also eine Parallelität zwischen dem französischen und dem schweizerischen Recht.

Die Lehre weist überdies darauf hin, dass der Schaden in vielen Fällen durch eine von der Hilfsperson bei der Arbeit im Dienst des Geschäftsherrn benutzten Sache (im Sinne von CCfr 1384/1) verursacht wird. Da durch den blossen Gebrauch nicht die Hilfsperson „*gardien*" der Sache wird, sondern der Geschäftsherr „*gardien*" bleibt, haftet für solche Schäden aber ohnehin der Geschäftsherr kraft CCfr 1384/1[691]. Und die französische Haftung „*du fait d'une chose*" nach CCfr 1384/1 ist verschuldensunabhängig ausgestaltet[692].

d) Entlastungsmöglichkeit

Der Geschäftsherr kann sich nur entlasten, wenn er die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zwischen der Handlung der Hilfsperson und dem Schaden, d. h. höhere Gewalt oder grobes Dritt- und Selbstverschulden beweist[693].

e) Persönliche Haftung der Hilfsperson

Die Haftung des Geschäftsherrn nach CCfr 1384/5 schliesst eine persönliche Haftung der Hilfsperson nicht aus. Der Geschädigte kann also wahlweise gegen den Geschäftsherrn oder die Hilfsperson oder gegen beide klagen[694]. Gewisse Stimmen fordern allerdings eine Kanalisierung der Haftung auf den Geschäftsherrn, nach dem Vorbild der Staatshaftung[695]. Und in einer Entscheidung aus dem Jahre 1993 hielt die *Cour de cassation* fest, eine direkte Klage gegen die Hilfsperson könne nur gutgeheissen werden, wenn diese eine „*faute personnelle*" begangen habe, indem sie von den Weisungen und Aufträgen des Geschäftsherrn abge-

---

685 LE TOURNEAU/CADIET N 3524; NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 85 f. Ähnliches gilt für das englische Recht, wo das Verschulden der Hilfsperson ebenfalls Haftungvoraussetzung ist (WICKE S. 265, insbes. Fn 221). Der historische Hintergrund dieser Rechtspraxis ist im Verschuldensprinzip zu sehen, das im 19. Jh. die kontinentaleuropäische Jurisprudenz dominierte und auch das englische Recht beeinflusste (s. WICKE S. 209 ff.).

686 VINEY/JOURDAIN S. 891; ZWEIGERT/KÖTZ S. 380.

687 VINEY/JOURDAIN S. 893; GOTTHARDT S. 38; s. a. VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 196.

688 ZWEIGERT/KÖTZ S. 383.

689 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 193.

690 VINEY/JOURDAIN S. 892.

691 LE TOURNEAU/CADIET N 3524, 3542; VINEY/JOURDAIN S. 893; GOTTHARDT S. 37.

692 NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 85 f.

693 VINEY/JOURDAIN S. 896 f.; LEGEAIS S. 310.

694 LE TOURNEAU/CADIET N 3539; VINEY/JOURDAIN S. 898.

695 LE TOURNEAU/CADIET N 3549; s. a. ZWEIGERT/KÖTZ S. 383 mit dem Hinweis auf das Arbeitsrecht, wo „die arbeitsvertragliche Haftung des Arbeitnehmers in ständiger Rechtsprechung auf Fälle groben Verschuldens" beschränkt wurde.

wichen sei[696]. Nicht ganz klar ist, wie diese „*faute personnelle*" definiert werden soll. Wäre sie deckungsgleich mit der Art von „*abus des fonctions*", die den funktionellen Zusammenhang unterbricht, so hiesse das nichts anderes, als dass sich Geschäftsherrenhaftung gemäss CCfr 1384/5 und persönliche Haftung der Hilfsperson gegenseitig ausschlössen. Nach Ansicht der Lehre soll aber die „*faute personnelle*" doch einen weiteren Anwendungsbereich als die Unterbrechung des funktionellen Zusammenhangs haben; VINEY/JOURDAIN verweisen diesbezüglich auf den Begriff der „*faute personnelle non dépourvue de tout lien avec les fonctions*" aus dem französischen Verwaltungsrecht[697]. Insbesondere muss es sich um ein Verschulden handeln, das der Geschäftsherr trotz vernünftiger Sorgfalt nicht voraussehen konnte; dies ist beispielsweise dann nicht der Fall, wenn der Geschäftsherr die Hilfsperson zum schädigenden Verhalten angestiftet oder zu dessen Auswirkungen durch ungenügende organisatorische Massnahmen beigetragen hat[698].

VINEY/JOURDAIN weisen darauf hin, dass die beschriebene jüngste Rechtsprechung zur persönlichen Haftung der Hilfsperson auch als Neubeurteilung der Geschäftsherrenhaftung gedeutet werden kann. Sie drückt die Abwendung von einer Sichtweise aus, die auf persönliches Verhalten und Verschulden abstellt, und deutet in Richtung einer ganzheitlichen Betrachtung des Betriebes des Geschäftsherrn als System: „*Si le préposé ne répond pas lui-même des fautes ordinaires qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions, c'est parce qu'il est un simple rouage de l'enterprise et qu'il n'a pas une véritable autonomie par rapport à elle*"[699]. Die Rechtsprechung zur Haftung der juristischen Person für ihre Organe hat eine analoge Entwicklung durchgemacht[700].

696 LE TOURNEAU/CADIET N 3544, dort Verweis auf den besagten Entscheid vom 13. Oktober 1993; VINEY/JOURDAIN S. 900 ff.

697 VINEY/JOURDAIN S. 903.

698 VINEY/JOURDAIN S. 904.

699 VINEY/JOURDAIN S. 905.

700 VINEY/JOURDAIN S. 905.

III. Interdisziplinäre Analyse

A. Methodik und Fragestellung

1. Methodische Vorbemerkungen

(1) Rolle der juristischen Wissenschaft

Wie bereits erwähnt, geht es in der vorliegenden Arbeit um eine Neubeurteilung von Haftungsinstituten, die sich dem Begriff „Organisationshaftung" zuordnen lassen. Diese Neubeurteilung soll sich auf das geltende Recht beziehen wie auch Überlegungen *de lege ferenda* umfassen. Es stellt sich zunächst die methodische Frage, ob eine solche Zielsetzung überhaupt Gegenstand einer juristischen Untersuchung sein kann, und falls ja, wie die vorliegende Untersuchung durchgeführt werden soll.

Nach traditioneller Auffassung soll sich die Jurisprudenz in erster Linie mit der Frage beschäftigen, was in einer Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt „rechtens" ist. Der Rechtswissenschaftler soll mithin den Inhalt der Rechtsnormen ermitteln, und zwar den Inhalt, der ihnen rechtlich zukommt, nicht jenen, der ihnen die tatsächliche Rechtspraxis gibt (mit dieser Frage beschäftigt sich die Rechtssoziologie)[701]. Diese Auffassung von der Rolle der Rechtswissenschaft ist zweifelsohne zu eng. Sinnvollerweise muss sie zumindest die verschiedenen Aufgaben der Rechtspraxis wissenschaftlich begleiten. Freilich steht hierbei die Ermittlung des geltenden Rechts im Hinblick auf die Rechtsanwendung im Vordergrund. Aber darüber hinaus kommt dem Richter gemäss Artikel 1 Absatz 2 ZGB die bedeutende Rolle der Rechtsfortbildung zu, so nämlich in Situationen, in denen weder dem geschriebenen noch dem Gewohnheitsrecht eine Regel zur Lösung eines Falles entnommen werden kann. Dabei soll das Gericht nach der Regel entscheiden, „die es als Gesetzgeber aufstellen würde". Somit soll die Rechtspraxis nicht nur das geltende Recht anwenden, sondern auch Lücken ermitteln und füllen, soweit zulässig. Von dieser Aufgabe ist der Schritt zur Arbeit des Gesetzgebers aus methodischer Sicht nicht mehr weit. Erstens ist der Anlass sowohl für die richterliche Lückenfüllung als auch für die Schaffung neuer Normen derselbe: ein Gefühl des Ungenügens bestehender Normen gegenüber einer mit einer faktischen Situation verknüpften Interessenlage. Zweitens bestehen Ähnlichkeiten auf der Ebene der Methodik: Die üblichen Auslegungskriterien genügen nicht für die Rechtsfortbildung, sondern es muss ein neues, kreatives Element hinzukommen, damit der Übergang vom „Sein" zum „Sollen" gewährleistet und schlüssig begründet werden kann.

Die Rechtswissenschaft kann somit die Auslegung bestehender wie auch die Schaffung neuer Normen wissenschaftlich begleiten, was auch durch Artikel 1 Absatz 3 ZGB unterstrichen wird. Insbesondere soll sie sich mit der Entwicklung neuer Normen für sachlich ungenügende oder unvollständige Rechtslagen beschäftigen, somit Rechtsprobleme deutlich machen, in Zusammenarbeit mit anderen Wissenschaften Lösungsvorschläge erarbeiten, Formulierungshilfe leisten[702] und, als Aufgabe im traditionelleren juristischen Sinn, die systematische Kohärenz des Rechtssystems sichern. Wenn in diesem Rahmen zwar reine „philosophische Gerechtigkeitsdiskurse" für die Rechtspraxis in der Regel zu abstrakt sind, ist die Alternative dazu nicht der „Jurist als solcher": „Der Argumentationskanon der ‚guten Gründe' ist nicht mehr beschränkbar auf juristische Dogmatik. Die ‚realistische' und sozialwissenschaftliche ‚Entzauberung des Rechts' (Habermas) hat nicht etwa zu Nicht-Recht

---

701 LARENZ/CANARIS, S. 18; als Beispiel für einen rechtssoziologischen Ansatz im Bereich der Organisationshaftung siehe Aeschimann.

702 LARENZ/CANARIS, S. 16, 57.

geführt, sondern zu anderem Recht. Privatrecht ist sozialer, politischer, ökonomischer geworden."[703] Dabei ist auch der Gegenpol eines reinen „Tatsachenpositivismus"[704] zu vermeiden. Tragfähige Lösungen lassen sich nur durch eine Integration juristischer und ausserrechtlicher Gesichtspunkte erarbeiten. Die dabei zu berücksichtigenden Argumentationsketten können sich durchaus widersprechen, was sich aber nicht vermeiden lässt. Solche Konflikte müssen wertend gelöst werden, auf ähnliche Weise wie Konflikte zwischen verschiedenen Auslegungsmethoden[705].

Diese Sichtweise ist nicht neu; sie entspricht dem pragmatischen Ansatz, den Lehre und Rechtsprechung für die Auslegung von Artikel 1 ZGB entwickelt haben. Demnach hat der Richter bei der Lückenfüllung die Pflicht, widerstreitende Interessen zu erforschen und zu bewerten. „Das zwingt ihn namentlich zu gründlicher Beachtung der Realien des Lebens"[706]; dabei soll er sich wie der Gesetzgeber an einem ethischen und einem realistischen Massstab orientieren[707]. Der ethische betrifft die Frage der „Gerechtigkeit", der realistische jene der Gestaltung einer Norm, damit diese praktisch brauchbar ist[708].

(2) Methodenpluralismus

Soweit die eben zitierte Sichtweise den realistischen Gesichtspunkt einzig auf die Frage beschränkt, ob eine neue Norm praktisch umsetzbar ist oder nicht, somit also auf eine rechtssoziologische Frage, erscheint sie mir noch zu eng für eine glaubwürdige rechtspolitische Arbeit des Rechtswissenschaftlers. Eine Zusammenarbeit mit anderen Wissenschaften ist ebenso auf inhaltlicher Ebene notwendig. Es gibt zwar durchaus Normen, die sich ausschliesslich juristisch begründen lassen, insbesondere über die systematische und wertmässige Kohärenz des Rechtssystems. So liess sich der (vom Parlament in der Schlussabstimmung verworfene) Vorschlag zur Neuordnung des Ehenamensrechts unmittelbar aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebot ableiten[709]. Andere Normen aber ergeben sich nicht unmittelbar aus der Systematik der Rechtsordnung, sondern können nur dadurch gefunden werden, dass jene Bereiche der Realität, die durch eine neue Norm erfasst werden sollen, aus juristischer Sicht „bewertet" werden. Im Hinblick auf diese Bewertung muss sich der rechtspolitisch arbeitende Jurist „die nötigen Daten, das Erfahrungsmaterial von den jeweils zuständigen Wissenschaften geben lassen"[710]. Gerade haftpflichtrechtliche Normen wurden oft aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse über faktische Umstände eingeführt, so beispielsweise viele Kausalhaftungen aufgrund des Gefährdungspotentials der erfassten Tätigkeiten und Zustände. Ob gewisse Tätigkeiten eine erhöhte Gefährdung Dritter mit sich bringen, ist eine faktische, wissenschaftlich zu klärende Frage. Wie streng die Haftung sein soll, die an erhöht gefährliche Tätigkeiten geknüpft wird, ist eine primär juristische Wertung, die direkt von der faktischen Frage abhängt. Somit geht die Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse für die rechtspolitische Arbeit des Rechtswissenschaftlers über die Rechtssoziologie hinaus.

---

703 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 32 f.
704 TAUPITZ S. 132 mit Verweis auf FIKENTSCHER.
705 TAUPITZ S. 136.
706 MEIER-HAYOZ-BK, ad Art. 1 ZGB, N 319.
707 MEIER-HAYOZ-BK, ad Art. 1 ZGB, N 322.
708 MEIER-HAYOZ-BK, ad Art. 1 ZGB, N 325, 328 f.
709 Initiative Sandoz, siehe den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 31.8.1998, BBl 1999 4940 (http://www.admin.ch/ch/d/ff/1999/4940.pdf).
710 LARENZ/CANARIS S. 16.

Wie aber soll die Rechtswissenschaft mit anderen Wissenschaften zusammenarbeiten, um neue Normen zu entwerfen? Zunächst ist festzuhalten, dass sich der Jurist nicht in jenen Bereichen ein wissenschaftliches Ermessen zugestehen sollte, wo er nicht zuständig ist[711]. Im Hinblick auf die Gesetzgebung oder die richterliche Rechtsfortbildung müssen sodann nicht unmittelbar Fakten, sondern vielmehr *Interessen* erforscht und gewichtet werden[712]. Anhaltspunkte für die Interessenlage betroffener Akteure können die tatsächlichen Umstände durchaus geben. Schwieriger ist die *Wertung* der widerstreitenden Interessen. Der Begriff der „Gerechtigkeit" liefert hierzu nur ein ethisches Leitbild. Seine Ausdifferenzierung auf normativer Ebene entzieht sich letztlich einer völlig stringenten, mathematischen Logik, wie sie vielleicht der reine Rechtspositivismus verfolgt. Rückgebunden an die „Gerechtigkeit" und doch offen für ausserjuristische Gesichtspunkte ist das Recht, und insbesondere das Haftungsrecht, gleichzeitig norm- und prinzipienorientiert und „pragmatisch", sucht „sozial ‚richtige'" Ergebnisse „als kontextuelle Gerechtigkeit – oder als ‚fairness, all things considered'"[713].

Der rechtspolitisch arbeitende Jurist sieht sich hier mit dem Dilemma konfrontiert, dass er tragfähige Kriterien zur Ableitung des „Sollens" aus dem „Sein" finden muss, obschon seine hauptsächliche Wissenschaft und sein Handwerk traditionellerweise nur das „Sollen" betreffen. Seine zur Rechtsfindung notwendige Interpretation des „Seins" wird somit methodisch und inhaltlich kaum je auf derselben wissenschaftlichen Stufe stehen wie die Schlüsse der jeweils spezialisierten Wissenschaftszweige. Dennoch muss er solche Interpretationen wagen. Dieses Wagnis ist – für den Juristen wie für die Gesellschaft – insofern gemildert, als die Entwicklung neuen Rechts in demokratischen Staatsformen ohnehin immer im Rahmen eines „offenen gesellschaftlichen Prozesses der Rechtskommunikation" zwischen verschiedenen Akteuren stattfindet[714], nicht ausschliesslich im Subsystem der juristischen Wissenschaft. Dadurch entsteht idealerweise eine Art statistischer Ausgleich der Interessen.

Auf eine konkrete wissenschaftliche Studie wie die vorliegende bezogen, geht es zunächst darum, wissenschaftliche Erkenntnisse im Hinblick auf die zu regelnden Lebenssachverhalte zu sichten. Aus den gewonnenen Daten müssen sodann im Hinblick auf die Funktion des konkreten Rechtsbereichs, vorliegend des Haftpflichtrechts, rechtlich relevante Gesichtspunkte herausgeschält werden. Ausserjuristische Gesichtspunkte, dies sei aber schon hier betont, können dabei juristische Argumente nur ergänzen, nicht ersetzen.

Die Methodik dieses Übergangs vom Sein zum Sollen lässt sich ebenso schwer in abstrakte Worte fassen wie die richterliche Entscheidfindung nach „Billigkeit". Jede gesetzgeberische Lösung soll „gerecht" sein[715], doch lässt sich Gerechtigkeit nur schwer definieren und ist als sittliche Leitidee in neuerer Zeit denn auch verschiedentlich kritisiert worden[716]. Solche Kritik entbindet jedoch den auf Gerechtigkeit verpflichteten Gesetzgeber nicht von der Aufgabe, gerechte Normen zu finden. Im Zentrum des traditionellen Gerechtigkeitsbegriffs steht das Prinzip der Gleichheit: Menschen in vergleichbaren Umständen sollen gleich handeln bzw. vom Staat gleich behandelt werden; als Korrelat hierzu gilt das Willkürverbot[717]. Das Willkürverbot verlangt vom Gericht und vom Gesetzgeber, dass sich diese von „relevanten"

711 MEIER-HAYOZ-BK, ad Art. 1 ZGB, N 338.
712 MEIER-HAYOZ-BK, ad Art. 1 ZGB, N 319, 322; s. a. BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 31.
713 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 33.
714 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 31; s. a. AESCHIMANN, S. 119, für den Begriff der *„démocratie ‚dialogique'"*, mit Verweis auf CALLON/LASCOUMES/BARTHE.
715 MEIER-HAYOZ-BK, ad Art. 1 ZGB, N 328 f.
716 HÖFFE S. 92 linke Spalte.
717 HÖFFE S. 92 rechte Spalte.

Kritierien leiten lassen, also gleich gelagerte Fälle gleich behandeln sowie wesentliche Umstände berücksichtigen, aber unwesentliche nicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verletzt ein Erlass das Gebot der Rechtsgleichheit, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Ein Erlass ist willkürlich, wenn er sich nicht auf ernsthafte, sachliche Gründe stützt oder sinn- oder nutzlos erscheint[718]. Willkürverbot und Rechtsgleichheit sind, obschon aus derselben Grundidee herstammend, nicht gänzlich deckungsgleiche Begriffe. So kann eine Entscheidung willkürlich (weil krass unsachlich) sein, obschon sie alle Rechtssubjekte in einer vergleichbaren Situation trifft und jene somit gleich behandelt[719]. Zentral ist jedoch im einen wie im anderen Fall die sachliche und somit ausserjuristische Begründung von Erlassen.

Ein schwieriges Problem besteht darin, dass ausserjuristisches, natur- oder geisteswissenschaftliches Wissen kaum je zweifelsfrei feststeht, sondern relativ ist, letztlich genauso einem Widerstreit von Expertenmeinungen ausgesetzt wie rein juristische Auffassungen[720]. Über viele wissenschaftliche Fragen besteht unter Experten keine Einigkeit; somit sind selbst fundierte wissenschaftliche Aussagen aus rechtlicher Sicht lediglich „Meinungen". Der Gesetzgeber kann deshalb im Rahmen der Rechtssetzung auf kontroverse wissenschaftliche Deutungen der Realität nicht automatisch abstellen. Er kann auch nicht einen wissenschaftlichen Ansatz zulasten anderer systematisch bevorzugen. Ansonsten verschaffte er wenigen Meinungen ohne erkennbare Begründung eine erhebliche Macht, was sich nicht mit den Grundsätzen der demokratischen Willensbildung und der Rechtssicherheit vertragen würde[721]. *„Dans ce sens, la démocratie reste une difficile affaire de procédure"*[722]. Um den so verstandenen gesetzgeberischen Willensbildungsprozess wenigsten in den Grundzügen nachzuzeichnen, habe ich in der vorliegenden Arbeit eine Art methodischen Pluralismus gewählt. Das Problem der Organisationshaftung soll aus verschiedenen interdisziplinären Perspektiven beleuchtet werden[723], die anschliessend wieder auf rein juristische Fragestellungen hin gebündelt werden. Ausgangspunkt dieser Analyse sind haftpflichtrechtliche Fragestellungen, die gleich nachfolgend entwickelt werden.

2. Begründung und Funktion des Haftpflichtrechts

Das Haftpflichtrecht regelt den geldwerten Ersatz von Schäden, die eine Person einer anderen zugefügt hat. Auf der einen Seite steht ein Prinzip, wonach jede Person geldwerte Verluste selbst zu tragen hat (*casum sentit dominus*)[724], auf der anderen das Verbot, andere Menschen zu schädigen (*neminem laedere*)[725]. Primär infolge der Dominanz des Verschuldensprinzips im 19. Jahrhundert wurde das erstgenannte Prinzip zum Grundsatz, die Entschädigung eines Schadens zur Ausnahme. Soll jemand zum Ersatz eines Schadens verpflichtet werden, so bedarf dies einer Rechtfertigung, d. h. eines Haftungsgrundes[726]. Beides,

---

718 BGE 110 Ia 13.

719 Siehe das Beispiel bei J. P. MÜLLER, S. 243.

720 So sieht MERTENS (zitiert bei BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 31 Fn 173) die juristische Wissenschaft als „mehr oder minder regulierten und durch institutionelle Marktführer besetzten Meinungsmarkt".

721 Zum Letzteren siehe MEIER-HAYOZ-BK, ad Art. 1 ZGB, N 333 f.; zur Problematik einer einzigen vorherrschenden rechtspolitischen Begründungsebene am Beispiel der ökonomischen Analyse siehe TAUPITZ, S. 124 f.

722 AESCHIMANN S. 119 Fn 53.

723 Siehe auch die Bemerkung bei HELM, S. 404.

724 OFTINGER/STARK, Bd. I, §1 N 10.

725 WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 345.

726 OFTINGER/STARK, Bd. I, §1 N 12.

das Grundprinzip wie auch die Notwendigkeit, dass jede Haftung als Ausnahme vom Grundprinzip begründet werden muss, lässt sich einerseits historisch herleiten und intuitiv erklären, das heisst mit dem „Rechtsempfinden"[727]. Der Haftungsgrund sollte aber auch Garant dafür sein, dass eine Haftung *jede* Person trifft, die eine andere auf typische Weise geschädigt hat. Dafür muss der Haftungsgrund allgemein formuliert sein, nicht nur einzelfallbezogen; nur so kann er Grundlage für Haftungsnormen sein, die „Typen von Fällen ... mit Hilfe gewisser Kriterien regeln"[728]. Denn diese Struktur erst erlaubt die Umsetzung des Gleichheitsgebots und damit einer ersten Voraussetzung für die Gerechtigkeit einer Haftungsnorm. Dass der Richter bei der Beurteilung eines Einzelfalles sowohl bei der Bemessung des Schadens als auch hinsichtlich der Festsetzung des Schadenersatzes einen erheblichen Ermessensspielraum hat (OR 43 und 44), widerspricht dem nicht. Über diesen Ermessensspielraum wird die Forderung nach Gerechtigkeit vom Gesetz in den Einzelfall hinein verlängert. Denn Gerechtigkeit im ethischen Sinn verlangt nicht nur nach allgemeingültigen abstrakten Normen, sondern überdies, dass man von dieser Norm abweicht, wenn dies die Umstände des Einzelfalles rechtfertigen[729].

Die Gegenüberstellung der zwei erwähnten Grundprinzipien lässt sich auch verfassungsrechtlich formulieren. Die primäre Funktion des Haftpflichtrechts wird in der Kompensation ungerechtfertigter Schäden gesehen[730], über die „Abgrenzung von Handlungsfreiheiten bzw. (die) Definition schutzwerter Interessen"[731], somit nicht nur in der Begründung, sondern auch in der Begrenzung der Haftung[732]. Kompensation von Schäden ist sozial adäquater Ersatz, d. h. die Zuordnung eines Schadens an jene Personen, „welche nach den Forderungen der Gerechtigkeit und der volkswirtschaftlichen Interessen als die geeignetsten Trägerinnen der Last erscheinen"[733]. Das Haftpflichtrecht begrenzt die persönliche Freiheit des Handelnden durch Auferlegung einer Entschädigungsfolge im Schadensfall. Die persönliche Freiheit ist ein verfassungsmässiges Grundrecht (BV 10/2), das durch den Staat nur beschränkt werden darf, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse vorliegt, eine gesetzliche Grundlage besteht und das Gebot der Verhältnismässigkeit gewahrt bleibt[734]. Damit Schadenersatz gerechtfertigt ist, muss das Integritätsinteresse des Geschädigten (bzw. der Öffentlichkeit) das Handlungs- oder Unterlassungsinteresse des Schädigers, somit dessen Recht auf persönliche Freiheit, überwiegen. Die Feststellung dieser Interessen muss in einem ersten Schritt von tatsächlichen (wirtschaftlichen, soziologischen, psychologischen etc.) Umständen ausgehen, an die eine ethische und juristische Wertung geknüpft wird. Somit erhält der beschriebene interdisziplinäre Ansatz auch aus dem Blickwinkel des Haftungsgrundes seine volle Bedeutung. Denn das Problem des Haftungsgrundes „reicht über das Gebiet des Rechts hinaus und berührt soziale, wirtschaftliche und ethische Fragen von grosser Tragweite"[735].

---

727 OFTINGER/STARK, Bd. I, §1 N 21.

728 HÖFFE S. 93 linke Spalte; s. a. WIDMER, Fonction et évolution, S. 430.

729 HÖFFE S. 95 linke Spalte.

730 REY N 12; Bericht der Studienkommission S. 18 und These 32-1; B. GROSS S. 49; BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 3 ff. Zum Begriff der „korrektiven Gerechtigkeit" s. a. HÖFFE, S. 94 rechte Spalte; HONORÉ S. 78 ff.

731 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 31; ähnlich WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 345; WEBER, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 40 ff.; WIDMER, Fonction et évolution, S. 426 f.

732 Bericht der Studienkommission S. 18.

733 MATAJA (1888), zitiert bei BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 3; somit muss der Begriff der korrektiven Gerechtigkeit mit jenem der distributiven Gerechtigkeit ergänzt werden, s. HONORÉ, S. 83 ff., was auch besonders für die Organisationshaftung gilt, s. ibidem, S. 84 f.

734 J. P. MÜLLER S. 20.

735 OFTINGER/STARK, Bd. I, §1 Fn 42.

Als weitere Funktion des Haftpflichtrechts wird die solidarische Schadenstragung über die Versicherung erwähnt. Obschon das Schweizer Haftpflichtrecht in seiner aktuellen Ausprägung nicht einer generalisierten „Versicherungslösung" entspricht und auch *de lege ferenda* nicht zu einem entsprechenden „*no fault*"-System werden soll[736], ist die Bedeutung der Versicherungen sowohl seitens der Geschädigten als auch seitens der Schädiger nicht von der Hand zu weisen. Sekundäre Bedeutung kommt im Übrigen der präventiven[737], kaum mehr Bedeutung der pönalen[738] Funktion des Haftpflichtrechts zu.

3. Verhältnis zwischen Haftungsgrund und Haftungsvoraussetzungen

Der Haftungsgrund tritt meist nicht in der konkreten Haftungsnorm in Erscheinung. Die Beschreibung der Haftung erfolgt in Form des Haftungstatbestandes, das heisst der normativen Festlegung, an welche tatsächliche Konstellation welche Haftungsfolgen geknüpft werden. Der Tatbestand bezeichnet das Haftungssubjekt, also die Person, die die Haftung tragen soll, die Haftungsvoraussetzungen sowie die Rechtsfolgen. Die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens einer Haftung ist eine Frage des materiellen Rechts. Demgegenüber betrifft die Frage der Beweislast das Prozessrecht[739], hat jedoch im Haftpflichtrecht eine besondere Bedeutung, wie OR 55 zeigt, und muss deshalb in unmittelbarer Verknüpfung mit den Haftungsvoraussetzungen betrachtet werden.

Der Haftungstatbestand ist also die konkrete, von aussen erkennbare Manifestation des Haftungsgrundes. Nicht der Grund, sondern erst der Tatbestand bestimmt, ob und wieweit eine Person in einem konkreten Fall haftbar wird. Da die Essenz und rechtspolitische Begründung der Haftungsnorm aus ihrem Haftungsgrund fliesst, müsste man vermuten, es bestehe ein zwingendes begriffliches Verhältnis zwischen Haftungsgrund und Haftungstatbestand. Das trifft aber nur teilweise zu. Ein Grund hierfür ist der Umstand, dass sich viele Haftungsformen nur über eine Kombination verschiedener Begründungsansätze rechtfertigen lassen, aber dennoch in einer einheitlichen Norm konkretisiert werden müssen. Dieses Dilemma kann auf verschiedene Arten gelöst werden, aber vermutlich nie vollständig. Gerade für die Organisationshaftung hat man in neuerer Zeit verschiedentlich die Aufsplitterung in mehrere Normen vorgeschlagen[740], was problematisch ist, da die Verteilung eines Haftungsgrundes auf mehrere Normen viele Abgrenzungsprobleme aufwirft (s. a. S. 288 ff.).

Im geltenden Schweizer Haftpflichtrecht unterscheidet man drei Haftungskategorien: Verschuldenshaftung, einfache Kausalhaftungen und strenge Kausalhaftungen. Nicht alle dieser Haftungstypen sind gleich zwingend an einen Haftungsgrund gekoppelt, und ihre Begründungen haben sich teilweise im Laufe der Zeit gewandelt. Die Organisationshaftung lässt sich aus mehreren parallelen Begründungsansätzen[741] im Grundsatz rechtfertigen; aber ihre

---

736 WIDMER/WESSNER, S. 18; Bericht der Studienkommission S. 16 f.

737 REY N 14; Bericht der Studienkommission S. 19 f.; WIDMER, Fonction et évolution, S. 428 und Fn 53; BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 3 ff. Während die präventive Funktion des Haftpflichtrechts für natürliche Personen umstritten ist, wird sie teilweise für kaufmännisch geführte Unternehmen bejaht, wenn sich Schadensverhütung finanziell auszahlt; s. B. GROSS S. 50. S. a. weitere Bemerkungen hinten, S. 184 ff. (zum Widerspruch zwischen der präventiven und kompensatorischen Funktion des Haftpflichtrechts); S. 355 ff. (zur Zumutbarkeit von Sorgfaltsmassnahmen).

738 REY N 17.

739 Sie untersteht aber bezüglich dem Haftpflichtrecht dennoch dem Bundesrecht, VOGEL, S. 246 N 33.

740 So wird mit VE 49 und 49a ein zweistufiges Modell vorgeschlagen, mit der Ausrichtung der Tätigkeit als Abgrenzungskriterium; WEBER-HÄUSERMANN (S. 120 ff.) spricht sich sogar für ein dreistufiges Konzept aus.

741 Für OR 55 siehe S. 17 ff.

konkreten Haftungsvoraussetzungen lassen sich im Einzelnen nicht zwingend herleiten[742]. „Zwar müssen die Haftungsvoraussetzungen immer im Licht der hinter ihnen stehenden sozialpolitischen Erwägungen betrachtet werden und dürfen zu ihnen nicht im Widerspruch stehen. Für die Suche nach der rechten Balance zwischen der Auferlegung verschuldensunabhängiger Haftung und dem Ersatzbedürfnis Dritter" liefert die Haftungsbegründung jedoch keine genauen Anhaltspunkte[743]. Problematisch wird eine Diskrepanz zwischen Haftungsgrund und -tatbestand dann, wenn sich der Grund wandelt, nicht aber der Tatbestand. Denn dieser Prozess gefährdet die Rechtssicherheit. Wer hätte alleine aufgrund des Wortlautes von OR 55 ahnen können, welch vielfältige Rechtsfolgen die Rechtspraxis aus dieser Norm im Laufe des 20. Jahrhunderts ableiten würde?

4. Zur Begründung und Struktur der Verschuldenshaftung

Die Verschuldenshaftung gemäss OR 41 gilt als haftungsrechtlicher Grundtatbestand, die Kausalhaftungen als Ausnahmen[744]. Sie gründet (zumindest historisch gesehen) auf der Auffassung, der (zurechnungsfähige) Mensch sei ein vernunftbegabtes, willensfähiges Wesen, das zwischen recht und unrecht, zwischen angemessen und unangemessen, zwischen sorgfältig und unsorgfältig unterscheiden und nach seiner Einsicht handeln könne. Folglich knüpft die Verschuldenshaftung an einem „subjektiven Fehler (des) Willens" des Schädigers an[745]. Relevant ist, neben der Urteilsfähigkeit, die Frage, ob das schädigende Verhalten von jenem abweicht, das ein umsichtiger Mensch mit durchschnittlichen Fähigkeiten in der gleichen Situation gezeigt hätte. Allerdings zeigt schon das Beispiel der Verschuldenshaftung, dass sich der ursprüngliche Haftungsgrund und die tatsächliche Rechtspraxis auseinander bewegen können. Der Verschuldensbegriff wurde nämlich im Laufe der Jahrzehnte in dem Sinne objektiviert, dass nicht mehr darauf abgestellt wird, welche Konsequenzen seines Verhaltens der Schädiger aufgrund seiner persönlichen, subjektiven Situation (Kenntnisse, Müdigkeit, Gesundheitszustand etc.) hätte voraussehen und abwenden können und müssen, sondern wie sich eine hypothetische, objektivierte Vergleichsperson verhalten hätte[746]. So hat sich die Rechtsprechung tendenziell vom ethischen Grundsatz entfernt, dass Verantwortlichkeit nur soweit gegeben sein kann, wie Voraussicht und Einflussmacht des potentiell Verantwortlichen reicht[747]. Ausserdem findet eine konzeptuelle Vermischung mit dem adäquaten Kausalzusammenhang statt, der im Gegensatz zum ursprünglichen Fahrlässigkeitsbegriff auf der objektiven Voraussehbarkeit des Schadens durch einen fiktiven, neutralen und erfahrenen Beobachter beruht[748]. Schliesslich findet eine Vermischung mit dem Begriff der Widerrechtlichkeit statt[749]. Denn in der Tat kann man objektivierte Sorgfaltspflichten als

---

742 S. a. WICKE S. 315 für die englische *vicarious liability*.

743 WICKE S. 383. Der Autor leitet diese Bemerkungen aus folgendem Zitat des südafrikanischen Richters SCHREINER ab: „It is often useful to examine the reason which probably gave rise to the rule, in order to discover the rule's limits, but *the reason, even if certainly established is not the same as the rule.*" (s. Zitat bei WICKE, S. 382).

744 OFTINGER, Haftung ohne Verschulden, S. 258; so schon die Botschaft (1905) ad OR, wiedergegeben bei Fasel, S. 1450. Diese Auffassung ist auch heute noch ein Axiom im schweizerischen Recht, trotz der erheblichen praktischen Bedeutung der Kausalhaftungen, s. WIDMER/WESSNER S. 136 mit kritischen Bemerkungen.

745 WIDMER/WESSNER S. 117.

746 WIDMER/WESSNER S. 118; GUILLOD, Faute objectivée, S. 157.

747 Zur Ethik s. a. hinten, S. 106 ff.

748 Siehe hierzu eingehender S. 332 ff.

749 Siehe hierzu auch TAUPITZ S. 154, der auf die Gefahr hinweist, dass zu weit objektivierte Sorgfaltspflichten „unter gleichzeitiger Auflösung der Trennung von Rechtswidrigkeit und Verschulden" unter das (ausschliessliche) „Primat ökonomischer Effizienz" gestellt werden könnten.

konkret ausdifferenzierte Verhaltensnormen betrachten[750], deren Rechtsnatur sich von jener allgemeiner formulierter Verhaltenspflichten („*neminem laedere*") nicht unterscheidet[751]. Verschuldenshaftung kann also heute auch dann eintreten, wenn der Schädiger aus subjektiver Sicht für den Schaden „nichts kann", was zu einer „Verschuldenshaftung ohne Verschulden" führt[752].

5. Zur Begründung und Struktur der einfachen Kausalhaftungen

Die Verschuldenshaftung, die einen „Willensfehler" sanktioniert, wird gemeinhin von den Kausalhaftungen unterschieden, die an Gefährdungssituationen oder „Unregelmässigkeiten" anknüpfen. Die *einfachen Kausalhaftungen* – OR 55, 56, 58 sowie ZGB 333 und 679 – erfassen sehr unterschiedlich gelagerte Situationen und sind von sehr heterogenen Haftungsgründen geprägt. OR 55, 56 und ZGB 333 knüpfen an die Verletzung bestimmter, objektiv umschriebener Sorgfaltspflichten an, wurden aber ursprünglich als Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast betrachtet. Im Laufe der Zeit wurden diese Haftungen verschärft, parallel zur beschriebenen Objektivierung des Verschuldens[753]; dies gilt insbesondere für OR 55. So sind diese Haftungen strenger als die subjektivierte Verschuldenshaftung: Die Sorgfaltspflichten sind objektiviert, und die Haftung kann auch einen Urteilsunfähigen treffen[754]. Weil aber eine Sorgfaltspflichtverletzung Haftungsvoraussetzung ist, sind die einfachen Kausalhaftungen weniger streng als die Gefährdungshaftungen. Gemeinsam ist allen einfachen Kausalhaftungen, dass die „fragliche Unregelmässigkeit Vorgänge im internen Bereich des Haftpflichtigen betrifft"[755] und dass sie eine Haftung für fremdes Verhalten einschliessen[756]. Damit ist allerdings noch nicht viel gesagt, denn das gilt ja auch für die meisten anderen Gefährdungshaftungen. Das Merkmal der „Unregelmässigkeit" wurde gelegentlich als gemeinsamer Nenner aller einfacher Kausalhaftungen angeführt[757], ist aber als Haftungsgrund zu unscharf und hätte aus der Sicht der Studienkommission zu einer Haftung für blosse Widerrechtlichkeit nach französischem Vorbild geführt, was als zu weitgehend empfunden wurde[758]. Interessanter ist die Aussage, einfache Kausalhaftungen gründeten nicht auf einer typischen Gefährdung; die zusätzliche Erfordernis einer Sorgfaltspflichtverletzung zeige vielmehr, „dass den geregelten Tatbeständen nur in Verbindung mit einem objektiven Fehlverhalten (...) eine besondere Gefährlichkeit innewohnt"[759].

Es gibt aber letztlich nicht nur keine einheitliche Begründung aller einfachen Kausalhaftungen; auch jede dieser Haftungsformen für sich genommen wird mit einer Vielzahl von Argumenten begründet. Die Gefahren, die von gewissen Situationen ausgehen (z. B. das Halten von Tieren: OR 56), spielen sicher eine Rolle, ebenso aber auch familienrechtliche Autoritäts- (ZGB 333) und berufliche Subordinationsverhältnisse (OR 55) oder wirtschaftliche Überlegungen (Korrelation zwischen Nutzen und Risiko). Somit sind die einfachen Kausalhaftungen rechtlich hybride Haftungsformen, deren Begründung weitgehend im Dunkeln

---

750 WIDMER/WESSNER S. S. 133 unten f., 135 unten f., ebd. Verweise.

751 Mehr hierzu hinten S. 323 ff.

752 In diesem Sinne die Ausführungen bei WIDMER/WESSNER S. 119 f., die zusammen mit der früheren Studienkommission in ihrem Bericht zur Gesamtrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts anregen, wieder zu einem subjektivierten Verschuldensbegriff zurückzukehren.

753 WIDMER/WESSNER S. 135.

754 B. GROSS S. 62.

755 B. GROSS S. 63.

756 B. GROSS S. 64.

757 Bericht Studienkommission S. 54 f.; WIDMER/WESSNER S. 135.

758 WIDMER/WESSNER S. 20 und S. 135 unten f.

759 B. GROSS S. 63.

liegt[760]. Sie sind zwischen der Verschuldenshaftung und den Gefährdungshaftungen angesiedelt, wobei sich die Grenzen auf beide Seiten hin überschneiden. So rückt die objektivierte Verschuldenshaftung in Richtung einer Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung. Gleichzeitig hat sich die Geschäftsherrenhaftung durch die beschriebene Auslegung von OR 55 faktisch in Richtung einer strengen Kausalhaftung entwickelt.

6. Zur Begründung und Struktur der strengen Kausalhaftungen

a) Begründung: Die Gefährdung als einheitlicher Haftungsgrund

Die geltenden Formen der strengen Kausalhaftungen sind alle an bestimmte Aktivitäten oder Zustände geknüpft, mit denen eine erhebliche Gefahr verbunden ist[761]. Haftungsvoraussetzung ist in der Regel die Manifestation einer typischen Gefahr (auch als „Betriebsgefahr" bezeichnet). Allerdings kann die Gefährdung allein nicht ausschliesslicher Haftungsgrund der strengen Kausalhaftungen sein. „Gefährdung bedeutet Schaffung einer Gefahr. Die Gefahr kann als die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung Dritter definiert werden"[762]. Aus dieser Sicht ist jedes potentielle Verletzungshandeln umso gefährlicher, je näher es in der Kausalkette bei der Schadensverursachung liegt[763]. Damit eine strenge Kausalhaftung angebracht ist, muss die Gefährdung *erheblich* sein.

Als erheblich wird eine Gefährdung dann betrachtet, wenn sie unter „im Leben häufig vorkommenden Nebenbedingungen" eine ausgeprägte Tendenz zur Verursachung von Schäden hat (wodurch die Wahrscheinlichkeit vieler, wenn auch kleiner Schäden gross ist) und/oder die Wahrscheinlichkeit besteht, dass die fragliche Gefährdung – „wenn auch vielleicht nur bei seltenen Nebenbedingungen" – sehr schwere Schäden verursachen kann[764]. Ausserdem muss es unmöglich sein, diese Gefährdung völlig zu beherrschen, trotz aller zumutbaren Sorgfalt einer im betreffenden Tätigkeitsbereich fachkundigen Person[765]. Der rechtspolitische Hintergrund der Kausalhaftung besteht somit in einer Korrelation zwischen Nutzen und Risiko: im Licht des Gefahrensatzes (gemäss OR 41) würde die Durchführung einer gefährlichen Tätigkeit ohne die Möglichkeit geeigneter Schutzmassnahmen *per se* eine schuldhafte Handlung darstellen[766]. Da viele solcher gefährlichen Tätigkeiten für die übrige Gesellschaft nicht nur schädlich, sondern auch nützlich sind, werden diese Aktivitäten toleriert; im Sinne einer Entsprechung zu diesem Privileg werden sie jedoch zulasten des Betreibers, der von ihnen persönlich wirtschaftlich profitiert, mit einer strengen Haftung belegt[767]. Somit befindet sich an der Basis jeder Gefährdungshaftung ein mehrfacher Inter-

---

760 In diesem Sinne WIDMER/WESSNER, S. 20.

761 OFTINGER/STARK, Bd. II/2, §24 N 6.

762 OFTINGER/STARK, Bd. II/2, §24 N 19.

763 In diesem Sinn OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §16 N 27.

764 OFTINGER/STARK, Bd. II/2, §24 N 19; s. a. OFTINGER, Haftung ohne Verschulden, S. 260; WIDMER, Fonction et évolution, S. 426; Bericht Studienkommission S. 62 f.

765 WIDMER, Fonction et évolution, S. 426; Bericht Studienkommission S. 63. Rechtsvergleichend siehe SCHAMPS, S. 855: *„premier seuil de dangerosité"*, mit Verweis u.a. auf das US-amerikanische 2nd Restatement of Torts, wo von *„ultrahazardous"* und *„abnormally dangerous activities"* die Rede ist. Nach SCHAMPS wäre somit die erste Gefährdungsschwelle niedriger als nach dem Schweizer Vorentwurf, wonach eine Tätigkeit erst dann unter die Generalklausel fallen soll, wenn die damit verbundene Gefährdung nicht mit aller zumutbaren Sorgfalt vermieden werden kann, s. SCHAMPS, S. 859 f.

766 Für die historischen Hintergründe dieser Argumentation s. WIDMER/WESSNER S. 136; WIDMER, Fonction et évolution, S. 422.

767 OFTINGER/STARK, Bd. II/2, §24 N 22; WIDMER, Fonction et évolution, S. 426 f.; rechtsvergleichend SCHAMPS S. 897; WICKE S. 311 bezüglich der englischen *vicarious liability*, mit Verweis auf VON BAR.

essenausgleich: hier das Handlungsinteresse des Betreibers und das Interesse der Gesellschaft an der mittels der gefährlichen Tätigkeit erbrachten Leistung (Energie, Transport, Kommunikation etc.), dort das Integritätsinteresse des potentiell Geschädigten bzw. wiederum der Gesellschaft. Überwiegt das Integritätsinteresse das Interesse an der Leistung, so lässt sich auch eine Gefährdungshaftung nicht mehr begründen, sondern muss die fragliche Tätigkeit verboten werden[768]. Es liegt auf der Hand, dass diese Interessenabwägung Wertungsfragen höchster Brisanz aufwirft und letztlich nie gänzlich objektiv beurteilt werden kann. Denn auf der Waagschale stehen sich vergrösserte Wohlfahrt aller der potentiellen Verletzung Einzelner gegenüber. Die objektive Bewertung des gesamtgesellschaftlichen Nutzens einer gefährlichen Tätigkeit ist kaum möglich; denn die Vergleichsgrössen unterscheiden sich zum Teil: primär wirtschaftlicher Nutzen seitens der Gesellschaft, Bedrohung von Persönlichkeitsrechten seitens des Geschädigten.

Der in VE 50 enthaltene Vorschlag für eine Generalklausel für Gefährdungshaftung übernimmt die Begründung der herkömmlichen Gefährdungshaftungen. Die Autoren des Berichts unterscheiden zwischen dem objektiven und dem subjektiven Element der Gefährdung: Eignung der Tätigkeit, häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen, sowie Unvermeidbarkeit der Schädigung auch mit grösster Sorgfalt[769]. Die *de lege lata* bestehenden Gefährdungshaftungen erfassen nur technische bzw. „materielle" Risiken; dies soll auch für eine Generalklausel *de lege ferenda* der Fall sein[770]. Nicht unter eine Generalklausel fallen soll jedoch eine an sich harmlose Tätigkeit, die „unter aussergewöhnlichen Umständen, die sich wahrscheinlich nicht wiederholen werden", einen Schaden verursacht hat[771].

SCHAMPS hat das Konzept der Gefährdung als zentrale Haftungsgrundlage aufgrund rechtsvergleichender Studien und insbesondere im Hinblick auf eine Generalklausel für Gefährdungshaftung verfeinert. Als allgemeine Kriterien schlägt sie die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung und deren Intensität vor[772]. Allerdings räumt auch SCHAMPS ein, dass sich keine abschliessende Liste mit gefährlichen Tätigkeiten aufstellen lasse. Hingegen könnte man im Gesetz Indizien für die Gefährlichkeit oder Beispiellisten mit gefährlichen Tätigkeiten erwähnen[773]. Wesentlich sei, dass die Gefährlichkeit *ex ante*, aufgrund allgemeiner Kriterien, nicht aufgrund des Einzelfalles beurteilt werde[774]. Es gelte zu vermeiden, dass das Gericht vom Auftreten eines Schadens – selbst wenn er katastrophale Ausmasse annehme – automatisch *ex post* auf die erhöhte Gefährlichkeit der schädigenden Tätigkeit schliesse[775]. Hingegen sei die konkrete, individuelle Voraussehbarkeit des Schadens irrelevant[776]. SCHAMPS erwähnt in der Folge eine Reihe von Indizien für die Gefährlichkeit von Zuständen oder Tätigkeiten[777]. Darunter finden sich folgende:

- bereits bestehende Interventionen des Gesetzgebers (z. B. in Form von Sicherheitsnormen oder bestehenden Gefährdungshaftungen);

---

768 OFTINGER/STARK, Bd. II/2, §24 N 23 ff.; SCHAMPS S. 899 ff.

769 WIDMER/WESSNER S. 140 f.; s. a. OFTINGER/STARK, Bd. II/2, §24 N 42. Kritisch SCHAMPS, für die eine kausalhaftungsrelevante Gefährdung bereits dann existiert, wenn sie nicht mit *vernünftigen* Schutzmassnahmen („*mesures de précaution raisonnables*") vermieden werden kann, s. SCHAMPS, S. 857 ff.

770 WIDMER/WESSNER S. 139.

771 WIDMER/WESSNER S. 141.

772 SCHAMPS S. 864.

773 SCHAMPS S. 866 f.

774 In ähnlichem Sinn WIDMER/WESSNER, S. 141, die denn auch die Entschädigung von Entwicklungsschäden ausschliessen.

775 SCHAMPS S. 867 f.. Diese Problematik stellt sich auch hinsichtlich der Beurteilung der objektiven Unsorgfalt oder des Verschuldens, s. eingehender S. 250 ff. und 334 ff.

776 SCHAMPS S. 868 ff.

777 SCHAMPS S. 871 ff.

- die Schutzlosigkeit potentieller Geschädigter;
- statistische Daten der Versicherer;
- wissenschaftliche Risikoanalysen;
- äussere Umstände (z. B. Nähe einer Tätigkeit zu bewohnten Gebieten).

Im Gegensatz zu den Autoren des Schweizer Vorentwurfs[778] hält es SCHAMPS für durchaus möglich, dass auch die „Organisationsgefahr" ein Indiz für die Gefährlichkeit einer Tätigkeit sein kann[779]. Irrelevant, da zu nahe beim Verschuldensbegriff bzw. beim Vertrauensprinzip, sollen nach SCHAMPS die Sicherheitserwartungen sein, die die Öffentlichkeit einer Tätigkeit entgegenbringt[780]. Ebenso fragwürdig sei die öffentliche Meinung hinsichtlich vermuteter Risiken, weil sie oft wissenschaftlichen Erkenntnissen widerspreche (Gewöhnung an erhebliche Alltagsrisiken wie Strassenverkehr, Sensationswirkung singulärer, aber spektakulärer Unfälle)[781].

Die strengen Kausalhaftungen sind, vielleicht deutlicher noch als andere Haftungsformen, oft aus rein politischen Erwägungen und unter dem Druck der Aktualität (z. B. Unfälle, Umweltverschmutzung etc.) entstanden und bilden deshalb zusammen kein kohärentes System. Es gibt faktisch gefährliche Tätigkeiten, die keiner Gefährdungshaftung unterstehen, während Aktivitäten, die von einer solchen erfasst werden, auch dann zur Haftung führen, wenn sie ungefährlich sind[782]. So herrscht beispielsweise die paradoxale Situation, dass gewisse Aktivitäten, an die strenge Kausalhaftungen geknüpft werden, heute statistisch gesehen relativ sicher sind (z. B. Flugverkehr, Kernkraftwerke, Eisenbahn)[783]. Man stellt diesbezüglich eher auf das Schadenspotential als auf die tatsächlich verursachten Schäden ab[784].

b) Haftungstatbestand: Die Manifestation einer typischen Gefahr

Eine strenge Kausalhaftung greift nicht bereits, wenn eine gefährliche Tätigkeit Schäden verursacht, sondern erst dann, wenn sich ein typisches „Betriebsrisiko" manifestiert[785]. Dieses Risiko besteht aus jenem Aspekt der gefährlichen Tätigkeit, der für deren Gefährlichkeit typisch ist. SVG 58 beispielsweise erfasst nur Schäden, die durch den „Betrieb des Motorfahrzeugs" entstehen; das KHG wendet sich nur auf Nuklearschäden an, das heisst Schäden, „die durch die radioaktiven, giftigen, explosiven oder sonstigen gefährlichen Eigenschaften von Kernmaterialien verursacht werden" oder die „durch eine andere Strahlenquelle innerhalb einer Kernanlage verursacht werden" (KHG 2). Fällt beispielsweise ein am Werkgebäude eines Kernkraftwerks schlecht montierter Scheinwerfer auf das Dach eines davor

778 Siehe WIDMER/WESSNER S. 139.

779 SCHAMPS S. 883 f. und 916 ff. Für die eingehendere Besprechung einer Organisationshaftung für „Organisationsrisiko" siehe hinten, S. 263 ff.

780 SCHAMPS, S. 889 f., die aus dieser Sicht auch die EU-Richtlinie über die Produktehaftung von 1985 kritisiert (85/374/EWG, vgl. Art. 6). S. a. PrHG 4/1/b. *Contra* NATER, S. 56 (mit Verweis auf STARK), bezüglich BGE 90 II 86.

781 SCHAMPS S. 890 f.. Skeptisch gegenüber der öffentlichen Meinung, ihr aber nicht gänzlich verschlossen äussert sich AESCHIMANN, v. a. S. 119 f., bezüglich der Differenzierung der Organisationshaftung nach Grösse der haftbaren Organisation, da nach der – allerdings nicht weiter begründeten – Ansicht dieses Autors eine Organisation umso gefährlicher ist, je grösser sie ist (*ibidem* S. 116). Für eine kritische Auseinandersetzung mit diesem Standpunkt s. a. hinten S. 288 ff.

782 OFTINGER/STARK, Bd. II/2, §24 N 7 f.

783 HORTON ROGERS, S. 365, mit Bezug auf den Strassen- und Luftverkehr.

784 In diesem Sinn auch WIDMER/WESSNER S. 141.

785 So auch für eine Generalklausel für Gefährdungshaftung gemäss VE 50 WIDMER/WESSNER, S. 142; s. a. BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 73.

parkierten Autos, wird dabei aber keine Strahlung freigesetzt, so wird dieser Schaden nicht gemäss KHG behandelt[786], da sich kein für die Haftung nach KHG typisches Risiko manifestiert hat.

7. Voraussehbarkeit und Gefährdung in allen drei Haftungstypen

An den Extrempolen der beschriebenen Haftungstypen befinden sich die Zurechnungskriterien Voraussehbarkeit (Verschuldenshaftung) und Gefährdung (strenge Kausalhaftungen). Die mittlere Kategorie der einfachen Kausalhaftungen ist von einer Mischung dieser beiden Kriterien geprägt: Objektive Voraussehbarkeit spielt eine gewisse Rolle bei Sorgfaltspflichten in der Art, wie sie in OR 55 oder 56 statuiert sind. Gleichzeitig beurteilt sich beispielsweise die Angemessenheit von Anweisungen, die der Geschäftsherr der Hilfsperson gibt, nach der Gefährlichkeit der übertragenen Aufgabe. Aber auch innerhalb der verschiedenen Arten objektiver Sorgfaltspflichten gibt es Unterschiede: So wird die Sorgfalt des Geschäftsherrn gemäss OR 55 strenger beurteilt als jene des Familienoberhauptes nach ZGB 333, weil der Geschäftsherr aus der Beschäftigung der Hilfsperson wirtschaftlichen Nutzen zieht[787].

Doch auch die beiden anderen Haftungskategorien sind keineswegs so rein und einheitlich, wie sie zu sein scheinen. Bei der Verschuldenshaftung kommt insbesondere über den Gefahrensatz (s. a. hinten S. 326 ff.) das Element der Gefährdung selbst auf der Ebene der Haftungsbegründung ins Spiel: Die Anforderungen an die Sorgfalt und die Voraussicht des Handelnden in Bezug auf zu treffende Sicherheitsmassnahmen werden von der Schwere der geschaffenen Gefährdung abhängig gemacht. Sehr gefährliche Situationen erfordern umfassendere Sicherheitsmassnahmen als ungefährliche. Die Anforderungen an die individuelle Sorgfalt hängen überdies von der Person des Handelnden ab. Somit artikuliert sich die Verschuldenshaftung entlang einem Kontinuum von immer strenger werdenden Sorgfaltspflichten und immer höheren Anforderungen an die Voraussehbarkeit, je nach Erheblichkeit des geschaffenen Risikos und der Person des Beklagten.

Ebenfalls eine Art Kontinuum umschreiben die strengen Kausalhaftungen. Die individuell-konkrete Voraussehbarkeit spielt hier keine Rolle, ebenso wenig die konkrete Risikosituation (abgesehen von der Manifestation der Betriebsgefahr), da gewisse Risiken durch den Gesetzgeber im Vornherein als so gravierend eingestuft wurden, dass er eine Haftung an sie geknüpft hat. Dennoch ist auch eine strenge Kausalhaftung in der Regel nicht unbegrenzt im Sinn einer reinen Verhaltens- oder Zustandshaftung[788]. Der Beklagte kann vielmehr in der Regel die Unterbrechungsgründe des Kausalzusammenhangs geltend machen, indem er beweist, dass der Schaden durch grobes Dritt- oder Selbstverschulden oder durch höhere Gewalt verursacht worden ist. Über die retrospektive Prognose im Adäquanzbegriff gelangen Elemente der Voraussehbarkeit auch in die Auslegung der Gefährdungshaftungen (s. eingehender hinten S. 332 ff.). Ausserdem wird das Konzept der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs nicht bei allen strengen Kausalhaftungen identisch gehandhabt. Für gewisse Haftungen sind alle drei klassischen Gründe zugelassen – die höhere Gewalt sowie das grobe Selbst - und Drittverschulden, so z. B. für die Motorfahrzeughaftung gemäss SVG 59/1. Für andere aber trifft dies nicht zu. So sieht beispielsweise KHG 5 nur das absichtliche Selbstverhalten des Geschädigten als Unterbrechungsgrund vor, nicht aber höhere Gewalt

786 Für ein analoges Beispiel WIDMER/WESSNER, S. 142.

787 In diesem Sinne WESSNER, La responsabilité, S. 62 mit Verweis (Fn 28).

788 Siehe hierzu auch BRÖGGEMEIER, Prinzipien, S. 79.

(z. B. Unwetter) oder schweres Drittverschulden (z. B. Sabotage)[789]. Im Luftfahrtsgesetz (LFG 64) schliesslich werden überhaupt keine Unterbrechungsgründe erwähnt: Der Haftpflichtige haftet also auch für das Selbstverschulden des Geschädigten.

Die Gründe für die beschriebenen Unterschiede sind vielschichtig und können hier nicht für alle Haftungsarten vertieft werden. Oft werden rechtspolitische Absichten des Gesetzgebers eine ebenso bedeutsame Rolle gespielt haben wie die tatsächliche Risikosituation. Was man aber aus dem eben Gesagten ableiten kann, ist Folgendes: Geht es um die Schaffung neuer Haftungsarten, so stehen dem Gesetzgeber im geltenden Recht nicht nur drei klar voneinander abgetrennte, in sich einheitliche Haftungstypen zur Verfügung. Vielmehr ist innerhalb jedes Typs – Verschuldenshaftung, einfache Kausalhaftung, Gefährdungshaftung – bereits *de lege lata* eine Art Kontinuum zu beobachten, das von einer eher milden Deutung des Haftungsgrundes zu einer sehr strengen Auslegung reicht. Insofern wäre also die – gelegentlich geforderte[790] – Zweiteilung der Haftungsformen in Verschuldens- und Gefährdungshaftungen ebenso willkürlich wie die aktuelle Dreiteilung[791].

Etwas anders betrachtet könnte man auch sagen, es gebe ausschliesslich Risikohaftungen. Denn jede Haftungsform legt letztlich fest, welche Risiken in einem Schadenfall der Geschädigte und welche der Schädiger zu tragen hat. Hat beispielsweise das Risiko persönlichen Ungenügens des Schädigers bei einer reinen Verschuldenshaftung der Geschädigte zu tragen, geht dieses Risiko bei der einfachen Kausalhaftung auf den Schädiger über, wobei aber in beiden Fällen der Geschädigte das Risiko der höheren Gewalt trägt. Bei gewissen strengen Kausalhaftungen wird aber auch die letztgenannte Gefahr dem Schädiger überbunden. Die Betrachtung des Haftpflichtrechts aus der Sicht der Risikoverteilung ist eine Perspektive, die besonders in der ökonomischen Analyse gepflegt wird.

Ideal wäre vermutlich ein übergangsloser, kasuistischer Katalog von Haftungsformen, der von der subjektivierten Verschuldenshaftung etwa eines Kindes bis zur strengsten Kausalhaftung mit Ausschluss der Unterbrechungsgründe des Kausalzusammenhangs reicht. Da ein solches System aus der Sicht der Rechtssicherheit und aufgrund der Schweizer Rechtstradition *de lege ferenda* kaum zu realisieren ist, bietet sich die Kategorie der einfachen Kausalhaftung dazu an, quasi als Bindeglied Tatbestände und Haftungsgründe zu erfassen, die sich den beiden anderen Kategorien nicht ohne weiteres zuordnen lassen. Insofern würde ich die Kategorie der einfachen Kausalhaftungen nicht ganz so kritisch betrachten wie die Studienkommission und die Verfasser des Vorentwurfs[792]. Ein (tendenziell) übergangsloser Katalog müsste sich an verschiedenen Kriterien orientieren. Im Kapitel über die kollektive Unsorgfalt werde ich insbesondere auf die Voraussehbarkeit und die Gefährdung noch näher eingehen (s. hinten S. 337 ff.).

8. Folgerungen für die Organisationshaftung und Grundfragen der Studie

Im Folgenden wird zu prüfen sein, wie Organisationshaftung im engeren Sinn[793] *de lege lata* interpretiert werden sollte und *de lege ferenda* ausgestaltet werden könnte. Wie er-

789 S. a. REY N 1373 ff.

790 Siehe z. B. ESSER.

791 So betont BRÜGGEMEIER (Prinzipien, S. 55), mit Verweis auf ESSER und VON BAR, dass die Übergänge zwischen Vorsatz, Fahrlässigkeit und Gefährdung in der Praxis des Haftpflichtrechts fliessend sind.

792 WIDMER/WESSNER S. 20 mit Verweisen; Studienkommission S. 25 f., These 33-1; s. a. WIDMER, Responsabilité, S. 360; ders., Vereinheitlichung, S. 409. Ebenfalls der hier vertretenen Ansicht B. GROSS, S. 554.

793 Für diesen Begriff vgl. S. 6 ff. und insbes. S. 11 ff.

wähnt, geschieht diese Analyse unter dem Blickwinkel der drei im geltenden schweizerischen Recht bestehenden Haftungskategorien, unter Berücksichtigung der obigen Differenzierungen. *De lege ferenda* geht es in einem ersten Schritt um die allgemeine Frage, ob das Verhalten von Organisationsmitgliedern und innerorganisatorische Zustände dem Organisationsträger haftpflichtrechtlich überhaupt zugerechnet werden sollen. Wird diese Frage bejaht, so stellt sich jene nach der konkreten Ausgestaltung der Haftung.

Die zentralen Fragen im nachfolgenden interdisziplinären Abschnitt werden also folgende sein:

- *1) Sollen grundsätzlich der Organisationsträger oder vielmehr die Organisationsmitglieder für die schädigenden Auswirkungen des Verhaltens von Organisationsmitgliedern und anderer aus dem Innern der Organisation herrührender Zustände haften?*

Diese Frage lässt sich primär auf ökonomischer Ebene beantworten, daneben auch aufgrund der ethischen und organisationstheoretischen Diskussion. Freilich haben die untersuchten Rechtssysteme schon lange entschieden, dass grundsätzlich der Organisationsträger für solche Schäden zu haften hat; selbstverständlich ist aber eine Organisationshaftung deshalb nicht. Schliesst man auf die Haftung des Organisationsträgers, so stellt sich folgende weitere Frage:

- *2) Generieren alle Organisationen unabhängig von ihrer konkreten Tätigkeit ein Grundrisiko?*

Das ist die Frage nach dem Haftungsgrund, noch nicht jene nach dem Tatbestand. Dass ein Organisationsrisiko unabhängig von der konkreten Tätigkeit der Organisation umschrieben werden muss, ist nur logisch. Denn wäre eine Organisation ausschliesslich hinsichtlich bestimmter Tätigkeiten besonders gefährlich, so liessen sich nur Kausalhaftungen begründen, die sich auf diese Tätigkeiten beschränkten (bzw. wäre die Anwendung der Generalklausel für Gefährdungshaftung *de lege ferenda* gegeben). Die Besprechung dieser Frage erfolgt vorab im Licht der Fehlerpsychologie. Denn ein Organisationsrisiko müsste primär menschlichen, nicht technischen Ursprungs sein, da es bei der Organisationshaftung ja eben nicht um eine Haftung für typische technische Risiken geht. Und der Fehler, schuldhaft oder nicht, individuell oder kollektiv, ist die typische Manifestation menschlichen Ungenügens gegenüber einer problematischen Situation und damit Hauptursache für haftpflichtrechtlich zurechenbare Schäden. Da sich menschliches Verhalten in Organisationen aber immer mit technischen Einrichtungen verknüpft, werden auch Gesichtspunkte aus anderen Bereichen der Organisationstheorie nützlich sein (Ironien der Automatisierung, Verhältnis zwischen Mensch und Maschine, Sicherheitskultur etc.).

Muss diese zweite Frage verneint werden, so sollte eine tätigkeitsunabhängige Organisationshaftung nicht als strenge Kausalhaftung ausgestaltet werden. Wird sie bejaht, so stellen sich folgende weiteren Fragen:

- *3) Ist dieses Grundrisiko erheblich, das heisst, ist es mit hoher Wahrscheinlichkeit geeignet, sehr schwere und/oder sehr viele Schäden zu verursachen? Lässt sich dieses Grundrisiko mit aller zumutbaren Sorgfalt nicht beherrschen?*

Auch diese Fragen werden primär im Licht der Fehlerpsychologie und der Organisationstheorie beleuchtet. Müssen sie verneint werden, so fällt eine strenge Kausalhaftung ausser Betracht und muss die Organisationshaftung als einfache Kausalhaftung für Sorgfaltspflichtverletzung oder als Verschuldenshaftung ausgelegt bzw. ausgestaltet werden. Werden diese Fragen aber bejaht, so muss die Organisationshaftung als strenge Kausalhaftung ausgelegt bzw. ausgestaltet werden. Kommt man zu diesem Schluss, stellen sich zwei weitere Fragen:

- *4) Wie lässt sich ein von der Tätigkeit unabhängiges „Organisationsrisiko" beschreiben?*
- *5) Wie lässt sich die konkrete Manifestation des „Organisationsrisikos" im Haftungstatbestand formulieren?*

Zur Besprechung dieser Fragen werden neben organisationstheoretischen auch rein juristische Gesichtspunkte in den Vordergrund rücken. Falls Organisationshaftung als Verschuldenshaftung oder als einfache Kausalhaftung für Sorgfaltswidrigkeit ausgestaltet werden soll, stellt sich folgende weiteren Fragen:

- *6) Wie soll eine solche Haftung genau strukturiert werden? Wie soll das relevante Verschulden bzw. die Sorgfaltswidrigkeit umschrieben werden? Wessen Verschulden oder Sorgfaltswidrigkeit soll haftungsrelevant sein? Auf was soll sich das Verschulden bzw. die Sorgfaltswidrigkeit beziehen?*

Diesbezüglich stehen organisationstheoretische Überlegungen im Vordergrund (Vergleich verschiedener Organisationsmodelle; Fehler in komplexen Systemen etc.), aber auch wiederum fehlerpsychologische und nicht zuletzt rein juristische. Denn wie bereits dargestellt, beruhen alle im schweizerischen Recht bestehenden Formen der Organisationshaftung im engeren Sinn auf einer Art von Sorgfaltswidrigkeit. Deshalb kann die Analyse der Frage 6 durchaus auch am geltenden Recht anknüpfen. Die Fragen 1 bis 5 stellen sich bezüglich des geltenden Rechts weniger. Denn die Frage der grundsätzlichen Einstandspflicht des Organisationsträgers für das Verhalten der Organisationsmitglieder wurde vom Gesetzgeber bereits bejaht; und keine der geltenden Organisationshaftungen im engeren Sinn knüpft an ein typisches „Organisationsrisiko" an.

Die beschriebenen Fragen durchziehen die rechtliche Analyse der nachfolgenden interdisziplinären Betrachtungen sozusagen „horizontal": Am Ende jedes Teilkapitels werden einzelne der obigen Fragen besprochen; eine streng systematische Abhandlung dieser Fragen ist nicht möglich. Danach wird der Versuch einer Gesamtsynthese erfolgen: zunächst werden wichtige denkbare oder bestehende Modelle Organisationshaftung dargestellt, anschliessend beurteilt (S. 245 ff.). Im Rahmen dieser Gesamtbetrachtung werden dann wieder juristische Fragestellungen und insbesondere solche betreffend die rechtssystematische Kohärenz in den Vordergrund rücken.

Die Ausführungen zur Neugestaltung der Organisationshaftung *de lege ferenda* und jene zur Auslegung von OR 55 *de lege lata* werden im letzten Abschnitt über die Neubeurteilung nicht konsequent getrennt, im Dienste einer stringenteren Darstellung der Argumente. Da sich der Entlastungsbeweis gemäss OR 55/1 ausdrücklich auf die „Sorgfalt" des Geschäftsherrn bezieht, aber Art und Umfang derselben nicht weiter definiert, sind alle Ausführungen zum Sorgfaltsbegriff potentiell auch für die Auslegung von OR 55 fruchtbar und aus dieser Perspektive zur Lektüre empfohlen. Dies gilt für die S. 248 ff., 310 ff. und insbesondere 322 ff. Die Ausführungen zur Haftung für Organisationsrisiko (S. 263 ff.) und zur reinen Widerrechtlichkeitshaftung (S. 273 ff.) betreffen primär die Frage der Neugestaltung der Organisationshaftung.

Hervorzuheben ist, dass die Frage der persönlichen Haftung der Organisationsmitglieder nur am Rande, d. h. primär bezüglich der Frage der Kanalisierung der Haftung auf den Organisationsträger, untersucht wird. Nur schon die Problematik der persönlichen Verantwortlich-

keit von Leitungspersonen würde eine gesonderte Monographie erfordern (und hat im Übrigen bereits unzählige Schriften hervorgebracht, insbesondere im Handelsrecht)[794].

B. Ethik

1. Vorbemerkung

Aus der vorliegend vertretenen methodischen Ausrichtung ergibt sich die Notwendigkeit, bei der Gestaltung und Auslegung von Gesetzen auch ethischen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen. Über die Gerechtigkeit als zentrales Axiom bei der Gestaltung und Umsetzung rechtlicher Institute habe ich weiter vorne bereits gesprochen[795]. Nachfolgend soll nun anhand einiger ausgewählter Texte spezifischer erörtert werden, *ob und wie das Problem der Organisationshaftung auch in der ethischen Diskussion präsent ist und ob sich aus dieser Diskussion allenfalls Schlüsse für das Haftpflichtrecht ableiten lassen.* Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, dass das Problem der „Verantwortung" aus verschiedenen Gründen „bisher nicht im Zentrum ethischer Theorie stand"[796]. Und insbesondere die Verantwortlichkeit Mehrerer oder von Korporationen scheint erst in neuerer Zeit in der ethischen Literatur erhöhte Aufmerksamkeit zu geniessen. Es war deshalb zu vermuten, dass die ethischen Theorien zur kollektiven und korporativen Verantwortlichkeit noch nicht zu einem Grad der Ausdifferenzierung gelangt sind, der es erlauben würde, rechtliche Konsequenzen unmittelbar aus ethischen Sätzen abzuleiten. Die Lektüre einiger ausgewählter Texte bestätigt diese Vermutung teilweise. Viele offenbar erst in der neueren Ethik angesprochene Probleme zur korporativen Verantwortung stellen sich dem Privatrecht schon seit langem; und da das „Tagesgeschäft" die Jurisprudenz zwingt, nicht nur Axiome, sondern laufend konkrete Lösungen für Rechtsfragen zu finden, haben sich die entsprechenden Rechtsinstitute inzwischen in höherem Masse verfeinert als ethische Theorien. So habe sich beispielsweise die Moralphilosophie offenbar kaum darum gekümmert, weshalb, das heisst auf welcher normativen Grundlage, jemand für sein Handeln verantwortlich sein soll. ROPOHL meint, in dieser Hinsicht hätte sogar die Ethik vom Recht etwas lernen können[797].

Dennoch bietet die ethische Diskussion für das vorliegende Thema einige wertvolle Einsichten, die insbesondere in die *Begründung* von Haftungsinstituten einfliessen können. Kollektive und korporative Verantwortung wird im neueren ethischen Schrifttum oft hinsichtlich der schädlichen Folgen des technischen Fortschritts thematisiert. Diese Ausrichtung ist für das vorliegende Thema insofern relevant, als sich die Arbeits- und Lebensform „Organisation" primär in Bezug auf das technische (und kommerzielle) Handeln und aus ihm heraus entwickelt hat.

2. Ethische Verantwortungskategorien

Verantwortung aus ethischer Sicht ist mehrstufiger Natur[798]. Die Primärverantwortung (die jemand „trägt") umfasst die spezifische Aufgabenverantwortung im Sinne einer Zuständig-

---

794 Für eine eingehendere Analyse der Haftung von Leitungspersonen aus „Organisationsverschulden" nach deutschem Recht (BGB §23), auch unter Einbezug betriebswirtschaftlicher Organisationsmodelle, sei beispielsweise auf die ausführliche Arbeit von MATUSCHE-BECKMANN verwiesen.

795 S. 91 ff.

796 Siehe hierzu ausführlich JONAS S. 222.

797 ROPOHL, Ethik, S. 73.

798 Zum ethischen Verantwortungsbegriff siehe eingehender MARING, Verantwortung, S. 13 ff.

keit für bestimmte Rollen, Funktionen oder Ämter sowie die generelle Handlungsverantwortung als „die Zuständigkeit für die Folgen und Nebenfolgen des eigenen Tun und Lassens“[799]. Die Sekundärverantwortung („zu der man gezogen wird“), die Rechenschaftsverantwortung, „führt ein Moment der Anschuldigung ... mit sich, Zuständigkeiten seien vernachlässigt“[800]. Bestätigt sich dieser Verdacht, so entsteht Tertiärverantwortung in Form der Haftung für Verfehlungen oder Vernachlässigungen, konkretisiert durch Schadenersatz, Wiedergutmachung oder Strafe[801].

Das Problem der moralischen Verantwortung ist im Grunde eines der Zurechnung, und dadurch letztlich ein Kausalitätsproblem: Freilich braucht es, damit jemand verantwortlich wird, nicht nur Verursachung, sondern auch Schuld. Schuldig aber ist der Handelnde nur, wenn er „etwas für die Tat konnte“, das heisst, wenn er „im Vollzug der Tat durch nichts anderes bestimmt war“ als durch sich selbst, dass er also „selbst die Ursache seines Tuns“ ist[802]. Insofern ist moralische Verantwortung traditionellerweise eine Funktion von Macht und Wissen[803]. Diese Ethik – die zentrale Institute des Haftpflichtrechts wie z. B. OR 41 geprägt hat – geht davon aus, dass der durchschnittliche Mensch grundsätzlich rational handeln kann, dass er zu wissen vermag, was er will und welche Konsequenzen seine Handlungen zeitigen, sowie über die Macht verfügt, seinem Wissen entsprechend zu handeln.

Aufgaben- und Handlungsverantwortung bestehen aus einer mehrteiligen Beziehung, die sich in folgenden Fragen artikuliert: wer verantwortet wann (schon in der Planungsphase oder erst nach erfolgter Handlung) vor welcher Instanz welche Handlung für welche Folge aufgrund welcher Werte[804]? Die rechtliche Verantwortung, obschon strukturell verwandt mit der ethischen, umfasst nur jene Haftungsfolgen, die rechtlich geregelt sind. Regelungslücken können dazu führen, dass in den jeweiligen Bereichen die ethische Verantwortlichkeit an Bedeutung gewinnt[805]. Die ethische Betrachtungsweise verbindet die „Fürsorge- und Vorsorgeverantwortung“ mit der „Haftungs- und Entschädigungsverantwortung“[806], während das Recht diese Bereiche stärker trennt[807].

MAX WEBER unterschied zwischen Gesinnungs- und Verantwortungsethik. Aus der Sicht der ersteren ist eine Handlung ethisch korrekt, wenn die „Gesinnung“ rein war, ungeachtet der Handlungsfolgen[808]. Die letztere hingegen stipuliert eine Haftung des Individuums für die (voraussehbaren) Folgen seiner Handlung[809]. WEBER hat für die Verantwortungsethik

---

799 HÖFFE S. 314 f.

800 HÖFFE S. 315.

801 HÖFFE S. 315. In einem ähnlichen Sinne findet sich beispielsweise bei LUHMANN, Formale Organisationen, S. 61, die Unterscheidung zwischen „Verantwortung“ (im Sinne übernommener Handlungspflichten) und „Verantwortlichkeit“ (im Sinne des Einstehenmüssens für Versagen).

802 WEISCHEDEL, zitiert in: MARING, Verantwortung, S. 16 f.

803 MARING, Verantwortung, S. 311; ähnlich JONAS S. 222.

804 ROPOHL, Neue Wege, S. 155 ff.; ähnlich auch LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 218, vereinfacht auch HÖFFE, S. 315.

805 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 221.

806 Siehe z. B. LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 220.

807 So ist beispielsweise die Einhaltung oder Verletzung von Industrienormen bei der Ausübung gefährlicher Tätigkeiten oder die Gutheissung oder Abweisung eines Forschungsprojekts durch eine Ethikkommission (Bereiche, die man der „Vorsorgeverantwortung“ zuordnen könnte) nicht zwingend oder automatisch mit einer zivilrechtlichen Haftungsfolge verknüpft. Bezüge bestehen höchstens indirekt, indem beispielsweise eine Verletzung von international anerkannten privaten Sicherheitsnormen ein Indiz für Unsorgfalt im Rahmen von Artikel 55 OR sein kann (s. a. vorne S. 29 ff.). Überdies sind die erwähnten Bereiche durch unterschiedliche Subsysteme der Rechtsordnung geregelt (öffentliches bzw. Privatrecht).

808 HÖFFE S. 316.

809 ROPOHL, Neue Wege, S. 154 f.

Partei ergriffen; so wird „Verantwortung" definiert als „das Aufsichnehmen der Folgen des eigenen Tuns, zu dem der Mensch als sittliche Person sich innerlich genötigt fühlt, da er sie sich selbst, seinem eigenen freien Willensentschluss zurechnen muss"[810]. Dieser Verantwortlichkeitsbegriff hat eine zentrale Rolle in der ethischen Diskussion erhalten und den Begriff der Pflichtenethik abgelöst[811]. Er steht auch dem haftpflichtrechtlichen Verantwortungsbegriff am nächsten. Verantwortung wird aber in der ethischen Literatur mehrheitlich als „Rechtfertigungsprozedur" verstanden, nicht als „Prinzip", wie es JONAS 1979 postuliert hat: Wird Verantwortung eingeklagt, so steht damit noch nicht automatisch fest, dass der Beklagte für etwas verantwortlich ist; es lässt sich aus dem Begriff der Verantwortung auch nicht deren Inhalt ableiten. Der Beklagte hat vielmehr auf Befragen hin Rechenschaft für zurechenbare Handlungen abzulegen[812].

In neuerer Zeit ist das Bild des Menschen als willensbegabtes, rationales Wesen vielfach kritisiert worden. Aus soziologischer Sicht wurde bemerkt, es sollte ein Grundrecht des Menschen geben „ *à ne pas savoir ce qu'il veut*"[813]. Denn das Bild des allein und souverän nach seinem eigenen Willen handelnden Menschen wurde angesichts der Komplexität der Gesellschaft und deren vielfältigen kollektiven Prozessen als ergänzungsbedürftig empfunden[814]. Wie aber dem beschränkten Wissenkönnen des Menschen auf der Ebene moralischer Verantwortlichkeit Rechnung getragen werden soll, ist damit noch nicht geklärt. So wie man fordern könnte, die beschränkte Rationalität des Menschen impliziere eine beschränkte Verantwortlichkeit, so liesse sich auch folgern, mangelndes Wissen müsse ganz im Gegenteil zu einer besonders strengen Verantwortung führen, wenn Handlungsmacht dennoch besteht, da das Handeln des Unwissenden für seine Umwelt tendenziell gefährlicher ist.

In diese Richtung scheint JONAS' Modell einer globalen Zukunftsverantwortung zu weisen. Der Begriff der Macht schafft für diesen Autor den Übergang vom menschlichen „Wollen" zum „Sollen": Denn menschliche Macht unterscheidet sich von der Macht anderer Naturwesen dadurch, dass sich in ihr „Kausalgewalt" mit Wissen um das „Ganze" und Freiheit verbindet[815]. Ob der Mensch wirklich um das „Ganze" weiss, bleibe dahingestellt. Aber menschliche Macht kann, im Gegensatz zur Macht anderer Naturwesen, den Menschen selbst wie auch das Ganze der irdischen Natur bedrohen. Deshalb wird der Mensch durch seine Macht zum „Treuhänder aller anderen Selbstzwecke, die irgend unter das Gesetz seiner Macht kommen"[816]. Aus dieser Macht, gepaart mit (moralischer) Vernunft, über die der Mensch auch verfügt, entsteht Verantwortung[817]. Da der Mensch aber heute viele Konsequenzen vorab technischen Handelns nicht voraussehen kann, kann JONAS' Modell zu einer Verantwortung für Macht, aber ohne Wissen führen.

---

810 HOFFMEISTER, zitiert bei ROPOHL, Neue Wege, S. 155.

811 ROPOHL, Neue Wege, S. 154.

812 OTT S. 674.

813 CROZIER/FRIEDBERG S. 425.

814 CROZIER/FRIEDBERG S. 424 f. Weiter hinten, S. 155 ff. und 197 ff., finden sich vertieftere Darstellungen der sozialpsychologischen Hintergründe dieser Aussagen, namentlich die Fehlerpsychologie und das Modell der „beschränkten Rationalität".

815 JONAS S. 232.

816 JONAS S. 232.

817 JONAS S. 248.

3. Kollektive und korporative Verantwortlichkeit aus ethischer Sicht

a) Vorbemerkung

Die hier interessierende zentrale Frage lautet, ob und unter welchen Voraussetzungen ein soziales Kollektiv für das schädigende Verhalten seiner Mitglieder haften soll. Der Blick auf die ethische Literatur zeigt, dass sich die Ethik weitaus schwerer als das Recht damit getan hat, ethische Verantwortlichkeit nicht nur Individuen, sondern auch sozialen Kollektiven zuzuschreiben. „In der traditionellen Verantwortungsethik kommt als Akteur nur die individuelle Person in Betracht"[818]. Jede Person soll nach Massgabe ihrer Zurechnungsfähigkeit haften, dann also, wenn sie „aus eigenem Antrieb und in einem Überschauen der Situation und der Handlungsfolgen, also freiwillig und bewusst handeln kann"[819]. „Das weithin vorherrschende individualistische Paradigma vermag ‚Handeln' nur als Tätigkeit einer natürlichen Person zu begreifen und glaubt, ‚menschliche Gemeinschaftstätigkeiten' umstandslos auf die daran beteiligten ‚ichhaften Selbsttätigkeiten' zurückführen zu können"[820]. Moralische Verantwortung ist nach dieser Auffassung an das Individuum gebunden, da „Moral sich an Menschen richtet"[821]. Es widerspricht überdies „moralischen Überzeugungen, wenn X für den Fehler von Y zur Verantwortung gezogen wird"[822]. Diese traditionelle individualistische Verantwortungsethik wurde in der neueren ethischen Literatur durch Modelle für kollektive und korporative Verantwortlichkeit ergänzt, was nachfolgend dargestellt werden soll.

b) Vorschläge für eine Ethik des kollektiven Handelns

Ähnlich wie das Privatrecht unterscheidet auch die Ethik zwischen kollektivem und korporativem Handeln. Korporativ handelt nur ein Verband, der folgende Eigenschaften hat: Er ist als Handlungssubjekt konstituiert, handelt zielorientiert, beinhaltet eine formale Differenz zwischen Innen und Aussen, standardisierte Rollen sowie organisierte formalisierte Entscheidungsprozesse und -strukturen[823]. Kollektives Handeln hingegen umfasst verschiedene Arten des Handelns mehrerer Personen, bewusst gemeinsames, nicht gemeinsames, Massenhandeln etc. Die Unterscheidung zwischen kollektivem und korporativem Handeln ist deshalb nach gewissen Ansätzen ein kategorialer Unterschied, weil korporatives Handeln nicht auf das Einzelhandeln der Mitglieder einer Korporation reduziert werden kann, im Gegensatz zum kollektiven Handeln. Korporatives Handeln erlaubt so eine Zurechnung auf ein Handlungssubjekt, während kollektives Handeln immer nur die Zurechnung auf die Gruppe als Kollektiv möglich macht[824].

Aus einer allgemeinen Perspektive wurde darauf hingewiesen, dass ethische Verantwortungszuschreibung und - verteilung bezüglich eines Kollektivs letztlich massgeblich vom konkreten Einzelfall abhängt. Als „prototypisches Beispiel" moralischer Verantwortung wird nach wie vor die persönliche Verantwortung betrachtet, die allerdings kollektive Ver-

---

818 ROPOHL, Neue Wege, S. 156, s. a. 158 ff.

819 HÖFFE S. 315.

820 ROPOHL, Ethik, S. 100, mit Verweis auf VON BRANDENSTEIN.

821 ZIMMERLI, zitiert bei ROPOHL, Ethik, S. 142.

822 OTT S. 674.

823 MARING, Verantwortung, S. 81.

824 Siehe hierzu MARING, Verantwortung, S. 320. Diese Unterscheidung entspricht in groben Zügen der rechtlichen Unterscheidung zwischen der Haftung für das Verhalten von Korporationen mit Rechtspersönlichkeit (einschliesslich der Kollektivgesellschaft) und der solidarischen Haftung gemäss OR 50 für gemeinsames Verschulden.

antwortung nicht ausschliesst. Letztere müsse aber mit dem Balanceakt zurechtkommen, dass:

- 1) „kollektive Verantwortung nicht als Schutzschild oder Ablenkungsmanöver für individuelle Verantwortung dient" (weshalb Individuen in Fällen kollektiver Verantwortung dadurch nicht automatisch einer Haftung entgehen); ebensowenig komme eine Gleichverteilung der Verantwortlichkeit auf alle Mitarbeiter in Betracht: „Sie würde zu einem Verwischungseffekt führen, wie er in Gremien in geheimer Abstimmung auftritt, wo keiner mehr wirklich persönlich verantwortlich zu machen ist."[825];
- 2) „überindividuelle – trägerbezogene – kollektive Verantwortung nicht dann schon obsolet ist, wenn bestimmte Individuen verantwortlich bzw. mitverantwortlich sind"[826];
- 3) „der einzelne nicht allein verantwortlich gemacht wird bzw. werden kann für etwas, was er allein nicht verursachen ... kann"[827].

Viele neuere ethische Schriften zum Thema der moralischen Verantwortung von Kollektiven haben auf das 1979 erschienene Buch „Das Prinzip Verantwortung" von HANS JONAS[828] - anerkennend oder ablehnend – Bezug genommen. Dieser Autor geht von der Beobachtung aus, dass „der Mensch" enormer technischer Leistungen fähig geworden ist, deren Folgen die Frage der Verantwortung aufwerfen. JONAS hält fest, dass nicht der Einzelne, sondern der kollektive Täter und die kollektive Tat für das technische Handeln relevant sind, und dass es „die unbestimmte Zukunft viel mehr als der zeitgenössische Raum der Handlung" sei, „die den relevanten Horizont der Verantwortung abgibt"[829]. Ausgehend von der Bekräftigung der Zweck- (und damit Sinnhaftigkeit) des Lebens an sich[830] fordert er eine Pflicht der gegenwärtigen Menschen zum Erhalt des menschlichen Lebens zugunsten zukünftiger Generationen. „Bedingung von Verantwortung ist kausale Macht", schreibt JONAS. Aber diese Bedingung wendet sich seines Erachtens nicht nur auf begangene Taten an, für deren Folgen man zur Rechenschaft gezogen wird. Kausale Macht, so denn ein Individuum darüber verfügt, verpflichtet letzteres überdies dazu, in der Zukunft (bzw. für die Zukunft) zu handeln, soweit der Wirkungsbereich seiner Macht reicht. Ist beispielsweise jemand für die Wohlfahrt seiner Mitmenschen verantwortlich, so sichtet diese Verantwortung „nicht nur gegebene Tatvorhaben auf ihre moralische Zulässigkeit hin, sondern verpflichtet zu Taten, die zu keinem anderen Zweck vorgehabt sind"[831]. „Diese Art Verantwortung und Verantwortungsgefühl, nicht die formal-leere ‚Verantwortlichkeit' des Täters für seine Tat, meinen wir, wenn wir von der heute fälligen Ethik der Zukunftsverantwortung sprechen"[832]. Für JONAS gehört denn auch die Verantwortlichkeit jedes Menschen für den anderen Menschen

---

825 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 217.

826 MARING, Verantwortung, S. 120 f.

827 *Ibidem.*

828 Siehe auch die Zusammenfassung bei LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 198 ff.

829 JONAS S. 32.

830 „Nach dem Zeugnis des Lebens (das zu verleugnen wir, seine selbstsichtig gewordenen Sprösslinge, die letzten sein sollten) sagen wir also, dass Zweck überhaupt in der Natur beheimatet ist. Und noch etwas mehr und inhaltliches können wir sagen: dass mit der Hervorbringung des Lebens die Natur wenigstens *einen* bestimmten Zweck kundgibt, eben das Leben selbst. ... Wenn aber ... das ‚Zwecksein' selber der Grundzweck wäre, gleichsam der Zweck aller Zwecke, dann allerdings wäre das Leben, in welchem Zweck frei wird, eine erlesene Form, *diesem* Zweck zur Erfüllung zu verhelfen", JONAS, S. 142 f.; s. a. S. 153 ff.

831 JONAS S. 174, zum Ganzen S. 172 ff.

832 JONAS S. 175.

„untrennbar zum Sein des Menschen"[833]. Die Verantwortung der Eltern für ihr Kind und des Staatsmanns für den Staat erscheinen in diesem Sinn als zentrale Archetypen der Verantwortung, da beide die Totalität ihrer Objekte umfassen, das heisst „alle Aspekte desselben, von der nackten Existenz zu den höchsten Interessen", sowie Analogien in verschiedener Hinsicht aufweisen, so bezüglich des Verantwortlichkeitsgefühls, der Kontinuität und der Bezogenheit auf die Zukunft[834].

JONAS' Modell hat grundsätzliche Folgen für die Frage der ethischen Verantwortlichkeit von Kollektiven. „Die traditionell ausschliesslich am Handeln des Einzelnen ausgerichtete Ethik der moralischen Einzelverpflichtung muss ausgedehnt werden in Richtung auf eine zeitübergreifende, insbesondere auf eine zukunftsorientierte Ethik, die auch für handelnde Gruppen oder auch für Träger von Verfügungsmacht gilt, selbst und vielleicht gerade dann, wenn diese nicht handeln und dadurch bestimmte Wirkungen zulassen."[835] Das Besondere an JONAS' Modell ist somit nicht nur die Ausdehnung einer Fürsorgehaftung auf ein sehr umfassendes Kollektiv, sondern deren Projektion in die Zukunft: Er postuliert eine Haftung der Zeitgenossen zugunsten zukünftiger Generationen. Dieses Modell überschreitet teilweise die Grenzen des traditionellen moralischen Verantwortungsbegriffs: denn eine „Rechtfertigungsprozedur" verlangt nach simultaner oder zumindest potentiell simultaner Anwesenheit von Kläger und Beklagtem, was aber nicht der Fall wäre, wenn die Kläger erst in einer Zukunft auf den Plan treten, in der es die Beklagten möglicherweise gar nicht mehr gibt. Es ist auch eine sehr weitreichende Verantwortung, die JONAS den Gegenwärtigen auferlegen möchte; so hält LENK fest, eine umfassende Kollektivhaftung „aller für alles" sei weder praktikabel noch ethisch angemessen[836]. JONAS' Modell lässt sich deshalb m. E. nicht unmittelbar in haftpflichtrechtliche Verantwortungsstrukturen übersetzen. Es handelt sich bei JONAS' Ethik weniger um eine Verantwortungs- als vielmehr um eine Pflichtenethik, die als solche aber ihren ganzen Sinn behält. Für die haftpflichtrechtliche Diskussion interessant ist vor allem jene Konsequenz von JONAS' Modell, dass eine kollektive Verantwortung für Handlungsmacht, aber ohne Wissen (und somit ohne Voraussehbarkeit) ethisch durchaus denkbar ist[837].

Ausgehend von der Lektüre ausgewählter ethischer Schriften lässt sich zusammenfassend sagen, dass die kollektive moralische Verantwortung gegenwärtig noch „vage" ist[838]. Viele Modelle der Verantwortungsverteilung wurden bereits vorgeschlagen[839], die sich teils parallel zu juristischen Haftungsinstituten artikulieren, teils anderen Klassifikationen folgen. Für die vorliegende Studie genügen die eben dargestellten Grundsätze zur kollektiven Verantwortung. Wichtiger ist die nachfolgend darzustellende korporative Verantwortlichkeit, da ein grosser Teil der Organisationen korporativ gestaltet sind.

---

833 JONAS S. 185.

834 Zu allem JONAS S. 189 ff.

835 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 202.

836 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 214 f.

837 So auch LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 200.

838 MARING, Verantwortung, S. 85.

839 Für eine Darstellung verschiedener Modelle der Verantwortungsverteilung bei kollektivem Handeln siehe MARING, Verantwortung, S. 84 ff.

c) Vorschläge für eine Ethik des korporativen Handelns

(1) Arbeitsteiligkeit als Grundstruktur der Korporation

Nicht nur in der juristischen, auch in der ethischen Literatur wurde bemerkt, dass der technische Fortschritt mit einer zunehmenden Spezialisierung erkauft werden musste[840], dass also technisches Handeln primär arbeitsteiliges Handeln ist[841]. Innerhalb des Herstellungsprozesses verteilt sich die Arbeit auf eine Vielzahl von Akteuren, deren Leistungen wieder neu kombiniert werden müssen. Diese Integration macht „zusätzliche Funktionen der Koordination oder Leitung erforderlich" und geschieht zumeist im Rahmen von „organisierten Personenverbänden"[842]. "Korporatives Handeln zeichnet sich dadurch aus, dass es Ziele verfolgt, die über die Teilziele der beteiligten Personen (also über das individuelle Handeln) hinausgehen, und es hat eine Systemqualität, die sich nicht auf die Beiträge individueller Teilhandlungen reduzieren lässt, sondern erst aus der gelenkten Integration all jener Teilhandlungen erwächst."[843] Dabei können auch paradoxe Effekte entstehen[844].

Ohne Zweifel lassen sich viele Erfindungen sowie der Produktions- und Verkaufsprozess selten nur einzelnen Personen massgeblich zurechnen. Vor der Erfindung steht die Forschung, welche wiederum erhebliche Ressourcen benötigt, über deren firmeninterne Verteilung zumeist in kollektiven Entscheidungsgremien befunden wird. Ist ein neues Produkt – oft durch ein Forschungsteam – einmal entwickelt worden, muss es produziert und verkauft werden. An diesen Vorgängen sind regelmässig viele gegenseitig sich ergänzende Mitarbeiter und Entscheidungsträger beteiligt. Somit ist jeder Teilbeitrag eine *conditio sine qua non*, aber für sich allein nicht ausreichend, beispielsweise für die schädigende Auswirkung eines Produkts. Die arbeitsteilig handelnden Akteure – z. B. einzelne Ingenieure im technischen Bereich – leisten nur einen Teilbetrag zum ganzen Prozess und überschauen lediglich ihren Zuständigkeitsbereich. MARING nennt eine Reihe von weiteren Unterschieden zwischen dem individuellen Handeln und jenem einer Korporation: „grössere Reichweite der Folgen, grössere nicht nur ökonomische Macht des Handelns von Korporationen, komplexe(re) Struktur von und Arbeitsteilung in Korporationen und infolgedessen keine unmittelbare Rückmeldung über die Handlungsfolgen und Zurechnung dieser, unterschiedlicher Erfolg von Kontrollmassnahmen (geringerer ‚Abschreckungseffekt' bei korporativem Handeln), Nicht-Identität von (dispositivem) Entscheidungssubjekt und (exekutivem) Handlungssubjekt bei Korporationen"[845].

Zwar werden über das traditionelle Organisationsprinzip der Ranggliederung, durch die Trennung von Entscheidung und Ausführung sowie die Aufteilung bereichsspezifischer Aufgaben Verantwortlichkeiten relativ präzise an bestimmte Personen verteilt. Dadurch wird es aber wegen des Systemcharakters des organisatorischen Handelns „keineswegs leichter, die Folgen korporativen Handelns eindeutig bestimmten Personen zuzuschreiben"[846] (Verteilungsproblem der Gruppenverantwortung[847]). Es läge nahe, Verantwortung nicht (nur) einzelnen Akteuren, sondern dem Personenverband an sich aufzubürden. Den-

---

840 JONAS S. 293.

841 ROPOHL, Ethik, S. 94 ff.

842 ROPOHL, Ethik, S. 99.

843 ROPOHL, Ethik, S. 101.

844 Siehe hierzu insbes. die Ausführungen zu den „Ironien der Automatisierung" (hinten S. 225 ff.) und zu den latenten Organisationsmängeln (hinten S. 230 ff.).

845 MARING, Modelle, S. 26.

846 ROPOHL, Ethik, S. 100.

847 LENK, Verantwortungsbegriffe, S. 125; ders., Verantwortungsdifferenzierung, S. 211 ff.

noch tut sich die Ethik mit dem Gedanken, als moralisch verantwortliche Handlungssubjekte auch Korporationen anzuerkennen, offenbar wesentlich schwerer als die Jurisprudenz.

(2) Darstellung ausgewählter Modelle korporativer Verantwortlichkeit

Verschiedene Autoren haben Korporationen Handlungs- und damit moralische Verantwortungsfähigkeit abgesprochen. So wurden Personenverbände etwa als Aggregate im Sinne einer blossen Summe von Einzelhandlungen betrachtet, oder auch als maschinengleiche formale Organisationen, Organismen oder Resultat eines Sozialvertrags[848]. Demgegenüber wurden Korporationen seitens anderer Autoren als Handlungssubjekte anerkannt[849]. Stellvertretend für eine Fülle von Modellen seien nachfolgend ein paar neuere Standpunkte dargestellt.

LENK scheint, trotz seiner Kritik am individualistischen Paradigma der traditionellen Verantwortungsethik, den Schritt zu einer direkten moralischen Verantwortlichkeit von Personenverbänden nicht zu machen. Auch seines Erachtens ist moralische Verantwortung „nur Personen zuzuschreiben" (wobei er vermutlich „natürliche Personen" meint[850]), kann aber „nicht sinnvoll in bloss kollektiver Auffassung Verbänden oder formalen Organisationen zugesprochen werden"[851]. Allerdings trägt er der beschriebenen Erkenntnis, dass technisches Handeln zumeist kollektiv erfolgt, insofern Rechnung, als er das Konzept einer „gemeinschaftlichen Einzelverantwortung in Gruppen" vorschlägt[852]. Was er damit genau meint, wird nicht ohne weiteres klar: „Verantwortlichkeit muss gleichsam distributiv von der Gruppe der Beteiligten zu tragen sein, ohne sich jedoch mit der Anzahl der Beteiligten zu mindern oder gar zu verschwinden." Dabei handle es sich allerdings eigentlich nur um eine rein formale – „gleichsam politische" – Übernahme der Verantwortlichkeit, die heute nicht mehr genüge. Deshalb differenziert LENK: „Jeder Beteiligte ist im System mitverantwortlich, doch nur, soweit dieses von seinen Handlungs- und Eingriffsmöglichkeiten abhängt", wobei die Verantwortlichkeit leitender Personen gegen oben in der Hierarchie zunehme[853]. Diese „proportional zu Eingriffsmacht und Wissen anteilig zu tragende persönliche Mitverantwortung" bezeichnet LENK als „eine Mischung von institutioneller und persönlicher Verantwortung"[854]. Er stipuliert also eine Korrelation zwischen Macht und Verantwortung. Dem widerspricht er aber, wenn er festhält, dass „geteilte Verantwortung nicht halbe Verantwortung" werde, dass „moralische Verwässerungseffekte unzulässig" seien, „selbst wenn gruppenpsychische Wirkungen der moralisch wertenden Zuschreibung von Verantwortung entgegenwirken"[855]. Denn solche Wirkungen haben eine Relativierung der Macht der einzelnen Akteure zur Folge, wie weiter hinten gezeigt wird[856]. Somit bleibt LENK, trotz aller Nuancierung[857], dennoch dem Bild des Individuums als einzig handlungsfähiges Subjekt verhaftet. Damit stellen sich in der Ethik ähnliche Probleme wie im Haft-

---

848 Siehe hierzu MARING, Modelle, S. 26 ff.

849 Für eine Darstellung verschiedener Modelle siehe MARING, Modelle, S. 26 ff., sowie dessen Kritik S. 34 ff., sowie ders., Verantwortung, S. 264 ff.

850 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 238.

851 LENK, Verantwortungsbegriffe, S. 124.

852 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 223.

853 LENK, Verantwortungsbegriffe, S. 126; ders., Verantwortungsdifferenzierung, S. 224.

854 LENK, Verantwortungsbegriffe, S. 128.

855 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 224 f.

856 Siehe insbes. hinten S. 214 ff.

857 Wie beispielsweise jene, dass es zumindest nicht angehe, dass eine institutionelle Verantwortung die persönliche Verantwortung der Organisationsmitglieder ersetze: LENK, Verantwortungsbegriffe, S. 127.

pflichtrecht, wenn man die Organisationshaftung ausschliesslich mit dem Verschuldensprinzip zu erfassen sucht[858].

ROPOHL weist zunächst darauf hin, dass Korporationen umgangssprachlich ganz selbstverständlich als Subjekte behandelt werden (man sagt: „Nestlé hat ein neues Brausepulver entwickelt", und nicht: „Die Ingenieure Müller, Meier und Kern haben ein neues Brausepulver entwickelt"). Im weiteren lässt sich, nach ROPOHL, korporatives Handeln auch „handlungstheoretisch präzisieren". Handeln bedeutet demnach die „zielführende Transformation einer Situation S1 zum Zeitpunkt T1 in eine Situation S2 zum Zeitpunkt T2, derart, dass sich, idealerweise, in S2 das zum Zeitpunkt T1 konzipierte Ziel erfüllt. Handlungssubjekt oder Handlungsträger ist diejenige Entität, welche die Transformation ausführt: das Handlungssystem". Dieses entspricht der Organisation, die ja, wie oben ausgeführt, Ziele verfolgt, „die über die Teilziele der beteiligten Personen hinausgehen", und die eine Systemqualität besitzt, „die sich nicht auf die Beiträge individueller Teilhandlungen reduzieren lässt, sondern erst aus der gelenkten Integration all jener Teilhandlungen erwächst"[859].

Damit ist noch nicht festgelegt, wie Verantwortung für technisches Handeln zwischen der Korporation und ihren Mitgliedern verteilt werden soll. Generell orientiert man sich in der ethischen Diskussion diesbezüglich an ähnlichen Kriterien wie im Haftpflichtrecht. Soweit die einzelnen Organisationsmitglieder ihre individuelle Beteiligung am technischen Handeln und deren Folgen begreifen und beherrschen, „tragen sie auch Verantwortung für ihre Teilbeträge"[860]. Allerdings sind Wissensmöglichkeiten und Handlungsmacht im arbeitsteiligen Kontext erfahrungsgemäss begrenzt. Da an der Herstellung von Produkten (oder Dienstleistungen) viele Akteure mit selbst von ihren Mitarbeitern oft nicht klar erkennbaren Pflichtenheften beteiligt sind, gilt diese Begrenzung zunächst für den *Herstellungszusammenhang*. In diesem Rahmen wird das Individualhandeln "zu einem Element korporativen Handelns und muss sich den fremdbestimmten Korporationszielen unterordnen; dadurch verliert es einen Teil jener Autonomie, die für moralische Verantwortung vorausgesetzt ist"[861]. Durch die Integration vieler individueller, marginaler Handlungsbeiträge entsteht etwas, das kein Organisationsmitglied alleine hätte bewirken können. Dadurch wird die Zurechnung dieser Handlungen an Akteure erschwert; es stellt sich das „Dilemma der Gruppenverantwortung"[862]. Denn was „systemar sich vollzieht, kann nicht mehr personal verantwortet werden"[863]. Dennoch müsste eine Verantwortung für Technikfolgen bestehen, was dazu führt, dass Menschen „sozusagen für mehr verantwortlich sind", als sie „voraussehen und somit eigentlich bewusst verantworten können"[864]. Verantwortlich sein sollte also das jeweilige „System". Diese Folgerung führt aber wiederum zu einer Verantwortungsverwischung, wenn man eine Tendenz entwickelt – was zu beobachten ist – , statt des Menschen primär die technischen Systeme zu betrachten, deren er sich bedient. Weiter hinten[865] wird näher ausgeführt werden, wie stark die Verknüpfung von menschlichen Handlungen mit technischen Prozessen bereits vorangeschritten ist. Gewisse Autoren sprechen sich seit einigen

---

858 LENK hält zwar fest, dass es zwar keine moralische, jedoch eine rechtliche Verantwortung von Institutionen geben könne (LENK, Verantwortungsbegriffe, S. 145, Anmerkung 16); mit diesem Verweis auf das Recht und damit auf das *probandum* entsteht jedoch ein Zirkelschluss, denn es fällt damit die Möglichkeit dahin, aus der Ethik Elemente für die Gestaltung einer Organisationshaftung zu gewinnen.

859 ROPOHL, Ethik, S. 101.

860 ROPOHL, Ethik, S. 110; so auch LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 224.

861 ROPOHL, Ethik, S. 120.

862 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 216.

863 ROPOHL, Ethik, S. 120; so auch LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 212

864 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 212.

865 Siehe zum sozio-technischen Organisationsmodell S. 157 ff., zur Interaktion zwischen Mensch und Maschine S. 225 ff.

Jahren dafür aus, den Computern selbst Verantwortung für Entscheidungen zuzusprechen[866]. Diese Auffassung ist freilich kritisiert worden: Der Mensch soll weiterhin, bei aller Komplexität, die volle Verantwortung für den Einsatz technischer Systeme tragen[867]. „Die These vom eigendynamischen, ‚naturwüchsigen' technologischen Entwicklungsprozess, der rein immanenten Sachzwängen gehorcht, ist eine ideologische Ausrede, die einer kollektiven Flucht vor der Verantwortung gleichkommt."[868]

Begrenzt ist die Handlungsmacht der Organisationsmitglieder sodann auch im *Verwendungszusammenhang*. Der einzelne Akteur weiss nicht immer, wozu sein Handlungsbeitrag z. B. im Rahmen von multifunktionalen Sachsystemen dient[869] oder wie ein Produkt von seinen Käufern letztlich verwendet wird[870]. Für ROPOHL sprengt die Ungewissheit über den Verwendungszusammenhang selbst die moralische Verantwortlichkeit der Organisation. Seines Erachtens sollte man die Ethik technischen Handelns vor allem beim Gebrauchshandeln grundsätzlich auf die Allgemeinheit ausweiten[871]. Er leitet diese Forderung auch aus dem „wahrscheinlichkeitstheoretischen Defizit" der traditionellen Moralphilosophie ab. Diese kennt als mögliche Pole der Handlungsfolgen nur zwei: Die Handlungsfolge tritt unmöglich oder mit Sicherheit ein. Kollektive Prozesse haben aber paradoxe Effekte, deren Eintreten oft nur wahrscheinlich, nicht aber unmöglich oder sicher ist. Dies zeigt sich insbesondere bei technischen Grossrisiken. Deren Ablehnung oder Akzeptanz ist demnach ein kollektives Problem und kann nicht individual-, sondern muss sozialphilosophisch betrachtet werden[872].

Die Forderungen, die ROPOHL schliesslich aus seiner Analyse ableitet, interessieren für die vorliegende Arbeit nur am Rande. Abgesehen vom Vorschlag, moralische Verantwortlichkeit auch auf Personenverbände auszudehnen, zieht er keine Konsequenzen auf der Ebene der Haftung im Sinne der „Tertiärverantwortung", also der Wiedergutmachung von Schäden aus technischem Handeln. Seine Vorschläge zielen vielmehr auf eine präventive und begleitende Technikbewertung und -steuerung durch die ganze Gesellschaft. An diesem Prozess sollen industrielle Akteure wie auch politische Gremien teilnehmen[873].

FRENCH zeigte, dass Korporationen, insbesondere Industrie- und Wirtschaftsunternehmen, „als moralische Subjekte zu gelten haben und daher als solche moralische Verantwortung tragen"[874]. Moralische, verantwortungsfähige Personen seien sie aber nur dann, wenn sie eine eigene „Intentionalität" besitzen, das heisst, wenn sie eine korporative interne Entscheidungsstruktur haben, die „nicht-programmierbare", also nicht nur rein mechanische,

---

866 Siehe Verweise bei LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 213.

867 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 214; s. a. die Mount-Karmel-Deklaration über Technik und moralische Verantwortung von 1974, Ziffer 4, wiedergegeben bei ROPOHL, Neue Wege, S. 316.

868 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 240.

869 ROPOHL, Neue Wege, S. 162; siehe zu dieser Problematik z. B. auch den Von Roll-Entscheid BGE 122 IV 103 (vertieftere Bemerkungen hierzu bereits vorne, S. 67 ff.).

870 Illustrativ ist diesbezüglich beispielsweise BGE 118 Ib 483 f., wonach der Staat zwar für fehlerhafte eigene Informationstätigkeit einzustehen hat, grundsätzlich aber nicht für die weitere, allenfalls schadensträchtige Verwendung seiner korrekten Informationen durch die Presse.

871 ROPOHL, Ethik, S. 117 f.

872 ROPOHL, Ethik, S. 145 ff., v.a. 150; siehe hierzu auch LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 215 ff.

873 „Konzertierte Techniksteuerung" zielt darauf ab, unerwünschte Folgen des technischen Fortschritts möglichst früh zu erkennen und zu vermeiden, bevor sie sich schädigend auswirken: siehe ROPOHL, Ethik, S. 259 ff.; zusammengefasst auch bei ROPOHL, Neue Wege, S. 164 ff. Dieser Ansatz kann zwar in vielen Bereichen das Haftpflichtrecht ergänzen (wie man ja zuweilen auch Anreizmodelle wie Lenkungsabgaben als entfernte Verwandte des Haftpflichtrechts betrachtet), zumal dem Haftpflichtrecht auch eine präventive Funktion innewohnt.

874 FRENCH, zitiert bei ROPOHL, Ethik, S. 144.

sondern auch neue, kreative Entscheidungen zulässt[875]. Die moralische Verantwortlichkeit von Korporationen entlaste jedoch ihre Mitglieder nicht von einer Haftung[876]. WERHANE, etwas abweichend von FRENCH, ist der Ansicht, dass Korporationen *per se* mangels Intentionalität nicht handeln können[877] und somit auch keine Personen, sondern eine Art Fiktion darstellen. Dennoch räumt er ein, dass nicht alle ihre Handlungen bloss als summierte individuelle Handlungen ihrer Mitglieder beschreibbar sind. Korporative Handlungen sind „sekundäre Handlungen", die „von einer Anzahl primärer individueller Handlungen bewirkt werden", welche durch ihre Einbettung in den kollektiven Kontext transformiert werden und sich deshalb nicht einfach summieren[878]. Obschon Korporationen keine eigenen Intentionen haben, sind sie als „sekundäre moralische Akteure" moralisch verantwortlich[879].

Nach MARING sind Personenverbände „zu Handlungen fähige Systeme"[880]. Seiner Ansicht nach ist korporatives Handeln sekundäres Handeln (hier folgt MARING WERHAENES Modell), da nur die Mitglieder faktisch (ontisch) handeln können. Das ändert aber nichts am Umstand, dass Korporationen eigene Handlungssysteme sind[881]. Obschon sekundärer Natur, hat das Handeln der Korporation systemische Eigenschaften, die sich nicht nur aus der Summierung der Einzelhandlungen der Mitglieder ergeben[882]. Die Handlungen letzterer werden vielmehr extern mitbestimmt, durch „überindividuell" verfestigte Organisationsstrukturen, gruppendynamische Interaktionen (z. B. der *risky shift*[883]), vorgegebene Organisationsziele, langfristige Korporationsstrategien, Kontinuität der Korporation bei Fluktuation der Mitglieder etc.[884]

Moralische Verantwortung ist das Eintretenmüssen für „moralisch relevante Folgen von Handlungen (z. B. Schädigungen anderer)", somit „Handlungs(folgen)verantwortung". Da Korporationen Handlungssysteme sind, ist ihnen moralische Verantwortung zuschreibbar[885]. Freilich darf diese Zuschreibung nicht dazu führen, dass sich die Verantwortung der Mitglieder verflüchtigt; aber die interne Verantwortungsverteilung ist ein anderes Problem als die direkte Verantwortung des Verbandes[886]. „Die Zuschreibung moralischer und anderer Verantwortung wird also an das Kriterium der Handlungsfähigkeit gekoppelt; dieses Kriterium ist schwächer als das Kriterium, eine (moralische) Person zu sein, aber dennoch ausreichend."[887] MARING betont, dass es auch aus sozialpsychologischer bzw. soziologischer Sicht sinnvoll sei, Korporationen als „Handlungs- und Verantwortungsträger" aufzufas-

---

875 Siehe Darstellung bei MARING, Modelle, S. 30 ff, v.a. S. 31, sowei bei MARING, Verantwortung, S. 272 ff.

876 MARING, Modelle, S. 32.

877 WERHANE, dargestellt bei MARING, Verantwortung, S. 280.

878 Siehe Darstellung bei MARING, Modelle, S. 32 ff.

879 MARING, Modelle, S. 34.

880 MARING, Verantwortung, S. 297.

881 MARING, Verantwortung, S. 296 f.

882 MARING, Modelle, S. 37.

883 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 217; MARING, Modelle, S. 37. Das Phänomen des „Risikoschubs" besteht darin, dass Gruppen zu riskanterem Verhalten tendieren als deren Mitglieder allein. Genauer müsste man von *„group polarization effect"* sprechen, siehe hierzu eingehender hinten S. 205 ff.

884 MARING, Verantwortung, S. 296.

885 MARING, Verantwortung, S. 297 f.

886 MARING, Verantwortung, S. 298; MARING, Modelle, S. 37 f.

887 MARING, Modelle, S. 38; in diesem Sinne auch MARING, Verantwortung, S. 299 f.

sen[888]; dieser Schluss wird durch die nachfolgenden Ausführungen zur Organisationstheorie bestätigt werden[889].

Gewisse Autoren haben sogar für Personen, Organisationen und sonstige soziale Systeme ein einziges Prinzip der Verantwortungszuschreibung gefordert. GOODPASTER gründet sein „Moralisches Fraktal-Prinzip" auf den Standpunkt, „Personen, Organisationen und soziale Systeme können ... gesehen werden als einander ähnliche (*,self-similar'*) Vereinigungen bzw. Zusammenschlüsse moralischer Verantwortlichkeit"[890]. Zwar weisen Personen und Organisationen keine vollständige Parallelität, aber dennoch wichtige gemeinsame begriffliche Eigenschaften auf[891].

Nur wenige Anhaltspunkte finden sich in der ethischen Literatur zur *konkreten Ausgestaltung* einer Organisationshaftung. MARING regt an einer Stelle an, es „sollte einmal geprüft werden, ob man Handlungssystemen ab der Mesoebene nicht eine Prima-facie-Verantwortung (mit Umkehr der üblichen Beweislast) für die Folgen korporativer Handlungen, die in Ausmass und Reichweite rein individuelle Handlungsfolgen bei weitem übersteigen, zuschreiben sollte"[892].

d) „Subsidiaritätsprinzip" und Verantwortungsverteilung

Obschon nicht im Zentrum der vorliegenden Arbeit, soll nun noch die Frage angesprochen werden, ob und in welchem Mass neben der Korporation auch Einzelakteure oder Subgruppen (z. B. Leitungsgremien) verantwortlich gemacht sollen. In der klassischen Betriebswirtschaftslehre wurde das Prinzip der Übereinstimmung von Aufgabe, Kompetenz und Verantwortlichkeit postuliert[893], das sich jedoch nicht mehr auf moderne komplexe und mehrschichtige Entscheidungsprozesse übertragen lässt: denn „Gruppenentscheidungen, Kompetenzüberschreitungen, komplexe Probleme ... verhindern die Zurechnung von Allgemeinverantwortlichkeit auf einen Aufgabenträger"[894]. Die individuelle Globalverantwortlichkeit des Gruppenleiters ist nur eine Möglichkeit der Verantwortung bei Gruppenentscheidungen, eine andere wäre kollektive Globalverantwortlichkeit der Gruppe, wobei das letztere Modell die Mitglieder nicht jeglicher Verantwortung entlastet. Jedes Mitglied dürfe aber nicht für mehr verantwortlich gemacht werden, „als (es) eigentlich zu verantworten hat"[895]. So hebt MARING, ausgehend von der Korrelation zwischen Wissen, Macht und Verantwortung, hervor, die Mitverantwortung eines Organisationsmitglieds bestimme sich entsprechend seiner strategischen Stellung in der betreffenden Korporation: „Sie nimmt mit wachsender Anordnungsbefugnis und Hierarchieebene zu"[896]. Man hat jedoch darauf hingewiesen, dass die Verantwortungsverteilung in Korporationen sehr diffusen Kriterien unterliegt, was oft zu einer Verwässerung der Verantwortung einzelner Akteure innerhalb einer Organisation führen kann. Pointiert gesagt, lässt sich die Verantwortlichkeit hochrangiger Leitungspersonen wegen der Unschärfe ihrer Entscheidungsbefugnisse – strategische Entscheide, grobkörnige

---

888 MARING, Verantwortung, S. 301.

889 Siehe insbesondere die Bemerkungen zur Fehlerspsychologie in komplexen Systemen, hinten S. 211 ff.

890 GOODPASTER (1985), zitiert bei MARING, Verantwortung, S. 328 f.

891 Siehe hierzu GOODPASTER, dargestellt bei MARING, Verantwortung, S. 329. MARING, ebd., kritisiert, dass GOODPASTER'S Modell primär für Personen und Organisationen relevant sein kann, nicht aber für die übrigen Sozialsysteme, da letztere nicht handlungsfähig seien.

892 MARING, Modelle, S. 39.

893 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 124.

894 BRINGS, zitiert bei MARING, Verantwortung, S. 314.

895 BRINGS, zitiert bei MARING, Verantwortung, S. 315.

896 MARING, Verantwortung, S. 311; ähnlich OTT S. 673.

Budgetentscheide, deren Konsequenzen oft durch konjunkturelle Schwankungen mitbestimmt werden, etc. – nur schlecht umschreiben, während umgekehrt die Aufgaben Untergebener zwar detailliert festgelegt, aber deshalb auch sehr beschränkt sind, weshalb deren „Eigenverantwortlichkeit auf blossen Regelgehorsam eingegrenzt[897]" wird.

Dennoch – oder gerade deshalb – wurde im Bereich der moralischen Verantwortlichkeit das Subsidiaritätsprinzip postuliert: „Was auf individueller Ebene nicht lösbar ist, weil es beispielsweise moralischen Heroismus bzw. Märtyrertum verlangen würde, sollte auf der nächsthöheren, also einer eher gesellschaftlichen – intermediären – Ebene angegangen werden", also z. B. auf der Ebene der Korporation oder der Gesamtgesellschaft[898]. Generell scheint es, dass sich in der ethischen Literatur vermehrt die Ansicht findet, die Risiken des technischen Fortschritts müssten durch die Gesellschaft insgesamt und „ihre repräsentativen Entscheidungsträger" getragen werden[899]. MARING schlägt in diesem Sinn nuancierend ein „Prinzip der grösstmöglichen Eigenverantwortung" vor: „soviel (individuelle) Selbst-, Eigenverantwortung wie möglich, soviel Verantwortung auf der nächsten Ebene wie nötig – unter Beachtung der Verantwortbarkeit, Zumutbarkeit, Überforderungsgefahr, des *Ultra-posse-nemo-obligatur*-Prinzips". Unterstützend wirke hierbei, dass Verantwortungsgefühl und Subsidiarität (eher) positiv korrelieren[900]. Ein solches Modell führte also zu einer Verantwortungszuschreibung an den Organisationsträger, ohne dadurch die Mitglieder völlig von ihrer Verantwortung zu entheben; insbesondere ist damit auch nicht die „Nachrangigkeit" der Mitgliederverantwortung gemeint[901] (also Subsidiarität auch im haftpflichtrechtlichen Sinn). Konsequenterweise müsste man folgern, dass es Bereiche gibt, die zu verantworten auch die Organisation selbst überfordert ist und die folglich auf einer noch höheren Ebene – der Branche oder der Gesamtgesellschaft – zu verantworten wären.

4. Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung

a) Vorbemerkung

Im Recht wie in der Ethik gilt es, zwischen *Haftungsbegründung* (Festlegung des Haftungssubjekts) und *Haftungsausfüllung* (Festlegung des Umfangs der Haftung) zu unterscheiden. Was die Bezeichnung des Haftungssubjekts betrifft, so stellt sich vorab die grundlegende Frage, ob ausschliesslich menschliche Personen individuell haften können oder ob es neben der Individualhaftung auch Formen kollektiver und korporativer Haftung geben kann. Das vorliegende Kapitel beschäftigt sich primär mit dieser ersten Frage. Die zweite Problematik, jene des Haftungsumfangs, wird am Rand ebenfalls thematisiert, muss aber überdies in verschiedenen Kapiteln interdisziplinär besprochen werden. Aus ethischer Sicht sind zum Haftungsumfang insbesondere die bereits gemachten Ausführungen zur Methodik relevant, namentlich zum Begriff der Gerechtigkeit im Haftpflichtrecht, der Gesetzgebung und Rechtsanwendung zur Abwägung legitimer Interessen verpflichtet[902].

---

897 NUNNER-WINKLER, zitiert bei MARING, Verantwortung, S. 316, dort auch weitere Bemerkungen.

898 MARING, Verantwortung, S. 345.

899 So etwa LENK, Verantwortungsbegriffe, S. 130; ders., Verantwortungsdifferenzierung, S. 240.

900 MARING, Verantwortung, S. 346 f., was auch durch die Organisationspsychologie unterstrichen wird, siehe z. B. VON ROSENSTIEL, S. 99 f. bezüglich der Steigerung des Verantwortungsgefühls durch die Einführung teilautonomer Arbeitsgruppen.

901 MARING, Verantwortung, S. 348 Fn 189.

902 Siehe vorne S. 94 ff.

b) Individuelle Haftung

Der traditionelle ethische Verantwortlichkeitsbegriff ist vom Modell der individuellen Verantwortlichkeit einer willensfähigen, zurechnungsfähigen natürlichen Person geprägt. Diesem Paradigma entspricht die Verschuldenshaftung im Sinne von OR 41. Insofern bietet die ethische *Begründung* der Individualhaftung keine besonderen Schwierigkeiten.

Problematischer ist hinsichtlich der individuellen Haftung die Frage des *Haftungsumfangs*. Verantwortung ist aus traditioneller ethischer Sicht verknüpft mit Macht und Wissen des Verantwortlichen: Er soll so weit haften, als seine Voraussicht und seine Handlungsmacht reicht. Auf dieser Korrelation wäre ebenfalls die individuelle Verschuldenshaftung im Sinne von OR 41 aufgebaut, zumindest, soweit sie subjektiv ausgelegt wird. Denn eine objektive Auslegung des Verschuldensbegriffs – im Sinne einer Verletzung objektiv definierter Verhaltensstandards – trägt weder der Voraussehbarkeit der Schädigung noch deren Vermeidbarkeit aus der subjektiven Sicht des Beklagten Rechnung. Umso mehr gilt dies für objektive Sorgfaltspflichten im Sinne von OR 55. Insofern steht die neuere Entwicklung des Haftpflichtrechts in Richtung einer Objektivierung von Verhaltenspflichten tendenziell in Konflikt zur traditionellen Verantwortungsethik.

Diese Diskrepanz verliert bei genügender Nuancierung der Haftungsvoraussetzungen an Schärfe. Zum einen lassen sich verschiedene Grade der Voraussehbarkeit definieren. Mit dem Begriff der objektivierten Voraussehbarkeit werden zwar rein subjektive intellektuelle oder situative Beschränkungen des Beklagten ausser Acht gelassen. Man kann aber dabei von der nicht völlig irrealistischen Forderung ausgehen, jeder Handelnde könne und solle sich unter gewissen Umständen auch die Voraussicht anderer Menschen zu Eigen machen und so gewisse subjektive Beschränkungen zugunsten einer Senkung des Gefährdungspotentials seines eigenen Handelns überwinden.

Aus einem weiter verstandenen Gerechtigkeitsbegriff ergibt sich überdies die Möglichkeit, Haftungsarten auch anders als in Bezug auf Wissen und Macht des Haftbaren zu begründen, insbesondere über die Abwägung legitimer Interessen. Aus diesem Gedanken fliesst u. a. das Nutzen-Risiko-Prinzip[903], das insbesondere strenge Kausalhaftungen rechtfertigt. Das in seiner Radikalität auffallende Modell von JONAS, wonach das Kollektiv der gegenwärtigen Menschen eine fürsorgerische Zukunftsverantwortung für den Erhalt menschlichen Lebens zugunsten nachfolgender Generationen hat, beeinhaltet im Kern ebenfalls eine Haftung trotz mangelnder Voraussehbarkeit der Schädigung. Denn JONAS bemerkt, die (technische) Macht des heutigen Menschen übersteige dessen Voraussicht der möglichen Schäden. Insofern zeigt JONAS' Modell, dass eine Haftung für Macht ohne Voraussehbarkeit der Schädigung ethisch durchaus denkbar ist. Soweit JONAS Verantwortlichkeit allerdings zusätzlich noch in die Zukunft projiziert, hat sein Ansatz für die Individualhaftung keine direkte Bedeutung, da der Mensch schon im Kollektiv, also umso mehr noch als Individuum von einer umfassenden (rechtlichen) Zukunftsverantwortung überfordert wäre. Dennoch oder trotz dieser Nuancen sei zusammenfassend festgehalten, dass jeder Verweis auf Verhaltenspflichten (z. B. Sorgfaltspflichten) im Haftungstatbestand potentiell den Vergleich mit der ethisch gebotenen Korrelation zwischen Wissen, Macht und Verantwortung ins Spiel bringt; demgegenüber ist das Kriterium der Gefährdung im Kern genuin objektiver Natur[904].

---

[903] Hierzu mehr hinten S. 129 ff.

[904] Hierzu mehr hinten im Abschnitt über den objektiven Sorgfaltsbegriff, S. 322 ff.

c) Kollektive Haftung

In Bezug auf die kollektive Verantwortlichkeit ist zunächst auf der Ebene der *Haftungsbegründung* auf eine grundlegende Kontroverse in der ethischen Literatur hinzuweisen. Einige Autoren sind nach wie vor der Ansicht, nur Individuen könnten moralisch verantwortlich sein, während andere Autoren moralische Verantwortlichkeit auch Kollektiven zuordnen. Die ethischen Theorien erscheinen allerdings diesbezüglich vorerst noch unscharf, jedenfalls weniger konsolidiert als juristische. Gewisse Autoren haben sogar bemerkt, die Ethik könne in gewisser Hinsicht von der Jurisprudenz lernen. Man kann aber davon ausgehen, dass eine Kollektivhaftung im Grundsatz ethisch vertretbar ist. So finden sich denn auch gewisse Formen der Kollektivhaftung im geltenden Recht. Im Vordergrund stehen hier Fälle der Solidarhaftung. Insbesondere OR 50[905] stipuliert eine Solidarhaftung mehrerer für „gemeinsames Verschulden"; diese greift selbst dann, wenn die konkreten kausalen Auswirkungen jedes einzelnen Handlungsbeitrags nicht bewiesen werden können, vorausgesetzt es liegt eine psychische Konnexität zwischen verschiedenen Mittätern vor. Diese Rechtslage kann m. E. zu einer Haftung für alternative Kausalität führen. Umgekehrt führt OR 50 selbst dann zu einer Kollektivhaftung der Gruppe, wenn der einzelne Schädiger individualisiert werden kann. Daneben finden sich andere Formen kollektiver Haftung im OR, so beispielsweise die Solidarhaftung aller Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft für (vertragliche) Verbindlichkeiten, die ein einzelner Gesellschafter im Namen der Gesellschaft eingegangen ist, soweit die Bestimmungen über die Stellvertretung eine solche Haftung mit sich bringen (OR 543/2).

Es mag aber durchaus Fälle geben, in denen aus ethischer Sicht eine Kollektivverantwortung bejaht würde, nicht aber aus haftpflichtrechtlicher. JONAS' erwähntes Modell einer globalen Zukunftsverantwortung beispielsweise, die alle gegenwärtigen Menschen trifft, macht aus ethischer Sicht Sinn, nicht aber aus rechtlicher. Auf die Gegenwart bezogen wäre die rechtliche Haftung einer „Masse", beispielsweise aller Teilnehmer einer Demonstration, ähnlich problematisch, soweit nicht Einzelnen oder konkreten Gruppen eine kausal relevante Mitwirkung nachgewiesen werden könnte, während möglicherweise eine moralische Verantwortlichkeit grosser Gruppen für politische Entwicklungen durchaus denkbar ist. In der ethischen Diskussion wurde auch Gruppenhaftung eines Zufallskollektivs (z. B. Passanten) vorgeschlagen für das „Versäumnis, ... eine organisierte Gruppe zu bilden, die fähig gewesen wäre, (eine) erforderliche Entscheidung zu treffen"[906] (z. B. einem Verletzten zu helfen). Auch in solchen Konstellationen besteht nicht ohne weiteres auch eine haftpflichtrechtliche Verantwortung (z. B. kraft OR 50 für unterlassene Hilfeleistung).

Mit der grundsätzlichen Gutheissung moralischer Kollektivverantwortung ist aber ein weiteres zentrales Problem der kollektiven Verantwortlichkeit noch nicht gelöst, nämlich das „Verteilungsproblem der Gruppenverantwortung", die Frage also, wie Verantwortlichkeit zwischen dem Kollektiv und seinen Mitgliedern aufgeteilt werden soll. Hier vermischen sich Haftungsbegründung und - ausfüllung. Aus der ethischen Diskussion lässt sich Folgendes ableiten:

- 1) Die kollektive Verantwortung lässt die individuelle nicht verschwinden. Das heisst, ein kausal am Schadenshergang beteiligtes Individuum darf einer Verantwortung nicht schon deshalb entgehen, weil für den gleichen Schaden ein Kollektiv (wie auch immer – z. B. anteilig oder solidarisch) haftet. Die Verantwortlichkeit des Individuums ist gewissen Auffassungen zufolge nicht einmal nachgeordnet (subsidiär im haftpflicht-

905 Siehe Nachweise hierzu hinten S. 247 ff.

906 HELD, zitiert bei MARING, Verantwortung, S. 88 f.

rechtlichen Sinne), sondern greift auf derselben Ebene wie die Kollektivverantwortung. Für das Haftpflichtrecht bedeuten diese Grundsätze, dass eine Kanalisierung der Organisationshaftung auf den Organisationsträger ethisch nicht angemessen erscheint (soweit die Organisation als „Kollektiv", d. h. als soziales System verstanden wird, wie dies für die vorliegende Arbeit der Fall ist). Ein direktes Klagerecht des Geschädigten gegen ein allfällig fehlbares Organisationsmitglied sollte also auch *de lege ferenda* beibehalten werden, wie es schon unter geltendem Recht die Regel darstellt (siehe z. B. ZGB 55/3 oder OR 55/2, anders aber VG 3/3). Insofern ist den Vorschlägen der Autoren des VE zuzustimmen, die, im Gegensatz zur Studienkommission, eine Kanalisierung der Organisationshaftung auf den Träger ablehnen und so ein direktes Klagerecht des Geschädigten gegen ein fehlbares Organisationsmitglied weiterhin zulassen wollen[907]. *De lege lata* ist Kanalisierung bei gewissen strengen Kausalhaftungen, wie beispielsweise bei der Nuklearhaftung (KHG 3/6) sowie in der Staatshaftung (VG 3/3) vorgesehen. Diese Fälle der Kanalisierung werfen aus ethischer Sicht Fragen auf, sind aber vermutlich primär versicherungstechnisch zu begründen[908].

- 2) Aus den Bemerkungen zur Individualhaftung folgt im Weiteren, dass die Haftung des einzelnen Organisationsmitglieds nur soweit gehen kann, als seine kausale Macht und Voraussehbarkeit reicht. Haftpflichtrechtlich gesehen sollte also ein Organisationsmitglied im Fall einer direkten Klage auch *de lege ferenda* nur nach Massgabe seines persönlichen Verschuldens haften. *De lege lata* haftet ein solidarisch Haftpflichtiger auch dann grundsätzlich für den gesamten Schaden, wenn er nur eine Teilursache dafür gesetzt hat. Der konkret geschuldete Schadenersatz wird zwar herabgesetzt, wenn zusätzliche Ursachen (z. B. Selbstverschulden oder Zufall) mitgewirkt haben (OR 44/1); aber persönliche Herabsetzungsgründe wie das nur leichte Verschulden (OR 43/1) kann ein Solidarschuldner im Aussenverhältnis nicht geltend machen[909]. Konsequenterweise müsste man überdies *de lege ferenda* eine nur auf den eigenen Verursachungs- und Verschuldensanteil beschränkte Solidarhaftung jedes Solidarschuldners einführen. In diesem Sinne ist der Vorschlag der Experten für die Gesamtrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts, OR 759 zu verallgemeinern, begrüssenswert: VE 53b/2 sieht vor, jeder Solidarschuldner sei im Aussenverhältnis nur bis zu dem Ersatzbetrag haftbar, den er zu leisten hätte, wenn er allein haftpflichtig wäre[910]. Anzumerken ist im Weiteren, dass sich im europäischen Rechtsvergleich eine gewisse Tendenz abzeichnet, die Eigenhaftung von Organisationsmitgliedern zu begrenzen. So kennt das deutsche Recht einen Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers (s. vorne S. 83 ff.), die u. a. damit begründet wird, dass die persönliche Haftung des Arbeitnehmers „im Kontext fremdbestimmter Tätigkeiten mit einem oft in keinem Verhältnis zum Gehalt stehenden Risiko entsteht"[911].

Verschiedene Autoren sind sich darüber einig, dass die Strenge der Verantwortlichkeit eines Korporationsmitglieds zunimmt, je höher es hierarchisch positioniert ist[912]. Die letztgenann-

---

907 WIDMER/WESSNER S. 133. S. a. BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 55, der auf ein *moral hazard*-Problem der Kanalisierung hinweist, da er vermutet, dass innerbetriebliche Anreize das Organisationsmitglied weniger zur Schadensprävention motivieren als die Möglichkeit einer direkten Aussenhaftung.

908 Siehe auch hinten S. 365 ff.

909 So die klare Auffassung des Bundesgerichts, s. BGE 113 II 331, 112 II 144; s. a. REY, N 1472 ff.; die Frage ist in der Lehre allerdings umstritten, vgl. REY, N 1464 ff.

910 Siehe hierzu auch WIDMER/WESSNER S. 167 ff.

911 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 188.

912 Diese Forderung entspricht auch den Postulaten von Vertretern der Fehlerpsychologie, s. z. B. REASON, Human Error, S. 214 ff.

te Forderung ist teilweise realisiert in OR 754, der eine besondere Haftung von Vertretern der Aktiengesellschaft statuiert, welche an im Vergleich zu OR 41 objektivierten Sorgfaltspflichten gemessen werden[913].

Eine für die Organisationstheorie bedeutsame Kategorie kollektiver Aggregate sind kollektive Entscheidungsgremien (wie z. B. der Verwaltungsrat). Wurden verantwortungsbegründende, weil schadensträchtige Entscheidungen in einem kollektiven Entscheidungsgremium gefällt, so ist die erwähnte ethische Forderung zu berücksichtigen, dass die Verantwortlichkeit des Gremiums oder der ganzen Organisation jene der einzelnen Mitglieder des Gremiums nicht ausschliesse, dass aber die Verantwortung der Mitglieder dennoch nicht weiter als deren Voraussicht und Handlungsmacht reiche. Diese Sichtweise findet sich beispielsweise in der strafrechtlichen Organisationshaftung realisiert, wo das Bundesgericht Folgendes ausführte: „Wenn ein Entscheidungsgremium für eine hinreichende Organisation verantwortlich ist, dann ist jedes Mitglied dieses Gremiums, das es unterlässt, sich für die Durchsetzung dieser Pflichten einzusetzen, kausal für den Erfolg verantwortlich."[914] Im Von Roll-Entscheid, aus dem dieser Passus stammt, wurde deshalb der Konzernchef für einen Organisationsmangel mitverantwortlich, obschon nicht bewiesen werden musste, dass er die Mehrheit eines leitenden Gremiums von gewissen Sicherheitsmassnahmen tatsächlich hätte überzeugen können. Zur Verantwortlichkeit genügt, dass er sich nicht für solche Massnahmen eingesetzt hat. Der dennoch begrenzten Einflussmöglichkeit des Konzernchefs und den Umständen des Einzelfalls wurde bei der Bemessung des Strafmasses Rechnung getragen[915].

d) Korporative Haftung

Organisationen können Kollektive ohne besondere Rechtsform sein, stellen aber wesentlich öfter zu Korporationen verfestigte Systeme dar. Das Problem der korporativen Verantwortlichkeit in der Ethik betrifft vorab die *Haftungsbegründung*. Während sich bei der Kollektivhaftung primär das „Verteilungsproblem" stellt, hängt die korporative Verantwortlichkeit davon ab, ob Korporationen als eigenständige Handlungssubjekte anerkannt werden können. In dieser Hinsicht scheint das Privatrecht der ethischen Diskussion am weitesten voraus zu sein. Personenverbände werden unter gewissen Voraussetzungen schon seit langem als rechts- und handlungsfähig betrachtet. Am deutlichsten wird dies in der Rechtsfigur der juristischen Person („*personne morale*" in der französischen Übersetzung), die ein Personenverband (bzw. im Falle der Stiftung ein selbständiges Vermögen) ist, der sich zu einer gegenüber ihren Mitgliedern und der Umwelt rechtlich selbständigen Person konsolidiert hat. Diese Rechtsfigur stand freilich nicht *a priori* fest, sondern bildete sich über langdauernde Kontroversen vorab im 19. Jahrhundert heraus. Diese Kontroversen betrafen primär die Frage, ob eine juristische Person real oder nur fiktiv sei, und gleichen so in gewisser Weise der ethischen Streitfrage, ob Korporationen überhaupt selbständige Handlungssubjekte sein können[916]. Das schweizerische Recht hat sich, im Anschluss an EUGEN HUBER, zur Realitätstheorie bekannt[917]. Eine für das vorliegende Thema wesentliche Konsequenz

---

913 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL §36 N 80 ff.; an die Sorgfalt sind überdies umso höhere Anforderungen zu stellen, „je einflussreicher die Tätigkeit der verantwortlichen Person ist", ebd. N 85.

914 BGE 122 IV 129.

915 BGE 122 IV 130 ff.; s. a. BGH, in: NJW 1990 S. 2560 ff.

916 Die Vertreter der Fiktionstheorie, u. a. von SAVIGNY und WINDSCHEID, gingen davon aus, dass „nur der Mensch Rechte und Pflichten haben könne" (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 2 N 11), was der Position der traditionellen Verantwortungsethik entspricht. Demgegenüber waren Befürworter der Realitätstheorie, v. a. Gierke, der Ansicht, juristische Personen seien reale, wirklich existierende Personen, die einfach aus mehreren natürlichen Personen bestehen (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 2 N 15).

917 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 2 N 17.

hieraus ist der Grundsatz, dass juristische Personen auch für das deliktische Verhalten ihrer Organe (gemäss ZGB 55/2 und verwandten Normen wie OR 722) oder Hilfspersonen (gemäss OR 55) haften, was gemäss der Fiktionstheorie nicht möglich wäre[918]. Überdies unterstehen juristische Personen noch weiteren einfachen Kausalhaftungen (wie OR 58) sowie einigen strengen Gefährdungshaftungen. Juristische Personen sind die wichtigste Gruppe von Korporationen. Daneben hat auch die Kollektivgesellschaft korporationsähnliche Züge und impliziert ebenfalls eine deliktische Haftung der Gesellschaft für ihre Mitglieder (OR 567/3).

Die ethischen Theorien hinsichtlich der korporativen moralischen Verantwortung scheinen bis jetzt weniger konsolidiert zu sein als die juristischen. Nach wie vor findet sich die Ansicht in der Literatur, nur einzelne natürliche Personen könnten Träger moralischer Rechte und Pflichten sein. Es wurde auch bemerkt, dass Haftung für Dritte ethisch „ungerecht" sei; und korporative Haftung impliziert Haftung für Dritte (nämlich Haftung der Korporation für ihre Mitglieder), vor allem, wenn man korporatives Handeln, wie WERHAENE und MARING, als sekundäres Handeln betrachtet, das ohne primäres Handeln der Organisationsmitglieder nicht denkbar wäre, aber letzteres transformiert. Gleichzeitig lässt sich aber nicht übersehen, dass einige Autoren in neuerer Zeit dezidiert eine moralische Verantwortung von Korporationen fordern. Die vertretenen Konzepte sind dabei noch unterschiedlich. So setzt FRENCH für moralische Handlungsfähigkeit beispielsweise voraus, dass Personenverbände über eine interne Entscheidungsstruktur verfügen, die kreatives Handeln ermöglicht. Dieser Gedanke ist auch dem Privatrecht nicht fremd, da das Gesetz für alle Rechtsformen der juristischen Personen zwingend eine minimale, hierarchische Entscheidungsstruktur vorschreibt[919]. Auf den ersten Blick scheinen sehr kleine Unternehmen ohne besondere Entscheidungsstruktur, z. B. eine Bäckerei mit Meister und Angestelltem, keine Korporationen in diesem Sinn darzustellen. Aber aus der Sicht der Organisationshaftung ist dem nicht so; denn das Erfordernis eines Subordinationsverhältnisses gemäss OR 55 impliziert bereits eine hierarchische Entscheidungsstruktur, in der der Geschäftsherr primär Weisungen gibt und die Hilfsperson sie befolgt. Besteht dieses Verhältnis nicht, so liegt ein blosses Kollektiv, keine Organisation vor und OR 55 greift nicht.

Trotz der vorerst noch beschränkten Ausdifferenzierung moralischer Konzepte korporativer Verantwortlichkeit lassen sich aus der ethischen Diskussion für die Organisationshaftung ein paar weitere wertvolle Elemente gewinnen. Zunächst fällt auf, dass man in ethischen Modellen nicht zwischen Organen und Hilfspersonen unterscheidet, dass man die Struktur der (externen) Verantwortlichkeit der Korporation also nicht vom Status des korporationsinternen Akteurs abhängig macht, wie dies für das schweizerische Recht *de lege lata* der Fall ist (ZGB 55/2 versus OR 55). Unterschiedliche Folgen für die Verantwortlichkeit in Abhängigkeit vom Status schädigender Organisationsmitglieder werden im ethischen Schrifttum nur auf der Ebene der direkten Aussen - (und Innen)haftung der Mitglieder selbst vorgeschlagen; und auch diesbezüglich unterscheidet man nicht zwischen Organ und Hilfsperson, sondern nach Grad der Einflussmacht[920].

Interessant für die Organisationshaftung ist auch GOODPASTERS „Moralisches Fraktal-Prinzip", wonach für Einzelpersonen und Organisationen ein einziges Prinzip der Verant-

---

[918] MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 12, wobei die Ansichten hierzu auch unter Vertretern der Fiktionstheorie auseinander gingen, s. *ibidem*.

[919] Z. B. für die AG eine Generalversammlung und einen Verwaltungsrat, wobei das Gesetz diesen Organen gewisse unübertragbare Entscheidskompetenzen zuteilt, siehe OR 698, 716a bzw. 728 ff.

[920] Wobei das im Schweizer Privatrecht dennoch auf die Unterscheidung zwischen Organ und Hilfspersonen herauskommt, da ja faktisch besonders einflussreiche Hilfspersonen als faktische Organe betrachtet werden, s. a. vorne S. 50 ff.

hieraus ist der Grundsatz, dass juristische Personen auch für das deliktische Verhalten ihrer Organe (gemäss ZGB 55/2 und verwandten Normen wie OR 722) oder Hilfspersonen (gemäss OR 55) haften, was gemäss der Fiktionstheorie nicht möglich wäre[918]. Überdies unterstehen juristische Personen noch weiteren einfachen Kausalhaftungen (wie OR 58) sowie einigen strengen Gefährdungshaftungen. Juristische Personen sind die wichtigste Gruppe von Korporationen. Daneben hat auch die Kollektivgesellschaft korporationsähnliche Züge und impliziert ebenfalls eine deliktische Haftung der Gesellschaft für ihre Mitglieder (OR 567/3).

Die ethischen Theorien hinsichtlich der korporativen moralischen Verantwortung scheinen bis jetzt weniger konsolidiert zu sein als die juristischen. Nach wie vor findet sich die Ansicht in der Literatur, nur einzelne natürliche Personen könnten Träger moralischer Rechte und Pflichten sein. Es wurde auch bemerkt, dass Haftung für Dritte ethisch „ungerecht" sei; und korporative Haftung impliziert Haftung für Dritte (nämlich Haftung der Korporation für ihre Mitglieder), vor allem, wenn man korporatives Handeln, wie WERHAENE und MARING, als sekundäres Handeln betrachtet, das ohne primäres Handeln der Organisationsmitglieder nicht denkbar wäre, aber letzteres transformiert. Gleichzeitig lässt sich aber nicht übersehen, dass einige Autoren in neuerer Zeit dezidiert eine moralische Verantwortung von Korporationen fordern. Die vertretenen Konzepte sind dabei noch unterschiedlich. So setzt FRENCH für moralische Handlungsfähigkeit beispielsweise voraus, dass Personenverbände über eine interne Entscheidungsstruktur verfügen, die kreatives Handeln ermöglicht. Dieser Gedanke ist auch dem Privatrecht nicht fremd, da das Gesetz für alle Rechtsformen der juristischen Personen zwingend eine minimale, hierarchische Entscheidungsstruktur vorschreibt[919]. Auf den ersten Blick scheinen sehr kleine Unternehmen ohne besondere Entscheidungsstruktur, z. B. eine Bäckerei mit Meister und Angestelltem, keine Korporationen in diesem Sinn darzustellen. Aber aus der Sicht der Organisationshaftung ist dem nicht so; denn das Erfordernis eines Subordinationsverhältnisses gemäss OR 55 impliziert bereits eine hierarchische Entscheidungsstruktur, in der der Geschäftsherr primär Weisungen gibt und die Hilfsperson sie befolgt. Besteht dieses Verhältnis nicht, so liegt ein blosses Kollektiv, keine Organisation vor und OR 55 greift nicht.

Trotz der vorerst noch beschränkten Ausdifferenzierung moralischer Konzepte korporativer Verantwortlichkeit lassen sich aus der ethischen Diskussion für die Organisationshaftung ein paar weitere wertvolle Elemente gewinnen. Zunächst fällt auf, dass man in ethischen Modellen nicht zwischen Organen und Hilfspersonen unterscheidet, dass man die Struktur der (externen) Verantwortlichkeit der Korporation also nicht vom Status des korporationsinternen Akteurs abhängig macht, wie dies für das schweizerische Recht *de lege lata* der Fall ist (ZGB 55/2 versus OR 55). Unterschiedliche Folgen für die Verantwortlichkeit in Abhängigkeit vom Status schädigender Organisationsmitglieder werden im ethischen Schrifttum nur auf der Ebene der direkten Aussen - (und Innen)haftung der Mitglieder selbst vorgeschlagen; und auch diesbezüglich unterscheidet man nicht zwischen Organ und Hilfsperson, sondern nach Grad der Einflussmacht[920].

Interessant für die Organisationshaftung ist auch GOODPASTERS „Moralisches Fraktal-Prinzip", wonach für Einzelpersonen und Organisationen ein einziges Prinzip der Verant-

---

918 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 12, wobei die Ansichten hierzu auch unter Vertretern der Fiktionstheorie auseinander gingen, s. *ibidem*.

919 Z. B. für die AG eine Generalversammlung und einen Verwaltungsrat, wobei das Gesetz diesen Organen gewisse unübertragbare Entscheidskompetenzen zuteilt, siehe OR 698, 716a bzw. 728 ff.

920 Wobei das im Schweizer Privatrecht dennoch auf die Unterscheidung zwischen Organ und Hilfspersonen herauskommt, da ja faktisch besonders einflussreiche Hilfspersonen als faktische Organe betrachtet werden, s. a. vorne S. 50 ff.

wortungszuschreibung bezeichnet werden sollte, da sich Personen und Organisationen als Handlungssubjekte in wichtigen Punkten gleichen. Diese Idee könnte dazu führen, dass Konzepte wie „Verschulden" oder „Sorgfaltswidrigkeit" sowohl für natürliche Personen als auch für Kollektive gelten, ohne dass beispielsweise eine „Zurechnung" des Organverschuldens im Sinne von ZGB 55 nötig wäre. Übrigens zeigt die schweizerische Rechtsprechung bereits *de lege lata* eine gewisse Tendenz in diese Richtung. So ist die Unterscheidung zwischen organisatorischer und inhaltlicher (d. h. spezifisch tätigkeitsbezogener) Unsorgfalt im Kontext von OR 55 immer weniger deutlich zu erkennen[921]. Und auch in anderen Rechtsgebieten hat sich eine Art kollektiver Sorgfaltsbegriff herausgebildet, der die Unterscheidung zwischen Organ und Hilfsperson überflüssig macht[922].

Während sich die vorliegend berücksichtigten Autoren der Ethik im Allgemeinen kaum zur Frage der *Haftungsausfüllung* im Bereich der korporativen Verantwortlichkeit äussern, hat doch MARING vorgeschlagen, Handlungssystemen ab der Mesoebene (also Organisationen) sollte eine „Prima-facie Verantwortung (mit Umkehr der üblichen Beweislast) für die Folgen korporativer Handlungen, die in Ausmass und Reichweite rein individuelle Handlungsfolgen bei weitem übersteigen", auferlegt werden. Diese Forderung ist in OR 55 *de lege lata* verwirklicht, zumindest hinsichtlich des Beweises der Sorgfaltswidrigkeit. Auch *de lege ferenda* wird in VE 49a Beweislastumkehr bezüglich der Unsorgfalt zugunsten des Geschädigten vorgeschlagen. Zu einer generellen oder sektoriellen Kausalitätsvermutung ist das Schweizer Haftpflicht allerdings bisher nicht vorgedrungen[923].

e) Gesellschaftliche Haftung und Subsidiaritätsprinzip

Verschiedene Autoren der Ethik vertreten einen Standpunkt, der nicht nur für die Organisationshaftung, sondern für alle Haftungsarten ganz allgemein wesentlich ist, jenen nämlich, dass sowohl individuelle als auch kollektive und korporative Verantwortlichkeit begrenzt sind, dass es also Handlungsfolgen gibt, die nur auf der Ebene der Gesamtgesellschaft verantwortet werden sollten. Dies gelte beispielsweise für grundlegende Risiken des technischen Fortschritts, da der Einzelne oder auch ganze Organisationen mangels Voraussehbarkeit und Handlungsmacht mit einer generellen Verantwortung für solche Risiken moralisch überfordert sind bzw. moralische Helden oder Märtyrer sein müssten, was man in der Regel von niemandem verlangen könne. Diese Bemerkungen weisen auf Probleme von grosser Tragweite hin, da sie die gesamtgesellschaftliche Dimension schädigenden Verhaltens betreffen, welche naturgemäss von einer hohen Komplexität geprägt ist. Solche Probleme erreichen oder überschreiten die Grenzen des Haftpflichtrechts, da sie nicht ausschliesslich über die Güterrückverteilung zwischen Schädiger und Geschädigtem gelöst werden können[924].

Ethiker haben zur Lösung dieses Problems ein „Subsidiaritätsprinzip" der Verantwortung vorgeschlagen: Was auf einer Ebene – z. B. der individuellen – nicht verantwortet werden kann, soll auf der nächsthöheren – z. B. jener der Organisation oder der Gesellschaft – verantwortet werden. Das so verstandene Subsidiaritätsprinzip findet sich höchstens ansatzweise im Haftpflichtrecht wieder: mildere Haftungen, z. B. die Verschuldenshaftung nach OR 41, treffen tendenziell Individuen, während strenge Kausalhaftungen primär den Korporationen auferlegt sind, mit einer Ausdehnung auf die Gesamtgesellschaft im Fall des Versi-

921 Siehe eingehender S. 254 ff.
922 Siehe eingehender 311 ff.
923 Erwähnt sei immerhin der *prima facies*-Beweis gemäss GTG 33.
924 Siehe hierzu auch Bemerkungen aus ökonomischer Sicht S. 143 ff.

cherungsobligatoriums oder der subsidiären Einstandspflicht des Staates. Diese Einteilung ist aber rein empirischer Natur – Atomkraftwerke und Eisenbahnen werden tendenziell eher durch Korporationen als durch Individuen betrieben – und nicht strukturell im Recht vorgegeben. So kann durchaus auch ein Individuum mit einer strengen Haftpflicht belastet sein, so beispielsweise der Autohalter. Deshalb lässt sich das moralische Subsidiaritätsprinzip nur ansatzweise auf das Haftungsrecht übertragen. Vorerst genügt es festzuhalten dass es in der ethischen Literatur als moralisch vertretbar oder geboten erachtet wird, dass gewisse schädigende Handlungsfolgen auf gesamtgesellschaftlicher Ebene verantwortet werden. Eine haftpflichtrechtliche Konsequenz dieses Gedankens ist beispielsweise die solidarische Tragung schädlicher Auswirkungen von Entwicklungsrisiken oder Risiken aus besonders gefährlichen Tätigkeiten[925]. In der haftpflichtrechtlichen Literatur wurde bemerkt, es zeige sich in neuerer Zeit vermehrt eine Mentalität, wonach für alle Schädigungen ein Haftpflichtiger bezeichnet werden muss[926]. Diese Mentalität ist aufgrund des Gesagten, sollte sie sich in letzter Konsequenz durchsetzen, ethisch fragwürdig.

Verwandt mit der Problematik der gesamtgesellschaftlichen Verantwortlichkeit, aber ethisch und rechtlich fassbarer, ist die Frage der Verantwortlichkeit für Risiken im Verwendungszusammenhang, auf welche vor allem ROPOHL hinweist. Haftpflichtrechtlich ist diese Frage beispielsweise in PrHG 4/1/b gelöst, wo zur Feststellung eines Produktefehlers u. a. darauf abgestellt wird, mit welchem Gebrauch vernünftigerweise gerechnet werden kann. Auch traditionelle haftpflichtrechtliche Instrumente wie die Ermässigung des Schadenersatzes wegen Selbstverschuldens (OR 44/1) erfassen die Risikoverteilung im Verwendungszusammenhang.

C. Wirtschaftliche Gesichtspunkte

1. Vorbemerkung

Aus den methodischen Vorbemerkungen und der ethischen Betrachtungsweise geht hervor, dass ein haftpflichtrechtliches Institut insofern „gerecht" sein soll, als es die Interessenlage beteiligter Personen angemessen berücksichtigen sowie rechtlich kohärente und sachlich gerechtfertigte Lösungen für Schadensfälle vorsehen muss. In Haftpflichtfällen geht es primär darum, *wirtschaftliche* Nachteile (also Rechtsposten, die einer monetären Bewertung zugänglich sind) adäquat zwischen dem Geschädigten, dem Schädiger und allenfalls weiteren Beteiligten aufzuteilen. Deshalb ist es naheliegend, diese Aufteilung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten vorzunehmen.

Es lässt sich belegen, dass schon seit jeher ökonomische Gesichtspunkte in die privatrechtliche Gesetzgebung[927] und Rechtsprechung eingeflossen sind, sei dies im Rahmen von „Billigkeitserwägungen" oder auch aufgrund ausdrücklicher Verweise auf die ökonomische „Zumutbarkeit"[928]. Seit den 1960er Jahren hat sich nun aber vorab in den USA, ansatzweise

---

925 WIDMER, 1992, S. 357 f.; SCHÖBI S. 12; WESSNER, Propos erratiques, S. 78, zum Entwicklungsrisiko; GUILLOD, Faute objectivée, S. 168 ff., zu den Risiken aus medizinischer Behandlung.

926 Siehe z. B. WIDMER, Gefahren, S. 292; FELLMANN S. 41; GUILLOD, Faute objectivée, S. 155.

927 Siehe z. B. die bei TAUPITZ, S. 149 ff., zusammengefassten parlamentarischen Beratungen im Reichstag zum BGB-Entwurf bezüglich Schadenersatz wegen Wildschäden.

928 Siehe das Beispiel von Art. 5 des deutschen Umwelthaftungsgesetzes bei TAUPITZ, S. 149; s. a. OFTINGER/STARK, Bd. II, §19 N 78 und als Beispiel BGE 130 III 193, zur Zumutbarkeit von Sicherungsmassnahmen durch den Werkeigentümer gemäss Bundesgericht.

auch in anderen Rechtsordnungen, eine umfassendere ökonomische Analyse des Rechts[929] entwickelt, deren radikalste Vertreter den Anspruch erheben, ein umfassendes rechtspolitisches Begründungssystem von Rechtsnormen vorzustellen, das den Beizug anderer Gesichtspunkte als ökonomische wenn nicht überflüssig, so doch zweitrangig mache[930]. Im Unterschied zu herkömmlichen ökonomischen „Daumenregeln", deren sich Gesetzgeber und Richter häufig bedienen, verfolgen Vertreter der ökonomischen Analyse durchdachtere und umfassendere methodische Ansätze. Wohl nicht zuletzt wegen ihres Universalitätsanspruchs, aber auch wegen einiger methodischer Ungereimtheiten hat die ökonomische Analyse jedoch in den europäischen Rechtsordnungen im Vergleich zum US-amerikanischen Recht[931] nur wenig Bedeutung erlangt und wird – zumindest verstanden als umfassendes Begründungssystem – von vielen Autoren abgelehnt[932]. Immerhin wird ihr aber zugestanden, dass sie sowohl den Gesetzgeber als auch die Gerichte für ökonomische Implikationen rechtlicher Institute sensibilisieren kann[933], wobei hervorgehoben wird, dass sie für die konkrete Rechtsanwendung kaum taugliche und praktikable Kriterien liefert[934], dass sie letztere mit der Forderung, jede Entscheidung auf die gesamtgesellschaftliche ökonomische Wohlfahrt auszurichten, auch weitgehend überfordert[935].

Die Ansicht, wonach sich keine Haftungsform ausschliesslich ökonomisch, überhaupt ausschliesslich durch eine einzige Argumentationsebene begründen lässt, verdient m. E. Zustimmung, was bereits in den methodischen Vorbemerkungen erläutert wurde[936]. Deshalb wird in der vorliegenden Arbeit keine umfassende Analyse der Organisationshaftung nach ökonomischen Kriterien erfolgen. Verbunden mit anderen Gesichtspunkten (z. B. in Form einer „sozial-ökonomischen Analyse des Rechts"[937]) lassen sich aber aus der ökonomischen Analyse interessante Elemente zur rechtspolitischen Begründung einer Organisationshaftung gewinnen, insbesondere zur grundsätzlichen Frage, ob die Haftung für im Rahmen einer organisierten Tätigkeit verursachte Schäden eher das Organisationsmitglied oder eher den Organisationsträger treffen soll. Je weiter die Analyse zu Details der konkreten Ausgestaltung einer Organisationshaftung fortschreitet, desto stärker müssen aber wirtschaftliche mit anderen, wertenden Gesichtspunkten verknüpft werden.

Im Kern geht es der ökonomischen Analyse des Haftpflichtrechts um die Frage, welche Haftungsform wirtschaftlich gesehen am effizientesten erscheint[938], das heisst am wenigsten Kosten und am meisten Nutzen generiert. Eine solche Analyse kann auf verschiedenen Ebenen ansetzen. Sie kann sich auf die Gesamtgesellschaft beziehen und von der Frage ausgehen, welches Haftungssystem zur wirtschaftlich optimalen Verteilung aller Güter führt. Dieser Ansatz geht vom Prinzip der individuellen Nutzenmaximierung aus, wonach die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt sich aus der Summe der Nutzen aller Individuen ergibt

---

929 Siehe Verweise bei FORSTMOSER, Einführung, §11 N 141; OFTINGER/STARK, Bd. I, §1 N 51; TAUPITZ S. 116; BISCHOF S. 203.

930 TAUPITZ S. 122 ff., insbes. Fn 55; FORSTMOSER, Einführung, §11 N 143; allerdings wird heute „ein absoluter Vorrang des ökonomischen Effizienzprinzips" kaum mehr vertreten, s. TAUPITZ, S. 127.

931 Für die Gründe des Erfolgs dieser Theorie in den USA s. TAUPITZ, S. 128 ff.

932 Stellvertretend für andere FORSTMOSER, Einführung, §11 N 146 ff.; OFTINGER/STARK, Bd. I, N 66; TAUPITZ S. 135 f.; 165 f. TAUPITZ (S. 120) bemerkt beispielsweise, keine Entscheidung eines deutschen Gerichts sei bis 1996 ausdrücklich auf die ökonomische Analyse gestützt worden.

933 FORSTMOSER, Einführung, §11 N 145; TAUPITZ S. 145.

934 TAUPITZ S. 165 f. und Beispiel

935 TAUPITZ S. 144.

936 Vorne S. 92 ff.

937 TAUPITZ S. 126.

938 So ADAMS, zitiert bei BISCHOF, S. 204 Fn 17.

(‚Eigennutz fördert Gemeinnutz')[939]. Ausgangspunkt ist hierbei das Modell des wirtschaftlich rationalen „eigennützigen" Menschen, der die „Nutzenmaximierung (aufgrund einer Abwägung verschiedener Entscheidungsalternativen) rein rational und wirtschaftlich denkend bewerkstelligt. Die Kernaussage der ökonomischen Analyse lautet folglich: Das Recht hat die Aufgabe, das rational-wirtschaftliche Nutzenstreben des einzelnen in der Weise zu begrenzen oder zu stimulieren, dass das so gesteuerte menschliche Verhalten zur optimalen Nutzung knapper Ressourcen führt."[940]. So ergibt sich aus der ökonomischen Analyse beispielsweise eine präventive Funktion des Haftpflichtrechts, da die Vermeidung von Schäden auch Schadenskosten minimiert.

Inwiefern die Allokation wirtschaftlicher Güter über das Haftpflichtrecht die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt beeinflusst, hängt von der „Rechengrösse" ab, davon also, wie umfassend das betreffende ökonomische Modell ist, ob es sich beispielsweise nur auf die konkrete Situation des Schädigers und des Geschädigten beschränkt oder den gesamtgesellschaftlichen Güterausgleich berücksichtigt. Für die *makroökonomische Analyse* sind verschiedene Arten von Kosten zu unterscheiden: in erster Linie verursacht eine Schädigung (primäre) Schadenskosten, in Form einer Verringerung des Vermögens des Geschädigten. Als sekundäre Kosten bezeichnet man jene, die aufgrund einer ungünstigen Schadensverteilung entstehen[941]. Sieht das Gesetz einen gerichtlich durchsetzbaren Schadensausgleich vor, so entstehen darüber hinaus weitere (tertiäre) Kosten, die der Ausgleich selbst verursacht (Transaktionskosten, z. B. Informationskosten über Schadensumfang, Zahlungskosten, Rechtsberatungskosten, Gerichtskosten etc.)[942]. Selbst wenn aber keine haftpflichtrechtliche Schadensverteilung gesetzlich vorgesehen wäre, entstünden Transaktionskosten: COASE hat betont, dass sich, unabhängig von einer haftpflichtrechtlichen Risikoverteilung, die sozial effizienteste Verteilung der Unfallkosten durch eine vertragliche Reallokation zwischen Schädiger und Geschädigtem bewerkstelligen liesse[943], d. h. beispielsweise über Freizeichungsklauseln oder Haftungsübernahmen. Dieses Modell würde aber eine „Machtsymmetrie" zwischen den Parteien voraussetzen (gleich starke Verhandlungsposition, vergleichbarer Informationsstand etc.); andernfalls hätte die Aushandlung und Durchsetzung eines solchen Modells zu hohe Transaktionskosten zur Folge. Da eine perfekte Machtsymmetrie nur selten existiert, bleibt die Notwendigkeit einer gesellschaftlich effizienten Schadensverteilung über das Haftpflichtrecht dennoch bestehen[944]; nur in einer „Welt ohne Transaktionskosten" wäre die Haftungsverteilung wirtschaftlich gesehen irrelevant[945].

Nun können aber nicht alle Kostenarten gleichzeitig minimiert werden. Wollte man die Transaktionskosten aus dem Schadensausgleich auf Null senken, müsste man auf Schadensausgleich vollständig verzichten (*casum sentit dominus*). So aber hätte der Schädiger keinen Anreiz, Schäden zu vermeiden, weshalb die primären Schadenskosten vermutlich ansteigen würden[946]. Sekundäre Kosten (wie auch Transaktionskosten) könnten möglicherweise durch ein generelles Versicherungssystem, in dem Schadensposten aufgrund versiche-

---

939 TAUPITZ S. 117.

940 TAUPITZ S. 118. S. a. das Weissbuch der EU zur Umwelthaftung vom 9.2.2000, COM(2000) 66 final, S. 4.

941 Siehe hierzu eingehender TAUPITZ S. 140 f.

942 TAUPITZ S. 138, 141.

943 COASE (1960), zitiert bei BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 55 Fn 280.

944 CALABRESI (1970), zitiert bei BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 55 Fn 280; s. a. BISCHOF, S. 209, zum Freizeichnungsverbot in Art. 12 der EG-Richtlinie 85/374/EWG über das Produktehaftpflichtrecht (vgl. a. PrHG 8).

945 COASE, zitiert bei KORNHAUSER S. 1347 Fn 10.

946 TAUPITZ S. 142.

rungstechnischer Ausgleichsmodelle verteilt werden, gesenkt werden[947]. So entstünden aber dennoch Ausgleichskosten in Form von Verwaltungskosten der Versicherung; ausserdem bestünde für den Einzelnen ein „Anreiz, sozial nützliche Vorsorgeaufwendungen möglichst unentdeckt so weit wie möglich einzusparen" (*moral hazard*)[948]. Die Frage des Versicherungsmodells wurde übrigens im Bericht der Studienkommission im Hinblick auf die Gesamtrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts eingehend geprüft. Man kam dabei zum Schluss, dass sich ein Systemwechsel hin zu einem reinen Versicherungsmodell volkswirtschaftlich nicht aufdränge[949]. Auch seitens der Lehre wurde betont, eine gerechte Aufteilung deliktischer Schäden könne nach wie vor durch das Haftpflichtrecht erreicht werden[950], solle es sogar, da sonst eine Art moralische Erosion drohe[951]. Die Frage des allgemeinen Versicherungsmodells kann hier im Übrigen nicht weiter geprüft werden. Sektoriell besteht in der Schweiz ein relativ komplexes, aber weitreichendes System von Sozialversicherungen.

Auch zur Beurteilung der Haftungsarten liesse sich eine Transaktionskostenanalyse anwenden. Man könnte beispielsweise in einem bestimmten Bereich eine Verschuldenshaftung als gesamtgesellschaftlich teurer erachten als eine Kausalhaftung, weil bei letzterer die kostenintensive Prüfung der Verschuldensfrage wegfällt[952]. Allerdings müsste man ebenso in Betracht ziehen, dass bei einer Kausalhaftung mehr Klagen zu erwarten wären, was die Transaktionskosten seitens der Beteiligten und der Gerichte erhöht[953].

Die Beurteilung des Haftpflichtrechts auf makroökonomischer Ebene, wie eben kurz skizziert, wirft sehr komplexe und weitreichende sozio-ökonomische und politische Fragen auf[954]. Globale wirtschaftliche Modelle zur Analyse ganzer Gesellschaftsbereiche lassen sich nach wie vor nur zum Preis sehr einschränkender Voraussetzungen aufstellen. Man müsste dabei ebenso das Verhalten beteiligter Personen wie auch die Rolle des Staates berücksichtigen, der bereits heute auf vielfältige Weise die Allokation deliktisch verursachter Schäden in Abweichung von den Regeln des Obligationenrechts beeinflusst. Man denke hierbei beispielsweise an Schadensfonds (wie den Nuklearschadenfonds gem. KHG 15). Hinsichtlich grenzüberschreitender (z. B. ökologischer) Schäden müsste sich eine ökonomische Analyse sogar auf mehrere Staaten erstrecken. Eine derart umfassende Analyse übersteigt den Rahmen und die Ambition der vorliegenden Arbeit. Die nachfolgenden Ausführungen sollen deshalb auf *mikroökonomische Aspekte* beschränkt bleiben und betreffen insbesondere die Frage, durch welche Haftungsform zwischen den an einem Schadensfall beteiligten Personen ein wirtschaftlich adäquater Ausgleich stattfindet, insbesondere durch

---

947 Ein solches System wird beispielsweise seit 1974 in Neuseeland (mit dem *„accident compensation scheme"*) und für Strassenverkehrsunfälle auch in Israel, verschiedenen amerikanischen und kanadischen Provinzen sowie ansatzweise in Frankreich praktiziert, siehe Bericht Studienkommission, S. 6. EÖRSI, S. 6, betrachtet eine allgemeine Versicherungslösung sogar als am weitesten entwickelte Stufe der „Haftung für Dritte". S. ansatzweise auch das Weissbuch der EU über Umwelthaftung vom 9.2.2000, COM(2000) 66 final, S. 4.

948 TAUPITZ S. 143.

949 Siehe Zusammenfassung im Bericht der Studienkommission, S. 9 ff., und Schlussfolgerungen S. 16 f.

950 Siehe z. B. WIDMER, Gefahren, S. 293.

951 ESSER, S. 130, in Bezug auf eine allgemeine Versicherungslösung: „Eine solche summarische Liquidierung von Einzelanspruch und - risiko bedeutet nur einen weiteren Schritt von der Verantwortung zur Versorgung, vom Gewissen zur Kollektivordnung, vom Rechtsstandpunkt zur demütigenden Sekurität im weiter bürokratisierten Sozialverband."; ähnlich STARK, Gedanken, S. 285 f.; s. a. HONORÉ, S. 93, der einen möglichen Verlust des Verantwortungsgefühl vermutet, aber einer allgemeinen Versicherungslösung gegenüber dennoch nicht völlig verschlossen ist.

952 Siehe beispielsweise HORTON ROGERS, S. 364 und Fn 54.

953 Siehe hierzu beispielsweise die Bemerkung bei SYKES, Boundaries, S. 579.

954 In diesem Sinn WICKE S. 314.

Internalisierung externer Kosten[955], einem „weiteren Grundanliegen der ökonomischen Analyse des Rechts"[956].

Die zentrale Frage, die anhand ökonomischer Gesichtspunkte erörtert werden soll, lautet: Soll für im Rahmen einer organisierten Tätigkeit deliktisch verursachte Schäden primär der Organisationsträger (Haftung des Organisationsträgers) oder primär das konkret schädigende Organisationsmitglied (persönliche Hilfspersonenhaftung) haften? Im Folgenden werde ich ausserdem auf die Frage der wirtschaftlichen Tragbarkeit eingehen, bevor das Kapitel mit ein paar kritischen Bemerkungen zur ökonomischen Betrachtungsweise abgeschlossen werden soll.

2. Internalisierung externer Kosten über das Haftpflichtrecht („Nutzen-Risiko-Prinzip")

a) Grundlagen

In der juristischen Lehre zur Geschäftsherrenhaftung wird in verschiedenen Ländern als Massstab für die Angemessenheit eines Schadensausgleichs oft die folgende „normative Gleichung" erwähnt: Der Geschäftsherr zieht aus der Beschäftigung seiner Hilfsperson Nutzen, entsprechend dazu soll er auch die durch die Hilfsperson verursachten Schadenskosten tragen (Nutzen-Risiko-Prinzip)[957]. Anders ausgedrückt, soll die Rechtsordnung den Geschäftsherrn dazu zwingen, die mit seinem Geschäftsbetrieb verbundenen externen Kosten zu internalisieren.

Als externe Kosten werden solche betrachtet, die Personen bzw. Kollektiven erwachsen, welche ausserhalb eines Marktverhältnisses stehen, innerhalb dessen die Verursacher der Kosten aktiv sind. Mangels Austauschverhältnis mit den Verursachern erhalten die Personen, denen externe Kosten entstehen, keinen entsprechenden Nutzen; externe Kosten werden im Preis der schädigenden Aktivität nicht reflektiert[958]. Als Beispiel[959] sei ein Chemieunternehmen erwähnt, das zwei mögliche Produktionsweisen kennt: eine billige, aber umweltschädigende (weil Abwässer ungefiltert in einen Fluss entsorgt werden, wodurch die Kosten der Filter eingespart werden), sowie eine teure, aber umweltschonende (weil Ab-

---

955 Siehe zu dieser Unterscheidung die Bemerkung im Bericht der Studienkommission, S. 9 Fn 1.

956 TAUPITZ S. 146.

957 WIDMER/WESSNER S. 124; FELLMANN, Produzentenhaftung, S. 302; ROBERTO N 295; CAEMMERER S. 290; VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 180; VAN GERVEN/LEVER/LAROUCHE S. 523; ZWEIGERT/KÖTZ S. 390; SCHAMPS, S. 120 f., mit Bezug auf TRICHMARCHIS Theorie des Unternehmensrisikos; ganz allgemein für den Kontext der distributiven Gerechtigkeit HONORÉ, S. 83. Die Korrelation zwischen Nutzen und Risiko findet sich schon in den „Summa Angelica" aus dem 15. Jahrhundert, s. WICKE S. 187; für das moderne englische Recht: FLEMING S. 367 mit Verweisen; WIKKE S. 256; ganz allgemein für das US-amerikanische Recht s. BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 126, mit Verweisen; LASKI S. 112; für das niederländische Recht s. OLDENHUIS, Kom. ad BW 170 N 4 (mit Verweis auf die Materialien). Oft wird in diesem Zusammenhang auch der folgende Satz ULPIANS zitiert: *„Ex qua persona lucrum capit, ejus factum praestare debet"* (Ulp. D. 50.17.149) (s. z. B. CAEMMERER S. 287 für das französische Recht). Allerdings ist nicht klar, ob sich dieser Rechtssatz wirklich auf die Haftung für Gewaltunterworfene bezieht. In der Übersetzung von BERTHELOT (Paris 1805, S. 666) jedenfalls wird er im Zusammenhang mit dem Erbrecht gebracht und drückt das Prinzip der Universalsukzession aus: *„Un héritier doit être garant des faits et promesses de celui qui il succède, puisqu'il en retire le profit"*.

958 PERROW S. 341.

959 Siehe ENDRES, zusammengefasst bei MARING, Verantwortung, S. 138 f.; siehe auch die Begründung des deutschen Umwelthaftungsgesetzes (in Kraft seit dem 1.1.1991), wiedergegeben bei TAUPITZ, S. 148.

wässer gefiltert werden). Wählt das Unternehmen die umweltschädigende Variante, so erleidet ein Fischereibetrieb wegen verschmutzter Abwässer Ertragseinbussen, ohne dass ihm das Unternehmen eine Gegenleistung für diese Einbussen versprochen hat. Chemie- und Fischereiunternehmen stehen somit miteinander nicht in einem Marktverhältnis. Weil ersteres auf Filterung von Abwässern verzichtet und das Flusswasser als „freies Gut" ohne Gegenleistung nutzt, kann es seine Produkte billiger produzieren und erhält so potentiell wirtschaftliche Vorteile gegenüber seinen Konkurrenten, indem es in einem Markt, an dem der Fischereibetrieb nicht teilnimmt, seine Produkte zu tieferen Preisen anbieten und so mehr Abnehmer gewinnen und/oder höhere Gewinnmargen erwirtschaften kann. Soweit die chemischen Produkte zu tieferen Preisen angeboten werden, profitiert von der beschriebenen Situation auch der Abnehmer der chemischen Produkte, mit dem das Chemieunternehmen in einem Marktverhältnis steht. Der entgangene Gewinn des Fischereibetriebes werden diesem weder durch das Chemieunternehmen noch durch dessen Abnehmer entgolten, obschon höhere Margen bzw. tiefere Preise auf Kosten des Fischereibetriebes erwirtschaftet wurden. Somit erkaufen sich das Chemieunternehmen und dessen Abnehmer erhöhten eigenen Wohlstand mit einer Verminderung des Wohlstands des Fischereibetriebes.

Zwecks wirtschaftlichen Ausgleichs muss das Chemieunternehmen dazu gezwungen werden, die dem Fischereibetrieb erwachsenen externen Kosten zu übernehmen (d. h. in die eigene Buchhaltung zu „internalisieren"[960]). Dadurch steigen seine Produktionskosten an. Über erhöhte Preise kann das Chemieunternehmen einen Teil der internalisierten externen Kosten auf seinen Abnehmer abwälzen, den Rest dieser Kosten muss das Unternehmen infolge tendenziell kleinerer Gewinnmargen selbst tragen. Die Internalisierung externer Kosten kann auf verschiedenen Ebenen stattfinden. *Gesamtgesellschaftlich* gesehen könnten beispielsweise alle vergleichbaren Chemieunternehmen gesetzlich zum Einbau teurer Filter oder zur Entrichtung einer Abwässersteuer verpflichtet werden, wodurch ihre Produktionskosten generell ansteigen. Dadurch verringert sich tendenziell der Produktionsumfang, wodurch weniger Abwässer entstehen. Zum (kurzfristigen) Ausgleich der konkret entstandenen Ertragseinbussen des Fischereibetriebs sind solche allgemeinen Massnahmen allerdings ungenügend. Deshalb muss eine Internalisierung externer Kosten auch *mikroökonomisch*, zwischen den konkret beteiligten Parteien erfolgen. Im vorliegenden Fall wäre beispielsweise ein vertragliches Abkommen zwischen den beiden Unternehmen denkbar, erscheint aber unrealistisch, solange es auf freiwilliger Basis gründet (siehe auch COASES' oben zitierte Bemerkungen). Im Weiteren bietet sich die Möglichkeit an, das Chemieunternehmen gesetzlich zum Ersatz der durch seine Abwässer verursachten Ertragseinbussen des Fischereibetriebes zu verpflichten, womit das Haftpflichtrecht ins Spiel kommt.

In der Tat betrachten gewisse Autoren die Internalisierung von Schadenskosten und die Schadensverhütung (quasi als präventive Internalisierung) als primäre Funktion des modernen Haftpflichtrechts. Während der im 19. Jahrhundert besonders bedeutsame Grundsatz *„casum sentit dominus"* von einer systematischen Schadensexternalisierung geprägt ist, von der Auffassung nämlich, der Geschädigte könne seinen Schaden nur in aussergewöhnlichen Fällen auf den Verursacher abwälzen, namentlich bei Verschulden des letzteren, hat die vermehrte Einführung von Kausalhaftungen im 20. Jahrhundert zum Prinzip der Schadensinternalisierung geführt[961].

960 TAUPITZ S. 147.

961 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 70; ähnlich OFTINGER, Haftung ohne Verschulden, S. 266.

b) Kein Unterschied zwischen persönlicher Hilfspersonenhaftung und Haftung des Organisationsträgers bei internem Ausgleich

In Anbetracht des obigen Beispiels kann man sagen, dass bereits durch die Aktualisierung der deliktischen Haftung eines Schädigers immer externe Kosten internalisiert werden, unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Haftung. Betrachtet man den Organisationsträger und die Organisationsmitglieder als Elemente eines einzigen integrierten Handlungskomplexes, so macht es für den Geschädigten auf den ersten Blick keinen Unterschied, ob ihm das konkret schädigende Mitglied oder der Organisationsträger für Schäden haftet, die aus der organisierten Tätigkeit entstanden sind.

Freilich muss auch zwischen Hilfsperson und Geschäftsherr ein wirtschaftlicher Ausgleich stattfinden. Müsste beispielsweise die Hilfsperson bedingungslos für Schäden einstehen, die sie im Rahmen der Tätigkeit, von welcher der Geschäftsherr wirtschaftlich profitiert, verursacht hat, so bestünde die Gefahr, dass sie mehr externe Schadenskosten tragen muss, als ihr über den Lohn vergütet werden. So müsste der Geschäftsherr wiederum nicht für alle mit seinem Betrieb verbundenen externen Kosten einstehen. Deshalb werden Organisationsträger und - mitglied unter sich ein vertragliches Ausgleichsmodell aushandeln, das die adäquate Verteilung von Schadenskosten erlaubt, die aufgrund von deliktischen Haftpflichtansprüchen Dritter entstehen. Herrscht ein Regime der persönlichen Hilfspersonenhaftung, so wird die Hilfsperson dem Geschäftsherr ihre Dienste nur unter der Bedingung zur Verfügung stellen, dass letzterer deliktische Ansprüche, die aus der betrieblichen Tätigkeit geschädigte Dritte gegen die Hilfsperson erheben, zumindest teilweise übernimmt. Umgekehrt wird sich der Organisationsträger, sollte dieser gegenüber Dritten direkt und exklusiv haften, gegen die Hilfsperson einen vertraglichen Rückgriff sichern, falls der Träger Haftungsansprüche befriedigen muss, die von Schäden herrühren, die das Mitglied verursacht hat. In beiden Fällen werden sich die Ausgleichsmodelle flexibel entlang der Schadenshäufigkeit artikulieren; das heisst, die Hilfsperson verdient umso weniger Lohn, je mehr Schäden sie verursacht[962].

Auf den ersten Blick scheinen also sowohl die direkte Hilfspersonenhaftung als auch die Organisationshaftung die Internalisierung externer Schadenskosten aus der betrieblichen Tätigkeit gleichermassen zu gewährleisten. Die Lehre hat jedoch darauf hingewiesen, dass diese Annahme nur unter sehr restriktiven und unrealistischen Voraussetzungen gilt. Dazu gehören u. a. folgende[963]:

- Sowohl der Organisationsträger als auch das Mitglied sind tendenziell in der Lage, allfälligen Haftungsansprüchen finanziell nachzukommen;
- Transaktionskosten, die aus der Aushandlung eines vertraglichen Ausgleichsmodells zwischen Geschäftsherr und Hilfsperson entstehen, sind vernachlässigbar;
- Beide Haftungsformen führen zu einem vergleichbaren Sorgfaltsgrad (und somit zu einem vergleichbaren Schadensrisiko);
- Konkret schädigende Hilfspersonen sind leicht zu ermitteln.

Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, erweist sich das Modell der persönlichen Hilfspersonenhaftung als wirtschaftlich unvorteilhafter, wenn diese Voraussetzungen aufgehoben werden.

---

962 In diesem Sinne KORNHAUSER S. 1359.

963 Zu diesen Voraussetzungen siehe KORNHAUSER S. 1358.

c) Potentielle Insolvenz des Organisationsmitglieds

Man geht davon aus, dass Organisationsmitglieder in aller Regel über weniger Mittel verfügen als der Organisationsträger, um allfälligen Schadenersatzansprüchen nachzukommen[964]. Die Annahme, der Geschäftsherr verfüge tendenziell über den „grösseren Geldbeutel" (über eine *deep pocket*) dient denn auch seit langer Zeit neben dem Nutzen-Risiko-Prinzip als Hauptgrund für die Geschäftsherrenhaftung[965] und scheint auch als volkstümliche Auffassung relativ verbreitet zu sein[966]. Immerhin sind Ausnahmen denkbar. So wurde das kumulierte Privatvermögen der Mitglieder des letzten Swissair-Verwaltungsrates auf mehrere Milliarden Schweizer Franken geschätzt[967], während der Organisationsträger selbst hoch verschuldet war.

Das *deep pocket*-Prinzip für sich genommen ist allerdings zur Begründung einer Haftung fragwürdig[968]. Da es sich völlig unabhängig von der Handlungs- und Zustandskonstellation des Einzelfalls artikuliert (im Gegensatz beispielsweise zu den Kriterien des Verschuldens oder der Gefährdung), könnte es höchstens eine Haftung mit etwa folgendem Wortlaut begründen: „Eine Person haftet für den durch sie selbst oder ihre Hilfspersonen verursachten Schaden, wenn sie über die finanziellen Mittel verfügt, ihn zu ersetzen." Diese etwas pointierte Formulierung ist im vorliegenden Kontext insofern zu relativieren, als das Argument der potentiellen Insolvenz der Hilfsperson im Zusammenhang mit der Internalisierung externer Kosten zu betrachten ist, wie nachfolgend auszuführen ist.

Ein durch eine Einzelperson Geschädigter trägt das Insolvenzrisiko des Schädigers zumindest bis zum Betrag der Entschädigungssumme. Haftet der Organisationsträger für Schäden aus seiner betrieblichen Tätigkeit, so trägt ebenfalls der Geschädigte das Insolvenzrisiko des Organisationsträgers. Weshalb also sollte der Geschädigte nicht auch das Risiko der Insolvenz der Hilfsperson unter einem Regime der persönlichen Hilfspersonenhaftung tragen? Die Antwort auf diese Frage ergibt sich wiederum aus dem Nutzen-Risiko-Prinzip: Bei persönlicher Hilfspersonenhaftung profitiert die Organisation wirtschaftlich von der möglichen Insolvenz der Hilfsperson. Denn die Organisation zieht Nutzen aus der Leistung des Mitglieds, würde aber bei persönlicher Haftung des letzteren die damit verbundenen Risiken externer Kosten nicht tragen müssen. Und hierzu gehört das Risiko, dass Schäden Dritter aus der betrieblichen Tätigkeit mangels Solvenz der Hilfsperson ungedeckt bleiben.

Dem könnte man entgegnen, der Organisationsträger und das Mitglied hätten in der Regel vertraglich eine Haftungsübernahme vereinbart, welche sich im Schadensfall zugunsten des geschädigten Dritten auswirken würde, beispielsweise durch den Abschluss einer Haftpflichtversicherung in Bezug auf das Verhalten der Hilfsperson. Aber erstens ist die Umsetzung solcher Ausgleichsmodelle wegen hoher Transaktionskosten problematisch. Zweitens würden sich solche Modelle vermutlich nur auf die tatsächlich ausbezahlte Entschädigungssumme beziehen, die aber dann gering ist, wenn die Hilfsperson nur über wenig Mittel verfügt. Und mangels direktem Klagerecht des Geschädigten gegen den Organisationsträger wird letzterer keine höhere Entschädigung leisten als die von der Hilfsperson bereits bezahlte bzw. für die Hilfsperson keine Haftpflichtversicherung abschliessen[969].

---

964 WICKE S. 312.

965 Siehe generell EÖRSI N 14; CAEMMERER S. 293. Für das schweizerische Recht MAAG S. 91; BIEDER S. 373; für den französischen Art. 1384 Abs. 5 CCfr LE TOURNEAU/CADIET N 3539; für das englische Recht WICKE S. 311 ff.

966 Siehe AESCHIMANN, S. 113, mit Bezug auf rechtsempirische Studien der Universität Genf.

967 WW vom 23.1.2003, S. 21-22: „Retten, was zu retten ist", von RENÉ STAUBLI.

968 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 174.

969 Siehe hierzu SYKES, Economics, S. 1241 f., 1244; KORNHAUSER S. 1366.

Im Weiteren könnte man das Argument ins Feld führen, wenn es tatsächlich nur um wirtschaftlichen Ausgleich ginge, so müsste man dem Geschädigten nur die Gegenleistung des Organisationsträgers für den Nutzen, den er aus den Leistungen des Mitglieds zieht, zusprechen, also den Lohn. Eine auf die Höhe des ausstehenden Lohns beschränkte Geschäftsherrenhaftung ist historisch gesehen nicht abwegig, sondern wurde beispielsweise durch GROTIUS vorgeschlagen[970]. Allerdings kann man davon ausgehen, dass zumindest gewinnorientierte Organisationen darauf abzielen, aus der Beschäftigung einer Hilfsperson mehr Nutzen zu ziehen, als mit der Ausrichtung des Lohns abgegolten ist. Deshalb kann auch die Zusprechung von höheren Entschädigungen als der ausstehende Lohn der Hilfsperson gerechtfertigt werden.

Damit ist freilich noch nicht gesagt, wie hoch die Entschädigung tatsächlich sein soll. Muss relevant sein, welchen Nutzen der Geschäftsherr tatsächlich aus der Beschäftigung der Hilfsperson zieht, so wäre eine Organisationshaftung nicht angemessen, wenn die Hilfsperson ineffizient arbeitet oder das Unternehmen generell Verluste generiert. Soll es hingegen genügen, dass der Geschäftsherr zumindest das *Ziel* hat, Nutzen aus der Hilfsperson zu ziehen, so ist eine Organisationshaftung für *gewinnorientierte Betriebe* generell zu rechtfertigen. Letztere Annahme ist vorzuziehen. Denn andernfalls trüge der Geschädigte im Umfang der Schadenssumme das Risiko des unternehmerischen Misserfolgs der Organisation, während letztere die Früchte ihrer Arbeit ernten könnte, ohne das damit verbundene Schadensrisiko zu tragen. Nicht geklärt ist damit allerdings die Frage, ob auch Organisationen *ohne Gewinnziel* einer Organisationshaftung unterstehen sollten. Zur Begründung einer solchen Haftung müsste man auf einen nicht ausschliesslich ökonomisch, sondern auch ideell definierten Nutzenbegriff abstellen, was auf Grenzen der ökonomischen Analyse hindeutet.

Zusammenfassend lässt sich folgern, dass bei persönlicher Hilfspersonenhaftung die Internalisierung externer Schadenskosten für das Verhalten von Hilfspersonen insofern nicht vollständig stattfindet, als Organisationsmitglieder tendenziell über weniger finanzielle Mittel verfügen als der Organisationsträger. So erhält der Geschädigte in vielen Fällen keine volle Deckung seines Schadens[971], und der Organisationsträger zieht Nutzen aus der potentiellen Insolvenz seiner Mitglieder auf Kosten des Geschädigten. Freilich sind Fälle denkbar, in denen die Organisationsmitglieder vermögender sind als der Organisationsträger, beispielsweise bei Konkurs der Organisation. In solchen Konstellationen führt eher die persönliche Hilfspersonenhaftung zur vollständigen Internalisierung externer Schadenskosten[972]. Da solche Fälle aber vermutlich statistisch gesehen seltener sind als ihr Gegenteil, sprechen sie nicht grundsätzlich gegen die direkte Aussenhaftung des Geschäftsherrn. Sie sprechen aber gegen eine Kanalisierung der Haftung auf letzteren. Denn die Internalisierung externer Kosten aus dem Betrieb der Organisation sollte nicht an der Insolvenz des Organisationsträgers oder der - mitglieder scheitern. Wird das direkte Klagerecht des Geschädigten sowohl gegen den Träger als auch gegen das Mitglied beibehalten – d. h. wird die Haftung nicht kanalisiert – , so steht dem Geschädigten das grösstmögliche Haftungssubstrat zur Verfügung[973]. Die Beibehaltung einer direkten Klage gegen Organisationsmitglieder wird ausserdem durch die Überlegung gestützt, dass auch die Mitglieder vom Betrieb der Organisation wirtschaftlich profitieren, wenn auch in einem minderen Mass als der Träger, da die

970 Siehe hierzu WICKE S. 137 ff., der auf den germanischen Ursprung der Lohnhaftung hinweist; als Beispiel für eine Lohnhaftung im Innenverhältnis, im Fall eines Regresses gegen die Hilfsperson, sei das Recht der ehemaligen DDR erwähnt, s. ZWEIGERT/KÖTZ S. 379.

971 WICKE S. 269; KORNHAUSER S. 1362.

972 In diesem Sinn KORNHAUSER S. 1366.

973 In ähnlichem Sinn BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 56.

Höhe ihrer Entlöhnung je nach Situation relativ unelastisch ist[974], während der Geschäftsherr tendenziell selbständiger nach Gewinn streben kann. Deshalb ist es sinnvoll, in Anlehnung an die *lex lata* die direkte Haftung von Hilfspersonen von deren Verschulden abhängig zu machen und damit weniger streng als die Haftung des Organisationsträgers auszugestalten.

d) Steuerung der Sorgfalt über ökonomische Anreize

(1) Zumutbarkeit der Prävention als allgemeines Kriterium

(a) Die „LEARNED HAND-Formel"

Je unsorgfältiger die Organisationsmitglieder arbeiten, desto höher ist das Gefährdungspotential einer Organisation[975] und damit das Risiko, dass Dritte geschädigt werden, dass somit externe Kosten entstehen. Soweit Schadensprävention als Funktion des Haftpflichtrechts betrachtet wird, sollte letzteres folglich den Sorgfaltsgrad des Mitgliederverhaltens positiv beeinflussen. Aus ökonomischer Sicht ist die Internalisierung externer Kosten nicht nur nachträglich möglich, das heisst nach dem Schadensfall in Form einer Entschädigung. Auch präventive Investitionen in Sicherheit stellen eine Form der Internalisierung externer Kosten dar. Diese Überlegung wurde zunächst auf die Verschuldenshaftung übertragen. Aus dem Bedürfnis heraus, die sehr generell formulierten Kriterien der Fahrlässigkeit über eine mathematische Gleichung fassbarer zu machen, entstand im US-amerikanischen Recht ein entsprechendes Modell. Gemäss einem Entscheid des amerikanischen *Court of Appeals* aus dem Jahre 1947 liegt Fahrlässigkeit (N) dann vor, wenn die Vorsorgekosten (B) geringer sind als die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit (P), multipliziert mit der erwarteten Schadensgrösse (L): $N = B < P \times L$ (*cost-benefit*-Test, „LEARNED HAND – Formel", benannt nach dem damaligen Richter)[976]. Gewisse Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts, insbesondere POSNER, haben diese Formel später zum Basistheorem des Haftpflichtrechts gemacht[977].

Die LEARNED HAND – Formel wurde allerdings auch kritisiert. Sie bedeutet nämlich nichts anderes, als dass wirtschaftlich unvernünftige Sicherheitsvorkehrungen aus dieser Perspektive von niemandem verlangt werden[978]; dass somit „auf Schadenverhütungsmassnahmen, die mehr kosten als die damit vermiedenen Unfälle, verzichtet werden soll und dass dies kein Verschulden darstelle"[979]. Dies führt zu einer Verschlechterung der Schadenspräventi-

---

974 Freilich ist es in gewissen Fällen denkbar, dass nicht das Angebot, sondern die Nachfrage nach den Diensten der Hilfsperson unelastisch ist, beispielsweise, weil letztere über besondere Fähigkeiten verfügt, auf welche die Organisation angewiesen ist und von dieser deshalb hoch entlöhnt werden.

975 Dieser Zusammenhang soll hier ohne nähere Begründung vorausgesetzt werden. Auf allfällige Nuancierungen, die sich dazu aufdrängen, werde ich im nächsten Abschnitt noch näher eingehen; s. hierzu weitere Bemerkungen hinten, S. 211 ff., zum Verhalten in komplexen Organisationen und insb. S. 230 ff. zu den latenten Organisationsmängeln.

976 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 67, dort auch Verweise; TAUPITZ S. 157.

977 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 67, dort auch Verweise.

978 TAUPITZ S. 157.

979 OFTINGER/STARK, Bd. I, §1 N 58. Möglicherweise versteckt sich hinter OR 55 auch unausgesprochen die LEARNED HAND – Formel, wenn man zum Schluss kommen würde, in komplexen, arbeitsteiligen Organisationen sei die Überwachung aller Hilfspersonen für den Geschäftsherrn nur zu prohibitiven Kosten möglich, weshalb man in vielen Fällen den Entlastungsbeweis als erbracht erachten würde. Man schlösse, mit anderen Worten, Unsorgfalt *a priori* aus, weil Sorgfalt faktisch nicht zu erbringen ist. Man hat aber darauf hingewiesen, dass diese Rechtslage ungerechte Unterschiede hervorbringen würde, da der Geschäftsherr einer kleinen Unternehmung an einer strengeren *cura in custodiendo* ge-

on[980]. Die Berechnung nach der HAND-Formel führt überdies zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem, welche Nutzen und Kosten einbezogen werden. So weist TAUPITZ auf den Unterschied zwischen einer sektoriellen und einer gesamtwirtschaftlichen Perspektive hin[981]. BRÜGGEMEIER betont, die besagte Formel passe nicht auf die grosse Fallgruppe der individuellen Unachtsamkeit: „Natürliche Personen neigen dazu, die statistische Relevanz von Alltagsrisiken in ihrer Lebens- und Arbeitsumwelt zu unterschätzen oder zu ignorieren"[982]. Dieser Schluss wird durch Forschungen im Bereich der Fehlerpsychologie deutlich unterstrichen[983]. Bei der Feststellung typischer ad hoc-Fehler „spielt die Vorhersehbarkeit (von was?) oder ein Kosten-Nutzen-Vergleich (wann?) keine Rolle". Die LEARNED HAND – Formel ziele primär auf Unternehmen, und selbst dort nicht „auf das erforderliche Verhalten im konkreten Schadensfall, sondern auf eine abstrakt-generelle Kalkulation der vorhersehbaren *Overhead*-Kosten einer wirtschaftlichen Aktivität"[984]. „Es ist ... bezweifelt worden, dass selbst Unternehmen, bevor sie operative Entscheidungen treffen, über die erforderlichen Informationen verfügen, um den Kosten-Nutzen-Vergleich nach der HAND-POSNER-Formel vorzunehmen"[985]. Auch dieser Gesichtspunkt findet eine Bestätigung in der Organisationslehre. Die Rationalität von Entscheidungsträgern ist vielmehr begrenzt („*bounded rationality*"), und an die Stelle der wirtschaftlichen „Optimierung" tritt oft eine Art „Befriedigungsverhalten" („*satisfizing*"). Das heisst, Entscheider haben oft eine diffuse, eher intuitive Vorstellung von der optimalen Lösung eines Problems und entwickeln daraus Kritierien („Daumenregeln"[986]), aufgrund derer denkbare Lösungen geprüft werden, bis eine Lösung den Entscheider „befriedigt"[987].

Somit nehmen Schädiger selten im Voraus eine völlig rationale Kosten-Nutzen-Rechnung vor, weshalb ein entsprechender *ex ante* – Test in der Wirklichkeit nicht durchführbar ist. Dasselbe gilt aber auch dann, wenn dieser Test *ex post* durch das Gericht vorgenommen wird: Berufs- oder Laienrichter müssten so „mit dem Wissen von dem Schadensfall über das ‚richtige' Produkt-Design oder die ‚richtige' Betriebsorganisation entscheiden"[988], was oft illusorisch ist[989]. In der Fehlerpsychologie wird überdies hervorgehoben, dass viele menschliche kognitive Beschränkungen und Neigungen nicht nur bei wirtschaftlichen Ak-

---

messen würde, weil man davon ausgeht, dass Hilfspersonen dort leichter zu überwachen sind, s. GILLIARD, S. 296 Fn 105.

980 OFTINGER/STARK, Bd. I, §1 N 61; kritisch offenbar auch STARK, Gedanken, Fn 18.

981 TAUPITZ S. 159 f., 164.

982 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 68.

983 Siehe hierzu eingehend hinten, S. 191 ff.

984 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 68; ähnlich TAUPITZ S. 139. Dass die konsequente Anwendung der LEARNED HAND-Formel auch im industriellen Bereich zu zynischen Resultaten führen würde, zeigt m. E. der Grimshaw-Fall, der in Anwendung der Formel eigentlich zugunsten der beklagten Firma hätte entschieden werden müssen, da ja die erwarteten Schadenskosten tiefer als die prognostizierten Vorsorgekosten waren. Für eine Darstellung des Falles s. BORER, S. 181 ff., bei Fn 46 auch Verweis auf das (bestätigende) Urteil des Appelationsgerichts: Grimshaw v. Ford Motor Co., 119 Cal.App.3d 757, 174 Cal.Rptr. 348 (1981).

985 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 69.

986 Siehe hierzu allerdings die Bemerkungen bei KORNHAUSER, S. 1373 f., für den die Theorien über beschränkte Rationalität die ökonomische Analyse nicht in Frage stellen, weil die Abweichung vom rationalen Verhalten ihrerseits wiederum rationalisiert werden könne. Die Untersuchung müsse sich dann darauf konzentrieren, welche Daumenregel ein Individuum verwendet. Diese aber hängt wiederum vom anwendbaren Haftungsregime ab, wodurch man in einen Zirkelschluss gerät. Ausserdem würde damit dem Menschen dennoch wiederum eine wirtschaftliche Rationalität unterstellt, über die Vermutung nämlich, er sei konsequent in der Anwendung seiner Daumenregeln.

987 Siehe hierzu eingehender hinten S. 155 ff. und 197 ff.

988 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 151.

989 CALABRESI, diverse Verweise bei BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 69 Fn 350.

teuren zu Fehlern führen, sondern auch bei Experten und Richtern, die im Nachhinein über Schadensfälle zu befinden haben. Zu diesen Neigungen gehört namentlich die *„hindsight bias"*, die Tendenz nämlich, zu überschätzen, was der Handelnde vor der Handlung über deren Konsequenzen tatsächlich gewusst hat oder hätte wissen können[990].

Überdies löst die LEARNED HAND-Formel nicht alle Zurechnungsprobleme. Sie betrifft die Prüfung des Verschuldensvorwurfs, beantwortet aber nicht die Frage nach dem Kausalzusammenhang. „Das Fahrlässigkeitsurteil über individuelles Verletzungsverhalten bzw. über unternehmerische Aktivitäten (*ex ante Learned Hand*-Test) einerseits – und die haftungsbegründende Folgenzurechnung (Verkehrspflicht; *proximate / legal cause*) andererseits sind zwei verschiedene Elemente der deliktischen Haftung bei indirekten Integritätsverletzungen"[991].

(b) Das „cheapest cost avoider"-Prinzip; Konflikt zwischen Sicherheit und Produktion

Folgert man aus der LEARNED HAND-Formel, dass gefährliche Tätigkeiten ohne Haftungsfolgen toleriert werden müssen, wenn Vorsorgekosten die tatsächlichen Schadenskosten übersteigen, und dass solche Aktivitäten „kein Verschulden" darstellen, wie es OFTINGER/STARK folgerichtig ausdrücken, so wäre diese Folgerung nicht mit dem Grundsatz der Internalisierung von Schadenskosten vereinbar[992]. Unter anderem die Kritik an der erwähnten Formel hat zu einem anderen Ansatz geführt, dessen Varianten man unter dem Stichwort *„cheapest cost avoider"* zusammenfassen könnte. Dieser Ansatz ist mit der Effizienzanalyse verwandt, da auch hier angestrebt wird, einen Teil der Schadenskosten auf den Verursacher zu internalisieren. Aufgrund des *cheapest cost avoider*-Prinzips werden Haftungsrisiken grundsätzlich jener Person zugeordnet, welche sie am kostengünstigsten kontrollieren und eindämmen kann[993] (wozu auch die Versicherung des Risikos gehört[994]). Auf dieser Linie artikuliert sich auch BRÜGGEMEIERS bzw. CALABRESIS Kritik an der LEARNED HAND-Formel. Ihrer Ansicht nach hat sich der Richter nur eine zentrale Frage zu stellen: „Wer ist in der besseren Position, risikosteuernde Entscheidungen zu treffen?". Durch die Schadensinternalisierung auf den „besseren Entscheider" soll dieser selbst (und nicht der Richter!) die soziale Nützlichkeit der Aktivität überprüfen und beurteilen." So wird das Gericht der schwierigen Aufgabe enthoben, eine *ex post* – Kosten-Nutzen-Abwägung vorzunehmen, um den Fahrlässigkeitsvorwurf zu beurteilen[995]. Aus rechtlicher Sicht würde sich so eine denkbare Fahrlässigkeitshaftung des Unternehmens in eine strenge Kausalhaftung des Verursachers für die „typischen Risiken" wandeln, wobei aussergewöhnliche Schadensfälle das Opfer zu tragen hat. „Wenn die Gesellschaft abweichend hiervon, wirtschaftliche Aktivitä-

990 Siehe hierzu S. 191 ff.

991 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 101.

992 Allerdings könnte man auch das Entgegengesetzte aus der *Learned Hand* – Formel folgern, nämlich den Schluss, dass für sehr gefährliche Aktivitäten die Verschuldenshaftung nicht mehr angemessen ist und deshalb ein strengeres Haftungsprinzip gefunden werden muss.

993 OFTINGER/STARK, Bd. I, §1 N 63; TAUPITZ S. 160 und Fn 160, wobei dieser Autor darauf hinweist, dass sich das *cheapest cost avoider* – Prinzip und die LEARNED HAND – Formel nicht gegenseitig ausschliessen, sondern ergänzen: Zuerst soll geprüft werden, wer den den Schaden am günstigsten vermeiden konnte (d.h. Bestimmung des Haftungssubjekts, s. a. OFTINGER/STARK, *ibidem*), erst anschliessend, ob diese Person konkret fahrlässig gehandelt hat.

994 FLEMING S. 375; HORN, zitiert bei OFTINGER/STARK, Bd. I, §1 N 63; *„cheapest insurer"*, s. TAUPITZ S. 163 mit Verweis; ZWEIGERT/KÖTZ S. 390.

995 CALABRESI, diverse Verweise bei BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 69 Fn 350.

ten durch Haftungsprivilegien subentionieren wolle, bedürfe es dazu einer kollektiven (gesetzgeberischen) Entscheidung."[996].

Diese Überlegung entspricht Beobachtungen aus der Organisationslehre[997]. Es wurde vielfach festgestellt, dass jede Organisation dauernd im Spannungsfeld zwischen Produktivität und Sicherheit operieren muss. Die inhärente Komplexität vieler Organisationen, die Ironien der Automatisierung, gruppen- und individualpsychologische Verhaltensmuster etc. behindern und verunmöglichen teilweise oder gänzlich die Voraussehbarkeit und die Vermeidung gewisser Schäden. Solche Risiken können weder der Organisationsträger noch die Mitglieder *direkt* beeinflussen. Was aber bleibt, ist die Möglichkeit, diese Risiken *indirekt* über ein funktionierendes Sicherheitsmanagement einzudämmen. Mehr Investitionen in Sicherheit bedeuten jedoch weniger Mittel für die Produktion. Gewissheit wird der Ungewissheit nach Möglichkeit vorgezogen, und intuitiv geht man davon aus, dass Investitionen in Produktion klar erkennbare Wirkungen zeitigen, während die Effekte von Investitionen in Sicherheit nicht direkt erkennbar sind[998]. Und falls doch, dann im negativen Sinn, in Form eines Unfalls nämlich, weil ein Sicherheitssystem versagt hat. Überdies haben TVERSY/KAHNEMANNS Forschungen gezeigt, dass Menschen Verluste gegenüber Gewinnen psychologisch übergewichten. Dies führt im Entscheidungsprozess dazu, dass der (ungewisse) Gewinn durch Investitionen in Sicherheit wesentlich grösser als der (konkrete) Verlust auf der Produktionsebene sein muss[999]. Wegen dieser Zusammenhänge besteht immer die Tendenz, dass eine Organisation zu viel in Produktion und zu wenig in Sicherheit investiert, besonders, wenn, aus welchen Gründen auch immer, ein Unfall ausbleibt: „*(...) protective gains are frequently converted into productive advantages, leaving the organization with the same inadequate protection that prevailed before the event or with something even worse. (...) a lengthy period without a serious accident can lead to the steady erosion of protection as productive demands gain the upper hand in this already unequal relationship*"[1000]. Denn solange Zufriedenheit des Organisationsträgers seine Unzufriedenheit überwiegt – und das ist der Fall, wenn lange kein Unfall eintritt und die Organisation effizient produziert – , wird er tendenziell den *status quo* einer Änderung vorziehen und damit auch die Sicherheitslage nicht verändern[1001].

So trifft die zitierte Ansicht zu, nur der Organisationsträger, nicht aber der Geschädigte könne entscheiden, wie viel in Sicherheit und wie viel in Produktion investiert wird[1002]. Deshalb erscheint die Berücksichtigung des *cheapest cost avoider*-Prinzips – in Ergänzung zu den klassischen organisatorischen Sorgfaltspflichten – als sinnvoll. Was die Begründung einer Haftung angeht, so zieht man aus diesem Prinzip zumeist Schlüsse auf der Ebene des Beweisrechts: Das Risiko der Beweislosigkeit „ist derjenigen Partei aufzuerlegen, welche den Beweisnotstand am kostengünstigsten verhindern kann. Das ist grundsätzlich diejenige Partei, welche einen Vorgang kontrolliert und die Möglichkeit hat, ihn zu dokumentieren"[1003]. In aller Regel wird aufgrund dieser Überlegung dem Organisationsträger – und nicht dem Geschädigten – die Beweislast für seine Unsorgfalt aufgebürdet (vgl. OR 55).

---

996 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 69 f.

997 Siehe hierzu auch eingehender die Ausführungen zur Sicherheitskultur, unten S. 163 ff.

998 BREHMER S. 27; REASON, Human Error, S. 203 f.

999 BREHMER S. 28 f., a. mit Verw. auf TVERSKY/KAHNEMANN (1979).

1000 REASON, Organizational Accidents, S. 6; s. a. SCHAMPS S. 883 N 52; INSAG S. 8 f.

1001 MARCH/SIMON S. 173 f.

1002 Ähnlich WICKE, S. 309 f., mit Bezug auf das englische Recht; s. a. ISO, ISO-Norm 9001:2000(E), Ziff. 5.1.e, S. 54: Verantwortung des Managements, genügend Ressourcen zur Qualitätskontrolle bereitszustellen.

1003 HOFSTETTER S. 346 f.; siehe auch FLEMING S. 376;

(c) *Grenzen und Nutzen beider Prinzipien*

Beide dargestellten Ansätze enthalten in extremer Auslegung Widersprüche, finden sich aber gleichzeitig – nicht als hermetische ökonomische Theorien, sondern als flexible Wertungshilfen – schon seit langem im Schweizer Privatrecht. Die LEARNED HAND-Formel steht im Widerspruch zum Prinzip der vollständigen Schadensinternalisierung, da Schäden, die weniger kosten als die Präventionsmassnahmen, nicht ersetzt werden müssten, obschon sie externe Kosten darstellen. Soweit diese Formel aber ganz generell als Erfordernis der *Zumutbarkeit* von Präventionsmassnahmen interpretiert wird, erscheint ihr Grundgedanke für jede Haftungsform, die auf Unsorgfalt (subjektiver oder objektiver Art) gründet, als sinnvolles Kriterium und wird konsequenterweise auch bei der Verschuldenshaftung und den einfachen Kausalhaftungen angewendet. Welcher Umfang an Prävention aber im konkreten Fall zumutbar ist, lässt sich m. E. aus der LEARNED HAND-Formel nicht im Sinne einer mathematischen Gleichung ableiten, sondern muss aufgrund einer weiter gefassten Wertung entschieden werden[1004]. Diese Problematik betrifft in einem allgemeineren Sinn die Frage der wirtschaftlichen Tragbarkeit einer Haftung, welche weiter hinten nochmals angesprochen wird[1005].

Das Prinzip des *cheapest cost avoider*, führt umgekehrt – ohne Einschränkung angewendet –zu einer vollen Internalisierung aller durch den Beklagten verursachten Schäden, nicht nur für jene, die aus den „typischen Risiken" entstehen. Denn am billigsten kann der Organisationsträger Schäden vermeiden, indem er seine Tätigkeit ganz unterlässt. Übt er seine Tätigkeit dennoch aus, könnte er einer Haftung nur entgehen, wenn eine Fremdursache den Kausalzusammenhang zwischen der unternehmerischen Tätigkeit und dem Schaden unterbricht. Eine solche Haftung für blosse Verursachung geht zu weit, wie weiter hinten noch vertiefter auszuführen ist[1006]. Aber selbst beschränkt auf eine Haftung für typische Risiken ist das *cheapest cost avoider*-Prinzip nicht ganz unproblematisch. Insbesondere lässt sich aus ihm im Einzelfall nicht ableiten, welche die „typischen Risiken" einer Unternehmung sind. Und gerade diese Frage ist für die Organisationshaftung besonders bedeutungsvoll, da ihr Haftungstatbestand, wie schon weiter vorne erwähnt, unabhängig von der konkreten Tätigkeit der Organisation formuliert werden muss. Dieser Zusammenhang wirft eine für die vorliegende Arbeit zentrale Frage auf, nämlich jene, worin ein „typisches Organisationsrisiko" besteht. Diese Frage werde ich im nächsten Abschnitt vertiefter untersuchen.

Nützlich ist das *cheapest cost avoider*-Prinzip unter anderem deshalb, weil es den Gedanken enthält, dass nicht nur das Verhalten des Schädigers, sondern auch jenes des Geschädigten externe Kosten verursacht[1007], wenn letzterer beispielsweise nichts zur Schadensminderung unternimmt, zu grosse Risiken auf sich nimmt oder sich selbst sehr unsorgfältig verhält und dadurch gewisse Risiken auf der Schädigerseite überhaupt erst aktualisiert. Solche Faktoren spielen insbesondere bei der Bemessung des Schadenersatzes eine Rolle (so etwa über die Schadenminderungspflicht oder das Selbstverschulden). Dadurch wird der Gedanke ausgedrückt, dass gewisse Schäden der Geschädigte selbst am billigsten hätte vermeiden können. Ähnliches gilt auch für PrHG 4/1/b. Wenn dort der Begriff der Fehlerhaftigkeit des Produkts u. a. vom „Gebrauch, mit dem vernünftigerweise gerechnet werden kann" abhängig

---

1004 So sind beispielsweise bei der Verschuldenshaftung rein moralische Kriterien denkbar. Ausgehend von einem – den Kausalzusammenhang betreffenden – Rechtssatz aus dem Common Law, wonach *„intended consequences can never be too remote"* (s. WEITNAUER S. 344; DESCHENAUX S. 412), sollte Absicht beispielsweise immer als Verschulden aufgefasst werden, selbst wenn allfällige Präventionsmassnahmen teurer als der verhinderte Schaden wären.

1005 Siehe hinten S. 143 ff. und 355 ff.

1006 Siehe insbesondere S. 273 ff.

1007 In diesem Sinn bereits BURCKHARDT, S. 68, mit Verweis auf RÜMELIN.

gemacht wird, so bedeutet dies indirekt nichts anderes, als dass der Gesetzgeber davon ausgeht, der Benutzer eines im Umlauf befindlichen Produkts könne gewisse mit dessen Benutzung verbundene Schäden am billigsten selbst vermeiden[1008].

(2) Sorgfaltssteuerung bei der Organisationshaftung im Besonderen

Obige Ausführungen betreffen grundsätzliche Aspekte aller Haftungsarten. Für die Organisationshaftung im Besonderen stellt sich die Frage, ob eher das Modell der persönlichen Hilfspersonenhaftung oder eher jenes der Haftung des Organisationsträgers zu einer grösseren Verbesserung des allgemeinen Sorgfaltsgrades einer Organisation führt[1009].

Gewisse Faktoren führen dazu, dass sich das Organisationsmitglied unter beiden Haftungsformen gleich sorgfältig verhält[1010]. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn seine Tätigkeit mit der Gefahr verbunden ist, dass es selbst Schäden erleidet[1011]. Gleiches gilt, wenn sich die Hilfsperson nicht nach rein wirtschaftlichen Anreizen verhält; damit stösst man an die Grenzen der ökonomischen Analyse, wozu weiter hinten ein paar weitere Ausführungen folgen werden (S. 144 ff.).

In weitaus mehr Fällen aber führt die Haftung des Organisationsträgers zu einem höheren Sorgfaltsniveau als persönliche Hilfspersonenhaftung. Eine vertragliche Haftungsübernahme durch den Organisationsträger wird oft an hohen Transaktionskosten scheitern, weshalb der Träger unter einem Regime der persönlichen Hilfspersonenhaftung nicht immer den vollen Ersatz des Schadens zu befürchten braucht. Muss hingegen der Organisationsträger und nicht die Hilfsperson primär für betrieblich verursachte Schäden einstehen, so entsteht für den Träger ein wirtschaftlicher Anreiz, das Sorgfaltsniveau seiner Organisation zu erhöhen, um Schäden zu vermeiden. Der Organisationsträger ist kraft der wirtschaftlichen und rechtlichen Unterordnung der Hilfsperson tendenziell auch besser in der Lage, deren Verhalten zu steuern, als der Geschädigte oder Gerichte im Fall der persönlichen Hilfspersonenhaftung[1012]. Hinzu kommt, dass die schädigende Hilfsperson in komplexen, arbeitsteilig strukturierten Organisationen durch den Kläger oft nur schwer oder nicht ermittelbar ist. Die hohe Wahrscheinlichkeit, dass Fehlverhalten nicht entdeckt wird, begünstigt Normverletzungen durch den Handelnden[1013] und damit tendenziell auch Unsorgfalt. Gilt hingegen Haftung des Organisationsträgers, so ist es wahrscheinlicher, dass der Geschädigte voll entschädigt wird und intern der Organisationsträger auf die schädigende Hilfsperson Rückgriff nehmen kann. Denn der Geschäftsherr kann letztere aufgrund der Kenntnis seiner Organisation leichter ermitteln als der Geschädigte oder Gerichte[1014].

Die möglichen Anreizmechanismen, die vom Geschäftsherr zur Beeinflussung der Hilfsperson eingesetzt werden können, hängen unter anderem davon ab, wie umfassend deren konkretes Verhalten beobachtet werden kann. Ist der Geschäftsherr in der Lage, das Handeln der Hilfsperson billig und umfassend zu überwachen, kann er kraft seiner Weisungsgewalt ein gewünschtes Verhalten festlegen und die Hilfsperson wirtschaftlich direkt sanktionieren, wenn sie von diesem Verhalten abweicht[1015]. Dieser Mechanismus hat erhebliche Vorteile

---

1008 In diesem Sinn auch BISCHOF, S. 210.

1009 KORNHAUSER S. 1345.

1010 Siehe hierzu KORNHAUSER, S. 1366, sowie die Ausführungen S. 1362 ff.

1011 Siehe auch die Bemerkung bei SYKES, Economics, S. 1251 f.

1012 Zu einer nuancierteren Betrachtung der Handlungsmacht in Organisationen s. eingehender hinten S. 214 ff.

1013 Siehe hierzu eingehender hinten S. 177 ff.

1014 In diesem Sinn KORNHAUSER, S. 1370 f.

1015 SYKES, Boundaries, S. 569; ders., Economics, S. 1238.

gegenüber einem Anreizsystem, das nur an die Vermeidung oder das Auftreten eines Schadens anknüpft:

- er ist tendenziell billig;
- er ist auch für risikoscheue Hilfspersonen akzeptabel, da diese das Risiko einer Sanktion über das eigene Verhalten selbst steuern können;
- zur Verhaltenssteuerung sind tendenziell tiefere Sanktions- und Belohnungsmittel notwendig, weil die Unwägbarkeiten eines Schadensrisikos für deren Berechnung keine Rolle spielt[1016];
- er ist „gerechter" in Fällen, in denen nicht mit Sicherheit feststellbar ist, welchen kausalen Anteil eine Hilfsperson am Auftreten des Schadens hat.

Ist demgegenüber das konkrete Verhalten des Mitglieds durch den Organisationsträger kaum oder nicht beobachtbar, können Anreizmechanismen nur an das Auftreten eines Schadens, nicht aber an das konkrete Verhalten geknüpft werden. Für diese Fallgruppe schlägt SYKES eine weitere Nuancierung vor, anhand der Frage nämlich, ob sich der Anstellungsvertrag des Mitglieds auf einen einmaligen bzw. nur gelegentliche Einsätze bezieht, oder auf eine dauerhafte bzw. wiederholte Tätigkeit[1017]. Bei einmaligen Einsätzen ist es für den Geschäftsherrn am schwierigsten, wirtschaftliche Anreize für sorgfältiges Verhalten der Hilfsperson zu schaffen. Insbesondere hätte die Androhung von wirtschaftlichen Sanktionen keine Anreizwirkung, wenn die Hilfsperson im Schadensfall ohnehin insolvent wäre. Dennoch ist SYKES der Ansicht, auch in diesen Fällen sei die Haftung des Organisationsträgers gegenüber dem Geschädigten wirtschaftlich angemessener als persönliche Hilfspersonenhaftung, wenn dabei auch nicht immer ein wirtschaftlicher Ausgleich zwischen Hilfsperson und Geschäftsherr zu erreichen sei[1018] (insbesondere dann, wenn die Hilfsperson infolge ihres besonderen ökonomischen Werts für die Organisation, z. B. wegen besonderer Fähigkeiten, dem Geschäftsherrn eine für diesen ungünstige interne Risikoverteilung aufzwingen kann).

Bezieht sich der Anstellungsvertrag auf dauerhafte oder wiederholte Tätigkeiten, so erweist sich die Haftung des Organisationsträgers als ökonomisch noch vorteilhafter, weil der Organisationsträger zur Steuerung des Verhaltens des Mitglieds über weitergehende Anreizmechanismen verfügt als bei einmaligen Einsätzen, insbesondere positive Anreize in Form von Lohnerhöhungen und Beförderungen oder negative Anreize in Form von Lohnkürzung, „Degradierung" oder Entlassung[1019]. Solche Anreize, geknüpft an die Frage, ob das Mitglied Schäden verursacht, werden letzteres stärker zur Schadensvermeidung anregen als die Gefahr, unter einem Regime der persönlichen Hilfspersonenhaftung haftbar zu werden: denn diese Gefahr betrifft nur die aktuelle Vermögenssituation der Hilfsperson, währenddessen Lohnerhöhungen bzw. - kürzungen oder Beförderungen bzw. Entlassung deren finanzielle Zukunft ebenso betreffen wie die Gegenwart (über allfällige Rückgriffsklagen des Geschäftsherrn). Die Hilfsperson hat so meist nur die Wahl, angestellt zu bleiben oder zu kündigen[1020]. Dass viele Anstellungsverträge in der Praxis auf eine dauernde oder wiederholte

---

1016 SYKES, Economics, S. 1238 f.

1017 Anders KORNHAUSER S. 1355, der diese Nuancierung als überflüssig erachtet, meiner Meinung nach allerdings zu Unrecht.

1018 Siehe eingehender SYKES, Economics, S. 1249 ff.

1019 Die aus der Umsetzung solcher Belohnungen und Sanktionen erwachsenden Transaktionskosten sind überdies tiefer bei wiederholten oder dauerhaften Einsätzen als bei einmaligen, da sie im erstgenannten Fall Gegenstand der routinemässigen Entscheidfindung der Organisation sind, siehe SYKES, Economics, S. 1255.

1020 SYKES, Economics, S. 1253.

Zusammenarbeit angelegt sind, spricht somit ebenfalls eher für ein Modell der Aussenhaftung des Organisationsträgers[1021].

Bleibt anzufügen, dass ein Haftungsregime nicht nur den Organisationsträger ökonomisch zu genügender Sorgfalt motivieren soll, sondern auch das Organisationsmitglied. BRÜGGEMEIER geht davon aus, dass die Aussenhaftung des Mitglieds dieses nachhaltiger zur Schadensprävention motiviert als innerbetriebliche Sanktion; deshalb sei die Kanalisierung der Organisationshaftung auf den Träger abzulehnen[1022], m. E. zu Recht.

(3) Möglichkeiten des Organisationsträgers, seine Haftungsrisiken zu streuen

Der Geschäftsherr kann, falls ihn eine Organisationshaftung für das Verhalten seiner Hilfspersonen trifft, die ökonomischen Risiken dieser Haftung zumindest teilweise reduzieren, so z. B.:

- über eine globale Betriebshaftpflichtversicherung;
- über eine Diversifizierung des Gefährdungspotentials seiner Organisation durch Streuung unter einer grossen Anzahl Hilfspersonen, von denen jede ein ähnliches Risiko erzeugt;
- über eine generelle Verteilung des unternehmerischen Betriebsrisikos unter vielen Gesellschaftern, falls die Organisation die Rechtsform einer Handelsgesellschaft besitzt;
- durch eine Überwälzung der höheren Produktionskosten auf seine Kunden[1023], indem er die Preise seiner Produkte erhöht, worauf die Gesellschaft dann entscheiden kann, „ob sie einen angebotenen Gegenstand als so wichtig und nützlich ansieht, dass sie den mit seiner Herstellung verbundenen Unfallaufwand, der sich im Preis niederschlägt, zu tragen bereit ist“[1024].

e) Transaktionskosten

Einleitend wurde erwähnt, dass es vor allem Transaktionskosten sind, die der Aushandlung eines vertraglichen Risikoausgleichs mit dem Ziel der Internalisierung externer Kosten zwischen Schädiger und Geschädigtem entgegenstehen (Asymmetrie hinsichtlich Informationsstand, wirtschaftlicher Abhängigkeit etc.[1025]). Wie ebenfalls bereits gesagt, muss auch zwischen Geschäftsherr und Hilfsperson ein ökonomischer Ausgleich stattfinden. Die Aushandlung und Durchsetzung eines internen Risikoausgleichs ist aber nur zum Preis von Transaktionskosten möglich. So muss sich beispielsweise jede Partei über die ökonomischen Präferenzen ihrer selbst und der Gegenpartei informieren, was mit kostspieligen Abklärungen verbunden sein kann. So besteht möglicherweise auch die Gefahr eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts, wenn die Hilfsperson auf den Erhalt ihrer Arbeitsstelle in der Organisation wirtschaftlich angewiesen ist oder umgekehrt, wenn der Geschäftsherr besonderer Fähigkeiten dringend bedarf, über welche die Hilfsperson verfügt. In solchen Fällen wird die

---

1021 SYKES, Economics, S. 1254; ähnlich auch KORNHAUSER S. 1373.

1022 BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 55 ff.

1023 WICKE S. 312 mit Verweisen, s. a. die Überlegungen zur Begründung der englischen vicarious liability *ibidem* S. 268 f.; s. a. PETRIN S. 28 ff.; EÖRSI S. 10 mit Verweisen; CAEMMERER S. 290, 291; VAN GERVEN/LEVER/LAROUCHE S. 523; für das niederländische Recht OLDENHUIS, Kom. ad BW 170 N 4.

1024 WICKE S. 312.

1025 BISCHOF S. 205.

konkret schwächere Partei mehr für den Erhalt der Bindung an die andere bezahlen, als dies ihrer persönlichen Kosten-Nutzen-Funktion entspräche.

Die Lehre weist darauf hin, dass auch die Analyse der Transaktionskosten eher für das Modell der Organisationshaftung spricht. Dieser Schluss erscheint plausibel angesichts der Tatsache, dass sich trotz gewisser Ausnahmen in der Regel der Organisationsträger in einer wirtschaftlich stärkeren Position befindet als das Mitglied, das selbst mit guten Fähigkeiten auf eine Anstellung in einer Organisation angewiesen ist, um seine Fähigkeiten überhaupt einsetzen zu können. Deshalb ist es für den Geschäftsherrn günstiger, mit der Hilfsperson einen adäquaten internen Risikoausgleich auszuhandeln, als umgekehrt. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Verhalten der Hilfsperson gut und billig beobachtbar ist, weil für letztere billig umsetzbare Anreize gesetzt werden können, über die intern das Haftungsrisiko verteilt wird[1026]. Als wirtschaftlich sinnvoller erscheint Haftung des Organisationsträgers auch bei unvollständiger oder teurer Überwachung der Hilfsperson, sofern diese am Erhalt einer langdauernden Arbeitsbeziehung mit der Organisation interessiert ist. Diese Schlüsse werden auch dadurch unterstrichen, dass der Geschäftsherr, wie bereits erwähnt, sein Haftungsrisiko besser begrenzen kann (über Versicherung und Streuung)[1027]. Hohe Transaktionskosten entstehen hingegen, wenn das Verhalten der Hilfsperson nicht beobachtbar ist und letztere einen einmaligen Arbeitseinsatz für die Organisation tätigt. Denn in solchen Fällen sind die Aushandlung und Durchsetzung vertraglicher Anreize zur Schadensvermeidung für den Organisationsträger teuer, insbesondere dann, wenn die Nachfrage des Geschäftsherrn unelastisch ist und die Hilfsperson aufgrund ihrer besonderen Fähigkeiten für ihre Dienste einen hohen Preis verlangen kann.

Für diesen Fall geht SYKES davon aus, dass persönliche Hilfspersonenhaftung aus der Sicht der Transaktionskosten günstiger ist, insbesondere dann, wenn das Mitglied kein Interesse an einer langdauernden Arbeitsbeziehung mit der Organisation hat[1028]. Das einzige Anreizmittel, über das der Organisationsträger unter einem Regime der Geschäftsherrenhaftung verfügt, ist in solchen Fällen oft nur die Drohung mit einer Rückgriffsklage gegen das Mitglied, falls der Träger gegenüber dem Geschädigten haftbar würde. Solche Klagen sind aber oft sehr kostspielig und haben meist nur wenig Erfolg, angesichts der tendenziell beschränkten finanziellen Mittel der Hilfsperson[1029]. Deshalb werden sie in der Praxis auch selten angestrengt[1030]. Hier scheint auf den ersten Blick eine persönliche Hilfspersonenhaftung angemessener. Der erwähnte Fall weist aber auf einen möglichen Widerspruch zwischen der Transaktionskosteneffizienz und der Internalisierung externer Kosten hin: denn zwar würde mit einem Regime der persönlichen Hilfspersonenhaftung die Aushandlung und Durchsetzung einer Risikoverteilung zwischen Organisationsträger und Hilfsperson billiger. Aber damit wäre die Internalisierung der einem Dritten durch die Hilfsperson verursachten externen Schadenskosten nicht gewährleistet, wenn die Mittel der Hilfsperson beschränkt wären. Deshalb ist in solchen Fällen dennoch Organisationshaftung der persönlichen Hilfspersonenhaftung vorzuziehen, selbst wenn dadurch höhere Transaktionskosten entstehen[1031].

Man kann aber davon ausgehen, dass die Hilfsperson in den meisten Konstellationen am Erhalt einer dauerhaften, wenn auch nur sporadischen Arbeitsbeziehung mit der Organisation interessiert ist. Man denke hierbei an Lieferanten nur gelegentlich benötigter Einzelteile,

---

1026 SYKES, Economics, S. 1247.

1027 Siehe hierzu auch SYKES, Boundaries, S. 568 Fn 14.

1028 Zusammenfassung bei SYKES, Boundaries, S. 570.

1029 SYKES, Boundaries, S. 570.

1030 WICKE S. 269 für das englische, SYKES, Economics, S. 1243 für das US-amerikanische Recht.

1031 Siehe hierzu SYKES, Economics, S. 1252 ff.

Treuhandunternehmen, die im Jahresverlauf nur gelegentlich für die Organisation tätig werden, etc. Allerdings machen solche Beispiele auch deutlich, dass die kaum beobachtbare, nur gelegentlich für die Organisation arbeitende Hilfsperson oft dem Profil eines selbständigen Unternehmers („*independent contractor*") entspricht, für den der Organisationsträger in den herrschenden Rechtsordnungen in der Regel nicht haftet. Die von SYKES auf der Ebene der Transaktionskosten ins Feld geführten Argumente sprechen denn auch, zumindest ökonomisch gesehen, gegen eine Haftung der Organisation für selbständige Unternehmer. So wurde auch argumentiert, im Gegensatz etwa zu früher sei heute „der Inhaber eines selbständigen Betriebes ... regelmässig selbst in der Lage, eine Haftpflichtversicherung für sich und seine Leute abzuschliessen, und dann die Kosten der Prämien in Gestalt höherer Preise auf seine Abnehmer zu überwälzen. Überdies wird ein *independent contractor* häufig gerade wegen seiner Spezialkenntnisse angestellt und kann daher als Fachmann die Unfallrisiken seiner Tätigkeit zuverlässig überschauen"; und in Fällen, in denen dem Auftraggeber die nötige Sachkenntnis fehlt, verlangen sogar Sorgfaltspflichten die Übertragung der Aufgabe an einen Fachmann[1032].

f) Insolvenz des Organisationsträgers

Wie bereits angedeutet, führt die persönliche Haftung der Hilfsperson eher zu einem ökonomisch angemessenen Schadensausgleich, wenn der Geschäftsherr über weniger finanzielle Mittel verfügt als die Hilfsperson[1033]. Da dieser Fall aber statistisch gesehen vermutlich seltener vorkommt als das Umgekehrte, lässt sich auf der Ebene der Gesetzgebung daraus nicht ableiten, die persönliche Hilfspersonenhaftung sei generell das angemessenere Haftungsmodell. Dass es aber Konstellationen gibt, in denen die Hilfspersonen tatsächlich vermögender sind als die Organisation, lässt darauf schliessen, dass die Organisationshaftung nicht auf den Träger kanalisiert werden sollte[1034]. Dem Geschädigten sollte gegen das Organisationsmitglied weiterhin ein direktes Klagerecht offenstehen, weil dadurch das grösstmögliche Haftungssubstrat zur Verfügung steht.

3. Zur wirtschaftlichen Tragbarkeit

In allen haftpflichtrechtlichen Debatten wird der Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Tragbarkeit einer Haftung regelmässig diskutiert. Dabei geht es um die Frage, ob die abschätzbaren wirtschaftlichen Folgen einer Haftung (potentielle Entschädigungssummen, Versicherungsprämien etc.) den betroffenen Haftungssubjekten angesichts der konkreten und allgemeinen Wirtschaftslage zugemutet werden können. Diese Problematik zeigt sich in besonderem Masse hinsichtlich strenger Kausalhaftungen, die zum einen meist zu einer strengeren Haftung führen als das gemeine Recht, zum anderen an die typische wirtschaftliche Tätigkeit der Haftbaren anknüpfen. In der politischen Diskussion artikulieren sich die diesbezüglichen Positionen oft relativ stereotyp: Während wirtschaftsnahe Kreise eine zu hohe Belastung der Wirtschaft durch strenge Haftungsformen ablehnen (um die Entfaltung der Wirtschaft und damit deren Nutzen für die Gesamtgesellschaft nicht übermässig zu behin-

---

1032 WICKE S. 270, mit Verweisen, zum englischen Recht; die Überlegung hat aber ohne Zweifel allgemeinen Charakter.

1033 KORNHAUSER S. 1366.

1034 Gleicher Ansicht PETRIN, S. 151 f.

dern[1035]), werden strenge Haftungen seitens eher sozial orientierter Interessengruppen gefordert (um zu einem sozial gerechten Ausgleich zu gelangen, in Anbetracht der Tatsache, dass wirtschaftliche Akteure von den Gefahren ihrer Tätigkeiten wirtschaftlich profitieren).

Entsprechende Probleme stellen sich auch spezifisch für die Organisationshaftung. Aus dem Beizug von Hilfspersonen – das heisst: aus der Organisation von Arbeitskräften – zieht nicht nur der Geschäftsherr einen Nutzen. Die Organisation als Arbeitsmodell ist durch die Arbeitsteilung seit der Industrialisierung ein notwendiges Instrument geworden, mit dem die Kräfte vieler Arbeitnehmer und technischer Einrichtungen gezielt gebündelt werden können. Arbeitsteilung ist insbesondere dann sinnvoll, wenn eine allgemeine Sorgfaltspflicht vom Organisationsträger verlangt, gefährliche oder schwierige Tätigkeiten Spezialisten zu übertragen[1036]. Vermutlich wären manche zivilisatorische Leistungen ohne die Organisation vieler Kräfte – das hiesse: nur durch spontanes, ungeordnetes Zusammenwirken Einzelner oder nur durch Einzelleistungen – gar nie möglich gewesen. Dies gilt beispielsweise für die Massenherstellung von Produkten. Ohne die Bereitschaft des Organisationsträgers, wirtschaftliche Risiken einzugehen, würden viele Produkte wahrscheinlich weder entwickelt noch verkauft. Deshalb kann man nicht sagen, allein der Unternehmer profitiere von der Herstellung und vom Verkauf von Produkten[1037]. Gleichzeitig darf das Schadenspotential vieler Industriebetriebe, deren Tätigkeiten nicht durch eine besondere Kausalhaftung erfasst werden, nicht aus den Augen verloren werden. Am Problem der wirtschaftlichen Tragbarkeit einer Haftung kristallisieren sich grundsätzliche wirtschaftspolitische Fragestellungen, in denen nicht nur mikroökonomische Gesichtspunkte eine Rolle spielen. Unabhängig von der ökonomischen Begründung einer Haftung lässt sich jedoch generell sagen, dass eine Haftung im allgemeinen tragbar sein muss, da sie sonst, mangels Solvenz der Haftpflichtigen, ins Leere zielt. Dieser Gedanke liegt auch dem Versicherungsobligatorium zugrunde, das für verschiedene Kausalhaftungen gilt. Es ginge allerdings zu weit, ein generelles Versicherungsobligatorium an eine allgemeine Organisationshaftung zu knüpfen. Wie zu zeigen sein wird, ist diese nach der hier vertretenen Ansicht nicht in die Form einer strengen Kausalhaftung zu giessen[1038], weshalb sich das Problem der wirtschaftlichen Tragbarkeit schon auf der Ebene der Haftungsbegründung entschärft.

4. Zu den Grenzen der ökonomischen Analyse des Haftpflichtrechts

Wie schon eingangs erwähnt, ist die ökonomische Analyse zumindest seitens der europäischen Rechtslehre auf einige Kritik gestossen, sofern sie als gesetzgeberische oder interpretatorische Methode einen Ausschliesslichkeitsanspruch erhebt[1039]. Hinzu kommt, dass dieser Ansatz eine Reihe methodischer Probleme aufwirft, die hier kurz gestreift werden sollen.

1035 In diesem Sinne argumentierten schon zu Beginn des 20. Jh. die Befürworter des eher milden BGB 831, s. CAEMMERER, S. 288; s. a. die Wiedergabe einer entsprechenden Passage aus den Protokollen zum zweiten BGB-Entwurf bei MATUSCHE-BECKMANN, S. 23.

1036 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 180.

1037 Siehe in diesem Sinne auch den Verweis auf WILLIAMS bei PETRIN, Fn 162; SPIRO S. 60 f. Dass eine zu strenge Haftungsordnung die Entwicklung, Produktion und Verteilung gewisser Produkte hemmen kann, ist im Weiteren nicht immer nur blosse Rhetorik wirtschaftsfreundlicher Kreise: so scheinen sich beispielsweise in der amerikanischen Impfstoffindustrie infolge der strengen Produkthaftung bereits mehrere führende Anbieter aus dem Markt zurückgezogen zu haben, s. BISCHOF S. 212 mit Verweisen.

1038 Siehe hinten S. 263 ff. und 273 ff.

1039 Denn so verstanden ist sie einseitig interdisziplinär und einseitig rechtspolitisch, s. TAUPITZ S. 124 f.; s. a. WICKE S. 315 und eingehender S. 311 ff.

Hierzu gehören zunächst die Probleme der *„Rechengrenze"* und der *Modellkonflikte*. Weil die Realität ökonomisch nach wie vor nicht vollständig erfassbar ist, bleibt der ökonomischen Analyse nur eine sektorielle Rationalität, das heisst eine Anwendung auf restriktiv umschriebene Bereiche. Man muss sich beispielsweise entscheiden, ob eine auf ökonomischem Weg gewonnene Haftungsregel einen wirtschaftlichen Ausgleich nur zwischen Schädiger und Geschädigtem oder auch zwischen indirekt Betroffenen (z. B. beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte), Bewohnern des gesamten Staates (z. B. Verhältnis zwischen Haftpflichtrecht, Steuerwesen und Sozialversicherungswesen) oder gar transnational (z. B. bei grenzüberschreitenden ökologischen Unfällen) gewährleisten soll. Man muss festlegen, *welche* Kosten und Nutzen in die Analyse einbezogen werden sollen („Rechengrenze"). Die Lehre hat aber darauf hingewiesen, dass die ökonomische Analyse nicht von sich aus Kriterien liefern kann, wo diese Rechengrenze im Einzelfall zu setzen ist[1040]. Folglich muss die ökonomische Analyse bereits diesbezüglich mit einem Wertungsentscheid ergänzt werden, der nicht nur ökonomischer Natur ist. Im Weiteren ist hervorzuheben, dass die ökonomische Analyse selbst zu Widersprüchen zwischen verschiedenen Modellen führt. So wurde gezeigt, dass eine Minimisierung der Transaktionskosten durch die Aufhebung einer Entschädigungspflicht (z. B. Einsparung der Prozess- und Zahlungskosten) gleichzeitig tendenziell zu einer Steigerung der primären Schadenskosten führt (da für einen potentiellen Schädiger mangels Haftungsandrohung kein Anreiz zu sorgfältigem Verhalten mehr besteht)[1041]. Die ökonomische Analyse kann solche methodischen Konflikte nicht mit eigenen „Bordmitteln" auflösen[1042]. Auch diesbezüglich sind ausserökonomische Wertungen notwendig.

Ganz generell wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass das Nutzen-Risiko-Prinzip die Organisationshaftung zwar im Grundsatz rechtfertigen, deren rechtliche Voraussetzungen im einzelnen jedoch nicht schlüssig erklären kann[1043].

Im Weiteren ist das Modell des rationalen *homo oeconomicus*, von dem die ökonomische Analyse ausgeht, in neuerer Zeit seitens der Psychologie und Soziologie zunehmend in Frage gestellt worden. Die Rationalität der Menschen scheint vielmehr beschränkt zu sein, infolge beschränkter Wahrnehmungsfähigkeit, beschränkten Möglichkeiten zur Informationsverarbeitung, Fehlerneigungen verschiedener Art (insbesondere bei der Einschätzung von Risiken), Vorurteilen etc. Dies gilt auch dann, wenn der Mensch als Mitglied einer Korporation tätig wird, und zwar umso mehr, als im kollektiven Kontext bereits angetönte gruppenpsychologische Faktoren, paradoxe Effekte, Kommunikationsprobleme etc. hinzukommen. Freilich beginnt sich offenbar eine Auseinandersetzung ökonomisch orientierter Autoren mit psychologischen und soziologischen Konzepten abzuzeichnen[1044].

Es ist auch denkbar, dass *nicht-monetäre Anreize* den Sorgfaltsgrad des menschlichen Verhaltens beeinflussen. Einerseits gibt es beispielsweise in karitativen Organisationen schlecht bezahlte Mitarbeiter, die dennoch sehr sorgfältig arbeiten, weil ihr Anreiz dazu nicht wirtschaftlicher Art ist. Umgekehrt wurde im Zusammenhang mit Wirtschaftsskandalen auch in neuester Zeit deutlich, dass hoch bezahlte Organisationsmitglieder, deren Verhalten im Prinzip gut beobachtbar gewesen wäre (weil sie in obersten Führungsgremien von Aktiengesellschaften agierten und deshalb den Aktionären Rechenschaft über ihr Tun schuldeten), vermutlich und teilweise erwiesenermassen nachlässig, fahrlässig oder absichtlich falsch gehandelt haben. Die Gründe hiefür mögen vielschichtig sein, aber der monetäre Anreiz hat

---

1040 TAUPITZ S. 164.
1041 TAUPITZ S. 142.
1042 TAUPITZ S. 163.
1043 WICKE S. 311. Für eine generelle Kritik des Nutzen-Risiko-Prinzips s. a. PERROW, S. 306 ff.
1044 Siehe Verweise bei BISCHOF, S. 214 N 76-78

solche Akteure jedenfalls paradoxerweise nicht zu einem sorgfältigeren, sondern zu einem unsorgfältigeren Handeln angeregt, womit eine wesentliche Prämisse der ökonomischen Analyse des Haftpflichtrechts nicht zutreffen würde.

Eine konsequent am wirtschaftlichen Gleichgewicht und der optimalen Allokation knapper Güter orientierte haftpflichtrechtliche Theorie müsste Aspekte der *sozialen Verteilung von Ressourcen* ausser Betracht lassen[1045]. Diese Konsequenz ist ethisch fragwürdig und rechtlich unhaltbar, da der Staat kraft Verfassung diverse Sozialziele zu verwirklichen hat[1046]. Hierzu gehört beispielsweise gemäss BV 41/1/a die soziale Sicherheit[1047].

Im Weiteren ist nicht ersichtlich, wie mittels der ökonomischen Analyse Schadensposten berechnet werden sollen, die nicht Entgelt für eine erlittene Vermögenseinbusse, sondern für eine *Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten* sind. Dabei ist in erster Linie an die Genugtuung im Sinne von OR 49 zu denken, deren Höhe von der Schwere der erlittenen Verletzung der Persönlichkeitsrechte abhängt. Ebenso zu dieser Kategorie zählt die Genugtuung bei schwerer Betroffenheit des Opfers gemäss OHG 11/2.

5. Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung

Verschiedene rechtliche Folgerungen aus der ökonomischen Analyse für die Organisationshaftung finden sich bereits in den vorangehenden Abschnitten. Hier sollen nun die wichtigsten Ergebnisse nochmals überblickshaft dargestellt werden.

Die zentrale, an die ökonomische Analyse gerichtete Frage war jene, ob für Schäden, die aus dem Tätigkeitsbereich einer Organisation herrühren, eher der Organisationsträger oder eher das konkret schädigende Organisationsmitglied haften solle. Diese Frage lässt sich aus den dargelegten ökonomischen Gesichtspunkten relativ klar beantworten: eine Organisationshaftung sollte eher den Organisationsträger als das Organisationsmitglied treffen. Begründen lässt sich dieser Schluss primär mit dem Nutzen-Risiko-Prinzip: der Geschäftsherr zieht aus der Beschäftigung seiner Hilfspersonen (potentiell) mehr Nutzen, als er mit der Entrichtung des Lohns abgeltet. Ein deliktisch verursachter Schaden verursacht beim Geschädigten Kosten ohne Gegenleistung seitens der schädigenden Organisation. Aus deren Sicht sind solche Schadenskosten externe Kosten, die internalisiert werden müssen. Der Organisationsträger hat grundsätzlich die Möglichkeit, sein diesbezügliches Haftungsrisiko insbesondere durch Streuung von Haftungskosten zu reduzieren, dies unter anderem über den Abschluss einer Haftpflichtversicherung oder die Erhöhung der Preise seiner Produkte. Ob der Geschäftsherr tatsächlich Gewinn erwirtschaftet, darf nicht relevant sein, da sonst der Geschädigte im Ausmass des erlittenen Schadens (bzw. seiner Ansprüche) das Unternehmensrisiko des Schädigers zu tragen hat, ohne Anspruch auf die Früchte dieses Risikos zu haben. Die ökonomische Analyse stösst allerdings an Grenzen, wenn es um die Begründung der Organisationshaftung zulasten von Unternehmen geht, die nicht das Ziel haben, Gewinn zu erwirtschaften, wie karitative Organisationen oder der Staat[1048]. Um auch solche Organisationen mit einer Organisationshaftung zu erfassen, müsste man von einem weiter gefassten, nicht nur ökonomischen Nutzenbegriff ausgehen.

Für die Relevanz des Nutzen-Risiko-Prinzips spricht zum einen die empirische Feststellung, dass der Organisationsträger tendenziell vermögender ist als das Mitglied. Da allerdings

---

1045 S. a. BISCHOF S. 213 f.

1046 TAUPITZ S. 124.

1047 Natürlich spielt auch hier die „Rechengrenze" eine Rolle. Soziale Sicherheit ist vermutlich einer ökonomischen Rationalität durchaus zugänglich, wenn man sie gesamtgesellschaftlich analysiert.

1048 Siehe hierzu a. WICKE S. 310.

auch die umgekehrte Situation durchaus vorkommt, ist auf eine Kanalisierung der Organisationshaftung zu verzichten. Dem Geschädigten muss eine direkte Klage gegen das Organisationsmitglied offen stehen, damit eine Entschädigung nicht an der Insolvenz des Organisationsträgers oder - mitglieds scheitert[1049].

Im Weiteren wird das Nutzen-Risiko-Prinzip auch dadurch gerechtfertigt, dass der Sorgfaltsgrad in der Organisation bei einer Haftung des Trägers vermutlich höher ist als im Fall einer ausschliesslichen persönlichen Hilfspersonenhaftung. Zum einen ist der Organisationsträger durch die Beherrschung von Ressourcen und organisatorischen Mitteln besser in der Lage, risikosteuernde Entscheidungen zu treffen. Im beschriebenen ökonomischen Konflikt zwischen Sicherheit und Produktion kann nur der Träger entscheiden, welchem Bereich er wie viel Ressourcen zukommen lässt[1050]. Der Organisationsträger kann im Weiteren die Hilfsperson über Anreize besser zur Schadensvermeidung anhalten, da die Hilfsperson wirtschaftlich tendenziell eher vom Träger abhängig ist. Infolge dieser Abhängigkeit sind vermutlich auch tiefere Transaktionskosten bei der Aushandlung eines Risikoausgleichs zwischen Geschäftsherr und Hilfsperson zu erwarten.

Die Lehre weist darauf hin, dass ein Regime der persönlichen Hilfspersonenhaftung dann wirtschaftlich angemessener erscheint, wenn die Hilfsperson einen einmaligen (oder nur gelegentlichen) Einsatz für die Organisation tätigt und ihr Verhalten durch den Geschäftsherrn nicht oder kaum beobachtbar ist. Denn in solchen Fällen verfügt der Organisationsträger nur über wenig Anreize, die Sorgfalt des Mitglieds zu steuern. Da, wiederum empirisch gesehen, die meisten Dienst- und Arbeitsverträge zwischen Organisationen und Hilfspersonen auf eine längere Zusammenarbeit angelegt sind, spricht die erwähnte Konstellation nicht grundsätzlich gegen eine Aussenhaftung des Organisationsträgers. Das Profil einer kaum beobachtbaren (also vermutlich relativ selbständig arbeitenden) und nur gelegentlich für die Organisation tätigen Person entspricht überdies wohl oft einem selbständigen Unternehmer. Deshalb erscheint der Grundsatz des geltenden Rechts, wonach der Geschäftsherr nicht für selbständige Unternehmer haftet, als ökonomisch sinnvoll und sollte deshalb auch *de lege ferenda* beibehalten werden.

Eine Organisationshaftung muss zwar grundsätzlich wirtschaftlich tragbar sein; eine reine Verursachungshaftung funktional konnexer Schäden ginge deshalb vermutlich zu weit. Dennoch darf eine Haftung nicht ausschliesslich von der wirtschaftlichen Tragbarkeit abhängen; ansonsten wären wirtschaftlich gefährdete Betriebe gegenüber finanziell soliden bevorteilt. Die Problematik der wirtschaftlichen Tragbarkeit wirft im Übrigen wirtschaftspolitische Fragen von gesamtgesellschaftlicher Tragweite auf, die im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht weiter behandelt werden können.

Wie eine Organisationshaftung konkret auszugestalten ist, lässt sich aus der ökonomischen Analyse nur begrenzt ableiten. Der Grundsatz der Internalisierung externer Kosten sowie das *cheapest cost avoider*-Prinzip führen konsequenterweise zu einer reinen Verursachungshaftung, die auf dem Paradigma beruhen würde, dass sämtliche verursachten Schäden externe Kosten sind, die durch den Schädiger internalisiert werden müssen, da letzterer sie am billigsten hätte vermeiden können, indem er auf die schädigende Tätigkeit verzichtet hätte. Diese Sichtweise verkennt den Nutzen einer Tätigkeit für die Gesellschaft. Zieht man diesen Nutzen in Betracht, so müsste sowohl der Geschädigte als auch die Gesamtgesellschaft einen Teil vieler Schäden tragen, letztere z. B. in Form der Sozialversicherung[1051].

1049 In diesem Sinn auch BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 56 f.; s. aber den Hinweis auf Gegenmeinungen *ibidem*, S. 55 Fn 86.

1050 In diesem Sinn auch WIDMER/WESSNER S. 131.

1051 WIDMER, Produktehaftung, S. 34.

Das Haftpflichtrecht hat zwar auch die Funktion der Internalisierung externer Schadenskosten, aber nicht ausschliesslich. Ein Schädiger muss nicht automatisch alle durch ihn verursachten Schadenskosten tragen, wenn eine Interessenabwägung zum Schluss führt, eine teilweise Haftung genüge. Im Einzelfall muss sich diese Abwägung primär auf die Interessen der Beteiligten beziehen und kann nicht systematisch unter den Vorzeichen einer gesamtgesellschaftlich zu bewältigenden *loss distribution* stattfinden[1052]. Umgekehrt lässt sich für gewisse Risiken, so namentlich die Entwicklungsrisiken, über eine Schadensinternalisierung, die nur zwischen Schädiger und Geschädigtem stattfindet, kein vernünftiger Ausgleich finden. Die Haftung des Schädigers erschiene in solchen Fällen zu schwer, da in erster Linie er Risiken tragen müsste, von denen viele andere auch profitieren, die aber durch niemanden wirklich vorhersehbar und beherrschbar sind. Gewisse Risiken müssen deshalb durch die Gesamtgesellschaft (mit)getragen werden[1053], bzw. durch den Geschädigten, wie beispielsweise der Ausschluss der Entwicklungsrisiken in PrHG 5/1/e zeigt[1054]. Diese Interessenabwägung muss auf interdisziplinärem Weg erfolgen und erfordert eine wertende Entscheidung des Gesetzgebers oder Richters, die nicht nur ökonomischen, sondern auch rechtssystematischen, ethischen, soziologischen, psychologischen oder politischen Gesichtspunkten unterliegt.

Eine vollständige Schadensinternalisierung muss allerdings auch aus rein ökonomischer Sicht nicht stattfinden, wenn mangelnde Sorgfalt des Geschädigten wiederum externe Kosten, aber auf der Seite des Geschädigten verursacht. Das geltende Recht trägt diesem Zusammenhang Rechnung, so beispielsweise über die Möglichkeit, den Schadenersatz bei Selbstverschulden zu reduzieren (OR 44/1)[1055], oder über die Berücksichtigung fehlerhaften Verhaltens bei der Verwendung eines Produktes (PrHG 4/1/b). Für eine Umkehr der Beweislast spricht indirekt der bereits erwähnte Umstand, dass der Organisationsträger besser als der Geschädigte das Gefährdungspotential seines Betriebes über das Sicherheitsmanagement beeinflussen und allfällig fehlbare Organisationsmitglieder bezeichnen kann.

D. Organisationslehre und Fehlerpsychologie

1. Vorbemerkung

Eine zentrale Frage der vorliegenden Arbeit lautet, ob eine Organisation unabhängig von ihrer konkreten Tätigkeit Grundrisiken generiert und ob diese Risiken erheblich und mit zumutbarer Sorgfalt nicht beherrschbar sind. Es wird also im Folgenden darum gehen, organisatorische Faktoren aufzuzeigen und zu bewerten, die nicht nur die wirtschaftliche Effizienz einer Organisation beeinflussen, sondern darüber hinaus ihr *Schadenspotential* erhöhen. Somit muss schon an dieser Stelle hervorgehoben werden, dass die vorliegende Arbeit nicht als „Organisationsbrevier" zu verstehen ist, als Auflistung aller Massnahmen, die eine „gute" Organisation ausmachen. Es findet vielmehr eine Auswahl von potentiell schadensträchtigen Faktoren statt. Dabei müssen freilich auch Zusammenhänge erwähnt werden, welche die Leistungsfähigkeit einer Organisation generell beeinflussen. Denn die Gewährleistung von Sicherheit im Sinn der Senkung des Schadenspotentials ist die Anpassungsleistung einer Organisation an die Erfordernisse der (rechtlichen) Umwelt, die, ähnlich wie die Produktion, gelingen oder misslingen kann. Obschon die umfassende Darstellung tauglicher

1052 Ähnlich WICKE S. 313.
1053 Siehe hierzu auch WIDMER, Produktehaftung, S. 33.
1054 Für die europäische Richtlinie 85/374/EWG s. HOWELLS, S. 453.
1055 S. a. BISCHOF S. 205.

und haftpflichtrechtlich relevanter organisatorischer Instrumente also nicht Hauptziel der vorliegenden Arbeit ist, lassen sich doch aus der nachfolgenden Analyse insbesondere der Fehlerpsychologie, aber auch generell der Organisationstheorie indirekt viele Massnahmen herauslesen, die zur Fehlervermeidung und damit zur Schadensprävention geeignet sind und haftpflichtrechtliche Bedeutung haben können.

Durch die Organisation verursachte Schäden können verschiedene Ursachen haben, aber die meisten lassen sich auf menschliche Fehler zurückführen[1056], da ja eine Organisation primär ein soziales Handlungssystem ist. Selbst mangelhafte Maschinen, die Schäden verursachen, tun dies, weil sie falsch konstruiert, unterhalten oder bedient werden. Ein Fehler kann als absichtliche, fahrlässige oder auch untadelige Abweichung von einem idealen Handlungsprofil in einer problematischen Situation verstanden werden.

In den nachfolgenden Kapiteln geht es deshalb hauptsächlich um die Erscheinungsformen und Entstehungsursachen von menschlichen Fehlern. Ein erstes Kapitel betrifft verschiedene *Organisationstheorien* und die *Organisationskultur* (S. 150 ff.). Trotz ihrer Unschärfe bieten Organisationstheorien einen wertvollen Einblick in die geschichtliche Entwicklung der wissenschaftlichen Erfassung organisatorischer Grundprobleme und ihrer Lösungsmöglichkeiten. Daraus werden auch die Organisationsmodelle deutlich, auf denen bestehende Haftungsformen basieren. Die Ausführungen zur Organisations- und insbesondere *Sicherheitskultur* werden sich sodann konkreter auf die Fehlerproblematik beziehen, indem sie die Implikationen organisationskultureller Voraussetzungen auf das Verhalten der Organisationsmitglieder insbesondere im Hinblick auf die Gewährleistung von Sicherheit thematisieren.

Ein weiteres Kapitel (S. 189 ff.) betrifft unmittelbar die *Fehlerpsychologie*, zunächst in Bezug auf *individuelles Verhalten*, anschliessend im *Gruppenkontext*. Im Folgenden wird in einem kurzen Kapitel (S. 175 ff.) das *Verhältnis zwischen Fehlern und Normverletzungen* besprochen.

Im abschliessenden Kapitel (S. 211 ff.) wird auf die Problematik des *menschlichen Verhaltens in komplexen Systemen* eingegangen. In einem ersten Abschnitt gehe ich dem in der juristischen Literatur häufig, aber meist ohne vertiefte Erklärung verwendeten Begriff der „Verflüchtigung des Verschuldens" nach. Der zweite Abschnitt ist sodann den Einflüssen komplexer Organisationssysteme auf das individuelle Handeln gewidmet. Vertreter der Organisations - und Fehlerpsychologie betonen, dass eine ganzheitliche Betrachtung menschlichen Verhaltens in einer Organisation bisher noch nicht gelungen ist[1057]. Die Forschung hat sich vorwiegend auf das Verhalten Einzelner und von Gruppen konzentriert. Erst in neuerer Zeit entstehen vermehrt Ansätze, welche das fehlerhafte Verhalten der einzelnen Organisationsmitglieder nicht primär als Ursachen von Unfällen, sondern als Folgen vorbestehender versteckter Mängel im Organisationsganzen betrachten und versuchen, die Analyse von der individuellen Fehlerpsychologie weg auf das Organisationsganze zu verlagern[1058]. Einzelne dieser Ansätze werden dargestellt.

Am Ende jedes Abschnitts werde ich jeweils Schlüsse für die haftpflichtrechtliche Diskussion ableiten; diese Kapitel haben überdies die Funktion von Zusammenfassungen. Hierzu gilt es zu bemerken, dass die eingehendsten Analysen von Fehlern nach Schadensfällen in den Bereichen der Aviatik, der Kernenergie und von Militärorganisationen erfolgten. Diese Bereiche wären durch eine Organisationshaftung im engeren Sinn nicht primär betroffen,

---

1056 REASON, Organizational Accidents, S. 42.

1057 GROTE S. 246 f.

1058 Siehe z. B. GROTE S. 242; VON ROSENSTIEL S. 335.

weil für sie bereits *de lege lata* strenge Kausalhaftungen gelten. Allerdings lassen sich verschiedene Erkenntnisse über menschliches Verhalten aus diesen Bereichen auf andere übertragen, soweit sie nicht eng mit den Eigenheiten der jeweiligen Tätigkeiten verknüpft sind.

2. Organisationstheorien und Organisationskultur

a) Vorbemerkung

Im Sinn einer Einführung werden nachfolgend zunächst verschiedene Organisationstheorien im Überblick darstellt (S. 150). Die Lektüre dieses Kapitels soll das Verständnis der nachfolgenden Kapitel erleichtern. Direkte haftpflichtrechtliche Schlüsse lassen sich daraus noch nicht ziehen.

Haftpflichtrechtlich relevanter werden sodann die Ausführungen zu den Sicherheitsnormen und zur Sicherheitskultur sein (S. 163 ff.). Letztere ist zwar nicht ohne weiteres beschreib- und erfassbar, beeinflusst aber das Schadenspotential einer Organisation in entscheidender Weise. Besondere Aufmerksamkeit gilt sodann der Gegenüberstellung der dezentralisierten und zentralisierten Organisationsform. Hierbei geht es insbesondere darum herauszufinden, ob eine dieser beiden Formen aus der Sicht der Schadensvermeidung vorzuziehen ist und welche Risiko- und Sicherheitsfaktoren beide Formen beeinhalten. Schliesslich betrifft ein weiteres Kapitel das Verhältnis zwischen Fehlern und Verstössen gegen interne Normen (S. 175 ff.).

b) Organisationstheorien

> *„Warum war nur Gregor dazu verurteilt, bei einer Firma zu dienen, wo man bei der kleinsten Versäumnis gleich den grössten Verdacht fasste? Waren denn alle Angestellten samt und sonders Lumpen, gab es denn unter ihnen keinen treuen ergebenen Menschen, der, wenn er auch nur ein paar Morgenstunden für das Geschäft nicht ausgenützt hatte, vor Gewissensbissen närrisch wurde und geradezu nicht imstande war, das Bett zu verlassen? ... „Ihm ist nicht wohl, glauben Sie mir, Herr Prokurist!" ... „Anders, gnädige Frau, kann ich es mir auch nicht erklären", sagte der Prokurist, „hoffentlich ist es nichts Ernstes. Wenn ich auch andererseits sagen muss, dass wir Geschäftsleute – wie man will, leider oder glücklicherweise – ein leichtes Unwohlsein sehr oft aus geschäftlichen Rücksichten einfach überwinden müssen."*[1059]

Die Organisation als Lebens- und Arbeitsform entwickelte sich, wie so manche Kulturtechnik, zuerst in der Praxis. Erst nach und nach versuchten Vertreter verschiedener Wissenschaftszweige, sie theoretisch zu erfassen. Mit der Zeit entwickelten sich verschiedene Organisationstheorien, die folgende Ziele haben: - Beschreibung von Aufbau und Verhalten formal strukturierter Systeme; - Erklärung ihrer Funktionsweisen mittels gesetzesähnlicher Aussagen; - Entwicklung von Verhaltensprognosen aufgrund der erkannten Zusammenhänge[1060]. Aus praktischer Sicht geht es darum, Handlungsanweisungen abzuleiten, mit deren Hilfe sich Organisationen gezielt strukturieren und steuern lassen. Soweit ersichtlich, geht die Organisationslehre insofern interdisziplinär vor, als psychologische, technische, soziologische, wirtschaftliche und politische Gesichtspunkte gleichermassen berücksichtigt werden, allerdings ohne scharfe Trennung. So finden sich unter den massgeblichen Vertretern

---

[1059] Aus: KAFKA, FRANZ: „Die Verwandlung", in: ders., Sämtliche Erzählungen, Fischer Taschenbuch, Frankfurt a. M. 1970/1989, S. 61 f.

[1060] HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 34.

der wichtigsten Organisationstheorien[1061] beispielsweise sowohl Autoren, die man gemeinhin der Soziologie zuordnet (WEBER, LUHMANN, PARSONS, CROZIER, FRIEDBERG etc.), als auch solche, die eher von der Arbeitspsychologie (MAYO, WEICK) oder von den Ingenieurwissenschaften (TAYLOR) herkommen. Ähnliches gilt für die Organisationspsychologie als Wissenschaft vom Erleben und Verhalten des Menschen in Organisationen[1062] (und somit als Teilbereich sowohl der Organisationslehre als auch der Psychologie). Sie umfasst verschiedene Teilgebiete, über deren Klassifikation man sich nicht einig ist[1063]. In den nachfolgenden Ausführungen habe ich denn auch nicht konsequent nach Wissenschaftszweigen unterschieden. Es geht vielmehr darum, wissenschaftlich relevante Gesichtspunkte zu bestimmten Fragestellungen zu ermitteln. Dabei werden primär deduktiv, durch Analyse ausgewählter Fallstudien gewonnene Erkenntnisse (namentlich zur Fehlerpsychologie) mit rein theoretischen Ansätzen (z. B. soziologischer Art) verbunden.

Es gibt zwar verschiedene Organisationstheorien, die einen Idealtypus verkörpern (z. B. die bürokratische Organisation nach WEBER oder die Netzwerkorganisation), der in der postulierten Reinheit in der Realität nicht existiert. Dennoch weisen aber die tatsächlich praktizierten Organisationsformen viele Züge der theoretischen Konzepte auf. Deshalb stehen nachfolgend „Theorien" neben tatsächlich praktizierten Organisationsmodellen.

(1) Klassische Organisationstheorien von Taylor und Weber

Zu den klassischen Organisationstheorien zählt man das *„Scientific Management"* von FREDERICK TAYLOR und die bürokratische Organsation nach MAX WEBER.

(a) Taylorismus

Das Bild des arbeitenden Menschen gegen Ende des 19. Jahrhunderts war geprägt von der Arbeitsteilung, die durch verbesserte industrielle Produktionstechniken möglich und notwendig geworden war. Vertreter des Taylorismus betrachteten den Menschen als:

- billigen Produktionsfaktor;
- ohne höhere Bedürfnisse;
- mit wirtschaftlich streng zweckrationalem Verhalten;
- „ohne eigenes Interesse am Organisationsziel, weshalb er vom Management systematisch zur Leistung anzuhalten und zu kontrollieren ist"[1064].

Das Arbeitsverhalten des Menschen wurde in Analogie zur Maschine als idealer Produktionsfaktor gestellt. Das wissenschaftliche Interesse galt der Frage, wie die „Effizienz der menschlichen Arbeitsleistung im mechanisierten Betrieb gesteigert" werden konnte. Folgende Mittel wurden nebst anderen zur Verbesserung dieser Effizienz angewendet: - Arbeitszerlegung; - physiologisch richtige Arbeitsausführung; - leistungsfördernde Lohnmethoden[1065].

Der Ingenieur FREDERICK W. TAYLOR begründete 1911 das *scientific management*, welches auf die Verbesserung der Effizienz des menschlichen Arbeitens abzielte. TAYLOR „löste

---

1061 Siehe Darstellung bei HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 416 f.
1062 VON ROSENSTIEL S. 5.
1063 VON ROSENSTIEL S. 12.
1064 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 408.
1065 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 409.

eine weltweite Rationalisierungsbewegung aus, die bis heute nicht abgerissen ist und deren produktivitätssteigernde Wirkung trotz allen vernachlässigten Effekten nicht bestritten werden kann"[1066]. Drei zentrale Grundsätze kennzeichnen den Taylorismus:

- 1) Loslösung des Arbeitsprozesses von den Fertigkeiten des Arbeiters (durch Vereinfachung der einzelnen Abläufe);
- 2) Trennung von Kopf- und Handarbeit (Planung durch die Organisationsleitung, Ausführung durch die Arbeiter);
- 3) Lückenlose Kontrolle (über Normierung von Arbeitsobjekt, - verrichtung und -zeit)[1067].

Hieraus entstanden verschiedene Methoden (wie z. B. Arbeits- und Zeitstudien; Auswahl der bestgeeignetsten Personen; Zeitakkord als finanzielles Anreizsystem etc.). Im durch HENRY FORD begründeten „Fordimus" wurden diese Grundsätze von der Manufaktur auf die mechanisierte Massenproduktion übertragen (Fliessband). Wurden die Arbeiter früher durch ihre Vorgesetzten kontrolliert, so geschah dies im Fordismus „durch das technische System und seine Zwänge"[1068].

Der Taylorismus wurde in der Folge stark kritisiert, insbesondere wegen seiner Tendenz zur Entmenschlichung der Arbeiter[1069]. Dennoch hat er bis heute eine grosse Bedeutung behalten. Die Idee der Rationalisierung menschlicher Leistung wurde für verschiedenste Bereiche, namentlich auch für den Dienstleistungssektor nutzbar gemacht und subtilisiert. Dies belegen die zahlreichen Rationalisierungswellen in der Wirtschaft während der letzten Jahre.

(b) Klassische Bürokratie nach WEBER

Der Soziologie MAX WEBER entwarf zwischen 1910 und 1920 seine sehr einflussreiche Theorie der Bürokratie. Für ihn stand nicht die Leistungsoptimierung in der industriellen Produktion, sondern jene in der Verwaltung im Vordergrund. WEBERS Theorie ist weniger eine Beschreibung der tatsächlichen Zustände als vielmehr ein Idealtypus, der optimale Effizienz der Verwaltungsarbeit ermöglichen sollte[1070], und zwar primär mit dem Ziel der Ausübung legaler Herrschaft[1071]. Die Bürokratie in WEBERS Sinn wird durch folgende Merkmale charakterisiert[1072]:

- Arbeitsteilung, die auf funktionaler Spezialisierung beruht;

1066 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 409.

1067 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 410.

1068 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 411.

1069 Siehe ausführlicher HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 411 ff., insbes. S. 413 bezüglich dem drohenden Kontrast zwischen der unbedeutenden Stellung des Arbeiters im Betrieb einerseits, den „durch die intensive Werbung angebotenen angeblichen Möglichkeiten der Selbstentfaltung" andererseits. Siehe hierzu auch JONAS, S. 316 ff., nicht für eine direkte Kritik am Taylorismus, aber für eine generelle Kritik des marxistischen Utopismus, der ohne extensive technische Rationalisierung nicht möglich wäre (S. 327 f.), ja sogar darauf baut, damit sich der Mensch anderweitig entfalten könne, wodurch ebenso (und paradoxerweise) die Gefahr der Entmenschlichung droht.

1070 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 414 f.

1071 MAYNTZ S. 30.

1072 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 415.

- genau fixierte Autoritätshierarchie in Form einer Pyramide, in der jeder Funktionsträger für die eigenen Handlungen und jene seiner Untergebenen gegenüber der nächsthöheren Stufe verantwortlich ist;
- ein System von Regeln, das Rechte und Pflichten der Positionsinhaber festlegt;
- standardisierte Arbeitsabläufe;
- Unpersönlichkeit der zwischenmenschlichen Beziehungen;
- Beförderung und Aufstieg aufgrund von fachlicher Kompetenz (nicht aufgrund familiärer oder politischer Beziehungen);
- Prinzip der Aktenmässigkeit.

Weiterentwickelt und in Modelle übersetzt wurden WEBERS Ansätze durch FAYOL und weitere Vertreter der „administrativen Variante" der Bürokratie. FAYOL entwarf 1916 die Grundmodelle der Linien- und Stab-Linien-Organisation. Darauf aufbauend entstand in der Folge die als „klassisch" bezeichnete betriebswirtschaftliche Organisationslehre[1073].

Auch WEBERS Modell wurde kritisiert, unter anderem aus folgenden Gründen: Eine rational strukturierte Verwaltung in seinem Sinn eignet sich nur für relativ starre Arbeitsabläufe und stabile Umwelten. Sie vernachlässigt die sozio-emotionale Rationalität, trägt in sich die Gefahr der Übersteigerung und kann so zur schwerfälligen, starren Organisationsform werden, die man im allgemeinen Sprachgebrauch mit dem Wort „Bürokratie" verbindet[1074]. In dieser Theorie wird das Verhältnis der Organisation zu ihrer Umwelt ignoriert[1075]. Aber viele Elemente der klassischen Bürokratie haben bis heute in der Praxis eine sehr grosse Bedeutung[1076].

(2) Entdeckung der informellen Organisation: Human Relations - und Human Resources – Bewegungen

(a) Human Relations-Bewegung

Idealerweise – zumindest nach den klassischen Organisationstheorien von TAYLOR und WEBER – lässt sich das Verhalten der Organisationsmitglieder durch Normen rational und umfassend steuern. Nach diesem Modell wären das tatsächliche Verhalten und die Normstruktur deckungsgleich. Solche – einem mechanistischen Menschenbild verpflichteten – Vorstellungen mussten jedoch grundlegend relativiert werden, als man in den berühmten Hawthorne-Experimenten[1077] (durchgeführt 1927 bis 1932, publiziert 1939) feststellte, dass neben der meist schriftlich fixierten, formellen, allen zugänglichen Normstruktur in derselben Organisation eine parallele Sozialordnung existierte, welche das Verhalten aller Mitglieder in vielen Belangen mitbestimmte und sich beispielsweise auch auf die Produktivität auswirkte, und zwar wesentlich stärker als äussere Bedingungen wie Arbeitszeit oder Pausen. So stellten die Wissenschaftler fest, dass in gewissen Arbeitsgruppen stillschweigende Abkommen über die Arbeitsleistung bestanden, die jedes Mitglied zu erbringen hatte – nicht zu wenig, damit man das Soll erreichte, aber auch nicht zu viel, damit das Management bei

---

1073 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 418; BLAU/SCOTT S. 32 f.

1074 Zum Obigen HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 416 f.; BLAU/SCOTT S. 33 ff.

1075 LUHMANN, Grundbegriffe, S. 38.

1076 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 416 f.

1077 Realisiert durch die Professoren MAYO und ROETHLISBERGER, s. HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 421; BOOS S. 645; für eine nähere Beschreibung dieser Experimente s. BLAU/SCOTT, S. 89 ff. sowie NZZ-Folio von September 2003 S. 66 ff.

gesteigerter Produktivität nicht die Bezahlung pro Stück senken würde[1078]. Ebenso wurden Rivalitäten zwischen sich bildenden Gruppen beobachtet[1079]. Daneben bestanden weitere stillschweigend praktizierte Verhaltensnormen wie „Verpfeif deine Kollegen nicht!" oder „Spiel dich als Teamchef nicht auf!"[1080]. Aus der Entdeckung einer „informalen Organisation" inmitten der formalen entstand im Folgenden die organisationstheoretische *„human relations*-Bewegung, welche beispielsweise postulierte, die psychische Befindlichkeit der Arbeitnehmer müsse das zentrale Element bei der Gestaltung von Organisationen darstellen[1081]. Durch die Entdeckung der informalen Organisation wurde die Wissenschaft später auch auf Phänomene wie die Organisationskultur aufmerksam. Diese bestimmt das Verhalten der Organisationsmitglieder wesentlich mit, ohne gänzlich oder überhaupt schriftlich fixiert zu sein. Aus dem Begriff der Organisationskultur ergeben sich wichtige Beobachtungen auch für die haftpflichtrechtliche Diskussion. Der Gedanke, dass eine Organisation und ihre Unterabteilungen als selbstregulierende Systeme von aussen nicht gezielt steuerbar sind, findet sich überdies in der Systemtheorie[1082].

Freilich wurde später auch die *human relations*-Bewegung relativiert[1083]. Die Möglichkeit, das Vehrhalten von Menschen in Organisationen mittels Normen zu steuern, hat bis heute nicht an Attraktivität verloren. Es scheint auch, dass die scheinbar überholten Modelle des *„social engineering"* in der Art, wie sie TAYLOR postulierte, immer wieder erheblichen indirekten Einfluss auf spätere Organisationstheorien hatten. Integrativere Ansätze der modernen Organisationstheorie verneinen denn auch die Wirkung und Bedeutung von internen Normen für das tatsächliche Verhalten von Organisationen nicht, sondern verbinden sie auf verschiedene Weise mit organisationskulturellen Ansätzen. Zwischen der durch die Leitung festgelegten normativen Organisationsstruktur und der tatsächlichen sozialen Struktur bestehen Wechselwirkungen: „Obwohl der Plan der Organisation selbst keine soziale Realität ist, beeinflusst er dennoch die soziale Realität", da der Plan die Häufigkeit der Kontakte unter den Organisationsmitgliedern stark beeinflusst, und Kontakte im Hinblick auf die informelle Gruppenbildung eine zentrale Bedeutung haben[1084]. Zeigt sich, dass das informelle Verhalten der Organisationsmitglieder stark vom vorgegebenen Plan abweicht, so kann dies ein Indiz dafür sein, dass der Plan „psychologische Variablen" nicht genügend berücksichtigt[1085].

(b) Human Resources-Bewegung

Eine Reaktion auf die *human relations* – Theorie war die *„human resources"* – Bewegung. Man beobachtete, dass befriedigendere zwischenmenschliche Beziehungen nicht automatisch zu höherer Leistung führten und schloss daraus, dass Motivation bedeutsamer als blosse Zufriedenheit ist. Ausgehend von der Motivationstheorie von MASLOW (1954) erforschten verschiedene Autoren hauptsächlich das Verhältnis zwischen Motivation und Führungsstil. Die englische Tavistock-Forschergruppe führte die Unterscheidung zwischen führerbe-

---

1078 BLAU/SCOTT S. 92 f. Siehe auch VON ROSENSTIEL S. 261 mit Verweis auf weitere Forschungen.

1079 VON ROSENSTIEL S. 271 f.

1080 BLAU/SCOTT S. 92.

1081 FEHLBAUM/HILL/ULRICH, Bd. II, S. 420 f.

1082 GROTE S. 55. Siehe auch LÜTOLF, S. 35, die allerdings systemtheoretische Erwägungen ohne weitere methodische Erläuterungen und ohne die notwendigen Relativierungen integriert.

1083 Siehe Kritikpunkte bei HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 421 ff.

1084 VON ROSENSTIEL S. 254 f.

1085 VON ROSENSTIEL S. 272 und S. 273 für Techniken zur Aufdeckung einer Diskrepanz zwischen formaler und informeller Organisationsstruktur.

zogenen Führungsstilen und dem Konzept der autonomen (Arbeits)gruppe ein[1086]. Damit wandelte sich auch allmählich das Menschenbild. McGREGOR (1960/1966) stellte einem Typ X den (neuen) Typ Y entgegen: Gemäss Typ X werden die Unterstellten „als grundsätzlich arbeits- und verantwortungsscheu betrachtet; nur die Anwendung von formellen Sanktionen und enge Kontrolle bringt sie dazu, Leistungen zu erbringen". Typ X lässt somit direkt an das Menschenbild denken, dem die Theorien TAYLORS und WEBERS verpflichtet waren. Demgegenüber werden nach Typ Y die Unterstellten „als grundsätzlich arbeits- und verantwortungsfreudig betrachtet; für Ziele, mit denen sie sich identifizieren, erbringen sie ohne Anwendung von formellen Sanktionen und ohne enge Kontrolle Leistungen"[1087]. Besondere Bedeutung kommt nach der *human resources* - Theorie dem Arbeitsinhalt zu, der den Arbeiter motivieren und dessen Persönlichkeitsentfaltung ermöglichen soll.

Auch die *human resources* - Theorie sah sich in Frage gestellt, so beispielsweise wegen des möglicherweise zu utopischen Menschbildes gemäss Typ Y, sowie wegen der empirisch nicht schlüssig zu beweisenden Annahme, dass die Arbeit „im Leben des Individuums subjektiv eine zentrale Bedeutung hat"[1088].

(3) Begrenzte Rationalität

In den 1940er Jahren entwickelten sich Organisationstheorien, die sich besonders auf Entscheidungsprozesse in Organisationen konzentrierten. Die „verhaltenswissenschaftliche Variante" dieser Strömung befasste sich primär mit der Frage, „welches tatsächliche Entscheidungsverhalten Individuen, Gruppen und organisierte soziale Systeme zeigen"[1089], also nicht, welches sie gemäss einem rationalen, normativ orientierten Organisationsmodell zeigen *sollten*[1090]. Bedeutend waren diesbezüglich unter anderem Arbeiten von SIMON (1947 ff.) und MARCH/SIMON (1958). Obschon deren Theorien den verhaltenswissenschaftlichen Aspekt zulasten normativer, ganzheitlicher Organisationsmodelle in den Vordergrund rückten, übten sie auf die Organisationsforschung einen beträchtlichen Einfluss aus. Im Zentrum von SIMONS Modell steht die Beobachtung, dass Menschen in komplexen Systemen aus verschiedenen Gründen nicht in der Lage sind, völlig rationale, das heisst bestmögliche Entscheidungen zu treffen. Denn das menschliche Vorstellungs- und Denkvermögen sei beschränkt, der Mensch habe beispielsweise Mühe, sich zeitliche Entwicklungen vorzustellen, zukünftige Umstände zu prognostizieren oder auch nur an alle möglichen Handlungsalternativen zu denken[1091]. Deshalb müssten entscheidende Organisationsmitglieder meist nicht mit der besten, sondern mit einer *befriedigenden* Lösung Vorlieb nehmen[1092] (sie müssen *„satisfice ... because they have not the wits to maximize"*[1093]). Mögliche Handlungsalternativen werden dabei nicht synoptisch und rational gefunden, sondern sequenziell: Entscheider wählen meist jene Lösung, die sich ihnen sequenziell darbietet und befriedigend ist[1094], selbst wenn möglicherweise eine fortgesetzte Suche noch bessere Möglichkeiten zutage fördern könnte. Gestützt auf solche Beobachtungen kritisierten die besagten Autoren das klassische Organisationsmodell, wonach eine rational durchgestaltete Organisati-

---

1086 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 425.
1087 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 110 f.
1088 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 426 f.
1089 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 432; s. a. LUHMANN, Grundbegriffe, S. 44 f.
1090 MARCH/SIMON S. 138.
1091 Siehe hierzu eingehender hinten S. 191 ff.
1092 Beschreibung bei BLAU/SCOTT S. 36 f.
1093 SIMON, zitiert bei BLAU/SCOTT S. 37 Fn 16; s. a. MARCH/SIMON S. 140 f.
1094 MARCH/SIMON S. 169.

onsstruktur für jedes Problem, das mit dem Erreichen des Organisationszwecks verbunden ist, eine optimale Lösung ermöglicht. Weiterentwickelt wurden die Theorien MARCH/SIMONS u. a. durch TVERSKY/KAHNEMANN (1979), die den Einfluss psychischer Einstellungen auf wirtschaftliche Entscheidungen aufzeigten. Der Aspekt der begrenzten Rationalität wird im Rahmen der Ausführungen zur individuellen Fehlerpsychologie nochmals kurz thematisiert werden (S. 197 ff.).

(4) Organisationssoziologie

Auch als Reaktion auf das klassische Organisationsmodell entwickelte sich die Organisationssoziologie, die Organisationen als offene soziale Systeme verstand und somit Organisationstheorie mit der Systemtheorie verband[1095]. Vertreter dieser Denkrichtung waren u. a. TALCOTT PARSONS (1960) und NIKLAS LUHMANN (1964)[1096]. Anders als WEBER versuchten diese Autoren u. a. die seither entdeckten informellen Prozesse und die Beziehungen der Organisation zur Umwelt in die Organisationstheorie zu integrieren. Nach PARSONS müssen alle sozialen Systeme vier Grundprobleme lösen: 1) Anpassung an die Umwelt (also z. B. auch an die Rechtsordnung); 2) Zielerreichung; 3) Integration, d. h. Verbindung ihrer Mitglieder zu einem kohärenten System; und 4) längerfristige Bestandessicherung[1097]. Die für die klassische Theorie definitorisch zwingenden Merkmale der Organisation wurden durch die Organisationssoziologie nur mehr als Variablen verstanden, die eine bestimmte Funktion in der Organisation erfüllen. So hat z. B. der *Zweck* die Funktion, die Leistungen zu bezeichnen, kraft derer sich das System in der Umwelt erhält[1098]. Heute untersucht die Organisationssoziologie allgemein die Ziele, Struktur (Kommunikation, Macht etc.), Prozesse (Entscheidungen, Normenbildung etc.), Umweltvariablen und Leistungswirksamkeit von Organisationen[1099].

Vorgeworfen wurde der frühen Organisationssoziologie u. a. die Unschärfe und Abstraktheit ihrer theoretischen Konzepte, welche die Ableitung konkreter Hypothesen verunmögliche[1100], oder auch die einseitige Betonung der Makrobetrachtung[1101]. Gerade diese zwei Kritikpunkte machen die Organisationssoziologie für die haftpflichtrechtliche Diskussion nur bedingt relevant, da das Haftpflichtrecht naturgemäss konkrete Fallkonstellationen lösen muss.

(5) Systemtheorie

Verwandt mit dem sozio-technischen Ansatz, eigentlich auch dessen theoretische Voraussetzung[1102], ist die Theorie selbstorganisierender Systeme. Basierend auf BERTALANFFYS biologisch orientierter Systemtheorie[1103] geht dieses Konzept von der Annahme aus, es gebe nicht nur analoge, sondern auch wesensverwandte, „isomorphe" Gesetze der Selbstorganisation von Systemen, die sich auf alle Bereiche übertragen lassen, ohne Analogien zu über-

1095 Siehe hierzu LUHMANN, Grundbegriffe, S. 47 ff.
1096 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 438.
1097 BLAU/SCOTT S. 38.
1098 LUHMANN, Grundbegriffe, S. 48.
1099 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 437 f.
1100 BLAU/SCOTT S. 40.
1101 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 439.
1102 GROTE S. 28 f.
1103 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 440.

spannen[1104]. Im Gegensatz zu fremdbezogenen, „allopoietischen" Systemen (z. B. Technik, deren Funktion von aussen vorgegeben ist) sind „autopoietische" solche, die sich selbst erzeugen und erhalten (z. B. biologische Zelle, da sie sich selbst erneuert)[1105]. Letztere sind gekennzeichnet durch Ordnung durch Fluktuation, Selbstreferenz und Autonomie[1106]. Wegen der vielfältigen Wechselbeziehungen zwischen System und Umwelt ist nicht restlos vorhersehbar, welche Art der Einflussnahme welche Wirkungen auf das System hat. Deshalb sind autopoietische Systeme nicht gezielt von aussen veränderbar[1107].

Diese letztgenannte These wäre aus haftpflichtrechtlicher Sicht bedeutsam. Denn wäre eine Organisation nicht gezielt steuerbar, so liesse sich eine Haftung, die bei Verletzung von organisatorischen Sorgfaltspflichten durch den Organisationsträger greift, nicht begründen – dies sei hier vorweggenommen. Eine Sorgfaltspflicht zu statuieren macht nur Sinn, wenn es möglich ist, die erforderliche Sorgfalt zu erbringen. Ich werde diese Überlegung später vertieft weiterführen. Hier genügt es festzuhalten, dass meines Erachtens die Systemtheorie allein zur Begründung dieser Überlegung nicht ausreicht, vorab wegen ihrer Unschärfe. Mat hat seitens der Forschung hervorgehoben, die sozialwissenschaftliche Fundierung dieser Theorie sei dürftig, zum einen wegen der Analogiebildung zu technischen und biologischen Systemen, zum anderen, weil empirische Forschungen fast völlig fehlen[1108]. Die Übertragung der Theorie autopoietischer Systeme auf soziale Systeme ist überdies umstritten[1109]. Verschiedene nachfolgend zu besprechende Gesichtspunkte lassen sich aber möglicherweise auch systemtheoretisch interpretieren. So treffen sich Beobachtungen der Fehlerpsychologie mit der in der Organisationstheorie relativ verbreiteten Auffassung, dass Organisationen nie in allen Teilen planbar sind, sondern einen Rest von Unsicherheit behalten[1110].

(6) Sozio-technischer Ansatz

Basierend auf Arbeiten der Tavistock-Forschungsgruppe entstand in den 1960er Jahren der sozio-technische Ansatz, der die gegenseitige Abhängigkeit der sozialen und technischen Teilsysteme einer Organisation voneinander und mit der Umwelt betonte[1111]. Aus dem technischen Teilsystem ergeben sich für die sozialen Teilsysteme verschiedene Konstellationen des Aufgabenzusammenhangs (z. B. sequentielle Koppelung, isolierte Einzelarbeit etc.)[1112] bzw. definierte Arbeitsrollen. Zur Vermeidung von „Über-„ und „Unterstrukturierung" dieser Rollen wurde vorgeschlagen, Gruppenverantwortung festzulegen[1113]. Aus diesen Überlegungen entwickelte sich in der Folge das Arbeitsgruppenmodell, welches von Dezentralisation und Flexibilisierung geprägt ist. Es besteht darin, dass aus verschiedenen Bereichen einer Organisation für eine befristete Zeit und ein bestimmtes Projekt Mitarbeiter in eine Arbeitsgruppe zusammengeführt werden[1114], die gegenüber der hierarchischen Struktur der

---

1104 GROTE S. 50.

1105 GROTE S. 50 f.

1106 GROTE S. 52 f.. Fluktuation bestimmt die Systemgrenzen. Selbstreferenz bedeutet, dass die durch das System in sich selbst und in der Umwelt produzierten Zustände und Ereignisse auf das System zurückwirken und sein nachfolgendes Verhalten verändern. Autonomie schliesslich meint Unabhängigkeit von der Umwelt.

1107 GROTE S. 55.

1108 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 442.

1109 GROTE S. 51; HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 442 f.

1110 GROTE S. 97 f.

1111 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 443; GROTE S. 32.

1112 GROTE S. 36; s. a. WAGENAAR S. 77 ff.

1113 GROTE S. 38.

1114 NONAKA, S. 182.

Organisation eine gewisse Autonomie besitzt. Teilautonome Arbeitsgruppen im Besonderen sind „tatsächlich führerlose Arbeitsgruppen, deren Mitglieder bei der Lösung der wesentlichen Aufgabe der Gruppe eigenverantwortlich zusammenarbeiten“[1115].

Im Rahmen der aktuellen technischen Möglichkeiten wird Maschinen mitunter sogar Entscheidungsmacht übertragen, in dem Sinn nämlich, dass gewisse organisierte Prozesse gänzlich automatisiert werden. Ein Beispiel dafür ist der Autopilot im Flugzeug. Hierbei lassen sich verschiedene Stufen und Formen der Kooperation zwischen Mensch und Maschine unterscheiden[1116], gewisse Autoren sprechen sogar von „Autoritätsverteilung“[1117]. In der ethischen Diskussion wurde bereits die Idee einer ethischen Verantwortlichkeit von Computern vorgebracht[1118]. Solche Überlegungen mögen aus rechtlicher Sicht absurd anmuten, da Maschinen mangels menschlicher Individualität nicht über „Autorität“ im Sinn der Handlungsfähigkeit verfügen. Nichtsdestotrotz sind Maschinen und ihre Wirkungskraft Teil vieler Organisationen.

(7) Mikropolitik in der Organisation

Das klassische Organisationsmodell wurde in neuerer Zeit auch durch Vertreter der „mikropolitischen Variante“ des „interaktionsorientierten Ansatzes“[1119] relativiert. Dieser Auffassung zufolge sind Organisationsmitglieder nicht nur Funktionsträger, sondern strategische Akteure, die neben den Organisationszielen auch ihre eigenen Interessen verfolgen. Für CROZIER/FRIEDBERG (1979) beispielsweise sind gesellschaftliche Systeme primär Spielfelder, in denen die Machtverhältnisse zwischen den Akteuren dauernd neu ausgehandelt werden. Das System formalisiert lediglich die Spielregeln. Macht ist nach dieser Auffassung kein feststehendes, allenfalls durch formelle Verfahren verliehenes Attribut, sondern ergibt sich aus der jeweils herrschenden Spielsituation[1120], wobei die Akteure ihre jeweilige Macht durch die Beherrschung von Unsicherheitsbereichen (z. B. durch die Beherrschung einer besonderen Fähigkeit) gewonnen haben[1121]. Organisationen sind aus dieser Sicht Untergruppen sozialer Handlungssysteme, charakterisiert durch eine „*structuration plus forte, existence de buts plus clairs, formalisation de jeux autour de ces buts, conscience des participants de l'existence de ces buts et responsabilité partiellement assumée, au moins par des dirigeants, de certaines des régulations*“[1122]. Freilich weist auch diese Aufzählung wiederum Verwandtschaft mit dem klassischen Organisationsbild auf. Ein für die Organisationshaftung bedeutsamer Unterschied zur klassischen Theorie besteht aber m. E. darin, dass in CROZIER/FRIEDBERGS Modell die „Machtvektoren“, d. h. die Richtung, in der Macht ausgeübt wird, nicht zwingend mit dem hierarchischen Organigramm übereinstimmen, an dem jedoch die Verantwortlichkeiten gemessen werden[1123].

1115 VON ROSENSTIEL S. 98.

1116 S. z. B. GROTE S. 36; WAGENAAR S. 77 ff.

1117 KRAISS (1989), zitiert bei GROTE S. 179.

1118 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 213; siehe hierzu auch die Bemerkung bei VON ROSENSTIEL, S. 89.

1119 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 445 ff.; siehe auch Schema ebd., nach S. 416.

1120 CROZIER/FRIEDBERG S. 41 ff.

1121 Beispiel des „Monopole industriel“ bei CROZIER/FRIEDBERG, S. 58 ff.; s. a. hinten S. 215 ff.

1122 CROZIER/FRIEDBERG S. 286.

1123 Siehe hierzu weitere Ausführungen S. 214 ff.

(8) Organisationskultur

Angesichts des wachsenden Erfolgs japanischer Firmen seit den 1980er Jahren schenkte die westliche Organisationslehre dem Phänomen der Organisationskultur in neuerer Zeit vermehrte Aufmerksamkeit. Offenbar legten japanische Organisationskonzepte „erheblich mehr Gewicht auf Momente normativer Sozialintegration (gemeinsame Werte, Konsensfindung) als auf formale Systemintegration (formale Regelungen und Führungssysteme)"[1124]. „Kultur" bezeichnet ein komplexes Zusammenspiel von Überzeugungen, Werten, Gewohnheiten und sozialen Normen einer Gruppe von Menschen, ein Zusammenspiel, das nicht nur als Summe seiner Elemente beschrieben werden kann. Auch die „Organisationskultur" ist nicht nur ein klar umschreibbarer Katalog von Normen und Werten. Populär ist das Kulturkonzept, weil es erlaubt, „komplexe Zusammenhänge in Organisationen begrifflich als Gesamtheit zu fassen"[1125]. Eine einfache Beschreibung der Organisationskultur lautet folgendermassen: *„Shared values (what is important) and beliefs (how things works) that interact with an organization's structures and control systems to produce behavioural norms (the way we do things around here)"*[1126]. Diese Umschreibung geht von einer eher kognitiven Perspektive aus, wonach Organisationskultur die Funktion einer Art „Grammatik" hat, indem sich die Organisationsmitglieder darüber einigen, „was Wirklichkeit und was Illusion ist" („soziale Konstruktion der Wirklichkeit"), und dadurch der Gefahr der Mehrdeutigkeit vieler Situationen begegnen[1127]. Dieser Ansatz ist auch in Bezug auf die Sicherheitskultur und die Fehlerpsychologie bedeutsam (siehe hinten S. 163 ff., 189 ff.). Neben der kognitiven Perspektive entwickelten sich interpretative, symbolische und funktionale Ansätze[1128]. Gewisse Autoren halten es für kaum möglich, eine Organisationskultur zu beschreiben oder zu kontrollieren[1129]. Klar scheint aber, dass die Organisationskultur für die Organisationsmitglieder eine eminent *normative Bedeutung* hat[1130] und deren Handeln massgeblich mitbestimmt. Deshalb ist die Besprechung des Begriffs Organisationskultur, trotz seiner Unschärfe, aus haftpflichtrechtlicher Sicht nicht überflüssig.

c) Organisationsformen

(1) Instrumente der klassischen betriebswirtschaftlichen Organisationslehre (Überblick)

Die klassische betriebswirtschaftliche Organisationslehre hat aus den klassischen Theorien konkrete organisatorische Instrumente abgeleitet und klassifiziert[1131]. Diese Instrumente sind nicht Teil einer bestimmten Organisationsform, sondern finden sich in unterschiedlichen Ausprägungen in verschiedenen Organisationsformen wieder. Aus diesen Instrumenten lassen sich eine Vielzahl von Kriterien ableiten zur Beurteilung, was eine „gute" Organisation ausmacht. Insofern ist die betriebswirtschaftliche Organisationslehre haftpflichtrechtlich durchaus relevant, jedoch losgelöst vom Einzelfall nicht sinnvoll darstellbar. Ziel der

---

1124 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 447 f.

1125 GROTE S. 256.

1126 UTTAL, zitiert bei REASON, Organizational Accidents, S. 192. S. a. die Umschreibung bei VON ROSENSTIEL, S. 346.

1127 WEICK (1985), zitiert bei HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 450; s. a. SEMMER/REGENASS, Safety Culture, S. 86.

1128 Siehe dazu HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 449 ff.

1129 Verweise bei WILPERT/KLUMB S. 95

1130 SEMMER/REGENASS, Safety Culture, S. 86 f.

1131 Siehe zum Nachfolgenden eingehend HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 174-318.

vorliegenden Arbeit ist nicht die Darstellung aller denkbaren organisatorischen Instrumente, sondern primär die Analyse typischer organisatorischer Risikofaktoren[1132]. Deshalb sei hier nur kurz auf diese Instrumente hingewiesen:

- *Zentralisation versus Dezentralisation*: z. B. geographische, divisionale Gliederung;
- *Strukturtypen:*
  - *Linienorganisation*: Hier finden Kommunikation und Entscheidungen über die hierarchisch vorgesetzten Stellen per „Dienstweg" statt; dadurch entsteht eine Einheitlichkeit der Leitung, der Willensbildung und - durchsetzung;
  - *Funktionale Organisation*: Linienorganisation mit Mehrfachunterstellung und funktionale Aufteilung der Führungspositionen, „funktionale Autorität" des Spezialisten;
  - *Stab-Linien-Organisation*: Hier erfüllen Stabstellen Aufgaben der Entscheidungsvorbereitung, der Kontrolle und Beratung, ohne Entscheidskompetenzen zu haben; oft werden sie zu zentralen Dienststellen, z. B. zur Personalabteilung ausgebaut;
  - *Projekt- oder Matrixorganisation*: Dieser Strukturtyp sieht die Bildung von Projektgruppen vor, mit dem Ziel, zeitlich und inhaltlich begrenzte Projekte mit oft innovativem und risikoreichem Charakter zu erfüllen; die Matrixorganisation stellt dabei eine Variante dar, die projektbezogenes Arbeiten ohne Ausgliederung einer Parallel-Organisation ermöglicht.
- *Delegation*: bezeichnet die vertikale Abtretung von Kompetenzen an untergeordnete Stellen und sollte sich am Prinzip der Einheit von Fachkompetenz und Entscheidskompetenz orientieren;
- *Partizipation*: weist auf die Teilnahme untergeordneter Stellen an der Führung hin; dabei werden drei Hauptstufen unterschieden: autoritativer Führungsstil, partizipativer Führungsstil, Gruppenarbeit;
- *Standardisierung*: impliziert die Routinisierung von Aufgaben, d.h. „das Ergebnis einer mehr oder weniger starken Beschränkung des individuellen Ermessensspielraums durch mehr oder weniger vollständige und präzis detaillierte Instruktionen";
- *Arbeitszerlegung*: bedeutet die Zerlegung eines Arbeitsprozesses in Teilarbeiten und ihre Zuweisung an einzelne Stellen bzw. Individuen; Mechanisierung bei physischen Transformations-, Bürokratisierung bei administrativen Prozessen; Stufen: Taylorismus, Mehrfach-Teilarbeit (z. B. Job-Rotation), ganzheitliche Arbeit.

Im Folgenden werden die Begriffe *Zentralisation und Dezentralisation* in Anlehnung an verschiedene organisationstheoretische Schriften in einem weiteren Sinn verwendet: dem Begriff der Zentralisation werden die Faktoren schwache Partizipation sowie relativ hohe Arbeitszerlegung und Standardisierung zugeordnet.

[1132] Näher auf die klassische betriebswirtschaftliche Organisationslehre geht MATUSCHE-BECKMANN ein, aber – anders als die vorliegende Arbeit – primär aus der Perspektive der Haftungsvermeidung. Da jedoch organisatorische Instrumente in Bezug auf das Haftpflichtrecht nicht losgelöst vom Einzelfall analysiert werden können, bringen die S. 332 ff. in der ansonsten sehr reichhaltigen Arbeit MATUSCHE-BECKMANNS kaum Informationen, die sich nicht schon aus der Analyse der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden ergeben hätten. Insofern ist auch die Bemerkung dieser Autorin zutreffend, es gebe, abgesehen von gewissen Grundmodellen der betriebswirtschaftlichen Organisationslehre, „keine allgemeingültigen Modelle, die einer ‚juristischen Zulässigkeitsprüfung' unterzogen werden können bzw. Auswirkungen auf das deliktische Haftungsrecht haben könnten" (MATUSCHE-BECKMANN S. 353).

(2) *Ausgewählte neuere Organisationsformen*

(a) *Vorbemerkung*

Flexiblere Organisationsformen als die klassische Bürokratie tauchten interessanterweise zuerst in einem Bereich auf, der gemeinhin als Inbegriff hierarchischer Führungsstruktur gilt, nämlich in Militärorganisationen. So entstand das Projektmanagement primär im Rahmen grosser Raumfahrts- und Militärprojekte[1133]. Militärische Organisationen müssen sich gleichzeitig in statischen und dynamischen Umwelten behaupten. Ihre Grundstruktur ist hierarchisch und besonders in Friedenszeiten bürokratisch. Im Krieg aber ist das Umfeld sehr dynamisch, was eine grosse organisatorische Mobilität erfordert[1134]. In neuerer Zeit werden generell flexible, tendenziell dezentralisierte und horizontalere Organisationsformen gefordert (z. B. unter dem Stichwort „Organisation des Wissens")[1135]. Nachfolgend sollen nun einzelne neuere Organisationsformen etwas näher dargestellt werden, die im Gegensatz zum TAYLORISMUS/FORDISMUS und der klassischen Bürokratie eher einem dezentralisierten Modell verpflichtet sind.

(b) *„Lean Management": Projektorganisation und Hypertextorganisation*

Seit einigen Jahren wird das *lean management* als neue Organisationsform besprochen und angewendet. Sie soll dazu dienen, die Entfaltung des menschlichen Arbeitspotentials besser zu ermöglichen als die Bürokratie, mit den Zielen der Flexibilität, Kundenorientierung und Innovationsfähigkeit. Konkret führt dies zu einer schlankeren Organisationsstruktur durch „Verringerung des Spezialisierungsgrades, ... flacherer Hierarchie und ganzheitlicher Arbeitsinhalte"[1136]. Wieweit das *lean management* tatsächlich in die Praxis umgesetzt wurde und zu einem Paradigmenwechsel weg vom hierarchisch orientierten Organisationsmodell geführt hat, ist schwer zu beurteilen. Neben optimistischen Ausblicken findet sich in der Literatur auch die Ansicht, das *lean management* habe die Bedeutung der hierarchischen Struktur nicht verdrängt, sondern eher noch gefördert, „da sich der Kampf um die verbleibenden Sprossen ... verschärft hat"[1137].

Ausgehend von den Grundprinzipien des *lean management* wurden neue Organisationskonzepte entwickelt. In der Projektorganisation (zwar schon länger bekannt, aber erst in neuerer Zeit vermehrt angewendet) verliert die klassische Aufbauorganisation an Bedeutung oder verschwindet gänzlich. An ihre Stelle tritt eine relativ hierarchiefreie, zeitlich begrenzte Zusammenarbeit von Spezialisten hinsichtlich bestimmter Projekte[1138]. Dabei geht es meist um Sonderaufgaben mit Innovationscharakter (z. B. Entwicklung eines neuen Produkts). Das Projektteam setzt sich aus Mitarbeitern verschiedener Fachabteilungen zusammen, die diesen Abteilungen disziplinarisch unterstellt bleiben (Linie), denen gegenüber die Projektleitung aber nur eingeschränkte Weisungsbefugnis besitzt. Dadurch droht immer wieder ein „Projekt-Linie-

---

1133 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 201; s. a. DRUCKER S. 106.

1134 Zur Gegenüberstellung des Kaiserlichen Militärs Japans (deren „Struktur die Strategie bestimmte") und der amerikanischen Armee im Zweiten Weltkrieg s. NONAKA S. 186, 187 f.; s. a. Hinweise bei REASON, Organizational Accidents, S. 67 f., 217 f. bezüglich der deutschen Armee im 2. Weltkrieg.

1135 S. z. B. POYET/LEPLAT, S. 154, bezüglich gemischter Technologien; NONAKA und DRUCKER, S. 56 f., 60., bezüglich der „Organisation des Wissens".

1136 FRIEDEL-HOWE S. 5.

1137 MERAN (1998), zitiert bei MARING, Verantwortung, S. 317 f.

1138 VON ROSENSTIEL S. 338.

Konflikt", da die Projektteams im Vergleich zu den Fachabteilungen unterschiedlich arbeiten und von den für letztere zuständigen Linienverantwortlichen Ressourcen fordern[1139].

Verschiedene Parallelen mit der Projektorganisation weist die u. a. in japanischen Unternehmen praktizierte *Hypertextorganisation* auf. Darunter wird eine mehrschichtige Organisation verstanden, in der verschiedene Tätigkeitsschichten gleichzeitig mit unterschiedlichen Organisationsformen bewältigt werden, so z. B. das administrative Geschäftssystem mit einer konventionellen bürokratischen Organisation, die Entwicklung neuer Produkte mit autonomen Projektteams, die Wissensbasis als Teil der Organisationskultur. „Hauptkennzeichen der Hypertextorganisation ist die Fähigkeit ihrer Mitglieder, den Kontext zu wechseln"[1140]. Anders als in der Matrixstruktur (d.h. in der üblichen Projektorganisation) bleiben Organisationsmitglieder aber nicht gleichzeitig in zwei Schichten, sondern wechseln für die Dauer eines Projekts vorübergehend vollständig in eine andere Schicht[1141]. Dass es dabei nicht bloss um theoretische Erwägungen geht, zeigt NONAKA anhand des Beispiels des japanischen Konzerns Sharp. Zur raschen Entwicklung neuer Produkte werden dort unter dem Stichwort „Dringliche Projekte" Arbeitsgruppen gebildet. Für die Dauer des Projekts erhalten die Mitglieder dieser Teams erhebliche hierarchische Kompetenzen, die es ihnen erlauben, jederzeit aus anderen Unternehmensbereichen Mitarbeiter abzuziehen und sich prioritär Infrastruktur und Materialien zu beschaffen[1142]. Auf diese Weise wurde beispielsweise das elektronische Notizbuch entwickelt.

(c) Lean Management: Netzwerkorganisation

Hier findet eine unternehmensübergreifende Kooperation statt, indem mehrere rechtlich selbständige Unternehmen gemeinsam an einem Produkt oder einer Dienstleistung arbeiten. Organisatorisch besonders komplex sind hierbei die Schnittstellen[1143]. In der Netzwerkorganisation findet ebenfalls eine konsequente Dezentralisierung von Entscheidungen und somit ein Abbau der Hierarchie statt. Von den Organisationsmitgliedern wird grosse Autonomie und weitgehende Selbststeuerung verlangt. Sie sollen sich nicht in organisatorischen „Palästen" einrichten, sondern in „Zelten", die sie jederzeit abbrechen und anderswo wieder aufstellen können[1144]. Die Netzwerkorganisation scheint, im Gegensatz zur Projektorganisation, bisher selten in die Praxis umgesetzt worden zu sein. Allerdings werden „Teilnetze" als Ergänzung einer sonst eher bürokratischen Organisation verwendet. Sofern solche Teilnetze die Form von Arbeitsteams annehmen, handelt es sich meist um teilautonome Arbeitsgruppen im Sinn des sozio-technischen Ansatzes. Daneben werden auch „Problembereichsnetze" und „Managernetze" postuliert, die allesamt hohe Anforderungen an die Arbeitenden stellen[1145].

1139 FRIEDEL-HOWE S. 6.

1140 NONAKA S. 191.

1141 NONAKA S. 193.

1142 NONAKA S. 208 ff.

1143 VON ROSENSTIEL S. 339 f.; auf diese Weise wurde der Kleinwagen „Smart" entwickelt und produziert, s. Schema S. 340.

1144 FRIEDEL-HOWE S. 8.

1145 Zum Ganzen FRIEDEL-HOWE, S. 8 ff., die dem Konzept der Netzwerkorganisation sehr kritisch gegenübersteht, ebd. S. 18 ff.

(3) Outsourcing und Offshoring

Die Tendenz zur Dezentralisierung erfasste nicht nur organisationsinterne Vorgänge. In neuerer Zeit ist eine Tendenz zur Auslagerung von Arbeitsschritten aus der produzierenden Organisation an Dritte spürbar, die diese Aufgaben effizienter ausführen können (*outsourcing*)[1146]. Ausgelagert werden alle Arten von Leistungen, wobei in Kontinentaleuropa die Auslagerung von Informatikaufgaben an aussenstehende Betreuer besonders verbreitet ist[1147]. Generell scheinen kontinentaleuropäische Wirtschaftsakteure gegenüber dem *outsourcing* wesentlich zurückhaltender zu sein als englische und amerikanische; man befürchtet u. a. den Verlust der Kontrolle über Anwendungen, Funktionen und Entscheidungen[1148]. Die faktische Bedeutung des *outsourcing* hängt überdies stark von konjunkturellen Schwankungen ab. Werden die Mittel der auslagernden Unternehmen knapp, werden viele Aufgaben wieder organisationsintern gelöst[1149]. Deshalb lässt sich nicht generell sagen, wie bedeutsam das *outsourcing* tatsächlich in der Praxis ist, obschon dessen Bedeutung und ein Wachstumstrend in diesem Bereich unbestritten ist.

Offenbar als Weiterentwicklung des *outsourcing* ist das *„offshoring"* zu betrachten, die Auslagerung industrieller Arbeitsplätze aus westlichen Ländern in Billiglohn-Länder. Zielländer sind u. a. Indien, die Philippinen oder Malaysia, wo die Lohnkosten um ein Vielfaches tiefer sind als im Westen, die Ausbildung aber tendenziell gut. Begünstigt wird das *offshoring* durch die Verbesserung der elektronischen Kommunikations- und Verarbeitungstechnologien[1150].

d) Sicherheitskultur und Sicherheitsnormen

(1) Sicherheitskultur im Allgemeinen

Um die Betrachtung der Organisationsinstrumente und - formen näher zur Problematik der Organisationshaftung zu rücken, erscheint es nun sinnvoll, die Frage der Sicherheitskultur zu vertiefen. Schadensvermeidung gehört zum Problemkreis der Sicherheit in einer Organisation, und das Verhalten der Mitglieder wird stark durch die Sicherheitskultur beeinflusst. Die Art und Weise, wie Sicherheit in Organisationen gewährleistet wird oder eben nicht, kann sich genauso zu einer Kultur verfestigen wie beispielsweise die Qualität von Produkten. Man hat in diesem Sinn die Verbindung zwischen Sicherheitsqualität und Produktequalität im Licht des *„Total Quality Management"* hervorgehoben[1151]. Die INSAG definiert Sicherheitskultur folgendermassen: *„Safety culture is that assembly of characteristics and attitudes in organizations and individuals which establishes that, as an overriding priority, nuclear plant safety issues receive the attention warranted by their significance."*[1152]. Ich möchte im folgenden versuchen, zwischen der Sicherheitskultur und dem Haftpflichtrecht ein paar bereits bestehende und weitere denkbare Verbindungen herauszuschälen.

1146 VON ROSENSTIEL S. 334; PETRIN S. 76 f. mit Verweisen; LOSER S. 151; NZZ vom 10.5.2003, S. 23; NZZ vom 25.6.2002, S. 85.

1147 NZZ am Sonntag vom 22.9.2002, S. 63; C. KELLER, in: NZZ vom 24.9.2002, S. 69.

1148 Resultat einer Umfrage des Beratungsunternehmens Accenture, s. NZZ am Sonntag vom 22.9.2002, S. 63.

1149 Siehe hierzu NZZ am Sonntag vom 16.3.2003, S. 45.

1150 Siehe zum Ganzen WETZEL, in: NZZ vom 10.5.2003, S. 23.

1151 REASON, Organizational Accidents, S. 226.

1152 INSAG S. 1.

So wie der Begriff der Sicherheitskultur etliche Unschärfen besitzt, lässt sich auch das gesamte „Sicherheitsniveau" einer Organisation kaum messen. Insbesondere gibt es keine zwingende Korrelation zwischen der „Grundsicherheit" einer Organisation und der Unfallhäufigkeit: Je nach Tätigkeit und Umständen können gut gestaltete Organisationen mehr Unfälle verursachen als mangelhafte[1153]. Bei sehr gefährlichen Tätigkeiten kann vollkommene Sicherheit nie erreicht werden. Überdies lässt sich der paradoxe Effekt beobachten, dass Organisationen, die über längere Zeit keinen Unfall erleiden, tendenziell auf ein tieferes Sicherheitsniveau abgleiten (wie auch die Mitglieder technisch sehr gut gesicherter Organisationen eine Neigung dazu entwickeln, Sicherheitsbestimmungen nicht mehr strikte einzuhalten, s. a. S. 236 ff.) . Deshalb sind gelegentliche Unfälle für jene Organisationen, die sich nicht genügend um die Ermittlung und Ausmerzung latenter Organisationsmängel bemühen, absurderweise geradezu lebensnotwendig[1154].

Ein hoher Sicherheitsstandard kann nicht nur mit Verboten und Anweisungen gefördert werden, sondern auch indirekt durch eine aktive Sicherheitspolitik der Organisationsleitung, so mittels genügender Investition von Mitteln in die Sicherheit[1155], durch programmatische Leitbilder (*„Safety first!"*)[1156] oder durch eine aktive Kommunikation mit den Mitgliedern[1157]. Umgekehrt kann eine angemessene Sicherheitspolitik durch die Leitung passiv oder aktiv behindert werden, sei dies, indem Sicherheitsbestrebungen lächerlich gemacht werden[1158], indem weder Anreize für das Befolgen von Sicherheitsnormen noch Sanktionen für deren Missachtung in Aussicht gestellt werden[1159], oder durch eine Vernachlässigung von Investitionen in Sicherheit zugunsten der Produktion[1160]. Die jeweilige Sicherheitskultur hat Einflüsse auf psychische Einstellungen der Organisationsmitglieder hinsichtlich der Art und Weise, wie Sicherheit zu gewährleisten ist[1161]. Ebenso hängt die Frage, ob sich ein Organisationsmitglied lächerlich macht, wenn es ein anderes um Hilfe bittet, unter anderem davon ab, wie diese Bitte durch das Management oder informelle Gruppen bewertet wird[1162]. Die Forschung geht davon aus, dass verschiedene grössere Unfälle wegen einer mangelhaften Sicherheitskultur im Sinn einer mangelhaften Befolgung von Sicherheitsnor-

---

1153 REASON, Organizational Accidents, S. 108 f.

1154 REASON, Organizational Accidents, S. 123 f; siehe auch *ibidem*, S. 116 ff, 131 ff. sowie REASON, Human Error, S. 148 ff. für ausführliche Beschreibungen denkbarer und praktizierter Modelle zur Fehlerermittlung und -vermeidung. Allerdings lässt sich aus Unfällen, gerade wegen ihrer relativen Seltenheit, zu wenig Datenmaterial für die Verbesserung der Sicherheit in einer Organisation gewinnen, s. BREHMER S. 31 f.

1155 INSAG S. 8 f., S. 18 Ziff. 81.

1156 WILPERT/KLUMB (1993) S. 94; s. a. INSAG S. 7, 9.

1157 AMALBERTI, S. 185, der auf die (oben erwähnten) Hawthorne-Experimente verweist, wo sich gezeigt hat, dass die Leistung von Arbeiterinnen primär deshalb anstieg, weil man ihrer Arbeit gegenüber Interesse zeigte. S. a. ISO, ISO-Norm 9001:2000(E) Ziff. 5.3.d, S. 54, und Norm 9004:2000(E), Ziff. 5.3., S. 91: Verantwortung des Managements, dass *„quality policy is communicated and understood within the organization"*.

1158 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 4, durch den Slogan „Nur die Ängstlichen machen eine Sicherheitsprüfung!", oder S. 12: durch den Vorwurf, ein Mitarbeiter, der Sicherheitsnormen konsequent befolgt, sei ein „Sicherheitsstündeler"; s. a. SEMMER/REGENASS, Safety Culture, S. 88; s. a. INSAG S. 14 Ziff. 61.

1159 WILPERT/KLUMB S. 94; SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 4; indirekt Th. KOLLER S. 412 Fn 22.

1160 Z. B. REASON, Organizational Accidents, S. 6; AMALBERTI S. 190; BREHMER S. 27 ff. Siehe hierzu auch S. 355 ff.

1161 Siehe z. B. fünf gefährliche Einstellungen, welche Forscher in der Aviatik festgestellt haben: *„anti-authority, impulsivity, invulnerability, macho, and external control (or resignation)"* (AMALBERTI S. 185).

1162 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 13 f.

men verursacht wurden. Man vermutet, dass in verschiedenen gefährlichen Industriezweigen wie beispielsweise der Grosschemie Verstösse gegen Sicherheitsnormen üblich sind[1163].

Organisationskulturen sind meist mit bestimmten Menschenbildern gekoppelt. Die bereits erwähnte Klassifikation impliziter Menschenbilder in der Organisation von McGREGOR geht von zwei Grundtypen aus. Die „Theorie X" geht u.a. davon aus, dass der Mensch einen angeborenen Widerwillen gegen die Arbeit hat und versucht, sich davor zu drücken und Verantwortung möglichst zu vermeiden; er ist selbst wenig initiativ und möchte geführt werden[1164]. Dieses Bild führt tendenziell zu einem zentralisierten System mit schwacher Teilnahme der Untergebenen an der Führung, hohem Arbeitszerlegungsgrad und hohem Standardisierungsgrad. Demgegenüber nimmt die „Theorie Y" an, der Mensch arbeite gerne, sehe in der Arbeit einen Weg zur Selbstverwirklichung und beweise Selbstkontrolle, Initiative, Kreativität und Verantwortungsfreude[1165]. Ein solches Menschenbild wird eher zu dezentralisierten Modellen mit hohem Partizipationsgrad, schwachem Arbeitszerlegungsgrad und schwachem Standardisierungsgrad führen.

Die Organisationstheorie und - praxis hat während des zwanzigsten Jahrhunderts vorallem zwischen den beiden Polen des Bürokratie- und des Arbeitsgruppenmodells geschwankt[1166]. Beide Modelle existieren in der Realität nicht in reiner Form. Praktiziert werden vielmehr unzählige Zwischenvarianten. Dennoch erscheint es sinnvoll, die Auswirkungen der Organisationsformen auf die Sicherheitskultur anhand dieser zwei entgegengesetzten Modelle zu beleuchten. Jedes dieser Modelle hat in Bezug auf die Gewährleistung von Sicherheit Vor- und Nachteile und kann die Nachteile des jeweils anderen Modells teilweise kompensieren.

(2) Vor- und Nachteile der zentralisierten und dezentralisierten Organisation im Hinblick auf die Sicherheitskultur

(a) Beschreibung des bürokratischen, eher zentralisierten Modells

Das bürokratische Organisationsmodell, dies sei hier nochmals zusammengefasst, weist in seiner Extremform folgende *Merkmale* auf: Einfachunterstellung; hoher Spezialisierungsgrad; Zentralisierung der Entscheidungsbefugnisse auf höchstmöglicher Ebene; Leitung durch Weisungen; hoher Formalisierungsgrad (d.h. starke Bedeutung schriftlicher Regelsysteme); Kommunikation und Zusammenarbeit einzelner Stellen stark vertikal orientiert (d. h. über vorgesetzte Stellen); ohne zeitliche Befristung; eher dem verantwortungsscheuen Menschenbild X verpflichtet[1167]. Diese Organisationsform wird als besonders geeignet erachtet für stabile Rahmenbedingungen und Routinearbeiten in hohem Umfang. Man findet sie vor allem bei stabiler und wenig komplexer Marktumwelt mit rationalisierten und repetitiven Arbeitsabläufen[1168], in denen die vorzunehmenden Arbeitsschritte im Voraus durch relativ detaillierte Weisungen festgelegt sind und gelegentliche Unfälle und Fehler höch-

---

1163 DÖRNER S. 52.

1164 Zusammengefasst bei VON ROSENSTIEL S. 124 f.; s. a. FRIEDEL-HOWE S. 1; HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 110.

1165 Zusammengefasst bei VON ROSENSTIEL S. 125; s. a. FRIEDEL-HOWE S. 1 f.; HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 111.

1166 NONAKA S. 181; s. a. als verwandte Unterscheidung jene zwischen "tendenziell herrschaftsfreiem Koordinationsprinzip" und "tendenziell herrschaftsgeprägtem Leitungsprinzip" bei ROPOHL, Ethik, S. 95.

1167 FRIEDEL-HOWE S. 4.

1168 NONAKA, S. 182; ähnlich VON ROSENSTIEL S. 287; FRIEDEL-HOWE S. 2; MARCH/SIMON S. 159; MASTRONARDI, Organisation, N 68.

stens Anlass zu neuen Weisungen geben[1169]. Als Beispiele können der Betrieb eines Staudamms, einer Bibliothek, eines Versandzentrums oder die Erledigung administrativer Aufgaben dienen.

(b) Beschreibung des eher dezentralisierten Modells

Als Beispiele für dezentralisierte Modelle weisen die Projektorganisation und die Netzwerkorganisation folgende *Merkmale* auf: Teamstruktur mit wenig Hierarchie; Doppelunterstellungen; geringer Spezialisierungsgrad, dadurch ganzheitlichere Arbeitsabläufe; Dezentralisierung von Entscheidskompetenzen; schwacher Formalisierungsgrad, d.h. die Improvisation ist wichtiger als feste Verhaltensregeln; Selbststeuerung der Subsysteme; Kommunikation tendenziell horizontal, ohne Einschaltung von Vorgesetzten; die projektbezogene Aufgabe ist komplex und/oder riskant[1170].

Aus der Sicht der Fehlerpsychologie gehen solche – vom Bild des selbstverantwortlichen Menschen gemäss Theorie Y beeinflussten – Modelle davon aus, dass Fehler von Organisationsmitgliedern eher Folge als Ursache von tieferliegenden Organisationsmängeln sind. Fehler sind nach dieser Auffassung nur Symptome für latente Schwächen des Gesamtsystems sowie, unter Berücksichtigung des *„engineering model"*, Ausdruck einer mangelhaften Verknüpfung zwischen Menschen und Technik. Der Akzent liegt hierbei auf proaktiven Sicherheitsmassnahmen und auf dem Aufbau und Unterhalt von Schutzmassnahmen[1171]. Verwandt mit diesem Modell ist der „sozio-technische" Systemansatz, in dessen Zentrum die Schaffung teilautonomer Arbeitsgruppen und, konsequenterweise, die Festlegung von Gruppenverantwortung[1172] steht. Damit rückt die Sanktion einzelner Organisationsmitglieder und deren direkte individuelle Haftung in den Hintergrund. Geführt werden soll nach diesem Modell nicht durch präzise Weisungen, Kontrolle und Bestrafung bzw. Belohnung, sondern eher durch die Übertragung von Eigeninitiative an die Organisationsmitglieder und Selbstorganisation der Subsysteme.

(c) Routinen und einheitliche Sicherheitsnormen

Routinen können zwar lähmend wirken, haben aber durchaus auch eine Entlastungswirkung, da nicht mehr jedes Problem neu gelöst werden muss[1173]. Das kann auch für routinehafte Teilprozesse innerhalb von gesamthaft betrachtet komplexen Abläufen gelten (z. B. regelmässige Sicherheitskontrollen in einem Atomkraftwerk oder bei der Überwachung grosser Informatiksysteme). Da ein hierarchisches System durch einen *hohen Formalisierungsgrad*, also eine grosse Bedeutung von Weisungen, und Routinen geprägt ist, können Sicherheitsnormen tendenziell besser durchgesetzt werden. Dies ist vorteilhaft, falls das konkrete Risikopotential einer Organisation die Zentralisierung des Sicherheitsmanagements bzw. eine weitgehende *Vereinheitlichung der Sicherheitsvorschriften* auf allen Stufen als sinnvoll erscheinen lässt. Dies setzt allerdings voraus, dass eine intensive Überwachung der Mitglieder stattfindet und letztere sich mit den Postulaten von Gehorsam und Pflichterfüllung identifizieren und hoch motiviert sind, Regeln zu beachten[1174]. Der Vorteil einer strengen Regle-

---

1169 REASON, Organizational Accidents, S. 62.

1170 FRIEDEL-HOWE S. 7 u. 9.

1171 REASON, Organizational Accidents, S. 226.

1172 GROTE S. 38, mit Verweis auf EMERY, einen Pionier dieses Ansatzes; HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 250; s. a. VON ROSENSTIEL S. 98 ff.

1173 FRIEDEL-HOWE S. 16.

1174 Siehe zum Letzteren FRIEDEL-HOWE S. 11.

mentierung und Zentralisierung von Sicherheitsnormen besteht darin, dass „sicherheitskritische Abweichungen durch strenge Vorgaben und Kontrolle ihrer Einhaltung" eher vermieden werden können[1175]. Der direkte Befehl ist trotz seiner psychologischen Mängel eine Form „gebundener, authentisch-verantwortlicher Machtausübung". Demgegenüber führen indirekte Führungsformen, „die sich darauf beschränken, indirekt zu manipulieren oder Gruppenkonsens wachsen zu lassen, dazu, dass letztlich niemand mehr verantwortlich ist[1176]. Zur Sicherstellung der Aufgabenerfüllung ist es oft sinnvoll, einen, nicht mehrere Verantwortliche zu bezeichnen[1177].

Die Projekt- oder Netzwerkorganisation stellt an die Organisationsmitglieder erheblich höhere Anforderungen als die rein bürokratische Struktur[1178]. Da dezentralisierte Strukturen die Arbeitenden tendenziell dynamischen Umständen aussetzen (gegen innen: z. B. mögliche Widersprüche mangels Formalisierung; gegen aussen: z. B. dynamische Umwelt), wird von den Organisationsmitgliedern eine hohe Frustrationstoleranz, Teamfähigkeit, soziale und mentale Flexibilität, Stressresistenz, Fähigkeit zur Improvisation, die Beherrschung verschiedenartiger Kommunikationsstile oder Kompetenz zur Führung eines „schwierigen" (da aus Individualisten bestehenden) Teams und „mikropolitische" Fähigkeiten (dauernder Kampf um Ressourcen für das Projekt) verlangt[1179]. Es liegt auf der Hand, dass die Wahrscheinlichkeit des Scheiterns angesichts eines derart vielfältigen Anforderungsprofils höher ist. Es wurde denn auch darauf hingewiesen, dass eine zu weitgehende Dezentralisierung und Flexibilisierung die Stabilität oder sogar den Erhalt der Organisation, zumindest aber die gemeinsame Zielerreichung gefährden kann[1180]. „Konsequenter Verzicht auf die Routinisierung von Anteilen des Leitungsprozesses, um diesen beweglich zu halten, heisst für die Aufgabenträger Verzicht auch auf das Entlastungspotential von Routinen und damit letztlich eine Leistungsintensivierung mit tendenziellem Überforderungscharakter. ... Unterstellt wird dabei eine Art ‚menschlichen Grundbedürfnisses' nach einer gewissen Stetigkeit, Voraussagbarkeit und Kontrollierbarkeit der persönlichen Umwelt als auch im Arbeitsbereich."[1181].

(d) Flexibilität in dynamischer Umwelt

Das dezentralisierte Modell weist insbesondere für dynamische Umwelten erhebliche Vorteile auf. Dynamik scheint eine immanente Eigenschaft der Moderne zu sein, im Unterschied zu früheren Epochen[1182]; hieraus kann für Organisationen je nach Konstellation eine dauernde Veränderung der Gefährdungslage resultieren. Zu den Nachteilen der zentralisierten Organisation gehören diesbezüglich Mängel wie Schwerfälligkeit und Unflexibilität (wegen zu langer Entscheidungs- und Weisungswege oder wegen hohem Koordinationsaufwand infolge weitgehender Spezialisierung) sowie mögliche Inkonhärenz bei komplexen

---

1175 GROTE S. 258.

1176 LUHMANN, Formale Organisation, S. 186.

1177 Ähnlich ISO, ISO-Norm 9001:2000(E), Ziff. 5.5.2, S. 54 f.: *ein* Mitglied des Managements soll für das Qualitätsmanagement verantwortlich sein.

1178 LUHMANN, Formale Organisation, S. 151; SCHÄFERS (1998), zitiert bei MARING, Verantwortung, S. 317.

1179 FRIEDEL-HOWE S. 12 ff. u. 15 ff.

1180 GROTE S. 99; s. a. VON ROSENSTIEL S. 98.

1181 FRIEDEL-HOWE S. 19; s. a. LUHMANN, Formale Organisation, S. 152.

1182 Siehe hierzu JONAS S. 216; s. a. DRUCKER, S. 57 ff., in Bezug auf die Dynamik der Wissensentwicklung.

Leistungen[1183]. Da Kontrolle und Koordination der Mitglieder über zentrale, übergeordnete Stellen fliessen, sind zur Bewältigung akuter Probleme leistungsfähige Kommunikationsmittel notwendig, die aber tendenziell gerade in Krisenlagen versagen[1184]. Ausserdem senkt die strikte bürokratische Überwachung tendenziell die Arbeitsmotivation, wirkt kreativitätshemmend und bedroht damit das „Innovativitätsziel"[1185]. Diese Nachteile beeinträchtigen dann die Sicherheitskultur einer Organisation, wenn diese in einer instabilen Umwelt operiert oder vermehrt dynamische Tätigkeiten betreibt und sich deshalb an immer wieder neue Sicherheitsanforderungen anpassen muss.

Bei der Führung mit Weisungen besteht für das Management auch die bekannte Gefahr, zu viele Weisungen zu erlassen, woraus ein Teufelskreis entsteht: Sicherheitsnormen verbieten meist Verhaltensweisen, die in der Vergangenheit kausal für Unfälle waren. Mit der Zeit wird dadurch der Handlungsspielraum für die Organisationsmitglieder dermassen eingeschränkt, dass sie Weisungen verletzen müssen, um ihre Aufgaben noch erfüllen zu können. Zunächst führen diese Verletzungen weder zu einer Sanktion noch zu einem Unfall. Treten jedoch zusätzliche Fehler auf, so erhöht sich die Wahrscheinlichkeit eines Unfalls im Vergleich zur entsprechenden Situation bei strenger Befolgung der Normen. Geschieht dann ein Unfall, wird das Verletzungsverhalten verboten, und die Spirale beginnt von neuem[1186]. Die Verletzung von internen Normen der Organisation ist aber nicht nur oft geboten, sondern muss sogar die Regel sein, damit Organisationsmitglieder ihre Aufgaben erfüllen können (*correct violation of bad rules*[1187]). Dies zeigt das Phänomen des „Dienstes nach Vorschrift": Buchstabengetreues, ausschliesslich formales, korrektes Verhalten kann eine Organisation bekanntlich lähmen, sogar zum Stillstand bringen[1188] oder absurde Entscheidungen zur Folge haben, wie dies in totalitären Regimes der Fall war und ist (Stichwort „Gesetz ist Gesetz").

Demgegenüber besteht ein wichtiger Vorteil des dezentralisierten Organisationsmodells darin, dass die autonomen Subsysteme (Arbeitsgruppen, Individuen etc.) flexibler und schneller auf veränderliche Sicherheitsanforderungen reagieren können[1189]. Dies begünstigt das Erreichen sowohl der Produktions- als auch der Sicherheitsziele einer Organisation. In diese Richtung deuten beispielsweise Modelle, wonach besonders in komplexen, sich schnell verändernden Situationen nicht jedes Detail minutiös geplant werden sollte, da sich der Plan erfahrungsgemäss (infolge der beschränkten Rationalität der Planer[1190]) als inadäquat erweisen wird. Gefordert werden in solchen Situationen vielmehr eine grobe Planung, ein paar generelle Richtlinien und die Delegation möglichst vieler Entscheidungen nach unten[1191] (was zu einer „Redundanz potentieller Lenkung" führt[1192]). Dadurch wird auch der Beobachtung Rechnung getragen, dass die Untergebenen in modernen Organisationen für

---

1183 Zum Letzteren s. MASTRONARDI, Organisation, N 68; ähnlich PERROW, S. 230, zur tendenziell stark ausgeprägten Hierarchie im Schiffsverkehr.

1184 ELIOTT/SMITH S. 224; s. ebenda für Beispiele aus der Organisation grosser Sportanlässe; in ähnlichem Sinn MARCH/SIMON S. 159.

1185 FRIEDEL-HOWE S. 4 f.

1186 REASON, Organizational Accidents, S. 49 ff.

1187 REASON, Organizational Accidents, S. 75; s. a. hinten S. 178 ff.

1188 Z. B. als Streikprogramm, LUHMANN, Formale Organisation, S. 301.

1189 POYET/LEPLAT S. 154, mit Verweis auf CUMMINGS und BLUMBERG (1987); s. a. LUHMANN, Formale Organisation, S. 151.

1190 MARCH/SIMON S. 203 f.

1191 DÖRNER S. 245.

1192 MALIK (1985) zitiert bei DÖRNER S. 245.

ihren jeweiligen Arbeitsbereich oft sachkundiger sind als ihre Vorgesetzten[1193]. Die Erfahrung zeigt, dass mit der Einführung teilautonomer Arbeitsgruppen die Leistung in qualitativer Hinsicht ansteigt und sich die Einstellung der Arbeitenden zur Arbeit verbessert, dass insbesondere die Bereitschaft der Mitarbeiter wächst, Verantwortung zu übernehmen (was sich positiv auf die Sicherheitskultur auswirkt); allerdings bestehen nach wie vor viele Vorbehalte gegenüber dieser Arbeitsform[1194].

(e) Vorteile einer hohen Fehlertoleranz

Eine Sicherheitskultur ist dann besser, wenn sich die Organisationsmitglieder für ihr Verhalten *verantwortlich* fühlen. In dieser Hinsicht weist die bürokratische Organisation ebenfalls Nachteile auf. Zu dieser Organisationsformen gehören u. a. folgende Merkmale: Differenzierung von Entscheidungszuständigkeiten nach exklusiven Kompetenzen; Auslegung der Verantwortung als Verantwortlichkeit, „das heisst als Rechenschaftspflicht für Fehler"[1195]. „Soll Verantwortung organisatorisch sichergestellt werden ... , so setzt das ausser einem genau formulierten System von Erwartungen und Beurteilungsstandards eine eindeutige Zurechenbarkeit von Leistungen und Fehlern voraus ... Dem bekannten Organisationsprinzip der Einheit der Leitung muss ein Prinzip der Einheit der Verantwortung entsprechen."[1196] Hieraus wurden verschiedene Organisationsprinzipien abgeleitet: Unteilbarkeit der Verantwortung; keine Befreiung von Verantwortung bei Delegation; Übereinstimmung von Befugnis und Verantwortlichkeit[1197]. In einem solchen System ist also die Zurechenbarkeit von Entscheidungen an Einzelpersonen zentral; bei Kollegialentscheidungen wird die Unmöglichkeit einer individuellen Zurechnung als Mangel gesehen[1198]. Damit müssen aber „alle Widerstände und Schwierigkeiten in letzter Rechnung der Person" angekreidet werden (beispielsweise „selbst solche wie die situationsbedingte Untreue, die sich auch auf interne Spannungen der Sozialordnung zurückführen liessen"[1199]).

Eine solche Kultur fördert das Entstehen einer „Absicherungskultur", die geprägt ist durch das primäre Ziel der Organisationsmitglieder, jeglicher Verantwortung zu entgehen[1200]. Das kann zu den besonders im bürokratischen Kontext berüchtigten Tendenzen führen, dass Verantwortliche Entscheidungen möglichst vermeiden[1201] oder dass generell intransparent kommuniziert wird, damit die Urheber bestimmter Mitteilungen nicht als solche ermittelbar sind und so weder für ihre Mitteilungen noch für eine nachweisbare Kenntnis verantwortlich gemacht werden können[1202]. Fehler werden nach Möglichkeit vertuscht[1203], insbesondere solche von Vorgesetzten: denn wegen der notwendigen Übereinstimmung der Verantwort-

---

1193 Das gegenteilige Prinzip in WEBERS bürokratischem Idealtypus wurde denn auch seitens der Organisationssoziologie kritisiert, s. LUHMANN, Grundbegriffe, S. 43.

1194 VON ROSENSTIEL S. 99 f.; auch S. 269 im Zusammenhang mit der Gruppenkohäsion.

1195 LUHMANN, Formale Organisation, S. 178 f.

1196 LUHMANN, Formale Organisation, S. 180 f. So gehört die klare Definition von Verantwortlichkeiten auch zu einer guten Sicherheitskultur, s. z. B. INSAG, S. 8. 10, insbes. Ziff. 38 f.

1197 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 124.

1198 LUHMANN, Formale Organisation, S. 181 und Fn 21.

1199 LUHMANN, Formale Organisation, S. 301.

1200 WILPERT/KLUMB S. 94; FRIEDEL-HOWE S. 11.

1201 LUHMANN, Formale Organisation, S. 178 und 185 ff.; ähnlich BLAU/SCOTT S. 34 f.

1202 LUHMANN, Formale Organisation, S. 367

1203 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 4; s. a. GUILLOD, Faute objectivée, S. 167 f., zur drohenden Fehlervertuschung im Gesundheitswesen; siehe zum letzteren auch NZZ vom 27. April 2004, S. 13. S. a. REASONS Ausführungen zu drei Arten, wie Organisationen mit Fehlern umgehen: *„Pathological culture"* (wo Fehler nach Möglichkeit vertuscht werden), *„bureaucratic culture"* und *„generative culture"*, vgl. REASON, Organisational Accidents.

lichkeiten mit der hierarchischen Struktur aktualisiert der Vorgesetzte, der seine Untergebenen zur Rechenschaft zieht, damit zugleich seine eigene Verantwortlichkeit[1204].

Diesen Problemen versucht man mit fehlertoleranten Organisationen zu begegnen. Da Fehler in solchen Modellen nicht primär als individuelles Versagen eines Organisationsmitglieds sanktioniert werden[1205], wächst die Wahrscheinlichkeit, dass der Fehler und dessen Hintergründe den übrigen Organisationsmitgliedern bekannt werden[1206]. Die systematische Mitteilung und Erfassung von Fehlern kann sich zu einer eigentlichen *„reporting culture"* verdichten[1207]. Tatsächlich haben sich schon seit einiger Zeit in gewissen Bereichen Datenbanken entwickelt, in denen Organisationsmitglieder ihre Fehler speichern können, mit dem Ziel, dass andere Mitarbeiter dieselben Fehler nicht auch begehen. In der Schweiz trifft man solche Systeme teilweise im Gesundheitswesen an[1208], auf internationaler Ebene z. B. im Bereich der Flugsicherheit[1209]. Über eine *„reporting culture"* wird es für die Organisation möglich, aus Fehlern zu lernen, womit die Sicherheit wiederum verbessert werden kann. Es entstand auch die Forderung nach fehlerfreundlichen Systemen, in denen Fehler für Lernprozesse nicht nur toleriert, sondern sogar gefördert werden sollten[1210]. Für „riskierte Entscheidungen, Neuerungen, problemoffenes experimentelles Verhalten ... ist ein schützendes Dunkel und ein gewisses Auseinanderfallen von Verantwortung und Verantwortlichkeit wesentlich"[1211]. Entscheidungsträger, so eine neuere Ansicht, entdecken erst durch Entscheidungen und deren Konsequenzen, was sie eigentlich wollen. In diesem Sinn handeln sie nicht eigentlich rational, da sie nicht vor dem Handeln alle möglichen Folgen systematisch gegeneinander abwägen. Aber *„pour apprendre, il faut agir sans encore connaître, donc prendre un risque qu'un calcul trop serré des coûts et avantages rendrait impossibles"*[1212].

Da eine dezentralisierte Organisation der Verletzung von Normen toleranter begegnet als eine rein bürokratische, kann sie die positiven Effekte solcher Verstösse für sich in Anspruch nehmen. Aus soziologischer Sicht[1213] gehört dazu die Schärfung des Normbewusstseins und dadurch die Stärkung der Solidarität jener, die die Norm befolgen. Überdies wird durch den Normverstoss eine informale Ordnung in Gang gebracht, die günstig für den Organisationszweck sein kann[1214].

(f) Nachteile einer hohen Fehlertoleranz

Hohe Fehlertoleranz in einer Organisation kann der Sicherheitskultur aus verschiedenen Gründen abträglich sein. Zunächst kann die Praxis, Fehler offenzulegen, zu einer allzu lok-

---

1204 LUHMANN, Formale Organisation, S. 183. Siehe auch ibidem, S. 261

1205 Siehe z. B. INSAG S. 9 Ziff. 32, S. 11 Ziff. 49.

1206 S. a. die Bemerkung bei BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 190.

1207 REASON, Organizational Accidents, S. 196 ff.; s. a. INSAG S. 12 Ziff. 54.

1208 Siehe z. B. NZZ am Sonntag vom 25. April 2004 und NZZ vom 27. April 2004 bezüglich des CIRS (Critical Incident Reporting System).

1209 Siehe PERROW, S. 168 f., zum *Air Safety Reporting System.*

1210 GROTE S. 237 f. und Ansatz WEHNER, *ibidem* S. 247 f.; für die frühere Organisationssoziologie s. a. LUHMANN, Grundbegriffe, S. 44.

1211 LUHMANN, Formale Organisation, S. 187.

1212 CROZIER/FRIEDBERG S. 317, dort auch Verweise auf HIRSCHMANN und MARCH.

1213 DURKHEIM und MEAD, zitiert bei LUHMANN, Formale Organisation, S. 304 und ders., Grundbegriffe, S. 46.

1214 „Brauchbare Illegalität", s. LUHMANN, Formale Organisation, S. 304 ff.

keren Haltung hinsichtlich der Fehlervermeidung führen, was das Gefährdungspotential einer Organisation zweifelsohne erhöht[1215].

Im weiteren wurden soziologische Wirkungen hoher Fehlertoleranz beobachtet. Statistisch gesehen entspringen die meisten Fehler nicht absichtlichen, widerrechtlichen Handlungen; Fehlern liegt vielmehr oft ein Versehen oder ein Irrtum zugrunde. Dennoch gibt es in jeder Organisation einzelne Mitglieder, die Sicherheitsnormen notorisch übertreten oder absichtlich Schäden verursachen. Werden deren Fehler grundsätzlich nicht sanktioniert, so kann sich deshalb bei einem Grossteil der Mitglieder ein Gefühl der Ungerechtigkeit einschleichen, weil die schwarzen Schafe „ungeschoren" davon kommen. Dies wiederum führt zu einem Rückgang der disziplinarischen Moral aller Mitglieder in Sicherheitsfragen[1216], umso mehr noch dann, wenn die Normenübertretung und die fehlende Sanktion allgemein bekannt wird. Das Management könnte freilich versuchen, seine disziplinarische Praxis zu vertuschen, denn „die Unkenntnis über die faktische Verbreitung normwidriger Einstellungen und Praktiken motiviert zur Normtreue"[1217]. Aber dadurch würde sich in die Organisationskultur die Seuche der Intransparenz einschleichen, die aus anderen, oben genannten Gründen nachteilige Wirkungen auf die Sicherheitskultur hat. Eine Kultur, die gewohnheitsmässige absichtliche Fehlhandlungen indirekt belohnt, kann sich durchaus bis hin zu einer eigentlichen „kriminellen Verbandsattitüde" entwickeln, die kriminelle Handlungen nicht nur toleriert, sondern im Gruppenkontext sogar noch fördert, indem sich Organisationsmitglieder gegenseitig zu Delikten ermuntern. Dabei findet eine kollektive Neutralisierung des Verantwortlichkeitsgefühls statt[1218]. Ebenso gefährden tendenziell auch gruppendynamische Fehlerneigungen die Sicherheitskultur in dezentralisierten Organisationen. Dazu gehören insbesondere die Phänomene des Gruppendenkens oder des Korpsgeistes[1219].

(3) Zentralisierung und Dezentralisierung in derselben Organisation: „Normal Accidents" und „High-Reliability Organizations"

Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass sich weder eine zentralisierte noch eine dezentralisierte Organisationsstruktur in allen Fällen ungünstiger auf die Sicherheit einer Organisation auswirkt; erst die Umstände der konkreten Tätigkeit deuten auf die sinnvolle Struktur hin. Nun existieren aber in Organisationen gleichzeitig sehr verschiedenartige Prozesse, die ebenso unterschiedliche Organisationsmittel notwendig machen. PERROW, ein amerikanischer Arbeitspsychologe, hat in seinem Buch *„Normal Accidents"* moderne, vorab im technischen Bereich tätige Organisationen im Hinblick auf die „archetypischen" Organisationsstrukturen Zentralisation und Dezentralisation hin untersucht, in Zusammenhang mit dem jeweiligen Aufgabenprofil. Er unterschied einerseits zwischen linearer und komplexer Interaktion, andererseits zwischen enger und weiter Kopplung[1220]. Bei der *linearen Interaktionsform* folgt jede Komponente im Produktionsablauf unmittelbar einer anderen Komponente nach oder geht ihr voraus; solche Interaktionen sind meist gut sichtbar und entsprechen quasi den Erwartungen. Die *komplexe Interaktionsform* ist hingegen dadurch geprägt, dass eine Komponente mit einer oder mehreren anderen Komponenten ausserhalb des normalen Produktionsablaufs interagieren kann, sei dies nun vom Systemdesigner vorgesehen

---

1215 LA PORTE/CONSOLINI, zitiert bei REASON, Organizational Accidents, S. 215 mit Bezug auf flexible *„high reliability organizations"*, siehe zu letzteren auch unten S. 171 ff.; s. a. INSAG S. 11 Ziff. 50.

1216 REASON, Organizational Accidents, S. 212.

1217 LUHMANN, Formale Organisation, S. 280, Verweis auf MOORE/TUMIN und SCHANCK.

1218 Siehe hierzu auch LÜTOLF S. 31 ff.

1219 FRIEDEL-HOWE S. 13; siehe hierzu eingehendere Bemerkungen hinten, S. 202 ff.

1220 PERROW S. 72 ff. und 89 ff.; s. a. Beschreibung bei GROTE S. 258.

oder nicht; oft sind solche Prozesse nicht sichtbar oder nicht unmittelbar verständlich und unerwartet[1221]. Relativ unabhängig von der Interaktionsform ist der Grad der Kopplung, d. h. der Grad, in dem die einen Komponenten von anderen direkt beeinflusst werden. Bei *enger Kopplung* ist diese Beeinflussung relativ direkt, das heisst, Störungen in einem Ablauf hat die Beeinträchtigung paralleler Abläufe zur Folge. Demgegenüber funktionieren lose gekoppelte Prozesse weniger abhängig voneinander, weshalb in *lose gekoppelten* Systemen Störungen eher abgefangen werden können, ohne dass sie destabilisiert werden[1222]. In eng gekoppelten Systemen sind die Prozesse stärker zeitabhängig, weniger veränderbar, erlauben die Erreichung der Ziele oft nur auf eine Art und Weise und verlangen nach präziser bemessenem Einsatz von Ressourcen[1223].

PERROW zeigte auf, dass gewisse eng gekoppelte und komplex strukturierte Organisationen paradoxerweise gleichzeitig zentralisiert und dezentralisiert gestaltet sein müssten[1224]. Zentralisiert wegen der engen Kopplung, die z. B. die unbedingte und sofortige Befolgung von Anweisungen erfordert – dezentralisiert für den Fall „ungeplanter Interaktionen von Pannen", die eine sorgfältige, zeitaufwendige Fehlersuche durch die Mannschaft vor Ort erfordern[1225]. „PERROW kommt zu dem Schluss, dass bestimmte technische Anlagen gar nicht sicher betrieben werden können, wie umfassend auch immer ihre Bemühungen um ihre Sicherheit sein mögen, da die verschiedenen Anforderungen, die sie stellen, unvereinbar sind."[1226] Zu diesen Bereichen zählt PERROW unter anderem Kernkraftwerke, Gentechnologie, grosschemische Anlagen, militärische Frühwarnsysteme oder Flugzeuge[1227]. Gewisse Tätigkeiten – namentlich der Gebrauch von Nuklearwaffen und -energie – sollten gemäss PERROW vollständig aufgegeben werden, da ihre Nachteile mögliche Vorteile bei weitem überwiegen. Andere gefährliche Bereiche, wozu PERROW Gentechnologie, Chemie oder den Flugverkehr zählt, sollten beibehalten werden, da sie erhebliche Vorteile bringen, aber ihr Gefährdungspotential muss weiter gesenkt werden[1228].

Die Erkenntnisse PERROWS könnten den vorläufigen Schluss aufdrängen, dass der Betrieb von eng gekoppelten und komplex strukturierten Anlagen in sich ein allgemeines Organisationsrisiko darstellt. Allerdings machen wohl erst die Eigenheiten einer Tätigkeit eine Anlage zu einer eng gekoppelten und komplexen. Kernkraft und Gentechnologie generieren bekanntermassen eine Reihe von erheblichen, teilweise unbekannten und nur teilweise beherrschbaren Risiken. Es gibt daneben auch eng gekoppelte und linear strukturierte Organisationen, die sich ausschliesslich zentralisiert organisieren lassen, so z. B. Staudämme, Schienen- und Schiffstransport oder Bäckereien[1229].

Andere Untersuchungen haben aber gezeigt, dass PERROWS Überlegungen teilweise zu relativieren sind. Es gibt nämlich Organisationen mit risikoreicher Tätigkeit, die ihre Struktur je nach den anstehenden Aufgaben flexibel anpassen können, sogenannte *„high reliability organisations"* (HROs). Die Bezeichnung stammt von der Berkeley-Forschergruppe, welche mehrere Organisationen mit folgenden Eigenschaften untersucht hat[1230]:

1221 PERROW S. 77 f. und Schema S. 88.

1222 PERROW S. 89 f., 92.

1223 PERROW S. 93 f.

1224 PERROW S. 331.

1225 GROTE S. 259; s. a. PERROW S. 334 f.

1226 GROTE S. 259; s. a. RASMUSSEN S. 62.

1227 Siehe Schema bei PERROW, S. 97 und 332.

1228 PERROW S. 304 f.

1229 GROTE S. 259; Schema bei PERROW, S. 97.

1230 Zum Ganzen siehe Beschreibung bei LA PORTE/CONSOLINI sowie REASON, Organizational Accidents, S. 213 ff. Für eine kritische Auseinandersetzung mit der HRO-Theorie siehe das Nachwort in der Aus-

- Sie sind gross, intern dynamisch und gelegentlich sehr interaktiv;
- Jede erledigt sehr komplexe Aufgaben unter hohem Zeitdruck in einem sehr dynamischen physischen, wirtschaftlichen und politischen Umfeld;
- Es ist für alle Organisationsmitglieder (überlebens-)notwendig, gleichzeitig Fehler zu vermeiden und den üblichen Betrieb aufrechtzuerhalten;
- Sie haben ihre Tätigkeiten während mehrerer Jahre mit sehr wenig Fehlern und ohne nennenswerten Unfall ausgeübt (untersuchte Beispiele: Flugsicherung, Betrieb eines nuklearbetriebenen Flugzeugträgers)[1231].

Die moderne Organisationslehre postuliert seit einigen Jahrzehnten, wie oben erwähnt, fehlertolerante Organisationen, die *Trial-and-error*-Lernprozesse der Mitglieder fördern[1232]. HROs unterscheiden sich aber von solchen Strukturen in mehrerer Hinsicht. Sie können es sich schlicht nicht erlauben, Fehler zu begehen. Ausserdem sind ihre Abläufe dermassen eng gekoppelt, dass Fehler in Routineprozessen das Versagen des Gesamtsystems bewirken können. HROs verfügen auch über umfangreiche Ressourcen, die es ihnen erlauben, kurzfristiges Effizienzdenken zugunsten einer langfristigen Sicherheitsstrategie zu opfern[1233].

Sehr gefährliche Tätigkeiten in der Art der beschriebenen stellen an die Gestaltung der Entscheidungsprozesse paradoxe Anforderungen, wie dies auch PERROW beschrieben hat. Komplexität und Gefährlichkeit der verwendeten Technologien verlangen nach intensiver Planung und streng hierarchischen Strukturen. Gleichzeitig aber können die verbleibenden Unsicherheitsfaktoren nur mittels Dezentralisierung und flexiblen Abläufen beherrscht werden[1234]. Für die meisten Situationen sind vorprogrammierte Standardabläufe vorgesehen. Für die Mitarbeiter stellt sich nur die Frage, welche Weisung anwendbar ist. Unter den Organisationsmitgliedern herrscht ein weitgehender Konsens über die Ziele der Organisation, die wesentlichen Arbeitsabläufe sind allen sehr gut bekannt. *„The organizational logic in this situation is to strive for the fully rationalized operational plan. The problem is one of trying hard enough."*[1235]. Kompliziert sich aber die Situation, so genügt dieser Problemlösungsprozess nicht mehr. Das klassische Paradigma, wonach die rationelle Zusammenarbeit von Experten unter Einhaltung hierarchischer Strukturen auch zur Lösung komplexer Probleme geeignet ist, wurde vielfach kritisiert. Dies vor allem deshalb, weil die menschliche Erkenntnisfähigkeit begrenzt ist: *„... the very idea of complete knowledge of any significant organizational decision situation is arguably impossible"*[1236]. Als Alternative würde sich eine Art „Demokratie der Experten" anbieten, in der nicht mehr die hierarchische Struktur darüber entscheidet, wessen Ansicht für die Problemlösung berücksichtigt wird, sondern *„majority voting among those with experience"*[1237]. Dieses notwendigerweise auf *„trial and*

---

gabe von 1999 von PERROWS Buch, S. 368 (wo der Autor allerdings kaum auf das Phänomen der flexiblen Organisationsstruktur eingeht).

1231 LA PORTE/CONSOLINI S. 21. Anzumerken ist, dass auch diese Tätigkeitsbereiche trotz aller Anstrengungen nicht völlig fehlerlos arbeiten. Dies zeigt beispielsweise der Flugunfall bei Überlingen am 1. Juli 2002, der durch die schweizerische Flugsicherung Skyguide mitverursacht worden sein soll. Die Untersuchungsbehörde weist auf eine Reihe unmittelbarer und systemischer Ursachen für diesen Unfall hin, hält aber abschliessend fest, erst das zeitlich unglückliche Zusammentreffen verschiedener Faktoren habe den Unfall verursacht (BUNDESSTELLE FÜR FLUGUNFALLUNTERSUCHUNG S. 4).

1232 LA PORTE/CONSOLINI S. 22 Fn 6; s. z. B. INSAG S. 11 Ziff. 49.

1233 LA PORTE/CONSOLINI S. 22 f.

1234 LA PORTE/CONSOLINI S. 23; s. a. RASMUSSEN S. 62.

1235 LA PORTE/CONSOLINI S. 24.

1236 LA PORTE/CONSOLINI S. 25 mit Verweis auf REASON; zur Fehlerpsychologie s. a. weitere Ausführungen hinten S. 189 ff.

1237 LA PORTE/CONSOLINI S. 25 f.

error" basierende Konzept der Entscheidfindung („*incremental decisionmaking*") ist auch für viele Operationen bei gefährlichen Tätigkeiten angebracht. Bei den untersuchten Organisationen kommen jedoch Dimensionen hinzu – enge Kopplung der Abläufe, hohe Dynamik, katastrophale Folgen von Fehlern, die den Operateuren keine Fehler erlauben. Deshalb gilt es für HROs „*to strive for trials without errors*"[1238]. Dies wird durch eine subtile Lernkultur erreicht, die auf Analysen vor und nach Fehlern aufbaut. Dabei werden Faktoren kombiniert, die sowohl das Sicherheitsniveau als auch die Produktivität erhöhen. Diese umfassen:

- die Möglichkeit für Organisationsmitglieder, ihre Fehler mitzuteilen, ohne dass letzteren gegenüber eine allzu tolerante Haltung herrscht;
- Bestrebungen, Mängel in bestehenden Weisungen laufend zu ermitteln und auszumerzen;
- Fehlervermeidung ohne Behinderung persönlicher Initiativen;
- gegenseitige Überwachung ohne Verlust von Vertrauen und Autonomie[1239].

Konkret ergibt sich aus einer solchen Fehlerkultur ein mehrschichtiges Handlungsmodell mit drei unterschiedlichen Arbeitsmodi, entsprechend den jeweiligen Anforderungen[1240]. So wurde beispielsweise an Bord eines Flugzeugträgers beobachtet, dass die Grundstruktur der Organisation durchaus bürokratisch ist („*routine mode*"), geprägt von klaren hierarchischen Verhältnissen, Zentralisierung, Formalisierung und einer klassichen Stab-Linien-Organisation. Steigerten sich nun aber die Anforderungen (z. B. durch hohes Arbeitsvolumen), so wandelte sich diese Struktur innert kürzester Zeit zu dezentralen, aufgabenbezogenen Arbeitsprozessen. Mit zunehmendem Tempo („*high-tempo mode*") verschob sich die Befehlsgewalt von hierarchischen Vorgesetzten zu Fachspezialisten: „... *superiors have difficulty in comprehending enough about the technical or operational situation to intervene in a timely, confident way*". „*Authority patterns shift to a basis of functional skill ... Formal rank and status declines as a reason for obedience*"[1241]. Die einseitige Befehlserteilung wich zunehmend einer kollektiven, gelegentlich auch konfliktuellen Entscheidfindung, in derem Rahmen kritische Feedbacks aller Beteiligten Operateure nicht nur akzeptiert, sondern erwünscht waren[1242]. In Notfallsituationen stellte sich überdies ein dritter Modus ein („*emergency mode*"), der durch die Befolgung vorgegebener und intensiv eingeübter Abläufe gekennzeichnet war[1243]. War die Notsituation vorüber, so ordneten sich die Verhältnisse fliessend wieder nach der üblichen hierarchischen Struktur[1244].

Diese paar Beispiele sollen zeigen, dass in der modernen Organisationslehre nicht ausschliesslich ein zentralisiertes oder dezentralisiertes Organisationsmodell als ideal betrachtet wird. Zwar weisen die Studien von PERROW und LA PORTE / CONSOLINI auf positive Effekte der Dezentralisierung hin[1245]. Auch in der soziologischen Literatur findet die Idee eines eher dezentralisierten „*modèle organique*" bei gewissen Autoren Zuspruch, im Gegensatz zum „*modèle mécanique*" im Sinne der klassischen Lehren TAYLORS und WEBERS[1246]. Aber zwischen diesen beiden Polen bestehen vielfältige Verknüpfungen, die sich auch auf die Si-

1238 LA PORTE/CONSOLINI S. 28.
1239 LA PORTE/CONSOLINI S. 29.
1240 Siehe ausführliche Beschreibung bei LA PORTE/CONSOLINI S. 31 ff.
1241 LA PORTE/CONSOLINI S. 32; REASON, Management risk, S. 21.
1242 REASON, Organizational Accidents, S. 215, ebenda ein entsprechendes Beispiel aus der Flugsicherung; s. a. INSAG S. 11 Ziff. 49.
1243 GROTE S. 260.
1244 REASON, Organizational Accidents, S. 216.
1245 GROTE S. 264 f.
1246 CROZIER/FRIEDBERG S. 221.

cherheitskultur auswirken. So zeigt WEICK, dass Zentralisierung das Entstehen einer einheitlichen Sicherheitskultur begünstigt, welche auch bei einer späteren Dezentralisierung gewisser Tätigkeiten in Form von einheitlichen Grundüberzeugungen und Entscheidungsprämissen weiterwirkt[1247]. In einem solchen System *„compliance occurs without surveillance"*, während in zentralisierten Organisationen, die primär über Weisungen, Hierarchie und Standardisierung geführt werden, ein hoher Bedarf an Überwachung besteht[1248]. Allerdings wurde mit zunehmender Autonomie der Grad der eigenen Gefährdung geringer eingestuft. Das könnte daher kommen, „ dass Menschen, die vermeintlich oder tatsächlich mehr Kontrolle über Risiken haben, diese Risiken geringer einschätzen"[1249], was wiederum ein typisch organisatorisches Risiko schafft.

(4) Fehler und Verstösse gegen Normen

(a) Vorbemerkung

Organisationen sind, im Gegensatz zu „spontan" gewachsenen sozialen Organismen wie die Familie, durch eine Formalstruktur gekennzeichnet. Das heisst, der Aufbau der Organisation und das Verhalten der Mitglieder sind durch ein Geflecht von internen Normen geregelt, deren Einhaltung man von den Mitgliedern erwartet. Mittels der Formalisierung durch Normen soll das Verhalten der Mitglieder im Sinne der Organisationsziele gesteuert und vorhersehbarer gemacht werden[1250]. Wesentlich ist die Unterscheidung zwischen Fehlern und Normverstössen: Erstere lassen sich vor allem mit Bezug auf kognitive Prozesse erklären. Normverstösse hingegen müssen zwingend in Bezug auf ein soziales System untersucht werden, welches erwünschte Verhaltensweisen normativ vorschreibt[1251]. Fehler und Normverstoss sind somit nicht identische Begriffe: Wie zu zeigen sein wird, kann ein Normverstoss eine sachlich gebotene Handlung darstellen, während unter Umständen die Befolgung einer Norm zu einem Fehler führt[1252].

Das interne Normensystem einer Organisation ist auch für die haftpflichtrechtliche Diskussion interessant[1253], weshalb das vorliegende Kapitel gesondert auf diesen Punkt und das hiermit zusammenhängende Problem der Verletzung interner Normen eingeht. Soweit nämlich interne Normen das Verhalten der Organisationsmitglieder mitbeeinflussen, sind sie ein möglicher Massstab für „richtiges" Verhalten, und ihre Verletzung kann haftpflichtrechtlich relevant sein. Mutmassliche Sorgfaltsverletzungen werden häufig anhand der Frage abgeklärt, ob interne Normen der Rechtsordnung widersprechen sowie ob das konkrete Verhalten der Organisationsmitglieder gegen interne Normen verstiess. Diese Fragen sind anhand schriftlich fixierter interner Normen einfacher zu prüfen als das Verhältnis zwischen der schädigenden Handlung und der Organisationskultur.

1247 Sinngemäss auch REASON, Organizational Accidents, S. 218 bezüglich der *high reliability organizations*.

1248 WEICK, zitiert bei GROTE, S. 260 f. und REASON, Organizational Accidents, S. 216. Siehe auch die Bemerkung von BUNGARD hinsichtlich der vermehrten Einführung von „Qualitätszirkeln" als Gruppenarbeitsmodell, Verweis bei VON ROSENSTIEL S. 103.

1249 GROTE S. 281.

1250 S. a. FRIEDEL-HOWE S. 1.

1251 REASON, Human Error, S. 195.

1252 Siehe hierzu schon die Ausführungen zum Verhältnis zwischen behördlichen Anordnungen und dem Sorgfaltsbeweis nach OR 55, vorne S. 32 ff.

1253 Ähnlich MATUSCHE-BECKMANN S. 350.

(b) Verhaltensebenen in Bezug auf Normverletzung

In Anlehnung an das Modell des Staates kann man zwei Ebenen unterscheiden, auf denen sich das Problem der internen Organisationsnormen vorab stellt: einerseits jene der Gestaltung der Normenstruktur, andererseits jene der Ausführung der Normen. Sehr grob formuliert, gestalten Leitungspersonen die Normenstruktur[1254], während Untergebene sie ausführen. Beides – gestalten und ausführen – sind Verhaltensweisen von Organisationsmitgliedern, die sich nicht im rechtlosen Raum abspielen, sondern ihrerseits wieder den höher geordneten Regeln der Rechtsordnung entsprechen müssen. Denn die Rechtsordnung gehört zur Umwelt der Organisation, und die Anpassung an die Umwelt ist eines ihrer zentralen Erhaltungsziele. So dürfen interne Normen und Weisungen beispielsweise keine widerrechtlichen Ziele oder Mittel vorschreiben und müssen darauf ausgerichtet sein, dass das Verhalten von Mitgliedern Drittpersonen nicht schädigt (*neminem laedere*).

Wiederum in Analogie zum Staat stellt sich auch in der Organisation das Problem, wie interne Normen zu interpretieren sind. Diese Frage stellt in sich einen autonomen Unsicherheitsfaktor dar, der jedoch letztlich jede Art der Kommunikation in der Organisation beschlägt, weshalb hierzu auf die Ausführungen zu den Kommunikationsproblemen verwiesen werden kann[1255]. Hier soll eine andere Analogie angesprochen werden. Aus der Sicht des Verfassungsrechts ist ein kantonaler Verwaltungsakt anfechtbar, der sich auf ein kantonales Gesetz stützt, das Bundesrecht verletzt. Eine Behörde, die bundesrechtskonform entscheiden will, hat in einer solchen Situation nur die Möglichkeit, entweder gar nicht zu entscheiden und sich damit dem Vorwurf der Rechtsverweigerung auszusetzen oder gegen die kantonale Norm zu entscheiden. Ähnlich kann man das Verhalten von Mitgliedern gegenüber Normen der Organisation klassifizieren. Um vorab die Gegenpole zu nennen: Es kann sein, dass interne *Normen* die Rechtsordnung verletzen. Das ideale Verhalten der Organisationsmitglieder bestünde dann darin, in gewisser Weise *„de corriger le tir"* und die interne Norm zu missachten, das heisst, sich so zu verhalten, wie es die Rechtsordnung in der fraglichen Situation verlangt. Hier spricht die Fehlerforschung[1256] von *„correct violation of bad rules"*[1257]. Umgekehrt ist es denkbar, dass die interne Norm der Rechtsordnung entspricht, aber das Mitglied sie durch eine widerrechtliche Tat oder einen Fehler verletzt (*„misvention"*). Dazwischen gibt es einige weitere Möglichkeiten: Einmal die korrekte Befolgung angemessener Normen (*„correct compliance"*), daneben die widerrechtliche bzw. fehlerhafte Verletzung untauglicher Normen (*„mispliance"*) sowie, wenn für ein Problem interne Normen gänzlich fehlen, die rechtlich und fachlich korrekte Improvisation (*„correct improvisation"*) und schliesslich der Fehler (auf Wissensebene), das heisst die fachlich und/oder rechtlich unkorrekte Improvisation.

1254 CROZIER/FRIEDBERG, S. 63, sprechen vom *„législateur industriel"* und meinen damit die Führungsebene der Organisation, was auf die Analogie zwischen Organisation und Staat hindeutet.

1255 Siehe hinten S. 207 ff.

1256 Zu allem REASON, Organizational Accidents, S. 75 f.

1257 Relativ häufig scheint die korrekte Verletzung ungeeigneter Normen im Militärbereich vorzukommen, wobei sich die Frage, ob die Normverletzung korrekt war, nach dem Erfolg oder Misserfolg der Operation entscheidet. In dieser Hinsicht zitiert REASON (Organizational Accidents, S. 78) den 2500 Jahre alten Ratgeber „The Art of War" von SUN TZU: *„If fighting is sure to result in victory, then you must fight, even though the ruler forbid it; if the fighting will not result in victory, then you must not fight even at the ruler's bidding."*

(c) Misvention – widerrechtliches Abweichen von einer korrekten internen Norm

Das fehlerhafte Abweichen von einer rechtlich korrekten internen Norm (*misvention*) ist die eindeutigste Verletzungshandlung durch ein Organisationsmitglied; sie kann unbeabsichtigt oder absichtlich erfolgen. Die unabsichtliche Verletzung von Normen betrifft eher die Analyse der Fehlerbedingungen. Interessieren soll hier primär die absichtliche Verletzung interner Normen. Man hat Untersuchungen über die Arten solcher Verletzungen angestellt sowie über die Umstände, die eine Normverletzung begünstigen. Dabei unterscheidet die Fehlerforschung verschiedene Arten von Verletzungen[1258]: „*Routine violations*" rühren aus der Tendenz der Menschen, aus Bequemlichkeit den Weg des geringsten Widerstandes zu wählen und beispielsweise vorgeschriebene aufwendige Sicherheitsprüfungen nach und nach zu unterlassen, wenn ein Unfall ausbleibt. Es hat sich gezeigt, dass mit einer Handlung verbundene Risiken unterschätzt werden, wenn die Handlung wiederholt erfolgreich ausgeführt wurde[1259]. In der Tat hat die Verletzung von Sicherheitsnormen oft keine unmittelbaren negativen Konsequenzen (man spricht dann von „*incorrect, but successful, violation of good rules*"[1260]), schwächen aber die Sicherheit einer Organisation mittel- und langfristig. Begünstigt werden solche Verletzungen durch eine Organisationskultur, die normwidriges Verhalten nicht sanktioniert, sowie durch übermässig komplizierte Anweisungen. Trauriges Beispiel für *routine violations* war das Verhalten der Operateure des Kernreaktors Tschernobyl vor der Katastrophe von 1986[1261]. „*Optimizing violations*", die zweite Gruppe, haben ihren Ursprung darin, dass die Lust überhand nimmt, Nebeneffekte zu optimieren, die mit der eigentlichen Aufgabenerfüllung nichts zu tun haben (z. B. aus Vergnügen zu schnell zu fahren). „*Necessary violations*" schliesslich sind Normverletzungen, die absolut notwendig sind, damit eine Aufgabe überhaupt erledigt werden kann. Sie sind der Grundtyp der *correct violation of bad rules*.

Interessant für die vorliegende Arbeit sind Untersuchungen über Faktoren, die eine Normverletzung begünstigen, wobei hier der Fokus auf der *bad violation of good rules* liegt, so namentlich die Verletzung von Sicherheitsnormen, die im Hinblick auf die Schädigung Dritter relevant ist. REASON weist hier insbesondere auf ein in den 1980er Jahren entwickeltes Modell von WILLIAMS hin. Dieser bezeichnet Umstände, die Fehler begünstigen sowie Faktoren, die Normverletzungen begünstigen. Das Modell soll hier nicht ausführlich dargestellt werden. Ich möchte nur auf zwei Skalen hinweisen, die WILLIAMS aufgrund vieler anderer Studien erstellt hat. Die eine zeigt Umstände, welche Fehler begüngstigen; diese Skala wird weiter hinten dargestellt[1262]. Die zweite Skala[1263] beeinhaltet Faktoren, die Normverletzungen begünstigen (*violation-producing conditions*). Zu nennen wären hier (mit absteigender kausaler Bedeutung) folgende Umstände:

- die Person vermutet, es sei nicht sehr wahrscheinlich, dass die Normverletzung entdeckt wird (d. h. sie fühlt sich unbeobachtet);
- das Befolgen der Norm erscheint der Person lästig (denn durch die Verletzung von Sicherheitsnormen wird das Leben für Operateure zunächst leichter, weil sich gewisse

---

1258 REASON, Organizational Accidents, S. 73.
1259 SEMMER/REGENASS, Safety Culture, S. 90.
1260 REASON, Organizational Accidents, S. 76; s. a. hinten, S. 236, zum Gefährdungs- und Sicherheitspotential mehrstufiger Schutzsysteme.
1261 REASON, Organizational Accidents, S. 76 f.
1262 Siehe hinten S. 191 ff.; Skala wiedergegeben bei REASON, Organizational Accidents, S. 142 f.
1263 Skala wiedergegeben bei REASON, Organizational Accidents, S. 146.

Abläufe ohne die Behinderungen durch Sicherheitsmassnahmen durchführen lassen[1264]);

- die Vermutung der Person, ihre Autorität oder ihr Status erlaube ihr Normverletzungen;
- Kopieren des Verhaltens anderer Mitarbeiter;
- die Abwesenheit einer Autoritätsperson, welche die Normverletzung missbilligt;
- die Überzeugung der fraglichen Person, es sei notwendig, einer (inoffiziellen) Autoritätsperson zu gehorchen;
- Gruppendruck.

Interessant ist, dass der Gruppendruck gemäss dieser Untersuchung offenbar schwächer wirkt als die „organisatorische Dunkelheit"[1265].

(d) Korrekte Verletzung unangemessener Normen (correct violation of bad rules) und Improvisation bei fehlenden Normen

Die korrekte (d. h. rechtskonforme und auf der Sachebene erfolgreiche) Verletzung unpassender Normen wird in der haftpflichtrechtlichen Literatur – wie schon angetönt – selten besprochen. Dies verwundert kaum, da eine Normverletzung wohl deshalb „erfolgreich" ist, weil sie nicht zu einem Schaden führt. Zu untersuchen ist hingegen die Frage, wie der Fall, wo diese Art der Normverletzung dennoch Schäden verursacht, haftpflichtrechtlich zu behandeln ist.

Wie noch näher auszuführen ist (S. 190 ff.), unterscheidet die moderne Fehlerforschung verschiedene Fehlerebenen – die Gewohnheitsebene, die Regelebene und die Wissensebene. Besonders auf den ersten beiden Ebenen lässt sich die Analyse von Fehlern oft gut anhand eines Vergleichs mit bestehenden Normen durchführen. Das heisst, ein Fehler auf der Regelebene besteht oft darin, dass eine falsche Norm auf ein Problem angewendet oder die richtige Norm falsch interpretiert wird[1266]. Die korrekte Verletzung einer unpassenden Norm findet dann statt, wenn ein Problem formell gesehen auf der Regelebene liegt, aber die zur Lösung vorgesehene Norm in den Augen der handelnden Person unangemessen erscheint. Deshalb verletzt sie die Norm und ersetzt das normtreue Verhalten durch ein anderes, das sie selbst bestimmt. Hier findet der Übergang zur *Improvisation* statt, die typischerweise im „normfreien" Raum stattfindet. Improvisation soll dazu dienen, zu einem Problem neue Lösungsideen zu finden, und durchbricht so das Modell der rational durchgestalteten Organisation, denn:

- es kann für ein völlig neues Problem gar keine Weisungen geben, weder in Form von allgemeinen Normen noch von konkreten Anweisungen;
- die Kontrollmöglichkeiten durch Vorgesetzte sind drastisch begrenzt, weil letztere mangels einer Lösung des Problems kein sorgfältiges hypothetisches Alternativverhalten definieren können, mit dem das Verhalten der handelnden Person verglichen werden könnte;

1264 Siehe hierzu auch DÖRNER S. 51 f.

1265 Aus der Sicht des Unternehmensstrafrechts s. hierzu auch Botschaft (1998) ad StGB, Ziff. 217.24, und den dortigen Verweis auf den Begriff der „organisierten Unverantwortlichkeit" gemäss MILLS (Fn 398).

1266 Zur Psychologie der Normverletzung auf Regelebene s. eingehender REASON, Human Error, S. 74 ff.

– Improvisation spielt sich in einer Grauzone ab zwischen völlig neuem, freiem Handeln und dem Handeln im Rahmen des organisatorischen Kontexts und der allgemeinen Rechtsordnung.

Nun könnte man – in Anlehnung an die klassische Organisationslehre – postulieren, Handeln ausserhalb des organisatorischen Regelwerks sei per Definition unerwünschtes Handeln (zumindest im Hinblick auf die organisatorischen Ziele). Aber diese Sichtweise verkennt wesentliche Elemente der Realität. Zunächst einmal ist bekanntlich der Anspruch, für alle möglichen Probleme eine normative Lösung vorzusehen, weder für den staatlichen noch für den organisatorischen Gesetzgeber erfüllbar. Lücken sind erfahrungsgemäss in einem normativen System unvermeidlich. Im Weiteren wurde erwähnt, dass eine Organisation schlichtweg kollabieren würde, hielten sich alle ihre Mitglieder strikte an das interne Regelwerk. „Dienst nach Vorschrift" ist ein Streikmittel, das eine Organisation zur Lähmung bringen kann[1267]. Die Erfahrung zeigt vielmehr, dass Improvisation – d. h. Handeln im normfreien Raum oder unter Verletzung einer internen Norm – eine für Organisationen lebensnotwendige Verhaltensweise ist. Die moderne Forschung legt deshalb einen starken Akzent auf die Forderung nach „fehlertoleranten" Organisationen (siehe S. 169 ff.). Ausserdem zeigen die besprochenen Forschungsarbeiten zu sogenannten *high reliability organizations* (siehe S. 171 ff.), dass die zeitweilige Lockerung des internen normativen und hierarchischen Gefüges die Ausführung sehr gefährlicher Tätigkeiten überhaupt erst möglich macht. Es gehört aber zwingend zur Improvisation, dass sie auch scheitern kann. Und es sind solche Fälle, die typischerweise zu Schäden führen. Deshalb wird zu prüfen sein, wie sie das Haftpflichtrecht behandelt bzw. behandeln sollte.

e) Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte

(1) Organisationsrisiko

(a) Sicherheitsfaktoren versus Risikofaktoren in zentralisierten bzw. dezentralisierten Organisationen

Die Gegenüberstellung der zwei entgegengesetzten Organisationsformen – die bürokratische, hierarchische, tendenziell zentralisierte einerseits, die arbeitsgruppenorientierte, dezentralisierte andererseits – hat gezeigt, dass jede dieser Formen im Hinblick auf die Sicherheitskultur Vorteile und Nachteile, mit anderen Worten „Sicherheitsfaktoren" bzw. „Risikofaktoren" aufweist. Um ein paar Beispiele zu nennen: Ist einerseits das Sicherheitsmanagement mittels strikt zu befolgender Weisungen eindeutig ein Sicherheitsfaktor der bürokratischen Organisation, so stellen die Starrheit von Sicherheitsnormen in dynamischem Umfeld oder die „Weisungsspirale" ein Risikofaktor dar. Erlaubt zwar die grosse Autonomie der Arbeitsgruppen im Prozessmanagement grosse Flexibilität und Schnelligkeit bei der Reaktion auf Risiken, so generiert die – wegen des Innovativitätsdrucks erforderliche – hohe Fehlertoleranz wiederum ein typisches Organisationsrisiko. Ein Vorteil des Arbeitsgruppenmodells – eine tendenziell höhere Motivation und damit Leistungsbereitschaft der Organisationsmitglieder, da letzteren mehr Verantwortung zukommt – kann sich zu einem Nachteil wandeln, wenn die erhöhte Verantwortung als Überforderung wahrgenommen wird. Demgegenüber können Routinen, obschon zuweilen lähmend, für Menschen auch entlastende und beruhigende Wirkung haben.

Diese Sicherheits- und Risikofaktoren neutralisieren sich innerhalb einer Organisationsform nicht zwingend gegenseitig. Insbesondere die Forschungen PERROWS (bezüglich dem Ver-

[1267] LUHMANN, Formale Organisation, S. 301.

hältnis zwischen Kopplung, Interaktion und Risiko) legen den Schluss nahe, dass gewisse gefährliche Tätigkeiten paradoxe, letztlich nicht erfüllbare Anforderungen an die organisatorischen Instrumente stellen. Denn Organisationen, die hoch dynamische und gefährliche Tätigkeiten ausüben, müssten gleichzeitig zentralisiert und dezentralisiert gestaltet sein. Demgegenüber zeigen die Arbeiten anderer Forscher bezüglich der *high reliability organizations*, dass es durchaus möglich ist, die Nachteile der einen Organisationsform durch die Vorteile der anderen zu kompensieren. HROs scheinen einen Weg gefunden zu haben, organisatorische Mängel des einen oder anderen Organisationsmodells weitgehend zu beherrschen, indem sie mehrere Modelle neben- und nacheinander anwenden, je nach den Anforderungen der konkreten Situation. Nun liesse sich einwenden, HROs entsprächen nicht dem durchschnittlichen Typ einer Organisation, insbesondere deshalb, weil ihnen fast unbeschränkte Mittel zur Verfügung stehen, was man von den wenigsten Organisationen behaupten kann. Somit sei der durch die HROs praktizierte Sorgfaltsstandard nicht für alle Organisationen wirtschaftlich zumutbar – was eben heissen würde, organisatorische Grundrisiken können nicht mit zumutbarer Sorgfalt beherrscht werden. Diesbezüglich ist aber zu sagen, dass auch andere Unternehmen die parallele Integration verschiedener Organisationsformen gemeistert haben, beispielsweise die beschriebenen japanischen (Sharp) oder europäischen Firmen (Smart) hinsichtlich der Entwicklung innovativer Produkte. Und soweit man PERROWS Schluss teilt, dass gewisse Tätigkeiten im Hinblick auf die Gewährleistung von Sicherheit tatsächlich unvereinbare organisatorische Anforderungen an den Betreiber stellen, so ist zu unterstreichen, dass erst die *konkrete Tätigkeit* der Organisation bestimmte (oder *besondere*) organisatorische Instrumente notwendig macht. Erst die Dynamik, die den Tätigkeiten der untersuchten HROs innewohnt, führt zur Notwendigkeit, eine Unternehmung gleichzeitig zentralisiert und dezentralisiert zu strukturieren, nicht aber bereits das Bestehen der Organisation. Das Organisieren (im funktionalen Sinn) erscheint so als Formgebung der eigentlichen Tätigkeit des Systems. So zeigt beispielsweise PERROW, dass nicht bei allen gefährlichen Tätigkeiten das beschriebene Paradox zwischen enger und weiter Kopplung besteht. Für den Betrieb eines Staudamms beispielsweise genügt grundsätzlich eine zentralisierte Organisation, weil höchst selten plötzliche Notsituationen entstehen, in denen völlig neues, kreatives und schnelles Handeln notwendig wird. Eine Organisation kann also, im Licht der bestehenden Erkenntnisse, offenbar gut oder schlecht gestaltet werden. Die Angemessenheit oder Mangelhaftigkeit organisatorischer Massnahmen ist somit der Formulierung von Sorgfaltspflichten zugänglich.

(b) Informelle Prozesse

Auch durch informelle Prozesse im Sinn der Hawthorne-Experimente wird ein tätigkeitsunabhängiges Organisationsrisiko generiert. Dasselbe gilt für *mikropolitische Prozesse* – letztlich ja ebenfalls informelle Prozesse – , die gegebenenfalls die „Machtvektoren" (das heisst, die Richtung, in welche Macht ausgeübt wird) verschieben oder umdrehen. Durch solche Prozesse können die Formalstruktur der Organisation und dadurch auch Sicherheitsbestrebungen in Frage gestellt werden. Es ist aber nicht eindeutig klar, dass solche Prozesse immer ein Risiko generieren. Es kann sich beispielsweise auch um Reaktionen auf inkompetente Leitungspersonen handeln („Führung von unten"), die schadensmindernde Wirkungen haben. Diese Problematik werde ich später noch eingehender besprechen[1268].

Indirekte, also versteckte Kommunikationen sind nicht *per se* besonders gefährlich. Doch auch aus ihnen fliesst ein gewisses Risiko, weil die Urheber versteckter Mitteilungen ohne

[1268] Siehe hinten S. 211 ff., insbes. S. 214 ff.

eine entsprechende Verantwortung Stimmungen, Meinungen, Einstellungen fördern, die auf indirekten Wegen die Organisationskultur mitbilden und darüber hinaus sehr konkret Handlungen mitbeeinflussen können. Diesen Zusammenhang hat man ja auch im Recht der juristischen Personen erkannt, wo die Rechtsfigur der faktischen Organe[1269] indirekten Kommunikationen ohne Status und Verantwortung Rechnung tragen soll. Gefährlich an indirekten Kommunikationen ist der Umstand, dass sie im Versteckten stattfinden. Denn potentiell schadensträchtige, widerrechtliche Handlungen werden begünstigt, wenn ihr Urheber nicht damit rechnen muss, dass sein Verhalten entdeckt wird[1270]. Die genannten Risikofaktoren werden allerdings durch die Vorteile der streng bürokratischen Organisation teilweise kompensiert. Und so bleibt nur die „unfreiwillig ironische" Feststellung, dass „.. *good administrative control can significantly reduce the probabilities of certain types of errors, and the converse is also true*"[1271]. Insofern lässt sich auch im Phänomen der indirekten Kommunikationen kein erhebliches Organisationsrisiko erkennen.

(c) Beschränkte Rationalität (Verweis)

Durchaus ernstzunehmende generelle Risiken entstehen durch die beschränkte Rationalität menschlichen Handelns sowie gruppendynamische Fehlerneigungen. Diese Aspekte werden im Rahmen des Kapitels über die Fehlerpsychologie gesondert behandelt (S. 189 ff.).

(d) Interne Normstruktur und „Rechtsunsicherheit"

Jedes normative System beinhaltet tendenziell die Gefahr der „Rechtsunsicherheit", weil 1) nie alle denkbaren faktischen Konstellationen normativ erfasst werden können; 2) die Interpretation einer Norm nie völlig klar ist. Diese Annahme setze ich als bekannt voraus; sie wurden denn auch im Verfassungsrecht eingehend diskutiert. Ähnliches gilt zweifelsohne für das interne Normengeflecht einer Organisation: Der Organisationsträger (als „Gesetzgeber" der Organisation) vermag nie alle Konstellationen, beispielsweise Gefährdungssituationen, mit internen Weisungen zu erfassen. Die Mitglieder (als „Exekutive" der Organisation) müssen allfällig entstehende Lücken im Normensystem oft selbständig füllen bzw. müssen sich für eine von mehreren denkbaren Interpretationen einer Norm entscheiden. Aus der hieraus entstehenden Rechtsunsicherheit fliesst meines Erachtens auf einer ganz allgemeinen Ebene ein typisches Organisationsrisiko.

Spezifischer wurde diese Problematik durch die „Weisungsspirale" ausgedrückt, einer Art bürokratischen Dilemmas: Nach Unfällen erlässt die Systemleitung neue Weisungen, welche den Handlungsspielraum der Mitglieder einschränkt, mit dem Zweck, schädigendes Verhalten zu vermeiden. Dies wiederum führt zur Gefahr, dass Mitglieder gewisse Weisungen verletzen müssen (*necessary violations*), um ihre Aufträge effizient genug erfüllen zu können. Durch diese Verletzungen erhöht sich wiederum das Schadenspotential der Organisation. Auch in diesem Dilemma ist ein typisches Organisationsrisiko zu erblicken.

Die widerrechtliche Verletzung passender Normen (*bad violation of good rules*) gehört tendenziell zum Problemkreis kriminellen Verhaltens. Dass Menschen in Organisationen kriminell handeln, ist ein Risiko, das sich nicht gänzlich eliminieren lässt. Das gilt zwar auch für Gesellschaftsbereiche ausserhalb der Organisation. Kriminelles Verhalten kann im organisierten Kontext aber deshalb schadensträchtiger sein als ausserhalb, weil das Mitglied

---

1269 Siehe hierzu vorne S. 50 ff.

1270 REASON, Organizational Accidents, S. 146.

1271 SWAIN/GUTTMAN (1983), zitiert bei WILPERT/KLUMB, S. 87.

seinen widerrechtlichen Absichten durch die Infrastruktur und Machtmittel der Organisation sowie das Vertrauen, das die Umwelt der Organisation allenfalls entgegen bringt, grössere Wirkung verleihen kann. Im Kern stellt diese Gefahr ein typisches Organisationsrisiko dar, das sich nicht vollständig beseitigen lässt. Dieses Risiko kann aber durch die Beachtung verschiedener Sorgfaltspflichten abgeschwächt werden, die sich beispielsweise auf die Erkenntnisse stützen können, welche Faktoren normwidriges Verhalten begünstigen (z. B. Intransparenz, kriminogener Gruppendruck etc.) und auf die Vermeidung dieser Faktoren zielen müssten.

Komplexer ist die Situation hinsichtlich der *Improvisation*, d. h. angesichts einer fehlerfreundlichen Organisationskultur bzw. angesichts neuer, ungewohnter Situationen, die durch keine internen Normen erfasst werden. Dass Fehler und damit Schäden wahrscheinlicher werden, wenn Individuen einer neuen, unbekannten Situation begegnen, ist an sich kein typisch organisatorisches Risiko. Soweit sich aber Improvisation in einer Organisation abspielt, steht sie in einem Antagonismus zur Formalstruktur, was Unsicherheiten bezüglich deren Geltungsbereichs hervorrufen kann und so ein genuines Organisationsrisiko birgt.

(2) Sorgfaltspflichten: lex lata und lex ferenda

(a) Bürokratisches Modell als Ausgangspunkt

Zunächst ist hervorzuheben, dass Struktur und Auslegung von OR 55 offenbar auf dem *bürokratischen Organisationsmodell* gründen. Relevant für die Beziehung zwischen Geschäftsherr und Hilfsperson ist ein Subordinationsverhältnis, welches in der Praxis zumeist ein hierarchisches Unterordnungsverhältnis ist. Dieses Verhältnis charakterisiert sich u. a. dadurch, dass der Geschäftsherr die – rechtliche oder faktische – Möglichkeit hat, der Hilfsperson Weisungen zu erteilen, und zwar nicht nur darüber, welche Arbeiten ausgeführt werden sollen (wie der Auftraggeber dem Beauftragten), sondern auch, *wie* dies geschehen soll. Eine grundsätzlich hierarchische Struktur handelnder Organisationen ist auch durch das Handelsrecht vorgezeichnet, dessen Rechtsformen regelmässig von einer Hierarchie mit Arbeitsteilung und Verantwortungsdifferenzierung ausgehen. Bei der AG beispielsweise existieren oberste Leitungsgremien (Generalversammlung und Verwaltungsrat) mit gewissen unübertragbaren Aufgaben, wobei andere Leitungsaufgaben delegiert werden können (s. z. B. OR 716b). Dadurch sind allerdings neuere Organisationsformen wie Projektmanagement nicht ausgeschlossen, da ja auch teilautonome Arbeitsgruppen Teil eines umfassenderen hierarchischen Gefüges sind. Selbst das Organisationsrecht des Bundes hält fest, dass Formen der Projektorganisation in der Bundesverwaltung durchaus vorkommen können (s. RVOG 56), obschon deren Grundstruktur streng hierarchisch gestaltet ist.

Im Kontext von OR 55[1272] wird vom Geschäftsherr erwartet, dass er die Hilfsperson überwacht und seinen Betrieb gut organisiert, u. a. indem er für eine klare Kompetenzabgrenzung sorgt. Auch hierbei handelt es sich durchgehend um Merkmale der bürokratischen Organisation. Allerdings werden diese Kriterien weit gefasst: Auch die Mitglieder einer teilautonomen Arbeitsgruppe würden als Hilfspersonen des Organisationsträgers betrachtet, soweit sie weisungsabhängig sind[1273], d. h. sofern sie nicht als unabhängige Unternehmer zu qualifizieren sind. Das heisst, der Geschäftsherr haftet für das Verhalten teilautonomer Arbeitsgruppen, wie wenn er die volle hierarchische Kontrolle über sie hätte, selbst wenn dies tatsächlich nicht der Fall ist. Er kann seine deliktischen Pflichten aus OR 55 nicht delegie-

---

1272 Zur Rechtspraxis bezüglich OR 55 s. vorne S. 15 ff.

1273 Siehe auch MATUSCHE-BECKMANN, S. 347, bezüglich BGB 831.

ren, was auch durch den Ausschluss des dezentralisierten Entlastungsbeweises im schweizerischen Recht verdeutlicht wird. Im Weiteren haftet der Geschäftsherr grundsätzlich auch dann, wenn seine Hilfsperson fachkundiger war als er. Auch diesbezüglich wird in der geltenden Auslegung von OR 55 berücksichtigt, dass sich zu viele oder unpassende Weisungen kontraproduktiv auswirken können, insbesondere dann, wenn der Geschäftsherr weniger fachkundig ist als die Hilfsperson. Zwar wird hinsichtlich fachkundiger Hilfspersonen weniger Überwachung vom Geschäftsherrn verlangt als bezüglich unerfahrener; aber auch bei erfahrenen Mitarbeitern sind gelegentliche Kontrollen erforderlich, und falls die Überwachung eines Spezialisten mangels Fachkenntnissen des Geschäftsherrn nicht möglich ist, muss gegebenenfalls ein zweiter Spezialist beigezogen werden.

Somit vermag OR 55, trotz des ihm zugrundeliegenden bürokratischen, hierarchisch geprägten Organisationsmodells, auch dezentralisierte Organisationsformen strukturell zu erfassen[1274]. Die Erfordernis der „guten" Organisation lässt sich auf jede erdenkliche Organisationsform anwenden und muss im Einzelfall beurteilt werden. Man hat im Übrigen darauf hingewiesen, dass es kein einheitliches, alleiniges Organisationsmodell gibt, dessen konsequente Umsetzung automatisch und für alle denkbaren Tätigkeiten zur Entlastung gemäss OR 55 führen würde[1275]. Ergänzend kann angefügt werden, dass die Staatshaftung gemäss VG 3 und die Haftung für Organe nach ZGB 55/2 weniger deutlich auf ein bestimmtes Organisationsmodell Bezug nehmen als OR 55 und deshalb *a fortiori* für viele denkbare Organisationsformen angemessen sind. Allerdings stellt sich für alle drei Normen, mehr als für OR 101, die nicht leicht zu beantwortende Frage, wo die Grenzen des haftungsrelevanten Organisationsbereichs einer dezentralisierten Organisation konkret zu ziehen sind, ob, mit anderen Worten, eine Haftung des Trägers auch für unabhängige Unternehmer besteht, die für die Organisation arbeiten (s. hierzu eingehendere Bemerkungen hinten S. 295 ff.).

(b) Informelle Prozesse

Schadensträchtige Wirkungen *informeller Prozesse*, wie Cliquenbildung oder Machtspiele, werden dem Geschäftsherrn nach OR 55 ebenfalls zugerechnet, sofern er seine Sorgfaltspflichten verletzt. Massstab für die Haftung des Geschäftsherrn ist zwar primär die organisationsinterne Weisungsstruktur. Er haftet aber auch dann, wenn die Hilfsperson von seinen Weisungen abweicht; er hat laut Bundesgericht vielmehr dafür zu sorgen, dass dies nicht geschieht[1276]. Im Zusammenhang mit der Fürsorgepflicht des Geschäftsherrn als Arbeitgeber wird beispielsweise dessen Haftung für Mobbing (auch ein informeller Prozess) bejaht, wobei nicht ganz klar ist, ob die Lehre diesbezüglich eine Kausalhaftung postuliert (was GIG 5/3 widerspräche)[1277]. Überdies haftet er auch, wie vorhin erwähnt, wenn er faktisch nicht in der Lage war, seinen Sorgfaltspflichten nachzukommen. Aus der Sicht der Organisationstheorie ist es durchaus nachvollziehbar, dass der Organisationsträger für informelle Prozesse haftet. Soweit diese aber die Gestalt eines ausschliesslichen Fehlverhaltens der Hilfsperson annehmen, ohne dass eine Sorgfaltswidrigkeit des Geschäftsherrn vorliegt, wäre

---

1274 Man hat auch aus ethischer Sicht darauf hingewiesen, dass moderne Managementtheorien wie *lean production* hinsichtlich der Verantwortungsarten und - zuschreibung zu keinen anderen Schlüssen führen als traditionellere Strukturen, siehe MARING, Verantwortung, S. 316 ff., mit Verweisen.

1275 Sinngemäss MATUSCHE-BECKMANN, S. 334 und 356, mit Bezug auf das Organisationsverschulden nach BGB 823.

1276 Zur Fragwürdigkeit dieser Rechtsprechung s. hinten S. 250 ff.

1277 Siehe hierzu vorne S. 41 ff.

eine Haftung nicht mit der Struktur von OR 55 zu vereinbaren, da diese nach wie vor am Fehlverhalten des Geschäftsherrn anknüpft[1278].

(c) Organisationskultur und Prävention

Die *Organisations- bzw. Sicherheitskultur* ist gemäss OR 55 nur insoweit relevant, als sie sich in beweisbaren Massnahmen konkretisiert und im konkreten Fall kausal auf die Schadensverhütung abzielte. Ein Beispiel hierfür ist BGE 43 II 181, wo dem Geschäftsherrn in wenigen Worten eine Art Sicherheitskultur attestiert wurde, in jenem Bereich der Organisation, aus dem der Schaden entstand. Das Haftpflichtrecht ist diesbezüglich naturgemäss grobschlächtiger als die Organisationspsychologie: Viele nicht-verbale, nicht in Form von Weisungen oder Massnahmen konkretisierte Elemente der Organisationskultur spielen keine Rolle – etwa im Rahmen eines Sorgfaltsbeweises – , wenn ihre kausal schadensmindernden Auswirkungen nicht rechtsgenüglich bewiesen werden.

Diesbezüglich kann man sich fragen, ob sicherheitskulturelle Massnahmen des Organisationsträgers auch dann haftungsmildernd wirken sollten, wenn sie nur das allgemeine Sicherheitsniveau der Organisation anzuheben geeignet waren, aber im konkreten Schadensfall versagten.

> Man stelle sich beispielsweise vor, ein Spital habe eine interne, anonyme Fehlerdatenbank eingerichtet, die zu benutzen alle im Spital tätigen Ärzte verpflichtet sind. Der Arzt A nimmt eine heikle Operation vor und verletzt einen Patienten infolge eines Kunstfehlers. Es zeigt sich, dass der Arzt B zwei Wochen zuvor denselben Fehler begangen und in der Fehlerdatenbank verzeichnet hatte. Arzt A hatte aber schon seit 3 Wochen die Datenbank nicht mehr konsultiert und konnte deshalb nicht von der Erfahrung des Arztes B profitieren. Könnte sich nun das Spital gemäss OR 55 für das Fehlverhalten von A entlasten, indem es beweist, dass die interne Fehlerdatenbank geeignet war, den Schaden zu verhüten, und dass der Schaden durch das Verschulden eines an sich erfahrenen und kompetenten, also keiner dauernden Überwachung bedürfenden Arztes verursacht wurde?

Hielte man sich an die Struktur von OR 55, so müsste die Entlastung des Spitals gelingen. Nach neuerer Rechtsprechung würde das Bundesgericht das Spital im beschriebenen Fall aber vermutlich haften lassen, wahrscheinlich mit der Begründung, das Spital hätte besser kontrollieren müssen, dass alle Ärzte die Datenbank konsultieren (*culpa in custodiendo* oder *instruendo*). Diese Lösung ist aus rechtssystematischer Sicht *de lege lata* problematisch, da OR 55 nur an das Fehlverhalten des Geschäftsherrn, nicht an jenes der Hilfsperson anknüpft[1279].

[1278] Siehe hierzu eingehender hinten S. 248 ff.

[1279] Allerdings zeigt dieses Beispiel einen Widerspruch zwischen der präventiven und der kompensatorischen Funktion des Haftpflichtrechts. Die ökonomischen Ausführungen haben gezeigt, dass externe Schadenskosten auch präventiv internalisiert werden können, beispielsweise durch höhere Investitionen des Organisationsträgers in Sicherheit. Wenn nun aber trotz erhöhter Sicherheitsmassnahmen ein Schaden auftritt und der Organisationsträger zu dessen Ersatz verpflichtet wird, muss er externe Schadenskosten quasi doppelt internalisieren, über den Schadenersatz wie auch über präventive Sicherungskosten. Müsste er aber nicht haften, so bliebe der Schaden des Geschädigten dennoch ungedeckt und somit ein Teil externer Kosten nicht internalisiert. Denn der Geschädigte zieht aus den erhöhten Investitionen in Sicherheit dann keinen Nutzen, wenn sich diese kausal nicht auswirken, d. h. wenn trotz teureren Schutzmassnahmen ein Schaden auftritt. Gäbe man nun der präventiven Funktion den Vorzug, so müsste der Organisationsträger für seine generell geeigneten Präventionsmassnahmen auch dann belohnt werden, wenn sie sich im konkreten Schadensfall nicht kausal auswirken. Man müsste dann sagen, es genüge, dass der Beklagte „die Allgemeinheit" generell adäquat geschützt hat, wenn so auch

Ähnlich könnte man fragen, ob eine Organisation für das schadensträchtige Versagen von Sicherheitsmassnahmen milder beurteilt werden sollte, wenn die Organisation im betreffenden Bereich bewusst eine höhere Fehlertoleranz praktizierte, um der Organisation Lernen zu ermöglichen. Noch deutlicher als im vorstehenden Beispiel würde man hier aufgrund der Rechtsprechung zu OR 55 wohl auf eine Haftung des Geschäftsherrn schliessen müssen, was m. E. nachvollziehbar ist. Denn im zweiten Fall geht es letztlich um die Frage, wer das Risiko der schadensträchtigen Wirkungen des organisatorischen Lernprozesses tragen sollte. Und dieses Risiko ist dem Organisationsträger aufzubürden, denn er wird mikroökonomisch gesehen auch primär vom organisatorischen Lernprozess profitieren.

(d) Sozio-technischer Ansatz

Was den *sozio-technischen Ansatz* betrifft, so findet er sich sowohl in OR 55 als auch in den strengen Kausalhaftungen verwirklicht. Denn beide Normen beinhalten eine Haftung des Organisationsträgers sowohl für Handlungen der Mitglieder als auch für Auswirkungen technischer Einrichtungen, die zur Organisation gehören. Strenge Kausalhaftungen erfassen so das Schadenspotential eines Betriebes auf zwei Ebenen: Sie tragen der Gefährlichkeit der Tätigkeit Rechnung, indem sie an eine typische Betriebsgefahr anknüpfen, berücksichtigen aber, durch den Einschluss der Haftung für Hilfspersonen, auch den von PERROW hervorgehobenen Umstand, dass sich bei gefährlichen Tätigkeiten menschlich verursachte Organisationsmängel drastischer auswirken. Somit wird die Organisation haftpflichtrechtlich als Einheit von sozialen und technischen Teilsystemen betrachtet (s. in dieser Hinsicht auch VE 51, der die Generalklausel für Gefährdungshaftung, VE 50, ergänzt).

(e) Gestaltung der internen Normstruktur – Improvisation

Der Erlass passender, angemessener und praktikabler Normen seitens des Organisationsträgers beschränkt zweifelsohne die Gefahr, dass Organisationsmitglieder davon abweichen, um sich selbst die Arbeit zu erleichtern. Auch in diesem Kontext könnten unzählige Richtlinien aus der Organisations- und Fehlerforschung aufgelistet werden, was nicht Zweck der vorliegenden Studie ist und ohne Bezug zum Einzelfall wenig Sinn macht.

Auch die unkorrekte Verletzung passender Normen lässt sich mittels genügender Sorgfalt zumindest einschränken. Ist eine Unternehmung angemessen organisiert und herrscht eine konsequente und konstruktive Sicherheitskultur (im Gegensatz zur „kriminellen Verbandsattitüde"), so wird damit das Risiko krimineller oder grobfahrlässiger Normverletzungen reduziert. Die Rechtsprechung zu OR 55 verlangt nicht nur, dass angemessene Sicherheitsweisungen erlassen werden, sondern auch, dass deren Beachtung kontrolliert wird. Damit eine Unternehmung aus der Sicht der Rechtsprechung also gut organisiert ist, muss sie mit der Möglichkeit von Normverletzungen durch ihre Mitarbeiter rechnen und für diesen Fall

---

der konkret Geschädigte leer ausginge. Dies wiederum widerspricht aber einem ethisch fundierten Gerechtigkeitsgefühl, das nach adäquatem Ausgleich legitimer Interessen strebt. Und mangels einer wirklich tragfähigen gesamtgesellschaftlichen ökonomischen Theorie (bis *dato* jedenfalls) geht es für das Haftpflichtrecht darum, Schäden primär auf mikroökonomischer Ebene plausibel zu verteilen. Damit rückt seine Kompensationsfunktion in den Vordergrund. Der Widerspruch zwischen Prävention und Kompensation ist so in Verbindung zu setzen mit dem erwähnten Konflikt zwischen makro- und mikroökonomischer Analyse (s. a. S. 125 ff.). Je nach „Rechengrösse", nach dem Umfang des für eine ökonomische Analyse berücksichtigten gesellschaftlichen Sektors fallen die Resultate völlig unterschiedlich aus. Was für die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt gut ist, begünstigt nicht zwingend den Einzelnen, und *vice versa*.

bestmögliche Schutzvorkehrungen treffen. Dazu gehören insbesondere die grundlegendsten Überwachungspflichten seitens des Organisationsträgers (und als Entsprechung hierzu, Rechenschaftspflichten des Mitglieds). Anhaltspunkte können auch die Erkenntnisse der Fehlerpsychologie bieten, welche Umstände Normverletzungen am ehesten begünstigen. Im Vordergrund steht die Vermeidung des „organisatorischen Dunkels", somit also die Förderung von Transparenz[1280].

> Als anschauliches Beispiel für die Auswirkungen mangelnder Transparenz und Kontrolle besonders bei riskanten Tätigkeiten kann der Untergang der renommierten Barings Bank dienen, welche durch riskante Börsenspekulationen eines einzigen Mitarbeiters, NICK LEESON verursacht wurde. LEESON genoss als Verantwortlicher für gewisse Transaktionen im asiatischen Markt offenbar eine uneingeschränkte Handlungsfreiheit, die durch eine überaus naive Haltung des Managements am Hauptsitz begünstigt wurde. Bei der Untersuchung des Falles zeigte sich u. a., dass die mangelnde Kontrolle über Leesons Aktivitäten die Folge einer unklaren Kompetenzaufteilung war („he was always regarded someone else's responsibility"; „there always seemed to be something else more pressing")[1281].

Eine weitere, wichtige Frage im Zusammenhang mit Normverletzungen ist jene, wie *Improvisation* haftpflichtrechtlich zu behandeln ist. Improvisation findet dann statt, wenn zur Lösung eines Problems keine oder nur unpassende Normen verfügbar sind oder das Organisationsmitglied bestehende Normen nicht kennt. Zum Einen betrifft Improvisation den *Lernprozess*. Hinsichtlich der Haftung für medizinische Behandlung beispielsweise geht die deutsche Rechtsprechung davon aus, dass für riskante Eingriffe nur genügend erfahrene Ärzte beigezogen werden dürfen[1282]. Jeder Arzt aber, letztlich jede Berufsperson, ist zu Beginn ihrer Tätigkeit Anfänger und kann sich verschiedene Aspekte ihres Berufs nur durch Erfahrung aneignen, indem sie ihn ausübt (*learning by doing*). Für den Anfänger sind verschiedene Handlungen Improvisation, die für den Erfahrenen bereits zur Routine geworden sind. Folgte man der Rechtsprechung, dürften nie Anfänger beigezogen werden, was aber eine sinnvolle Ausbildung verunmöglicht. In dieser Hinsicht wurde die strenge deutsche Rechtsprechung zur Auswahl des behandelnden Arztes im Bereich des Organisationsverschuldens kritisiert, und es wurde beispielsweise gefordert, dass der für bestimmte Eingriffe bereits erfahrene Anfänger nicht dauernd kontrolliert werden müsse, sondern nur im Fall voraussehbarer Komplikationen, nach Massgabe des Einzelfalls[1283].

Auf einer anderen Ebene wirft das Phänomen der Improvisation die grundlegende Frage auf, wie der Fall haftpflichtrechtlich zu entscheiden ist, in dem keine Normen zur Verfügung stehen, um konkrete Handlungen rechtlich zu qualifizieren. Wie angedeutet, spielt es natürlich eine Rolle, ob die Improvisation erfolgreich verläuft oder nicht, d. h. ob Schäden entstehen oder nicht. Aus haftpflichtrechtlicher Sicht stellt sich das Problem, dass sich hinsichtlich der Improvisation kein hypothetisches, sorgfältiges Vergleichsverhalten konstruieren lässt, an dem sich der Schädiger *ex ante* hätte orientieren können, weshalb kaum zu klären ist, ob eine Improvisation genügend sorgfältig war. Dieser Umstand könnte somit entweder zu einer Kausalhaftung oder zu einer systematischen Haftungsbefreiung bei Improvisation führen. Solche extremen Konsequenzen sind allerdings nicht notwendigerweise an-

---

1280 Siehe hierzu auch die Bemerkung in BGE 72 II 264: „Allein das blosse Bewusstsein, unter aktiver wenn auch nur gelegentlich in Erscheinung tretender Aufsicht zu stehen, pflegt erfahrungsgemäss das Pflichtgefühl des Angestellten ständig wach zu halten."

1281 Siehe Beschreibungen bei REASON, Organizational Accidents, S. 28 ff. und MARING, Verantwortung, S. 245 ff.

1282 MATUSCHE-BECKMANN S. 172 ff.

1283 Siehe MATUSCHE-BECKMANN S. 174 mit Verweisen. Auch hier geht es um die Frage, wer die Risiken und Kosten des organisationsinternen Lernprozesses zu tragen hat (s. vorne S. 184 f.).

gebracht, sofern man im Hinblick auf die Beurteilung der Unsorgfalt die Situation wirklich konsequent *ex ante* betrachtet. Dabei ist es wesentlich, im Einzelfall jene Umstände, die der Schädiger nicht beeinflussen konnte, von beeinflussbaren zu unterscheiden. Im Zentrum wird dabei die Frage stehen, welche Risiken selbst angesichts der Ungewissheit der Situation vermeidbar und aufgrund der Voraussehbarkeit *ex ante* zu vermeiden gewesen wären. Das so selbst bei misslungener Improvisation nicht automatisch eine Haftungsfolge eintreten muss, belegt beispielsweise BGE 115 Ib 175 aus dem Bereich der Haftung des Staates für ärztliche Behandlung, der eine sehr komplizierte Herzoperation betraf. Da unerwartete Schwierigkeiten auftraten, kann man durchaus von Improvisation sprechen, zumal sich die Expertengutachten hinsichtlich der Angemessenheit der getroffenen chirurgischen Entscheide widersprachen. Das Bundesgericht hat zur Beurteilung der Unsorgfalt in diesem Entscheid zu Recht eine Perspektive *ex ante* gewählt[1284].

Aus der Sicht von OR 55 zu besprechen ist noch eine weitere Variante der Improvisation, nämlich den Fall, in dem eine interne Norm oder Anweisung zu Recht als unpassend erachtet und deshalb verletzt wird (*correct violation of a bad rule*) und die normierte Handlungsanweisung durch ein Verhalten ersetzt wird, das in der Regel als sorgfältig zu werten wäre, aber aufgrund unglücklicher Umstände trotz guter Absicht des Handelnden Mitglieds zum Schaden führt[1285]. Gemäss OR 55/1 2. Halbsatz sollte sich ein Geschäftsherr in einer solchen Konstellation entlasten können (pflichtgemässes Alternativverhalten). Gesetzt den Fall, man könne dem Mitglied kein Verschulden zur Last legen: Wäre man hier nicht dennoch geneigt, dem Geschäftsherrn vorzuwerfen, er habe unpassende Weisungen erlassen, wodurch der Improvisation und der notwendigen Handlungsflexibilität zu wenig Raum gelassen worden sei; dies aber habe das Abweichen von den Weisungen überhaupt erst notwendig gemacht und durch die entstehende Unsicherheit letztlich den Schaden verursacht? Würden aber gar keine Weisungen bestehen – oder sehr allgemeine, die Elemente der Improvisation im Rahmen des Ermessensspielraums *a priori* einschlössen – würde der Vorwurf an den Geschäftsherrn dann nicht lauten, er habe fälschlicherweise keine oder nicht genügend detaillierte Weisungen erlassen, weshalb der Schaden verursacht worden sei? Beide Vorwürfe sind aus der Sicht der organisatorischen Sorgfalt dann nicht angemessen, wenn es mangels zureichender Kenntnis der Situation auch für den Organisationsträger nicht möglich war, angemessene Weisungen zu erlassen, und somit ein Dilemma bestand. In solchen Fällen, wo die Improvisation als geeignetes organisatorisches Instrument erscheint, fehlt ein sinnvolles Element, mit dem das „Verhalten" des Organisationsträgers rechtlich qualifiziert werden könnte, da dieser sich zugunsten der Handlungsfreiheit von untergebenen Fachpersonen zurückzieht und – für einen Moment lang – nichts mehr organisiert. Diese Überlegungen bestätigen den Schluss, dass das Element der Improvisation im Kontext der Organisation ein typisches Organisationsrisiko darstellt. Ganz generell lässt sich festhalten, dass die „Pflicht zu sorgfältigem Handeln ... im konkreten Fall gar ein Abweichen von den Verhaltensanweisungen gebieten" kann[1286]; in einer solchen Konstellation dürfte die Normverletzung dem Handelnden konsequenterweise auch dann nicht nachteilig ausgelegt werden, wenn die Handlung zu einem Schaden führt, soweit *ex ante* betrachtet genügend Sorgfalt aufgewendet wurde.

1284 BGE 115 Ib 184 f.

1285 REY, N 946, erwähnt hierzu folgendes Beispiel: Das Fahrzeug eines Kunden einer Garage muss abgeschleppt werden. Der Garagist stellt seiner Hilfsperson ein brüchiges Abschleppseil zur Verfügung, was die Hilfsperson bemerkt. Sie besorgt sich ein anderes, das mit einem nicht sichtbaren Mangel behaftet ist. Es reisst, was zu einer Kollision führt.

1286 MOSER, S. 190, in Bezug auf die Abweichung von Normen von Qualitätssicherungssystemen (wie z. B. ISO-Normen).

Die letztgenannte Problematik ist im Übrigen ein Hinweis darauf, dass die Trennung zwischen organisatorischen und inhaltlichen Sorgfaltspflichten, auf der OR 55 beruht, nicht sachgerecht ist (mehr hierzu hinten S. 254 ff.).

f) Zusammenfassung

Der *erste Abschnitt* zur Organisationstheorie hatte den Zweck, ein paar grundlegende Ansätze der Organisationslehre darzustellen, mit deren Hilfe die nachfolgenden Darstellungen besser eingeordnet werden können. So zeigte sich, dass verschiedene organisatorische Ansätze mit einem jeweiligen Menschenbild zusammenhängen und sich im Laufe der Zeit gewandelt haben. Direkte haftpflichtrechtliche Folgerungen lassen sich aus diesem Abschnitt nicht ableiten.

Der *zweite Abschnitt* über die Organisationsformen sollte die Diskussion näher zum Haftpflichtrecht rücken. Insbesondere die kurze Darstellung der Instrumente der betriebswirtschaftlichen Organisationslehre (z. B. Gliederung, Kompetenz- und Verantwortungsverteilung) öffnete ein Fenster auf den Katalog von organisatorischen Massnahmen, die aus der Sicht der Geschäftsherrenhaftung im Sinn von OR 55 (oder des Organisationsverschuldens gemäss BGB 823) zu einer „guten" Organisation gehören.

Der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit liegt auf einer Analyse möglicher Risikofaktoren, die typischerweise mit dem Prozess des Organisierens zusammenhängen, also nicht mit den Eigenheiten der konkreten Tätigkeit der fraglichen Organisation verknüpft sind. Hier setzte der *dritte Abschnitt* über den Zusammenhang zwischen Organisationsformen und Sicherheitskultur an. Nach ein paar allgemeinen Ausführungen zur Sicherheitskultur wurden die „archetypischen" Organisationsformen „Zentralisierung" und „Dezentralisierung" näher dargestellt und im Hinblick auf die Schadensvermeidung verglichen. Dabei zeigte sich, dass beide Formen in dieser Hinsicht Vor- und Nachteile aufweisen. Zentralisierte Strukturen erlauben eine einheitlichere Umsetzung von Sicherheitsnormen, eignen sich aber wegen ihrer Starrheit eher für Tätigkeiten in statischen Umständen (z. B. Betrieb eines Staudamms, administrative Aufgaben, Schiffs- und Schienentransport). Demgegenüber haben dezentralisierte Strukturen den Vorteil hoher Flexibilität, was sie eher für die Bewältigung dynamischer Umwelten nützlich macht (z. B. Betrieb chemischer Anlagen). In der Organisationslehre findet sich einerseits die These, gewisse gefährliche Tätigkeiten (z. B. Grosschemie, Militär) stellen paradoxe Anforderungen an die Organisation, da letztere gleichzeitig zentralisiert (zur einheitlichen Umsetzung von Sicherheitsnormen) und dezentralisiert (um flexibel auf Gefährdungssituationen reagieren zu können) gestaltet werden müsste. Andererseits haben aber Forschungen zu sogenannten *high reliability organizations* gezeigt, dass es durchaus möglich ist, diesen paradoxen Anforderungen zu entsprechen, wenn die Organisation flexibel zwischen verschiedenen Organisationsmodi hin- und herschalten kann.

Folglich lässt sich, zumindest aus der Gegenüberstellung von Zentralisierung und Dezentralisierung, kein eindeutiges, allgemeines Organisationsrisiko ableiten, das zur Begründung einer strengen Kausalhaftung erheblich genug wäre. Es zeigte sich vielmehr, dass sich dem Organisator besonders dann paradoxe Anforderungen stellen, wenn der *konkreten Tätigkeit* eine besondere Gefährlichkeit oder Dynamik innewohnt. Eine strenge Haftung müsste deshalb nicht an den Umstand der Organisation an sich, sondern an die Eigenheiten der konkreten Tätigkeit anknüpfen (z. B. chemische Produktion, Betrieb von Nuklearanlagen).

Informelle Prozesse (wie Mikropolitik, „Führung von unten", Mobbing, indirekte Kommunikationen etc.) bergen zwar ein gewisses Gefährdungspotential, können aber gleichzeitig auch gewisse Mängel der Formalstruktur (wie unpassende Normen, Führungsmängel etc.) in

einem konstruktiven Sinn korrigieren. Deshalb lässt sich aus ihnen kein deutliches, erhebliches Organisationsrisiko ableiten.

Auf der Ebene der organisatorischen Sorgfaltspflichten zeigte sich zunächst, dass sich der Gesetzgeber mit OR 55 tendenziell am bürokratischen Organisationsmodell (eher zentralisiert, hierarchisch etc.) orientiert hat, dass diese Bestimmung aber dezentralisiertere Organisationsformen wie Projektmanagement durchaus zu erfassen geeignet ist. Es stellt sich jedoch die Frage, ob sich infolge der zunehmenden Tendenz zum *outsourcing de lege ferenda*, in Anlehnung an OR 101, eine Haftung auch für unabhängige Unternehmer aufdrängt.

Schadensträchtige Wirkungen *informeller Prozesse*, wie Mobbing oder Machtspiele, werden dem Geschäftsherrn nach OR 55 im Grundsatz ebenfalls zugerechnet, sofern er seine Sorgfaltspflichten verletzt, d. h. sofern nicht ein ausschliessliches Fehlverhalten der Hilfsperson vorliegt. Die *Organisations- bzw. Sicherheitskultur* ist gemäss OR 55 – im Sinn einer Entlastung – nur insoweit relevant, als sie sich in beweisbaren Massnahmen konkretisiert und im konkreten Fall kausal auf die Schadensverhütung abzielte.

Das *sozio-technische Organisationsmodell* findet sich in der Praxis zu OR 55 insofern umgesetzt, als der Geschäftsherr auch haftet, wenn der Schaden durch eine in seinem Betrieb befindliche technische Einrichtung verursacht wurde.

Ein typisches Organisationsrisiko fliesst aus dem Umstand, dass *Weisungen* des Organisationsträgers, ähnlich wie staatliche Gesetze, nie völlig eindeutig formuliert werden können und zudem nie sämtliche Eventualitäten abdecken. Überdies verkörpert die Weisungsspirale ein bürokratisches Dilemma, da sie es unter Umständen erforderlich macht, dass Organisationsmitglieder Weisungen verletzen und improvisieren, um ihre Aufträge effizient erfüllen zu können. *Improvisation* darf haftungsrechtlich nicht automatisch zur Haftung führen, nur weil mangels Fachkenntnis oder Weisungen kein hypothetisches, sorgfältiges Vergleichsverhalten konstruiert werden kann.

3. Fehlerpsychologie

a) Vorbemerkung

Im Gegensatz zur Analyse *technischer* Risiken, die sich aus den Eigenheiten einer gefährlichen Technologie (wie Gentechnologie, Grosschemie oder Kernkraft) ergeben, geht es in der vorliegenden Arbeit hauptsächlich um das *menschliche* Verhalten in Organisationen. Ursache für viele Schadensfälle sind menschliche Fehler, verstanden als Abweichungen von einem wünschenswerten hypothetischen Handlungsprofil. Die juristische Qualifikation fehlerhaften Verhaltens steht vorerst nicht im Zentrum. Im vorliegenden Abschnitt geht es vielmehr darum, anhand der Fehlerpsychologie darzustellen, welches die Ursachen von Fehlern sind und wieweit sie das Gefährdungspotential einer Organisation erhöhen. Unterteilt ist der Abschnitt in die Kapitel „Individuelles Fehlverhalten" (S. 190 ff.) sowie „Fehler im Gruppenkontext" (S. 202 ff.). Bereits besprochen wurde das Verhältnis zwischen Fehlern und Normverletzungen (vorne S. 175 ff., 181 ff. und 185 ff.). Bemerkungen zur Interaktion zwischen Mensch und Maschine folgen weiter hinten (S. 225 ff.). Dadurch sollen die wichtigsten Dimensionen menschlichen Verhaltens in Organisationen erfasst werden.

Es scheint, dass psychologische Gesamtbetrachtungen von Organisationen, die über allgemeine Theorien hinausgehen, nach wie vor selten stattfinden und gegenwärtig seitens der Wissenschaft noch als zu komplex erachtet werden. Deshalb beschränken sich viele Erkenntnisse auf das Verhalten von Individuen und Gruppen. Dennoch sind sie auch für die Analyse des Gesamtverhaltens einer Organisation durchaus relevant. So spielt das Verhalten

von *Gruppen* beispielsweise dann eine zentrale Rolle im Hinblick auf das Gefährdungspotential einer Unternehmung, wenn schadensrelevante Entscheidungen durch kollektive Entscheidungsgremien (Verwaltungsrat, Direktorium etc.) oder Projektteams getroffen werden. Die Analyse *individueller* Fehlerneigungen wiederum rechtfertigt sich ganz allgemein zum besseren Verständnis von Unfallursachen. Im Hinblick auf die vorliegende Studie geht es im Besonderen um die Frage, ob und wieweit eine Organisationshaftung nach anderen Gesichtspunkten als die Individualhaftung ausgestaltet werden soll. Deshalb wird es nachfolgend auch darum gehen, die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen dem individuellen und dem kollektiven fehlerhaften Handeln herauszuschälen, was dessen Gefährdungspotential betrifft.

b) Individuelles Fehlverhalten

> *„Nid eso, nei nei, nid eso hani gseit! ... Stöue, u nid lege! U de la loufe, he, eifach la loufe! U de ga Znüni näh!"*[1287]

(1) Verhaltensebenen und Klassifikationsfragen

(a) Verhaltensebenen

Fehler lassen sich auf verschiedene Arten klassifizieren. Eine Möglichkeit hat in verschiedenen neueren Publikationen allgemeinere Bedeutung erlangt. In Anlehnung an RASMUSSEN unterscheidet REASON zwischen Fehlern auf der Gewohnheitsebene („*skill-based level*"), solchen auf der Regelebene („*rule-based level*") und solchen auf der Wissensebene („*knowledge-based level*")[1288]. *Gewohnheits-Verhalten* ist durch psychische Programme geprägt, die sich automatisch aktivieren, wenn gewisse Umstände eintreten. Beispiel hierfür sind körperliche Reflexe. Verhalten auf der *Regelebene* orientiert sich an bestimmten Normen; deren Anwendung erfolgt jedoch nicht automatisch, sondern muss durch das handelnde Subjekt beschlossen werden. Als Beispiel kann die Durchführung der Routine-Wartung eines Flugzeugs gemäss Handbuch dienen. Das Verhalten auf der Gewohnheits - und Regelebene wird durch vorbestehende Handlungsanweisungen determiniert („*feedforward control*"). Auf der *Wissensebene* hingegen existieren in der Regel weder automatische Reflexe noch Weisungen, die ein Problem lösen könnten. Der Handelnde ist darauf verwiesen, eine Lösung für das Problem selbst zu suchen, oft durch „*trial and error*"-Methoden, das heisst durch „Ausprobieren". Hierbei ist der Problemlöser auf Rückmeldungen der Umwelt angewiesen, die ihm anzeigen, ob eine Massnahme der Problemlösung dienlich ist oder nicht („*feedback control*")[1289]. Ein Beispiel für letztere Kategorie ist die Improvisation bei der Landung eines fast fluguntüchtigen Passagierflugzeugs[1290].

Die Diagnose möglicher Alternativhandlungen bzw. die Voraussage wahrscheinlicher Fehlerformen sind bei Handlungen auf Gewohnheits- und Regelebene eher möglich als bei solchen auf Wissensebene, da Routinen und Weisungen ein engeres Handlungsfeld umschreiben. Fehler auf Wissensebene sind schwieriger zu entdecken und geschehen im Verhältnis zu den Fehlermöglichkeiten häufiger. Während bei Fehlern auf Gewohnheits- und Regel-

---

1287 Aus: „Znüni näh!" von STILLER HAS, Album „Stelzen".

1288 REASON, Human Error, S. 56; s. a. WAGENAAR S. 73 ff.; deutsche Terminologie bei GROTE S. 246; ähnliche, frühere Unterscheidung zwischen „*routinized*" und „*problem-solving responses*" auf Stimuli bei MARCH/SIMON S. 139 f.

1289 Hierzu REASON, Human Error, S. 57.

1290 Beinahe-Absturz der United 232, erklärt bei REASON, Organizational Accidents, S. 79.

ebene persönliche Eigenheiten des Handelnden im Vordergrund stehen (Erfahrung, Geschicklichkeit etc.), entstehen Fehlhandlungen auf Wissensebene viel eher aus systemischen Faktoren[1291].

(b) Fehlertypen nach Verhaltensebene

Auf der *Gewohnheitsebene* entstehen Fehler insbesondere aus zu wenig Aufmerksamkeit („*inattention*") oder zuviel davon („*overattention*"). Zur ersten Gruppe gehören beispielsweise Fälle, in denen ein Handlungsstrang durch den Einbruch einer starken Gewohnheit unterbrochen wird (man wollte Tee kochen, braut sich aus Routine aber trotzdem den gewohnten Kaffee) oder in denen eine beabsichtigte Handlung wegen einer äusseren Unterbrechung nicht zu Ende geführt wird. Ebenso zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang das Vergessen einer Absicht oder die Verwechslung zweier ähnlich aussehender Objekte[1292]. *Zu viel* Aufmerksamkeit kann dann zu Fehlern führen, wenn Selbstkontrollen im falschen Zeitpunkt einsetzen und so beispielsweise eine Routinehandlung unterbrechen[1293]. Ebenso können Routinearbeiten, insbesondere solche, bei denen ständige Reaktionsbereitschaft nötig ist oder jeder Handgriff sitzen muss, durch äussere Impulse im falschen Moment unterbrochen werden[1294]. Umgekehrt sind aber minimale akustische und optische Stimuli der Umwelt für Routinearbeiten konzentrationsfördernd[1295].

Auf der *Regelebene* geschehen Fehler hauptsächlich durch mangelhafte Anwendung passender Regeln und durch Anwendung unpassender Normen. Ausführungen hierzu finden sich bereits weiter vorne, im Kapitel über das Verhältnis zwischen fehlerhaftem- und normwidrigen Verhalten (S. 175 ff.).

Auf der *Wissensebene* schliesslich findet man eine ganze Reihe von Fehlermechanismen, die sich auf die menschliche Fähigkeit zur Problemlösung an sich und deren Grenzen beziehen. Diese seien gleich nachfolgend dargestellt.

(2) Überblick über zentrale Fehlerneigungen und Umstände, die Fehlerbegünstigen, v. a. auf der Wissensebene

Zu den komplexesten Denkprozessen des Menschen gehört die Auseinandersetzung mit Problemen, die sich weder durch die Anwendung von Handlungsnormen noch durch die Aktivierung von Gewohnheiten lösen lassen. Begreiflicherweise entstehen in diesem Prozess auch überdurchschnittlich viele Fehler[1296]. Die Forschung hat bisher viele menschliche Denkmechanismen, die solche Problemlösungsprozesse beeinträchtigen, theoretisch postuliert und experimentell bestätigt. Nachfolgend seien einige wichtige Fehlerneigungen erwähnt:

Mangelhafte Beurteilung von Wahrscheinlichkeitsgrössen:

Verschiedene Fehlertendenzen werden im Zusammenhang mit der Beurteilung von *Wahrscheinlichkeitsgrössen* beobachtet. Dazu gehört beispielsweise die Neigung, zur Einschätzung eines variablen Werts als Ausgangswert eine Grundannahme zu treffen (die z. B. von

---

1291 Zu allem REASON, Human Error, S. 58 ff.; s. a. GROTE S. 246.
1292 Ausführlicher bei REASON, Human Error, S. 68 ff.
1293 REASON, Human Error, S. 73 ff.
1294 Beispielsweise die Piloten durch andere Crew-Mitglieder, siehe AMALBERTI, S. 178.
1295 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 11; s. a. REASON, Human Error, S. 71.
1296 Siehe die Bemerkung bei MARCH/SIMON, S. 171.

Erfahrungen abgeleitet wird) und in der Folge diesen Wert zu „verankern" („*anchoring*"), d.h. den Wert nicht anhand an sich verfügbarer Daten genügend der Realität anzupassen[1297]. Zwar ist die Fehlerwahrscheinlichkeit in der Regel sehr klein. Sie wird aber in der subjektiven Vorstellung aus Bequemlichkeit oft auf „Null" gesetzt. Dadurch werden Risiken systematisch unterschätzt; dies gilt besonders dann, wenn die Gefahr nicht anschaulich und konkret vorstellbar ist[1298]. Daneben existiert eine Reihe von weiteren generellen Fehlerneigungen bei der Vorstellung von Wahrscheinlichkeitsgrössen[1299]; generell erfolgt eine zu starke Gewichtung des konkret wahrnehmbaren Beispiels (des „hier-und-jetzt") zulasten einer ganzheitlicheren Betrachtung der Zusammenhänge[1300].

Schlechte Einschätzung des eigenen Wissens:

Als begrenzt erweist sich die Fähigkeit, das eigene Wissen und die eigenen Fähigkeiten richtig einschätzen zu können. So besteht beispielsweise die Neigung zu vermuten, man wisse bezüglich eines komplexen Problems mehr, als dies tatsächlich der Fall ist. Damit verbunden ist die Tendenz zu überschätzen, was man selbst oder andere Personen vor einer Fehlhandlung wirklich über das Problem wusste, bzw. zu vergessen, was man tatsächlich im Voraus wusste („*overconfidence bias*")[1301]. So lässt sich oft feststellen, dass externe oder interne Beobachter nach einem Unfall überschätzen, was die implizierten Akteure im Voraus hätten wissen können[1302]. Allzu schnell neigt man zur Aussage: „Ich hab's ja schon immer gewusst!" („*knew-it-all-along*"-*effect*, „*hindsight bias*"[1303]).

Bevorzugung auffälliger Informationen:

Beobachtet wurde im Weiteren die Tendenz, bei der Problemlösung Tatsachen, welche einem leicht und schnell einfallen oder offensichtlich sind, für zu wichtig zu erachten und umgekehrt Tatsachen zu vernachlässigen, die nicht offensichtlich sind („*availability heuristic*")[1304]. Dabei achtet man bevorzugt auf akustisch und optisch auffällige Informationen, selbst wenn diese nicht unbedingt wichtig sind („*salience bias*"[1305], verwandt mit „*ease of recall*"[1306])[1307]; dasselbe gilt für Informationen, die zeitlich früher eintreffen als andere[1308] („*workspace limitations*"[1309]). Man hat überdies eine Tendenz, Diagnosen, die einem leichter einfallen und besser vorstellbar sind, für glaubhafter zu halten („*representativeness heuristic*")[1310]. Verwandt damit ist die aus der Gestaltpsychologie bekannte „Tendenz zur guten Gestalt", d.h. die Tendenz, die Lösung eines Problems anhand scheinbar offensichtlicher

---

1297 BAZERMAN S. 46.

1298 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 6 mit Verweisen.

1299 Siehe Beschreibung und Beispiele bei BAZERMAN, S. 45 f.

1300 BREHMER S. 39.

1301 REASON, Organizational Accidents, S. 38 f.; REASON, Human Error, S. 89 f.; BAZERMAN S. 37 ff., 47; AMALBERTI S. 175.

1302 Bzw. auch die Richterin oder der Richter, die auch objektive Fragestellungen und Kriterien nur aus der Perspektive ihrer eigenen Subjektivität beurteilen können, s. GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 201.

1303 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 12; BAZERMAN, S. 46; REASON, Human Error, S. 215.

1304 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 7; REASON, Human Error, S. 89. Als Beispiel hierfür sei die Haltung der Militärberater Kennedys in der Kuba-Krise erwähnt, siehe CROZIER/FRIEDBERG, S. 334.

1305 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 6; s. a. VON ROSENSTIEL, S. 321 bezüglich des Einflusses des „Vielredners" in Gruppengesprächen.

1306 BAZERMAN S. 45.

1307 Für Beispiele hinsichtlich der Personalselektion s. VON ROSENSTIEL, S. 180 f..

1308 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 7 mit Verw.

1309 REASON, Human Error, S. 88 f.

1310 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 7; REASON, Human Error, S. 91.

Strukturen der Problemstellung zu suchen, obwohl die Lösung nur durch eine Umgestaltung der Problemstellung zu erreichen wäre[1311].

Denkmuster:

Erwiesen ist auch die Neigung, viele neue Probleme bereits vorhandenen Denkmustern zuzuordnen[1312] (*„similarity-matching"*[1313]) oder mit jenen Erfahrungswerten zu vergleichen, die sich aufgrund mehrfachen Vorkommens einer früheren Tatsache ergeben haben (*„frequency gambling"*)[1314]. Gewisse in früheren Situationen erfolgreiche Verhaltensweisen werden so dekonditionalisiert, das heisst von den konkreten Umständen der früheren Situation losgelöst und auf alle möglichen späteren Situationen angewendet[1315]. Hinlänglich bekannt ist der hiermit verwandte Umstand, dass sich Routinen nur sehr schwer umlernen lassen. Sie werden in „passenden" Situationen fast automatisch durch bestimmte Signale oder Reize ausgelöst[1316]. Allerdings ordnet man Fehler, die im Rahmen von Routineaufgaben geschehen, eher der Gewohnheitsebene zu.

Erhöhte Fehlerneigung unter Belastung:

Generell besteht die Tendenz, unter erhöhter Belastung vermehrt Fehler zu begehen: Das Gesichtsfeld verengt sich; die Denk- und Handlungsstruktur vereinfacht sich; Entscheidungsträger konzentrieren tendenziell alle Entscheide auf sich selbst, delegieren weniger, sammeln zu viele Informationen, obwohl sie schlechter in der Lage sind, sie zu verarbeiten[1317]. Verschiedene Faktoren, die Stress verursachen, können durch eine gezielte Arbeitsgestaltung beeinflusst werden, so beispielsweise Arbeitszeiten (auch bei Schichtarbeit), Art und Weise der Auftragserteilung, Gerechtigkeit bei der Entlöhnung etc.[1318].

Ausgleichung „kognitiver Dissonanzen":

Verschiedene Fehlerneigungen lassen sich unter dem Stichwort „Ausgleichung von kognitiven Dissonanzen"[1319] zusammenfassen. So existiert die Neigung, mit der Suche nach möglichen Lösungen des Problems aufzuhören, wenn man eine gefunden hat, die zumindest plausibel erscheint, und diese Lösung trotz widersprechender Realitäten nicht aufzugeben (*„confirmation bias"*)[1320]. Nach einmal gefällter Diagnose achten Menschen bevorzugt auf Informationen, die ihre Meinung unterstützen, und ignorieren häufig Informationen, die ihr widersprechen[1321]. Wenn sich letztere nicht ignorieren lassen, werden Widersprüche auf verschiedene Weise „wegerklärt"[1322]. Diese Tendenz kann zu bitterstem Zynismus führen[1323].

1311 VON ROSENSTIEL S. 320, insbes. Darstellungen 79 und 80.

1312 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 7; DÖRNER S. 139; ähnlich MARCH/SIMON S. 152.

1313 REASON, Human Error, S. 114 f.

1314 REASON, Human Error, S. 115 f.

1315 DÖRNER S. 256; VON ROSENSTIEL S. 320 („Betriebsblindheit"); zur „Dekonditionalisierung" bei der Personalselektion s. VON ROSENSTIEL S. 180.

1316 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 7.

1317 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 8. Mit wachsender Erfahrung sinkt tendenziell die absolute Anzahl Informationen, die ein Arbeiter sammelt, dafür steigt die Anzahl wichtiger Informationen, die er berücksichtigt, SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 11.

1318 VON ROSENSTIEL S. 94 f.

1319 Dieser Terminus stammt von FESTINGER, siehe zusammenfassend ders., S. 253 ff.

1320 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 7 mit Verweisen; REASON, Human Error, S. 89, u. a. mit Verweis auf BARTLETT's Begriff *„effort after meaning"*.

1321 REASON, Human Error, S. 169; DÖRNER S. 134 f.

1322 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 7 mit Verw.

1323 Siehe die Beispiele aus den Lohhausen- und Tanaland-Versuchen bei DÖRNER S. 102 ff. und dessen Verweis (S. 104) auf die euphemistische Kunstsprache „New Speak" in GEORGE ORWELL'S Roman

Menschen sind gewillt und fähig, eine nur teilweise Übereinstimmung der Realität mit ihren Vorstellungen davon zu akzeptieren[1324]. So nehmen Entscheidungsträger Rückmeldungen oder - wirkungen auf ihre Investitions - und Strategieentscheide oft selektiv wahr: Sie beachten besonders positive Rückmeldungen, verdrängen aber negative *feedbacks* oder führen sie auf andere Ursachen als ihre Tätigkeit zurück. Dieser Zusammenhang spielt eine wichtige Rolle im Hinblick auf die Frage, wieviel Mittel der Organisationsträger in Sicherheit oder Produktion investieren will[1325].

Fehler bei der Bewältigung komplexer Situationen:

Beobachtet wurden auch verschiedene Fehlerneigungen im Zusammenhang mit der Bewältigung komplexer Situationen. In verschiedenen grossangelegten Studien (Upsala-Studien, Lohhausen-Studien[1326] etc.) wurden zahlreiche Personen mit computersimulierten komplexen Aufgaben konfrontiert. Nachfolgend seien nur ein paar Fehlerneigungen zusammengefasst. In den Lohhausen-Studien hatten die Versuchspersonen die Rolle des Bürgermeisters inne, der die Geschicke einer fiktiven Kleinstadt lenken sollte. Dabei gab es relativ erfolgreiche Kandidaten, aber auch viele, die an der Aufgabe scheiterten. Interessanterweise wurden aber keine zwingenden Zusammenhänge zwischen psychologischen Eigenschaften im traditionellen Sinn, wie Intelligenz, und der Bewältung komplexer Situationen festgestellt, weshalb die Prognose des effektiven Verhaltens oder die Umschreibung einer idealen „Entscheiderpersönlichkeit" bisher scheiterten[1327]. Es waren folgende Verhaltensweisen zu beobachten:

- Erfolgreiche Kandidaten fällten wesentlich mehr Entscheidungen pro Absicht, handelten somit „komplexer" und berücksichtigten verschiedene Aspekte des Gesamtsystems, nicht nur Einzelaspekte[1328].
- Erfolglose Personen überprüften, im Gegensatz zu den erfolgreichen, ihre Hypothesen über Zusammenhänge von Variablen selten bis nie[1329].
- Erfolglose Kandidaten schweiften in Sitzungen öfter vom Thema ab und streiften wesentlich mehr Themen pro Sitzung[1330] („*thematic vagabonding*"[1331]) oder kapselten sich angesichts von Problemen ein und blieben mit ihren Überlegungen und Bemühungen bei unwichtigen Details stecken[1332] („*encysting*"[1333]).
- Erfolglose Versuchspersonen hatten die Tendenz, scheinbar unlösbare Probleme quasi fallenzulassen oder deren Erledigung zu delegieren[1334], obschon es sich um Verantwortlichkeiten der Versuchsperson handelte[1335].

„1984" (publiziert 1949, Harcourt Brace Jovanovich, Inc., s. der Appendix „The Principles of Newspeak", Ausgabe 1983, Signet Classic, New York, S. 246 ff.).

1324 REASON, Human Error, S. 169.

1325 REASON, Human Error, S. 203 f.; s. a. weitere Bemerkungen hinten, S. 355 ff.

1326 Zu diesen siehe neben DÖRNER auch REASON, Human Error S. 91 ff.; BREHMER S. 35 ff.

1327 BREHMER S. 37; ähnlich ist es bisher auch nicht gelungen, eine unfallgeneigte Persönlichkeit zu definieren, s. REASON, Management risk, S. 10; GROTE, Autonomie, S. 243.

1328 DÖRNER S. 39; BREHMER S. 37.

1329 DÖRNER S. 40; BREHMER S. 37.

1330 DÖRNER S. 41

1331 REASON, Human Error, S. 93; BREHMER S. 37.

1332 DÖRNER S. 43.

1333 REASON, Human Error, S. 93; BREHMER S. 37, der darauf hinweist, dass diese Tendenz, wie das "*thematic vagabonding*", auch aus einer mangelhaften Formulierung von Handlungszielen herrührt (BREHMER S. 38 u. 30 f.).

1334 DÖRNER S. 45 f.

1335 BREHMER S. 38.

- Erfolglose Kandidaten entwickelten zum Teil reduktionistische Hypothesen, die als problematisch empfundene Zusammenhänge auf eine Variable reduzierten[1336]. Diese Tendenz kann beispielsweise auch zur kollektiven Verunglimpfung von Individuen, Gruppen oder ethnischen Minderheiten führen[1337]. Die Ursache für diese Tendenz ist vermutlich im Bestreben vieler Menschen zu finden, die Unübersichtlichkeit einer Situation mittels einer vereinfachenden (wenn auch unzutreffenden) Erklärung scheinbar zu reduzieren und so die Angst vor der Unbestimmtheit einer unklaren Sachlage zu senken[1338]. Varianten solchen Verhaltens sind die Entwicklung „magischer Hypothesen"[1339] oder von Verschwörungstheorien[1340].
- Mit dem Phänomen der reduktionistischen Hypothese ist auch Folgendes verwandt: Generell lässt sich sagen, dass Informationssammlung und -analyse einerseits, Entscheidung und Handlung andererseits paradoxe Anforderungen an eine Person stellen können (es scheint übrigens, dass die Informationssammlung und - analyse von der Entscheidung in Organisationen meist institutionell getrennt werden[1341]). Denn je mehr Informationen man über eine problematische Situation besitzt, desto stärker wird man sich bewusst, was man darüber alles nicht weiss, und desto weniger traut man sich folglich zu handeln[1342]. Dieser Gedanke wird durch experimentelle Resultate gestützt: Je weniger Informationen eine Versuchsperson erfragt hatte, desto entscheidungsfreudiger war sie. Allerdings waren eher die erfolglosen Personen besonders entscheidungsfreudig, während die erfolgreichen besonders zu Beginn des Versuchs mehr Informationen sammelten[1343]. Dennoch empfiehlt sich besonders in eingefahrenen Situationen eine gewisse Vereinfachung des Realitätsbildes, damit Handeln überhaupt möglich wird[1344]. Wichtig ist vermutlich die dauernde Aufmerksamkeit darauf, dass vereinfachte Hypothesen wenn nötig korrigiert werden: *„Oversimplifications, progressively corrected in subsequent development are the most potent or indeed the only means toward conceptual mastery of nature."*[1345]
- Besondere Probleme haben die meisten Menschen mit der Einschätzung zeitlicher Entwicklungen[1346].

Fehler bei der Personalauswahl:

Hinsichtlich der Personalauswahl (Stichwort *cura in eligendo* gemäss OR 55) im Besonderen wurde ebenfalls auf verschiedene Fehlerebenen und - quellen hingewiesen, allerdings auch auf die Schwierigkeit zu beurteilen, wie richtig oder falsch Entscheidungen hinsicht-

---

1336 DÖRNER S. 131.
1337 DÖRNER S. 133.
1338 DÖRNER S. 134 f.
1339 DÖRNER S. 209 f.
1340 DÖRNER S. 228 ff.
1341 DÖRNER S. 145.
1342 Ein Fall von „positiver Rückkoppelung", siehe DÖRNER, S. 145.
1343 DÖRNER S. 150. Interessant hierzu sind die Ausführungen DÖRNERS (S. 263) zur Beobachtung, dass erfolglose Versuchspersonen beim „lauten Denken" sehr häufig „absolute" Begriffe verwendeten (wie „immer", „gänzlich" etc.), während erfolgreiche Kandidaten relativierende Wörter benutzten (wie „ab und zu", „etwas", „allenfalls" etc.).
1344 In diesem Sinne PERROW, S. 317. Hierzu gehört auch der Satz NAPOLEONS: *„On s'engage et puis on voit!"*, zitiert bei DÖRNER S. 245.
1345 VAN BERTALANFFY, zitiert bei DÖRNER S. 254.
1346 Siehe hierzu DÖRNER S. 156 ff.

lich der Personalselektion sind[1347]. Die unterschiedliche Beurteilung eines Kandidaten beispielsweise kann viele Gründe haben. Der Bewerber mag sich gegenüber verschiedenen Beurteilern unterschiedlich verhalten oder sich den vermuteten Wünschen der Beurteiler anpassen. Ausserdem erschwert die Tendenz zur Dezentralisierung von Dienstleistungen die Beurteilung extern arbeitender Mitarbeiter[1348]. Auch Wahrnehmungsfehler sind nicht ausgeschlossen, z. B. Fehlinterpretationen durch Vorurteile, auffällige Verhaltensweisen, Sympathie oder Antipathie etc.[1349]. Schliesslich ergeben sich auch Schwierigkeiten bzw. Missverständnisse auf der Ebene der Beschreibung von Eigenschaften (heisst beispielsweise der Ausdruck „vital" für den einen Beurteiler Belastungsfähigkeit, so versteht der andere darunter vielleicht Aggressivität)[1350].

WILLIAMS hat aufgrund vieler anderer Studien eine Skala erstellt mit Umständen, welche Fehler begünstigen[1351]. Am stärksten wird ein Fehler begünstigt durch den Umstand, dass eine Person eine neue oder zumindest ungewohnte Situation bewältigen muss, die ihr nicht vertraut ist. Erwähnt werden überdies folgende – oft organisatorisch bedingte – Umstände, mit absteigender kausaler Bedeutung: - wenig Zeit, um Fehler zu ermitteln und zu korrigieren; - undeutliche Signale in Bezug auf Umweltstimuli; - mangelhafte oder fehlende räumliche und funktionale Informationen; - fehlende Übereinstimmung der Bildes, das sich der Bediener von einer Maschine macht, mit jenem, das sich der Konstrukteur davon machte; - das Fehlen offensichtlicher Möglichkeiten, eine unbeabsichtigte Handlung rückgängig zu machen; - Überhäufung der Person mit nicht-redundanter Information; - die Notwendigkeit, sich eine Technik bzw. Routine abzugewöhnen und sich eine neue anzueignen, die von einer entgegengesetzten Philosophie ausgeht; - Übertragung von Wissen aus einer Tätigkeit in eine andere; - unklare Anweisungen über den erwarteten Leistungsstandard; - Divergenz zwischen der wahrgenommenen und der realen Gefährdung; - mangelhaftes Feedback seitens des technischen Systems; - Unerfahrenheit des Operateurs (beispielsweise eines Berufsanfängers); - begrenzte oder fehlende Möglichkeit, den Output zu prüfen; - Konflikt zwischen kurz- und langfristigen Zielsetzungen; - Divergenz zwischen dem Ausbildungsstand des Operateurs und den Anforderungen seiner Aufgaben (Über- oder Unterforderung)[1352]; - ein Anreiz, andere, gefährlichere Verfahren zu benützen; - beschränkte Möglichkeiten, Geist und Körper ausserhalb der Arbeit zu entfalten; - Erfordernis, absolute Beurteilungen abzugeben, die den Operateur überfordern; - unklare Zuteilung von Aufgaben und Verantwortlichkeiten; - Unmöglichkeit für den Operateur, sich während der Erledigung seiner Aufgabe über den Fortschritt der Arbeit zu informieren; - Gefahr der Überforderung physischer Fähigkeiten; - wenig oder keine Sinnhaftigkeit der Aufgabe; - hochgradiger emotionaler Stress; - Krankheit, v. a. Fieber; - tiefe Arbeitsmoral; - unklare Bedeutung und Widersprüche von Anzeigen technischer Geräte; - Unterbrechung normaler Schlaf- und Wachzyklen; - Alter jener Operateure, die primär Aufgaben erfüllen, welche die Wahrnehmung betreffen.

1347 VON ROSENSTIEL S. 178 f.; zu den Fehlerquellen im Selektionsprozess (Mittelwertsfehler, Streuungsfehler, Korrelationsfehler) siehe auch S. 181 ff.

1348 VON ROSENSTIEL S. 179.

1349 VON ROSENSTIEL S. 179 f.

1350 VON ROSENSTIEL S. 180 f.

1351 Skala wiedergegeben bei REASON, Organizational Accidents, S. 142 f.

1352 Siehe hierzu auch VON ROSENSTIEL S. 77 f.

(3) Beschränkte Rationalität

Die Beobachtung, dass das menschliche Verhalten vielen Fehlerneigungen unterliegt, hat sich auf der Ebene der Organisationstheorie zu einem Konzept der begrenzten Rationalität („*bounded rationality*") verdichtet. Insbesondere die Arbeiten MARCH/SIMONS und später TVERSKY/KAHNEMANNS haben viele spätere Analysen massgeblich beeinflusst[1353]. Dieses Konzept relativiert ADAM SMITH'S klassische Überzeugung, der Mensch entscheide grundsätzlich rational im Sinne einer Optimierung seines Nutzens[1354]. Es geht davon aus, dass der Mensch nicht optimale Lösungen sucht, sondern vielmehr befriedigende Lösungen („*satisficing*")[1355]. Obschon MARCH/SIMON gelegentlich als „Neo-Rationalisten" bezeichnet wurden[1356], weisen gewisse Autoren doch darauf hin, dass ihr Modell zu einer völlig neuen Auffassung des Entscheidungsprozesses führt. Es geht bei dessen Analyse nicht mehr darum, „synoptisch" gesehen die rational beste Lösung eines Problems zu finden und zu ermitteln, infolge welcher Hindernisse der Entscheider diese Lösung nicht gefunden hat. Aus der Sicht der „*bounded rationality*" ist vielmehr zu prüfen, welche Optionen sich dem Entscheider sequenziell präsentiert haben und nach welchen Kriterien er eine für ihn befriedigende Option ausgewählt hat. Eine Alternative ist *optimal*, wenn 1) Kriterien vorliegen, aufgrund welcher alle Alternativen verglichen werden können; 2) diese Alternative gegenüber allen anderen Alternativen bevorzugt wird. Demgegenüber ist eine Alternative *befriedigend*, wenn 1) Kriterien vorliegen, die minimal befriedigende Alternativen beschreiben, und 2) diese Alternative alle diese Kriterien erfüllt oder übersteigt[1357]. In den meisten Fällen zielen menschliche Problemlösungsprozesse auf die Erschliessung *befriedigender* Möglichkeiten, da es ungleich schwieriger und aufwendiger ist, optimale Lösungen zu finden. MARCH/SIMON zeigen dies an folgendem illustrativen Bild: Eine optimale Problemlösung bestünde darin, in einem Heuhaufen die schärfste Nadel zu finden. Befriedigend hingegen wäre es, darin eine Nadel zu finden, die scharf genug zum Nähen ist[1358]. Als Hypothese wird davon ausgegangen, dass Entscheider zu Beginn des Problemlösungsprozesses nie alle möglichen Alternativen zu ermitteln versuchen. Sie prüfen vielmehr die ersten paar Möglichkeiten auf ihre Tauglichkeit hinsichtlich des vorliegenden Problems und akzeptieren jene, die einigermassen passt, ohne die Suche noch weiter auszudehnen[1359].

Normativ betrachtet ginge es somit nicht mehr darum, rationale Entscheidfindungsmodelle zu verbessern; im Vordergrund stünde eher die Erarbeitung tauglicher Kriterien, aufgrund welcher eine von verschiedenen Optionen ausgewählt wird[1360]. Der Prozess, in dem der frühere US-Präsident Kennedy die Lösung der Kuba-Krise fand, wird als Beispiel eines solchen *satisficing*-Prozesses betrachtet. Die Schiffsblockade hatte sich nicht infolge eines rationalen Entscheidfindungsprozesses der Experten ergeben, sondern als zusätzliche Variante, weil keine der zuvor präsentierten Lösungen dem Entscheidungsmuster entsprach, das sich der Präsident vorstellte[1361].

Der Grund für die beschränkte Vernunft des Menschen liegt zum Teil in seinen begrenzten kognitiven Fähigkeiten, weshalb er generell Mühe hat, komplexe Situationen zu bewältigen. Für die vorliegende Arbeit ist diese Feststellung insofern relevant, als eine Organisation

---

1353 PERROW S. 324.
1354 CROZIER/FRIEDBERG S. 317.
1355 CROZIER/FRIEDBERG S. 321.
1356 CROZIER/FRIEDBERG S. 320 Fn 14.
1357 MARCH/SIMON S. 140.
1358 MARCH/SIMON S. 140 f.
1359 MARCH/SIMON S. 180.
1360 Siehe Beschreibung bei CROZIER/FRIEDBERG, S. 321.
1361 Siehe Beschreibung bei CROZIER/FRIEDBERG, S. 327 ff.

wegen ihrer Mehrdimensionalität (mehrere Mitarbeiter, verschiedene hierarchische Stufen, verschiedene Aufgaben, komplexe Umwelt etc.) grundsätzlich ein komplexes Gebilde ist. Die Annahme, dass der Mensch nur einer begrenzten Rationalität fähig ist, hat denn auch unmittelbare Auswirkungen auf die Organisationstheorie. Das klassische Organisationsmodell geht davon aus, dass grundsätzlich jedes Problem durch eine bürokratische, stark formalisierte, standardisierte Struktur gelöst werden kann. Experten intervenieren nach den strengen Regeln der Hierarchie, das heisst, ihre Entscheidskompetenz ist auf ihren unmittelbaren Zuständigkeitsbereich begrenzt. *„The underlying assumption is that operators and specialists can know enough and, with enough training, production processes can be operated so that grievous errors do not occur."*[1362] Die neuere Forschung kritisiert aber dieses Modell, denn *„the very idea of complete knowledge of any significant organizational decision situation is arguably impossible"*[1363]. Entscheidungsträger verfügen in der Regel weder über genügend Mittel noch genügend Zeit, um die für rationales Handeln notwendigen Informationen zu sammeln[1364].

Ausserdem existiert Rationalität immer nur in Bezug auf einen Referenzrahmen, der durch die beschränkten menschlichen Kenntnis- und Denkfähigkeiten beeinflusst wird[1365]. Ansichten von Experten sind nie neutral und somit schon aus diesem Grund nie völlig rational. In der oben erwähnten Kuba-Krise tendierten die Militärexperten Kennedys auf einen massiven Militärschlag aus der Luft. Dieser wie auch andere Vorschläge wurden wohl deshalb vorgebracht, weil sie bereits in internen Programmen vertieft vorbereitet worden waren. Die Experten bauten so (irrationale) Vorurteile auf gegenüber Lösungen, an die sie nicht gedacht und die sie nicht vorbereitet hatten[1366]. Für die Organisationstheorie sind diese Beobachtungen insofern von Bedeutung, als auch organisationsinterne Vorurteile bzw. strukturelle Voraussetzungen – wenn z. B. für gewisse Fragen bestimmte Personen exklusiv zuständig sind und ihnen niemand „dreinzureden" hat – die Handlungen von Entscheidungsträgern massgeblich beeinflussen können: *„Le décideur voit donc son choix strictement limité par le fait que le champ des possibles est très étroitement structuré par les caractéristiques des systèmes d'action dont il dépend pour l'élaboration et à l'exécution de ses décisions"*[1367].

(4) Arbeitsumstände, Arbeitszufriedenheit und Leistung

Verschiedene Zweige der Organisationslehre beschäftigen sich mit dem Problem der Arbeitsumstände und der Arbeitszufriedenheit. Für die vorliegende Arbeit ist die Frage bedeutsam, ob Unterschiede in den Arbeitsumständen und der Arbeitszufriedenheit die Leistung der Organisationsmitglieder – und damit auch Sicherheitsbestrebungen – beeinflussen. Hierzu finden sich in der Organisationspsychologie leider nur wenige Anhaltspunkte. Die Forschung hat bislang noch keine zwingende Korrelation zwischen Arbeitszufriedenheit und Leistung festgestellt. Insbesondere ist nicht klar, ob Menschen besser arbeiten, weil sie zufriedener sind, oder ob sie zufriedener sind, weil sie besser arbeiten[1368]. Steigt bei Arbeitsunzufriedenheit die Wahrscheinlichkeit, dass dem Arbeitenden ein Unfall widerfährt? Oder

---

1362 LA PORTE/CONSOLINI S. 25.
1363 LA PORTE/CONSOLINI S. 25 mit Verweis auf REASON.
1364 ETZIONI, zitiert bei LA PORTE/CONSOLINI S. 26.
1365 MARCH/SIMON S. 138 f.
1366 CROZIER/FRIEDBERG S. 333.
1367 CROZIER/FRIEDBERG S. 332.
1368 VON ROSENSTIEL S. 400 f.

machen unfallträchtigere Arbeitsplätze unzufriedener?[1369] Die Forschung weiss hierauf keine schlüssigen Antworten.

Dennoch kann eine optimale psychologische Arbeitsgestaltung die Leistung verbessern. So wird beispielsweise empfohlen:

- dass den Arbeitenden klare, messbare, schwierige, aber erreichbare Ziele vorgegeben werden und Rückmeldungen über die Zielerreichung rasch erfolgen sollen[1370];
- dass die Leistung der Arbeitenden anerkannt wird[1371];
- dass der Arbeitsinhalt den Arbeitenden weder über- noch unterfordert[1372] (und so im besten Fall und primär bei anspruchsvollen Aufgaben ein „Flow-Gefühl" möglich wird[1373]);
- dass Delegation zur Übereinstimmung von Rechten, Verantwortung, Fähigkeiten und Anforderungen führt[1374] (die Übereinstimmung von Aufgabe und Verantwortung ist ohnehin eine zentrale Forderung der klassischen Organisationstheorie[1375]);
- dass der Arbeitende über das Lernen bei der Arbeit eine Möglichkeit zum Wachstum hat[1376] (so wurden negative Auswirkungen extremer Arbeitsteilung wissenschaftlich bestätigt[1377]).

(5) Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung

(a) Organisationsrisiko

Gewisse der beschriebenen Fehlerneigungen erscheinen nicht als spezifisch organisatorisch bedingt, sondern beschlagen menschliches Handeln ganz allgemein, innerhalb oder ausserhalb der Organisation. Dazu gehören meines Erachtens folgende:

- Eine generell beschränkte Vernunft („*bounded rationality*");
- Neigungen im Zusammenhang mit der Fehleinschätzung von Wahrscheinlichkeitsgrössen und zeitlichen Entwicklungen;
- Neigungen im Zusammenhang mit der fehlerhaften Einschätzung des eigenen Wissens und Könnens;
- Neigungen aus „Denkfaulheit" und Zurückgreifen auf bekannte Denk – und Verhaltensmuster;

1369 VON ROSENSTIEL S. 402.
1370 VON ROSENSTIEL S. 77.
1371 VON ROSENSTIEL S. 77.
1372 VON ROSENSTIEL S. 77 f.
1373 Siehe hierzu VON ROSENSTIEL S. 360 f.
1374 VON ROSENSTIEL S. 78.
1375 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 124; siehe hierzu auch ein Beispiel aus dem öffentlichen Recht bei MASTRONARDI, Grundbegriffe, N 74 und der dortige Verweis auf die Richtlinien des Bundesrates für die Verwaltungsführung in BBl 1975 II 1009 ff., Ziff. 422. Zuständigkeit ohne Verantwortung führt zu verantwortungslosen Entscheidungen, Zuständigkeit ohne Qualifikation zu Fehlern und Qualifikation ohne Verantwortung und Zuständigkeit zu Job-Frustration, siehe SIETMANN, zitiert bei MARING, Verantwortung, S. 317 Fn 169.
1376 VON ROSENSTIEL S. 78.
1377 VON ROSENSTIEL S. 80; s. a. hinten S. 220 ff.

- Begrenzte Fähigkeiten, viele Informationen zu verarbeiten, besonders unter erhöhter Belastung; damit verbunden eine generell beschränkte Fähigkeit, komplexe Situationen zu bewältigen;
- Neigungen im Zusammenhang mit selektiver Wahrnehmung und Vermeidung „kognitiver Dissonanzen".

Fraglich ist nun, in welchem Zusammenhang diese individuellen Fehlerneigungen zum Organisationsrisiko stehen. Diese Neigungen machen das organisierte Handeln nicht zwingend nur gefährlicher als Individualhandeln. Im Gegenteil: Die schädliche Auswirkung individueller Fehlerneigungen im Rahmen einer Organisation kann durch dieselbe sogar gemildert werden. Denn durch die normative Kraft der Formalisierung – insbesondere durch die Umsetzung der klassischen *curae in instruendo et custodiendo* und allgemeiner Organisationspflichten – kann die Organisationsleitung gewisse Verhaltensweisen begünstigen und andere missbilligen. Schon das *scientific management* von TAYLOR hatte im eng umschriebenen Bereich der Manufaktur eine Optimierung menschlichen Verhaltens zum Ziel. Inzwischen hat sich die Organisationslehre stark weiterentwickelt, und es stehen viele organisatorische Mittel zur Fehlerverminderung zur Verfügung, von wahrnehmungspsychologischen (z. B. verbesserte Bedieneroberflächen, Schutz gegen Kurzschlaf etc.) über rein technische Methoden (z. B. elektrische Sicherung etc.) bis hin zu Redundanzen bei der Kontrolle von Arbeitsprozessen (z. B. mehrschichtige Schutzsysteme, Endkontrolle bei Produkten etc.) [1378]. Man kann jedenfalls festhalten, dass der Formalstruktur einer Organisation im Hinblick auf die Vermeidung individueller Fehler erhebliche positive Wirkungen innewohnen, auch wenn sich diese Struktur nie vollständig durchsetzen lässt. Die Organisationsforschung erblickt den Effizienzbeitrag des Organisierens denn auch im „Ersetzen des vergleichsweise unberechenbaren menschlichen Entscheidungsträgers durch ‚sachliche' Regelung und damit Erzielung von Vorhersagbarkeit, Stetigkeit und ‚Kontrolle' in Bezug auf den Leistungsprozess"[1379].

Andererseits können sich individuelle Fehlerneigungen mit der Infrastruktur und den Machtmitteln der Organisation verknüpfen und so grössere Schäden verursachen, als wenn das handelnde Organisationsmitglied als Privatperson, ausserhalb der Organisation gehandelt hätte. Die individuellen Fehlerneigungen wirken sich überdies umso schadensträchtiger aus, je grösser der hierarchische oder faktische Einfluss der falsch handelnden Person ist. Leitungspersonen unterliegen individuellen Fehlerneigungen ebenso wie ihre Untergebenen. Da sie an der Spitze der Formalstruktur stehen, wirken sich ihre Fehler aber wesentlich schwerwiegender aus, weil sie sich quasi „fortpflanzen"[1380]. Da die Handlungen und Entscheidungen von Leitungspersonen – angesichts des nach wie vor weit verbreiteten hierarchischen Prinzips – auch eine normative Bedeutung haben, bestimmen sie kraft der Formalstruktur das Verhalten vieler Organisationsmitglieder mit. Damit summieren oder potenzieren sich ihre – auch schädigenden – Wirkungen[1381]; die gilt umso mehr, je deutlicher die hierarchische Macht auf wenige oder eine Person konzentriert ist[1382]. Diese Schlüsse werden

---

1378 Für eine sorgfältige Darstellung vieler organisatorischer Massnahmen im Hinblick auf ihre haftpflichtrechtliche Relevanz s. die Arbeit von MATUSCHE-BECKMANN in Bezug auf das Organisationsverschulden nach BGB 823 im deutschen Recht.

1379 FRIEDEL-HOWE S. 1; ähnlich auch MARCH/SIMON, S. 143: je stärker das individuelle Verhalten in Organisationen durch Programme gelenkt wird, desto eher ist es vorhersehbar.

1380 REASON, Management risk, S. 12.

1381 Vielleicht steht diese Überlegung indirekt hinter mehreren Entscheidungen, die eine relativ strenge strafrechtliche Verantwortlichkeit von Leitungspersonen juristischer Personen statuierten, so z. B. die erwähnten BGE 122 IV 103 ff. (Von Roll) und 121 IV 10 (Hebebühne); s. hierzu auch vorne S. 67 ff.

1382 PERROW, S. 177, zum Bereich der Schifffahrt.

durch die Forschungen zu den latenten Organisationsmängeln bestärkt (siehe hierzu nähere Ausführungen hinten S. 231 ff.).

Gewisse Fehlerneigungen lassen sich ohne Zweifel durch eine erhöhte Sorgfalt bekämpfen, weshalb eine organisatorische Sorgfaltspflicht zulasten sowohl untergebener als auch vorgesetzter Organisationsmitglieder durchaus Sinn macht. Gewissen Neigungen kann aber niemand entgehen. Dies zeigt beispielsweise die beschriebene Unvereinbarkeit zwischen Information und Handlung: Das Postulat der Sorgfalt verlangt, dass der Handelnde vor jeder Entscheidung einschlägige Informationen möglichst umfassend sammelt und analysiert. Je mehr Informationen aber vorliegen, desto mehr wird sich der Handelnde bewusst, was er alles über die fragliche Situation noch nicht weiss. Dieser Informationsmangel zwingt ihn – kraft seiner Sorgfaltspflicht – zu einer neuerlichen Informationssuche, die ihn unweigerlich in einen Teufelskreis bringt, der ihm jegliche Entscheidung verunmöglicht. Man muss also akzeptieren, dass sehr oft – auch im organisatorischen Kontext – Entscheidungen gefällt werden müssen, ohne dass sich die Entscheider völlig im Klaren über deren Konsequenzen sein können, und dies bei aller Sorgfalt. Dieser Umstand schafft meines Erachtens ein genuines Organisationsrisiko, da ihm auch mit erhöhter Sorgfalt nicht gänzlich begegnet werden kann und die beschriebenen Zusammenhänge unabhängig von der konkreten Tätigkeit der Organisation bestehen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass man aus der Analyse einiger experimentell bestätigter individueller Fehlerneigungen des Menschen nicht auf ein eindeutiges, umfassendes Organisationsrisiko schliessen kann, dass vielmehr die schädigenden Auswirkungen vieler dieser Neigungen durch eine angemessene organisatorische Sorgfalt reduziert werden können. Gewisse individuelle Fehlerneigungen führen jedoch zu einem Organisationsrisiko, das sich auch mit erheblicher Sorgfalt nicht einschränken lässt. Dazu gehören insbesondere Fehlerneigungen, die sich bei hierarchisch hochrangigen Leitungspersonen manifestieren, so die beschränkte Fähigkeit, viele Informationen zu verarbeiten oder komplexe Situationen zu meistern, oder das Dilemma zwischen Informationssammlung und Entscheidung.

(b) Sorgfaltspflichten: geltendes Recht und lex ferenda

Wie schon angedeutet, versteht sich die vorliegende Arbeit nicht als „Organisationsbrevier", in dem alle erdenklichen organisatorischen Sorgfaltspflichten systematisch dargestellt werden. Sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* lassen sich aus den vorne dargestellten Fehlerneigungen verschiedenste organisatorische Sorgfaltspflichten ableiten (Bereitstellung guter Werkzeuge, sinnvolle Gestaltung von Bedieneroberflächen, angemessene Warnhinweise, logische Produktionsabläufe etc.; vgl. insbesondere die Liste nach WILLIAMS über Umstände, die Fehler begünstigen). Dies kann aber nicht auf allgemeiner Ebene geschehen (nicht einmal in der Organisationslehre[1383]), sondern nur in Bezug auf die konkrete Tätigkeit der Organisation[1384].

[1383] MATUSCHE-BECKMANN, S. 334 und 356, weist darauf hin, dass es noch kein einheitliches Organisationsmodell gibt, dessen Anwendung automatisch und bei allen Tätigkeiten zur Vermeidung des Organisationsverschuldens nach BGB 823 (bzw. sinngemäss zur Entlastung nach OR 55) führt.

[1384] Im Übrigen kann hier nochmals auf die Darstellung angemessener organisatorischer Sorgfaltspflichten nach OR 55 in der bestehenden Lehre hingewiesen werden, s. z. B. OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 113 ff.; BREHM-BK, ad OR 55 N 55 ff.

c) Fehler im Gruppenkontext

> *„Noch waren nicht drei Wochen vergangen, so stunden neunzig Buchen auf Bärhegen, machten einen schönen Schattengang, denn alle schlugen üppig aus, keine einzige verdorrte. Aber die Ritter und auch der von Stoffeln ergingen sich nicht oft darin, es wehte sie allemal ein heimlich Grauen an; sie hätten von der Sache lieber nichts mehr gewusst, aber keiner machte ihr ein Ende, es tröstete ein jeder sich: fehle es, so trage der andere die Schuld."*[1385]

> *„Man suche sich jemanden, der das Unglück tragen hilft, so wird man nie, zumal nicht bei Gefahren, allein sein, und nicht den ganzen Hass auf sich laden. Einige vermeinen, die ganze Ehre der obersten Leitung allein davon zu tragen, und tragen nachher die ganze öffentliche Unzufriedenheit davon. Auf die andere Art hingegen hat man jemanden, von dem man entschuldigt wird, oder der das Schlimme tragen hilft."*[1386]

(1) Vorbemerkung

Ein wesentliches Merkmal des Wirkens von Menschen in einer Organisation – verstanden als soziales System – besteht darin, dass es hauptsächlich kollektiv stattfindet. Die Organisation als Ganzes stellt, als Kollektiv beliebig variabler Grösse, eine Art „Obergruppe" dar, die alle Mitglieder umfasst. Es wurde erwähnt, dass die Forschung infolge der komplexen Interaktion der Teilsysteme einer Organisation bisher wenig Gesetzmässigkeiten hinsichtlich des Verhaltens der Organisation als Ganzes gefunden hat. Eine Organisation ist aber in der Regel, damit sie überhaupt funktionsfähig ist, in Untersysteme aufgeteilt, in Divisionen, Abteilungen, Sektionen, und/oder Arbeitsgruppen. Diese Subsysteme sind psychologischen und organisationstheoretischen Untersuchungen zugänglicher. Insbesondere der Gesichtspunkt der Gruppenpsychologie hat in der Organisationspsychologie eine grosse Bedeutung[1387]. Dies gilt in erster Linie in einem eher dezentralisierten System mit Arbeitsgruppen oder Projektmanagement. Aber auch in konventioneller und hierarchischer organisierten Unternehmen finden sich sowohl formelle als auch informelle Gruppen, die das Handeln der Organisation und der einzelnen Mitglieder mitbestimmen. Obschon sich gruppenpsychologische Erkenntnisse nur sehr bedingt auf die Organisation als Ganzes übertragen lassen[1388], möchte ich im Folgenden ein paar davon darstellen.

(2) Vorteile der Gruppenarbeit

Zwar scheint es trotz intensiver Forschung bisher noch nicht gelungen zu sein, eindeutige Kriterien zu ermitteln, mit deren Hilfe sich die Effektivität einer Gruppe voraussagen liesse[1389]. Dennoch heben Organisationspsychologen hervor, dass Gruppenarbeit gegenüber der Einzelarbeit verschiedene Vorteile hat. Dazu gehören u.a. folgende[1390]:

- die Gruppe vermag generell Leistungen zu vollbringen, die einer Einzelperson nicht möglich sind (z. B. Informationsverarbeitung in erheblichem Ausmass);
- das Urteilsvermögen und die Lernfähigkeit ist besser;

1385 JEREMIAS GOTTHELF: Die schwarze Spinne, Reclam-Taschenbuch, Stuttgart 1969/1994 S. 54.
1386 SCHMIDT-JENA (Hrsg.), GRACIANS Orakelspruch Nr. 258, S. 126.
1387 VON ROSENSTIEL S. 250 ff.
1388 CROZIER/FRIEDBERG 294 ff.
1389 BAZERMAN S. 173.
1390 Siehe Liste von SCHARMANN, wiedergegeben bei VON ROSENSTIEL S. 314; s. a. MARCH/SIMON S. 181.

- es kommen verschiedene Arten von Geschicklichkeit und Fachwissen zusammen; - die Informationsspeicherkapazität ist grösser;
- die Zieleinhaltungskontrolle ist besser;
- die kollektive Kontrolle bietet Vorteile.

Allerdings hängen die Vorteile der Gruppenarbeit von der Art der zu lösenden Aufgaben sowie weiteren Faktoren ab. So führt Gruppenarbeit u. a. zu besseren Ergebnissen, wenn das zu behandelnde Problem in seiner Komplexität die Fähigkeiten Einzelner übersteigt (allerdings nur, wenn alle Gruppenmitglieder sich für das Problem interessieren und die Gruppe heterogen zusammengestellt ist)[1391]. Ebenso führt Gruppenarbeit zu einer höheren Akzeptanz von Entscheidungen, wenn alle Betroffenen an der Entscheidfindung tatsächlich mitwirken[1392]. Qualitativ verbessert Gruppenarbeit u.a. nur dann die Problemlösung, wenn die anstehende Aufgabe in additiv sich ergänzende Teilbeiträge zerlegt werden kann; ungeeigneter ist Gruppenarbeit für die Erarbeitung einheitlicher, ganzheitlicher Konzepte. „Als Beispiel hierfür mag gelten, dass Kreuzworträtsel durch Gruppen besser gelöst, durch einzelne aber besser konstruiert werden können"[1393]. Schliesslich hat sich auch gezeigt, dass die Mitgliederzahl fünf nicht übersteigen sollte. Ab einer zweistelligen Mitgliederzahl wurde eine Verschlechterung der Gruppenleistung (durch Reibungs- und Koordinationsverluste) beobachtet[1394].

Trotz gewisser Einschränkungen zeigt sich, dass jene Aspekte der Arbeitsleistung, die durch Gruppenarbeit verbessert werden, u.a. auch die Schadensverhütung betreffen können. Deshalb kann man vorläufig festhalten, dass das Sicherheitsniveau einer Organisation gegenüber dem Einzelhandeln tendenziell nur schon deshalb steigt, weil sich positive Ergebnisse der Gruppenarbeit bemerkbar machen. Nun wurden neben leistungsfördernden Faktoren auch verschiedene Tendenzen entdeckt, die das Handeln von Menschen als Gruppe gegenüber dem Einzelhandeln gefährlicher machen; einige dieser Faktoren sollen nachfolgend dargestellt werden. Die Sozialpsychologie hat zwar viele Methoden zur Verbesserung der Gruppenarbeit und zur Vermeidung der nachfolgend beschriebenen gruppenpsychologischen Probleme bei der Entscheidfindung entwickelt (z. B. Brainstorming, Gruppenpuzzle, andere Kreativitätstechniken). Aber deren Wirksamkeit ist umstritten[1395].

(3) Korpsgeist („esprit de corps") und Gruppendenken („groupthink")

Korpsgeist und Gruppendenken beziehen sich auf typische Konstellationen spezialisierter Gruppenarbeit. Gruppen, deren Mitglieder eng zusammenarbeiten und relativ unabhängig von anderen Arbeitseinheiten komplexe Aufgaben zu erledigen haben, können eine Tendenz entwickeln, andere Organisationsmitglieder abzuwerten und Kritik von aussen zu wenig oder nicht zur Kenntnis zu nehmen; dieses Phänomen wird als „Korpsgeist" bezeichnet[1396]. Mit dem Korpsgeist verwandt ist das Phänomen des Gruppendenkens (*„groupthink"*)[1397]. Forscher haben beobachtet, dass Gruppen mit hohem Zusammenhalt, die über längere Zeit

---

1391 VON ROSENSTIEL S. 322 f.
1392 VON ROSENSTIEL S. 323.
1393 VON ROSENSTIEL S. 324.
1394 VON ROSENSTIEL S. 324.
1395 VON ROSENSTIEL S. 324 ff.
1396 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 14 mit Verweisen.
1397 VON ROSENSTIEL S. 321; BAZERMAN S. 175; DÖRNER S. 55, dort Verweis auf JANIS (1972), der den Begriff des *„groupthink"* eingeführt hat; als Beispiele s. den Fall Schneider, zusammengefasst bei MARING, Verantwortung, S. 243 ff.; die Unfälle in Tschernobyl und Biblis (s. nachfolgend).

zusammen arbeiten, eine Tendenz entwickeln, Entscheide nicht mehr rational zu fällen. Sozialer Druck von aussen (z. B. Erfolgsdruck gegenüber einer Arbeitsgruppe) und Konfliktvermeidung führen so dazu, dass Alternativen nicht mehr konsequent und rational gesucht und abweichende Meinungen von Gruppenmitgliedern zugunsten von Einstimmigkeit unterdrückt werden. Wachsender Zusammenhalt kann zu einer gemeinsamen Illusion von Unverwundbarkeit führen. Dazu gesellen sich meist weitere gemeinsame Denkmuster: kollektive Rationalisierungen; der Glaube, die Gruppe sei moralisch im Recht und die Aussenwelt nicht; stereotype, meist feindselige Vorstellungen von aussenstehenden, konkurrenzierenden Gruppen; direkter Druck auf kritische Gruppenmitglieder; Selbstzensur der Mitglieder; Illusion, es herrsche Einstimmigkeit; selbst auferlegte Denkblockaden[1398]. Als Beispiel wird u. a. die Vorgeschichte der gescheiterten US-Invasion in der kubanischen „*Bay of Pigs*" erwähnt[1399]. Diese Neigungen führen zu Mängeln im Entscheidfindungsprozess: ungenügende Auflistung von Zielsetzungen und Alternativen; ungenügende Prüfung, welche Risiken die gewählte Alternative beeinhaltet; selektive Informationssuche; Fehlen von alternativen Handlungsplänen für unvorhergesehene Fälle[1400]. So wird auch vermutet, dass bei den Unfällen in Tschernobyl[1401] und Biblis[1402] Gruppendenken für das Versagen der zuständigen Arbeitsteams insofern entscheidend war, als gewisse Sicherheitsnormen kollektiv als „nicht notwendig" angesehen wurden oder gewisse technische Anzeigen, weil zuvor nicht immer zuverlässig, kollektiv als „nicht wichtig" interpretiert wurden. Hervorzuheben ist also, dass bei diesen Unfällen nicht die fachliche Inkompetenz ausschlaggebend war, sondern eine Art kollektiver sozialer Inkompetenz.

Es gab auch kritische Stimmen gegenüber der *groupthink*-Theorie, so beispielsweise seitens jener Organisationsforscher, die eine Organisation primär als mikropolitisches Aggregat betrachten, welches das Verhalten der Organisationsmitglieder nicht zwingend steuert, sondern nur strukturelle Spielregeln für Machtspiele unter den Mitgliedern aufstellt. Man warf JANIS vor, die Wirkungen des Gruppendenkens zu überschätzen, *„dont il n'aperçoit pas à quel point ils sont conditionnés par les données structurelles du problème à résoudre et le construit organisationnel déjà existant"*[1403]. Dennoch scheint es angesichts der neueren Literatur, dass *groupthink* als Phänomen seitens der Organisationsforschung allgemein ernst genommen wird.

Die Forschung legt den Schluss nahe, dass Mitglieder grösserer Gruppen zu mehr Konformismus neigen und ihre Handlungen stark an kollektiven Verhaltensnormen ausrichten – d. h. an jenen Normen, welche die Gruppe selbst aufgestellt hat, um kohärentes Verhalten der Mitglieder zu gewährleisten[1404]. Beobachtet wurde auch, dass mit steigender Gruppengrösse das Verantwortlichkeitsgefühl der Gruppenmitglieder sank, wobei allerdings gewisse Faktoren dieser Tendenz entgegenwirken (z. B. Führerschaft, Wichtigkeit der Aufgabe, direkte Verantwortungszuschreibung etc.)[1405]. Die Ausrichtung an kollektiven Normen hat auch Auswirkungen auf die Art und Weise, wie die Organisation durch ihre Mitglieder gegenüber der Aussenwelt dargestellt wird: „Es entwickelt sich eine kollegiale Kooperation bei der Darstellung ausgewählter Entscheidungen. Jeder wird durch seine Kollegen auf der Bahn

---

1398 VON ROSENSTIEL S. 325; s. a. einzelne Bemerkungen in diesem Sinne bei MARCH/SIMON, S. 181 f.

1399 BAZERMAN S. 175; DÖRNER S. 56.

1400 BAZERMAN S. 176, mit Verweis auf JANIS/MANN (1977).

1401 DÖRNER S. 55 f.

1402 WILPERT/KLUMB S. 92.

1403 CROZIER/FRIEDBERG S. 345 Fn 1.

1404 BAZERMAN S. 179. Sozial abweichendes wie konformes Verhalten ist nie nur individuell, sondern immer sozial mitmotiviert, LUHMANN, Formale Organisation, S. 313.

1405 LEARY/FORSYTH (1987), zitiert bei MARING, Verantwortung, S. 221 f.; s. a. JUNG S. 188 f.

gehalten." Abweichungen würden „nicht nur das gemeinsame Werk, sondern zugleich auch die Selbstdarstellung der Kollegen untergraben"[1406].

(4) Gruppenpolarisierung („risky shift", „group polarization effect")

Eine weitere Verhaltensneigung im Gruppenkontext wird *„group polarization effect"* bzw. *„risky shift"* genannt. Man hat beobachtet, dass in einer Gruppe vorherrschende Verhaltenstendenzen und Meinungen insofern verstärkt werden, als verschiedene Individuen als Gruppe ausgeprägtere, polarisiertere Entscheidungen treffen, als dies angesichts ihrer persönlichen Tendenzen zu erwarten wäre. So verhalten sich Gruppen vorab in unsicheren Situationen risikoreicher, als dies aufgrund der Risikopräferenzen ihrer Mitglieder vorauszusagen wäre[1407]; dieses Phänomen bezeichnet man als *risky shift* (Risikoschub). Es ist aber nicht immer voraussehbar, wann ein Risikoschub erfolgt; manchmal verhalten sich Gruppen auch ängstlicher, als dies ihre Mitglieder täten (*„cautious shift"*). Deshalb geht es eher um eine „Polarisierung" von Entscheidungen (*group polarization effect*)[1408] als um eine eindeutige Tendenz in Richtung riskanteren Verhaltens. Nach BAZERMAN tendieren Gruppenentscheidungen vor allem gegen die Neutralisierung von Risiken. So müsste man einen *risky shift* bei positiv besetzten Themen, einen *cautious shift* bei negativ besetzten Themen erwarten[1409].

Verwandt mit dem *group polarization effect* ist die Beobachtung, dass gewisse individuelle Fehlerneigungen im Gruppenkontext verstärkt auftreten. So sind Gruppen noch anfälliger als Individuen für die Neigung, jene Diagnosen für glaubhafter zu halten, die einem schneller einfallen und besser vorstellbar sind[1410]. Zwar finden Gruppen generell treffendere Beurteilungen bezüglich unsicherer Ereignisse. Aber sie sind noch zuversichtlicher als Individuen bezüglich der Richtigkeit ihrer Annahmen (*overconfidence bias*)[1411].

(5) Fehler bei Entscheidungsprozessen in Gruppen

Entscheide werden in Organisationen nicht nur autokratisch, durch einzelne Leitungspersonen gefällt, wie es das hierarchische Paradigma nahezulegen scheint. Sowohl in obersten Leitungsgremien als auch auf tieferen Stufen der Organisation sind es oft Gruppen, die Entscheidungen treffen. So stellt sich die Frage, welche Risiken die kollektive Entscheidfindung beeinhaltet. Zunächst hängt die Güte einer kollektiven Gruppenentscheidung von der fachlichen (und ethischen) Qualifikation der einzelnen Mitglieder einer Gruppe oder (im demokratischen Entscheidungsprozess) einer Koalition ab. Die „Entscheidungsgüte" steigt nicht proportional zur Menge der relevanten Informationen an: Suboptimale Informationsausnützung tritt beispielsweise dann ein, wenn nicht alle Gruppenmitglieder kompetent genug sind, um den Wert der an sich vorhandenen Informationen zu beurteilen[1412]. Entscheidfindungsprozesse in Gruppen implizieren sodann kooperative Aspekte wie auch solche der

---

1406 LUHMANN, Formale Organisation, S. 122.

1407 VON ROSENSTIEL S. 322; BAZERMAN S. 173, beide mit Verweisen.

1408 „... group discussions tend to magnify of enhance the predominant view within the group": BAZERMAN S. 174, mit Verweis auf MOSOVICI/ZAVALLONI (1969) und DOISE (1969); s. a. BOOS S. 646.

1409 BAZERMAN S. 174.

1410 BAZERMAN S. 176 mit Verw.; hierzu auch SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 7; REASON, Human Error, S. 91.

1411 BAZERMAN S. 176.

1412 VON ROSENSTIEL S. 322.

Konkurrenz[1413]. Die demokratische Entscheidungsfindung durch Abstimmen ist nur eine von möglichen Modellen. Sie ist aus sachlicher Sicht überdies nicht zwingend die bestmögliche, denn *„voting, the most commonly accepted decision rule, encourages coalition behaviour. Parties focus more on how to get enough votes for their perspective, rather than sharing information to make a wise decision"*[1414]. Gewisse Autoren erachten dieses auf Bildung von Koalitionen ausgerichtete Verhalten als fragwürdig: denn es erlaubt einzelnen Mitgliedern, kurzfristige Vorteile zu erringen, schädigt aber längerfristig andere Mitglieder, Subgruppen und die gesamte Organisation.

Zu bemerken sind auch Probleme demokratischer Entscheidfindungsprozesse im Hinblick auf die persönliche Verantwortlichkeit. In Kollektivgremien führt die geheime Abstimmung zu Verwischungseffekten, da kein Mitglied mehr wirklich persönlich verantwortlich zu machen ist[1415]. Dazu kann es auch kommen, wenn die Organisationsleitung, getreu dem soziotechnischen Ansatz oder im Rahmen einer Projekt- oder Netzwerkorganisation, Gruppenverantwortung vorsieht. Denn die Ersetzung der hierarchischen Befehlsstruktur durch ein System der kollektiven, konsensuellen Entscheidfindung führt ebenfalls dazu, dass eine Verantwortung niemandem in der Gruppe mehr eindeutig zugerechnet werden kann[1416]. Überhaupt ist es ein beliebtes Mittel von Entscheidungsträgern, an Entscheidungen Kollektivgremien wie Ausschüsse und dergleichen zu beteiligen, um einer persönlichen Verantwortlichkeit zu entgehen[1417].

Bei der Bildung von Koalitionen kann sich auch die *availability heuristic* indirekt schädlich auswirken. Aufgrund dieser Neigung, Entscheidungen primär auf Eindrücke und Gedanken zu stützen, die sehr schnell und einfach zugänglich sind, tendieren frühere erfolgreiche Koalitionen dazu, wieder neu zu entstehen, weil sie noch „frisch in der Erinnerung" sind[1418]. *„This tendency is exemplified in the forming of corporate boards of directors ... Research has shown that directors are chosen in ways that lead to the formation of an elite group within American society (a megacoalition) that networks through overlapping board memberships"*[1419]. Dieses Phänomen ist zweifelsohne nicht nur auf die USA beschränkt. Der vielfach zitierte „Filz" – die Konzentration wirtschaftlicher und politischer Macht in den Händen weniger Akteure – existiert in vielen Ländern. Neben seinen stabilisierenden Eigenschaften hat der „Filz" auch schädliche Auswirkungen. So ist er potentiell schadensträchtig, wenn er zur Personalselektion ausschliesslich aufgrund persönlicher Bekanntschaft anstelle von sachlicher und sozialer Kompetenz der Mitarbeiter führt[1420]. Ausserdem führen zu Beginn vielleicht unbewusst gebildete Allianzen erfahrungsgemäss oft zu „Führungsriegen", die sich stärker darauf konzentrieren, an der Macht zu bleiben, als sachlich angemessene Lösungen zu finden; der Gruppenerhalt wird damit zum Selbstzweck.

1413 BAZERMAN S. 177.

1414 BAZERMAN S. 179, mit Verw.

1415 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 217.

1416 In diesem Sinn auch LUHMANN, Formale Organisation, S. 186.

1417 LUHMANN, Formale Organisation, S. 185.

1418 BAZERMAN, S. 182.

1419 BAZERMAN S. 182 f.; siehe auch die Bemerkung bei MARING, Verantwortung, S. 245 zu den *„old-boys-networks"*.

1420 Für weitere Fehlertendenzen im Zusammenhang mit der Personalselektion s. VON ROSENSTIEL, S. 177 ff.

(6) Kommunikationsprobleme, auch in Bezug auf Statusunterschiede

Kommunikationsprobleme vielfältigster Art können die Gestaltung und Umsetzung organisatorischer Massnahmen erheblich behindern. Diese Probleme können rein technischer Natur sein (ungenügende Infrastruktur, oft infolge fehlender Ressourcen) oder mit der begrenzten Wahrnehmungsfähigkeit des Menschen zusammenhängen[1421]. Letzterer hat überdies die Eigenschaft, Informationen der Aussenwelt nicht nur wahrzunehmen, sondern zu *interpretieren*, in Bezug auf das Modell, das er sich von der Wirklichkeit macht. In diesem bedeutenden Punkt unterscheiden sich Menschen von Maschinen, was für kreative Prozesse nützlich ist, aber das Verhalten eines sozialen Systems im Gegenzug unvorhersehbarer macht[1422]. So erlangen Organisationsmitglieder einen erheblichen Teil ihres Wissens über Berichte anderer Mitglieder, somit also bereits durch deren Referenzrahmen gefiltert. Oft besitzen dabei Absender und Empfänger einer Information ähnliche Referenzrahmen, insbesondere dann, wenn sie der gleichen Abteilung der Organisation oder dem gleichen Beruf angehören, wodurch die Filterwirkung eventuell verstärkt wird[1423], was zu einer Verzerrung der übermittelten Inhalte führen kann.

Besondere Kommunikationsschwierigkeiten bestehen im Zusammenhang mit der hierarchischen Befehlsstruktur. Eine Vielzahl von Experimenten hat die Tendenz bestätigt, dass „die Argumente statushoher Personen besonders einflussreich sind, auch wenn der Status mit der Kompetenz fachlicher Art nicht korreliert"[1424]. So war bei der Analyse verschiedener Flugunfälle eine wichtige Ursache von Fehlhandlungen der Piloten im Umstand zu finden, dass der Ansicht des Chefpiloten mehr Gewicht gegeben wurde als jener der Copiloten[1425]. Hört der Chefpilot generell nicht genügend auf die Vorschläge des Copiloten, so besteht die Gefahr, dass der Copilot jegliche Motivation verliert, seine Ansichten zu Problemen überhaupt einzubringen, und infolge dessen wesentliche Informationen nicht mehr an den Chefpiloten weitergibt[1426].

(7) „Kriminelle Verbandsattitüde"

Unter diesem Stichwort werden in der juristischen Literatur verschiedene Phänomene diskutiert, die oft im Zusammenhang mit der Strafbarkeit juristischer Personen stehen. Man spricht damit zum einen die soziologische Beobachtung an, dass sich ein Individuum im

---

1421 Siehe z. B. betreffend Sprachbarrieren im Cockpit AMALBERTI, S. 177, 184; betreffend grundlegenden Kommunikationsmängeln im Zusammenhang mit Unfällen infolge mangelhafter Organisation sportlicher Massenveranstaltungen ELIOTT/SMITH, insbesondere S. 220; der Tod einer Patientin im Universitätsspital Zürich bei einer Herztransplantation durch Verwechslung der Blutgruppe offenbar infolge mündlicher Kommunikationsprobleme (NZZ vom 28. April 2004 S. 49).

1422 BREHMER S. 34 f.

1423 Siehe z. B. MARCH/SIMON, S. 152 f., im Zusammenhang mit der übermässigen Wahrnehmung von Unterzielen („*subgoals*") im Vergleich zu den Oberzielen der Organisation.

1424 VON ROSENSTIEL S. 321; interessant ist dessen Bemerkung, dass bei Schiffsversammlungen der früheren deutschen Seefahrt Lösungsvorschläge in der umgekehrten Reihenfolge zur Hierarchie abgegeben werden mussten. Siehe demgegenüber der Hinweis PERROWS, S. 177 f., auf eine ausgeprägte hierarchische Tradition im Schiffsverkehr.

1425 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 13, mit Verw.; als Beispiel hierfür kann auch der Flugzeugabsturz am 1. Juli 2002 bei Überlingen erwähnt werden, s. BUNDESSTELLE FÜR FLUGUNFALLUNTERSUCHUNG, S. 7.

1426 So soll der Absturz einer Maschine der United Airlines 1978 in Portland dadurch mitverursacht worden sein, dass die (jüngeren) Copiloten dem Chefpiloten die Information vorenthielten, dass der Treibstoff knapp wurde, weil der Chefpilot in seine eigene Idee der Problemlösung vertieft war (s. AMALBERTI, S. 176, auch mit weiteren Beispielen).

Gruppenkontext anders verhält denn als Einzelperson, dass es insbesondere weniger Verantwortung empfindet und sich gegebenenfalls eher zu kriminellen Handlungen hinreissen lässt als alleine[1427]. Damit verwandt, aber meines Erachtens nicht deckungsgleich[1428] ist das schockierende Ergebnis des Milgram-Experiments. Dieses betrifft eine besondere Gruppenkonstellation, nämlich spezifisch die Bezogenheit auf eine Autoritätsperson; hierauf ist gesondert einzugehen (S. 215 ff.). Im Weiteren umfasst die „kriminelle Verbandsattitüde" die kollektive Neutralisierung des Verantwortlichkeitsgefühls, indem im Gruppenkontext die kriminelle oder fahrlässige Komponente eines Schadensfalls heruntergespielt wird[1429]. Dieses Phänomen kann der Problematik der Sicherheitskultur zugeordnet werden; denn der Schritt von einer schlampigen Sicherheitspraxis zur allgemeinen Toleranz gegenüber strafrechtlich relevanter Delinquenz ist oft nur graduell. Hinzu kommt die „Rechtsgutferne" bei Organisationsdelikten: Schädigend handelnde Organisationsmitglieder fühlen sich deshalb nicht als kriminell, weil das verletzte Gut abstrakt sowie räumlich und zeitlich entfernt ist[1430] (Stichwort „Schreibtischtäter"). Schliesslich ist der nicht zu unterschätzende Faktor zu erwähnen, dass oft eine soziale und wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers von der Organisation besteht, weshalb dieser weniger Anreiz hat, sich kriminellen Weisungen seiner Vorgesetzten zu widersetzen[1431].

(8) Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung

(a) Organisationsrisiko

(i) Vorteile der Gruppenarbeit

Aus der Organisationspsychologie ergibt sich, dass Gruppenarbeit im Vergleich zur Einzelarbeit diverse Vorteile aufweist, die durchaus sicherheitsrelevant sind. So vermag die Gruppe (bei optimaler Motivation und Wissensvernetzung) mehr Informationen als Einzelpersonen zu speichern und zu verarbeiten; sie kann Probleme besser analysieren und verbindet Geschicklichkeit und Fachwissen mehrerer Personen. Ausserdem ist die gegenseitige Kontrolle besser und die Akzeptanz von Entscheidungen höher, wenn alle von diesen Betroffenen mitentschieden haben, was die Sicherheitskultur beeinflusst. Diese Vorteile hängen allerdings stark von der Art der zu erbringenden Leistung ab.

(ii) Gruppendenken und Risikoschub

Gleichzeitig birgt Gruppenarbeit verschiedene Risiken. Die Neigungen zu Korpsgeist und Gruppendenken rufen m. E. ein genuines, tätigkeitsunabhängiges Organisationsrisiko hervor. Dabei geht es um die Beobachtung, dass von der Umwelt relativ unabhängig arbeitende Gruppen, z. B. Projektteams, die Tendenz entwickeln können, die Aussenwelt abzuwerten und Kritik von aussen wie von innen pauschal zurückzuweisen. Diese Faktoren können zur Folge haben, dass die Entscheidfindung in Gruppen noch irrationaler wird, als sie es aufgrund individueller Fehlerneigungen ohnehin schon wäre. Gruppeninterne Interpretationen der Wirklichkeit können sich je nach Konstellation weit von jenem Standard entfernen, den die Aussenwelt als vernünftig erachten würde. Das besondere Risikopotential dieser Fakto-

---

1427 Siehe Verweise bei LÜTOLF S. 31 f.; s. a. LASKI S. 124 f.

1428 Anders anscheinend LÜTOLF S. 31 ff.

1429 LÜTOLF S. 34 f.

1430 LÜTOLF S. 36 f.

1431 LÜTOLF S. 37.

ren scheint mir darin zu bestehen, dass die Gruppen selbst nicht bemerken, ob und wie weit sie sich von einer rechtlich objektiven Vernunft entfernen.

Erwiesen hat sich auch, dass Gruppen zu riskanteren Entscheidungen tendieren, als dies aufgrund der Risikopräferenzen ihrer einzelnen Mitglieder zu erwarten wäre (*risky shift*). Gleichzeitig zeigte sich aber auch das Gegenteil, weshalb die Forschung eher von einer Tendenz zu polarisierendem Verhalten in Gruppen spricht (*group polarization effect*): In Gruppendiskussionen wird beispielsweise tendenziell die in der Gruppe vorherrschende Meinung verstärkt. Auf der Ebene des Gefährdungspotentials einer Organisation kann man deshalb aber nur bedingt von einer Neutralisierung des *risky shift* durch den *cautious shift* sprechen: denn eine unter dem Einfluss eines Risikoschubs getroffene schadensträchtige Entscheidung bleibt schadensträchtig, selbst wenn die entscheidende Gruppe in einem anderen Kontext vielleicht zu einem „Vorsichtsschub" tendiert hätte. Deshalb erachte ich das Phänomen des Risikoschubs ebenfalls als typisches, tätigkeitsunabhängiges Organisationsrisiko.

(iii) Entscheidfindungsprozesse auf der Führungsebene – Statusunterschiede und Kommunikation

Die Beobachtungen zur kollektiven Entscheidfindung legen hinsichtlich Kommunikationsproblemen durch Statusunterschiede ebenfalls das Bestehen eines typischen Organisationsrisikos nahe. So hat sich gezeigt, dass Personen mit hierarchisch höherem Status in Gesprächen und Entscheidfindungsprozessen ein höheres Gewicht haben, auch wenn der Status nicht mit ihrer Fachkompetenz korreliert. Die grosse Überzeugungskraft hierarchisch höherstehender Autoritätspersonen kann, im Zusammenspiel mit Gruppendruck, zu einer eigentlichen „kriminellen Verbandsattitüde" führen. Hervorzuheben ist überdies, dass nicht nur die autokratische, sondern auch die demokratische Entscheidfindung zu sachlich mangelhaften Resultaten führen kann, weil sich dabei immer Parteien gegenüberstehen, die ihren Standpunkt durchbringen möchten. Dies führt zu einer ungenügenden Wissensvernetzung, da die Parteien ihr Wissen eher dazu einsetzen, genügend Anhänger zu finden, als sachgerechte Lösungen zu entwerfen. Problematisch ist auch die Anonymität der einzelnen Mitglieder von kollektiven Entscheidungsgremien bei geheimer Abstimmung, da Anonymität normwidriges oder zumindest unvernünftiges Handeln fördert.

Typische Risiken entstehen sodann bei der Zusammenstellung von Leitungsgremien, wenn die persönliche Bekanntschaft zwischen Leitungsverantwortlichen und potentiellen neuen Leitungspersonen systematisch stärker gewichtet wird als Fach - und/oder Führungskompetenz (Phänomen der „Führungsriegen" bzw. des „Filz"). In solchen Konstellationen droht der Gruppenerhalt zum Selbstzweck der Entscheidungsfindung zu werden. Gruppenbildung auf der Grundlage von persönlicher Bekanntschaft führt höchstwahrscheinlich auch zu relativ eingeschworenen Gruppen („die eine Hand wäscht die andere"); dadurch wird die Manifestation eben beschriebener Tendenzen wie Korpsgeist, Gruppendenken und Risikoschub umso wahrscheinlicher. Dies wiederum ist umso gefährlicher, je höher ein Führungsgremium in der Hierarchie angesiedelt ist. Denn über die Kraft der Formalisierung und des nach wie vor verbreiteten Prinzips des Gehorsams pflanzen sich Fehlentscheide durch die ganze Organisation weiter[1432].

[1432] Siehe hierzu auch die Ausführungen zu den latenten Organisationsmängeln, S. 230 ff.

(iv) Nuancierungen

Die beschriebenen gruppendynamischen Fehlerneigungen müssen insofern teilweise relativiert werden, als sie sich nicht in allen organisatorischen Konstellationen mit der gleichen Stärke manifestieren. Die Umstände, unter denen Gruppendenken und Risikoschübe am ehesten zu erwarten sind, entsprechen jenen, die man typischerweise mit Arbeitsgruppenmodellen wie der Projekt - oder Netzwerkorganisation assoziiert: Relativ wenige Mitglieder bearbeiten relativ isoliert vom Rest der Organisation relativ komplexe Aufgaben. Deshalb ist nuancierend anzufügen, dass sich das Gefährdungspotential gruppendynamischer Entscheidungsprozesse in solchen Organisationsformen stärker auswirkt. Erhalten Gruppen weniger Verantwortung und Entscheidungskompetenzen, so müsste man erwarten, dass sich die beschriebenen Faktoren schwächer auswirken. Nicht erfasst von dieser Nuancierung werden Gruppenprozesse in kollektiven Führungsgremien, da diese nicht nur in dezentralisierten Organisationen vorkommen. Zum Risikoschub ist anzufügen, dass auf die Organisation als Ganzes betrachtet zumindest eine Tendenz zur Neutralisierung festzustellen ist, da Gruppen je nach Situation auch zu vorsichtigerem Verhalten als ihre Mitglieder tendieren.

Unklar ist, ob und wieweit sich Korpsgeist, Gruppendenken und der *group polarization effect* mittels genügender Sorgfalt beherrschen lassen. Vermutlich hängt auch diese Frage vom unscharfen Begriff der Sicherheitskultur ab. Die Wissenschaft hat verschiedene Methoden zur Verbesserung des Entscheidfindungsprozesses in Gruppen entwickelt, deren Wirksamkeit aber umstritten ist. Hervorzuheben ist auch, dass Massnahmen und kulturelle Voraussetzungen zur Vermeidung der beschriebenen Faktoren gerade von jenen Entscheidungsgremien eingeführt und durchgesetzt werden müssten, die selbst in hohem Masse von diesen Faktoren betroffen sind. Es ist zu bezweifeln, dass ein Leitungsgremium glaubwürdig eine gesunde Entscheidungskultur durchsetzen kann, das selbst nicht danach arbeitet.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es mehrere typische gruppendynamische Organisationsrisiken gibt, dass es aber auch bei diesen Risikofaktoren sehr auf den Einzelfall ankommt, wie erheblich sie sind.

(v) Formulierung eines Organisationsrisikos

Vorausgesetzt, man bejahe im Bereich der Gruppenpsychologie das Bestehen eines erheblichen Organisationsrisikos (woran ich zweifle), so würde die konkrete Ausformulierung eines Risikos im Haftungstatbestand Probleme bereiten. Man könnte beispielsweise festhalten, der Organisationsträger hafte, wenn der Geschädigte beweise, die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts sei durch die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen an eine Gruppe erhöht worden. Wann aber würde sich die Schadenswahrscheinlichkeit hier erhöhen? Wohl dann, wenn sich gruppendynamische Fehlerneigungen manifestieren. Und diese zu beweisen wäre vermutlich noch schwieriger als ein Verschulden. Selbst im einfachsten Fall käme der Beweis eines solchen Risikos überdies auch hier auf das Gleiche heraus wie der Nachweis einer Sorgfaltswidrigkeit: dann nämlich, wenn eine eingeschworene Gruppe, aus welchen Gründen auch immer, im Vergleich zu einem vernünftigen hypothetischen Standardverhalten falsch entscheidet. Um einen Risikoschub zu beweisen, müsste der Geschädigte sogar die Risikopräferenzen der einzelnen Gruppenmitglieder ermitteln und mit dem Verhalten der Gruppe vergleichen – ein Unterfangen, das mit zumutbarem Aufwand kaum praktikabel wäre. Und konsequenterweise müsste der Organisationsträger einer Haftung entgehen, wenn nicht ein Risikoschub, sondern ein „Vorsichtsschub" das Handeln der Gruppe dominiert hat – selbst wenn das Handeln aus der Sicht objektiver Sorgfaltspflichten falsch war. Ein generelles Organisationsrisiko lässt sich also im Bereich gruppendynamischer Fehlerneigungen nicht sinnvoll formulieren.

(b) Geltendes Recht und Sorgfaltspflichten de lege ferenda

Für die Formulierung organisatorischer Sorgfaltspflichten lässt sich aus der Psychologie gruppendynamischer Entscheidungsprozesse wenig ableiten. Wie gesagt, lassen sich solche Prozesse nur sehr bedingt mit genügender Sorgfalt beeinflussen und entsprechende Vorschläge seitens der Sozialpsychologie sind umstritten. In Bezug auf die Rechtspraxis zu OR 55 spielt es keine Rolle, ob schädigende Handlungen durch ein einzelnes oder durch mehrere Organisationsmitglieder beschlossen und durchgeführt wurden. Der Geschädigte muss nur beweisen, dass der Schaden durch den Betrieb des Geschäftsherrn verursacht wurde, nicht aber, welche Hilfsperson konkret schädigend gewirkt hat. Hinsichtlich des Sorgfaltsbeweises kommt es auf die objektive Qualifikation organisatorischer Massnahmen an, nicht auf subjektive Komponenten des Entscheidfindungsprozesses, wie sie bei gruppendynamischen Effekten im Vordergrund stehen. So kann sich der Geschäftsherr für eine Entscheidung, die objektive organisatorische Sorgfaltspflichten verletzt (weil beispielsweise Zuständigkeiten unklar verteilt werden), selbst dann nicht entlasten, wenn der Entscheidungsprozess subjektiv gesehen fehlerfrei, d.h. transparent, kommunikativ offen und risikoneutral erfolgte. Gruppendynamische Fehlerneigungen spielen somit – was die Aussenhaftung des Organisationsträgers betrifft – primär nur für die Begründung eines Organisationsrisikos eine Rolle.

Man kann sich fragen, ob gruppendynamische Prozesse auf der Ebene allfälliger *Rückgriffsklagen* bzw. der direkten *Aussenhaftung* von Organisationsmitgliedern insofern eine Rolle spielen, als keinem Mitglied eines kollektiven Leitungsgremiums ein Individualverschulden vorgeworfen werden könnte, weil alle einem anonymen Gruppendruck erlegen wären. Dieses Argument erscheint jedoch zweifelhaft. Einerseits tritt Solidarhaftung mehrerer Beteiligter gestützt auf OR 50/1 selbst dann ein, wenn gewisse Mitglieder der Gruppe nur Mitläufer waren oder der Handlungsbeitrag jedes Mitschuldigen nicht präzise ermittelt werden kann. Auf der Ebene der persönlichen Haftung der Organisationsmitglieder ist im vorliegenden Kontext im Weiteren auch die strafrechtliche Organisationshaftung interessant. Im bereits besprochenen Von Roll – Urteil wurde ein Konzernchef als mitverantwortlich für gewisse strafrechtlich relevante Organisationsmängel erklärt, obschon er möglicherweise die Mehrheit eines Leitungsgremiums nicht hätte von einer pflichtgemässen Vorgehensweise überzeugen können. Es genügte, dass er sich nicht für die Behebung der Mängel eingesetzt hat: „Wenn ein Entscheidungsgremium für eine hinreichende Organisation verantwortlich ist, dann ist jedes Mitglied dieses Gremiums, das es unterlässt, sich für die Durchsetzung dieser Pflicht einzusetzen, kausal für den Erfolg verantwortlich."[1433] Diese Sichtweise lässt sich durchaus auf die zivilrechtliche Haftung der Mitglieder übertragen[1434]. Und wie im Strafrecht der dennoch begrenzten Einflussmöglichkeiten des Konzernchefs und den Umständen des Einzelfalls bei der Bemessung des Strafmasses Rechnung getragen wurde, wäre im Haftpflichtrecht bei der Bemessung des Schadenersatzes eine entsprechende Nuancierung möglich.

4. Verhalten in komplexen Organisationen

a) „Verschwinden des Verschuldens" in komplexen Organisationen

„Die Geschichte aller bisherigen Gesellschaft ist die Geschichte von Emergenzen. Emergenz geschieht, wenn kleinere Einheiten kooperative oder antagonistische Beziehungen

[1433] BGE 122 IV 129.

[1434] Im Allgemeinen siehe Th. KOLLER, S. 410 ff.

miteinander eingehen, die sich zu übergeordneten Verhältnissen neuartiger Qualität verfestigen ... Die dörfliche Lebensgemeinschaft mit ihren rudimentären Handwerkstechniken ist der erste Schritt gewesen, und heute öffnet sich der Weg in die globale Technosphäre der Weltgesellschaft. In ihren Vorstellungen aber sind die Menschen die alten Dörfler geblieben. ... (In den Begriffen von Technik und Gesellschaft sehen sie entweder), von magisch-dämonischen Traditionen geprägt, eigenständige Wesenheiten ..., die undurchschaubare und unbeeinflussbare Macht ausüben. Oder sie halten sich an die dörflichen Kategorien von Handwerk und Nachbarschaft und schreiben einzelnen Personen zu, was in Wirklichkeit in einem verwickelten Gefüge überindividueller Produktions- und Kommunikationsverhältnisse emergiert. ... Alle Gestaltung und Nutzung von Technik enthält einen Kern individuellen Handelns, aber dieser Kern ist umfangen von der Schale soziotechnischer Emergenz."[1435]

(1) Vorbemerkung

Seit einigen Jahren trifft man in der haftpflichtrechtlichen Literatur zur Geschäftsherren- oder Organisationshaftung gelegentlich die Bemerkung an, in modernen Organisationen „verflüchtige" sich das Individualverschulden der Organisationsmitglieder[1436]. Was bedeutet diese Aussage genau? Das „Verhalten" einer Organisation setzt sich aus unzähligen Einzelhandlungen ihrer Mitglieder zusammen. Gerade dieses Phänomen wirft ja überhaupt erst die Frage auf, ob die Organisation selbst oder ihre Mitglieder für betriebsindizierte Schäden haften sollen. Soweit eine Organisationshaftung an das Verhalten der primären Akteure im Rahmen der Organisation angeknüpft werden sollte, stellt sich die Frage nach der Strenge der Haftung. Üblicherweise gilt im schweizerischen Recht für das Einzelhandeln Verschuldenshaftung nach OR 41. *A priori* ist nicht erkennbar, weshalb dies für Organisationsmitglieder anders sein sollte. Wäre aber eine Haftung des Organisationsträgers für das Verschulden der Organisationsmitglieder praktikabel und angemessen? Eine Person handelt schuldhaft, wenn sie, grob gesagt, auf vorwerfbare Art und Weise (subjektives Element) elementare Sorgfaltspflichten missachtet (objektives Element). Aus ethischer Sicht ist Verschuldenshaftung nur angebracht nach Massgabe des Wissens des Haftbaren (*Voraussehbarkeit*) und dessen Möglichkeiten, den Lauf der Dinge nach seinem Wissen zu beeinflussen (*Handlungsmacht*)[1437]. Somit stellt sich zum einen die Frage, ob für das Organisationsmitglied die kausalen Auswirkungen seines Handelns im Kontext der Organisation im gleichen Mass voraussehbar sind wie bei seinem Handeln als Individuum ausserhalb der Organisation. Ebenso gilt es zu prüfen, ob die Einbindung des Organisationsmitglieds in ein organisiertes Handlungssystem seine Handlungsmacht beeinflusst. Dabei geht es darum zu ermitteln, ob das individuelle Verhalten der Organisationsmitglieder im Rahmen der Organisation als solches nicht mehr erkennbar ist, in gewisser Weise im „kollektiven" oder „korporativen" Verhalten der Organisation aufgeht, oder, anders formuliert, ob das individuelle Verhalten eines Organisationsmitglieds im Rahmen der Schadensverursachung durch die Organisation kausal nicht mehr genügend stark ist, um als (Mit-)ursache im Rechtssinn zu gelten.

Es mag müssig erscheinen, Fragen betreffend Voraussehbarkeit, Handlungsmacht und kausalen Einfluss losgelöst von Einzelfällen zu untersuchen. Soweit vorliegend aber die Frage eines generellen Organisationsrisikos analysiert werden soll, ist ein gewisser Abstraktionsgrad unvermeidlich.

1435 ROPOHL, Ethik, S. 9 u. 13.

1436 Siehe z. B. JÄGGI S. 755; WIDMER/WESSNER S. 126; WINIGER, Architecture, S. 319; B. GROSS S. 68.

1437 Zu letzterem aus ethischer Sicht LÜBBE, zitiert bei ROPOHL, Ethik, S. 116 Fn 8.

(2) Relativierung des Verschuldens im Kontext der Organisation

(a) Teilweiser Verzicht des Organisationsmitglieds auf eigene Willensbetätigung

Das Handeln des Individuums in der Organisation ordnet sich definitionsgemäss den Zielen der Organisation unter, während das Individuum ausserhalb derselben seine Ziele selbst bestimmt. Andernfalls wäre die Teilnahme an einer Organisation sinnlos, zumindest als Organisationsmitglied. Jene bezüglich der „Mitgliedschaftsmotivation" ist die erste, grundlegende Entscheidung, die eine Person vor dem Eintritt in die Organisation zu treffen hat, und dazu gehört die Akzeptanz jener Ziele der Organisation, die jeweils durch die Systemleitung als verbindlich vorgegeben werden[1438]. Dies wiederum hat zur Folge, dass sich das Organisationsmitglied eines Teils seines Willens entäussert und dafür den Willen der Organisationsleitung übernimmt. Das Mitglied bleibt in gewissen Grenzen frei, *wie* es die Ziele der Organisation umsetzen will. Aber *welche* Ziele diese verfolgt, kann das Mitglied nicht alleine bestimmen, was nicht ohne Einfluss auf seine Willensbildung und seine Wahrnehmung der Realität bleibt. Im Rahmen der sozio-technischen Organisationen – die heute wohl die Regel sind – wird individuelles Handeln "zu einem Element korporativen Handelns und muss sich den fremdbestimmten Korporationszielen unterordnen; dadurch verliert es einen Teil jener Autonomie, die für moralische Verantwortung vorausgesetzt ist"[1439]. "Korporatives Handeln zeichnet sich dadurch aus, dass es Ziele verfolgt, die über die Teilziele der beteiligten Personen (also über das individuelle Handeln) hinausgehen, und es hat eine Systemqualität, die sich nicht auf die Beiträge individueller Teilhandlungen reduzieren lässt, sondern erst aus der gelenkten Integration all jener Teilhandlungen erwächst." Zwar gibt es zuweilen herausragende individuelle Leistungen, aber "im Regelfall ... sind Personen im korporativen Handeln lediglich Platzhalter, die jederzeit von anderen Personen ersetzt werden können, welche die korporativ definierte Platzfunktion ähnlich gut zu leisten vermögen"[1440]. Das gilt sowohl für untergebene als auch für leitende Personen.

(b) Begrenzte Voraussehbarkeit

Bereits dargestellt wurden die psychologischen Grenzen des menschlichen Denkens in Bezug auf die Problemlösung. Verschiedene Fehlerneigungen erschweren die Entwicklung effektiver Handlungsstrategien. Solche Neigungen beschlagen auch die Möglichkeit zur Voraussicht der Konsequenzen des eigenen Handelns. Dazu gehören insbesondere Fehlerneigungen bei der Einschätzung von Wahrscheinlichkeitsgrössen und zeitlichen Entwicklungen, aber auch eine Reihe anderer Tendenzen und ganz allgemein das Problem der beschränkten Rationalität. Diese Faktoren berühren allerdings den Verschuldensbegriff nicht bloss im Rahmen einer Organisation, sondern ganz allgemein.

Soweit das Handeln von Organisationen primär technisches Handeln ist, wurde überdies generell bemerkt, dass es für den modernen Menschen schwieriger sei als für den „vormodernen", die zukünftigen Auswirkungen technischer Zustände vorauszusehen, und zwar primär deshalb, weil die Gegenwart von einer permanenten Dynamik gekennzeichnet ist: „Wir wissen einerseits mehr, anderseits weniger über die Zukunft als unsere vormodernen

---

1438 Siehe hierzu LUHMANN, Formale Organisation, S. 39 ff. Präziser formuliert setzt die Mitgliedschaft voraus, dass das Mitglied die Funktionsweise der Organisation als grundsätzlich arbeitsteiliges Gebilde akzeptiert, denn Ziele können sich im Laufe der Zeit wandeln, ohne dass die Organisation aufhört zu existieren. Aber kurzfristiger gesehen richtet sich das Handeln einer Organisation nach ihren jeweils vorherrschenden Zielen.

1439 ROPOHL, Ethik, S. 120.

1440 ROPOHL, Ethik, S. 101 f.

Ahnen. Mehr, weil unser analytisch-kausales Wissen mit seiner methodischen Anwendung auf das Gegebene viel grösser ist; weniger, weil wir es mit einem konstitutionellen Zustand der Veränderung zu tun haben, während die Früheren es mit einem in ganzen bleibenden (oder so erscheinenden) zu tun hatten."[1441]

(c) Beschränkte Handlungsmacht

(i) Vorbemerkung

Wie die Voraussehbarkeit schädigender Konsequenzen eigener Handlungen ist auch die *Handlungsmacht* des einzelnen Organisationsmitglieds beschränkt, soweit es im Rahmen seiner geschäftlichen Pflichten tätig wird. Eine allein handelnde Person muss nur ihre eigenen Handlungen kontrollieren. Die Rechtsordnung scheint davon auszugehen, dass eine solche Kontrolle im Normalfall möglich ist, denn sie erwartet vom Individuum im Hinblick auf die Verschuldenshaftung, dass es sich so „im Griff" hat wie dies für eine hypothetische sorgfältige Durchschnittsperson der Fall wäre. Schon diese Erwartung kann angesichts der vielfältigen individuellen Fehlerneigungen in Frage gestellt werden. Das Handeln einer Organisation setzt sich aber überdies aus vielen Teiloperationen verschiedener Einzelakteure zusammen. Wollte man das Verschulden jedes Organisationsmitglieds auf das Handeln der Organisation als Ganzes beziehen, so müsste es jedem möglich sein, nicht nur sein eigenes Verhalten, sondern jenes aller an einem Prozess beteiligten Mitglieder zu kontrollieren. Dies ist aus verschiedenen Gründen nicht möglich.

Was die Verantwortlichkeit des einzelnen Mitglieds angeht, so trägt die Organisation diesem Problem insofern Rechnung, als sie die Aufgaben und Verantwortlichkeiten jedes Stelleninhabers präzise definiert, ungeachtet der möglichen kausalen Auswirkungen von dessen Handeln. So hat die Mitgliedschaftsrolle „.... auch eine Funktion der Entlastung von einem persönlich untragbaren Risiko im Bereich des sozialen Handelns, wo man den Erfolg selten allein in der Hand hat. Die Formalisierung begrenzt die Verantwortlichkeit und ermöglicht dadurch die Übernahme komplexer Verantwortungen"[1442]. Verantwortlichkeit wiederum ist die Kompensation dafür, dass die Gesellschaft einer Person erlaubt zu handeln, obschon sie sich über die Voraussetzungen und Konsequenzen ihrer Handlung wegen ihres zwangsläufig beschränkten Bewusstseins nie gänzlich im Klaren sein kann. „Man kann daher Verantwortlichkeit als einen sozialen Prozess der Informationsverarbeitung beschreiben, der zugleich der Absorption von Unsicherheit und der Bewusstseinsentlastung dient. In diesem Prozess ersetzt die Verantwortlichkeit fehlende Informationen und schafft damit ein Gewissheitsäquivalent"[1443].

Für den organisatorischen Kontext ist die Frage der Handlungsmacht eng mit der hierarchischen Struktur einer Organisation verknüpft. Grob formuliert, stehen sich – selbst in hierarchisch flacheren Organisationen – primär zwei Kategorien von Organisationsmitgliedern gegenüber: Vorgesetzte und Untergebene (wobei viele Mitglieder beides zugleich sind). Abgesehen von der obersten Leitung stellt sich unter dem Gesichtspunkt der Handlungsmacht für beide Kategorien die Frage, wieweit sie tatsächlich Macht gegen unten, gegen oben und in der Horizontale besitzen.

1441 JONAS S. 216. Diese Bemerkung weist auch deutliche Bezüge zu den Ironien der Automatisierung auf, s. hinten S. 226 ff.

1442 LUHMANN, Formale Organisation, S. 61.

1443 LUHMANN, Formale Organisation, S. 174, auch mit Verweis auf WEINER (1960) in Fn 5.

(II) Handlungsmacht des Vorgesetzten

Die formale Rolle des Vorgesetzten ist, aus der Sicht der Rechtsordnung wie auch im Rahmen der Organisation, mit der Erwartung verknüpft, dass er sein normativ zugebilligtes Weisungs-, Kontroll- und Sanktionsrecht auch tatsächlich wahrnehmen kann. Die individuelle Verantwortung eines Organisationsmitglieds mit Leitungsfunktionen bemisst sich nach diesem Profil. Ob es aber möglich ist, einer Leitungsaufgabe tatsächlich nachzukommen, ist nicht eindeutig erwiesen. Freilich lassen sich klare Faktoren bezeichnen, die darauf hinweisen, dass die Möglichkeit, Menschen zu „führen", tatsächlich existiert. Diese Bemerkung erscheint vielleicht trivial, ist aber nicht selbstverständlich angesichts der Autonomie jedes Menschen als Individuum, dessen persönliche Entfaltung regelmässig durch Konflikte mit seiner sozialen Umgebung und damit auch mit hierarchischen Vorgesetzten erkauft werden muss. Andererseits wurde bemerkt, dass sich Autorität nie automatisch nach einem formalen Organigramm einstellt, sondern immer wieder zwischen den Akteuren in einer Organisation ausgehandelt werden muss.

Faktoren, die Handlungsmacht von Vorgesetzten fördern:

Die klassischen Ansätze TAYLORS und WEBERS postulierten ein relativ mechanistisches Bild der Organisation, das mit der „Kommunikationsform des Befehls und mit der Vorstellung einer hierarchischen Über- und Unterordnung fest verknüpft" war[1444]. Auf dieses Organisationsmodell scheint man nach wie vor stark zu vertrauen. Darüberhinaus ist aber wohl die wirtschaftliche Abhängigkeit der meisten Organisationsmitglieder von ihren Organisationen[1445] der wichtigste Faktor, der die Möglichkeiten, Menschen hierarchisch zu führen, begünstigt. Die heutzutage oft beschworenen selbständigen und selbstbewussten Manager des eigenen Wissens und Könnens sind vermutlich gegenüber tendenziell abhängigen Arbeitskräften stark in der Minderzahl. Gerade die in der westlichen Dienstleistungsgesellschaft zahlreichen „Wissensarbeiter" bedürfen einer Organisation, um ihr Wissen überhaupt operationalisieren zu können[1446] und so eine wirtschaftliche Gegenleistung dafür zu erhalten.

Dass Menschen Befehlen in der Regel gehorchen, wenn sie an Leib und Leben oder am Eigentum bedroht werden, leuchtet ein und bedarf wohl keiner weiteren Ausführungen. Die schockierende Einsicht aber, *wie weit* Menschen gegenüber Autoritätspersonen Gehorsam zeigen, ohne in geringster Weise physisch bedroht zu werden und ohne erwähnenswerte wirtschaftliche Anreize zu erhalten, beschäftigt die Psychologie schon seit langem und zeigte sich beispielsweise im Rahmen der berühmten Experimente, die MILGRAM 1960 bis 1963 an der Yale-Universität durchführte[1447]. Diese Experimente führten zum erschreckenden Ergebnis, dass es eine Mehrzahl der Versuchspersonen eher in Kauf nahm, einen Mitmenschen körperlich zu quälen, als einer autoritären Respektsperson zu widersprechen. Wie bei jedem psychologischen Experiment stellt sich auch bei diesem die Frage, wie weit dessen Ergebnisse generalisiert werden können. Das Experiment wurde scharf kritisiert wie auch hoch gelobt[1448]. Leider haben die historischen Ereignisse des Zweiten Weltkriegs, die MILGRAM zu diesem Experiment motivierten, nachdrücklich gezeigt, dass MILGRAM keineswegs im luftleeren Raum theoretisierte, sondern tatsächlich eine recht allgemein verbreitete

---

1444 LUHMANN, Formale Organisation, S. 97; siehe dort auch Ausführungen zur Weiterentwicklung des Befehls in Form der „konditionalen Programmierung" (ebd. S. 98 f.).

1445 Aus der Sicht des Unternehmensstrafrechts s. LÜTOLF, S. 37.

1446 Zutreffend m. E. DRUCKER, S. 64, aber vermutlich zu optimistisch, was die Abhängigkeit der Organisation von den „Wissensarbeitern" betrifft, s. S. 66 f.

1447 Siehe eingehend MILGRAM, sowie zusammenfassend NZZ-Folio, Oktober 2001, S. 110 ff.

1448 MILGRAM S. 221 ff.

menschliche Tendenz experimentell nachgewiesen hat, die sich in den politischen Geschehnissen zuvor auf katastrophale Weise manifestiert hatte. Es scheint, dass viele kritische Stimmen weniger die Resultate als vielmehr die Methodik MILGRAMS anprangerten, mit dem Argument, es sei ethisch unhaltbar, Versuchspersonen in psychisch derart belastende Situationen zu bringen[1449]. Erfahrungsgemäss findet man zwar in Organisationen in Friedenszeiten selten derart existenzielle, ausgeprägte Dilemmas für Untergebene, wie sie MILGRAMS Versuchspersonen bewältigen mussten. Aber eine Grundtendenz der Menschen, Befehlen von hierarchisch höhergestellten zu „gehorchen", lässt sich nicht verneinen, zumal sich MILGRAMS Versuchsanordnung näher beim üblichen Rahmen einer normalen Arbeitssituation als bei einer weitaus stärker weltanschaulich geprägten politischen Konfliktsituation situierte („Sachlichkeit" und neutrale Beschreibung der Versuchsanordnung, neutrale Räumlichkeiten, distanziert und „objektiv" wirkender Versuchsleiter etc.). In diese Richtung deutet auch ein menschliches Grundbedürfnis „nach einer gewissen Stetigkeit, Voraussagbarkeit und Kontrollierbarkeit" des Arbeitsbereichs[1450], welche Faktoren sich nur durch eine minimale Zentralisierung und Hierarchisierung einer Organisation gewährleisten lassen.

Faktoren, die Handlungsmacht von Vorgesetzten behindern:

Nun gab es aber auch Ansichten in der Organisationssoziologie, die an der Möglichkeit zweifelten, das Verhalten der Organisationsmitglieder hierarchisch völlig zu kontrollieren. Dazu gehört unter anderem der mikropolitische Ansatz[1451] von CROZIER/FRIEDBERG. Grob zusammengefasst, gehen diese Autoren davon aus, dass Macht nicht einfach ein einmal verliehenes, erobertes, vielleicht sogar natürliches Attribut ist, das durch formale Strukturen reflektiert wird und das soziale Verhältnisse generell festlegt. Macht müsse in Organisationen vielmehr immer wieder neu zwischen allen beteiligten Akteuren ausgehandelt werden, und zwar durch die Mobilisierung von Unsicherheitsbereichen, die die Akteure beherrschen. Diese Situation entspreche einer Spielsituation[1452]. Mit diesem Modell grenzen sich die besagten Autoren dezidiert von kybernetischen Organisationstheorien ab (zu der auch LUHMANNS Konzept gehört), da diese davon ausgingen, dass ein System durch einen *„régulateur central"* kontrolliert werden könne. Dies sei aber eine Illusion: *„... il n'y a pas de systèmes sociaux entièrement réglés ou contrôlés"*[1453].

Die Mobilisation von Unsicherheitsbereichen kann beispielsweise darin bestehen, dass ein Organisationsmitglied eine besondere, für die Tätigkeit der Organisation wesentliche Fähigkeit beherrscht und strategisch einsetzt. Als Beispiel führen CROZIER/FRIEDBERG eine Untersuchung an, die in einem staatlichen französischen Unternehmen durchgeführt wurde, das als Monopolist ein allgemeines Konsumgut herstellt (Fall des *„Monopole industriel"*[1454]):

> Drei Kategorien von Akteuren stehen sich in den Produktionswerkstätten gegenüber: Abteilungschefs (*chefs d'atelier*), Produktionsangestellte (*ouvriers de production*) und Unterhaltsangestellte (*ouvriers d'entretien*). Hierarchisch am tiefsten stehen die Prouduktionsangestellten, die die Ma-

1449 NZZ Folio, Oktober 2001, S. 112.

1450 FRIEDEL-HOWE S. 19.

1451 Zur Terminologie siehe HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. II, S. 452 ff.

1452 CROZIER/FRIEDBERG S. 30; 41 ff.

1453 CROZIER/FRIEDBERG S. 29. Dass z. B. Führungskräfte tatsächlich viele Kontakte zum Zweck der Netzwerkbildung und der Mikropolitik unterhalten, wird durch empirische Studien bestätigt, ebenso der Umstand, dass das tatsächliche Führungsverhalten wesentlich irrationaler, intuitiver und ungeordneter ist, als dies das rationalistische Organisationsmodell suggeriert, s. VON ROSENSTIEL S. 229 f.

1454 Ausführliche Beschreibung bei CROZIER, S. 67 ff., Zusammenfassung bei CROZIER/FRIEDBERG, S. 58 ff..

schinen zu bedienen haben; sie sind auch am wenigsten qualifiziert. Laut Organigramm haben die Abteilungschefs die Leitung der Produktion inne. Schlüsselakteure sind aber die Unterhaltsangestellten: Sie haben laut Organigramm zwar keine Leitungsfunktion, verfügen aber über Wissen und Fähigkeiten, die für den Fortgang der Produktion unabdingbar sind. Stehen die Maschinen still, stockt auch die Produktion. Und die Unterhaltsangestellten beherrschen als einzige die Betreuung der Maschinen, was sie geschickt ausnützen, indem sie beispielsweise gewisse Maschinen etwas länger unrepariert lassen als nötig, damit die Notwendigkeit ihrer Arbeit für die Organisation umso deutlicher wird[1455]. Zusätzlich sorgen sie dafür, dass die Produktionsangestellten keinen Zugriff auf Handbücher haben, was diesen erlauben würde, gewisse Reparaturen selbst vorzunehmen[1456]. Die Abteilungsleiter, verantwortlich für das Erreichen gewisser Produktionsmengen, sind völlig abhängig von den Diensten der Unterhaltsangestellten und haben demzufolge keinerlei Möglichkeit, die hierarchische Funktion auszuüben, die ihnen kraft Organigramm zukommt[1457].

Diese Untersuchung beschreibt ein formell rational durchorganisiertes Unternehmen, dessen formale Struktur aber keineswegs die wirklichen Machtverhältnisse – und somit die tatsächliche Handlungsmacht der Akteure – widerspiegelt: *„Ce construit (organisationnel) est fondé sur l'instauration de relations de pouvoir là où le législateur industriel avait cru ou voulu organiser des rapports simplements techniques."*[1458] Dieses Fallbeispiel weist auf die allgemeine Problematik hin, dass in vielen Tätigkeitsbereichen Untergebene als Experten mehr wissen und können als ihre Vorgesetzten und letztere dadurch tendenziell weniger Weisungs- und Kontrollmacht besitzen, als ihnen das Organigramm gegebenenfalls zugestehen möchte[1459].

Daneben ist der *Kommunikationsfluss* ist ein weiteres Beispiel für einen Unsicherheitsbereich, dessen Beherrschung zu Machtverhältnissen führen kann, die der Formalstruktur des Organigramms widersprechen. Absender von Nachrichten können gegebenenfalls, und ungeachtet ihrer hierarchischen Stellung, den Handlungsspielraum des Empfängers beeinflussen, und *„aucune réglementation n'y pourra rien"*[1460]. In einem noch generelleren Sinn kann die Wahrnehmungspsychologie der Durchsetzung hierarchischer Anweisungen, beispielsweise Sicherheitsnormen, entgegenstehen. Denn wie bereits bemerkt, nehmen Menschen Informationen – also auch Befehle – nicht bloss wahr (wie eine Maschine), sondern interpretieren sie in Bezug auf ihr persönliches Modell von der Wirklichkeit. Dies führt dazu, dass das Verhalten von Menschen weitaus schwieriger zu kontrollieren ist als jenes von Maschinen, denn bei letzteren genügen adäquate Signale, während für erstere im Grunde eine Veränderung ihres Realitätsmodells und ihrer damit verbundenen Einstellungen notwendig wäre[1461].

(iii) Handlungsmacht des Untergebenen

Ergänzend bzw. korrelierend zum Vorhergehenden stellt sich die Frage, wie weit die Handlungsmacht Untergebener reicht.

1455 CROZIER/FRIEDBERG S. 105.
1456 CROZIER/FRIEDBERG S. 140.
1457 CROZIER/FRIEDBERG S. 61.
1458 CROZIER/FRIEDBERG S. 63.
1459 Siehe hierzu auch ROPOHL, Ethik, S. 102; DRUCKER S. 65.
1460 CROZIER/FRIEDBERG S. 87.
1461 BREHMER S. 35; diese Veränderung kann freilich in positiver wie in negativer Richtung stattfinden, s. ORWELL, S. 245, letzter Satz.

Faktoren, die Handlungsmacht Untergebener begünstigen:

Verschiedene Faktoren, die darauf schliessen lassen, dass auch untergebene Organisationsmitglieder – bewusst oder unbewusst – Macht auf Vorgesetzte oder „gleichgesetzte" Mitarbeiter ausüben können, wurden bereits erwähnt. Dazu gehören zum einen gruppendynamische Prozesse wie das Gruppendenken oder der Risikoschub, in denen vorherrschende Meinungen in der Gruppe und somit dominante Meinungsmacher die Entscheidfindung in der Gruppe stark beeinflussen. Im Weiteren ist das Phänomen der „Führung von unten" bekannt. Das oben geschilderte Beispiel des *monopole industriel* gehört m. E. in diese Kategorie. Das dortige Verhalten der Unterhaltsarbeiter ist dabei in gewisser Weise durchaus rational in einem wirtschaftlichen Sinn. Die Beeinflussung von Vorgesetzten durch Untergebene kann auch irrationalere Züge annehmen, beispielsweise durch Mobbing, oder subtile Teilnahme an Entscheidungsprozessen über Ratschläge, Gruppendruck (wenn der Vorgesetzte „dazugehören" will, nicht der „Böse" sein will) oder gar inoffizielle Übertragung von hierarchischen Kompetenzen an den Untergebenen. Solche Phänomene, obschon sie die konzeptionelle Idee der hierarchisch gestalteten Organisation verletzen, müssen der Organisation keineswegs zwingend zum Nachteil gereichen und können durchaus sicherheitsfördernd sein. Dabei kann man an solidarische Mitarbeiter denken, die ihren an sich sympathischen, aber chronisch kranken Abteilungschef vor der Unternehmensleitung in Schutz nehmen, indem sie dem Chef unauffällig wichtige Aufgaben abnehmen, was dieser mit Vorteil toleriert. Solche spontan gewachsene Handlungssysteme zur „Kompensation" von Führungsmängeln durch Untergebene können sich hin zu komplexen Geflechten entwickeln, was auch zum bereits erwähnten Phänomen der „informalen Organisation" gehört. Auch andere Verhaltensweisen Untergebener können die Sicherheitslage entgegen den Absichten von Leitungspersonen beeinflussen. Hierzu gehört beispielsweise die ebenfalls bereits erwähnte Verletzung von unpassenden Normen, um eine problematische Situation zu lösen (LUHMANN sprach hier pointiert von „brauchbarer Illegalität"[1462]).

Faktoren, die Handlungsmacht Untergebener behindern:

Gleichzeitig führen aber viele Faktoren dazu, dass die Handlungsmacht von Untergebenen beschränkt ist. Dazu gehört in erster Linie die bereits erwähnte tendenzielle wirtschaftliche Abhängigkeit der Organisationsmitglieder von Ihren Organisationen. Überdies kann ein Organisationsmitglied Fehlhandlungen gleich- oder übergeordneter Mitglieder nicht einfach selbst korrigieren in dem Masse, wie es eigene Fehlhandlungen verhindern oder beeinflussen könnte. Eingebunden in ein meist hierarchisches System, verletzt ein Mitglied, das sich in Zuständigkeitsbereiche anderer Mitarbeiter einmischt, die Organisationsstruktur. Vielleicht kann ein Mitglied Leitungspersonen auf gewisse Missstände aufmerksam machen, aber ob die Organisationsleitung etwas dagegen unternimmt, entzieht sich der Macht des Anzeigers. Drängt er weiter auf Intervention, so riskiert er, den Status des Querulanten zu erhalten und in der Folge diskriminiert zu werden, oder, wenn er Massnahmen der Leitung und damit indirekt die Struktur der Organisation in Frage stellt, den Ausschluss aus dem System[1463]. ROPOHL berichtet vom Fall, in dem ein leitender Ingenieur beim Bau der Berliner Kongresshalle früh seine Vorgesetzten auf schwerwiegende Schwachstellen in der Konzeption des Daches und auf Nachbesserungsbedarf aufmerksam gemacht hatte, allerdings ohne Erfolg. Das Arbeitsklima verschlechterte sich, worauf der Ingenieur aufgrund eines Vergleichs vorzeitig in den Ruhestand entlassen wurde. Später stürzte das Dach ein[1464]. Seine tendenzielle wirtschaftliche Abhängigkeit von der Organisation wird ein Mitglied ver-

1462 LUHMANN, Formale Organisation, S. 304 ff; s. a. S. 154 f.

1463 Siehe hierzu etwa ROPOHL, Neue Wege, S. 162; LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 230 ff.

1464 ROPOHL, Ethik, S. 121 f.

mutlich in vielen Fällen selbst dann hemmen, gegen andere Mitglieder oder die Organisationsleitung aufzutreten, wenn von ihm gefährliche oder widerrechtliche Verhaltensweisen verlangt werden und es also rein rechtlich die Mitwirkung daran verweigern müsste, um sich nicht selbst einem Schuldvorwurf auszusetzen[1465].

(lv) Führungsmacht als relative Grösse

Verschiedene Beobachtungen der Organisationslehre, darunter jene von CROZIER/FRIEDBERG, müssen zu einer Nuancierung der Annahmen über die „Machtvektoren" in einer Organisation führen, d. h. über die Richtung, in der Macht ausgeübt wird. Das Organigramm gibt über diese Richtung möglicherweise nur unvollständig Auskunft, wie die obigen Ausführungen zeigen. Das schliesst aber nicht aus, dass Macht tatsächlich exisitert, was auch diese Autoren einräumen; sie verstehen Macht (paradoxerweise) als notwendiges Korrelat zur Freiheit: *„... il n'y a pas de structure collective sans liberté des acteurs et, partant de là, sans relations de pouvoir. Le pouvoir dans cette perspective, il faut le souligner, n'est ni un désir ni un besoin qui devrait être satisfait ou réprimé en fonction d'un jugement moral. C'est un fait vital, irréductible, à partir duquel nous devons raisonner"*[1466].

Die Organisationslehre unterscheidet denn auch zwischen dem gewählten Führer einer Gruppe und dem designierten Vorgesetzten. Wenn der dominante Einfluss eines Gruppenmitglieds (d. h. die Führung) „auf die Bildung und die Erreichung von Zielen gerichtet ist, die die übrigen Gruppenmitglieder teilen", und wenn sich letztere von dem durch den Führenden bewirkten Gruppenverhalten „einen starken positiven Beitrag zur Erreichung der gemeinsamen Ziele versprechen", so *„wählt"* die Gruppe das dominante Mitglied zum Führer. Sie tut dies, indem sie die „Rechtmässigkeit" seiner Einflussnahme anerkennt und sich damit motiviert und emotional verpflichtet fühlt, „den Einflussbemühungen des Führers zu folgen"[1467]. Es wurde hervorgehoben, dass die „Wahl" einer Person zum Führer einer Gruppe dadurch begünstigt wird, dass er die Geführten an der Entwicklung der Organisationsziele beteiligt, da sich die Gruppenmitglieder so stärker mit diesen Zielen identifizieren werden[1468]. Nicht als Führer bezeichnet die Organisationslehre hingegen den durch die Organisationsleitung eingesetzten Vorgesetzten, wenn er nicht durch die Gruppe im erwähnten Sinn „gewählt" wurde. Dennoch kann auch der bloss designierte Vorgesetzte seine Entscheidungen zumindest teilweise durchsetzen, wenn er die ihm von der Systemleitung übertragenen Sanktionsbefugnisse oder die „positionsspezifische Autorität" gebraucht[1469]. Am meisten organisatorische Macht besitzt aber jene Person, die von den ihr unterstellten Organisationsmitgliedern als Führer gewählt und durch die Systemleitung als Vorgesetzter eingesetzt wurde („designierter Führer")[1470]. Diese Macht kommt ihr aber nicht nur aufgrund ihrer besonderen persönlichen Eigenschaften zu (Bestrebungen, eine „Führerpersönlichkeit" eindeutig zu definieren, sind gescheitert[1471]), sondern ebenso durch die Einstellung der Gruppe und die konkrete Situation[1472].

Diese Bemerkungen sind auch in Beziehung zu setzen zu dem über die Sicherheitskultur Gesagten (vorne S. 163 ff.). Dort wurde deutlich, dass das Menschenbild, das die Leitung

---

1465 Zur Arbeitsverweigerung aus Gewissensgründen s. a. ROPOHL, Ethik, S. 124 f.
1466 CROZIER/FRIEDBERG S. 433.
1467 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 105.
1468 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 111.
1469 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 109.
1470 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 112.
1471 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, Fn 123.
1472 HILL/FEHLBAUM/ULRICH, Bd. I, S. 113 f.

von den Untergebenen hat, und die Art und Weise der Führung einen erheblichen Einfluss auf die Effektivität von Sicherheitsbestrebungen besitzt. Am ehesten werden in dieser Hinsicht „designierte Führer" im eben erwähnten Sinn erfolgreich sein, weil sich die Organisationsmitglieder mit ihren Zielen tendenziell identifizieren; oder, wie es WEICK pointiert formuliert hat, weil bei einer verinnerlichten Sicherheitskultur *„obedience occurs without surveillance"*[1473].

Auch Erkenntnisse aus der Organisationspsychologie bestätigen, dass Macht erheblich von den Erwartungen der Gruppenmitglieder abhängt[1474], somit von letzteren dem Führenden in gewisser Hinsicht zugestanden wird. Je nach Umständen haben verschiedene Führungsstile sehr unterschiedliche Wirkungen[1475]. CROZIER/FRIEDBERGS These von der Mikropolitik als zentrale Gestaltungskraft in Organisationen wird durch die Beobachtung gleichzeitig gestützt und nuanciert, dass hierarchisch erfolgreiche Führungskräfte einen erheblichen Anteil ihrer gesamten Kommunikationszeit in die Beziehungspflege investieren. Demgegenüber kümmern sich hierarchisch weniger erfolgreiche, dafür effektivere Leitungspersonen hauptsächlich um die sachliche Bewältigung der Alltagsprobleme und um die angemessene Führung der Mitarbeiter[1476]. Somit sind für das hierarchische Weiterkommen weniger sachliche Kompetenzen, als vielmehr die Fähigkeit, einen guten Eindruck zu hinterlassen („Impressionsmanagement") und Mikropolitik zu betreiben, ausschlaggebend[1477].

(3) Arbeitsteilung

Das Wirken von Menschen in Organisationen ist im Gegensatz zu anderen Lebensbereichen durch das Prinzip der Arbeitsteilung geprägt. Dies bedeutet, dass sich das für die Aussenwelt relevante Handeln der Organisation in der Regel aus vielen Einzelprozessen der sozialen und technischen Teilsysteme zusammensetzt. Jedes einzelne Organisationsmitglied überblickt dadurch lediglich einen Teil des Gesamtprozesses, an dem es mitarbeitet. Das Mitglied bezahlt das mittels der technischen Spezialisierung und der entsprechend engen Zuständigkeit erkaufte grössere Wissen mit dem Verzicht auf Wissen aus anderen Bereichen der Organisation[1478].

Allein schon aus dieser Konstellation heraus wächst die Wahrscheinlichkeit, dass das einzelne Mitglied die genauen Konsequenzen seines Handelns im Innern der Organisation und über deren Grenzen hinaus nicht voraussehen kann, zumindest nicht in dem Grad, der für einen Verschuldensvorwurf notwendig wäre. Wie es für jeden Menschen schon schwierig genug ist, mit seiner eigenen Widersprüchlichkeit einigermassen zurecht zu kommen, ist es für ihn umso problematischer, sich vorzustellen, welche Konsequenzen eine eigene Teilhandlung in Verbindung mit den Handlungsbeiträgen ebenso undurchschaubarer Mitarbeiter und einem komplexen technischen System zur Folge hat.

1473 WEICK, zitiert bei GROTE, S. 260 f.

1474 VON ROSENSTIEL S. 300.

1475 VON ROSENSTIEL S. 300 ff.

1476 VON ROSENSTIEL S. 347.

1477 VON ROSENSTIEL S. 348.

1478 In diesem Sinne, aber eher skeptisch, JONAS, S. 293 f., wogegen DRUCKER, S. 50, für eine Förderung der Spezialisierung eintritt. Letztere kann sich aber auch gegen die Spezialisten wenden, was sich beispielsweise im Phänomen der „Enteignung" der Spezialisten zeigt, deren Wissen in computergesteuerte Expertensysteme eingebracht wird (wie zu Beginn der Industrialisierung das differenzierte Wissen der Handwerker in der Arbeitsteilung verloren ging; s. hierzu VON ROSENSTIEL, S. 9 f., 88). Zur begrenzten Austauschbarkeit von Mitarbeitern in komplexen Prozessen s. a. PERROW, S. 87.

Dem könnte man entgegnen, gerade *weil* sich alle Mitglieder gemeinsamen Zielen unterwerfen, sei deren Verhalten besonders voraussehbar, somit auch deren kausale Beiträge in einem arbeitsteiligen Produktions- oder Dienstleistungsprozess. Dieser Einwand übersieht aber, dass sich schädigende Handlungen und das Befolgen der Organisationsziele nicht ausschliessen. Andernfalls wäre Art. 55 OR beispielsweise inoperabel, da diese Bestimmung grundsätzlich nur greift, wenn die schädigende Handlung „in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen" erfolgte, also beim Verfolgen der Ziele der Organisation. Man müsste präziser sagen, dass Schäden typischerweise dann entstehen, wenn gewisse allgemeine Grundziele der Organisation verletzt werden, insbesondere jenes der Anpassung an die Rechtsordnung, welche die Schädigung Dritter verbietet. Somit nimmt zwar die Unterordnung unter ein gemeinsames Ziel den einzelnen Mitgliedern einen Teil ihrer Handlungsautonomie weg und macht ihr Handeln dadurch weniger komplex und damit eher vorhersehbar[1479]. Gleichzeitig ist aber nie von vornherein völlig klar und vorhersehbar, auf welche Art und Weise einzelne Mitarbeiter den Organisationszielen zuarbeiten.

Mangelnder Einblick in globalere Zusammenhänge, in die sich der eigene Arbeitsbeitrag einfügt, sind für Arbeitnehmer im arbeitsteiligen Kontext Ursache für Minderleistung und Motivationsprobleme und damit zweifelsohne auch für schwächere Leistungen im Bereich Sicherheit. Die Klage, nur ein „kleines Rädchen" im System zu sein, ist hinlänglich bekannt, wie auch die damit verbundene Unlust. Forschungen haben noch präziser aufgezeigt, dass die zu starke Trennung von Produktions- und Managementprozessen zu deutlichen, nicht nur psycho-sozial, sondern auch funktional bedingten Minderleistungen führt. So wurde in den 1950er Jahren untersucht, weshalb eine Änderung der Technologie und der Arbeitsstruktur beim Kohlebergbau wider Erwarten keine Produktionssteigerung und tendenziell Defizite in der Sicherheit zur Folge hatte[1480]:

> Im früheren System der *„shortwall method"* wurde jeweils ein Abschnitt eines Flöz durch kleine Gruppen bearbeitet, von denen jede für einen anderen Stollen zuständig war. Sämtliche Arbeitsschritte des Abbaus wurden durch die Mitglieder einer Gruppe während einer Schicht vollzogen, von der Erschliessung bis zur Förderung der Kohle. Unter den Gruppenmitgliedern bestand ein enger, oft auch privater Zusammenhalt, der Sicherheitsstandard war relativ hoch, da Fehler von Gruppenmitgliedern durch andere sofort korrigiert wurden. Aufgrund einer technischen Neuerung wurde dieses Arbeitsmodell völlig umstrukturiert: In der *„longwall method"* wurde die Gruppengrösse erhöht, und die jeweiligen Arbeitsschritte wurden auf verschiedene Schichten verteilt. Den Überblick über alle Prozesse hatte lediglich ein *„deputy"*, dem alle Arbeiter eines Flözabschnittes unterstanden. Dadurch wurde die Koordination hinsichtlich Sicherheitsfragen wie auch bezüglich der Förderung wesentlich schwächer.

„Grössere räumliche Distanzen, grössere Gruppen von sich in geringerem Mass untereinander koordinierenden Arbeitern und die Verteilung von sicherheitsrelevanten Aufgaben auf mehrere Schichten in einer Weise, dass die mangelhafte Ausführung dieser Arbeiten mit grosser Wahrscheinlichkeit erst nachfolgende Schichten zu spüren bekommen, hatten die Sicherheit teilweise von den Produktionsaufgaben separiert und das gegenseitige Vertrauen in die Förderung der Sicherheit durch jeden Einzelnen vermindert."[1481] Und eine Verminderung der Sicherheit erhöht das Schadenspotential, sowohl im Innern der Organisation als auch gegen aussen.

Auf ähnliche Weise hat sich in verschiedenen Flugunfällen gezeigt, dass Haupt- oder Teilursachen bereits im Unterhalt gesetzt wurden, beispielsweise wegen des Fehlen von Wei-

---

1479 FRIEDEL-HOWE S. 1.

1480 TRIST/BAMFORTH (1951), eingehende Beschreibung des Experiments bei GROTE, S. 29 ff.,

1481 GROTE S. 31.

sungen, die hätten festlegen müssen, wie eine begonnene Kontroll- oder Unterhaltsprozedur von einer Schicht an die nächste weitergegeben werden sollte[1482]. Ein anderes Beispiel ist das Kentern der Fähre *„Herald of Free Enterprise"* am 6. März 1987 vor Zeebrugge[1483]. Das schuldhafte Verhalten des Matrosen konnte in diesem Fall nur deshalb eine dermassen verhängnisvolle Wirkung zeitigen, weil es in einen organisatorischen Kontext eingebettet war, der eine Reihe von weiteren Mängeln aufwies. Eine relativ unbedeutende Nachlässigkeit kann in einem organisierten Kontext somit je nach Situation schwere Schäden verursachen[1484], besonders dann, wenn die Hilfsperson im Gegensatz zu ihrem Privatleben durch ihre Arbeit für die Organisation in die Lage kommt, in schwerwiegender Weise in fremde Interessen einzugreifen[1485].

(4) Beweisprobleme

Verschulden kann sich in einer Organisation auch anders „verflüchtigen" als durch die Relativierung von Voraussehbarkeit und Handlungsmacht. Da die einzelnen Handlungsbeiträge der Organisationsmitglieder meist nur Bestandteile umfassender Arbeitsprozesse sind, ist es besonders bei komplexeren Organisationen oft schwierig zu beweisen, welches Mitglied schuldhaft eine Teilursache für den Schaden gesetzt hat. An diesen Fall denken wohl viele Autoren, wenn sie vom Verschwinden des Verschuldens schreiben. In der Tat ist dieser Fall, wo nicht nur das Verschulden, sondern der potentiell „Schuldige" verschwindet, praktisch sehr bedeutsam[1486]. Dies spielt eine besondere Rolle bei kollektiven Entscheidungsgremien. Bereits im Kapitel über gruppendynamische Prozesse[1487] wurde auf die Problematik hingewiesen, dass in kollektiven Entscheidungsgremien, insbesondere bei geheimer Abstimmung, die Gefahr besteht, dass sich die Mitglieder mangels persönlicher Belangbarkeit nicht mehr genügend verantwortlich fühlen und deshalb eventuell zu riskante Entscheidungen treffen. Da es sich hierbei überdies um kollektive Entscheidungen handelt, wird die Möglichkeit, den Entscheid bestimmten Personen kausal zuzurechnen, erschwert, ebenso die Unterscheidung zwischen Anstiftern und Mitläufern, wodurch die Verschuldensanteile der einzelnen beteiligten Personen verschwinden.

(5) Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung

(a) Organisationsrisiko

Die organisationstheoretische Analyse zeigt auf allgemeiner Ebene (das heisst vom konkreten Einzelfall abstrahiert), dass Voraussicht und Handlungsmacht jedes Organisationsmitglieds im Rahmen organisationellen Handelns tendenziell beschränkt sind, und zwar durch verschiedene, teils bereits in früheren Kapiteln erwähnte Faktoren: fehlerpsychologische Beschränkungen (begrenzte Fähigkeit des Menschen, komplexe Zusammenhänge kognitiv

---

1482 REASON, Organizational Accidents, S. 26. Als Beispiel kann der Tod einer Patientin im Universitätsspital Zürich im Frühling 2004 während einer Herztransplantation infolge einer Blutgruppen-Verwechslung erwähnt werden. Offenbar waren mündliche Kommunikationsprobleme in einer Informationskette die Hauptursache für den Unfall; die Untersuchung durch die Bezirksanwaltschaft steht noch aus (s. NZZ vom 28. April 2004 S. 49).

1483 Beschreibungen bei WAGENAAR, S. 83 f. und REASON, Human Error, S. 256; s. noch eingehender hinten S. 233 ff.

1484 EÖRSI, S. 7; GUILLOD, Faute objectivée, S. 167.

1485 In diesem Sinn CAEMMERER, S. 290.

1486 Zur Begründung von OR 55 in dieser Hinsicht s. S. 17 ff.

1487 Siehe vorne S. 203 ff., insbes. 205 ff.

zu erfassen), Arbeitsteilung (dadurch tendenziell komplexere Abläufe durch Zerstückelung von Prozessen und Verteilung auf verschiedene, nie völlig durchschaubare Mitglieder), Einfluss der Organisationsziele auf die Willensbildung der Mitglieder, Prekarität der Handlungsmacht sowohl Führender als auch Untergebener, Verschwinden des Einzelbeitrags in Kollektivgremien mit geheimer Abstimmung etc.

Am deutlichsten fliesst ein Organisationsrisiko aus dem Prinzip der Arbeitsteilung an sich. Die Zerstückelung ganzheitlich konzipierter Produktions - und Dienstleistungsprozesse in einzelne Teilabschnitte kann dazu führen, dass die einzelnen Organisationsmitglieder nie genau abschätzen können, welche Rolle und schädigende Konsequenzen ihr persönlicher Handlungsbeitrag für den Gesamtprozess und Drittpersonen haben kann. Dadurch läuft jedes Mitglied tendenziell Gefahr, auf das Gesamtsystem gesehen falsch zu handeln und enorme Schäden zu verursachen, ohne sich dessen im Voraus bewusst sein zu können. Dazu kommt, dass das organisationsbezogene Verhalten eines Mitglieds zwar durch einheitliche Ziele gesteuert wird, aber sowohl für andere Mitglieder als auch für die Organisationsleitung nie gänzlich durchschaubar ist (und dies vermutlich trotz des technologischen Fortschritts auch nie sein wird). Zwar lassen sich zweifelsohne viele Aspekte der Art und Weise, wie Arbeit aufgeteilt wird, durch genügende Sorgfalt beeinflussen. Ein typisches, tätigkeitsunabhängiges Restrisiko bleibt aber meines Erachtens bestehen.

In der juristischen Literatur werden zur Begründung einer zivilrechtlichen Organisationshaftung oft die Beweisschwierigkeiten angeführt, die der Geschädigte hätte, wenn er einen konkreten Schädiger innerhalb der Organisation individualisieren müsste. Auch der neue Art. 100^{quater} StGB nimmt explizit auf dieses Risiko Bezug[1488]. Beweisschwierigkeiten machen eine Organisation zwar nicht unmittelbar gefährlicher. Aber indirekt kann die fehlende Individualisierbarkeit eines konkreten Schädigers die Begehung widerrechtlicher Taten begünstigen, da, wie vorne erwähnt, die tiefe Wahrscheinlichkeit einer Entdeckung Normverletzungen fördert[1489]. Auch dieses Risiko scheint im Kern organisationstypisch und nicht gänzlich vermeidbar zu sein. Allerdings hängt es sehr von den konkreten Umständen ab: je komplexer eine Organisation strukturiert ist, desto weniger wird man vermutlich konkrete Schädiger individualisieren können.

Nicht eindeutig sind die Befunde zur Machtsoziologie. Sie müssen jedenfalls in Verbindung mit den Ausführungen zur Sicherheitskultur gelesen werden. Beschränkte Handlungsmacht der Organisationsleitung bewirkt zwangsläufig eine gewisse Instabilität (analog einem politischen Machtvakuum), was die Sicherheitskultur beeinträchtigen kann (z. B. wegen inkonsequenten Befolgens von Sicherheitsnormen). Sie kann aber auch kreatives Handeln der Mitglieder begünstigen, was sich dann positiv auf die Sicherheitslage auswirkt, wenn drohende Risiken nicht mit Routineabläufen, sondern nur durch komplexe Problemlösungsprozesse beherrscht werden können. Die vorne beschriebenen Forschungen zu den *high reliability organizations* unterstreichen diesen Zusammenhang[1490]. Bestehende Handlungsmacht der Führung wiederum kann Stabilität bedeuten, aber auch Fehlentscheidungen und Missbräuchen der Führung grössere Mächtigkeit verleihen. Denn die seitens der Leitung beschlossenen Organisationsziele und Massnahmen besitzen Einfluss auf die Willensbildung der Mitglieder. Konsequenterweise haben juristische Autoren u. a. auch das „Veranlassungsprinzip" („*the principal set the whole thing in motion*") zur Begründung der Geschäftsherrenhaftung angeführt. Obschon also hinsichtlich der Frage, *auf welche Weise* die Mitglieder dem Ziel zuarbeiten, immer ein Rest Ungewissheit bestehen bleibt, ist die Hand-

1488 Siehe hierzu S. 71 ff.
1489 Siehe hierzu S. 177 ff.
1490 Siehe vorne S. 171 ff.

lungsmacht der Organisationsleitung erheblicher als jene der Untergebenen. Für diesen Schluss sprechen verschiedene Argumente: die tendenzielle wirtschaftliche Abhängigkeit der Mitglieder von der Organisation; die offensichtliche Bereitschaft vieler Menschen, Autoritätspersonen zu gehorchen; die Einbindung der Organisationsmitglieder in ein tendenziell hierarchiegeprägtes System, wodurch Abweichungen von der Formalstruktur die Überwindung vieler psychischer Hürden erfordert. Wie erheblich das typische Organisationsrisiko aber letztlich ist, das sich aus der potentiell prekären aber tendenziell stabilen Machtsituation in Organisationen ergibt, lässt sich nur schwer beurteilen; ich zweifle auch hier, dass von einem generell schweren Risiko gesprochen werden kann.

(b) Sorgfaltspflichten: Geltendes Recht und lex ferenda

Gewisse Risikofaktoren, die aus der Arbeitsteilung herrühren, können durch zumutbare organisatorische Sorgfalt eingedämmt werden. Über fehlerpsychologische Faktoren wurde bereits weiter vorne gesprochen (S. 189 ff.). Möglichen Unwägbarkeiten der Machtverteilung kann die Organisationsleitung beispielsweise dadurch begegnen, dass sie fähige Leitungspersonen mit den richtigen Arbeitseinheiten und Aufgaben zusammenbringt und Verantwortlichkeiten möglichst klar verteilt (was gemäss der Rechtspraxis zu OR 55 v. a. in der *cura in eligendo* und allgemeinen Organisationspflichten relevant ist).

Die Ausführungen zur „Verflüchtigung des Verschuldens" zeigen im Weiteren, dass sich das Problem der Voraussehbarkeit für den Organisationsträger bzw. dessen Vertreter auf zwei Ebenen stellen kann. Es ist zu unterscheiden, ob und wieweit Leitungspersonen 1) das Verhalten *Untergebener* voraussehen konnten (oder hätten können müssen) und 2) den *gesamten Schadensverlauf* voraussehen konnten (oder hätten können müssen). Hier handelt es sich um zwei unterschiedliche Problemkreise. Das Verhalten Untergebener unterliegt anderen Gesetzmässigkeiten als der Schadensverlauf. Hinsichtlich des erstgenannten sind primär organisatorische Faktoren relevant; z. B. ist hier zu fragen, wie ein Mitarbeiter gut motiviert, angewiesen, kontrolliert werden kann. Bezüglich des Schadensverlaufs steht hingegen die Frage im Vordergrund, welche Massnahmen in Bezug auf die konkrete Gefährdung, die mit der Tätigkeit verbunden ist, zur Schadensvermeidung angebracht sind. Dass die Trennung dieser Aspekte durchaus denkbar ist, zeigt die deutsche Rechtsprechung zu BGB 831, die den dezentralisierten Entlastungsbeweis in gewissen Grenzen zulässt[1491]: Der Geschäftsherr kann sich entlasten, wenn er beweist, dass er untere Leitungspersonen sorgfältig genug ausgewählt, instruiert und überwacht hat. Für das deutsche Recht wurde diese Auslegung jedoch, wie beschrieben, als zu eng empfunden, wohl zu Recht, denn eine nur auf Organisationspflichten im engeren Sinn – also auf die Vorhersehbarkeit erster Ebene – beschränkte Organisationshaftung würde, konsequent ausgelegt, wohl nur wenige Fälle betreffen. Insofern ist die Rechtspraxis zu OR 55 vorzuziehen, soweit sie weitergehende Organisationspflichten statuiert hat. Soweit sie allerdings auf die Vorhersehbarkeit als Kriterium gänzlich verzichtet, ist sie fragwürdig, wie weiter hinten ausführlicher zu zeigen ist[1492].

Für die vorliegende Arbeit wesentlich sind vorläufig die Schlüsse, dass:

- eine Organisationshaftung sinnvollerweise nicht ausschliesslich am schuldhaften Individualverhalten von Organisationsmitgliedern anknüpfen sollte;

1491 Siehe vorne S. 78 ff.

1492 Siehe hinten S. 248 ff. zu OR 55 und S. 310 ff. für eine Neubeurteilung des Sorgfaltsbegriffs.

– eine Organisationshaftung, die auf rein organisatorischer Unsorgfalt und namentlich auf die drei klassischen *curae in eligendo, instruendo et custodiendo* gründet, möglicherweise zu wenig weit geht.

Diese Schlüsse drängen sich aufgrund der Ausführungen zur „Verflüchtigung des Verschuldens" in Organisationen ganz allgemein, unabhängig von Einzelfällen auf. Eine Anknüpfung am Verschulden einzelner Mitglieder würde dem Phänomen, dass viele Verhaltensweisen und Zustände einer Organisation aufgrund eines – nicht zwingend schuldhaften – Zusammenwirkens mehrerer Mitglieder und der Organisationsleitung entstehen, nicht genügend Rechnung tragen: Entweder würde dem einzelnen Mitglied (bei dessen direkter Aussenhaftung) zuviel Verantwortung zugemutet, oder aber dem Organisationsträger würde – bei dessen direkter Aussenhaftung – über das Individualverschulden eines Mitglieds (Untergebener oder Leitungsperson) nur eine Teilursache zugerechnet, was dem Geschädigten gegenüber wiederum als ungerecht erschiene. Eine auf rein organisatorische Unsorgfalt beschränkte Haftung wäre zumindest hinsichtlich jener – allerdings im Zuge der Spezialisierung relativ häufigen – Fälle problematisch, in denen Hilfspersonen mehr wissen und können als ihre Vorgesetzten, weshalb letztere ihre Untergebenen weder adäquat anzuweisen noch zu kontrollieren imstande sind. Diese Schwierigkeit wurde schon früh entdeckt und führte zur Kritik an OR 55 (und BGB 831). Ganz generell aber ist die Trennung zwischen organisatorischer und inhaltlicher, sachbezogener Unsorgfalt künstlich, wie zu zeigen sein wird (S. 254 ff.).

Nicht ausgeschlossen ist mit dem Verzicht auf das Verschulden aber das Element der *Unsorgfalt* und damit der Voraussehbarkeit als Teil des Haftungstatbestandes, sofern eine Haftung für „Organisationsrisiko" nicht angebracht erscheint. Einem Begriff der individuellen Unsorgfalt im organisatorischen Kontext würden allerdings dieselben Mängel anhaften wie dem individuellen Verschulden. Deshalb ist nach einem Begriff der kollektiven Unsorgfalt zu suchen[1493].

b) Fehler bei der Interaktion zwischen Mensch und Maschine

> *„Vor allem aber: die Maschine erlebt nichts, sie hat keine Angst und keine Hoffnung, die nur stören, keine Wünsche in bezug auf das Ergebnis, sie arbeitet nach der reinen Logik der Wahrscheinlichkeit, darum behaupte ich: Der Roboter erkennt genauer als der Mensch, er weiss mehr von der Zukunft als wir, denn er errechnet sie, er spekuliert nicht, sondern wird von seinen eigenen Ergebnissen gesteuert (feed back) und kann sich nicht irren; der Roboter braucht keine Ahnungen –*
>
> *Sabeth fand mich komisch."*[1494]

(1) Vorbemerkung

Wie eingangs erwähnt, gehe ich von einem sozio-technischen Organisationsmodell aus, wonach Organisationen aus Menschen bestehende Kollektive sind, deren Tätigkeiten gegebenenfalls auch die Benutzung technischer Einrichtungen involvieren. Dass dieses Modell für die Organisationshaftung sachgerecht ist, zeigt beispielsweise der Schachtrahmen-Fall[1495], wo von gefährlichen gruppendynamischen Prozessen keine Rede war, ebensowenig von

---

1493 Siehe hinten S. 311 ff.

1494 MAX FRISCH: Homo faber, Frankfurt a. M. 1957, Suhrkamp Taschenbuch S. 75.

1495 BGE 110 II 456.

schlechter Auswahl der Hilfsperson. Ausschlaggebend war einzig die fehlende Endkontrolle eines Produkts. Dabei handelt es sich um eine allgemeine organisatorische Sorgfaltspflicht, die sich *in casu* weitaus stärker auf das technische Subsystem – die Massenproduktion von Schachtrahmen – bezog als auf das soziale – z. B. die Anleitung der Mitarbeiter. Es erscheint deshalb gerechtfertigt, auch einen Blick auf die Probleme und Chancen der Interaktion zwischen Menschen und Maschinen zu werfen, die ja nicht erst seit Charlie Chaplin's *„Modern Times"* ein zentrales Thema sozialwissenschaftlicher und sozialkritischer Betrachtungen ist. Mit dem Einschluss technischer Subsysteme in den hier verwendeten Organisationsbegriff entsteht freilich eine Problematik der Abgrenzung zu strengen Kausalhaftungen, die sich auf spezifische technische Risiken beziehen; hierauf wird weiter hinten näher eingegangen (S. 264 ff., 270 ff., 283 ff.).

(2) „Ironien der Automatisierung"

Der technologische Fortschritt der letzten 150 Jahre bedeutete für organisierte Systeme unter anderem, dass sie automatisierter wurden: Immer mehr Arbeitsabläufe wurden von Menschen auf Maschinen verlagert[1496]. Dies hatte durchaus eine Reihe von wesentlichen Verbesserungen sowohl für die Produktivität wie auch für die Sicherheit von Organisationen zur Folge. Gleichzeitig aber tauchten unerwartete negative Nebeneffekte auf, die gewisse Vorteile der Automatisierung relativieren und zum Schlagwort *„Ironien der Automatisierung"* führten. Dazu gehören folgende Effekte[1497]:

- Maschinen haben tendenziell Routineaufgaben und solche auf der Regelebene (striktes Befolgen von Weisungen) übernommen. Sie sind aber nach wie vor nicht fähig, komplexe Aufgaben auf der Wissensebene auszuführen, wie z. B. die Problemlösung mit unsicheren Prämissen über ein *trial and error*-Verfahren. Diese Aufgaben verbleiben den Menschen und werden durch die Automatisierung noch schwieriger, weil die Bediener auf das normale Funktionieren der Maschine wenig Einfluss haben und somit nicht den gesamten Prozess kontrollieren bzw. verstehen[1498].
- Bediener technischer Systeme haben die Aufgabe, während langer Zeit das korrekte Funktionieren von Maschinen zu überwachen, was einen Grad an Aufmerksamkeit erfordert, den selbst die motiviertesten Mitarbeiter nicht zu erbringen in der Lage sind, da die bis zum Notfall untätige Überwachung einer Maschine eine Routineaufgabe ist, was in sich bereits einen Stressfaktor darstellt[1499].
- Weil technische Systeme aber nur gelegentlich versagen, haben ihre Bediener keine Möglichkeit, jene komplexen Fähigkeiten zu trainieren, welche ihre marginalisierte Existenz noch rechtfertigen[1500]. So besteht die grösste Ironie darin, dass gerade die leistungsfähigsten technischen Systeme, deren Bedienung fast keine manuelle Eingriffe erfordert, für ihre Bediener den höchsten Übungsaufwand notwendig machen[1501]. Man beobachtete, dass 80% der Fehler menschlichen Ursprungs sind, und versuchte durch die Automatisierung, den Menschen als Störfaktor aus dem Produktionsprozess zu eliminieren. So entstanden aber neue Gefahren, weil „der Mensch als ‚Backup' für ein

---

1496 REASON, Human Error, S. 174.

1497 Zum Ganzen REASON, Organizational Accidents, S. 43.

1498 WAGENAAR S. 81 (Aufgabenverteilung gemäss Typ 4); PERROW S. 121 f. (für den Bereich der Grosschemie)

1499 VON ROSENSTIEL S. 94; WAGENAAR S. 81 f. (Aufgabenverteilung gemäss Typen 5 und 6).

1500 REASON, Human Error, S. 180 ff.

1501 BAINBRIDGE, zitiert bei REASON, Organizational Accidents, S. 43.

System dienen soll, das entwickelt wurde, weil es weniger Fehler als der Mensch macht"[1502]. Das oft zitierte Verhältnis – 20% technisches, 80% menschliches Versagen – ist somit *cum grano salis* zu verstehen. Denn eine unzulängliche Gestaltung des Systems kann dazu führen, dass dessen menschliche Bediener bei Notfällen in Stresssituationen geraten, in welchen viele Fehlerneigungen überhaupt erst aktiviert werden[1503].

Somit vermindert Automatisierung nicht die Anzahl Fehler, sondern hat eine Verlagerung der Fehlerarten zur Folge. Sie macht zwar einfache Aufgaben einfacher, dafür aber schwierige Tätigkeiten schwieriger[1504].

(3) Spezifische Fehler

Gewisse Fehler, die man aus der individuellen Fehlerpsychologie kennt, entstehen typischerweise bei der Arbeit in einem automatisierten System. Wie die Arbeitsteilung unter Menschen besondere Gefahren generiert, bereitet auch die Inbezugsetzung technischer Systeme spezifische Probleme[1505]. Hinzu kommt, dass die Einführung einer neuen Technologie immer auch mit einem organisatorischen und sozialen Wandel einhergehen muss. Ansonsten drohen Gefahren aus mangelndem Problembewusstsein verantwortlicher Personen und dadurch mangelhafter Einpassung neuer Technologien in den Produktionsprozess, unpassender Umschreibung neuer Aufgaben oder dem Einsatz ungenügender Ressourcen[1506].

Viele Probleme sind mit dem Einsatz von Computern entstanden, weil diese den Menschen die Steuerung anderer Maschinen und damit einen Teil ihrer Entscheidungen abnehmen können. So droht das Gefühl persönlicher Verantwortung zu schwinden[1507]. Ausserdem kann „kommunikative Kompetenz" verloren gehen, weil die Arbeitenden nicht mehr direkt mit Kollegen, sondern nur über technische Geräte kommunizieren[1508].

Besondere Schwierigkeiten erwachsen aus der Kopplung automatisierter Vorgänge mit menschlichen Handlungen. Hier sind verschiedene Arten der Aufgabenverteilungen denkbar[1509]. Gefahren entstehen u. a. dadurch, dass Maschinen, im Gegensatz zum Menschen, nicht ohne weiteres zwischen verschiedenen Denkebenen hin- und herschalten können[1510]. Soweit automatisierte Systemen ihren menschlichen Bediener komplexere Problemlösungsprozesse abnehmen sollen, entstehen Unsicherheiten durch die Unklarheit, wie „zwingend" die seitens der Maschine vorgeschlagene Lösung ist, da entsprechende Systeme erfahrungsgemäss unzuverlässig sind[1511].

Diese Problematik zeigte sich beim Zusammenstoss eines Passagierflugzeugs mit einem Frachtflugzeug bei Überlingen am Bodensee am 1. Juli 2002. Gemäss dem offiziellen Untersuchungsbericht der deutschen Bundesstelle für Flugunfalluntersuchung widersprachen sich

---

1502 GROTE S. 247; s. a. REASON, Human Error, S. 176.

1503 REASON, Human Error, S. 182 f.

1504 AMALBERTI S. 173.

1505 POYET/LEPLAT S. 152 f.

1506 POYET/LEPLAT S. 153; als Beispiel s. BUNDESSTELLE FÜR FLUGUNTERSUCHUNG, S. 3 f., bezüglich des Kollisionswarnsystems TCAS in Flugzeugen.

1507 VON ROSENSTIEL S. 89.

1508 VON ROSENSTIEL S. 89. Ähnlich auch AMALBERTI: Perfektionierte Systeme in der modernen Aviatik versehen die Bediener mit mehr Informationen, dadurch fühlen sich Teammitglieder unabhängiger voneinander, „and this can result in the loss of collective action".

1509 WAGENAAR S. 77 ff.

1510 WAGENAAR S. 80.

1511 WAGENAAR S. 80 f.

hinsichtlich der Position des jeweils anderen Flugzeugs die Angaben des Fluglotsen der Schweizer Flugüberwachung Skyguide und die Anzeigen im flugzeuginternen automatischen Kollisionswarnsystem TCAS (Traffic Alert and Collision Avoidance System). Nachdem der zuständige Lotse der Flugüberwachung die Kollisionsgefahr zu spät bemerkt hatte, generierte das TCAS des Passagierflugzeugs eine Anweisung zu sinken. In Unkenntnis über diese Anweisung wies der Lotse das Frachtflugzeug an, ebenfalls zu sinken. Obschon das TCAS des Frachtflugzeugs eine Anweisung zum Steigflug generierte, befolgte die Besatzung die Anweisung des Lotsen, weshalb es zur Kollision kam[1512]. Zwar war die Entscheidung der Besatzung des Frachtflugzeuges, das TCAS zu missachten, nach den Regeln der Internationalen Zivilluftfahrts-Organisation ICAO unzulässig[1513]. Die erwähnte Bundesstelle hat darauf hingewiesen, dass die Integration von TCAS II in das System Luftfahrt unzureichend und die Betriebs- und Verfahrensanweisungen des TCAS-Herstellers und der Luftfahrtunternehmen nicht einheitlich, lückenhaft und in sich widersprüchlich waren[1514], was den Unfall vermutlich begünstigt hat.

Stark automatisierte und komplexe Systeme bilden für deren Operateure relativ chaotische Umwelten. Um „Ordnung ins Chaos" zu bringen, fallen Operateure gelegentlich in gewisse, vorne (S. 191 ff.) beschriebene psychische Programme, die der Vereinfachung der wahrgenommenen Umwelt dienen (z. B. die Neigung, nur jene Informationen als relevant zu betrachten, die die eigene Auffassung von der Wirklichkeit bestätigen). Eine solche Verengung des Blickwinkels kann oft nur durch Aussenstehende aufgebrochen werden[1515]. Ein grosses Gefahrenpotential rührt ausserdem aus unnötigem physischen Kontakt zwischen Mensch und Maschine[1516].

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der gegenwärtige Kenntnisstand keine eindeutigen Aussagen zu den Auswirkungen der Automatisierung auf die Sicherheit zulässt. Es lassen sich sowohl positive Effekte (z. B. Reduktion der Gefahrenexposition) als auch negative Effekte (z. B. grössere ‚Mächtigkeit' von Fehlern, geringere Prozesstransparenz) beobachten[1517]. Automatisierte Systeme sind nie perfekt, weil weder Gesetzgeber („*regulators*") noch Systemdesigner alle möglichen Unfall-Szenarien in komplexen, eng gekoppelten und sehr interaktiven Systemen voraussehen können, weshalb sie auch nicht alle angemessenen menschlichen Handlungen der Operateure vorschreiben können[1518].

(4) Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung

(a) Organisationsrisiko

Bei der Analyse der Interaktion zwischen Mensch und Maschine tauchen verschiedene Fehlerneigungen auf, die bereits thematisiert wurden (z. B. kognitive Vereinfachung der Realität) oder nachfolgend noch weiter vertieft werden (namentlich die Chancen und Risiken mehrstufiger Sicherheitssysteme). Die Forschung hebt den Umstand hervor, dass menschliche Bediener technischer Systeme meist nur noch Teilaufgaben in hoch automatisierten Prozessen haben. Diese Aufgaben haben sich jedoch als sehr komplex erwiesen (z. B. Be-

---

1512 BUNDESSTELLE FÜR FLUGUNFALLUNTERSUCHUNG S. 2 f.

1513 NZZ vom 27.2.2004, S. 53; s. a. BUNDESSTELLE FÜR FLUGUNFALLUNTERSUCHUNG, S. 3.

1514 BUNDESSTELLE FÜR FLUGUNFALLUNTERSUCHUNG, S. 3 F.

1515 REASON, Human Error, S. 169.

1516 REASON, Organizational Accidents, S. 104.

1517 GROTE S. 249. Siehe Liste mit potentiell hinderlichen und förderlichen Faktoren *ibidem* S. 221. Für weitere Chancen und Risiken speziell der Mikroelektronik siehe auch VON ROSENSTIEL S. 87 ff.

1518 REASON, Organizational Accidents, S. 53.

hebung von Notfällen) bzw. als schwer erfüllbar, selbst wenn sie Routinecharakter haben (z. B. langdauernde, routinehafte Überwachung eines Systems, gekoppelt mit der Forderung nach andauernder Konzentration im Hinblick auf einen Notfall). Dadurch geraten die Bediener tendenziell in Stresssituationen, wodurch Fehler wahrscheinlicher werden. Weil also Bediener in Stresssituationen rein faktisch und bei bestem Willen kaum mehr in der Lage sind, eine objektiv geforderte Sorgfalt zu erbringen, kann man darauf schliessen, dass auch die Ironien der Automatisierung ein typisches Organisationsrisiko generieren.

Ein solches Risiko ist auch im Umstand zu erblicken, dass technische und inbesondere computergesteuerte Systeme ihren Bedienern einen grossen Teil ihrer Entscheidungen abnehmen, wodurch das Gefühl persönlicher Verantwortung zu schwinden droht, was tendenziell zu unsorgfältigerem Verhalten führen kann. Problematisch sind auch mögliche Widersprüche oder Mängel der Anzeigen des technischen Systems in sich, das sich den Bedienern als schwer durchschaubare „*black box*" darstellt, weshalb die Anzeigen als einzige Manifestation seitens der Maschine umso mehr Bedeutung haben. Zu erwähnen sind auch die mangelhafte und widersprüchliche Verkettung von Handlungsanweisungen, die gleichzeitig von Menschen und von automatisierten Systemen stammen.

Andererseits wird seitens der Forschung betont, dass die Automatisierung auch zahlreiche positive Auswirkungen auf die Sicherheit hat. Und verschiedene der erwähnten Mängel lassen sich mit erhöhter Sorgfalt beeinflussen (z. B. durch praxisgerechte Gestaltung von Schnittstellen zwischen Mensch und Maschine, transparente Gestaltung von Prozessen etc.).

(b) Geltendes Recht und Sorgfaltspflichten

Die Rechtspraxis zu OR 55 macht keinen Unterschied danach, ob ein Schaden durch das technische oder das soziale Teilsystem einer Organisation verursacht wurde. Wohl die meisten Fälle, die nach Bundesgericht zu einer Haftung kraft OR 55 führten, involvierten eine Maschine. In früheren Urteilen scheinen die beiden Teilsysteme noch deutlicher getrennt worden zu sein. So hielt das Bundesgericht in einem älteren Entscheid fest, entweder eine gegenständliche Sicherung (*in casu* eines Lastenzugs) oder eine persönliche Bewachung durch eine Hilfsperson sei notwendig, nicht aber zwingend beides[1519]. Heute würde dieser Fall vermutlich anders entschieden. Aus der Sicht des Schachtrahmenfalls[1520] erscheint es jedenfalls irrelevant, ob eine sichere Produktionsweise oder eine Endkontrolle der Produkte im technischen Produktionssystem eingebaut oder durch die Intervention von Hilfspersonen gewährleistet wird. Auch in Hinblick auf die positive Vertragsverletzung hat das Bundesgericht technische Gefahrenquellen dem Organisationsträger zugeordnet, so z. B. hinsichtlich der Sicherung von Skipisten[1521]. Führt eine „Ironie der Automation" zu einem Schaden, so würde eine Haftung des Geschäftsherrn wohl in den meisten Fällen bejaht. So wäre vermutlich hinsichtlich eines Fehlers bei der Überwachung einer Maschine infolge Zeitmangels oder Personalknappheit der Vorwurf zu erwarten, der Geschäftsherr hätte mehr Personal oder andere Ressourcen bereitstellen müssen.

Nicht ganz klar scheint die Behandlung von Fällen, in denen dem Geschäftsherr keine Unsorgfalt vorzuwerfen ist, aber eine in seinem Betrieb verwendete Maschine einem Dritten Schaden zufügt und sich herausstellt, dass die Maschine versteckte Mängel aufwies, die mit der nach Kaufrecht und den Organisationspflichten gemäss OR 55 zumutbaren Sorgfalt nicht zu entdecken waren (beispielsweise die Verwendung eines falschen, da nicht genü-

[1519] BGE 77 II 313.
[1520] BGE 110 II 456.
[1521] JAUN S. 595.

gend temperaturbeständigen Kunststoffs für einen Dichtungsring). SVG 59/1 *in fine*, der das Risiko einer Schadensverursachung durch ein fehlerhaftes Motorfahrzeug dem Halter überträgt, dürfte nicht die Regel darstellen. Das heisst, unter Umständen käme im Fall einer durch den Geschäftsherrn verwendeten defekten Maschine eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs in Frage, wenn der Defekt als eindeutig überwiegende Ursache für den Schaden erscheint. Und selbst wenn dem nicht so wäre, kann man im oben beschriebenen Fall dem Geschäftsherrn keine Sorgfaltspflichtverletzung vorwerfen, wenn der Mangel mit aller zumutbaren Sorgfalt gar nicht zu entdecken war. Eine andere Sichtweise machte sich das Bundesgericht im ähnlich gelagerten Zahnarztstuhl-Fall[1522] zu eigen, dessen Lösung aber abzulehnen ist, da nicht mit der Idee einer selbst objektivierten Sorgfalt vereinbar[1523].

Aufgrund der Fehlerforschung scheint mir erwiesen, dass verschiedene Aspekte der Interaktion zwischen Mensch und Maschine einer zumutbaren Sorgfalt zugänglich sind. Dazu gehört beispielsweise die Gestaltung der Berührungspunkte zwischen Mensch und Maschine, d. h. der Bedieneroberfläche, der Anzeigen etc. Stresssituationen im Kontakt mit technischen Systemen können überdies durch genügend Investitionen in Sicherheit gemildert werden[1524]. Die weiter vorne beschriebenen *high reliability organizations* operieren vermutlich nicht zuletzt deshalb tendenziell fehlerlos, weil ihnen umfangreiche Mittel zur Verfügung stehen. Im weiteren lassen sich offenbar verschiedene menschliche Verhaltensweisen im Kontakt mit Maschinen durch gezieltes Training verbessern. Wieweit Sicherheitsnormen befolgt werden, hängt sodann auch von der Sicherheitskultur ab, die durch die Organisationsleitung gefördert oder behindert werden kann. Die Sorgfalt der letzteren ist schliesslich auch mit relevant für die Entstehung latenter Systemmängel.

Im Kern bleibt allerdings im Phänomen der „Ironien der Automatisierung" ein organisatorisches Restrisiko bestehen, das sich auch mit zumutbarer Sorgfalt nicht gänzlich beherrschen lässt, gerade deshalb nämlich, weil technische Systeme ihre Bediener in Situationen bringen können, in den die kognitiven Voraussetzungen für Sorgfalt nicht mehr gegeben sind. Es ist aber zu bezweifeln, dass es sich dabei um ein generell betrachtet schwerwiegendes Risiko handelt, da die Automatisierung die Sicherheit einer Organisation auch erhöht.

c) Versteckte Organisationsmängel und Schutzsysteme

> *„Während die Systeme wegen ihrer Kompliziertheit ständig störungsanfälliger werden, entstehen in ihnen selbst immer massivere Mittel, Störungen zu bewirken, was eigentlich paradox ist."*[1525]

> *"The final note is a rather pessimistic one. Engineered safety devices are proof against most single failures, both human and mechanical. As yet, however, there are no guaranteed technological defences against either the insidious build-up of latent failures within the organisational and managerial spheres of their adverse (and often unforeseeable) conjunction with various local triggers. While cognitive psychology can tell us something about an individual's potential for error, it has very little to say about how these individ-*

1522 JdT 1986 I 571.

1523 Für eine kurze Darstellung des Falles und ebenfalls ablehnende Lehrmeinungen siehe vorne, S. 34 ff.

1524 So wäre möglicherweise die Flugzeugkollision bei Überlingen zu vermeiden gewesen, wenn mehr Fluglotsen gleichzeitig im Dienst gewesen wären, s. BUNDESSTELLE FÜR FLUGUNFALLUNTERSUCHUNG, S. 4.

1525 PETER NOLL: Diktate über Sterben und Tod, Zürich 1984, S. 119

ual tendencies interact with complex groupings of people working in high-risk systems. And it is these collective failures that represent the major residual hasard."[1526]

(1) Latente Organisationsmängel

(a) Begriff

Welche Faktoren in einem komplexen System sich irgendwann, alleine oder verknüpft mit anderen Elementen, schädigend auswirken werden, kann nie zuverlässig vorausgesagt werden[1527]. REASON erwähnt in diesem Zusammenhang den Begriff der *„resident pathogen metaphor"*: Ähnlich wie Krankheitserreger (*pathogens*) im menschlichen Körper lauern in Organisationen latente Fehler, die nicht erkennbar sind und sich vielleicht während längerer Zeit auch nicht schädlich auswirken[1528]. Unter gewissen Umständen aber können sie sich manifestieren, fehlerhafte Handlungen der Mitglieder auslösen und die Schutzmechanismen der Organisation schwächen[1529]. Latente Mängel sind in allen Systemen vorhanden und unvermeidbare Elemente von Organisationen[1530]; sie stellen, wenn man eine Reihe neuerer Unglücksfälle analysiert, die grösste Gefahr für ein komplexes System dar[1531].

Latente Mängel sind primär ein systemisches Phänomen, das heisst typischerweise mit kollektiven, arbeitsteiligen Tätigkeiten verknüpft, die kein Organisationsmitglied gänzlich kontrollieren kann. Hier zeigt sich eine Verbindung zum bereits besprochenen Phänomen der „Verflüchtigung des Verschuldens"[1532]. Es gibt einige Fehlerneigungen, die sich beim Handeln innerhalb einer Organisation nicht anders artikulieren als ausserhalb. Gewisse individuelle Fehlerneigungen aber werden durch latente Mängel gewissermassen pointiert oder verstärkt, wodurch der Vorwurf des Verschuldens an ein Organisationsmitglied noch weniger angebracht ist. An die Mitarbeiter ergeht die Aufforderung, insbesondere im Bereich von Routineaufgaben sorgfältiger zu arbeiten, *„to try harder"*, unter Androhung von Sanktionen. Aber es entspricht einer generellen Beobachtung der Organisationsforschung, dass solche Weisungen weit schwächere Wirkungen zeitigen als eine Veränderung des Arbeitsumfeldes[1533], eine stärkere Sensibilisierung der Mitarbeiter für die Risiken selbst routinegeprägter Abläufe oder die Erweiterung der Fähigkeiten der Mitarbeiter, Denkmuster aufzulösen und flexibel zwischen verschiedenen Denkebenen hin- und herzuwechseln (z. B. zwischen der Routine- und der Wissensebene)[1534]. Die Fehlerforschung betrachtet somit Fehler eher als Folgen bestimmter Arbeitssituationen denn als vorwerfbare Fehlhandlungen jener Akteure, die einen Schaden direkt verursacht haben[1535].

Die gesellschaftliche und technologische Entwicklung der letzten Jahrzehnte hat dazu geführt, dass Organisationen zunehmend undurchsichtiger und unverständlicher geworden sind, und zwar auch und gerade für ihre Mitglieder, die sie zu betreiben und zu unterhalten

---

1526 REASON, Human Error, S. xii.

1527 Wie auch nie mit Sicherheit prognostiziert werden kann, ob ein Verkehrsstau stattfinden wird oder nicht; siehe zum „wahrscheinlichkeitstheoretischen Defizit der Moralphilosophie" ROPOHL, Ethik, S. 145 ff.

1528 REASON, Human Error, S. 173; REASON, Management Risk, S. 9; s. a. RASMUSSEN S. 60.

1529 REASON, Human Error, S. 197.

1530 REASON, Organizational Accidents, S. 11.

1531 REASON, Human Error, S. 173.

1532 Siehe vorne S. 211 ff.

1533 RASMUSSEN S. 63; REASON, Organizational Accidents, S. 129.

1534 RASMUSSEN S. 63.

1535 REASON, Organizational Accidents, 129 und Verweise.

haben[1536]. *„Human controllers have, in many such systems, become increasingly remote, both physically and intellectually, from the ... system ... they control. This allows the ... build-up of latent conditions.“*[1537] Deshalb gilt generell, dass das Verhalten eines Organisationsmitglieds umso gefährlicher ist, je weiter entfernt von der *„front-line“*, d. h. von der konkreten Ausführung delegierter Aufgaben es arbeitet[1538]. Deshalb scheinen sich latente Fehler eher auf der Ebene der Führung einer Organisation zu bilden[1539], während offensichtliche Fehlhandlungen, die als unmittelbare, beweisbare Ursachen von Schäden in Erscheinung treten, meist durch ausführende Organisationsmitglieder begangen werden. Letztere sind somit gleichsam Erben latenter Systemmängel[1540], und ihre Fehlhandlungen sind, wie erwähnt, eher Konsequenzen organisatorischer Mängel als ihre Ursachen. Eine Studie des US-amerikanischen Institute of Nuclear Power Operations (INPO) ergab 1985, dass der weitaus grösste Teil aller grundlegenden Fehlerursachen menschlichen Ursprungs sind und die meisten davon entweder im Zusammenhang mit Wartung und Unterhalt oder mit mangelhaften Entscheidungen des Managements bezüglich Führung und Organisation stehen[1541]. Die Offensichtlichkeit unmittelbarer Fehler führt oft dazu, dass die Abklärung eines Unfalls und die Ermittlung von Verantwortlichen bei der unmittelbar schädigenden Handlung bereits abbricht[1542].

Soziologisch gesehen sind Fehler Enttäuschungen von Erwartungen, die Zweifel an den geltenden Normen wecken. Die Darstellung eines Systemversagens als Fehler erlaubt es, von der Kritik am System abzulenken, da nach Möglichkeit nur ein Schuldiger bezeichnet werden soll[1543]. Die Organisation hat kein Interesse daran, den Fehler als Ausdruck einer „offenen Divergenz“ zu interpretieren[1544]. Deshalb werden Sanktionen entweder unbemerkt verhängt, oder aber der individuell Schuldige wird im „barbarischen Zeremoniell eines öffentlichen Gerichtsverfahrens“ zerstört, womit sich die Organisation vom Fehler distanzieren kann. Der „streng juristische Argumentationsstil begrenzt die Relevanz der Verteidigungsmittel so, dass der Beschuldigte nicht in der Lage ist, ‚auszupacken‘ und die Hintergründe auszuleuchten“[1545]. Dabei können Fehler soziologisch gesehen durchaus als rationale, das heisst aus dem konkreten Systemkontext heraus erklärbare Handlungen betrachtet werden. Statt einzelne Fehler oder „Schuldige“ zu suchen, *„il s'agit de faire un diagnostic du système qui permette de comprendre en quoi et pourquoi, dans ce système les comportements ou les mécanismes incriminés sont en fait rationnels“*[1546].

Weil sich also Untersuchungen von Unfällen oft auf Einzelhandlungen von Organisationsmitgliedern konzentrieren, bleiben latente Mängel auch nach dem Unfall oft unentdeckt. Dennoch sind sie kausal relevant. Die Vermeidung unmittelbarer schadensträchtiger Handlungen genügt nicht, um latente Mängel unwirksam zu machen. Je komplexer, interaktiver, enger gekoppelt[1547] und undurchsichtiger ein System ist, desto grösser ist tendenziell die

---

1536 REASON, Organizational Accidents, S. 8; *idem*, Human Error, S. 176 f., 179.
1537 REASON, Organizational Accidents, S. 8.
1538 REASON, Human Error, S. 173; *idem*, Management Risk, S. 9.
1539 RASMUSSEN S. 64 f., mit Verweis auf WAGENAAR.
1540 REASON, Human Error, S. 173.
1541 REASON, Human Error, S. 187 f.
1542 REASON, Organizational Accidents, S. 10. Deshalb bietet die ausschliessliche Untersuchung von Unfällen nur ungenügendes Datenmaterial zur Verbesserung der Sicherheit in Organisationen, s. BREHMER, S. 31 f.
1543 LUHMANN, Formale Organisation, S. 256.
1544 LUHMANN, Formale Organisation, S. 258.
1545 LUHMANN, Formale Organisation, S. 262.
1546 CROZIER/FRIEDBERG S. 233.
1547 Zum Begriff der Kopplung siehe vorne S. 171 ff.

Anzahl latenter Mängel, die es beinhaltet. Und je mehr latente Mängel ein System aufweist, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie mit lokalen Faktoren – z. B. individuellen Fehlhandlungen – zusammentreffen und so einen Schaden verursachen. Einfachere Systeme sind weniger interaktiv, weniger zentralisiert und transparenter. Gleichzeitig – und wiederum paradoxerweise – beinhalten sie wegen ihrer Einfachheit aber auch weniger leistungsfähige Schutzmechanismen. So können relativ wenige latente Mängel in einfachen Systemen grössere Schäden verursachen als in komplexen[1548].

Um latenten Mängeln auf die Spur zu kommen, ist es notwendig, sie von direkten Fehlern im Hinblick auf die Schadensverursachung zu unterscheiden. Das ist nicht einfach; die Theorie, man könne bei Individuen Persönlichkeitsmerkmale bezeichnen, die zu höherer Unfallneigung führen als bei anderen Menschen, ist gescheitert[1549]. Und eine kohärente Theorie über die Wirkungsweisungen latenter Mängel in Organisationen existiert ebenfalls noch nicht[1550]. Anscheinend gehen die Meinungen bezüglich der Frage auseinander, ob eine grössere Sicherheit von Organisationen eher durch punktuelle technische Errungenschaften oder vielmehr über organisatorische Massnahmen zu erreichen ist, die psychologische Fehlermechanismen angemessen berücksichtigen[1551]. Die Relevanz von (direkten) Fehlern für die Analyse und Prävention von Unfällen im Kontext einer Organisation wird zunehmend in Frage gestellt[1552]. Die richtige Lösung lässt sich wohl nur erreichen durch eine ganzheitliche Analyse des Geflechts organisationaler Faktoren in sozio-technischen Systemen[1553], die bisher erst sektoriell stattgefunden hat. Die Schwierigkeit einer solchen Analyse ist nicht zu unterschätzen. Sicherheitsanalysen ganzer Systeme, wie sie gelegentlich durch Versicherungsunternehmen durchgeführt werden, legen das Gewicht hauptsächlich auf technische Risiken und handeln psycho-soziale typische Organisationsrisiken eher oberflächlich ab.

(b) Beispiele

Die vorgehenden Erwägungen sind keineswegs reine Spekulationen, wenn auch eine kohärente Theorie vorerst noch fehlt. Viele Untersuchungen von Unfällen der letzten Jahre zeigen, dass sich latente Mängel in gleichem oder stärkerem Masse kausal ausgewirkt haben als direkte, offensichtliche Fehlhandlungen von *„front-line operators"*. Oft – nicht immer[1554] – entwickeln sich latente Mängel über eine lange Reihe von Fehlentscheidungen fast unbemerkt. Dabei spielt die ganze Palette der bereits beschriebenen Organisationsmängel eine Rolle: ungünstige Besetzung von Stellen, ungünstige Allokation von Mitteln (Produktion wird gegenüber der Sicherheit systematisch privilegiert[1555]), gruppendynamische Prozesse im Management, die zu sachlich mangelhaften Entscheidungen führen, etc. Die in der psychologischen Literatur besprochenen Fälle beschlagen viele Aspekte: Interessenkonflikte, gravierende Überwachungsfehler, Abschieben von Verantwortlichkeit im Fall der Barings Bank[1556], grobe strukturelle Mängel im verwandten Fall Schneider[1557] etc.

1548 Zu allem REASON, Human Error, S. 198; GROTE S. 253.

1549 REASON, Management risk, S. 10; GROTE, Autonomie, S. 243.

1550 REASON, Human Error, S. 198 f.; REASON, Management risk, S. 8, 10.

1551 Reason, Human Error, S. 238.

1552 GROTE S. 237; ähnlich auch BREHMER S. 31 f.

1553 GROTE S. 237 mit Verweis auf Reason (1993); REASON, Human Error, S. 250; REASON, Management risk, S. 8.

1554 REASON, Organizational Accidents, S. 11.

1555 GROTE S. 250; s. a. vorne S. 136 ff.

1556 Siehe Beschreibungen bei REASON, Organizational Accidents, S. 28 ff. und MARING, Verantwortung, S. 245 ff.

Zur Verdeutlichung der Wirkkräfte latenter Organisationsmängel seien nun noch ein paar Beispiele etwas ausführlicher dargestellt[1558].

Die bereits erwähnte Kollision zweier Flugzeuge bei Überlingen am Bodensee am 1. Juli 2002 (siehe schon vorne S. 227 ff.) wurde in erheblichem Mass durch latente Mängel mitverursacht. Zwar stellte der Widerspruch zwischen den Anweisungen des automatischen Kollisionswarnsystem eines der Flugzeuge und jener des Schweizer Fluglotsen eine Hauptursache für den Unfall dar. Daneben werden im offiziellen Untersuchungsbericht[1559] aber noch eine Reihe weiterer Mängel erwähnt, die als Mitursache gelten und m. E. als latente Mängel betrachtet werden können:

- Infolge von Sektorisierungsarbeiten in der Nacht vom 1. zum 2. Juli 2002 fehlte im Radarsystem eine optische Anzeige der drohenden Kollision, worüber sich der Lotse nicht im Klaren war und was ihm vom System auch nicht angezeigt wurde.
- Die direkten Telefonverbindungen zu den benachbarten Flugsicherungsdiensten standen in der Zeit des Unfalls nicht zur Verfügung, weshalb Versuche eines Lotsen aus Karlsruhe, den Schweizer Lotsen telefonisch zu warnen, scheiterten. Eine automatische Umschaltung der Gespräche auf ein Reservesystem existierte nicht.
- Es war sowohl der Führung der Schweizer Luftüberwachung Skyguide als auch der Qualitätssicherung seit Jahren bekannt und wurde von ihnen geduldet, dass während verkehrsarmer Zeiten in der Nacht nur ein Lotse alle Aufgaben erfüllte, während sich der andere Lotse zur Ruhe begab. Dies genügte nicht, um die vorgesehenen Arbeitsplätze adäquat zu besetzen und die vorgeschriebenen Pausen einhalten zu können. In der fraglichen Unfallzeit wurde die Aufmerksamkeit des Lotsen überdies durch den verspäteten Anflug einer anderen Maschine wegen des Ausfalls des Bypass-Telefonsystems stark beansprucht.

Die Bundesstelle hielt fest, dieser Unfall habe sich ereignet, „weil viele Ereignisse und Umstände, Handlungen und Unterlassungen zusammentrafen, die für sich allein betrachtet manchmal eine nur geringe Bedeutung für die Flugsicherheit hätten haben können. Aber im zeitlich ‚unglücklichen' Zusammentreffen verknüpften sie sich, beeinflussten einander und setzten eine Ereigniskette fort, die nicht unterbrochen wurde und zum Unfall führte"[1560].

Ein ähnlich gelagertes Beispiel ist jenes der Fähre *„Herald of Free Enterprise"*[1561], welche nach dem Auslaufen bei Zeebrugge auf Grund lief und kippte, insbesondere, weil beide Decktore offen geblieben waren und dadurch das Autodeck überflutet wurde. Die unmittelbare Ursache für diesen Unfall war die schuldhafte Unterlassung eines Matrosen, der nach ausserplanmässigen Reinigungs- und Unterhaltsarbeiten schlief, statt die Tore zu schliessen. Dieses Verhalten konnte aber nur deshalb derart katastrophale Konsequenzen zur Folge haben, weil verschiedene Fehlentscheide des Managements die Vorbedingungen dazu gesetzt hatten. So war beispielsweise der Dienstplan offensichtlich mangelhaft gestaltet; so fühlte sich keine Leitungsperson verpflichtet, die korrekte Schliessung der Tore zu kontrollieren (zumal der zuständige Offizier durch die Fährgesellschaft angewiesen worden war, 15 Minuten vor Ablegen

1557 Siehe Beschreibung bei MARING, Verantwortung, S. 241 ff.

1558 Weitere Beispiele, so namentlich die Unfälle Three Mile Island (Nuklearunfall), Bhopal (Chemieunfall), Challenger (Absturz einer Raumfähre), Tschernobyl (Nuklearunfall) und King's Cross (Brand in der U-Bahn), werden eingehend bei REASON, Human Error, S. 188 ff. (und schematisch S. 251 ff.), dargestellt.

1559 Darstellung der Unfallursachen bei BUNDESSTELLE FÜR FLUGUNFALLUNTERSUCHUNG, S. 2 ff.

1560 BUNDESSTELLE FÜR FLUGUNFALLUNTERSUCHUNG, S. 4

1561 Siehe Beschreibung des Unfalls bei REASON, Human Error, S. 256.

bereits auf der Brücke zu sein); so war seitens der Geschäftsführung Eile verordnet worden; so wurden zu wenig Mittel in die Sicherheit investiert (ein elektronisches Gerät, das die Schliessung der Tore hätte anzeigen können, fehlte); so bestand die Weisung, nur „negative" Ereignisse zu melden, nicht aber, ob alles in Ordnung war; so war das Design der fraglichen Fährklasse immanent unstabil. Angesichts dieser gravierenden Mängel musste der Präsident der formellen Untersuchungskommission, Mr. Justice SHEEN, feststellen: *„At first sight the faults which led to this disaster were the aforesaid errors of omission ... But ... the underlying or cardinal faults lay higher up in the Company ... The directors did not have any proper comprehension of what their duties were. ... All concerned in management ... were guilty of fault in that all must be regarded as sharing responsibility for the failure of management. From top to bottom the body corporate was infected with the disease of sloppyness."*[1562].

Beispiele[1563] von katastrophalen Unfällen im Zusammenhang mit der Organisation grosser Sportanlässe zeigen überdies, dass die Bildung latenter Organisationsmängel nicht nur bzw. nicht immer mit der Komplexität der handelnden Organisation zusammenhängt, sondern ebenso stark mit der Komplexität der zu bewältigenden Aufgaben.

Die Katastrophe, die sich 1989 im britischen Fussball-Stadion von *Hillsborough* ereignete, war auf eine Verkettung offener und verdeckter organisatorischer Mängel zurückzuführen. 1988 hatten solche Mängel bereits einmal eine Überbelegung der Tribünenzonen 3 und 4 zur Folge gehabt, aber dieser Zwischenfall war in keinem Bericht erwähnt worden. Am 15. April 1989 sollte dieses Problem zu tragischen Ereignissen führen. Viele Zuschauer wurden vor einem Spiel durch eine verwirrende Anordnung und Bezeichnung der Eingänge hauptsächlich in die Zonen 3 und 4 anstatt in weitere angrenzende Zonen gelenkt. Die Organisatoren verfügten nicht über taugliche Kontrollinstrumente zur Beurteilung, wie viele Zuschauer in welche Zonen gingen. So entstand allmählich eine Überbelegung der Zonen 3 und 4. Gleichzeitig kam es zu Verzögerungen, weshalb ausserhalb des Stadions wartende Fans umso nachdrücklicher auf Einlass drängten. Der Vorschlag eines Polizisten, den Beginn des Spiels zeitlich zu verschieben, wurde abgewiesen. Zwischen den Polizisten, die innerhalb und ausserhalb des Stadions postiert waren, gab es gravierende technische Kommunikationsprobleme. Weil die Aussenposten über die Situation auf der Tribüne nicht genügend informiert waren, öffneten sie weitere Aussentüren des Stadions, worauf weitere Fans in Richtung der Zonen 3 und 4 drängten, wo der Druck auf die bereits anwesenden Zuschauer weiter anstieg. Andere Ausgangstore um die fraglichen Zonen herum, die infolge Drucks aufgesprungen waren, wurden zunächst durch die Polizei wieder geschlossen. Ebenso wurden Zuschauer in die Zonen zurückgestossen, die über Trenngitter fliehen wollten, da man eine Invasion der benachbarten Zonen befürchtete. Im Kontrollraum des Stadions bemerkte man nichts von der Überbelegung der Zonen 3 und 4. Eine weitere Trennwand beim Tunnel brach, so dass sich der Druck auf die Menschen in den Zonen 3 und 4 weiter erhöhte und die vordersten erstickten. Erst zwölf Minuten nach dem Anspiel wurde der Zugang zu den fraglichen Zonen gesperrt, zu spät für fast hundert Menschen.

Offensichtlich hatten verschiedene Ursachen zu dieser Katastrophe geführt. Dazu gehörte zunächst das allgegenwärtige Problem fehlender Investitionen in Sicherheit. So wurden selbst nach den Ereignissen von 1988 keine besonderen Drehtüren eingebaut, die nur zu gewissen Zonen Zugang gegeben und automatisch die Kontrolle der Zuschauerzahl erlaubt hätten. An diesem Beispiel zeigt sich das bereits erwähnte Dilemma zwischen Investitionen in Sicherheit und Produktion. Da für einen Fussballklub der Spielerfolg die typische „Produktion" darstellt, kann man vermuten, dass verfügbare Mittel eher in die spielerische Verbesserung des Fussballteams als in die

1562 SHEEN, wiedergegeben bei REASON, Human Error, S. 193 f.

1563 Für eine detaillierte Beschreibung der Katastrophen in den britischen Stadien von Ibrox, Bradford und Hillsborough siehe ELIOTT/SMITH, S. 213 ff.

Sicherheit des Stadions investiert wurden[1564]. Hinzu kamen Kommunikationsprobleme, die dazu führten, dass niemand die gedankliche Verknüpfung verschiedener Einzelprobleme leisten konnte[1565]. Nur die zentrale Kontrollstelle war befugt, das Öffnen von Zwischentoren anzuordnen; diese aber wurde zu spät informiert. Hier zeigt sich auch der Mangel einer pyramidenförmigen, tendenziell hierarchischen Organisations- und dadurch auch Kommunikationsstruktur in Krisensituationen: Kommunikation über eine Zentralstelle hängt von ausgezeichneten Kommunikationsmitteln ab, die aber oft gerade in Krisensituationen versagen[1566]. Schliesslich ist auch ein zynisches Dilemma zu erwähnen, das mit den Ironien der Automatisierung verwandt ist: Die Trennwände, die für viele Zuschauer eine Flucht verhinderten, waren zuvor installiert worden, um die Vermischung rivalisierender Fangruppen zu vermeiden – also jenes Risiko, das 1985 im Heysel-Stadion zu einer ähnlichen Katastrophe geführt hatte[1567].

(2) Mehrschichtige Schutzsysteme

Freilich versucht man, Organisationsrisiken durch Sicherheitssysteme zu begrenzen. Diese sollten sowohl lokale, direkte Fehlhandlungen als auch latente Systemmängel erfassen können. Wegen der Unvorhersehbarkeit vieler solcher Faktoren müssen Sicherheitssysteme auf Redundanzen aufgebaut sein, somit viele parallele Schichten und Arten von Schutzmechanismen beeinhalten[1568]. Einerseits machen gerade Redundanzen moderne, komplexe Systeme trotz ihrer Undurchsichtigkeit sicherer (im Vergleich zu älteren bzw. einfacheren Systemen)[1569], wenn sie auch aus wirtschaftlicher Sicht (scheinbar) zu teure Doppelspurigkeiten darstellen[1570]; und moderne Organisationen besitzen generell bessere Schutzsysteme (z. B. mehrstufige „*backup*"-Systeme bei Kernkraftwerken: „*defense-in-depth*"[1571]). Andererseits haben gute Schutzsysteme jedoch gerade wegen ihrer Redundanzen auch verschiedene Nachteile, die eine Organisation wiederum neu gefährlich machen:

- Sie machen das System undurchsichtiger und verstecken so das gelegentliche Auftreten von Fehlern und deren längerfristige Folgen, wodurch sich neue latente Mängel bilden können;
- Sie erhöhen die Komplexität des Systems und damit die Wahrscheinlichkeit, dass einfache Handlungen von Organisationsmitgliedern mehrere Schutzschichten schwächen;
- Sie spiegeln den Organisationsmitgliedern grösstmögliche Sicherheit vor, wodurch diese mit der Zeit verlernen, genügend Angst vor Unfällen zu haben[1572].

Besonders der letztgenannte Faktor kann dazu führen, dass Organisationsmitglieder vorsätzlich gewisse Teile des Schutzsystems ausschalten, um Arbeitsabläufe bequemer zu gestalten[1573]. Der Anteil menschlicher Fehler an Stör- und Unfällen ist umso grösser, je perfekter die technischen Sicherheitsmassnahmen sind, weil dadurch Operateure ihre Angst verlieren

---

1564 ELIOTT/SMITH S. 222.
1565 ELIOTT/SMITH S. 223.
1566 ELIOTT/SMITH S. 224.
1567 Siehe Beschreibung bei ELIOTT/SMITH, S. 215 ff. Dass paradoxerweise manchmal gerade Sicherheitseinreichtungen ein neues Risiko in Form eines latenten Mangels generieren, zeigt auch das Beispiel aus der Kernenergie bei PERROW, S. 53 (Beschreibung des Unfalls im Fermi-Reaktor *ibidem*, S. 50 ff.)
1568 REASON, Organizational Accidents, S. 54; RASMUSSEN S. 43; für Beispiele aus der Kernenergie s. PERROW, S. 40 ff.
1569 CROZIER/FRIEDBERG S. 399.
1570 Siehe Verweise bei GROTE S. 250.
1571 REASON, Human Error, S. 178.
1572 PERROW, zitiert bei REASON, Organizational Accidents, S. 55 f.
1573 REASON, Organizational Accidents, S. 11; REASON, Human Error, S. 207.

und die genaue Einhaltung von Vorschriften als „eigentlich überflüssig" ansehen[1574]. Neue Sicherheitsmassnahmen wirken nicht lange, „weil sich die Menschen daran anpassen und zum vorher wahrgenommenen Niveau des Risikos zurückkehren" (Risikokompensation)[1575]. Dies gilt umso mehr, wenn die Verletzung von Sicherheitsnormen kurzfristig keine negativen Konsequenzen zeitigt (hierbei handelt es sich – in Bezug auf die bereits erwähnte Klassifikation der Normverletzungen (S. 175 ff.) – um eine *incorrect, but successful, violation of good rules*[1576]). Aus der Aviatik ist überdies das Phänomen der *„fascination"* bekannt: Instrumente, die den Piloten gewisse Denkvorgänge abnehmen, nehmen tendenziell die Aufmerksamkeit der Piloten gefangen, so dass diese nicht mehr genügend auf alternative Informationen achten[1577]. Das Phänomen der „Faszination" hat auch zu Unfällen in der Kernenergie beigetragen. In Three Mile Island und Oyster Creek haben Operateure gewisse technische Anzeigen falsch interpretiert und trotz sich widersprechender Anhaltspunkte an ihrer Interpretation der Realität festgehalten[1578]. Eine Möglichkeit, den Schaden bei einem Unfall zu begrenzen, besteht darin, im vornherein bewusst Schwachstellen ins System einzubauen, um dieses zu einem kontrollierten, weniger schadensträchtigen Zusammenbruch zu bringen (Prinzip der elektrischen Sicherung)[1579].

(3) Paradoxe Effekte

Wie erwähnt, liefern Mitglieder in der Regel lediglich Einzelbeiträge an die Gesamttätigkeit der Organisation. Dies gilt sowohl für kooperatives Zusammenwirken als auch im hierarchischen Kontext[1580]. Zusätzlich ist menschliches Handeln meist auch mit technischen Anlagen verknüpft. Aus diesen Elementen entsteht ein komplexes System, welches weder durch die Menschen, die es geschaffen haben, noch jene, die es bedienen, gänzlich kontrolliert werden kann. „Kollektives Handeln ist darum bemerkenswert, weil gewisse Folgen der unabhängigen Einzelhandlungen derart sich häufen und einander wechselseitig beeinflussen können, dass der Gesamteffekt von den Handlungszielen der einzelnen Akteure verschieden ist und ihnen gegebenenfalls sogar zuwiderläuft."[1581] Solche Folgen nennt man „paradoxe Effekte". Ein Beispiel hierfür sind Verkehrsstaus, die dadurch entstehen, dass „zu viele Menschen gleichzeitig von jener Mobilität Gebrauch machen, die das private Kraftfahrzeug verspricht", wodurch aber eben diese Mobilität verloren geht[1582]. Ebenso können „kumulative und synergistische Kombinationseffekte" entstehen; als Beispiel sei das Waldsterben erwähnt, das durch das Zusammenwirken unterschiedlicher, für sich genommen vielleicht nur schwach schädlicher Immissionen entsteht[1583]. Im weiteren erschweren Rückkoppelungen zuverlässige Prognosen über die Zukunft, beispielsweise dann, wenn die Prognose selbst

---

1574 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 4.

1575 SEMMER/REGENASS, Mechanismen, S. 5 mit Verweisen; SEMMER/REGENASS, Safety Culture, S. 90; ausführlicher REASON, Organizational Accidents, S. 42 ff.; s. a. WW Nr. 7 2004 S. 51 zur trügerischen Sicherheit von Geländewagen.

1576 REASON, Organizational Accidents, S. 76; s. a. vorne S. 175 ff. zum erhältnis zwischen Fehler und Normverletzung sowie S. 163 ff. zur Sicherheitskultur im Allgemeinen.

1577 REASON, Organizational Accidents, S. 52.

1578 REASON, Human Error, S. 165; s. a. PERROW S. 15 ff.

1579 REASON, Organizational Accidents, S. 57.

1580 ROPOHL, Ethik, S. 99.

1581 ROPOHL, Ethik, S. 106.

1582 ROPOHL, Ethik, S. 107.

1583 LENK, Verantwortungsdifferenzierung, S. 211.

eine Rückkoppelung auslöst[1584]. Ganz generell entstehen vielfältige paradoxe Effekte aus den erwähnten „Ironien der Automatisierung".

(4) Haftpflichtrechtliche Gesichtspunkte und Zusammenfassung

(a) Organisationsrisiko

Das organisationstheoretische Schrifttum lässt darauf schliessen, dass latente Organisationsmängel unabhängig von der konkreten Tätigkeit einer Organisation auftreten und sich offensichtlich mit aller Sorgfalt nicht gänzlich beseitigen lassen. Denn Sorgfalt kann sich, wie bereits skizziert, nur auf zumindest objektiv voraussehbare Faktoren beziehen, und versteckte Mängel sind ihrer Definition nach nicht erkennbar. So können an sich beeinflussbare organisatorische Faktoren aus dem Einflussbereich der Organisationsmitglieder verschwinden, wenn sich diese Faktoren zu latenten Mängeln entwickeln. Der Organisationsträger kann die Entstehung solcher Mängel folglich nie direkt bekämpfen, sondern nur indirekt, indem er allgemein genügend Ressourcen in die Sicherheitskultur der Organisation investiert und so zumindest die Wahrscheinlichkeit latenter Mängel senkt. Dieser Zusammenhang wird durch die erwähnten Beispiele latenter Mängel deutlich: Hätte man bei Skyguide genügend Fluglotsen der Nachtschicht zugeteilt, in Hillsborough genügend Mittel in die Zuschauerkontrolle oder auf der „Herald of Free Enterprise" in elektronische Meldesysteme investiert, so wären die erwähnten Unfälle zumindest unwahrscheinlicher geworden.

Zum Problem der begrenzten Beeinflussbarkeit latenter Mängel kommen paradoxe Phänomene, die mit den Ironien der Automatisierung verwandt sind: Es kann vorkommen, dass selbst sorgfältig konzipierte Schutzsysteme in gewissen Konstellationen neue Gefahren generieren. Das gilt generell bei mehrstufigen Sicherheitssystemen, die eine Organisation zwar schützen, aber auch komplexer und für ihre Mitglieder undurchsichtiger machen. Letztere tendieren auch oft dazu, sich an die hohe Sicherheit, die technische Systeme gewährleisten, zu gewöhnen und sich deshalb immer unsorgfältiger zu verhalten („Risikokompensation"). Im Hillsborough-Drama zeigte sich auch, dass sich Sorgfaltspflichten widersprechen können: so entsprachen die Trennwände zwischen Tribünensektoren der Erfordernis, rivalisierende Fangruppen zu trennen. Aber im Fall einer – durch andere Mängel verursachte – Überbelegung eines Sektors verwandelten sie sich in eine tödliche Falle. Auch solche Paradoxien sprechen für den Schluss, in latenten Mängeln ein genuines Organisationsrisiko zu sehen.

Da latente Organisationsmängel selbst in sorgfältig geführten Organisationen entstehen können sowie definitionsgemäss nicht erkennbar und somit einer „genügenden Sorgfalt" nicht zugänglich sind, stellen sie meines Erachtens das eindeutigste typische Organisationsrisiko dar.

(b) Sorgfaltspflichten: geltendes Recht und lex ferenda

Latente Mängel lassen sich mit konkreten Sorgfaltspflichten kaum erfassen. Sie weisen – wegen ihrer Unvorhersehbarkeit – Parallelen zum oben besprochenen Problem der „Verflüchtigung des Verschuldens" auf. So legen beispielsweise die Kommunikationsprobleme im Hillsborough-Drama ein wichtiges ethisches und juristisches Problem offen: Verschie-

[1584] Z. B. beim Börsenhandel, wo Anleger ihre Kaufentscheidung von der Kurserwartung abhängig machen. „Aber ob der Preis steigt oder fällt, hängt von nichts anderem als den Käufen und Verkäufen der Anleger ab". Siehe hierzu KLEIN, S. 53.

dene Einzelakteure (z. B. einzelne Polizeibeamte und Stadionhelfer) hatten einen sehr bedeutsamen kausalen Einfluss auf die Entstehung des Schadens (sie schlossen oder öffneten Türen, ordneten den Beginn des Spiels an etc.). Dennoch kann man vermutlich vielen unter ihnen nur schwerlich einen Verschuldensvorwurf machen, da sie infolge von Kommunikationsproblemen weder über das nötige Wissen noch über die nötige Handlungsmacht verfügten, um adäquat reagieren zu können. Diese Kommunikationsprobleme hatten weniger die Einzelakteure als vielmehr die zentralisierte Organisationsleitung oder auch die Leitung des Polizeieinsatzes zu verantworten[1585].

Es gilt allerdings zu betonen, dass nicht alle latenten Organisationsmängel im Sinne der Fehlerpsychologie aus juristischer Sicht unvorhersehbar sind und den Organisationsträger unter dem Regime einer Sorgfaltshaftung (OR 41 oder 55) von einer Haftung entbinden würden. Die Fehlerpsychologie scheint verschiedene Fallgruppen unter der einheitlichen Problematik der latenten Mängel zu behandeln, die juristisch möglicherweise sehr unterschiedlich zu betrachten wären. Zunächst führt die Vermutung der Unsorgfalt gemäss OR 55 ohnehin zu einer grundsätzlichen Haftung für versteckte Mängel, wenn der Entlastungsbeweis nicht gelingt. Tritt der Geschäftsherr den Entlastungsbeweis an, so wird es von der Auslegung des Beweises abhängen, ob die Entlastung gelingt. Angesichts des geltenden Rechts ist zu vermuten, dass das Bundesgericht in dieser Hinsicht gegenüber dem Geschäftsherrn sehr streng urteilen würde. Die mangelhafte Konstruktionsweise im Schachtrahmenfall (BGE 110 II 456) ist zwar wahrscheinlich nicht als latenter Mangel zu betrachten, da der Beklagte die fehlende Stabilität der Aufhängeschleifen noch vor dem Unfall offenbar erkannt und die Produktion dementsprechend umgestellt hatte[1586]. Vermutlich würde man aus der Sicht der Fehlerpsychologie aber verschiedene in BGE 112 Ib 322 erfasste Konstellationen als latente Organisationsmängel betrachten:

> Es ging in diesem bereits erwähnten – die Staatshaftung betreffenden – Fall um die Frage, ob der Kanton als Betreiber einer psychiatrischen Klinik für Schäden haften sollte, die dadurch entstanden, dass ein Insasse der geschlossenen Abteilung aufgrund gewisser Mängel der Eingangskontrolle entfliehen und sich das Leben nehmen konnte. Hier lag zunächst ein an sich bekannter organisatorischer Mangel vor, nämlich der Umstand, dass sich die Aufzugstüren von innen ohne Schlüssel auch zur geschlossenen Abteilung der Klinik hin öffnen liessen und somit ein Patient die Ankunft eines Liftbenützers zur Flucht nützen konnte. In einer Ausnahmesituation – d. h. der Ankunft eines Liftbenützers – traf nun dieser Mangel mit anderen organisatorischen Faktoren zusammen – d. h. vorübergehende, aber übliche Abwesenheit einer Aufsichtsperson auf der Etage, fehlende Besetzung der Eingangsloge am Abend –, die „weder einem Beamten der Klinik zum Verschulden gereichen noch als objektiv pflichtwidrig und damit widerrechtlich zu betrachten sind"[1587]. Dass der Eingangsbereich der fraglichen Klinik hinsichtlich der Sicherheit der Patienten mangelhaft gestaltet war, hing also mit einer Reihe von Fehlentscheiden zusammen, von denen jeder für sich genommen den Schaden nicht zu verursachen geeignet gewesen wäre, die aber zusammen zu einem Sicherheitsrisiko führten.

1585 Am Rande sei bemerkt, dass aus der Sicht von OR 55 nicht ohne weiteres klar wäre, welche dieser Akteure als Hilfspersonen welcher Organisation zu betrachten wären. So sollen Polizisten, die im Rahmen von Sportveranstaltungen Sicherungsaufgaben übernehmen, nicht als Hilfspersonen des Organisators gelten (s. BONDALLAZ S. 78). In einem solchen Fall wäre die Solidarhaftung zweier Organisationen – dem Sportveranstalter und dem Staat – denkbar.

1586 BGE 110 II 465. Anzumerken ist hier, dass in einem anderen Fall die Verbesserung einer nicht optimalen Fenstersicherung nach dem Suizidversuch eines Klinikpatienten nicht zur Vermutung einer Sorgfaltswidrigkeit geführt hat, vgl. BGE 4C.53/2000, Erw. 4.d. (= Praxis 2000 Nr. 155).

1587 BGE 112 Ib 329.

Trotz der Aussergewöhnlichkeit des Schadens verneinte das Bundesgericht einen Unterbruch des Kausalzusammenhangs[1588] und bejahte eine Haftung der Klinik.

Soweit latente Organisationsmängel völlig unvorhersehbar sind, sind sie verwandt mit dem aus dem Produktehaftungsrecht bekannten Phänomen der „*Ausreisser*". Dabei handelt es sich um einzelne mangelhafte Produkte aus einer Massenproduktion, wobei in der Regel nicht vorhersehbar ist, welche konkreten Produkte mangelhaft sein werden. Beispiele sind Haarrisse in Mineralwasserflaschen, die zu deren Explosion führen können, oder die mangelhaft fixierte Aufhängeschlaufe eines Schachtrahmens in BGE 110 II 456. Die Frage, ob den Produzenten eine Haftung für Ausreisser trifft, ist umstritten. Das PrHG impliziert eine Haftung für Ausreisser, da diese nicht als Entwicklungsrisiko betrachtet werden und somit keine Entlastung nach PrHG 5/1/e möglich ist[1589]. Denn obschon konkret unvorhersehbar ist, wann genau ein Ausreisser auftritt, ist das Risiko, *dass* Ausreisser auftreten können, als solches inzwischen bekannt[1590]. Ähnlich könnte man auch für das Risiko latenter Organisationsmängel argumentieren[1591]. Dass eine Haftung für Ausreisser nach PrHG bejaht werden muss, ist nachvollziehbar, da dieses Gesetz nicht an das unsorgfältige Verhalten des Herstellers anknüpft[1592] und deshalb das Element der konkreten Vorhersehbarkeit des Schadens keine Rolle spielt. Es ist aber fraglich, ob diese Rechtsfolge auch für die Produzentenhaftung nach OR 55 angemessen ist, da diese Bestimmung nach wie vor auf einer Unsorgfalt gründet. Die strenge Rechtsprechung gemäss BGE 110 II 456 impliziert im Resultat eine generelle Haftung für Ausreisser, während Lehrmeinungen zufolge „beim Nachweis einer durchgehend einwandfreien Organisation des Herstellungsprozesses einschliesslich der notwendigen Kontrollen ein Haftungsausschluss in Betracht kommen kann"[1593]. Dieser Ansicht ist bezüglich OR 55 beizupflichten, da sonst der Entlastungsbeweis bezüglich Ausreisser-Schäden *a priori* nicht mehr möglich wäre, was dem Sinn von OR 55 nicht entspricht. *De lege ferenda* kann man sich freilich fragen, ob diese Lösung angemessen ist. Es erscheint in der Tat unbillig, dass der Konsument und nicht der Produzent das Risiko von Ausreisser-Schäden tragen sollte. Festzuhalten ist aber, dass sich solche Schäden nicht mit einem – selbst objektivierten – Sorgfaltsbegriff und damit weder mit OR 41 noch 55 erfassen lassen. Eine Haftung für Ausreisser lässt sich nur durch eine Generalisierung des – in dieser Hinsicht kausalen – PrHG erreichen[1594].

In ähnlichem Sinn ist auch eine Sorgfaltshaftung für latente Organisationsmängel strukturell paradox und nicht angebracht. Anders als für Produkteschäden erscheint mir aber eine generelle kausale Organisationshaftung zu weitgehend, wie weiter hinten noch vertiefter auszuführen ist (S. 273 ff. und insbes. 278 ff.). Denn Organisationsrisiken sind nicht spezifischer, sektorieller, sondern sehr allgemeiner Natur. Und natürlich trifft es zu, dass man mittlerweile das Risiko latenter Organisationsmängel *an sich* – stellvertretend für alle Organisationsrisiken – kennt. Aber genau betrachtet gilt dies auch für die Risiken individuellen Fehlverhaltens. Hierin lag denn auch der Sinn einer etwas umfassenderen Darstellung individueller Fehlerneigungen in der vorliegenden Arbeit: zu zeigen, dass nicht nur kollektives, organisiertes, sondern auch individuelles Verhalten von vielen unbeherrschbaren, unvorhersehba-

1588 BGE 112 Ib 322 Erw. 4.

1589 HESS, ad PrHG 4 N 40. Ausreisser werden als Fabrikationsfehler betrachtet, Entwicklungsrisiken können sich jedoch nur bei Konstruktionsfehlern manifestieren, s. BGHZ 129 353, v. a. 358 ff.

1590 Für das Explosionsrisiko bei kohlesäurehaltigen Mineralwasserflaschen s. BGHZ 129 360.

1591 Siehe in Bezug auf technische Grossrisiken die Bemerkung bei WIDMER, Responsabilité, S. 358.

1592 HESS, ad PrHG 4, N 40.

1593 HESS, ad PrHG 4, N 39.

1594 In ähnlichem Sinn STARK, Gedanken, S. 295, der zumindest aus der Sicht der Verschuldenshaftung eine Haftung für Ausreisser offenbar ablehnt (ebd. S. 293: Ausreisser sind Zufälle).

ren psychischen Mechanismen geprägt ist. Insofern rechtfertigt sich allein mit dem Argument, das Organisationsrisiko *als solches* sei bekannt, keine Haftung, die wesentlich strenger als die Haftung für individuelles Verhalten wäre. Denn auch das Risiko individueller Fehlhandlungen *als solches* ist bekannt. Unbekannt ist vielmehr für beide Handlungsebenen – die individuelle und kollektive – der genaue Zeitpunkt und die Umstände, in welchen sich Fehlerneigungen manifestieren.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass versteckte Organisationsmängel ein typisches, tätigkeitsunabhängiges Risiko generieren, das auch mit grösster Sorgfalt nicht gänzlich vermeidbar ist. Solche Mängel sind Sorgfaltspflichten grundsätzlich nicht zugänglich, da ihr Bestehen und ihre Konsequenzen definitionsgemäss nicht voraussehbar sind. Wie erheblich dieses Risiko ist, lässt sich ebenfalls schwer beurteilen und hängt wiederum stark von der konkreten Tätigkeit der Organisation ab. Der Begriff der versteckten Mängel im Sinne der Fehlerpsychologie ist mit jener der rechtlichen Unvorhersehbarkeit nicht völlig deckungsgleich, so dass auch *de lege lata* eine Haftung für Organisationsmängel denkbar ist, die seitens der Organisationslehre als *latente* Mängel betrachtet werden.

E. Zusammenfassende Bemerkungen zur interdisziplinären Analyse

> *„Das Mündigwerden des Menschen (wie schon angedeutet): die Sicherung des menschlichen Lebens gegen den ‚Zufall', ‚Schicksalsschläge'; wenn seine Ausschaltung nicht möglich ist, so doch die Minderung der Gefahr. Das ‚Versicherungswesen' (das zwar von den ‚Zufällen' lebt, aber sie weniger schmerzhaft machen will) als abendländische Erscheinung; Ziel ist, unabhängig von der Natur zu sein. Natur wurde früher durch die Seele überwunden, bei uns durch technische Organisation aller Art. Das uns unmittelbar Gegebene ist nicht mehr die Natur, sondern die Organisation. Mit diesem Schutz vor der Bedrohung durch die Natur entsteht aber selbst wieder eine neue Bedrohung des Lebens, nämlich durch die Organisation selbst. Nun fehlt die seelische Kraft! Die Frage ist: Was schützt uns gegen die Bedrohung durch die Organisation? Der Mensch wird wieder auf sich selbst verwiesen. Mit allem ist er fertiggeworden, nur nicht mit sich selbst! Gegen alles kann er sich versichern, nur nicht gegen den Menschen. Zuletzt kommt es doch auf den Menschen an.*[1595]".

Der interdisziplinäre Abschnitt der vorliegenden Arbeit hat über verschiedene Gebiete der Ethik, der ökonomischen Analyse sowie der Organisationstheorie und Fehlerpsychologie geführt. Welche Resultate hierbei für die juristische Analyse der Organisationshaftung resultieren würden, war im Voraus nicht völlig klar. Aber *„pour apprendre, il faut agir sans encore connaître"*, wie es CROZIER/FRIEDBERG formulierten. Ausgangspunkt war eine Darstellung verschiedener Organisationsmodelle und, verknüpft damit, der Organisationskultur. Das Ziel dieses Kapitels bestand zunächst in einer Verdeutlichung der organisatorischen Problembereiche, was die Einordnung der nachfolgenden Ausführungen erleichtern sollte; unmittelbare haftpflichtrechtliche Schlüsse liessen sich hieraus noch nicht ableiten. Bereits die Analyse der Sicherheitskultur, insbesondere die Gegenüberstellung der zentralisierten und dezentralisierten Organisationsmodelle, hatte aber haftpflichtrechtliche Implikationen, da die Sicherheitskultur das Schädigungspotential einer Organisation massgeblich beeinflusst. Es zeigte sich, dass die immanente Dynamik gewisser Tätigkeiten paradoxe Anforderungen an Organisationen stellen, da diese gleichzeitig zentralisiert und dezentralisiert organisiert sein müssten, um unfallfrei operieren zu können. Man hat aber auf Organisationen

---

[1595] BONHÖFFER, Dietrich: Widerstand und Ergebung, Gütersloh 1951, 16. A. 1997, S. 204

hingewiesen, die solche paradoxen Anforderungen mittels flexibler Organisationsmodelle zu erfüllen imstande sind (sog. *high reliability organizations*). Ein besonderes Augenmerk galt sodann der Fehlerpsychologie, ausgehend von der Feststellung, dass die weitaus meisten Unfälle in Organisationen auf menschliches Versagen zurückzuführen sind. Individuelle Fehlerneigungen sind zwar nicht ausschliesslich auf das Handeln im organisierten Kontext beschränkt, haben aber in diesem Kontext eine besondere Bedeutung, wenn sie sich mit dem nach wie vor praktisch bedeutsamen hierarchischen Organisationsmodell verbinden. Denn Fehler hochrangiger Leitungspersonen pflanzen sich gewissermassen durch die ganze Organisation fort und werden so in ihren Folgen verstärkt. Deutlicher auf das kollektive Handeln bezogen waren sodann die Ausführungen zur Fehlerpsychologie im Gruppenkontext. Hier zeigten sich einige interessante gruppendynamische Fehlerneigungen (wie Korpsgeist, *risky shift* etc.), aber auch Vorteile der Gruppenarbeit gegenüber dem Einzelhandeln. Ebenfalls als haftpflichtrechtlich relevant erwiesen sich die Forschungen zu Fehlerneigungen in komplexen Systemen. Insbesondere aus der Arbeitsteilung an sich, den Ironien der Automatisierung sowie latenten Organisationsmängeln scheint am deutlichsten ein typisches und erhebliches Organisationsrisiko zu fliessen.

Hier werde ich kurz und überblickshaft auf die Fragen Bezug nehmen, die ich zu Beginn der interdisziplinären Analyse gestellt habe. Im nachfolgenden Abschnitt werden sodann die gewonnenen Erkenntnisse auf die zentralen juristischen Fragestellungen der Organisationshaftung angewendet. Die erste Frage lautete, ob für Schäden, die durch das Verhalten der Organisationsmitglieder verursacht werden, grundsätzlich der Organisationsträger oder eher die Organisationsmitglieder haften sollen. Sowohl die ethische als auch die ökonomische Betrachtungsweise führen relativ eindeutig zur *Haftung des Organisationsträgers*, was allerdings keine grosse Überraschung darstellt. Die „Haftung für andere" ist mittlerweile seit Jahrhunderten Teil der europäischen Rechtstradition. Wenig liess sich allerdings aus der Ethik und der Ökonomie zur konkreten Ausgestaltung der Organisationshaftung ableiten. Es scheint überdies, dass sich ethische und ökonomische Überlegungen widersprechen können. So soll nach traditioneller ethischer Auffassung Individualhaftung nur so weit gegeben sein, wie Voraussicht und Handlungsmacht des mutmasslich Verantwortlichen reichen. Dem widerspricht aber unter Umständen das Gebot der Internalisierung externer Kosten.

Als nächstes stellte sich die Frage, ob alle Organisationen unabhängig von ihrer konkreten Tätigkeit ein Grundrisiko generieren. Hier fällt die Antwort weniger eindeutig aus. Zwar haben sich eine Reihe typischer Organisationsrisiken herauskristallisiert, die sich unabhängig von der Charakteristik einer konkreten Tätigkeit manifestieren (z. B. gruppendynamische Fehlerneigungen, paradoxe Effekte, latente Mängel etc., s. zusammenfassend hinten S. 264 ff.). Ein allgemeines, typisches Organisationsrisiko konnte jedoch nicht gefunden werden. Ähnlich mehrdeutig fällt die Beantwortung der dritten Frage aus, jener nach der *Erheblichkeit* der Organisationsrisiken. Zwar existieren gewisse Organisationsrisiken, die sich mit aller Sorgfalt nicht beherrschen lassen (z. B. die Gefahr latenter Mängel). Gleichzeitig können aber menschliche Fehlerneigungen in Organisationen auch eingedämmt werden. Somit stehen sich organisationstypische Risiko- und Sicherheitsfaktoren gegenüber. Es hat sich überdies gezeigt, dass auch das individuelle menschliche Verhalten ausserhalb von Organisationen vielen Fehlerneigungen unterliegt, was die Frage aufwirft, ob eine Organisationshaftung überhaupt strenger oder anders ausgestaltet werden sollte als die Haftung für individuelles Verhalten.

Die Frage, wie sich die konkrete Manifestation eines „Organisationsrisikos" im Haftungstatbestand formulieren lässt, konnte noch nicht umfassend beantwortet werden; sie wird im nächsten Abschnitt nochmals aufgegriffen. Insbesondere hinsichtlich gruppendynamischer

Fehlerneigungen hat sich aber gezeigt, dass ein solches Risiko vermutlich schwierig zu formulieren und vom Geschädigten noch schwieriger zu beweisen wäre.

Der Zweck des nachfolgenden Abschnitts besteht nun darin, die Konsequenzen der interdisziplinären Analyse für das Haftpflichtrecht zu prüfen, und zwar anhand der wichtigsten denkbaren Modelle für eine allgemeine (d. h. nicht auf eine spezifische Tätigkeit bezogene) Organisationshaftung. Ein besonderes Augenmerk liegt hierbei zunächst auf der Frage, ob sich über typische Organisationsrisiken eine Gefährdungshaftung begründen lässt und wie allenfalls die konkrete Manifestation des „Organisationsrisikos" im Haftungstatbestand formuliert werden kann. Da ich in der vorliegenden Arbeit nicht für eine Gefährdungshaftung optieren werde – dies sei hier vorweggenommen – , betrifft der gesamte letzte Abschnitt die Konkretisierung einer Organisationshaftung für kollektive Unsorgfalt.

IV. Neubeurteilung der Organisationshaftung

A. Möglichkeiten der Ausgestaltung einer Organisationshaftung und ihre Beurteilung

1. Vorbemerkung

Aufgrund der Darstellung des geltenden Rechts und interdisziplinärer Aspekte soll nun eine Neubeurteilung der Organisationshaftung erfolgen. Hierzu werden nachfolgend wichtige Modelle der Organisationshaftung dargestellt. Dabei handelt es sich sowohl um in der Schweizer oder in ausländischen Rechtsordnungen tatsächlich praktizierte als auch seitens der Lehre *de lege ferenda* vorgeschlagene Modelle[1596]. Jede Darstellung wird von einer Beurteilung gefolgt, in der Lehrmeinungen und meine eigene Auffassung Berücksichtigung finden. Der Vertiefungsgrad meiner Ausführungen ist dabei nicht in allen Abschnitten derselbe. Schwerpunkte liegen auf einer kritischen Betrachtung der Rechtsprechung zu OR 55 (S. 248 ff.) auf einem den „kombinierten Modellen" gewidmeten Abschnitt. Hier spielt der im Kapitel über die Methodik erläuterte Ansatz[1597] eine zentrale Rolle, wonach zunächst geprüft werden muss, ob die Organisationshaftung als Gefährdungshaftung (Haftung für „Organisationsrisiko", S. 263 ff.) – beziehungsweise, als Variante hiervon, als Haftung für blosse Widerrechtlichkeit bzw. Verursachung (S. 273 ff.) – ausgestaltet werden soll. Da diese Frage in der vorliegenden Arbeit verneint wird (dies sei hier vorweggenommen), folgen anschliessend Ausführungen zu verschiedenen Modellen einer Organisationshaftung für Unsorgfalt. Das Modell einer Organisationshaftung für *kollektive Unsorgfalt*, dem m. E. der Vorzug zu geben ist, wird sodann in einem separaten Kapitel eingehender besprochen (S. 310 ff.).

Somit sind die nachfolgenden Abschnitte weder einer historischen noch einer strikten rechtsvergleichenden Methodik verpflichtet. Es geht nicht primär darum, verschiedene Rechtsordnungen zu vergleichen und Abweichungen zu erklären. Im Zentrum steht vielmehr eine strukturelle Überlegung, ausgehend von der wertenden Frage, worauf eine Organisationshaftung gegründet werden sollte, und die Untersuchung bestehender Regimes und Lehrvorschläge auf ihre Stimmigkeit hin in Bezug auf diese Überlegung. Deshalb rückt vorübergehend auch die deutliche Trennung zwischen geltendem und nur erwünschtem Recht in den Hintergrund. Elemente des geltenden Rechts werden quasi nur als Vorschläge neben andere gestellt.

Eine erste Analyse des *Sorgfaltsbegriffs* erfolgt bereits im Rahmen einer kritischen Auseinandersetzung mit der Rechtspraxis zu OR 55 (s. insbes. S. 248 ff.); die hieraus gewonnen Schlüsse können bereits *de lege lata* für die Auslegung von OR 55 fruchtbar sein. Eine umfassendere Untersuchung dieser Problematik findet sodann im letzten Teil zur kollektiven Unsorgfalt statt.

2. Ausschliessliche Aussenhaftung des Organisationsmitglieds

Diese Haftungsform soll nur der Systematik halber erwähnt werden. Mir ist kein aktuelles Regime der Organisationshaftung bekannt, in dem ausschliesslich das Organisationsmitglied gegen aussen haftet, nicht aber unter gewissen Voraussetzungen auch das Kollektiv

---

1596 Tatsächlich existieren noch viele weitere, feiner abstufbare Zwischenvarianten, deren umfassende Darstellung aber den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengt; hierfür sei u. a. auf EÖRSI verwiesen.

1597 Siehe vorne S. 103 ff.

bzw. die Korporation. Völlig absurd ist allerdings diese Haftungsform nicht. Die ethische Diskussion über die Haftung von Kollektiven und Korporationen (s. vorne S. 109 ff.) zeigt, dass das Modell einer ausschliesslich auf das Individuum fokussierten Verantwortlichkeit noch nicht gänzlich überwunden ist. Das juristische Pendant zur Individualethik ist das Verschuldensdogma, welches das 19. Jahrhundert dominierte und Grundlage für viele, noch heute geltende Haftungsnormen war. Mit diesem Dogma wäre eine ausschliessliche Haftung des Mitglieds nicht zwingend verknüpft, aber das Verschulden als moralisch vorwerfbare Willensschwäche hängt doch typischerweise mit einer als Individuum handelnden natürlichen Person zusammen.

Erwähnt sei ausserdem die aus heutiger Perspektive relativ anachronistische Regelung in ZGB 426 und 427, wonach für Schäden, die durch unsorgfältiges Verhalten eines Vormunds sowie der Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden verursacht werden, primär diese Personen und erst sekundär der Kanton haftet. Da gemäss ZGB 361 vormundschaftliche Behörden Kantonsbehörden sind, ist der Kanton als durch sie handelnde Organisation zu betrachten; dennoch haftet er nur sekundär. In Entsprechung zum allgemeinen Staatshaftungsrecht sieht Art. 452 des aktuellen Expertenentwurfs für eine Revision des Vormundschaftsrechts neu eine direkte und ausschliessliche Aussenhaftung des Kantons vor für Verletzungen, die auf widerrechtliches Handeln oder Unterlassen der Erwachsenenschutzbehörde oder der Aufsichtsbehörde zurückzuführen sind[1598].

Verschiedenste Erwägungen ethischer, ökonomischer und organisationstheoretischer Art sprechen gegen die Ausgestaltung der Organisationshaftung als ausschliessliche Aussenhaftung eines Organisationsmitglieds, so insbesondere das ökonomische Nutzen-Risiko-Prinzip[1599] sowie der überpersönliche, systemische Charakter organisierten Handelns[1600].

3. Haftung des Geschäftsherrn für eigenes Verschulden und Verschulden der Hilfsperson

Bei dieser Haftungsform müsste in einem Schadensfall sowohl das Verhalten des Geschäftsherrn als auch jenes der Hilfsperson schuldhaft sein, damit der Geschäftsherr haftet. Soweit ersichtlich, existiert im geltenden Recht kein solches Regime; es entsprach aber immerhin der Interpretation von OR 55 durch eine frühe Lehrmeinung von GYSLER[1601]. Diese Haftungsform ist für den Geschäftsherrn relativ mild, da der Geschädigte kumulativ das Verschulden zweier Personen zu beweisen hätte. Keine Haftung träte beispielsweise ein, wenn nur das organisatorische Verhalten des Geschäftsherrn schuldhaft wäre, nicht aber jenes der Hilfsperson. Insbesondere die Anknüpfung an ein Individualverschulden spricht gegen diese Form der Organisationshaftung, wie beispielsweise die Ausführungen über die „Verflüchtigung des Verschuldens" gezeigt haben[1602].

1598 Der Entwurf wurde am 26. Juni 2003 in die Vernehmlassung geschickt, s. Pressemitteilung des EJPD vom 26.06.2003 (http://www.bj.admin.ch/themen/vormund/vn-com-d.htm); s. a. VE, ad ZGB 426-430.

1599 Siehe vorne S. 129 ff.

1600 Siehe z. B. vorne S. 112 ff. Bemerkungen aus ethischer, S. 211 ff. aus organisationstheoretischer Sicht, und weitere Ausführungen im interdisziplinären Teil.

1601 Siehe vorne S. 15 ff.

1602 Siehe vorne S. 211 ff.

4. Haftung für gemeinsames Verschulden (OR 50)

Liegt gemeinsames Verschulden vor, so haften nach OR 50 alle Beteiligten solidarisch, selbst wenn kein konkreter Schädiger ermittelt werden kann[1603], wie auch umgekehrt, wenn ein konkreter Schädiger feststeht[1604]. Die Anwendung von OR 50 auf Organisationen ist nicht *a priori* ausgeschlossen, wenn auch Handlungskollektive, die ein gemeinsames Verschulden begehen, oft keine formalisierte Struktur aufweisen und deshalb keine Organisationen darstellen. OR 50 ist insofern günstig für den Geschädigten, als es für diesen genügt, den Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Kollektivs und dem Schaden zu beweisen. Die Individualisierung eines konkreten Schädigers ist nicht notwendig, was zu einer Haftung für alternative Kausalität führen kann. Ueberdies haftet ein Mitläufer im Aussenverhältnis wie der Täter.

OR 50 als alleinige Haftungsform für Organisationen erscheint aber ungenügend. Zunächst handelt es sich dabei strukturell nicht um eine Form der Organisationshaftung im engeren Sinn: Das kollektiv schuldhafte Verhalten mehrerer Schädiger wird nicht einem Organisationsträger, sondern dem Kollektiv zugerechnet. Im Weiteren würde die Anknüpfung an eine psychologische Konnexität zwischen mehreren Schädigern dazu führen, dass verschiedene wichtige Konstellationen nicht von einer Organisationshaftung erfasst würden (z. B. kollektive Unsorgfalt in der Art, wie sie in BGE 112 Ib 322 zur Diskussion stand, individualisierbare Schädiger, rein organisatorische Unsorgfalt etc.). Schliesslich ist die ausschliessliche Anknüpfung an ein Verschulden aus bereits erwähnten Gründen nicht adäquat.

5. Haftung des Geschäftsherrn für eigenes Fehlverhalten

a) Vorbemerkung

Ursprünglich statuierten OR 55 und BGB 831 eine Haftung des Geschäftsherrn für eigenes Fehlverhalten. Insbesondere hinsichtlich BGB 831 wird darauf hingewiesen, dass ein Verschulden des Geschäftsherrn Haftungsvoraussetzung ist[1605]. Diese Variante der Organisationshaftung lässt sich noch in zwei Unterarten aufteilen, je nach Verteilung der Beweislast. OR 55 und BGB 831 sehen eine Umkehr der Beweislast zugunsten des Geschädigten vor: Der Geschäftsherr haftet, es sei denn er beweise, dass ihn keine Sorgfaltspflichtverletzung (im deutschen Recht: ein Verschulden[1606]) trifft. Es ist demgegenüber durchaus denkbar, die Haftung nur auf das Fehlverhalten des Geschäftsherrn abzustellen, aber dem Geschädigten die Beweislast für dieses aufzubürden. Soweit ersichtlich, ist auch dieses System im Rahmen einer Generalnorm nirgends ausdrücklich vorgesehen. Sektoriell sind allerdings gewisse Ansätze in diese Richtung erkennbar. So hat sich das deutsche Recht u. a. in dem Sinne weiterentwickelt, dass aus BGB 823 allgemeine Organisationspflichten abgeleitet wurden, deren Verletzung durch den Geschädigten zu beweisen ist (wenngleich allerdings die Beweisführung in gewissen Bereichen erheblich erleichtert wurde)[1607].

Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland hat sich die Rechtspraxis inzwischen stark von der Grundstruktur der Art. 55 OR und 831 BGB entfernt. Insbesondere BGB 831 wurde im Laufe des 20. Jahrhunderts immer stärker kritisiert, hat aber bisher allen Revisionsversuchen widerstanden. Im Gegensatz zu BGB 831, der durch die Rechtsprechung quasi umgan-

1603 BGE 42 II 473.
1604 BGE 71 II 107.
1605 Siehe z. B. MATUSCHE-BECKMANN S. 27 f.
1606 MATUSCHE-BECKMANN S. 31 f.
1607 Siehe vorne S. 80 ff.

gen wurde, behielt im schweizerischen Recht OR 55 als unmittelbare Grundlage für die Geschäftsherrenhaftung seine volle Bedeutung, wurde aber nach und nach verschärft. Dass die diesbezügliche Rechtsprechung gewisse Fragwürdigkeiten aufweist, soll nachfolgend dargestellt werden.

b) Kritische Bemerkungen zur Auslegung von OR 55[1608]

(1) Im Allgemeinen

Die Ablehnung von OR 55 seitens der Lehre ist bei weitem nicht so eindeutig wie die Kritik an BGB 831 in Deutschland. Zwar wurden immer wieder Stimmen laut, welche die anachronistische Struktur von OR 55, d. h. seine Ausrichtung am kleinen Handwerksbetrieb, bemängelten und eine Revision forderten. Weil aber das Bundesgericht den potentiell engen Rahmen von OR 55 mit einer sehr strengen Auslegung gesprengt hat, empfinden viele Autoren diese Norm nicht als revisionsbedürftig.

Ein Grundproblem von OR 55 und BGB 831 besteht darin, dass diese Bestimmungen an Sorgfaltspflichten anknüpfen und dadurch die ethische normative Gleichung, dass eine Person nur soweit haften solle, als ihre Voraussicht und ihre Handlungsmacht reicht, zumindest anklingen lassen. Mit fortschreitender Arbeitsteilung sind aber Hilfspersonen oft kompetenter als der Geschäftsherr bzw. dessen Leitungspersonen geworden, weshalb die Statuierung von Instruktions- und Überwachungspflichten ins Leere läuft, da diese Pflichten *a priori* nicht erbracht werden können[1609]. Dieses Phänomen erklärt teilweise die erhebliche Verschärfung (im schweizerischen Recht) bzw. Umgehung (im deutschen Recht) der beiden Normen. Die Entwicklung der Rechtspraxis hat quasi zu einer direkten Zurechnung typischer industrieller Risiken geführt, beispielsweise aus der Herstellung von Produkten in BGE 110 II 456[1610]. Diese Sichtweise, ob nun politisch wünschbar oder nicht, widerspricht aber eigentlich der Struktur von OR 55, der keine Haftung für die Manifestation typischer (technischer) Risiken statuiert, sondern eine Haftung für Unsorgfalt.

(2) Widersprüche und systematische Probleme beim Entlastungsbeweis

(a) Entlastungsbeweis möglich oder unmöglich?

Es fällt auf, dass der Wortlaut von OR 55/1 tatsächlich mehrere Auslegungen zulässt, im Gegensatz zu BGB 831, wo explizit nur auf das Auswahl-, Instruktions- und Überwachungsverschulden verwiesen wird. Sofern in OR 55/1 gesagt wird, der Geschäftsherr hafte, „wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat", um einen Schaden in der Art des aufgetretenen zu verhüten, wäre der Entlastungsbeweis rein logisch gesehen nicht zu erbringen: Denn dass ein Schaden aufgetreten ist, beweist im Nachhinein, dass eben nicht genügend Sorgfalt aufgewendet wurde. Man kann aber dem Gesetzgeber kaum ein derart widersinniges Ergebnis unterstellen, was auch das Bundesgericht ein-

---

1608 Für eine Darstellung von OR 55 und seiner Auslegung s. vorne S. 15 ff.

1609 Siehe hierzu WICKE, S. 223, zum Übergang vom „*control test*" zum „*organisation test*" zur Bestimmung des Subordinationsverhältnisses im englischen Recht. Dass die deutsche Rechtsprechung stärker als das englische *Common Law* an der Weisungsgebundenheit des Verrichtungsgehilfen festhält, erscheint WICKE verständlich, „da eine auf vermutetem Eigenverschulden beruhende Haftung die Möglichkeit voraussetzt, dass der Geschäftsherr das Geschehen wirksam zu beeinflussen vermag." (WICKE S. 228). Diese Überlegung lässt sich zweifelsohne auch auf OR 55 übertragen.

1610 S. a. AESCHIMANN S. 105.

räumt[1611]. Das bedeutet aber mit anderen Worten, dass der Gesetzgeber die Art und den Umfang der für OR 55 relevanten Sorgfalt nicht präzise definiert hat, weshalb hier ein erheblicher Ermessensspielraum für die Praxis bestand und weiterhin besteht. Aus dieser Sicht ist die mehrmalige Verschiebung der Rechtsnatur von OR 55 durch die Rechtsprechung im Lauf des 20. Jahrhunderts verständlich.

Der weite Ermessensspielraum in der Auslegung von OR 55/1 wiederum bedeutet aber keine *carte blanche* für zu weitgehende Umdeutungen dieser Bestimmung. Was nämlich trotz allem widerspruchsfrei aus dem Wortlaut von OR 55/1 hervorgeht, ist 1) der Grundsatz, *dass* ein Entlastungsbeweis möglich sein muss, und 2) dass dieser sich auf einen Begriff der „Sorgfalt" beziehen soll. Und Sorgfalt, selbst in objektivierter Form, ist eine Qualifikation des menschlichen Verhaltens, nicht eines Handlungserfolges[1612].

Einem Mantra gleich wiederholen Lehre und Rechtsprechung, man müsse trotz aller Strenge beim Entlastungsbeweis Vernunft walten lassen und dürfe den Geschäftsherrn nicht an unerfüllbaren Anforderungen messen[1613]. Gleichzeitig wird festgestellt, aufgrund der neueren Rechtsprechung[1614] sei der Entlastungsbeweis neuerdings praktisch unmöglich zu erbringen[1615]. Dieser offensichtliche Widerspruch und die auffallend häufige Berufung auf die „Vernunft" sind zumindest Indizien dafür, dass man sich nicht über alle Kriterien zur Beurteilung des Entlastungsbeweises nach OR 55 einig ist oder solche teilweise gänzlich fehlen. OR 55 wurde wegen seiner offenen und nicht ganz eindeutigen Formulierung zum Einfallstor für eine primär rechtspolitisch motivierte Rechtsfortbildung. So weist denn auch BREHM darauf hin, die Praxis wende in der Auslegung des Beweises eine unterschiedliche Strenge an, je nachdem, ob die Geschäftsherrenhaftung eine Gesetzeslücke füllen und zur Bildung einer neuen Gefährdungshaftung dienen sollte (strenge Auslegung in BGE 110 II 456 hinsichtlich Produzentenhaftung) oder nur gewerbliche Verrichtungen mit tiefem Gefährdungspotential erfassen musste[1616].

Gewissen Autoren zufolge hat sich schon die objektivierte Verschuldenshaftung fast zu einer reinen Verursachungshaftung entwickelt[1617]. Umso mehr noch wäre dies für die Haftung nach OR 55 der Fall, wenn, wie behauptet wird, der Entlastungsbeweis nicht mehr zu erbringen wäre. Solange aber die anwendbaren Tatbestände Unsorgfalt in irgendeiner Form voraussetzen, ist diese Betrachtungsweise mit dem geltenden Recht unvereinbar[1618], ob man nun die über OR 55 erfolgte Rechtsfortbildung rechtspolitisch begrüsst oder nicht. Daran ändert auch das Argument nichts, „die praktischen Notwendigkeiten" zwängen die Rechtspraxis zu einem derart strengen Sorgfaltsmassstab[1619]. Solange diese Notwendigkeiten seitens des Gesetzgebers nicht anerkannt und als Anlass zu einer Änderung von OR 55 genommen

---

1611 BGE 110 II 463.

1612 D. h. es ist „die Beantwortung der Frage nach einer Sorgfaltspflichtverletzung grundsätzlich von deren Folgen zu trennen", wie das Bundesgericht in Bezug auf die Arzthaftung nach OR 101 zutreffend ausführte, vgl. BGE 4C.53/2000, Erw. 1.c. (= Praxis 2000 Nr. 155).

1613 Siehe z. B. OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 120; BGE 110 II 463.

1614 Z. B. BGE 95 II 93; 110 II 456, indirekt bestätigt in BGE 121 IV 10; JdT 1986 I 571.

1615 CHAUDET S. 569 f.; FELLMANN, Produzentenhaftung, S. 304; HAUSHEER, Neuerungen, S. 25 f.

1616 BREHM-BK, ad OR 55 N 51. Man führt die strenge Auslegung des Entlastungsbeweises denn auch primär darauf zurück, dass bis 1933 keine besondere Haftung für Halter von Motorfahrzeugen bestand, s. a. WIDMER/WESSNER, S. 123; HAUSHEER, ad BGE 121 IV 10, S. 441; JAUN S. 583.

1617 OFTINGER/STARK, Bd. I, §5 N 81.

1618 Zahlreiche Autoren haben denn auch die strenge bundesgerichtliche Auslegung von OR 55 kritisiert, s. vorne, S. 34 ff., zur Produzentenhaftung.

1619 OFTINGER/STARK, Bd. I, §5 N 81 in Bezug auf die Objektivierung des Verschuldens. Vielleicht ist es auch eine wachsende Anspruchsmentalität, die zu dieser Entwicklung geführt hat, s. hierzu FELLMANN, Selbstverantwortung, insbes. S. 41, 46.

werden, hat sich die Rechtspraxis an die Möglichkeit des Befreiungsbeweises zu halten. Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts deutet im Übrigen wieder in Richtung einer nuancierten Auslegung von OR 55 parallel zu OR 58[1620].

(b) Beurteilung ex post der Sorgfaltspflichten

Was die *cura in instruendo* betrifft, so ist zunächst auf die möglichen Dilemmas des Geschäftsherrn hinzuweisen, die sich im Zusammenhang mit der Sicherheitskultur und der Improvisation gezeigt haben[1621]. Im Weiteren bestehen Widersprüche hinsichtlich der *curae in instruendo et custodiendo*. So darf sich der Geschäftsherr zwar einerseits auf die Fähigkeiten erfahrener und nachweislich tauglicher Hilfspersonen verlassen[1622]. Das bedeutet konkret, dass er nicht jeden Arbeitsschritt solcher Mitarbeiter kontrollieren muss. Gleichzeitig soll er aber dennoch haften, wenn dieser Hilfsperson ein Lapsus, beispielsweise ein Versehen bei der Produktkontrolle unterläuft. Denn dem Geschäftsherrn müsse dann vorgeworfen werden, „dass er nicht mit derartigen – unvermeidbaren – Fehlleistungen rechnete und seinen Betrieb entsprechend organisierte"[1623]. Wie die vorne dargestellten fehlerpsychologischen Forschungen zu latenten Organisationsmängeln zeigen, ist es nicht möglich, Fehler gänzlich zu vermeiden, selbst wenn man mit ihnen rechnet. Der Widerspruch ist noch offensichtlicher, wenn man diese Organisationspflicht, wie anscheinend von NATER suggeriert, aus dem Gefahrensatz und OR 41 herleitete: denn dann wäre paradoxerweise die Verschuldenshaftung gemäss OR 41 strenger als die einfache Kausalhaftung nach OR 55[1624].

Die Auffassung des Bundesgerichts in BGE 95 II 93, es sei „ *gerade das Ziel des Art. 55 OR, den Geschäftsherrn für das unrichtige Vorgehen seiner Hilfspersonen bei der Erfüllung ihrer dienstlichen Verrichtungen haften zu lassen*"[1625], führt letztlich zu einer widersprüchlichen Argumentation:

> In diesem Fall beauftragte ein Schreinermeister einen Transporteur mit der Lieferung von Material zu einer Baustelle und wies gleichzeitig zwei seiner Hilfspersonen, einen Schreiner und einen Handlanger, an, den Lastwagen zu entladen und die gelieferten Gegenstände ins Haus zu tragen. Tatsächlich blieb aber der Schreiner auf dem Lastwagen und der Transporteur trug zusammen mit dem Handlanger die Gegenstände ins Haus. Dabei fiel der Transporteur in eine Bodenöffnung, die nicht abgesperrt war, und verletzte sich schwer. Der Schreinermeister wurde für diesen Schaden unter anderem deshalb haftbar gemacht, weil der Umstand, dass seine Hilfspersonen entgegen seiner Weisung die Mitwirkung des Transporteurs beim Entladen duldeten, kausal für den Schaden war. Ausserdem liess das Bundesgericht den Einwand nicht gelten, der Schreinermeister könne sich auf die Ausbildung und Erfahrung des angestellten Schreiners verlassen, weil keine besonderen Umstände vorlagen, aufgrund derer der Schreinermeister erwarten konnte, der Schreiner werde seine Fachkenntnisse tatsächlich einsetzen[1626] (z. B. indem er die übrigen Mitarbeiter auf Gefahren der Baustelle aufmerksam machte)!

1620 BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46.

1621 Siehe hierzu vorne S. 175 ff. und insbes. S. 185 ff.

1622 BGE 110 II 461; 77 II 308; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 136.

1623 NATER S. 61 Fn 104, was im Widerspruch zu dessen Ausführungen auf S. 70 steht, wo beispielsweise die Lösung in BGE 80 II 250 nicht kritisiert wird: denn es ist nicht ersichtlich, inwiefern das Abfüllen von Mineralwasserflaschen gefährlicher sein (und deshalb erhöhte Kontrollpflichten nach sich ziehen) soll als das Entfernen von Farbe auf einem Haus mittels einer Lötlampe.

1624 Siehe hierzu auch WIDMER, ad BGE 110 II 456, S. 56.

1625 BGE 95 II 106; siehe auch OFTINGER/STARK, Bd. II/1, S. 146.

1626 BGE 95 II 108.

Aufgrund dieses Gedankengangs müsste man darauf schliessen, der Geschäftsherr wäre seinen Pflichten nur rechtsgenüglich nachgekommen, wenn er persönlich auf der Baustelle vor jedem Arbeitsschritt konkrete Anweisungen erteilt und deren Umsetzung überwacht hätte. Doch bezeichnet das Bundesgericht im selben Entscheid an anderer Stelle, bei der Prüfung des persönlichen Verschuldens des Schreinermeisters, die Forderung, dieser hätte sich selbst vergewissern müssen, ob die fragliche Abschrankung intakt war oder nicht, als „lebensfremd". Denn seine Hilfsperson sei ein gelernter Schreiner, der schon manchen Möbeltransport ausgeführt hatte. Ausserdem habe der Schreinermeister keinen Anlass gehabt zu zweifeln, dass nicht andere am Bau beteiligte Akteure, wie der Bauleiter, für taugliche Abschrankungen gesorgt hatten[1627]. Diese Widersprüche lassen sich nicht durch den Unterschied zwischen der individuellen Verschuldenshaftung des Geschäftsherrn und seiner Haftung nach Artikel 55 OR erklären. Denn obschon im letzteren Bereich der Sorgfaltsmassstab strenger ist als beim ersteren[1628], ist nicht ersichtlich, weshalb es für den Geschäftsherrn im Hinblick auf die Verschuldenshaftung „lebensfremder" gewesen wäre, sich auf die Qualitäten seiner Hilfspersonen zu verlassen als im Rahmen von Artikel 55 OR[1629], zumal die fehlende Abschrankung „und damit die eigentliche Schadensursache ausserhalb des Risikobereichs" des Schreinermeisters und seiner Arbeiter lag[1630].

Im obigen Fall schliesst das Gericht von der Verletzung von Weisungen durch die Hilfsperson direkt auf die Verletzung der *cura in custodiendo*, was methodisch höchst fragwürdig ist. Denn allein die Verletzung von Weisungen durch Hilfspersonen beweist noch nicht die mangelnde Sorgfalt des Geschäftsherrn. Es wäre vielmehr angebracht gewesen zu prüfen, wie die Einhaltung der Weisungen konkret verlangt und überwacht wurde. Diese Prüfung hat das Bundesgericht beispielsweise in BGE 43 II 181 sorgfältiger vorgenommen und dem Geschäftsherrn sogar in wenigen Worten eine „Sicherheitskultur" attestiert, ohne freilich diesen Begriff zu gebrauchen: Es stellt fest, der Geschäftsherr habe *„établi ... l'existence, dans ses ateliers, d'affiches interdisant formellement et sous peine de renvoi immédiat, au personnel ouvrier ou laveur ‚de mettre les voitures en marche, de les essayer ou de les utiliser sans ordre formel du bureau', et a prouvé en outre avoir fait application à diverses reprises de cette sanction aux ouvriers qui avaient enfreint cette défense"*[1631].

Insbesondere aus den BGE 72 II 262, 95 II 93, 96 II 32[1632] oder JdT 134 (1986) I 571 zeigt sich demgegenüber eine Tendenz des Bundesgerichts, das konkrete organisatorische Verhalten des Geschäftsherrn, insbesondere die *cura in custodiendo, ex post*, d. h. aus der Kenntnis des tatsächlichen Kausalverlaufs heraus zu beurteilen[1633]. Wenn sich das Bundesgericht auch zuweilen die Mühe machte, zu umschreiben, worin die *culpa in custodiendo* bestand[1634], wird man in Fällen wie BGE 72 II 255 oder 95 II 93 den Eindruck nicht los, der

---

1627 BGE 95 II 105.

1628 REY N 901 mit Verweisen.

1629 Für MERZ, S. 129 ff., ist an diesem Entscheid auch der Umfang der vom Schreinermeister verlangten *cura in instruendo* lebensfremd, siehe insbes. S. 133; kritisch auch OFTINGER/STARK, Bd. II/1, N 136, die von „weltfremdem Theoretisieren" sprechen.

1630 MERZ S. 132.

1631 BGE 43 II 187 f.; die Entlastung misslang *in casu* dennoch, aus anderen Gründen.

1632 = Praxis 1970 Nr. 110.

1633 S. a. AESCHIMANN S. 105 zu den BGE 110 II 456 und JdT 134 (1986) I 571 (Zahnarztstuhl).

1634 So z. B. in BGE 72 II 262: Der „fähigste und bestausgewiesenste Angestellte hat natürlicherweise die Tendenz, sich hier oder dort einmal gehen zu lassen, wenn er sich gänzlich frei und unbeobachtet fühlt..." (S. 264): „Allein das blosse Bewusstsein, unter aktiver wenn auch nur gelegentlich in Erscheinung tretender Aufsicht zu stehen, pflegt erfahrungsgemäss das Pflichtgefühl des Angestellten ständig wach zu halten. ... Es ist sehr wohl möglich, das Sievi (die Hilfsperson, Anm. d. V.), wenn er bei frühe-

Geschäftsherr hafte nur deshalb, weil im Zeitpunkt der Schädigung zufälligerweise kein Vertreter des Geschäftsherrn hinter der schädigenden Hilfsperson stand, der die Schädigung hätte abwenden können.

Die Lösung im Schachtrahmenfall[1635], wo vom Produzenten eine sichere Produktionsweise und/oder eine Endkontrolle der Produkte abverlangt wird, ist auf den ersten Blick methodisch einleuchtender als jene in BGE 95 II 93, denn das Kriterium der „guten Organisation" auch über die klassischen *curae* hinaus tauchte schon sehr früh in der Rechtsprechung zu Artikel 55 OR auf[1636]. Genauer betrachtet geht das Bundesgericht aber auch im Schachtrahmenfall von einer Betrachtungsweise *ex post* aus. Denn es hat dort dem Produzenten im Grundsatz die Pflicht auferlegt, Schäden mit „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" zu vermeiden. Der verbleibende Ermessensspielraum zur „absoluten Sicherheit" ist rein theoretischer Natur[1637], was auf eine Haftung für reine (widerrechtliche) Verursachung hinausläuft (sofern der Produktemangel dargetan ist)[1638]. Dies aber bedeutet nichts anderes, als dass vom Vorliegen eines Produktemangels[1639] *ex post* auf Unsorgfalt im Sinne von OR 55 geschlossen wird[1640]. Und so betrachtet wird der Entlastungsbeweis tatsächlich unmöglich, denn „bei entsprechender Argumentation lässt sich nach Eintritt fast eines jeden Schadenfalles im Nachhinein eine organisatorische Massnahme benennen, die – wenn der Geschäftsherr sie getroffen hätte – den Schadeneintritt verhindert hätte"[1641]. Mit anderen Worten musste im Betrieb des Beklagten etwas „schief gelaufen" sein, sonst wäre kein Schaden eingetreten[1642]. Was aber der Organisationsträger im Voraus hätte unternehmen können, um einer Haftung zu entgehen, wird nicht ernsthaft thematisiert. Auch in BGE 110 II 456 denkt das Bundesgericht nur sehr oberflächlich darüber nach, wie der Produzent konkret seinen Organisationspflichten hätte nachkommen können[1643].

---

rer Gelegenheit wegen des offenstehenden Deckels autoritativ zurechtgewiesen worden wäre, den nämlichen Fehler später nicht wiederholt hätte."

1635 BGE 110 II 456.

1636 So beispielsweise in BGE 31 II 701. Es war nicht abwegig, hieraus eine Forderung nach einer sicheren Produktionsweise oder einer Endkontrolle der Produkte abzuleiten.

1637 S. a. GNOS S. 130; WIDMER, Widerrede, S. 56; ders., ad BGE 110 II 456, S. 55.

1638 Aehnlich BREHM-BK, 2. A., ad OR 55 N 85, der sich an dieser Konsequenz nicht weiter stört.

1639 CHAUDET S. 570.

1640 Skeptisch in dieser Hinsicht auch HORTON ROGERS, S. 356 ff. bezüglich VE 49a.

1641 S. a. MATUSCHE-BECKMANN, S. 53 f., zur analogen Problematik beim Begriff des „Organisationsverschuldens" nach BGB 823; s. a. zusammenfassend S. 109 f.; in ähnlichem Sinn ROBERTO N 348; BREHM-BK, ad OR 55, N 49; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 120; WIDMER, Fonction et évolution, S. 434; WIDMER, Vereinheitlichung, S. 409 unten f. So würde man die Entlastung des Geschäftsherrn von Zufallsgrössen abhängig machen, denn dass eine Präventionsmassnahme genau auf eine konkrete Risikosituation passt, ist relativ zufällig. Hielte man sich exakt an den Wortlaut von OR 55, so wäre nur die generelle, das heisst statistisch wahrscheinliche Eignung von Präventionsmassnahmen für die Vermeidung einer typischen Schadensgruppe (ein Schaden in der „Art" des eingetretenen) zu prüfen (s. a. Fn 1279).

1642 Ähnlich MATUSCHE-BECKMANN S. 2; JAUN S. 583 f.; A. KELLER S. 176; s. a. auch den in dieser Hinsicht illustrativen Entscheid Grant vs. Australian Knitting Mills Ltd, dargestellt bei HORTON ROGERS, S. 355.

1643 In diesem Sinn WIDMER, ad BGE 110 II 456, S. 51 linke Spalte, S. 55. Auch hier besteht eine Parallele zum deutschen Recht, da auch deutsche Gerichte eine Tendenz zur Beurteilung des Organisationsverschuldens *ex post* zeigten und den haftungsbegründenden Fehler oft zu wenig präzise umschrieben, was im Ergebnis „zu einer verschuldensunabhängigen Haftung führt" (MATUSCHE-BECKMANN S. 71). Pikant am Schachtrahmenfall ist auch der Umstand, dass die beklagte Unternehmung die Produktion vor dem Unfall bereits im Sinne einer festeren Verankerung der Aufhängeschlaufen verändert hatte. Dieser Umstand zeige, so das Bundesgericht, dass eine sicherere Konstruktion ohne grossen Mehraufwand möglich war (BGE 110 II 465). So wird eine an sich konstruktive Investition in Sicherheit dem Beklag-

Durch eine Perspektive *ex post* bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichten wird nicht nur das Verschuldensprinzip denaturiert[1644], sondern die Handhabung auch einer objektiv verstandenen Unsorgfalt verunmöglicht. Mehr noch: indem vom Schaden direkt auf die Unsorgfalt geschlossen wird, ist dadurch der adäquate Kausalzusammenhang gleich mit bewiesen, denn Unsorgfalt setzt eine kausal relevante Handlung voraus. So verlieren tendenziell selbst die Unterbrechungsgründe für den Kausalzusammenhang ihre Bedeutung – d. h. sie müssen vom Beklagten mit verantwortet werden – , was zum paradoxen Ergebnis führt, dass die allgemeine Haftung nach OR 55 strenger wird als die strengen Kausalhaftungen[1645].

Die Analyse *ex post* des Verschuldens wie auch der objektiven Unsorgfalt ist deshalb abzulehnen[1646]. Sie hat zur Folge, dass überhaupt nicht mehr auf das Kriterium der Voraussehbarkeit abgestellt wird, was zwar ein Teil der Lehre befürwortet[1647], was aber nicht überzeugt[1648]. Selbst das Bundesgericht hat darauf hingewiesen, dass OR 58 – die Haftung des Werkeigentümers – ein „Verschuldenselement" beinhalte, indem Sicherungsmassnahmen aus dieser Perspektive an den Kriterien der Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit gemessen werden müssen[1649]. Und Verhältnismässigkeit impliziert ein dialektisches Verhältnis zwischen der Gefahrenlage aufgrund „der erkennbaren konkreten Umstände"[1650] und den dadurch erforderlichen Sicherungsmassnahmen. Diese Ausführungen müssen sinnvollerweise auch für OR 55 Geltung beanspruchen können, zumal OR 55 explizit auf die Sorgfalt verweist, also zumindest vom Wortlaut her sogar auf einen weniger objektiv umschriebenen Faktor als den Werkmangel gemäss OR 58. In einer neueren Rechtsprechung hat denn auch das Bundesgericht festgehalten, falls eine Schädigung auf ein Werk im Sinne von OR 58 zurückgehe, so sei die Frage, ob ein gefährlicher Zustand bestand, unter dem Gesichtspunkt von OR 55 grundsätzlich nach den gleichen Kriterien zu beurteilen wie bezüglich der Mangelhaftigkeit des Werks. Dass heisst, der Werkeigentümer und Geschäftsherr kann auf ein „vernünftiges", durchschnittlich vorsichtiges Verhalten der Benutzer des Werks abstellen und muss Schutzmassnahmen gegen zweckwidriges Verhalten nur insoweit treffen, als dieses vorhersehbar ist[1651]. Auch weitergehende Schutzpflichten gemäss OR 55 sind nur soweit

---

ten subtil zum Nachteil ausgelegt, was eigentlich jegliches Nachdenken über den Befreiungsbeweis *a priori* sinnlos macht (s. a. ESSER, S. 131, linke Spalte, mit einem illustrativen, sehr ähnlich gelagerten Beispiel aus der deutschen Rechtsprechung zum Gefahrensatz).

1644 WIDMER, Gefahren, S. 303, zur analogen Problematik bei der Werkeigentümerhaftung nach OR 58; sinngemäss ESSER, S. 131.

1645 Ähnlich auch ESSER S. 131. Dies wird in der Lehre nicht immer gesehen, siehe z. B. BREHM-BK, 2. A., ad OR 55 N 83.

1646 Gleicher Ansicht BREHM-BK, ad OR 55 N 49; WEBER, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 48 f.; ähnlich auch WIDMER/WESSNER, S. 124, die in diesem Zusammenhang auf die fragwürdigen Entscheide BGE 95 II 93 und 96 II 32 hinweisen; FELLMANN, Selbstverantwortung, S. 47, bezüglich der Vertragsverletzung; MATUSCHE-BECKMANN, S. 122, in Bezug auf das Organisationsverschulden gemäss BGB 823; neuerdings offenbar auch NATER, Produktehaftpflicht, S. 391 f.; nicht ganz dezidiert HAUSHEER, ad BGE 121 IV 10, S. 441.

1647 Gemäss OFTINGER/STARK statuiert OR 55 nicht eine Verschuldens-, sondern eine Kausalhaftung, weshalb ein „objektiver Massstab" gelte. Somit sei es irrelevant, „ob für den Geschäftsherrn die Möglichkeit des eingetretenen Schadens voraussehbar war und selbstverständlich auch, ob er sie vorausgesehen hat" (OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 Fn 378). Dieser Grundsatz müsse aber „mit Vernunft" angewendet werden und habe seine Grenzen in den Entwicklungsrisiken (OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 Fn 378 mit Bezug auf BGE 110 II 463)

1648 Siehe hierzu eingehender S. 322 ff.

1649 BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46 S. 268 f.; BGE 130 III 193, mit Verweisen; s. a. BGE 126 III 116; 90 II 229 f.

1650 BGE 130 III 193, Erw. 2.2. zum Gefahrensatz.

1651 BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46, Erw. 1.b.

angebracht, als beispielsweise eine Hilfsperson eine akute Gefährdung tatsächlich erkennt[1652].

Überdies ist die Ansicht von OFTINGER/STARK widersprüchlich, wenn man die Voraussehbarkeit des konkreten Schadensverlaufs mit der Voraussehbarkeit des Verhaltens der Hilfsperson in Beziehung setzt. An anderer Stelle nämlich bemerken diese Autoren, der Geschäftsherr solle die Hilfsperson nur zu Tätigkeiten anhalten, denen sie *bekanntermassen* gewachsen ist[1653]. Das heisst aber nichts anderes, als dass darauf abgestellt werden soll, wieweit das Verhalten der Hilfsperson für den Geschäftsherrn voraussehbar war; denn der Geschäftsherr soll aufgrund bekannter Informationen der Vergangenheit für die Zukunft abschätzen, ob die Hilfsperson für die Erfüllung der Arbeit geeignet sein wird. Weshalb aber soll Voraussehbarkeit auf dieser Ebene relevant sein, nicht jedoch hinsichtlich des ganzen Kausalverlaufs (von dem das Gehilfenverhalten ein Teil ist)? Genau betrachtet, lassen sich auch andere Kriterien des Sorgfaltsbeweises ohne Rücksicht auf eine – wenn auch objektivierte – Voraussehbarkeit gar nicht beurteilen. Dazu gehören z. B. die Gefährlichkeit der Tätigkeit; die Frage, welche und wie viele Weisungen notwendig sind; oder die Frage, welche Kontrollmassnahmen angemessen sind.

Zusammenfassend ist zu folgern, dass zur Beurteilung, ob die konkret praktizierten organisatorischen Massnahmen zur Schadensvermeidung geeignet waren, sinnvollerweise darauf abzustellen ist, ob für eine hypothetische, sorgfältige Vergleichsperson *ex ante* die Angemessenheit der konkreten Massnahme und das Auftreten des Schadens voraussehbar waren.

(c) Vermischung von organisatorischen und inhaltlichen Sorgfaltspflichten

BGE 110 II 456 zeigt noch ein anderes Problem im Zusammenhang mit OR 55 auf. Diese Bestimmung auferlegt dem Geschäftsherrn ausschliesslich organisatorische Sorgfaltspflichten, das heisst Massnahmen, „die (nach den Umständen) deshalb geboten waren, weil der Geschäftsherr die in Frage stehenden ‚Besorgungen' durch Hilfspersonen verrichten liess"[1654]. Der Wortlaut von OR 55 beschränkt zwar die Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn nicht auf solche *organisatorischer* Natur, sehr wohl aber die Rechtspraxis. Dies geht einerseits aus frühen Entwürfen Munzingers hervor, so etwa aus dem OR-Entwurf von 1871, wonach eine Entlastung eintreten soll, wenn „der Beweis geleistet wird, dass der Schaden auch bei gehöriger Aufsicht und guter Organisation nicht habe verhindert werden können"[1655]. Auch die herrschende Lehre spricht im Zusammenhang mit OR 55 immer nur von organisatorischen Pflichten (*curae in instruendo, eligendo, custodiendo*; klare Kompetenzverteilung, richtige Ressourcenverteilung etc.). Die rechtliche Qualifikation sachbezogener Handlungen, solcher also, die *inhaltlich* die Ausführung betrieblicher Aktivitäten betreffen, wird somit durch OR 55 nicht erfasst, sondern allenfalls durch OR 41[1656], beispielsweise wegen Verletzung des Gefahrensatzes. Aus dieser Sicht erscheint das Organisieren als blosse Formgebung einer Tätigkeit, die unabhängig von ihrer formalen Struktur gut oder schlecht ausgeübt werden kann. Das Wissen, welche Legierung für genügend stabile Aufhängeschlaufen von Schachtrahmen verwendet werden muss, betrifft inhaltliche Sorgfaltspflichten, die Frage aber, wann welche Hilfsperson bei welchem Produktionsschritt zum Einsatz gelangen soll, bezieht sich auf organisatorische Sorgfaltspflichten. Inhaltliche Sorg-

---

1652 BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46, Erw. 2.c.

1653 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 116.

1654 GAUCH, Besprechung von BGE 110 II 456, S. 68.

1655 Siehe Art. 100 des OR-Entwurfs von 1871 von WALTHER MUNZINGER, wiedergegeben bei FASEL, S. 569.

1656 Ähnlich auch PETRIN, S. 19.

faltspflichten sind solche, „die ohnehin (auch ohne den Beizug und Einsatz der Hilfspersonen) bestanden"[1657], d. h. die jeden treffen, der eine bestimmte Tätigkeit ausübt.

Produziert jemand alleine Schachtrahmen, so treffen ihn nur inhaltliche Sorgfaltspflichten, die durch OR 41 sanktioniert werden, nicht aber durch OR 55. Dies bedeutet, dass im arbeitsteiligen Kontext eine Entlastung des Geschäftsherrn nach OR 55 möglich sein müsste, wenn er keine organisatorischen, sondern nur inhaltliche Sorgfaltspflichten verletzt hat; allenfalls wäre eine Haftung nach OR 41 denkbar, sofern seitens des Geschäftsherrn ein Verschulden vorliegt. GAUCH weist zu recht darauf hin, dass im Schachtrahmenfall eigentlich nur inhaltliche Sorgfaltspflichten zur Diskussion standen, nämlich die Art und Weise, wie Schachtrahmen produziert werden müssen. Die Pflicht, Aufhängeschleifen sicher im Beton zu verankern, würde auch eine Einzelperson treffen, die ohne den Beizug von Hilfspersonen Schachtrahmen produziert[1658].

Gleichzeitig ist aber zu sagen, dass der Übergang von inhaltlichen zu organisatorischen Sorgfaltspflichten fliessend ist: Je mehr Hilfspersonen an der Produktion von Schachtrahmen teilnehmen, desto mehr treten organisatorische Probleme in den Vordergrund[1659], die sich aber von inhaltlichen nicht trennen lassen[1660]. Ein Unternehmer, der alleine arbeitet, muss alle inhaltlichen Arbeitsschritte selbst kennen; Organisation und inhaltliche Ausführung der Arbeit fallen zusammen. Bei *arbeitsteiliger* Produktion hingegen genügt es für den einzelnen Arbeiter, seinen eigenen Handlungsbeitrag zu überblicken; der Organisator aber muss den Produktionsprozess auch inhaltlich kennen, damit er ihn adäquat organisieren kann. Somit ist vorläufig festzuhalten, dass sich organisatorische und inhaltliche Sorgfaltspflichten meist nur schwer unterscheiden lassen.

Illustrativ hinsichtlich der Vermischung von organisatorischen und inhaltlichen Sorgfaltspflichten sind auch deutsche Entscheide im Spannungsfeld zwischen BGB 831 und 823 betreffend das Organisationsverschulden. Stellt die Deutsche Bahn einem Zuckerfabrikanten Eisenbahnwagen zum Rübentransport zur Verfügung, aber wäscht sie die Wagen nicht, in denen zuvor Blei transportiert worden war, wodurch mit den Rüben gefütterte Tiere Bleivergiftungen erleiden, so kann dies geradeso gut als Verletzung von Organisationspflichten wie von inhaltlichen Pflichten betrachtet werden[1661]. Ob nun der Geschäftsherr hypothetischerweise alleine arbeitet oder die Ausführung der Reinigung einer Hilfsperson überträgt:

1657 GAUCH, Besprechung von BGE 110 II 456, S. 68. Verwandt mit dieser Unterscheidung ist bei MATUSCHE-BECKMANN, S. 9 ff., die Differenzierung zwischen „organisationsvorschreibenden" und „organisationsneutralen" Rechtsnormen: jene knüpfen eine Rechtsfolge an die Art und Weise der Organisation (z. B. an handelsrechtliche Vorschriften, wie eine AG minimal strukturiert sein muss), diese hingegen an einen geschuldeten Erfolg, unabhängig von der Güte der Organisation.

1658 GAUCH, Besprechung von BGE 110 II 456, S. 68. Schon in BGE 31 II 697 findet eine Vermischung von organisatorischen und inhaltlichen Pflichten statt. Gegenüber standen sich einerseits die Pflicht, eine taugliche Einrichtung zur Aussonderung von Chlorrückständen vorzusehen, andererseits die Pflicht, diese Einrichtung richtig zu gebrauchen. Sehr artifiziell mutet die durch das Bundesgericht getroffene Unterscheidung an, wonach bei Verletzung der erstgenannten Pflicht ein „Mangel der Einrichtung" vorliege, bei Verletzung der letzteren Pflicht (durch Anstellung unerfahrener Hilfspersonen) hingegen eine „mangelhafte Organisation des Betriebes" (S. 700 f.). Auch hier geht es im Grunde um die Frage, ob ein ganzheitlich gedachter Prozess – die Aussonderung von Chlorrückständen – pflichtgemäss vollbracht wurde oder nicht. Ähnlich auch BGE 96 II 27 (= Praxis 1970 Nr. 110).

1659 NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 39 f.

1660 Bzw., etwas anders formuliert, führt die Delegation einer deliktischen Pflicht zum Entstehen einer Organisationspflicht, s. MATUSCHE-BECKMANN S. 92.

1661 Siehe BGHZ 17, 214, dargestellt bei MATUSCHE-BECKMANN, S. 55 f., die denn auch bemerkt, in diesem Urteil komme „ein Zusammenhang zwischen Verkehrspflichten und Organisationspflichten zum Ausdruck, der indes keine nähere Klärung erfährt".

Die Rechtsordnung erwartet von ihm nicht nur, dass er selbst zur Ausführung der Arbeit geeignet ist oder eine kompetente Hilfsperson einstellt, sondern auch, dass er inhaltliche Anweisungen gibt. Er muss also, um seinen „Organisationspflichten" nachkommen zu können, auch wissen, wie eine Aufgabe inhaltlich zu erledigen ist und welche Schutzmassnahmen die mit ihr verbundene Gefährdung verlangt. In einem Urteil von 1957[1662] wurde der Vermieter eines Hauses für den Schaden haftbar gemacht, den der Kläger erlitten hatte, weil er auf dem ungestreuten, vereisten Gehweg vor dem Haus ausgeglitten war und die fehlende Enteisung des Wegs einer Hilfsperson des Vermieters zuzuschreiben war. Bei diesem Urteil wird deutlich, dass, falls der verkehrspflichtige Geschäftsherr seine Verpflichtung delegiert, bei ihm allgemeine Überwachungspflichten verbleiben, „die er so zu organisieren hat, dass die Erfüllung der originären Verkehrspflicht zuverlässig gewährleistet ist"[1663]. Das Gericht erwartet somit vom Organisationsträger nicht nur die Erbringung von Organisationspflichten, sondern überdies die Beachtung allgemeiner Verkehrspflichten. D. h. (in Bezug auf eine Entscheidung von 1978[1664]), es sind „einer jeden Verkehrspflicht zwangsläufig auch Organisationspflichten immanent"[1665].

Diese Rechtsprechung ist in Bezug auf BGB 831 und 823 (Organisationsverschulden) insofern problematisch, als so Organisationspflichten ihren eigenen Sinn verlieren, was zu einer strengeren Haftung führt, als dies eigentlich durch den Begriff des Organisationsverschuldens vorgesehen wäre. Nicht nur in der deutschen Rechtsprechung, auch in der Literatur ist häufig von Organisationspflichten die Rede, „obwohl es im Kern allein um eine Verkehrspflichtverletzung geht"[1666]. Aber sinnvollerweise muss eine Haftung, die auf Organisationsverschulden gründet, entfallen, wenn das Verhalten des Haftpflichtigen rein organisatorisch

---

1662 BGH MDR 1957, 214, dargestellt bei MATUSCHE-BECKMANN, S. 56 f.

1663 MATUSCHE-BECKMANN S. 57; s. a. PETRIN S. 90 mit Verweisen.

1664 BGH JZ 1978, 475, dargestellt bei MATUSCHE-BECKMANN, S. 65 f.

1665 MATUSCHE-BECKMANN S. 66; ähnlich BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 39. Vielleicht erklärt dieser Zusammenhang, dass im deutschen Recht seit dem Zweiten Weltkrieg kein Urteil ergangen ist, „in dem bei Vorliegen des objektiven Tatbestandes der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht der Anspruch des Geschädigten an BGB 831 gescheitert wäre" (MATUSCHE-BECKMANN S. 33). Das heisst, man hat im deutschen Recht immer auch nach der Verletzung inhaltlicher Sorgfaltspflichten (d. h. Verkehrs[sicherungs]pflichten) und nicht nur nach (durch BGE 831 ausschliesslich erfasster) organisatorischer Unsorgfalt gesucht.

1666 MATUSCHE-BECKMANN S. 88. Die Gegenüberstellung von Verkehrs(sicherungs)pflichten nach deutschem Recht und Organisationspflichten ist nicht ganz unproblematisch. Denn gewisse Autoren betrachten Organisationspflichten lediglich als Kategorie der Verkehrspflichten (s. BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 39; VON BAR, Verweis bei MATUSCHE-BECKMANN, S. 78, die diese Sichtweise kritisiert, s. S. 78 f.). Deliktische Verkehrspflichten nach deutschem Recht haben sich im Laufe der Jahrzehnte zu einem selbständigen Rechtsbegriff verdichtet, für den es im schweizerischen Recht keine völlig deckungsgleiche Entsprechung gibt. Es handelt sich nach traditioneller Ansicht um „deliktische Verhaltenspflichten von bestimmten Angehörigen freier Berufe und sonstigen Gewerbetreibenden, die ihnen unabhängig von Vertragsbeziehungen gegenüber dem Publikum obliegen" (BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 43). Somit umfassen Verkehrspflichten nach deutschem Recht sehr weitgehende deliktische Verhaltenspflichten (s. die Übersicht bei MATUSCHE-BECKMANN S. 82 ff.), die sich nur teilweise (besonders in der Gestalt der „Verkehrssicherungspflichten", s. hierzu ESSER S. 132; PETRIN S. 89) auf die Struktur des Gefahrensatzes reduzieren lassen und typischen Organisationspflichten durchaus als relativ umfassende „inhaltliche" Pflichten m. E. durchaus entegegengesetzt werden können. Insofern ist für die Bedürfnisse der vorliegenden Arbeit die (strukturelle) Gleichsetzung von „inhaltlichen Sorgfaltspflichten" (eine eigene Wortschöpfung) und Verkehrspflichten nach deutschem Recht zur Illustration der hier interessierenden Problematik jedenfalls praktisch. Diese Sichtweise weist überdies gewisse Parallelen mit BRÜGGEMEIERS Forderung auf, die Unterscheidung zwischen allgemeinen deliktischen Verhaltens- und Schutzpflichten („Verkehrssicherungspflichten") einerseits, den primär für Selbständige geltenden Verkehrspflichten andererseits aufzugeben (s. BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 58).

nicht zu beanstanden war. An sich folgerichtig ist in diesem Kontext der Hinweis der Schweizer Lehre, bei erfolgreichem Entlastungsbeweis gemäss OR 55 könne sich der Geschäftsherr selbst dann entlasten, wenn das Verhalten der Hilfsperson (inhaltlich) schuldhaft war[1667]. Denn hat eine *Hilfsperson* inhaltliche Sorgfaltspflichten verletzt, so ist die automatische Zurechnung ihres Verhaltens an den Geschäftsherrn nicht möglich: weder gestützt auf ZGB 55 (da nicht ein Organ, sondern eine Hilfsperson gehandelt hat) noch gemäss OR 55 (sofern dem Geschäftsherrn kein organisatorisches Versagen vorzuwerfen ist). Dieser Sichtweise widersprechen aber Entscheide wie z. B. BGE 95 II 93 und 96 II 32 sowie die Lehre vom erweiterten Anwendungsbereich von OR 55[1668].

Die beschriebenen Unklarheiten der deutschen und schweizerischen Rechtsprechung führen zur Frage, ob es selbständige, das heisst von inhaltlichen Sorgfaltspflichten unabhängig formulierbare Organisationspflichten überhaupt gibt. Falls es solche Pflichten nicht gibt, macht eine Haftungsnorm in der Art von OR 55 keinen Sinn, soweit sie auf die Verletzung typischer Organisationspflichten abstellt. MATUSCHE-BECKMANN, die sich mit dieser Frage eingehend auseinander gesetzt hat, kommt zum Schluss, dass es keine *originären* Organisationspflichten gebe. Organisationspflichten liessen sich vielmehr immer nur aus Verkehrspflichten ableiten[1669]. Das schliesse aber die Existenz von (*typischen, Anm. d. V.*) Organisationspflichten nicht aus[1670]. Diese Sichtweise ist angesichts der eben dargestellten Besprechung deutscher Urteile nicht ganz eindeutig. Dies wird z. B. auch im Kontext des Organisationsverschuldens im Spital deutlich, wo gesagt wird, Behandlungsfehler und Organisationsfehler folgten denselben Grundsätzen[1671]. Weshalb also sollte man zwischen ihnen unterscheiden?

Die Analyse des Organisationsrisikos in der vorliegenden Arbeit weist zwar auf gewisse typische Organisationsrisiken hin, die zum Teil mit genügender Sorgfalt zumindest beschränkbar sind, was auf das Bestehen einiger typischer Organisationspflichten hindeutet. Auch in der schweizerischen Rechtsprechung finden sich Konstellationen, die tatsächlich primär als organisatorische Unsorgfalt zu beurteilen sind, weil inhaltlich kaum Fehler begangen wurden[1672]. Die Bedeutung der meisten organisatorischen Risikofaktoren aber verändert sich, je nachdem mit welcher konkreten Tätigkeit sie sich verbinden. Deshalb würde eine auf reine Organisationsmängel beschränkte (und auch konsequent so ausgelegte) Haftung nur wenige Fälle erfassen[1673], was umso weniger sachgerecht erschiene, als es oft zufällig ist, ob im konkreten Fall ein Organisationsmangel, ein inhaltlicher Fehler oder – was wohl am meisten vorkommt – eine Verbindung beider schadensrelevant wird. Wie oben dargestellt, fliessen inhaltliche und organisatorische Sorgfaltspflichten in den meisten Fällen ineinander. Es besteht auch insofern ein dialektisches Verhältnis zwischen dem organisato-

---

1667 BREHM-BK, ad OR 55 N 40; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 98.

1668 Siehe hierzu NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 30; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 30.

1669 MATUSCHE-BECKMANN S. 94; diese Autorin leitet ihren Standpunkt aus der Beobachtung ab, dass der Geschäftsherr regelmässig dann eine Aufgabe an eine Hilfsperson delegieren wird, wenn er die Aufgabe bzw. die mit ihr verbundenen Verkehrspflichten nicht selbst wahrnehmen kann; mit der Aufgabe werden auch die Verkehrspflichten delegiert (MATUSCHE-BECKMANN S. 93 f.).

1670 MATUSCHE-BECKMANN S. 113.

1671 MATUSCHE-BECKMANN S. 183.

1672 So z. B. BGE 112 Ib 332; 110 II 456.

1673 Vielleicht auch deshalb wurde BGB 831 im deutschen Recht durch den auf BGB 823 gestützten Begriff des Organisationsverschuldens ergänzt, was meist zu einer Haftung des Geschäftsherrn führt, weil „individuelle Fehlhandlungen von Gehilfen als organisatorische Fehlleistungen des Geschäftsherrn nach BGB 823" betrachtet werden (MATUSCHE-BECKMANN S. 320).

rischen Fehlverhalten des Geschäftsherrn und dem inhaltlichen Fehlverhalten der Hilfsperson, als „Aufsicht niemals mehr als sorgfältiges Verhalten bewirken kann"[1674].

Hinzu kommt, dass die konsequente Trennung zwischen organisatorischen und inhaltlichen Sorgfaltspflichten zum vorhin erwähnten Problem der doppelten Vorhersehbarkeit führt. Es muss entschieden werden, ob der Geschäftsherr nur daran gemessen werden soll, ob er das Verhalten der Hilfsperson voraussehen konnte, oder schlechthin daran, ob er den gesamten Kausalverlauf hätte voraussehen müssen. Auch diese Unterscheidung ist letztlich überflüssig.

Diese Überlegungen scheinen die Lehre vom erweiterten Anwendungsbereich von OR 55 grundsätzlich zu rechtfertigen, wonach auch persönliches (wohl *inhaltliches*) Fehlverhalten des Geschäftsherrn nicht nach OR 41, sondern nach OR 55 behandelt werden soll. Der Wortlaut von OR 55 würde es zwar erlauben, auch inhaltliches Fehlverhalten des Geschäftsherrn zu sanktionieren. Allerdings widerspricht die Lehre vom erweiterten Anwendungsbereich der erwähnten und herrschenden Auffassung, wonach OR 55 nur organisatorische Unsorgfalt sanktioniert. Deshalb müsste man, falls diese Lehre aufrechterhalten werden soll, OR 55 grundsätzlich neu deuten, nämlich in Richtung einer Art verschärfte Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast. Und selbst diese Umdeutung würde die direkte Zurechnung von inhaltlichem Fehlverhalten der *Hilfsperson* nicht erlauben.

Aus dem Gesagten folgt *zusammenfassend*, dass *de lege ferenda* eine Trennung zwischen organisatorischem und inhaltlichen Fehlverhalten abzulehnen ist, dass also eine Organisationshaftung die eine wie die andere Art von Fehlverhalten erfassen sollte[1675].

(d) Die Frage der direkten Zurechnung fehlerhaften Gehilfenverhaltens an den Geschäftsherrn

Wenn das Bundesgericht in BGE 95 II 106 festhält, es sei „ *gerade das Ziel des Art. 55 OR, den Geschäftsherrn für das unrichtige Vorgehen seiner Hilfspersonen bei der Erfüllung ihrer dienstlichen Verrichtungen haften zu lassen*", so impliziert dies eine automatische und direkte Zurechnung jeglichen Fehlverhaltens von Hilfspersonen an den Geschäftsherrn, sei es nun inhaltlicher oder organisatorischer Natur. Dadurch hat das Bundesgericht nicht nur die Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn verschärft, sondern darüber hinaus OR 55 und OR 101 im Resultat zu einem einheitlichen Haftungskomplex verschmolzen[1676]. Eine solche Haftung, die gleichzeitig an das Fehlverhalten des Organisationsträgers wie des Mitglieds anknüpft, ist zwar nicht abwegig (wie später zu zeigen sein wird). Aber sie widerspricht der Struktur von OR 55 grundsätzlich, stellt somit eine Interpretation *contra legem* dar und ist deshalb mit dem geltenden Recht nicht vereinbar[1677]. Denn OR 55 spricht ausschliesslich von der Sorgfalt, die der *Geschäftsherr* aufzuwenden hat. Diese Formulierung impliziert immerhin eine unmittelbare Zurechnung *organisatorischen* Fehlverhaltens, denn weil der dezentralisierte Entlastungsbeweis im schweizerischen Recht nicht zugelassen ist, bemisst sich die Sorgfalt des Geschäftsherrn anhand des organisatorischen Verhaltens seiner Leitungspersonen (ob diese nun Organe oder Hilfspersonen seien). Eine globale Zurechnung *aller* Pflichten lässt sich aber weder mit dem Wortlaut noch mit dem nach herrschender

---

1674 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, § 2 N 196.

1675 Hinzuweisen ist diesbezüglich auf den Normvorschlag von B. GROSS, S. 564, für eine allgemeine Organisationshaftung; für eine Wiedergabe siehe hinten S. 291 ff.

1676 WIDMER/WESSNER S. 124; A. KELLER S. 171.

1677 BGE 110 II 456 wurde denn auch aus diesem Grund – weniger wegen des Resultats – seitens der Lehre vielfach kritisiert, siehe insbes. WIDMER/WESSNER, S. 124; WIDMER, ad BGE 110 II 456, S. 56 f.

Lehre geltenden Sinn von OR 55 als Haftung für fehlerhafte Organisation vereinen. *De lege lata* gilt es folglich zu nuancieren: Betraut der Vorarbeiter eines Baugeschäfts einen unerfahrenen Lehrling mit dem Beladen eines Lastwagens mit schweren Gegenständen und wird dabei ein Passant verletzt, so ist eine Haftung des Geschäfts kraft OR 55 denkbar, denn die Übertragung einer gefährlichen Tätigkeit an einen unerfahrenen Mitarbeiter stellt eine organisatorische Fehlleistung dar. War der mit dem Beladen beauftragte Mitarbeiter hingegen erfahren und zuverlässig, unterlässt er es jedoch im konkreten Fall aus Bequemlichkeit oder Vergesslichkeit und entgegen Weisungen des Baugeschäfts, zum Schutz von Passanten eine Absperrung anzubringen, so liesse sich eine Haftung des Baugeschäfts nicht auf OR 55 stützen. Denn nicht der Vorarbeiter hat organisatorische Pflichten verletzt (Welcher Mitarbeiter soll mit einer Arbeit betraut werden? Welche Schutzmassnahmen sollen intern vorgeschrieben werden? Welcher Grad der Beaufsichtigung ist für erfahrene Mitarbeiter notwendig?), sondern die Hilfsperson hat inhaltliche Pflichten verletzt (Wie ist das Beladen eines Lastwagens konkret durchzuführen?)[1678].

Eine direkte Zurechnung des Verhaltens von Hilfspersonen findet im Übrigen auch statt, wenn es um die Frage geht, ob dieses Verhalten als Selbstverschulden einer beklagten Organisation im Sinne von OR 44/1 relevant sein soll, was ebenfalls systemwidrig ist[1679].

De lege ferenda muss man sich freilich fragen, ob die Unterscheidung zwischen organisatorischem und inhaltlichem Fehlverhalten auch unter dem Blickwinkel der Zurechnung fremden Verhaltens angebracht sei. Um die unter geltendem Recht schwierigen Abgrenzungsprobleme zu vermeiden, ist m. E. *de lege ferenda* in einem ersten Schritt von einer globalen Zurechnung allen Verhaltens von Organisationsmitgliedern an den Organisationsträger auszugehen. Diese Sichtweise bedingt als Entsprechung die Gleichbehandlung von Organverhalten und Handeln der Hilfsperson, da Organe wie Hilfspersonen Organisationsmitglieder sind[1680]. Im Weiteren darf die Zurechnung fremden Verhaltens nicht automatisch zu einer Haftung führen[1681]. Als weiteres Begrenzungskriterium bietet sich die kollektive Unsorgfalt an, was ebenfalls weiter hinten vertieft zu diskutieren ist (S. 310 ff.).

(e) Cura in eligendo und „Persönlichkeitsanalyse" der Hilfsperson

In der Lehre wurden OR 55 und BGB 831 gelegentlich deshalb kritisiert, weil über die Prüfung der *cura in eligendo* die Prüfung der Persönlichkeit und des Charakters der Hilfsperson gegenüber den schadensrelevanten konkreten Umständen des Einzelfalls zu stark in den Mittelpunkt gerate[1682]. Diesem Einwand ist auch aus der Sicht des modernen Datenschutzrechts zuzustimmen. Dort sind beispielsweise heikle Wertungskonflikte denkbar, wenn sich das Recht der Hilfsperson auf Privatsphäre (aus OR 328, 328b und dem allgemeinen Datenschutzrecht) und die Pflicht des Arbeitgebers zur Kontrolle (aus OR 55) gegenüberstehen[1683]. Dieser Konflikt ist nur dann bedeutsam, wenn der Arbeitgeber im Hinblick auf OR 55 an der *cura in eligendo* beurteilt wird. Würde sein Verhalten bzw. jenes der Hilfsperson an allgemeinen deliktischen Verhaltenspflichten (ob nun organisatorischer oder inhaltlicher

---

1678 Zu sagen, auch das Beladen eines Lastwagens sei eine genuin organisatorische Problematik, wäre spitzfindig und letztlich unzutreffend, weil diese Tätigkeit Sorgfaltspflichten impliziert, die identisch sind, ob nun ein Organisationsmitglied oder ein Einzelunternehmer den Lastwagen belädt.

1679 Siehe auch vorne S. 33 ff.

1680 Siehe hierzu noch eingehender S. 311 ff.

1681 Siehe die Bemerkungen zu einer Haftung für blosse Widerrechtlichkeit, S. 273 ff., insbes. 284 f.

1682 CAEMMERER S. 292; so offenbar auch das deutsche Bundesjustizministerium bezüglich BGB 831, s. HELM S. 401.

1683 Siehe hierzu auch weitere Bemerkungen vorne, S. 43 ff.

Natur) gemessen, liesse sich in dieser Hinsicht ein möglicher Widerspruch zumindest auf systematischer Ebene vermeiden.

6. Haftung des Geschäftsherrn für das Fehlverhalten von Organisationsmitgliedern

a) Haftung für das Verschulden der Hilfsperson

Aus rechtsvergleichender Sicht kennen wesentlich mehr Länder eine Geschäftsherrenhaftung in Form einer Haftung für das Fehlverhalten der Hilfsperson als ein OR 55 entsprechendes System. Als Beispiel wurde in der vorliegenden Arbeit das französische Recht im Überblick dargestellt (S. 83 ff.). Da es in der vorliegenden Arbeit primär um die Neubeurteilung der Haftung nach OR 55 geht, möchte ich nicht vertieft auf mögliche Mängel der Formen der Organisationshaftung für Fremdverhalten eingehen. Dennoch sind ein paar Bemerkungen angebracht.

Es wäre denkbar, dass diese Haftung nur dann greift, wenn auch die Hilfsperson für ihr Verhalten haftbar würde[1684]. Dadurch würde allerdings ein Bezug der Haftung zum individuellen Fehlverhalten vorausgesetzt, der aus der Sicht der Organisations- und Fehlerpsychologie insofern unangebracht ist, als das Verhalten in Organisationen – wie beschrieben – oft einen kollektiven und systemischen Charakter hat. Ähnliches gilt für die Anknüpfung an ein (subjektives) Verschulden der Hilfsperson[1685]. Die Betrachtung des französischen Rechts hat aber gezeigt, dass der Geschäftsherr selbst dann gestützt auf CCfr 1384/5 in Anspruch genommen werden kann, wenn die Hilfsperson nicht zuvor beklagt wird oder urteilsunfähig ist. Es ist für den Geschädigten nicht einmal notwendig, die konkret schädigende Hilfsperson zu individualisieren[1686]. Ähnliches gilt für das niederländische Recht[1687]. Diese Rechtspraxis scheint einer allgemeinen Tendenz in verschiedenen europäischen Rechtsordnungen zu entsprechen[1688] und deutet in die Richtung einer Haftung für „kollektives Verschulden".

Ein entscheidender struktureller Vorteil einer Organisationshaftung, die an das Fehlverhalten der Hilfsperson anknüpft, liegt im Umstand, dass damit die schwierige und letztlich nicht sachgerechte Unterscheidung zwischen organisatorischem und inhaltlichem Fehlverhalten dahinfällt[1689]. Freilich wäre es ebenso ungenügend, ausschliesslich an inhaltliche Unsorgfalt anzuknüpfen, denn es sind Fälle denkbar, in denen ein Verschulden der Hilfsperson fehlt, aber der Schaden durch mangelhafte Organisation verursacht wurde[1690]. Würde über die Geschäftsherrenhaftung nach französischem Vorbild dem Organisationsträger ausschliesslich inhaltliches Versagen zugerechnet, so müsste man organisatorische Fehlleistungen über eine persönliche Haftung des Geschäftsherrn erfassen, beispielsweise kraft Gefahrensatz (wie tendenziell im schweizerischen Recht) oder kraft „Organisationsverschulden" (wie im deutschen Recht). So aber würde die „Denaturierung" des Verschuldensbegriffs

---

1684 EÖRSI S. 14 N 22.

1685 Wie es CAEMMERER, S. 299 ff., für richtig erachtet.

1686 VINEY/JOURDAIN S. 892.

1687 HAENTIENS/DU PERRON S. 177.

1688 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 177, 193 (bezüglich Eigenhaftung und Individualisierbarkeit der Hilfsperson, Beispiele Fn 1142), 196 (bezüglich Urteilsfähigkeit der Hilfsperson).

1689 Zu den Problemen mit OR 55 in diesem Zusammenhang s. vorne, S. 254 ff.

1690 Siehe die Beispiele bei NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 105 ff., die primär Ausreisserschäden bei Produkten betreffen, die wesentlich stärker durch eine mangelhafte Produktionsorganisation als durch das Verschulden einzelner Hilfspersonen verursacht wurden.

drohen, der sich primär für Individuen eignet, weniger aber für arbeitsteilige Kollektive[1691]. Es erscheint deshalb als sachgerecht, dem Organisationsträger inhaltliches und organisatorisches Fehlverhalten gleichermassen zuzurechnen.

Es bleibt anzumerken, dass sowohl in der deutschen als auch in der Schweizer Doktrin seit einigen Jahrzehnten Vorschläge zur Revision der Geschäftsherrenhaftung in die Richtung einer dem französischen und englischen Modell entsprechenden Haftung für das Fehlverhalten von Hilfspersonen entstanden sind[1692]. In beiden Ländern haben aber OR 55 bzw. BGB 831 allen Revisionsversuchen bislang standgehalten, wohl nicht zuletzt, weil gewisse Mängel dieser Normen durch die Rechtspraxis umgangen wurden[1693]. Zu unterstreichen ist im Weiteren, dass ebenfalls in beiden Ländern das System der direkten Zurechnung für Gehilfenverhalten keineswegs unbekannt ist, sondern in der Form der Haftung des Schuldners für Erfüllungsgehilfen (BGB 278, OR 101, mit anderer Beweislastverteilung) sowie der Haftung der juristischen Person für ihre Organe (BGB 31, ZGB 55/2) schon seit langem neben der deliktischen Haftung für Hilfspersonen besteht.

b) Haftung für vermutetes Verschulden der Hilfsperson

(1) Darstellung

PORTMANN schlägt vor, die deliktische Haftung für Hilfspersonen der vertraglichen gemäss OR 101 nachzubilden, unter Beibehaltung der Verteilung der Beweislast gemäss OR 55 (was ja auch OR 97 entspricht). Das hiesse, dass sich der Geschäftsherr nicht durch den Beweis eigener „Schuldlosigkeit" befreien könnte, sondern nur durch den Nachweis, dass das Verhalten seiner Hilfsperson „rein objektiv gesehen vollständig vorwurfsfrei wäre"[1694]. PORTMANN leitet diese Lösung aus dem Verschuldensprinzip ab, das seiner Ansicht nach das schweizerische Haftpflichtrecht nach wie vor dominiert. In ähnlichem Sinn ist STEIN der Ansicht, SVG 58/4 müsse verallgemeinert werden[1695], wobei er gleichzeitig sagt, OR 55 und 101 seien „unter einen Hut zu bringen", was widersprüchlich ist, denn in SVG 58/4 wird das Verschulden nicht vermutet, anders als in OR 101 i.V.m. OR 97[1696].

1691 Auf diese Problematik geht PETRIN m. E. nicht genügend ein, der eine über OR 41 zu behandelnde Haftung für unabhängige Unternehmer vorschlägt, die von der Verletzung organisatorischer Sorgfaltspflichten abhängt (s. zusammenfassend PETRIN, S. 154 f.).

1692 Für das deutsche Recht s. z. B. der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums von 1967, wiedergegeben bei MATUSCHE-BECKMANN, S. 27: *„Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist, wenn der andere in Ausführung der Verrichtung durch eine vorsätzlich oder fahrlässig begangene unerlaubte Handlung einem Dritten einen Schaden zufügt, neben dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet."* Der Entwurf wurde kritisch aufgenommen und ist über das Entwurfsstadium nie herausgekommen (s. MATUSCHE-BECKMANN, S. 27; für eine Darstellung verschiedener Lehrmeinungen siehe z. B. NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 97 ff.; ZWEIGERT/KÖTZ, S. 389, mit Verweis auf BYDLINSKI).

1693 Für das deutsche Recht MATUSCHE-BECKMANN, S. 27.

1694 P. PORTMANN S. 76.

1695 STEIN S. 304. SVG 58/4 lautet folgendermassen: „

1696 SVG 58/4 hat folgenden Wortlaut: *„Für das Verschulden des Fahrzeugführers und mitwirkender Hilfspersonen ist der Halter wie für eigenes Verschulden verantwortlich."* Unklar ist auch, ob STEIN eine Absorption von OR 55 durch OR 101 anregt (was eher die Ansicht des Autors zu sein scheint) oder die Kombination beider Bestimmungen.

(2) Beurteilung

NATER widerspricht dem Ansatz von Portmann. Die Anknüpfung der Haftung am Fehlverhalten der Hilfsperson, so NATER, hätte eine Schwächung der Präventivwirkung der Geschäftsherrenhaftung zur Folge, da der Geschäftsherr mittels Schutzmassnahmen nur zum Teil auf das Verhalten der Hilfsperson einwirken könnte, seine Haftung aber gänzlich nach diesem Verhalten beurteilt würde[1697]. Ginge es allerdings bei der Organisationshaftung primär um die Präventivwirkung, so wäre auch die Auslegung von OR 55 verfehlt, soweit sie sich an einer Perspektive *ex post* orientiert[1698]. Denn so hat der Geschäftsherr kaum Anreize zur sorgfältigen Gestaltung des Arbeitsumfeldes, da er nicht im Voraus wissen kann, welche Organisationspflichten das Gericht aus der Kenntnis des Schadensverlaufs heraus als verletzt erachten wird. Insofern verstrickt sich NATER in seiner gesamten Argumentation in Widersprüche. Denn einerseits streicht er bezüglich PORTMANNS Vorschlag die Bedeutung der persönlichen Vorwerfbarkeit heraus und weist darauf hin, dass der Vorschlag zu einer Haftung des Geschäftsherrn führen könne, ohne dass dessen Verhalten tadelnswert sei[1699]. Gleichzeitig aber betont NATER, es komme für eine Haftung nach OR 55 keinesfalls auf die Voraussehbarkeit des Schadensverlaufs für den Geschäftsherrn an[1700] und es sei im Interesse der Gerechtigkeit zu tolerieren, dass die strenge Auslegung von OR 55 fast zu einer „Verursachungshaftung" führe[1701]. Wo aber bleibt bei einer solchen Auslegung von OR 55 das Element der „Vorwerfbarkeit"?

Für LOSER ist fraglich, ob die Angleichung der deliktischen Gehilfenhaftung an OR 101 sachgerecht sei, weil in der vertraglichen Sonderverbindung höhere Sorgfaltspflichten geschuldet seien als im deliktischen „Zufallskontakt"[1702]. LOSER weist im Weiteren darauf hin, gewisse (welche?) „Haftungsdefizite" würden relativiert, wenn man OR 101 im Fall von Sonderverbindungen (wie z. B. die *culpa in contrahendo* oder die Vertrauenshaftung) anwenden würde[1703].

Die Kritik an PORTMANNS Vorschlag ist meines Erachtens verfehlt. Der Ansatz dieses Autors deutet vielmehr in eine interessante Richtung, da er nicht nur an die reine Widerrechtlichkeit anknüpft, sondern ein Element der Unsorgfalt beeinhaltet, gleichzeitig aber gewisse Mängel von OR 55 beseitigt (insbesondere die problematische Trennung von organisatorischer und inhaltlicher Unsorgfalt). Strukturell gleicht dieses Konzept der Geschäftsherrenhaftung nach französischem und englischem Recht, mit gewissen Nuancen allerdings. Dazu gehört zum einen die Beweislastumkehr bezüglich des Verschuldens der Hilfsperson. Zum anderen müsste die Anlehnung an OR 101 konsequenterweise zur Folge haben, dass das Verhalten der Hilfsperson nur *hypothetischerweise* schuldhaft sein müsste. Dies ist dann der Fall, wenn das Gehilfenverhalten, durch den Geschäftsherrn begangen, diesem als schuldhaft vorwerfbar wäre. Dieser Grundsatz des hypothetischen Verschuldens führt dazu, dass sich der Geschäftsherr gegebenenfalls entlasten kann, wenn seine Hilfsperson ein Experte ist, dem umfassendere Sorgfaltspflichten zugemutet werden als dem Geschäftsherrn selbst, was dem Charakter und Sinn arbeitsteiligen Wirkens nicht entspricht. Dieser Grundsatz wurde in der Auslegung von OR 101 denn auch in wichtigen Fallgruppen gemildert, insbe-

1697 NATER S. 103.

1698 Zur „Überschätzung des Präventionsgedankens" s. a. WIDMER, Gefahren, S. 322 f.; PETRIN S. 53; zum möglichen Widerspruch zwischen Prävention und Kompensation s. S. 184 ff.

1699 NATER S. 102 f.

1700 NATER S. 24 f.

1701 NATER S. 76 Fn 149.

1702 LOSER S. 153, u. a. mit Verweis auf FIKENTSCHER.

1703 LOSER S. 153 f.

sondere im Auftragsrecht[1704]. Hinzu kommt, dass PORTMANNS Vorschlag offenbar auf individuelles Verhalten der Hilfsperson abzielt, was dann inadäquat ist, wenn ein organisiertes Verhalten im Kollektiv stattfindet. PORTMANNS Modell muss deshalb mit einem Konzept der kollektiven Unsorgfalt ergänzt werden[1705].

7. Kombinierte Systeme

a) Vorbemerkung

Die beschriebenen Ländergruppen der Geschäftsherrenhaftung knüpfen entweder an das Fehlverhalten des Organisationsträgers oder jenes des Mitglieds an. Freilich haben sich die scheinbar klaren Konturen dieser Dichotomie durch die Rechtsprechung seit vielen Jahren aufgeweicht. Dieser Umstand könnte darauf hinweisen, dass eine adäquate Form der Organisationshaftung nur durch eine Art Integration beider Perspektiven gefunden werden kann. Die nachfolgenden Systeme haben denn auch zumindest im Resultat eine solche Integration zur Folge.

b) Haftung für „Organisationsrisiko"

(1) Darstellung

Wollte man die Organisationshaftung als Kausalhaftung ausgestalten, so wäre es zunächst naheliegend, sie in Anlehnung an bestehende strenge Kausalhaftungen an ein *typisches Risiko* anzuknüpfen. Da sich Organisationshaftung im engeren Sinn grundsätzlich auf *alle* Tätigkeiten beziehen soll, dürfte sinnvollerweise kein spezifisches Tätigkeits- oder Zustandsrisiko wie beispielsweise der „Betrieb einer privaten oder öffentlichen Schwach- oder Starkstromanlage" (EleG 27), der „Bau oder Betrieb einer Eisenbahn" oder „Hilfsarbeiten, mit denen die besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebes verbunden ist" (EHG 1) oder die Explosion von Sprengmitteln oder pyrotechnischen Gegenständen (SprstG 27) im Haftungstatbestand erscheinen. Man müsste vielmehr an ein allgemeines „Organisationsrisiko" anknüpfen. Im Resultat ähnlich, aber strukturell klar hiervon zu trennen sind jene Ansätze, wonach das „Organisationsrisiko" im Rahmen einer Generalklausel der Gefährdungshaftung (im Sinne von VE 50) als eine mögliche Form typischer Gefährdung angesehen wird[1706].

Eine Haftung für Organisationsrisiko müsste folgendermassen lauten:

„Der Organisationsträger haftet für Schäden, die durch die Manifestation des typischen Organisationsrisikos entstehen."

Das Recht der Niederlande kennt eine Form der Organisationshaftung, die etwas anders auf das Organisationsrisiko Bezug nimmt. Art. 6:170 Abs. 1 NWB[1707] lautet wie folgt:

„Für den Schaden, den ein Dritter durch das Fehlverhalten eines Untergebenen erleidet, haftet derjenige, in dessen Dienst der Untergebene seine Aufgabe erfüllt, wenn das Risiko dieses Fehlverhaltens durch den Auftrag, diese Aufgabe zu verrichten, erhöht worden ist

---

1704 Zu OR 101 siehe weitere Bemerkungen vorne S. 60 ff.

1705 Siehe hinten S. 311 ff. Zutreffend auch die Bemerkung bei NATER, S. 104.

1706 Diesen Ansatz vertritt u. a. SCHAMPS, S. 916 f. N 109 (s. ebd., S. 918 N 111 ff. auch weitere Verweise aus rechtsvergleichender Sicht). Anderer Meinung sind WIDMER/WESSNER, S. 139, in Bezug auf den schweizerischen Vorentwurf.

1707 Übersetzung dieser und der nachfolgenden Bestimmung bei NIEPER/WESTERDIJK, S. 74.

und derjenige, in dessen Dienst er stand, aufgrund ihres diesbezüglichen Rechtsverhältnisses Weisungsbefugnis hinsichtlich des Verhaltens hatte, in dem das Fehlverhalten lag."

Diese Bestimmung muss von Art. 6:170 Abs. 2 NWB abgegrenzt werden, der folgenden Inhalt hat:

„Stand der Untergebene im Dienst einer natürlichen Person und arbeitete er nicht für einen Beruf oder ein Gewerbe dieser Person, so haftet diese nur dann, wenn der Untergebene bei dem Begehen des Fehlverhaltens in Erfüllung der ihm übertragenen Aufgabe handelte."

Schon hier sei festgehalten, dass das niederländische Recht die Haftung des Organisationsträgers nicht ausschliesslich von der Manifestation eines Risikos abhängig macht, sondern zusätzlich von einem „Fehlverhalten" des Untergebenen. Dennoch sind die zitierten Normen im vorliegenden Kontext illustrativ, da sich in keiner anderen untersuchten Rechtsordnung ein derart expliziter Verweis auf ein Organisationsrisiko in einer Norm findet; erwähnt sei immerhin das österreichische Recht bezüglich der Haftung für eine untüchtige oder „wissentlich gefährliche" Person[1708]. Eine eingehendere Besprechung von BW 6:170 erfolgt gleich anschliessend.

Wie strenge Kausalhaftungen müsste auch eine Haftung für typische Organisationsrisiken durch eine besondere, erhöhte Gefährdung begründet werden. Eine solche läge vor, wenn der Umstand, Tätigkeiten und Zustände zu organisieren, d. h. mehrere Personen in eine arbeitsteilige Beziehung zueinander zu setzen, geeignet ist „auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen"[1709]. Wie bereits im Kapitel über die Methodik (S. 99 ff.) angedeutet, werden zwei Aspekte unterschieden: 1) die Erheblichkeit der Gefährdung; 2) die Unmöglichkeit, sie mit grösstmöglicher Sorgfalt zu beherrschen. Darüber hinaus muss sich die Gefährdung auch in einem Haftungstatbestand ausdrücken lassen.

(2) Beurteilung

(a) Typizität und Erheblichkeit der Organisationsgefahr

Aus der organisations- und fehlerpsychologischen Analyse geht hervor, dass sich eine Reihe typischer, das heisst tätigkeitsunabhängiger Organisationsrisiken bezeichnen lassen, die aber durch Sicherheitsfaktoren der Organisation teilweise kompensiert werden. Zu den typischen Risikofaktoren kann man folgende zählen:

1708 Art. 1315 des österreichischen ABGB hat folgenden Wortlaut: *„Überhaupt haftet derjenige, welcher sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient, für den Schaden, den sie in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt."* Die Untüchtigkeit des Gehilfen muss für den Geschäftsherrn nicht erkennbar gewesen sein, es genügt, dass die Untüchtigkeit objektiv erwiesen ist (KOZIOL S. 356; MATUSCHE-BECKMANN S. 296). Dass ein Gehilfe gefährlich war, muss jedoch für den Geschäftsherrn vorhersehbar gewesen sein (in diesem Sinn wohl KOZIOL S. 355; MATUSCHE-BECKMANN S. 297). Gefährlich ist, „wer durch seine körperliche oder seelische Veranlagung im allgemeinen seine Umgebung gefährdet" (WILBURG, zitiert bei KOZIOL S. 355), z. B. durch eine Geistes- oder körperliche Krankheit (KOZIOL S. 355 f.). ABGB 1315 hat einen engen Anwendungsbereich und führt offenbar nur selten zu einer Haftung des Geschäftsherrn. Wie die deutsche hat auch die österreichische Rechtsprechung die Lücken dieser Norm umgangen, insbesondere über die Ausdehnung des vertraglichen Schutzbereichs (MATUSCHE-BECKMANN S. 298). Der Gedanke von ABGB 1315 fand sich überdies bereits im Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten (I,6 § 64, siehe WINIGER, Architecture, S. 321).

1709 VE 50/2, der die begriffliche Definition der Gefährdungshaftung wiedergibt.

- *Informelle Prozesse* (z. B. informelle Aspekte der Sicherheitskultur, informelle Gruppenbildung, Mobbing, „Führung von unten", etc.); diese Prozesse können das Sicherheitsniveau einer Organisation senken (z. B. bei inkonsequenter Befolgung von Sicherheitsnormen), aber auch für das Organisationsziel günstige Prozesse in Gang bringen (z. B. Korrektur mangelhafter interner Normen, was LUHMANN als „brauchbare Illegalität" bezeichnet hat)[1710];
- Individuelle Fehlerneigungen vorab bei Leitungspersonen[1711];
- *Gruppendynamische Prozesse*: Korpsgeist, Gruppendenken (*groupthink*), Risikoschub (*risky shift*) bzw. *group polarization effect*; festzuhalten ist aber, dass Gruppenarbeit auch erhebliche Vorteile mit sich bringen kann[1712];
- *Entscheidfindung auf hoher hierarchischer Ebene*: Statusunterschiede und Kommunikationsprobleme, Cliquen- und Klüngelverhalten, Sinken des Verantwortlichkeitsgefühls in kollektiven Entscheidungsgremien etc.[1713];
- *Arbeitsteilung* an sich: Zerstückelung ganzheitlich gedachter Produktions- und Kommunikationsprozesse (wobei diese Probleme teilweise durch angemessene organisatorische Sorgfalt beherrscht werden können)[1714];
- *Ironien der Automatisierung*: Moderne technisierte Systeme, auch Sicherheitssysteme, sind leistungsfähiger, aber auch komplexer und deshalb für ihre Bediener undurchsichtiger geworden; die Bedeutung des menschlichen Bedieners ist tendenziell auf komplexe Notfallbewältigung beschränkt, etc.[1715];
- *Latente Organisationsmängel*: mehrschichtige, komplexe Schutzssysteme; paradoxe Effekte etc.[1716];
- *Beweisschwierigkeiten*: Die gelegentliche Unmöglichkeit, eine konkrete Hilfsperson im Innern der Organisation als Schädiger zu bezeichnen und deren Verschulden nachzuweisen, ist primär ein rechtliches Problem und kein Schädigungsrisiko[1717]. Es kann sich jedoch in ein typisch organisatorisches Risiko verwandeln, da die organisierte „Dunkelheit", das heisst die tiefe Wahrscheinlichkeit, dass Fehlverhalten entdeckt wird, letzteres noch mehr fördert als Gruppendruck.

Diese Faktoren sind insofern typisch, als sie zum einen unabhängig von der konkreten Tätigkeit bestehen, zum anderen auch zwingend mit organisierten Tätigkeiten und Zuständen verknüpft sind, das heisst beim Individualhandeln (im Sinne von OR 41) nicht auftreten. Als sehr problematisch erscheint aber die abstrakte Bestimmung der *Erheblichkeit* des typischen Organisationsrisikos. Zwar lassen sich Risikofaktoren bezeichnen, die auch durch grosse Sorgfalt kaum beherrscht werden können. Verschiedene der erwähnten Umstände werden aber durch Sicherheitsfaktoren teilweise kompensiert. Ganz generell hat zwar die Organisation von Tätigkeiten und Zuständen eine grössere Konzentration von Mitteln und Macht zur Folge, was Fehlhandlungen im Kontext der Organisation im Vergleich zum Einzelhandeln eine erheblich grössere kausale Mächtigkeit verleihen kann. Andererseits darf nicht aus dem

---

1710 Siehe u. a. vorne S. 153 ff., 163 ff., 180 ff.
1711 Siehe vorne S. 190 ff., 199 ff.
1712 Siehe vorne S. 202 ff., 208 ff.
1713 Siehe vorne S. 205 ff., 207, 208 ff.
1714 Siehe vorne S. 220 ff., 238 ff.
1715 Siehe vorne S. 226 ff.
1716 Siehe vorne S. 230 ff.
1717 Spitzfindig gesagt, entsteht hieraus das Risiko, dass der Geschädigte mangels Beklagtem keine Entschädigung einklagen kann.

Blickfeld verloren werden, dass Organisation das Individualhandeln sowie das Handeln sozio-technischer Systeme gegenüber dem unkoordinierten Gruppenverhalten auch sicherer machen kann, z. B. durch Vorteile der Gruppenarbeit, zentralisierte Gewährleistung eines Sicherheitsmanagements, tendenzielle wirtschaftliche Abhängigkeit der Organisationsmitglieder von der Organisation, grössere Vorhersehbarkeit menschlichen Verhaltens durch Normierung von Verhaltenserwartungen und Ausrichtung an einheitlichen Zielen, gegenseitige Kontrolle, tendenziell Verbindung von Einzelkräften zu grösserer kollektiver Leistungsfähigkeit, tendenziell Verteilung von Aufgaben auf die dafür fähigsten Mitarbeiter etc. Über die Formalisierung von Verhaltenserwartungen, das nach wie vor populäre Konzept der hierarchischen Struktur und die tendenzielle ökonomische Abhängigkeit der Mitglieder von der Organisation kann menschliches Verhalten im Rahmen von Organisationen zwar missbraucht, aber auch im Sinn einer erhöhten Sicherheit gesteuert werden; es wird überdies teilweise vorhersehbarer[1718]. Man hat auch darauf hingewiesen, dass die Einführung eines Qualitätsmanagement-Systems (z. B. gemäss ISO-Normen) das Risiko von Schadensfällen generell senkt[1719].

Hinzu kommt, dass sich die meisten Fehlerneigungen und Organisationsmängel erst dann erhöht schadensträchtig auswirken, wenn sie sich mit gefährlichen Tätigkeiten verbinden[1720]. Eine gleiche Art von Kommunikationsproblemen etwa – mangelhafte Übersetzung von Fachausdrücken – ist beim Blumenbinden wesentlich weniger schadensträchtig als bei der Landung eines Flugzeugs. Derselbe Organisationsmangel – Bereitstellung von zu wenig Personal – führt im Gastgewerbe allenfalls zu längeren Wartezeiten und Beschwerden, kann aber im Bereich der Luftraumüberwachung katastrophale Konsequenzen zeitigen. Demgegenüber sind radioaktive Strahlung, Motorfahrzeuge, Elektrizität, Sprengstoffe, Eisenbahnen etc. immer erhöht gefährlich, unabhängig von der konkreten Fallkonstellation[1721]. Zwar gibt es Tätigkeiten, die selbst losgelöst von bestimmten gefährlichen Energien oder Objekten besondere Gefahren bergen, die aus der „Natur des Menschen" heraus, infolge organisatorischer Unwägbarkeiten der Arbeitsteilung, besondere Gefahren bergen, so etwa die Bautätigkeit[1722] oder die Organisation von Sportveranstaltungen[1723]. Aber es ist dennoch die Besonderheit der Tätigkeit, die diese besonders gefährlich macht, während andere Tätigkeiten dies erst durch unsorgfältiges Verhalten werden[1724].

Besonders die Gegenüberstellung der Risiken zentralisiert und dezentralisiert strukturierter Organisationen zeigen, dass Organisation nicht nur Risiken schafft, sondern bestehende Risiken auch begrenzt[1725]. PERROW kam zum Schluss, gewisse erhöht gefährliche Tätigkeiten stellten paradoxe Anforderungen an eine Organisation, weil letztere gleichzeitig zentralisiert und dezentralisiert gestaltet sein müsste, um der Dynamik der Tätigkeit gerecht zu

---

1718 S. a. FRIEDEL-HOWE S. 1.

1719 MOSER S. 187 mit Verweisen; zu der Bedeutung von solchen Systemen für die Geschäftsherrenhaftung s. a. vorne S. 29 ff.

1720 In diesem Sinne auch WIDMER, Fonction et évolution, S. 433.

1721 M. a. W. sind gewisse Materialien, Energien und Gerätschaften "immanent" gefährlich, s. WIDMER, Gefahren, S. 299.

1722 WIDMER, Gefahren, S. 300.

1723 BONDALLAZ S. 87, der am Ende einer sorgfältigen Analyse von Sorgfaltskriterien relativ undifferenziert eine Kausalhaftung für Sportveranstaltungen fordert, um für die offenbar wenigen Fälle, in denen kein „Organisationsverschulden" gefunden werden konnte, auch noch eine Haftungsfolge zu erreichen.

1724 WIDMER, Gefahren, S. 317, zu Art. 2050 des italienischen Codice civile. In diese Richtung deutet auch die Bemerkung bei B. GROSS, S. 63, die Erfordernis einer Sorgfaltspflichtverletzung bei den einfachen Kausalhaftungen zeige, „dass den geregelten Tatbeständen nur in Verbindung mit einem objektiven Fehlverhalten (...) eine besondere Gefährlichkeit innewohnt".

1725 Siehe vorne S. 165 ff.

werden. Die Untersuchung von *high reliability organizations* und anderer Unternehmen hat aber gezeigt, dass gewisse Organisationen in der Lage sind, flexibel zwischen verschiedenen Organisationsformen hin- und herzuschalten und so enorm gefährliche bzw. anspruchsvolle Aktivitäten relativ sicher zu betreiben[1726]. Auch diese Beobachtungen lassen daran zweifeln, ob typische Organisationsrisiken *generell betrachtet* genügend erheblich sind, um eine strenge Kausalhaftung zu begründen. Es läge näher, jene Tätigkeiten, deren Risiken an die Organisation erhöhte und eventuell paradoxe Anforderungen stellen, spezifisch strengeren Haftungen zu unterstellen bzw. mit einer Generalklausel für Gefährdungshaftung in der Art von VE 50 zu erfassen. Den Weg der sektoriellen Sanktionierung gefährlicher Tätigkeiten über strenge Kausalhaftungen beschreitet der Schweizer Gesetzgeber bekanntlich schon lange.

Als vielleicht deutlichstes Organisationsrisiko hat sich die Gefahr *latenter Organisationsmängel* herauskristallisiert. Solche Mängel können sich in jeder Organisation bilden und sich zu einem Netz von Bedingungen verdichten, deren Gefährdungspotential überraschend durch eine einzelne auslösende, vielleicht an sich unbedeutende Ursache zu einem Schaden führt. Die Überlegung WIDMERS, dass bei technologischen Grossrisiken zwar nicht der Zeitpunkt und die Umstände des Schadenfalls, aber die Gefährdung an sich voraussehbar sei[1727], lässt sich durchaus auch auf latente Organisationsmängel übertragen. Aber zum einen ist auch bezüglich latenter Organisationsmängel fraglich, ob sie generell betrachtet genügend erheblich sind, um eine strenge Kausalhaftung zu begründen. Zum anderen ist hervorzuheben, dass die Unvorhersehbarkeit des *konkreten* Schadensverlaufs bei Vorhersehbarkeit des *generellen* Risikos keineswegs nur eine Eigenheit organisatorischer Risiken ist. Die Darstellung zentraler Fehlerneigungen[1728] hat gezeigt, dass nicht nur das kollektive Verhalten, sondern auch das Handeln menschlicher *Individuen* erheblichen Fehlerrisiken unterliegt. Somit lässt sich auch für rein individuelles Handeln sagen, dass es irgendwann Schäden verursache, sei vorhersehbar, nur nicht wann und wie. Deshalb lässt sich alleine mit der zitierten Überlegung WIDMERS keine Organisationshaftung rechtfertigen, die von der Haftung für individuelles Handeln erheblich abweicht[1729]. Entweder müssten also Organisationshaftung wie auch Individualhaftung auf Verschulden gründen, oder aber es müsste eine Kausalhaftung für beide Bereiche, somit eine Kausalhaftung auch für individuelles Verhalten – quasi eine Gefährdungshaftung für das Menschsein[1730] – eingeführt werden. Letzteres wurde, soweit ersichtlich, noch nicht ernsthaft vorgeschlagen, wenn auch die Objektivierung des Verschuldens bezüglich OR 41 in diese Richtung deutet[1731]. Soweit allerdings typische Organisationsrisiken zur Begründung der Organisationshaftung dienen, können sie eine Verschärfung derselben gegenüber der Verschuldenshaftung rechtfertigen.

Zusammenfassend betrachtet bestehen m. E. Zweifel an der *Erheblichkeit* der typischen Organisationsrisiken im Hinblick auf die Begründung einer strengen Kausalhaftung[1732]. Denn

---

1726 Siehe vorne S. 171 ff.

1727 „*On sait pertinemment que ces techniques de pointe comportent des impondérables. C'est précisement le fait que leurs effets soient imprévisibles qui rend le risque comme tel prévisible*" (WIDMER, Responsabilité, S. 358).

1728 Siehe vorne S. 190 ff.

1729 Dies gilt umso mehr deshalb, weil der Organisationsträger die Fehlerneigungen der Mitglieder vermutlich besser bekämpfen kann als der Staat jene seiner Bewohner.

1730 Was WIDMER, ad BGE 110 II 456, S. 56, zumindest für den Bereich der Verschuldenshaftung ablehnt.

1731 Infolge einer konsequenten Objektivierung des Verschuldens würde der Mensch für seine eigene Unvollkommenheit haften, obschon er für sie (zumindest teilweise) nichts kann.

1732 Gleicher Ansicht, allerdings ohne weitere Begründung, JAUN, S. 590. Indirekt sind wohl auch WIDMER/WESSNER, S. 139, dieser Meinung, wenn sie festhalten, das Organisationsrisiko gehöre nicht zu

sowohl typische, das heisst mit aller Sorgfalt nicht beherrschbare Organisationsrisiken, wie auch die übrigen, einer Sorgfaltpflicht zugänglichen, sind zumeist nur in Verbindung mit gefährlichen *Tätigkeiten und Situationen* erhöht schadensträchtig. *Dass* es aber Organisationsrisiken gibt, die gefährliche Tätigkeiten wiederum noch schadensträchtiger machen, als sie es ihrer Natur nach bereits sind, steht ebenfalls ausser Zweifel und kann hier vorläufig festgehalten werden.

(b) Formulierung des Haftungstatbestandes

(i) Organisationsrisiko als Kriterium zur Bestimmung des funktionellen Zusammenhangs

Selbst wenn man Organisationsrisiken als ähnlich erheblich wie gewisse technische Risiken erachten würde – woran ich, wie angedeutet, zweifle –, müsste ein Organisationsrisiko als Haftungstatbestand sinnvoll formuliert werden können. Mit der Erwähnung des „Organisationsrisikos" im Haftungstatbestand wäre in dieser Hinsicht nicht viel erreicht, da die Konturen dieses Risikos und seiner konkreten Manifestation durch die Rechtsprechung entwikkelt werden müssten.

Die erwähnten Bestimmungen des niederländischen BW enthalten zumindest einen Vorschlag, wie ein solches Risiko ausformuliert werden könnte: der Organisationsträger haftet, wenn das Risiko des Fehlverhaltens der Hilfsperson durch den Auftrag, die delegierte Aufgabe zu verrichten, erhöht worden ist. Schon diese Formulierung aber zeigt, dass das niederländische Recht nur dem Anschein nach eine Organisationshaftung statuiert, deren primäre Haftungsvoraussetzung die Manifestation eines typischen Organisationsrisikos darstellt. In Wirklichkeit entspricht die Struktur von BW 6:170 Abs. 1 und 2 der englischen *vicarious liability* und jener von CCfr 1384/5: der Organisationsträger haftet nur, wenn das Mitglied auch persönlich für sein Verhalten haften würde, insbesondere nach BW 6:162, der eine Art semi-objektive Haftung für individuelles Verhalten vorsieht. BW 6:170 wird gemeinhin in seinen wichtigsten Elementen als Kodifikation des bestehenden Rechts angesehen (nur BW 6:171 ist auch inhaltlich neu[1733]); und schon unter früherem Recht waren Widerrechtlichkeit und Verschulden der Handlung des Untergebenen Haftungsvoraussetzung[1734]. Auch die Haftung nach BW 6:170 greift nur, wenn dem Mitglied ein Fehlerverhalten, eine *„fout"*, also ein Verschulden vorzuwerfen ist[1735]. Da allerdings auch eine unzurechnungsfähige Person persönlich haftbar werden kann (BW 6:165/1), ist auch eine Haftung des Geschäftsherrn für unzurechnungsfähige Hilfspersonen denkbar; doch ist diese Frage umstritten[1736]. Über-

jenen Risiken, die durch die Generalklausel für Gefährdungshaftung (VE 50) *de lege ferenda* erfasst würden; s. sinngemäss auch WIDMER, Fonction et évolution, S. 433. *Contra* SCHAMPS S. 883 ff.

1733 VRANKEN S. 420.

1734 Dies gilt, obschon aBW 1403/3 als Grundlage der Geschäftsherrenhaftung beide Voraussetzungen nicht erwähnte. HOHLBEIN, S. 19, weist aber darauf hin, dass aBW 1401 und 1402, wonach die Individualhaftung Widerrechtlichkeit und Verschulden voraussetzt, gemäss der Rechtsprechung auch auf die in aBW 1403 geregelten Fälle der Haftung für Dritte anwendbar waren; s. a. OLDENHUIS, ad BW 170 N 1.

1735 OLDENHUIS, ad BW 170 N 3, 5, 28. Gemäss HAENTJENS/DU PERRON, S. 177, haftet der Geschäftsherr nicht, *„if the employee took proper care"*; etwas weniger klar DU PERRON/VAN BOOM, S. 231, die von *„fort"* sprechen, sowie VRANKEN, S. 422, HONDIUS/VAN DAM, S. 12, und VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 196, die von einer „unerlaubten Handlung" der Hilfsperson schreiben.

1736 HAENTJENS/DU PERRON S. 177 ; OLDENHUIS, ad BW 170 N 35.

dies ist es gewissen Lehrmeinungen zufolge nicht erforderlich, die konkret schädigende Hilfsperson zu bezeichnen[1737].

Das Kriterium der Gefährdung in BW 6:170 bezieht sich vielmehr nur auf die Frage des funktionellen Zusammenhangs, wobei letzterer aufgrund dieses Kriteriums relativ weit ausgelegt wird. Schon die blosse Benützung von Material aus dem Betrieb des Geschäftsherrn kann zur Begründung dieses Zusammenhangs genügen, der auch bejaht wird, wenn die Schädigung nur bei Gelegenheit der betrieblichen Arbeit geschieht[1738].

Interessanterweise wurde der Risikogedanke zur Begründung der Geschäftsherrenhaftung im *südafrikanischen Recht* zunächst berücksichtigt, später aber wieder verworfen[1739]. Wie das Risikoelement in Art. 6:170 des niederländischen BW bezogen sich auch die relevanten südafrikanischen Entscheidungen primär auf den funktionellen Zusammenhang. In der Entscheidung *Minister of Police vs. Rabie* von 1986 ging es um die Frage, ob der Staat für eine durch einen Polizisten begangene rechtswidrige Körperverletzung und Verhaftung sowie Unterstellung einer Straftat haften sollte, obschon der Polizist die Tat während der Freizeit und in Privatkleidung beging. Die Mehrheit im Gericht plädierte für eine Haftung des Staates, insbesondere gestützt auf die Überlegung, dass der Staat durch die Ernennung des Polizeibeamten das Risiko geschaffen hat, „dass dieser die ihm verliehenen Befugnisse missbrauchen könnte. Eben diese Gefahr hätte sich in dem konkreten Fall verwirklicht", weshalb der Staat haftbar wurde[1740]. Die Entscheidung wurde stark kritisiert, insbesondere wegen der Unschärfe des Risikokriteriums bei der Bestimmung der Grenzen der Verantwortlichkeit sowie wegen der Unsicherheit, ob die Entscheidung nur für die Staatshaftung oder für die *vicarious liability* ganz generell Konsequenzen haben sollte[1741]. Jedenfalls wurde diese Rechtsprechung wenige Jahre später, im Entscheid *Minister of Law and Order vs. Ngobo* von 1992, wieder rückgängig gemacht. Hier ging es erneut um rechtswidrige Handlungen von Polizisten in Privatkleidung während der Freizeit, die einen Mann auf offener Strasse mit der Dienstwaffe erschossen hatten, welche bei sich zu tragen den Polizisten erlaubt war. Das Gericht verneinte eine Haftung des Staates, da das berechtigte Eigentum an der Waffe für sich allein nicht ausreichend sei[1742]. Das Urteil löste eine Grundsatzdiskussion aus, die mit der Anerkennung des Risikogedankens als wichtigste Begründung für die Geschäftsherrenhaftung endete, wobei aber festgehalten wurde, die konkreten Haftungsvoraussetzungen liessen sich aus diesem Gedanken nicht ableiten: „It is often useful to examine the reason which probably gave rise to the rule, in order to discover the rule's limits, but *the reason, even if certainly established is not the same as the rule.*"[1743] In der Folge wurde zur Bestimmung des funktionellen Zusammenhangs wieder der „*standard test*" verwendet, der die wertende Berücksichtigung mehrerer relevanter Faktoren vorsieht[1744].

Die südafrikanische Rabie-Rechtsprechung geht offenbar auf SCOTTS Arbeiten zur Risikohaftung zurück[1745]. Im Grundsatz erklärt SCOTT zunächst das Prinzip der Gefährdungshaftung: Das klassische Deliktsrecht könne sich als unzureichend erweisen, wenn infolge be-

---

1737 HAENTJENS/DU PERRON S. 177.

1738 Z. B. wenn ein Fensterreiniger in das zu reinigende Haus einbricht und eine Sache stiehlt, die er bei der Arbeit entdeckt hat, HAENTJENS/DU PERRON, S. 176; DU PERRON/VAN BOOM, S. 231. So auch schon unter früherem niederländischen Recht, HOHLBEIN, S. 26.

1739 WICKE S. 378.

1740 Siehe die Zusf. bei WICKE, S. 380, und ausführlicher ebd., S. 379 f.

1741 WICKE, S. 380 mit Verweisen.

1742 Siehe die Zusf. bei WICKE S. 381.

1743 Richter SCHREINER, zitiert bei WICKE S. 382.

1744 WICKE S. 383.

1745 Siehe Zusf. bei WICKE S. 389 ff.

stimmter unvermeidlicher Risiken besonders häufige oder besonders umfangreiche Schäden drohen. Bezüglich der *vicarious liability* erachtet SCOTT ein (wie auch immer geartetes) Dienstverhältnis als gefährliche Tatsache. Dass ein Risiko durch die verantwortliche Person tatsächlich erzeugt worden ist, sei nicht notwendig, es erfolge vielmehr eine reine Zurechnung fremden Handelns. Voraussetzung sei jedoch ein typisches Risiko der gefährlichen Tatsache sowie die Verursachung des Schadens durch die Manifestation des Risikos. In Bezug auf die *vicarious liability* „ist die Frage entscheidend, ob die Arbeit des Angestellten die Möglichkeit eines rechtswidrigen Verhaltens objektiv erhöht hat und ob die betreffende Handlung vernünftigerweise vorhergesehen werden konnte"[1746]. SCOTTS Modell sei verschiedentlich kritisiert worden, vor allem, weil er sich zu stark über das geltende Recht hinwegsetzte. Unter anderem habe man bemerkt, es sei keine unerlaubte Handlung, jemand anderen zu beschäftigen, „und da sich in der Person eines sorgfältig handelnden Gehilfen das für die Arbeitgeberhaftung entscheidende Risiko – die in der Delegation von Arbeit liegende Gefahrerhöhung – nicht verwirklicht haben kann, würde eine Schadenszurechnung dem Grundgedanken der *vicarious liability* in diesem Fall zuwiderlaufen"[1747]. „Zusammenfassend ist ... zu konstatieren, dass es nicht gelungen ist, den Gedanken der Risikoerhöhung zu einem Rechtsprinzip oder einer Systemkategorie zu konkretisieren, die als dogmatische Grundlage für die Auferlegung von *vicarious liability* angesehen werden kann."[1748]. Anzufügen bleibt aber, dass das Element der Gefahrserhöhung durch die Hilfsperson, wie in Art. 6:170 BW angedeutet, zur Bestimmung des funktionellen Zusammenhangs interessante Anhaltspunkte bieten kann, worauf weiter hinten noch näher einzugehen ist (S. 302 ff.).

(ii) Organisationsrisiko als zentrale Haftungsvoraussetzung

Falls man die „Manifestation der typischen Organisationsgefahr" als zentrale spezifische Haftungsvoraussetzung vorsehen möchte und nicht nur als Kriterium zur Bestimmung des funktionellen Zusammenhangs, so stellt sich die Frage, in welchen Konstellationen die Manifestation dieser Gefahr bejaht werden müsste. Man müsste dann beispielsweise sagen, die lückenhafte Befolgung von Sicherheitsnormen, die Vertuschung früherer Fehler, die widersprüchliche Verteilung von Zuständigkeiten, die Vermeidung einer Entscheidung, wo letztere nötig gewesen wäre, oder der Erlass zu vieler oder unpassender Weisungen wären als Manifestation von Organisationsrisiken im bürokratischen Kontext zu bezeichnen. So formuliert handelt es sich aber bei all diesen Hypothesen um Fälle der organisatorischen Unsorgfalt. Viele Organisationsrisiken manifestieren sich in der Tat nur bei Unsorgfalt[1749] – wodurch man aber das Feld der Gefährdungshaftung verlässt, da eine solche eben nur dann in Frage kommt, wenn ein Risiko auch mit grösster Sorgfalt nicht zu beherrschen ist. Was

---

1746 WICKE S. 391. Aufgrund dieser Formulierung ist nicht ganz klar, ob SCOTT Voraussehbarkeit im Zusammenhang mit Unsorgfalt voraussetzt oder hinsichtlich des Kausalzusammenhangs. Die nachfolgenden Ausführungen WICKES weisen eher darauf hin, dass SCOTT eine Haftung des Geschäftsherrn auch mangels schuldhaftem und rechtswidrigem Verhalten bejaht, deshalb ist das Kriterium der Voraussehbarkeit primär in Bezug auf den Kausalzusammenhang zu verstehen (z. B. bezüglich der Frage der Unterbrechung durch höhere Gewalt).

1747 WICKE S. 391 f.; s. a. VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 197.

1748 WICKE S. 392 f. Soweit amerikanische Autoren eine Organisationshaftung nicht an die Vorhersehbarkeit des konkreten Schadensverlaufs anknüpfen wollen, sondern an die generelle *"foreseeability of risk"*, wonach dem Geschäftsherr jene Risiken aufgebürdet werden sollen, die *„are fairly to be regarded as risks of his business"* (s. PROSSER, zitiert bei EÖRSI N 83), ist damit im Kern kein Prinzip der Organisationshaftung im engeren Sinn, sondern ein Prinzip der Gefährdungshaftung ausgedrückt, die an bestimmte Tätigkeiten bzw. die typischen Risiken einer Tätigkeit anknüpft, also nicht an Organisationsrisiken.

1749 Siehe auch B. GROSS, S. 63, 66.

die oben erwähnten typischen Organisationsgefahren betrifft, so sind sie schwierig zu konkretisieren und noch schwieriger zu beweisen. So hätte man vom Geschädigten in der in BGE 112 Ib 322 beurteilten Konstellation (Flucht eines suizidalen Patienten aus einer Klinik) beispielsweise den Nachweis verlangen müssen, die mangelhafte Eingangskontrolle sei auf die Beeinträchtigung des Entscheidfindungsprozesses in der Geschäftsführung zurückzuführen gewesen, beispielsweise durch Gruppendenken oder Mobbing, was kaum beweisbar ist.

Auch die Formulierung eines Organisationsrisikos im Sinne von BW 6:170, ganz generell als Haftungsvoraussetzung verstanden, wäre nicht befriedigend. Man müsste sich fragen: Wie wird das Risiko der Schädigung durch die Delegation der Aufgabe an die Hilfsperson konkret erhöht? Als Antwort hierauf kommen wieder nur hauptsächlich Faktoren in Frage, die sich auf Unsorgfalt beziehen. So wird das Risiko der Schädigung beispielsweise erhöht, wenn für eine Aufgabe eine untaugliche Hilfsperson (*culpa in eligendo*) ausgewählt wird[1750], die unzureichende Instruktionen erhält (*culpa in instruendo*), oder wenn für dieselbe Aufgabe durch zwei Projektleiter zwei Hilfspersonen bezeichnet werden, die voneinander nichts wissen (mangelhafte Aufteilung von Kompetenzen). Man gerät also auch hier wieder in den Bereich der klassischen organisatorischen Sorgfaltspflichten.

Wenn also der Beizug einer untauglichen Hilfsperson für eine Aufgabe die Risiken aus der Arbeitsteilung erhöht, müsste man umgekehrt konsequenterweise sagen, die Delegation gefährlicher Aufgaben an eine besonders qualifizierte Hilfsperson, bei zureichender Instruktion, *senke* das Gefährdungspotential der Organisation[1751], weshalb der Träger konsequenterweise nicht haften müsste, selbst wenn die qualifizierte Hilfsperson fahrlässig einen Schaden verursacht. Diese Sichtweise liegt im Kern OR 55 zugrunde (*curae in eligendo et instruendo*), wurde aber durch die Rechtsprechung, insbesondere BGE 95 II 93, übergangen.

E contrario bedeutet WICKES Kritik an SCOTTS Modell, dass die Delegation einer Aufgabe an die Hilfsperson nur dann ein typisches Risiko schafft, wenn diese unsorgfältig handelt. Aus dieser Perspektive ist „Unsorgfalt" für die Organisationshaftung das, was für die Gefährdungshaftung die „Manifestation der Betriebsgefahr" darstellt. Somit käme der Beweis eines Organisationsrisikos dem Beweis der Unsorgfalt des schädigenden Verhaltens gleich.

Insofern enthalten JÄGGIS Ausführungen von 1967 im Kern eine Mehrdeutigkeit, die vermutlich dazu geführt hat, dass JÄGGIS Diskussionsvotum für die Begründung ganz unterschiedlicher Modelle verwendet wurde. JÄGGI setzt nämlich einerseits das menschliche Organisationsrisiko den technischen Betriebsrisiken gleich, was konsequenterweise zur Ausgestaltung der Organisationshaftung als strenge Gefährdungshaftung führen muss. Andererseits schliesst JÄGGI im Resultat auf eine Haftung für „Betriebsmängel", die also in irgendeiner Weise an Verhaltens- oder Zustandsmängel anknüpft, was für strenge Gefährdungshaftungen nicht der Fall ist. Ganz generell scheint der Begriff des Organisationsrisikos in der Literatur zuweilen missverstanden zu werden, soweit darunter auch jene Gefahren subsumiert werden, die aus der Organisation gewisser Tätigkeiten erwachsen, beispielsweise aus der Massenherstellung von Produkten oder der Durchführung grosser Sportanlässe[1752]. Das Missverständnis liegt hierin begründet, dass diese Tätigkeiten nicht gefährlicher sind, weil sie organisiert werden, sondern weil ihnen selbst eine problematische Dynamik innewohnt. Ob ein Sportanlass nun durch eine arbeitsteilige Organisation oder eine Einzelperson durchgeführt wird, er generiert in beiden Fällen besondere Gefahren im Zusammenhang mit

---

1750 Ein Gedanke, der wohl ABGB 1315 zugrunde liegt.

1751 Was auch WIDMER/WESSNER, S. 123 (hinsichtlich OR 55), einräumen; s. a. CAEMMERER, S. 302, sowie das vorstehende Zitat WICKES.

1752 Bezüglich Massenveranstaltung siehe indirekt Bericht Studienkommission, S. 163.

Empfang, Unterbringung, Verpflegung, Information und Kontrolle einer grossen Anzahl Zuschauer auf kleinem Raum. Diese Risiken werden durch eine gute Organisation eher noch gemildert. Somit sind beispielsweise weder die typischen *tätigkeitsgebundenen* Gefahren in Verbindung mit Massenveranstaltungen, noch solche aus der Massenherstellung von Produkten oder aus dem Betrieb eines Spitals als typische Organisationsrisiken zu betrachten[1753]. Deshalb sollte eine verkappte Gefährdungshaftung für gefährliche Tätigkeiten[1754] auch nicht als Organisationshaftung bezeichnet werden[1755].

(c) Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich eine Organisationshaftung teilweise durch ein Organisationsrisiko begründen lässt. Es gibt eine Reihe typischer Organisationsrisiken (z. B. informelle Prozesse, Fehlerneigungen bei Führungspersonen, gruppendynamische Prozesse, Arbeitsteilung an sich, Ironien der Automatisierung, latente Organisationsmängel etc.), die sich nur teilweise mit zumutbarer Sorgfalt beherrschen lassen. Gleichzeitig macht eine Organisation die kollektive Zusammenarbeit aber auch sicherer (z. B. durch Vorteile der Gruppenarbeit, zentralisierte Gewährleistung eines Sicherheitsmanagements, tendenzielle wirtschaftliche Abhängigkeit der Organisationsmitglieder von der Organisation, grössere Vorhersehbarkeit menschlichen Verhaltens durch Normierung von Verhaltenserwartungen und Ausrichtung an einheitlichen Zielen etc.). Deshalb bestehen Zweifel an der generellen Erheblichkeit des Organisationsrisikos im Hinblick auf die Begründung einer strengen Kausalhaftung. Überdies hat sich gezeigt, dass es einerseits unpraktikabel wäre und andererseits juristisch keinen Sinn machte, ein Organisationsrisiko im Haftungstatbestand zu erwähnen. Denn anders als qualifizierte technische Risiken in Kausalhaftungstatbeständen manifestiert sich ein Organisationsrisiko in der Regel nur dann, wenn seitens der Organisationsleitung oder der Untergebenen unsorgfältige organisatorische Handlungen vorliegen. Und das Gefährdungspotential selbst typischer, sorgfaltsunabhängiger Organisationsrisiken hängt stark von der Gefährlichkeit der konkreten Tätigkeit ab, weshalb sich ein Organisationsrisiko ohne Bezug auf konkrete Tätigkeiten oder Zustände kaum auf praktikable Art und Weise formulieren lässt[1756]. Insofern besteht in der juristischen Lehre möglicherweise auch ein Missverständnis, wenn Risiken, die zwingend und typischerweise mit der Dynamik und den Eigenheiten gewisser Tätigkeiten verknüpft sind (z. B. Organisation grosser Sportanlässe, etc.) pauschal als „Organisationsrisiken" bezeichnet werden. Diese Sichtweise trifft nicht zu, denn die typischen Risiken eines Sportanlasses bleiben dieselben, ob der Anlass nun durch eine Organisation oder eine Einzelperson durchgeführt wird. Dass eine Organisation an sich nichts Gefährliches sei, wie mehrere Autoren hervorgehoben haben[1757], trifft zwar so absolut formuliert nicht zu. Aber dass die durchaus bestehenden typischen Organisationsri-

---

1753 Obschon es natürlich nicht ausgeschlossen ist, dass sich auch bei Gelegenheit solcher Tätigkeiten gewisse typische Organisationsrisiken manifestieren.

1754 In diese Richtung scheint beispielsweise BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 151 f., zu tendieren, wobei seine Ansicht nicht völlig klar zum Ausdruck kommt: einerseits schlägt er eine allgemeine Organisationshaftung vor, die er „Unternehmens(gefährdungs)haftung" nennt und eine Mischung aus Verschuldens- und Kausalhaftung sein soll (S. 150); andererseits hält er aber fest, es handle sich dabei um eine Haftung für „spezifische" (tätigkeitsbezogene) Risiken (S. 152).

1755 Zu recht unterscheiden WIDMER/WESSNER, S. 139, deutlich zwischen den technischen Risiken, die durch VE 50 erfasst würden, und dem Organisationsrisiko.

1756 Vielleicht nicht zufällig bekundet offenbar auch die Fehlerforschung einige Mühe, Fehlerrisiken in Organisationen – somit einen Teilaspekt des Organisationsrisikos – empirisch zuverlässig zu erfassen und zu quantifizieren, s. REASON, Human Error, S. 229 ff.

1757 Siehe z. B. BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 72; ähnlich JAUN, S. 590.

siken eine Gefährdungshaftung generell rechtfertigen, in dem Sinne, dass sie ein einheitliches „spezielles Gefahrenmoment“[1758] darstellen ist ebenso fraglich. Gefährdungshaftungen sollten nur an typische Tätigkeitsrisiken anknüpfen, wobei mit WIDMER[1759] *de lege ferenda* einer Generalklausel in der Art von VE 50 gegenüber sektoriellen Haftungsnormen der Vorzug zu geben ist. Eine Organisationshaftung sollte aber nicht als Haftung für „Organisationsrisiko“ ausgestaltet werden.

c) Strengste Organisationshaftung: Haftung des Organisationsträgers für im Rahmen der organisierten Tätigkeit erfolgte rechtswidrige Schädigung

(1) Darstellung

(a) Struktur

Im Weiteren ist eine Form der Organisationshaftung denkbar, bei der als besondere Haftungsvoraussetzungen lediglich der funktionelle Zusammenhang zwischen der organisierten Tätigkeit und dem Schaden sowie eine besonders geartete Zugehörigkeit des schädigenden Zustandes zur fraglichen Organisation (in der Art des Subordinationsverhältnisses gemäss geltendem Recht) vorgesehen wären. Hinzu kämen Kausalzusammenhang und Schaden als allgemeine Voraussetzungen des Haftpflichtrechts. Verlangt wären aber weder seitens der Hilfsperson noch des Organisationsträgers ein Verschulden oder eine Sorgfaltspflichtverletzung. Ebenso wenig wäre die Manifestation eines typischen Risikos vorausgesetzt. Deshalb wäre diese Form der Organisationshaftung mit der Haftung für „Organisationsrisiko“ verwandt, aber strenger als diese. Da der funktionale Zusammenhang und ein Zugehörigkeitsverhältnis zur Organisation ohnehin als Grundvoraussetzungen der Organisationshaftung zu betrachten sind, könnte man diese Haftungsform als *Organisationshaftung für blosse Verursachung* bezeichnen. Unklar wäre hierbei die Bedeutung der Widerrechtlichkeit. Einerseits stellt diese eine allgemeine, zum Kausalzusammenhang und dem Schaden hinzutretende Haftungsvoraussetzung dar, die sich vom Verschulden bzw. der Unsorgfalt unterscheidet. Andererseits wurde in der neueren Lehre bemerkt, zwischen Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit sei keine deutliche Unterscheidung möglich. Diese Beobachtung ist m. E. zutreffend; eingehendere Bemerkung hierzu folgen weiter hinten (S. 323 ff.). Somit wäre eine strenge Organisationshaftung sowohl als *Haftung für blosse Verursachung* wie auch als *Organisationshaftung für widerrechtliche Verursachung* denkbar. Unter den nachfolgend darzustellenden Modellen finden sich beide Varianten.

Ein solches Haftungsmodell reflektiert die strengste Ausformung einer Organisationshaftung. Es ist klar von den beschriebenen Formen der Verallgemeinerung von OR 101 bzw. der Organisationshaftung nach französischem oder englischem Vorbild (wie auch vom deutschen Entwurf von 1967) zu unterscheiden: denn in diesen Haftungsformen ist ein Verschulden zumindest seitens der Hilfsperson Haftungsvoraussetzung. Insofern ist es zwar nicht falsch, aber irreführend, wenn man darauf hinweist, OR 101 enthalte keine Befreiungsmöglichkeit zugunsten des Geschäftsherrn und sei deshalb eine Kausalhaftung. Aus der Sicht des Schuldners trifft diese Sichtweise zwar zu, da eine Unsorgfalt von seiner Seite nicht vorausgesetzt wird. Aber das Gesamtmass der Haftung, die ihn (oder bei direkter Klage den Erfüllungsgehilfen) potentiell trifft, übersteigt dennoch nicht das Mass des Verschuldens (bzw. einer objektivierteren Unsorgfalt in Form der „hypothetischen Vorwerfbar-

[1758] Bericht Studienkommission S. 163.

[1759] WIDMER, Fonction et évolution, S. 429 ff., inbes. 435; s. a. BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 84, Fn 430, mit Verweis auf OGOREK.

keit", je nach Auffassung); deshalb ist OR 101 keine reine Haftung für rechtswidrige Verursachung.

(b) Modelle

Seitens der Lehre hat vor allem WIDMER ein Modell vorgeschlagen, das in die Richtung einer Organisationshaftung für blosse widerrechtliche Verursachung weist, indem er anregte, es wäre im Hinblick auf die Gesamtrevision des Schweizer Haftpflichtrechts wünschenswert, OR 55 beizubehalten, aber den Entlastungsbeweis zu beseitigen[1760]. Was bliebe, wäre eine Norm mit folgendem Wortlaut:

> *„Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben."*.

Obschon die Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung im Wortlaut dieser Bestimmung nicht erwähnt wird, geht die Rechtspraxis von dieser Voraussetzung aus; es ist zu vermuten, dass auch WIDMER keine reine Verursachungshaftung vorschlägt[1761].

PETITPIERRE scheint ähnlich weit gehen zu wollen, wenn er eine Haftung vorschlägt, die auf einer vermuteten widerrechtlichen, aber nicht zwingend schuldhaften Handlung der Hilfsperson aufbaut, wobei die Vermutung nicht widerlegt werden können soll: *„Il serait préférable et plus logique de soumettre l'employeur à une responsabilité ... fondée sur un acte illicite, non sur une faute, de l'employé, et de donner à cette responsabilité un caractère irréfragable"*[1762]. Sie entspricht im übrigen auch dem 1962 auf dem Karlsruher Forum diskutierten Entwurf zur Neubildung der deutschen Geschäftsherrenhaftung, der – im Gegensatz zum Entwurf von 1967 – nicht auf ein Verschulden der Hilfsperson, sondern lediglich auf die Widerrechtlichkeit abstellte[1763].

Eine ähnliche Regelung fand sich in Art. 331 des ZGB der früheren DDR, der folgenden Wortlaut hatte: *„Verursacht ein Mitarbeiter eines Betriebes in Erfüllung ihm obliegender betrieblicher Aufgaben einen Schaden, hat der Betrieb den Schaden zu ersetzen. Eine Ersatzpflicht des Mitarbeiters gegenüber dem Geschädigten besteht nicht."*[1764] Diese Bestimmung statuierte eine Haftungskanalisierung auf den Organisationsträger. Zwischen Organen und sonstigen Mitarbeitern wurde nicht unterschieden, und weder ein Fehlverhalten oder eine Fahrlässigkeit des Organisationsmitglieds noch ein Organisationsverschulden waren Haftungsvoraussetzung. Eine Haftung entfiel nur, wenn der Schaden „unter Berücksichtigung der für den betreffenden Betrieb ‚durch die sozialistischen Produktionsverhältnisse gegebenen Möglichkeiten' nicht abwendbar war" (ZGB-DDR 334)[1765] – das heisst, wenn eine Art Entwicklungsrisiko zum Schaden geführt hatte.

1760 WIDMER, Responsabilité, S. 352; ders., Produktehaftung, S. 31; so auch ROBERTO, N 348.

1761 Interessanterweise lehnt WIDMER eine ähnlich formulierte Norm an anderer Stelle ab, s. WIDMER, Fonction et évolution, S. 434 f. und Fn 85. Schon der Entwurf von 1877 des aOR enthielt in Art. 96 eine ähnlich formulierte Norm, welche die Widerrechtlichkeit explizit erwähnte (Bestimmung wiedergegeben bei FASEL, S. 882).

1762 PETITPIERRE S. 74a. Diese Formulierung erinnert an Vorschläge der frühen niederländischen Juristen, die offenbar aus dem Unwillen heraus, vom Verschuldensdogma vollständig Abschied zu nehmen, ebenfalls mit der Rechtsfigur der unwiderlegbaren Verschuldensvermutung arbeiteten, s. WICKE, S. 124 f., und nachfolgende Bemerkungen hinten, S. 278 ff.

1763 Siehe die Darstellung bei NATER, S. 97, und ibidem, S. 97 ff., vorwiegend skeptische Lehrmeinungen.

1764 Bestimmung wiedergegeben bei BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 41.

1765 Siehe die Darstellung bei BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 41.

An die Grundstruktur des zitierten Art. 331 ZGB-DDR knüpft Brüggemeier an, wenn er die Geschäftsherrenhaftung als „Betriebsrisikohaftung" sieht und für den objektiven Verletzungstatbestand in BGB 831/1 1. Satz „die kausale Zurechnung zu dem Betriebs-Organisationsbereich (als) notwendige aber auch hinreichende Bedingung" erachtet[1766], wobei auch diese Formulierung die Rolle der Widerrechtlichkeit offen lässt.

Die Schweizer Studienkommission erwähnt *en passant* eine Form der reinen Widerrechtlichkeitshaftung, die nur für die „Massenproduktion" gelten würde:

> *„Wird jemandem Schaden durch eine Tätigkeit zugefügt, die, ohne mit einer besonderen Gefahr verbunden zu sein, die Herstellung von Erzeugnissen oder die Erbringung von Dienstleistungen für den Massenbedarf [oder die Durchführung von Massenveranstaltungen] zum Gegenstand hat, so haftet dafür, wer diese Tätigkeit organisatorisch und wirtschaftlich kontrolliert."*[1767]

WIDMER zeigt an sich plausibel auf, dass die subjektive Sorgfaltspflicht (des *bonus paterfamilias*) angesichts der modernen Produktions- und Distributionsprozesse nicht mehr genügend ist, da der einzelne diese „nicht mehr wirklich" überblicken und mit einer am Durchschnittsmenschen orientierten Sorgfalt nicht mehr beherrschen kann. Er nimmt auf JÄGGIS Vorschlag einer Organisationshaftung Bezug und deutet JÄGGIS Begriff der objektiven Unsorgfalt als „objektives Organisationsrisiko des arbeitsteiligen Unternehmens"[1768], das „in eine dialektische Beziehung" zur konstitutionellen menschlichen Unvollkommenheit gesetzt wird, „die sich dem Schuldvorwurf entzieht"[1769]. Eine solche Risikohaftung würde, anders als herkömmliche strenge Kausalhaftungen, nicht an ein technisches, physisches Risiko, anknüpfen[1770], sondern an ein *„risque spécifique d'organisation"*[1771], dessen Konturen aber WIDMER nicht klar umschreibt[1772]. Insbesondere würde WIDMERS Modell den Verzicht auf jegliche Bezugnahme auf eine – selbst objektivierte – Unsorgfalt bedeuten, bzw. auf einen Organisations- oder Produktemangel. Dieser Verzicht sei gerechtfertigt, da sich der Haftpflichtige dennoch einer Haftung entschlagen könne, wenn er einen klassischen Unterbrechungsgrund des Kausalzusammenhangs beweist, wobei bei Scheitern dieses Beweises (im Bereich der Produktehaftung) vermutet würde, das schädigende Produkt sei defekt gewesen[1773]. Der Verzicht, einen „Mangel" im Haftungstatbestand zu verlangen, dränge sich überdies hauptsächlich wegen den Beweisschwierigkeiten auf, in die der Geschädigte gelangen würde, müsste er einen Betriebsmangel oder, auf das Produktehaftpflichtrecht bezogen, einen Produktmangel dartun (was erfahrungsgemäss auf den Nachweis unsorgfältigen

---

1766 BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 60 f. und Fn 116.

1767 Bericht Studienkommission S. 69 f.

1768 JÄGGIS Auffassung wurde, wie schon erwähnt, durchaus auch anders gedeutet, so z. B. als „Haftung für Betriebsmängel", s. WEBER-HÄUSERMANN, S. 121, eine Auffassung, die jener WIDMERS grundlegend widerspricht, sich aber auch auf JÄGGI bezieht.

1769 WIDMER, Produktehaftung, S. 31; so auch ders., Responsabilité, S. 353.

1770 WIDMER, Responsabilité, S. 353 ; so auch WIDMER/WESSNER S. 53.

1771 WIDMER, Responsabilité, S. 355.

1772 Auch WIDMER/WESSNER, S. 126, äussern sich nicht viel klarer. Sie sprechen dort von der „Verflüchtigung des Verschuldens": Die geschädigte Person könne die Schädigung oft nicht einem konkreten Organisationsmitglied zuschreiben (aber worin besteht das Risiko? S. a. vorne, S. 211 ff. und 222 ff.). Im Weiteren trifft es zwar zu, dass die Organisation „in sich selbst eine Gefahr (schafft)" wegen des unvermeidbaren menschlichen Versagens; aber genau betrachtet gilt dies auch für das Individualhandeln, wie schon ausgeführt (vorne S. 264).

1773 WIDMER, Responsabilité, S. 355 f., wo auch darauf hingewiesen wird, dass die Entlastungsgründe der europäischen Direktive über die Produktehaftpflicht nichts anderes als Unterbrechungsgründe des Kausalzusammenhangs darstellen.

Produzentenverhaltens hinauslaufe) [1774]. WIDMER geht im Weiteren offenbar davon aus, dass *de lege ferenda* eine Organisationshaftung sowohl bei Verhalten von Hilfspersonen als auch für deliktische Organhandlungen greifen sollte[1775] (im Gegensatz zum geltenden Recht mit seiner Dichotomie zwischen OR 55 und ZGB 55).

Es handelt sich hier um das wichtigste Alternativmodell zu einer Organisationshaftung, die an Unsorgfalt anknüpft. Deshalb werden in den nachfolgenden Ausführungen die Argumente *pro* und *contra* etwas deutlicher auseinandergehalten.

(2) Beurteilung

(a) Zur „konstitutionellen menschlichen Unvollkommenheit"

WIDMERS Ausführungen zur „konstitutionellen menschlichen Unvollkommenheit" sind angesichts der Organisations- und Fehlerpsychologie völlig zutreffend: Vielfältige Beschränkungen psychologischer und struktureller Natur verunmöglichen es dem Menschen, wirklich rational zu handeln, was den traditionellen Verschuldensbegriff problematisch werden lässt. Allerdings möchte ich nuancierend hinzufügen, dass die „Verflüchtigung des Verschuldens" in Organisationen (s. vorne S. 211 ff.) nicht vollständig ausschliesst, dass sich die ethischen Voraussetzungen für den Verschuldensbegriff – Voraussehbarkeit und Handlungsmacht – auch im arbeitsteiligen Kontext manifestieren; hier kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an. Vermutlich überwiegen aus empirischer Sicht Konstellationen, in denen ein klassischer Verschuldensvorwurf nicht angebracht ist bzw. der Dynamik arbeitsteiligen Handelns nicht gerecht wird[1776]. Dass dadurch aber nicht jeglicher Verweis auf eine Unsorgfalt für die Organisationshaftung fragwürdig wird, soll weiter hinten in Bezug auf den Begriff der kollektiven Unsorgfalt gezeigt werden (S. 311 ff.). Ausserdem muss an dieser Stelle nochmals betont werden, dass auch das rein individuelle Handeln, ausserhalb des organisierten Systems, vielen Fehlerneigungen unterliegt. Deshalb könnte eine reine Widerrechtlichkeitshaftung auch für das Individualhandeln gefordert werden, was, wie gesagt, kaum zur Diskussion stehen dürfte (s. a. oben S. 264 ff.).

(b) Zur wirtschaftlichen Tragbarkeit

Bezugnehmend auf Stimmen, die von einer strengen Organisationshaftung eine zu starke Belastung kleinerer und mittlerer Unternehmen (KMU) befürchten, fügt WIDMER an, nicht die Grösse eines Betriebs solle für eine unterschiedliche haftungsrechtliche Behandlung

---

1774 WIDMER, Responsabilité, S. 356 f.; der Autor weist besonders auf die Gefahr hin, dass die Haftungsvoraussetzung eines Produktmangels gemäss der EU-Richtlinie von 1985 über die Produktehaftung (und des daraus abgeleiteten schweizerischen PrHG) der Absicht, mit der Richtlinie eine Kausalhaftung für Produktschäden einzuführen, grundlegend zuwiderlaufen könnte, weil der Geschädigte über den Produktmangel doch wieder ein – wenn auch objektiviertes – Verschulden beweisen müsse (in diesem Sinne auch BRÜGGEMEIER, Vorschlag, S. 433). WIDMERS Beobachtung ist m. E. relevant. Diese Problematik wird nicht immer gesehen, s. z. B. J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 254, der den Beweis des Produktfehlers nach PrHG 4 gar nicht thematisiert, sondern von einer milden Kausalhaftung mit Umkehr der Beweislast bezüglich der in PrHG 5 erwähnten Faktoren spricht.

1775 WIDMER, Vereinheitlichung, S. 409, mit Bezug auf den Bericht der Studienkommission, These 53-3, wo die Unterscheidung zwischen Organ und Hilfsperson in Bezug auf die Organisationshaftung ebenfalls aufgegeben wird.

1776 Siehe z. B. für den Bereich der Unternehmensstrafe LÜTOLF S. 26 f.

relevant sein, sondern allenfalls die Gefährlichkeit[1777]. Das Haftpflichtrecht sei nicht geeignet, der gesamtwirtschaftlichen Problematik, dass kleinere Unternehmen grösseren gegenüber im Wettbewerb oft benachteiligt sind, entgegenzuwirken. Im Übrigen gelten alle bestehenden Haftungsformen, auch die strengsten, für alle Arten von Unternehmen, ohne dass dies bisher nachdrücklich kritisiert worden wäre[1778]. Wie hinsichtlich Art. 49a des Schweizer Vorentwurfs auszuführen sein wird, ist WIDMERS Ansicht diesbezüglich zutreffend[1779].

(c) Argumente pro

Für die Ausgestaltung der Organisationshaftung als Haftung für blosse widerrechtliche Verursachung sprechen insbesondere ökonomische Gründe. Indem praktisch jede Schädigung aus dem Organisationsbereich dem Träger ohne spezifische Entlastungsmöglichkeit zugerechnet wird, werden potentielle Schadenskosten, bei Solvenz des Trägers, voll internalisiert (unter Vorbehalt einer allfälligen Ermässigung des Schadenersatzes). Durch diese Sichtweise wird der kompensatorischen Funktion des Haftpflichtrechts vollständig zum Durchbruch verholfen. Es ist auch einzuräumen, dass die Möglichkeit eines auf Sorgfalt basierenden Entlastungsbeweises vermutlich wenig präventive Wirkung besitzt, entgegen der Auffassung gewisser Autoren[1780]. Denn wäre es anders, so müssten sich folglich all jene potentiellen Haftpflichtigen, die heute mit strengen Kausalhaftungen ohne besonderen Entlastungsbeweis belastet sind, mangels Präventivwirkung des Haftpflichtrechts in der Regel besonders unsorgfältig verhalten. Die Realität zeigt aber eher das Gegenteil, da gewisse von einer strengen Kausalhaftung erfassten Tätigkeiten tendenziell eher sicherer geworden sind[1781].

Im Weiteren wird durch die Anknüpfung an das blosse Bestehen einer Organisation dem kollektiven und systemischen Charakter organisierten Handelns wie auch gewissen typischen Organisationsrisiken Rechnung getragen. Das wäre zwar auch für das oben beschriebene Modell einer Haftung für Organisationsrisiko der Fall. Aber es entfiele in WIDMERS Modell die Schwierigkeit, die Manifestation eines Organisationsrisikos im Haftungstatbestand unabhängig von einer Sorgfaltspflichtverletzung zu umschreiben.

Schliesslich hat eine rein kausale Gehilfenhaftung gewisse historische Vorbilder[1782].

1777 Ähnlich ZWEIGERT/KÖTZ, S. 389, mit Verweis auf BYDLINSKI zu den deutschen Reformvorschlägen, die allerdings weniger weit gehen als WIDMERS Modell; s. a. hinten, S. 288 ff.

1778 WIDMER, Vereinheitlichung, S. 409; ders., Responsabilité, S. 358 f.; ders., Produktehaftung, S. 34 ff.

1779 Siehe hinten S. 288 ff.

1780 NATER S. 122.

1781 HORTON ROGERS, S. 365, mit Bezug auf den Strassen- und Luftverkehr.

1782 Ein solches ist die römische Haftung von *nauta, caupo* und *stabularius* (ausführlich hierzu WICKE S. 81 ff.), die auch ins römisch-holländische Recht des 17. Jahrhunderts übernommen wurde. Gewisse Autoren aus letzterem Rechtskreis, darunter VOET, versuchten diese Haftung mit einer unwiderlegbaren Verschuldensvermutung in Bezug auf das Culpa-Prinzip zu rationalisieren, da sie sich noch nicht zu einer Kausalhaftung bekennen konnten: die „Indienstnahme des Gehilfen" stellte „aufgrund dieser Argumentation automatisch ein vorwerfbares Verhalten des Dienstherrn" dar (WICKE S. 124 f.). Es wurde, mit anderen (moderneren) Worten, unterstellt, die Schaffung einer arbeitsteiligen Organisation sei *per se* ein Verschulden. Dieser zunächst auf römische Sondertatbestände beschränkte Gedanke wurde in der Folge, namentlich durch VOET, generalisiert, in Form einer vollumfänglichen Haftung des *dominus* oder *pater* für Delikte seiner Bediensteten und Söhne, sofern diese im Rahmen des funktionellen Zusammenhangs gehandelt haben (s. eingehender WICKE S. 143 ff.). Ebenfalls im 17. Jahrhundert, also etwa zeitgleich, begann sich in England die *vicarious liability* als strikte Haftung für fremde Schuld zu entwickeln, ausgehend von den Entscheidungen i. S. Boson v. Sandford (1691) und v. a. Turberville v. Stampe (1698) von Lord J. HOLT (s. ausführlicher WICKE S. 191 ff.).

(d) Argumente contra

(i) Begründung einer Haftung nicht ausschliesslich mit ökonomischen Argumenten möglich

Zunächst ist zu wiederholen, dass die ökonomische Betrachtungsweise, die am ehesten für eine reine Verursachungshaftung spricht, im Rahmen einer globalen Interessenabwägung durch weitere Begründungsansätze ergänzt werden muss. Das Prinzip der Schadensinternalisierung führt in äusserster Konsequenz zum Gegenpol des Prinzips *„casum sentit dominus"*, was ebenso einseitig wäre wie dieses Prinzip selbst. Im Übrigen kann auf die Ausführungen zur ökonomischen Analyse verwiesen werden[1783].

(ii) Ambivalenter Bezug zum Organisationsrisiko

Ohne in diesem Punkt völlig eindeutig zu sein, erachtet WIDMER (wie übrigens auch die Studienkommission[1784]) eine Organisationshaftung in Form einer Haftung für reine widerrechtliche Verursachung als „Risikohaftung", weil der Anknüpfungstatbestand auf die „Risikosphäre" des Organisationsträgers Bezug nimmt, in dem Sinne wohl, dass dem Träger automatisch alle mit der organisierten Tätigkeit verbundenen Haftungsrisiken auferlegt werden. Diese Sichtweise wäre rechtssystematisch nicht ganz konsequent, oder anders gesagt, drückt kein typisches Haftungsprinzip aus. Denn letztlich hat jede Haftungsnorm die Funktion, Risikosphären zuzuordnen, ohne dass aber jede Norm deshalb eine „Risikohaftung" statuierte[1785]. Als „Risikohaftungen" sind m. E. nur die Gefährdungshaftungen zu betrachten, deren Aktualisierung aber die Manifestation eines *typischen* Risikos voraussetzt. OR 55 ohne Entlastungsbeweis käme demgegenüber ohne die Manifestation eines typischen Risikos zur Anwendung, da die blosse Zugehörigkeit der schädigenden Person oder des schädigenden Zustandes zur Organisation nicht als typisches Risiko zu betrachten ist. Was typische Organisationsrisiken sind – von denen es durchaus ein paar gibt – habe ich weiter vorne gezeigt[1786]. Diese Risiken aber erschienen nicht im Haftungstatbestand eines OR 55 ohne Entlastungsbeweis.

An anderer Stelle scheint WIDMER demgegenüber davon auszugehen, eine Organisationshaftung solle dann greifen, wenn sich die haftpflichtige Organisation in der Umwelt mit einem „typischen" Vorgang oder einer typischen Handlung manifestiert. Dieser Vorgang wäre beispielsweise für einen Produktionsbetrieb der Moment, in dem ein Produkt in Verkehr gebracht wird[1787]. Soweit aber im Haftungstatbestand nicht verlangt wird, der fragliche Vorgang müsse im Schadensfall tatsächlich auch ein „typisches" Risiko generieren, ist damit auch wieder nur eine reine Verursachungshaftung formuliert, in dem Sinne, dass jede Tätigkeit, die funktional mit dem Organisationsbetrieb zusammenhängt (also jede für eine Organisation „typische" Tätigkeit), automatisch als besonders risikoreich betrachtet würde. Und eine reine Verhaltenshaftung entbehrt der Typizität eines Haftungsgrundes. Es ist je-

---

1783 Siehe z. B. vorne S. 125 ff.

1784 Bericht Studienkommission S. 69.

1785 So legt der Gesetzgeber auch mit der Verschuldenshaftung fest, welche Risiken des individuellen Verhaltens der Schädiger, welche der Geschädigte zu tragen hat. So hat z. B. der Geschädigte in der Regel – d. h. mit Ausnahme der durch OR 54 erfassten Fälle – das Risiko der Unzurechnungsfähigkeit des Schädigers zu tragen, während dieses Risiko in OR 55 auch dem Schädiger überbunden ist. Was man also nur sagen kann, ist, dass verschiedene Haftungsformen Risikosphären *unterschiedlich* aufteilen.

1786 Siehe zusammenfassend vorne S. 264 ff.

1787 Ein Produktemangel erscheine so als blosse Form, in der sich ein solches Risiko materialisiert, und müsse deshalb im Haftungstatbestand gar nicht erwähnt werden, s. WIDMER, Responsabilité, S. 354.

denfalls aus den Ausführungen WIDMERS nicht mit genügender Eindeutigkeit ersichtlich, was er unter *„risque spécifique d'organisation"*[1788] genau versteht[1789].

(iii) Beweisprobleme

Die Beweisschwierigkeiten, auf die WIDMER hindeutet, sind nicht von der Hand zu weisen[1790]. Es ist aber zu bezweifeln, dass die einzige Antwort darauf eine Haftung für reine rechtswidrige Verursachung ist. Bereits OR 55 zeigt einen flexibleren Weg: die Umkehr der Beweislast zugunsten des Geschädigten. Diese Lösung lässt sich auch ökonomisch begründen und wurde sogar in der ethischen Diskussion angeregt.

(iv) Problem der Haftungsbegrenzung

Auch Befürworter einer Organisationshaftung für blosse Widerrechtlichkeit bezeichnen Grenzen derselben. Eine solche Grenze wird gemäss WIDMER durch das Entwicklungsrisiko gezogen. Darunter wird die Gefahr verstanden, dass eine Handlung oder ein Produkt Mängel aufweist, die „nach dem Stand der Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wurde", nicht erkannt werden konnten[1791]. Dabei handelt es sich um ein allgemeines „Zivilisations- und Evolutionsrisiko", das weder mit extremer Sorgfalt noch mit jeglichem menschlichen Vorstellungsvermögen unter Kontrolle zu bringen ist. Deshalb „liegt es ausserhalb einer privatrechtlich noch sinnvoll zu bewerkstelligenden Zurechnung und jenseits der Grenzen, in denen von einem Interessenausgleich zwischen Einzelpersonen (seien es auch juristische) die Rede sein kann"[1792]. Das heisst, solange die Menschen durch ihre Konsumgewohnheiten zeigen, dass sie von risikoreichen technischen Entwicklungen durch verbesserte Medikamente, Maschinen, Chemikalien etc. profitieren wollen, muss die Gesamtgesellschaft bereit sein, die entsprechenden Risiken gesamthaft zu übernehmen[1793].

Diese Auffassung verdient Zustimmung. Sie trifft sich auch mit Überlegungen aus der ethischen Literatur, so beispielsweise mit dem „Subsidiaritätsprinzip der Verantwortung" nach MARING[1794]. Es ist aber nicht ersichtlich, wie der Ausschluss von Entwicklungsrisiken rechtstechnisch geschehen soll, wenn eine Haftung an blosse widerrechtliche Verursachung anknüpfte. Denn so stünde dem Gericht keinerlei Flexibilität zur Verfügung, um die Schwere der Haftung kasuistisch zu nuancieren. Insbesondere lassen sich Entwicklungsrisiken weder über den Schadensbegriff, die Widerrechtlichkeit, das Subordinationsverhältnis noch über den funktionellen Zusammenhang ausschliessen, da diese Haftungsvoraussetzungen andere Abgrenzungsfunktionen haben (siehe nachfolgend S. 281 ff.). Über den Adäquanzbegriff in der Kausalität liesse sich ein Ausschluss der Entwicklungsrisiken ebenfalls nicht begründen, da ein solches Risiko *ex post* betrachtet ja durchaus plausibel erscheinen kann (man denke beispielsweise an Asbestschäden oder die DES-Fälle).

1788 WIDMER, Responsabilité, S. 355.

1789 Siehe hierzu auch die – allerdings ebenfalls nicht völlig eindeutigen – Bemerkungen bei JAUN, S. 586, zur Ambivalenz zwischen Organisationsmangel und Organisationsrisiko.

1790 Siehe hierzu schon 1701 eine Begründung des englischen Richters Lord HOLT für die Auferlegung von *vicarious liability*, WICKE S. 198.

1791 PrHG 5/1/e; s. a. WIDMER, Responsabilité, S. 357; WESSNER, Propos erratiques, S. 72, mit Verweis auf WENIGER.

1792 WIDMER, Produktehaftung, S. 32 f.; so auch SCHAMPS, S. 311.

1793 WIDMER, Responsabilité, S. 358; ders., Produktehaftung, S. 33.

1794 Siehe vorne S. 117 ff.

Um dem Gericht zu erlauben, die Organisationshaftung nach der konkreten Gefährdungssituation im Einzelfall zu nuancieren, muss im Haftungstatbestand ein zusätzliches, flexibles Kriterium vorgesehen werden, das sich nur indirekt auf die Gefährdung bezieht. Hier bietet sich das Element der Unsorgfalt an. Indirekt scheint auch die Studienkommission dieser Ansicht zu sein. Denn sie verlangt, selbst das durch eine strenge Kausalhaftung erfasste Risiko müsse für den Haftpflichtigen im Zeitpunkt, in welchem die Tätigkeit aufgenommen wird, zumindest generell erkennbar gewesen sein[1795]. Deshalb seien Entwicklungsrisiken *a priori* von einer Gefährdungshaftung ausgenommen. Diese Sichtweise verbindet die Idee der Gefährdungshaftung mit einem Verschuldenselement, ohne dass dies methodisch nachvollziehbar wäre: Wenn die Gefährdung für den Haftpflichtigen hat voraussehbar sein müssen, damit die Haftung greift, weshalb dann nicht der gesamte Kausalverlauf? Weshalb soll nur auf die Voraussehbarkeit der generellen Gefährdung abgestellt werden, nicht aber auch der konkreten Gefährdung, und wie soll die Grenze zwischen diesen Gefährdungsebenen gezogen werden?[1796] Und wenn Entwicklungsrisiken ohnehin von einer Gefährdungshaftung ausgeschlossen wären: Weshalb brauchte es dann einen expliziten Ausschluss im Produktehaftungsgesetz (PrHG 5/1/e)?

Ohne ein flexibles Element im Haftungstatbestand kann eine Kausalhaftung m. E. nur über die Auslegung der typischen, tatbestandlichen Gefährdung nuanciert werden, was in Bezug auf das „Organisationsrisiko" zu abenteuerlichen Verrenkungen führen dürfte. Eine gewisse Nuancierung liesse sich möglicherweise auf der Ebene der *Schadenersatzbemessung* erreichen, aber auch dort nur beschränkt. In Frage käme eventuell der mitwirkende Zufall als Herabsetzungsgrund gemäss OR 43/1, wenn die Organisation zwar eine Mitursache gesetzt hat, der Schaden aber aufgrund einer unglücklichen Verkettung mehrerer Umstände entstand[1797]. Allerdings spricht der Herabsetzungsgrund des mitwirkenden Zufalls nicht grundsätzlich für oder gegen eine bestimmte Haftungsform, da er ohnehin bei allen Haftungsformen eine Rolle spielen kann. Überdies spielt der mitwirkende Zufall bei Gefährdungshaftungen als Herabsetzungsgrund eine beschränkte Rolle[1798]. *De lege ferenda* soll gemäss VE 52/1 für die Bemessung der Ersatzleistung u. a. die „Intensität des charakteristischen Risikos", welches je dem Beklagten und dem Geschädigten zuzurechnen ist, relevant sein. Wie aber weiter vorne ausgeführt, lässt sich ein „Organisationsrisiko" nicht ohne Bezug zum Begriff der Unsorgfalt formulieren. Und was das nur leichte Verschulden oder die leichte Unsorgfalt eines Organisationsmitglieds betrifft, so wäre es fraglich, ob es als Herabsetzungsgrund im Sinne von OR 43/1 gelten könnte. Für den Bereich der strengen Kausalhaftungen ganz allgemein und gewissen Lehrmeinungen zufolge auch für OR 55 gilt, dass das nur leichte Verschulden des Organisationsträgers oder seiner Hilfspersonen keinen Herabsetzungsgrund darstellen kann, sondern umgekehrt zu einer gänzlichen oder teilweisen Neutralisierung von seitens des Geschädigten mitwirkenden Ursachen (z. B. Selbstverschulden) führen kann[1799].

Somit lässt sich also über die Herabsetzungsgründe im Sinne von OR 43 und 44 kaum eine massgebliche Beschränkung der Organisationshaftung in Form einer reinen Widerrechtlichkeitshaftung erreichen. Das Verschulden bzw. die Unsorgfalt als flexibler Faktor bedingt, dass es gleichzeitig Zurechnungs - wie Bemessungskriterium ist; denn die „Grundlage der

---

1795 Bericht Studienkommission S. 63.

1796 Siehe zu diesem Punkt weitere Ausführungen hinten, S. 341 ff.

1797 Siehe z. B. das Fazit im offiziellen Untersuchungsbericht zum Flugzeugabsturz am 1. Juli 2002 bei Überlingen am Bodensee, BUNDESSTELLE FÜR FLUGUNFALLUNTERSUCHUNG, S. 4.

1798 OFTINGER, Haftung ohne Verschulden, S. 259; WIDMER/WESSNER S. 155.

1799 OFTINGER, Haftung ohne Verschulden, S. 259; WIDMER/WESSNER S. 153; für OR 55 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 156 f.

Haftung (und ihre normative Bedeutung) bestimmt aufs Ganze gesehen nicht nur den Grundsatz der Ersatzpflicht, sondern auch ihren Umfang", da die Intensität von mitwirkenden Ursachen bzw. Herabsetzungsgründen „unter dem Gesichtspunkt des Haftungsgrundes bestimmt wird"[1800]. Auch aus diesem Grund ist die Organisationshaftung in der Form einer reinen Kausalhaftung abzulehnen, da sonst die notwendige Flexibilität bei der Haftungsausfüllung verloren geht.

(v) Einseitiges Organisationsmodell

In der juristischen Literatur wurde oft kritisiert, OR 55 (und der verwandte BGB 831) entspräche einem vorindustriellen Organisationsbild, wonach organisierte Arbeit primär in kleinen, überschaubaren Handwerksbetrieben mit klar verteilten Rollen zwischen Geschäftsherr und Hilfspersonen stattfinde und der Geschäftsherr deshalb an seiner persönlichen organisatorischen Sorgfalt gemessen werden könne[1801]. Eine Organisationshaftung für blosse widerrechtliche Verursachung würde aber ebenso einseitig am entgegengesetzten Organisationsmodell des komplexen, grossen, undurchschaubaren internationalen Konzerns, der tendenziell gefährliche Tätigkeiten ausübt, anknüpfen. Es gibt nach wie vor (und vielleicht im Zuge des *outsourcing* immer mehr) kleine Betriebe mit relativ überschaubaren Strukturen, bzw. solche, die nicht zwingend nur gefährliche Aufgaben erfüllen. Auch die konkret in der Realität existierende Vielfalt an Organisationsformen gebietet deshalb ein Element der Flexibilität im Haftungstatbestand einer Organisationshaftung, das durch eine reine Widerrechtlichkeitshaftung nicht gewährleistet wäre.

(vi) Systematik des Haftpflichtrechts

(a) Fehlende Haftungsbegrenzung über allgemeine Haftungsvoraussetzungen

Im Weiteren könnte man sagen, über die zusätzlichen Haftungsvoraussetzungen, d. h. über den funktionalen Zusammenhang, das Subordinationsverhältnis sowie die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen liesse sich eine Organisationshaftung für blosse rechtswidrige Verursachung genügend begrenzen. Über das Kriterium des *Subordinationsverhältnisses* lässt sich aber nur bestimmen, ob überhaupt eine haftungsrelevante Organisation vorliegt. Und der *funktionelle Zusammenhang* bezeichnet primär den Bezug des schädigenden Handelns zur Tätigkeit der Organisation, aber nur sehr grobkörnig[1802], welche Risiken dieser Tätigkeit durch die Haftung noch erfasst werden und welche nicht. Was die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen betrifft, so erscheint der *Schadensbegriff* zur Haftungsbegrenzung am untauglichsten, denn alle Schadensarten können durch verschiedenste Risiken verursacht werden. Was die *Widerrechtlichkeit* betrifft, so hat sie zum einen eine haftungsbegrenzende Funktion, indem z. B. eine Haftungsbefreiung möglich ist, wenn die Schädigung durch Einwilligung des Geschädigten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch das Gesetz gerechtfertigt ist (ZGB 28/2). Im Weiteren impliziert die Widerrechtlichkeit für wichtige Fallgruppen Elemente der Unsorgfalt, was gleich nachfolgend zu untersuchen ist. Ähnliches gilt für den Kausalzusammenhang.

1800 WIDMER/WESSNER, S. 152, aus allgemeiner Sicht.

1801 PETRIN S. 54 mit Verweisen.

1802 Siehe eingehendere Bemerkungen hinten, S. 302 ff.

(b) Logische Unmöglichkeit in wichtigen Fallgruppen, Widerrechtlichkeit und Kausalzusammenhang ohne Bezug zu Sorgfaltspflichten zu definieren

Wie schon weiter vorne ausgeführt wurde (S. 56 ff.), hat das Bundesgericht im Staatshaftungsrecht ausgehend von der *Widerrechtlichkeit* ein System der Pflichtwidrigkeit herausgebildet, das teilweise auch für die privatrechtliche Organisationshaftung fruchtbar wäre. Keinen Sinn macht für den privaten Bereich zwar der Rechtfertigungsgrund der Ausübung öffentlicher Gewalt oder die Sorgfaltspflichtverletzung bei Schädigung infolge eines rechtskräftigen staatlichen Rechtsaktes. Durchaus übertragbar wäre aber der Gedanke der Amtspflichtverletzung, die letztlich auf die Prüfung objektiver Sorgfaltspflichten hinausläuft. Soweit *Verhaltensunrecht* zur Diskussion steht, prüft das Bundesgericht, ob die Behörde konkrete Anforderungen, die aus der Schutznorm herausgelesen werden können, befolgt hat[1803]. Diese Sichtweise lässt sich auch auf das Verhalten privater Organisationen übertragen. Im Bereich des *Erfolgsunrechts* hat das Bundesgericht insbesondere das Verhalten des Arztes an Sorgfaltspflichten gemessen. Wenn nun aber objektive Sorgfaltspflichten über die Widerrechtlichkeit ohnehin in eine Haftungsnorm hineininterpretiert werden, wäre es sinnvoll und aus der Sicht der Rechtssicherheit sogar geboten, das Element der objektiven Unsorgfalt explizit im Haftungstatbestand zu erwähnen.

Was den *Kausalzusammenhang* angeht, so ist zunächst einzuräumen, dass über die Rechtsfigur des Selbstverschuldens bzw. der Selbstverursachung des Geschädigten (i. S. v. OR 44/1) sowie über das Konzept der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs eine gewisse Haftungsbegrenzung erreicht werden kann, allerdings in einer Weise, auf die der Haftpflichtige keinen Einfluss hat. Überdies spielen diese Faktoren bei Kausalhaftungen eine deutlich schwächere Rolle als bei der Verschuldenshaftung[1804]. Die Adäquanztheorie hat ebenfalls eine gewisse Begrenzungsfunktion[1805]. Bei *Unterlassungen* kann sodann selbst der natürliche Kausalzusammenhang nur dargelegt werden, wenn in einem ersten Schritt gefragt wird, welches aktive (hypothetische) Verhalten geboten gewesen wäre. Dieses Verhalten wird aufgrund von Verhaltenspflichten bestimmt, die ebenfalls in der Nähe der objektiven Sorgfalt angesiedelt sind, zumindest wertenden Gesichtspunkten unterliegen[1806]. In einem zweiten Schritt wird gefragt, ob das hypothetische pflichtgemässe Verhalten den Schaden hätte vermeiden können. Da also im Einzelfall der Begriff der (objektiven) Pflichtwidrigkeit bei Unterlassungen über den Kausalzusammenhang ohnehin immer in die Analyse einbezogen werden muss, kann er geradeso gut als „objektive Unsorgfalt" in die Haftungsvoraussetzungen aufgenommen werden, wie dies bereits hinsichtlich der Widerrechtlichkeit ausgeführt wurde. Dies gilt umso mehr, als Unterlassungen seitens der Fehlerforschung als wichtigste Kategorie sowohl individueller als auch organisationsbezogener menschlicher Fehlhandlungen betrachtet werden[1807]. So hält auch WIDMER mit Bezugnahme auf das frühere Wasserschutzgesetz fest, eine Kausalhaftung für Unterlassungen sei *„un non-sens tant logique que juridique"* [1808].

Es zeigt sich also, dass sich eine Organisationshaftung, die nur an widerrechtliche Verursachung anknüpft, für wichtige Fallgruppen (namentlich Verhaltensunrecht und Unterlassun-

---

1803 BGE 118 Ib 477.

1804 OFTINGER, Haftung ohne Verschulden, S. 259.

1805 So beispielsweise im Zusammenhang mit der Generalisierung des schädigenden Verhaltens, s. noch eingehender hinten, S. 332 ff. Zur Funktion des adäquaten Kausalzusammenhangs, insbesondere zur Unterscheidung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität s. a. WEITNAUER, S. 325 f.; OFTINGER/STARK, Bd. I, S. 114 N 20; kritisch zu dieser Unterscheidung LANZ, S. 179 f.

1806 In diesem Sinn BGE 4C.119/2000 Nr. 46 S. 271 f.

1807 REASON, Human Error, S. 184.

1808 WIDMER, Responsabilité, S. 353.

gen) gar nicht unabhängig von objektivierten Sorgfaltspflichten formulieren lässt. Insofern wäre es eine Art „Etikettenschwindel", objektive Unsorgfalt nicht im Haftungstatbestand zu erwähnen, obschon im Vornherein klar ist, dass Sorgfaltspflichten bei der Anwendung der Norm eine zentrale Rolle spielen würden.

(c) Sinnlosigkeit der besonderen strengen Kausalhaftungen gegenüber einer reinen Verursachungshaftung

Für andere Fallgruppen fliesst die wichtigste Kritik gegen die Ausgestaltung der Organisationshaftung als *Haftung für blosse Verursachung* aus der Rechtssystematik. Eine derart weitgehende Organisationshaftung hätte zur Folge, dass jedes Verhalten aus dem Organisationsbereich, das Dritte schädigt, automatisch dem Organisationsträger zugerechnet würde, ohne dass man sich die Frage der rechtlichen Qualifikation dieses Verhaltens stellen müsste. Es wäre zwischen der Verursachung und der Haftung kein typischer Haftungsgrund vorgesehen (da der funktionale Zusammenhang und das Subordinationsverhältnis nicht als typische Voraussetzungen betrachtet werden können), kein Verschulden, keine objektive Unsorgfalt bzw. Pflichtwidrigkeit, kein typisches Risiko. Ein „Organisationsrisiko" wäre ja eben gerade nicht vorausgesetzt, und in dieser Hinsicht ist der Lehre nicht beizupflichten[1809], wenn sie die Haftung nach JÄGGI für kollektive „objektive Unsorgfalt" als Haftung für Organisationsrisiko betrachtet. Zwar spielen typische organisatorische Risikofaktoren bei der Begründung der Haftung (auch jener nach OR 55) eine Rolle; aber sie erschienen nicht im Tatbestand. Und die Prämisse, das Bestehen der Organisation an sich schaffe bereits ein erhöhtes Risiko, ist so absolut ausgedrückt nicht haltbar, wie bereits erwähnt: zwar generieren Organisationen typische Risiken, die aber teilweise durch erhöhte Sicherheit kompensiert werden und deren Gefährdungspotential stark von der konkreten Tätigkeit der Organisation abhängt.

Eine Organisationshaftung für reine Verursachung stünde in direktem Konflikt zu allen anderen Kausalhaftungen, insbesondere den strengen[1810]. Denn es ist nicht zu übersehen, dass die meisten gefährlichen Tätigkeiten im Rahmen einer Organisation stattfinden[1811], durch eine wenn auch nur minimal hierarchisch strukturierte Zusammenarbeit mehrerer (die sich gar nicht zwingend zu einer Korporation verdichten muss). Bereits die Delegation einer Aufgabe durch einen Meister an den Lehrling führt zur Bildung einer Organisation im vorliegend verstandenen Sinn. Würde nun die Organisationshaftung an die blosse Verursachung anknüpfen, so verlören jegliche andere Kausalhaftungen, strenge und milde[1812], ja selbst eine Generalklausel für Gefährdungshaftung *de lege ferenda* (VE 50), ihren logischen Sinn, sofern Anspruchskonkurrenz mit der Organisationshaftung bestünde und soweit organisierte Tätigkeiten betroffen sind. Und gälte die allgemeine Organisationshaftung nur subsidiär, so entstünde das ebenfalls absurde Ergebnis, dass die subsidiäre allgemeine Haftungsform strenger wäre als alle anderen, obwohl doch die strengen Kausalhaftungen ihrer Strenge wegen eingeführt wurden. Dass die strengen Kausalhaftungen durch eine Haftungsform des allgemeinen Teils des OR „ausgehebelt" würden, kann aber kaum die Absicht des Gesetzgebers sein und wäre auch nicht mit der Einführung einer Generalklausel für Gefährdungshaftung *de lege ferenda* zu vereinbaren. Ausserdem ist zu unterstreichen, dass eine Organisationshaftung für blosse Verursachung auch organisierte Tätigkeiten erfassen wür-

1809 Z. B. WIDMER, Produktehaftung, S. 31.

1810 In diesem Sinne auch JAUN, S. 589.

1811 Eigentlich die meisten gesellschaftlichen Aufgaben überhaupt, s. DRUCKER S. 49.

1812 Also m. E. nicht nur milde Kausalhaftungen, was aber WIDMERS Ansicht zu sein scheint, s. Responsabilité, S. 361.

de, die keine besondere Gefährlichkeit aufweisen[1813] (jede Papeterie, jeder Blumenladen, jedes Buchgeschäft, jede Musikalienhandlung, jede Modeboutique ist in der Regel eine Organisation), was rechtspolitisch widersprüchlich wäre, weil dann weniger gefährliche Tätigkeiten einer strengeren Haftung unterständen als besonders gefährliche. Dieser Widerspruch wird zwar teilweise relativiert, aber die Verwirrung vergrössert durch den Umstand, dass zwar mit einer strengen Organisationshaftung die Haftungsvoraussetzungen einer allgemeinen subsidiären Haftungsform strenger wären als jene der strengen Kausalhaftungen, dass aber letztere für den Geschädigten wiederum aus anderen Gründen günstiger wären (z. B. über längere Verjährungsfristen oder die Beschränkungen von Unterbrechungsgründen des Kausalzusammenhangs).

Die systematische Analyse wäre zu nuancieren, soweit man Widerrechtlichkeit auch für die Organisationshaftung berücksichtigen würde. Denn wie sich gezeigt hat, impliziert Widerrechtlichkeit in gewissen Fallgruppen unvermeidbar die Berücksichtigung von Sorgfaltskriterien, wodurch eine Organisationshaftung für rechtswidrige Verursachung möglicherweise nicht strenger wäre als bestehende strenge Kausalhaftungen.

(d) Fehlende Parallelität zur Staatshaftung und zu OR 101

Man könnte einwenden, bereits die Staatshaftung sei in der Form einer Haftung für blosse rechtswidrige Verursachung strukturiert; in der Tat wird die Staatshaftung auch immer wieder als Beispiel einer „reinen" Organisationshaftung angeführt[1814]. Die Analyse der Staatshaftung in der vorliegenden Arbeit hat aber gezeigt, dass diese Haftung nicht ausschliesslich als „reine" Widerrechtlichkeitshaftung ausgelegt wird, wie dies der Wortlaut von VG 3 implizieren würde, schon gar nicht als strenge Kausalhaftung[1815], sondern in wichtigen Fallgruppen als Haftung für objektive Unsorgfalt bzw. Pflichtwidrigkeit[1816]. Ein Teil der Lehre hat denn auch darauf hingewiesen, dass sich ein haftpflichtrechtlicher Schutz nur für „fehlerhaftes Funktionieren" des Staatsapparates rechtfertige. „Eine eigentliche Gefährdungshaftung sei nur vorzusehen, wenn die hoheitliche Tätigkeit eine gewisse Gefährlichkeit aufweise", da der Staat an sich nicht gefährlich sei[1817]. Insofern erscheint mir der Wortlaut von VG 3 als Vorbild für eine sinnvolle Organisationshaftung nicht adäquat[1818].

Ebenso wenig hilfreich ist der Verweis auf OR 101, dessen Anwendung ja wie erwähnt zumindest von einem „hypothetischen" Verschulden abhängig gemacht wird, was bedeutet, dass der Schuldner nicht automatisch haftet, sondern nur dann, wenn das Verhalten der Hilfsperson, durch den Schuldner begangen, diesem als schuldhaft vorwerfbar wäre. OR 101 statuiert deshalb keine eigentliche Kausalhaftung[1819]. Ähnliches gilt für ZGB 55/2 und verwandte Normen, mit der zusätzlichen Nuance, dass hier nicht nur ein hypothetisches, sondern ein effektives Verschulden des Organs Haftungsvoraussetzung ist, sofern letzteres gemäss OR 41 haftet.

(e) Zwischenfazit: keine Organisationshaftung für blosse widerrechtliche Verursachung

Es hat sich gezeigt, dass es in komplexen arbeitsteiligen Organisationen wenig Sinn macht, den Organisationsträger (bzw. dessen Vertreter) an organisatorischen Sorgfaltspflichten zu

---

1813 S. a. die Bemerkung bei WERRO, Croisée des chemins, S. 336, a. mit Verw. auf HAAS.

1814 Siehe z. B. J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 4.

1815 Wie dies NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 121, impliziert.

1816 Siehe vorne S. 56 ff.

1817 J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 258, auch mit Verweis auf JAENICKE und LEISNER.

1818 A. M. offenbar JÄGGI, S. 756.

1819 WEBER-BK, ad OR 101, N 4; PETRIN S. 63 Fn 345.

messen, die zu erbringen er ohnehin kaum imstande ist. Hieraus haben gewisse Autoren die Forderung abgeleitet, eine Organisationshaftung müsse lediglich an einen funktionellen Zusammenhang und ein Subordinationsverhältnis sowie an die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen anknüpfen; eine solche Haftung hätte etwa folgenden Wortlaut:

> *„Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben.".*

Eine solche Haftung könnte entweder als Organisationshaftung für blosse Verursachung (ohne die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit) verstanden werden, oder als Haftung für blosse Widerrechtlichkeit. Sie hätte den Vorteil einer vollständigen Internalisierung externer Schadenskosten und würde das Gericht überdies von der schwierigen Aufgabe entbinden, ein „Organisationsrisiko" zu umschreiben. Allerdings hätte sie eine Reihe gewichtiger Nachteile. So ist die Begründung einer Haftung m. E. nicht ausschliesslich über ökonomische Gesichtspunkte möglich. Im Weiteren fehlt in einem solchen Modell, selbst bei Berücksichtigung der Widerrechtlichkeit, ein genügend flexibles Element im Haftungstatbestand, um der Rechtsprechung eine differenzierte Risikoverteilung im Einzelfall zu erlauben; insbesondere müssten Entwicklungsrisiken explizit im Gesetz von einer Haftung ausgenommen werden, falls dies politisch wünschenswert erscheint. Es ist auch hervorzuheben, dass Organisationen zwar mehrheitlich nicht mehr dem Bild eines kleinen Handwerksbetriebs entsprechen, von dem OR 55 ausging, dass sie aber genauso wenig sämtlich international tätige, komplexe, tendenziell gefährliche Unternehmungen sind. Insofern ginge eine Haftung für blosse Widerrechtlichkeit von einem zu einseitigen Organisationsmodell aus. Schliesslich spricht insbesondere die Systematik und Kohärenz des Haftpflichtrechts gegen ein solches Haftungsmodell. Zunächst lässt sich eine vernünftige Begrenzung der Haftung nicht über die Voraussetzungen des funktionalen Zusammenhangs, des Subordinationsverhältnisses sowie den Schadenbegriff erreichen. Im Weiteren ist es für wichtige Fallgruppen (namentlich Verhaltensunrecht und Unterlassungen) unmöglich, die Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit und des Kausalzusammenhangs völlig losgelöst von Sorgfaltspflichten zu definieren. Da also Unsorgfalt selbst bei einer reinen Widerrechtlichkeitshaftung berücksichtigt werden müsste, gebietet es die Rechtssicherheit, dass diese Haftungsvoraussetzung explizit im Tatbestand erwähnt wird, womit man aber das Feld der strengen Kausalhaftungen verliesse. Soweit schliesslich Organisationshaftung als Haftung für blosse Verursachung (also ohne Widerrechtlichkeit) ausgelegt würde, verlören die meisten anderen Kausalhaftungen, milde wie strenge, ihren Sinn, sofern mit der neuen Organisationshaftung Anspruchskonkurrenz bestünde. Denn eine so verstandene Organisationshaftung wäre selbst strenger als strenge Kausalhaftungen, da bei letzteren zusätzlich zur Zugehörigkeit der Schadensursache zum Organisationsbereich zumindest noch die Manifestation einer besonderen Betriebsgefahr vorausgesetzt wird. Und bestünde keine Anspruchskonkurrenz, so ergäbe sich das widersinnige Resultat, dass die subsidiäre allgemeine Haftungsform strenger wäre als die besonderen Kausalhaftungen, die aber doch um ihrer Strenge willen eingeführt wurden.

Aus dem Gesagten ergibt sich zusammenfassend, dass eine Organisationshaftung nicht in Form einer Haftung für blosse Verursachung bzw. für reine Widerrechtlichkeit ausgestaltet werden sollte[1820].

[1820] Ähnlicher Ansicht BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 78 f., in Bezug auf die Gefährdungshaftung.

d) Anknüpfung an „organisatorische Unsorgfalt": Art. 49 und 49a des Schweizer Vorentwurfs

(1) Darstellung

Der Vorentwurf für die Gesamtrevision des Schweizer Haftpflichtrechts enthält zwei Bestimmungen zur Organisationshaftung im engeren Sinn:

> Gemäss VE 49 haftet jener, der sich einer Hilfsperson bedient, *„für den Schaden, den diese in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht, es sei denn, er beweise, dass er bei der Auswahl, bei der Unterweisung und bei der Überwachung dieser Hilfsperson alle erforderlichen Massnahmen getroffen hat, um den Schaden zu verhüten"*.

VE 49a betrifft die Organisationshaftung „in Unternehmungen" und lautet wie folgt:

> *„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 dieser Tätigkeiten verursacht wird, es sei denn, sie beweise, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten"*.

Erwähnenswert ist zunächst die Aufteilung der Hilfspersonenhaftung auf zwei Bestimmungen, die eine den „wirtschaftlichen oder beruflichen", die andere *e contrario* den privaten, „häuslichen" Bereich betreffend[1821]. Bei beiden Normen ist die Beweislastverteilung gleich geregelt wie bei OR 55: Unsorgfalt bzw. ein Organisationsmangel wird vermutet, der belangten Person steht aber ein Entlastungsbeweis genügender Sorgfalt offen. Die Auslegung von VE 49 soll in verschiedener Hinsicht jener von OR 55 gleichen, so bezüglich der Erfordernis eines funktionellen Zusammenhangs, des objektiven Sorgfaltsbegriffs und des Einwandes fehlender Kausalität der Sorgfaltswidrigkeit[1822]. Neu soll sich aber VE 49 (ähnlich wie BGB 831) ausdrücklich nur auf die drei klassischen *curae* beziehen und nicht auf umfassendere Organisationspflichten, wie sie das Bundesgericht aus OR 55 abgeleitet hat[1823].

Kernstück der Revision ist VE 49a, der eine „Generalklausel der Organisationshaftung" darstellt[1824]. Ein Teil der Lehre hatte eine noch strengere Organisationshaftung in Form einer Haftung für reine rechtswidrige Verursachung gefordert, aber die Studienkommission befürchtete dadurch eine zu starke Belastung der KMU[1825]. Deshalb regte sie die Einführung einer einfachen Kausalhaftung für vermutete organisatorische Unsorgfalt an, mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises. VE 49a entspricht dieser Anregung und stellt so die Kodifikation der Rechtsprechung zu OR 55 dar[1826]. Wie OR 55 gründet auch VE 49a auf einem sozio-technischen Organisationsmodell. Denn diese Norm ist nur anwendbar, wenn mindestens zwei Personen zusammenarbeiten, wobei „zumindest gelegentlich das charakteristische Unterordnungsverhältnis zwischen Hilfsperson und Haftungsobjekt" vorkommen muss[1827]. Die Haftung nach VE 49a greift aber auch dann, wenn der Schaden durch eine technische Einrichtung oder generell eine „Sache" verursacht wurde, „die auf irgendeine

---

1821 Ähnlich auch das niederländische Recht, s. WIDMER/WESSNER S. 125 und NWB 6:170.
1822 Siehe eingehender WIDMER/WESSNER S. 127 ff.
1823 WIDMER/WESSNER S. 128.
1824 WIDMER/WESSNER S. 125; HAHN S. 417.
1825 WIDMER/WESSNER S. 126; s. Bericht Studienkommission S. 69 f.
1826 WIDMER/WESSNER S. 127.
1827 WIDMER/WESSNER S. 130.

Weise mit der Organisation verbunden ist"[1828]. Hinsichtlich der Beurteilung des Entlastungsbeweises gleichen die von WIDMER/WESSNER vorgeschlagenen Kriterien der bundesgerichtlichen Praxis zu OR 55[1829]. Nur am Rand, in Bezug auf OR 55, wird erwähnt, dass die Sorgfaltspflichten des Organisationsträgers *ex ante*, nicht *ex post* beurteilt werden sollten[1830].

VE 49a weist darüber hinaus gewisse inhaltliche Unterschiede zu OR 55 auf, abgesehen von der Beschränkung von VE 49a auf wirtschaftliche und berufliche Aktivitäten. So wird kein funktioneller Zusammenhang der Schädigung mit der unternehmerischen Tätigkeit verlangt; es genügt eine einfache zeitliche und örtliche Beziehung (wobei diese Kriterien kumulativ gegeben sein müssen)[1831]. Verursacht das Mitglied allerdings Schäden ausserhalb der Arbeitszeit unter Benützung der Infrastruktur der Organisation, so soll keine Haftung nach VE 49a greifen[1832].

Die Kanalisierung der Haftung auf den Organisationsträger war seitens der Studienkommission empfohlen worden, findet sich aber nun nicht im Vorentwurf, da dessen Autoren der Verbesserung der Stellung des Geschädigten den Vorzug gegeben haben[1833]. VE 49 und 49a sind, wie OR 55, in Bezug auf andere Kausalhaftungen nur subsidiär anwendbar[1834], abgesehen von der Anspruchskonkurrenz mit dem PrHG gemäss PrHG 11/2[1835].

(2) Beurteilung

(a) Allgemeine Reaktionen

Die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zur Reformvorlage sind zwiespältig. Insbesondere die Wirtschaft wendet sich gegen VE 49a und VE 50, u. a. mit dem Argument, VE 49a führe zu einer „Stigmatisierung unternehmerischer Tätigkeit", und es sei zu befürchten, dass der Befreiungsbeweis praktisch nicht erbracht werden könne[1836]. Politisch soll die gesamte Revision des Haftpflichtrechts nicht prioritär behandelt werden und wurde nicht in die laufende Legislaturplanung (bis 2007) aufgenommen[1837].

Seitens der Lehre lehnen diverse Autoren VE 49a ab, aus verschiedenen Gründen. Die Experten WIDMER/WESSNER selbst weisen auf Widersprüche zwischen verschiedenen Thesen der Studienkommission hin[1838]. Sie empfinden es als unbefriedigend, dass VE 49a einen Organisationsmangel voraussetzt. So werde eine weitere milde Kausalhaftung eingeführt; dies sei aber nicht angebracht, da die geltenden milden Kausalhaftungen wegen ihrer „Dop-

---

1828 WIDMER/WESSNER S. 131, die bemerken, dass die Haftung nach VE 49a so „den Charakter einer Haftung für Sachen (selbst wenn sie nicht gefährlich sind)" annimmt.

1829 WIDMER/WESSNER S. 132.

1830 WIDMER/WESSNER S. 124.

1831 Die Formulierung bei WIDMER/WESSNER, S. 130, ist in dieser Hinsicht nicht ganz präzise: selbst ein blosser Bezug zu Arbeitszeit und Arbeitsort ist ein funktioneller Zusammenhang, da dieser ohnehin über eine Reihe verschiedener Kriterien ausgelegt werden muss, wozu Zeit und Ort gehören können; s. a. weitere Bemerkungen hinten S. 302 ff.

1832 WIDMER/WESSNER S. 130.

1833 WIDMER/WESSNER S. 54; 133; s. demgegenüber Bericht Studienkommission, S. 73.

1834 WIDMER/WESSNER S. 133.

1835 Der in der Gesamtrevision nicht geändert werden soll, s. WIDMER/WESSNER S. 322 f.

1836 SCHÖBI S. 10. Vernehmlassungsbericht unter: http://www.bj.admin.ch/themen/haftpflicht/vn-ber-d.pdf.

1837 SCHÖBI S. 20.

1838 Vgl. Bericht Studienkommision, S. 215 ff., These 33-1 (nach Möglichkeit keine Einführung weiterer einfacher Kausalhaftungen) und These 53-5 (Haftung für Betriebsmängel).

pelnatur" (zwischen Verschuldens- und Kausalhaftung) einige praktische Probleme verursacht haben. Überdies habe sich die Studienkommission bereits 1991 im Grundsatz festgehalten, neue einfache Kausalhaftungen sollten nicht mehr statuiert werden[1839]. Insbesondere bei der Auslegung von OR 55 hat sich die Tendenz des Bundesgerichts gezeigt, in Richtung einer strengen Kausalhaftung zu driften, da der Entlastungsbeweis kaum mehr zu erbringen ist. WIDMER befürwortet die Stossrichtung des Bundesgerichts, weist aber darauf hin, dass dessen Rechtsprechung legislatorisch nur durch Streichung des Entlastungsbeweises verwirklicht werden könnte[1840]. Auch LOSER vermisst bei VE 49a klare konzeptuelle Konturen und lehnt die allfällig damit verbundene „ungerechtfertigte" Verschärfung der Haftung des Organisationsträgers „im Vergleich zu demjenigen, der im Geschäftsverkehr als Einzelperson handelt, ab"[1841]. HAUSHEER begrüsst die vorgeschlagene Regelung im Grundsatz, erachtet es aber als notwendig, VE 49a (früher VE 21) nicht zu einer „reinen Erfolgshaftung verkommen" zu lassen, wie dies mit OR 55 teilweise geschehen sei[1842]. JAUN zeigt sich gegenüber der Rechtsprechung zu OR 55 kritisch und erachtet auch VE 49a als problematisch, da es sich hierbei um die Kodifikation dieser Rechtsprechung handle[1843].

(b) Modulierung der Haftung anhand der Zielsetzung der schädigenden Tätigkeit (Trennung zwischen VE 49 und 49a) oder der Grösse der Organisation

Die Trennung zwischen VE 49 und 49a, d. h. die Unterscheidung zwischen „wirtschaftlich" und „beruflich" ausgerichteten Tätigkeiten und anderen, erscheint mir nicht angebracht[1844], obschon sie seitens gewisser Autoren begrüsst wird[1845] und auch ein Vorbild im niederländischen Recht hat[1846]. In gewisser Hinsicht verwandt mit dieser Differenzierung wäre die Unterscheidung zwischen „grossen" und „kleinen" Organisationen, die in Diskussionen um Kausalhaftungen regelmässig auftaucht, in neuerer Zeit insbesondere in Form der Dichotomie zwischen KMU und Grossunternehmen[1847]. In einer rechtssoziologischen Studie hat sich gezeigt, dass für viele Menschen Strenge und Umfang der Organisationshaftung rein intuitiv anhand gewisser Eigenschaften der Beklagten moduliert werden müsste, und zwar insbesondere anhand der Grösse. So war die Frage zu beantworten, wie die Haftungsfolgen

---

1839 WIDMER/WESSNER S. 54.

1840 WIDMER, Vereinheitlichung, S. 408 ff.; zum Bericht Studienkommission ders., Responsabilité, S. 359 ff.

1841 LOSER S. 152.

1842 HAUSHEER, Neuerungen, S. 25 f.

1843 JAUN S. 582.

1844 Gleicher Ansicht im Grundsatz auch PETRIN S. 60 f.; JAUN S. 589; STEIN, S. 305; GILLIARD S. 298; CAEMMERER S. 295 f.

1845 Siehe z. B. BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 95; ähnlich auch WEBER-HÄUSERMANN, S. 120 ff.; für das deutsche Recht siehe die Nachweise bei ZWEIGERT/KÖTZ, S. 389 f. Auch im deutschen Reformprozess hat man bezüglich der vorgeschlagenen Ausgestaltung der Organisationshaftung analog der *vicarious liability* den Vorbehalt geäussert, die neue Haftung sei dort unangemessen, „wo ein Privatmann seinem Gehilfen eine an sich durchaus ungefährliche Alltagsverrichtung übertragen hat" (so offenbar auch HELM, S. 404), wobei aber das Modell des französischen und englischen Rechts – die direkte Zurechnung des Verschuldens der Hilfsperson – in den betroffenen Ländern offenbar nicht zu Bedenken oder Reformwünschen hinsichtlich der möglichen zu grossen Härte dieser Regel für private Arbeitgeber geführt hat (ZWEIGERT/KÖTZ S. 390).

1846 Siehe die Art. 6:170 Abs. 1 und 6:170 Abs. 2 BWB, wiedergegeben und übersetzt bei NIEDER/WESTERDIJK S. 74. Allerdings bleibt die Grundstruktur der beiden Normen – Haftung des Geschäftsherrn für das Verschulden der Hilfsperson ohne Entlastungsmöglichkeit für den ersteren – identisch. Die Unterscheidung nach privaten und beruflichen Tätigkeiten hat nur Auswirkungen auf den funktionellen Zusammenhang.

1847 AESCHIMANN S. 112; s. a. BURCKHARDT S. 75.

für eine vergiftete Thunfischdose zwischen Hersteller, Verkäufer und dem „Schicksal" aufgeteilt werden sollten. Erheblich mehr Befragte würden dem Verkäufer eine Haftung aufbürden, wenn dieser ein Supermarkt wäre, als wenn es sich um eine Einzelfirma handeln würde[1848].

Solche Unterscheidungskriterien besitzen aber einen relativ beliebigen Charakter und knüpfen insbesondere nicht an Faktoren an, die im Hinblick auf eine Haftung relevanter sind. Zu diesen gehört insbesondere die Gefährlichkeit einer Tätigkeit, denn von dieser hängt die Schadenswahrscheinlichkeit letztlich ab. Die landläufige Meinung wie auch die Ansicht verschiedener Autoren[1849] geht dahin anzunehmen, grössere Organisationen seien zwangsläufig und automatisch gefährlicher als kleine. Diese Ansicht ist insofern berechtigt, als grosse Organisationen tendenziell mehr Marktanteile und Macht besitzen als kleine, was sich tatsächlich schadensträchtig auswirkt, wenn sie unsorgfältig organisiert sind oder sogar kriminelle Ziele verfolgen. Ausserdem wurde aus psychologischer Sicht bemerkt, eine grosse Organisation lasse das Verantwortungsbewusstsein ihrer Mitglieder eher schwinden[1850]. Dennoch erscheint zur Bestimmung der Wirksamkeit von Schutzsystemen aus der Sicht der Organisationsforschung eher als die Grösse einer Organisation deren *Komplexität* ein sinnvolles Kriterium darzustellen[1851]. Je komplexer, interaktiver, enger gekoppelt und undurchsichtiger eine Organisation ist, desto schwieriger ist die Umsetzung von Sicherheitsbestrebungen[1852] und desto eher führen Organisationsmängel zu Schäden (z. B. wegen mangelnder Aufsicht, was Normverletzungen durch Mitglieder begünstigt). Mit der Grösse einer Organisation haben aber diese Faktoren wenig zu tun (ganz abgesehen von der Problematik, das Kriterium der Grösse abstrakt zu definieren[1853]). So ist es durchaus denkbar, dass eine Supermarktkette mit einem Umsatz von 10 Milliarden Franken und Tausenden von Mitarbeitern im Grunde relativ überschaubar und einfach organisiert ist, weil ihre Tätigkeiten nicht übermässig komplex und repetitiv sind. Umgekehrt kann man sich eine Holdinggesellschaft vorstellen, die von relativ wenigen Mitarbeitern geführt wird, deren Beteiligungsstruktur aber komplex und für Aussenstehende (manchmal sogar für die Leitung der Organisation) völlig undurchschaubar ist.

Das Unterscheidungskriterium sollte somit weder die Grösse der Unternehmung[1854] noch die Zielsetzung der Tätigkeit (beruflich/wirtschaftlich oder privat) sein, sondern primär deren konkrete Gefährlichkeit[1855]. Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Papeteriegeschäft für sein Verkaufspersonal strenger haften sollte als ein privater Waffensammler für sein Hauspersonal; eher das Umgekehrte wäre angemessen, da ein Papeteriegeschäft zwar wirtschaft-

---

1848 Siehe die Darstellung bei AESCHIMANN, S. 109 ff.

1849 Siehe z. B. AESCHIMANN S. 115 f.; BUNDESAMT FÜR JUSTIZ S. 4; RASMUSSEN S. 43. *Contra* aber CAEMMERER S. 295.

1850 Siehe LEARY/FORSYTH (1987), zitiert bei MARING, Verantwortung, S. 221 f.; s. a. JUNG S. 188 f.

1851 So auch WERRO, Croisée des chemins, S. 341 f.; JAUN S. 590.

1852 Siehe oben S. 231 ff., 236 ff.

1853 CAEMMERER S. 295; Bericht Studienkommission S. 71. Die – auch im Handelsrecht nicht unumstrittenen – Kriterien von OR 663[c] beispielsweise machen für die Organisationshaftung wenig Sinn, da für einen ganz anderen Kontext gedacht, und liessen sich möglicherweise auch nicht auf alle Organisationen übertragen.

1854 Ablehnend auch PETRIN, S. 60.

1855 GILLIARD, S. 298, lehnt eine Haftungserleichterung zugunsten der Land- und Hauswirtschaft ab, da auch Hausbedienstete und Landwirtschaftsarbeiter gelegentlich mit gefährlichen Maschinen arbeiten. Ähnlich erscheint es auch WIDMER, Gefahren, S. 318, hinsichtlich Art. 2050 des italienischen Codice civile als durchaus plausibel, dass auch „nichtgewinnorientierte Tätigkeiten von der allgemeinen Gefährdungshaftung erfasst werden, sofern sie sich durch eine wesensmässige und ausgeprägte Tendenz zur Schadensverursachung auszeichnen."

lich ausgerichtet, aber erfahrungsgemäss weniger gefährlich ist als eine Waffensammlung. Als weiteres Beispiel: Weshalb sollte die Organisation eines Konzerts von Amateur-Musikern durch Privatpersonen einer milderen Haftung unterstehen[1856] als die Durchführung eines Konzerts durch einen professionellen Veranstalter? Die Gefährdungssituation ist durchaus vergleichbar.

> Als Beispiel könnte man das Problem der Überbelegung des Zuschauerraums[1857] anführen. Gesetzt den Fall, ein Amateur-Veranstalter führe in einem Kellerraum ein Rock-Konzert durch und übertrage dessen Organisation vor Ort einem kleinen Team von ebenfalls nur in der Freizeit als solche wirkenden Sicherheitsleuten, die sich in der Vergangenheit bei ähnlichen Anlässen aber bereits bewährt haben und über Ausbildungen in Selbstverteidigung, erster Hilfe etc. verfügen. Obschon durch den Veranstalter hinreichend instruiert, schätzen die Sicherheitsleute die Lage falsch ein, und da eine Tür fälschlicherweise versperrt ist, kommt es zu einem Gedränge, bei dem Zuschauer verletzt werden.

Wendete man VE 49 konsequent an, so müsste der Veranstalter einer Haftung entgehen, da ihm weder eine *culpa in instruendo* noch *in eligendo* vorzuwerfen wäre; und da erfahrene Mitarbeiter nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu OR 55 nicht dauernd überwacht werden müssen[1858], läge auch keine *culpa in custodiendo* vor[1859]. Wäre der Fall hingegen nach VE 49a zu beurteilen, so wäre eine Haftung wohl zu bejahen, da die Organisationspflichten des Veranstalters umfassender gewesen wären. Diese Ungleichbehandlung von Geschädigten in einer vergleichbaren Risikosituation ist nicht nachvollziehbar[1860]. Somit wäre vermutlich zu erwarten, dass die Rechtspraxis die Sorgfaltspflichten gemäss VE 49 zurechtbiegen würde, um den privaten Waffensammler für Schäden haften zu lassen, die sein langjähriger, erfahrener und gut ausgebildeter (also keiner dauernden Überwachung bedürfender) Butler beim neugierigen Spiel mit dem Karabiner verursacht hat[1861].

Ausserdem dürfte die praktische Abgrenzung von VE 49 und 49a relativ kompliziert sein, ähnlich wie auch WEBER-HÄUSERMANNS Modell einer dreistufigen Haftung. Für drei Haftungsformen mit unterschiedlichen Haftungsfolgen innerhalb eines selben Haftungsgrundes (Pflichtwidrigkeit des Geschäftsherrn[1862]) müssen Haftungsvoraussetzungen, Haftungssubjekte, Modalitäten etc. bestimmt werden, was unweigerlich zu Abgrenzungsproblemen führen wird. Dies gilt selbst dann, wenn das Abgrenzungskriterium sinnvoller ist als die „Zielsetzung", wie beispielsweise der Gesichtspunkt der Komplexität, wie von WERRO vorgeschlagen[1863]. Denn dies käme wiederum auf den Beweis eines typischen Organisationsrisikos hinaus, was nicht angebracht wäre, wie vorne (S. 263 ff.) ausgeführt. Eine formell im

---

1856 Wie bei WIDMER/WESSNER, S. 127, vorgeschlagen; oder gälte die Organisation von vier zahlungspflichtigen Konzerten pro Jahr durch ein Amateur-Ensemble als „wirtschaftliche Tätigkeit", da regelmässig wirtschaftliche Mittel eingesetzt werden (WIDMER/WESSNER S. 130)? Dann aber läge in der Kommentierung von VE 49 und 49a ein Widerspruch vor.

1857 Siehe hierzu auch die Beispiele betreffend Sportveranstaltungen, vorne S. 233 ff.

1858 Siehe z. B. BGE 77 II 308.

1859 Eine Haftung des Veranstalters gemäss OR 41 gestützt auf den Gefahrensatz erschiene mir ebenfalls fraglich, da nicht der Veranstalter, sondern seine Helfer schuldhaft eine gefährliche Situation geschaffen haben.

1860 Anzumerken ist an dieser Stelle, dass die Autoren des VE offenbar entgegen dem Vorschlag der Studienkommission keine besondere Veranstalterhaftung einzuführen anregen, s. hierzu auch WIDMER/WESSNER, S. 45.

1861 Es sei denn, der Waffensammler hafte aufgrund der Umstände bereits persönlich kraft Gefahrensatz und OR 41, wie in BGE 112 II 138.

1862 WEBER-HÄUSERMANN S. 124.

1863 WERRO, Croisée des chemins, S. 341 f.

Gesetz verankerte Zwei- oder Mehrstufigkeit der Organisationshaftung scheint mir deshalb kaum praktikabel und ist abzulehnen.

(c) Sorgfaltsbegriff (Verweis)

Die Anknüpfung der Haftung an ein Sorgfaltselement ist im Grundsatz zu begrüssen (s. hinten S. 310 ff.). Der Vorschlag der Studienkommission bezog sich ganz allgemein auf einen „Mangel" oder „Fehler" im Betrieb, der im Bericht nicht spezifischer umschrieben wird[1864]. VE 49a bezieht sich nun aber wie OR 55 nur auf *organisatorische*, nicht auch auf inhaltliche Unsorgfalt. Diese Begrenzung erscheint mir aus bereits dargelegten Gründen problematisch (s. vorne S. 254 ff.).

(d) Subordinationsverhältnis und funktioneller Zusammenhang (Verweis)

Wie schon eingangs des rechtsvergleichenden Überblicks erwähnt, gehören diese beiden Elemente zu den Grundvoraussetzungen der Organisationshaftung und sollen deshalb weiter hinten vertieft geprüft werden (S. 295 ff., 302 ff.).

(e) Verteilung der Beweislast (Verweis)

Dass der Organisationsträger das Fehlen einer Unsorgfalt zu beweisen hat, wie in VE 49a vorgeschlagen, ist zu begrüssen, aus Gründen, die weiter hinten dargelegt werden (S. 357 ff.).

(f) Verzicht auf Kanalisierung und extern begrenzte Solidarität (Verweis)

Siehe hierzu weitere Ausführungen hinten, S. 365 ff.

e) Anknüpfung an „objektive Unsorgfalt"

(1) Darstellung

Mehrere Autoren haben Formen der Organisationshaftung vorgeschlagen, die an das Auftreten einer „objektiven Unsorgfalt" anknüpfen. Insbesondere der Vorschlag JÄGGIS vom Schweizerischen Juristentag 1967 deutet in die Richtung einer Organisationshaftung für „kollektive und objektive Unsorgfalt", gleich welchen Organisationsmitglieds: „Wie bei der Gefährdungshaftung die Manifestation einer Betriebsgefahr, so muss ... bei der Organisationshaftung die Manifestation einer objektiven Unsorgfalt im Betrieb als Grund für die Ersatzpflicht genügen. Zu Ende gedacht führt somit die Organisationshaftung zur Haftung für ‚Betriebsmängel'"[1865].

GILLIARD hat vorgeschlagen, OR 55 in dem Sinne zu modifizieren, dass der Organisationsträger für Schäden haftet, die seine Untergebenen *„dans l'accomplissement de leur travail"* verursachen, *„si le lésé prouve que le travail n'a pas été effectué conformément aux règles de l'art"*[1866]. Der Verweis auf die „Regeln der Kunst" deutet wohl auf objektiv umschriebe-

1864 Bericht Studienkommission S. 71.
1865 JÄGGI S. 755.
1866 GILLIARD S. 297 f.

ne Sorgfaltspflichten[1867] hin, wobei die subjektive Voraussehbarkeit des Schadens keine Rolle spielen soll[1868]. Aufgrund GILLIARDS Formulierung ist nicht ganz klar, ob die fragliche Norm nur die Zurechnung einer objektiv unsorgfältigen Handlung der Hilfsperson an den Geschäftsherrn stipuliert[1869], oder auch Haftung bei objektiver Unsorgfalt des Geschäftsherrn bedeutet[1870], weshalb ich sie als kombiniertes Modell deute. Ähnliches gilt für den Ansatz von JAUN, der sich im Grundsatz GILLIARDS Vorschlag anschliesst und bemerkt, eine so verstandene Geschäftsherrenhaftung würde das Verhalten von Hilfs- und Organpersonen gleichermassen einschliessen[1871].

Auch WEBER-HÄUSERMANNS Vorschlag[1872] knüpft an Begriffe der objektiven Unsorgfalt an, allerdings in Verbindung mit einem Verschulden. Sie schlägt ein dreistufiges Haftungsmodell vor. Auf der ersten Stufe soll eine Organisationshaftung nur greifen, wenn den Geschäftsherrn ein „Schuldvorwurf hinsichtlich der Auswahl, Unterweisung und Beaufsichtigung des Schadensstifters trifft", wobei Unsorgfalt des Geschäftsherrn vermutet wird und ein sorgfaltsbezogener Entlastungsbeweis sowie der dezentralisierte Entlastungsbeweis offen stehen sollen (was der relativ engen Auslegung von BGB 831 durch deutsche Gerichte entspricht). Die zweite Stufe soll durch die moderne Auslegung von OR 55 gebildet werden (wobei die Autorin nicht bezeichnet, für welche Bereiche diese Stufe Anwendung findet), während eine „Haftung für Betriebsmängel" die „Spitze der Pyramide" bilden soll. Solche Mängel können Verhaltensweisen oder Zustände sein, wobei die Ursache des Mangels unberücksichtigt bleiben soll. Dass WEBER-HÄUSERMANN den Betriebsmangel als eine Form von Unsorgfalt betrachtet, zeigt sich, wenn sie verlangt, „der Rahmen des Vernünftigen und Zumutbaren" dürfe nicht gesprengt werden: „So muss ein Betrieb auch unterdurchschnittlich Befähigte beschäftigen sowie technische Einrichtungen benutzen können, welche nicht (mehr) dem höchsten Stand der Sicherheitstechnik entsprechen". Der Grad der erforderlichen Sicherheit eines Unternehmens soll von den Gefahren abhängen, die von ihm ausgehen. Unsorgfalt des Geschäftsherrn soll vermutet werden, unter Zulassung eines Befreiungsbeweises (wobei nicht klar ist, ob die Autorin auch auf dieser dritten Stufe den dezentralisierten Entlastungsbeweis zulassen will oder nicht). Die dritte Stufe soll auch bei gefahrgeneigten Tätigkeiten, bei erfahrungsgemäss hohem und häufigem Schadenspotential sowie „wenn die soziale Verantwortung es fordert" Anwendung finden[1873].

Interessant ist der Normvorschlag von B. GROSS für eine allgemeine Organisationshaftung, welche die privatrechtliche Haftung wie auch die Staatshaftung umfassen würde[1874]:

1867 Ein objektiver Fehler, NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 118.

1868 Auf diesen Schluss deuten GILLIARDS Bemerkungen (S. 298 f.) zur Haftung der juristischen Person für ihre Organe, die *de lege lata* strenger, aber *de lege ferenda* milder wäre als die Geschäftsherrenhaftung, da in ZGB 55/2 nur das Verschulden des Organs Haftungsmassstab ist, bei GILLIARDS Neuvorschlag hingegen die Verletzung von „Regeln der Kunst". Dennoch hält GILLIARD die Unterscheidung zwischen Hilfspersonen und Organen in Bezug auf die Organisationshaftung aufrecht und betont, es sei nicht systemfremd, dass juristische Personen für ihre Organe milder haften als der Geschäftsherr für seine Hilfspersonen; denn *„la personne morale ne doit pas être traitée plus sévèrement qu'un particulier"*. Er zeigt aber die Fragwürdigkeit dieses Arguments gleich selbst auf, indem er bemerkt, die Ressourcen der juristischen Person *„rendent prafois l'action des organes plus dommageable que celle d'une privata persona"* (S. 299).

1869 Wovon NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 118 auszugehen scheint.

1870 Was WEBER-HÄUSERMANN (S. 114) aus GILLIARDS Vorschlag herausliest.

1871 JAUN S. 593 f.

1872 Zum Ganzen WEBER-HÄUSERMANN S. 121 f.

1873 WEBER-HÄUSERMANN S. 122.

1874 Siehe B. GROSS S. 564.

„Der Betriebsinhaber haftet für den Schaden der durch Fehler in der Organisation oder Fehler von Betriebsangehörigen eines nicht ausschliesslich privaten Zwecken dienenden Betriebes verursacht wird."

(2) Beurteilung

JÄGGIS Vorschlag ist aus der Sicht der neueren Rechtsprechung wie auch der Organisationstheorie überzeugend. Die Analyse der Rechtsprechung zu OR 55 zeigt, dass das Bundesgericht seit langem die Tendenz hat, den Geschäftsherrn sowohl für eigenes Fehlverhalten als auch für jenes der Hilfspersonen haften zu lassen, dass somit zwischen organisatorischer und tätigkeitsbezogener, also inhaltlicher Unsorgfalt nicht mehr konsequent unterschieden wird, wie es OR 55 eigentlich verlangte. Das führt sinnvollerweise zu einer Art „kollektiver Unsorgfalt", die JÄGGI denn auch vorschlägt. Es wird allerdings aus JÄGGIS Formulierung nicht völlig deutlich, ob der Begriff „Betriebsmängel" wieder nur rein organisatorische Mängel bezeichnet; wegen dieser Mehrdeutigkeit ist dieser Terminus abzulehnen, was JÄGGIS Vorschlag inhaltlich nicht präjudiziert.

Dass es JÄGGI nicht um die Zurechnung von Einzelhandeln an das Kollektiv geht, im Sinne einer Solidarhaftung aller Organisationsmitglieder für das Handeln einzelner (analog etwa OR 543/2), sondern um die Zurechnung an einen Organisationsträger, scheint mir klar. JÄGGI hat mit seinem Diskussionsvotum ein Haftungsmodell ja auch nur angedeutet, nicht durchstrukturiert[1875]. Im Begriff der kollektiven Unsorgfalt ist denn auch der Schlüssel zum Problem der Organisationshaftung zu sehen; hierzu folgen weiter hinten vertieftere Ausführungen (S. 311 ff.).

NATER glaubt zu erkennen, dass es JÄGGI nur um das Problem der „Rechtsverfolgung" gehe, um das Problem nämlich, dass in komplexen Organisationen konkrete Schädiger kaum ermittelbar sind[1876]. Da diese Probleme bereits unter geltendem Recht zufriedenstellend gelöst würden, dränge sich keine Neuregelung auf[1877]. Die von NATER zitierte Passage[1878] kann aber auch anders verstanden werden, nämlich dahingehend, dass JÄGGI darauf hinweist, dass verschiedene organisatorische Verhaltensweisen nur durch das Zusammenwirken mehrerer individueller Teilbeiträge überhaupt möglich werden und deshalb eine Zurechnung der Schädigung an bestimmte Handlungsbeiträge dem Phänomen der kollektiven Verursachung nicht gerecht würden. Freilich kann die Rechtsverfolgung auch ein Problem der Organisationshaftung sein (aus dieser Sicht ist gewiss auch StGB 100*quater* zu erklären). Dieser Umstand erklärt aber vermutlich JÄGGIS Grundidee nicht abschliessend.

GILLIARDS Vorschlag ist quasi eine verschärfte Variante der Struktur der Hilfspersonenhaftung nach französischem und englischem Vorbild. Angesichts der gegenwärtigen Tendenzen in Richtung einer Objektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffs führt der Verweis auf „Regeln der Kunst" kaum zu anderen Resultaten als die Anwendung von OR 41: In beiden Fällen wird das Verhalten eines Haftungssubjekts an einem objektiven Verhaltensstandard gemessen. NATER weist darauf hin, dass eine solche Haftung einer Gefährdungshaftung sehr nahe kommt, und erachtet es als problematisch, dass GILLIARDS Normvorschlag auf jegliche Anknüpfung an ein subjektives Haftungselement seitens des Geschäftsherrn verzichtet. So vergrössere sich noch die Gefahr, dass der Geschäftsherr „trotz Aufwendung der gebotenen

---

1875 Insofern erscheinen mir NATERS Bemerkungen, S. 117, etwas zu spitzfindig.

1876 NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 115; so auch WEBER-HÄUSERMANN 116 ff.

1877 NATER S. 116.

1878 JÄGGI S. 755, siehe NATER S. 115.

Sorgfalt haftet"[1879], und ginge die ethische Rechtfertigung der Geschäftsherrenhaftung verloren, die auf der Missbilligung eines vorwerfbaren Verhaltens gründe[1880]. Umgekehrt weist die Lehre zu Recht darauf hin, dass GILLIARDS Vorschlag eine Verschlechterung der Beweislage des Klägers zur Folge hätte[1881], da in OR 55 das Fehlverhalten des Geschäftsherrn vermutet wird. Trotz der Kritik gewisser Autoren[1882] finden sich in GILLIARDS Vorschlag m. E. wertvolle Ideen. Setzt man die Verletzung von Regeln der Kunst einem objektiven Verschuldensbegriff gleich, so entspricht GILLIARDS Vorschlag in etwa PORTMANNS Modell, mit einer anderen Beweislastverteilung. Im Übrigen kann auf das zu PORTMANNS Vorschlag Gesagte verwiesen werden (S. 262 ff.).

Bei WEBER-HÄUSERMANNS Modell wirft vor allem die Dreistufigkeit der Haftungsstruktur Fragen auf, die sich auch bezüglich der zweistufigen Organisationshaftung gemäss dem Schweizer VE stellen. Deshalb sei auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen (S. 288 ff.).

Der Normvorschlag von B. GROSS schliesslich weist in eine interessante Richtung, da darin sowohl organisatorisches als auch inhaltliches Fehlverhalten explizit erwähnt werden. Relevant soll eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung sein[1883]. Dieser Vorschlag führt zu einer Haftung für kollektive Unsorgfalt, wobei GROSS betont, der Organisationsträger solle auch dann haften, wenn zusätzlich zur kollektiven Unsorgfalt ein individuelles Verschulden besteht[1884]. Im Grundsatz in GROSS zuzustimmen, wobei fraglich ist, ob organisatorisches und inhaltliches Fehlverhalten explizit im Gesetz erwähnt werden sollten[1885].

f) Anknüpfung an „kollektive Unsorgfalt" (Verweis)

Wie er selbst angedeutet hat, führt der Vorschlag JÄGGIS zu einer Organisationshaftung für kollektive Unsorgfalt. Ähnliches gilt für die Vorschläge von B. GROSS. Mein eigenes Modell der kollektiven Unsorgfalt werde ich im letzten Teil dieser Arbeit eingehender darstellen (S. 310 ff.). Vorerst gilt es, die allgemeinen Voraussetzungen der Organisationshaftung – das Subordinationsverhältnis und den funktionellen Zusammenhang – zu untersuchen.

B. Allgemeine Voraussetzungen der Organisationshaftung: Subordinationsverhältnis und funktioneller Zusammenhang

1. Vorbemerkung

Aus rechtsvergleichender Sicht sind die Voraussetzungen des Subordinationsverhältnisses und des funktionellen Zusammenhangs allgemeine Voraussetzungen der Organisationshaftung, die sich grundsätzlich in allen untersuchten Rechtsordnungen wiederfinden. Sie sollen Fragen beantworten, die sich für die meisten denkbaren Modelle der Organisationshaftung stellen, weshalb sie hier der eingehenden Besprechung der Haftung für kollektive Unsorgfalt vorangestellt werden. Das Subordinationsverhältnis beantwortet die Frage, ob überhaupt

---

1879 NATER S. 119.

1880 NATER S. 122, welche Argumentation aber mit anderen Überlegungen NATERS zu OR 55 in Widerspruch steht, wie vorne dargelegt.

1881 NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 120; so auch WEBER-HÄUSERMANN S. 114 f.

1882 NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 122; WEBER-HÄUSERMANN S. 115.

1883 So wohl B. GROSS, S. 553, in Anlehnung an die Vorschläge der Studienkommission.

1884 B. GROSS S. 555.

1885 Siehe hierzu weitere Bemerkungen hinten, S. 366 ff., zum eigenen Normvorschlag.

eine haftungsrelevante Organisation vorliegt, der funktionelle Zusammenhang jene nach dem Bezug der schädigenden Handlung zur Tätigkeit der Organisation.

2. Subordinationsverhältnis – Haftung für unabhängige Unternehmer

a) Der Begriff der „Organisation" als Ersatz für das Subordinationsverhältnis?

Was im Titel dieses Abschnitts pauschal als „Subordinationsverhältnis" bezeichnet wird, kommt in verschiedenen Rechtsordnungen in unterschiedlichen Ausprägungen vor. Es handelt sich dabei um ein qualifiziertes, besonderes Verhältnis zwischen dem Organisationsträger und jener Person, für die er kraft Organisationshaftung einstehen soll. Denn es versteht sich von selbst, dass er nicht für alle denkbaren, beliebigen Personen haften muss, sondern nur für jene, die in gewisser Weise mit seinem Organisationsbereich verbunden sind. Somit hat das Subordinationsverhältnis die wichtige Funktion, auf rechtlicher Ebene zu definieren, für welchen Personenkreis der Organisationsträger einstehen muss, das heisst, welchen Personenkreis die Organisation überhaupt ausmacht, oder anders formuliert, ob überhaupt eine haftungsrelevante Organisation vorliegt.

Man kann sich deshalb fragen, ob der Begriff der *Organisation* als Teil des Tatbestandes nicht geeigneter wäre als jener des Subordinationsverhältnisses, um den haftungsrelevanten Organisationsbereich festzulegen. Denn es ist nicht zu übersehen, dass das Subordinationsverhältnis von der ursprünglichen, inzwischen überwundenen Vorstellung der Geschäftsherrenhaftung als Haftung für eigenes Verschulden des Geschäftsherrn geprägt ist; diese macht nur Sinn, soweit die Hilfspersonen verpflichtet sind, den Weisungen des Geschäftsherrn Folge zu leisten und dieser seiner Weisungs-, Kontroll- und Sanktionsgewalt auch tatsächlich nachzukommen in der Lage ist. Auf eine derart eng verstandene Unterordnung kommt es allerdings heute nicht mehr an, auch im deutschen und schweizerischen Recht nicht. Das Subordinationsverhältnis wird nach flexiblen, faktischen wie auch rechtlichen Kriterien ausgelegt und kann je nach Umständen des Einzelfalls nicht nur abhängige Arbeitnehmer, sondern ausnahmsweise auch unabhängige Unternehmer umfassen[1886]. Zur Auslegung des Subordinationsverhältnisses hat sich eine lange, einigermassen gefestigte Rechtsprechung entwickelt. Es erschiene mir deshalb problematisch, diesen Begriff durch jenen der Organisation zu ersetzen. Denn zum einen wird die Organisation selbst in der Organisationslehre nicht einheitlich definiert. Besonders bei neueren Organisationsformen wie der Projektorganisation oder dem *outsourcing* stellt sich die Frage, wo die Grenzen einer Organisation im Verhältnis zu anderen gezogen werden müssen. Selbst beim klassischen betriebswirtschaftlichen Organisationsbegriff sind nicht alle Definitionen einheitlich. So fragt sich beispielsweise, ob das Element einer gewissen zeitlichen Dauer zwingend zum Organisationsbegriff gehört. Wäre dies der Fall, so ergäben sich aus rechtlicher Sicht praktische Probleme, da man so für gelegentliche, nur einmalige oder kurzzeitige Arbeitseinsätze für eine andere Person noch eine zusätzliche Haftungnorm einführen müsste. Schliesslich entspricht die Organisation in dem Sinne, wie sie hier verstanden werden müsste, keinem bestehenden Rechtsbegriff und müsste deshalb als solcher neu entwickelt werden. Hieraus entstünde einerseits eine erhebliche Rechtsunsicherheit, andererseits wäre vermutlich zu erwarten, dass die Ergebnisse sich vom Begriff des Subordinationsverhältnisses nicht massgeblich unterscheiden würden.

Es ist deshalb meines Erachtens (paradoxerweise) darauf zu verzichten, im Tatbestand der Organisationshaftung an das Bestehen einer Organisation anzuknüpfen. Vielmehr soll, wie

---

[1886] Siehe die Bemerkungen zum Subordinationsverhältnis nach OR 55 vorne S. 20 ff.

unter geltendem Recht, das qualifizierte Verhältnis zwischen Organisationsträger und Hilfsperson möglichst offen umschrieben werden. Dadurch ist der konkrete Inhalt des Subordinationsverhältnisses noch nicht präjudiziert, worauf nachfolgend einzugehen ist.

b) VE 49a

Wie für OR 55 soll auch hinsichtlich Art. 49a des Vorentwurfs ein Subordinationsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson relevant sein. Es stellt sich ganz allgemein die Frage, ob ein solches Verhältnis für die Organisationshaftung vorauszusetzen ist. Diese Problematik lässt sich am besten anhand der Frage illustrieren, ob der Organisationsträger auch für *unabhängige Unternehmer* haften soll, die für den Träger Aufgaben erfüllen und deren Verhalten schadensrelevant wurde. Die Verfasser des Vorentwurfs äussern sich zu dieser Frage nicht ausdrücklich. Sie halten nur fest, „zumindest gelegentlich" müsse das charakteristische Unterordnungsverhältnis zwischen Hilfsperson und Haftungsobjekt vorkommen[1887]. Diese vorsichtige Formulierung weist möglicherweise auf einen inhaltlichen Unterschied zwischen VE 49a und OR 55 hin, gewiss aber auf eine Annäherung an OR 101, wo ein Subordinationsverhältnis nicht vorausgesetzt wird. Allerdings ist der Sinn dieser Kommentierung nicht ganz eindeutig: Besteht auch zu einem selbständig tätigen Anwalt in dem Moment, in dem ihm der Mandant den Auftrag erteilt, ein „gelegentliches" Unterordnungsverhältnis? Oder müsste der Mandant den Auftrag an den Anwalt schon im vornherein auf bestimmte Handlungen eingrenzen oder dem Anwalt bestimmte prozessuale Schritte vorschreiben[1888], damit man von einem Subordinationsverhältnis sprechen könnte? Falls das Erstere zuträfe, so würde dies eine grundsätzliche Haftung für selbständige Unternehmer implizieren, was ein gewichtiger Unterschied zu OR 55 darstellen würde.

c) Rechtsvergleich

Offenbar als bisher einzige europäische Rechtsordnung enthält Art. 6:171 des *niederländischen* BW ausdrücklich eine Haftung des Organisationsträgers für unabhängige Unternehmer (was gegenüber dem früheren niederländischen Recht eine inhaltliche Neuerung darstellt[1889]). Die Rechtsprechung zeigt allerdings bereits eine Tendenz, diese Norm einschränkend auszulegen[1890]. Zum einen wird schon aufgrund des Wortlauts von BW 6:171 eine *fout*, d. h. ein Verschulden der Hilfsperson (im Sinne von BW 6:162) und ein funktioneller Zusammenhang zwischen den Tätigkeiten der Organisation und der schädigenden Handlung vorausgesetzt. Überdies verlangt die Rechtsprechung eine gewisse „Einheit" zwischen den Tätigkeiten des Organisationsträgers und des unabhängigen Unternehmers[1891]. So wurde eine Elektrizitätsgesellschaft nicht haftbar für Schäden, die eine Unternehmung verursacht hatte, die für die erstere Kabelgräben ausheben sollte[1892]. Eine solche Einheit würde offenbar auch zwischen den Tätigkeiten des Bestellers eines Bauwerks und der Tätigkeit der

---

1887 WIDMER/WESSNER S. 130.

1888 „Gebundene Marschroute", wie es VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 191, nennt (mit Beispielen in Fn 1127, die eine sehr extensive Auslegung des Subordinationsverhältnisses im deutschen Recht belegen).

1889 VRANKEN S. 420.

1890 VON BAR, Vicarious Liability, S. 440 mit Verweis; VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 201.

1891 Siehe den Verweis auf die niederländische Rechtsprechung bei HAENTJENS/DU PERRON, S. 179 Fn 25; s. a. HR 21.12.2001, NJ 2002/75.

1892 HR 21.12.2001 NJ 2002/2 Energie Delfland NV – Stoeterij DE Kraal BV.

Baufirma nicht bejaht[1893]; dies entspricht im Ergebnis der Rechtslage in der Schweiz, wonach der Besteller für das deliktische Verhalten des werkvertraglich mit ihm verbundenen Unternehmers tendenziell nicht einstehen muss[1894]. Ebenfalls ähnlich wie im schweizerischen Recht ist bei der vertraglichen Hilfspersonenhaftung die Rechtslage anders. So wurde eine Energieunternehmung dafür haftbar, dass eine externe Firma, die am Kraftwerk der ersteren Unterhaltsarbeiten ausführte, einen Stromunterbruch verursacht hatte[1895].

Im *deutschen Recht* ist eine Organisationshaftung für weisungsunabhängige Gehilfen im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, wird aber zum Teil aus BGB 823 (hinsichtlich des Organisationsverschuldens) abgeleitet[1896].

Auch im *englischen Recht* existieren verschiedene Ausnahmen vom Grundsatz, dass der Organisationsträger nicht für unabhängige Unternehmer haftet. Die Frage, wie das Verhältnis zwischen *master* und *servant*[1897] beschaffen sein muss, damit eine *vicarious liability* des Geschäftsherrn bejaht werden kann, gab im englischen Recht Anlass zu einer reichen Rechtsprechung. Früher war primär das Kriterium entscheidend, ob der Geschäftsherr die Hilfsperson faktisch kontrollieren konnte (*control test*): *„An employee is a servant if his superior is in a position to tell him not only what to do, but how to do it*[1898]". Aber so war der *master* tendenziell nicht für *servants* haftbar, die fachkundiger waren als er selbst[1899]; deshalb wurde in der Folge nicht mehr primär die faktische Möglichkeit zur Kontrolle, sondern das *Recht* darauf entscheidend. Später wurde dann die Frage immer wichtiger, ob die Hilfsperson in die Organisationsstruktur des *master* integriert ist (*organization test*)[1900]. In neuerer Zeit hat man sich eher einem „typologischen Ansatz" zugewandt, wonach das Verhältnis zwischen *master* und *servant* aufgrund einer Abwägung verschiedener Kriterien bestimmt werden muss[1901]. Grundsätzlich haftet der *master* nicht für das Verhalten einer Person, die für ihn tätig wird, wenn letztere als unabhängiger Unternehmer (*independent contractor*) zu qualifizieren ist[1902]. Dieses Prinzip kennt allerdings zahlreiche Ausnahmen. So besteht eine Haftung des *master*, wenn es um die Verletzung von Sorgfaltspflichten geht, die zu delegieren (auch auf unabhängige Unternehmer) das Recht dem Organisationsträger nicht erlaubt (*non-delegable duties*)[1903]. Hier spricht man von einer *„personal liability"* des *master*, obschon er gegebenenfalls unabhängig von eigenem Fehlverhalten haftet[1904], wes-

---

1893 HAENTJENS/DU PERRON, S. 179.

1894 REY N 904; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, N 65, 67.

1895 HAENTJENS/DU PERRON, S. 179 F.

1896 MATUSCHE-BECKMANN S. 119; PETRIN S. 96; s. a. vorne S. 80 ff.

1897 Zur terminologischen Abgrenzung von *„employer"* – *„employee"* und *„principal"* - *„agent"* s. WICKE S. 218 ff.

1898 FLEMING S. 370; WICKE S. 222,

1899 Siehe hierzu FLEMING S. 370; WICKE S. 223 ff.

1900 FLEMING S. 372 ff.; WICKE S. 228 ff.; PETRIN S. 74; ZWEIGERT/KÖTZ S. 384; EÖRSI N 52 f..

1901 Hierzu ausführlich WICKE S. 230 ff.; s. a. PETRIN S. 73 ff.

1902 FLEMING S. 388. Diese Qualifikation hängt meist davon ab, ob zwischen *master* und *servant* ein *„contract of service"* (Dienstvertrag) oder ein *„contract for services"* (Werkvertrag) besteht; liegt letzteres vor, so ist der *servant* in der Regel als *independent contractor* zu qualifizieren, s. WICKE S. 220 f.; FLEMING S. 372 f.

1903 FLEMING S. 389 ff.; ZWEIGERT/KÖTZ S. 386; CAEMMERER S. 299; EÖRSI N 71; für einen Überblick zum amerikanischen Recht s. PETRIN, S. 100 ff.

1904 Ihn trifft dann eine *„duty to see that care is taken"*, im Gegensatz zur *„duty to take care"* der gewöhnlichen Fahrlässigkeitshaftung, s. WICKE S. 272 Fn 258 mit Verweis. Dieser Ausdruck wiederum erinnert an die schweizerische Geschäftsherrenhaftung nach OR 55, wonach der Geschäftsherr (im Sinne einer obersten Leitungsperson) nicht zwingend selbst die notwendige organisatorische Sorgfalt erbringen muss; relevant ist nur, dass die nötige Sorgfalt, durch wen auch immer, überhaupt aufgewendet wurde

halb die Haftung für Verletzung nicht delegierbarer Pflichten oft als „verkleidete Form" von *vicarious liability* bezeichnet wird[1905]. Die Frage, in welchen Fällen eine solche nicht-delegierbare Pflicht angenommen wird, kann nicht einheitlich beantwortet werden[1906]. Die Lehre weist diesbezüglich auf Fälle mit „nachbarrechtlichem" Charakter hin (z. B. Beschädigung des Nachbargrundstücks durch Bautätigkeit im eigenen)[1907], auf Situationen, in denen eine Haftung bejaht wurde, weil ein Grundstück oder eine bewegliche Sache wegen des Verschuldens eines *independent contractor* nicht verkehrssicher war und deshalb jemand verletzt wurde[1908], sowie ganz generell auf arbeitsteilige Konstellationen, die im schweizerischen Recht wohl zur Anwendung des Gefahrensatzes führen würden[1909]. Selbst bei fehlender vertragsähnlicher, vertraglicher oder nachbarrechtlicher Beziehung wurden gewisse Verkehrssicherungspflichten (z. B. Sicherung von Baustellen, Sicherung öffentlicher Wege, die durch private Arbeiten gefährdet sind etc.) als *non-delegable duties* des *masters* betrachtet[1910].

Obschon man nicht generell darauf schliessen kann, dass sich Geschäftsherrenhaftung aus rechtsvergleichender Sicht neuerdings auch auf unabhängige Unternehmer erstreckt[1911], sind somit doch gewisse Ausnahmen in dieser Richtung unverkennbar[1912]. Gemäss Artikel 6:102 Abs. 2 der ECTIL-Principles soll allerdings ein unabhängiger Unternehmer nicht als Hilfsperson betrachtet werden.

d) Argumente, die für eine Haftung für unabhängige Unternehmer sprechen

Der Gedanke, dass es allgemeine deliktische Pflichten gibt, die der Organisationsträger nicht haftungsbefreiend delegieren kann, ist an sich ein überzeugendes Argument für die Einbeziehung auch unabhängiger Unternehmer in den Kreis jener Personen, für die der Organisationsträger haften soll. Illustrativ sind auch in dieser Hinsicht Entscheide betreffend die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten. Wie noch näher zu zeigen ist (S. 327 ff.), hat das Bundesgericht festgehalten, allgemeine Verkehrssicherungspflichten müssten nach einheitlichen Kriterien behandelt werden, ob zwischen den Parteien nun ein Vertrag vorliege oder nicht. Insbesondere in Fällen zur Haftung von Bergbahnbetreibern wurden Umfang und Inhalt der zur Pistensicherung notwendigen Massnahmen aufgrund allgemeiner Schutzpflichten, branchenüblichen Standards und den konkreten Umständen festgelegt, nicht aufgrund des Vertragsinhalts. Geprüft wurde aber in verschiedenen untersuchten Fällen nicht, *welcher Person* (Organ oder Hilfsperson, Arbeiter oder unabhängiger Unternehmer) konkrete Versäumnisse vorzuwerfen waren. Im Ergebnis deutet diese Rechtsprechung zumindest in die Richtung einer deliktischen Haftung des Organisationsträgers auch für unabhängige Unternehmer. Freilich sind die erwähnten Fälle nur bedingt aussagekräftig, da sich die Pro-

(Ausschluss des dezentralen Entlastungsbeweises) (s. OFTINGER/STARK, Bd. II/1 §20 N 122 und vorne S. 25 ff.).

1905 WICKE S. 272 f.

1906 FLEMING S. 390; siehe für das englische Recht ausführlich WICKE, S. 272 ff., für das amerikanische Recht PETRIN, S. 100 ff.

1907 ZWEIGERT/KÖTZ S. 386 f.

1908 ZWEIGERT/KÖTZ S. 387, die darauf hinweisen, dass diese Fallgruppe jenen Konstellationen gleicht, in denen im deutschen Haftpflichtrecht gestützt auf BGB 278 ein vertragsrechtlicher Schutz gewährt wurde.

1909 FLEMING S. 392 mit Verweis.

1910 ZWEIGERT/KÖTZ S. 388.

1911 GALLAND-CARVAL S. 306 N 64; EÖRSI N 72.

1912 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, M 201; EÖRSI N 77; CAEMMERER, S. 299, für das Recht Englands und der USA.

blematik unabhängiger Unternehmer darin nicht explizit gestellt hat und notabene OR 55 nicht anwendbar war, da durch OR 58 verdrängt. Die Erfassung auch unabhängiger Unternehmer mit OR 55 wäre jedoch nicht systemfremd, da auch andere einfache Kausalhaftungen (OR 56, 58 und ZGB 679[1913]) wie auch OR 101 eine Haftung für unabhängige Unternehmer mitumfassen.

Und der Unterschied zwischen deliktischer und vertraglicher Hilfspersonenhaftung ist möglicherweise nicht so deutlich, wie dies zuweilen gesagt wurde. Der Organisationsträger schuldet der Umwelt ja auch im ausservertraglichen Bereich die Erbringung einer Leistung, die nicht rechtsgeschäftlich formuliert wurde, sondern aus dem geschriebenen und ungeschriebenen Recht hervorgeht, nämlich die Erfüllung allgemeiner deliktischer Rechtspflichten. Dabei kann es sich um eine ausdrückliche gesetzliche Pflicht (z. B. OR 328) handeln oder um die allgemeinen Pflichten, niemanden widerrechtlich zu schädigen (*neminem laedere*, Unterlassungspflicht) oder sich nach Treu und Glauben zu verhalten (positive Handlungspflicht)[1914]. Und wie im Vertragsumfeld sollte nicht relevant sein, wie der Organisationsträger diese Leistung erbringt. Ob nun ein Vertreter des Trägers, ein Angestellter oder ein unabhängiger Unternehmer für die Organisation handelt, immer müsste das Organisationsverhalten als Gesamtes an einheitlichen Verhaltenspflichten gemessen werden. Insofern wäre die Haftung für unabhängige Unternehmer mit den weiter hinten formulierten kollektiven Sorgfaltspflichten (S. 311 ff.) und insbesondere mit der vorliegend postulierten einheitlichen Behandlung von organisatorischen und inhaltlichen Sorgfaltspflichten (vorne S. 254 ff.) durchaus vereinbar.

Dieser Schluss würde sich rechtssystematisch *de lege ferenda* umso mehr aufdrängen, als im Vorentwurf zur Schweizer Gesamtrevision die positive Vertragsverletzung ausschliesslich dem Deliktsrecht unterstellt werden soll (VE 42)[1915]. Um das „Teppichbeispiel" zu nehmen[1916]: Bei konsequenter Trennung der anwendbaren Regimes würde eine als AG konstituierte Generalunternehmung zwar für die unsorgfältige Ausführung der Wandbemalung seiner Klientin durch einen beauftragten Malermeister haften (Schlechterfüllung), nicht aber für die Verunreinigung des Teppichs durch letzteren (Verletzung von deliktischen Schutzpflichten, d. h. positive Vertragsverletzung). Denn der Malermeister ist in Bezug auf die Generalunternehmung ein unabhängiger Unternehmer; deshalb wäre eine Haftung nach OR 101 gegeben, mangels Subordinationsverhältnis aber keine Haftung nach OR 55. Diese Unterscheidung wirkt für dieses konkrete Beispiel künstlich, weshalb eine Angleichung der Hilfspersonenhaftung in beiden Bereichen auch hinsichtlich der Haftung für selbständige Unternehmer angezeigt erscheint[1917].

Es wurde überdies zu recht bemerkt, in der wirtschaftlichen Realität sei eine Tendenz zur Auslagerung vieler Arbeitsschritte aus der produzierenden Organisation (*outsourcing*) spürbar[1918], was eine Haftung des Organisationsträgers für unabhängige Erbringer von Teilleistungen rechtfertige. Die Frage, wie stark dieser Trend tatsächlich ist, kann aber, wie schon angedeutet, nicht einheitlich beantwortet werden. Für das Haftpflichtrecht relevant wäre die

---

1913 PETRIN, S. 84, mit Verweisen.

1914 Zu diesen Pflichten WIDMER/WESSNER S. 60 f. mit Verweisen.

1915 Siehe hierzu WIDMER/WESSNER S. 63; s. a. W. PORTMANN, Revision, S. 331, der sich kritisch zur Beibehaltung des Subordinationsverhältnisses als Haftungsvoraussetzung äussert.

1916 Siehe WIDMER/WESSNER S. 62.

1917 Obschon dies vielleicht nicht den Absichten der Verfasser des VE entspricht, da ja eine konsequente Unterscheidung zwischen Delikts- und Vertragsrecht nur Sinn macht, wenn zwischen beiden Regimes spürbare Unterschiede bestehen. Und der Faktor des Subordinationsverhältnisses ist ein klassischer Unterschied zwischen OR 55 und 101.

1918 PETRIN S. 76 f. mit Verweisen; LOSER S. 151; s. a. vorne S. 163 ff.

Frage, wie weit Unternehmen über das *outsourcing* gefährliche Tätigkeiten, von denen sie wirtschaftlich profitieren, an Dritte auslagern, mit dem Ziel der Haftungsvermeidung. Solche Konstellationen sind denkbar. Andererseits werden sich ausgelagerte Teilhandlungsbeiträge aber oft in einem Gesamtprozess einfügen, den die Organisation selbst beherrscht[1919]. Ausserdem wird die Organisation nach dem hier vertretenen Konzept der kollektiven Unsorgfalt am gebündelten Gesamtverhalten der Organisationsmitglieder gemessen, weshalb die Unterscheidung nach der Herkunft der Teilhandlungsbeiträge weniger bedeutsam ist[1920]. Deshalb lassen sich aus dem Trend zum *outsourcing* noch keine eindeutigen Schlüsse zur Frage ziehen, ob der Organisationsträger systematisch auch für unabhängige Unternehmer haften soll.

e) Argumente, die gegen eine Haftung für unabhängige Unternehmer sprechen

Insbesondere aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Haftpflichtsrechts wurde bemerkt, eine Haftung für selbständige Unternehmer erscheine deshalb nicht als angebracht, weil diese Unternehmer ihr Haftungsrisiko selbst wieder über erhöhte Preise, Versicherungen, Risikodiversifizierung etc. streuen könnten[1921]. Eine systematische Haftung des Organisationsträgers für unabhängige Unternehmer würde die Festlegung der äusseren Grenzen des Organisationsbereichs jedenfalls wesentlich erschweren[1922]. Dies könnte zu einer kaum abschätzbaren Ausdehnung der deliktischen Organisationshaftung führen. Der Verzicht auf das Kriterium der Subordination trägt dem Umstand nicht Rechnung, dass eine Organisation trotz neuer, dezentralisierter Strukturformen, im Grundsatz von einer hierarchischen Ausdifferenzierung von Zuständigkeiten geprägt ist. Zwar zeigt das Beispiel der positiven Vertragsverletzung künstliche Verwerfungen, die aus der Trennung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung erwachsen können. Es sind jedoch auch Gegenbeispiele denkbar, die ähnliche Probleme bei einer Haftung für unabhängige Unternehmer deutlich machen, zumal dann, wenn der funktionelle Zusammenhang weit ausgelegt würde. Wie wäre beispielsweise zu entscheiden, wenn der Malermeister im obigen „Teppichfall" völlig ausserhalb der Erfüllung des Vertrags auf eine spontane Frage der Bestellerin hin dieser gefälligkeitshalber falsche Auskünfte über den Gebrauch von Reinigungsmitteln für Parkettböden erteilt, wodurch die Bestellerin ihre eigenen Böden ruiniert? Soweit kein konkludenter Vertragsschluss bejaht werden muss, wird die Haftung für gefälligkeitshalber erteilte falsche Auskünfte als deliktische betrachtet[1923], weshalb die Generalunternehmung kraft OR 55 / VE 49a auch für dieses Verhalten des Malermeisters einzustehen hätte, was aber vom Rechtsgefühl her nicht befriedigt[1924].

1919 So z. B. im Finanzsektor, wo offenbar vermögensorientierte Produkte immer häufiger zugekauft und unter eigenem Namen („*labeling*") vertrieben werden, s. LEIMBACHER/HAUSER/NICKLER, in: NZZ vom 25.6.2002, S. 85.

1920 Sie ist es dann, wenn ein Teilhandlungsbeitrag eines externen Leistungserbringers als einzige oder deutlich überwiegende Ursache des Schadens erscheint, siehe die gleich nachfolgenden Erläuterungen.

1921 SYKES, Economics, S. 1272; CAEMMERER S. 254; FLEMING S. 288 f.

1922 Siehe aus der Sicht der Fehlerforschung auch REASON, Organizational Accidents, S. 15 f.

1923 BGE 124 III 368 f.; BGE 116 II 699; BGE 111 II 473.

1924 Über das Kriterium des funktionellen Zusammenhangs ist die Behandlung dieses Falles problematisch, weil ein funktioneller Zusammenhang zwischen Vertragserfüllung und der Schädigung durch fehlerhafte Auskunft zwar verneint werden müsste, vielleicht aber nicht der generelle Zusammenhang zwischen dem Tätigwerden des Malermeisters für die Generalunternehmung und der Schädigung, da ja überhaupt erst durch die Anwesenheit des Malermeisters der Anlass zur Schädigung durch fehlerhafte Auskunft entstand (Schädigung nur bei Gelegenheit der Tätigkeit, aber während der Arbeitszeit und am Arbeitsort, was nach WIDMER/WESSNER, S. 130 f., offenbar genügen soll). Eventuell könnte man die

Hinzu kommt, dass wohl selten unabhängige Aussenstehende das Verhalten der Organisation ohne Zwischenhandlungen von Organisationsmitgliedern direkt beeinflussen. Natürlich können z. B. auch ein Grosslieferant das Handeln einer Organisation indirekt mitbestimmen[1925], ein informelles „Schattenregime" von unabhängigen Beratern eine Unternehmung mitregieren oder Verlautbarungen öffentlicher Behörden organisatorische Entscheide beeinflussen. In solchen Fällen wird es aber zumeist genügen, die Haftung der Organisation am Verhalten ihrer – wenn auch durch externe Personen beeinflussten – Mitglieder zu messen. Die persönliche Verantwortlichkeit solcher externer Personen – z. B. kraft faktischer Organschaft – ist eine andere, dadurch nicht präjudizierte Frage. Denn sollte der Organisationsträger nicht für unabhängige Unternehmer haften, so würde dies ja nicht implizieren, dass der unabhängige Unternehmer nicht auch selbst haftet.

Insofern erscheinen die Rechte des Geschädigten aus verschiedenen Gründen genügend geschützt. Haben nämlich Hilfspersonen der Organisation und unabhängige Unternehmer Teilursachen gesetzt, so entstünde zwischen dem Organisationsträger und dem unabhängigen Unternehmer Solidarhaftung gegenüber dem Geschädigten. Unter geltendem Recht würde folglich der beklagte Organisationsträger im Aussenverhältnis grundsätzlich ohnehin für die gesamte Schadenssumme aufkommen müssen. Denn unabhängige Unternehmer wären Dritte, und Drittverhalten führt in der Regel nicht zu einer Ermässigung des Schadenersatzes, es sei denn, es sei kausal derart bedeutsam, dass der Kausalzusammenhang dadurch unterbrochen würde[1926]. Falls man dereinst eine Kanalisierung der Organisationshaftung auf den Organisationsträger vorsehen würde, so wäre der Geschädigte sogar schlechter gestellt, wenn die Haftung des Trägers auch unabhängige Unternehmer umfassen würde, da dem Geschädigten diesfalls eine Klage gegen den möglicherweise solventeren Unternehmer verwehrt wäre. Schliesslich wäre der Geschädigte auch durch eine Beweislastumkehr für Unsorgfalt geschützt, wie sie in OR 55 und VE 49a vorgesehen ist. Denn scheitert der Entlastungsbeweis – z. B. weil der Organisationsträger den konkreten Schadenshergang nicht ermitteln kann oder will, um Geschäftsbeziehungen oder Betriebsgeheimnisse nicht zu gefährden –, so kann dies implizit eine Haftung für unabhängige Unternehmer bedeuten.

Probleme könnten sich für den Geschädigten höchstens ergeben, wenn der unabhängige Unternehmer die ausschliessliche oder stark überwiegende Schadensursache gesetzt hat und nicht auffindbar, insolvent oder im Ausland zu belangen ist. Dieses Risiko ist m. E. in Kauf zu nehmen, und es kann durch eine Beweislastumkehr zulasten des Trägers gemildert werden.

f) Fazit

Der Begriff des Subordinationsverhältnisses sollte als Haftungsvoraussetzung der Organisationshaftung beibehalten werden[1927]. Eine *systematische* deliktische Haftung des Organisationsträgers für selbständige Unternehmer sollte demnach ausgeschlossen sein. Es ist nicht ersichtlich, wie der Organisationsbereich, für den der Organisationsträger noch haftet, an-

---

Auskunfterteilung als konkludenten Abschluss eines neuen Vertrages zwischen dem Malermeister und der Bestellerin betrachten, was aber umso mehr darauf hindeuten würde, dass eine Haftung der Generalunternehmung für das Verhalten des Malermeisters ausserhalb der Ausführung des Vertrages nicht angemessen erschiene.

1925 DRUEY S. 79.

1926 REY N 414.

1927 Dieser Sichtweise widerspricht der Vorschlag einer neueren Lehre nicht, in Anlehnung an das Common Law stärker als bisher auf Kriterien der organisatorischen und wirtschaftlichen Eingliederung der Hilfsperson in den Betrieb des Geschäftsherrn abzustellen; s. hierzu PETRIN S. 78 f.

ders als über ein zumindest tendenziell hierarchisches Gefüge festgelegt werden kann. Freilich ist darunter eine durchaus weit gefasste Weisungsmöglichkeit des Organisationsträgers zu verstehen, nicht zwingend eine direkte hierarchische Unterstellung der Hilfsperson; insofern schliessen sich Subordinationsverhältnis und Haftung für unabhängige Unternehmer nur scheinbar aus (was auch die niederländische Rechtspraxis zeigt). Das Kriterium der Subordination wurde in der Vergangenheit in einer durchaus flexiblen Weise ausgelegt. Es wurde deutlich, dass verschiedene Konstellationen – insbesondere auch neuere Organisationsformen wie das Arbeitsgruppenmodell – strukturell durch OR 55 erfasst werden können, da das Gericht flexibel mit faktischen und/oder rechtlichen Gesichtspunkten operieren kann. So wäre, in Anlehnung an die niederländische Rechtsprechung, eine Haftung für unabhängige Unternehmer dann prüfenswert, wenn der Unternehmer und der beklagte Organisationsträger eine Art Einheit bilden. Berücksichtigen könnte man in diesem Zusammenhang auch die Rechtslage im Konzernrecht, soweit es um die Frage geht, wieweit eine Tochtergesellschaft als Hilfsperson der Muttergesellschaft zu betrachten ist.

3. Funktioneller Zusammenhang

a) Beurteilungskriterien und Interpretationsmöglichkeiten

Für jede Form der Organisationshaftung stellt sich die Frage, ob zwischen der schädigenden Handlung eines Organisationsmitglieds und der betrieblichen Tätigkeit der Organisation eine Art inhaltliche Konnexität, ein „funktioneller Zusammenhang" bestehen muss. Allgemein wird die Ansicht vertreten, für die schädigenden Auswirkungen rein „privater" Handlungen des Mitglieds, ohne jeden Bezug zur betrieblichen Tätigkeit, müsse der Organisationsträger nicht einstehen. Gleichzeitig besteht relativ weitgehende Einigkeit, dass der funktionelle Zusammenhang nicht bereits dadurch unterbrochen wird, dass das Mitglied eine unerlaubte Handlung begeht. Denn zwar können unerlaubte Handlungen schon *per definitionem* nicht Zweck einer Organisation sein (kraft ZGB 2, OR 20 oder Handelsrecht). Aber in der Regel sind nur widerrechtlich verursachte Schäden ersetzbar, weshalb eine auf rechtskonforme Handlungen begrenzte Organisationshaftung ins Leere liefe. Diese inhärente Widersprüchlichkeit des Konzepts des funktionellen Zusammenhangs bringt heikle Abgrenzungsfragen mit sich[1928]. So sind verschiedene Nuancen denkbar[1929]; folgende gehören zu den wichtigsten:

1) Der Organisationsträger haftet nur, wenn der Schaden „in Ausführung der Verrichtung" entstand (Haftung der Reinigungsfirma, wenn der Angestellte beim Putzen eine Vase des Klienten zertrümmert, keine Haftung, wenn er die Vase stiehlt); das Kriterium besteht hier darin zu fragen, ob die Hilfsperson mit dem schädigenden Verhalten in Ausführung der Organisationsziele und - zwecke handelte.

2) Der Organisationsträger haftet in den vorhergehenden Fällen, sowie, wenn die Hilfsperson den Schaden während der Arbeitszeit und am Arbeitsort verursacht (Haftung der Firma sowohl für die Zerstörung der Vase als auch für deren Diebstahl während des Putzens).

3) Der Organisationsträger haftet in den vorhergehenden Fällen sowie wenn die Hilfsperson ihr infolge der betrieblichen Tätigkeit zugängliche organisatorische Einrichtungen oder Machtmittel zur Schädigung missbraucht (Haftung der Firma für Zerstörung und Diebstahl der Vase sowie für Datendiebstahl, den der Angestellte ausserhalb

1928 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 202.

1929 Siehe beispielsweise die Klassifikation bei VAN GERVEN/LEVER/LAROUCHE, S. 531 ff.

der Arbeitszeit im zu reinigenden Betrieb begehen kann, weil er die Schlüssel dazu hat; Haftung „bei Gelegenheit" der betrieblichen Verrichtung).

4) Der Organisationsträger haftet in den vorhergehenden Fällen sowie wenn die Hilfsperson eine ihr infolge der betrieblichen Tätigkeit zukommende Autorität missbraucht oder den Anschein erweckt, sie handle für die Organisation und mit deren Zustimmung (Polizist, der ausser Dienst dank seiner Uniform ein Privathaus durchsuchen kann und Gegenstände „beschlagnahmt")[1930].

5) Der Organisationsträger haftet in den vorhergehenden Fällen, sowie, wenn die Hilfsperson, einer rein persönlichen Motivation folgend, aber zufälligerweise am Arbeitsort oder während der Arbeitszeit einen Dritten schädigt (Haftung der Reinigungsfirma für einen tätlichen Angriff, den der Angestellte gegen einen Mitarbeiter der zu reinigenden Unternehmung begeht).

Ein wesentliches Problem der Definition des funktionellen Zusammenhangs besteht darin, dass verschiedene Gesichtspunkte in Frage kommen, von denen jeder zu anderen Resultaten führt. Als Kriterien wurden u. a. folgende vorgeschlagen:

- Die Frage, ob die schädigende Handlung mit den Zielen und Zwecken der Organisation vereinbar war: Dieses Kriterium führt, wie erwähnt, zu einer sehr engen Auslegung des funktionellen Zusammenhangs;
- Die Frage, ob die schädigende Handlung für den Organisationsträger voraussehbar war: Hier würde der funktionelle Zusammenhang tendenziell mit der Unsorgfalt vermischt; relevant könnte höchstens eine allgemeine Voraussehbarkeit typischer Betriebsrisiken sein[1931], was aber auch nicht alle Abgrenzungsprobleme löst, wie weiter hinten zu zeigen sein wird;
- Die Frage, ob der fehlende Bezug der schädigenden Handlung zum Betrieb für den Geschädigten erkennbar war oder nicht: Dieses Kriterium gleicht jenem der *„real or ostensible authority"*[1932] im englischen bzw. der *„apparent authority"* nach amerikanischem Recht[1933];
- Die Frage, ob die schädigenden Verhaltensweisen grundsätzlich der Ausführung der betrieblichen Arbeit dienen, aber unpassende Arbeitsmethoden darstellen: Wäre dieses Kriterium entscheidend, so würde der Organisationsträger nur im Fall 1 haften;
- Die Frage, ob die Hilfsperson von den Weisungen des Geschäftsherrn abweicht: Wäre dieser Gesichtspunkt zentral, so könnte sich der Geschäftsherr über ein internes Vertragsgeflecht mit der Hilfsperson im Aussenverhältnis quasi freizeichnen, was ebenfalls zu einer engen Auslegung führt, wobei beispielsweise im englischen Recht noch danach unterschieden wird, ob sich ein Verbot des Geschäftsherrn auf den Umfang der Arbeit oder nur auf die Art und Weise ihrer Erbringung bezieht[1934].
- Die Frage, ob die Delegation von Aufgaben an die Hilfsperson die Schädigungsgefahr erhöht hat: Hier handelt es sich um das Kriterium der Risikoerhöhung, das sich explizit in Art. 6:170 des niederländischen BW findet;

1930 Beispiel bei PETRIN, S. 128.

1931 FLEMING S. 378: *„foreseeability of the broad risks incident to a whole enterprise"*; in eine ähnliche Richtung geht das Kriterium der objektiven Vorhersehbarkeit des Gehilfenverhaltens bei OR 101, siehe vorne S. 64 ff.

1932 Siehe hierzu FLEMING S. 384.

1933 Siehe hierzu eingehender PETRIN, S. 122 ff.

1934 WICKE S. 249.

- Die Frage, ob die Handlung der Hilfsperson ein strafrechtlich relevantes Delikt darstellt;
- Die Frage, ob die Hilfsperson aus eigener oder betrieblich (mit)bestimmter Motivation handelte: Wäre dieses Kriterium relevant, so entfiele eine Haftung des Geschäftsherrn, wenn die Hilfsperson nur aus persönlicher Motivation heraus handelt[1935], selbst wenn dies während der Arbeitszeit und am Arbeitsort geschieht;
- Die Frage, ob die schädigende Handlung am Arbeitsort und/oder während der Arbeitszeit erfolgte: Stünde dieser Gesichtspunkt im Zentrum, so entfiele beispielsweise eine Haftung des privaten Sicherheitsdienstes, wenn sich ein Angestellter ausserhalb der Arbeitszeit dank seiner Uniform Zugang zu einer Privatwohnung verschafft und dort einen Diebstahl begeht. Gleichzeitig wäre aber bei diesem Kriterium eine Haftung in gewissen Fällen von „bei Gelegenheit" der Verrichtung erfolgter Schädigung gegeben[1936].
- Die Frage, ob die Hilfsperson betriebliche Machtmittel oder Einrichtungen zur Schädigung gebrauchte: Wäre dieses Kriterium entscheidend, so würde das Reinigungsunternehmen beispielsweise nicht für den Angestellten haften, der einen Mitarbeiter der zu reinigenden Firma mit den eigenen Fäusten schlägt, selbst wenn die Tat während der Arbeitszeit und am Arbeitsort geschieht.

Jedes dieser Kriterien führt zu anderen, tendenziell im Widerspruch zueinander stehenden Resultaten. Aus der Schweizer wie ausländischen Rechtspraxis lässt sich denn eine einheitliche Rechtslage auch kaum herauslesen. Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Frage, ob deliktische, eventuell strafrechtlich relevante Handlungen der Hilfsperson, die nur bei Gelegenheit der betrieblichen Tätigkeit und in Verletzung interner Weisungen begangen werden, dem Organisationsträger noch zugerechnet werden sollen. Diese Konstellation verkörpert in gewisser Hinsicht einen Pol des Mitgliederhandelns; der Gegenpol wäre eine auf direkte Anordnung des Geschäftsherrn hin begangene widerrechtliche Handlung, wo über das Vorliegen eines funktionellen Zusammenhangs kaum Zweifel bestehen.

b) Rechtsvergleich

Wie das schweizerische Recht verneint auch das *deutsche* eine Haftung des Geschäftsherrn für Handlungen, die nicht in Ausführung der betrieblichen Tätigkeit, sondern nur bei Gelegenheit derselben erfolgen. Entscheidend ist die Frage, ob es dem Geschäftsherrn „noch zugemutet werden kann, Dritte vor dem in Rede stehenden schädigenden Verhalten des Gehilfen zu bewahren", in Anbetracht der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeiten des Geschäftsherrn[1937]. Dennoch ist, wie im deutschen Recht[1938], auch bezüglich OR 55 die Abgrenzung zwischen „in Ausübung" und „bei Gelegenheit" der Verrichtung zugefügten Schäden problematisch und kontrovers.

1935 Siehe z. B. die Nachweise zum amerikanischen Recht in dieser Hinsicht bei PETRIN, S. 120 f. („*motive test*").

1936 Siehe die Beispiele zu OR 101, vorne S. 64 ff., u. a. Diebstahl von zu transportierendem Gold durch den Piloten des Frachtflugzeugs (BGE 85 II 271).

1937 MATUSCHE-BECKMANN S. 29; STEIN-Mükom, ad BGB 831, N 48.

1938 WICKE S. 243.

Ähnlich haftet im *englischen Recht* der *master* nur für Schäden, die der *servant* in Ausübung der ihm übertragenen Verrichtungen verursacht (*in the course of employment*)[1939]. Auch hierzu ist die Rechtsprechung sehr reichhaltig, aber offenbar nicht präziser[1940]. Illustrativ ist der Satz PROSSERS, wonach Handlungen dann immer noch im Rahmen der geschäftlichen Verrichtungen liegen, wenn sie *„are so closely connected with what the servant is employed to do, and so fairly and reasonably incidental to it, that they may be regarded as methods, even though quite improper ones, of carrying out the objectives of the employment"*[1941]. Ein Verbot des Geschäftsherrn gegenüber der Hilfsperson bewirkt nicht *per se* die Unterbrechung des funktionellen Zusammenhangs. Sofern sich allerdings das Verbot auf den Umfang des Arbeitsverhältnisses als solches bezieht, entfällt eine Haftung des *master* im Falle einer Verletzung des Verbots[1942]. Die subjektiven Absichten des Gehilfen (durch seine Handlungen die Interessen des Geschäftsherrn zu fördern oder nicht) haben lediglich Indizcharakter und stellen weder eine notwendige noch eine hinreichende Voraussetzung für das Bestehen eines funktionellen Zusammenhangs dar[1943]. Was Arbeitszeit und - ort betrifft, so ist die Haftung des *master* in der Regel ausgeschlossen, wenn die schädigende Handlung ausserhalb der Arbeitszeit erfolgte[1944]; umgekehrt wird aber nicht jedes während der Arbeitszeit verübte Delikt der Hilfsperson automatisch dem *master* zugerechnet. Die Rechtslage bezüglich des Arbeitsortes ist etwas komplexer[1945]. Beide Faktoren, Arbeitszeit und - ort, sind aber ohnehin im Licht der Gesamtumstände zu betrachten[1946]. Ein vorsätzliches Handeln des *servant* schliesst den funktionellen Zusammenhang nicht automatisch aus, insbesondere dann nicht, wenn die Handlung des *servant* eine nicht nur ungeschickte, sondern übertrieben eifrige Ausführung der betrieblichen Aufgaben darstellt[1947]. Aber es scheint, dass eine Haftung des *master* in solchen Fällen nur bejaht wird, wenn ein vertragliches oder vertragsähnliches Verhältnis vorliegt (für das deutsche bzw. schweizerische Recht z. B. ein Fall von *culpa in contrahendo* oder Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter)[1948]. Eine relativ wichtige Fallgruppe stellen die *„frolic and detour"*-Fälle dar, worunter ein mutwilliges Abweichen des Gehilfen von seinen betrieblichen Aufgaben in der Form einer rein privaten Tätigkeit verstanden wird. So wurde der funktionelle Zusammenhang in mehreren Fällen verneint, in denen eine Hilfsperson mit dem Firmenauto eine private „Ausfahrt" tätigte und dabei jemanden schädigte[1949] (solche Fragen sind im schweizerischen Recht hauptsächlich durch das SVG gelöst worden, vgl. Art. 58 im allgemeinen und Art. 75 für den besonderen Fall der Strolchenfahrt). Nicht klar ist die Frage, ob der *master* auch dann haftet, wenn der *servant* im Anstellungsverhältnis nur die Gelegenheit zur Schädigung vorfand. Die Gelegenheit zur Schädigung muss zumindest in einer Konnexität zu jener betrieblichen Tätigkeit stehen, die der schädigende Gehilfe zu erfüllen hatte[1950].

1939 FLEMING S. 376 ff.; WICKE S. 243.

1940 FLEMING S. 377; WICKE S. 243 ff.

1941 PROSSER, zitiert bei ZWEIGERT/KÖTZ, S. 384; s. a. FLEMING S. 377, 379 (u. a. mit dem Verweis auf das bereits erwähnte Urteil i. S. Limpus v. London General Omnibus Co. von 1862).

1942 FLEMING S. 378 f.; WICKE S. 249.

1943 WICKE S. 250.

1944 WICKE S. 251, mit dem Hinweis auf eine Ausnahme, wo der *servant* während seiner Freizeit das Eigentum des *master* in einer Notsituation schützt.

1945 Siehe ausführlich WICKE S. 252 ff.

1946 WICKE S. 254.

1947 FLEMING S. 383 mit Beispielen.

1948 Siehe ausführlich WICKE S. 262 ff. So wurde z. B. die Haftung eines Kürschners für den Diebstahl eines Kleidungsstücks bejaht, welches der Kürschner nach Absprache zur Reinigung an ein Reinigungsunternehmen weitergegeben hatte, dessen Angestellter die Sache entwendete.

1949 Siehe Beispiele und weitere Ausführungen bei FLEMING, S. 380 f.

1950 FLEMING S. 384 f. mit Verweisen.

Interessant ist Art. 6:170 des *niederländischen* BW, da diese Norm zur Bestimmung des funktionellen Zusammenhangs auf eine Art Organisationsrisiko verweist: Der funktionelle Zusammenhang soll bejaht werden, wenn die Beschäftigung der Hilfsperson das Risiko einer Schädigung erhöht hat[1951].

Im *amerikanischen* und *französischen* Recht scheint man den funktionellen Zusammenhang weiter zu interpretieren als beispielsweise im schweizerischen[1952]. Aus ökonomischer Sicht bemerkt SYKES [1953], eine Haftung des Geschäftsherrn könne selbst dann sinnvoll sein, wenn die Hilfsperson aus rein persönlicher Motivation heraus gehandelt hat, aber über Umstände, die mit der blossen Existenz der Organisation zusammenhängen, zur Schadensverursachung angeregt wurde. SYKES weist überdies auf eine neuere Entwicklung des US-amerikanischen Rechts in dieser Hinsicht hin und befürwortet die Entscheidung eines Gerichts, eine Transportfirma haftbar zu machen für die durch einen angestellten Chauffeur begangene Vergewaltigung, weil er durch seine Arbeit für die Firma über einen Sicherheitsbadge verfügte, der ihm Zugang zu den Privaträumen des Opfers verschaffte[1954]. Das *französische Recht* ist diesbezüglich ähnlich streng[1955], aber nicht ganz eindeutig. Nach einer Entscheidung der *Assemblée plénière* von 1988 wird der funktionelle Zusammenhang dadurch unterbrochen, dass die Hilfsperson *„à des buts étrangers à ses attributions"* handelt, also ausserhalb der geschäftlichen Verrichtungen und Ziele. Die beiden Kammern des Kassationshofs, die *Chambre civile* und die *Chambre criminelle*, scheinen aber etwas weiter zu gehen, wenn sie eine Haftung auch dann bejahen, wenn die Hilfsperson in ihrer Beschäftigung *„l'occasion et les moyens de sa faute"* vorfand[1956]. Generell scheint man aus rechtsvergleichender Sicht eine Tendenz zur Ausdehnung des funktionellen Zusammenhangs auch auf strafrechtlich relevante Handlungen feststellen zu können[1957].

c) Beurteilung

Hinzuweisen ist zunächst auf den neuen Art. 100^{quater} StGB, wonach in gewissen Bereichen der organisierten Kriminalität ein Unternehmen strafrechtlich verantwortlich wird, wenn in diesem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen wurde (Abs. 1) und sofern dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern (Abs. 2) (siehe eingehendere Bemerkungen vorne S. 67 ff.). Für die vorliegende Frage interessant ist an dieser Bestimmung, dass sie impliziert, dass sich funktioneller Zusammenhang und kriminelle Handlung nicht ausschliessen, insbesondere dann nicht, wenn kriminelle Handlungen gerade den Zweck der Organisation darstellen. Allerdings beantwortet auch StGB 100*quater* die Frage nicht, ob das Unternehmen auch für Delikte strafbar wird, die nur bei Gelegenheit der geschäftlichen Tätigkeiten begangen werden.

1951 Siehe S. 268 ff. für eingehendere Bemerkungen.

1952 S. a. GALAND-CARVAL S. 301 f. N 45.

1953 SYKES, Boundaries, S. 588 f.

1954 SYKES, Boundaries, S. 589, mit Verweis auf Lyon v. Carey, 533 F.2d 649 (D.C. Cir. 1976); ähnliche Beispiele bei PETRIN, S. 124.

1955 Siehe z. B. die Fallhinweise bei ZWEIGERT/KÖTZ, S. 382, u. a. auf eine Entscheidung aus dem Jahre 1953 (Crim. 5.11.1953), wonach der Kinobesitzer haftet, wenn sein Platzanweiser eine Zuschauerin, die ihn um Auskunft bittet, in einen Kellerraum führt und dort ermordet.

1956 Siehe hierzu VINEY/JOURDAIN S. 889; generell auch EÖRSI, N 80.

1957 EÖRSI, N 78 (ad b), der darauf hinweist, dass das schweizerische Recht eher von einem engen Verständnis des funktionellen Zusammenhangs ausgeht (wie auch das deutsche Recht, s. ebd. N 80).

Hinsichtlich Art. 49a des Schweizer Vorentwurfs betonen WIDMER/WESSNER, eine zeitliche und örtliche Beziehung der schädigenden Handlung zum Betrieb des Organisationsträgers genüge, damit die Haftung nach VE 49a greife (also Fall 2 der vorne, S. 302 ff., erwähnten Möglichkeiten)[1958]. Diese Lösung geht in Richtung einer Organisationshaftung auch bei Gelegenheit der Verrichtung, was gegenüber dem geltenden Recht eine Verschärfung darstellt (das Fall 1 privilegiert, allerdings nicht ganz einheitlich)[1959]. Verursache das Mitglied allerdings Schäden ausserhalb von Arbeitszeit oder Arbeitsort, unter Benützung der Infrastruktur der Organisation, so solle keine Haftung nach VE 49a eintreten[1960] (also nicht Fall 3). Als ein Haftungsgrund für VE 49a geben die Autoren des VE den Umstand an, „dass die Ausführung einer wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeit durch eine Hilfsperson die Gefahr erhöht, dass Dritte geschädigt werden, im schlimmsten Fall sogar durch eine Straftat"[1961]. Hier ist insofern ein Widerspruch zu erblicken, als dass – wie eben angedeutet – Fälle denkbar sind, in denen gerade das Verhältnis einer Hilfsperson zur Organsation der ersteren erlaubt, auch ausserhalb der Arbeitszeit und der Erledigung geschäftlicher Aufgaben unter Benützung der Infrastruktur des Betriebes Schäden zu verursachen.

> Als Beispiel mag der Mitarbeiter der Personalabteilung dienen, der sich des Nachts unbemerkt vertrauliche Personendaten über eine Kollegin verschafft und die Daten persönlichkeitsschädigend gegen diese verwendet; oder der Rechtsanwalt einer als AG konstituierten Treuhandfirma, der ebenfalls ausserhalb der Arbeitszeit deren Briefkopf und Markenzeichen verwendet, um gutgläubige Dritte zu spekulativen Devisengeschäften zu verleiten.

Diese Fälle wären durch die *ratio*, dass die Delegation von Aufgaben an die Hilfsperson die Gefährlichkeit einer Unternehmung erhöht, auch gedeckt, da die Hilfsperson in solchen Beispielen Dritte nur deshalb deliktisch schädigen konnte, weil der Schädiger über einen besonderen Bezug zur organisationellen Infrastruktur verfügte. Dass die Schädigung ausserhalb der Arbeitszeit geschah, ändert daran nichts. Denkbar sind umgekehrt Fälle, in denen zu Hause (beispielsweise am Computer) arbeitende Angestellte eines Betriebes Schäden verursachen. Beide Kriterien müssten also sehr weit ausgelegt werden.

Die von WIDMER/WESSNER angeführte *ratio* entspricht dem Gesichtspunkt der Risikoerhöhung, wie er beispielsweise in Art. 6:170 BW konkretisiert wurde. Weiter vorne (S. 268 ff.) habe ich ausgeführt, dass dieses Kriterium, wörtlich verstanden, nicht völlig eindeutig ist. Denn Konstellationen, in denen die Beschäftigung einer Hilfsperson das Risiko einer Schädigung erhöht, fallen zumeist mit der Verletzung organisatorischer Sorgfaltspflichten zusammen, womit die Frage des funktionellen Zusammenhangs nicht zwingend gelöst ist. WICKE hat überdies darauf hingewiesen, dass das Kriterium der Gefahrserhöhung im südafrikanischen Recht zwar für kurze Zeit in die Rechtsprechung eingegangen war, aber rasch wieder fallengelassen wurde (s. ebenfalls vorne S. 268 ff.). Die Idee der Risikoerhöhung kann aber insofern wertvolle Anhaltspunkte bieten, als sich dahinter eine Kausalitätsüberlegung verbirgt: Der Organisationsträger soll nur für Schäden haften, die in weitestem Sinne durch seinen Betrieb verursacht wurden. „Hat die der Geschäftsherrenhaftung zugrunde liegende Arbeitsteilung die Gefahr der Begehung gewisser Straftaten abstrakt erhöht und hat

---

1958 Dies entspricht beispielsweise dem belgischen Recht und der Ansicht von TUNC, s. EÖRSI N 84.

1959 Siehe aus rechtsvergleichender Sicht EÖRSI N 80.

1960 WIDMER/WESSNER S. 130, mit Verweis auf BGE 20 958 f.

1961 WIDMER/WESSNER S. 130. Diese Formulierung lässt an den oben dargestellten Art. 6:170 Abs. 2 des niederländischen BW denken, der ebenfalls relativ weit ausgelegt wird, s. DU PERRON/VAN BOOM S. 231 und die Ausführungen vorne S. 268 ff. Das frühere niederländische Recht sah ebenfalls eine Geschäftsherrenhaftung vor für Schäden, die bei Gelegenheit der betrieblichen Tätigkeit verursacht wurden, wobei Arbeitszeit und Arbeitsort als wichtige Kriterien zur Bestimmung des funktionellen Zusammenhangs betrachtet wurden (s. HOLBEIN S. 26 f.).

sich diese Gefahr tatsächlich verwirklicht, so liegt noch eine auch dem Geschäftsherren zurechenbare unerlaubte Handlung vor; handelt es sich dagegen um Straftaten, deren Begehung durch die übertragene Aufgabe in keiner Weise leichter möglich und damit wahrscheinlicher wird, dann ist der Zurechnungszusammenhang unterbrochen."[1962] Diese Formulierung VON BARS scheint mir zur Bestimmung des funktionellen Zusammenhangs grundsätzlich nützlich zu sein. Zu eng ist allerdings die Eingrenzung auf in der Arbeitsteilung liegende Gefahren, d. h. typische Organisationsrisiken. Käme es nur auf Risiken aus der Arbeitsteilung an, so müsste eine Haftung des Geschäftsherrn mangels funktionellen Zusammenhangs verneint werden, wenn eine erfahrene, gut instruierte Hilfsperson aus einer plötzlichen, persönlichen Motivation heraus Schäden verursacht. Zentraler sollte vielmehr die Frage sein, ob sich mit der schädigenden Handlung das typische Betriebsrisiko, d. h. *Tätigkeitsrisiko* der Organisation verwirklicht hat[1963]. Denn abweichendes, widerrechtliches Verhalten von Hilfspersonen soll nur dann zu einer Haftung führen, wenn es sich mit dem typischen Tätigkeitsrisiko der Organisation verknüpft.

Wesentlich ist die sorgfältige Abgrenzung zwischen der abstrakten und der konkreten Gefahrserhöhung. Wird beispielsweise der Verkauf von Medikamenten einer bekanntermassen unerfahrenen Hilfsperson zugeteilt, so erhöht sich damit die abstrakte Gefahr einer Schädigung Dritter durch die Abgabe falscher Medikamente. Wenn aber die Hilfsperson während der Öffnungszeit und im Verkaufsladen eine andere Person im Kontext einer privaten Auseinandersetzung schlägt, so verwirklicht sich dadurch nicht die abstrakte Gefahr einer Schädigung durch Medikamente. Es verwirklicht sich vielmehr eine andere Gefahr, die „durch die übertragene Aufgabe in keiner Weise leichter möglich" wurde, sondern auf offener Strasse während der Freizeit sich hätte manifestieren können[1964]. Der Schädigungswille steht hier in überhaupt keinem Bezug mehr zum Handlungswillen des Organisationsträgers bzw. zu den Organisationszielen und -zwecken[1965]. Eine Haftung sollte nicht einmal dann automatisch greifen, wenn die Hilfsperson die Infrastruktur der Organisation missbraucht. Falls beispielsweise der Mitarbeiter eines Schiffsrestaurants während eines Umwegs aus Übermut mit dem Motorboot des Restaurants ein Segelschiff zum Sinken bringt, aktualisiert er nicht das typische Betriebsrisiko des Restaurants, obschon das Motorboot zu dessen Infrastruktur gehörte[1966]. Somit ist der funktionelle Zusammenhang nicht zwingend zu bejahen, wenn eine schädigende Handlung der Hilfsperson am Arbeitsplatz während der Arbeitszeit erfolgte[1967]. Umgekehrt fällt dieser Zusammenhang nicht automatisch ausser Betracht, wenn die Schädigung ausserhalb von Arbeitsplatz und - zeit erfolgte. Relevant sollte

---

1962 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 204. Zur Kausalitätslogik bezüglich des funktionellen Zusammenhangs s. a. PETRIN, S. 126 ff.; aus vertragsrechtlicher Sicht SPIRO S. 231 f.; aus rechtsvergleichender Sicht EÖRSI N 81 und VAN GERVEN/LEVER/LAROUCHE S. 533 f.

1963 Insofern verwechselt m. E. auch PETRIN, S. 126 f., der ansonsten die Ansicht von VON BAR teilt, Organisationsrisiken mit Tätigkeitsrisiken.

1964 VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 204 Fn 1190, 1191, dort auch Verweise; FLEMING S. 383.

1965 S. a. REY, N 918 ff., mit Verweisen, für die Problematik der Haftung für Schädigung während den Arbeitspausen gemäss OR 55. REY stellt primär auf die Frage ab, was noch als „normale Pausentätigkeit" zu betrachten ist (z. B. Rauchen) und was nicht (z. B. Schlägerei); ähnlich auch das dänische Recht, s. EÖRSI N 83.

1966 Diese Ansicht steht wohl in Einklang mit mehreren Entscheiden, in denen die Haftung des Geschäftsherrn für Schäden bejaht wurde, die Hilfspersonen mit firmeneigenen Autos verursacht haben. Denn offenbar gilt diese Rechtsprechung aus rechtsvergleichender Sicht nur dann, wenn die Hilfsperson beruflich mit Motorfahrzeugen zu tun hat, s. VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 204, Verweise in Fn 1194. Ähnlich auch die Situation im englischen Recht, s. FLEMING S. 381 zur Rechtsfigur des *„frolic of his own"*.

1967 In dieser Hinsicht skeptisch gegenüber VE 49a auch PETRIN, S. 125.

die Frage sein, ob die Umstände am Arbeitsplatz die Begehung einer deliktischen Handlung der Hilfsperson kausal wesentlich begünstigt haben.

Freilich löst aber auch das Kriterium der Gefahrserhöhung in Verbindung mit dem typischen Betriebsrisiko nicht alle Abgrenzungsprobleme. Gehört das Risiko, dass der als zuverlässig bekannte Mitarbeiter eines Spitals besonders schützenswerte Personendaten von Patienten zu widerrechtlichen Zwecken verwendet, zum allgemeinen Betriebsrisiko eines Spitals? Gehört die Beraubung oder gar Tötung eines Kinobesuchers in den finsteren Kellerräumen des Kinos durch einen Platzanweiser desselben, nachdem ihn der Besucher um Auskunft gebeten hat, zum allgemeinen Betriebsrisiko eines Kinos? Diese Fragen automatisch zu bejahen, hiesse, die Idee eines allgemeinen Betriebsrisikos *ad absurdum* zu führen. Denn anders ausgedrückt, müsste man so zum Schluss gelangen, das Risiko, dass Mitglieder in Organisationen kriminell handeln, sei immer als typisches Betriebsrisiko zu betrachten, was ein reichlich beliebiges Argument wäre. In solchen Fällen einen funktionellen Zusammenhang gestützt auf die Gefahrserhöhung anzunehmen, liefe auf ein *ex post* - Urteil heraus, mit dem Inhalt, der Umstand, dass ein Schaden eingetreten ist, beweise, dass die Beschäftigung des schädigenden Mitarbeiters die Gefahr der Schädigung erhöht hat. Diese Art der Argumentation ist verfehlt, was ich bereits für den Sorgfaltsbegriff gezeigt habe (s. vorne, S. 250 ff., und hinten, 334 ff.).

Dennoch ist die Idee einer Haftung des Geschäftsherrn zumindest im ersten der eben zitierten Fälle nicht völlig abwegig, müsste aber auf anderen Wegen als über das Element des typischen Betriebsrisikos gefunden werden. Im deutschen Recht findet sich die Überlegung, ein funktioneller Zusammenhang könne bejaht werden, wenn „der Gehilfe gerade der besonderen Verpflichtung zuwiderhandelt, deren Wahrnehmung den Inhalt seines Auftrags bildet", d. h. wenn „die Fürsorge für das verletzte Rechtsgut die Hauptpflicht ist"[1968]. In den obigen Beispielen ist aber die Fürsorge für das jeweils verletzte Rechtsgut – Schutz der Persönlichkeit bzw. der körperlichen Integrität – eine Nebenpflicht: Soll dennoch eine Haftung des Organisationsträgers greifen? Falls man diese Frage bejaht, so würde quasi jeder Missbrauch der Infrastruktur einer Organisation durch Hilfspersonen zu einer Haftung des Organisationsträgers führen, was m. E. zu weit geht. Die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflicht scheint mir überdies vor allem für den vertraglichen oder vertragsähnlichen Bereich möglich zu sein, weniger aber im rein deliktischen, wo es nur einheitliche Schutzpflichten *erga omnes* gibt. Als Beispiel mag der Fall dienen, in dem ein Spital im Rahmen der Behandlung einer Mutter besonders schützenswerte Personendaten über diese und ihr Kind erhält und ein Angestellter diese Daten persönlichkeitsschädigend missbraucht. Hier wäre die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflicht nur bezüglich der Mutter relevant, wenn das Spital nicht auch mit dem Kind vertraglich verbunden ist. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb die Mutter hier haftpflichtrechtlich anders behandelt werden sollte als das Kind: Beide erleiden einen Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter. Dieser Eingriff wurde durch die Tätigkeit des Spitals zumindest wahrscheinlicher. Denn der Missbrauch besonders schützenswerter Personendaten durch Spitalangestellte wird durch deren Arbeit im Rahmen des Spitals kausal wesentlich begünstigt, weil die Angestellten als Privatpersonen kaum eine derart umfassende Kenntnis von Personendaten erhalten würden und im Vergleich zu einigen anderen Dienstleistungsberufen besonders intime und heikle Daten erfahren. Deshalb scheint eine Bejahung des funktionellen Zusammenhangs gestützt auf

[1968] PETRIN, S. 119, mit Verweisen. So würde eine Wachfirma für den durch einen angestellten Wachmann verübten Diebstahl von Schmuck, dessen Bewachung jenem oblag, haftbar. S. a. VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I N 204. Ähnliches gilt für das englische Recht, s. FLEMING, S. 384 f. Siehe auch die im schweizerischen Recht u. a. von WEBER (BK, ad OR 101 N 125) vertretene Ansicht und BGE 85 II 267 (zu OR 101).

diese Überlegung durchaus denkbar, während die Analyse des typischen Betriebsrisikos eines Spitals zu widersprüchlichen Resultaten führen könnte[1969]. Demgegenüber kann man m. E. nicht sagen, die Verletzung der körperlichen Integrität von Kinobesuchern werde dadurch besonders stark begünstigt, dass Platzanweiser von Besuchern erfahrungsgemäss um Auskunft bezüglich Infrastruktur gebeten werden und letztere damit massgeblich in den Einflussbereich der ersteren geraten. Denn sollte ein Platzanweiser bezüglich eines Kinobesuchers kriminelle Absichten entwickeln, so ist es m. E. ähnlich wahrscheinlich, dass er sie auch ausserhalb des Kinos verwirklichen wird.

d) Fazit

Als *Fazit* bleibt festzuhalten, dass der funktionelle Zusammenhang zwischen der betrieblichen Tätigkeit und dem schädigenden Verhalten von Organisationsmitgliedern als Haftungsvoraussetzung der Organisationshaftung weiterhin beibehalten werden sollte. Zu seiner Auslegung bieten sich *de lege lata* wie *de lege ferenda* keine einheitlichen, zwingenden Kriterien an, sondern eine Reihe von Gesichtspunkten, die in einer wertenden Gesamtbetrachtung berücksichtigt werden sollten[1970]. Im Zentrum sollte dennoch eine Kausalitätsüberlegung stehen, d. h. die Frage, wie stark es die betriebliche Tätigkeit dem Organisationsmitglied erlaubte, in absolut oder spezifisch geschützte Rechtsgüter Dritter einzugreifen. Dabei kann es weder ausschliesslich darauf ankommen, ob die Schädigung während der Arbeitszeit und am Arbeitsort erfolgte, noch auf den Gedanken des allgemeinen typischen Betriebsrisikos oder die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten.

C. Organisationshaftung für kollektive Unsorgfalt (eigener Vorschlag)

1. Grundsätzliche Notwendigkeit des Sorgfaltselements

Aufgrund der Untersuchung verschiedener denkbarer Formen der Organisationshaftung drängt sich der Schluss auf, dass sich eine solche weder über die Formulierung eines „Organisationsrisikos" strukturieren lässt noch als Haftung für blosse widerrechtliche Verursachung ausgestaltet werden sollte. Es ist zwar möglich, Risikofaktoren, die typischerweise mit dem Prozess des Organisierens zusammenhängen, zu bezeichnen, wie die interdisziplinäre Analyse gezeigt hat. Der tatsächliche Gefährdungsgrad dieser Faktoren lässt sich aber nur schwer abstrakt bemessen und hängt stark von der Gefährlichkeit der organisierten Tätigkeit ab, weshalb an der – abstrakt verstandenen – Erheblichkeit des typischen Organisationsrisikos zu zweifeln ist. Hinzu kommt, dass sich verschiedene organisatorische Risikofaktoren mit genügender Sorgfalt beherrschen oder zumindest erheblich eindämmen lassen. Gleichzeitig erscheint es in Anbetracht des kollektiven und systemischen Charakters arbeitsteiligen Handelns nicht sachgerecht, eine Organisationshaftung an ein subjektives Verschulden des Geschäftsherrn oder der Hilfsperson zu knüpfen.

Als Haftungform zwischen Gefährdung und Verschulden bietet sich, wie bereits angedeutet, eine Organisationshaftung für *Unsorgfalt* an. Zwar ist der Begriff der Unsorgfalt schon im geltenden Recht schwierig zu erfassen; insbesondere die Bestimmung des erforderlichen

---

1969 So könnte man das *typische* Betriebsrisiko des Spitals mit guten Gründen als auf die Gefahr mangelhafter medizinischer Leistungen beschränkt erachten, weil die Gefahr des Missbrauchs heikler Personendaten nicht nur für Spitäler typisch ist, sondern auch in anderen Dienstleistungsberufen denkbar ist (so z. B. im Personaldienst von Unternehmen, bei der Sozialarbeit, im Treuhandwesen etc.).

1970 Ähnlich im Common Law, s. FLEMING, S. 377.

Sorgfaltsgrades ist komplex und entzieht sich weitgehend einer abstrakten Regelung. Das darf allerdings nicht der einzige Vorwand dafür sein, auf das Kriterium der Unsorgfalt (in irgendeiner Form, sei dies als „Organisationsmangel", „Betriebsmangel", „kollektive Unsorgfalt" etc.) zu verzichten. Denn dieses Kriterium scheint mir gegenwärtig das einzige zu sein, das der Rechtsprechung erlaubt, den (notwendigen[1971]) Übergang zwischen Verschuldens- und Kausalhaftung anhand verfeinerter Kriterien rechtlich zu konkretisieren[1972]. Diese Sichtweise entspricht im Übrigen auch einer internationalen Tendenz. Denn selbst in Rechtsordnungen, deren Formen der Geschäftsherrenhaftung im Wortlaut an eine blosse Verursachung des Schadens anknüpfen, wird überdies vorausgesetzt, dass die Hilfsperson den Schaden zumindest objektiv unsorgfältig verursacht hat (abgesehen von Deutschland, Oesterreich und der Schweiz, wo es auf das Fehlverhalten des Geschäftsherrn selbst ankommt)[1973].

Bereits OR 55 gründet auf Unsorgfalt, und zwar primär organisatorischer Natur (über die *curae in eligendo, instruendo et custodiendo* und allgemeine Organisationspflichten). Die kritische Analyse dieser Bestimmung und ihrer Auslegung hat aber bereits eine Reihe von Problemen gezeigt, die teils bereits *de lege lata*, bei der zukünftigen Auslegung, teils *de lege ferenda* vermieden werden sollten. Dazu gehören insbesondere die Beurteilung des mutmasslich schädigenden Verhaltens *ex post* im Hinblick auf die Verletzung von Sorgfaltspflichten sowie die Trennung von organisatorischen und inhaltlichen Sorgfaltspflichten. Ausgehend von diesen Beobachtungen möchte ich nun einen eigenen Ansatz aufbauen. Anzumerken bleibt, dass die nachfolgenden Ausführungen teilweise auch für den geltenden OR 55 Relevanz beanspruchen könnten, falls man den dort verwendeten Sorgfaltsbegriff in einem weiteren Sinne als bisher verstehen würde: es müsste, entgegen der Ansicht der herrschenden Doktrin und der Materialien, nicht nur organisatorische, sondern auch als inhaltliche Unsorgfalt damit sanktioniert werden. Es wäre allerdings *de lege ferenda* wünschenswert, die Formulierung des Haftungstatbestandes anzupassen; deshalb folgt am Ende des Textes ein eigener Normvorschlag (S. 366 ff.).

Zunächst geht es darum, den Begriff der „kollektiven Unsorgfalt" deutlich zu machen. Danach werde ich mich relativ ausgiebig mit dem Sorgfaltsbegriff und der Bestimmung des Sorgfaltsgrades befassen.

2. Individuelle und kollektive Unsorgfalt

a) Fragwürdige Trennung zwischen dem Verhalten von Organen und Hilfspersonen

In der traditionellen, nach wie vor relevanten Auslegung von OR 55 und ZGB 55/2 wird zwischen dem Verhalten von Hilfspersonen und jenem der Organe unterschieden, wodurch

---

1971 Siehe hierzu auch die Bemerkungen aus methodischer Sicht, vorne S. 102 ff.; s. a. B. GROSS, S. 554.

1972 So bezeichnet auch BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 150, seinen Vorschlag einer Organisationshaftung in Form einer „Unternehmens(gefährdungs)haftung" als „Hybridkonstruktion zwischen Verschuldens- und Kausalhaftung" und hält fest, „jeder Versuch, sie in einem dieser beiden Idealtypen aufgehen zu lassen, (verfehlt) die genuine Funktion dieser Unternehmenshaftung in der Gesellschaft. Ihre Leistungsfähigkeit besteht in ihrer Flexibilität und Offenheit für gesellschaftliche Wertungen und für unterschiedliche Lösungen für unterschiedliche Fallkonstellationen.". Allerdings kommt bei BRÜGGEMEIER meines Erachtens zu wenig zum Ausdruck, dass weniger der Begriff des typischen Betriebsrisikos, als vielmehr jener der kollektiven und objektiven Unsorgfalt diese Flexibilität erlaubt.

1973 PETRIN, S. 46 f., mit Verweisen; VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 197 f.

die Anwendung von OR 55 jene von ZGB 55/2 ausschliesst und *vice versa*[1974]. Wird ein Schaden durch eine Hilfsperson verursacht, so soll ausschliesslich OR 55 zur Anwendung kommen, war Organhandeln schadensrelevant, greift ZGB 55/2. Hervorzuheben ist dabei, dass es bei beiden Normen nicht auf die Qualifikation des Verhaltens der *Hilfsperson* ankommt, soweit diese nicht als „Statthalterin" des Geschäftsherrn, d. h. als Leitungsperson handelt. Denn OR 55 erfasst seiner Struktur nach nur das organisatorische Verhalten des Geschäftsherrn. Das heisst, er bezieht sich auf jene Sorgfaltspflichten, die aus dem Einsatz von Hilfspersonen entstehen, die also nicht nur mit der inhaltlichen Ausführung der Tätigkeit in Verbindung stehen[1975]. So auferlegt das Bundesgericht dem Geschäftsherrn *curae in eligendo, instruendo et custodiendo* sowie eine Reihe weitergehender, relativ umfassender Organisationspflichten. Soweit der Geschäftsherr eine juristische Person oder ein korporationsähnliches Kollektiv ist, richten sich diese Pflichten primär an *Leitungspersonen*, wozu auch Organe gehören können. Aus dieser – durch die Rechtsprechung geformten – Struktur von OR 55 folgt, dass sich der Geschäftsherr entlasten kann, obschon ein Verschulden untergebener Hilfspersonen zum Schaden geführt hat, wenn dem Geschäftsherrn (bzw. seinen Leitungspersonen) kein organisatorisches Fehlverhalten vorgeworfen werden kann. Demgegenüber haftet die juristische Person bei Verschulden von Organen kraft ZGB 55/2, ungeachtet der Frage, ob die Anleitung und Überwachung fehlbarer Organe durch übergeordnete Leitungspersonen mangelhaft oder sorgfältig genug war. Das Organhandeln wird der juristischen Person automatisch zugerechnet.

So zeigt sich im Kern eine gewisse Inkohärenz, eine Art strukturelle Verwerfung zwischen diesen beiden Normen. Denn im Ergebnis führen sie zu einer doppelspurigen Zurechnung des Organverhaltens an die juristische Person (sofern der Organisationsträger eine solche ist), und zwar sowohl über OR 55 (wo unsorgfältiges Organverhalten relevant für die Beurteilung der erforderlichen organisatorischen Sorgfalt sein kann) als auch über ZGB 55/2 (falls ein Organverschulden vorliegt). Die Haftungsvoraussetzungen sind jedoch unterschiedlich (vermutete Verletzung einer objektiven Sorgfaltspflicht gemäss OR 55, vom Geschädigten zu beweisendes Verschulden nach ZGB 55/2 i. V. m. OR 41). Gleichzeitig führt diese Verwerfung dazu, dass das schädigende Verhalten verschiedener Kategorien von Leitungspersonen einer juristischen Person nicht unter identischen Bedingungen zugerechnet wird; denn die zwischen der Geschäftsleitung und den Untergebenen stehenden Leitungspersonen sind nicht ausschliesslich Organe. Es ist aber nicht ersichtlich, was die unterschiedliche Behandlung von Organen und Hilfspersonen in deliktischer Hinsicht wirklich rechtfertigt. Die Anwendungsfälle von OR 55 und ZGB 55/2 sind vielmehr oft sehr ähnlich gelagert. Im Hinblick auf die kausale Bedeutung des Handelns von Organisationsmitgliedern für das Handeln der Organisation jedenfalls ist der Unterschied zwischen verschiedenen Gruppen von Leitungspersonen oftmals sehr gering oder überhaupt nicht zu erkennen[1976]; dies gilt beispielsweise für faktische Organe (deren schuldhaftes Verhalten der juristischen Person direkt zugerechnet wird), die sich quasi an der unteren Grenze der Organhierarchie befinden, für Leitungspersonen ohne Organfunktion, oder für Untergebene mit weitreichenden fachlichen Kompetenzen (z. B. Betreuer komplexer Projekte mit oder ohne ihnen funktional unterstellten Mitarbeitern). Denn typische Aufgaben der Organe – Führung der Organisation und deren Vertretung nach aussen[1977] – kommen nicht ausschliesslich den Organpersonen zu. Vertretungsberechtigt (d. h. zeichnungsbefugt) können auch Nicht-

1974 REY N 971.
1975 GAUCH, Besprechung von BGE 110 II 456, S. 68.
1976 Ähnlich EÖRSI, N 31, mit Bezug auf das finnische Recht.
1977 P. PORTMANN S. 23 f.

Organe sein[1978], und Führung nehmen Organisationsmitglieder auf unterschiedlichsten hierarchischen Stufen wahr. Gleichzeitig kommt es vor, dass Organe nicht nur führungsmässige, d. h. organisatorische, sondern auch inhaltliche Aufgaben ausführen, und wie vorne dargelegt, lassen sich diese Aufgabentypen kaum deutlich voneinander abgrenzen.

Zu dieser Verwerfung beigetragen hat vermutlich die Bezeichnung von ZGB 55/2 und verwandter Bestimmungen als „Kompetenz-„ oder „Zurechnungsnormen", also nicht als Haftungsnormen. Diese Bezeichnung vermag m. E. deren Charakter als eigenständige Haftungsnormen indessen nicht zu verwischen. Interessanterweise wird im Staatshaftungrecht nicht zwischen Organen und Hilfspersonen unterschieden, was quasi zu einer Verschmelzung von ZGB 55 und OR 55 führt; die Staatshaftung wurde denn auch schon als Haftung sowohl für eigenes wie für fremdes Verhalten bezeichnet[1979]. Gewisse neuere Lehrmeinungen postulieren auch für die privatrechtliche Deliktshaftung der juristischen Person die Aufhebung der Unterscheidung zwischen Organen und Hilfspersonen[1980]. Diese Ansicht verdient Zustimmung, was auch die nachfolgenden Ausführungen (insbes. 314 ff.) noch näher unterstreichen werden: In verschiedenen Bereichen hat die Rechtspraxis im Ergebnis bereits *de lege lata* zur Aufhebung dieser Unterscheidung geführt[1981]; [1982].

b) Kollektive Verursachung und kollektive Unsorgfalt

Die einheitliche Behandlung von Organen und Hilfspersonen ist ein wichtiger Schritt in Richtung eines Begriffs der *kollektiven Unsorgfalt*. Denn soweit das Haftungsrecht unterschiedliche Rechtsfolgen an das Verhalten verschiedener Kategorien von Organisationsmitgliedern knüpft, bezieht es sich, zumindest im Ansatz, immer noch auf individuelle, anhand der Mitgliederkategorie potentiell ermittelbare Handlungsbeiträge. Diese Sichtweise verkennt die kollektive Dimension organisierten Handelns. Soweit beispielsweise NATER davon ausgeht, dass es kollektive Unsorgfalt nicht geben könne, sondern nur die Summierung unsorgfältiger Einzelhandlungen[1983], ist ihm nicht beizupflichten. Aus der Organisationslehre und Fehlerpsychologie geht vielmehr hervor, dass der Unterschied zwischen individuellem und korporativem Handeln nicht nur quantitativer, sondern auch qualitativer Natur ist, was auch in der ethischen Diskussion bemerkt wurde. Es findet nicht bloss eine Summierung einzelner Handlungsbeiträge statt, sondern deren komplexe Verflechtung (über die Ausrichtung an übergeordneten, überindividuellen Organisationszielen, Formalisierung von

---

1978 P. PORTMANN S. 30.

1979 B. GROSS S. 77 f.

1980 WIDMER, Vereinheitlichung, S. 409; WIDMER/WESSNER, S. 124, und A. KELLER, S. 138 (und 171), welche die Irrelevanz der Unterscheidung zwischen Organen und Hilfspersonen schon aus BGE 110 II 456 ableiten; PETRIN S. 56; wohl auch SPIRO S. 119; GALAND-CARVAL S. 293 N 14. In eine ähnliche Richtung deuten die Bemerkungen bei VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. II N 189, wonach man juristische Personen einfach für verkehrswidrige Zustände haften lassen sollte. In gewissen europäischen Rechtsordnungen fehlt denn auch eine Sonderregelung der Haftung für Organe, s. VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 168 und Fn 1020.

1981 Diese Sichtweise präudiziert die Rechtslage für den rechtsgeschäftlichen Bereich nicht; dort stellt sich die etwas anders gelagerte Frage, ob und wieweit ein Organ oder ein anderes Organisationsmitglied die juristische Person durch einen Rechtsakt verpflichten kann.

1982 Mit dieser Sichtweise entfällt auch die von NATER (Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 104) bezeichnete Gefahr, dass der Geschäftsherr mangelns Individualverschulden einer Hilfsperson einer Haftung entgeht, wenn der Schaden ausschliesslich durch organisatorische Mängel bzw. solche des Managements verursacht wurde.

1983 Auf diese Ansicht lässt die Stelle bei NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 114 Fn 66, schliessen, wobei nicht klar ist, was der Autor meint, wenn er schreibt, die Unsorgfalt eines Einzelnen könne sich als „Unsorgfalt des Ganzen" manifestieren; NATER scheint sich hier zu widersprechen.

Handlungserwartungen, gruppendynamische Effekte, Synergien etc.), woraus kollektive und korporative Handlungssysteme entstehen[1984]. Das heisst nicht, dass individuelle Unsorgfalt in Organisationen dadurch gänzlich verschwindet; aber neben sie tritt als wichtige kausale Kraft das Handeln des Systems an sich. Durch die Arbeitsteilung verursacht auch schuldloses Verhalten der Hilfsperson Risiken[1985].

Somit geht es bei der Organisationshaftung nicht nur um die Schwierigkeit der Rechtsverfolgung (d. h. die Schwierigkeit für den Geschädigten, konkrete Schädiger im Innern der Organisation zu bezeichnen), sondern überdies um das ethische Problem, dass sich oft Einzelbeiträge in einen arbeitsteiligen Handlungszusammenhang einfügen, ohne dass man den einzelnen Akteuren eine qualifizierte Unsorgfalt im haftpflichtrechtlichen Sinn vorwerfen könnte. Übrig bleibt, wie es JÄGGI zutreffend formuliert hat, „die unpersönliche Verursachung durch den Betrieb des Organisationsganzen"[1986]. Allerdings lässt auch JÄGGI die Frage offen, wie der Gedanke einer Unsorgfalt des „Organisationsganzen" als haftpflichtrechtliches Instrument operationell gemacht werden könnte, d. h. wie sich daraus ein Haftungstatbestand ableiten und die Schwere der Haftung bestimmen lässt. Die individuellen Handlungsbeiträge sollen weder im Tatbestand erscheinen noch sind sie geeignet, die Schwere der Gesamthaftung der Organisation zu bestimmen. Zu suchen ist also nach einem Begriff der „kollektiven Unsorgfalt", die dem „Organisationsganzen" vorgeworfen würde[1987]. Einen solchen Begriff konsequent in die schweizerische Rechtsordnung einzuführen steht noch aus. Schon vorab lässt sich aber sagen, dass sich weitreichende Ansätze zu einem kollektiven Sorgfaltsbegriff schon unter geltendem Recht über die Auslegung von OR 41, OR 55, ZGB 55, OR 101 und der Staatshaftung ausgeformt haben, wie gleich nachfolgend zu zeigen ist. Obschon sich diese Haftungsgrundlagen strukturell stark voneinander unterscheiden und obwohl die Trennung zwischen Hilfspersonen und Organen strukturell aufrechterhalten wurde, fand auf dem Wege der Rechtsprechung eine Art Kombination von OR 55 und ZGB 55/2 bzw. OR 101 statt, indem das Gesamthandeln der Organisationsmitglieder unter verschiedenen Gesichtspunkten dem Organisationsträger direkt zugerechnet wurde.

c) „Kollektive Unsorgfalt" in der Rechtsprechung zum geltenden Recht

(1) Entscheidungen von Kollektivorganen in juristischen Personen

Soweit Entscheide organisatorischer oder inhaltlicher Natur durch Kollektivgremien getroffen werden, kann dies zu einer Haftung für kollektive Unsorgfalt führen, weil im Hinblick auf die deliktische Aussenhaftung nicht zwingend nach den einzelnen Handlungsbeiträgen der Organmitglieder gefragt wird[1988]. Steht beispielsweise im Rahmen von OR 55 ein fragwürdiger Personalentscheid des Verwaltungsrates zur Debatte, so wird der Entscheid als solcher und nicht die einzelnen Beiträge der Verwaltungsratsmitglieder mit dem erforderlichen organisatorischen Standard verglichen. Der kausale Einfluss jedes Verwaltungsratsmitglieds mag dann im Rahmen von Direktklagen oder im Strafrecht relevant sein, nicht

---

1984 Siehe hierzu die Bemerkungen zur Ethik vorne S. 112 ff.; s. a. die Bemerkungen bei HOFSTETTER S. 351; LASKI S. 122 ff.

1985 WICKE S. 311.

1986 JÄGGI S. 755.

1987 Ähnlich auch BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 151, der von einer „Entpersonalisierung" des Fahrlässigkeitsbegriffs spricht.

1988 So spricht das Bundesgericht in BGE 121 III 350, wo es um die Vertrauenshaftung eines Vereins ging, immer nur von dessen *„bureau présidentiel"*, ohne nach den Handlungsbeiträgen einzelner Mitglieder zu fragen.

aber für die deliktische Aussenhaftung des Organisationsträgers. Umgekehrt wird eine juristische Person kraft ZGB 55/2 haftbar, wenn ihre Organe den Gefahrensatz durch eine Kollektiventscheidung schuldhaft verletzt haben, selbst wenn der Präsident des Organkollektivs strafrechtlich entlastet wurde[1989].

(2) OR 55

Der Ausschluss des dezentralisierten Entlastungsbeweises bei der Auslegung von OR 55 bedeutet, dass es nicht darauf ankommt, wer im Betrieb des Geschäftsherrn die erforderliche organisatorische Sorgfalt erbracht bzw. wer die nötige Sorgfalt nicht erbracht hat; der konkrete Schädiger muss vom Geschädigten nicht bezeichnet werden[1990]. Es ist also durchaus denkbar, dass sich der Geschäftsherr entlasten kann, wenn mehrere Hilfspersonen *zusammen* genügende Sicherheitsmassnahmen getroffen haben. Und bei Scheitern des Entlastungsbeweises (oder Verzicht darauf) haftet der Geschäftsherr auch dann, wenn mehrere Hilfspersonen zusammen oder diese zusammen mit dem Geschäftsherrn (bzw. dessen Organen) einen Organisationsmangel verursacht haben[1991], ohne dass einem Organisationsmitglied individuell betrachtet ein Verschulden oder eine qualifizierte Unsorgfalt vorzuwerfen wäre. Wenn der Entlastungsbeweis scheitert oder nicht angetreten wird, führt also die Beweislastumkehr zumindest theoretisch zu einer Haftung für kollektive Unsorgfalt, wobei sogar denkbar ist, dass ein Organ den Mangel verursacht hat, ohne dass es individualisiert werden müsste. Schon in OR 55 ist also strukturell eine Haftung für kollektive Unsorgfalt angelegt, da sich die Rechtsprechung durch die Ablehnung des dezentralisierten Entlastungsbeweises[1992] über die Individualisierung der Hilfsperson hinweggesetzt hat, die man durchaus hätte aus dem Wortlaut von OR 55 herauslesen können[1993].

Eine weitere Tendenz in der Auslegung von OR 55, die in diese Richtung weist, ist die Vermischung von organisatorischen und inhaltlichen Sorgfaltspflichten. Diese Problematik wurde schon weiter oben (S. 254 ff.) eingehender behandelt. Eine solche Vermischung hebt im Hinblick auf die Organisationshaftung tendenziell den Unterschied zwischen Organen, übrigen Leitungspersonen und Hilfspersonen auf, was ebenfalls in die Richtung einer kollektiven Unsorgfalt deutet.

(3) OR 101 und ZGB 55/2

Es stellt sich die Frage, ob die Anwendungsbereiche von ZGB 55/2 erster Halbsatz und OR 101 in ähnlicher Weise korrelierend zueinander abzugrenzen sind wie ZGB 55/2 zweiter Halbsatz von OR 55, nämlich anhand der Frage, ob ein Organ oder eine Hilfsperson geschädigt hat. Der Unterschied bestünde darin, dass bei Anwendung von OR 101 für beide Kategorien von Akteuren das Modell des *hypothetischen* Verschulden gälte, während ZGB

1989 BGE 123 III 313.

1990 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 109.

1991 In diesem Sinne OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 30.

1992 Dies im Gegensatz zum deutschen Recht, was zum Teil die enge Auslegung von BGB 831 zur Folge hatte. Vielleicht auch deshalb wird in der deutschen Lehre bewusster ein sich aus BGB 831 ergebendes besonderes strukturelles Problem diskutiert: durch seine schuldhafte und widerrechtliche Handlung verletzt das Organisationsmitglied Verkehrspflichten, nämlich Organisationspflichten, die eigentlich dem Organisationsträger obliegen. Somit könne man nur von einem zusammengesetzten Delikt sprechen (BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 39).

1993 Die Terminologie von OR 55, „... Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen ... verursacht haben ...", könnte auch dahingehend verstanden werden, dass zu beweisen ist, *welche* Hilfsperson den Schaden verursacht hat.

55/2 vom *effektiven* Verschulden des Organs ausgeht[1994]. Überdies stellt sich die Frage der Haftungsbeschränkung gemäss OR 100 oder 101. Gemäss einem Teil der Lehre wird Organhandeln der juristischen Person auch im rechtsgeschäftlichen Bereich ausschliesslich aufgrund ZGB 55/2 zugerechnet[1995]. Man müsste also vermuten, dass im konkreten Fall zwingend nach der konkret schädigenden Person zu differenzieren ist. In früheren Entscheiden hat das Bundesgericht noch explizit die Kategorie der handelnden Organisationsmitglieder erwähnt[1996]. Die neuere Rechtsprechung jedoch scheint ganz global jedes organisationsinterne Verhalten, ob eines Organs oder einer Hilfsperson, dem Schuldner zuzurechnen, wenn dieser eine juristische Person ist, und zwar oft ohne Nennung der Haftungsgrundlage. Diese Sichtweise ist insofern nachvollziehbar, als der praktische Unterschied zwischen ZGB 55/2 und OR 101 im rechtsgeschäftlichen Bereich vermutlich gering ist: Das Modell des hypothetischen Verschuldens bezüglich OR 101 hat, wie vorne (S. 65 ff.) ausgeführt, wichtige Einschränkungen, insbesondere dann, wenn der Gläubiger aufgrund des Vertrags davon ausgehen darf, dass der Schuldner eine höhere Sorgfalt garantiert, als er selbst gewährleisten könnte. Andererseits ist auch das Bild des effektiven Organverschuldens zu relativieren angesichts des Grundsatzes der Wissensvertretung: das handelnde Organ soll nicht nur am eigenen Wissen gemessen werden, sondern in gewissen Grenzen auch am Wissen anderer Organisationsmitglieder[1997]. Beide Normen konvergieren so quasi in die Richtung einer globalen Zurechnung des kollektiv verstandenen Verhaltens mehrerer Organisationsmitglieder. Diese Sichtweise lässt sich mit der Überlegung begründen, dass der Schuldner die Vorteile der Arbeitsteilung optimal für die Vertragserfüllung einsetzen soll.

Somit macht es für die Vertragshaftung wenig Unterschied, ob eine Vertragsverletzung durch ein Organ oder eine Hilfsperson verursacht wird, wenn eine juristische Person Schuldner ist[1998]. Für die vorliegende Problematik interessant sind insbesondere neuere Entscheidungen zu Skiunfällen. Diese betrafen zwar primär das Vertragsrecht, sind aber für die deliktische Haftung ebenfalls bedeutsam, da regelmässig die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten zur Diskussion stand, die das Bundesgericht deliktischen Sorgfaltspflichten gleichsetzt[1999]. Im Stätzerhorn-Fall[2000] ging es um die Frage, ob eine Ski- und Sessellift AG verpflichtet war, Bäume in der Nähe einer engen Passage der Skipiste auszupolstern, da ein Skifahrer mit einem Baum kollidiert war und sich dabei schwere Verletzungen zugezogen hatte. Das Bundesgericht bejahte eine solche Pflicht und damit die Haftung der AG für die erlittenen Körperschäden. Für die vorliegende Studie erscheint es interessant zu bemerken, dass im ganzen Entscheid keine Haftungsnorm erwähnt wird, weder ZGB 55 i. V. m. OR 722 noch OR 55 noch OR 101. Haftungsgrundlage ist eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht, die aus dem Gefahrensatz abgeleitet wird. Es geht auch nicht aus dem Entscheid hervor, ob eine Hilfsperson oder ein Organ die fragliche Gefahr gesetzt und nicht behoben hat. Gefragt wird nicht, ob die Pflege und Polsterung der Pisten schlecht organisiert war, ob inkompetente Hilfspersonen beteiligt waren oder ob das Verschulden eines Organs schadensrelevant war. Das Verhalten welchen Organisationsmitglieds auch immer wird der beklagten Aktiengesellschaft einfach zugerechnet, und das Gericht fragt sich, ob das Gesamthandeln derselben einen objektiven Verhaltensstandard verletzte. Auch hier vermischen sich

---

1994 Diese Unterscheidung hat nicht nur theoretische Konsequenzen, insbesondere, wenn es um das Handeln von Fachpersonen geht, s. dazu auch S. 64 ff.

1995 WEBER-BK, ad OR 101, N 67; GAUCH/SCHLUEP N 2889 f.; nicht ganz klar RIEMER-BK, ad ZGB 54/55, N 55; anderer Meinung wohl OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 21.

1996 Siehe BGE 70 II 219, wo präzisiert wird, die beklagte AG habe „durch ihre Organe" gehandelt.

1997 Siehe vorne S. 51 ff.

1998 So auch OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 21.

1999 Siehe hierzu eingehender S. 327 ff.

2000 BGE 121 III 360.

also organisatorische und inhaltliche Unsorgfalt, denn der Schuldner wird nicht an der Güte seiner Organisation gemessen, sondern daran, ob er seine vertraglichen Pflichten bzw. die Verkehrssicherungspflichten erfüllt, ganz gleich, auf welche Art und Weise. Im Kern begründet diese Rechtsprechung somit ebenfalls eine Haftung für kollektive Unsorgfalt.

(4) Staatshaftung: Pflichtwidrigkeit

Auf anschauliche Weise findet sich die Idee einer kollektiven Unsorgfalt auch in der Staatshaftung verwirklicht. Insbesondere im BGE 112 Ib 329 – wo die Haftung einer Klinik für die Flucht und den Suizid eines Patienten zu beurteilen war – schreibt das Bundesgericht explizit, „dass die ... konkret getroffenen Anordnungen weder einem Beamten der Klinik zum Verschulden gereichen noch als objektiv pflichtwidrig und damit widerrechtlich zu betrachten sind." Der Schaden war auf konstruktive Mängel des Klinikgebäudes zurückzuführen, die nicht durch personelle Massnahmen kompensiert wurden. Pflichtwidrig war nur die letztgenannte Unterlassung, welche vermutlich der Klinikleitung als Kollektivgremium zuzuschreiben ist, wie auch die übrigen schadensrelevanten, obschon nicht pflichtwidrigen Handlungen bzw. Unterlassungen mehreren Organisationsmitgliedern zuzurechnen waren. Das Bundesgericht analysiert nicht, ob das Handeln eines einzelnen, individualisierbaren Mitarbeiters schuldhaft oder objektiv unsorgfältig war, sondern betrachtet das Gesamthandeln der Klinik in Bezug auf die schadensrelevanten Zusammenhänge (die Sicherung des Zugangs zur geschlossenen Abteilung) und fragt sich, ob durch dieses Gesamthandeln Amtspflichten verletzt wurden. Noch deutlicher ist in dieser Hinsicht BGE 115 Ib 175, in dem die Frage der Haftung eines staatlichen Spitals für die Folgen eines ärztlichen Behandlungsfehlers nach dem Zürcher Staatshaftungsrecht[2001] zu beurteilen war. An einer Operation, die zu bleibender Invalidität der Patientin führte, waren mehrere Ärzte beteiligt[2002], die unter der Leitung eines Chirurgen standen. Im Entscheid wird nicht nach einem individuellen Fehlverhalten gefragt. Es bleibt vielmehr dahingestellt, wem unter den beteiligten Ärzten das schadensrelevante Versehen unterlaufen war, ob einem oder mehreren. Es wird nur das Versehen – quasi als gebündelte Handlung aller beteiligter Ärzte –unter dem Gesichtspunkt ärztlicher Sorgfaltspflichten analysiert.

Diese Sichtweise ist wesentlich praktischer als die durch OR 55 gebotene und führt dennoch nicht zu einer reinen Kausalhaftung des Spitals[2003]. Unter OR 55 hätte man den leitenden Chirurgen als Leitungsperson qualifizieren und sich fragen müssen, ob die Operation mangelhaft organisiert gewesen war. Es ist offensichtlich, dass eine solche Differenzierung bei einem hochkomplexen chirurgischen Eingriff, der unter Zeitdruck und unter unvorhergesehenen Schwierigkeiten stattfand, überaus künstlich wäre. Gerade dieser Fall zeigt eher eine horizontale Form arbeitsteiligen Zusammenwirkens mehrerer Fachleute, das zwar durch einen Chirurgen geleitet wurde, das aber höchstwahrscheinlich im Detail von sich wandelnden Organisationsstrukturen geprägt war[2004]. Obschon der Sachverhalt in dieser Hinsicht nicht ausführlich geschildert wird, zeigt schon die beschriebene Gegenüberstellung zwischen dem Chefchirurgen und dem Anästhesisten eine Kompetenzverteilung zwischen Fachleuten, die sich nicht auf ein einfaches hierarchisches Subordinationsverhältnis reduzie-

2001 Das VG 3 strukturell entspricht, s. den Verweis auf §6 Abs. 1 des zürcherischen Haftungsgesetzes, BGE 115 Ib 179.

2002 BGE 115 Ib 179, 182.

2003 Oder, in der Formulierung des Bundesgerichts, sind auch bei einer Kausalhaftung wie der Staatshaftung Sorgfaltspflichten im Rahmen der Widerrechtlichkeit relevant, BGE 115 Ib 180.

2004 Insofern klingt in der beschriebenen Konstellation die Struktur der weiter vorne besprochenen *high reliability*-Organisationen an, s. eingehender S. 171 ff.

ren liess. Und die Arbeit beider zusammen hierarchisch und organisatorisch auf noch höhere Leitungspersonen, etwa die Spitalleitung, zu beziehen, wäre ebenfalls künstlich, da die Organisationsleitung für derart spezifische Eingriffe mangels Fachkenntnissen keine konkreten Weisungen erteilen kann, anhand derer die organisatorische Sorgfalt gemäss OR 55 beurteilt würde. In Fällen wie dem in BGE 115 Ib 175 behandelten fliessen organisatorische und inhaltliche Sorgfaltspflichten ineinander. Falsch wäre es, organisatorische Sorgfaltspflichten bis zur Absurdität auszudehnen, damit inhaltliches Fehlverhalten noch mit OR 55 erfasst werden kann – indem man beispielsweise nachträglich verlangt, die Organisationsleitung hätte das inhaltlich fehlbare Mitglied dauernd überwachen müssen, und insbesondere gerade zu jenem Zeitpunkt, in dem die Schädigung erfolgte. Es gilt vielmehr zu fragen, ob das gebündelte Kollektivverhalten der Organisationsmitglieder einem gewissen Sorgfaltsstandard entspricht, unabhängig von der Güte der Organisation.

Somit ist man mit dem Begriff des „Organisationsverschuldens" im Staatshaftungsrecht ebenfalls in die Nähe einer „kollektiven Unsorgfalt" gelangt, da unter diesem Begriff nicht ein persönlich vorwerfbares, individuelles Verhalten verstanden wird. Vielmehr wird an die Verletzung objektiver Verkehrspflichten durch das Kollektiv angeknüpft[2005].

(5) Unternehmensstrafrecht: „sozialer" Schuldbegriff

Nur kurz sei an dieser Stelle nochmals auf die Diskussion über die Strafbarkeit von Unternehmen hingewiesen, wo sich in neuerer Zeit eine Tendenz hin zu einem „sozialen" Schuldbegriff abzeichnet. Im Hinblick auf die Revision des StGB, die in den Art. 100^{quater} mündete, hielt der Gutachter ROTH fest, nicht nur der traditionelle „moralische", sondern auch ein „sozialer" Schuldbegriff „vermöge durchaus auch die ‚Schuld' einer juristischen Person bzw. eines Unternehmens zu erfassen"[2006]. „Aus der moralischen Schuld des Individualtäters wird im Falle des Unternehmens eine Schuld *sui generis*, die als ‚soziale' oder ‚Organisationsverschulden' wenigstens annähernd umschrieben wird."[2007] In der Revision wurde diesen Überlegungen auf mehreren Ebenen Rechnung getragen: Gemäss StGB 100^{quater}/1 greift die strafrechtliche Unternehmenshaftung dann, wenn eine Straftat keiner bestimmten Person zugerechnet werden kann, somit also zumindest tendenziell den Charakter eines kollektiven Delikts besitzt. Zum anderen soll diese Zurechnung nur stattfinden, wenn die mangelnde Individualisierbarkeit des Delinquenten auf Organisationsmängel zurückzuführen ist, somit auf ebenfalls potentiell kollektive Verhaltens- oder Zustandsmängel[2008]. StGB 100^{quater}/2 schliesslich instituiert für gewisse Bereiche (Geldwäscherei, organisierte Kriminalität etc.) eine direkte strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens für Organisationsmängel, also ebenfalls für tendenziell kollektive Unsorgfalt.

(6) Rechtsvergleichende Aspekte

Anzumerken bleibt, dass verschiedene Konzepte in ausländischen Rechtsordnungen anderer Staaten in die Richtung einer kollektiven Unsorgfalt deuten. Dies gilt beispielsweise für das Organisationsverschulden im deutschen[2009] oder das Modell der *non-delegable duties* im

---

2005 J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 259. GROSS verweist in dieser Hinsicht auch auf die französische *„faute-de-service"*-Haftung des Staates, die von einem kollektiven, anonymisierten Verschuldensbegriff ausgeht, s. J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 262 f. mit Verweisen; s. a. B. GROSS S. 278 f.

2006 Botschaft (1999) ad StGB Ziff. 217.13.

2007 Botschaft (1998) ad StGB Ziff. 217.3 mit Verweisen.

2008 S. a. Botschaft (1999) ad StGB Ziff. 217.3.

2009 Siehe vorne S. 80 ff.; s. a. GALAND-CARVAL S. 294 N 15.

englischen Recht[2010]. In dieselbe Richtung weist die französische Rechtsprechung, wonach bei CCfr 1384/5 die konkret schädigende Hilfsperson nicht bezeichnet werden muss, damit eine Haftung greift[2011]. Ähnlich muss die schädigende Hilfsperson auch im polnischen Recht nicht identifiziert werden, wo die Lehre von einem „anonymen Verschulden" spricht[2012].

d) „Kollektive Unsorgfalt" in der Organisationshaftung de lege ferenda

(1) Direkte Zurechnung schädigender Verhaltensweisen und Zustände

Von der beschriebenen Rechtsprechung aus ist der Schritt klein zur Ausformulierung einer allgemeinen kollektiven Unsorgfalt. Dass Lehre und Rechtsprechung diesen Schritt bis anhin nicht ausdrücklich und systematisch kohärent vollzogen haben, mag an der gesetzlich vorgegebenen Heterogenität der Haftungsgrundlagen liegen, insbesondere im Umstand, dass mit OR 55, OR 101, ZGB 55/2 und der Staatshaftung vier strukturell sehr verschiedene Haftungsinstitute faktisch ähnlich gelagerte Fälle regeln. Die beschriebenen Fallgruppen, in denen bereits *de lege lata* im Grunde auf kollektive Unsorgfalt abgestellt wird, sind in ihrer Argumentationslinie zu begrüssen, aber wegen ihres Spannungsverhältnisses zum gesetzlich vorgegebenen Konzept systematisch fragwürdig. Deshalb ist es *de lege ferenda* notwendig, die Organisationshaftung im engeren Sinn auf eine einheitliche Grundlage zu stellen.

Ein kollektiver Sorgfaltsbegriff müsste vom Bild der Organisation als Handlungssystem ausgehen, wie es beispielsweise Ethiker postuliert haben[2013], das heisst vom Bild des Kollektivs oder der Korporation als eine – hypothetischerweise – *einzige* handelnde Person. Das Konzept der hypothetischen Person ist im Haftpflichtrecht durchaus systemgerecht[2014]. Ein solches Modell wäre von der Idee her auch mit dem geltenden Recht vereinbar, da es bereits der Struktur der juristischen Person zugrunde liegt. OR 55 gründet implizit ebenfalls auf einem Modell der Organisation als einheitliches Handlungssystem und setzt sogar nicht einmal voraus, dass die Zusammenarbeit zwischen Geschäftsherr und Hilfsperson – die „Organisation" – formell in der Form einer juristischen Person konstituiert zu sein braucht[2015].

Neu wäre aber, dass dem Organisationsträger nicht entweder sein eigenes Fehlverhalten (wie gemäss OR 55) oder jenes der Organe (wie nach ZGB 55) zugerechnet würde, sondern in einem ersten Schritt überhaupt alle Handlungen, die Organisationsmitglieder vollbringen, und alle Zustände, die im funktional konnexen (das heisst mit der betrieblichen Arbeit verknüpften) Einflussbereich der Organisationsmitglieder liegen[2016]. Erst in einem zweiten Schritt wäre zu prüfen, ob die dem Träger zugerechneten Teilhandlungsbeiträge, hypothe-

---

2010 Siehe vorne S. 296 ff.

2011 Siehe vorne S. 87 ff.; s. a. GALAND-CARVAL S. 294 N 15.

2012 NESTEROWICZ/BAGINSKA S. 191 N 25.

2013 Siehe vorne, S. 113 ff., dort insbesondere MARINGS Ansatz sowie den Verweis auf GOODPASTERS moralisches „Fraktal-Prinzip" bei MARING, Verantwortung, S. 328 f.

2014 Es erscheint beispielsweise in der Form des hypothetischen pflichtgemässen Verhaltens des Durchschnittsmenschen bei der Verschuldenshaftung; des hypothetischen *„observateur neutre, ayant l'expérience de la vie et des choses"* bei der Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs; oder des (hypothetischen) pflichtgemässen Alternativverhaltens; s. a. GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 179.

2015 Die Organisation, dies sei hier *pro memoria* erwähnt, ist natürlich nicht mit dem Organisationsträger zu verwechseln, den die Haftung treffen soll. Der letztere, der „Geschäftsherr" nach OR 55, muss eine Person im Rechtssinn sein.

2016 Ähnlicher Ansicht JAUN, S. 596.

tisch durch eine einzige Person begangen, gesamthaft gesehen Sorgfaltspflichten verletzen. Relevant soll also primär das gebündelte Gesamthandeln der Organisation sein, wie es sich in der Aussenwelt manifestiert. Das ist nicht zu verwechseln mit dem Handlungserfolg, dem Schaden, denn sonst geriete man erneut in die problematische Formulierung von OR 55, die allzu schnell dazu führt, dass die Gerichte vom Schaden auf die Unsorgfalt schliessen.

Dass nur eine individualisierte natürliche Person rechtlich gesehen unsorgfältig handeln kann, ist ein Paradigma, das somit in Frage gestellt werden muss. Letztlich rührt es vom Verschuldensbegriff her und ist aus dieser Sicht durchaus verständlich: Eine Korporation ist mangels „Subjektivität" keines Verschuldens fähig, daher auch ZGB 55/2. Aber wie zu zeigen sein wird, müsste eine Organisationshaftung auch *de lege ferenda* an einem objektiven – das heisst von der Subjektivität eines Individuums losgelösten – Sorgfaltsbegriff anknüpfen, der primär über einen Verhaltensstandard definiert wird. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass auch die rechtliche Urform der Haftung eines Kollektivs – die Solidarhaftung für gemeinsames Verschulden gemäss OR 50 – in gewisser Hinsicht von einer Objektivierung der Zurechnung ausgeht. Zwar ist Verschulden Haftungsvoraussetzung, aber bei gemeinsamer Verursachung eines Schadens verlangt das Bundesgericht nicht, dass der konkrete Schädiger innerhalb der schädigenden Gruppe individualisiert wird, sofern eine psychische Konnexität zwischen den Mittätern vorhanden ist. Das kann zu einer Haftung für alternative Kausalität führen, potentiell also für Haftung ohne Beweis des Kausalzusammenhangs: denn ein Mitglied der schädigenden Gruppe kann gemäss OR 50 selbst dann haftbar werden, wenn bewiesen ist, dass ein anderes Mitglied den Schaden effektiv verursacht hat[2017]. Wie angedeutet, unterscheidet sich die Organisationshaftung zwar strukturell von der Haftung nach OR 50, da die Zurechnung nicht an das Kollektiv, sondern an einen Organisationsträger stattfindet. Dennoch bestehen über die Orientierung der Mitglieder an gemeinsamen Organisationszielen, über die hierarchisch legitimierte Formalisierung von Verhaltenserwartungen, über vielfältige gruppenpsychologische Mechanismen etc. entfernte Parallelen zum „gemeinsamen Verschulden" nach OR 50.

Das hier vorgeschlagene Konzept einer Haftung für kollektive Unsorgfalt ist durchaus praktikabel zu handhaben, wie verschiedene Urteile zu OR 101 und zur Staatshaftung zeigen. Wie man für individuelles Handeln fragen kann: „Hat die Person in Bezug auf die konkrete Situation sorgfältig genug gehandelt?", so kann man an das Organisationsganze die Frage richten: „Haben alle Organisationsmitglieder zusammen in Bezug auf die konkrete Situation sorgfältig genug gehandelt?". Man fragt also nicht nur: „Ist einem Organisationsmitglied ein Verschulden vorzuwerfen?" oder: „War der Betrieb richtig organisiert?". Somit sollte im Haftungstatbestand nicht auf die Unsorgfalt einer individualisierbaren Hilfsperson abgestellt werden[2018].

Der Vergleich der Organisation mit einer (hypothetischerweise) einzigen Person führt auch zur konsequenten Berücksichtigung des Prinzips der Wissenszurechnung[2019]: Nicht was die einzelnen Organe und Hilfspersonen einer Organisation tatsächlich wussten, sondern was sie *in globo* hätten wissen sollen, muss für die Beurteilung der Sorgfaltspflicht relevant sein.

2017 BGE 71 II 107.

2018 Insofern ist auch PETRINS Modell nicht ganz präzise formuliert, wenn er schreibt, es genüge, „dass der Geschädigte den Nachweis erbringt, dass eine objektive Unsorgfalt durch irgendeine Hilfsperson begangen wurde" (PETRIN S. 61).

2019 So auch BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 123.

Das führt dennoch nicht zu einer grenzenlosen Haftung, weil die Frage des erforderlichen Wissens primär von der Gefährlichkeit der Tätigkeit abhängen sollte[2020].

Es bleibt anzumerken, dass mit dem Konzept einer kollektiven Unsorgfalt natürlich keineswegs ausgeschlossen ist, dass eine nur individuelle, durch ein bestimmtes und ermittelbares Mitglied begangene Handlung dem Organisationsträger zugerechnet wird und zu dessen Haftung führt. Auch für Einzelhandeln müsste aber m. E. ein einheitlicher objektiver Sorgfaltsbegriff gelten, da es zufällig und jedenfalls gegenüber dem Geschädigten als irrelevant erscheint, ob eine oder mehrere Personen im Innern der Organisation gehandelt haben. Dies sollte konsequenterweise auch dann gelten, wenn ein Organ gehandelt hat, was zu einer neuen Auslegung des „sonstigen Verhaltens" gemäss ZGB 55/2 führen müsste in dem Sinn, dass nicht ein subjektives Verschulden, sondern eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung durch das Organ Haftungsvoraussetzung wäre. Dieser Unterschied wäre allerdings gegenüber dem geltenden Recht angesichts der Tendenz, das Verschulden zu objektivieren, gering.

(2) Beispiel: ECTIL-Principles

Zusammenfassend betrachtet wäre somit eine Haftung für kollektive Unsorgfalt durch eine Art strukturelle Verknüpfung von OR 55 und ZGB 55/2 bzw. OR 101 zu erreichen. Dieses Konzept gleicht den Vorschlägen des *European Center of Tort and Insurance Law (ECTIL)*, einer der wichtigen inoffiziellen Gruppen von Autoren, die gegenwärtig an Vorschlägen zur Vereinheitlichung des europäischen Zivilrechts arbeiten. Die Organisationshaftung gemäss den ECTIL-Principles – obschon nicht als solche bezeichnet – setzt sich offenbar aus der *„Enterprise liability"* und der *„Liability for auxiliaries"* zusammen. Die entsprechenden Normen lauten wie folgt:

> *Art. 4:202: Enterprise liability*
>
> *1A person pursuing a lasting enterprise for economic or professional purposes who uses auxiliaries or technical equipment is liable for any harm caused by a defect of such enterprise or of its output unless he proves that he has exercised all proper care to prevent harm.*
>
> *2"Defect" is any deviation from standards that are reasonably to be expected from the enterprise or from its products or services.*

Diese Norm gleicht Art. 49a des Schweizer Vorentwurfs und ist zweifelsohne auch von OR 55 inspiriert. Die ECTIL-Principles enthalten aber eine zusätzliche Bestimmung, die eher aus der französischen oder englischen Hilfspersonenhaftung abgeleitet ist:

> *Art. 6:102: Liability for auxiliaries*
>
> *1A person is liable for damage caused by his auxiliaries acting within the scope of their functions provided that they violated the required standard of conduct (Art. 4:102).*
>
> *2An independent contractor is not regarded as an auxiliary for the purposes of this Article.*

2020 Zur Korrelation zwischen Gefährdung und Voraussehbarkeit siehe eingehendere Bemerkungen hinten, S. 337 ff., zur Wissensvertretung S. 347 ff.

Nicht ganz klar ist, ob der "*standard*", auf den beide Normen verweisen, derselbe sein soll, jener nämlich, der in Art. 4:102 bezüglich der Verschuldenshaftung umschrieben wird:

> *Art. 4:102: Required standard of conduct*
>
> *1The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances, and depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods.*
>
> ...

Ebenso ist das Verhältnis zwischen den beiden Bestimmungen nicht völlig klar: statuieren beide Normen verschiedene Formen der Organisationshaftung, Art. 4:202 als Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast, Art. 6:102 als vicarious liability, aber mit Beweisbelastung des Geschädigten? Jedenfalls enthält Art. 6:102 für sich betrachtet eine Haftung für kollektive Unsorgfalt, da explizit von mehreren Hilfspersonen die Rede ist.

3. Sorgfaltsbegriff und Bestimmung des Sorgfaltsgrades

a) Vorbemerkung

Das zentrale Problem einer Organisationshaftung für Unsorgfalt ist zweifelsohne die Bestimmung des erforderlichen Sorgfaltsgrades. Das Element der Unsorgfalt spielt im schweizerischen Recht auf verschiedenen Ebenen eine Rolle, aber primär bei der Verschuldens- und bei den einfachen Kausalhaftungen. Wie bereits in den methodischen Vorbemerkungen angedeutet, sind *Voraussehbarkeit* und *Gefährdung* die zentralen Kriterien zur Bestimmung des Sorgfaltsgrades im schweizerischen Recht; ihnen wird im Folgenden auch ein besonderes Augenmerk gelten. Im eben erwähnten Art. 4:102 der ECTIL-Principles, der einen allgemeinen deliktischen Verhaltensstandard definiert, werden darüber hinaus noch weitere Faktoren erwähnt, darunter die Kosten für Präventions- oder alternative Massnahmen, die vorliegend an anderer Stelle bereits besprochen wurden[2021].

Ein kollektiver Sorgfaltsbegriff führt, wie erwähnt, zwangsläufig zu einem *objektivierten Sorgfaltsmassstab*. Subjektive Entschuldigungsgründe – wie Unzurechnungsfähigkeit, Krankheit, Gemütstrübung – sind also für den weiteren Verlauf der Untersuchung unbeachtlich. Die Objektivierung von Sorgfaltspflichten – insbesondere im Bereich der Verschuldenshaftung – entspricht einem Prozess, der in der Schweizer wie auch in ausländischen Rechtsordnungen bereits seit einigen Jahrzehnten stattfindet. Die Schlagworte „Objektivierung des Verschuldens" (bei OR 41) und „Verschärfung des Sorgfaltsbeweises" (bei OR 55) sagen allerdings kaum etwas über die strukturellen Konsequenzen dieses Prozesses aus. Solche Schlagworte können nicht Ziel, sondern müssen Ausgangspunkt juristischer Analyse sein. Werden sie nicht hinterfragt und ausdifferenziert, nehmen sie unbemerkt eine normative Dimension und Bedeutung an, die ihnen möglicherweise ursprünglich niemand geben wollte, an die sich aber die Rechtspraxis später allmählich bedingungslos gebunden fühlt.

Deshalb ist es angebracht, nachfolgend die wichtigsten Tendenzen dieser Entwicklung kurz darzustellen und für den Bereich der Organisationshaftung fruchtbar zu machen. Zunächst soll die Objektivierung von Sorgfaltspflichten durch die Verbindung von Unsorgfalt und

---

[2021] Zur wirtschaftlichen Zumutbarkeit von Sorgfaltsmassnahmen siehe hinten S. 355 ff.

Widerrechtlichkeit dargestellt werden (S. 323 ff.). Anschliessend soll gezeigt werden, dass auch über das Kriterium der *Voraussehbarkeit* des Schadensverlaufs eine Objektivierung des Sorgfaltsgrades stattgefunden hat, insbesondere infolge der schwierigen Abgrenzung zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang (S. 331 ff.). Beide Argumentationsebenen haben zu teilweise fragwürdigen Ergebnissen geführt, können aber gleichzeitig durchaus flexible und für die Organisationshaftung brauchbare Kriterien zur Handhabung des Sorgfaltsbegriffs liefern. Im letzten Kapitel werde ich sodann auf das Verhältnis von Gefährdung und Voraussehbarkeit zur Bestimmung des Sorgfaltsgrades näher eingehen (S. 337 ff.).

b) Verhältnis zwischen Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit

(1) Theoretisches Postulat: Trennung zwischen Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit

Diese Begriffe scheinen *a priori* nicht auf derselben Ebene zu liegen: Unsorgfalt ist die objektive Seite des Verschuldens und bezeichnet einen Verhaltensmangel, Widerrechtlichkeit betrifft die Frage, ob eine Verletzungshandlung (bzw. der Verletzungserfolg) eine Rechtsnorm verletzt. Eine unsorgfältige Handlung ist, so die traditionelle Auffassung, nicht automatisch auch widerrechtlich. Widerrechtlichkeit und Verschulden sind nach der herrschenden Lehrmeinung zwei voneinander unabhängige Haftungsvoraussetzungen und müssen deshalb gesondert geprüft werden[2022]. Diese Bemerkung gilt insbesondere für das Verhaltensunrecht, wenn keine Schutznorm verletzt worden ist, da beim Erfolgsunrecht bereits der Schadenserfolg – Verletzung absoluter Rechte – als widerrechtlich gilt. In beiden Fällen aber entfällt Widerrechtlichkeit, wenn ein Rechtfertigungsgrund im Sinn von ZGB 28/2 vorliegt (etwa die Einwilligung des Geschädigten).

(2) Vermischung von Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit in der Rechtspraxis

(a) Nur gradueller Unterschied zwischen Normverletzung und Sorgfaltspflichtverletzung

Der Blick auf die tatsächliche Rechtspraxis und neuere Ansichten der Lehre zeigt aber, dass zwischen Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit keineswegs mit der postulierten Deutlichkeit unterschieden wird. Dieses Problem wurde besonders aktuell, seit eine Tendenz besteht, das Verschulden im Sinne von OR 41 zu objektivieren[2023]. Fallen nämlich subjektive Elemente des Verschuldensbegriffs weg – wie die Frage der Zurechnungsfähigkeit des Haftpflichtigen und subjektive Entschuldigungsgründe wie Unerfahrenheit, Krankheit, Gemütstrübung etc. – , so bleibt nur noch das objektive Element zur Beurteilung des schädigenden Verhaltens übrig, d. h. Unsorgfalt, verstanden als Verletzung bestimmter Sorgfaltspflichten (wobei Vorsatz oder Fahrlässigkeit keine zwingenden Elemente eines objektiv verstandenen Sorgfaltsbegriffs darstellen[2024]). Zur Beurteilung der Frage, ob Sorgfaltspflichten verletzt wurden, wird das tatsächliche Verhalten des Beklagten mit dem hypothetischen Verhalten einer in Bezug auf die Umstände genügend sorgfältigen Person verglichen. Hypothetische Ver-

---

2022 Siehe hierzu WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 346 mit Verweisen; GYGI S. 420; OFTINGER, Haftung ohne Verschulden, S. 257.

2023 Siehe hierzu etwa REY N 843 ff.; WEBER, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 45 f.

2024 Siehe hierzu auch W. PORTMANN, Abgrenzung, S. 277, 278 f. sowie die ECTIL-Principles, wo „*fault*" gem. Art. 4:101 nicht jede, sondern nur vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung des erforderlichen Verhaltensstandards (i. S. v. Art. 4:102) bedeutet.

gleichsperson bei der Verschuldenshaftung ist in der Regel der „Durchschnittsmensch"[2025], dann jedoch der „Experte", wenn der Handelnde über höhere Fachkenntnisse als der Durchschnittsmensch verfügte[2026]. Insofern ist auch ein objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff durchaus flexibel und in gewisser Hinsicht subjektiven Kriterien zugänglich, da zur Festlegung der erforderlichen Sorgfalt berücksichtigt wird, welcher Kategorie (z. B. Berufsgruppe oder Alter) der Schädiger angehört[2027]. Übernimmt jemand allerdings eine Tätigkeit, ohne zur Beherrschung der damit verbundenen Gefahren genügend fähig zu sein, ist bereits die Ausführung dieser Tätigkeit an sich als fahrlässig zu werten (Übernahmeverschulden[2028]). Vom Bild des Durchschnittsmenschen wird im Weiteren abgewichen, wenn das tatsächliche Durchschnittsverhalten in der Gesellschaft im schadensrelevanten Bereich in Bezug auf den Schutz elementarer Rechtsgüter (Leib, Leben etc.) nachlässig ist[2029] (da z. B. Velofahrer generell zu schnell und verbotenerweise auf dem Trottoir fahren oder Fussgänger oft den Zebrastreifen nicht benutzen etc.[2030]).

Auch einfache Kausalhaftungen werden teilweise an Unsorgfalt bzw. Zustandsmängel angeknüpft, so OR 55, wobei subjektive Entschuldigungsgründe und namentlich die Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit entfallen. Im Grunde aber unterscheiden sich Sorgfaltspflichten gemäss OR 55 nicht ihrer *Natur* nach von Sorgfaltspflichten gemäss OR 41, sondern höchstens in ihrer *Strenge*: auch bei OR 55 geht es um den Vergleich der schädigenden Handlung des beklagten Geschäftsherrn mit einem hypothetischen sorgfältigen Verhalten. Hinsichtlich OR 55 ist zwar nicht das Vergleichsverhalten einer Durchschnittsperson relevant, sondern jenes eines optimalen Organisators, da *jede objektiv notwendige Sorgfalt* angewendet werden muss[2031]. Der Geschäftsherr wird am objektiv zugänglichen Kenntnisstand bezüglich des schadensträchtigen Faktors gemessen. Er muss bei der organisatorischen Gestaltung seines Betriebs „alle vernünftigerweise in Betracht fallenden Eventualitäten" berücksichtigen[2032]. Diese Kriterien betreffen aber eigentlich nur die Schwere der Sorgfaltspflichten. Denn gerade wurde deutlich, dass auch im Bereich der Verschuldenshaftung in gewissen Fällen strengere Anforderungen an die Sorgfalt des Handelnden gestellt werden, als dies der Vergleich mit einem „Durchschnittsverhalten" mit sich bringen würde.

Somit ist das hypothetische Vergleichsverhalten sowohl im Verschuldensbegriff nach OR 41 als auch im Bereich der Unsorgfalt nach OR 55 im Kern kein statistischer oder rein psychologischer, sondern ein *normativer*, wertender Begriff[2033]. Die Entscheidung, wie weit Sorgfaltspflichten objektiviert werden sollen, bleibt letztlich dem Gericht überlassen[2034] und ist durchaus flexibel. Die feineren Sorgfaltspflichten im Begriff der Unsorgfalt erscheinen so als Ausdifferenzierung elementarer Verhaltenspflichten (wie „*neminem laedere*"), wel-

---

2025 REY N 844 mit Verweisen; GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 194.

2026 OFTINGER/STARK, Bd. I, §5 N 70; GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 196: „Insofern hat der wirkliche Mensch es zu entgelten, dass er ‚besser' ist als sein Vorbild.".

2027 REY N 847 mit Verweisen; GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 195.

2028 REY N 848 mit Verweisen; WIDMER, Fonction et évolution, S. 420; BGE 4C.53/2000, Erw. 4.a. (= Praxis 2000 Nr. 155)

2029 OFTINGER/STARK, Bd. I, §5 N 83 und Fn 82; GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 194 und Fn 113; ähnlich auch TAUPITZ, S. 162, in Bezug auf die ökonomische Analyse.

2030 Siehe auch das in BGE 85 II 243 beurteilte Beispiel: jurassischer Brauch, Pferdeweiden nicht einzuzäunen, Zsf. bei REY N 850; s. a. BGE 32 II 300: die „Übung", bei Radrennen keine zum Schutz der Zuschauer genügenden Abschrankungen vorzusehen.

2031 REY N 924.

2032 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 126.

2033 Was freilich für alle allgemeinen Haftungsvoraussetzungen zutrifft, s. WESSNER, Au menu, S. 250.

2034 OFTINGER/STARK, Bd. I, §5 N 104.

che durch die Rechtsordnung vorgeschrieben werden[2035]. Konkrete Verhaltenspflichten müssen teils durch die Rechtsprechung aus dem Gesetz abgeleitet werden, ergeben sich aber manchmal[2036] auch direkt aus dem Gesetz. Aus dieser Sicht ist es tatsächlich kaum möglich, Unsorgfalt von Widerrechtlichkeit zu unterscheiden, wie der nachfolgende Überblick zu verschiedenen Rechtsbereichen zeigen wird.

(b) Vermischung von Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit in der Staatshaftung

In VG 3 wird die Haftungsvoraussetzung der „Unsorgfalt" im weitesten Sinn nicht erwähnt. Um dennoch zu einer nuancierten Interessenabwägung zwischen Schädiger und Geschädigtem zu gelangen, hat das Bundesgericht aber in verschiedenen wichtigen Fallgruppen aus der Widerrechtlichkeit (und aus dem Kausalzusammenhang) Sorgfaltspflichten abgeleitet[2037], die sich genau betrachtet kaum von Sorgfaltspflichten unterscheiden lassen, die sich aus dem privatrechtlichen Begriff der Unsorgfalt ergeben würden. Denn in vielen Entscheiden zur Staatshaftung, wo die Frage der Verletzung objektiver Sorgfaltspflichten über die Widerrechtlichkeit oder den Kausalzusammenhang abgehandelt wird, spielt die Voraussehbarkeit der Schädigung durch den Beklagten eine zentrale Rolle[2038]. Der Verweis auf die Voraussehbarkeit würde aber keinen Sinn machen, wenn man es ausschliesslich mit Fragen der Widerrechtlichkeit zu tun hätte. So lässt sich für die Staatshaftung ganz generell sagen, ein Verhalten sei dann (objektiv) unsorgfältig, wenn es die Rechtsordnung verletzt[2039]. Deutlich wird dies insbesondere, wenn *Verhaltensunrecht* zur Diskussion steht. So ging es im Listeriose-Fall um positive Tathandlungen einer Behörde (Information der Bevölkerung über die Verseuchung von Weichkäse mit Listeriose-Bakterien), wobei „konkrete Anforderungen an das Verhalten der Behörden, d. h. objektive Sorgfaltspflichten ... aus der anwendbaren Schutznorm herausgelesen werden (konnten)"[2040]. Und selbst wenn die Verletzung *absoluter Rechte* durch aktive Tathandlungen zur Diskussion steht, lassen sich in der Regel konkrete Verhaltensnormen herleiten. Solche Fälle sind mit reinen Unterlassungstatbeständen insofern strukturell verwandt, als es immer darum geht, eine Tätigkeit in Übereinstimmung mit geltenden gesetzlichen oder para-juristischen Verhaltenspflichten auszuführen, und zwar so, dass Dritte möglichst nicht geschädigt werden[2041]. So weist auch die Lehre darauf hin, dass „weniger die Tatsache, dass ein absolutes Recht verletzt worden ist", massgebend sei, „sondern vielmehr die Frage, ob sich die schädigende Person anders verhalten hat, als es aufgrund der Umstände des Einzelfalls vernünftigerweise von ihr erwartet werden konnte"[2042].

2035 Ähnlich GYGI S. 421; für Beispiele der Konkretisierung von Verhaltenspflichten anhand von allgemeineren Schutznormen s. a. W. PORTMANN, ABGRENZUNG, , S. 278; WEBER, S. 51, bezüglich der Vertragshaftung.

2036 W. PORTMANN, ABGRENZUNG, S. 279.

2037 Siehe ausführlicher vorne S. 56 ff.

2038 So z. B. in BGE 115 Ib 175, 118 Ib 473 oder 120 Ib 415.

2039 Siehe z. B. BGE 112 Ib 329: „ ... objektiv pflichtwidrig und damit widerrechtlich ...".

2040 BGE 118 Ib 477; s. a. WESSNER, Au menu, S. 253 f.; WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 346.

2041 Als Beispiel aus der Arzthaftung sei BGE 115 Ib 180 erwähnt, wonach sich die ärztlichen Sorgfaltspflichten nicht *a priori* festlegen lassen. Sie richten sich zunächst nach den Regeln der ärztlichen Kunst. Darüber hinaus hat der Arzt Kranke „stets fachgerecht zu behandeln (und) zum Schutze ihres Lebens oder ihrer Gesundheit insbesondere die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt zu beachten".

2042 WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 349.

(c) Vermischung von Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit beim Gefahrensatz im deliktischen Bereich

Die tendenzielle Vermischung von Widerrechtlichkeit und Unsorgfalt zeichnet sich auch im Bereich der Haftung aufgrund des Gefahrensatzes ab[2043]. Nach diesem Prinzip ist derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, verpflichtet, die nötigen Schutzmassnahmen zu ergreifen, um Schädigungen Dritter zu verhüten[2044]; unterlässt er solche Massnahmen schuldhaft, haftet er für Schäden, die durch den fraglichen Zustand verursacht werden. Auch eine juristische Person kann aus Gefahrensatz haften, wenn einem ihrer Organe dessen schuldhafte Verletzung vorzuwerfen ist[2045]. Dass die Schaffung einer Gefahr ein schuldhaftes Verhalten ist, ergibt sich direkt aus OR 41, „denn mehr als eine Gefahr der Schädigung eines Dritten setzt man gewöhnlich nicht", d. h. bis zum tatsächlichen Eintritt des Schadens, der typischerweise nach dem Handeln des Beklagten erfolgt, ist die Schädigung nur eine Möglichkeit[2046]. Die Schuldhaftigkeit der Schaffung einer Gefahr wird aber kompensiert durch geeignete Schutzmassnahmen. Setzt jemand eine Gefahr, ohne dies trotz genügender Sorgfalt zu merken, so haftet er nicht nach OR 41[2047] (es sei denn, es liege ein Übernahmeverschulden vor).

Nach der herrschenden Lehre dient der Gefahrensatz zur Beurteilung des Verschuldens, nicht der Widerrechtlichkeit, wobei aber die Frage umstritten ist[2048]. In der Tat verlangte die ältere Rechtsprechung das Bewusstsein des Schädigers, eine Gefahr geschaffen zu haben, und stellte so auf ein Element der subjektiven Voraussehbarkeit ab[2049]. So verstanden hätte der Gefahrensatz eine relativ eng umschriebene und auf die Verschuldenshaftung gemäss OR 41 beschränkte Bedeutung. Ein Teil der Lehre weist demgegenüber darauf hin, dass der Gefahrensatz nicht auf die reine Verschuldenshaftung bzw. auf Widerrechtlichkeit oder Fahrlässigkeit beschränkt ist, sondern ein allgemeineres Rechtsprinzip ausdrückt. Ausgehend von der Aussage OFTINGERS, wonach der Gefahrensatz ein „Fundamentalsatz der Rechtsordnung" sei[2050], erblickt REY im Gefahrensatz eine allgemeine „rechtsethische Maxime", die sich aus ZGB 2 ableiten lässt und sich beispielsweise in der Annahme allgemeiner Verkehrssicherungspflichten oder vertraglicher Nebenpflichten ausdrückt[2051]. In diese Richtung deutet auch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts zu OR 55 und 58. In BGE 110 II 456 wurde der Produzent eines defekten und deshalb schadensträchtigen Schachtrahmens aufgrund von OR 55 mit dem Vorwurf für haftbar erklärt, er habe es unterlassen, alle mit der Produktion von Schachtrahmen verbundenen Gefahren abzuwenden, wobei weder der Grad der Fahrlässigkeit noch die Voraussehbarkeit eine Rolle spielte, somit also keine Elemente der Unsorgfalt relevant waren. Dies deutet darauf hin, dass der Gefahrensatz hier indirekt zur Begründung der Widerrechtlichkeit diente[2052]. In BGE 4C.119/2000 hält das Bundesgericht zunächst fest, der Gefahrensatz betreffe das Verschul-

2043 S. a. HAHN S. 419.

2044 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §16 N 26 mit Verweisen.

2045 BGE 123 III 131.

2046 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §16 N 29.

2047 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §16 N 32.

2048 BGE 123 III 312; WIDMER, Gefahren, S. 305; REY N 866, 755 f. mit Verweisen; *contra* offenbar A. KELLER, S. 108.

2049 BGE 90 II 12.

2050 OFTINGER, Haftpflichtrecht, Bd. I, S. 88 f.; so auch NATER S. 33, 54; sehr kritisch WIDMER, ad BGE 110 II 456, S. 55 f.

2051 REY N 756a mit Verweisen; ähnlich STARK, Gedanken, S. 290 f.

2052 Siehe hierzu auch WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 364 f. Zu den Widersprüchen bezüglich OR 55 in Verbindung mit dem Gefahrensatz vergleiche man z. B. auch BGE 96 II 108 (= Praxis 1971 [60] Nr. 1) mit BGE 95 II 93.

den, führt dann aber (etwas widersprüchlich) aus, selbst im Bereich von Kausalhaftungen spiele der Gefahrensatz insbesondere bei Beeinträchtigungen absoluter Rechte durch Unterlassungen eine Rolle[2053].

WIDMER hat diese Sichtweise kritisiert und gefordert, der Gefahrensatz dürfe nicht dazu dienen, einfache Kausalhaftungen noch strenger zu machen, als sie es bereits sind[2054]. Deshalb soll der Gefahrensatz gemäss WIDMER auf die reine Verschuldenshaftung beschränkt bleiben[2055]. Er sieht den Grund für die Ausdehnung des Gefahrensatzes über die Verschuldenshaftung hinaus – vermutlich zu Recht – im Umstand, dass nicht alle erhöht gefahrenträchtigen Tätigkeiten durch besondere strenge Kausalhaftungen (bzw. durch eine Generalklausel für Gefährdungshaftung in der Art von VE 50) erfasst sind, die Rechtspraxis aber dennoch einem „Bedürfnis nach verschärfter Haftung" entsprechen wollte[2056].

(d) Vermischung von Vertragswidrigkeit, Widerrechtlichkeit und Unsorgfalt bei der positiven Vertragsverletzung (in Verbindung mit dem Gefahrensatz)

Der Gefahrensatz als strukturelle Idee hat seit langem auch in das *vertragliche* Haftungsrecht Eingang gefunden. Der einzige wichtige Unterschied zwischen der Vertragshaftung nach OR 97 und der deliktischen Verschuldenshaftung nach OR 41 liegt darin, dass bei der Vertragshaftung die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit durch jene der Vertragsverletzung ersetzt wird[2057]. Somit wären im Hinblick auf eine Haftung nach OR 97 Vertragswidrigkeit und Verschulden kumulativ notwendig. Diese Betrachtungsweise stösst an Grenzen, wenn nicht primäre Leistungspflichten verletzt wurden (Nicht- oder Schlechterfüllung), sondern Nebenpflichten, zu deren Umschreibung der Vertragsinhalt höchstens Anhaltspunkte liefern kann[2058], oder wenn nicht Erfolgs- sondern Tätigkeitspflichten geschuldet sind. "In solchen Fällen bildet die Sorgfaltsverletzung nicht nur ein Element der Fahrlässigkeit, sondern erfüllt zugleich die Voraussetzung der Vertragswidrigkeit. Objektivierte Fahrlässigkeit und vertragliches Unrecht gehen alsdann ineinander über"[2059]. So sind vertragliche Nebenpflichten, insbesondere Sicherungspflichten, gemäss Rechtsprechung deckungsgleich mit deliktischen Verhaltenspflichten, können jedenfalls nicht weiter gehen als letztere[2060]. Unterschiede können sich allenfalls auf der Ebene der Beweislast ergeben[2061]. Aus dieser Per-

---

2053 BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46 S. 270 f., 272.

2054 WIDMER, ad BGE 110 II 456, S. 55 unten f.; s. a. NATER, Produktehaftpflicht, S. 391.

2055 WIDMER, Fonction et évolution, S. 437.

2056 WIDMER, Gefahren, S. 302 f.

2057 BONDALLAZ S. 68; ähnlich WERRO, Ruminations, S. 12; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 20 N 25.

2058 Siehe hierzu WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 376 f. für eine Darstellung der Konkurrenztheorie und JÄGGIS Kritik daran. Der ersteren zufolge kann der Geschädigte grundsätzlich sowohl gestützt auf OR 97 als auch auf OR 41 klagen, während nach JÄGGIS Ansicht OR 97 nur Fälle des Verzugs oder der Nichterfüllung regle, OR 41 aber alle anderen FÄLLE.

2059 GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 197 (der darauf hinweist, das dies bisweilen zu einem „dogmatischen ‚Durcheinander'" führe); ähnlich auch MOSER, S. 183, mit Verweisen; WERRO, Ruminations, S. 14.

2060 Siehe hierzu BGE 4C.257/2002 vom 28.8.2003, S. 5 f. u. v. a. S. 7; 126 III 115; 121 III 360; 113 II 246, aus der Staatshaftung auch BGE 115 Ib 180 *in fine*; gl. M. BONDALLAZ S. 69; REY N 756a. Insofern ist die Ansicht BERTSCHINGERS (Organisationshaftung, S. 185; ähnlich auch LOSER, S. 153, mit Verweis auf FIKENTSCHER), wonach im Vertragsbereich infolge des „Sonderkontakts" strengere Sorgfaltspflichten gelten sollen als im deliktischen, wo es um einen „Jedermannskontakt" geht, zu relativieren.

2061 BGE 113 II 247. So plädiert WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 378 f., für eine Anwendung von OR 97 auf die Verletzung einer Erfolgspflicht, für OR 41 bei Verletzung einer Tätigkeitspflicht; s. a. GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 197.

spektive erscheint es nur konsequent, wenn nach dem Vorentwurf zur Schweizer Gesamtrevision die positive Vertragsverletzung ausschliesslich dem Deliktsrecht unterstellt werden soll (VE 42)[2062].

So sind verschiedene vertragsrechtliche Entscheide für die vorliegende Arbeit durchaus fruchtbar, weil es darin nicht um die Verletzung des vertraglichen Erfüllungsinteresses geht, sondern um die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten (insbesondere Sicherungspflichten) durch eine Organisation. So untersucht das Bundesgericht denn auch generelle deliktische Verhaltenspflichten im Zusammenhang mit der Idee des Gefahrensatzes einheitlich, unabhängig von der anwendbaren Haftungsgrundlage. In einem Fall aus dem Jahre 2000 betreffend der Kollision eines Skifahrers mit einem Skiliftpfeiler stand die Anwendung unterschiedlichster – und sogar unterschiedlich strenger – Haftungsnormen zur Diskussion, nämlich OR 41, 58 und 97. Ohne aber vertieft auf die Eigenheiten jeder dieser Anspruchsgrundlagen einzugehen, hielt das Bundesgericht folgendes fest: *„Quelque soit le fondement juridique de l'action, la question décisive est de savoir si le pylône auquel s'est heurté le recourant était dans un état conforme aux devoirs de la prudence"*[2063]. Diese allgemeinen Sorgfaltspflichten müssen im Licht von offiziellen Sicherheitsbestimmungen und allgemeinen Schutzpflichten beurteilt werden[2064], also nicht in Bezug auf die Besonderheiten jeder anwendbaren Haftungsnorm. Insofern werden also auch im Vertragsrecht vertragliche Nebenschutzpflichten eher aus allgemeinen deliktischen Pflichtkomplexen als aus dem Vertragsinhalt abgeleitet, weshalb eine Parallelität zu deliktischen Schutzpflichten nicht abwegig erscheint und für die vorliegende Studie Sinn macht[2065]. So wird in der Lehre sogar die Ansicht vertreten, Schadensfälle infolge unsorgfältiger Sicherung einer Skipiste müssten gestützt auf OR 41, nicht OR 97, behandelt werden[2066], was sich aber nur auf die Beweislast, nicht auf Umfang und Inhalt der Sorgfaltspflichten auswirken würde. Hervorzuheben ist überdies, dass in den erwähnten Fällen nicht nur Vertrags- und deliktische Haftung unter denselben Vorzeichen geprüft wurden, sondern sogar verschieden strenge deliktische Haftungen[2067].

2062 Siehe hierzu WIDMER/WESSNER S. 63; im Grundsatz zustimmend, dennoch im Einzelnen kritisch WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 381 f.

2063 BGE 126 III 116. S. a. BGE 121 III 360: „Ob die Haftungsgrundlage vertraglicher oder ausservertraglicher Natur ist, ändert ... nichts am Inhalt der Verkehrssicherungspflicht". Oder, anders formuliert: „... die allgemeine Schutzpflicht dessen, der einen Gefahrenzustand schafft, wird zur vertraglichen Nebenpflicht, wenn die Gefährdung mit der Abwicklung des Vertrages in Zusammenhang steht" (BGE 113 II 248); s. a. BGE 4C.53/2000, Erw. 4.d. (= Praxis 2000 Nr. 155), wonach für die Annahme eines Werkmangels nach OR 58 kein Raum bleibt, wenn der Beklagten keine Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflicht vorgeworfen werden kann; s. a. BGE 112 II 138, wo zwischen der deliktischen Haftung nach OR 41 und Gefahrensatz und der vertraglichen Haftung nach OR 328 Anspruchskonkurrenz bejaht wurde (während allerdings die Anwendung von OR 55 nicht geprüft wurde).

2064 BGE 126 III 116 ff.

2065 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 123 f., weist auf einen ähnlichen Trend im deutschen und amerikanischen Recht hin: Vermengung von Vertrags- und Deliktsrecht in der Rechtsfigur des „leistungsneutralen Integritätsschutzes" („*Contorts*" in der amerikanischen Doktrin); s. a. BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 58, zu einer anderen, aber verwandten Problematik im deutschen Recht, nämlich der fragwürdigen Unterscheidung zwischen allgemeinen deliktischen Verhaltenspflichten und Verkehrs(sicherungs)pflichten.

2066 WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 380, in Bezug auf BGE 113 II 246.

2067 So wurde in BGE 126 III 116 beispielsweise die Verschuldens- und Werkeigentümerhaftung unter den gleichen Vorzeichen geprüft, in BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46 (S. 272) nun auch OR 58 und 55.

(3) Die Lehre vom Verhaltensunrecht

Die beschriebene Rechtsprechung deutet in Richtung einer Abschwächung der Idee des Erfolgsunrechts. Ein Teil der Lehre will zur Begründung der Widerrechtlichkeit – bzw. anstelle der Widerrechtlichkeit – denn auch primär auf die Verletzung von objektiv umschriebenen Sorgfaltspflichten im Sinne von umfassenden „Verkehrs-(sicherungs)pflichten" abstellen, in denen sich Verschulden und Widerrechtlichkeit vermischen, so dass nur noch Verhaltensunrecht gilt, selbst bei der Verletzung absoluter Rechte[2068], was konzeptuell auch einer Tendenz des europäischen Produktehaftpflichtrechts entspricht[2069]. WERRO weist u. a. darauf hin, dass es diese Sichtweise auch erlauben würde, die verschiedenen Schadensarten – Körper-, Sach- und reine Vermögensschäden – nach einheitlichen Kriterien zu beurteilen[2070], worauf vorliegend aber nicht weiter eingegangen wird. Die Bedeutung der Widerrechtlichkeit wäre so auf die Frage der Rechtfertigungsgründe im Sinne von ZGB 28 beschränkt[2071], die Bedeutung des Verschuldens auf die Frage der Urteilsfähigkeit[2072]. Dieses Konzept entspricht in etwa den erwähnten ECTIL-Principles. In diesen wird die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit nicht explizit erwähnt, sondern nur der Schaden, der Kausalzusammenhang, drei zentrale Haftungsgründe (Verschuldenshaftung, Gefährdungshaftung, Haftung für Dritte) sowie Rechtfertigungsgründe (Art. 7:101). Sowohl die Verschuldenshaftung (Art. 4:101) als auch die Haftung für Hilfspersonen (Art. 6:102 Abs. 1) verweisen auf einen „Verhaltensstandard", der in Art. 4:102 definiert wird und anhand verschiedener subjektiver und objektiver Kriterien konkretisiert werden muss. Widerrechtlichkeit scheint indirekt in der Form eines flexiblen Verhaltensunrechts auf, da beispielsweise Schadenersatz generell von einem *„material or immaterial harm to a legally protected interest"* (Art. 2:101) abhängig gemacht wird. Aber selbst die Verletzung absoluter Rechte, obschon als besonders schützenswert hervorgehoben (Art. 2:102 Abs. 2 und 3), soll nicht automatisch als Rechtsgutverletzung gelten. Diese Sichtweise findet sich teilweise auch in den Ausführungen BRÜGGEMEIERS zur erwähnten Problematik der Unterscheidung zwischen deliktischen Verhaltens- und Verkehrssicherungspflichten im deutschen Recht. Dieser Autor schlägt vor, nicht mehr zwischen Verhaltens- und Erfolgsunrecht zu unterscheiden, sondern auch für Verletzungen absoluter Rechtsgüter am Begriff des Verhaltensunrechts anzuknüpfen[2073]. So würde der Satz *„neminem laedere"* nicht über die Rechtsgutverletzung, sondern „über die Herausbildung von Verhaltenspflichten/Schutzpflichten" verwirklicht[2074].

(4) Abgrenzung zwischen Widerrechtlichkeit und Vorwerfbarkeit eines Verhaltens

Soweit es um die Bestimmung des hypothetischen rechtsgenüglichen Vergleichsverhaltens geht, mit welchem das Handeln des Schädigers verglichen wird, bestehen insbesondere beim *Verhaltensunrecht* und bei der *Widerrechtlichkeit von Unterlassungen* Überschneidungen zwischen Widerrechtlichkeit und Unsorgfalt. Wenn nun aber dieses Vergleichsverhalten konstruiert worden ist und wenn klar ist, dass das Verhalten des Schädigers von die-

---

2068 So W. PORTMANN, Abgrenzung, S. 277 ff. (s. a. weitere Verweise *ibidem*, Fn 7); WERRO, Remarques, S. 18; PETRIN S. 57.

2069 HAHN S. 419, zumindest, was unabsichtliche Schädigungen betrifft.

2070 WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 353 und 358 ff.

2071 WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 356 f.

2072 Indirekt VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 196 in Bezug auf die Geschäftsherrenhaftung in der Form einer Kausalhaftung für das Fehlverhalten von Hilfspersonen.

2073 BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 50 im Allgemeinen, und spezifischer für die Organisationshaftung S. 59.

2074 BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 50.

sem Modell abweicht, bedeutet dies noch nicht automatisch, dass dadurch das fragliche Verhalten dem Schädiger *vorwerfbar* ist. Widerrechtlichkeit bedeutet nicht automatisch Vorwerfbarkeit, so die Ansicht gewisser Autoren. Wenn über die Widerrechtlichkeit eines Verhaltens befunden wird, komme es insbesondere nicht auf die Voraussehbarkeit[2075] des Kausalverlaufs und die Ausführbarkeit des vorgeschriebenen Verhaltens an und könne auch ein Verstoss gegen ein Verhaltensgebot „unverschuldet" sein[2076]. Und WIDMER sieht den eigentlichen Fehler und die Gefahr einer extensiven Auslegung des Gefahrensatzes darin, dass diese „im Ergebnis dazu führt, jegliche Tätigkeit, die sich durch Schädigung als gefährlich erweist, einem nachträglichen Widerrechtlichkeitsurteil zu unterstellen, das gleichzeitig auf einen moralischen Vorwurf hinausläuft"[2077].

Durch die Ausblendung der Vorwerfbarkeit und den Kurzschluss zwischen Widerrechtlichkeit und Haftung kann eine Haftung objektiviert werden, im Extrem bis zur Haftung für blosse Verursachung. Es stellt sich aber das zusätzliche Problem, dass sich selbst auf der Ebene der Vorwerfbarkeit Widerrechtlichkeit und Unsorgfalt nicht so klar voneinander trennen lassen, wie dies postuliert wird. Die „Vorwerfbarkeit" eines Verhaltens ist nicht bloss ein diffuser ethischer Begriff, sondern muss anhand weiterer Kriterien ebenfalls konkretisiert werden; diese können wiederum subjektiver oder objektiver[2078], starrer oder flexibler ausgelegt werden. Eher subjektive Kriterien der Vorwerfbarkeit sind persönliche Faktoren seitens des Beklagten, wie die *Urteilsfähigkeit* im Sinne von ZGB 16[2079] oder Müdigkeit, Ungeschicklichkeit, Gesundheitsprobleme sowie eine besondere Qualifikation des *Willensmangels* (Fahrlässigkeit, Vorsatz) etc. Diese Faktoren haben ihren Platz primär in einer subjektivierten Verschuldenshaftung in der Art von VE 41 i. V. m. VE 48a (sowie im Vertragsrecht, soweit kein Erfolg geschuldet ist)[2080]. Ausserhalb der subjektiven Verschuldenshaftung kommt es nicht darauf an, ob die Verletzung von Verhaltenspflichten fahrlässig, vorsätzlich oder nur zufällig erfolgte[2081]. Ein eher objektiver Faktor ist die konkrete *Gefährdung*, die vom Verhalten der schädigenden Person ausging, oder deren Zugehörigkeit zu einer Alters- oder Berufsgruppe. Die *Voraussehbarkeit* der Schädigung wird gemeinhin als eher subjektives Kriterium betrachtet. Es liesse sich aber auch diesbezüglich noch weiter differenzieren: Eine Haftung könnte daran anknüpfen, 1) ob der Schädiger den Kausalverlauf *tatsächlich* subjektiv *ex ante* hat vorhersehen *können*; 2) ob der Schädiger den Kausalverlauf aufgrund seiner subjektiven, persönlichen Lage *ex ante* hätte voraussehen *müssen*; 3) ob der Schädiger den Kausalverlauf aufgrund objektiverer Gesichtspunkte – wie der Gefährdung – *ex ante* hätte voraussehen müssen; 4) ob der Kausalverlauf *ex post* voraussehbar war. Selbst das Kriterium der Voraussehbarkeit lässt sich also subjektiver oder objektiver formulieren. Insbesondere Entscheide aus der Staatshaftung zeigen eine Tendenz des Bundesgerichts, die Frage der Widerrechtlichkeit mit jener der Vorhersehbarkeit zu vermischen, d. h. auf der selben Ebene zu prüfen. So war in BGE 118 Ib 473 zu entscheiden, ob der Bund seine Informationstätigkeit bezüglich bakterienverseuchten Weichkäses pflichtgemäss wahrgenommen hat. *Welches* aber vor der Schädigung die konkreten Pflichten der zuständigen Behörden gewesen waren, musste gemäss Bundesgericht im Hinblick auf den „damali-

2075 W. PORTMANN, Abgrenzung, S. 278.

2076 Zum Ersteren s. W. PORTMANN, ABGRENZUNG, , S. 279; zum Letzteren s. WEBER, S. 51; s. a. OFTINGER, Haftung ohne Verschulden, S. 257.

2077 WIDMER, Gefahren, S. 314, inbesondere bezüglich Art. 2050 des italienischen Codice Civile.

2078 So offenbar doch auch WEBER, S. 54.

2079 WERRO, Remarques, S. 16.

2080 In diesem Sinn WEBER, S. 58.

2081 Dies zeigt auch die Hilfspersonenhaftung gemäss Art. 6:102 Abs. 1 der erwähnten ECTIL-Principles, wo, im Gegensatz zur individuellen Verschuldenshaftung gem. Art. 4:101, die Verletzung des Verhaltensstandards nicht vorsätzlich oder fahrlässig erfolgen muss.

gen Wissensstand" der Behörden[2082] entschieden werden. In einer solchen Argumentation vermischt sich also Widerrechtlichkeit mit Voraussehbarkeit und damit Vorwerfbarkeit.

Somit wird die Unterscheidung zwischen Widerrechtlichkeit und Vorwerfbarkeit dadurch kompliziert, dass die eher objektiven Kriterien zur Bestimmung der Vorwerfbarkeit quasi identisch sind mit den Gesichtspunkten zur Bestimmung des hypothetischen rechtsgenüglichen Vergleichsverhaltens im Rahmen des Verhaltensunrechts oder der Widerrechtlichkeit von Unterlassungen. Steht nämlich ein solcher Fall zur Diskussion, ist auch zur Beurteilung konkreter – von der Frage der Vorwerfbarkeit unabhängiger – Verhaltenspflichten, die die Rechtsordnung der schädigenden Person auferlegt, teilweise auf die konkrete Situation dieser Person abzustellen. Dies insofern, als die Figur der hypothetischen Vergleichsperson, die rechtlich korrekt handelt, auch von Eigenschaften der schädigenden Person, zumindest von konkreten Umständen des Schadensfalls abhängt, wie eben beschrieben. So bestimmt beispielsweise schon die Figur der hypothetischen Vergleichsperson (also das objektive Verhaltensmodell) das Mass der Voraussehbarkeit, die man von Schädiger erwartet hätte (d. h. einen Aspekt der moralischen Vorwerfbarkeit). Relativ klar voneinander abgrenzen lassen sich Widerrechtlichkeit und Unsorfgalt lediglich beim Erfolgsunrecht, wo einzig die Art des verletzten Rechtsgutes die Widerrechtlichkeit bestimmt.

Zusammenfassend betrachtet, ist also die Vermischung von Widerrechtlichkeit, Unsorgfalt und ethischer Vorwerfbarkeit kaum vermeidbar, da systemimmanent, zumindest für das Verhaltensunrecht und die bedeutsame Fallgruppe der Unterlassungen. Diese Vermischung ist so lange unproblematisch, als die Rechtsprechung die Frage der *Vorwerfbarkeit* im Auge behält, soweit Haftungen für Verschulden oder Unsorgfalt zu beurteilen sind. Diese Frage muss anhand einer Reihe von Kriterien geprüft werden, die von sehr subjektiven (z. B. der Gesundheitszustand des Beklagten) bis hin zu sehr objektiven (z. B. objektive Voraussehbarkeit *ex post*) reichen können. Dabei gilt es zu unterstreichen, dass selbst objektive Kriterien einer flexiblen Nuancierung zugänglich sind. So lässt sich beispielsweise selbst bei einer objektiv verstandenen Voraussehbarkeit unterscheiden, ob auf die Erkennbarkeit vor oder nach dem Schadensereignis abzustellen ist. Für die Organisationshaftung, die nach der hier vertretenen Ansicht auf einer kollektiven Unsorgfalt gründen soll, ist von einem eher objektivierten Sorgfaltsbegriff auszugehen. Als Kriterien sind hierbei die Voraussehbarkeit des Schadensverlaufs im Verhältnis zur Gefährdungssituation relevant. Auf diese Kriterien ist nun nachfolgend näher einzugehen.

c) Sorgfalt, Voraussehbarkeit und Kausalzusammenhang

(1) Ausgangspunkt: Verantwortung als Funktion von Wissen und Macht

Aus der ethischen Betrachtungsweise fliesst der Grundsatz, Verantwortung sei eine Funktion von Wissen und Macht. Auf den rechtlichen Sorgfaltsbegriff bezogen, hiesse das: Eine Person soll nur in dem Masse für einen durch sie verursachten Schaden haften, wie sie den Verlauf der Ereignisse und insbesondere die Schadensfolge voraussehen und beeinflussen konnte. Diese „normative Gleichung" ist insbesondere für Haftungsformen relevant, die an die Missbilligung eines *Verhaltens* anknüpfen, das in Bezug auf Wissen und Macht qualifiziert werden kann. Hat beispielsweise eine Person wider besseres Wissen gehandelt, oder hätte sie sich besser kundig machen sollen, als sie dies tatsächlich tat, so soll sie haften, wenn aus ihrem Unwissen heraus ein Schaden entsteht. In einer subjektivistischen Ausdeutung entspricht diese normative Gleichung dem traditionellen Verschuldensdogma. Es geht

[2082] BGE 118 Ib 482.

aber aus dem vorstehenden Kapitel hervor, dass zwischen Verschulden und objektiver Unsorgfalt nur ein gradueller, kein struktureller Unterschied besteht. Deshalb muss selbst hinsichtlich eines – für die Organisationshaftung relevanten – objektivierten Sorgfaltsbegriffs die Korrelation zwischen Verantwortung, Wissen und Macht zumindest berücksichtigt werden[2083], und zwar über die Kriterien der Voraussehbarkeit und Abwendbarkeit des Schadens. Denn schreibt eine Haftungsform eine Haftungsfolge vor, selbst wenn der Beklagte den Schaden weder voraussehen noch abwenden konnte, so hat man es mit einer reinen Kausalhaftung zu tun.

Freilich gilt es zu beachten, dass die Korrelation von Wissen, Macht und Verantwortung nicht der einzige ethische Gesichtspunkt ist, aus dem sich eine Haftungsform ableiten lässt[2084]. Die erwähnte Korrelation ist nur eine mögliche Form der Interessenabwägung. Insbesondere aus der ökonomischen Analyse ergibt sich quasi als Gegenpol hierzu das Prinzip der *Schadensinternalisierung*, wonach grundsätzlich alle bei Dritten entstandenen Schäden aus der Sicht der handelnden Organisation als externe Kosten zu betrachten sind, die es zu internalisieren gilt, unabhängig davon, wie das Verhalten der Organisationsmitglieder zu qualifizieren ist, das heisst unabhängig von einem Verschulden oder von Unsorgfalt. Das Prinzip der vollständigen Internalisierung externer Kosten führt konsequenterweise zu einer strengen Kausalhaftung. Wie sich gezeigt hat, sollte die Organisationshaftung nach wie vor zwischen der Verschuldens- und den strengen Kausalhaftungen angesiedelt werden. Dass sie strenger als die Verschuldenshaftung sein soll[2085], ergibt sich einerseits daraus, dass ein Begriff der kollektiven Unsorgfalt nicht in Bezug auf die Subjektivität eines handelnden Individuums formuliert werden kann. Zum anderen gibt es tatsächlich eine Reihe typischer organisatorischer Risikofaktoren, die unabhängig von der konkreten Tätigkeit der Organisation bestehen und auch mit grösster Sorgfalt nie restlos vermieden werden können. Eine Organisationshaftung kann durchaus mit gewissen Organisationsrisiken begründet werden, insbesondere mit der grösseren Mächtigkeit von individuellen Fehlern, sobald sie sich mit der Macht- und Infrastruktur der Organisation verbinden. Das bedeutet aber nicht, dass diese Risiken zwingend im Haftungstatbestand erscheinen müssen, denn *„the reason ... is not the same as the rule“* [2086]. Dass die Form einer strengen Kausalhaftung für die allgemeine Organisationshaftung deshalb nicht angebracht ist, wurde weiter vorne gezeigt (S. 263 ff. und 273 ff.). Somit muss Organisationshaftung als Haftung für *Verhaltens- bzw. Zustandsmängel* ausgestaltet werden, weshalb das Element der Voraussehbarkeit, als Kriterium für Vorwerfbarkeit, berücksichtigt werden muss.

(2) Voraussehbarkeit in der Adäquanztheorie

Selbst Kausalhaftungen sind aber, genau betrachtet, nicht völlig unabhängig von der Voraussehbarkeit, wie schon im Abschnitt über die Methodik angedeutet wurde (s. vorne S. 102 ff.). Das heisst, der Begriff der Voraussehbarkeit ist aus der Analyse der Haftungsvoraussetzungen nicht automatisch verbannt, wenn eine Kausalhaftung zu beurteilen ist.

2083 S. a. NATER, S. 121 f., der im Verweis auf die Unsorgfalt den letzten Rest der ethischen Begründung der Geschäftsherrenhaftung sieht; ähnlich auch BURCKHARDT, S. 72 f., und aus dem Kontext der retributiven Gerechtigkeit HONORÉ, S. 92 („... *the retributive principle does require a rough proportion to be preserved between the degree of fault and the burden of the sanction.*“).

2084 Ähnlich HONORÉ, S. 88 f.

2085 Entgegen der Ansicht CAEMMERERS, S. 299 ff., der es begrüsst, dass der deutsche Referentenentwurf von 1967, der strukturell der *vicarious liability* gleicht, an ein Verschulden der Hilfsperson anknüpft; s. a. BERTSCHINGER, Organisationshaftung, S. 183.

2086 Richter SCHREINER, zitiert bei WICKE, S. 382.

Denn in der Regel[2087] kann sich auch der Kausalhaftpflichtige entlasten, wenn er die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs beweist, beispielsweise durch höhere Gewalt. Und diese wiederum wird definiert als „unvorhergesehenes, unvorhersehbares, aussergewöhnliches Ereignis, das mit unabwendbarer Kraft von aussen hereinbricht[2088]. Diese Sichtweise entspricht der Adäquanzformel, der zufolge Handlungen des Beklagten für den Schadenserfolg adäquat kausal sind, *„wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sind, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen"*[2089], und zwar in der Regel so, wie ein neutraler Dritter, *„une personne normale l'eût prévue ou l'eût crue possible"*[2090]. Es kommt also auf die generelle Eignung des fraglichen Verhaltens an, den Schaden zu verursachen. Diese generelle Eignung wird bejaht, wenn der Kausalverlauf für eine „normale Person"[2091], also einen *pater familias, ex post*, in Kenntnis des Kausalverlaufs[2092] noch als plausibel erscheint. Das Bundesgericht hat zwar sein eigenes Konzept immer wieder auch relativiert, indem es festgehalten hat, auch aussergewöhnliche Folgen könnten unter Umständen adäquate Unfallfolgen darstellen[2093] und es komme für die Adäquanz nicht zwingend darauf an, „ob die Unfallfolge vorausgesehen werden konnte, bzw. nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung zu erwarten war"[2094]. Diese Rechtsprechung ist jedoch seitens verschiedener Autoren zu recht als paradox kritisiert worden[2095], und die objektive Voraussehbarkeit *ex post* bleibt auch nach der neueren Lehre[2096] und Rechtsprechung[2097] das zentrale Kriterium zur Beurteilung der Frage, ob eine Ursache adäquat kausal für einen Schaden war. Es ist auch nicht ersichtlich, wie dieses – statistische – Urteil anders gefällt werden könnte als über eine objektivierte Voraussehbarkeit, bzw. über ein nachträgliches Wahrscheinlichkeitsurteil.

Somit ist der Begriff der Voraussehbarkeit – also das „Wissen" im ethischen Sinn – bereits im Modell der adäquaten Kausalität verankert, in dieser seltsamen, meist schwierig zu handhabenden und logisch paradoxen Operation der „retrospektiven Prognose". Die Rechtsprechung zu den ungewöhnlichen Kausalverläufen, die dennoch als adäquat betrachtet wurden, zeigt aber, trotz ihrer Fragwürdigkeit aus systematischer Sicht, worauf es letztlich ankommt, damit eine Schadensfolge noch als voraussehbar erscheint: auf die Person des hypothetischen Betrachters. Dem *„bonus paterfamilias"*, der *„personne normale"* mit allgemeiner Lebenserfahrung, aber ohne Fachwissen, erscheinen mehr Konsequenzen als un-

---

2087 Als Ausnahme siehe beispielsweise LFG 64.

2088 REY N 574. Das Ereignis muss die im ordentlichen Lauf des Lebens zu erwartenden Zufälle augenscheinlich übersteigen, ohne dass es selbst durch die äusserste, unter den gegebenen Umständen mögliche Vorsorge abgewendet werden kann (BGE 49 II 266). Zur Problematik der Unterscheidung zwischen sujektiver und objektiver Theorie im Zusammenhang mit der höheren Gewalt s. a. MAURER, S. 33; OFTINGER/STARK, Bd. I, S. 155 N 160.

2089 BGE 108 II 53; s. a. OFTINGER/STARK, Bd. I, S. 110 N 15; BREHM-BK, ad OR 41, N 121; DESCHENAUX S. 400, 406.

2090 BGE 85 II 354; 119 Ib 345.

2091 Im Sinne einer „vernünftigen Person", s. GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 198.

2092 BGE 70 II 177.

2093 Z. B. BGE 80 II 343 f.; 107 II 244; 112 V 30.

2094 BGE 87 II 127 f.; m. a. W. ist, nach DEUTSCH, „auf die menschenmögliche Voraussicht schlechthin abzustellen", s. DEUTSCH, zitiert bei GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 198.

2095 Siehe GIOVANNONI S. 261; LANZ S. 36 f.; MAURER S. 17.

2096 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §16 N 38 und Fn 55 ; so wohl auch A. KELLER, S. 82 (auch S. 94 bezüglich der höheren Gewalt).

2097 BGE 101 II 73: *„Le juge appelé à se prononcer sur l'existence d'un rapport de causalité adéquate doit se demander, en face d'un enchaînement concret de circonstances, s'il était probable que le fait considéré produisît le résultat intervenu. A cet égard, ce n'est pas la prévisibilité subjective mais la prévisibilité objective du résultat qui compte."*

gewöhnlich, als dem Experten. Und so hat das Bundesgericht denn auch die hypothetische Gestalt des Betrachters modifiziert, nicht immer nach völlig nachvollziehbaren Kriterien: in gewissen Fällen von ungewöhnlichen Kausalverläufen wurde nämlich auf einen Experten als hypothetischen Betrachter abgestellt[2098]. Und diesem erscheinen natürlich weniger Folgen als statistisch aussergewöhnlich als dem profanen Beobachter[2099].

(3) Vermischung von Sorgfalt und Adäquanz – Perspektive ex ante – ex post

Lehre und Rechtsprechung heben hervor, die Beurteilung der Voraussehbarkeit solle bezüglich des Verschuldens *ex ante*, das heisst aus der Sicht *vor* dem Schadensereignis erfolgen, im Gegensatz zur Adäquanz, die *ex post*, das heisst im Nachhinein beurteilt wird[2100]. Sinnvollerweise muss das auch hinsichtlich der objektiven Unsorgfalt gelten, da sich dieser Begriff vom Verschulden nicht strukturell, sondern höchstens graduell unterscheidet[2101]. Die Analyse der Rechtsprechung zu OR 55 lässt aber den Eindruck entstehen, dass das Bundesgericht die Verletzung von Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn oft *ex post* beurteilt hat, aus der Perspektive eines allwissenden hypothetischen Beobachters (s. a. vorne S. 250 ff.). Diese Sichtweise wird auch explizit von einem Teil der Lehre vertreten[2102] und trägt dazu bei, dass der Entlastungsbeweis nicht mehr zu erbringen ist. Sie hat überdies zur Folge, dass die Grenze zwischen Unsorgfalt und adäquatem Kausalzusammenhang verwischt wird, da ja auch die Adäquanz *ex post* beurteilt wird[2103]. Sofern man im Rahmen der „retrospektiven Prognose" auf eine „*personne normale*" mit Lebenserfahrung abstellt, das Verhalten des Geschäftsherrn im Sinne von OR 55 aber mit einem optimalen Organisator vergleicht, könnte man sogar zum widersinnigen Resultat gelangen, dass ein Schaden zwar nicht als adäquate Folge einer schädigenden Handlung zu betrachten ist (da durch einen Laien nicht vorhersehbar), dem Geschäftsherrn aber dennoch eine objektive Unsorgfalt vorgeworfen wird (da der Schaden durch einen optimalen Organisator hätte vorausgesehen werden können)[2104]. Aber ganz abgesehen von solchen Absurditäten macht es keinen Sinn, die Erbringung des Sorgfaltsbeweises von Wahrscheinlichkeitskriterien abhängig zu machen, die mit den Kriterien der Adäquanz identisch sind: Sonst gälte jeder adäquat verursachte Schaden dadurch auch automatisch durch Unsorgfalt verursacht[2105]. Diese Problematik zeigte sich auch in mehreren Entscheiden des Bundesgerichts zur Verschuldenshaftung, in denen Ver-

---

2098 BGE 119 Ib 345: „.... *cependant, pour permettre de déterminer le rôle de phénomènes naturels complexes, il sied de requérir l'avis d'experts. A cet égard, le Tribunal fédéral admet que la causalité adéquate peut aussi s'étendre à des ‚conséquences extraordinaires', c'est-à-dire à des conséquences qui n'apparaissent comme telles qu'aux yeux d'un profane, mais non pas à ceux de l'expert*"; s. a. BGE 87 II 126 f.

2099 Ähnlich auch GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 199. Zur zusätzlichen Problematik der Generalisierung im Bereich des Kausalzusammenhangs siehe hinten, S. 343 ff.

2100 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §16 N 38 und Fn 55; z. B. BGE 119 Ib 344.

2101 So hält das Bundesgericht im Hinblick auf das im Bereich der Arzthaftung eher objektivierte vertragliche Verschulden fest, der Arzt habe zwar grundsätzlich für jede Pflichtverletzung einzustehen, aber „eine Sorgfaltspflichtverletzung (könne) nicht nach dem Sachverhalt beurteilt werden ... , welcher sich dem Gericht ex post darstellt" (BGE 4C.53/2000, in: Praxis 2000 Nr. 155 Erw. 1.b. und c.).

2102 NATER S. 24 f. mit Verweisen.

2103 Ähnlich BGE 4C.53/2000, Erw. 3.b. (= Praxis 2000 Nr. 155). Deshalb sind die Ausführungen bei NATER, S. 24 f., fragwürdig und zudem widersprüchlich, da der Autor nach S. 24 die Sorgfalt gemäss OR 55 aufgrund einer „nachträglichen Prognose" beurteilen will, aber auf S. 20 f. darauf hinweist, es sei notwendig, den Entlastungsbeweis von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs „strikte" zu unterscheiden.

2104 S. a. SCHWARTZ S. 5 f.

2105 Siehe hierzu auch SCHWARTZ, S. 5.

schulden und Adäquanz vermischt wurden[2106]. Verschiedene Autoren haben denn auch vorgeschlagen, bei der Verschuldenshaftung auf die Prüfung der Adäquanz zu verzichten[2107], ein Vorschlag, der bei einfachen Kausalhaftungen für Sorgfaltswidrigkeit ebenfalls Sinn macht[2108]. Er müsste in Verbindung mit der Normzwecktheorie bzw. mit der erwähnten Lehre vom Verhaltensunrecht gebracht werden. Vorliegend soll nun allerdings die Frage der Angemessenheit der Adäquanztheorie nicht weiter untersucht werden.

Aus systematischer wie praktischer Sicht erscheint es jedenfalls zwingend geboten, zwischen Adäquanz und Unsorgfalt zu unterscheiden. Als wichtigste Konsequenz aus dieser Unterscheidung folgt einmal mehr, dass das Verhalten des Organisationsträgers sowohl bei Anwendung von OR 55 als auch *de lege ferenda* nicht *ex post*, aus der Kenntnis des Kausalverlaufs heraus, sondern konsequent *ex ante*, aus der Sicht vor den schädigenden Ereignissen beurteilt werden muss[2109]. Was der Geschäftsherr vor der Schädigung hätte wissen können und müssen, muss relevant sein, nicht, was durch die Schädigung erst zutage getreten ist.

(4) Zum Begriff der objektiven Voraussehbarkeit ex ante zwischen Verschulden und Adäquanz

Die Idee einer „objektiven Voraussehbarkeit" *ex ante*, die zwischen der subjektiven Voraussehbarkeit *ex ante* (subjektivierte Verschuldenshaftung) und der objektiven Voraussehbarkeit *ex post* (adäquater Kausalzusammenhang) anzusiedeln wäre, ist keineswegs abwegig und verschafft den einfachen Kausalhaftungen durchaus ihre Berechtigung. Insbesondere bereits erwähnte neuere Entscheide zur Staatshaftung und zur Verletzung vertraglicher Nebenpflichten (Sicherungspflichten) durch arbeitsteilig organisierte Unternehmen zeigen, dass eine Tendenz zur Objektivierung von Sorgfaltspflichten und der Voraussehbarkeit nicht automatisch zu einer reinen Kausalhaftung führen muss, wie dies mit OR 55 geschehen ist. Die „Osmose", die zwischen der Verschuldens- und den strengen Kausalhaftungen durch die „Membran" des Gefahrensatzes hindurch stattgefunden hat, war zwar in einigen Entscheiden namentlich zu den einfachen Kausalhaftungen tatsächlich „unkontrolliert", wie es WIDMER formuliert hat[2110]. Sie hat aber in anderen Entscheiden des Bundesgerichts durchaus kontrolliert stattgefunden. So wurde in verschiedenen Entscheiden das gebündelte kollektive Verhalten der schädigenden Organisationsmitglieder auf die Frage hin geprüft, ob es besonderen (z. B. durch offizielle Sicherheitsnormen festgelegten) oder allgemeinen Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Abwendung von tätigkeitstypischen Gefahren entsprach. Diese Frage führt, wie beschrieben, zu einer Vermischung von Verhaltensunrecht und Unsorgfalt. Zusätzlich wurde aber geprüft, ob und wieweit der Kausalverlauf für den mutmasslichen Schädiger voraussehbar war.

So wurde in mehreren Entscheiden zu *Sportunfällen* (zumeist im Bereich der positiven Vertragsverletzung und der Werkeigentümerhaftung) die Unvorhersehbarkeit des Schadensverlaufs als relevant betrachtet:

2106 Siehe z. B. BGE 36 II 18; 41 II 88; 64 II 199; 66 II 120; 75 II 72 f.; s. a. SCHWARTZ, S. 6 ff., für Beispiele aus dem Strafrecht.

2107 Z. B. DESCHENAUX/TERCIER §4 N 47; LANZ S. 68 ff.; MAURER S. 51 ff.; für das deutsche Recht: BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 50.

2108 Siehe hierzu insbes. die m. E. zutreffenden Ausführungen bei BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 50.

2109 In diesem Sinne auch HAUSHEER, ad BGE 121 IV 10, S. 441; s. a. vorne S. 250 ff.

2110 WIDMER, Gefahren, S. 304.

- Nach BGE 130 II 193 (Skiunfall, Haftung des Bergbahnunternehmens aus OR 41, 97/101 und 58 verneint) hängen Schutzmassnahmen gegen vom Beklagten geschaffene bzw. zu vertretende Gefahren davon ab, ob „angesichts der erkennbaren konkreten Umstände ein Schaden entstehen könnte" bzw. ob sich im konkreten Fall eine „für die Beklagte nicht vorhersehbare Ausnahmesituation" verwirklicht hat (Erw. 2.5.).
- Weitere Beispiele: BGE 4C.257/2002 Erw. 4.3. (Lawinenunfall, Haftung des Reiseveranstalters aus OR 101 verneint): „Les conditions très particulières de l'avalanche ont certes donné tort au défunt chanoine, mais cela ne suffit pas pour y voir un défaut de diligence puisque, dans ce domaine, il faut s'en tenir à ce qui était normalement prévisible"; BGE 126 III 113, v. a. 118 (Skiunfall): „On ne saurait exiger des mesures de précaution pour une hypothèse aussi imprévisible."; BGE 121 II 362 (Skiunfall): „die Beklagte musste damit rechnen ..."; BGE 32 II 300 (Verletzung eines Zuschauers bei einem Radrennen mangels Abschrankung, Haftung des Veranstalters bejaht): „Das Anstossen der Renner an die Umzäunung ... gehört zum normalen Risiko eines solchen Unternehmens, wie es jeder Rennunternehmer voraussehen kann, und ebenso voraussehbar ist die Möglichkeit einer Verletzung der zunächsten der Barriere befindlichen Zuschauer ...".
- Allerdings war nicht immer ganz klar, ob man in gewissen Fällen auf eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs hätte schliessen müssen. So wurde die Frage der adäquaten Kausalität z. T. gar nicht geprüft, so in BGE 126 III 118 oder in BGE 121 III 363 f. (wo die Angelegenheit gerade zur Klärung des Kausalzusammenhangs an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde). Dies zeigt die schwierige Abgrenzung zwischen Adäquanz und Unsorgfalt in Bezug auf die Voraussehbarkeit. In BGE 130 III 193 beispielsweise konstatiert das Bundesgericht im konkreten Fall eine „für die Beklagte nicht vorhersehbare Ausnahmesituation", leitet aber hieraus nicht die Konsequenz ab, der adäquate Kausalzusammenhang sei unterbrochen worden, sondern nur, dass die Beklagte keine Verkehrssicherungspflichten verletzt habe.

Auch in bereits erwähnten Entscheiden zur *Staatshaftung* spielt die Voraussehbarkeit eine zentrale Rolle (obschon man es dort angesichts des Wortlautes VG 3 am wenigsten erwarten würde):

- In BGE 120 Ib 415 und 115 Ib 175 (Haftung des Staates für medizinische Behandlung jeweils abgelehnt) war entscheidend, was der Arzt „im Zeitpunkt, in dem er sich für die streitige Massnahme entschied oder eine solche unterliess, von der Sachlage halten musste" (BGE 115 Ib 184);
- In BGE 118 Ib 473 (Haftung des Staates für Informationstätigkeit abgelehnt) bezog sich das Bundesgericht mit dem Verweis auf den „damaligen Wissensstand" der Behörden (S. 482) ebenfalls indirekt auf die Voraussehbarkeit;
- In BGE 116 Ib 200 wurde ebenfalls darauf abgestellt, welche Massnahmen durch die Behörden angesichts der konkreten Umstände „im damaligen Zeitpunkt" hätten ergriffen werden müssen.

Ähnliches gilt für die Haftung des *Werkeigentümers* gemäss OR 58. Dieser darf mit einem vernünftigen, durchschnittlichen vorsichtigen Verhalten der Benutzer des Werks rechnen und muss „zweckwidriges Verhalten bestimmter Personengruppen wie beispielsweise Kinder" nur insoweit berücksichtigen, als es voraussehbar ist[211]. Verlangt werden Schutzmass-

[211] BGE 4C.119/2000, in : Praxis 2001 Nr. 46, Erw. 1.b.

nahmen, die nach dem Stand der Technik und der Erheblichkeit der vom Werk ausgehenden Gefahr angemessen sind[2112].

Erwähnt sei überdies eine Entscheidung zur Haftung eines *Privatarztes*:

- BGE 4C.53/2000, Erw. 1.c. (Haftung des Arztes nach OR 101 bejaht): Eine Sorgfaltspflichtverletzung muss nicht nach dem Sachverhalt beurteilt werden, welcher sich dem Gericht *ex post* darstellt; denn „die Beantwortung der Frage nach einer Sorgfaltspflichtverletzung (ist) grundsätzlich von deren Folgen zu trennen".

Diese Entscheide betreffen alle nicht unmittelbar OR 55, können aber dessen Auslegung *de lege lata* bzw. Weiterentwicklung *de lege ferenda* inspirieren. Sie sind für die Organisationshaftung relevant, weil es in ihnen regelmässig um das Verhalten einer arbeitsteilig strukturierten Organisation ging. Die Analyse dieser Fälle zeigt, dass das Element der Voraussehbarkeit selbst in Rahmen eines kollektiven, objektivierten Sorgfaltsbegriffs Sinn macht und eine differenzierte Abstufung der Vorwerfbarkeit erlaubt, ohne dass subjektivere Faktoren wie Gemütszustand, Gesundheit oder besondere Fähigkeiten dabei zwingend eine Rolle spielen müssen. Zur weiteren Differenzierung muss nun das Element der Voraussehbarkeit in ein dialektisches Verhältnis mit zusätzlichen Kriterien gebracht werden. Dazu gehört die Gefährdung, wie nachfolgend zu zeigen ist.

d) Gefährdung und objektive Voraussehbarkeit als zentrale Kriterien zur Bestimmung des Sorgfaltsgrades

(1) Gefährdung und Umfang der zumutbaren Voraussehbarkeit

(a) Gefährdung als Kriterium im Übergang zwischen Verschuldens- und Kausalhaftung

Ein zentrales Kriterium bei der Auslegung von OR 55 ist die *Gefährlichkeit* der Tätigkeit: Je gefährlicher eine Handlung ist, desto strenger werden die Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn beurteilt. Im Kapitel über die Methodik (S. 102) wurde deutlich, dass dieses Kriterium nicht nur für die einfachen Kausalhaftungen relevant ist, sondern alle drei Haftungsarten durchzieht, in der Art eines (etwas unregelmässigen) Kontinuums. Auch DU PERRON / VAN BOOM sprechen in Bezug auf das niederländische Recht von einem Kontinuum zwischen Verschuldens- und Kausalhaftung, insofern, als *„in cases of ‚risk-based liability' in Dutch law ... the legal basis for liability is generally a mixture of ‚risk' and ‚fault' elements ... fault being a too narrow and risk a too wide criterion for liability"*[2113]. Da auch eine Organisationshaftung im engeren Sinn auf ein Risiko gegründet werden kann, liegt es nahe, dem Gesichtspunkt der Gefährdung bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichten eine zentrale Rolle einzuräumen.

Dieses flexible Kriterium ermöglicht denn auch am besten den Übergang zwischen Verschuldens- und reiner Kausalhaftung. Deutlicher noch im Staatshaftungsrecht als bezüglich OR 55 weist die Lehre auf den Zusammenhang zwischen „Risikosphäre" und Gefährlichkeit der konkreten Tätigkeit hin. So bemerkt J. GROSS, es gebe in der Rechtsprechung des Bundesgerichts „Ansätze zu einem Verständnis der Staatshaftung als Organisationshaftung, wenn dem Staat bestimmte Organisationspflichten in Bezug auf entsprechende Gefähr-

---

2112 BGE 123 III 311 Erw. 3.b.aa.

2113 DU PERRON/VAN BOOM S. 227; s. a. BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 150; s. a. die gleich nachfolgend erwähnten Materialien zu Art. 2050 des italienischen Codice civile.

dungssituationen des Bürgers zugeordnet werden"[2114]. Selbst die verschuldensunabhängige US-amerikanische *enterprise liability* (vorab im Bereich der Produzentenhaftung) wird durch die, objektiv und kollektiv verstandene, Vorhersehbarkeit des Schadens und die Typizität des Risikos begrenzt[2115]. Der Verweis auf die objektive (und, über die Wissensvertretung, kollektive) Vorhersehbarkeit des Schadens, gemessen an der Schwere des durch die konkrete Tätigkeit generierten typischen Risikos, erlaubt es der Rechtsprechung, aufgrund einer „sozialen Wertung" zu entscheiden, welche Risiken einer Organisation noch zugerechnet werden und welche nicht[2116]. In diese Richtung deutet auch der „kodifizierte Gefahrensatz" gemäss Art. 2050 des italienischen Codice civile, der auf deutsch folgendermassen lautet:

> *„Wer bei der Ausübung einer Tätigkeit, die nach ihrer Natur oder nach der Natur der dabei verwendeten Mittel gefährlich ist, anderen Schaden zufügt, ist zum Ersatz verpflichtet, wenn er nicht nachweist, alle zur Verhütung des Schadens geeigneten Massnahmen getroffen zu haben."*[2117]

WIDMER hat darauf hingewiesen, dass diese Norm als Mittellösung zwischen einer Verschuldens- und einer Kausalhaftung verstanden wurde, „indem zwar einerseits das Verschulden als Haftungsgrund beibehalten, andererseits aber nicht nur dem Schädiger die Beweislast auferlegt, sondern eine Verschärfung der Sorgfaltspflichten bezweckt werde"[2118]. Jedenfalls geht es auch hier um die Sanktionierung nicht jedes erdenklichen, sondern nur spezifischer, typischer Risiken, die kasuistisch bestimmt werden müssen. Die Rechtsprechung hat dann allerdings aus dieser – theoretisch auf dem Verschuldensprinzip gründenden – Norm eine Generalklausel für eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung gemacht[2119], in der Art von VE 50, da kaum ein Gericht eine Entlastung zugelassen hat, wenn der Kausalzusammenhang zwischen der gefährlichen Tätigkeit und dem Schaden feststand.

(b) Gefährdung und hypothetisches Vergleichsverhalten

Wie bereits ausgeführt, bestimmt das hypothetische Vergleichsverhalten die Schwere einer Sorgfaltspflicht. Mit der Gefährdung ist dies so in einen Zusammenhang zu bringen, dass die hypothetische Vergleichsperson (bzw. die „Vergleichsorganisation", wenn es um kollektive Unsorgfalt geht) umso fachkundiger sein muss, je gefährlicher die Tätigkeit ist. Der konkret handelnden Person bzw. Organisation wird sodann jener Grad von Voraussehbarkeit zugemutet, den diese hypothetische Vergleichsperson erfüllen kann. Man könnte diesen Zusammenhang mit dem Gedanken begründen, dass den Organisationsträger die Pflicht trifft, die Arbeitsteilung in einem günstigen Sinn, d. h. schadensmindernd, einzusetzen und gefährliche Aufgaben besonders kompetenten Personen zu übertragen[2120] oder, falls solche

---

2114 J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 260, mit Verweis auf den unter Verweis besprochenen BGE 112 Ib 326, wo das Bundesgericht indirekt die Suizidgefährdung der Patienten als typisches Risiko aus dem Betrieb einer psychiatrischen Klinik bezeichnet.

2115 Siehe hierzu eingehender BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 131; s. a. MATUSCHE-BECKMANN S. 222 f.

2116 Ähnlich BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 131, mit Bezug auf die amerikanische *enterprise liability*; ähnlich auch MATUSCHE-BECKMANN S. 125 in Bezug auf das Organisationsverschulden gemäss BGB 823 im deutschen Recht.

2117 Übersetzung bei WIDMER, Gefahren, S. 307.

2118 WIDMER, Gefahren, S. 308. Allerdings scheint, wie die schweizerische, auch die italienische Rechtspraxis, trotz anderslautender Beteuerungen, einer Betrachtungsweise *ex post* erlegen zu sein, siehe die Darstellung bei WIDMER, Gefahren, S. 308 ff.

2119 Siehe die Darstellung der Rechtsprechung bei WIDMER, Gefahren, S. 312 ff.; s. a. SCHAMPS S. 121.

2120 So findet sich in der schweizerischen wie auch der deutschen Literatur und Rechtsprechung die Ansicht, gerade auch die Nichtbestellung von Gehilfen oder die personalmässige Unzulänglichkeit könne

fehlen, die entsprechende Tätigkeit zu unterlassen. Deshalb erscheint es billig, bei gefährlichen Tätigkeiten auf das Mass von Voraussehbarkeit abzustellen, das einem Experten zugänglich ist. Allerdings kann man von einer Organisation nicht indirekt verlangen, dass sie gefährliche Aufgaben an *vollkommene* Personen delegiert, weil solche in der Realität nicht existieren. Freilich lebt die Idee der Verantwortlichkeit von der Überschätzung dessen, was der Schädiger wusste und konnte[2121]. Dennoch sollte die hypothetische Vergleichsperson höchstens jene Fähigkeiten aufweisen, die unter realen Experten zu finden sind. So weist auch die Studienkommission darauf hin, eine strenge Kausalhaftung sei nur angemessen, wenn eine gefährliche Tätigkeit mit jener Sorgfalt nicht beherrscht werden kann, die für eine „im betreffenden Tätigkeitsbereich fachkundigen Person" zumutbar ist[2122].

Es fragt sich, ob jedes Handeln der Organisation am gesamten zum fraglichen Bereich weltweit zugänglichen Wissen gemessen werden soll, das heisst am Wissen der besten, im jeweiligen Bereich spezialisierten Experten[2123]. Bei der Verschuldenshaftung wird in dieser Hinsicht nach dem konkreten Berufsprofil des Beklagten differenziert[2124]. Einem allgemeinpraktizierenden Arzt beispielsweise wird in der Regel weniger Wissen zugemutet als dem Spezialarzt[2125]. Im Ansatz lässt sich dieses Modell auch auf die Organisationshaftung übertragen. Wieweit bei dieser Überlegung der eher vertragsrechtlich bedeutsame Vertrauensgrundsatz einbezogen werden soll – die Frage, welche Sorgfalt das Publikum von einer Organisation zu erwarten berechtigt ist –, müsste ebenfalls aufgrund der objektiven Gefährlichkeit einer Tätigkeit entschieden werden. *Dass* der Vertrauensgrundsatz auch im deliktischen Bereich eine gewisse Bedeutung haben kann, belegt beispielsweise der Verweis auf die „berechtigten Erwartungen" des Konsumenten im Produktehaftpflichtrecht (PrHG 4/1/b)[2126]. Ein Produkt ist gefährlicher, wenn das Publikum mit dem Funktionieren einer Sicherheitsmassnahme rechnet, die seitens des Herstellers versprochen, aber nicht gewährleistet wurde, als wenn gar keine besondere Massnahme in Aussicht gestellt worden wäre (z. B. Thermostat)[2127].

Die *wirtschaftliche Zumutbarkeit* von Sorgfaltsmassnahmen kann eine Rolle spielen, darf aber nicht zum zentralen oder einzigen Gesichtspunkt werden (s. eingehender hinten S. 355 ff.) So kann nicht voreilig das Argument zur Entlastung führen, die wenigsten Organisationen könnten sich die besten Experten leisten. Die Ermittlung notwendigen Wissens und die Umsetzung von Sicherheitsmassnahmen kann der Organisation umso weniger erlas-

---

ein Organisationsverschulden darstellen (für das deutsche Recht s. MATUSCHE-BECKMANN, S. 93 und dortige Verweise).

2121 LUHMANN, Formale Organisation, S. 175.

2122 Bericht Studienkommission S. 63.

2123 Eine derart umfassende Bezugsgrösse des relevanten Vergleichswissens ist nicht abwegig; so anerkennt das Bundesgericht in BGE 115 Ib 185, die Überwachung eines Patienten in einer sehr komplexen chirurgischen Operation sei „dem besonderen Risiko angepasst worden" und habe „in hämodynamischer Hinsicht das *weltweit übliche* Mass erreicht" (Hervorhebung durch den Autor).

2124 So wird beispielsweise in der Lehre im Zusammenhang mit dem Organisationsverschulden nach deutschem Recht angeregt, der Organisationsträger müsse nicht schlechthin für jede Gefährdung haften, die von seinem Betrieb ausgehe, sondern er müsse „lediglich diejenigen organisatorischen Vorkehrungen treffen, die nach den Sicherheitserwartungen des jeweiligen Verkehrs Gefahren von Dritten tunlichst abwenden" (MATUSCHE-BECKMANN S. 97).

2125 In diesem Sinn BGE 113 II 432.

2126 S. a. GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 196 mit Verweisen; MOSER, S. 188, mit Bezug auf Qualitätssicherungssysteme; NATER, S. 56 (mit Verweis auf STARK), bezüglich BGE 90 II 86. *Contra* SCHAMPS S. 889 f.

2127 Siehe hierzu NATER, S. 56, bezüglich BGE 90 II 86.

sen werden, je gefährlicher die konkrete Tätigkeit ist[2128]. Dabei darf auch die Grösse der Organisation keine Rolle spielen. Wenn eine kleine Unternehmung mit tiefem Budget hochgefährliche chemische Versuche unternimmt, muss sie am nahezu besten weltweit erhältlichen Wissen in diesem Bereich gemessen werden, wenn im Zusammenhang mit diesen Versuchen Schäden entstehen. Umgekehrt kann man von einem Musikalienladen nicht verlangen, dass er das von ihm verkaufte Posaunenschmiermittel auf alle möglichen Hautallergien hin testen lässt[2129].

(c) *Unvermeidbare Wertungskluft zwischen Vorwerfbarkeit und vollständiger Schadensinternalisierung*

Somit wird das Kriterium der Voraussehbarkeit durch jenes der Gefährdung teilweise relativiert, muss aber als ethische Grundidee im objektivierten Sorgfaltsbegriff dennoch enthalten bleiben. In gewisser Weise haben objektivierte Sorgfaltspflichten so die Rolle juristischer „Chiffren", rechtlicher Scharniere, über welche die Verteilung von Handlungsrisiken stattfindet; diese „Chiffren" haben nur noch teilweise etwas mit der moralischen Bewertung des Verhaltens zu tun und dienen ebenso sehr einem „adäquaten Interessenausgleich" und „sachgemässer Risikozuweisung"[2130]. Dies ist zwar dogmatisch nicht vollends befriedigend; und es ist einzuräumen, dass zwischen der Funktion von Verantwortung, Macht und Wissen einerseits und der „sachgemässen Risikozuweisung" andererseits eine Wertungskluft besteht. Diese lässt sich aber m. E. rechtswissenschaftlich nicht überbrücken. Dieses Problem beschlägt fast jede wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Haftpflichtrecht. So findet man beispielsweise in der ansonsten sorgfältigen Diskussion des Sorgfaltsbegriffs bei WERRO die besagte Wertungskluft an dem Punkt, wo der Autor eine Haftung nicht nur bei Verletzung objektiver Sorgfaltspflichten bejahen will, sondern auch dann, wenn „sorgfältiges Verhalten zu einem objektiv unvernünftigen Resultat führt"[2131]. Die Kriterien zur Beurteilung der Frage, was ein „objektiv unvernünftiges Resultat" ist, sind im Vergleich zu den Sorgfaltskriterien in derselben Abhandlung merkwürdig beliebig. So sei darauf abzustellen, ob eine fehlende Entschädigung für den Geschädigten „zumutbar" ist (was auf einen reinen Billigkeitsentscheid hinausläuft) oder ob der erlittene Schaden bedeutsamer ist als das Interesse am schädigenden Verhalten[2132]. Auch BRÜGGEMEIER Wist an „Wertungsklüfte" gestossen, zu deren Überbrückung er nicht sehr zwingende Kritierien vorschlägt. So kritisiert er einerseits dezidiert eine auf „objektiver Unsorgfalt" gründende Organisationshaftung, räumt aber andererseits ein, in Schadensfällen, die „trotz eines praktizierten ‚*best available*' Qualitätssicherungssystems auftreten", sei „möglicherweise der Betroffene der richtigere Risiko-

---

2128 S. a. MATUSCHE-BECKMANN generell zum Organisationsverschulden S. 126 f., im Besonderen betreffend die Produzentenhaftung S. 222 f.

2129 Eine solche Prüfungspflicht könnte man möglicherweise aus dem fragwürdigen „Zahnarztstuhl-Entscheid" (JdT 1986 I 571) ableiten, was aber abzulehnen ist.

2130 Th. KOLLER S. 411; s. a. HONORÉ, S. 91 f., der das Element der Voraussehbarkeit relativiert, aber dennoch nicht für irrelevant erachtet.

2131 WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 353; s. a. HORTON ROGERS S. 364; WEBER-HÄUSERMANN, S. 122, die auf den Begriff der „sozialen Verantwortung" verweist, ohne ihn näher zu definieren.

2132 So auch BONDALLAZ, S. 74, der immerhin eine „*disproportion évidente*" zwischen Präventionskosten und der Höhe des vermiedenen Schadens verlangt. Hiermit kommt die LEARNED HAND - Formel ins Spiel (s. WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 354 und Fn 22), aus der sich aber, wie vorne dargestellt (S. 138 ff.), verfeinerte Zurechnungskriterien kaum oder nur sehr beschränkt ableiten lassen. Im Weiteren soll nach WERRO in Bezug auf die Haftung für rechtmässiges Verhalten (z. B. übermässige Bauimmissionen) nicht nach „Billigkeit" entschieden werden, sondern danach, wieweit Immissionen vom geschädigten Nachbarn „vernünftigerweise" entschädigungslos hinzunehmen seien (WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 354 f.); wo aber liegt der Unterschied zwischen „Billigkeit" und „Vernunft"?

träger"[2133]. An anderer Stelle will BRÜGGEMEIER die Grenze einer allgemeinen kausalen Unternehmenshaftung für typische Betriebsrisiken dort gezogen wissen, „wo die gesellschaftliche Wertung das Risiko von dem Verursacherunternehmen auf das Opfer (und seine Unfall-/Schadensversicherung) verlagert". Die konkrete Abgrenzung von Risikosphären müsse dabei „dem gesellschaftlichen Prozess der Rechtskommunikation überlassen werden"[2134]. Diese Kriterien, obschon sachgerecht, sind für die konkrete Zurechnung arbeitsteilig verursachter Schäden wenig nützlich.

Somit beinhaltet jede Anknüpfung an Sorgfalt – im Sinne eines flexiblen Kriteriums – für die Rechtsprechung einen weiten Ermessensspielraum, der auf abstrakter Ebene nur beschränkt rechtswissenschaftlich fassbar ist. Die hier vorgeschlagene Sichtweise – Anknüpfung an kollektiven, objektivierten Sorgfaltspflichten – entspricht aber deshalb nicht gleich einer „konstitutionellen Schizophrenie"[2135] und muss nicht „ethisch vollkommen unglaubwürdig"[2136] sein. Ein gänzlicher Verzicht auf die Voraussetzungen der Vorhersehbarkeit und die Gefährlichkeit ist jedenfalls nicht geboten, sondern würde vielmehr dazu führen, jeder Organisation *alle* Risiken, typische wie untypische, zu überbinden. Diese Lösung entspräche zwar der rein ökonomischen Logik der Schadensinternalisierung, wäre aber aus der Sicht der Gerechtigkeit fragwürdig, da im konkreten Schadensfall keine Interessenabwägung mehr erfolgen könnte. Sorgfaltspflichten bieten demgegenüber jene Flexibilität, die es der Rechtsprechung erlaubt, den vermögensrechtlichen Interessenausgleich im Einzelfall zu nuancieren. Insofern denke ich, dass es durchaus eine „Abstufung des Verschuldens als Zurechnungskriterium" gibt[2137], wie auch eine Abstufung der Unsorgfalt.

(2) Bestimmung der Gefährdung – Abgrenzung zwischen Organisations- und Gefährdungshaftung

(a) Abgrenzung zwischen Organisations- und Gefährdungshaftung

Es geht im Weiteren darum zu beurteilen, wie gefährlich eine schädigende Tätigkeit ist. Auch hier sind die argumentativen Gegenpole schnell abgesteckt: Eine an der Adäquanzformel orientierte Betrachtungsweise müsste zum Schluss führen, jede Tätigkeit sei gefährlich, sofern sie einen Schaden verursache, da sich das anfangs diffuse Risikopotential einer Handlung im Kausalverlauf immer stärker zu einer konkreten Gefährdung verdichtet, bis es im Moment der Schädigung den Grad höchster, kausal relevanter Gefahr erreicht[2138]. Am anderen Pol anzusiedeln wäre die Überlegung, eine Tätigkeit, die während längerer Zeit keine Schäden verursacht, sei nur schon deswegen nicht besonders gefährlich. Beide Ansatzpunkte sind in äusserster Konsequenz verfehlt. Auch hier obliegt es der Rechtsprechung, das Kriterium der Gefährdung anhand konkreter Fälle zu nuancieren.

Diese Problematik wäre *de lege ferenda* im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Generalklausel der Gefährdungshaftung (VE 50) zu analysieren. Das Kriterium der Gefährdung wirft zunächst die Frage auf, wie die Organisationshaftung von einer solchen generellen

---

2133 BRÜGGEMEIER, Dienstleistungen, S. 434.

2134 BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 152.

2135 Wie es WIDMER, Gefahren, S. 308, bezüglich Art. 2050 des italienischen Codice civile sieht.

2136 WIDMER, Gefahren, S. 320.

2137 Contra WIDMER, Gefahren, S. 310.

2138 In diesem Sinne OFTINGER/STARK, Bd. II, §16 N 27; ähnlich auch WIDMER, ad BGE 110 II 456, S. 56 linke Spalte, mit Bezug auf die Gefahr einer blossen Verursachungshaftung, wenn der Gefahrensatz vom Verschulden losgelöst wird, wie dies andeutungsweise in BGE 110 II 456 geschieht. S. a. WIDMER, Gefahren, S. 314 f.

Gefährdungshaftung abzugrenzen wäre. Diese Frage wird durch die Autoren des Vorentwurfs aus systematischer Sicht an sich einfach beantwortet: Findet VE 50 Anwendung, so scheidet VE 49a aus[2139]. Die Organisationshaftung soll lediglich eine subsidiäre Bedeutung haben. Da sich Organisationshaftung *a priori* auf alle denkbaren Tätigkeiten und Bereiche anwenden soll, ist diese Sichtweise plausibel und ergibt sich aus dem Satz *lex specialis derogat legi generali*: denn VE 50, obschon eine „General"klausel, ist nur auf „besonders gefährliche Tätigkeiten" anwendbar. Umso mehr gelten diese Ausführungen für die strengen Kausalhaftungen *de lege lata*: sie wenden sich auch unter geltendem Recht gegenüber OR 55 prioritär an, da sie, noch spezifischer, nicht nur auf gefährliche Tätigkeiten im allgemeinen, sondern auf *besonders definierte* gefährliche Tätigkeiten anwendbar sind.

Die beschriebene Abgrenzung kann der Rechtsprechung helfen, den Begriff der Gefährdung für die Organisationshaftung zu definieren. Denn der äusserste Grad erheblicher Gefährdung, die noch einen Entlastungsbeweis genügender Sorgfalt zuliesse, würde quasi kurz vor jenen Risiken erreicht, die durch strenge Kausalhaftungen bzw. *de lege ferenda* durch eine Generalklausel der Gefährdungshaftung gemäss VE 50 erfasst würden. Aus der Analyse zur Organisationshaftung in Form einer reinen Verursachungshaftung folgt, dass die Organisationshaftung aus systematischen Gründen nicht strenger sein kann als jene Haftungen, die der Gesetzgeber für besonders gefährliche Tätigkeiten vorgesehen hat[2140]. Ansonsten erhielten die Gerichte über eine Generalklausel der Organisationshaftung im Resultat Gesetzgebungskompetenzen, was den Grundsatz der Gewaltentrennung verletzt, wenn es nicht um die Füllung einer echten Lücke geht. Und solange klar ist, dass der Gesetzgeber bewusst gewisse gefährliche Tätigkeiten nicht mit einer strengen Kausalhaftung belegen will bzw. auf die Einführung einer Generalklausel im Sinne von VE 50 verzichtet, liegt keine echte Lücke im Sinne von ZGB 1/2 *in fine* vor und hat sich die Rechtsprechung deshalb an die gesetzgeberischen Entscheidungen zu halten[2141]. Etwas anderes könnte bei absichtlicher Schädigung gelten[2142], wobei auch dort fraglich wäre, ob völlig unbeabsichtigte und unvorhersehbare Schäden dem Organisationsträger noch zugerechnet werden sollten.

Ideal wäre, dies sei nochmals erwähnt, eine Art kasuistisches Kontinuum, wonach die strenge Kausalhaftung direkt an die Organisationshaftung anschlösse, wenn eine Tätigkeit „besonders gefährlich" im Sinne von VE 50 wäre oder durch eine strenge Kausalhaftung erfasst würde (und soweit organisiertes kollektives Handeln vorliegt). Das heisst für die Organisationshaftung aber konkret, dass selbst hoch gefährliche Tätigkeiten aus dem Blickwinkel der *Unsorgfalt* analysiert werden müssen, wenn auch die hypothetische Referenzperson ein sehr guter Experte sein muss. Insofern ist dieses Kontinuum im Schweizer Vorentwurf schon angelegt, da gemäss VE 50/2 die Generalklausel der Gefährdungshaftung nur greifen soll, wenn von einer Tätigkeit „auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt" besondere Gefahren ausgehen. Die hypothetische „fachkundige" Vergleichsperson bezeichnet denn auch die „äussersten Grenzen der subjektiven Verant-

---

2139 WIDMER/WESSNER S. 133.

2140 Siehe vorne S. 281 ff.

2141 Diese Sichtweise mag etwas unrealistisch anmuten, wenn man bedenkt, dass die strenge Auslegung von OR 55 oft dazu diente, in gewissen Bereichen das Fehlen einer strengen Kausalhaftung zu kompensieren, so insbesondere vor 1933 das Fehlen einer Haftung für Motorfahrzeuge und in BGE 110 II 456 das Fehlen einer kausalen Produktehaftung. Aber diese Rechtsprechung war quasi sachpolitisch motiviert, und es kann nicht Aufgabe einer wissenschaftlichen Arbeit sein, sachpolitisch begründbare Entscheide ohne Rücksicht auf juristische Kohärenz zu bewerten. Von dieser sorgfältigen Trennung geht z. B. auch WIDMER, ad BGE 110 II 456, S. 56 f. aus.

2142 Getreu dem Satz *„intended consequences can never be too remote"*, s. WEITNAUER, S. 344; DESCHENAUX S. 412.

wortlichkeit"[2143]. So lässt sich über den Sorgfaltsbegriff auch der u. a. von WIDMER postulierte Ausschluss einer Haftung für Entwicklungsrisiken erreichen, denn diese Risiken sind solche, die auch die weltweit besten Experten nicht mit genügender Sicherheit voraussehen und beherrschen können. Insofern ist mit dem Begriff des Entwicklungsrisikos das Element der – wenn auch stark objektivierten und kollektiven – Voraussehbarkeit untrennbar verknüpft.

Der Ausschluss gewisser gefährlicher Zustände und Tätigkeiten von einer automatischen Kausalhaftung zulasten des Organisationsträgers mag für manche aus politischer Sicht stossend erscheinen, lässt sich aber nicht vermeiden, wie aus den Ausführungen zur Ausgestaltung der Organisationshaftung als reine Widerrechtlichkeitshaftung (S. 278 ff.) hervorgeht. Vor dem Hintergrund sehr gefährlicher, aber noch nicht mit einer Kausalhaftung erfasster Tätigkeiten eine allgemeine Organisationshaftung für reine Widerrechtlichkeit einzuführen, ginge überdies aber auch sozialpolitisch zu weit, da damit auch viele weniger gefährliche Tätigkeiten einer strengen Kausalhaftung unterstellt würden.

Wenn nun also die Obergrenze der für die Organisationshaftung relevanten Gefährdung abgesteckt ist, können tiefere Gefährdungsgrade kasuistisch festgelegt werden. Der Unterschied zu einer Generalklausel im Sinne von VE 50 bestünde darin, dass die Rechtsprechung eines Alles-oder-nichts-Prinzips enthoben wäre, dies insofern, als im Rahmen einer Organisationshaftung die Sorgfaltsanforderungen anhand der Gefährdungssituation flexibel moduliert werden können. Demgegenüber wäre aus der Sicht VE 50 eine Tätigkeit entweder besonders gefährlich, und unterstünde dann *in toto* einer strengen Kausalhaftung, oder sie wäre es nicht, und wäre durch VE 50 gar nicht mehr erfasst[2144].

Die dargelegte Sichtweise hat zur Folge, dass rechtssystematische Erwägungen den Vorrang haben vor der ökonomischen Analyse. Diese Bemerkung ist insbesondere dann bedeutsam, wenn im Rahmen der Organisationshaftung eine Tätigkeit zu beurteilen ist, die als gefährlicher betrachtet werden muss als gewisse bereits durch strenge Kausalhaftungen erfasste. Denn es entspricht ja einem Paradox der strengen Kausalhaftungen, dass einerseits gewisse damit erfassten Tätigkeiten faktisch gesehen heute relativ sicher sind[2145], das heisst im Vergleich zu ihrem Gefährdungspotential wenig Schäden generieren. Andererseits sind aber nicht alle erheblichen Gefahren, „deren Schaffung von der Rechtsordnung im öffentlichen Interesse geduldet wird und wohl auch geduldet werden muss", mit strengen Kausalhaftungen belegt[2146].

(b) Notwendige Differenzierung zwischen abstrakter und konkreter Gefährdung

Man könnte dieses Paradox eventuell über die Frage lösen, ob die Gefährlichkeit einer Tätigkeit *per se*, im Allgemeinen, oder die Gefährlichkeit der konkreten Situation, aus der die Schädigung entstand, relevant sein soll. So könnte man darauf schliessen, die industrielle Produktion chemischer Erzeugnisse sei *per se* gefährlich, was im Rahmen einer Generalklausel im Sinne von VE 50 dazu führen würde, dass auch die Produktion ungefährlicher

---

2143 WIDMER/WESSNER S. 141.

2144 In ähnlichem Sinn WIDMER, Gefahren, S. 317, bezüglich Art. 2050 des italienischen Codice civile.

2145 Siehe z. B. die Bemerkung GILLIARDS, S. 309, zur bestehenden strengen Kausalhaftung für den Bau einer Eisenbahn bei Fehlen einer strengen Haftung für private Bautätigkeit, *„alors que la construction d'une voie ferrée ne présente aujourd'hui guère de dangers comparativement à d'autres chantiers"*; s. a. die Bemerkungen hierzu bei WIDMER, Gefahren, S. 298 f.; HORTON ROGERS, S. 365, mit Bezug auf den Strassen- und Luftverkehr.

2146 WIDMER, Gefahren, S. 297.

Lackstoffe einer Kausalhaftung unterstünde. Bezieht man sich hingegen auf die Gefährlichkeit der konkreten Situation, so müsste man sagen, der Betrieb eines Blumengeschäfts sei *per se* nicht besonders gefährlich, aber Wasserlachen im Kundenbereich generierten eine erhöhte Gefährdung durch Rutschgefahr. Genauer betrachtet besteht nur teilweise ein Gegensatz zwischen diesen beiden Ansätzen. Denn zwar soll bei VE 50 in einem ersten Schritt insofern ein tätigkeitsabhängiger Gefährdungsbegriff relevant sein, als nicht die konkrete Situation, sondern die Tätigkeit im Haftungstatbestand erwähnt wird. Aber die in VE 50 vorgesehene Kausalhaftung soll nur greifen, wenn sich das „charakteristische Risiko" der Tätigkeit im Schadensfall manifestiert[2147].

Man trifft das Problem der Unterscheidung zwischen genereller und abstrakter Gefährdung auf verschiedener Ebene an. So stellt es sich hinsichtlich der *Generalisierung im Bereich des Kausalzusammenhangs*. Die Elemente des adäquaten Kausalzusammenhangs sind, wie erwähnt, die generelle Eignung der natürlichen Ursache, den fraglichen Schaden zu bewirken[2148], die Voraussehbarkeit der Schädigung durch einen neutralen Beobachter *ex post*[2149] sowie die konkrete Begünstigung des Schadens durch die schädigende Handlung[2150]. Ein heikler Punkt dieses Konzepts ist die Beurteilung der generellen Eignung einer Handlung, den Schaden zu bewirken. Hierbei stellt sich dem Richter die Frage, angesichts welcher Umstände des konkreten Einzelfalls er den mehr oder weniger aussergewöhnlichen Charakter der Kausalkette beurteilen soll. Je mehr Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden, desto weniger aussergewöhnlich wird die Ursache erscheinen, aber desto mehr nähert man sich dem natürlichen Kausalzusammenhang, was wiederum nicht dem Sinn der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs entspricht[2151]. Relevant sollten nur Umstände sein, die eine gewisse „Typizität" haben[2152], womit allerdings auch wieder nicht viel gesagt ist. Die Frage, welche Umstände berücksichtigt werden, hängt letztlich, in Ermangelung objektiver Kriterien, von wertenden Gesichtspunkten ab[2153]. Um erneut das Beispiel BGE 112 Ib 322 zu nehmen: in diesem Fall ging es um die Frage, ob eine psychiatrische Klinik für den Suizid eines Patienten haftbar sein soll. Wäre hier zu prüfen, ob die ganz konkrete Konstellation – gewisse Mängel in der Organisation der Zugangskontrolle – geeignet war, einen Schaden in der Art des eingetretenen zu bewirken? Oder stellt sich vielmehr die Frage, ob der Betrieb einer psychiatrischen Klinik ganz allgemein geeignet ist, den Suizid von Patienten zu verursachen? Je nach Antwort ist die Rechtslage unterschiedlich.

Diese Problematik zeigt sich auch hinsichtlich der Frage, auf was genau sich die Voraussehbarkeit beziehen soll: Genügt es für eine Haftung, dass die Gefährlichkeit einer Tätigkeit an sich voraussehbar war, oder muss der konkrete Schadensverlauf vorausgesehen werden können? Auch hier ist eine abgestufte Sichtweise denkbar, was sich anhand des Unterschieds zwischen Entwicklungsrisiken, Ausreisserschäden und Konstruktionsfehlern im Produktehaftpflichtrecht illustrieren lässt. Das Gefahrenpotential von Tätigkeiten, die möglicherweise Entwicklungsrisiken bergen – etwa die Produktion von Medikamenten, die bislang unerkannte Allergien bewirken – , kann nicht einmal ganz allgemein im Voraus er-

---

2147 So würde der Chemiebetrieb für Brandschäden durch explodierende Chemikalien streng nach VE 50 haften, nicht aber für Personenschäden durch Ziegel, die vom Dach des Betriebsgebäudes herunterfallen; in diesem Sinn WIDMER/WESSNER, S. 142.

2148 BGE 108 II 53; REY N 527 mit Verweisen.

2149 REY N 532 mit Verweisen.

2150 So z. B. BGE 108 II 53; s. a. MAURER S. 93.

2151 GIOVANNONI S. 258. In BGE 80 II 344 f. stand beispielsweise die Frage zur Debatte, ob ein Unfall eine (tatsächlich sehr aussergewöhnliche) psychoneurotische Verkrallung der Hand zur Folge haben kann, oder *irgendeine Art* psychoneurotischer Reaktion.

2152 ESSER, zitiert bei DESCHENAUX, S. 407 Fn 30.

2153 WEITNAUER S. 337; ähnlich auch REY, N 528 mit Verweisen.

kannt werden. Demgegenüber gibt es Tätigkeiten, bei denen „Ausreisser" bekanntermassen vorkommen, weshalb das Risiko von Ausreissern *an sich* im Voraus bekannt ist[2154]. In beiden Fällen bezieht sich jedoch die Voraussehbarkeit nicht auf die konkrete Situation, sondern nur auf die Gefährlichkeit der Tätigkeit an sich. Liegt hingegen ein Konstruktionsfehler vor, etwa ein fehlerhaft montierter Thermostat in einer Friteuse, so ist konkret voraussehbar, dass sich der Benutzer der Friteuse auf den Thermostat verlassen wird und deshalb tendenziell Brandgefahr besteht. Dass das PrHG eine Haftung für Ausreisser impliziert, ist verständlich, da ja gerade die Massenherstellung von Produkten durch das Gesetz implizit als besonders gefährliche Tätigkeit qualifiziert wird und sich ein charakteristisches Risiko dieser Tätigkeit in einem Ausreisser – beispielsweise einer explodierenden Mineralwasserflasche – manifestieren kann. In eine ähnliche Richtung deuten auch amerikanische Lehrmeinungen zur Auslegung des funktionellen Zusammenhangs. So muss nicht der konkrete Schadensverlauf vorhergesehen worden sein. Der Geschäftsherr haftet vielmehr generell für Schäden, die *„are fairly to be regarded as risks of his business"*; dabei sei die *„foreseeability of risk"* wesentlich, *„so that there can be some reasonable basis for calculating this cost"*[2155].

Freilich hat diese Sichtweise einen beliebigen Charakter, weil sie fast für jede erdenkliche Tätigkeit eine Kausalhaftung rechtfertigen könnte. Denn in Anbetracht vielfältiger individueller Fehlerneigungen (s. vorne S. 190 ff.) birgt selbst das – auf einer abstrakten Ebene scheinbar ungefährliche – Alltagshandeln jedes Individuums Schadensrisiken, die gesamthaft gesehen voraussehbar sind. Wie bereits ausgeführt (S. 264 ff.), lässt sich das Risiko, dass menschliches Verhalten fehlerhaft ist, nie vollends beseitigen, ob es nun im Kollektiv oder auf individueller Ebene stattfindet. Somit ist die generelle Voraussehbarkeit von Risiken allein ungeeignet, etwas über die konkrete Ausgestaltung einer Haftung auszusagen. Aus diesem Grund ist auch die Bezeichnung der Organisationshaftung als Unternehmens(gefährdungs)haftung für spezifische Risiken[2156] irreführend: Denn typische Betriebsrisiken können sinnvollerweise nur allgemeine, abstrakte, statistisch belegte Risiken einer bestimmten industriellen Tätigkeit sein. Wird an solche Risiken eine Haftung geknüpft, so handelt es sich hierbei um eine strenge Kausalhaftung im klassischen Sinn, aber nicht um eine Organisationshaftung[2157]. Für letztere spielen abstrakte wie konkrete Risiken nur indirekt eine Rolle, indem sie nämlich einen Einfluss auf die Schwere von Sorgfaltspflichten haben.

Im Hinblick auf eine Organisationshaftung für objektive Unsorgfalt gilt es deshalb folgendermassen zu nuancieren: In einem ersten Schritt ist zu bestimmen, welche *generellen Gefahren* der schadensrelevante Tätigkeitsbereich mit sich bringt. Dieses Urteil unterliegt eher abstrakten Kriterien. So werden statistische Daten, bereits bestehende Kausalhaftungen, die allgemeine Lebenserfahrung etc. im Vordergrund stehen, ausgehend von der Annahme, eine allgemeine Bestimmung der Tätigkeitsrisiken sei jedem Handelnden zumutbar. Auf dieser allgemeinen Ebene lässt sich beispielsweise auch das Entwicklungsrisiko von einer Haftung ausnehmen. Als Beispiel sei die Skipistensicherung erwähnt: Generelle Gefahren liegen hier

---

2154 WESSNER, Propos erratiques, S. 73; s. als Beispiel für Ausreisser BGHZ 129 360 (explodierende Mineralwasserflasche), als Beispiel für Entwicklungsrisiken ZR 1985 Nr. 4 (Reinigungsflüssigkeit, die sich ohne Berührung mit Feuer selbst entzündet).

2155 PROSSER, zitiert bei EÖRSI N 83; s. a. für das englische Recht FLEMING, S. 378: *„foreseeability of the broad risks incident to a whole enterprise"*.

2156 So BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 150 ff., insbes. 152 oben.

2157 Wohl nicht zufällig möchten WIDMER/WESSNER, S. 139, das „Organisationsrisiko" von der Anwendung von VE 50 ausnehmen und mit dieser Norm nur materielle und technische Gefahren erfassen; a. M. SCHAMPS, S. 883 ff.

in der Glattheit des Schnees, der Neigung des Hanges, der tendenziell hohen Geschwindigkeit und unterschiedlichen Fähigkeiten der Skifahrer, raschen Wetter- und Sichtveränderungen etc. Die relativ hohen Grundgefahren des Skifahrens erfordern zur Präparierung der Pisten eine spezialisierte Berufsperson, also weder einen Berufsanfänger noch eine ungebildete Hilfskraft[2158]. Bezugspunkt ist nicht bloss die allgemeine Tätigkeit, sondern der schadensrelevante *Tätigkeitsbereich*: so verlangt die Stapelung von Kisten im Lager eines Grossverteilers weniger ausgebildete Arbeitskräfte als der Unterhalt des elektrischen Systems.

Aufgrund der zu erkennenden allgemeinen Gefährdungslage geht es in einem zweiten Schritt darum, das hypothetische sorgfältige Vergleichsverhalten zu konstruieren; die Vergleichsperson muss, wie erwähnt, umso wissender und fähiger sein, je höher die allgemeine Gefährdungslage ist. Aufgrund der Fähigkeiten der hypothetischen Vergleichsperson lässt sich bestimmen, welche *konkreten Gefahren* die handelnden Personen in der konkreten Situation hätten erkennen und abwenden müssen. Es geht also nicht nur um die Voraussehbarkeit des Schadensverlaufs, sondern bereits der Gefährdungslage. Hier setzt ein rein situationsabhängiger Gefährdungsbegriff[2159] ein, wie er auch dem Gefahrensatz zugrunde liegt. Um wieder das Beispiel der Skipistensicherung zu nehmen: In der konkreten Situation erwartet man vom Pistenwart, dass er aufgrund der konkreten Umstände jedes Pistenabschnitts bestimmt, welche Sicherungsmassnahmen notwendig sind. So hätte der hypothetische sorgfältige Pistenwart bei einer engen Durchfahrt zwischen zwei Bäumen nach einem abschüssigen Hang vorausgesehen, dass nicht alle Skifahrer die volle Kontrolle über ihre Skis behalten, und hätte deshalb für eine ausreichende Polsterung der Bäume gesorgt[2160]. Selbst bei beidseits der Piste abschüssigem Gelände hätte man aber vom hypothetischen Pistenwart nicht erwartet, dass er voraussieht, dass ein Skifahrer auf vereistem Schnee stürzt, bewusstlos ein Stück weit die Piste hinunter- und über den Pistenrand hinausrutscht, dort nach zwölf Metern über eine Böschung in einen Geländeabschnitt fällt und sich schwer verletzt[2161]. Eine nuanciertere Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Gefährdung findet sich auch in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts zu OR 55[2162].

Fragwürdig ist in dieser Hinsicht die Auffassung NATERS, wonach die Duldung eines gefährlichen Zustandes auch dann zur Haftung führen soll, wenn der Beklagte darlegt, „es sei ihm die zur Vermeidung des gefährlichen Zustandes notwendige Erkenntnis objektiv nicht zur Verfügung gestanden", wenn aber die Gefährlichkeit des Zustandes nur eine statistisch erwiesene ist, die konkrete Gefährdung jedoch im Schadensfall nicht voraussehbar war[2163]. Diese Sichtweise liegt auffällig nahe beim einem etwas anachronistischen deutschen Urteil

---

2158 Eine solche allgemeine Beschreibung der hypothetischen sorgfältigen Vergleichsperson anhand der abstrakten Gefährdung entspricht durchaus einer realen Praxis; man vergleiche beispielsweise die Hinweise zu Sicherheit und Risiken von Stauanlagen des Bundesamtes für Wasser und Geologie (http://www.bwg.admin.ch/themen/sperren/d/sicherh.htm), wo hinsichtlich der Überwachungsorganisation zwischen „Werkeigentümerpersonal", „erfahrenen Fachpersonen" und „ausgewiesenen Experten" unter-schieden wird, je nach Art der Überwachungsmassnahme.

2159 In ähnlichem Sinn NATER S. 41 f.

2160 BGE 121 III 358.

2161 BGE 130 III 193.

2162 Siehe BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46, wo es um mutmassliche Werkmängel ging. Grundsätzlich ist der Sorgfaltsgrad im Bereich von OR 55 derselbe wie für OR 58, soweit es um die allgemein voraussehbare vernünftige wie auch zweckwidrige Nutzung des Werks geht. Ein höherer Sorgfaltsgrad wird jedoch unter OR 55 trotz Fehlens eines Werkmangels verlangt, wenn z. B. eine Hilfsperson eine akute Gefährdung tatsächlich erkennen musste (BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46, Erw. 2.c.).

2163 NATER, Haftpflicht des Geschäftsherrn, S. 59 f.

aus dem 19. Jahrhundert, wonach der Betrieb einer Eisenbahn an sich schon schuldhaft sei, da unvermeidlich mit gewissen Gefahren verbunden[2164]. Die statistische Gefährlichkeit einer Tätigkeit mag als Begründung einer strengen Kausalhaftung relevant sein und kann dazu dienen, die Figur der hypothetischen Vergleichsperson zu konstruieren. Bezüglich der konkret gebotenen Sicherungsmassnahmen darf die generelle Gefährdung aber höchstens Indizfunktion, jedoch nie automatische Wirkung haben. Ansonsten bestünde auch *de lege ferenda* die Gefahr, dass der Begriff der Voraussehbarkeit denaturiert wird und dadurch eine konzeptuelle Vermischung mit den strengen Kausalhaftungen stattfindet.

e) Relative Wissensvertretung

Das vorliegend vertretende Modell der Organisationshaftung geht von kollektiver Unsorgfalt aus. Und diese macht nur Sinn, wenn man konsequent vom Grundsatz der Wissensvertretung ausgeht[2165]. Das gesamthafte Handeln der Organisation muss nicht nur am Wissen und Können eines allfällig individuell schädigenden Organisationsmitglieds oder einer Gruppe gemessen werden, sondern grundsätzlich an allem Wissen, das im Innern der Organisation vorhanden ist. Dieser Grundsatz rechtfertigt sich durch die Forderung, dass nicht der Geschädigte das Risiko eines mangelhaften Wissensmanagements zu tragen hat. Anders formuliert, stellt mangelhafte Wissensvernetzung einen Fall organisatorischer Unsorgfalt dar, die der Organisation zuzurechnen ist. Auch in dieser Hinsicht muss die Organisation, im Sinne des „moralischen Fraktal-Prinzips", als einheitlicher Organismus, als personenähnliches Aggregat betrachtet werden.

Es fragt sich allerdings, wie weit der Grundsatz der Wissensvertretung gehen darf. Das Bundesgericht erachtet in Bezug auf die Haftung der juristischen Person für ihre Organe gemäss ZGB 55/2 eine absolute Wissensvertretung für angemessen[2166] und will je nach Interessenlage der juristischen Person auch das Wissen von Nichtorganen zurechnen[2167]. In der Tat dürfte eine an objektivierten, kollektiven Sorgfaltspflichten ausgerichtete Organisationshaftung (im Gegensatz zum eng verstandenen OR 55) nicht zur Entlastung des Trägers führen, wenn er eine einwandfreie Wissensorganisation nachweist, aber das Verhalten eines Mitglieds dennoch Sorgfaltspflichten verletzte.

Die absolute Wissensvertretung reicht aber möglicherweise zu weit, da sie zu einer Kausalhaftung für mangelhaftes Wissensmanagement führt. In der neueren Lehre zu ZGB 55/2 finden sich denn auch kritische Stimmen zur bundesgerichtlichen Praxis der absoluten Wissensvertretung, allerdings hauptsächlich in Bezug auf den rechtsgeschäftlichen Bereich und auf die Frage des guten Glaubens. So wurde beispielsweise gefordert, die Wissensvertretung müsse auf die mit dem konkreten, schadensrelevanten Geschäft befassten Organpersonen beschränkt werden[2168]. Es erscheint in der Tat wirklichkeitsfremd, von jedem Mitglied einer international tätigen Grossunternehmung zu erwarten, dass es zu jedem Zeitpunkt über das Wissen aller anderen Mitglieder informiert ist bzw. dass es dieses umfassende Wissen jederzeit mobilisieren und ermitteln kann. Zwar wurde eine Kausalhaftung für mangelhafte Wissensvernetzung seitens der Lehre auch schon mit dem Nutzen-Risiko-Prinzip begründet: Wissensvernetzung sei ein Vorteil der Arbeitsteilung, deshalb solle der Organisationsträger

---

2164 Siehe Nachweis bei WIDMER/WESSNER S. 136; s. a. HAUSHEER, ad BGE 121 IV 10, S. 442; WIDMER, Gefahren, S. 295.

2165 Ähnlich BRÜGGEMEIER, Prinzipien, S. 123.

2166 BGE 56 II 188; HUGUENIN-BasK, ad ZGB 54/55, N 19, RIEMER-BK, ad ZGB 54/55 N 47, beide mit Verweisen.

2167 BGE 109 II 341; s.a. REICHWEIN S. 7; SIEGER S. 125.

2168 So z. B. RIEMER-BK, ad ZGB 54/55 N 49; KISS-PETER S. 292 f.; WATTER S. 112.

auch die hieraus entstehenden Risiken tragen[2169]. Dennoch sollte man den Grenzen des Wissensmanagements Rechnung tragen. Diese sind nicht nur faktischer, sondern auch rechtlicher Natur, da gewisse Organisationsmitglieder aus rechtlichen Gründen verhindert sein können, relevantes Wissen einzubringen (z. B. wegen Bankgeheimnis[2170] oder Datenschutz). Neuerdings wird auch die gesetzliche Verankerung einer Beschränkung der Wissenzurechnung durch „Chinese Walls" vorgeschlagen[2171].

Eine nuancierte Betrachtungsweise der Wissensvertretung ist m. E. zu begrüssen. Wo aber die Grenze der Wissenszurechnung konkret gezogen werden soll, lässt sich losgelöst vom Einzelfall kaum beurteilen. So wird seitens der Lehre bezüglich ZGB 55/2 beispielsweise verlangt, das relevante Wissen müsse zumindest in einer Person – sei sie denn mit dem relevanten Geschäft betraut oder nicht – zusammenfliessen; eine Zurechnung von „Teilwissen", das auf verschiedene Organisationsmitglieder verteilt ist, sei nicht möglich, da dies auf eine Fiktion hinauslaufe[2172]. Diese Sichtweise würde aber am Phänomen der kollektiven Unsorgfalt vorbeizielen, was die bereits erwähnte Konstellation in BGE 112 Ib 322 zeigt: Dort hatte offenbar kein Organisationsmitglied eine umfassende Kenntnis über die Mängel der Eingangskontrolle der Klinik. Vermutlich waren sich alle beteiligten Mitglieder diffus gewisser Probleme bewusst, aber keines war in der Lage, alle relevanten Informationen zu einem klaren Gefährdungsbewusstsein zusammenzuführen und entsprechende Schutzmassnahmen zu ergreifen. Dennoch erschien es sachgerecht, das gebündelte Gesamtverhalten aller Mitglieder unter dem Gesichtspunkt der Pflichtwidrigkeit zu untersuchen und so im Resultat eine Zurechnung von Teilwissen zu bejahen.

Was den Umfang des zumutbaren Wissens der im konkreten Schadensfall handelnden Organisationsmitglieder betrifft, so könnte, in Entsprechung zum hier vertretenen Sorgfaltsbegriff, auf die Erheblichkeit der Gefährdung abgestellt werden. Für allgemein betrachtet weniger gefährliche Aktivitäten erscheint es sinnvoll, an einem relativierten Begriff der Wissensvertretung anzuknüpfen. Je gefährlicher eine Tätigkeit aber ist, desto höher werden die Anforderungen an die Wissensvernetzung. Für sehr gefährliche Tätigkeiten wäre schon aus rein logischen Gründen von einer absoluten Wissensvertretung auszugehen, da das weltweit erhältliche Wissen jedes in der Organisation vorhandene Wissen automatisch miteinschliesst. Da eine Organisationshaftung m. E. *de lege ferenda* nicht nur an die Verletzung organisatorischer Sorgfaltspflichten anknüpfen soll, kann auch der Beweis einer einwandfreien Organisation der Wissensvernetzung nicht automatisch zur Entlastung führen.

f) Fallbeispiele zur Illustration der Korrelation zwischen Gefährdung und objektiver Sorgfalt

(a) Vorbemerkung

Die vorliegende Arbeit hat eine eher deduktive als induktive Ausrichtung und gründet deshalb auch nicht in erster Linie auf einer rechtsempirischen Auswertung der Rechtsprechung. Dennoch möchte ich nachfolgend anhand einiger (z. T. bereits erwähnter) Fallbeispiele aufzeigen, dass das Element der Gefährdung verbunden mit der objektiven Voraussehbarkeit eine sachgerechte Differenzierung der Interessenabwägung erlaubt. Die Darstellung orien-

2169 In diesem Sinn SIEGER, S. 118 f.

2170 REICHWEIN S. 6.

2171 WATTER S. 117. *Chinese Walls* sind Massnahmen, „welche verhindern sollen, dass sensitive Informationen über börsenkotierte Unternehmen von einem Departement einer Bank (oder eines Brokers) in ein anderes fliessen" (WATTER S. 109).

2172 KISS-PETER S. 298; REICHWEIN S. 3, 7.

tiert sich an einer Gegenüberstellung jeweils mehrerer Fälle, in denen eine Haftung bejaht wurde oder m. E. zu bejahen wäre, und solchen, in denen eine Haftung abgelehnt wurde oder m. E. abzulehnen wäre; hierbei soll auch dem Rechtsgefühl eine gewisse Bedeutung zukommen.

(b) Allgemein: Unterschiede zwischen einer reinen Verursachungshaftung und einer Haftung für Unsorgfalt

Dass generell sehr unterschiedliche Ergebnisse zu erwarten sind, je nachdem, ob man eine Organisationshaftung für reine Verursachung oder für kollektive Unsorgfalt befürwortet, liegt auf der Hand und braucht nicht eingehender demonstriert zu werden. Generell lässt sich sagen, dass die meisten Konstellationen, in denen eine Haftung unter geltendem Recht mangels Pflichtwidrigkeit abgelehnt wurde, in Anwendung einer Organisationshaftung für reine Verursachung (bzw. für das „typische Betriebsrisiko") zu einer Haftung des Organisationsträgers führen würden. Dies gilt im Übrigen für die meisten der nachfolgend erwähnten Fälle auch unter Berücksichtigung der Widerrechtlichkeit, soweit es um Körperschäden und damit um Erfolgsunrecht geht.

So würde der *Staat* in folgenden Fällen automatisch haften:

- In BGE 115 Ib 175 für einen Körperschaden, verursacht durch eine im übrigen erfolgreiche Operation, da der chirurgische Eingriff adäquate Ursache für die Verletzung des Patienten war (und Verletzungen von Patienten durch ärztliche Eingriffe zum typischen Betriebsrisiko eines Spitals gehören);
- In BGE 118 Ib 473 für den Ertragsrückgang von Käseproduzenten, da diese Einbusse zumindest teilweise die adäquate Folge der Warnhinweise des Bundes auf die Kontamination gewisser Käsesorten mit Listeria-Bakterien war[2173] (und die Gefahr, dass selbst sorgfältig abgewogene behördliche Informationen zu unerwünschten und unbeabsichtigten Schlussfolgerungen beim Empfänger führen, nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann[2174] und so zum typischen Betriebsrisiko einer Informationsbehörde gehört);
- In BGE 120 Ib 411 für die Folgen eines Suizidversuchs, da die Geschädigte, wäre sie nicht allein gelassen worden, den Versuch nicht hätte unternehmen können (und ein Suizidversuch zum typischen Betriebsrisiko einer psychiatrischen Klinik gehört);

Ebenso würden *private Organisationen* in folgenden Fällen automatisch haften:

- In BGE 4C.119/2000 (= Praxis 2001 Nr. 46), weil die Benützung heissen Duschwassers aus den Anlagen des Beklagten für die Verbrennungen der Geschädigten adäquat war (wobei man hier kaum sagen könnte, Verbrennungen von Benützern gehörten zum typischen Betriebsrisiko eines Boots- oder Hafenbetriebs);
- In BGE 4C.257/2002, weil die durch die Hilfsperson einer AG angeordnete Routenführung und die Art und Weise des Anseilens eine adäquate Ursache für den Tod mehrerer Teilnehmer einer Skitour durch eine Lawine war (und es zum typischen Be-

2173 Zumindest wird der Kausalzusammenhang im fraglichen Entscheid nicht in Abrede gestellt. Das Bundesgericht hält fest, Medienmeldungen (die in casu teilweise auf behördlichen Informationen basierten) über Krankheitsrisiken im Zusammenhang mit Lebensmitteln führen „erfahrungsgemäss zu einer vorübergehenden Zurückhaltung beim Konsum dieser und gleichartiger oder ähnlicher Lebensmittel" (BGE 118 Ib 484).

2174 BGE 118 Ib 484.

triebsrisiko von Wintersportunternehmen gehört, dass Teilnehmer von Skitouren durch Lawinen zu Schaden kommen);

- In BGE 130 III 193, weil der Betrieb eines Skilifts und die Präparierung einer Skipiste adäquate Ursache für den Sturz und die damit verbundenen Verletzungen des Klägers war (und es zum typischen Betriebsrisiko einer Bergbahnunternehmung gehört, dass Benützer sich durch Stürze verletzen) (ähnlich BGE 126 III 113).

In diesen Fällen ist aber eine Haftung des Organisationsträgers aus der Sicht des Rechtsgefühls m. E. nicht angebracht. Dies gilt auch für gewisse Entscheide, in denen das Bundesgericht eine Haftung des Organisationsträgers bejaht hat, so insbesondere die Entscheide BGE 95 II 93 und JdT 1986 I 571.

(c) Illustration des Verhältnisses zwischen Gefährdung und Voraussehbarkeit

(i) Benützung öffentlicher Sportanlagen

Gegenüberstellung von

- ***BGE 4C.119/2000** (= Praxis 2001 Nr. 46): Eine Benützerin von Hafenanlagen zieht sich beim Duschen infolge 60-65 Grad heissen Wassers schwere Verbrennungen zu; Haftung des Eigentümers der Anlagen nach OR 58 und 55 verneint; und*

- ***BGE 123 III 306**: Jugendlicher springt von einem Sprungturm ins nur 1.85 bis 2.15 Meter tiefe Wasser und bricht sich die Wirbelsäule; Haftung des Eigentümers der Anlage aufgrund von OR 58 bejaht:*

  Diese beiden Fälle weisen auf die Bedeutung des Vertrauensprinzips auch im deliktischen Bereich hin, über die Frage nämlich, welche Sicherheit die Benützer eines Werks zu erwarten berechtigt sind. Die Voraussehbarkeit in Verbindung mit der konkreten Gefährdung ist hier insofern relevant, als der Werkeigentümer nicht gegen jede Art der Benützung Schutzmassnahmen treffen muss, sondern nur gegen das aufgrund der Umstände voraussehbare Verhalten von Benützern. In der Regel darf der Werkeigentümer mit einem vernünftigen und dem allgemeinen Durchschnitt entsprechenden vorsichtigen Verhalten rechnen, muss aber „auf mögliches vorhersehbares zweckwidriges Verhalten bestimmter Personengruppen, wie beispielsweise Kinder" Rücksicht nehmen[2175]. Auf den ersten Fall bezogen, ist zum einen die Erhitzung des Leitungswassers auf 60°C aus hygienischen Gründen geboten und muss der Eigentümer zum anderen nicht damit rechnen, dass eine Person, die das Duschwasser versehentlich zu heiss einstellt, so lange unter dem Wasser bleibt, bis sie Verbrennungen zweiten Grades erleidet. Im zweiten Fall hingegen waren keine Warnhinweise auf die geringe Wassertiefe vorhanden, weshalb vorhersehbar war, dass der Sprungturm benützt würde und der Sprung zu gefährlichen Verletzungen führen könnte. Dass auf dem Turm uferseitig, wo der Unfall geschah, ein Geländer angebracht war, spielte keine Rolle, da die Wassertiefe auf jeder Seite des Turms gleich gering war.

(ii) Haftung für medizinische Behandlung

Gegenüberstellung von

- ***BGE 115 Ib 175**: komplizierte Herzoperation in öffentlichem Spital als letzte Hoffnung für die Patientin, ein gesundheitlich normales Leben zu führen; gelungene Ope-*

[2175] BGE 4C.119/2000, Erw. 1.b. (= Praxis 2001 Nr. 46).

ration, aber Sauerstoffverlust im Gehirn durch Fehlkanülierung und dadurch Körperschaden; Haftung des Staates verneint mangels Pflichtwidrigkeit der behandelnden Ärzte; und

- ***BGE 120 II 248**: Zerstörung von Teilen des Schultergelenks der Klägerin durch eine Infektion, die infolge einer intraartikulären Injektion von Cortisonpräparaten entstanden war; Haftung des Hausarztes bejaht wegen objektiver Sorgfaltspflichtverletzung:*

Diese beiden Fälle sind schwierig voneinander abzugrenzen. Eine jeweils entgegengesetzte Lösung wäre für beide Fälle durchaus zu begründen. Zunächst ist festzuhalten, dass die Feststellung, das typische Betriebsrisiko eines Spitals bzw. einer Arztpraxis bestehe darin, dass bei medizinischen Eingriffen Patienten verletzt werden, zwar zutrifft, aber für eine nuancierte Interessenabwägung nicht von grossem Nutzen ist.

Auf der Ebene der Gefährdung könnte man die beiden zitierten Fälle vielleicht folgendermassen voneinander abgrenzen: Im ersten Fall war die konkrete Gefährdung, die aus der Fehlkanülierung entstand, wegen der Komplexität des Eingriffs selbst durch Experten nicht voraussehbar. Im zweiten Fall hingegen war die Behandlung, wenn auch nicht ungefährlich, so doch nicht ähnlich komplex wie eine Herzoperation und jedenfalls auf einen bestimmten, klar umrissenen Eingriff beschränkt, weshalb die konkrete Gefährdung deutlicher erkennbar war. Letztere war überdies verschärft, weil die Infektionsgefahr bei intraartikulären Injektionen offenbar gegenüber anderen Arten von Injektionen besonders hoch ist[2176]. Hinzu kam beim ersten Fall, dass die Operation für die Patientin zwar erhebliche Gefahren, aber noch erheblichere Chancen barg, da es sich angesichts ihrer Krankheitsgeschichte um die letzte Hoffnung handelte[2177].

Gegenüberstellung von

- ***BGE 120 Ib 411**: Selbstmordversuch der Angehörigen eines Patienten ohne erkennbare Suizidgefahr bei der ersteren; Haftung der Klinik aufgrund der Staatshaftung verneint; und*
- ***BGE 112 Ib 322**: Suizid eines Patienten, der aufgrund von Mängeln in der Überwachung des Klinikeingangs entweichen konnte; Haftung der Klinik aufgrund der Staatshaftung bejaht:*

Im ersten Fall ist bereits die abstrakte Gefährdung zu verneinen: Dass eine Person ohne erkennbare Suizidgefahr versucht, Selbstmord zu begehen, kann selbst für eine psychiatrische Klinik nicht als typisches Betriebsrisiko betrachtet werden. Deshalb wäre eine Haftung des Spitals in der durch BGE 120 Ib 411 erfassten Konstellation vom Rechtsgefühl her unbefriedigend. Ein Betriebsrisiko besteht aber durchaus darin, dass *suizidgefährdete* (bzw. für Dritte gefährliche) Patienten Selbstmord zu begehen versuchen und dazu aus der geschlossenen Abteilung entweichen wollen. Auf der Ebene der konkreten Gefährdung fliessen aus diesem allgemeinen Betriebsrisiko verschiedene detailliertere Sorgfaltspflichten, unter anderem die genügende Sicherung der Ein- und Ausgänge. Insofern erscheint die Haftung des Staates (bzw. des privaten Spitals) gemäss BGE 112 Ib 322 als sachgerecht[2178]. Zwischen diesen beiden

---

2176 BGE 120 II 251.

2177 BGE 115 Ib 183.

2178 Allerdings weist die Argumentation der beklagten Klinik auf ein umfassenderes, vor allem für psychiatrische Kliniken typisches Dilemma hin, jenes zwischen Kontrolle und Freiheit, zwischen Sicherung und Therapie. Die Klinik führt an, das kantonale Psychiatriekonzept gehe davon aus, dass „sichernde, freiheitsbeschränkende Massnahmen sich auf die Dauer antitherapeutisch auswirkten" ... „Heute komme der absoluten Sicherheit nicht erste Priorität zu und sei daher der Begriff der genügenden Überwachung neu zu definieren" (Auffassung der beklagten Klinik, vgl. BGE 112 Ib 326). Später hat das Bun-

Entscheiden gelagert ist BGE 4C.53/2000 (= Praxis 2000 Nr. 155) (*Selbstmordversuch des Patienten einer Klinik durch Sturz aus dem Fenster; nicht optimale Fenstersicherung, aber gemäss Gutachten beim Patienten keine Gefahr eines „raptus-artigen, plötzlich einschiessenden heftigen Suizidimpulses mit starker möglicher Kraftentfaltung"*[2179]*; Haftung der Klinik verneint*). Zwar hat das Bundesgericht die Sorgfaltspflichtverletzung methodisch korrekt *ex ante* beurteilt. Aber gemäss einer technischen Expertise wäre eine bessere Fenstersicherung vor dem Unfall erhältlich gewesen. Deshalb erscheint die Überlegung des Bundesgerichts etwas gesucht (wenn auch in Übereinstimmung mit dem medizinischen Gutachten), auch die bestehende, zulässige, aber suboptimale Fenstersicherung habe genügt, weil sie nur durch eine grosse Kraftentfaltung habe zerbrochen werden können, welche bei dem fraglichen Patienten gerade nicht zu erwarten gewesen war.

Anzumerken bleibt, dass beide Gegenüberstellungen etwas gewagt sind. Die genannten Entscheide erscheinen mir im Ergebnis sachgerecht. Es ist aber einzuräumen, dass im Bereich der medizinischen Behandlung die Frage der Risikoverteilung zwischen Arzt und Patient besonders heikel ist, weil die medizinische Tätigkeit schon von ihrer Natur her dazu in hohem Masse geeignet ist, absolut geschützte Rechtsgüter der Patienten zu verletzen. Dieses Risiko ist jeder medizinischen Behandlung immanent und lässt sich bei aller Sorgfalt nicht vermeiden. Systematisch an dieses Risiko eine Haftung zu knüpfen, hiesse aber, dem Arzt als Vertragspartner durch den Umweg über das Deliktsrecht Erfolgspflichten aufzubürden, die für den Werkvertrag, nicht aber für den medizinischen Behandlungsvertrag typisch sind[2180]. Wollte man eine derart weitgehende Medizinalhaftung, so müsste dies vom Gesetzgeber entschieden werden, beispielsweise durch eine besondere Kausalhaftung. Solange dies nicht der Fall ist, hat das Gericht die heikle Aufgabe, die Risiken der medizinischen Behandlung zwischen dem Arzt und dem Patienten adäquat zu verteilen.

(iii) Haftung für gegenständliche Gefahrenquellen auf Baustellen und in der Landwirtschaft

Gegenüberstellung von

- ***BGE 95 II 93**: Ein Schreinermeister, werkvertraglich mit einem Generalunternehmer verbunden, schickt zwei Hilfspersonen sowie einen Chauffeur zur Lieferung von Material auf die Baustelle; entgegen der Weisung des Schreinermeisters bleibt nicht der Chauffeur, sondern eine Hilfsperson auf dem Wagen zurück, während der Chauffeur und die andere Hilfsperson Material abladen; auf der Baustelle fällt der Chauffeur eine ungeschützte Kellertreppe hinab und verletzt sich schwer; Haftung des Schreinermeisters gestützt auf OR 55 bejaht, da dieser die Ausführung der Arbeit nicht kontrolliert hat; und*
- ***BGE 72 II 255**: Eine Dreschmaschine, die einer Käsereigesellschaft gehört, wird durch eines ihrer Mitglieder, einen Landwirt, zu dessen eigenen Zwecken benutzt; der leitende Maschinist schliesst vor einer Pause die Einlassöffnung in die Dreschtrommel nicht und lässt den Motor laufen; eine Gehilfin wird beim Überschreiten der Öffnung durch die Dreschtrommel erfasst und schwer verletzt; Solidarhaftung aller Mitglieder der Käsereigesellschaft gemäss OR 55 bejaht:*

---

desgericht dieser Argumentation mehr Gewicht gegeben, s. BGE 4C.53/2000, Erw. 3.a. und b. (= Praxis 2000 Nr. 155). Vgl. a. MATUSCHE-BECKMANN, S. 166 f., für die entsprechende Problematik in der deutschen Rechtsprechung zum Organisationsverschulden gemäss BGB 823.

2179 BGE 4C.53/2000, Erw. 4.c.

2180 BGE 120 Ib 412 f., Erw. 4.a.

Wer im *ersten Fall* die fragliche Abschrankung entfernt hatte, war nicht erwiesen. Jedenfalls oblag die Sicherung der Kellertreppe in Bezug auf vorhersehbare konkrete Gefahren dem Bauleiter, der für die Unterlassung seiner Hilfspersonen zu recht haftbar wurde. Die Haftung des Schreinermeisters aber lässt sich mit nichts begründen. Die ungesicherte Kellertreppe lag weder in seinem Risiko- und Pflichtenbereich noch in jenem seiner Hilfspersonen. Müsste er für alle Gefahren der Baustelle, auf der er lediglich als Schreiner, nicht als Bauleiter oder Bauherr tätig ist, einstehen, so hiesse dies, von ihm zu verlangen, das Verhalten aller anderen Akteure auf der Baustelle vorauszusehen – also auch jener, welche die fragliche Abschrankung entfernt hatten –, was lebensfremd ist. Bejaht wurde seine Haftung *in casu* dennoch, gestützt auf eine *ex post*-Prüfung völlig überspannter Überwachungspflichten. Demgegenüber ist die Haftung der Geschäftsherren im *zweiten Fall* nachvollziehbar. Die Gefahrenquelle – die offene Einlassöffnung bei laufender Dreschtrommel – lag nicht nur im unmittelbaren Macht- und somit Pflichtenbereich der Hilfsperson, sondern wurde durch diese selbst geschaffen. Angesichts der Umstände – der Erfahrung des Maschinisten und der Offensichtlichkeit der konkreten Gefährdung – war es durchaus angebracht, vom Maschinisten zu verlangen, die wahrscheinliche Schädigung von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen vorauszusehen und entsprechende Schutzmassnahmen zu ergreifen[2181].

Auch diese Beispiele zeigen die Notwendigkeit eines konkreten Gefährdungsbegriffs. Würde man auf eine diffuse typische Betriebsgefahr der Bautätigkeit bzw. der Landwirtschaft abstellen, wäre eine Haftung in beiden Fällen gegeben, ohne dass eine notwendige Nuancierung möglich wäre.

(lv) Skiunfälle

Gegenüberstellung von

- ***BGE 130 III 193** (Skiunfall): Ein Skifahrer stürzt auf der vereisten Piste, gleitet über den Pistenrand hinaus bis zu einem 12 Meter von der Piste entfernten Geländeeinschnitt, in den er stürzt und sich verletzt; Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht des Bergbahnbetreibers verneint); und*
- ***BGE 121 III 358** (Skiunfall): Ein Skifahrer prallt in einer engen Durchfahrt gegen ungepolsterte Bäume; Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht durch das Bergbahnunternehmen bejaht:*

Im ersten Entscheid war die konkrete Gefährdung diffus und der konkrete Kausalverlauf nicht voraussehbar. Es lag weder eine schlecht erkennbare Gefahr in der Art einer Falle vor, noch eine Gefahr, die „selbst bei vorsichtigem Fahrverhalten nicht vermieden werden" konnte[2182]. Allein der Umstand, dass das Gelände am Pistenrand etwas steiler abfiel und deshalb ein Absturzrisiko nicht ausgeschlossen war, genügt nicht zur Bejahung einer konkreten Gefährdung, da „steile Abhänge und Böschungen ... für das alpine Gelände charakteristisch" sind[2183] und

---

2181 Auch der im Ergebnis richtige BGE 72 II 255 zeigt, dass es *de lege ferenda* sachgerechter wäre, unmittelbar auf die Unsorgfalt der Hilfsperson abzustellen, als über deformierte Organisationspflichten inhaltliches Fehlverhalten zu erfassen versuchen. Zwar ist die Vermutung, „allein das blosse Bewusstsein, unter aktiver wenn auch nur gelegentlich in Erscheinung tretender Aufsicht zu stehen, (pflege) erfahrungsgemäss das Pflichtgefühl des Angestellten ständig wach zu halten" (BGE 72 II 264) aus der Sicht der Organisationsforschung zutreffend. Aber man wird auch bei diesem Entscheid den Eindruck nicht los, dass das Bundesgericht den Inhalt der Überwachungspflichten der Geschäftsherren erst im nachhinein definiert hat.

2182 BGE 130 III 193, Erw. 2.3.

2183 Vom Bundesgericht bestätigte Auffassung der Vorinstanz, s. BGE 130 III 193, Erw. 2.5.

ansonsten jeder Bergbahnbetreiber für das „ganze Schneesportgebiet schlechthin" haften müsste[2184]. Die konkrete Gefahrenlage, in die der Geschädigte geraten war, insbesondere der Umstand, dass er so weit von der Piste weg driften würde, war *in casu* nicht voraussehbar.

Im zweiten Entscheid hingegen war die Gefährdung der Pistenbenützer wesentlich konkreter und präzis beschreibbar. Der Engpass war für die Skifahrer nicht vermeidbar. Er lag am Ende eines abfallenden Pistenabschnitts und vor einem aufsteigenden Hang, „was erfahrungsgemäss dazu führt, dass die Skifahrer versuchen, genügend schnell zu fahren, um die Gegensteigung problemlos meistern zu können"[2185]. Dies wiederum erhöhte die Wahrscheinlichkeit von Stürzen vor der Durchfahrt und damit die Gefahr, dass die Skifahrer nach einem Sturz unkontrolliert weitergleiten und gegen die Bäume prallen. Diese Gefährdung musste vom Bergbahnunternehmen vorausgesehen und mittels genügender Polsterung der Bäume begrenzt werden.

Auch bei diesen Beispielen hilft der Begriff des typischen Betriebsrisikos nicht weiter, da es gesamthaft gesehen zum Risiko eines Bergbahnbetriebes gehört, dass Pisten- bzw. Bahnbenützer stürzen.

(v) Produktehaftung

Gegenüberstellung von

- ***BGE 110 II 456** (Schachtrahmenfall): Die Aufhängeschlaufe eines Schachtrahmens wird infolge eines Fabrikationsfehlers nicht symmetrisch im Beton verankert, ohne dass das unmittelbare Fehlverhalten einer Hilfsperson erwiesen wäre; die Schlaufe reisst und der Rahmen fällt einem Arbeiter auf den Fuss; Haftung des Produzenten der Schlaufe gestützt auf OR 55 bejaht) und*
- ***BGHZ 129 353**: (Mineralwasserflasche mit Haarriss explodiert und verletzt eine Privatperson; Haftung des Produzenten bejaht):*

Ähnlich wie bei der Haftung für medizinische Behandlung stellen sich bei der Produktehaftung heikle Wertungsfragen. Beide genannte Fälle betreffen Ausreisser-Schäden, bei denen sich ein Dilemma zeigt: Da nie im Vornherein vorauszusagen ist, welches Einzelprodukt einer Massenproduktion mangelhaft sein wird, müsste eine Organisationshaftung für Ausreisser mangels objektiver Voraussehbarkeit entfallen. Gleichzeitig ist diese Lösung vom Rechtsgefühl her unbefriedigend, da der Gefährdungsgrad etwa einer explodierenden Mineralwasserflasche wesentlich höher ist als ihr Nutzwert. Dieses Dilemma lässt sich letztlich nur durch eine Generalklausel für gefährliche Tätigkeiten bzw. durch eine spezialgesetzliche Kausalhaftung lösen, wie das – aber eben nur teilweise – mit dem PrHG geschehen ist. Insofern wäre es *de lege ferenda* wünschenswert, dass das PrHG auf alle Produkteschäden ausgedehnt wird.

Solange dies nicht der Fall ist, stellt sich die Frage, ob und wie sich eine regelmässige Haftung für Ausreisser-Schäden mit einem Sorgfaltsbegriff vereinbaren lässt. Möglicherweise bietet das PrHG in Art. 4/1/b einen Lösungsansatz, über die Frage nämlich, welche Sicherheit der Benutzer zu erwarten berechtigt ist und welcher Sorgfaltsgrad sich für den Produzenten aus dieser voraussehbaren Sicherheitserwartung ergibt.

Aus dieser Überlegung ergibt sich im Hinblick auf den in BGE 110 II 456 beurteilten Fall eine provokative Argumentation: Man könnte darauf hinweisen, dass Schachtrahmen primär oder ausschliesslich durch erfahrene Berufsleute verwendet werden, die es im Rahmen ihrer

2184 Ebenda.
2185 BGE 121 III 362.

Tätigkeit gewohnt sind, mit schweren, tendenziell gefährlichen Objekten zu arbeiten und sich selbst deshalb erfahrungsgemäss besser schützen. Aus diesem Grund wäre an die Voraussicht des Produzenten solcher Produkte geringere Anforderungen zu stellen als an die Sorgfalt eines Produzenten, der Nahrungsmittel, Spielzeuge oder Medikamente herstellt, da diese mehrheitlich durch tendenziell unerfahrene, jedenfalls nicht zwingend an erhöhte Gefährdungslagen gewöhnte private Konsumenten verwendet werden. Diese Argumentation ist aus der Sicht der Rechtsprechung nicht ganz so abwegig, wie dies scheinen mag. In einem Fall zur vertraglichen Hilfspersonenhaftung hat das Bundesgericht das Laufenlassen eines Baggermotors im Leerlauf, bei sonst gesichertem Bagger, aber ohne besondere Aufsicht, nicht als besonders gefährlich bzw. nicht als Unsorgfalt erachtet, weil diese Vorgehensweise auf zivilen Bauplätzen einer „Gepflogenheit" entsprach[2186]. Wie der konkrete Fall zeigte, hinderte die Sicherung einen Dritten nicht daran, den Bagger in Gang zu setzen und damit Schäden anzurichten. Die Gefährdung durch einen im Leerlauf drehenden, unbeaufsichtigten Bagger ist nun gewiss nicht geringer als die Gefährdung durch mangelhaft fixierte Aufhängeschlaufen eines Schachtrahmens. Deshalb hätte man im Schachtrahmenfall auch sagen können, Bauarbeiter seien erhöhte Gefahren gewohnt, weshalb man von ihnen eine erhöhte Aufmerksamkeit im Umgang mit Schachtrahmen verlangen könne.

Allerdings hätte diese Sichtweise das paradoxe Ergebnis, dass man vom Hersteller von Produkten, die in gewohntermassen gefährlicher Arbeitsumgebung zum Gebrauch gelangen, weniger Sorgfalt erwartet als von anderen Produzenten. Dies wiederum wäre eine systemwidrige Konsequenz und in vielen Fällen auch nicht sachgerecht. Denn gefährliche Produkte, die in gefahrsträchtigen Prozessen zum Einsatz kommen, bedrohen ja nicht nur erfahrene Berufsleute, sondern auch unbeteiligte Dritte. So hätte der Schachtrahmen unter Umständen auch einem unbeteiligten Passanten auf den Fuss fallen können. Es drängt sich deshalb der Schluss auf, dass das Problem der Ausreisser-Schäden mit einer Sorgfaltshaftung nicht gelöst werden kann – das heisst, es lässt sich m. E. mangels objektiver Voraussehbarkeit keine Haftung für Ausreisser auf OR 55 stützen[2187] – sondern nur über die gesetzgeberische Entscheidung, die Haftungseinschränkungen im Produktehaftungsgesetz[2188] aufzuheben[2189].

g) Zur wirtschaftlichen Zumutbarkeit von Sorgfaltsmassnahmen

Zur Beurteilung erforderlicher Sorgfaltsmassnahmen im Bereich der Haftung für Verschulden und Unsorgfalt wird oft auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit verwiesen[2190]. In Bezug auf das Entwicklungsrisiko haben auch der Gerichtshof sowie die Kommission der Europäischen Union festgehalten, es sei im Produktehaftungsrecht nur auf jene Kenntnisse abzustellen, die im Moment der Inverkehrbringung des Produkts „*sans coûts exagérés*" erhältlich waren[2191]. Der Gedanke der Zumutbarkeit liegt überdies der LEARNED HAND-Formel[2192]

2186 BGE 98 II 291.

2187 Ähnlicher Ansicht ROBERTO N 322; nicht ganz dezidiert HESS, ad PrHG 4 N 39; contra BREHM-BK, 2. A., ad OR 55 N 85, soweit es nicht um Massenproduktion geht (vgl. ebd. N 86).

2188 Siehe hierzu vorne S. 37 ff.

2189 In ähnlichem Sinn STARK, Gedanken, S. 294 f., für den allerdings hinsichtlich der Ausreisser-Problematik kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, da sie in der Praxis eine „minimale" Bedeutung habe.

2190 Siehe die bereits oben zitierten Nachweise für das Kriterium der Zumutbarkeit von Präventionsmassnahmen bei der Werkeigentümerhaftung nach OR 58: OFTINGER/STARK, Bd. II, §19 N 78; s. a. BGE 130 III 193; BGE 126 III 116; BGE 123 III 311; BGE 90 II 231 f.;. Der neue Art. 100^{quater} Abs. 2 StGB bezieht sich sogar explizit auf die Zumutbarkeit organisatorischer Sorgfaltsmassnahmen.

2191 Siehe den Verweis bei WESSNER, Propos erratiques, Fn 32.

2192 Siehe hierzu vorne S. 134 ff.

zugrunde, wonach ein Verschulden nur dann zu bejahen ist, wenn die Vorsorgekosten geringer sind als die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit, multipliziert mit der erwarteten Schadensgrösse. Wie aber der Begriff der Zumutbarkeit konkret auszulegen ist, ist eine heikle Wertungsfrage, die sich nicht mit der mechanischen Anwendung einer Formel lösen lässt. Aus der Sicht des Geschädigten wurde (im Hinblick auf die Sicherheit der Organisationsmitglieder selbst[2193]) gesagt, es sei „rechtsethisch ... verwerflich", gewisse Unzulänglichkeiten bei konkret schädigenden Betrieben in Anbetracht des Einzelfalls zu entschuldigen, wodurch es „Grenznutzenbetrieben, die an sich aus dem Wettbewerb ausscheiden müssten, und strukturell gefährdeten Betrieben ermöglicht wird, sich auf Kosten von Leben und Gesundheit ihrer Mitarbeiter auf dem Markt zu halten"[2194]. Umgekehrt wurde gefordert, auch unterqualifizierten (und somit je nach Aufgabenbereich tendenziell gefährlicheren) Mitarbeitern müsse eine Chance eingeräumt werden, und es müsse dem Organisationsträger zugestanden werden, auch technisch veraltete Einrichtungen zu benutzen[2195].

Damit das Kriterium der wirtschaftlichen Zumutbarkeit von Präventionsmassnahmen für die Lösung konkreter Schadensfälle fruchtbar wird, sollte es nicht zum zentralen oder einzigen Gesichtspunkt werden[2196], sondern bedarf einer Ergänzung mit weiteren, wertenden Kriterien. Die LEARNED HAND-Formel führt zum Resultat, dass die Pflicht zur Ergreifung präventiver Massnahmen nicht besteht hinsichtlich einer Massnahme, die teurer wäre als die prognostizierten Schäden. Diese Konsequenz erschiene umso weniger haltbar, je gefährlicher die schadensträchtige Tätigkeit ist[2197]. Mit der Gefährlichkeit einer Tätigkeit oder eines Zustandes kommt ein sachgerechtes wertendes Kriterium ins Spiel, da die Gefährdung zumindest tendenziell das Schadenspotential einer Organisation beeinflusst. Zumutbarkeit von präventiven Investitionen seitens des Beklagten ist also auf dieser ersten Ebene im Sinne einer Verhältnismässigkeit zu verstehen: je höher die Gefährdung, desto kostspieligere Schutzmassnahmen können verlangt werden, damit die erforderliche Sorgfalt als erbracht gilt. Sinnvollerweise ist auf die abstrakte, generelle Gefährdung abzustellen[2198] (s. zu diesem Begriff S. 343 ff.).

Es ist nun freilich denkbar, dass von einem Unternehmen angesichts der Gefährlichkeit seiner Tätigkeit derart umfassende Schutzmassnahmen verlangt werden, dass es finanziell dadurch überfordert wird. So erhält die Zumutbarkeit eine zweite Bedeutung neben jener der Verhältnismässigkeit: der Bezug zu den wirtschaftlichen Möglichkeiten des Beklagten. Die-

---

2193 Welche Überlegung sich allerdings auch auf geschädigte Dritte übertragen lässt, da ja der Organisationsträger, wie weiter oben dargestellt, auch in Bezug auf die Organisationsmitglieder alle externen Kosten internalisieren muss (z. B. durch eine interne teilweise oder volle Haftungsübernahme).

2194 REHBINDER-BK, ad OR 328 N 22; so auch allgemeiner WIDMER, Produktehaftung, S. 35.

2195 WEBER-HÄUSERMANN S. 121 unten f.; VON BAR, Vicarious Liability, S. 433, der darauf hinweist, dass die Gewährleistung von Arbeitsplätzen auch für schwächere Mitglieder einer Gesellschaft zu den zentralen Anliegen der modernen Sozial- und Wirtschaftspolitik gehöre; ähnlich VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, N 180.

2196 Anderer Meinung, aber im Zusammenhang widersprüchlich NATER, S. 58.

2197 Siehe z. B. NATER S. 58 f.; MATUSCHE-BECKMANN S. 126 f.; vermutlich ähnlich BONDALLAZ, S. 74, der immerhin eine *„disproportion évidente"* zwischen Präventions- und Schadenskosten verlangt und darauf hinweist, dass *„la protection de l'intégrité corporelle ne saurait en principe avoir de prix"* (s. Fn 37); ähnlich auch HESS, ad PrHG 4, N 53, mit Verweisen.

2198 Denn Prävention kann sich ja schon rein logisch nicht auf die konkrete schadensrelevante Konstellation eines Einzelfalls beziehen, da diese nicht vollständig vorhersehbar ist. Möglich ist – sowohl für das individuelle wie für das korporative Verhalten – lediglich eine an statistischen Wahrscheinlichkeits- und intuitiven Erfahrungswerten orientierte Generalprävention, die auf den Schutz der Allgemeinheit zielt, da ja das deliktische Haftpflichtrecht an die Verletzung von *erga omnes* geltenden Verhaltenspflichten knüpft, im Gegensatz zum Vertragsbereich, wo die Typizität der Verhaltenspflichten der Parteien aus dem Vertragsverhältnis fliesst, soweit es um Erfüllungspflichten geht.

se zweite Ebene der Zumutbarkeit ist problematischer. Zweifelsohne ist es unrealistisch, alle „Grenznutzenbetriebe" über das Haftpflichtrecht aus dem Wettbewerb ausscheiden zu lassen. Konsequenterweise wäre aber im Extremfall selbst die Eventualität zu tolerieren, dass eine Organisation durch haftpflichtrechtliche Ansprüche wirtschaftlich überfordert wird und aus dem Wettbewerb ausscheidet. Über das Haftpflichtrecht können wirtschaftliche Strukturprobleme nicht gelöst werden. Hier gerät man zum Übergang von der Haftung für Unsorgfalt zu strengen Kausalhaftungen bzw. gegebenenfalls zu einer gesamtgesellschaftlichen Schadenstragung. Der Schweizer Gesetzgeber anerkennt diese zweite Ebene der Zumutbarkeit indirekt schon seit langem, indem bei gewissen strengen Haftungsformen eine subsidiäre Einstandspflicht des Staates (siehe z. B. KHG 12) oder ein Obligatorium für Haftpflichtversicherung vorgesehen wird, ausgehend vom Gedanken, eine faktisch untragbare Haftung verliere ihre Bedeutung.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Kosten für Sorgfaltsmassnahmen, die man vom Organisationsträger erwartet, insofern zumutbar sein müssen, als zwischen diesen Kosten und dem abstrakten Gefährdungspotential der Tätigkeit ein Verhältnis bestehen muss. Je gefährlicher die Tätigkeit ist, desto höhere Präventionskosten werden erwartet, ungeachtet der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Organisationsträgers[2199]. Mehr lässt sich losgelöst vom Einzelfall für die Zumutbarkeit von Sorgfaltsmassnahmen im Bereich der hier vorgeschlagenen allgemeinen Organisationshaftung nicht sagen.

h) Zur Beweislastverteilung hinsichtlich der Unsorgfalt

(1) Ausgangslage

Zu beurteilen ist im Weiteren die Frage der Beweislastverteilung bezüglich der Unsorgfalt. Nach OR 55 trägt der Geschäftsherr das Risiko, dass der Beweis genügender organisatorischer Sorgfalt scheitert. Gemäss VE 49a soll diese Beweislastumkehr auch *de lege ferenda* beibehalten werden. Demgegenüber hat der durch eine Einzelperson Geschädigte gemäss OR 41 das Verschulden des Beklagten zu beweisen. Gleiches gilt im Staatshaftungsrecht: Da das Bundesgericht dort die Pflichtverletzung in wichtigen Fallgruppen als Element der Widerrechtlichkeit betrachtet, auferlegt es dem Geschädigten die Beweislast für die Verletzung der objektiv gebotenen Sorgfalt[2200]. Die Frage der Beweislast ist jedenfalls grundsätzlich zu klären, da sie die Strenge der Haftung mitbeeinflusst[2201]. Im Interesse der Rechtssicherheit sollte die Verteilung der Beweislast möglichst einheitlich geregelt werden[2202]. Insofern ist m. E. einer im Gesetz vorgesehenen einheitlichen Regelung der Vorzug zu geben gegenüber der Möglichkeit für das Gericht, die Beweislast von Fall zu Fall festzulegen[2203].

2199 In diesem Sinn wohl auch OFTINGER/STARK, Bd. II/1, §20 N 143.

2200 BGE 115 Ib 181 mit Verweisen, wo präzisiert wird, dass der Arzt hingegen die Beweislast für die Aufklärung des Patienten über den Eingriff und für dessen Einwilligung in die Operation trage. Diese Auffassung ist verständlich, da die Einwilligung des Geschädigten einen Rechtfertigungsgrund darstellt.

2201 MATUSCHE-BECKMANN S. 130 *in fine* f. mit Verweis auf STOLL.

2202 S. a. HOFSTETTER.

2203 Obschon man Letzteres im Interesse einer genügend flexiblen Praxis auch nicht explizit ausschliessen sollte. So hält es die Studienkommission (Bericht S. 72) offenbar für unproblematisch, weil „im Zug der Zeit" liegend, dass das Gericht bei schwer überblickbaren Organisationen an den Beweis der Unsorgfalt nicht allzu strenge Anforderungen stellen wird. Ähnlich hat die Gerichtspraxis auch im deutschen Recht zum Organisationsverschulden gemäss BGB 823 sektoriell Beweiserleichterungen und im Ergebnis eine Beweislastumkehr eingeführt, s. vorne S. 80 ff.

(2) *Argumente, die für die Beweisbelastung des Geschädigten sprechen*

Da in der vorliegenden Arbeit *de lege ferenda* von einem Begriff der *kollektiven Unsorgfalt* ausgegangen wird, wäre es im Vergleich zu OR 55 unproblematischer, die Beweislast für jene Fakten, die Ausdruck einer objektiven Unsorgfalt des Organisationsganzen sind, dem Geschädigten aufzubürden. Denn träfe den Geschädigten die Beweislast gemäss OR 55, so müsste er organisatorische Unsorgfalt beweisen, was möglicherweise noch schwieriger ist, als inhaltliche Unsorgfalt darzutun[2204]. Denn wie sollte bezüglich betriebsinternen, eventuell komplexen Verhältnissen beispielsweise die mangelhafte Verteilung von Kompetenzen bzw. eine Diskrepanz zwischen Organigramm und tatsächlicher interner Praxis nachgewiesen werden? Ginge man hingegen von einem kollektiven Sorgfaltsbegriff aus, der sich auf inhaltliche und organisatorische Pflichten gleichermassen bezieht, so müsste der Geschädigte lediglich beweisen, dass das gebündelte Gesamthandeln der Organisation in Bezug auf die konkrete Schadenssituation objektive Verhaltensstandards verletzt hat. Letzteres wäre m. E. einfacher.

So würde es beispielsweise genügen nachzuweisen, dass die Aufhängeschlaufen eines Schachtrahmens, der einem Arbeiter auf den Fuss gefallen ist, mangelhaft eingesetzt waren[2205]. Darzulegen, dass im Produktionsablauf eine genügende Schlusskontrolle der Produkte fehlte oder der Produktionsvorgang inkompetenten Hilfspersonen übertragen worden war, wäre demgegenüber schwieriger, aber nicht notwendig. Um als weiteres Beispiel nochmals den in BGE 115 Ib 175 beurteilten Fall zu nehmen: Nicht, wie die Arbeit konkret unter den behandelnden Ärzten aufgeteilt war, noch, wie sie überwacht wurden, welche Ausbildung sie hatten und in welcher persönlichen Verfassung sie sich befanden, war zu prüfen, sondern lediglich die eine Frage: War das gebündelte Verhalten des Ärztekollektivs in Bezug auf die Gefährlichkeit der Situation, der Handlungsalternativen[2206] und des objektiv menschlich Möglichen[2207] genügend sorgfältig?

Hinzu kommt, dass der Beklagte, aber nicht Beweisbelastete gewissen Autoren zufolge eine *Mitwirkungspflicht* bei der Beweiserhebung hat, soweit es um Umstände in seinem Einflussbereich geht; allerdings ist diese Frage umstritten[2208]. Mitwirkungspflichten der Parteien bei der Beweiserhebung und namentlich bei der Erstellung von Gutachten sind z. T. im kantonalen Recht vorgesehen[2209]. *De lege ferenda* wäre zu prüfen, ob eine Bestimmung in der Art von ZGB 254 Ziff. 2 auch für die Organisationshaftung im Bundesrecht vorgesehen

---

2204 Vielleicht deshalb plädiert PETRIN, S. 60, der ansonsten für die Beweisbelastung des Geschädigten eintritt, für eine Beweislastumkehr u. a. für den Bereich des Organisationsverschuldens.

2205 Vgl. BGE 110 II 456.

2206 Das Bundesgericht stellt fest, der Eingriff sei *in casu* für Eltern und Patientin „die letzte Hoffnung" gewesen; und „willigt ein Patient unter solchen Umständen ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten in eine weitere schwierige Operation ein, so erfasst seine Zustimmung alle dem Eingriff anhaftenden Risiken", BGE 115 Ib 183. Dieser Passus betrifft eigentlich den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Geschädigten, aber wie erwähnt, vermischt das Gericht die Frage der Widerrechtlichkeit mit jener der objektiv gebotenen Sorgfalt. Die Argumentation des Bundesgerichts erscheint aus ökonomischer Sicht plausibel, da man die Patientin *in casu* aufgrund der Umstände als risikofreudig betrachten muss; siehe die Parallelen zur ökonomischen Analyse des Produktehaftpflichtrechts bei BISCHOF, S. 211 f.

2207 Das heisst, aus der Sicht des der konkreten Gefährdung angepassten weltweiten „state-of-the-art", aber *ex ante* betrachtet, BGE 115 Ib 184 f.

2208 Siehe z. B. MOSER, S. 191, für den Bereich der Qualitätssicherungssysteme. Das Bundesgericht bejaht eine Mitwirkungspflicht beim Nachweis negativer Tatsachen, s. BGE 4C.53/2000, Erw. 2.c. (= Praxis 2000 Nr. 155).

2209 VOGEL N 160.

werden sollte (Mitwirkungspflicht des Organisationsträgers bei der Beweiserhebung, soweit es um organisationsinterne Fakten geht).

Weniger problematisch als unter geltendem Recht wäre die Beweisbelastung des Klägers *de lege ferenda* auch deshalb, weil im Vorentwurf gewisse *Beweiserleichterungen* vorgeschlagen werden. Gemäss VE 56c soll das Gericht den Sachverhalt frei würdigen können und insbesondere, gemäss Absatz 2, neu[2210] von Amtes wegen die Beweise erheben, die es für erforderlich hält. Diese Regel betrifft primär die Beweisführungslast (subjektive Beweislast), das heisst die Frage, wer für die Beschaffung der notwendigen Beweise zu sorgen hat[2211]. Demgegenüber regelt die objektive Beweislast (im Sinne von ZGB 8) die Frage, welche Partei das Scheitern eines Beweises tragen muss[2212]. Diese beiden Aspekte sind konzeptuell nicht voneinander abhängig, aber in der Praxis dennoch verknüpft. Die Mitwirkung der Gegenpartei bei der Beweiserhebung und die Offizialmaxime helfen tendenziell jener Partei, welche die objektive Beweislast trägt. Eine ähnliche Wirkung hat auch eine Senkung der Anforderungen an die Beweiskraft. In dieser Hinsicht legt VE 56d/2 fest, falls ein Beweis nicht mit Sicherheit erbracht oder der Person, der er obliegt, die Beweisführung nicht zugemutet werden kann, so könne sich das Gericht mit einer „einleuchtenden Wahrscheinlichkeit" begnügen. Ferner könne es die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen. Schliesslich sind VE 56f und g erwähnenswert, welche dem Gericht betreffend der Aufteilung der Beweis- und Gerichtskosten und etwaiger Vorschüsse einen grossen Ermessensspielraum einräumen[2213].

Für die Belassung der Beweislast beim Geschädigten hat sich neben einer Reihe von Autoren[2214] auch die Studienkommission ausgesprochen, aber bemerkt, „dass der Richter (gerade bei schwer überblickbaren Organisationen) dazu neigen wird, an diesen Beweis nicht allzu strenge Anforderungen zu stellen", was in Kauf zu nehmen sei, da diese Ausweitungstendenz „im Zug der Zeit" liege[2215]. Freilich bedeutet die Zulassung des Wahrscheinlichkeitsbeweises nicht automatisch eine blosse Beweislastumkehr[2216].

(3) Argumente, die gegen die Beweisbelastung des Geschädigten sprechen

Die Beweislastverteilung gemäss OR 55 gründet auf der *ratio*, dass dass der Organisationsträger regelmässig näher beim Beweisthema steht als der Geschädigte. Jener kennt seine Organisations- und Risikosphäre besser als jeder andere, weshalb der Beweis organisatorischer Interna kaum durch Aussenstehende zu erbringen ist[2217]. Zwar müsste man einwenden, auch bei der allgemeinen Verschuldenshaftung nach OR 41 stehe der Schädiger näher beim Beweisthema, dennoch sei das Verschulden durch den Geschädigten zu beweisen. Es wurde jedoch zu recht hervorgehoben, und zwar in der Ethik, der ökonomischen Analyse und im juristischen Schrifttum gleichermassen, dass der Beweis konkreter Fakten, die Unsorgfalt begründen würden, angesichts der strukturellen Komplexität vieler moderner Organisationen für Aussenstehende sehr schwierig zu erbringen sei. Unter dem Stichwort „Ver-

---

2210 WIDMER/WESSNER S. 238.

2211 VOGEL N 29.

2212 VOGEL N 30.

2213 Diese Vorschläge gleichen jenen im Grünbuch der Europäischen Union von 1999 zur Produktehaftpflicht vom 28.7.1999, COM(1999) 396 final, s. a. WESSNER, Propos erratiques, S. 70.

2214 JAUN S. 587 f.; PETRIN S. 61 f., allerdings mit Ausnahmen im Bereich der Produzentenhaftung und des Organisationsverschuldens.

2215 Bericht Studienkommission S. 72.

2216 WESSNER, Propos erratiques, S. 69.

2217 Siehe z. B. MATUSCHE-BECKMANN S. 130 ff.

flüchtigung des Verschuldens" wird in der Lehre unter anderem auf die Schwierigkeit für den Geschädigten angespielt, konkret schuldhafte Organisationsmitglieder in einem komplexen arbeitsteiligen Gefüge zu bezeichnen. Insbesondere das ökonomische *cheapest cost avoider*-Prinzip (s. vorne S. 136 ff.) spricht für die Beweisbelastung des Organisationsträgers. Der Lehre zufolge ist das Risiko der Beweislosigkeit „derjenigen Partei aufzuerlegen, welche den Beweisnotstand am kostengünstigsten verhindern kann. Das ist grundsätzlich diejenige Partei, welche einen Vorgang kontrolliert und die Möglichkeit hat, ihn zu dokumentieren"[2218]. Zusätzlich wurde aus ökonomischer Sicht die Ansicht vertreten, die „Nichtaufklärbarkeit interner Organisationsfehler" sei Teil des typischen Unternehmerrisikos[2219].

Für die Beweisbelastung des Organisationsträgers spricht auch die Angleichung der deliktischen Organisationshaftung an OR 101, wo i. V. m. OR 97 eine Beweislastumkehr bezüglich des Verschuldens gilt. Diese Angleichung wäre eine Folge der Ausrichtung der Organisationshaftung auf kollektive und inhaltliche Unsorgfalt. Soweit ersichtlich, führt die Beweisbelastung des Schuldners im Vertragsrecht nicht zu unerträglichen Härten. Insbesondere Fälle zur positiven Vertragsverletzung (s. z. B. S. 353 ff.) haben gezeigt, dass eine Entlastung des Schuldners durchaus möglich ist, wenn die Verletzung deliktischer Nebenpflichten zur Diskussion steht. Keine Rolle spielt die Beweislastverteilung hinsichtlich gewisser Fälle von vertraglicher Kausalhaftung (wie z. B. OR 191/1 oder allgemein die Verletzung von Erfolgspflichten), die aber für den deliktischen Bereich irrelevant sind.

Schliesslich kann das Bestehen einiger typischer Organisationsrisiken[2220] zum Schluss führen, die deliktische Organisationshaftung sollte, wenn auch nicht in der Form einer Kausalhaftung, so doch strenger als die Verschuldenshaftung nach OR 41 ausgestaltet werden[2221]. Ein Unterschied zur Verschuldenshaftung läge einerseits im kollektiven Sorgfaltsbegriff. Im Weiteren könnte eine Verschärfung durch die Umkehr der Beweislast erzielt werden. In der ethischen Literatur findet sich sogar der Vorschlag einer generellen Beweislastumkehr bezüglich des Kausalzusammenhangs für gefährliche Tätigkeiten, was allerdings meines Erachtens für die Organisationshaftung zu weit ginge.

Seitens der Lehre sind u. a. PORTMANN[2222] und BERTSCHINGER[2223] der Ansicht, die Beweislast hinsichtlich der Unsorgfalt sei zugunsten des Geschädigten umzukehren.

(4) Fazit

Zusammenfassend tendiere ich eher zur Umkehr der Beweislast bezüglich der kollektiven Sorgfalt zulasten des Organisationsträgers. Dieser soll also das Risiko des Scheitern des Sorgfaltsbeweises tragen, wie dies gemäss OR 55 bereits *de lege lata* der Fall ist. Die gewichtigsten Argumente für diese Lösung sind die Parallelität zu OR 101 und die teilweise Begründung der Organisationshaftung durch typische Organisationsrisiken. Es ist aber einzuräumen, dass diese Frage insbesondere unter Berücksichtigung von VE 56c/2 *de lege ferenda* möglicherweise weniger Bedeutung haben wird.

2218 HOFSTETTER S. 346 f.; siehe auch FLEMING S. 376;

2219 MATUSCHE-BECKMANN S. 132.

2220 Siehe zusammenfassend vorne S. 264 ff.

2221 Anderer Meinung ist diesbezüglich JAUN, S. 596, der das Bestehen typischer Organisationsrisiken offenbar generell ablehnt, soweit sie nicht aus der Komplexität der Organisation herrühren (ebd. S. 590).

2222 P. PORTMANN S. 76, mit der Nuance, dass nach Ansicht dieses Autors nicht nur eine Beweislastumkehrung, sondern eine Anpassung der deliktischen Geschäftsherrenhaftung an OR 101 erfolgen sollte.

2223 BERTSCHINGER, Organisationshaftung, S. 186 s.

i) Zusammenfassung und Fazit

Schon unter geltendem Recht ist bezüglich OR 55 von „objektiven" Sorgfaltspflichten die Rede, die von den subjektiven Eigenschaften eines schädigenden Individuums losgelöst sind. Kollektive Unsorgfalt, wie sie für die Organisationshaftung als relevant erscheint, müsste ebenfalls über objektivierte Sorgfaltspflichten konkretisiert werden. Zweck des vorliegenden Abschnitts war es, das Konzept eines objektiven Sorgfaltsbegriffs auszudifferenzieren. Insbesondere wurde gezeigt, dass die Statuierung objektiver Sorgfaltspflichten nicht automatisch zu einer Haftung führen muss, sondern eine nuancierte Abstufung der Vorwerfbarkeit erlaubt. Näher geprüft wurden sodann die zentralen Kriterien Voraussehbarkeit und Gefährdung, anhand derer eine solche Abstufung möglich ist.

Ausgangspunkt war die Feststellung, dass Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit von der herrschenden Lehre als zwei voneinander getrennte, unterscheidbare Haftungsvoraussetzungen betrachtet werden. Die Analyse der Rechtsprechung hat aber gezeigt, dass sich diese Trennung schon rein logisch in verschiedenen Fallgruppen nicht aufrechterhalten lässt. Illustrativ waren diesbezüglich vor allem Urteile im Bereich der Staatshaftung, des Gefahrensatzes sowie der positiven Vertragsverletzung. Insbesondere die Widerrechtlichkeit von Unterlassungen (pflichtgemässes hypothetisches Alternativverhalten) und das Verhaltensunrecht (Verletzung einer Schutznorm) sind von einem objektivierten Unsorgfaltsbegriff nicht deutlich unterscheidbar. Beide Konzepte führen zu einem quasi identischen Katalog von konkreten deliktischen Verhaltenspflichten, an denen das Verhalten des Schädigers gemessen wird. In verschiedenen Fällen zur positiven Vertragsverletzung wurde so die vertragliche und deliktische Haftung des Beklagten wie auch verschiedene deliktische Haftungsgründe unter denselben Vorzeichen geprüft, nach der Frage nämlich, ob das Verhalten des Beklagten allgemeinen Sorgfaltspflichten entsprach.

Verschiedene Autoren haben aufgrund dieser Beobachtung eine *Lehre vom Verhaltensunrecht* entwickelt. Demnach sollte die Verletzung objektiv umschriebener Sorgfaltspflichten im Sinne von „Verkehrs(sicherungs)pflichten" die zentrale Haftungsvoraussetzung darstellen, und zwar auch bei der Verletzung absoluter Rechte, weshalb also nicht mehr zwischen Erfolgs- und Verhaltensunrecht zu unterscheiden wäre. Die Widerrechtlichkeit wäre so auf die Frage der Rechtfertigungsgründe reduziert, das Verschulden auf die Frage der Urteilsfähigkeit. Man hat darauf hingewiesen, dass die Lehre vom Verhaltensunrecht eine gewisse Vereinheitlichung ähnlich gelagerter Fälle bringen würde (z. B. Gleichbehandlung verschiedener Schadensarten).

Die Erosion der klaren Unterscheidung zwischen den verschiedenen Haftungsgründen, insbesondere durch die strukturelle Grundidee des Gefahrensatzes, hat aber auch fragwürdige Seiten, worauf u. a. WIDMER hingewiesen hat. Die Vermischung von Unsorgfalt und Widerrechtlichkeit führt zu einer Objektivierung der Sorgfaltspflichten, denn „an die Stelle subjektbezogener Massstäbe tritt immer mehr ein objektiver Verhaltensstandard, der immer weniger auf die tatsächlichen psychischen und physischen Möglichkeiten und Fähigkeiten des Individuums Rücksicht nimmt"[2224]. In der Tat löst eine rein objektive Betrachtungsweise das Problem der *Vorwerfbarkeit* eines Verhaltens nicht. Dieses Problem stellt sich ganz generell dann, wenn nicht die objektive Charakteristik eines Zustandes (z. B. Betriebsgefahr), sondern die Qualifikation eines menschlichen Verhaltens (z. B. sorgfältig oder nicht) haftungsrelevant ist. Letzteres ist sowohl für die Verschuldenshaftung nach OR 41 als auch für die Haftung des Geschäftsherrn nach OR 55 der Fall.

[2224] WIDMER, Gefahren, S. 306; s. a. GAUCH, Der vernünftige Mensch, S. 195 f.

Es stellt sich aber das zusätzliche Problem, dass selbst die Frage der Vorwerfbarkeit eines Verhaltens flexiblen Kriterien unterliegt, die subjektiven wie objektiven Charakter haben können. Voraussehbarkeit beispielsweise ist ein subjektiver Faktor, wenn auf das Wissen und die Voraussicht, über die der Beklagte vor der schädigenden Handlung tatsächlich verfügte, abgestellt wird. Voraussehbarkeit ist aber auch objektiviert denkbar, wenn beispielsweise die tatsächliche Voraussicht des Beklagten mit jenem Wissen verglichen wird, das eine hypothetische sorgfältige Vergleichsperson hätte haben müssen. Deshalb erscheint mir die Lehre vom Verhaltensunrecht nicht *a priori* unangemessen, um die Vorwerfbarkeit eines Verhaltens zu beurteilen. Es ist aber natürlich von zentraler Bedeutung, dass die Rechtspraxis die Frage der Vorwerfbarkeit bewusst im Auge behält und nicht vorschnell übergeht, indem vom Auftreten des Schadens auf Vorwerfbarkeit der Schädigung geschlossen wird. Das Problem der Vorwerfbarkeit ist m. E. primär eine Frage der relevanten Kriterien und deren Anwendung. In der aktuellen Kontroverse bezüglich Re-Subjektivierung[2225] oder Objektivierung[2226] des Verschuldensbegriffs beispielsweise werden seitens der Vertreter einer subjektiven Sichtweise für die subjektivierte Verschuldenshaftung (sowie wohl für das Vertragsrecht, soweit kein Erfolg geschuldet ist)[2227] Faktoren wie Urteilsfähigkeit im Sinne von ZGB 16[2228] oder Müdigkeit, Ungeschicklichkeit, Gesundheitsprobleme etc. ins Feld geführt. Für eher objektivierte einfache Kausalhaftungen spielen Faktoren wie Voraussehbarkeit, Gefährdung und gewisse ökonomische Kriterien (z. B. Zumutbarkeit alternativer Massnahmen) eine zentralere Rolle. Die Preisgabe jeglicher subjektiver Gesichtspunkte ist insbesondere dann problematisch, wenn man, wie WIDMER oder ESSER, das Haftpflichtrecht konsequent „zweispurig" strukturieren will, mit einer subjektivierten Verschuldenshaftung auf der einen, der strengen Gefährdungshaftung auf der anderen Seite[2229]. Wie aber bereits skizziert (s. vorne S. 102 ff. u. insbes. 337 ff.), erscheint mir eine Art kasuistisches Kontinuum zwischen diesen beiden Polen als zweckmässiger, um der Rechtsprechung feinere Nuancierungen in der Interessenabwägung zu ermöglichen. So machen einfache Kausalhaftungen, trotz ihrer strukturellen und dogmatischen Unschärfen, als Verbindungsglied zwischen Verschulden und Verursachung durchaus Sinn. Ein objektiver Sorgfaltsbegriff für den Bereich der einfachen Kausalhaftungen präjudiziert den Sorgfaltsbegriff für das *individuelle* Verhalten im Sinne von OR 41 freilich nicht. Die erwähnte Kontroverse betreffend die Subjektivierung des Verschuldens behält ihre Brisanz nach wie vor, soll aber vorliegend nicht weiter besprochen werden.

Vorliegend interessiert primär die Frage, wie ein objektivierter Sorgfaltsbegriff flexibel gehandhabt werden kann. Denn Objektivierung der Unsorgfalt bedeutet meines Erachtens nicht automatisch einen gänzlichen Verzicht auf Elemente der Vorwerfbarkeit. Das Problem in der Anwendung des Gefahrensatzes im geltenden Recht liegt m. E. nicht so sehr in der konzeptionellen Unschärfe, die damit verbunden ist (durch die Vermischung von Verschulden und Widerrechtlichkeit, von Verschuldens- und Kausalhaftung, von vertraglicher und deliktischer Haftung). Problematisch ist vielmehr, dass die Formel des Gefahrensatzes das Gericht dazu verleitet, die Bedeutung der Unsorgfalt als *Verhaltensmangel* aus den Augen

---

2225 Wie insbesondere seitens der Autoren des VE vorgeschlagen, s. VE 48a und WIDMER/WESSNER, S. 117 ff.

2226 Wie u. a. von WERRO vertreten (Sorgfaltspflichtverletzung, S. 371 ff.; Remarques, S. 15 ff., an beiden Orten mit Kritik am VE).

2227 In diesem Sinn WEBER, S. 58.

2228 WERRO, Remarques, S. 16.

2229 ESSER, S. 132, fordert die Wiederherstellung des „genuinen Verschuldensmassstabs des bürgerlichen Rechts" zulasten diffuser und ausufernder Verkehrssicherungspflichten;

zu verlieren und diesen *ex post*[2230] zu beurteilen, wie dies oft in der Anwendung von OR 55 geschehen ist (s. vorne S. 250 ff.). Soweit von Sorgfaltspflichten die Rede ist, muss Voraussehbarkeit eine Rolle spielen, wenn auch eine objektivierte[2231]. Verschwindet auch Voraussehbarkeit aus dem Begriff der Unsorgfalt, besteht tatsächlich die Gefahr, dass letztlich jede Haftungsform zur Haftung für blosse widerrechtliche Verursachung wird. Und Voraussehbarkeit impliziert sinnvollerweise eine Perspektive *ex ante*: Das Gericht hat das Verhalten des Beklagten nach jenem Wissen und jenen Umständen zu beurteilen, die vor der schädigenden Handlung oder Unterlassung vorhanden waren, bzw. nach dem Wissen, über das eine hypothetische sorgfältige Vergleichsperson *ex ante* hätte verfügen müssen. Selbst innerhalb einer Betrachtungsweise *ex ante* sind sodann feinere Nuancierungen möglich, insbesondere in Verbindung mit dem Element der Gefährdung. Deutlich zu trennen ist die Voraussehbarkeit *ex ante* von der „retrospektiven Prognose" zur Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs. Letztere stellt eine logisch schwer nachvollziehbare Objektivierung der Voraussehbarkeit dar und hat letztlich zu einer nicht ganz kohärenten Rechtsprechung geführt, da nicht nur generell voraussehbare, sondern auch aussergewöhnliche Umstände als adäquate Ursachen von Schäden betrachtet wurden.

Die Frage, über welches Wissen und welche Voraussicht der Schädiger vor der schädigenden Handlung hätte verfügen müssen, hängt vom hypothetischen Vergleichsverhalten ab und dieses wiederum von der Gefährdung. Hierbei sind mehrere Stufen zu unterscheiden: Zunächst ist aufgrund der generellen, statistischen Gefährlichkeit der schädigenden Tätigkeit zu entscheiden, welche Qualifikationen die hypothetische Vergleichsperson (bzw., da es ja um kollektive Unsorgfalt geht, die hypothetische „Vergleichsorganisation") hätte aufweisen müssen. In einem zweiten Schritt muss geprüft werden, welche konkreten Schutzmassnahmen die hypothetische Vergleichsperson aufgrund der konkreten Gefährdungslage ergriffen hätte. Abzulehnen ist die Vorstellung der herrschenden Lehre zu OR 55, die hypothetische Vergleichsorganisation müsse eine optimale sein (im Gegensatz zu einer durchschnittlichen), da dieses Erfordernis dem neueren soziologischen und psychologischen Bild des Menschen als nur begrenzt rationales Wesen widerspricht und zu einer übertrieben strengen Erfolgshaftung führt. Sofern eine Haftung an Unsorgfalt und damit einen Verhaltens- oder Zustandsmangel anknüpft, muss die Rechtspraxis akzeptieren, dass der Mensch und damit die Organisation trotz aller Anstrengung nie optimal zu handeln imstande ist. Immerhin muss für das Handeln einer Organisation das Prinzip der Wissensvertretung gelten: Relevant soll nicht nur das individuelle Wissen eines konkret schädigenden Organisationsmitglieds sein, sondern grundsätzlich das gesamte in der Organisation vorhandene Wissen und Können, allerdings gemessen an der Gefährdungslage, was zu einer gewissen Relativierung der Wissensvertretung führen kann.

Freilich lässt sich die Prüfung der Sorgfaltwidrigkeit nicht mit der hermetischen Schlüssigkeit einer mathematischen Gleichung durchführen. Die Rechtspraxis wird immer an gewisse Wertungsklüfte im Spannungsfeld zwischen Vorwerfbarkeit und vollständiger Schadensinternalisierung stossen. Diese lassen sich rein rechtswissenschaftlich nicht gänzlich überbrücken, sondern erfordern einen freieren Wertungsentscheid. Dennoch sollten sich die Gerichte nach Möglichkeit von einheitlichen Kriterien leiten lassen, zu deren Konsolidierung die vorliegende Arbeit einen Beitrag leisten will. Und trotz dieser Wertungsklüfte sollte Organisationshaftung, wie bereit erwähnt, nicht in Form einer reinen Kausalhaftung für das blosse Bestehen einer Organisation ausgestaltet werden, da sonst mit dem Begriff der kol-

---

2230 Siehe z. B. WIDMER, Gefahren, S. 306; ähnlich auch ESSER, S. 133, linke Spalte, in Bezug auf das Verschuldensprinzip.

2231 Ähnlicher Ansicht auch BERTSCHINGER, Organisationshaftung, S. 183, der die Organisationshaftung allerdings wieder als Verschuldenshaftung sieht; ähnlich auch CAEMMERER, S. 299 ff.

lektiven Unsorgfalt ein flexibles Element verloren gehen würde, das im Einzelfall eine nuancierte Interessenabwägung erlaubt.

Für die vorliegend interessierende Thematik ist es wesentlich festzuhalten, dass sich die beschriebene Rechtsprechung zur Staatshaftung, zum Gefahrensatz sowie zur positiven Vertragsverletzung grundsätzlich auf die deliktische Organisationshaftung übertragen lässt, weil in den zitierten Fällen ausnahmslos arbeitsteilig strukturierte Organisationen Beklagte waren. Freilich könnte man einwenden, Staatshaftung wie auch Haftung bei positiver Vertragsverletzung unterlägen grundlegend anderen Haftungsnormen als die Geschäftsherrenhaftung. Insbesondere OR 101 sei anders strukturiert als OR 55. Dem wäre aber zu entgegnen, dass das Bundesgericht in verschiedenen Entscheiden zur Verletzung von Sicherungspflichten durch Bergbahnenbetreiber ausdrücklich festgehalten hat, die Frage allgemeiner deliktischer Verkehrs(sicherungs)pflichten unterliege einheitlichen Kriterien, ob nun die Anwendung von OR 41, 97 oder 58 zur Diskussion stehe. OR 55 war zwar in diesen Fällen aus verschiedenen Gründen nicht anwendbar. Aber falls diese Norm anwendbar gewesen wäre, so wäre nicht ersichtlich, weshalb für diese Norm beispielsweise andere Gesichtspunkte hätten gelten sollten als für OR 58, soweit allgemeine deliktische Verkehrs-(sicherungs)pflichten zur Diskussion stehen. Nach gewissen früheren Entscheiden des Bundesgerichts müsste man OR 55 strenger auslegen als OR 58[2232]; neuerdings sollen nun aber, zumindest im Bereich des Gefahrensatzes, für beide Normen gleiche Kriterien gelten[2233].

Für die Organisationshaftung besonders wichtig ist der Umstand, dass die Rechtsprechung zur Staatshaftung und zur positiven Vertragsverletzung (am Beispiel der Sicherung von Skipisten, in Verbindung mit OR 58) m. E. wesentlich nuancierter ausgefallen ist als viele Entscheide zu OR 55. Dies deutet auf eine schwer verständliche Ungleichbehandlung ähnlich gelagerter Fälle hin (Verletzung von allgemeinen Verkehrssicherungspflichten durch Organisationen), je nachdem, ob zufälligerweise OR 55 anwendbar ist oder nicht. Wendet man beispielsweise die in BGE 110 II 456 gewonnenen Kriterien auf die besprochenen Fälle der Skipistensicherung oder der medizinischen und psychiatrischen Behandlung an, so ergäben sich sehr unterschiedliche Resultate. Denn das Bundesgericht erwartet in BGE 110 II 456 vom Produzenten grob gesagt, er müsse Schäden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermeiden. Falls OR 55 in den Skipistenfällen relevant gewesen wäre, so wäre der Pistenwart an entsprechend hohen Sorgfaltspflichten gemessen worden, was in den BGE 130 III 193 und 126 III 113 zweifelsohne zu einer Haftung geführt hätte: denn in beiden Fällen fehlten Sicherungsmassnahmen, die den Schaden „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" zu vermeiden geeignet gewesen wären. Man könnte entgegnen, weil diese Fälle primär vertragsrechtlich zu behandeln gewesen waren, war der Sorgfaltsgrad tiefer als bei OR 55. Aber es muss nochmals betont werden, dass das Bundesgericht aus OR 97 i. V. m. OR 101, 41 und 58 einheitliche, deliktische, nach Gefährdungslage flexible Verkehrssicherungspflichten abgeleitet hat. Wenn solche für OR 58 implizit bejaht werden, weshalb sollen sie nicht auch für OR 55 gelten? Überdies hat die nuancierte Behandlung der objektiven Voraussehbarkeit *ex ante* auch im Staatshaftungsrecht zu ausgewogenen Entscheidungen geführt. So hat sich durch die neuere Rechtspraxis die paradoxe Konsequenz ergeben, dass die als strenger empfundenen Haftungen nach VG 3 oder OR 101 durch die nuancierte Handhabung des Begriffs der Pflichtwidrigkeit milder sind als OR 55, ohne dass die Strenge der Auslegung von OR 55 wirklich einzusehen ist. Jedenfalls ist der flexible Ansatz, der sich in der Staatshaftung oder der positiven Vertragsverletzung herausgebildet hat, der Starrheit der neueren Auslegung von OR 55 vorzuziehen. So liesse sich über eine

[2232] In diesem Sinn auch WERRO, Ruminations, S. 12.
[2233] BGE 4C.119/2000, in: Praxis 2001 Nr. 46 S. 272.

sorgfältige Verknüpfung von Widerrechtlichkeit und Unsorgfalt eher ein Wertungsgleichklang zwischen Staatshaftung, Gefahrensatz, positiver Vertragsverletzung und Geschäftsherrenhaftung erreichen, soweit es um Schäden geht, die durch arbeitsteilig organisierte Kollektive verursacht werden.

Bleibt anzufügen, dass die (systemimmanente) Vermischung von Widerrechtlichkeit und Unsorgfalt in wichtigen Fallgruppen – Verhaltensunrecht und Unterlassung – den Schluss unterstreicht, dass eine Trennung zwischen organisatorischen und inhaltlichen Sorgfaltspflichten wenig Sinn macht (s. hierzu vorne, S. 254 ff. und 315 ff.). In verschiedenen zitierten Fällen war primär die Frage relevant, ob das gebündelte Gesamtverhalten einer Organisation durch die Umstände gebotene Sorgfaltspflichten verletzt hat. Zu Recht unbedeutend hingegen war die Frage, ob beispielsweise die fehlende Polsterung von Bäumen entlang einer Skipiste auf organisatorische oder inhaltliche Mängel zurückzuführen war[2234].

Was die Beweislastverteilung angeht, so sprechen ähnlich viele Argumente für wie gegen die Verlagerung der Beweislast für die Unsorgfalt vom Geschädigten auf den Organisationsträger. Ich habe in der vorliegenden Arbeit für die Beweisbelastung des Organisationsträgers optiert, wie dies für OR 55 und VE 49a vorgesehen ist, da eine Reihe typischer Organisationsrisiken existieren, die deliktische Organisationshaftung durch das Konzept der kollektiven Unsorgfalt in die Nähe von OR 101 gerückt wird und der Organisationsträger näher beim Beweisthema steht und deshalb den Beweisnotstand vermutlich am kostengünstigen verhindern kann. Es ist aber einzuräumen, dass eine Belassung der Beweislast beim Geschädigten insbesondere dann durchaus haltbar wäre, wenn die im Schweizer Vorentwurf vorgeschlagenen Regeln zur Beweiserleicherung dereinst konkretisiert würden.

4. Verzicht auf Kanalisierung und extern begrenzte Solidarität

Die Verfasser des Schweizer Vorentwurfs sehen im Gegensatz zur Studienkommission[2235] keine Kanalisierung der Organisationshaftung auf den Organisationsträger vor, was m. E. sachgerecht ist. Die Gründe gegen eine Kanalisierung sind primär ethischer und wirtschaftlicher Natur. Ethiker haben hervorgehoben, dass kollektive und korporative Verantwortlichkeit die individuelle Verantwortlichkeit der Organisationsmitglieder nicht automatisch ausschliessen darf[2236]. In der ökonomischen Analyse spielt überdies die Frage der Solvenz des Haftpflichtigen eine wichtige Rolle zur Beurteilung der möglichen Modelle. Da der Organisationsträger in der Regel vermögender ist als das Organisationsmitglied, rechtfertigt sich im Grundsatz eine Zurechnung des Mitgliedshandelns auf den Träger. Das grösste Haftungssubstrat steht dem Geschädigten aber nur zur Verfügung, wenn auch das Organisationsmitglied neben dem Träger haftet. Präventive Gesichtspunkte spielen nicht zwingend eine Rolle. Man könnte zwar vermuten, bei fehlender Aussenhaftung der Organisationsmitglieder und insbesondere der Leitungspersonen schwinde deren Verantwortungsgefühl, was sie weniger sorgfältig arbeiten lässt, weshalb die Beibehaltung einer Aussenhaftung präventive Wirkung hätte[2237]. Fehlende Aussenhaftung senkt aber das Verantwortungsgefühl der

---

2234 Als Beispiel für einen organisatorischen Mangel: Unklarheiten in der Aufteilung von Zuständigkeiten, so dass von zwei Pistenwarten keiner sich für die Polsterung verantwortlich fühlte; als Beispiel für einen inhaltlichen Mangel: zwar klare Verteilung von Kompetenzen, aber falsche Einschätzung der Gefährdungslage durch den zuständigen Pistenwart.

2235 Bericht Studienkommission S. 73 (Ausschluss der Klage gegen die Hilfsperson, Begrenzung des Rückgriffs des Geschäftsherrn auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit).

2236 Siehe zur Ethik des kollektiven Handelns vorne S. 109 ff.; ähnlich auch JÄGGI, S. 757.

2237 GÖTTING, zitiert bei MATUSCHE-BECKMANN S. 276 Fn 787; s. a. BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 55, der hier von einem *moral hazard*-Problem spricht.

Organisationsmitglieder dann nicht zwingend, wenn zumindest ein internes Regressrecht des Trägers vorbehalten bleibt[2238]. Argumente für eine Kanalisierung der Haftung auf den Organisationsträger sind primär versicherungstechnischer Natur: man hat seitens der Versicherer bemerkt, da bei der Kanalisierung nur ein Haftpflichtiger bezeichnet wird, verringere sich die Schwierigkeit, das versicherte Risiko zu überschauen; dies erlaube es auch, auf dem Rückversicherungsmarkt eine höhere Deckung zu erhalten[2239]. Diese Argumentation bezieht sich aber vor allem auf spezialgesetzlich geregelte Kausalhaftungen mit Versicherungsobligatorium, das für eine allgemeine subsidiäre Organisationshaftung m. E. nicht zur Diskussion stehen kann.

Die Untersuchung der Frage, ob die direkte Aussenhaftung der Organisationsmitglieder *begrenzt* sein sollte, würde eine gesonderte Studie erfordern und steht nicht im Zentrum der vorliegenden Arbeit. Zu erwähnen ist immerhin, dass man in der ethischen Literatur darauf hingewiesen hat, dass eine individuelle Verantwortlichkeit von Organisationsmitgliedern nur soweit angemessen ist, als deren Voraussehbarkeit und Handlungsmacht reicht. Deshalb ist der Vorschlag einer extern begrenzten Solidarität gemäss VE 53b/2 zu begrüssen[2240]. Zu beachten ist somit auch, dass Organisationsmitglieder persönlich gegen aussen nur nach Massgabe ihres persönlichen Verschuldens haften sollten[2241]. Etwas anderes gilt nur bei Bestehen einer Spezialnorm (z. B. OR 754, wo das Verschulden objektiviert wird).

Zusammenfassend betrachtet ist die Organisationshaftung auf der Ebene des Haftpflichtrechts m. E. nicht auf den Organisationsträger zu kanalisieren[2242]. Denkbar wäre allenfalls eine Begrenzung der Arbeitnehmerhaftung im Aussenverhältnis im Arbeitsrecht, welche Frage vorliegend nicht geprüft wurde[2243].

5. Vorschlag einer Norm

[1] Eine Person, welche die Ausführung von Tätigkeiten an andere delegiert, haftet für Schäden, die letztere in Zusammenhang mit der Ausführung der Tätigkeiten widerrechtlich verursachen.

[2] Die beklagte Person haftet nicht, wenn sie beweist, dass jene Sorgfalt aufgewendet worden ist, die zur Vermeidung von Schäden in der Art des eingetretenen angesichts der Umstände und der erkennbaren Gefahr der schädigenden Tätigkeit als zumutbar erschien.

Dieser Normvorschlag scheint OR 55 und VE 49a zu gleichen, enthält aber wichtige Unterschiede. Zum Einen wird mit dem Begriff „andere" die Gleichbehandlung des Organ- und Hilfspersonenhandelns implizit festgehalten[2244]. Im weiteren weist die unpersönliche Formulierung der Sorgfaltspflicht auf die Idee der kollektiven Unsorgfalt hin: von wem die notwendige Sorgfalt letztlich erbracht worden ist, ist irrelevant[2245]. Die Art der Sorgfalt

---

2238 MATUSCHE-BECKMANN S. 277 mit Verweisen.

2239 Siehe in diesem Sinn beispielsweise die Beratungen im SHG-Protokoll, S. 16 f.

2240 Siehe hierzu auch Bemerkungen aus ethischer Sicht, vorne S. 120 ff.

2241 Vgl. den Grundsatz in ZGB 55/3; s. a. MATUSCHE-BECKMANN, S. 284, für die Aussenhaftung von Organmitgliedern nach deutschem Recht. BRÜGGEMEIER, Organisationshaftung, S. 61 ff., plädiert für eine noch stärker eingeschränkte Aussenhaftung des Organisationsmitglieds, nämlich eine subsidiäre, die zusätzlich auf das „Restrisiko" der Insolvenz des Geschäftsherrn und fehlender Betriebshaftpflichtversicherung sowie auf die Höhe der internen Haftungsquote beschränkt wäre.

2242 Gleicher Ansicht JÄGGI, S. 757; PETRIN S. 151 f.; B. GROSS S. 549, 555.

2243 Siehe z. B. der Freistellungsanspruch im deutschen Recht, vorne S. 83 f.

2244 Siehe vorne S. 311 ff.

2245 Siehe vorne S. 319 ff.

wird auch nicht auf eine spezifisch organisatorische Unsorgfalt beschränkt, wie dies in VE 49a der Fall ist[2246]. Schliesslich basiert die Norm, wie vorne dargelegt, auf einem konkret verstandenen Gefährdungsbegriff[2247]. Die Sorgfaltsmassnahmen müssen zwar geeignet gewesen sein, einen Schaden „in der Art des eingetretenen" zu vermeiden; diese Formulierung weist auf die erste Stufe der Gefährdungsanalyse hin, nämlich der Bestimmung der allgemeinen, quasi statistischen Risiken einer Tätigkeit. Der Verweis auf die „Umstände" und die Erkennbarkeit der Gefährdung deutet aber an, dass auf einer zweiten Stufe die konkrete Gefährdungssituation und insbesondere ein Element der Voraussehbarkeit ebenso relevant sein soll. Diese Formulierung verbindet den geltenden OR 55 deutlicher mit einem Element der Vorwerfbarkeit. Der Bezug zur schädigenden Tätigkeit soll die durch OR 55 bereits redaktionell implizierte Tendenz vermeiden, vom Auftreten des Schadens direkt auf Unsorgfalt zu schliessen. Im Gegensatz zur Formulierung des früheren aOR 62, wonach sich der Geschäftsherr nur entlasten konnte, wenn er „alle erforderliche Sorgfalt" erbracht hat, sollen neu nur *zumutbare* Massnahmen verlangt werden[2248].

Diese Norm würde *de lege ferenda* OR 55 ersetzen, aber könnte überdies als Grundlage für eine weiter verstandene, allgemeine deliktische Organisationshaftung dienen. Zu diesem Zweck müsste geprüft werden, ob das „sonstige Verhalten" der Organe in ZGB 55/2 gestrichen werden könnte[2249]. Im weiteren müsste der Staat auch für Handlungen *iure imperii* nach OR haften[2250], oder müsste die Staatshaftung der privatrechtlichen Organisationshaftung auch im Wortlaut angeglichen werden, wie dies seitens der Lehre bereits vorgeschlagen wurde[2251]. OR 101 bedürfte keiner Modifikation, da diese Norm die vertragsrechtliche Organisationshaftung betrifft und im Resultat dem hier vorgeschlagenen Modell sehr ähnlich ist.

Im Gegensatz zum Normvorschlag von B. GROSS[2252] werden hier der „Fehler in der Organisation" und der „Fehler von Betriebsangehörigen" nicht gesondert erwähnt, da ein Fehler in der Organisation regelmässig auch ein Fehler eines Organisationsmitglieds darstellt (denn es ist nicht ersichtlich, wer sonst Fehler in der Organisation begehen könnte). Somit umfasst die hier vorgeschlagene Norm sowohl inhaltliches als auch organisatorisches Fehlverhalten, ohne dass aber die Rechtsanwendung die schwierige und oft künstliche Aufgabe hätte, diese beiden Bereiche voneinander abzugrenzen.

Man könnte noch weitere Beurteilungskriterien der erforderlichen Sorgfalt (z. B. Art und Wert der beeinträchtigten Rechtsgüter oder besondere Verhältnisse zwischen den Beteiligten) im Gesetzestext erwähnen, wie dies für die ECTIL-Principles[2253] beispielsweise der Fall ist. Aber dies würde eine grundsätzliche Neugestaltung der gesetztestechnischen Struktur des Schweizer Haftpflichtrechts implizieren, da dann auch für die Verschuldenshaftung und allenfalls weitere einfache Kausalhaftungen einzelne Faktoren im Gesetz erwähnt wer-

---

2246 Siehe vorne S. 250 ff.

2247 Siehe vorne S. 337 ff. insbes. S. 343 ff.

2248 Zum Unterschied zwischen aOR 62 und OR 55 s. a. CHAMOREL, S. 59.

2249 Eventuell wäre eine Beibehaltung dieser Erweiterung für hybride Haftungsformen wie die Vertrauenshaftung oder andere Fälle wie die ungerechtfertigte Bereicherung (s. hierzu RIEMER-BK, ad ZGB 54/55, N 62) notwendig.

2250 Wie dies teilweise in VE 43a/1 vorgeschlagen wird, was allerdings seitens der Kantone im Vernehmlassungsverfahren zu entschiedener Kritik geführt hat, s. SCHÖBI, S. 13 ff.

2251 Siehe z. B. B. GROSS, S. 551, der sogar der Ansicht ist, eine abweichende, generelle Bestimmung über die Haftpflicht des Staates rechtfertige sich nicht.

2252 Siehe B. GROSS S. 564, Vorschlag wiedergegeben vorne S. 291 ff.

2253 Siehe Art. 4:102 der ECTIL-Principles: *„Required standard of conduct"*.

den müssten. Es genügt meines Erachtens, im Gesetz die Grundstruktur der Norm zu erwähnen.

D. Epilog und Zusammenfassung

Die Arbeit an der vorliegenden Studie erweist sich, im Nachhinein betrachtet, als eine Art Odyssee, wobei ich natürlich hoffe, dass der Leser die Lektüre des Textes nicht als Irrfahrt empfand. Denn gewisse Ufer wurden durchaus erreicht, aber teilweise nicht dort, wo ich es zu Beginn der Arbeit erwartet hätte.

Eine erste Odyssee fand auf methodischer Ebene statt. Anfangs war ich der vielleicht naiven Auffassung, die Rechtssicherheit gebiete eine zwingende *Korrelation zwischen Haftungsgrund und Haftungstatbestand*. Diese Auffassung liess sich so lange aufrecht erhalten, bis ich selbst in Bedrängnis kam, einen Grund zu finden, der sich zwingend und unmittelbar in einen vernünftigen und praktikablen Tatbestand übersetzen liesse. Es zeigte sich, dass die meisten Haftungen mit einer Vielzahl von Argumenten ohne zwingende Kohärenz begründet werden, und die Veränderung der Rechtsnatur einiger Haftungsformen durch die Rechtspraxis tut das Ihre, den Zusammenhang zwischen Grund und Tatbestand zu verschleiern. Diese Feststellung hatte freilich auch entlastende Wirkung, denn sie öffnete den Weg zu einem letztlich fruchtbaren, interdisziplinären Methodenpluralismus. Haftungen lassen sich offenbar nicht direkt begründen, sondern eher argumentativ einkreisen. Rechtssicherheit lässt sich also kaum, oder nur ansatzweise, über die Kohärenz zwischen Grund und Tatbestand erreichen. Dies ist auch insofern verständlich, als das Gericht über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügt und verfügen muss. Die Frage, wodurch im Haftpflichtrecht Rechtssicherheit letztlich garantiert werden kann, müsste Gegenstand einer anderen Studie sein, welche den Prozess des Richtens auch aus psychologischer und politologischer Sicht zu untersuchen hätte.

Im Weiteren schickte ich mich an, eine Studie über die Haftung *für* Organisation zu verfassen, und finde mich am Ende mit einer Haftung *der* Organisation wieder. Eine Haftung *für Organisation* müsste an die Verletzung typisch organisatorischer Sorgfaltspflichten anknüpfen, wie dies für OR 55 der Fall ist, an die mangelnde Auswahl, Anleitung und Überwachung von Mitarbeitern beispielsweise oder an die unpassende Gestaltung von Produktionsprozessen. Die Beschränkung der Organisationshaftung auf die Verletzung organisatorischer Sorgfaltspflichten hat sich aber als je länger desto problematischer erwiesen. Gerade die Widersprüchlichkeiten und Fragwürdigkeiten der höchstrichterlichen Auslegung von OR 55 haben gezeigt, dass sich eine Haftung der Organisation ohne direkten Bezug zu rein inhaltlichen, das heisst unmittelbar die Ausführung der schädigenden Tätigkeit betreffenden Sorgfaltspflichten kaum umsetzen lässt. Lässt beispielsweise ein Mechaniker den Deckel des Tambourrachens einer Dreschmaschine offen und verletzt sich deshalb seine Mitarbeiterin am Bein, so ist als primäre Ursache für die Schädigung das unsorgfältige Verhalten des Mechanikers zu betrachten, das nicht die Organisation der Arbeit, sondern direkt deren Ausführung betraf. Die Argumentation, der Unfall sei durch die mangelhafte Überwachung des an sich untadeligen und kompetenten Mechanikers durch den Geschäftsherrn verursacht worden, wirkt künstlich, weil damit eine Haftung in allen Fällen bejaht werden könnte, in denen zufälligerweise im Moment der Schädigung kein Vertreter des Geschäftsherrn hinter der Hilfsperson steht und ihr auf die Finger schaut.

Wollte man der gesetzgeberischen Idee hinter OR 55 vollständig zum Durchbruch verhelfen, müsste man inhaltliche von organisatorischen Sorgfaltspflichten deutlich trennen, da OR 55 nur die Verletzung der letzteren sanktioniert. Zum Zweck dieser Unterscheidung

müsste man sich fragen, ob ein Schaden ausschliesslich durch die Verletzung von Sorgfaltspflichten entstanden ist, die auch durch eine Person hätten beachtet werden müssen, welche die schädigende Tätigkeit *alleine*, ohne Beizug von Hilfspersonen ausgeführt hätte. Wäre dies der Fall, so liesse sich eine Haftung des Geschäftsherrn nicht auf OR 55 stützen, da nur inhaltliche, nicht aber organisatorische Sorgfaltspflichten verletzt wurden und OR 55 die direkte Zurechnung schuldhafter Handlungen der Hilfspersonen nicht vorsieht. Streng verstanden würde eine solche Haftung aber vermutlich nur wenige Fälle umfassen. Ausserdem ist die Unterscheidung zwischen rein organisatorischen und inhaltlichen Sorgfaltspflichten fliessend: Denn je stärker die Arbeitsteilung bezüglich einer Aufgabe fortschreitet, desto mehr wandeln sich inhaltliche zu organisatorischen Pflichten. An der Basis fast jeder Organisationspflicht befinden sich originäre Verkehrspflichten, wie es die neuere deutsche Doktrin formuliert. Es erscheint deshalb nicht sinnvoll, an die Unterscheidung zwischen organisatorischen und inhaltlichen Sorgfaltspflichten unterschiedliche Haftungsfolgen zu knüpfen.

So geht mein Modell in einem ersten Schritt von einer direkten Zurechnung aller schädigenden Zustände und Verhaltensweisen aus dem Organisationsbereich an den Organisationsträger aus. Dies führt zu einer Haftung *der* Organisation, in der Art, wie sie die Art. 55 ZGB (für das Organverhalten), VG 3 (für das Verhalten von Staatsangestellten) oder 101 OR (für das Verhalten von Erfüllungsgehilfen) vorsehen. Es würde sich somit um eine Art Kombination von OR 55 mit den eben genannten Normen handeln. Diese Haftung soll aber nicht kausal und unbegrenzt sein. In einem zweiten Schritt gilt es vielmehr zu prüfen, ob das gebündelte Gesamtverhalten der Organisation objektiv und kollektiv zu verstehende Sorgfaltspflichten verletzt. Dabei sind objektive Elemente der Vorwerfbarkeit (keineswegs ein Widerspruch), so insbesondere die *ex ante* zu beurteilende Voraussehbarkeit im Zusammenhang mit der Gefährdung, zu berücksichtigen.

Damit ist auch schon die dritte Odyssee angedeutet, jene vom *Risiko* zur *Unsorgfalt*. In der Literatur wird immer öfter der Begriff des „Organisationsrisikos" verwendet, allerdings sehr unscharf. Vermutlich herrscht diesbezüglich bei einem Teil der Lehre insofern ein Missverständnis, als unter diesem Begriff teilweise ganz generell die typischen Tätigkeitsrisiken einer unternehmerischen Aktivität verstanden werden. So gesehen hätte das Organisationsrisiko aber keine eigene Bedeutung, da es sich nicht von jenen primär technischen Risiken unterscheiden würde, an die schon das geltende Recht strenge Kausalhaftungen knüpft (bzw. die *de lege ferenda* durch eine Generalklausel der Gefährdungshaftung gemäss VE 50 erfasst werden sollen).

Ich habe demgegenüber den Begriff des Organisationsrisikos wörtlich genommen und nach einem Risiko gesucht, das sich unabhängig von der konkreten Tätigkeit der Organisation formulieren lässt und folglich potentiell in jeder Organisation besteht. Zu Beginn der vorliegenden Arbeit war ich der Überzeugung, ein deutliches, erhebliches Organisationsrisiko ermitteln zu können, das sich mit zumutbarer Sorgfalt nicht beherrschen lässt. Die Sichtung des organisationstheoretischen und fehlerpsychologischen Schrifttums hat teilweise zu anderen Ergebnissen geführt. Zwar generiert jede Organisation typische, tätigkeitsunabhängige Risiken, durch gruppendynamische Fehlerneigungen, Ironien der Automatisierung oder latente Mängel beispielsweise, Gefahren, auf welche die bisherige Lehre und Rechtsprechung kaum oder gar nicht hingewiesen haben. Aber diese Risiken sind sektorieller Natur und ihnen stehen Sicherheitsfaktoren gegenüber, mit welchen sich die schädlichen Auswirkungen individueller Fehlerneigungen sogar begrenzen lassen. Es hat sich gezeigt, dass eine Organisation letztlich nur dann erhöht gefährlich ist, wenn die konkrete Tätigkeit inhärente Gefahren birgt und die Organisationsmitglieder unsorgfältig arbeiten. JÄGGIS Vergleich der „Organisationsgefahr" mit technischen Betriebsgefahren musste insofern zu Missverständnissen führen. Denn letztlich ist *Unsorgfalt* für die Organisationshaftung das, was ein tech-

nisches Betriebsrisiko für eine strenge Kausalhaftung ist. Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass die Manifestation der Organisationsgefahr in den meisten Fällen zwingend nur in Bezug auf Unsorgfalt formuliert werden kann. Deshalb gelangte ich zum Schluss, eine Organisationshaftung müsse an Unsorgfalt anknüpfen.

Auch der in der Lehre gelegentlich vorgebrachte undeutliche Begriff der allgemeinen „Betriebsgefahr" ist sehr beliebig und deshalb kaum nützlich, um eine Haftung im Einzelfall sinnvoll zu nuancieren (abgesehen von der Prüfung des funktionellen Zusammenhangs). So stellt beispielsweise fast jede Körperverletzung bei der medizinischen Behandlung die Manifestation der Betriebsgefahr eines Spitals dar; dennoch erscheint es notwendig, die Haftungsfolgen medizinischer Behandlung feiner auszudifferenzieren als nur über den Begriff der Betriebsgefahr. Ähnliches gilt für die Bautätigkeit: Eine Haftung des Organisationsträgers (z. B. einer Generalunternehmung, eines beigezogenen Unternehmers oder des Bauherrn) für jegliche Körper- oder Sachschäden im Zusammenhang mit einer Baustelle auf ein allgemeines „Risiko der Bautätigkeit" zu gründen, ginge zu weit. Die Organisationshaftung an Unsorgfalt anzuknüpfen erschien demgegenüber vorteilhafter, weil eine rein kausale Organisationshaftung infolge ihrer Starrheit eine nuancierte Ausdifferenzierung der Haftung im Einzelfall kaum erlauben würde.

Somit lässt sich eine Organisationshaftung zwar mit einem typischen Organisationsrisiko teilweise begründen, kann aber im Haftungstatbestand nicht an ein solches Risiko anknüpfen, da dieses Risiko zu unbestimmt und meines Erachtens gesamthaft gesehen nicht erheblich genug ist.

Eine weitere Reise führte *von der individuellen zur kollektiven Unsorgfalt*. Auf den ersten Blick führen OR 55 entgegenstehende Haftungsmodelle, ob aus rechtsvergleichender (z. B. CCfr 1384/5, BW 6:170) oder bereichsübergreifender (ZGB 55/2, OR 101) Sicht, zu einer direkten Zurechnung des individuellen Fehlverhaltens eines schädigenden Organisationsmitglieds an den Organisationsträger. Das organisierte Handeln stellt aber nicht nur die Summierung von individuellen Handlungen dar, sondern hat über gruppendynamische Prozesse, überindividuelle Ziele, den Systemcharakter der Organisation etc. einen stark kollektiven Charakter. Deshalb erschien es unangebracht, eine Haftung am individuellen Fehlverhalten der Mitglieder anzuknüpfen. Es war deshalb nach einem kollektiven Sorgfaltsbegriff zu suchen, dessen Konturen sich bereits im geltenden Recht verschiedentlich abzeichnen.

Ein heikles Problem im Zusammenhang mit dem Sorgfaltsbegriff ist die Bestimmung des Sorgfaltsgrades. Diesbezüglich hat sich gezeigt, dass selbst die Bezugnahme auf eine *objektiv* verstandene Unsorgfalt Elemente der Vorwerfbarkeit nicht ausschliesst. Freilich fallen rein subjektive Faktoren wie Zurechnungsunfähigkeit, Müdigkeit oder gesundheitliche Probleme für einen objektiven Sorgfaltsbegriff ausser Betracht. Dies bedeutet aber keineswegs die Preisgabe einer genügenden Flexibilität, um den Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen. So ist es insbesondere möglich, die objektive *Voraussehbarkeit graduell* zu verstehen, in Bezug auf das Wissen und die Voraussicht einer hypothetischen Vergleichsperson (bzw. Vergleichsorganisation). Als indirekte Kriterien, die das Mass der erforderlichen Sorgfalt bestimmen, müssen die *abstrakte und die konkrete Gefährdung* kombiniert werden. Das generelle, quasi statistische Gefährdungspotential des schadensrelevanten Tätigkeitsbereichs bestimmt die erforderlichen Qualitäten der hypothetischen Vergleichsorganisation in Bezug auf die Gewährleistung von Sicherheit: Für die Sicherung einer chemischen Anlage sind tendenziell höher qualifizierte Hilfspersonen notwendig als für den Schutz Dritter vor den schädigenden Auswirkungen einer Papeterie. Wesentlich ist aber nicht nur die generelle Tätigkeit, sondern auch der schadensrelevante Tätigkeitsbereich: Selbst innerhalb einer Papeterie müssen an die Fähigkeiten einer hypothetischen sorgfältigen Mitarbeiterin höhere Anforderungen gestellt werden, wenn es um die Kontrolle der elektrischen Anlagen geht,

als bei der Lagerung von Papierrollen. In einem zweiten Schritt ist sodann zu fragen, welche Schutzmassnahmen die hypothetische sorgfältige Vergleichsorganisation angesichts der konkreten Gefährdungslage ergriffen hätte.

Damit die Voraussehbarkeit ihre Rolle als flexibles Zurechnungskriterium erfüllen kann, ist es freilich notwendig, sie aus der – wenn auch objektivierten – Sicht der schädigenden Organisation zu beurteilen, das heisst *ex ante*, nicht aus der Kenntnis des Schadensverlaufs heraus (*ex post*). Der Entlastungsbeweis gemäss OR 55 ist nicht zuletzt deshalb kaum mehr zu erbringen, weil das Bundesgericht die Sorgfaltspflichtverletzung allzu oft *ex post* beurteilt hat, wodurch vom Auftreten des Schadens relativ rasch auf eine Sorgfaltswidrigkeit geschlossen wird. Interessanterweise ist die Rechtsprechung zur Staatshaftung und zur positiven Vertragsverletzung, welche gemeinhin als für den Geschädigten günstiger betrachtet werden als OR 55, wesentlich nuancierter, was die Voraussehbarkeit betrifft.

Die über den Begriff der kollektiven Unsorgfalt nuancierte Organisationshaftung, wie sie vorliegend postuliert wird, stellt aber keineswegs eine pauschale Freizeichnung für die schädigenden Folgen industrieller Tätigkeiten dar. Dazu trägt beispielsweise die Anpassung des Sorgfaltsgrades an die Gefährdungssituation und die vorgeschlagene Beweislastumkehr bezüglich der Unsorgfalt bei. Dennoch erscheint mir der Weg über die Organisationshaftung zur Sanktionierung aller moderner Zivilisationsrisiken nicht geeignet. Diese Haftung soll eine generelle, objektivierte Sorgfaltshaftung für organisiertes, kollektives Verhalten von Menschen sein, aber nicht mehr. Soweit die Rechtsordnung gefährliche Tätigkeiten mit noch strengeren Haftungen belegen will, muss dies meines Erachtens weiterhin über spezialgesetzliche und eben nur auf diese spezifischen Tätigkeiten bezogene Kausalhaftungsnormen geschehen, oder, *de lege ferenda*, über eine Generalklausel für Gefährdungshaftung in der Art von VE 50.

Mit dem Begriff der Unsorgfalt wird vermieden, dass eine Organisationshaftung ohne Differenzierung sämtliche organisierten Tätigkeiten erfasst, wozu eben nicht nur gefährliche Aktivitäten multinationaler Grossunternehmen gehören, sondern auch das Handeln Zehntausender kleiner und mittlerer Unternehmen, die weder sämtlich gefährlich noch alle intransparent sind. Um der nötigen Flexibilität in der Auslegung von OR 55 schon *de lege lata* wieder vermehrt zum Durchbruch zu verhelfen, könnte sich das Bundesgericht vermehrt von seiner eigenen Rechtsprechung zur Haftung juristischer Personen im Bereich der positiven Vertragsverletzung, der Staatshaftung oder der Werkeigentümerhaftung inspirieren lassen. Dort ist es über eine Reihe sachgerechter Kriterien (namentlich die an die Gefährdungslage gekoppelte objektive Voraussehbarkeit oder die Zumutbarkeit) zu einer sinnvollen Nuancierung der Risikoverteilung zwischen den Geschädigten und arbeitsteilig organisierten Kollektiven gelangt. Organisationen stehen, aus der Sicht der Handlungsmacht, zwischen dem Individuum und der Gesamtgesellschaft. So sollen sie zwar mehr Verantwortung tragen als erstere, können aber dennoch nicht für alle Risiken der Zivilistation einstehen.

V. Résumé en français

La responsabilité du fait de l'organisation

Entre le risque et la négligence

1. Introduction

La notion de la responsabilité du fait de l'organisation (pp. 4 ss.)

A titre provisoire, on peut définir la responsabilité du fait de l'organisation au sens du présent travail comme la responsabilité civile de l'exploitant de l'organisation (*Organisationsträger*) pour des dommages causés par des personnes qui agissent dans le cadre de l'organisation (membres de l'organisation, *Organisationsmitglieder*) ou par des installations techniques qui s'y trouvent et dont l'utilisation est imputable à l'exploitant. Cette acception très générale ne recouvre pas une institution juridique déterminée en droit suisse. La notion de responsabilité du fait de l'organisation a néanmoins été utilisée par plusieurs auteurs dans des significations similaires, avec toutefois une nuance importante : l'art. 55 CO prévoit une responsabilité *du fait de l'organisation*, dans la mesure où cette norme sanctionne une mauvaise organisation de l'entreprise. Le terme est utilisé dans un sens similaire pour décrire la responsabilité pénale de l'entreprise (cf. l'art. 100^{quater} CP). D'autres dispositions, notamment la responsabilité de l'Etat et l'art. 55 al. 2 CC instituent en revanche une *responsabilité de l'organisation* tout court, car l'exploitant répond de l'irrégularité du comportement d'un membre, peu importe que son entreprise soit bien ou mal organisée.

L'exploitant de l'organisation peut être une personne individuelle ou un collectif susceptible d'encourir une responsabilité civile. Il ne doit pas être confondu avec l'organisation en tant que telle, qui englobe à la fois l'exploitant (respectivement ses représentants) et les membres. S'agissant ces derniers, on distingue en principe deux catégories en droit actuel: les organes et les auxiliaires. *L'organisation*, quant à elle, est un système constitué de plusieurs personnes qui se trouvent dans une interaction stable, unissent leurs forces dans un but commun et dont le comportement est régi par un système de normes internes. Une organisation se caractérise en règle générale par le partage du travail et une distribution hiérarchique des tâches et compétences décisionnelles.

Parmi les responsabilités du droit en vigueur, je propose de regrouper sous le terme *responsabilité du fait de l'organisation au sens étroit* les responsabilités suivantes: la responsabilité délictuelle de l'employeur pour ses auxiliaires selon l'art. 55 CO, la responsabilité contractuelle du débiteur pour ses auxiliaires selon l'art. 101 CO, la responsabilité de l'Etat pour le comportement de ses agents (telle la responsabilité de la Confédération au sens de l'art. 3 LRCF), ainsi que la responsabilité de la personne morale pour le fait de ses organes selon l'art. 55 al. 2 CC (ainsi que des normes apparentées comme les art. 722 CO ou 567 CO, etc.). Ces types de responsabilité, bien qu'ayant des champs d'application différents, comportent une structure de base identique, dans la mesure où ils ne s'appliquent pas à une activité ou à un risque spécifique, mais en principe à toutes sortes d'activités. Leurs conditions communes sont l'appartenance de la personne qui a causé le dommage à l'organisation, un rapport fonctionnel entre l'activité de l'organisation et l'acte dommageable et une forme d'irrégularité d'un comportement humain (p. ex. faute ou négligence). Ces types de responsabilité s'opposent à d'autres normes de responsabilités causales simples ou aggravée, qui prévoient également une responsabilité de l'exploitant d'une organisation

pour ses membres, mais qui sont au surplus subordonnées à la manifestation d'un risque typique ou d'une circonstance objective particulière (p. ex. l'exploitation d'une centrale nucléaire, l'emploi d'un véhicule à moteur, la détention d'un animal, etc.). Les deux groupes de responsabilités forment ensemble la responsabilité du fait de l'organisation au sens large. La présente étude concerne avant tout la responsabilité du fait de l'organisation au sens étroit, tout en touchant occasionnellement aux autres responsabilités causales simples et aggravées.

2. Le droit en vigueur

La responsabilité du fait de l'organisation en droit suisse actuel

La responsabilité de l'employeur selon l'art. 55 CO (pp. 15 ss.) : L'art. 55 CO prévoit une responsabilité délictuelle de l'employeur pour les dommages causés par ses travailleurs ou auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail. L'employeur peut se libérer s'il prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage du genre de celui qui s'est produit, ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire. Cette disposition ne découle pas d'un fondement unique, mais d'un mélange de considérations d'ordre économique et juridique. Parmi les fondements les plus importants, on citera la corrélation entre le risque et le profit, la relative absence de transparence d'une organisation qui empêche que le lésé réussisse à désigner précisement l'auteur du dommage ainsi que les risques qui découlent de la division du travail.

L'art. 55 CO a fait l'objet d'une longue évolution jurisprudentielle au cours de laquelle sa nature juridique a fait l'objet d'interprétations différentes. La doctrine contemporaine y voit une responsabilité causale simple pour défaut présumé de diligence objective. Les devoirs de diligence prévus par l'art. 55 CO sont de *nature organisationnelle* et se rapportent au choix, à l'instruction et à la surveillance des auxiliaires ainsi que de manière générale à l'organisation rationnelle du travail. Le lésé ne doit pas désigner nécessairement l'auxiliaire qui a causé le fait dommageable, mais il lui incombe tout de même de démontrer un lien de causalité entre les activités de l'organisation et le dommage. Les conditions générales de l'art. 55 CO sont ainsi le *dommage*, le *lien de causalité* et *l'illicéité*. Parmi les conditions spécifiques, il faut relever le *rapport de subordination* entre l'employeur et l'auxiliaire ainsi que le *lien fonctionnel* entre l'accomplissement de son travail, par l'auxiliaire, et le dommage.

L'interprétation de la *preuve libératoire* ne cesse de donner lieu à des controverses. Dans une jurisprudence concernant un dommage causé par un produit défectueux, le TF a exigé de l'employeur qu'il empêche avec une sûreté avoisinant la certitude qu'un dommage soit causé par le produit en question, ce qui revient pratiquement à nier l'admission d'une preuve libératoire. Si certains auteurs saluent cette manière de voir, d'autres se montrent au contraire plus sceptiques et ont même tendance à considérer l'art. 55 CO à nouveau comme un cas de responsabilité pour faute avec renversement du fardeau de la preuve. On a observé une certaine tendance du TF de juger le défaut de diligence *ex post*, d'un point de vue qui se situe après le fait dommageable. Cette approche a été critiquée par une partie de la doctrine et s'avère hautement problématique en relation avec une interprétation même objectivée de la diligence, comme je démontrerai plus loin.

Le fait que l'employeur bénéficie d'un certificat de management de qualité, tel que le prévoient les normes ISO, n'a aucun effet automatique au niveau de la preuve libératoire selon l'art. 55 CO, ni de manière négative, ni positive. La délivrance d'un tel certificat ne conduit pas nécessairement à la présomption que la diligence requise a été apportée. Inversement,

un défaut de certificat ne signifie pas automatiquement que la preuve de la diligence est exclue. L'on peut noter tout de même certains effets indirects de la certification ISO. Une conclusion similaire s'impose en ce qui concerne les autorisations, interdictions ou prescriptions émanant d'autorités publiques (avec une exception prévue à l'art. 5 al. 1er let. d LRFP).

S'agissant du rapport entre l'art. 55 CO et la LRFP, on peut relever que le droit commun garde toute sa signification pour un grand nombre de sinistres causés par des produits défectueux, car la LRFP réserve à son art. 11 l'application des règles générales du CO. De plus, la LRFP, tout comme la directive européenne en la matière, comporte d'importantes lacunes de protection.

Un aspect moins discuté en doctrine est le rapport entre le droit délictuel et le droit contractuel en ce qui concerne la responsabilité de l'employeur. S'agissant d'un employé lésé par un autre employé de la même organisation, il y a en principe concours de prétentions entre les art. 55 et 328 CO. Quant à la nature et de l'étendue des devoirs de diligence découlant de ces deux normes, on peut s'imaginer des contradictions à certains égards. Ainsi, le devoir du maître de surveiller l'auxiliaire (*cura in custodiendo* selon l'art. 55 CO) trouve une limite dans la protection des données (prévue p. ex. à l'art. 328b CO). Et la cohérence systématique voudrait que l'on n'exige pas de l'employeur – en vue de sa libération selon l'art. 55 CO – des mesures de surveillance qui violeraient l'art. 328b CO.

La responsabilité de la personne morale pour le comportement délictuel de ses organes (pp. 46 ss.): En vertu de l'art. 55 al. 2 CC (et d'autres normes similaires, comme l'art. 722 CO), la personne morale répond des actes illicites commis par ses organes en cette qualité, à condition que le comportement de ces derniers réalise les conditions d'une autre norme de responsabilité (p. ex. l'art. 41 CO). Le comportement de l'organe est directement imputé à la personne morale, raison pour laquelle l'art. 55 al. 2 CC est considéré comme une « norme d'imputation ». S'il est vrai que cette disposition ne s'applique qu'en conjonction avec d'autres normes de responsabilité, elle contient tout de même certaines conditions supplémentaires de responsabilité et semble du reste inévitable pour faire répondre la personne morale. Il est donc logique de la considérer comme une norme de responsabilité, à l'instar de l'art. 55 CO. Au fond, ces deux dispositions prévoient une responsabilité de l'exploitant d'une organisation indépendamment du type d'activité exercée ou du genre de risque créé. Leur différence de structure se rattache uniquement à la différence de catégorie à laquelle appartient le membre qui a causé le dommage (et à la forme juridique de l'organisation). L'organe est défini de manière positive, l'auxiliaire (au sens de l'art. 55 CO) de manière négative : tout membre d'organisation qui n'est pas un organe est considéré comme un auxiliaire (à condition qu'il existe un rapport de subordination). Pour apprécier la faute de l'organe, on ne tient pas seulement compte du savoir dont il disposait, mais on impute de surcroît à la personne morale le savoir d'autres organes, voire même d'auxiliaires (principe de l'imputation du savoir, *Wissensvertretung oder – zurechnung*). L'étendue de l'imputation du savoir est controversée.

La responsabilité de l'Etat (pp. 53 ss.) : La responsabilité de l'Etat pour le comportement de ses agents est régie soit par le droit cantonal soit par la LRCF en ce qui concerne la responsabilité de la Confédération (sur laquelle l'accent est mis dans le présent travail) soit encore par des lois spéciales. En dépit de son caractère de droit public, elle constitue, d'un point de vue structurel, un cas d'application de la responsabilité du fait de l'organisation, ce qui rend son analyse dans mon travail tout à fait utile. Selon l'art. 3 LRCF, la Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire. A première vue, il s'agit d'une responsabi-

lité causale aggravée, même particulièrement sévère, parce qu'elle n'est subordonnée ni à un risque spécifique, ni à une faute ni même à la violation d'un devoir de diligence objectif.

Toutefois, l'analyse de la jurisprudence démontre que cette responsabilité s'est en réalité transformée en une sorte de responsabilité objective simple, assez proche de l'art. 55 CO, par l'introduction de la violation d'un devoir de fonction comme condition indirecte de responsabilité dans plusieurs constellations typiques. Ceci vaut d'abord pour l'illicéité par le comportement : lorsque l'illicéité ne peut être fondée que par le biais d'une norme protectrice, cette norme prévoit souvent un comportement standard que l'on attend de l'Etat, en laissant aux autorités un certain pouvoir d'appréciation. Examiner si l'autorité a bien utilisé ce pouvoir revient à s'interroger sur la violation des devoirs de diligence. Même en cas d'illicéité par le résultat (par la violation de droits absolus), le TF examine la violation de devoirs de diligence dans certaines hypothèses (p. ex. en cas de traitement médical). Enfin, la causalité de l'omission ne peut être formulée sans faire référence à certains devoirs de diligence. En *résumé*, il est intéressant de constater que la responsabilité de la Confédération pour ses agents, décrite comme une responsabilité du fait de l'organisation typique par la doctrine, est en réalité – et malgré le sens littéral de l'art. 3 al 1er LRCF – une responsabilité pour défaut de diligence objective.

La responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires selon l'art. 101 CO (pp. 60 ss.): Celui qui, de manière licite ou non, confie à des auxiliaires le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation est responsable envers l'autre partie du dommage que ceux-ci causent dans l'accomplissement de leur travail. Là aussi, il n'est fait référence ni à la manifestation d'un risque particulier, ni à une faute, ni à une violation d'un devoir de diligence, soit par le débiteur, soit par son auxiliaire. On ne se trouve pas pour autant en présence d'une responsabilité causale aggravée. Il est vrai que ni la faute du débiteur, ni celle de l'auxiliaire ne sont une condition de responsabilité. Mais la responsabilité du débiteur est subordonnée à une *faute hypothétique* : pour se libérer, le débiteur doit démontrer que, s'il avait agi comme l'auxiliaire, aucune faute ne lui serait imputable. L'étendue globale de cette responsabilité ne dépasse donc pas une faute, même objectivée; il est dès lors erroné de considérer l'art. 101 CO comme une responsabilité causale. Le concept de la faute hypothétique a une signification particulière s'agissant des auxiliaires qui sont plus compétents que le débiteur : il est en effet possible qu'un acte soit considéré comme fautif s'il est commis par un expert, mais non reprochable s'il est effectué par un profane. Cependant, ce principe souffre d'une exception importante: Le débiteur répondra même d'une faute de l'expert s'il a promis au créancier de recourir à celui-ci. Et le créancier qui se trouve face à une organisation caractérisée par la séparation du travail est en principe en droit d'attendre que le contrat soit exécuté par un expert.

Contrairement à l'art. 55 CO, l'art. 101 CO implique également une responsabilité pour les entrepreneurs indépendants ; malgré ce principe, la délimitation du cercle des auxiliaires reste controversée. Il faut noter en plus le régime particulier du droit du mandat (art. 399 CO).

La responsabilité pénale de l'entreprise (pp. 67 ss.): Depuis un certain temps, on observe une controverse doctrinale concernant la question de savoir si et dans quelle mesure une entreprise peut être punissable en tant que telle pour des actes commis par ses membres. Pour certains auteurs, une personne morale n'est pas susceptible de commettre une faute pénalement répréhensible, faute d'une volonté propre („*societas delinquere non potest*"). D'autres contestent cette approche et soutiennent qu'une responsabilité pénale de l'entreprise s'impose pour plusieurs raisons, qui sont d'ailleurs proches du fondement de l'art. 55 CO (p. ex. la dimension collective des actions d'une corporation ; les problèmes de preuve liés à l'absence de transparence d'une organisation etc.). La jurisprudence et la légis-

lation actuelles ont clairement suivi le second point de vue. Il y a quelques années, une première étape a été franchie par le TF qui a admis sous certaines conditions une responsabilité pénale des cadres d'une entreprise pour des délits commis par des membres de celle-ci. Quant au législateur, il a reconnu explicitement le principe de la punissabilité de l'entreprise au nouvel art. 100^{quater} CP.

Il est intéressant de constater qu'aussi bien l'art. 100^{quater} CP que l'art. 55 CO rattachent l'existence d'une responsabilité à un défaut d'organisation. La jurisprudence rendue en application de l'art. 55 CO peut donc fournir des éléments précieux à l'interprétation de cette notion en droit pénal ; en même temps, il serait souhaitable que ces aspects douteux ne soient pas repris en droit pénal (p. ex. l'analyse *ex post* du défaut de diligence).

Aspects de droit comparé

Remarques générales de droit comparé (pp. 74 ss.): D'un point de vue du droit comparé, l'on peut distinguer deux systèmes. L'un se rattache au comportement reprochable de l'exploitant de l'organisation, l'autre au comportement des membres. Font partie du premier groupe notamment les régimes qui prévalent en Suisse (art. 55 CO) et en Allemagne (§ 831 BGB). L'art. 55 CO conduit à une responsabilité du maître si celui-ci se voit reprocher un manque de diligence organisationnel (p. ex. mauvais choix ou instruction de l'auxiliaire). La question de la faute de l'auxiliaire est, en théorie, sans pertinence. Le système opposé prévaut dans beaucoup d'autres pays, notamment en France (art. 1384/5 CCfr) et en Common Law en Angleterre et aux Etat-Unis (*vicarious liability*). Dans ces pays, la faute de l'auxiliaire est directement imputée au maître, que celui-ci ait agi ou non avec toute la diligence nécessaire. L'examen de la pratique judiciaire montre que les deux systèmes apparemment radicalement opposés se sont rapprochés, notamment par le fait que les régimes suisse et allemand ont évolués en direction de l'autre système.

De plus, les deux systèmes prévoient certaines conditions communes de responsabilité que l'on retrouve dans tous les régimes européens de la responsabilité du maître pour ses auxiliaires, tant en droit actuel qu'à la lumière de l'histoire de cette institution. Il s'agit d'une part d'un *rapport fonctionnel* entre l'activité de l'organisation et l'acte dommageable. D'autre part, une *relation qualifiée*, souvent appelée „rapport de subordination", doit exister entre l'exploitant de l'organisation et la personne qui a causé le dommage, afin que cette dernière soit considérée comme membre de l'organisation.

Droit allemand (pp. 76 ss.) : § 831 BGB constitue la norme de base pour la responsabilité délictuelle du maître pour ses auxiliaires en droit allemand. Cette disposition est fondée sur la faute de l'employeur, qui peut se libérer s'il prouve qu'il a bien choisi, instruit et surveillé l'auxiliaire. La doctrine et la jurisprudence se sont vite rendues compte des limites de cette norme et l'ont contourné au fur et à mesure par une interprétation extensive d'autres dispositions. La jurisprudence a par exemple déduit de § 823 BGB (le pendant de l'art. 41 CO) des devoirs d'organisation étendus à la charge du maître que celui-ci ne peut déléguer à ses propres cadres (*Organisationsverschulden*). De plus, le champ d'application de la responsabilité délictuelle pour le fait des organes ainsi que celui de la responsabilité contractuelle du débiteur pour ses auxiliaires ont été élargis.

Droit français (pp. 83 ss.): En droit français, l'art. 1384 al. 5 CCfr semble impliquer une responsabilité causale de l'employeur pour le simple comportement, reprochable ou non, de l'auxiliaire. Cependant, la jurisprudence a rapidement introduit la faute de l'auxiliaire comme une condition de la responsabilité. Il n'est toutefois pas nécessaire que le lésé individualise le membre de l'organisation qui a concrètement causé le dommage. Contrairement

aux droits suisse et allemand, l'employeur ne peut se libérer de sa responsabilité même s'il prouve avoir lui-même appliqué toute la diligence organisationnelle voulue. Tandis que l'interprétation française du rapport de subordination est comparable à la pratique judiciaire suisse, le lien fonctionnel est entendu dans un sens plus large, englobant dans une certaine mesure également les dommages causés à la simple occasion du travail accompli pour l'organisation.

3. Analyse interdisciplinaire

Méthodologie

Remarques préliminaires d'ordre méthodologique (pp. 91 ss.): Selon l'opinion soutenue dans le présent travail, la tâche de la science juridique ne se limite pas à l'interprétation du droit en vigeur. Cette science peut et doit de surcroît proposer des modifications souhaitables du droit. Pour ce faire, le juriste doit tenir compte de considérations relevant du droit comparé et, si besoin est, d'arguments extra-juridiques, provenant notamment des sciences naturelles ou sociales. Ainsi, les méthodes appliquées doivent se combiner, ce qui aboutit nécessairement à un pluralisme méthodologique proche du processus décisionnel démocratique.

La justification et la fonction du droit de la responsabilité civile (pp. 94 ss.): Un principe de base veut qu'une personne supporte elle-même les dommages qui la frappent (*casum sentit dominus*). Le principe opposé conduit à reporter les dommages subis par une personne sur un tiers, compte tenu de l'interdiction de léser autrui (*neminem laedere*). Le droit de la responsabilité civile a en première ligne la fonction de trouver un équilibre adéquat entre ces deux principes par la définition d'intérêts dignes de protection et la délimitation des espaces de liberté des membres d'une société. Il découle du principe de l'égalité que chaque responsabilité doit être justifiée. C'est en effet la justification, le fondement d'une responsabilité, qui garantit que celle-ci frappe toute personne qui lèse une autre d'une manière déterminée. Toutefois, il est souvent impossible d'arriver à une cohérence parfaite entre le fondement d'une responsabilité et l'état de fait prévu par une norme ou encore par la pratique judiciaire. La réalisation du principe de l'égalité incombe par conséquent non seulement au législateur, mais au surplus aux autorités d'application du droit et en particulier aux tribunaux. C'est pour cela aussi que le fondement d'une norme de responsabilité et son état de fait ne sont souvent pas exactement cohérents, sans qu'il soit toutefois possible d'éliminer complètement cette discrépance.

Le droit suisse de la responsabilité civile connaît trois types de responsabilité: la responsabilité pour faute, les responsabilités causales simples et les responsabilités causales aggravées. Chaque type est justifié de manière différente. Tandis que la responsabilité pour faute se base traditionnellement sur un manquement subjectivement reprochable de la volonté, les responsabilités causales simples se rattachent à un élément « d'irrégularité », à une violation d'un devoir de diligence, mais reposent plus sur la tradition juridique que sur une justification uniforme. Enfin, les responsabilités causales aggravées se justifient de manière plus claire, c'est-à-dire par un risque typique provoqué par l'exploitation d'une certaine activité par le responsable.

Il semble à première vue que ces types de responsabilité se rattachent à des facteurs opposés: pour la responsabilité pour faute, c'est la prévisibilité du dommage et la possibilité de l'éviter en usant de la diligence requise qui sont déterminantes, tandis que pour la responsabilité causale aggravée, un risque qualifié se trouve au centre de l'état de fait, peu importe que le responsable ait pu le prévoir ou l'éviter. Mais un regard plus précis montre que les

deux critères apparemment opposés, celui de la prévisibilité et celui du risque, jouent un rôle complémentaire dans les trois types de responsabilité. Dans la responsabilité pour faute, le risque que comportait l'activité concrète du défendeur, qui a finalement provoqué le dommage, est déterminant pour juger si les mesures de précaution adoptées par celui-ci étaient suffisantes, compte tenu des circonstances. Sous l'angle de la responsabilité causale aggravée, la prévisibilité – objective – joue un rôle dans l'analyse du rapport de causalité adéquat. De plus, il n'existe pas qu'un seul type de responsabilité causale aggravée. En effet, suivant le régime applicable, certains facteurs d'interruption du lien de causalité sont admis, d'autres non (p. ex. la force majeure dans la loi sur l'aviation). L'on peut donc observer une sorte de *continuum* qui va de la responsabilité légère pour la faute d'un enfant capable de discernement à la responsabilité très sévère du détenteur d'un aéronef. A défaut d'une norme unique de responsabilité en droit suisse qui donnerait aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation, les responsabilités causales simples relient en quelque sorte les responsabilités pour faute et pour risque, de sorte que les tribunaux ont l'occasion du moins d'un point de vue structurel de réaliser ce *continuum*. Je propose dès lors, contrairement à l'avis d'une partie de la doctrine et de la Commission d'étude pour la révision totale du droit suisse de la responsabilité civile, de maintenir la catégorie des responsabilités causales simples.

Questions principales (pp. 103 ss.): Les questions principales de cette étude sont les suivantes:

- 1) Est-il justifié que l'exploitant d'une organisation doive supporter en principe les dommages causés du fait de membres d'organisation et d'installations techniques dont se sert l'exploitant? Cette question sera élucidée avant tout sur la base d'une réflexion éthique et économique.
- 2) Au cas où l'on opte pour la responsabilité de l'exploitant, il se pose en plus le problème du type de responsabilité qui frappe l'exploitant. A cet égard, il faut d'abord se demander si toutes les organisations génèrent un risque typiquement organisationnel qui se manifeste indépendamment des risques spécifiques que présentent les activités de l'organisation.
- 3) Si oui, est-ce que ce risque est particulièrement élevé, sans qu'il soit possible de le maîtriser en faisant preuve d'une diligence raisonnable? L'analyse des questions 2 et 3 fera intervenir des considérations liées à la psychologie de l'erreur et à la théorie de l'organisation.
- Si les questions 2 et 3 reçoivent une réponse affirmative, une première conclusion provisoire s'impose: il faut structurer la responsabilité du fait de l'organisation sous la forme d'une responsabilité causale aggravée. Sinon, il faut retenir la forme d'une responsabilité causale simple ou aquilienne.
- Au cas où l'on opterait pour une responsabilité causale aggravée, une question supplémentaires se pose:
- 4) Comment est-il possible de définir la manifestation d'un „risque organisationnel" qui s'articule indépendamment des caractéristiques de l'activité de l'organisation (p. ex. sans faire référence un risque technique particulier tel que l'emploi d'un véhicule à moteur)?
- Pour répondre à la question 4, il faudra compléter les considérations liés à la psychosociologie des organisations par des arguments juridiques.

- Au cas où la forme de la responsabilité causale aggravée paraîtrait inadéquate pour la responsabilité du fait de l'organisation, il s'agira d'opter pour un type de responsabilité basée sur un défaut de diligence (négligence objective ou faute).
- 5) Dans ce dernier cas, il faudra en plus examiner quelle structure de responsabilité et quelle notion de diligence paraissent adéquates.

La question 5 a également des implications sur le droit suisse en vigueur, dans la mesure où l'art. 55 CO se rattache déjà à un élément de négligence.

Aspects éthiques (pp. 106 ss.)

La question de la responsabilité des organisations semble avoir peu occupé les éthiciens jusqu'à une date assez récente. On peut distinguer à cet égard entre la responsabilité collective et la responsabilité corporative, la deuxième notion faisant partie de la première. Selon le dogme traditionnel, seul l'individu est capable d'encourir une responsabilité éthique, et seulement dans la mesure où il pouvait prévoir et empêcher les effets dommageables de ses actes. Cette vision traditionelle a été relativisée selon les époques, notamment par le principe économique de la corrélation entre le risque et le profit, qui exige qu'une personne réponde même d'un dommage qu'elle n'a pu prévoir ni éviter, si ce dommage découle d'une activité particulièrement dangereuse dont le responsable tire un profit économique. D'un point de vue philosophique, certains auteurs, dont JONAS, ont postulé une responsabilité du collectif constitué par les humains du présent vis-à-vis des générations futures pour les dommages causés par le progrès technique. L'idée d'une responsabilité sans égard à la prévisibilité ou au pouvoir d'action du responsable a donc tout de moins certains fondements éthiques.

Quant à la responsabilité d'un collectif, quelques auteurs contestent encore et toujours qu'une telle forme de responsabilité existe au plan moral, mais la responsabilité collective semble être admise de manière générale dans la littérature éthique. L'on y trouve quelques principes de base à cet égard. Ainsi, le fait qu'un collectif réponde d'un dommage ne fait pas disparaître pour autant la responsabilité individuelle des membres du collectif. Au plan juridique, ce principe milite contre la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant. Un second principe consiste à dire que la responsabilité individuelle du membre ne peut aller au-delà de ce qu'il a pu prévoir et influencer ; on retrouve là le dogme traditionnel de la responsabilité pour faute. D'un point de vue juridique, ce principe peut être réalisé par une individualisation de la responsabilité de chaque coresponsable solidaire (à l'instar de l'art. 759 CO ou 53b al. 2 AP) ou par la limitation de la responsabilité au plan contractuel (p. ex. en droit du travail).

La responsabilité morale des corporations, elles-mêmes des collectifs, dépend au surplus de la question de savoir si l'on peut reconnaître les corporations comme sujets autonomes de responsabilité. L'on a exigé que des entités collectives ne soient considérés comme des corporations que si elles présentent un système décisionnel interne, idée que l'on retrouve à la base de l'institution juridique de la personne morale ou même de l'art. 55 CO (décisions prises par l'employeur et exécutées par l'auxiliaire). Certains auteurs ont postulé un principe « fractal », qui impliquerait de mettre sur un pied d'égalité les corporations et les individus au niveau de la responsabilité.

Le principe de subsidiarité, appliqué à la responsabilité au sens moral du terme, part de l'observation que certaines conséquences des actes accomplis par des individus ou des organisations sont profondément déterminées par des tendances favorisées par la société entière (p. ex. le progrès technique). Certains auteurs sont d'avis qu'il est inéquitable

d'imposer toute la responsabilité pour les effets dommageables de tels phénomènes aux individus ou organisations, mais qu'il semble adéquat de solidariser une partie de ces dommages au niveau de l'ensemble de la société (p. ex. par le biais d'assurances sociales, de fonds d'indemnisation etc.).

Aspects économiques (pp. 125 ss.)

Remarques préliminaires sur l'analyse économique : La répartition des risques entre les acteurs d'une société dans son ensemble est un problème qui ne trouve aucune solution simple et schématique et ne peut être résolu par le seul biais de l'analyse économique. La doctrine a montré plusieurs limites de cette analyse qui découlent tant d'une critique du modèle sous-jacent de l'homme rationnel que d'un problème structurel : selon les prémisses de fait, les modèles économiques conduisent à des solutions très différentes. Néanmoins, l'analyse économique fournit quelques éléments précieux pour la présente étude, notamment au niveau du *principe de responsabilité*. Elle sera ensuite complétée par des réflexions liées à la psycho-sociologie des organisations ainsi que par des considérations strictement juridiques.

Au niveau du principe de responsabilité (pp. 129 ss.) : C'est surtout à l'aide de réflexions d'ordre économique qu'il fallait résoudre la question de savoir si la responsabilité pour des dommages causés par l'exploitation d'une organisation doit frapper en première ligne les membres de l'organisation ou l'exploitant de celle-ci. L'analyse économique conduit de manière assez claire à la responsabilité de l'exploitant de l'organisation, sans toutefois exclure une action directe contre le membre qui a contribué à la survenance du dommage. Cette conclusion s'impose d'abord au vu du principe de la corrélation entre le profit et le risque (*Nutzen-Risiko-Prinzip*) : L'exploitant de l'organisation tente de retirer de l'engagement d'auxiliaires un profit qui, idéalement, dépasse le salaire versé en contre-prestation, du moins en ce qui concerne les organisations avec un but lucratif. Les dommages causés au tiers lésé constituent, du point de vue de l'organisation, des coûts externes non internalisés, car le lésé supporte ainsi les risques d'exploitation de l'organisation sans pour autant profiter du bénéfice de celle-ci. On a observé qu'une solution équitable pourrait être réalisée sans intervention des normes de la responsabilité civile par des accords conclus entre l'exploitant, le membre et le lésé, mais seulement à condition que les coûts de transaction (p. ex. coûts d'information, équilibre du pouvoir etc. ; v. **pp. 141 ss.**) soient négligeables, ce qui n'est quasiment jamais le cas en réalité. L'internalisation de ces coûts externes dus aux dommages causés à des tiers doit donc se faire par le biais de la responsabilité civile. L'exploitant de l'organisation est en meilleure position que le lésé pour contrôler les risques liés à l'existence même de l'organisation et pour distribuer les coûts de la responsabilité, par exemple en concluant une assurance responsabilité-civile, en diversifiant les risques d'entreprise par la participation d'actionnaires ou en augmentant le prix des produits.

On a mis en évidence en outre que le degré de diligence appliqué dans le cadre du travail sera plus élevé si l'exploitant de l'organisation est frappé d'une responsabilité externe directe. Du point de vue du conflit entre la production et la sécurité, seul l'exploitant peut en effet décider de l'ampleur des moyens qu'il investit dans chacun de ces deux domaines. De plus, l'exploitant bénéficie d'une série de moyens économiques propres à inciter le membre à faire preuve d'une diligence suffisante, car, en règle générale, le membre dépend davantage de l'organisation d'un point de vue économique que l'organisation du membre. Ceci vaut particulièrement pour les membres qui travaillent de manière permanente ou régulière pour l'organisation, moins pour ceux qui n'effectuent des services pour celle-ci que de manière sporadique ou isolée. Un régime de responsabilité exclusive du membre ne se justifie

d'un point de vue économique que si le comportement du membre en question ne peut être directement influencé par l'exploitant de l'organisation, par exemple parce qu' il travaille seulement occasionnellement et de manière indépendante pour l'organisation. Ces réflexions conduisent à exclure une responsabilité systématique pour les employeurs indépendants **(pp. 139 ss.)**.

Finalement, dans la réalité, l'exploitant d'une organisation bénéficie souvent d'une fortune plus importante que les membres de celle-ci (*deep pocket*). Dans la mesure toutefois où l'on observe parfois que des membres d'organisation, par exemple des membres du conseil d'administration, sont particulièrement fortunés, il se justifie de maintenir une action directe du lésé contre eux et de renoncer par conséquent à la canalisation de la responsabilité en ce qui concerne la responsabilité du fait de l'organisation au sens étroit (contrairement à ce qui prévaut dans plusieurs responsabilités causales aggravées) **(pp. 132 ss.)**.

Au niveau de l'étendue de la responsabilité (pp. 134 ss.) : La détermination de l'étendue de la responsabilité, une fois admise sur le plan du principe, se montre plus difficile à l'aide de critères uniquement économiques. Deux théories souvent citées, à savoir la formule du juge LEARNED HAND et le principe du *cheapest cost avoider*, peuvent conduire, appliqués à la lettre, à des résultats peu satisfaisants qui obéiraient à une logique du « tout ou rien ». La formule de LEARNED HAND implique qu'on exige d'une personne qui crée un état dangereux uniquement les mesures de précaution qui se trouvent dans une relation raisonnable avec le danger créé et les moyens financiers du responsable (*Zumutbarkeit*). Toutefois, une partie de la doctrine postule que les mesures imposées doivent être d'autant plus étendues que le danger créé est élevé, indépendamment des moyens financiers du responsable. Le concept du *cheapest cost avoider* signifie qu'on impose la réparation d'un dommage à celui qui pouvait l'éviter à moindres frais. Mais compris de cette manière, ce principe conduit à imposer à l'exploitant une responsabilité purement causale, car il aurait pu éviter le dommage en renonçant purement et simplement à exercer l'activité dommageable. Les deux approches contiennent toutefois des idées de base intéressantes pour la responsabilité civile : la formule de LEARNED HAND comprend l'idée de la proportionnalité, tandis que le principe du *cheapest cost avoider* implique qu'on exige un comportement diligent non seulement du responsable, mais également du lésé (ce qui justifie le cas échéant une réduction des dommages-intérêts pour faute concomitante du lésé).

La théorie de l'organisation et la psychologie de l'erreur

Remarque préliminaire (pp. 148 ss.): Une question primordiale du présent travail est celle de savoir si une organisation génère des risques typiques indépendamment de son activité concrète. Si des risques typiques sont liés uniquement ou de manière prépondérante à l'activité, la responsabilité ne devrait pas se rattacher à l'existence même d'une organisation mais à l'activité en question. Cette logique se trouve à la base des responsabilités causales aggravées du droit en vigueur. Afin de réfléchir sur une responsabilité du fait de l'organisation basée sur le risque, il faut dès lors analyser les facteurs de risque et de sécurité que l'on retrouve dans toute organisation en faisant abstraction de son activité concrète. Ces facteurs sont le plus souvent liés à des comportements humains, raison pour laquelle la psycho-sociologie des organisations, et notamment la psychologie de l'erreur, trouve une place prépondérante dans ce travail.

Les théories de l'organisation et la culture d'organisation (pp. 150 ss.)

Théories de l'organisation : La réflexion sur l'organisation comme phénomène économique et socio-culturel s'est faite surtout au cours du 20^{e} siècle. Les théories de l'organisation

ont évolué en fonction de la perception de l'être humain. Tandis que les théories classiques du *Scientific Management* (taylorisme) et de la bureaucratie (WEBER) se basaient sur la prémisse que l'être humain était avant tout un facteur de production sans motivation propre, présentant un comportement strictement rationnel, les concepts des *Human Relations* et des *Human Ressources* ont démontré l'importance des interactions socio-psychologiques, respectivement de la motivation pour le travail. De plus, le modèle de l'homme rationnel a été remis en question par des auteurs comme MARCH ou SIMON. Plus tard, la sociologie des organisations (PARSONS, LUHMANN etc.) et l'approche socio-technique ont mis l'accent sur une analyse plus globale des interactions sociales et de celle entre les hommes et les installations techniques dans les organisations. Un autre courant de pensée (p. ex. CROZIER, FRIEDBERG) s'est concentré sur les relations de pouvoir, en partant de l'observation que la structure formelle de l'organisation et les relations de pouvoir effectives se contredisent parfois. Enfin, parmi les théories plus contemporaines, les théories de la culture d'organisation et notamment celle de la culture de sécurité jouent un rôle important pour le sujet de ce travail.

Centralisation et décentralisation (pp. 165 ss.): De manière générale, on a observé une certaine évolution de la structure des organisations allant de la centralisation à la décentralisation. Les concepts classiques, tels que le système bureaucratique, sont plutôt caractérisés par une forte centralisation du pouvoir décisionnel et une structure hiérarchique plus ou moins rigide. Dans les systèmes plus récents, dont notamment l'approche socio-technique ou celle de l'organisation en fonction de projets, les groupes de travail jouent un rôle important, de sorte que le pouvoir de décision est plutôt décentralisé.

C'est aussi l'opposition de ces deux « archétypes » de la structure organisationnelle – la centralisation d'une part, la décentralisation de l'autre – qui peut servir à démontrer que dans toute organisation, des facteurs de risque et de sécurité coexistent et que le caractère adéquat des instruments organisationnels se détermine en fonction des risques que présente l'activité concrète. Si par exemple l'organisation centralisée permet mieux de mettre en œuvre de manière uniforme les normes de sécurité, un système décentralisé offre aux membres de l'organisation davantage de flexibilité pour réagir à des imprévus. En raison de l'effet stabilisateur des routines – pour prendre un autre exemple – , l'organisation centralisée est plus facile à gérer par ses membres mais comporte un risque de rigidité. Aucune des deux approches n'est d'emblée préférable d'un point de vue de la sécurité, sans tenir compte des circonstances dans lesquelles l'organisation exerce son activité. On a souligné que si l'organisation centralisée est mieux adaptée à un environnement plutôt stable, le système décentralisé se prête en revanche mieux à maîtriser des circonstances dynamiques et moins prévisibles.

Sur la base de cette constatation, quelques auteurs ont relevé que certaines activités dangereuses, telles que la production chimique à grande échelle ou l'exploitation de centrales nucléaires, rendraient nécessaire une organisation à la fois centralisée et décentralisée, en raison de leurs caractéristiques intrinsèques. Cette exigence étant contradictoire, on a abouti à la conclusion qu'il est d'emblée impossible de trouver une structure organisationnelle qui élimine complètement le risque d'accidents pour ce type d'activités. Cette conclusion a dû être relativisée lorsque des recherches menées sur certaines activités dangereuses, telles que l'exploitation d'un porte-avion nucléaire ou le contrôle aérien, ont démontré que certaines organisations réussissent à allier les avantages des structures centralisée et décentralisée. Des chercheurs ont notamment constaté que ces organisations (appelées « *high reliability organizations* ») sont capables d'osciller rapidement et de manière flexible entre plusieurs structures, parvenant ainsi à un taux d'erreur très bas en comparaison du potentiel de risque de leur activité.

En conclusion, il n'est pas possible de déduire un risque organisationnel typique et univoque de l'opposition entre les deux archétypes structurels que sont la centralisation et la décentralisation. Leurs effets positifs ou négatifs au niveau de la sécurité d'une organisation dépendent de la question de savoir si la structure est adaptée aux circonstances, ou, en des termes plus juridiques, de la diligence organisationnelle.

Culture de sécurité et violation de normes (pp. 175 ss.): Un risque typiquement organisationnel découle du fait qu'il est impossible pour la direction de l'organisation de régler toutes les hypothèses par des normes internes et de formuler ces normes de manière totalement univoque. En même temps, un système normatif interne est indispensable pour toute organisation. Comme c'est le cas pour le droit étatique, le caractère équivoque qui peut affecter les normes internes nuisent à la sécurité de droit et peuvent conduire à des comportements contradictoires, voire dommageables de ses membres.

Au niveau des devoirs de diligence, c'est surtout l'improvisation qui cause un préjudice susceptible de poser certains problèmes, à savoir l'acte librement décidé par un membre d'organisation faute d'une norme applicable à un problème nouveau. En l'absence d'un cadre normatif, il peut s'avérer impossible de construire le comportement hypothétique diligent avec lequel l'acte dommageable devrait être comparé. Un autre problème est celui de savoir si le droit de la responsabilité civile devrait honorer – p. ex. par l'admission de la preuve libératoire selon l'art. 55 CO – des investissements préventifs en sécurité effectués par l'exploitant, même si les installations de sécurité n'ont pas empêché le dommage de se produire, parce qu'elles étaient mal utilisées par des auxiliaires (p. ex. installation d'un système de report anonyme d'erreurs installé par un hôpital qui n'est pas utilisé par les médecins traitants).

La psychologie de l'erreur

La psychologie individuelle de l'erreur (pp. 190 ss.): La recherche psychologique a démontré que les êtres humains présentent de nombreuses tendances typiques à commettre des erreurs. De manière générale, ces tendances s'amplifient sous l'effet du stress et se manifestent à différents échelons ; on distingue notamment le niveau des routines ou/et réflexes, le niveau des procédés réglés par des normes ainsi que le niveau de la solution de problèmes nouveaux. L'être humain se montre par exemple peu habile dans l'estimation de valeurs de probabilités, notamment en ce qui concerne des développements temporels. Une autre tendance consiste à surestimer après un événement ce que l'on savait ou aurait pu prévoir avant celui-ci.

La plupart de ces tendances se manifestent tant en dehors d'une organisation qu'au sein de celle-ci. Une organisation adéquate a même pour effet de canaliser et de réduire l'effet dommageable de certaines tendances, ce qui constitue un facteur de sécurité typiquement organisationnel. En revanche, des erreurs qui se manifestent au niveau de la direction d'une organisation peuvent déployer des effets plus graves qu'en dehors de celle-ci. En effet, les erreurs de direction se combinant avec les forces et moyens de l'organisation, leurs effets négatifs s'amplifient; il s'agit là d'un facteur typique de risque organisationnel.

La psychologie de l'erreur en groupe (pp. 202 ss.): La plupart des activités dans une organisation se déroulent en groupe. Du fait de la complexité énorme que présenterait l'analyse globale d'une organisation, la recherche psychologique s'est concentrée avant tout sur les individus et les groupes. Par rapport à ces derniers, on peut relever autant de facteurs de sécurité que de risque. Le travail en groupe comporte toute une série d'avantages, qui ont sans doute un effet sur la sécurité d'une organisation (p. ex. la possibilité de traiter davan-

tage d'informations à la fois que l'individu seul; l'intégration du talent et du savoir de plusieurs personnes etc.). En revanche, on a également constaté certains facteurs de risque du travail en groupe. Des groupes relativement cloisonnés, indépendants, dont la tâche est de résoudre des problèmes complexes, montrent parfois une tendance à refuser d'accepter des suggestions ou critiques de la part de l'extérieur (« esprit de corps »). Au fur et à mesure d'une collaboration prolongée, les membres de tels groupes commencent à éviter les conflits internes, à rechercher des décisions unanimes par la suppression de voix contradictoires, à dénigrer le monde extérieur au groupe et ainsi, à prendre des décisions de moins en moins rationnelles (« *groupthink* »). Plusieurs processus décisionnels tristement célèbres, tel que celui qui a abouti à la catastrophe de Tchernobyl, ont apparemment été l'objet de telles tendances. Une autre attitude potentiellement dangereuse observée dans les groupes est le « *group polarization effect* » : souvent, des individus prennent, en tant que membres d'un groupe, des décisions à tendance plus extrême qu'en agissant seuls, par exemple des décisions plus risquées (« *risky shift* »), ce qui constitue un risque organisationnel typique.

Parmi les facteurs de risque liés au travail en groupe, on peut encore citer les défauts du processus décisionnel démocratique, où les membres du groupe montrent parfois une attitude purement stratégique afin de « gagner des voix » plutôt que de partager de façon optimale leur savoir afin d'arriver à des décisions censées. On a aussi constaté que les choix du personnel, notamment au niveau de la direction d'une organisation, s'opère parfois en fonction de connaissances personnelles plutôt qu'en fonction des compétences des candidats. Enfin, au niveau de la communication, la structure hiérarchique présente des désavantages dans la mesure où l'opinion du supérieur hiérarchique a souvent plus de poids dans une discussion en groupe, même dans les cas où il n'y a pas de corrélation positive entre la position hiérarchique et les compétences effectives du supérieur.

En résumé, l'on peut constater une série de risques organisationnels typiques liés au travail en groupe. Il est toutefois difficile d'estimer leur gravité sans se référer à des circonstances concrètes. Il y a lieu de supposer que certains de ces risques perdent de leur importance si la direction de l'organisation fait preuve d'une bonne culture de sécurité. De plus, certaines tendances ne me semblent déployer des effets dommageables qu'en connexité avec certaines structures d'organisation.

Le comportement dans des organisations complexes

La „disparition de la faute" dans des organisations complexes (pp. 211 ss.): La doctrine parle parfois, en rapport avec la responsabilité civile du fait de l'organisation, de la « disparition de la faute » (*Verflüchtigung des Verschuldens*), sans clairement définir ce concept. Dans le sens qui est souvent donné à ce terme, il s'agit du phénomène selon lequel il est difficile pour le lésé d'individualiser au sein d'une organisation complexe la ou les personnes qui ont effectivement causé le dommage (v. p. ex. l'art. 100^{quater} CP). J'ai choisi d'examiner ce terme dans un sens plus large encore, celui de la disparition des conditions préalables de la faute, à savoir la prévisibilité du dommage et la possibilité de l'éviter. A cet égard, on peut effectivement dire que la faute a tendance à disparaître dans une organisation.

D'abord, le membre de l'organisation, en se soumettant aux buts de celle-ci, renonce en quelque sorte à une partie de sa propre volonté, même s'il garde une certaine latitude dans la manière de poursuivre ces buts. Ensuite, la prévisibilité des conséquences des actes de chaque membre pris individuellement est limitée pour en raison de la séparation du travail: Une contribution individuelle s'insère souvent dans un processus complexe, dont aucun membre ne mesure complètement l'étendue globale. De plus, il est difficile pour un membre

de l'organisation d'influencer de manière déterminante le processus de production au-delà de sa propre sphère de compétence. Ces limites d'influence, qui empêchent le cas échéant qu'un membre puisse éviter la survenance d'un dommage, ont été illustrées dans le présent travail à l'image de deux catégories de membres opposés, à savoir les supérieurs et les subordonnés.

En résumé, on peut constater que c'est la séparation du travail en tant que telle qui, en dépit de ses avantages incontestés, comporte les risques les plus élevés en relation avec la disparition de la faute individuelle. A l'égard de structures de production complexes, un membre d'organisation n'est souvent pas en mesure à titre individuel d'empêcher des dommages de se produire même s'il le voulait. Il ne paraît dès lors pas opportun de rattacher une responsabilité du fait de l'organisation à une faute individuelle d'un membre d'organisation.

L'interaction entre humains et machines (pp. 225 ss.) : La mise en relation de travailleurs humains et d'installations techniques a permis d'améliorer tant l'efficacité que la sécurité des organisations. D'un autre côté, la recherche a mis en évidence certaines « ironies de l'automation » qui ont de nouveau pour effet d'accroître la dangerosité d'une organisation. L'on a constaté par exemple qu'il est devenu plus difficile pour des humains de résoudre des problèmes complexes en interaction avec des machines, car les humains n'exercent qu'un contrôle limité sur la partie automatisée d'un processus. Et dans la mesure où le contrôle de processus techniques est « délégué » partiellement à des ordinateurs, le sentiment de responsabilité des humains tend à s'affaiblir. L'automation a donc pour effet de diminuer et d'accroître en même temps la sécurité d'une organisation. En outre, certains aspects de l'automation peuvent être maîtrisés par une diligence suffisante.

Les défauts d'organisation latents (pp. 230 ss.) : Une organisation peut contenir, tels des agents pathogènes, des défauts qui restent cachés pendant longtemps, pour se combiner tout d'un coup et de manière inattendue avec des erreurs actives (p. ex. des omissions, des bavures, des actes maladroits) et ainsi provoquer des accidents. Les défauts cachés proviennent plutôt de décisions erronées de la direction, provoquées par exemple par des restrictions budgétaires ou une culture de sécurité négligente. La découverte de ces défauts, même après l'accident, échoue souvent du fait que l'enquête s'arrête à l'acte concret qui a déclenché l'accident, sans se préoccuper des conditions préliminaires qui ont permis à cet acte de déployer des effets néfastes. Les défauts latents sont un phénomène systémique, typiquement lié à l'interaction entre humains et machines ainsi qu'à celle existant entre les différentes couches hiérarchiques. Ils se manifestent aussi par rapport à des systèmes de sécurité à plusieurs échelons, car ces systèmes rendent l'organisation moins transparente.

La recherche souligne que les défauts latents constituent un risque organisationnel résiduel qu'il n'est pas possible d'éliminer complètement. L'exploitant de l'organisation ne peut les combattre qu'indirectement, en investissant suffisamment de moyens dans la sécurité par exemple.

4. Nouvelle appréciation de la responsabilité du fait de l'organisation

Possibilités pour structurer une responsabilité du fait de l'organisation

Il existe plusieurs modèles effectivement pratiqués ou imaginables de la responsabilité du fait de l'organisation. Ceux qui me paraissent les plus importants seront brièvement exposés et évalués. A cet égard, la limite entre le droit en vigueur et le droit désiré sera quelque peu obscurcie, les systèmes effectivement pratiqués ne constituant dans cette optique que des propositions parmi d'autres. Tous les systèmes ne seront pas traités avec le même degré d'approfondissement, afin d'éviter trop de répétitions.

Aucune responsabilité de l'exploitant (pp. 245 ss.): Tout d'abord, il est évidemment concevable de ne prévoir qu'une responsabilité exclusive du membre de l'organisation, sans imposer une responsabilité quelconque à l'exploitant. Cette solution (dont certains éléments se trouvent encore à la base des art. 426 et 427 CC) ne paraît toutefois pas justifiée au vu de la corrélation entre le risque et le profit et le caractère collectif et systémique du comportement organisé (cf. l'analyse éthique et économique).

La responsabilité pour faute commune (p. 247): Il en va de même s'agissant de modèles qui se rattachent à la fois à la faute de l'exploitant et à celle du membre, ou encore à une faute commune (à l'image de l'art. 50 CO). Ces solutions, quoique plus proches de la réalité, méconnaîtraient tout de même le caractère collectif de l'action organisée, et ce parce qu'elles mettent au centre la faute au sens subjectif et du terme et la notion quasiment pénale de la connexité psychologique.

La responsabilité de l'exploitant pour sa propre négligence (e. a. l'art. 55 CO) (pp. 247 ss.): Le modèle qui prévaut p. ex. en Suisse (art. 55 CO) et en Allemagne (§ 831 BGB) est celui de la *responsabilité de l'exploitant pour sa propre négligence*. Les deux normes de base, mais surtout § 831 BGB, ont suscité des controverses tout au long du 20e siècle. Toutefois, malgré des tentatives de révision, ils sont restés en vigueur, notamment en raison de l'évolution de la jurisprudence. A l'égard de la jurisprudence rendue en application de l'art. 55 CO, certaines remarques critiques s'imposent :

- L'appréciation sévère de la preuve libératoire par le TF, en particulier dans le domaine de la responsabilité du fait des produits, a eu pour conséquence que l'art. 55 CO constitue désormais une sorte de norme d'imputation automatique pour les risques industriels. Cette manière de voir ne trouve aucune base dans le texte légal qui se rattache à l'élément de « diligence » ; celle-ci concerne la qualification d'un comportement, non d'un résultat. De plus, cette jurisprudence a créé une situation d'insécurité juridique, car l'on ne sait à l'heure actuelle si cette jurisprudence reste confinée à la responsabilité du fait des produits.
- Dans certains arrêts, le TF a montré une tendance à juger la question de la diligence dans une perspective *ex post*, d'un point de vue postérieur à la survenance du dommage. Cette approche, appuyée par une partie de la doctrine, mais critiquée par une autre, conduit évidemment à rendre impossible la preuve libératoire déjà d'un point de vue logique, car le fait qu'un dommage s'est produit démontre que l'employeur n'a pas pris les mesures propres à l'éviter. On ne peut que rejeter cette manière de voir qui confond le lien de causalité adéquat avec la diligence. Au risque sinon de dénaturer complètement la notion de négligence, il semble préférable de se référer à la prévisibilité *ex ante*, même objectivée, des risques concrets.

- La diligence dont il est question à l'art. 55 CO se rapporte à des mesures organisationnelles; cela ressort tant des travaux préparatoires que de l'avis de la doctrine. Par opposition, il existe une diligence qui ne concerne pas l'organisation d'une tâche, mais son accomplissement quant au fond. Décider par exemple que tel auxiliaire s'occupe de telle étape de production à tel instant est une question d'ordre organisationnel. Savoir en revanche quel alliage est nécessaire pour stabiliser suffisamment un anneau de suspension ne concerne pas l'organisation du travail, mais l'exécution d'une tâche quant au fond. Ces deux niveaux exigent un savoir-faire différent. L'art. 55 CO ne sanctionne que des défauts organisationnels, mais il semble que le TF utilise cet article de plus en plus souvent pour sanctionner également l'exécution défectueuse de travaux quant au fond par des auxiliaires, étendant ainsi la responsabilité de l'employeur. Cette manière de voir n'est pas en accord avec la structure de l'art. 55 CO, car contrairement aux art. 55 al. 2 CC ou 101 CO, il ne permet pas l'imputation directe d'une faute de l'auxiliaire à l'exploitant. L'analyse de la théorie des organisations a montré qu'il existe des devoirs organisationnels typiques. Il faut toutefois admettre que plus la séparation du travail progresse, plus il est difficile de tracer une limite claire entre la négligence organisationnelle et la négligence quant au fond. Dès lors, il semble opportun d'abandonner cette distinction *de lege ferenda*, ce qui nécessiterait une refonte de l'art. 55 CO.
- Eliminer cette distinction implique que la responsabilité du fait de l'organisation ne devrait pas se rattacher uniquement à la négligence de l'exploitant, mais aux actes de tous les membres de l'organisation, qu'ils soient auxiliaires ou organes. Ces actes seront dans un premier temps automatiquement imputés à l'exploitant. Afin d'éviter qu'une telle responsabilité n'ait aucune limite, il faudra formuler une notion de négligence collective.

La responsabilité de l'exploitant pour la faute du membre (pp. 260 ss.): Ce système est connu dans nettement plus de pays que le système consacré à l'art. 55 CO. A titre d'exemple, on peut mentionner le droit français. Malgré ses avantages, ce système peut se révéler problématique lorsque la responsabilité se rattache à la faute d'un membre individualisé, voire lorsqu'elle présuppose que ce membre soit actionné et déclaré responsable avant que l'exploitant ne puisse être actionné à son tour. Le regard sur le droit français montre cependant que les tribunaux ont su parer à ces dangers, dans la mesure où il n'est ni nécessaire que l'auxiliaire soit déclaré responsable ni même qu'il soit individualisé avant qu'une action ne puisse être ouverte contre l'exploitant. Dans le sens d'une variante du modèle français, on peut imaginer en plus que le fardeau de la preuve pour la négligence du membre soit inversé, à l'instar de l'art. 101 CO.

Systèmes combinés

La responsabilité pour le risque organisationnel (pp. 263 ss.): Si ce terme, qui est souvent utilisé par la doctrine, est pris à la lettre, il en découle une responsabilité pour un risque typique d'organisation. Une telle responsabilité serait structurée de la même manière qu'une responsabilité causale aggravée au sens classique. Cependant, le risque organisationnel ne pourrait être un risque technique spécifique, car une responsabilité du fait de l'organisation doit logiquement frapper toute organisation, quels que soient les risques spécifiques que comporte son domaine d'activité.

L'analyse de la théorie des organisations a montré qu'il existe en effet toute une série de risques organisationnels typiques. Cependant, je doute que les facteurs précités constituent globalement un risque suffisamment élevé pour fonder une responsabilité causale aggravée,

en tenant compte notamment du fait qu'une organisation comporte également des facteurs de sécurité. De plus, certains facteurs de risque ne présentent un danger particulier que s'ils se combinent avec une activité dangereuse. Des problèmes de communication par exemple sont nettement moins dangereux dans une papeterie que pendant l'atterrissage d'un avion. De ce point de vue, les risques organisationnels se distinguent des risques techniques sanctionnés par des responsabilités causales aggravées, parce que ceux-ci présentent un potentiel de danger inhérent à l'activité en cause. Le courant électrique, l'énergie nucléaire, une locomotive en route ne perdent pas leur dangerosité intrinsèque, que leur utilisation soit bien ou mal organisée. Il me semble donc erroné d'appeler risques organisationnels les risques typiques découlant par exemple de la fabrication en masse de produits ou d'événements sportifs ou culturels de masse.

Il se pose en outre la question de savoir s'il serait possible de formuler la manifestation d'un risque organisationnel dans l'état de fait. Or, il s'est avéré que si on voulait retenir le risque organisationnel comme une condition centrale de responsabilité (non pas seulement comme critère pour déterminer le lien fonctionnel, comme c'est le cas en droit néerlandais), il semble quasiment impossible de formuler la manifestation d'un tel risque sans faire référence à un défaut de diligence. Il paraît donc plus transparent au vu de la sécurité juridique de mentionner le défaut de diligence directement dans l'état de fait.

La responsabilité pour le seul comportement (illicite) d'une organisation (pp. 273 ss.): Il est ensuite possible de rattacher une responsabilité civile au seul fait que la cause qui a provoqué un dommage provient de l'intérieur de l'organisation, sans faire référence à un défaut de diligence ou à la manifestation d'un risque organisationnel ou technique. Une telle responsabilité résulterait par exemple de l'élimination de la preuve libératoire prévue à l'art. 55 CO. Cette forme de responsabilité, qui paraît la plus sévère, est au surplus concevable dans deux variantes, avec ou sans la condition de l'illicéité.

Une telle responsabilité présenterait certes certains avantages. Elle aurait pour effet de protéger les lésés de manière intégrale. En plus, elle tiendrait compte de l'existence de certains risques organisationnels tout en évitant le problème de devoir formuler un « risque organisationnel », car la manifestation d'un tel risque ne serait pas une condition de responsabilité. En revanche, il faut mentionner une série d'inconvénients non négligeables. Il est tout d'abord douteux de fonder une responsabilité presque uniquement sur des considérations d'ordre économique (internalisation des coûts externes). Ensuite, la difficulté que pourrait avoir le lésé de prouver un défaut de diligence peut être atténuée par un renversement du fardeau de la preuve, déjà prévu à l'art. 55 CO. Une responsabilité soumise à la seule condition du lien de causalité présenterait en plus le désavantage d'être particulièrement rigide, en limitant de manière drastique les possibilités pour le tribunal de nuancer la responsabilité en fonction des particularités du cas d'espèce. Ainsi, certains facteurs de réduction de l'indemnité, tels que la faute légère du responsable ou le cas fortuit concurrent, n'ont qu'une application limitée par rapport aux responsabilités causales aggravées. Un élément de négligence permettrait par contre une flexibilité suffisante tant au niveau du principe de responsabilité qu'au niveau de la fixation de l'indemnité.

Pour certains cas importants, notamment les omissions et les atteintes aux intérêts spécifiquement protégés, l'analyse de la responsabilité de l'Etat montre d'ailleurs qu'il est logiquement impossible d'appliquer les conditions de l'illicéité et du lien de causalité sans faire référence à la diligence objective. Enfin, face à une responsabilité du fait de l'organisation basée sur le seul lien de causalité (ainsi que le rapport de subordination et le lien fonctionnel), les autres responsabilités causales tant simples qu'aggravées risqueraient de perdre une part de leur signification, dans la mesure où elles sanctionnent des activités exercées en premier lieu par des organisations. Or, il ne correspondrait guère à l'esprit du droit suisse de

la responsabilité civile qu'une responsabilité générale, peut-être même subsidiaire, soit plus sévère que les responsabilités causales spécifiques, pourtant introduites pour leur sévérité.

En résumé, il ne semble pas non plus souhaitable de structurer la responsabilité du fait de l'organisation sous la forme d'une responsabilité soumise au seul lien de causalité, même si on y ajoute la condition de l'illicéité.

La responsabilité pour la négligence organisationnelle (art. 49 et 49a de l'avant-projet) (pp. 286 ss.): Il faut certes saluer les propositions prévues aux art. 49 et 49a de l'AP dans la mesure où elles rattachent une responsabilité à un défaut de diligence, élément qui permet une certaine flexibilité dans l'application de la responsabilité. Cependant, il est regrettable que cette diligence soit limitée aux seuls facteurs organisationnels, comme cela vient d'être exposé plus haut. La distribution de la responsabilité pour les auxiliaires sur deux normes suscite également quelques doutes. Il faut craindre que ce système ne débouche sur des problèmes de délimitation et d'interprétation. Quant à d'autres éléments, tels que le lien fonctionnel ou le rapport de subordination, ils seront abordés plus bas.

La responsabilité pour négligence objective (pp. 291 ss.): Certains auteurs ont proposé d'introduire une responsabilité du fait de l'organisation basée sur une négligence objective qui ne serait pas limitée aux facteurs organisationnels. Cette proposition va dans la bonne direction. Toutefois, afin de tenir compte du caractère systémique et collectif de l'organisation, il faudra élargir la notion de négligence objective à la négligence collective.

Les conditions générales de la responsabilité du fait de l'organisation : le lien de subordination et le rapport fonctionnel

Le lien de subordination (pp. 295 ss.): Il paraît évident que l'exploitant ne doit pas répondre de tous les actes de tout tiers, mais seulement des actes dommageables commis par des personnes qui se trouvent dans une relation qualifiée avec l'organisation. Communément, on parle d'un lien de *subordination* : le maître doit avoir du moins la possibilité générale de donner des instructions au membre, de surveiller ce dernier et de le sanctionner en cas de faute. Une personne qui bénéficie d'un minimum d'indépendance juridique et/ou de fait à l'égard de l'exploitant de l'organisation – tel un avocat ou un entrepreneur – n'est en principe pas considérée comme l'auxiliaire de l'exploitant selon le droit suisse actuel. Du point de vue du droit comparé, il faut relever que le droit néerlandais prévoit expressément une responsabilité du maître pour des agents indépendants, bien que les tribunaux aient fait preuve d'une application restrictive de ce principe. En droit allemand et anglais, on trouve également certaines traces d'une responsabilité pour agents indépendants, sans que celle-ci ne soit érigée en principe. Si certaines considérations militent en faveur d'une extension de la responsabilité du maître à des indépendants (p. ex. le phénomène de l'*outsourcing* ou le rapprochement des responsabilités délictuelle et contractuelle), d'autres s'y opposent (p. ex. l'analyse économique ou le principe de la solidarité selon les art. 50 et 51 CO). En *résumé*, j'estime qu'il faut maintenir la condition du lien de subordination, pourvu qu'il soit appliqué de manière flexible en fonction des circonstances du cas d'espèce.

Le rapport fonctionnel (pp. 302 ss.): Selon la tradition juridique européenne, la connexité entre l'acte dommageable du membre de l'organisation et celle-ci ne doit pas seulement exister par rapport aux personnes impliquées, mais au surplus en relation avec la nature de l'acte. Il est généralement admis que le maître ne répond pas des actes accomplis par l'auxiliaire à titre privé. Au-delà de ce principe, on peut observer une diversité d'opinions quant à la détermination du cercle d'actes dont le maître répond. Si pour certains auteurs et tribunaux un acte accompli par l'auxiliaire à la seule occasion du travail suffit pour engager

le maître, d'autres exigent un rapport plus étroit entre les attributions de l'auxiliaire et l'acte dommageable. Pour définir le rapport fonctionnel, plusieurs critères entrent en ligne de compte. Ils conduisent parfois à des résultats contradictoires. Deux exemples servent à illustrer ce problème : si on se réfère aux buts de l'organisation, un acte contraire à ces buts n'engage pas l'exploitant, même s'il a été accompli pendant les heures de travail et sur le lieu de travail. Si on se réfère au temps et lieu du travail, un acte dommageable accompli pendant le travail engage le maître, même si ce dernier avait interdit le comportement dommageable et qu'il n'était pas possible pour le maître de prévoir ce comportement.

Au regard du droit comparé, les tribunaux appliquent souvent un régime nuancé selon les particularités du cas d'espèce, en combinant plusieurs critères et sans retenir une solution schématique. Il semble toutefois que le rapport fonctionnel soit entendu dans un sens plus large en droit français et américain qu'en droit allemand, anglais et suisse, tandis que le législateur néerlandais a opté pour une position médiane. De manière générale, on ne peut pas conclure qu'une responsabilité pour des actes accomplis par l'auxiliaire à la seule occasion du travail, sans rapport direct avec l'exécution de certaines tâches, soit exclue de manière systématique en droit actuel. *De lege ferenda*, il me semblerait adéquat de se référer en premier lieu à la question de savoir dans quelle mesure l'engagement de l'auxiliaire et son activité pour l'organisation ont favorisé causalement et de manière abstraite le résultat dommageable ; cette approche sera alors complétée par une série d'autres critères. Ainsi, l'on arrive dans certains cas - mais non de manière systématique - à une responsabilité du maître même pour des actes accomplis à la seule occasion du travail. En revanche, ni le critère du lieu ou du temps de travail, ni celui du risque typique d'exploitation ni encore la distinction entre obligations principales et accessoires ne devraient se trouver au centre de l'analyse.

La responsabilité pour négligence collective (proposition propre)

Nécessité de l'élément de négligence (pp. 310 ss.): Il découle des explications qui précèdent qu'il faut rattacher une responsabilité du fait de l'organisation à un élément de négligence. Il ne semble guère possible de formuler un risque organisationnel typique ; quant à une responsabilité basée sur la seule causalité et/ou l'illicéité, elle paraît trop sévère et peu praticable.

Suppression de la distinction entre les organes et les auxiliaires en droit délictuel (pp. 311 ss.): S'agissant de la responsabilité extracontractuelle d'une organisation, il semble nécessaire de supprimer la distinction entre les auxiliaires et les organes. Maintenir des régimes différents pour ces deux catégories de membres d'organisation signifierait traiter de manière différente des constellations de fait sensiblement similaires.

Action collective et négligence collective (pp. 313 ss.) : Le « comportement » d'une organisation peut certes se manifester en un acte individuel d'un membre concret et individualisable. Mais le plus souvent, les actes d'une organisation présentent un caractère systémique, collectif, et ne constituent pas une simple addition de comportements individuels. Etant donné l'existence de buts organisationnels, de normes de comportement qui s'imposent à tous les membres, des effets de dynamisme de groupe, des ironies de l'automation, des synergies etc., la différence entre l'action individuelle et l'action organisée est de nature qualitative, non pas uniquement quantitative. La référence à une négligence individuelle n'est donc souvent pas propre à décrire de manière suffisante les défauts dont un acte dommageable émanant d'une organisation est affecté. Il faut dès lors chercher à définir un concept de négligence collective.

Les cas de « négligence collective » en droit actuel (pp. 314 ss.): A l'heure actuelle, on trouve déjà en droit suisse plusieurs institutions de responsabilité qui, sans la désigner expressément en ces termes, englobent l'idée d'une négligence collective. Dans le domaine de la violation positive du contrat par exemple, le TF a tendance à imputer tout acte ou état dommageable à l'exploitant de l'organisation et à examiner ces faits sous l'angle d'une violation de devoirs généraux de prudence, sans égard à la nature du contrat en question ou à la qualification du membre de l'organisation qui a été à l'origine du dommage (v. p. ex. la jurisprudence concernant des accidents de ski). D'autres domaines où l'on retrouve une sorte de négligence collective sont la responsabilité de la personne morale pour ses organes (dans l'hypothèse où l'acte dommageable émane d'une décision d'un organe collectif), l'art. 55 CO et en particulier la responsabilité de l'Etat pour ses agents (art. 3 LRCF). Enfin, on retrouve l'idée d'une notion « sociale » de la faute à la base du nouvel art. 100^{quater} CP, qui prévoit la punissabilité des personnes morales.

La négligence collective de lege ferenda (pp. 319 ss.): Les normes de responsabilité décrites – soit les art. 55 CO, 55 al. 2 CC, 101 CO et 3 LRCF – concernent toutes la responsabilité d'une organisation et impliquent toutes dans une certaine mesure une notion de négligence collective. Néanmoins, elles forment un complexe de normes hétérogènes quant aux conditions et aux effets de la responsabilité, sans qu'une raison pertinente pour cette hétérogénéité soit vraiment apparente. *De lege ferenda*, il semblerait donc souhaitable de trouver un principe général et uniforme d'une responsabilité de l'organisation qui serait basé sur l'idée de la négligence collective. Pour établir un tel principe, il faudrait imputer dans un premier temps à l'exploitant tout acte ou circonstance étant la cause unique ou partielle du dommage et émanant de l'intérieur de l'organisation, comme si l'organisation était une seule et même personne (mais sans qu'elle revête nécessairement la forme d'une personne morale). Le comportement « collectif » de l'organisation ainsi imputé ne conduirait toutefois pas automatiquement à une responsabilité causale de l'exploitant. Celle-ci ne serait engagée qu'à la condition que le comportement viole un standard de diligence collectif (ce qui n'exclut évidemment pas que même un comportement individuel d'un membre d'organisation soit propre à engager la responsabilité de l'exploitant). En raison de l'abstraction de la négligence d'un comportement individualisé, la négligence devra être entendue dans un sens objectivé. Une telle forme de responsabilité n'est pas totalement étrangère au droit actuel, dans la mesure où elle constitue une sorte de combinaison entre les normes précitées (v. à cet égard aussi les ECTIL-Principles).

La notion de diligence et la détermination du degré de diligence

Remarque préliminaire (pp. 322 ss.): La référence à un élément de négligence dans l'état de fait soulève le problème délicat de la détermination du degré de diligence nécessaire et suffisant pour que le défendeur puisse s'exonérer. Dans la mesure où la négligence collective doit reposer sur une notion objectivée de diligence, il semblait nécessaire d'analyser ce que signifie « objectivation » de la négligence, terme souvent utilisé en doctrine par rapport à l'objectivation de la faute.

La relation entre la négligence et l'illicéité (pp. 323 ss.) : La faute s'est d'abord objectivée par le biais d'une confusion, respectivement d'une combinaison entre la négligence (c'est-à-dire la faute ou la violation de diligence) et l'illicéité. Cette confusion me semble en quelque sorte inhérente au système, dans la mesure où il n'existe qu'une différence graduelle, mais non de qualité entre la violation d'une norme de l'ordre juridique et celle d'un devoir de diligence, les devoirs de diligence constituant en quelque sorte la concrétisation de normes générales (comme le principe « *neminem laedere* »). Déterminer par exemple si

une omission dommageable était illicite implique de répondre à la question de savoir si le fait pour le défendeur (ou les personnes dont il répond) de se comporter conformément à l'ordre juridique aurait empêché le dommage de se produire (comportement alternatif hypothétique). Cette question revient à examiner si le comportement dommageable était négligent. Cette approche ressort par exemple de la jurisprudence relative à la responsabilité de l'Etat. L'observation que l'illicéité et la faute ont tendance à se confondre a amené une partie de la doctrine à proposer une *théorie de l'illicéité par le comportement* (*Lehre vom Verhaltensunrecht*).

Les auteurs qui s'opposent à une objectivation de la faute soulignent que le fait qu'un acte soit illicite ne signifie pas automatiquement qu'il soit moralement répréhensible (*vorwerfbar*). Il le serait uniquement si la situation subjective du défendeur lui aurait permis de prévoir et d'éviter le dommage. Si cette remarque garde toute sa signification pour une conception subjectivée de la faute, il ne faut toutefois pas perdre de vue que la notion du « reproche » ne peut rester obscure ou mythique, mais doit être concrétisée à l'aide d'une série de critères qui ressemblent sensiblement à ceux auxquels on recourt pour statuer sur le défaut de diligence. Ces critères s'articulent le long d'un *continuum* qui va des facteurs purement subjectifs (tels que la maladie ou la faiblesse d'esprit) à des facteurs objectifs (tels que la prévisibilité *ex post* ou le danger effectivement créé par les circonstances imputables au défendeur). Ainsi la prévisibilité n'est pas uniquement subjective ou objective, mais toujours plus ou moins subjectivée ou objectivée. La jurisprudence en matière de responsabilité de l'Etat par exemple montre que même la question de la violation d'une norme de protection doit être élucidée en fonction de ce que les autorités étaient en mesure de prévoir avant l'atteinte dommageable. Ainsi, on tient compte d'une sorte de prévisibilité semi-objective, dans la mesure où l'on fait abstraction des capacités des fonctionnaires pris individuellement, mais où l'on se place tout de même dans une perspective *ex ante*. C'est ainsi que l'élément du reproche moral typique de la responsabilité acquilienne revient partiellement dans l'analyse de la négligence objective.

La relation entre la diligence, la prévisibilité et le rapport de causalité (pp. 331 ss.) : La perspective *ex ante* pour statuer sur la prévisibilité en matière de négligence se distingue du point de vue *ex post*, retenu pour juger le caractère adéquat du rapport de causalité en application du « pronostic rétrospectif objectif ». Si la négligence était elle aussi appréciée à partir d'une perspective *ex post*, un acte constituant la cause adéquate d'un dommage devrait être jugé automatiquement négligent, ce qui aboutirait à admettre une responsabilité pour simple causalité. Or, cette conséquence est indésirable comme on l'a dit plus haut. La notion de prévisibilité utile pour statuer sur la négligence objective doit se situer entre la prévisibilité subjective *ex ante* (au sens de la responsabilité pour faute subjectivée) et le pronostic rétrospectif objectif appliqué dans la théorie de la causalité adéquate.

La gravité du risque et la prévisibilité objective comme critères de base pour déterminer la gravité du devoir de diligence

Risque et comportement hypothétique de comparaison (pp. 337 ss.) : Afin de décider si les comportements imputables au défendeur sont négligents, il faut les comparer avec le comportement qu'aurait adopté une personne (ou une organisation) hypothétique suffisamment diligente. Ce sera en fonction des caractéristiques de cette personne hypothétique de comparaison qu'on appréciera l'étendue de la diligence qu'on était en droit d'attendre de l'auteur du préjudice. C'est à ce stade du raisonnement que l'élément du *risque* intervient en quelque sorte par la petite porte: plus le danger créé est grave, plus le savoir (dont les facultés de prévision font partie) et les capacités qu'on attend de la personne (resp. de

l'organisation) hypothétique de comparaison sont élevées. Il existe ainsi une relation dialectique entre la prévisibilité et le risque. On ne peut toutefois attendre de l'organisateur un comportement parfait, mais uniquement un comportement accessible à des experts réels (voir à cet égard aussi l'art. 50 AP).

Détermination du risque (pp. 341 ss.): Le raisonnement décrit se fait en deux étapes, en partant de la distinction entre le risque abstrait et concret. Dans un premier temps, il s'agit de déterminer les risques généraux, statistiques, en quelque sorte « abstraits » de l'activité dommageable. En fonction de ces risques, on détermine alors les capacités qu'une organisation hypothétique de comparaison doit avoir (p. ex. bon professionnel pour sécuriser une piste de ski, auxiliaire sans formation particulière pour charger des légumes à la Migros, scientifique avéré pour gérer une centrale nucléaire etc.). Dans une deuxième étape, il faut déterminer quelles mesures de sécurité cette personne hypothétique de comparaison aurait entrepris étant donné les circonstances concrètes. Tenir compte uniquement du risque abstrait n'est pas très utile pour nuancer une responsabilité basée sur la négligence, car des accidents représentent souvent la conséquence d'une activité présentant un certain degré de dangerosité, sans qu'il y ait nécessairement eu d'acte négligent.

Imputation du savoir (pp. 347 ss.: Il reste à préciser que ce ne sera ni uniquement le savoir et le savoir-faire des membres de la direction ou, inversement, les capacités d'un auxiliaire éventuellement fautif qui sont déterminants. Si un exploitant d'une organisation est défendeur, le savoir de tous les membres lui est en principe imputé ; cette exigence découle du concept de la négligence collective. Ce principe de l'imputation absolue du savoir (*absolute Wissensvertretung* ou *Wissenszurechnung*) peut souffrir certaines exceptions en fonction du cas concret.

En résumé, il me semble tout à fait possible de manier une notion objectivée de la négligence sans aboutir pour autant à une responsabilité quasiment causale. Une série d'ATF rendus par rapport à la responsabilité de l'Etat, à la violation positive du contrat ou encore à l'art. 58 CO renforcent cette conclusion (v. un choix d'arrêts concernant la prévisibilité objective ex ante aux **pp. 335 ss.**, par rapport à la corrélation entre le risque et les devoirs objectifs de diligence aux **pp. 348 ss.**). Il est d'autant plus intriguant que le TF n'ait pas fait preuve de la même flexibilité dans l'interprétation de l'art. 55 CO, qui est pourtant la norme subsidiaire fondamentale pour la responsabilité des organisations et d'ailleurs la seule qui fait expressément référence à la « diligence ». La rigueur dans l'interprétation de l'art. 55 CO s'explique certes par le souci du TF de combler l'absence de responsabilités causales aggravées dans certains domaines (p. ex. les véhicules à moteur, les produits défectueux). Mais la décision de sanctionner une activité ou un état de fait déterminés par une responsabilité causale aggravée plus sévère que les responsabilités générales subsidiaires ressort de la compétence du législateur.

La répartition du fardeau de la preuve et la question de la canalisation

Plusieurs raisons militent en faveur de la solution qui consiste à *renverser le fardeau de la preuve (pp. 357 ss.)* par rapport à la négligence collective en faveur du lésé, à l'instar de l'art. 55 CO. On notera en particulier le parallélisme avec l'art. 101 CO, l'existence d'une série de facteurs de risque organisationnel typiques qui justifient que la responsabilité de l'organisation soit tout de même plus sévère que la responsabilité aquilienne, et enfin l'expérience que l'exploitant est mieux en mesure que le lésé d'apporter des preuves concernant les circonstances internes à l'organisation.

Quant à la *canalisation (pp. 365 ss.)*, ce sont surtout des raisons économiques et éthiques qui suggèrent de maintenir en principe la responsabilité externe du membre envers le lésé, solidairement avec celle de l'exploitant. La question de savoir si la responsabilité externe du membre devrait être limitée n'était pas au centre du présent travail. Une telle limitation semble concevable, soit par le biais de la notion de solidarité (en introduisant une solidarité limitée au sens de l'art. 53b al. 2 AP), soit en droit du travail (à l'image de certains droits étrangers, tel le droit allemand).

Proposition d'une disposition légale (pp. 366 ss.)

Le concept d'une négligence collective pourrait être concrétisé dans une norme avec la teneur suivante :

> *1 Une personne, qui délègue l'exécution de travaux à d'autres personnes, répond du dommage causé de manière illicite par ces derniers dans l'accomplissement de leur travail.*
>
> *2 Le défendeur ne répond pas du dommage s'il prouve qu'il a pris les mesures propres à éviter des dommages du genre de celui qui s'est produit et qu'on pouvait raisonnablement exiger du défendeur, étant donné les circonstances concrètes et le danger généralement prévisible de l'activité dans le cadre de laquelle le dommage s'est produit.*

Cette proposition s'inspire de l'art. 55 CO actuel mais apporte quelques différences importantes : - les organes et les auxiliaires sont traités de manière identique ; - la diligence qu'on attend de l'organisation ne se limite pas aux facteurs organisationnels ; - il est fait référence à la fois au danger abstrait et concret ainsi qu'à la prévisibilité *ex ante*.

Oliver Waespi
Dr. iur.

Organisationshaftung

Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung

Das vorliegende Buch geht der Frage nach, ob und wie streng Organisationen zivilrechtlich für Schäden haften sollen, die durch ihre Mitarbeiter verursacht werden. Die Darstellung von Haftungsformen des geltenden Rechts – insbesondere Art. 55 OR und die Staatshaftung – wird durch rechtsvergleichende Aspekte sowie durch eine umfassende interdisziplinäre Analyse ergänzt. Dabei werden ethische und ökonomische Überlegungen ebenso berücksichtigt wie betriebswirtschaftliche und organisationspsychologische Gesichtspunkte, besonders hinsichtlich wirtschaftlicher Unternehmen. Im Zentrum steht dabei die Frage, ob ein typisches Organisationsrisiko existiert. Der interdisziplinäre Ansatz wird schliesslich zu einer juristischen Synthese gebündelt, die in eine Kritik an der herrschenden Auslegung von Art. 55 OR und in den eigenen Ansatz einer Organisationshaftung für kollektive Unsorgfalt mündet.

Stämpfli Verlag AG Bern
www.staempfliverlag.com

ISBN 3-7272-0436-2