



Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden

MICHAEL HOCHSTRASSER

Die schweizerische Lehre ist heute überwiegend der Ansicht, die Haftung für Personenschäden könne vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Dies steht im Widerspruch nicht nur zur Vertragsfreiheit, sondern auch dazu, dass es anerkanntermassen zulässig ist, in eine Körperverletzung einzuwilligen oder auf eigene Gefahr zu handeln. Der Beitrag analysiert die Argumente für und gegen eine Freizeichnung bei Personenschäden und kommt zum Schluss, dass eine Freizeichnung – im Grundsatz – zulässig ist. Allerdings bestehen wichtige Schranken und ist die Freizeichnung im Einzelfall kritisch zu prüfen.

Aujourd'hui, la doctrine suisse est majoritairement d'avis que la responsabilité pour les dommages corporels ne peut pas être exclue par contrat. Cette conception est non seulement contraire à la liberté contractuelle, mais également au fait que l'on reconnaît la possibilité de consentir à une lésion corporelle ou d'agir à ses risques et périls. La contribution analyse les arguments pour ou contre une exclusion de responsabilité en cas de lésions corporelles et parvient à la conclusion qu'une telle clause est – en principe – licite. Toutefois, il existe des limites importantes et l'exclusion de responsabilité doit être examinée avec attention au cas par cas.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Argumente für und wider eine Freizeichnung bei Personenschäden
 1. Übersicht
 2. Analogieschluss aus spezialgesetzlichen Verboten
 3. Körperliche Integrität als zu hohes Rechtsgut (Art. 27 Abs. 2 ZGB)
 - a. Allgemeines
 - b. Vergleich: Einwilligung in eine Körperverletzung
 - c. Vergleich: Handeln auf eigene Gefahr
 - d. Bei einem Vermögensschaden kann die Betroffenheit ebenso schwer sein
 - e. Nur die Haftungsfolgen werden modifiziert
 - f. Zwischenfazit
 4. Verminderung des Anreizes zur gehörigen Vertragserfüllung
 5. Nicht tragbare Kosten der ärztlichen Behandlung
 6. Fazit
- III. Gedanken zur Vertragsfreiheit
- IV. Schranken der Freizeichnung
 1. Spezialgesetzliche Verbote
 2. Art. 12 ff. ZGB
 3. Art. 100 Abs. 1 OR
 4. Art. 8 UWG (AGB-Kontrolle)
 5. Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19/20 OR
 6. Natur des Geschäfts?
- V. Drittwirkung und weitere Fragen
 1. Versorgungsschaden
 2. Regress des Unfallversicherers
 3. Verbot Baustelle zu betreten
- VI. Schluss

I. Einleitung

Schlägt man heute einen Kommentar auf oder nimmt man andere juristische Literatur zur Hand, dann liest man dort, eine Freizeichnung¹ von der Haftung für Personenschäden sei unzulässig.² Zwei Parteien könnten also nicht

¹ Unter «Freizeichnung» verstehe ich die von den Parteien im Voraus getroffene vertragliche Abrede, dass die Haftung beschränkt oder ausgeschlossen sein soll.

² MARTINA BUOL, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Fribourg, Zürich 1996, N 336; ANDREAS FURRER/RAINER WEY, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (zit. CHK-Verfasser), Art. 1–183 OR, 3. A., Zürich 2016, Art. 100 OR N 19; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich, 2011, N 2573; HANS GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, 77; CLAIRE HUGUENIN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser), Art. 19/20 OR N 44; ALFRED KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Fribourg, Zürich 1980, 113 f.; ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Bd. VI/1/2/1a, Art. 19–22 OR, Bern 1991, Art. 19–20 OR N 212; THOMAS LÖRTSCHER, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977, 222 f.; THOMAS OESCH, Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht und ihre Schranken, Diss. Basel 1978, 126 f., 170; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Bd. V/1 (zit. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER), Art. 1–183 OR, 2. A., Zürich 1929, Art. 58 OR N 17; VITO ROBERTO, Haftpflichtrecht, Bern 2013, N 04.137; JÖRG SCHMID, Die Folgen der Nichterfüllung, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, 318; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. A., Bern 2012, N 24.14; PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 5. A., Zürich 2012, N 1267; BSK OR I-WIEGAND (FN 2), Art. 100 OR N 4. Ebenso das Ober-

miteinander vereinbaren, dass die eine der anderen keinen Schadenersatz leisten muss, falls jene verletzt wird.

Auf den ersten Blick mag das sinnvoll erscheinen: Wenn jemand verletzt wird, soll der Verantwortliche dafür einstehen; der Verletzte ist zu schützen. Bei näherem Hinsehen fragt man sich aber: Ist das Verbot der Freizeichnung in jedem Fall richtig? Gibt es nicht auch Fälle, in denen die Parteien frei sein sollen, die Haftung (und den Verzicht darauf) nach ihren Vorstellungen zu regeln? Zwei Beispiele:

1. A möchte eine Bergtour machen und fragt Bergführer B an. Wegen der hohen Lawinengefahr lehnt B ab. Das Risiko sei zu gross; für sich alleine würde er schon gehen, er könne aber nicht als Bergführer die Verantwortung für A übernehmen. A überredet B, ihn trotzdem zu begleiten. Um die Haftung solle er sich nicht sorgen; er (A) zeichne ihn (B) von seiner Haftung frei.

2. C ist Eigentümer einer stillgelegten alten Fabrik, deren Abbruch der Heimatschutz verhindert hat. D betreibt einen Rettungsdienst. Er fragt C an, ob er auf dem Gelände Ausbildung betreiben dürfe; die zum Teil eingestürzten Gebäude seien ideal, um die Rettung aus den Trümmern nach einem Erdbeben zu trainieren. C bringt der Anfrage Sympathie entgegen. Schweren Herzens lehnt er aber ab; sein Anwalt habe ihn darauf hingewiesen, dass er als Werkeigentümer haftbar wäre, wenn sich jemand verletzte. D offeriert, dass er (und alle Teilnehmer) auf die Haftung verzichten.

In beiden Fällen schliessen die Parteien die Haftung aus. Sie tun das als erwachsene Leute, freiwillig und im Wissen um die Konsequenzen. Ohne die Freizeichnung wäre der Bergführer nicht bereit auf die Tour zu gehen und der Werkeigentümer würde das Gelände nicht zur Verfügung stellen.

Der Freizeichnung steht nun aber die genannte Lehre entgegen. In den jüngeren Publikationen sind die Vertreter dieser Ansicht in der klaren Mehrzahl, mit steigender Tendenz. Mitunter heisst es bereits, dies sei «*die allgemeine Auffassung*»³ oder: «*Die Lehre ist sich in diesem Punkt einig*».⁴

Dass es auch andere Lehrmeinungen⁵ gibt, wird oftmals nicht erwähnt. Auch das Bundesgericht wird nicht

genannt oder es heisst, dieses habe sich nicht klar geäussert.⁶ Verschwiegen wird, dass das Bundesgericht einschlägige Erwägungen publiziert hat. In BGE 99 II 315 ff., E. 5.b führte es zu einem Autounfall, bei dem der Beifahrer verletzt wurde, aus: «*Es hätte [...] einer besonderen Abrede bedurft, nicht um die Haftung für Personenschäden einzubeziehen, sondern um sie auszuschliessen.*» Und in BGE 113 II 246 ff., E. 7 zu einem Skifahrer, der bei einem Ausweichmanöver gegen den Anbau der Talstation stürzte und sich verletzte, heisst es: «*Da die Vertragshaftung nicht zu höheren Anforderungen an die Pistensicherung führt als die ausservertragliche Haftung, könnte auch eine Wegbedingung der vertraglichen Haftung, soweit eine solche bei einer konzessionierten Luftseilbahn überhaupt möglich ist (Art. 100 Abs. 2, Art. 101 Abs. 3 OR), der Bahnunternehmung keinen Vorteil bringen.*» Das Bundesgericht erwägt also, dass die Freizeichnung nichtig sein könnte, weil das Seilbahnunternehmen konzessioniert ist – mit keinem Wort deutet es aber an, dass es unzulässig wäre, die Haftung für Personenschäden wegzubedingen.⁷

Was gilt denn nun: Ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung überholt? Oder ist die heutige Lehre auf dem Holzweg?

II. Argumente für und wider eine Freizeichnung bei Personenschäden

1. Übersicht

Das Obligationenrecht lässt Freizeichnungen zu (vgl. Art. 100 OR), es macht für Personenschäden keine Ausnahme. Dem entspricht die Vertragsfreiheit: Die Parteien sind grundsätzlich frei, die Folgen ihres rechtlichen Tun und Lassens nach ihrem Willen zu regeln. Warum sollen

mehr erwähnt in KARL OFTINGER/EMIL STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. A., Zürich 1995, § 12 N 7); für eine beschränkte Zulässigkeit der Freizeichnung von Personenschäden HEINRICH HONSELL, Reformbestrebungen im schweizerischen Haftpflichtrecht, in: Ingeborg Schwenzer/Günter Hager (Hrsg.), FS Schlechtriem, Tübingen 2003, 743 ff., 759; BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 407 Fn. 214; BEAT ZIRLICK, Freizeichnung von der Deliktshaftung, Diss. Bern 2003, 279 ff.; MICHAEL HOCHSTRASSER, Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Diss. Zürich 2006, N 108 ff.

⁶ Z.B. SCHMID (FN 2), 318.

⁷ Vgl. im Übrigen das Urteil des BGer vom 7. Februar 1933, SemJud 1934, 1 ff.; BGE 60 II 341 ff., E. 3; BGE 71 II 236 ff., E. 4 und BGE 94 II 151 ff. sowie die Übersicht über die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei ZIRLICK (FN 5), 270 f; vgl. auch das Kantonsgericht Graubünden (ZF 33/38 vom 4. Juli 1988), E. 4.b und die Botschaft zum Pauschalreisegesetz (BBJ 1992 V 520 ff., 759).

gericht Zürich, Urteil vom 25. Januar 1957, ZR 56/1957, 201 ff., E. VII.3.d.

³ BSK OR I-WIEGAND (FN 2), Art. 100 OR N 4.

⁴ CHK-FURRER/WEY (FN 2), Art. 100 OR N 19.

⁵ KARL SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, 347 f. und 349; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Bd. VI/1/5, Art. 97–109 OR, Bern 2000, Art. 100 OR N 34; KARL OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Zürich 1975, 465 (nicht

sie nicht auch die Haftungsfolgen im Falle einer Körperverletzung regeln können?

Die Gegner einer Freizeichnung von Personenschäden argumentieren in erster Linie, die körperliche Integrität sei derart wertvoll, dass sie nicht rechtsgeschäftlich beschränkt werden könne (nachfolgend 3.). Weiter bringen sie vor, die Unzulässigkeit folge per Analogieschluss aus spezialgesetzlichen Verboten (dazu vorab 2.); die Freizeichnung vermindere den Anreiz des Schuldners, den Vertrag gehörig zu erfüllen (4.); und der Geschädigte könne sich unter Umständen keine ärztliche Behandlung leisten (5.).

2. Analogieschluss aus spezialgesetzlichen Verboten

Einige Spezialgesetze verbieten, die Haftung für Personenschäden zu beschränken oder auszuschliessen. Daraus schliesst ein Teil der Lehre, dies müsse analog auch dort gelten, wo das Gesetz dies nicht besonders anordnet.⁸

Der Analogieschluss allein hat freilich keine Aussagekraft. Aus einzelnen Verboten lässt sich nicht folgern, eine Freizeichnung sei für Personenschäden *analog* auch dort verboten, wo das nicht besonders geregelt ist – oder *e contrario* gerade erlaubt. Vielmehr ist aufgrund anderer Umstände, insbesondere dem Sinn und Zweck, zu entscheiden, ob die Wertung, die einer Regelung zugrunde liegt, auch auf einen anderen Sachverhalt zutrifft.

Eine Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden wird verboten von Art. 16 Abs. 1 Pauschalreisegesetz (PauRG), Art. 8 Produkthaftungpflichtgesetz (PrHG), Art. 87 Abs. 1 Strassenverkehrsgesetz (SVG), Art. 44 Personenbeförderungsgesetz (PBG), Art. 40e Abs. 1 Eisenbahngesetz (EBG), Art. 7 Abs. 2 Lufttransportverordnung (LTrV) und Art. 8 Abs. 1 Kernenergiehaftpflichtgesetz (KHG).⁹

Die meisten dieser Bestimmungen – PrHG, SVG, PBG, EBG, KHG¹⁰ – verbieten eine Freizeichnung generell und nicht nur für Personenschäden. Da eine Freizeichnung aber grundsätzlich zulässig ist (vgl. Art. 100 OR), kann aus den Verboten – welche die Freizeichnung vom Grundsatz abweichend sowohl für Personen- als auch

für Sach- und Vermögensschäden untersagen – nicht der Analogieschluss gezogen werden, die Haftung für Personenschäden (und nur für diese) könne generell nicht wegbedungen werden. Eine solche Unterscheidung zwischen Personen- und anderen Schäden wird in den Spezialgesetzen nicht getroffen.

Art. 7 Abs. 2 LTrV¹¹ befasst sich nur mit Personenschäden. Er verbietet dem Luftfrachtführer, seine Haftung für Schäden bis zu einem Betrag von 113'100 Sonderziehungsrechten (SZR) je Passagier auszuschliessen oder zu beschränken. Wenn die Haftung für Personenschäden bis 113'110 SZR nicht beschränkt werden kann, liegt der Schluss nahe, *e contrario* sei bei Schäden über 113'100 SZR eine Freizeichnung zulässig. In der luftrechtlichen Literatur wird das denn auch vertreten.¹² Der Schluss, die Haftung für Personenschäden könne im schweizerischen Recht generell nicht wegbedungen werden, liegt weniger nahe.

Somit bleibt Art. 16 Abs. 1 PauRG.¹³ Auch dieser verbietet eine Freizeichnung nur für Personenschäden. Ihm liegt jedoch keine besondere Absicht des schweizerischen Gesetzgebers zugrunde; vielmehr hat die Schweiz eine EU-Richtlinie nachvollzogen.¹⁴ Art. 16 Abs. 1 PauRG lässt sich daher keine Wertung des schweizerischen Gesetzgebers entnehmen, die sich analog auf andere Sachverhalte übertragen liesse. In der Botschaft des Bundesrates heisst es zudem: «Eine vertragliche Beschränkung der Haftung für Personen- und Sachschäden ist zulässig, wenn sie im Rahmen der Regelung von internationalen Übereinkommen erfolgt, die eine solche Haftungsbegrenzung vorsehen.»¹⁵ Nach Ansicht des Bundesrates ist eine Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden also nicht per se ausgeschlossen. Auch Art. 16 Abs. 1 PauRG legt keinen Analogieschluss nahe.

¹¹ Er ist Art. 21 Abs. 1 MÜ nachgebildet und inhaltlich identisch.

¹² Vgl. ELMAR GIEMULLA, in: Elmar Giemulla/Ronald Schmid (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, Bd. 3: Montrealer Übereinkommen, Frankfurt 2010, Art. 21 MÜ N 6.

¹³ «Art. 16 PauRG, Beschränkung und Wegbedingung der Haftung

¹ Die Haftung für Personenschäden, die aus der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages entstehen, kann vertraglich nicht beschränkt werden.

² Für andere Schäden kann die Haftung vertraglich auf das Zweifache des Preises der Pauschalreise beschränkt werden, ausser bei absichtlich oder grobfahrlässig zugefügten Schäden.»

¹⁴ Richtlinie 90/314 (EWG) des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABI L 158 vom 23. Juni 1990, 59 ff.; vgl. ZIRLICK (FN 5), 276. Keine besondere Absicht des schweizerischen Gesetzgebers liegt im Übrigen Art. 7 Abs. 2 LTrV zugrunde; die Lufttransportverordnung setzt das Montrealer Übereinkommen um und übernimmt dessen Grundsätze.

¹⁵ BBl 1992 V 520 ff., 759.

⁸ BUOL (FN 2), N 336; SCHMID (FN 2), 318; vgl. auch BSK OR I-WIEGAND (FN 2), Art. 100 OR N 4 und SCHWENZER (FN 2), N 24.14.

⁹ Gleichartige Verbote finden sich in Staatsverträgen: Art. 5 CIV (in der Fassung des Protokolls von Vilnius; SR 0.742.403.12); Art. 21 Abs. 1 und Art. 26 Montrealer Übereinkommen und Art. 18 Athener Übereinkommen. Vgl. im Übrigen Art. 2 lit. a LTrV i.V.m. Art. 26 MÜ.

¹⁰ Ebenso die in FN 9 genannten Staatsverträge.

Das Bundesgericht hat in zwei älteren Entscheiden aus den Freizeichnungsverboten in (den inzwischen aufgehobenen) Art. 16 Eisenbahnhaftpflichtgesetz und Art. 43 Abs. 1 Automobilgesetz *e contrario* geschlossen, dass es bei der Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR) – bei der kein solches Verbot besteht – grundsätzlich zulässig sei, die Haftung für Personenschäden auszuschliessen.¹⁶

Die spezialgesetzlichen Freizeichnungsverbote sind partikuläre Regelungen und nicht Ausdruck einer allgemeingültigen Wertung. Nichts spricht für einen Analogieschluss, einiges aber für den Umkehrschluss, dass die Haftung für Personenschäden überall dort wegbedungen werden kann, wo das Gesetz dies nicht verbietet.

3. Körperliche Integrität als zu hohes Rechtsgut (Art. 27 Abs. 2 ZGB)

a. Allgemeines

Argumentiert wird weiter, auf die körperliche Integrität könne niemand verzichten, das Rechtsgut sei zu wertvoll. Der Ausschluss der Haftung für Personenschäden sei deshalb sittenwidrig (Art. 27 Abs. 2 ZGB).¹⁷

Richtig daran ist: Die körperliche Integrität ist wertvoll und ein Verzicht auf sie darf nicht unüberlegt erfolgen. Der Schluss von der Wichtigkeit des Rechtsguts auf ein vollständiges Verbot der Freizeichnung geht indes zu weit. Er widerspricht auch dem Umgang mit der körperlichen Integrität auf anderen rechtlichen Ebenen. Das zeigt ein Vergleich mit der Einwilligung und dem Handeln auf eigene Gefahr:¹⁸

b. Vergleich: Einwilligung in eine Körperverletzung

Es ist allgemein anerkannt, dass in eine Körperverletzung eingewilligt werden kann.¹⁹ Die Einwilligung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft.²⁰ Sie führt dazu, dass die Rechtswidrigkeit entfällt (*volenti non fit iniuria*).²¹ Auch zufällige Verletzungen, die im Rahmen einer für erlaubt erklärten Tätigkeit eintreten, sind von der Einwilligung gedeckt.²²

Der Einwilligung sind allerdings Grenzen gesetzt: Eingewilligt werden kann in eine leichte Körperverletzung. Eine Einwilligung in eine schwere Körperverletzung ist jedoch nur möglich, soweit damit ein vernünftiges Ziel verfolgt wird.²³ Zulässig ist z.B. die Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff, vorausgesetzt der Patient wurde ordnungsgemäss aufgeklärt.²⁴ Bei Sportarten, die (wie das Boxen) zum Ziel haben, die körperliche Integrität des Gegners zu beeinträchtigen, soll nach einem Teil der Lehre sogar eine Einwilligung in regelkonform verursachte Verletzungen möglich sein.²⁵ Eine Einwilligung in die eigene Tötung soll dagegen nie möglich sein.²⁶

Zwischen einer Freizeichnung und einer Einwilligung gibt es durchaus Unterschiede. Insbesondere ist die Einwilligung jederzeit widerrufbar,²⁷ während die Aufhebung einer Freizeichnung nur im gegenseitigen Einverständnis (Art. 1 Abs. 1 OR) erfolgen kann. Auch bei einer Freizeichnung ist aber eine «Befreiung» möglich, indem der Gläubiger auf die Leistung, die seine Persönlichkeit gefährdet, verzichtet (z.B. der Bergsteiger nicht auf die Tour geht). Er verliert dann zwar den Anspruch auf die Leistung und wird unter Umständen schadenersatzpflichtig – doch kann auch der Widerruf einer Einwilligung finanzielle

¹⁶ Urteil des BGer vom 7. Februar 1933, SemJud 1934, 1 ff. und BGE 60 II 341 ff. In E. 3 des letzteren Entscheids heisst es: «Das Bundesgericht hat in seinem – nicht veröffentlichten – Entscheid vom 7. Februar 1933 i. S. Buchwalder c. Société immobilière chemin Furet E aus diesem ausdrücklichen Verbot der Haftungsbeschränkung, wie es ausser in Art. 16 EHG nun auch in Art. 43 Abs. 1 des Automobilgesetzes ausgesprochen ist, den gegenteiligen Schluss gezogen, dass es nämlich im Falle des Art. 58 OR mangels einer ausdrücklichen entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmung grundsätzlich zulässig sei, auf die Ansprüche aus Art. 58 OR zum Voraus zu verzichten, und zwar sei ein solcher Verzicht gleich zu behandeln wie die in Art. 44 Abs. 1 OR behandelte Einwilligung des Geschädigten in die unerlaubte Handlung.»

¹⁷ Vgl. LÖRTSCHER (FN 2), 222; OESCH (FN 2), 126 f.; SCHWENZER (FN 2), N 24.14; BUOL (FN 2), N 336; Erläuternder Bericht zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, von PIERRE WIDMER und PIERRE WESSNER, 1999, 259 f.

¹⁸ Dieser Vergleich schon bei ZIRLICK (FN 5), 277 ff.

¹⁹ Vgl. SCHWENZER (FN 2), N 50.36 und 50.39; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 2), Art. 41 OR N 22; BGE 117 II 547 ff., E. 3.b.

²⁰ EMIL W. STARK, Das sogenannte Handeln auf eigene Gefahr, SJZ 1954, 21–26 und 40–43, 24.

²¹ Die Legitimation dieses Grundsatzes beruht auf dem Gedanken der Selbstbestimmung (ANSGAR OHLY, «Volenti non fit iniuria», Die Einwilligung im Privatrecht, Habil., München 2001, 64).

²² So schon BGE 20 1011 ff., E. 4.

²³ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 2), Art. 41 OR N 22; HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENHARDT/MARTIN A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich 2013, § 5 N 19; vgl. auch das Urteil des BGer. in SemJud 1934, 1 ff., 10.

²⁴ BGE 117 Ib 197 ff., E. 2.a; BGE 108 II 59 ff., E. 2.

²⁵ SCHWENZER (FN 2), N 50.39.

²⁶ HONSELL/ISENHARDT/KESSLER (FN 23), § 5 N 19; MIRIAM A. FREI, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht, Diss. Zürich 2010, N 559; vgl. auch Art. 114 StGB.

²⁷ SCHWENZER (FN 2), N 50.36; CHK-AEBI-MÜLLER (FN 2), Art. 27 ZGB N 8 m.w.N., vgl. auch BGE 136 III 401 ff., E. 5.2.2 m.Hinw. auf a.M.

Konsequenzen haben, wenn z.B. der Patient kurz vor der Narkose die Operation widerruft.²⁸ Nach erfolgtem Eingriff ist der Widerruf der Einwilligung im Übrigen auch ausgeschlossen;²⁹ der Einwilligende steht im Ergebnis gleich da, wie wenn er einer Freizeichnung zugestimmt hätte: Er erhält keinen Schadenersatz. In anderer Hinsicht geht die Freizeichnung weniger weit als die Einwilligung: Sie betrifft nur die finanziellen Folgen der Haftung; die Schädigung bleibt rechtswidrig, weshalb – anders als bei der Einwilligung – Notwehr erlaubt ist.³⁰

Zusammenfassend ist es möglich, in eine Verletzung der körperlichen Integrität einzuwilligen. Das zeigt, dass der Schutz der körperlichen Integrität nicht absolut ist.

c. Vergleich: Handeln auf eigene Gefahr

Auf die Rechtsfigur des Handelns auf eigene Gefahr (*acceptation du risque*) greifen Rechtsprechung und Lehre vor allem im Zusammenhang mit risikoreichen Sportarten³¹ und Bergtouren³² (inkl. Skiabfahrten) zurück. Wer eine gefährliche Tätigkeit ausübt, muss die damit verbundenen Risiken selber tragen.³³ Er setzt sich bewusst einem erhöhten Unfallrisiko aus, er nimmt dieses in Kauf und handelt insofern auf eigene Gefahr.

Das Bundesgericht hat bereits 1916 in diesem Sinn entschieden. In Montricher (VD) spielten Jugendliche das damals beliebte Spiel «au vieux». Dabei mimte ein Spieler den Alten und versuchte, seine Kameraden mit einem Stock zu schlagen, während diese ihn auf unterschiedliche Weise provozierten und hänselten. Im Verlauf des Spiels warf ein Spieler einen Stein und traf damit einen anderen Spieler so unglücklich am linken Auge, dass jener einen irreparablen Sehschaden erlitt. Das Bundesgericht urteilte, dass der Werfer des Steins nicht hafte. Es erwog, die Mitspieler hätten freiwillig teilgenommen und die dem Spiel inhärenten Risiken bewusst in Kauf genommen. Der Spielverlauf sei im Wesentlichen zufällig, und Handlun-

gen, die im normalen Ablauf vorgenommen würden, seien nicht widerrechtlich. Widerrechtlich wäre es demgegenüber gewesen, wenn der Spieler einen grösseren oder einen spitzigen Stein genommen oder den Stein mit grosser Wucht geworfen hätte.³⁴

Im Grunde die gleichen Überlegungen werden heute beim (risikoreichen) Sport gemacht: Der Sportler nimmt nicht nur selbstverschuldete und zufällige Verletzungen in Kauf, sondern auch Verletzungen, die von anderen Spielern durch normale Fouls verursacht werden. Von der Inkaufnahme dieses Risikos nicht mehr gedeckt sind allerdings grobe Regelverstösse.³⁵

Wie das Handeln auf eigene Gefahr dogmatisch zu erfassen ist, ist umstritten: Eine Ansicht betrachtet es als Einwilligung.³⁶ Das ist m.E. nicht richtig, denn anders als der Einwilligende verzichtet der auf eigene Gefahr Handelnde nicht auf seine körperliche Unversehrtheit.³⁷ Eine andere Ansicht unterscheidet das Handeln auf eigene Gefahr von der Einwilligung, nimmt aber an, dass es ebenso wie jene die Widerrechtlichkeit einer Handlung aufhebe.³⁸ Und wieder eine andere Ansicht – die heute wohl herrschende – wertet das Handeln auf eigene Gefahr als Reduktionsgrund (Selbstverschulden³⁹) nach Art. 44 OR.⁴⁰ Dieser Ansicht ist zu folgen. Die Schädigung bleibt

³⁴ BGE 42 II 44 ff., E. 3 und 4: «[...] en prenant part volontairement à des jeux de cette nature, les participants acceptent, en connaissance de cause et tacitement, de courir certains risques inhérents à l'exercice auquel ils se livrent. Le caractère essentiellement fortuit des conséquences des péripéties du jeu efface la caractère illégal des actes rentrant dans le cadre normal de cet exercice [...]. [...] illicite [...] serait le cas par exemple, s'il s'était servi d'une pierre d'une certaine dimension ou d'une forme dangereuse, ou s'il l'avait jetée violemment contre le recourant. [...]».

³⁵ Vgl. ROLAND BREHM, Berner Kommentar, Bd. VI/1/3/1, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013 (zit. BK-BREHM), Art. 44 OR N 11–13; SCHWENZER (FN 2), N 16.11; FREI (FN 26), N 559; a.M. FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 2. A., Bern 2011, N 1217 f., nach welchem jeder Regelverstoss ein Handeln auf eigene Gefahr ausschliesst. Zur strafrechtlichen Seite vgl. BGE 134 IV 26 ff.; 121 IV 249 und 109 IV 102 ff.; DANIEL THALER, Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 24. Oktober 2007 – Angleichung der straf- und zivilrechtlichen Beurteilung von Fouls im Profisport?, CaS 2007, 490 f.

³⁶ Vgl. THOMAS HÜGL, Sportrecht, 2015, § 23 N 11 f.; BSK OR I-SCHNYDER (FN 2), Art. 52 OR N 21; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, Droit du sport, Zürich 2002, N 1183.

³⁷ So auch BK-BREHM (FN 35), Art. 44 OR N 10; vgl. BGE 109 IV 102 ff., E. 2.

³⁸ BGE 117 II 547 ff., E. 3.b; vgl. BK-BREHM (FN 35), Art. 41 OR N 63 und Art. 44 OR N 9 ff., der von einer unechten Einwilligung spricht. STARK (Fn. 20), 40 ff., nimmt einen (zusätzlichen) Ausschlussgrund an: die subjektive Nichtigkeit des Haftungsgrunds.

³⁹ Als *grobes* Selbstverschulden führt es sogar zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, vgl. FREI (FN 26), N 556.

⁴⁰ THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zü-

²⁸ ZIRLICK (FN 5), 278.

²⁹ Nachträglich kann sich der Einwilligende nicht mehr von der Einwilligung lösen; darin zeigt sich die Selbstverantwortung als Korrelat zur Selbstbestimmung (OHLY [FN 21], 79).

³⁰ ZIRLICK (FN 5), 278.

³¹ Z.B. BGE 134 IV 26 ff. (Eishockey, Miller/Mc Kim); 121 IV 249 (Eishockey, Antisin/Malkov); 109 IV 102 ff. (Fussball); vgl. auch BGE 117 II 547 ff. (Kartport; Gefährlichkeit verneint).

³² Vgl. MICHAEL BÜTLER, Gefahrensatz und Verkehrssicherungspflichten im Bergrecht, HAVE 2013, 35 ff., 60; DOMINIK KOCHOLL, Führung und Führer am Berg: Verhältnis zum Bergsportler und «erlaubte» Führungstechniken, HAVE 2013, 137 ff., 163 und 166.

³³ Vgl. BGE 117 II 547 f., E. 3.b; ausserdem BGE 130 III 193 ff., E. 2.5 («Gefahren, die einer Skiabfahrt als solcher eigen sind, trägt der Pistenbenützer selbst.») und das Urteil des Kantonsgerichts VS vom 7.3.2005, CaS 2006, 69 ff.

rechtswidrig, der Inkaufnahme des Risikos wird aber bei der Bemessung des Schadenersatzes Rechnung getragen. Art. 44 OR erlaubt den Schadenersatz nach den konkreten Umständen zu bemessen und ihn bis auf null zu reduzieren. Sofern die Spielregeln eingehalten bzw. die Sicherheitsmassnahmen ergriffen sind, hat der auf eigene Gefahr Handelnde keinen Schadenersatzanspruch; agiert der Haftpflichtige leicht fahrlässig, ist der Schadenersatz zu reduzieren, bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz besteht die volle Haftung.⁴¹

Vergleicht man das Handeln auf eigene Gefahr mit der Einwilligung, dann zeigen sich Unterschiede: Eine Einwilligung in den Tod ist nie und in eine schwere Körperverletzung nur dann möglich, wenn ein vernünftiger (z.B. ein medizinischer) Grund vorliegt. Im Unterschied dazu ist es zulässig, das Risiko schwerster Verletzungen und sogar des Todes in Kauf zu nehmen. Wer auf eigene Gefahr handelt, vertraut in der Regel darauf, dass eine Verletzung ausbleibt – er willigt also höchstens in die Gefährdung ein, nicht aber in die Verletzung.⁴²

Im Ergebnis kommt das Handeln auf eigene Gefahr einer Freizeichnung nahe. Auch mit der Freizeichnung akzeptiert der Gläubiger das Risiko, einen allfälligen Schaden selber zu tragen, ohne aber in die Schädigung einzuwilligen.⁴³ Tritt der Schaden ein, erhält sowohl der auf eigene Gefahr Handelnde als auch der die Freizeichnung Akzeptierende keinen oder bloss reduzierten Schadenersatz.

Wenn ein Handeln auf eigene Gefahr möglich ist und das Rechtsgut der körperlichen Integrität nicht entgegensteht, dann muss konsequenterweise auch eine Freizeichnung bei Personenschäden zulässig sein.

d. Bei einem Vermögensschaden kann die Betroffenheit ebenso schwer sein

In die gleiche Richtung zielt ein weiteres Argument: Der Geschädigte kann von einem Sach- oder Vermögensschaden ebenso schwer betroffen sein, wie von einem Personenschaden⁴⁴ (oder sogar schwerer).

Erteilt z.B. ein Anwalt einen falschen Rat, kann das ein Unternehmen in den Konkurs treiben und dazu füh-

ren, dass zahlreiche Mitarbeiter ihre Stelle verlieren. Der Vermögensschaden kann existenzbedrohend sein. Nimmt einer der Mitarbeiter an einem Städtelauf teil und übertritt er sich an einem ungenügend markierten Randstein den Fuss, so sind die Arztkosten demgegenüber verkraftbar. Der Personenschaden wiegt weit weniger schwer als der Vermögensschaden beim Konkurs.

Zugegeben, oft wird der Personenschaden schwerer wiegen, aber eben nicht immer. Aus diesem Grund ist nicht einzusehen, weshalb eine Freizeichnung bei Sach- und Vermögensschäden möglich sein soll, bei Personenschäden aber gänzlich ausgeschlossen. Richtigerweise ist bei Personenschäden im Einzelfall zu prüfen, ob die Freizeichnung zulässig ist.

e. Nur die Haftungsfolgen werden modifiziert

Zugunsten einer Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden lässt sich schliesslich anführen, dass die Freizeichnung nur die Haftungsfolgen modifiziert, also die obligatorischen Schadenersatzansprüche, und nicht in die absoluten Persönlichkeitsrechte eingreift. Über obligatorische Rechte kann (anders als über absolute Persönlichkeitsrechte) in den allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit frei verfügt werden.⁴⁵

f. Zwischenfazit

Der Vergleich mit der Einwilligung und dem Handeln auf eigene Gefahr zeigt, dass die körperliche Integrität der Verfügungsbefugnis der Parteien nicht entzogen ist. Die Freizeichnung bei Personenschäden fällt nicht in den Kernbereich der Persönlichkeit, in welchem eine vertragliche Bindung per se ausgeschlossen wäre. Jedoch ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Freizeichnung nicht zu weit geht; insofern ist der von der Lehre genannte Art. 27 ZGB als Massstab durchaus geeignet. Eine gewisse Zurückhaltung ist bei der Freizeichnung für Personenschäden angezeigt.

4. Verminderung des Anreizes zur gehörigen Vertragserfüllung

Als weiteres Argument gegen die Freizeichnung bei Personenschäden wird vorgebracht, die Freizeichnung vermindere den Anreiz des Schuldners, den Vertrag gehörig

rich 2000, § 24 N 28; HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 23), § 9 N 12 ff.; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. A., Zürich 2008, N 410, 764; SCHWENZER (FN 2), N 16.10 ff.; ROBERTO (FN 2), N 33.06 f. bezeichnet das Handeln auf eigene Gefahr als Anwendungsfall des Selbstverschuldens und will auf eine Unterscheidung verzichten.

⁴¹ Vgl. ZIRLICK (FN 5), 278; BK-BREHM (FN 35), Art. 44 OR N 10 ff.

⁴² FREI (FN 26), N 559 m.w.H.; STARK (FN 20), 25.

⁴³ ZIRLICK (FN 5), 278.

⁴⁴ HONSELL (FN 5), 759.

⁴⁵ Vgl. OESCH (FN 2), 121; ZIRLICK (FN 5), 269; a.M. LÖRTSCHER (FN 2), 222, nach welchem die Freizeichnung Art. 27 Abs. 2 ZGB verletzt, auch wenn sie nur mittelbar auf die körperliche Integrität wirkt.

zu erfüllen. Damit entfalle die präventive, schadensverhütende Wirkung der gesetzlichen Haftungsvorschriften.⁴⁶

Dieses Argument überzeugt nicht. Wer eine Tätigkeit berufsmässig ausübt, kann es sich nicht erlauben, unsorgfältig zu handeln – er würde sonst seine Kunden verlieren. Auch wer nicht berufsmässig handelt, wird aber nicht automatisch unsorgfältig, nur weil er nicht haftet. Vor allem aber müsste man mit diesem Argument die Freizeichnung ganz verbieten, da dasselbe für Sach- und Vermögensschäden gelten würde. Damit ist das Argument nicht tauglich, die Freizeichnung nur für Personenschäden zu verbieten.

5. Nicht tragbare Kosten der ärztlichen Behandlung

Gegen eine Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden wird schliesslich angeführt, der Geschädigte könne sich infolge der Freizeichnung unter Umständen keine ärztliche Behandlung leisten.⁴⁷

Auch dieses Argument überzeugt nicht. In der Praxis werden die Heilungskosten meist durch die Unfall- oder die Krankenversicherung gedeckt sein.⁴⁸ Der Erwerbsausfall wird in der Regel durch den Arbeitgeber oder eine Versicherung gedeckt sein.⁴⁹ Hinzu kommt, dass die Arztkosten bald anfallen, der Schadenersatz aber erst später (unter Umständen nach Jahren und gerichtlicher Klärung) geleistet wird. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass der Geschädigte von einem Vermögensschaden ebenso stark betroffen sein kann wie von einem Personenschaden (vorn II.3.d); soweit sich das Argument auf die finanzielle Tragbarkeit – und nicht die Verletzung der körperlichen Integrität – bezieht, ist nicht einzusehen, weshalb eine Freizeichnung von einem Personenschaden anders zu beurteilen sein sollte als eine Freizeichnung von einem Sach- oder Vermögensschaden.

6. Fazit

Die Argumente, die gegen eine Freizeichnung bei Personenschäden vorgebracht werden, überzeugen nicht. Die spezialgesetzlichen Verbote legen nahe, dass eine Freizeichnung überall dort möglich ist, wo das Gesetz dies nicht verbietet. Der Vergleich mit der Einwilligung und dem Handeln auf eigene Gefahr zeigt, dass die körperli-

che Integrität der Verfügungsbefugnis der Parteien nicht entzogen ist. Eine Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden ist damit – im Grundsatz – möglich. Es gilt die Vertragsfreiheit, mit ihren üblichen Schranken.

III. Gedanken zur Vertragsfreiheit

Das schweizerische Privatrecht beruht auf dem Grundsatz der Privatautonomie; ein wesentlicher Teilgehalt ist die Vertragsfreiheit.

Von der Vertragsfreiheit gibt es allerdings immer mehr Ausnahmen. Wie das Bundesgericht Ende des letzten Jahrtausends konstatierte, wird das Vertragsrecht zunehmend materialisiert und die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt.⁵⁰ Im Mietrecht und im Arbeitsrecht ist das schon weitgehend geschehen, und zum Schutz der Konsumenten werden Widerrufsrechte und andere zwingende Vorschriften eingeführt. Der Raum für die private Vertragsgestaltung wird enger.

Diese Entwicklung ist ein Stück weit logisch und auch richtig. Der Liberalismus setzte voraus, dass die Vertragspartner frei und gleich sind.⁵¹ Die Realität ist oft eine andere: Die Parteien haben nicht die gleichen Kenntnisse und finanziellen Ressourcen und nicht die gleiche Verhandlungsmacht.⁵² Liesse man sie frei gewähren, bestünde die Gefahr, dass der Starke seine Freiheiten auf Kosten des Schwachen ausnutzt. Das zeigte sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts im Transportrecht. Von Gesetzes wegen galt eine strenge Haftung der Beförderer. In der Praxis allerdings nutzten die Beförderer ihre Freiheit und schlossen die Haftung aus. Der gesetzliche Grundsatz wurde ins Gegenteil verkehrt.⁵³ Es folgte die Erkenntnis: Der Markt richtet es nicht immer; mitunter braucht es eine Korrektur durch den Gesetzgeber. Dass heute ein grosser Teil der Freizeichnungsverbote aus dem Bereich des Transports stammt, ist kein Zufall.

Allerdings besteht die Gefahr, dass das Pendel zu weit zurückschwingt. Jede Einschränkung der Vertragsfreiheit verfolgt ein hehres Ziel und ist für sich allein kaum zu kritisieren. Mit jeder weiteren Ausnahme wird der Grundsatz

⁴⁶ LÖRTSCHER (FN 2), 223.

⁴⁷ LÖRTSCHER (FN 2), 222 f.

⁴⁸ Eine andere Frage ist, ob der Versicherer auf den Geschädigten, der die Freizeichnung akzeptiert hat, Rückgriff nehmen kann (dazu hinten V.2).

⁴⁹ ZIRLICK (FN 5), 280.

⁵⁰ BGE 123 III 292 ff., E. 2.e.aa; vgl. auch MAX FISCHER, Der Begriff der Vertragsfreiheit, Diss. Zürich, Aarau 1952, 51; RUTH ARNET, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Habil. Basel 2006, Bern 2008, N 177 und LORENZ ENGI, Recht und Moral, SJZ 101/2005, 565 ff., 569.

⁵¹ Vgl. ARNET (FN 50), N 179; FISCHER (FN 50), 48.

⁵² Vgl. ARNET (FN 50), N 172.

⁵³ Vgl. JÜRGEN BASEDOW, Der Transportvertrag, Habil. Hamburg, Tübingen 1987, 247 ff.

aber ein bisschen mehr ausgehöhlt. Wer immer mehr Ausnahmen schafft, der tut dem Schwachen auch nicht wirklich einen Gefallen. Er untergräbt die Selbstbestimmung und fördert ein Anspruchsdenken, das die Schuld bei den anderen sucht.⁵⁴ Das Korrelat zur Selbstbestimmung ist die Selbstverantwortung. Nur wer für sein Handeln Verantwortung übernehmen muss, bestimmt wirklich frei darüber.⁵⁵

Über die Einwilligung wurde geschrieben, sie führe ex post zu einer Einbusse an Freiheit; ex ante aber erweitere sie die Freiheit, da der Vertragspartner seine Leistung oft nicht erbringen würde, wenn er Angst haben müsste, haftbar zu werden.⁵⁶ Das Gleiche gilt für die Freizeichnung: Man könnte die Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden schon verbieten. Das würde aber die Freiheit einschränken. Ohne Freizeichnung könnte der Bergsteiger nicht auf die Tour und der Rettungsdienst nicht auf dem Fabrikgelände trainieren.

Wer weiss, was er tut, wer aus freiem Willen handelt und im Wissen um die Konsequenzen, die das für ihn hat, der soll m.E. auf die Haftung für Personenschäden verzichten können. Ein auf Freiheit basierendes Rechtssystem muss auch die Freiheit schützen, ein Risiko selber zu tragen.⁵⁷

Die Vertragsfreiheit bestätigt damit, dass es grundsätzlich zulässig ist, die Haftung für Personenschäden wegzubedingen.

IV. Schranken der Freizeichnung

1. Spezialgesetzliche Verbote

Zunächst gelten die spezialgesetzlichen Verbote.⁵⁸ Sie betreffen vor allem Fälle des Konsumentenschutzes (Art. 8 PrHG; Art. 16 Abs. 1 PauRG) und des Reise- bzw. Transportrechts (Art. 16 Abs. 1 PauRG; Art. 44 PBG; Art. 40e Abs. 1 EBG; Art. 87 Abs. 1 SVG; Art. 7 Abs. 2 LTrV). In diesen Fällen ist ein Verbot oft sinnvoll: zum Schutz des Schwachen (Konsumenten) und zum Schutz des Passagiers, der sich dem Reiseveranstalter oder Beförderer anvertraut. Die Hauptpflicht des Beförderers ist es gerade,

den Passagier wohlbehalten an den Bestimmungsort zu bringen.⁵⁹

Auch in diesen Konstellationen mag es Einzelfälle geben, in denen eine Freizeichnung im Interesse beider Parteien liegen würde. Da das Verbot aber meist richtig ist, hat der Gesetzgeber die Einzelfälle einer allgemeingültigen und einfach handhabbaren Lösung geopfert.⁶⁰ Das ist nicht zu beanstanden, solange das Verbot auf die spezifische Situation beschränkt bleibt, die der Gesetzgeber regeln wollte, und es nicht unbedacht verallgemeinert wird.

2. Art. 12 ff. ZGB

Vertraglich verpflichtet kann sich, wer handlungsfähig ist, d.h. volljährig und urteilsfähig (Art. 12 f. und 16 ZGB). Wer das 18. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat oder wer aufgrund seines Geisteszustands oder Alkoholeinflusses etc. nicht in der Lage ist, vernunftgemäss zu handeln, kann die Haftung für Personenschäden nicht wegbedingen. Gerade weil die körperliche Integrität einen hohen Stellenwert hat, soll der Verzicht auf den Schadenersatz gut überlegt sein.

3. Art. 100 Abs. 1 OR

Gemäss Art. 100 Abs. 1 OR ist eine Freizeichnung für vorsätzliche oder grobfahrlässige Schädigungen nichtig. Das gilt auch bei Personenschäden. Handelt der Bergführer im eingangs genannten Beispiel grobfahrlässig, so haftet er ungeachtet der Freizeichnung. Es verhält sich im Ergebnis wie beim Handeln auf eigene Gefahr im Sport: Bei einem normalen «Foul» haftet der Bergführer nicht, bei einem groben Regelverstoss ist die Freizeichnung hingegen unwirksam.

4. Art. 8 UWG (AGB-Kontrolle)

Erfolgt die Freizeichnung in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ist zusätzlich Art. 8 UWG zu beachten. Danach ist die Freizeichnung unlauter, wenn sie in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumenten zu einem erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten führt.

Ein Missverhältnis liegt vor, wenn die Rechte und Pflichten spürbar einseitig zulasten des Konsumenten

⁵⁴ ENGI (FN 50), 569.

⁵⁵ Vgl. OHLY (FN 21), 77.

⁵⁶ OHLY (FN 21), 79.

⁵⁷ BEAT DENZLER/MICHAEL HOCHSTRASSER, Die Haftung für die Planung, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Zürich 2013, 381 ff., N 8.174.

⁵⁸ Vgl. schon vorne II.2.

⁵⁹ Vgl. BGE 126 III 113 ff., E. 2.a.bb; MICHAEL HOCHSTRASSER, Der Beförderungsvertrag, Habil. Zürich 2015, N 565.

⁶⁰ Vgl. ARNOLD F. RUSCH, Recht einfach – Heuristik und Recht, LeGes 2012, 337 ff.

verteilt sind. Als Referenzmassstab kann das Gesetz herangezogen werden.⁶¹ Dabei können nachteilige Klauseln grundsätzlich durch vorteilhafte kompensiert werden.⁶² Das Missverhältnis ist erheblich, wenn es eine gewisse Intensität aufweist bzw. spürbar ist; ungerechtfertigt ist es, wenn es keine sachlichen Gründe dafür gibt.⁶³

Die Freizeichnung für Personenschäden weicht von der gesetzlichen Regel ab. Sie verschiebt die vertraglichen Risiken spürbar zulasten des Vertragspartners. Eine Freizeichnung in AGB wird daher in vielen Fällen unlauter sein. Gerechtfertigt dürfte sie nur ausnahmsweise sein; denkbar ist dies immerhin, wenn der Verwender eine Versicherung zugunsten des Vertragspartners abschliesst oder wenn die Freizeichnung im Preis der Leistung angemessen berücksichtigt wird. Tendenziell weniger problematisch ist, wenn die Haftung nicht ganz ausgeschlossen, sondern auf einen (angemessenen) Betrag beschränkt wird.

5. Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19/20 OR

Eher zulässig ist eine individuell ausgehandelte Freizeichnung. Eine solche ist neben den bereits genannten Schranken insbesondere am Massstab von Art. 27 Abs. 2 ZGB sowie Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR zu messen. Zu prüfen ist, ob die Freizeichnung gegen das Persönlichkeitsrecht und die guten Sitten verstösst, welche Kriterien sich überschneiden.⁶⁴

Die Freizeichnung bei Personenschäden fällt nicht in den Kernbereich der Persönlichkeit, der einer vertraglichen Bindung unzugänglich ist.⁶⁵ Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Freizeichnung übermässig ist. Was das Bundesgericht zur Einwilligung ausgeführt hat,⁶⁶ gilt gleichermassen für die Freizeichnung: Sie ist nur dann wirksam, wenn der Verzichtende sich seiner Freiheit nicht entäussert und sie nicht in einem das Recht oder die Sitt-

lichkeit verletzenden Grad beschränkt (Art. 27 Abs. 2 ZGB).

Die guten Sitten (Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR) bezeichnen das allgemeine Anstandsgefühl.⁶⁷ Was konkret darunter zu verstehen ist, bestimmt sich nach der «Anschauung aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen, gemessen an einem durchschnittlichen Massstab».⁶⁸ Vereinfacht ist zu fragen, ob ein durchschnittlicher Bürger den Ausschluss der Haftung für Personenschäden für unanständig empfindet oder nicht.

Im einen (Art. 27 ZGB) wie im anderen Fall (Art. 19/20 ZGB) landet man bei der allgemeinen gesellschaftlichen Auffassung und den von dieser vertretenen Werten. Vom Einzelfall abstrahierend, lassen sich folgende Faustregeln aufstellen:

- eine Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden ist eher zulässig, wenn sie frei ausgehandelt wurde und kein Ungleichgewicht zwischen den Parteien besteht;
- sie ist eher zulässig, wenn mit ihr und dem ihr zugrunde liegenden Handeln ein vernünftiges Ziel verfolgt wird; und
- die Beschränkung der Haftung auf einen angemessenen Betrag ist in vielen Fällen eher zulässig als der vollständige Ausschluss.
- Hingegen kommt es nicht darauf an, ob die Haftung für eine einfache oder eine schwere Körperverletzung oder gar den Todesfall ausgeschlossen wird. Das Beispiel des Bergführers zeigt, dass gerade bei grossen Risiken – wenn das Leben in Gefahr ist – ein Bedürfnis besteht, die Haftung auszuschliessen.

In den eingangs genannten Beispielen des Bergführers und des Trainings auf dem Fabrikgelände verstossen die Freizeichnungen nicht gegen das allgemeine Anstandsgefühl. Den Bergsteiger mag man für unvernünftig halten; er handelt aber aus freien Stücken und im Bewusstsein um die Konsequenzen. Auch der Rettungsdienst nimmt die Gefahr bewusst in Kauf. Der Ausbildung wird man zudem einen positiven Zweck zubilligen.

⁶¹ CHK-FERRARI HOFER/VASELLA (FN 2), Art. 8 UWG N 6; EVA MAISSEN, Die automatische Vertragsverlängerung, Diss. Zürich 2012, N 318.

⁶² Allerdings soll nach der wohl herrschenden Lehre eine Kompensation durch individuell vereinbarte Vertragsteile ausgeschlossen sein; das gilt insbesondere für den Preis – es sei denn, der Konsument könne zwischen Angeboten mit unterschiedlichen Preisen wählen (zum Ganzen FLORENT THOUVENIN, Basler Kommentar UWG, Basel 2013, Art. 8 UWG N 120 ff.).

⁶³ Statt vieler CHK-FERRARI HOFER/VASELLA (FN 2), Art. 8 UWG N 8 f.; im Detail sind die Anforderungen umstritten.

⁶⁴ Vgl. zu den unterschiedlichen Auffassungen über Sinngehalt und Abgrenzung der beiden Kriterien CHK-KUT (FN 2), Art. 19–20 OR N 7 f.

⁶⁵ Vgl. vorne II.3.f).

⁶⁶ BGE 114 Ia 350 ff., E. 6; vgl. auch BGE 129 III 209 ff., E. 2.2.

⁶⁷ Vgl. CHK-KUT (FN 2), Art. 19–20 OR N 19 m.Hinw. auf die vom Bundesgericht verwendete Formel, wonach Verträge sittenwidrig sind, wenn sie «gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien verstossen» und den Lehrstreit darüber, ob Letztere (die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien) vom Kriterium der öffentlichen Ordnung oder der Sittenwidrigkeit erfasst werden. Vgl. auch BGE 123 III 101 ff., E. 2; BSK OR I-HUGUENIN (FN 2), Art. 19/20 OR N 33.

⁶⁸ ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A., Zürich 1979, 255 f.

Anders wird man beim Betreiber einer Rodelbahn entscheiden, der von den Benutzern ein Entgelt verlangt, selber aber beim Unterhalt der Bahn spart und sein Haftungsrisiko mittels einer Freizeichnung auf die Benutzer zu überwälzen sucht. Seine Freizeichnung verstösst gegen die guten Sitten.

6. Natur des Geschäfts?

Die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit soll nach einem Teil der Lehre nichtig sein, wenn sie der Natur des Geschäfts widerspricht. So soll beim Auftrag die Sorgfalt als wesentliches Vertragsmerkmal nicht wegbedungen werden können.⁶⁹

Diese Ansicht ist zu holzschnittartig. Die Sorgfalt als Vertragsgegenstand (die Zuwiderhandlung stellt eine Vertragsverletzung dar) und die Sorgfalt als Verhaltensmaxime bei der Pflichtausübung (die Zuwiderhandlung stellt ein Verschulden dar) sind auseinander zu halten. Ein generelles Verbot der Freizeichnung bei Aufträgen und auftragsähnlichen Rechtsgeschäften ist abzulehnen.⁷⁰ Im Einzelfall sind aber durchaus Konstellationen denkbar, in denen eine Freizeichnung den berechtigten Erwartungen des Vertragspartners widerspricht und deshalb unzulässig ist. Der Betreiber einer Rodelbahn muss diese sichern und den Benutzer vor Verletzungen schützen; seine Freizeichnung wäre unwirksam.⁷¹

V. Drittwirkung und weitere Fragen

1. Versorgungsschaden

Der Versorgungsschaden ist ein Anspruch aus eigenem Recht der Angehörigen, er leitet sich nicht vom Getöteten ab.⁷² Daher könnte man meinen, die Freizeichnung zwischen dem Versorger und seinem Vertragspartner beschränke den Anspruch der Versorgten nicht.⁷³

Das würde aber zur merkwürdigen Situation führen, dass die Haftung des Vertragspartners gegenüber Dritten (den Versorgten) weiter ginge als gegenüber dem Versorger. In diesem Fall würde die Freizeichnung auf dem Umweg über die Versorgten ausgehebelt. Das entspräche nicht dem Willen des Versorgers und seines Vertragspartners. Richtiger Ansicht nach kann die Haftung gegenüber den Versorgten nicht weiter gehen als gegenüber dem Versorger – die (gültig vereinbarte⁷⁴) Freizeichnung wirkt somit auch gegenüber den Versorgten.

Eine solche Drittwirkung, die den Versorgten den Anspruch entzieht, der ihren Lebensstandard erhalten soll, ist nicht sittenwidrig (Art. 19/20 OR).⁷⁵ Das zeigt ein Vergleich mit der Einwilligung: Wenn der Patient in eine Operation einwilligt, dann gilt die Einwilligung auch gegenüber den Versorgten. Bei der Freizeichnung verhält es sich nicht anders. Gegenteilig entscheiden hiesse, dass die Freizeichnung im Todesfall unwirksam wäre. Schliesslich hätten die Versorgten auch keinen Schadenersatzanspruch, wenn der Bergführer seine Leistung ohne Freizeichnung nicht erbrächte, der Bergsteiger allein auf die Tour ginge und dabei abstürzte.

Der Versorgungsschaden ist ein Vermögensschaden, kein Personenschaden.⁷⁶ Die im Zentrum dieses Aufsatzes stehende Frage, ob eine Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden möglich ist, stellt sich daher nicht.

2. Regress des Unfallversicherers

Die Freizeichnung verhindert, dass der Schadenersatzanspruch des Geschädigten gegen den Schädiger entsteht. Damit verhindert sie auch die in Art. 72 ATSG vorgesehene Subrogation des Unfallversicherers⁷⁷. Folglich muss der Unfallversicherer seine Leistung erbringen, ohne dass er auf den Schädiger zurückgreifen kann.⁷⁸

Für den Unfallversicherer stellt sich die Frage, ob er auf den Geschädigten zurückgreifen kann, der die Freizeichnung akzeptiert und dadurch die Subrogation vereitelt hat. Eine Anspruchsgrundlage hierfür ist nur schwer zu finden: Ein Deliktsanspruch (Art. 41 Abs. 1 OR) scheitert an der Widerrechtlichkeit und meist auch am

⁶⁹ EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 348 Fn. 77; BSK OR I-WIEGAND (FN 2), Art. 100 N 6; a.M. WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, Art. 394–406 OR, Bern 1992, Art. 398 OR N 515; BSK OR I-WEBER (FN 2), Art. 398 OR N 34 f.; (implizit) a.M. auch BGE 88 II 430 ff., 434 f. und BGE 41 II 487 ff., 491.

⁷⁰ HOCHSTRASSER (FN 5), N 88.

⁷¹ Das folgt bereits aus Art. 27 Abs. 2 ZGB, siehe zuvor IV.5. Vgl. HANS STOLL, Das Handeln auf eigene Gefahr, Habil. Hamburg, Berlin 1961, 273.

⁷² BSK OR I-SCHNYDER (FN 36), Art. 45 OR N 7; vgl. auch BGE 64 II 200 ff., E. 1.

⁷³ Vgl. allgemein ZIRLICK (FN 5), 327 m.w.H.; unklar ist BGE 64 II 200 ff., E. 1.

⁷⁴ Vgl. die in Ziff. IV dargestellten Schranken.

⁷⁵ So vertrat ich es aber in HOCHSTRASSER (FN 5), N 606. Das überzeugt mich nicht mehr.

⁷⁶ Vgl. OFTINGER/STARK (FN 5), § 6 N 260, Fn. 400.

⁷⁷ Oder eines anderen Sozialversicherers, z.B. der Invaliden- oder der Militärversicherung.

⁷⁸ Vgl. ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, Habil., Fribourg 1998, N 954.

Verschulden des Geschädigten.⁷⁹ OFTINGER/STARK prüfen einen vertraglichen Haftpflichtanspruch (Art. 97 Abs. 1 OR), der jedoch ebenfalls ein Verschulden voraussetzt und überdies immer dann versagt, wenn zwischen dem Geschädigten und dem Unfallversicherer kein Vertrag besteht. Sie orten das Problem weniger in der Benachteiligung des Unfallversicherers, als vielmehr im Vorteil, den der Geschädigte als Gegenleistung für seine Zustimmung zur Freizeichnung erhält, und plädieren deshalb für einen Anspruch des Versicherers aus ungerechtfertigter Bereicherung.⁸⁰ Das leuchtet vom Ansatz her ein; allerdings dürfte es in der Praxis oft schwierig sein, die Bereicherung zu bestimmen.⁸¹ Eine Kürzung der Taggelder nach Art. 37 Abs. 2 UVG scheidet schliesslich aus, da der Versicherte zwar der Freizeichnung wissentlich und willentlich zugestimmt, den Unfall aber nicht grobfahrlässig herbeigeführt hat.

Einen Lösungsansatz bietet Art. 39 UVG.⁸² Dieser erlaubt eine Kürzung der Versicherungsleistung, wenn die Tätigkeit, für welche die Freizeichnung akzeptiert wurde, als aussergewöhnliche Gefahr oder Wagnis zu qualifizieren ist. Im Ergebnis verhält es sich dann gleich, wie wenn der Versicherte im Bergführer-Beispiel die Tour alleine angetreten hätte: Grundsätzlich haftet der Unfallversicherer; wenn die Bergtour aber ein Wagnis darstellt, kann er seine Leistungen kürzen.

3. Verbot Baustelle zu betreten

Bei Baustellen trifft man regelmässig auf Schilder, auf denen steht: «Betreten der Baustelle verboten. Bei Unfällen wird jede Haftung abgelehnt.»

Betritt jemand die Baustelle trotz des Verbots und kommt er zu Schaden, stellt sich die Frage, ob die Haftung für Personenschäden ausgeschlossen ist. Nach herrschender Meinung liegt im Betreten keine konkludente Zustimmung zu einer Freizeichnung; es fehlt an gegenseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen.⁸³ Das Schild ist aber keineswegs unwirksam: Es ist einerseits zu berücksichtigen, wenn zu beurteilen ist, ob der Ver-

antwortliche seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist, indem er vor der Gefahr gewarnt hat. Andererseits ist die Zuwiderhandlung als Selbstverschulden des Geschädigten zu betrachten, das je nach Intensität den Kausalzusammenhang unterbricht oder im Rahmen von Art. 44 OR zu einer Reduktion des Schadenersatzes führt.⁸⁴ STOLL nimmt ein Handeln auf eigene Gefahr an, das zum gleichen Ergebnis führt.⁸⁵

VI. Schluss

Die Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden ist entgegen der heutigen Lehre nicht verboten. In Übereinstimmung mit der Vertragsfreiheit ist es grundsätzlich zulässig, die Haftung für Personenschäden auszuschliessen. Dabei gelten die spezialgesetzlichen Verbote und die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit.

⁷⁹ ZIRLICK (FN 5), 358; a.M. GERHARD STOESSEL, Das Regressrecht der AHV/IV gegen den Haftpflichtigen, Diss. Zürich 1982, 34 f., Fn. 28, m.w.H., der die gesetzlichen Regress-/Subrogationsbestimmungen als die Widerrechtlichkeit begründende Schutznorm betrachtet.

⁸⁰ OFTINGER/STARK (FN 5), § 11 N 164.

⁸¹ ZIRLICK (FN 5), 359.

⁸² Vgl. auch Art. 49 f. UVV.

⁸³ Vgl. GUIDO BRUSA, Die einseitige Enthaltungserklärung, Diss. Fribourg, Zug 1977, 39, 85 ff. Das BGer hat in BGE 95 II 93 ff., 102, offen gelassen, ob das Verbot, eine Baustelle zu betreten, als Freizeichnung zu interpretieren ist.

⁸⁴ BRUSA (FN 83), 40 ff. und 83 ff.; OFTINGER/STARK (FN 5), § 3 N 56.

⁸⁵ STOLL (FN 71), 264; zum Handeln auf eigene Gefahr vorne Ziff. II.3.c).