REVISION UND VEREINHEITLICHUNG DES HAFTPFLICHTRECHTS

Erläuternder Bericht

von

Pierre Widmer, Professor an der Universität St. Gallen und Direktor des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung

und

Pierre Wessner, Professor an der Universität Neuenburg

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS I

ABKÜRZUNGEN XIV

WICHTIGSTE ZITIERTE GESETZE XVI

ERLÄUTERNDER BERICHT 1

1 Grundlagen und Ziele der Revision 1

1.1 Vorgeschichte 1

1.1.1 Entwicklung bis 1967 1

1.1.1.1 Vom alten zum neuen Obligationenrecht 1

1.1.1.2 Von 1912 bis 1967 3

1.1.2 Die Morgenröte der Revision und ihre Auslösung durch die Macht des Schicksals (1967 - 1988) 7

1.1.2.1 Das Manifest von Neuenburg (1967) 7

1.1.2.2 Gesetzgeberische Tätigkeit 8

1.1.2.3 Lehre und Rechtsprechung 12

1.1.2.4 Der Warnschuss von Schweizerhalle 14

1.2 Die Arbeiten der Studienkommission 15

1.2.1 Der Auftrag 15

1.2.2 Überblick über die grundlegenden Entscheidungen der Kommission 17

1.2.2.1 Rolle, Grundlagen und Anwendungsbereich der Haftungsnormen 17

1.2.2.1.1 Haftpflicht oder Versicherung? 17

1.2.2.1.2 Die Funktionen des Haftpflichtrechts 18

1.2.2.1.3 Haftungskategorien und Zurechnungskriterien: Drei Generalklauseln 19

1.2.2.1.4 Schaffung eines Allgemeinen Teils im Obligationenrecht - Grundnorm 21

1.2.2.1.5 Beibehaltung der Zweiteilung ausservertraglicher und vertraglicher Haftung 22

1.2.2.1.6 Annäherung der privatrechtlichen Haftung und der Staatshaftung 23

1.2.2.1.7 Erste allgemeine Voraussetzung: der Schaden 24

1.2.2.1.8 Zweite allgemeine Voraussetzung: die Rechtswidrigkeit 25

1.2.2.1.9 Dritte allgemeine Voraussetzung: die Kausalität - Entlastungs- und Herabsetzungsgründe 27

1.2.2.2 Verwirklichung und Einzelheiten der Haftung 28

1.2.2.2.1 Bemessung des Schadenersatzes 28

1.2.2.2.2 Kollision und Konkurrenz von Haftungen 29

1.2.2.2.3 Verhältnis zwischen Haftpflicht und Versicherung 30

1.2.2.2.4 Die Verjährung 33

1.2.2.2.5 Verfahrens- und Beweisfragen 36
1.2.2.2.5.1 Der Gerichtsstand 37
1.2.2.2.5.2 Beweis: Freiheit des Gerichts und Erleichterung der Beweislast 38
1.2.2.2.5.3 Ausdrückliche Zulassung der Feststellungsklage 40
1.2.2.2.5.4 Die Kosten der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs 41
1.2.2.2.5.5 Vorläufige Zahlungen 42
1.2.2.2.6 Ausschluss und Beschränkung der Haftpflicht 42
1.2.2.2.6.1 Eingeschränkte Zulassung von Ausschluss- und Beschränkungsklauseln 43
1.2.2.2.6.2 Missbräuchliche Vergleiche 43

1.2.2.3 Andere Vorschläge der Kommission 44
1.2.2.3.1 Neue Kausalhaftungstatbestände 44
1.2.2.3.2 Probleme der Koordination mit den Sozialversicherern 46
1.2.2.3.3 Massen- und Katastrophenschäden 47

1.3 Besonderheiten des Vorentwurfs und Abweichungen von den Entscheiden der Studienkommission 47

1.3.1 Systematik 48
1.3.2 Grundnorm der Zurechnung 49
1.3.3 Anwendungsbereich: Ausweitung auf die vertragliche Haftpflicht 49
1.3.4 Allgemeine Bestimmungen 50
1.3.4.1 Der Schaden 50
1.3.4.2 Die Rechtswidrigkeit 51
1.3.4.3 Die rechtliche Kausalität 52
1.3.5 Haftungsgründe 53
1.3.5.1 Die Verschuldenshaftung 53
1.3.5.2 Die Haftung für Hilfspersonen 53
1.3.5.3 Gemeinsame Bestimmungen für die Kausalhaftung 54
1.3.6 Mehrheit von Haftungen und Beziehungen zwischen Haftpflicht und Versicherungen 55
1.3.6.1 Häufung von Haftungen 55
1.3.6.2 Beziehungen zwischen Haftpflicht und Versicherungen 55
1.3.6.2.1 Quotenvorrecht und Quotenteilung 55
1.3.6.2.2 Direktes Forderungsrecht 56
1.3.7 Die Verjährung 56
1.3.8 Verfahren 56
1.3.9 Vertragliche Haftungsausschlüsse und Vergleiche 57

2 Allgemeine Bestimmungen (Art. 41 - 58 VE) 58

2.1 Zurechnung der Haftpflicht (Art. 41 VE) 58

2.1.1 Grundnorm 58
2.1.2 Allgemeine Zurechnungsgründe 59

2.2 Geltungsbereich 59

2.2.1 Einführung 59
2.2.2 Abgrenzung gegenüber dem Vertragsrecht 60
2.2.2.1 Deliktische und vertragliche Haftung 60
2.2.2.2 Kritische Stellungnahmen zur heutigen Lösung 61
2.2.2.3 Vorschläge des Vorentwurfs 63
2.2.2.4 Änderung von Bestimmungen über die Haftung des Schuldners 64
2.2.2.5 Einige Schlussbemerkungen 65
2.2.3 Abgrenzung gegenüber dem öffentlichen Recht (Art. 43 und 43*a* VE) 67
2.2.3.1 Heutige Rechtslage 67
2.2.3.2 Kritische Würdigung und Reformvorschläge 68
2.2.3.3 Grundregel (Art. 43 VE) 70
2.2.3.4 Vorbehalt für das kantonale öffentliche Recht (Art. 43*a* VE) 71
2.2.4 Abgrenzung gegenüber dem internationalen Recht (Art. 44 VE) 72

2.3 Allgemeine Voraussetzungen (Art. 45 - 47 VE) 73

2.3.1 Konzeption des Vorentwurfes 73
2.3.2 Schaden (Art. 45 - 45*f* VE) 74
2.3.2.1 Arten und Kategorien (Art. 45 VE) 74
2.3.2.2 Vermögensschaden (Art. 45*a* - 45*d* VE) 77
2.3.2.2.1 Einführung 77
2.3.2.2.2 Bei Tötung (Art. 45*a* VE) 78
2.3.2.2.3 Bei Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit (Art. 45*b* VE) 78
2.3.2.2.4 Bei Einwirkung auf Sachen (Art. 45*c* VE) 79
2.3.2.2.5 Bei Einwirkung auf die Umwelt (Art. 45*d* VE) 82
2.3.2.3 Immaterieller Schaden (Art. 45*e* VE) 86
2.3.2.4 Ergänzende Schadensposten (Art. 45*f* VE) 91
2.3.3 Rechtswidrigkeit (Art. 46 und 46*a* VE) 94
2.3.3.1 Einleitung 94
2.3.3.2 Konzept des Vorentwurfs 97
2.3.3.3 Definition der Rechtswidrigkeit (Art. 46 VE) 98

2.3.3.4 Rechtfertigungsgründe (Art. 46*a* VE) 103
2.3.4 Ursachenzusammenhang (Art. 47 und 47*a* VE) 105
2.3.4.1 Einleitung 105
2.3.4.2 Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs 106
2.3.4.3 Konzept des Vorentwurfs 108
2.3.4.4 Grundsatz (Art. 47 VE) 111
2.3.4.5 Entlastung (Art. 47*a* VE) 112

2.4 Haftungsgründe (Art. 48 - 51*a* VE) 115

2.4.1 Vorbemerkungen 115
2.4.2 Verschuldenshaftung (Art. 48 - 48*b* VE) 117
2.4.2.1 Grundsatz (Art. 48 VE) 117
2.4.2.2 Fahrlässigkeit (Art. 48*a* VE) 119
2.4.2.3 Bei fehlender Urteilsfähigkeit (Art. 48*b* VE) 121
2.4.3 Haftung für Hilfspersonen (Art. 49 und 49*a* VE) 122
2.4.3.1 Gegenwärtige Lage 122
2.4.3.2 Reformvorschläge 125
2.4.3.3 Die Haftung für Hilfspersonen: im Allgemeinen (Art. 49 VE) 127
2.4.3.4 Die Haftung für Hilfspersonen: in Unternehmungen (Art. 49*a* VE) 129
2.4.3.5 Verhältnis zu anderen Bestimmungen 133
2.4.4. Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) 133
2.4.4.1. Entwicklung bis zur Gegenwart 133
2.4.4.2 Die Generalklausel als wesentliches Element der Revision - Zweck und Funktion 137
2.4.4.3 Gefährliche Tätigkeit und charakteristisches Risiko - die Elemente des Anknüpfungssachverhalts 139
2.4.4.4 Anwendungsbereich der Generalklausel der Gefährdungshaftung 143
2.4.4.5 Die Grundlage der Gefährdungshaftung: Zurechnungskriterium und Bestimmung der haftpflichtigen Person 145
2.4.5 Gemeinsame Bestimmungen über die Gefährdungshaftung (Art. 51/51*a* VE) 147
2.4.5.1 Vorbemerkung 147
2.4.5.2 Zusätzliche Haftung für fremdes Verhalten (Art. 51 VE) 147
2.4.5.3 Das zusätzliche Verschulden (Art. 51*a* VE) 148

2.5 Bemessung der Ersatzleistung (Art. 52 und 52*a* VE) 150

2.5.1 Allgemeine Bemerkungen 150
2.5.2 Bemessung der Ersatzleistung (Art. 52 VE) 151

2.5.3 Art der Ersatzleistung (Art. 52*a* VE) 157

2.6 Mehrheit von Haftungen (Art. 53 - 53*c* VE) 159

2.6.1 Regelung des Vorentwurfs 159
2.6.2 Häufung von Haftungsgründen (Art. 53 VE) 160
2.6.3 Haftungskollision (Art. 53*a* VE) 162
2.6.4 Haftungskonkurrenz (Art. 53*b* und 53*c* VE) 163
2.6.4.1 Heutiges System 163
2.6.4.2 Grundsätze des Vorentwurfs 166
2.6.4.3 Solidarität im Aussenverhältnis (Art. 53*b* VE) 167
2.6.4.4 Solidarität im Innenverhältnis (Art. 53*c* VE) 170

2.7 Haftpflicht und Privatversicherung (Art. 54 bis 54*i* VE) 172

2.7.1 Einführung 172
2.7.2 Beschreibung des Vorentwurfs 177
2.7.3 Verhältnis zur Schadensversicherung (Art. 54 bis 54*b* VE) 178
2.7.3.1 Heutige Lage 178
2.7.3.2 Grundsatz (Art. 54 VE) 180
2.7.3.3 Rückgriff des Versicherers (Art. 54*a* und 54*b* VE) 183
2.7.3.3.1 Im Allgemeinen (Art. 54*a* VE) 183
2.7.3.3.2 Vorrecht der geschädigten Person (Art. 54*b* VE) 185
2.7.4 Verhältnis zur Haftpflichtversicherung (Art. 54*c* bis 54*h* VE) 189
2.7.4.1 Einführung 189
2.7.4.2 Verhältnis zwischen Versicherer und geschädigter Person (Art. 54*c* bis 54*e* VE) 191
2.7.4.2.1 Unmittelbares Forderungsrecht der geschädigten Person (Art. 54*c* VE) 191
2.7.4.2.2 Lage bei ungenügender Versicherungsdeckung (Art. 54d und 54*e* VE) 195
2.7.4.3 Rückgriff des Versicherers auf Mithaftpflichtige (Art. 54*f* VE) 196
2.7.4.4 Versicherungspflicht (Art. 54*g* und 54*h* VE) 199
2.7.4.4.1 Grundsatz (Art. 54*g* VE) 199
2.7.4.4.2 Wirkungen: Einreden und Rückgriff (Art. 54*h* VE) 200
2.7.5 Verhältnis zu einer Versicherung zugunsten Dritter (Art. 54*i* VE) 204

2.8 Verjährung (Art. 55 bis 55*c* VE) 205

2.8.1 Notwendiges Institut 205
2.8.2 Darstellung des gesetzlichen Systems 206
2.8.3 Hauptziele der Revision 209
2.8.4 Verjährung des Anspruchs auf Schadenersatz 211
2.8.4.1 Grundsatz (Art. 55 VE) 211
2.8.4.1.1 Beibehaltung der doppelten Frist 211

2.8.4.1.2 Rechtfertigung der ordentlichen Frist (Art. 55 Abs. 1 VE) ... 211
2.8.4.1.3 Rechtfertigung der subsidiären Frist (Art. 55 Abs. 2 VE) ... 212
2.8.4.1.4 Verlängerung der Fristen ... 214
2.8.4.2 Aufhebung der Bestimmung über die Anwendbarkeit der strafrechtlichen Verjährungsfrist ... 216
2.8.4.3 Einrede aus unerlaubter Handlung (Art. 60 Abs. 3 OR) ... 217
2.8.5 Verzicht auf die Verjährung (Art. 55*a* VE) ... 218
2.8.6 Verlängerung der Fristen (Art. 55*b* VE und 134 Abs. 1 Ziff. 7 [neu] OR) ... 220
2.8.7 Verjährung des Rückgriffs (Art. 55*c* VE) ... 222

2.9 Verfahren und Beweis (Art. 56 bis 56*h* VE) ... 226

2.9.1 Allgemeine Bemerkungen ... 226
2.9.2 Gerichtsstand (Art. 56 und 56*a* VE) ... 228
2.9.2.1 Einleitung ... 228
2.9.2.2 Grundsatz (Art. 56 VE) ... 230
2.9.2.3 Bei einer Mehrheit belangter Personen (Art. 56*a* VE) ... 233
2.9.3 Verhältnis zum Strafverfahren (Art. 56*b* VE) ... 234
2.9.4 Beweis (Art. 56*c* und 56*d* VE) ... 236
2.9.4.1 Einleitung ... 236
2.9.4.2 Freie Beweiswürdigung und Beweiserhebung (Art. 56*c* VE) ... 238
2.9.4.3 Beweislast und Anscheinsbeweis (Art. 56*d* VE) ... 241
2.9.5 Feststellungsanspruch (Art. 56*e* VE) ... 246
2.9.6 Kosten und Entschädigungen (Art. 56*f* und 56*g* VE) ... 250
2.9.6.1 Geltendes Recht ... 250
2.9.6.2 Kostenvorschüsse (Art. 56*f* VE) ... 253
2.9.6.3 Festsetzung von Kosten und Entschädigungen (Art. 56*g* VE) ... 253
2.9.7 Vorläufige Zahlungen (Art. 56*h* VE) ... 254

2.10 Haftungsbeschränkende Vereinbarungen (Art. 57 und 58 VE) ... 257

2.10.1 Einleitung ... 257
2.10.2 Wegbedingung und Beschränkung der Haftung (Art. 57 VE) ... 258
2.10.3 Vergleich (Art. 58 VE) ... 262

3 Besondere Bestimmungen des Vorentwurfs 267

3.1 Darstellung des Systems 267

3.1.1 Im Allgemeinen 267
3.1.2 Im besonderen 268

3.2 Haftung bei rechtmässiger Schädigung (Art. 59 und 59*a* VE) 268

3.2.1 Einleitung 268
3.2.2 Notstand (Art. 59 VE) 270
3.2.3 Ausübung des Eigentumsrechts (Art. 59*a* VE) 273

3.3 Haftung für Tiere (Art. 60 und 60*a* VE) 279

3.3.1 Die geltende Regelung 279
3.3.2 Die Revisionsvorschläge 281
3.3.2.1 Einleitung 281
3.3.2.2 Grundsatz (Art. 60 VE) 282
3.3.2.3 Retentionsrecht (Art. 60*a* VE) 284

3.4 Haftung für Werke (Art. 61 und 61*a* VE) 286

3.4.1 Die geltende Regelung 286
3.4.2 Die Revisionsvorschläge 290
3.4.2.1 Einleitung 290
3.4.2.2 Grundsatz (Art. 61 VE) 291
3.4.2.3 Vorbeugende Massregeln (Art. 61*a* VE) 299

4 Auswirkungen der Reform auf die übrige Bundesgesetzgebung und Anpassung der entsprechenden Erlasse 303

4.1 Vorbemerkungen und terminologische Hinweise 303

4.2 Kommentar zu den einzelnen Gesetzen und Bestimmungen 304

4.2.0 Weitere Bestimmungen des Obligationenrechts 304
4.2.001 Artikel 31 304
4.2.002 Artikel 97 304
4.2.003 Artikel 99 304
4.2.004 Artikel 100 und Artikel 101 Absatz 2 und 3 305
4.2.005 Artikel 113 306
4.2.006 Artikel 134 Absatz 1 306

4.2.006bis Artikel 321e Absatz 2 ... 306
4.2.007 Artikel 759 ... 307
4.2.008 Artikel 760 ... 307
4.2.009 Artikel 918 ... 308
4.2.010 Artikel 919 ... 308
4.2.011 Artikel 928 ... 308
4.2.11 Verantwortlichkeitsgesetz (VG) ... 309
4.2.11.01 Artikel 3 ... 309
4.2.11.02 Artikel 4 ... 310
4.2.11.03 Artikel 5 ... 310
4.2.11.04 Artikel 6 ... 310
4.2.11.05 Artikel 9 ... 311
4.2.11.06 Artikel 10 ... 311
4.2.11.07 Artikel 11 ... 311
4.2.11.08 Artikel 19 ... 312
4.2.11.09 Artikel 20 ... 312
4.2.11.10 Artikel 21 ... 313
4.2.11.11 Artikel 23 ... 313
4.2.12 Verwaltungsverfahren (VwVG) ... 313
4.2.13 Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (öBG) ... 314
4.2.14 Beamtengesetz (BtG) ... 315
4.2.15 Zivilgesetzbuch (ZGB) ... 316
4.2.15.01 Artikel 46 ... 316
4.2.15.01bis Artikel 55 Absatz 2 ... 318
4.2.15.02 Artikel 426 - 430 sowie 454 und 455 ... 318
4.2.15.03 Artikel 849 ... 319
4.2.15.04 Artikel 955 ... 320
4.2.16 Eisenbahnhaftpflichtgesetz (EHG) ... 321
4.2.17 Produktehaftpflichtgesetz (PrHG) ... 322
4.2.18 Versicherungsvertragsgesetz (VVG) ... 323
4.2.18.01semel Artikel 14 Absatz 3 ... 324
4.2.18.01bis Artikel 17 Absatz 3 ... 324
4.2.18.01ter Artikel 60 ... 324
4.2.18.02 Artikel 46 ... 325
4.2.18.03 Artikel 72 ... 325
4.2.19 Urheberrechtsgesetz (URG) ... 326
4.2.20 Topographiengesetz (ToG) ... 327

4.2.21 Markenschutzgesetz (MSchG) 328
4.2.22 Muster- und Modellgesetz (MMG) 328
4.2.23 Patentgesetz (PatG) 329
4.2.24 Sortenschutzgesetz (SOSG) 329
4.2.25 Datenschutzgesetz (DSG) 330
4.2.26 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) 331
4.2.27 Kartellgesetz (KG) 331
4.2.28 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG) 332
4.2.28.01 Artikel 5 332
4.2.28.02 Artikel 6 333
4.2.28.02bis Artikel 7 334
4.2.29 Gesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) 334
4.2.30 Opferhilfegesetz (OHG) 335
4.2.31 Militärgesetz (MG) 336
4.2.31.01 Artikel 135 337
4.2.31.02 Artikel 141 338
4.2.31.03 Artikel 143 338
4.2.32 Zivilschutzgesetz (ZSG) 339
4.2.32.01 Artikel 58 340
4.2.32.02 Artikel 61 340
4.2.32.03 Artikel 63 341
4.2.33 Kernenergiehaftpflichtgesetz (KHG) 341
4.2.33.01 Artikel 3 341
4.2.33.02 Artikel 4 341
4.2.33.02bis Artikel 5 und 6 342
4.2.33.03 Artikel 7 343
4.2.33.04 Artikel 8 343
4.2.33.05 Artikel 9 343
4.2.33.06 Artikel 10 344
4.2.33.07 Artikel 16bis (neu) 345
4.2.33.08 Artikel 19 und 20 345
4.2.33.09 Artikel 26 345
4.2.33.10 Artikel 27 346
4.2.33.11 Artikel 28 346
4.2.34 Elektrizitätsgesetz (EleG) 346
4.2.34.01 Artikel 27 347

4.2.34.02 Artikel 28 348
4.2.34.03 Artikel 29 349
4.2.34.04 Artikel 30 349
4.2.34.05 Artikel 31 349
4.2.34.05bis Artikel 32 350
4.2.34.06 Artikel 33 350
4.2.34.07 Artikel 34 350
4.2.34.08 Artikel 35 350
4.2.34.09 Artikel 36 350
4.2.34.10 Artikel 37 351
4.2.34.11 Artikel 38 351
4.2.34.12 Artikel 39 351
4.2.34.13 Artikel 41 351
4.2.35 Strassenverkehrsgesetz (SVG) 351
4.2.35.01 Artikel 58 352
4.2.35.02 Artikel 59 353
4.2.35.03 Artikel 60 355
4.2.35.04 Artikel 61 357
4.2.35.05 Artikel 62 357
4.2.35.06 Artikel 64 358
4.2.35.07 Artikel 65 358
4.2.35.08 Artikel 66 359
4.2.35.08bis Artikel 67 und 68 359
4.2.35.09 Artikel 69 359
4.2.35.10 Artikel 70 360
4.2.35.10bis Artikel 71 360
4.2.35.11 Artikel 72 360
4.2.35.11bis Artikel 73 360
4.2.35.11ter Artikel 74 360
4.2.35.11quater Artikel 75 360
4.2.35.11quinquies Artikel 76 und 76*a* 360
4.2.35.11sexies Artikel 77 361
4.2.35.11septies Artikel 79 361
4.2.35.12 Artikel 80 361
4.2.35.13 Artikel 81 361
4.2.35.14 Artikel 82 362
4.2.35.15 Artikel 83 362

4.2.35.16 Artikel 84 ... 362
4.2.35.17 Artikel 86 ... 363
4.2.35.18 Artikel 87 ... 363
4.2.35.19 Artikel 88 ... 363
4.2.36 Eisenbahngesetz (EBG) ... 364
4.2.37 Transportgesetz (TG) ... 366
4.2.37.01 Artikel 19 ... 366
4.2.37.02 Artikel 23 ... 367
4.2.37.03 Artikel 39 ... 367
4.2.38 Personenbeförderungsgesetz (PBG) ... 367
4.2.39 Trolleybusgesetz (TBG) ... 368
4.2.39.01 Artikel 15 ... 369
4.2.39.02 Artikel 16 ... 369
4.2.40 Rohrleitungsgesetz (RLG) ... 369
4.2.40.01 Artikel 33 ... 370
4.2.40.02 Artikel 34 ... 371
4.2.40.03 Artikel 37 ... 372
4.2.40.04 Artikel 38 ... 372
4.2.40.05 Artikel 39 ... 372
4.2.40.06 Artikel 40 ... 372
4.2.41 Binnenschifffahrtsgesetz (BSG) ... 372
4.2.41.01 Artikel 5 ... 373
4.2.41.02 Artikel 30*a* (neu) ... 373
4.2.41.03 Artikel 33 und 34 ... 374
4.2.41.04 Artikel 39 ... 374
4.2.42 Seeschifffahrtsgesetz (SSG) ... 374
4.2.43 Luftfahrtgesetz (LFG) ... 376
4.2.43.01 Artikel 64 ... 376
4.2.43.02 Artikel 64*a* (neu) ... 378
4.2.43.02^{bis} Artikel 65 ... 378
4.2.43.03 Artikel 66 ... 378
4.2.43.04 Artikel 67 ... 379
4.2.43.05 Artikel 68 ... 379
4.2.43.06 Artikel 69 ... 379
4.2.43.06^{bis} Artikel 70-74 ... 380
4.2.43.06^{ter} Artikel 131 LFV ... 380
4.2.43.06^{quater} Artikel 75-76*a* ... 380

4.2.43.07 Artikel 77 381
4.2.43.08 Artikel 78 381
4.2.43.09 Artikel 79 381
4.2.43.09bis Artikel 106 381
4.2.44.00 Post- und Fernmeldewesen - Vorbemerkung 381
4.2.44.01 Postgesetz (PG) 382
4.2.44.02 Telekommunikationsunternehmungsgesetz (TUG) 383
4.2.45 Umweltschutzgesetz (USG) 383
VARIANTE A 385
4.2.45.A01 Artikel 59 385
4.2.45.A02 Artikel 59*a* 386
4.2.45.A03 Artikel 59*b* 386
VARIANTE B 386
4.2.45.B01 Artikel 59*a* 386
4.2.46 Gewässerschutzgesetz (GSchG) 387
4.2.47 Strahlenschutzgesetz (StSG) 387
4.2.47.01 Artikel 39 388
4.2.47.02 Artikel 40 389
4.2.48 Lebensmittelgesetz (LMG) 389
4.2.49 Zivildienstgesetz (ZDG) 390
4.2.49.01 Artikel 52 390
4.2.49.02 Artikel 53 390
4.2.49.02bis Artikel 54 391
4.2.49.03 Artikel 55 391
4.2.49.04 Artikel 57 391
4.2.49.04bis Artikel 58 392
4.2.49.05 Artikel 59 392
4.2.49.06 Artikel 60 393
4.2.49.07 Artikel 61 394
4.2.50 Unfallversicherungsgesetz (UVG) 394
4.2.51 Jagdgesetz (JSG) 395
4.2.51.01 Artikel 15 396
4.2.51.02 Artikel 16 396
4.2.51.03 Artikel 23 397
4.2.52 Fischereigesetz (FischG) 397
4.2.53 Edelmetallkontrollgesetz (EMKG) 398
4.2.53.01 Artikel 38 398

4.2.53.02 Artikel 40 398
4.2.54 Sprengstoffgesetz (SprstG) 399
4.2.55 Pauschalreisegesetz (PauRG) 400
4.2.55.01 Artikel 14 401
4.2.55.02 Artikel 15 401
4.2.55.02bis Artikel 16 402
4.2.56 Anlagefondsgesetz (AFG) 402
4.2.56.01 Artikel 65 402
4.2.56.02 Artikel 66 403
4.2.56.02bis Artikel 67 403
4.2.56.02ter Artikel 68 403
4.2.57 Bankengesetz (BankG) 403
4.2.57.01 Artikel 44 404
4.2.57.02 Artikel 45 405

ANHANG 406

HAFTPFLICHTRECHT. PARLAMENTARISCHE VORSTÖSSE SEIT 1970 406

ABKÜRZUNGEN

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle juristische Praxis
Amtl. Bull. N	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat
Amtl. Bull. S	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
bes.	besonders
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BR	Bundesrat
BR	in Zusammenhang mit Zitaten: Baurecht
BRB	Bundesratsbeschluss
Bst.	Buchstabe
E.	Erwägung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
f.	und der/die folgende
ff.	und die folgenden
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu (im vorliegenden Fall)
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JT	Journal des tribunaux
Kap.	Kapitel

N.	Note
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
Par.	Paragraph
Pra.	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
S.	Seite
SAV	Entscheidungen Schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten
SJ	Semaine judiciaire
SJK	Schweizerische juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StR	Ständerat
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift
VE	Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Revision des Haftpflichtrechts (Art. 41 ff. OR); im Text häufig zitiert als *Vorentwurf*
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
z.B.	zum Beispiel
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung

WICHTIGSTE ZITIERTE GESETZE

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811
AHVG	BG vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BSG	BG vom 3. Oktober 1975 über die Binnenschiffahrt, SR 747.201
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, SR 101
BVG	BG vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.40
BZP	BG vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess, SR 273
CCF	Französisches Zivilgesetzbuch vom 21. März 1804
CCI	Italienisches Zivilgesetzbuch vom 16. März 1942
DSG	BG vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz, SR 235.1
EHG	BG vom 28. März 1905 betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Post, SR 221.112.742
EleG	BG vom 24. Juni1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz), SR 734.0
GSchG	BG vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer, SR 814.20
IPRG	BG vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291
IVG	BG vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, SR 831.20
JSG	BG vom 20. Juni 1986 über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz), SR 922.0
KG	BG vom 6. Oktober 1995 Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), SR 251
KHG	Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983, SR 732.44
KVG	BG vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung, SR 832.10
LFG	BG vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt, SR 748.0
MG	BG vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung, SR 510.10
MVG	BG vom 19. Juni 1992 über die Militärversicherung, SR 833.1

OG	BG vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz), SR 173.110
OHG	BG vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten, SR 312.5
OR	Obligationenrecht vom 30. März 1911 (BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Titel: Obligationenrecht]), SR 220
PatG	BG vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente, SR 232.14
PrHG	BG vom 18. Juni 1993 über die Produktehaftpflicht, SR 221.112.944
PVG	Postverkehrsgesetz vom 2. Oktober 1924, SR 783.0
RLG	BG vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz), SR 746.1
SchKG	BG vom 11. April über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1
SprstG	BG vom 25. März 1977 über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz), SR 941.41
SSG	BG vom 23. September 1953 über die Seeschiffahrt unter der Schweizer Flagge (Seeschiffahrtsgesetz), SR 747.30
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StSG	Strahlenschutzgesetz vom 22. März 1991, SR 814.50
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember, SR 741.01
URG	BG vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), SR 231.1.
USG	BG vom 7 Oktober 1983 über den (Umweltschutzgesetz), SR 814.01
UVG	BG vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung, SR 832.20
UWG	BG vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241
VG	BG vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz), SR 170.32
VVG	BG vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag, SR 221.229.1
ZDG	BG vom 6. Oktober 1995 über den zivilen Ersatzdienst, SR 824.0
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZSG	BG vom 17. Juni 1994 über den Zivilschutz (Zivilschutzgesetz), SR 520.1

ERLÄUTERNDER BERICHT

1 Grundlagen und Ziele der Revision

1.1 Vorgeschichte

1.1.1 Entwicklung bis 1967

1.1.1.1 Vom alten zum neuen Obligationenrecht

Im alten Obligationenrecht von 1881 (aOR) war das Haftpflichtrecht in den Artikeln 50 - 69 geregelt. Diese Bestimmungen wurden ohne grosse inhaltliche Änderungen in die Artikel 41 - 61 des Fünften Buches des neuen Zivilgesetzbuches übergeführt, das Obligationenrecht vom 30. März 1911, das immer noch in Kraft ist[1].

Immerhin gehen die ersten Anstösse für eine grundlegende Revision des Haftpflichtrechts auf den Anfang unseres Jahrhunderts zurück, genauer gesagt auf das Referat von Professor Carl Christoph Burckhardt am Schweizerischen Juristentag von 1903 in Lausanne über "Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht"[2]. Diese meisterhafte Abhandlung - deren Echo weit unter ihrem Wert blieb und die heute noch eine Fundgrube von Anregungen ist - umfasste sowohl das vertragliche als auch das ausservertragliche Haftpflichtrecht. Obwohl Burckhardt sich von vornherein gegen jeden Anschein verwahrte, er wolle revolutionäre Änderungen vorschlagen, und entschlossen die Bedeutung der Kontinuität des Rechts und der Rechtssicherheit hervorhob, unterbreitete er den Juristen und dem Gesetzgeber eine Reihe von ganz originellen Ansätzen zu Fragen, die uns bis heute beschäftigt haben. Der neuartigste Vorschlag war sicher der erste Entwurf für eine Generalklausel der Gefährdungshaftung[3]. Dieser ergab sich aus der Feststellung, dass - schon damals - das klassische Haftpflichtrecht angesichts der möglichen Gefahren der modernen Technik und Industrie keine befriedigenden Lösungen bot oder vielmehr nicht verhindern konnte, dass schockierende Ergebnisse eintraten. Eigentlich wollte Burckhardt eine solche Norm nur als Notventil für aussergewöhnliche Fälle einführen. Aber er ging schon von der Überlegung aus, dass nur das Gericht alle Einzelheiten eines Falles konkret würdigen und eine angemessene Antwort auf die Frage geben kann, ob in einem bestimmten Tätigkeitsbereich die Voraussetzungen für eine Kausalhaftung gegeben sind (wir werden diese Überlegung später näher ausführen[4]). Und trotz aller Vorsicht bei der Formulierung des Vorschlags bejahte Burckhardt stillschweigend die allgemeine Tragweite dieser Idee. Nur so ist die konsequente Art zu erklären, mit der er vorsieht, dass eine Gefahr, die der geschädigten Person zuzurechnen

---

1 Tercier P., Cent ans de responsabilité civile en droit suisse, in: Le Centenaire du code des obligations (Mélanges), Freiburg 1982, S. 203 ff.

2 Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, ZSR 1903, S. 578 (Entwurf von Art. 68a).

3 Burckhardt C. Chr., a.a.O. (Anm. 2), S. 567 ff.; vgl. hinten 2.4.4.

4 Vgl. hinten 2.4.4.2.

ist, die Bemessung des Schadenersatzes gleich wie ein Selbstverschulden beeinflussen kann[5]. Aufgrund derselben Überlegung war er der Ansicht, dass die Kausalhaftungen im Rahmen der Solidarität stärker zu berücksichtigen seien, und er befürwortete eine einheitliche Regelung der Konkurrenz von Haftungen, die jener des gegenwärtigen Vorentwurfs sehr nahe kommt[6].

Dass die Vorschläge von Burckhardt keinen grösseren Widerhall fanden, erklärt sich wahrscheinlich teilweise aus einem allgemeinen Mangel an Interesse an haftpflichtrechtlichen Problemen zu Beginn des Jahrhunderts, wo die Kodifikation und Vereinheitlichung des Zivilrechts, das bis dahin kantonal geregelt war, im Vordergrund standen. Dieses fehlende Interesse ist übrigens bei Eugen Huber selbst klar zu erkennen. Er hat in seinem grossen Werk "System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts" dem ausservertraglichen Haftpflichtrecht nur einen einzigen, relativ kurz gefassten Abschnitt gewidmet[7]. Sein einziger gesetzgeberischer Beitrag auf diesem Gebiet bestand darin, dass er während der parlamentarischen Beratungen von 1909/1910 überstürzt einen Absatz 2 in Artikel 51 OR einfügte, der - wie man zutreffend bemerkt hat - "schliesslich mehr Probleme aufwarf als er lösen sollte"[8].

Ausserhalb des Zivilgesetzbuches hat die Gesetzgebung dagegen einen Weg eingeschlagen, der sich anscheinend von der Haupt-Kodifikation ganz getrennt hat. Diese Erscheinung hat bis zur Gegenwart angedauert und sie ist bezeichnend für die Konzeption oder vielmehr die Konzeptionslosigkeit, die lange Zeit im Bereich des Haftpflichtrechts geherrscht hat. Diese Bemerkung lässt sich namentlich durch die ersten Normen veranschaulichen, die - eine nach der anderen und praktisch ohne Verbindung untereinander - eine Gefährdungshaftung einführten, und zwar im Rahmen von Spezialgesetzen. Der älteste Text, das "Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen" stammt von 1875. Es hat noch vor der Verabschiedung des Obligationenrechts eine Gefährdungshaftung auf Bundesebene eingeführt. Das OR hat hingegen - in einer Generalklausel nach französischem und österreichischem Vorbild - die Voraussetzung des Verschuldens als obersten Haftungsgrundsatz festgelegt. Infolgedessen haben Lehre und Rechtsprechung dieses Kriterium zum absoluten Dogma erhoben, so dass jede Haftung, die auf einer anderen Grundlage beruhte, als Ausnahme - wenn nicht gar als Sakrileg - erschien. Und dennoch bestand die Ausnahme bereits vor der Weihe der Regel. Dies gilt auch für das zweite Spezialgesetz von 1881/1887, das eine Kausalhaftung vorsah: das Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb[9]; dieses wurde 1911

---

5 Burckhardt C. Chr., a.a.O. (Anm. 2), S. 501 und 571 ff. (Entwurf der Ergänzung von Art. 51 Abs. 2 aOR); vgl. hinten 2.5.2.

6 Burckhardt C. Chr., a.a.O. (Anm. 2), S. 670, 675 (Entwurf der Änderung von Art. 60 aOR); vgl. hinten 2.6.4.

7 Huber E., System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, IV, Basel 1893, S. 894 ff.

8 Tercier P., a.a.O. (Anm. 1), S. 208; vgl. auch Widmer P., Ethos und Adäquanz der Regressordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR, in: Festschrift Assista 1968 - 1978, Genf 1979, S. 269 ff. (275 ff.).

9 Mit diesem Gesetz wurde in Wirklichkeit nur eine Rahmenbestimmung des Fabrikgesetzes vom 23. April 1877 angewandt.

durch das Bundesgesetz betreffend die Kranken- und Unfallversicherung (KUVG) abgelöst, welches das erste System der sozialen Sicherheit in der Schweiz einführte.

In der Zwischenzeit wurde mit dem Elektrizitätsgesetz von 1902, das immer noch in Kraft ist, eine neue Spezial-Haftung eingeführt. 1905 folgte die Totalrevision des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes von 1875. Beide Gesetze regeln in ihrem Bereich den Grundsatz und die Einzelheiten der Haftpflicht fast abschliessend und oft in eigenständiger Weise. Die Verweisungen auf das "gemeine Recht" des OR beschränken sich auf einige mehr oder weniger nebensächliche Punkte. Vor allem das Eisenbahnhaftpflichtgesetz genügt sich selbst so gut und enthält einige derart aussergewöhnliche Lösungen[10], dass es als einziges Gesetz eine parlamentarische Reaktion ausgelöst hat - vor den Vorstössen aus aktuellem Anlass zur Produktehaftpflicht und jenen im Gefolge der Unfälle von Seveso, Tschernobyl und Schweizerhalle. Der Vorstoss verlangte die Revision des Gesetzes und gleichzeitig eine Revision und Vereinheitlichung des gesamten Haftpflichtrechts[11].

1.1.1.2 Von 1912 bis 1967

Seit dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches gab es nur wenige Änderungen des zweiten Kapitels des Obligationenrechts. Zu erwähnen ist die Aufhebung von Artikel 48 durch das Bundesgesetz von 1943 über den unlauteren Wettbewerb und von Artikel 56 Absatz 3 durch das Jagdgesetz von 1986. Anlässlich der Revision des Arbeitsvertragsrechts von 1971 wurde Artikel 55 rein redaktionell geändert[12]. Eine inhaltliche Änderung erfuhr Artikel 49 Absatz 1 durch das Bundesgesetz von 1983 betreffend den Persönlichkeitsschutz; dabei wurde namentlich das - schwere - Verschulden der haftpflichtigen Person als Voraussetzung für die Zusprechung einer Geldsumme als Genugtuung gestrichen.

Die Spezialgesetzgebung nahm weiterhin stark zu: 1925 führte das Jagd- und Vogelschutzgesetz eine Gefährdungshaftung für "*Jagdausübung*"[13] (Art. 13) ein; dieses Gesetz wurde 1986 neu gefasst; in Artikel 15 wurde der bisherige Text übernommen und in Artikel 16 ein Versicherungsobligatorium festgelegt. Das Spezialgesetz begnügte sich hier damit, den Grundsatz der Haftung festzulegen und "*im übrigen ... auf die Bestimmungen des Obligationenrechts über die unerlaubten Handlungen*" zu verweisen (Art. 15 Abs. 2 JSG). Hier hat man also bereits früher und in optimaler Form das Konzept des "Allgemeinen Teils" übernommen, das dem gegenwärtigen Vorentwurf zugrunde liegt[14].

Am 1. Januar 1933 ist - nach vielen Wechselfällen - das "Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr" in Kraft getreten[15]. Zuvor hatte es in-

---

10 Vor allem bezüglich Sachschäden (Art. 11 EHG) und Genugtuung (Art. 8 EHG). Vgl. dazu namentlich: Keller A., Haftpflicht im Privatrecht, I, 5. Aufl., Bern 1993, S. 221.

11 Postulat Cadruvi 10470 vom 7. Oktober 1970: Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts.

12 Die "*Angestellten oder Arbeiter*" wurden in "*Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen*" umgewandelt und vereinheitlicht.

13 Vgl. hinten 2.4.4.3.

14 Vgl. hinten 4.1.

15 BS 7 593 ff.

terkantonale Konkordate und einen ersten Entwurf von 1926 gegeben, der im Referendum von 1927 verworfen worden war. Es wurde 1958 durch das Strassenverkehrsgesetz ersetzt. Dessen vierter Titel (Haftpflicht und Versicherung) ist am 1. Januar 1960 in Kraft getreten. Seither wurde er mehrmals geändert. Der Grundsatz der Gefährdungshaftung des Halters wurde schon im ersten Gesetz von 1932 (Art. 37 ff. MFG) festgelegt, ebenso das System des Versicherungsobligatoriums und des direkten Forderungsrechts (Art. 48 ff. MFG).

1948 folgte das Luftfahrtgesetz. Dieses sah eine Gefährdungshaftung des "Halters des Luftfahrzeuges" für die Schäden vor, "*die von einem im Fluge befindlichen Luftfahrzeug einer Person oder Sache auf der Erde zugefügt werden*". Danach wurde 1959 das Bundesgesetz über die friedliche Verwendung der Atomenergie (AtG; SR 732.0) erlassen. Dieses kanalisierte die Gefährdungshaftung für Personen- und Sachschäden auf den Inhaber der Kernanlage und begrenzte sie auf 40 Millionen Franken (später wurde der Betrag auf 200 Millionen Franken erhöht). Dieses System wurde durch einen Fonds für Spätschäden und ein besonderes System für den Ersatz von Grossschäden ergänzt (Art. 12 - 28 AtG). Schliesslich führte 1963 das Rohrleitungsgesetz (RLG; SR 746.1) eine Gefährdungshaftung des Inhabers dieser Anlagen ein. Erstmals ist darin eine Bestimmung enthalten, die den Eigentümer einer Rohrleitung solidarisch mit dem Inhaber haften lässt, sofern dieser nicht selbst Eigentümer ist (Art. 33 Abs. 1 am Ende RLG).

Auf der Ebene der Rechtsprechung findet eine weniger gut sichtbare aber nicht weniger wichtige Entwicklung statt. Sie lässt sich in groben Zügen in der Tendenz zusammenzufassen, die Hebel so anzusetzen, dass eine schärfere und strengere Ausgestaltung der Verschuldenshaftung und der gewöhnlichen Kausalhaftungen ermöglicht wird. Der Richter schliesst so stillschweigend die Lükken, die umso spürbarer werden, je mehr die Einzelfälle von Spezialhaftungen zunehmen und - infolgedessen - die Lücken in den nicht abgedeckten Bereichen stärker ins Bewusstsein rücken[16]. Paradoxerweise geschieht diese Ausdehnung vor allem im Bereich der allgemeinen Voraussetzungen der Haftpflicht, die doch die Aufgabe hätten, die Grenzen der Haftpflicht zu ziehen. So bildet die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs - die sich auf wissenschaftliche Anschauungen im Gebiet der Wahrscheinlichkeitsrechnung beruft - den Rahmen, in dem sich der Begriff der "objektiven nachträglichen Prognose" entwickelt. Dieser Begriff erlaubt, einen rechtlich bedeutsamen Kausalzusammenhang sogar in Situationen zu bejahen, wo der Schaden von einer ganz einmaligen Verknüpfung von Umständen herrührt. In gleicher Weise wird die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit durch die Anerkennung eines sogenannten "*Fundamentalsatzes der Rechtsordnung*" (Oftinger) gelockert, der unter der Bezeichnung "Gefahrensatz (principe du danger créé)" bekannt ist. Dieser hat die Tendenz, den alten römischen Grundsatz des "*neminem laedere*" zur allgemeinen Norm zu erheben. Seine Verletzung soll automatisch die Widerrechtlichkeit der Verletzung und gleichzeitig das objektivierte Verschulden begründen[17].

---

16 Vgl. hinten 2.4.4.1.

17 Vgl. dazu Tercier P., a.a.O. (Anm. 1), S. 208 ff.; Yung W., Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile, in: Klein, F.-E. (Hg.), Colloque franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile, Basel/Stuttgart 1973,

Im Bereich der besonderen Haftungen im Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht ist ein eigentlicher Systemwechsel zu beobachten. Dieser wird bei der Haftung des Geschäftsherrn (Art. 55 OR) am augenfälligsten. Zuerst war sie als Verschuldenshaftung desjenigen vorgesehen, der seine Hilfspersonen schlecht auswählt oder bei ihrer Unterweisung oder Überwachung nachlässig ist. Sie sollte sich von der gewöhnlichen Verschuldenshaftung nur durch die Umkehr der Beweislast für diese Sorgfaltspflichten unterscheiden. Nach und nach wandelte sie sich aber in eine Kausalhaftung um[18]: die Vermutung des (subjektiven) Verschuldens wird immer mehr durch die vermutete Verletzung eines typischen Verhaltens ersetzt, das nachträglich umschrieben wird. Namentlich die Unterweisungspflicht wird massgeschneidert und ihre Missachtung ist unvermeidlich durch den Umstand bedingt, dass ein Schaden eingetreten ist. Das Fehlen einer angemessenen Haftung für Motorfahrzeuge bis 1932 konnte natürlich diese Strenge nur begünstigen[19]. Aber auch nach Inkrafttreten des Motorfahrzeuggesetzes hat sich diese Tendenz fortgesetzt und schliesslich zu einer Organisationshaftung geführt, die den Befreiungsbeweis endgültig zu einer theoretischen Möglichkeit reduziert hat[20]. In der Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde der Befreiungsbeweis seit 1965 nie mehr als gegeben erachtet[21]. Ähnliche Tendenzen gab es bei anderen Bestimmungen, die üblicherweise in die Kategorie der "einfachen Kausalhaftung" eingeordnet werden[22].

Im Bereich der Rechtslehre fällt auf, wie stark die Entwicklung des Haftpflichtrechts durch Forschungen unter dem Patronat des Schweizerischen Juristen-

---

S. 115 ff. und 125 ff.; Widmer P., Gefahren des Gefahrensatzes, ZbJV 1970, S. 289 ff.; ders., Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, ZbJV 1974, S. 289 ff.; ders., Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, ZSR 1977, S. 417 ff.

18 Die ersten Anzeichen dieser Verwandlung sind bereits unter der Geltung des alten OR (Art. 62) sichtbar, namentlich in den Erwägungen von BGE 34 II 266 ff. (270). Die neue Auffassung wird danach in BGE 56 II 283 ff. (287) klar bejaht. Dort erklärt das Bundesgericht wörtlich, dass "*die Haftung des Geschäftsherrn ... keine Verschuldenshaftung*" ist, dass der Befreiungsbeweis "*kein Exkulpations- sondern ein bestimmt umschriebener Entlastungsbeweis*" ist und "*die Sorgfalt im Sinne des Art. 55 nicht einfach in einer pflichtgemässen Handlungsweise, sondern einer Summe objektiv gebotener Massnahmen*" besteht.

19 BGE 38 II 487 ff., 51 II 73 ff. und 517 ff., 56 II 283 ff. und 289 f., 58 II 29 ff.

20 BGE 110 II 456 ff., und - als Vorläufer - BGE 95 II 93 ff., 96 II 27 ff., 97 II 221 ff. Vgl. auch hinten 2.4.3.1.

21 BGE 91 II 239 f. Der Befreiungsbeweis wurde auch in einem Entscheid von 1964 als erbracht angesehen (BGE 90 II 86 ff.); es handelt sich um den bekannten "Friteusenfall", der in der Schweiz die ersten Diskussionen über die Produktehaftpflicht ausgelöst hat (vgl. namentlich das Votum von P. Jäggi am 101. Schweizerischen Juristentag in Neuenburg: ZSR 1967 II, S. 754 ff.). Im Gegensatz zu diesem Urteil hat das Bundesgericht - 20 Jahre später - im Entscheid 110 II 456 ff. eine spektakuläre Änderung der Rechtsprechung vorgenommen, vgl. vorne Anm. 20 und hinten 1.2.2.3 am Ende.

22 Man vergleiche: a) für die Haftung des Tierhalters (Art. 56 OR): BGE 85 II 245 ff., und die neueren Urteile in 104 II 23 ff. und 110 II 136 ff.; b) für die Haftung des Werkeigentümers (Art. 58 OR): BGE 57 II 47 ff., 88 II 417 und, ganz kürzlich, 118 II 36 ff.; c) für die Haftung des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB): BGE 81 II 442; ausgehend von dieser Bestimmung - oder vielmehr, weil es eine Lücke annimmt - hat das Bundesgericht sogar eine neue Kausalhaftung für rechtmässiges Verhalten entwickelt, das heisst für unvermeidbare schädliche Einwirkungen, die durch Bauarbeiten verursacht werden: BGE 83 II 375 ff., 91 II 100 ff., 114 II 230 ff.; vgl. dazu hinten 3.2.3.

vereins geprägt wurde. 27 Jahre nach den Thesen von Burckhardt[23] und 37 Jahre vor dem Juristentag in Neuenburg, an dem die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts vorgeschlagen wurde[24], trat ein noch schüchterner Reformgeist in den Referaten von Arthur Homberger und Max Petitpierre[25] an der Jahresversammlung von 1930 über "die Haftung ohne Verschulden" zutage. Sie waren hauptsächlich dazu bestimmt, eine günstige Ausgangslage für einen zweiten Versuch der Einführung der Kausalhaftung im Bereich des motorisierten Verkehrs zu schaffen[26]. Sie zeigten vor allem, wie das Verschulden immer weniger ein absolutes Prinzip des Haftpflichtrechts war, ohne aber zu vollständig neuen Konzeptionen zu gelangen. Die Gefährdungshaftung wurde weiterhin als aussergewöhnlich betrachtet, ja in einem gewissen Sinn als gefährlich, da sie geeignet war, der Haftung das "moralische Element" zu nehmen. Andererseits scheint namentlich Homberger ohne allzu grosse Schwierigkeiten anzunehmen, dass die traditionelle Haftung als Folge einer immer radikaleren Objektivierung des Verschuldens schliesslich ihre ausschliessliche Rechtfertigung in der Widerrechtlichkeit der Einwirkung und einem Garantie-Gedanken finden könne. Beide Autoren schienen das Haftpflichtrecht noch als eine Gesamtheit unterschiedlicher Normen aufzufassen, die untereinander nur durch die gleichartige Ersatzfunktion verbunden sind, eine Art Steinbruch, in dem Richter oder Gesetzgeber die Blöcke holen, die sie gerade benötigen.

In wissenschaftlicher Hinsicht ist in dieser Zeit sicher die Veröffentlichung des grossen Werkes "Schweizerisches Haftpflichtrecht" von Karl Oftinger der grösste Beitrag. Dieses ist das erste systematische Handbuch des schweizerischen Haftpflichtrechts. 1940 erschien Band I, Allgemeiner Teil, 1942 Band II, Besonderer Teil[27]. Dieses Buch ist für eine Generation von Juristen das wichtigste Nachschlagewerk geworden. Es hat die Praxis stark geprägt, und zwar sowohl im Bereich der Rechtsprechung als auch in jenem der einvernehmlichen Streiterledigung zwischen Anwälten und Versicherern. Sein besonderes Verdienst ist es, die Einheit im Aufbau des Systems und der Mechanismen der ausservertraglichen Haftung klar aufzuzeigen und gleichzeitig die Widersprüche unter gleichartigen Normen um so deutlicher hervortreten zu lassen. Die Ent-

---

23 Vgl. vorne Anm. 2.

24 Vgl. hinten 1.1.2.1.

25 ZSR 1930, S. 1a ff. (Homberger A., Haftpflicht ohne Verschulden); S. 67a ff. (Petitpierre M., La responsabilité causale).

26 Vgl. vorne vor Anm. 15.

27 Von der 2. Auflage an (1958/60/62; danach zweimal nachgedruckt, 1964/65, sowie 1969/70/72 als 3. unveränderte Auflage) wurde der Besondere Teil in zwei Bände aufgeteilt. Der erste war den gewöhnlichen Kausalhaftungen, der Haftung der Eisenbahnen und der Inhaber elektrischer Anlagen gewidmet, der zweite der Haftung des Automobilhalters und des Bundes gemäss Militärorganisation für Schäden, die durch militärische Übungen verursacht sind. Die vierte Auflage des Allgemeinen Teils erschien 1975, kurz vor dem Tod des Verfassers. Seitdem wurde der Besondere Teil von Prof. Emil W. Stark überarbeitet und ergänzt. Er erschien unter der Bezeichnung Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht/Besonderer Teil in drei Bänden II/1: Verschuldenshaftung/gewöhnliche Kausalhaftungen/Haftung für Gewässerverunreinigung (Zürich 1987); II/2: Gefährdungshaftung: Haftung für Motorfahrzeuge (Zürich 1989) und II/3: Andere Gefährdungshaftungen (Zürich 1991). Die 5. ganz überarbeitete Auflage des Allgemeinen Teils (Band I) - Oftinger K./Stark E.W., I - erschien im März 1995.

stehung und Entwicklung dieser Normen beruht häufig auf Zufall, entsprechend den Bedürfnissen der Praxis und politischen Gegebenheiten.

Seltsamerweise hat Oftinger die Frage der Haftungsgrundlagen kaum vertieft. Er schien der Ansicht zu sein, dass die Untersuchung der "Grundsätze" und Gründe, die die Haftpflicht oder die verschiedenen Schadenersatzpflichten rechtfertigen konnten, der Praxis nicht viel bringen könne[28]. Er nahm also entschieden eine pragmatische Haltung ein und war skeptisch gegenüber jeder Suche nach einem gemeinsamen Nenner unter den verschiedenen Haftungsarten. Dieser Skeptizismus lässt sich in einem gewissen Mass durch den Umstand erklären, dass Oftinger gerade im Zeitpunkt, wo er sein System aufbaute, einen Niedergang der Haftpflicht feststellte. Diese war vor allem durch die wachsende Bedeutung der Privat- und Sozialversicherung bedingt. Seines Erachtens war das Haftpflichtrecht im Begriff, zu einem "*juristisch-technischen Mittel zur Bestimmung des Versicherungsanspruchs, der zulasten einer Kollektivität geht*" auszuarten[29].

Diese Diagnose hat ihn jedoch nicht daran gehindert, die fehlende Kohärenz des positiven Rechts zu bemängeln und seine Vereinheitlichung vorzuschlagen. Er empfahl, einen "Satz allgemeiner Regeln" in das Obligationenrecht einzuführen und ein besonderes Gesetzbuch zu schaffen, in dem möglichst viele Kausalhaftungen zusammengefasst werden sollten, sowohl jene des Zivilgesetzbuchs und des Obligationenrechts als auch jene der Spezialgesetzgebung. In diesem Zusammenhang erwog er auch eine Generalklausel der Gefährdungshaftung. Er schien aber nicht wirklich daran zu glauben. Er schloss mit einer Warnung vor zu ehrgeizigen Reformen, die die Grundlinien dieser fliessenden Materie in Frage stellen würden[30].

1.1.2 Die Morgenröte der Revision und ihre Auslösung durch die Macht des Schicksals (1967 - 1988)

1.1.2.1 Das Manifest von Neuenburg (1967)

Karl Oftinger hatte in der ersten Auflage seines Handbuchs kritische Bemerkungen über die Zersplitterung der Haftpflichtbestimmungen gemacht und sie in den folgenden Auflagen wiederholt und präzisiert. Diese Bemerkungen und sein Vorschlag zur Vereinheitlichung veranlassten (einmal mehr) den Juristenverein, dieses rechtspolitische Problem an seiner 101. Jahresversammlung in Neuenburg im September 1967 zu traktandieren. Die Professoren Emil W. Stark und François Gilliard erstellten in ihren ausführlichen Referaten ein vollständiges Inventar der offenen Fragen. Stark stellte eine praktisch abschliessende Liste unterschiedlicher Lösungen auf, die die verschiedenen Texte zu gleichen Problemen enthielten. Ferner untersuchte er die Zweckmässigkeit der Einführung neuer Kausalhaftungstatbestände, um gewissen besonders heiklen

---

28 Oftinger K., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975, S. 33 ff.; diese Haltung ist jetzt stark gemildert in Oftinger K./Stark E.W. a.a.O. (Anm. 27), I, § 1, N 9 ff.

29 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), I, S. 40.

30 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), I, S. 6 ff.

Gefahren zu begegnen[31]. Gilliard machte eine vertiefte Studie über Fragen des Verfahrens, der Genugtuung, der Solidarität und des Verhältnisses zwischen der Haftpflicht und der Sozialversicherung. Ausserdem verfasste er konkrete Vorschläge für die Revision von Artikel 55 OR, die Einführung einer Quasi-Kausalhaftung des Herstellers einer beweglichen Sache und im Hinblick auf punktuelle Änderungen von Spezialgesetzen[32]. Am Ende einer ausgedehnten Diskussion[33] verabschiedete die Versammlung von Neuenburg folgende Resolution zuhanden von Bundesrat und Parlament:

> "Die in Neuenburg versammelten Mitglieder des Schweizerischen Juristenvereins halten die Vereinheitlichung des in einer grösseren Zahl von Gesetzen aufgesplitterten Haftpflichtrechts und damit auch seine materielle Überprüfung und Verbesserung für notwendig. Sie geben dem Wunsch Ausdruck, der Gesetzgeber möge diese wissenschaftlich schon gut vorbereitete Revision an die Hand nehmen."

Die Regierung, die die Hauptadressatin dieses Aufrufs war, blieb ihm gegenüber nicht ganz gleichgültig. Seit Beginn der Siebziger Jahre war die Revision des Haftpflichtrechts im Gesetzgebungsprogramm des Bundesrates enthalten. Von einem Geschäftsbericht zum anderen kündigte er die baldige Ausführung an. Er liess jedoch durchblicken, dass diesem Vorhaben kein Vorrang zukam, namentlich wegen der Personalbeschränkungen der Bundesverwaltung. Diese Situation blieb während mehr als zehn Jahren unverändert, und dies trotz einer zunehmenden Zahl von parlamentarischen Vorstössen[34], die gesetzgeberische Massnahmen zu verschiedenen Themenbereichen verlangten, namentlich zur Produktehaftpflicht, zur Haftung der Inhaber oder Eigentümer von Talsperren und zur Schliessung von Lücken in den Verjährungsbestimmungen.

1.1.2.2 Gesetzgeberische Tätigkeit

Während die Gesamtrevision nicht über das Stadium von Absichtserklärungen hinauskam, wurden neue Gefährdungshaftungen geschaffen, die sich nicht nur immer mehr vom gemeinen Recht entfernten, sondern auch vom bisher mehr oder weniger unveränderten Schema für die Spezialhaftungen. Das spektakulärste Beispiel dieser "neuen Welle" ist die absolut neuartige Bestimmung im Gewässerschutzgesetz, das die eidg. Räte 1971 verabschiedeten und im folgenden Jahr in Kraft trat[35]. Artikel 36 dieses Gesetzes enthielt eine Haftungsnorm, die in keiner bekannten Kategorie des schweizerischen Rechts (oder der Systeme der Nachbarstaaten) eingeordnet werden kann. Der Grundsatz dieser Haftung lautete:

---

31 Stark E.W., Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, ZSR 1967 II, S. 1 ff. (Zusammenfassung und Thesen, S. 100 ff. und 185).

32 Gilliard F., Vers l'unification du droit de la responsabilité, ZSR 1967 II, S. 193 ff.

33 ZSR 1967 II, S. 742 ff. (Resolution S. 819).

34 Vgl. hinten Anhang.

35 Inzwischen hat eine Totalrevision des GSchG stattgefunden. Ausgangspunkt war eine Botschaft des Bundesrates von 1987 (BBl 1987 II 1061 ff.). Schliesslich wurde sie im November 1992 rechtskräftig, nachdem das Parlament sie im Januar 1991 verabschiedet und das Volk sie in einer Referendumsabstimmung im Mai 1992 gutgeheissen hatte.

> "Wer durch seinen Betrieb, seine Anlagen oder durch seine Handlungen oder Unterlassungen ein Gewässer verunreinigt, haftet für den dadurch entstandenen Schaden."

Der Anknüpfungssachverhalt dieser Haftung liegt in der Gewässerverunreinigung als solcher. Man bezieht sich also nicht auf die Ursache der Verunreinigung, sondern direkt auf das Ergebnis. Denn alle denkbaren Situationen und Verhaltensweisen können eine Verunreinigung bewirken: der Besitz oder das Innehaben eines Betriebs oder einer Anlage, irgendwelche Handlungen oder das Unterlassen irgendeiner Handlung, die eine Verunreinigung hätte vermeiden können. Die Verunreinigung, definiert als "*nachteilige physikalische, chemische oder biologische Veränderung des Wassers*" (Art. 2 Abs. 2 des alten Gesetzes und Art. 4 des revidierten Gesetzes), macht an sich die Widerrechtlichkeit aus. Die Schäden, die sich daraus ergeben, sind unabhängig von ihrer Natur ersatzfähig. Dies gilt sogar für reine Vermögensschäden, die gewöhnlich ausgeschlossen sind, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend aufgrund der Unterscheidung zwischen absolut geschützten Rechtsgütern und jenen, die nicht automatisch geschützt sind[36]. Die Haftung des Verunreinigers (oder desjenigen, der die Verunreinigung nicht vermieden hat) setzt überhaupt keinen Zurechnungsgrund voraus. Je nach Fall kann ein qualifiziertes Risiko die Zurechnung rechtfertigen, aber dies ist keine Voraussetzung. Es kann auch eine Sorgfaltspflicht schuldhaft verletzt sein (durch Handeln oder Unterlassen), aber auch dies ist nicht notwendig. Die natürliche Kausalität allein genügt, um die Haftpflicht zu begründen. Bei einer Unterlassung wird nicht einmal ein Kausalzusammenhang verlangt. Denn man wird haftpflichtig für den Umstand, dass man nicht gehandelt hat, und dies unabhängig von irgendeiner Pflicht. Im Ergebnis haftet jeder gegenüber jedem für jeden Schaden, sofern dieser durch die Veränderung irgendeiner Eigenschaft des Wassers entstanden ist. Es handelt sich um eine reine Erfolgshaftung oder - vom Standpunkt des Haftpflichtigen aus gesehen - um eine Haftung für die reine Existenz[37].

Man könnte zur Not annehmen, dass das Abgleiten des Gesetzgebers bei der Ausarbeitung des Gewässerschutzgesetzes auf eine momentane Verirrung oder auf Übereifer zurückzuführen ist. Dieser könnte auf den beunruhigenden Zustand der Gewässer zu Beginn der Siebziger Jahre zurückgeführt werden und auch auf die Dringlichkeit von Vorkehren gegen eine weitere Verschlechterung dieses Zustandes. Diese Erklärung wäre aber zu oberflächlich. Der wirkliche und tiefere Grund dieses Abgleitens liegt in einer langsamen und ständigen Erosion des Haftpflichtrechts und des Rechtsbewusstseins auf diesem Gebiet im Laufe dieses Jahrhunderts. Die Ursachen dieser Erosion lagen sowohl bei der Rechtsprechung, die gezwungen war, die immanenten Schranken des positiven Rechts immer weiter wegzuschieben, als auch beim Gesetzgeber, der von Fall zu Fall eingriff, um eine rechtliche Struktur auszubessern, die von der Realität immer mehr überholt worden war. Da kann es nicht erstaunen, dass sich das Bewusstsein der Grundlagen der Haftung unter einem solchen Druck

---

[36] Vgl. hinten 2.3.2.1 und 2.3.3.1.

[37] Oftinger K., Haftpflicht wegen Verunreinigung eines Gewässers, ZSR 1972, S. 101 ff.; ders., Eine neue schweizerische Bestimmung über die Haftpflicht wegen Verunreinigung von Gewässern, in: Festschrift Larenz, München 1973, S. 961 ff.; Oftinger K./Stark E.W., Schweiz. Haftpflichtrecht II/1, a.a.O. (Anm. 27), § 23, S. 475 ff.; kritisch: Widmer P., Standortbestimmung, a.a.O. (Anm. 17), S. 321 ff.

immer mehr abschwächte und man in eine Lage kam, wo man glaubte, auf regelnde Grundsätze ganz verzichten zu können.

Dieser Verlust des Bewusstseins und des Masses in Bezug auf Ziel und Funktionen der Haftpflicht hat nicht aufgehört, die Geister zu verwirren. Noch in der Juni-Session 1994 hielt es der Ständerat für richtig, eine vom Bundesrat vorgeschlagene Kausalhaftungsnorm zu ergänzen, die nur Betriebe und Anlagen mit einer besonderen Gefahr für die Umwelt erfasste. Er wollte diese Kausalhaftung auf alle "*Betriebe und Anlagen*" ausdehnen, "*mit denen k e i n e besondere Gefahr verbunden ist*". Einzige Voraussetzung für diese Ausdehnung wäre gewesen, dass der Schaden rechtswidrig verursacht wird, weil er "*durch Nichtbeachtung der diesbezüglichen Umweltgesetzgebung entsteht*"[38]. Der einzige Unterschied zum alten Artikel 36 GSchG besteht darin, dass diese Haftung nicht den gewöhnlichen Sterblichen belastet, aber nur sofern er nicht das Unglück hat, eine "Anlage" zu betreiben. Und ohne Zweifel hätte man seine Küche, seine Heizung und seine Waschküche als Anlagen ansehen müssen. Erneut wäre man zu einer quasi unbegrenzten Haftung ohne Zurechnungsgrund gelangt.

Es ist eines der wichtigsten Anliegen der Gesamtrevision und der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts gemäss den Vorstellungen der Studienkommission[39] und der Verfasser dieses Vorentwurfs, die Grundlinien des Systems klar hervortreten zu lassen. Diese sind gleichzeitig tragende Säulen und Grenzsteine. Nur wenn es gelingt, diese Grundprinzipien wieder bewusst zu machen, können künftig Verirrungen vermieden werden.

Das "Muster" von Artikel 36 GSchG wurde anlässlich einer Vernehmlassung über einen ersten Entwurf des Umweltschutzgesetzes von 1973 erneut zur Diskussion gestellt. Aber die grosse Mehrheit der interessierten Organisationen lehnte es klar ab. Daher enthielt der Entwurf des Bundesrates von 1979[40] keine Haftpflichtnorm. Dagegen versuchte die Kommission des Nationalrates im Verlauf der mehr als vierjährigen parlamentarischen Beratungen, eine echte Gefährdungshaftung einzufügen. Ihr Vorschlag wurde im Plenum knapp abgelehnt[41]. Er wurde in der kürzlichen Revision des Umweltschutzgesetzes fast wörtlich übernommen[42].

Unterdessen hatte sich bei der Beratung des Sprengstoffgesetzes vom 25. März 1977 eine ähnliche Situation ergeben. Der Entwurf des Bundesrates hatte nur ein Versicherungsobligatorium vorgesehen. Er nahm so stillschweigend an, dass die Haftung nach dem gemeinen Recht genügte. Erst in der parlamentarischen Beratung kam die Idee einer Kausalhaftung der Inhaber von Betrieben oder Anlagen auf, die Sprengmittel oder pyrotechnische Gegenstände herstell-

---

38 Amtl. Bull. 1994 S 486.

39 Es handelt sich um die Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts (im folgenden "Kommission" genannt), die 1988 vom Eidg. Justiz- und Polizeidepartement eingesetzt wurde (hinten 1.2) und deren Bericht 1991 vom Bundesamt für Justiz veröffentlicht wurde; vgl. in diesem Bericht namentlich die Ziffern III/2.2, S. 18 und V/2.1, S. 38 f.

40 Botschaft vom 31. Oktober 1979, BBl 1979 III 749 ff.

41 Amtl. Bull. 1982 N 479 ff.

42 Vgl. Art. 59*a* USG, Änderung vom 21. Dezember 1995; vgl. auch Botschaft und Entwurf des Bundesrates, BBl 1993 II 1445 ff.

ten oder verwendeten. Sie wurde in Artikel 27 dieses Gesetzes niedergelegt. Trotz der gewissen Eile, mit der die Bestimmung formuliert werden musste, kann man sie als Modell betrachten. Denn einerseits begnügt sie sich damit, den Grundsatz der Gefährdungshaftung festzulegen, die klassischen Entlastungsgründe zu erwähnen (höhere Gewalt, grobes Dritt- oder Selbstverschulden) und zu präzisieren, dass die Gemeinwesen (Bund, Kantone und Gemeinden) gleich den Einzelpersonen dieser Regelung unterstehen[43]. Anderseits verweist sie im Übrigen einfach auf das Obligationenrecht.

Die letzte Etappe der Gesetzgebung vor dem Revisionsbeginn von 1988 ist durch den Erlass eines Spezialgesetzes über die Kernenergiehaftpflicht gekennzeichnet. Dieses ist am 1. Januar 1984 in Kraft getreten und hat die Artikel 12 - 28 des Atomgesetzes von 1959 ersetzt[44]. Es ist das zweite Spezialgesetz, das ausschliesslich die Haftpflicht regelt, nach dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz[45] und vor dem Produktehaftpflichtgesetz[46] von 1993. Hauptzweck dieser Novelle war die Abkehr vom System der Haftungshöchstgrenze und die Einführung einer grundsätzlich unbeschränkten Haftung des Inhabers (und in gewissen Fällen des Eigentümers) der Kernanlagen. Damit wurde von internationalen Übereinkommen in diesem Bereich abgewichen[47]. Diese neue Konzeption bleibt aber ziemlich theoretisch. Sie wird nämlich erst wirksam, wenn die erste Versicherungsdeckung eines Pools der Privatversicherer (heute 700 + 70 Millionen Franken) und die zusätzliche Bundesdeckung (bis 1 Milliarde + 100 Millionen Franken) erschöpft sind. Die Bedeutung dieses Textes liegt dennoch in der erneuten Betonung eines Grundsatzes, dem das schweizerische Recht immer gefolgt ist, sofern es nicht von internationalen Übereinkommen gezwungen wurde, davon abzugehen: Eine Haftung beruht entweder auf einer gerechtfertigten Grundlage und dann soll das Mass der Haftung nach oben und nach unten unbegrenzt sein, oder sie ist nicht genügend gerechtfertigt und dann fehlt ihr jede Existenzberechtigung[48].

Eine letzte "Neuheit" im Bereich der speziellen Haftungen hat der Gesetzgeber in den Artikeln 39 und 40 des neuen Strahlenschutzgesetzes vom 22. März 1991 eingefügt. Entgegen der Stellungnahme der Studienkommission hat das Parlament hier erneut einen Tatbestand der sogenannten "einfachen" oder "milden" Kausalhaftung geschaffen. Diese erlaubt - oder erweckt jedenfalls den Anschein, sie erlaube - dem Betreiber einer Einrichtung oder Tätigkeit, die eine Gefährdung durch ionisierende Strahlung mit sich bringt, sich zu entlasten, in-

---

43 Vgl. hinten 2.2.3.2.

44 Vgl. vorne 1.1.1.2.

45 Vgl. vorne 1.1.1.1., vor Anm. 10.

46 Vgl. hinten 4.2.17.

47 Es handelt sich namentlich um das Übereinkommen von Paris vom 29. Juli 1960 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiete der Kernenergie (geändert durch die Zusatzprotokolle vom 28. Januar 1964 und vom 16. November 1982), des Zusatzübereinkommens von Brüssel vom 31. Januar 1964 - beide von der Schweiz unterzeichnet, aber nicht ratifiziert - sowie vom Übereinkommen von Wien vom 21. Mai 1963 über die zivilrechtliche Haftung für nukleare Schäden. Es besteht ausserdem ein gemeinsames Protokoll über die Anwendung des Wiener Übereinkommens und des Pariser Übereinkommens vom 21. September 1988, das die Schweiz ebenfalls unterzeichnet hat.

48 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), § 7, S. 283 ff.

dem er beweist, "*dass er alle Sorgfalt zur Vermeidung des Schadens aufgewendet hat*". Die hybride und problematische Konzeption dieser Haftungsart ist weiter vorne behandelt worden[49]. Im vorliegenden Fall scheint sie doppelt ungeeignet, die Situation zu regeln, die sie erfassen möchte: Denn entweder ist die Gefahr aufgrund ionisierender Strahlen ein charakteristisches und qualifiziertes Risiko und dann ist nicht einzusehen, warum sich der Haftpflichtige durch einen Sorgfaltsbeweis befreien kann. Oder diese Gefahr rechtfertigt keine Abkehr vom Grundsatz der Verschuldenshaftung und dann ist die Umkehr der Beweislast eine Verschärfung, für die es keine ausreichenden Gründe gibt. Am wahrscheinlichsten ist jedoch, dass der Befreiungsbeweis hier wie in anderen Fällen eine Illusion bleiben wird. Wenn eine Schädigung vorliegt, wird der Richter ganz einfach daraus folgern, dass die notwendigen Schutzmassnahmen nicht getroffen wurden. Die Verfasser des Vorentwurfs beantragen daher die Streichung des in Artikel 39 Absatz 1 StSG vorgesehenen Befreiungsbeweises[50].

1.1.2.3 Lehre und Rechtsprechung

Die Rechtslehre hat seit 1967 wieder bedeutend mehr Interesse an der Haftpflicht gezeigt. Mehrere spezielle Handbücher sind erschienen[51]. Die Grundfragen - Grundlagen und Voraussetzungen der Haftpflicht, namentlich die Probleme im Zusammenhang mit der Widerrechtlichkeit, den indirekten Schäden und

---

49 Vgl. vorne 1.1.1.2.

50 Vgl. hinten 4.2.47.

51 Zu den wiederholten Neuauflagen und -drucken des Hauptwerks von Oftinger (vorne Anm. 27/28) kamen namentlich hinzu: Alfred Keller, "Haftpflicht im Privatrecht" (vorne Anm. 10), 1. Aufl., Bern 1970 (1987 und 1997 wurde das Werk durch einen zweiten Band ergänzt, nach der vierten Auflage von 1979; die fünfte und letzte Auflage stammt von 1993); der "Précis" von Henri Deschenaux und Pierre Tercier, La Responsabilité Civile, 1. Aufl., Bern 1975 (2. Aufl. 1982), das Skriptum "Ausservertragliches Haftpflichtrecht" von Emil W. Stark, 1. Aufl., Zürich 1982 (2. Aufl. 1988); im Rahmen der Reihe "Das schweizerische Schuldrecht" von Max Keller und verschiedenen Mitautoren erschien Band II "Haftpflichtrecht" (Keller/Gabi), 1. Aufl., Basel/Frankfurt 1985 (2. Aufl. 1988); schliesslich sind zwei neue Lehrbücher erschienen: Heinrich Honsell "Schweizerisches Haftpflichtrecht" (2. Aufl., Zürich 1996) und Heinz Rey, "Ausservertragliches Haftpflichtrecht (Zürich 1995) .

Kommentiert wurde das Haftpflichtrecht in einer zweiten Auflage des Berner Kommentars (Kommentar zum schweiz. Privatrecht) von R. Brehm, Bd. VI/I/3/1 zu Art. 41 - 61 OR, Bern 1986/90 (die erste Aufl. von H. Becker stammte von 1941). Der Zürcher Kommentar (Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch) ist bei der zweiten Auflage von 1929 von H. Oser und W. Schönenberger geblieben. Dagegen erscheint z.Z. ein neuer Kommentar des schweizerischen Privatrechts, herausgegeben von H. Honsell, N.P. Vogt und W. Wiegand; im Band "Obligationenrecht I (Art. 1 - 529 OR)", 2. Aufl., Basel 1996, sind die Art. 41 - 61 OR von A.K. Schnyder kommentiert.

Ebenfalls zu nennen sind die allgemeinen Handbücher des Obligationenrechts, die ausführliche Kapitel über die Haftpflicht enthalten, so das Werk von Bruno von Büren, "Schweizerisches Obligationenrecht/Allgemeiner Teil", Zürich 1964, der "Traité des obligations en droit suisse" von Pierre Engel, Neuenburg 1973, die Neuauflage des berühmten Handbuches von Andreas von Tuhr durch H. Peter, "Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I", (3. Aufl., Zürich 1979) und das aus dem Skriptum entstandene Werk Gauch/Schluep/Jäggi, 1. Aufl., Zürich 1977 (später Gauch/Schluep), "Schweizerisches Obligationenrecht/Allgemeiner Teil" (5. Aufl. 1991), von dem auch eine französische Fassung besteht: Gauch/Schluep/Tercier (2. Aufl. 1982).

der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges - werden immer mehr in wissenschaftlichen Kolloquien[52], Dissertationen und Artikeln behandelt, die die traditionellen Lehrmeinungen kritisch überprüfen. Man fragt sich sogar, ob das Privatrecht und die Haftpflicht noch einen sozial adäquaten Schadenersatz gewährleisten können, oder ob das System, das auf Zurechnungskriterien beruht, durch eine allgemeine Versicherungslösung ersetzt werden sollte[53]. Unter den aktuellen Themen, die auch die Komplexität, Unangemessenheit und Lückenhaftigkeit der heutigen Regelung aufzeigen, wird der Haftpflicht der Produzenten und Ärzte sowie dem Ersatz von Umweltschäden besondere Aufmerksamkeit geschenkt.

Die Rechtsprechung weist weiterhin eine Tendenz zur Ausdehnung der Haftung auf. In diesem Zusammenhang ist namentlich die Praxis des Bundesgerichts zu den "indirekten Schäden" oder "Reflexschäden" zu erwähnen: Zweimal hat unser oberstes Gericht bejaht, dass Schäden, die Einzelpersonen oder Unternehmungen nach dem Bruch einer Wasserleitung oder eines elektrischen Kabels erleiden, ersetzt werden können. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen und die Widerrechtlichkeit der Einwirkung zu begründen, stützte es sich auf Artikel 239 StGB ("Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen")[54]. Ferner hat unser höchstes Gericht den Bereich der geschädigten Rechtsgüter und der direkten Schäden ausgedehnt. Namentlich bejahte es, dass sowohl der Nervenschock, den ein Vater als Folge des Unfalltods seiner Kinder erlitt, als auch die Leiden eines Ehegatten oder von Eltern angesichts einer schweren Behinderung des anderen Ehegatten oder des Kindes zu ersetzen sind: die Schäden infolge Beeinträchtigung der geistigen Gesundheit im Rahmen von Artikel 46 OR, die seelische Unbill nach Artikel 49 OR[55]. Schliesslich ist sogar eine gewisse Tendenz festzustellen, den Begriff des Sachschadens auszudehnen: Das Bundesgericht befand, die Weigerung der Konsumenten, nach dem Nuklearunfall von Tschernobyl Gemüse zu kaufen, komme für die Eigentümer der unverkäuflich gewordenen Ware einer direkten Beeinträchtigung des Eigentums gleich - obwohl die Haltung der Konsumenten wissenschaftlich gesehen nicht wirklich begründet war, sondern eher von einer psychologischen Überreaktion herrührte[56].

Eine andere Entscheidung zeigt deutlich die allgemeine Tendenz auf, den Bereich der Kausalhaftung auszudehnen. 1977 hat das Bundesgericht - mit er-

---

52 Klein F.-E. (Hg.), Colloque franco-germano-suisse ..., a.a.O. (Anm. 17); Die Verantwortlichkeit im Recht (Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980), Zürich 1981; Guillod O. (Hg.), Développements récents du droit de la responsabilité civile, Colloque international de Genève 1990, Zürich 1991.

53 Vgl. Tercier P., Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile, ZSR 1976 I, S. 1 ff. (19 ff.).

54 BGE 101 Ib 252 ff. und 102 II 85 ff.; BGE 104 II 95 ff. scheint hingegen anzuzeigen, dass diese Lösung nicht ein für alle Mal feststeht, und im Entscheid BGE 106 II 75 ff. konnte sich das Bundesgericht hinter dem Text von Art. 58 Abs. 1 SVG verschanzen - der nur von Personen- und Sachschäden spricht -, um die Haftung des Halters eines Traktors gegenüber einer Unternehmung abzulehnen, deren Produktion infolge eines von diesem Fahrzeug verursachten Kabelbruchs unterbrochen worden war.

55 BGE 112 II 118, 220 und 226, 116 II 519, 117 II 50.

56 BGE 116 II 480 ff. (492).

heblicher Verspätung gegenüber dem, was es seit langem bei Artikel 55 und 56 OR bejahte[57] - offiziell die in der Lehre vertretene Auffassung besiegelt, wonach Artikel 333 ZGB eine Kausalhaftung vorsieht und nicht nur eine Umkehr der Beweislast für das Verschulden des Familienhauptes, das seine Kinder erziehen und beaufsichtigen muss[58]. Im Entscheid findet sich eine paradoxe Aussage, aber die Paradoxie ist in einem System, wo sich Kausal- und Verschuldenshaftung vermischen, nur scheinbar. Das oberste Gericht legte Wert auf die Feststellung, dass seine Grundsatzerklärung über die Grundlage der Haftung "*die Kriterien für die Beurteilung der Aufsichtspflicht nicht verändert*" und dass "*der Grad der Aufmerksamkeit, den der Familienvater an den Tag legen muss, nicht nach strengen und absoluten Kriterien bestimmt werden kann, sondern nach den besonderen Umständen des Einzelfalles bestimmt werden muss*"[59]. In Wirklichkeit muss man zugeben, dass die Anforderungen an die nach den Umständen gebotene Sorgfalt - und umgekehrt jene, die man erfüllen muss, um sich entlasten zu können - immer strenger geworden sind.

Der Höhepunkt dieser Entwicklung der Rechtsprechung wird 1984 mit dem berühmten Entscheid BGE 110 II 456 ff. erreicht. Dem Bundesgericht gelang es, den Befreiungsbeweis von Artikel 55 OR ganz einfach zu beseitigen und auf dieser "tabula rasa" die neue Produktehaftpflicht einzuführen. Diese war noch radikaler als der Vorschlag des europäischen Gesetzgebers[60]. Seitdem deutet nichts darauf hin, dass diese äusserst freie "Auslegung" der Haftung des Geschäftsherrn-Herstellers in Frage gestellt würde. Und hätten die Dinge nicht aufgrund spektakulärer Ereignisse, von denen gleich die Rede sein wird, eine andere Wendung genommen, darf man annehmen, dass diese neue "Organisationshaftung" zu einer umfassenden Lückenbüsserin geworden wäre und der Gesetzgeber sich dies zunutze gemacht hätte, um seine Untätigkeit zu verlängern und zu rechtfertigen.

1.1.2.4 Der Warnschuss von Schweizerhalle

Es brauchte eine ernste und schicksalhafte Warnung, um die Welt der Politiker an ein Revisionsprojekt, das die Welt der Juristen 20 Jahre zuvor als reif und realisierbar angesehen hatte, zu erinnern und von dessen Notwendigkeit und Dringlichkeit zu überzeugen. Diese Warnung erging am 1. November 1986. Nach dem Ausbruch eines Brandes in einem Lagerhaus agrochemischer Produkte der Firma Sandoz AG in Schweizerhalle war das Löschwasser voll von giftigen Substanzen und verunreinigte den Rhein auf einer Strecke von Hunderten von Kilometern. Rückblickend erwiesen sich die Schäden als nicht so

---

57 Vgl. vorne 1.1.1.2.

58 BGE 103 II 24 ff.

59 Diese Kriterien waren in der Tat immer durch eine grosse Nachsicht gekennzeichnet. Verschiedene Familienhäupter wurden aufgrund von Artikel 333 ZGB weniger streng beurteilt, als wenn man die ordentliche Verschuldenshaftung nach Art. 41 OR angewendet hätte (vgl. Widmer, Standortbestimmung ..., a.a.O. [Anm. 17], S. 314 f. und Anm. 61).

60 Widmer P., La responsabilité du fait des produits en Suisse, in: Journées de la Société de législation comparée 1989, Paris 1990, S. 597 ff. (Anm. 14 ff., S. 607 ff.); ders. Grundlagen und Entwicklung der schweizerischen Produktehaftung (-en), ZSR 114 (1995), S. 23 ff., N 9 ff.

schlimm, wie man zu Beginn befürchtete. Die Schadenersatzbegehren von Einzelpersonen, Geschäftsleuten und von Gemeinden, deren Wasserversorgung beeinträchtigt war, wurden vom haftpflichtigen Unternehmen und dessen Versicherern befriedigt, ohne dass sich die Gerichte darum kümmern mussten. Aber die Öffentlichkeit war bereits sechs Monate zuvor durch den Nuklearunfall von Tschernobyl aufgerüttelt worden und war daher dieses Mal wirklich beunruhigt. Diese Unruhe schlug sich sofort in zahlreichen Vorstössen in den Eidg. Räten nieder, die die Einführung neuer Gefährdungshaftungen verlangten, namentlich im Bereich der chemischen Industrie. Mehrere Anträge forderten zudem in allgemeiner Weise rechtliche Massnahmen zur besseren Erfassung der Umweltschäden. In dieser Flut von Begehren wurden auch ältere Vorschläge wieder aufgenommen, wie die Einführung einer Produktehaftpflicht, einer besonderen Haftung der Inhaber von Stauanlagen, eine Verschärfung der Arzthaftung und das ursprüngliche Vorhaben einer Gesamtrevision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts.

Als Antwort auf diesen intensiven politischen Druck hat das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement durch die Verfügung vom 26. August 1988 eine Studienkommission für die Vorbereitung der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts eingesetzt.

1.2 Die Arbeiten der Studienkommission

1.2.1 Der Auftrag

Der Auftrag der Studienkommission[61] war weit umschrieben: Sie sollte die Grundlagen einer tiefgreifenden Revision des Haftpflichtrechts erarbeiten und

---

[61] Mitglieder der Kommission waren: Pierre Widmer, Bern/Lausanne, Vize-Direktor des Bundesamtes für Justiz und, seit 1990, Direktor des Schweizerischen Institutes für Rechtsvergleichung in Lausanne, Professor an der Hochschule St. Gallen und Verfasser mehrerer Aufsätze über das Haftpflichtrecht und seine Revision (Präsident); Alfred Keller, Hünikon (ZH), ehemaliger Stellvertretender Direktor und Chef der Schadenabteilung der Generaldirektion der "Winterthur"-Versicherungsgesellschaft, Verfasser des Handbuches "Haftpflicht im Privatrecht" (vorne Anm. 10 und 51) und zahlreicher Aufsätze über verschiedene Bereiche des Haftpflicht- und Versicherungsrechts; Alfred Koller, St. Gallen, Professor an der Hochschule St. Gallen, Verfasser einer Dissertation über "Die Haftung für Hilfspersonen gemäss Art. 101 OR" (Freiburg, 1980), Mitverfasser der 8. Auflage des Handbuches von Theo Guhl "Das schweizerische Obligationenrecht" (Guhl/Merz/Koller, Zürich 1991), Verfasser verschiedener Artikel über das Haftpflichtrecht; Emil W. Stark, Winterthur, emeritierter Professor an der Universität Zürich, deutschsprachiger Berichterstatter am Schweizerischen Juristentag von Neuenburg (vorne 1.1.2.1 und Anm. 31), Verfasser der 4. Auflage des Besonderen Teils (Bd. II/1-3) und der 5. Auflage des Allgemeinen Teils (Bd. I) des Handbuches "Schweizerisches Haftpflichtrecht", von K. Oftinger, des Lehrmittels "Ausservertragliches Haftpflichtrecht" (vorne Anm. 27 und 51) und zahlreicher Aufsätze über verschiedene Fragen des Haftpflichtrechts; Peter Stein, Basel, Anwalt, spezialisiert im Bereich des Haftpflicht-, Sozial- und Privatversicherungsrechts, Rechtsberater des Schweiz. Touring Club, Verfasser zahlreicher Aufsätze auf diesen Gebieten; Pierre Tercier, Freiburg, Professor an der Universität Freiburg, Verfasser einer Dissertation "Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse" (Freiburg 1971), Mitverfasser des Lehrbuches Deschenaux/Tercier "La responsabilité civile" (vorne Anm. 51), Verfasser des Werkes über "Le nouveau droit de la personnalité" (Zürich 1984) und zahlreicher Artikel über verschiedene Probleme des Haftpflichtrechts; Pierre Wessner, Bevaix, Professor an der Universität Neuenburg, Verfasser einer Dissertation über "La responsabilité du chef de famille et l'égalité des époux" (Neuenburg 1981) und verschiedener Beiträge zum Haftpflichtrecht.

dabei alle Normen und Regelungen des positiven Rechts beachten, die unmittelbar Schadenersatz vorsehen oder diesen auf die eine oder andere Weise beeinflussen (wie namentlich die Gesetzgebung im Bereich des Privat- und Sozialversicherungsrechts).

Zu diesem Zweck sollte die Kommission namentlich die folgenden Problembereiche behandeln:

a. die Funktion des Haftpflichtrechts im Rahmen der geltenden schweizerischen Rechtsordnung sowie im Hinblick auf ihre künftige Entwicklung, namentlich seine Rolle im Verhältnis zu anderen Schadenausgleichssystemen und die Frage nach der Möglichkeit und Zweckmässigkeit seiner gesamten oder teilweisen Ersetzung durch Versicherungs- oder Fondslösungen;

b. die Grundlagen und Voraussetzungen des geltenden haftpflichtrechtlichen Systems (Anknüpfungstatbestände und Zurechnungskriterien), das gegenseitige Verhältnis der Haftungskategorien (Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Gefährdungshaftungen) sowie das Verhältnis zwischen ausservertraglicher und vertraglicher Haftung;

c. die Einführung weiterer verschuldensunabhängiger Haftungsformen für noch nicht erfasste technische und/oder organisatorische Risiken, beziehungsweise die Möglichkeit und Zweckmässigkeit einer Generalisierung der Gefährdungs- sowie einer allfälligen Organisationshaftung;

d. Möglichkeiten der materiellen und formellen Vereinheitlichung von Regelungen, die in verschiedenen Haftungsbereichen für gleichartige Probleme unterschiedliche Lösungen vorsehen (Entlastungsgründe, ersatzfähiger Schaden, Schadensberechnung, Schadenersatzbemessung, Ersatz des immateriellen Schadens, Anspruchskonkurrenz und Regressordnung, Verjährung usw.);

e. Die Notwendigkeit materieller Änderungen und Anpassungen in Einzelfragen, die Gegenstand rechtspolitischer Kritik und Forderungen bilden (z.B.: Beweiserleichterungen, evtl. Beweislastumkehrungen zugunsten des Geschädigten, Aufhebung des Haftungsprivilegs der Familienangehörigen

---

Zu verschiedenen Fragen hat die Studienkommission die Meinungen externer Experten eingeholt. Vom Institut für Versicherungswirtschaft, das der Hochschule St. Gallen angeschlossen ist, verlangte sie eine Untersuchung über die wirtschaftlichen Auswirkungen des traditionellen Systems der Haftung aufgrund der Zurechnung und der verschiedenen Konzeptionen, die auf einer Versicherungslösung beruhen; Hans Merz, Bern, emeritierter Professor an der Universität Bern, arbeitete ein Gutachten über den Grundsatz der Solidarität aus; Hansjörg Steiner, Zürich, Jurist bei der Zürich-Versicherungsgesellschaft, verfasste eine Studie zum Problem der vorläufigen Entschädigungen; Walter Stoffel, Freiburg, Professor an der Universität Freiburg, behandelte die Probleme der Zuständigkeit und des Verfahrens.

Schliesslich lud die Kommission Professor Ulrich Zimmerli, Präsident der Kommission des Ständerates, die sich mit dem Entwurf eines Gesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts befasste, und auch den Verfasser dieses Entwurfes, Hans Naef, zu einer Sitzung ein; sie hörte ferner Edgar Schmid an, Chef der Rechtsabteilung der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA), und Lukas Denger, Chef der Sektion AHV/IV-Regress des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV).

und des Arbeitgebers[62], Klarstellung des Solidaritätsprinzips[63], Überprüfung der Regressordnung, Verlängerung von Verjährungsfristen bzw. Neufestsetzung des Zeitpunktes für den Beginn der absoluten Verjährung);

f. Mechanismen zur Beschleunigung der (vorläufigen) Schadensdeckung;

g. Einführung neuer Versicherungsobligatorien und direkter Forderungsrechte;

h. Notwendigkeit besonderer Verfahrensregeln für die Liquidierung von Massenschäden.

Bei der Behandlung dieser Fragen sollte die Kommission einen detaillierten Katalog der in der Reform zu behandelnden Fragen und Lösungsvorschläge in Thesenform vorlegen. Ferner erwartete man von ihr eine allgemeine Konzeption des Vorgehens bei der Revision und eine Stellungnahme zur Frage, ob gewisse aktuelle Themen vorweg zu behandeln seien, wie etwa die Umwelt-, die Produktehaftpflicht und die Haftung der Inhaber von Staudämmen. Tatsächlich sind in diesen drei Bereichen vor der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts gesetzgeberische Arbeiten unternommen worden[64], sei es aus innenpolitischen Gründen, sei es wegen der Beschleunigung der europäischen Integration.

1.2.2 Überblick über die grundlegenden Entscheidungen der Kommission

1.2.2.1 Rolle, Grundlagen und Anwendungsbereich der Haftungsnormen

1.2.2.1.1 Haftpflicht oder Versicherung?

Bevor die Studienkommission allfällige Änderungen und Anpassungen des klassischen Haftpflichtrechts diskutierte, musste sie eine grundlegende Vorfrage lösen: Sollten die privatrechtlichen Schadenersatzbestimmungen in der Revision beibehalten werden oder sollte eine radikale Änderung des Systems angestrebt werden, indem die Haftpflicht durch ein leistungsfähigeres Versicherungssystem ersetzt wird - zumindest teilweise, besonders im Bereich der Personenschäden? Sie musste vor allem prüfen, ob man sich an ausländische Vorbilder anlehnen sollte, die gemeinhin "*no fault*" genannt werden. Das bekannteste ist das neuseeländische *Accident Compensation Scheme* (ACS)[65]. Ferner musste sie prüfen, ob eine solche Konzeption die Entschädigung beschleunigen und verbessern kann, indem diese von der Belangung der haftpflichtigen Person unabhängig gemacht wird.

---

62 Es handelt sich um die "Begrenzung der Haftung" der Ehegatten, Vorfahren und Nachkommen sowie des Arbeitgebers gemäss Art. 44 UVG.

63 Das Problem der Solidarität wurde kürzlich im Rahmen der Revision des Aktienrechts behandelt (Änderung des OR vom 4. Oktober 1991), namentlich bezüglich der Haftung der Revisionsstelle; daraus ergab sich eine neue Formulierung von Art. 759 OR.

64 Bezüglich Revision des Umweltschutzgesetzes vgl. vorne 1.2.2.2 sowie Anm. 38 und 40; bezüglich des Produktehaftpflichtgesetzes vgl. hinten 4.2.17.

65 Vgl. Fleming J., Accident Schemes Abroad, in: Guillod O. (Hg.), Colloque: Développements récents du droit de la responsabilité civile (Anm. 52), S. 429 ff.

Wie zu erwarten war, erwies es sich als schwierig, einen Konsens zu finden, solange das Problem auf grundsätzlicher Ebene behandelt wurde und man das Für und Wider aufgrund verschiedener Auffassungen über das anzustrebende Ziel besprach. Um aus dieser Sackgasse herauszukommen, wollte die Kommission ihre Entscheidung aufgrund streng objektiver und ethisch neutraler Kriterien fällen. Sie bemühte sich, Zahlen und Prognosen zu beschaffen, welche die wirtschaftliche Auswirkung beider Konzeptionen aufzeigten. Der Auftrag für diese "*ökonomische Analyse*" wurde dem Institut für Versicherungswirtschaft erteilt, das der Hochschule St. Gallen angeschlossen ist.

Obwohl die Ergebnisse dieser Analyse nicht allen Erwartungen entsprachen, konnte daraus eine Schlussfolgerung gezogen werden, die klar genug war[66]. Ein System der allgemeinen Unfallversicherung würde gegenüber dem heutigen System *keine wesentlichen Einsparungen bringen*. Namentlich konnte man feststellen, dass die Kosten des Rückgriffs unter Versicherern (der übrigens häufig in standardisierten Verfahren und pauschal abgewickelt wird) entgegen gewissen Annahmen kaum 6 2/3 % der Gesamtsumme der Entschädigungszahlungen ausmachen. Andererseits erwies es sich als schwierig, die zusätzlichen Finanzierungsbedürfnisse abzuschätzen, die ein erweitertes Versicherungssystem hervorruft. Die Schwierigkeiten, mit denen das neuseeländische System zu kämpfen hat, waren und sind im Übrigen nicht geeignet, alle Befürchtungen in dieser Hinsicht zu zerstreuen. Diese Bedenken können sich im heutigen wirtschaftlichen und politischen Klima nur verschärfen.

Zwei ergänzende Überlegungen bestärkten die Kommission in ihrer Auffassung, dass unter diesen Umständen die traditionelle Ordnung nicht aufgegeben werden muss: Erstens hätten ohnehin Haftungsnormen für Sachschäden und "andere Schäden" beibehalten werden müssen. Zweitens wäre ein total neues System nur lebensfähig, wenn es auf internationaler Ebene nicht isoliert dastünde. Aber zumindest in Europa bestehen keine Anzeichen für eine Entwicklung in diese Richtung.

Die Kommission sah es daher als erwiesen an, dass sich eine Reform lohnt, die im wesentlichen *das Haftpflichtrecht auf seinen heutigen privatrechtlichen Grundlagen vervollkommnet.* Sie soll es vereinheitlichen, vereinfachen, seine Lücken schliessen und ihm so ermöglichen, den berechtigten Ansprüchen der schweizerischen Gesellschaft an der Schwelle des 21. Jahrhunderts zu entsprechen.

1.2.2.1.2 Die Funktionen des Haftpflichtrechts

Grundlegender Ausgangspunkt für die Überlegungen der Studienkommission war folgender Gedanke: Der *erste Zweck des Haftpflichtrechts besteht darin, den sozial adäquaten Ersatz von Schäden zu gewährleisten.* Mit anderen Worten muss es Verluste unter den beteiligten Personen nach einleuchtenden Kriterien verteilen, die den allgemeinen Zielsetzungen der Rechtspolitik entsprechen. Die betreffenden Regeln haben deshalb eine doppelte Aufgabe: sie dienen gleichzeitig dazu, die Ersatzpflicht zu rechtfertigen und sie in vernünftigen Grenzen zu halten.

---

66 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/1, S. 6 ff.

Aus der Festlegung dieses Grundsatzes ergibt sich, dass die *Präventions- und Sanktionsfunktion* dem Hauptzweck des Ersatzes (Reparationsfunktion) nachgeordnet sind, und zwar sowohl bei der Bestimmung der Grundlagen der Haftung als auch bei der Umschreibung ihrer Einzelheiten[67].

1.2.2.1.3 Haftungskategorien und Zurechnungskriterien: Drei Generalklauseln

Bezüglich der *Prinzipien oder Grundlagen der Haftung* hat die Kommission im wesentlichen die traditionelle Auffassung übernommen, wonach das schweizerische System auf einer "Trilogie" von Hauptkriterien beruht[68]:

Einerseits gibt es die *Verschuldenshaftung.* Im schweizerischen Recht wird sie durch die berühmte Generalklausel von Artikel 41 OR geregelt, die häufig als "Mutter" jeder Haftung angesehen wird. Ihr sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich ist praktisch unbegrenzt. Denn sie knüpft an jedwedes menschliches Verhalten an. Sofern die allgemeinen Voraussetzungen gegeben sind (Schaden, rechtswidrige Einwirkung, Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Schaden), geschieht die Zurechnung aufgrund eines subjektiven Elements, dem Vorwurf, nicht alles getan zu haben, was man vernünftigerweise hätte tun können und sollen, um die Schädigung eines Dritten zu vermeiden. Die Kommission wollte dieses Grundprinzip der Haftung beibehalten, aber ihm seinen *eigentlichen subjektiven Charakter zurückgeben*. Das wird möglich, wenn man einer wirklich kausalen Haftung mehr Raum gibt, indem man die (kausale) Gefährdungshaftung und Organisationshaftung verallgemeinert[69].

Andererseits gibt es die Tatbestände der "scharfen" Kausalhaftung, die auch "*Gefährdungshaftungen*" genannt werden. Sie sind in zehn Spezialgesetzen verstreut. Ihr gemeinsames Merkmal ist, dass sie an eine Situation oder Tätigkeit anknüpfen, mit denen ein hohes, aber von der Rechtsordnung geduldetes Risiko verbunden ist. Die Schaffung dieser Gefahr ist daher weder rechtswidrig noch schuldhaft. Diesen Anknüpfungssachverhalten (die für die einzelnen Tatbestände mehr oder weniger eng definiert sind) entspricht ein Zurechnungskriterium, das im wesentlichen wirtschaftlich begründet ist: Zum Ausgleich für sein Privileg, eine gefährliche Tätigkeit auszuüben oder zu betreiben, muss der Unternehmer oder der Nutzniesser der Tätigkeit die Folgen tragen, wenn die Gefahr sich verwirklicht und einem anderen einen Schaden zufügt. Die Studienkommission schlägt vor, eine Generalklausel der Gefährdungshaftung einzuführen[70]. Dies ist eines der wichtigsten Elemente der Revision.

Zwischen diesen Kategorien, die gewissermassen die Ecksteine des Systems bilden, kann man eine dritte unterscheiden. Sie ist in gewisser Hinsicht eine Mittel- oder Übergangskategorie, die Bestandteile der anderen Kategorien in

---

67 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/2, S. 17 ff. und These 32-1.

68 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3, S. 21 ff. und These 33-1 sowie V/3.1, S. 53 f. und These 53-1.

69 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.1, S. 23 f. und V/3.2, S. 56 f. und These 53-2.

70 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.3, S. 26 ff. sowie V/3.3, S. 60 ff. und These 53-4.

sich vereinigt. Sie umfasst namentlich die besonderen Haftungen des Zivilgesetzbuchs und des Obligationenrechts ausserhalb der Generalklausel von Artikel 41 OR, die man gemeinhin "*einfache, gewöhnliche*" oder "*milde Kausalhaftungen*" nennt. Sie gelten für das Familienhaupt (Art. 333 ZGB), den Grundeigentümer (Art. 679 ZGB), den Geschäftsherrn (Art. 55 OR), den Tierhalter (Art. 56 OR) und den Werkeigentümer (Art. 58 OR)[71]. Ihre Entwicklung wurde weiter vorne umrissen[72]. Dabei wurde gezeigt, wie einige dieser Normen ihre Natur verändern konnten, indem sie sich immer mehr von besonderen Tatbeständen der subjektiven Haftung in neue Tatbestände der Kausalhaftung umwandelten. Diese Umwandlung geschah regelmässig über die Umkehr der Beweislast und eine immer stärkere Objektivierung der gebotenen Sorgfalt, die aus immer ausgeklügelteren Pflichten abgeleitet wurde. Diese wurden, wie es scheint, häufig erst nach dem Schadenereignis massgeschneidert und auf die betreffende Bestimmung "zurückprojiziert", um deren Anwendung zu erlauben[73].

Daher ist es nicht leicht, das oder die Kriterien der Zurechnung zu bestimmen, die Grundlage dieser hybriden Haftungen sind. Die Kommission hat die Auffassung eines seiner Mitglieder diskutiert, wonach die "*Unregelmässigkeit*" ihr gemeinsames Merkmal sei. Daraus hätte sich die blosse Widerrechtlichkeit als Haftungsgrundlage ergeben. Gegen diese These wurde geltend gemacht, dass jede Schädigung aus einer Unregelmässigkeit herrührt, sei es eine vorwerfbare Unregelmässigkeit des Verhaltens bei der Verschuldenshaftung, sei es eine technische Unregelmässigkeit bei der Gefährdungshaftung. Aber gerade um eine Ersatzpflicht zu rechtfertigen, brauche es einen zusätzlichen Grund zur blossen Widerrechtlichkeit und Verursachung. Wenn man ein allgemeines Prinzip der Haftung für jede Schädigung infolge einer Unregelmässigkeit bejahte, hiesse dies nicht nur, die Verschuldenshaftung und die Kausalhaftung miteinander zu vermischen. Man würde sie auch überflüssig machen und sie durch eine Einheitsregelung ersetzen, deren Grenzen schwierig abzusehen sind. Die Mehrheit der Kommission erkannte zwar an, dass die bestehenden Fälle der gewöhnlichen Kausalhaftung ihre Wurzeln in der geschichtlichen Entwicklung des Rechts haben und eine gewisse praktische Legitimität erhalten haben. Sie befand jedoch, ihre Daseinsberechtigung sei in einem späteren Stadium der Revision erneut zu überprüfen, namentlich angesichts der neuen Generalklauseln der Kausalhaftung und der Quasi-Kausalhaftung. Sie kam ferner zum Schluss, dass der Gesetzgeber künftig auf keinen Fall neue solche Haftungsarten schaffen solle[74].

Bekanntlich hat sich nicht nur der Gesetzgeber beim Strahlenschutzgesetz[75] und bei der Anlehnung an die europäische Richtlinie über die Produktehaft-

---

71 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.2, S. 24 ff.

72 Vgl. vorne, 1.1.1.2 und 1.1.2.3.

73 Ein Beispiel, das diese Tendenz in besonders auffallender Weise illustriert, ist BGE 95 II 93 ff., bes. 107 f.). Dort warf das Bundesgericht einem Arbeitgeber vor, seinen Arbeitnehmern nicht ausdrücklich gesagt zu haben, dass sie auf keinen Fall die Hilfe von Dritten in Anspruch nehmen dürften, als sie einen Kasten von ihrem Lastwagen bis zum neuen Gebäude trugen, wo sie ihn installieren sollten. Der betreffende Dritte war die Treppe hinuntergefallen, als er im Eingangsraum rückwärts ging.

74 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.2 a.E., S. 25 f. und These 33-1.

75 Vgl. vorne 1.1.2.2. a.E.

pflicht[76] über diese Empfehlung hinweggesetzt. Auch die Kommission selbst hat eine Generalklausel der "*Organisationshaftung*" vorgeschlagen, die einen "Organisationsfehler" voraussetzt und deshalb ebenfalls zu den Haftungen gezählt werden muss, die auf der vermuteten Verletzung einer objektivierten Sorgfaltspflicht gründen[77].

1.2.2.1.4 Schaffung eines Allgemeinen Teils im Obligationenrecht - Grundnorm

In *systematischer Hinsicht* hat die Kommission drei Hauptvarianten geprüft. Zunächst verwarf sie den Gedanken eines "*Code de la responsabilité*", in dem sämtliche haftpflichtrechtlichen Bestimmungen zusammengefasst worden wären. Sie lehnte auch das bescheidenere Modell eines Spezialgesetzes ab, das nur die Gefährdungshaftung umfasst hätte und die traditionellen Bestimmungen über die Verschuldenshaftung und die gewöhnlichen Kausalhaftungen im Zivilgesetzbuch und im Obligationenrecht belassen hätte.

Die Kommission entschied sich für eine neue Konzeption: einen *Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts.* Dieser könnte ausgehend vom heutigen Zweiten Kapitel des Ersten Titels des Obligationenrechts, also von den heutigen Artikeln 41 - 61 OR über "unerlaubte Handlungen", geschaffen werden. Es gehe dabei nur darum, die allgemeine Funktion dieser Bestimmungen im geltenden Recht zu bekräftigen, wo schon häufig mehr oder weniger weitgehend darauf verwiesen wird[78]. Danach seien auf der Ebene der Spezialgesetzgebung alle Konsequenzen zu ziehen. Dies bedeute namentlich, dass sich die Spezialgesetze in Zukunft darauf beschränken können, den Tatbestand zu umschreiben, an den die besondere Haftung geknüpft ist, und im Übrigen nur gewisse Einzelheiten der Haftung zu regeln, soweit Abweichungen von den allgemeinen Bestimmungen aus Gründen unumgänglich sind, die mit der Besonderheit der betreffenden Situation zusammenhängen[79].

Der Allgemeine Teil ist gemäss dem Vorschlag der Kommission *klassisch gegliedert*: Zuerst werden die Haftungsprinzipien und ihr Anwendungsbereich festgelegt. Danach werden die allgemeinen Voraussetzungen der Haftung umschrieben, und schliesslich werden ihre Einzelheiten geregelt[80].

Diese Gliederung konkretisiert sich gleich zu Beginn in einer *Grundnorm*[81], die gewissermassen den Grundstein des ganzen Systems bildet. Diese ist nur scheinbar neu. Sie nennt lediglich zum einen die *allgemeinen Voraussetzungen, die für alle Haftungsarten gelten* (Schaden, Widerrechtlichkeit der Einwirkung, Kausalzusammenhang) und zum anderen das *Zurechnungskriterium*, das einen Leitgedanken darstellt. Die hauptsächlichen Anknüpfungssachverhalte und Zurechnungskriterien werden nach- und nebeneinander ge-

---

76 Vgl. hinten 4.2.17.

77 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.4 und These 53-5, S. 69 ff.

78 Vgl. hinten 4.1.

79 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), IV/1.4 und These 41-1, S. 31 ff.; vgl. auch hinten 2.4.4.2.

80 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/1.2, S. 36 ff.

81 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.1 und These 52-1, S. 38 ff.

nannt: schuldhaftes Verhalten, Beizug von Hilfspersonen, Ausübung gefährlicher Tätigkeit. Damit verkündet die Grundnorm einen Programm-Gedanken: Die theoretische und philosophische Vorherrschaft, die Rechtsprechung und Lehre bisher dem Verschulden zuerkennen, wird aufgehoben. Nach den Überlegungen der Kommission soll das grundlegende subjektive Kriterium des Verschuldens nicht aufgegeben werden. Im Gegenteil soll ihm *seine ursprüngliche Bedeutung zurückgegeben* werden, indem es von unpassenden Funktionen befreit wird. Diese können von jetzt an von anderen - aber gleichwertigen - Zurechnungskriterien im Rahmen der Kausalhaftung übernommen werden[82].

1.2.2.1.5 Beibehaltung der Zweiteilung ausservertraglicher und vertraglicher Haftung

Die Kommission hat folgendes Problem wiederholt besprochen, ohne zu einem endgültigen Schluss zu kommen: die Berechtigung zweier unterschiedlicher Haftungsordnungen, je nachdem, ob der Schaden innerhalb oder ausserhalb eines vertraglichen Verhältnisses verursacht worden ist. Sie hat sich lange mit dem Vorschlag einiger Mitglieder befasst, *die beiden Haftungsarten zu vereinheitlichen*. Der Vorschlag war bereits von mehreren juristischen Autoren unterbreitet worden[83]. Soweit wie möglich sollten die Unterschiede zwischen den Regelungen beseitigt werden. Einige davon bestehen übrigens mehr scheinbar als wirklich. Dies gilt vor allem für die unterschiedliche *Verteilung der Beweislast* in den Artikeln 41 Absatz 1 und 97 Absatz 1 OR. Es gilt weitgehend auch für die angeblich *strengere Haftung für Hilfspersonen* nach Artikel 101 im Verhältnis zu Artikel 55 OR. Andere Unterschiede sind ganz einfach nicht gerechtfertigt, so die verschiedenen *Verjährungsfristen* nach den Artikeln 60 oder 127/28 OR. Soweit die Unterschiede praktische Auswirkungen haben, überzeugen sie um so weniger, als das schweizerische Recht die *Anspruchskonkurrenz* zwischen der vertraglichen und der deliktischen Haftung zulässt.

Deshalb wurde vorgeschlagen, die vertragliche Haftung in die Grundnorm einzubeziehen und zudem eine Bestimmung vorzusehen, die die allgemeinen Bestimmungen der (ausservertraglichen) Haftung ausdrücklich auf den vertraglichen Bereich anwendbar erklärt[84]. Die Kommission hat dieses Ansinnen abgelehnt. Die Mehrheit erachtete die Unterschiede zwischen den Haftungsregelungen als gerechtfertigt, vor allem den Umstand, dass der vertragliche Schuldner grundsätzlich strenger als irgendein Dritter haftet, mit dem die geschädigte Person vor dem Schadenereignis keinerlei Beziehung hatte[85].

---

82 Vgl. hinten 2.4.2.

83 Vgl. Jäggi P., Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: Festgabe W. Schönenberger, Freiburg 1968, S. 181 ff.; vgl. auch im selben Werk (S. 163 ff.), aber mit einer anderen Auffassung: Yung W., Devoirs généraux et obligations; für rechtsvergleichende Überlegungen vgl. Tunc A., La responsabilité civile, 2. Aufl. Paris 1989, S. 32 ff.

84 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.1, S. 39 f. und V/4.1, S. 74 ff.

85 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/4.1.2 und These 54-1, S. 77 f.

1.2.2.1.6 Annäherung der privatrechtlichen Haftung und der Staatshaftung

In Bezug auf die Staatshaftung ging die Kommission von drei Feststellungen aus. Zunächst hielt sie fest, dass die Unterscheidung des heutigen Artikels 61 OR zwischen "*amtlichen Verrichtungen*" einerseits und "*gewerblichen Verrichtungen*" andererseits, die von "öffentlichen Beamten oder Angestellten" ausgeübt werden, wenig befriedigte. Sie hat zu bizarren und ungehörigen Ergebnissen geführt, vor allem bei der Arzthaftung in öffentlichen Spitälern[86]. Ferner gibt es schon heute zahlreiche Fälle, wo die Gemeinwesen einer privatrechtlichen Haftung unterstehen, sei es aufgrund einer ausdrücklichen Bestimmung des einen oder anderen Spezialgesetzes[87], sei es, weil sich die Rechtsprechung in diese Richtung bewegt hat[88]. Schliesslich haben der Bund und die grosse Mehrheit der Kantone die Haftung für Schäden, die ihre Beamten und Bediensteten in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursacht haben, einer kausalen und primären oder sogar ausschliesslichen Haftung des Gemeinwesens - als juristische Person und als Arbeitgeberin des Schädigers - unterstellt[89].

Vor diesem Hintergrund ging die Kommission von der Überlegung aus, dass die Zuweisung der wirtschaftlichen Last eines Schadens mittels Zurechnungskriterien ihrem Wesen nach zum Privatrecht gehört - im Gegensatz etwa zur Zwangsentschädigung im Enteignungsrecht - und sprach sich für eine *möglichst weitgehende Angleichung der Haftungsordnungen des privaten und des öffentlichen Rechts* aus. Dieser Wille zur Vereinheitlichung äusserte sich einerseits in einer engeren Definition des Bereiches, in dem Bund und Kantone von der normalen Haftungsregelung des Allgemeinen Teils und der Spezialbestimmungen abweichen können: Diese Abweichungen sollen grundsätzlich nur noch für Tätigkeiten zulässig sein, die unmittelbar mit der "*Ausübung hoheitlicher Gewalt*" ("*exercice de la puissance publique*") zusammenhängen. Andererseits soll der Grundsatz der genannten Haftungsregelungen verallgemeinert werden, wonach die Gemeinwesen namentlich im Bereich der Gefährdungshaftung und der anderen (gewöhnlichen) Kausalhaftungen dem Privatrecht unterstehen. Er soll in diesen Fällen unabhängig von der Natur der betreffenden staatlichen Tätigkeit gelten, also unabhängig davon, ob sie mehr oder weniger zur "hoheitlichen Gewalt" gehört. Schliesslich vertrat die Kommission trotz allem Respekt vor dem Föderalismus und der Autonomie des kantonalen Rechts die folgende Ansicht: die Möglichkeit der Person, die durch einen Beamten geschädigt wurde, das Gemeinwesen (Kanton oder Gemeinde) zu be-

---

86 Honsell H. (Hg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, bes. S. 53 ff.; Rumpf J.-D., Médecins et patients dans les hôpitaux publics, Diss. Lausanne 1991, bes. S. 69 ff.; Gross J., Haftung für medizinische Behandlung, Bern 1987, bes. S. 91 ff.; Martin-Achard P. et Thévenoz L., La responsabilité des médecins et hôpitaux publics, in: Tercier P. (Hg.), Enseignement du 3e cycle de droit 1986: Aspects du droit médical, Freiburg 1987, S. 227 ff.

87 Vgl. vor allem: Art. 73 SVG; Art. 35 Abs. 5 RLG; Art. 69 Abs. 4 GSchG; Art. 27 Abs. 3 SprStG; Art. 59*a* Abs. 6 des revidierten USG.

88 Allgemein anerkannt ist, dass die Gemeinwesen als Tierhalter (Art. 56 OR), als Grundeigentümer (Art. 679 ZGB) oder Werkeigentümer (Art. 58 OR) gleich wie eine Privatperson haften. Dies gilt grundsätzlich auch für die Haftung des Familienhauptes nach Art. 333 ZGB. Vgl. hinten 2.2.3.1.

89 Stark E.W., Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen, ZSR 1990, S. 1 ff.

langen, dem dieser unterstellt war, sollte von Bundesrechts wegen einen Minimalstandard für alle kantonalen Systeme der Staatshaftung darstellen. Die Haftung des Gemeinwesens könnte ausschliesslich oder solidarisch sein[90] [91].

1.2.2.1.7 Erste allgemeine Voraussetzung: der Schaden

Die Studienkommission sah es nicht als zweckmässig an, zum *Schadensbegriff* Vorschläge zu unterbreiten. Sie sah im Gegenteil bewusst von einer Legaldefinition ab. Sie verzichtete durchwegs auf eine allzu detaillierte Regelung. Denn sie befürchtete, dass diese die Freiheit des Gerichts sowohl bei der Berechnung oder Schätzung des Schadens als auch bei der Bemessung des Schadenersatzes zu sehr einschränken könnte[92]. Daher lehnte sie auch einen Vorschlag ab, gewisse Hinweise für die Art der Schätzung oder Berechnung der Sachschäden zu geben. Sie neigte sogar eher dazu, auf die Anweisungen für den Ersatz des Schadens infolge Tötung oder Körperverletzung in den Artikeln 45 Absatz 1 und 2 sowie 46 Absatz 1 OR zu verzichten. Diese Bestimmungen sind inhaltlich nur die Verdeutlichung des klassischen Schadensbegriffs, an dem man nichts ändern wollte. Umgekehrt wollte man auch die künftige Entwicklung nicht behindern.

Andererseits sah die Kommission es als unumgänglich an, Artikel 45 Absatz 3 OR beizubehalten, um den Angehörigen des Opfers das Recht auf Ersatz des Reflexschadens zu sichern[93], den der *Versorgerschaden* darstellt. Ebenso entschied sie, dass Artikel 46 Absatz 1 OR eine eigene Funktion haben könne. Denn er erlaubt - als Ersatz für die "*Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens*" -, höhere Summen zuzusprechen als das System der sozialen Sicherheit. Hingegen war die Kommission der Meinung, dass Absatz 2 dieser Bestimmung, der die *Revision des Urteils* während der sehr begrenzten Zeit von zwei Jahren ermöglicht, aufgegeben werden soll. Er sei durch eine bundesrechtliche Bestimmung zu ersetzen, die die *Klage auf Feststellung der Haftpflicht* in Fällen erlaubt, wo der Umfang des Schadens vom Gericht nicht mit genügender Genauigkeit abgeschätzt werden kann. Diese Frage wurde unter dem Gesichtspunkt des Verfahrensrechts behandelt - wie die Fragen im Zusammenhang mit dem Begriff und dem Beweis des Schadens[94].

Es mag erstaunen, dass sich die Kommission nicht mit dem ganz aktuellen Problem des *Umweltschadens* befasst hat. Dieses Schweigen ist teilweise auf den Umstand zurückzuführen, dass im Zeitpunkt ihrer Arbeiten (1988-

---

90 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/4.2 und Thesen 54-2 + 54-3, S. 78 ff.

91 Interessant könnte die Feststellung sein, dass sich die von der Kommission vorgeschlagene Annäherung der privatrechtlichen Haftung und der Staatshaftung nicht notwendigerweise auf die Situation beschränken muss, wo das Gemeinwesen Haftungssubjekt ist. Es erscheint als logisch, dieselbe Zielsetzung für die Fälle zu wählen, wo zu entscheiden ist, ob dem Bund, einem Kanton oder einer Gemeinde, die einen Schaden erlitten haben, ein zivilrechtlicher Haftpflichtanspruch zusteht. Dies sieht in der Tat Art. 45*d* Abs. 2 VE im Bereich des Umweltschadens vor (vgl. hinten 2.3.2.2.5).

92 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/5, S. 84 ff.

93 Vgl. hinten 1.2.2.1.8 und 2.3.2.1 sowie 2.3.3.3.

94 Vgl. hinten 1.2.2.2.5.3 und 2.3.2.2.3 sowie 2.9.4 und 2.9.5.

90) eine gewisse Unklarheit über die Arbeitsteilung zwischen der Teilrevision des Umweltschutzgesetzes (die damals vorbereitet wurde) und der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts sowie zwischen nationalen und internationalen Gesetzgebern bestand[95]. Die Kommission hat indessen einen allgemein anwendbaren Vorschlag unterbreitet, dessen praktische Bedeutung im Zusammenhang mit Einwirkungen auf die Umwelt aber besonders hervorsticht: Sie empfiehlt, im positiven Recht ausdrücklich eine Regel zu verankern, die von der Lehre bereits anerkannt ist. Demnach gehören Kosten von angemessenen Massnahmen, die getroffen werden, um eine drohende Einwirkung abzuwehren oder das Ausmass eines Schadens zu verhindern, zum ersatzfähigen Schaden. Wenn diese Bestimmung auch im Bereich des Umweltschadens anwendbar wäre, würde sie die heutigen verwaltungsrechtlichen Bestimmungen über die Auferlegung der *Rettungskosten* (Art. 54 GSchG; Art. 59 USG) in vorteilhafter Weise durch wirkliche Haftungsnormen ersetzen[96].

Schliesslich untersuchte die Kommission zwar eingehend die Probleme im Zusammenhang mit der Genugtuung. Sie war aber der Meinung, dass in diesem Bereich keine wesentlichen Änderungen notwendig seien. Immerhin erachtete sie eine Verschmelzung der Artikel 47 und 49 als prüfenswert. Dabei wäre auch die Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich zu berücksichtigen[97]

1.2.2.1.8 Zweite allgemeine Voraussetzung: die Rechtswidrigkeit

Unter den allgemeinen Voraussetzungen der Haftung gibt die Rechtswidrigkeit am meisten Anlass zu Auseinandersetzungen in der Theorie, aber nur selten in der Praxis. Die Frage stellt sich nicht - oder lässt sich leicht lösen -, wenn der Schaden auf eine Verletzung von Rechtspositionen zurückzuführen ist, denen ein absoluter Schutz gegenüber allen und allem zuerkannt wird: so dem Leben, der Gesundheit oder anderen Persönlichkeitsrechten oder der Befugnis, über Sachen zu verfügen. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn man entscheiden muss, ob der Verlust, den eine Person am Vermögen erlitten hat, ohne dass ein "absolutes" Recht verletzt wurde, einer anderen Person zugerechnet werden kann, die als haftpflichtig angesehen wird. Dies ist die Frage der "*sogenannten reinen Vermögensschäden*". Eine Form von ihnen, über die besonders viel diskutiert wird, sind die "*Reflexschäden*", die auch "*indirekte Schäden*" genannt werden. Es handelt sich um Schäden, die eine Person nur indirekt treffen, namentlich als Gläubigerin der unmittelbar geschädigten Person.

Die Haltung des schweizerischen Rechts (wie übrigens jene des italienischen und des österreichischen Rechts) ist in dieser Hinsicht zwiespältig. Einerseits beruht sein Haftungssystem grundsätzlich auf einer Generalklausel nach französischem Vorbild (dieses kennt die Rechtswidrigkeit nicht als eigenständige, vom Verschulden getrennte Voraussetzung der Haftpflicht, vgl. Art. 1382 CCF). Andererseits ist es von der deutschen Konzeption beeinflusst (diese steht der romanistischen Tradition näher, welche man übrigens in einer noch archaischeren Form im *common law* wiederfindet). Diese Konzeption zeichnet sich durch

---

95 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VII/1.3, S. 195 ff.

96 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/5.2, S. 86 f.; vgl. auch hinten 2.3.2.2.5 und 2.3.2.4.

97 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/6 sowie Thesen 56-1 und 56-2, S. 90 ff.

eine Aufzählung von "Delikten" aus, die bestimmten absolut geschützten Rechtsgütern entsprechen (§ 823 Abs. 1 BGB). Ausserhalb dieses harten Kerns von elementaren Rechten (den die Rechtsprechung inzwischen im Zusammenhang mit dem Schutz der Persönlichkeit und des Betriebs erweitert hat) kann sich die Rechtswidrigkeit einer Einwirkung nur aus der Verletzung eines "*Schutzgesetzes*" oder einer Schutznorm ergeben, deren *Sinn und Zweck* gerade darin bestehen muss, das Vermögen vor solchen Einwirkungen zu schützen (§ 823 Abs. 2 BGB). Daraus ergibt sich eine dualistische Auffassung der Rechtswidrigkeit. Dazu wird sie noch durch ein Sicherheitsventil für Schäden ergänzt, die keiner der beiden Formen der Rechtswidrigkeit entsprechen und in Schädigungsabsicht verursacht wurden (§ 826 BGB). Im schweizerischen Recht enthält Artikel 41 Absatz 2 OR eine solche Auffangnorm.

Die Kommission hat sich nicht lange mit den verschiedenen *objektiven und subjektiven Theorien* befasst, von denen die eine mehr auf den Erfolg der Einwirkung ausgerichtet ist, die andere mehr auf das Verhalten des Urhebers der Einwirkung[98]. Sie war der Ansicht, dass keine der beiden Theorien eine klare und endgültige Lösung des Problems bringen konnte, das ihnen zugrunde liegt. Dieses - wesentlich politische - Problem besteht darin, *vernünftige Grenzen der Schadenersatzpflicht* abzustecken[99]. Die Rechtswidrigkeit ist *ein* Mittel unter anderen, um gegen die übermässige Anwendung des Satzes "*neminem laedere*" eine normative Bremse einzurichten. Im französischen Recht, wo dieses Element fehlt, behilft man sich eher mit der Kausalität.

Hingegen empfahl die Kommission - im Gegensatz zu ihrer Entscheidung zum Schadensbegriff -, *im Gesetz die Rechtswidrigkeit positiv zu umschreiben.* Diese Umschreibung könnte sich darauf beschränken, die herrschende Auffassung wiederzugeben, wonach die Rechtswidrigkeit sich entweder aus der Verletzung eines absolut geschützten Rechts oder aus der Verletzung einer Schutznorm ergibt[100].

Die Kommission hat auch die Möglichkeit geprüft, durch eine ausdrückliche Bestimmung den gordischen Knoten der *reinen Vermögensschäden* zu durchschneiden. Dabei hätte sie insbesondere die Ersatzfähigkeit der indirekten Schäden ausdrücklich ausschliessen können. Schliesslich verzichtete sie darauf. Sie befand, es sei Aufgabe der Rechtsprechung[101], "*das rechte Mass in der Ersatzpflicht für Reflex- und andere reine Vermögensschäden zu finden (sei es durch Anerkennung entsprechender Schutznormen, sei es durch Annahme eines Direktschadens wie in BGE 112 II 124)*"[102]. Nach Auffassung der Kom-

---

98 Die Kommission hat es sogar ausdrücklich abgelehnt, sich für die eine oder andere Richtung auszusprechen. Denn sie lehnte einen Vorschlag ab, die Grundnorm nach dem Vorbild von Art. 2043 CCI zu formulieren, wo der Begriff "*unrechtmässig (=rechtswidrig)*" als Eigenschaftswort verwendet wird, das den Schaden selbst bezeichnet ("*danno ingiusto*"); vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.1, S. 39 f., Anm. 3.

99 Vgl. dazu: Honsell H., Schweizerisches Haftpflichrecht, a.a.O. (Anm. 51), § 4, S. 33 ff.; Widmer P., Anmerkungen zu den "Gedanken" von Hansjörg Seiler, ZBJV 131 (1995), S. 406 ff.

100 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.1 und These 52-2, S. 40 ff.

101 Vgl. vorne 1.1.2.3.

102 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/ 2.2.1.2 und These 52-3, S. 42 ff.

mission sollten explizite Begrenzungen der Ersatzfähigkeit einzelner Schadenskategorien - wie beispielsweise jene von Artikel 58 Absatz 1 SVG - beseitigt werden, sofern nicht wichtige Gründe für ihre Beibehaltung sprechen.

Hinsichtlich der negativen Seite der Rechtswidrigkeit, der *Rechtfertigungsgründe,* hat die Kommission die Idee verworfen, sich mit einer generellen und abstrakten Norm nach dem Vorbild von Artikel 28 Absatz 2 ZGB zu begnügen. Sie sprach sich im Gegenteil für eine konkrete Aufzählung dieser Gründe aus. In systematischer Hinsicht sollte sie gegenüber der heutigen Regelung, die auf die Artikel 44 Absatz 1 und 52 OR verteilt ist, leicht umgestellt werden[103]. Ausserdem schlug sie vor, den Notstand getrennt als einen Fall der Haftung für rechtmässiges Handeln zu regeln[104]. Diese Kategorie könnte schliesslich um *zwei neue Tatbestände* erweitert werden: die Haftung des Grundeigentümers für schädliche Einwirkungen, die den Nachbarn durch rechtmässige *Bauarbeiten* verursacht werden (diese wird von der Rechtsprechung des Bundesgerichts bereits bejaht)[105], und die *Billigkeitshaftung des Gemeinwesens* für Schäden, die Personen im Rahmen *rechtmässiger Ausübung amtlicher Gewalt* zugefügt werden[106].

1.2.2.1.9 Dritte allgemeine Voraussetzung: die Kausalität - Entlastungs- und Herabsetzungsgründe

Die Kommission erachtete es für den Kausalzusammenhang ebensowenig wie für den Schaden als zweckmässig, ihn im Gesetz positiv zu definieren. Denn es kann nicht in Frage kommen, die Formel des Bundesgerichts über den "*adäquaten Kausalzusammenhang*" zu übernehmen, deren praktischer Wert umstritten ist[107].

Die Kommission hat hingegen vorgeschlagen, im neuen Allgemeinen Teil eine Bestimmung über die *Entlastungsgründe* einzufügen. Diese sind letzten Endes nichts anderes als "Gründe der Inadäquanz". Es handelt sich um äussere Umstände. Diese erlauben - bei der erneuten Überprüfung einer auf den ersten Blick scheinbar klaren kausalen Verkettung - festzustellen, dass das vermutete Band zwischen Ursache und Wirkung letzten Endes doch nicht so stark ist, dass der Schaden der ursprünglich belangten Person zugerechnet werden könnte. In diesem Zusammenhang spricht man bisweilen unzutreffend von der "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs". Die Kommission war also der

---

103 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.3 und These 52-4, S. 44 ff.

104 Bericht, a.a.O., These 52-5. Vgl. hinten 3.2.2.

105 Bericht, a.a.O., These 52-6; BGE 91 II 100, 114 II 230. Vgl. hinten 3.2.3.

106 Bericht, a.a.O., These 52-7 ("Aufopferungsanspruch"; "droit à réparation fondé sur le sacrifice"); vgl. in diesem Sinne ebenfalls: Art. 6 Abs. 2 des Verfassungsentwurfs 1977 (Expertenkommission Furgler) und Art. 5 Abs. 2 der Modellstudie vom 30. November 1985 "So könnte eine neue Bundesverfassung aussehen" (BBl 1985 III 1 ff.; bes. 162 ff. und 189 ff.). Der Entwurf vom 20. November 1996 zu einer neuen Bundesverfassung erwähnt in Art. 137 nur die Haftung des Bundes für "Schäden, die seine Organe ... *widerrechtlich* verursachen". In den Erläuterungen zu diesem Artikel wird darauf hingewiesen, dass die - in der Vernehmlassungsvorlage vorgesehene - Ausdehnung der Haftung auf rechtmässig verursachte Schäden, "sowohl gutgeheissen als auch abgelehnt" wurde. (BBl 1997 I 375).

107 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.1 und These 52-8, S. 47 f.

Auffassung, dass eine ausdrückliche Norm gerechtfertigt sei. Diese solle die *klassischen Entlastungsgründe - höhere Gewalt, ein Verschulden oder ein anderer Umstand aufseiten eines Dritten, des Opfers oder einer Person, für die es einzustehen hat* - nennen und so gleichzeitig ihre normative Funktion und ihre allgemeine Anwendbarkeit hervorheben. Diese Norm sei zugleich aus didaktischen Gründen und durch das Bestreben gerechtfertigt, die Verwirrung zu beseitigen, die in dieser Hinsicht vor allem in der Spezialgesetzgebung bestehe. Dort werden die Gründe bald ausdrücklich genannt, z.B. in Artikel 59 Absatz 1 SVG, bald mit Schweigen übergangen (z.B. im LFG und bei allen gewöhnlichen Kausalhaftungen des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts). In gewissen Fällen (z.B. Art. 33 Abs. 2 RLG) wird der eine oder andere Grund weggelassen, ohne dass man weiss, ob es sich um ein qualifiziertes Schweigen oder ein Versehen des Gesetzgebers handelt[108].

Im Gegensatz zur natürlichen Kausalität lässt sich die rechtliche Kausalität nicht auf die einfache Alternative des "alles oder nichts" reduzieren (sie ist in Wirklichkeit eine "Beziehung der Zurechnung" und kann deshalb einen schädigenden Erfolg auch mit einer "Nicht-Ursache" verbinden, wie sie die Unterlassung darstellt). Sie kann teilweise bestehen und mit verschiedenen Nuancen auftreten. Dies erlaubt - was das schweizerische Recht seit langem anerkennt - , den Ersatz nach der mehr oder weniger grossen *Intensität* der "Kausalität" abzustufen und ihn dadurch "adäquat" zu machen. Aus diesem Grund wollte die Kommission die vollständige und teilweise Entlastung gemeinsam behandeln. Sie konnte sich allerdings in der Gliederungsfrage nicht klar entscheiden, ob es besser sei, beide Seiten des Problems im Zusammenhang mit der Kausalität als Haftungsvoraussetzung zu regeln, oder ob die "*Herabsetzungsgründe*" im Kapitel über die Schadenersatzbemessung behandelt werden sollten, gemäss dem vorherrschenden Ansatz der Praxis[109].

1.2.2.2 Verwirklichung und Einzelheiten der Haftung

1.2.2.2.1 Bemessung des Schadenersatzes

Hinsichtlich *Art und Umfang des Schadenersatzes* ging die Kommission vom Leitgedanken der grösstmöglichen Freiheit des Richters aus, den Ersatz an die konkreten Umstände und die Bedürfnisse der geschädigten Person anzupassen.

Bezüglich der *Form des Schadenersatzes* gab es also keinen Grund, den wesentlichen Inhalt des geltenden Artikels 43 Absatz 1 OR zu ändern. Es wurde lediglich empfohlen, die Fessel etwas zu lockern, die die Praxis sich selbst angeschnallt hat, indem sie den *Ersatz in Form des Kapitals gegenüber der Rente* fast absolut bevorzugte, sogar gegen den Willen der Berechtigten[110]. Die Kommission war der Meinung, dass der Richter im Allgemeinen den Anträgen des Klägers folgen sollte, soweit nicht eindeutige Gründe eine andere Lösung

---

[108] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.2 und These 52-9, S. 48 ff.; vgl. auch Stark E.W., Probleme der Vereinheitlichung, a.a.O. (Anm. 31), S. 19 ff.; ders., Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht, Diss. Zürich 1946.

[109] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.3 und These 52-10, S. 51 ff.

[110] BGE 112 II 129.

erforderten[111]. Umgekehrt sollte der Schuldner den Naturalersatz wählen können, wenn dieser in Frage kam[112].

Hinsichtlich der Bestimmung *des Umfanges* des Ersatzes ging es nach Auffassung der Kommission nur darum, den Gedanken der "adäquaten Haftung" praktisch anzuwenden, d.h. einer Haftung, die in einem angemessenen Verhältnis zur Intensität des betreffenden Zurechnungszusammenhanges steht[113]. Sie betrachtete diese *Flexibilität* des schweizerischen Systems, die in den Artikeln 43 und 44 OR vorgesehen ist, als einen Vorteil, um den Leute, die unter starreren Rechtsordnungen leben, uns beneiden. Daher sprach sie sich für die Beibehaltung und sogar für die Verstärkung dieses Ansatzes aus. Dieser könnte in einer allgemeinen Bestimmung konkretisiert werden, die die Elemente der geltenden Artikel 43 Absatz 1 und 44 OR in sich vereinigt und dem Richter - wie heute - alle Möglichkeiten zwischen dem vollständigen Ersatz und verschiedenen Graden der Herabsetzung bis zur gänzlichen Verweigerung jeder Entschädigung - im Falle einer völligen Entlastung oder Rechtfertigung der belangten Person - belässt. Diese Norm erteilt dem Richter die volle Befugnis, den Umfang des Ersatzes nach dem Haftungsanteil zu bemessen, der jeder beteiligten Person (auch der geschädigten) zukommt[114]. Die - ganz relative - Neuheit dieser Norm bestehe im Umstand, dass sie ausdrücklich nicht nur auf das Verschulden als massgebliches Zurechnungskriterium verweist, sondern auch auf die Gefahren, für welche die verschiedenen Beteiligten kausal haften[115].

1.2.2.2.2 Kollision und Konkurrenz von Haftungen

Die Überlegungen im vorhergehenden Abschnitt betrafen die Zuweisung des Haftungsanteils an jeden Schädiger aufgrund der Haftungsgründe (oder der Selbsthaftungsgründe) und im Verhältnis, in dem sie zum Schaden beigetragen haben. Die Kommission hat diese Überlegungen für den Fall weitergeführt, wo mehrere Personen einander schädigen. Sie erachtete eine allgemeine Norm als zweckmässig, die klar aufzeigt, dass sich hier dasselbe Problem stellt. Ein solcher Fall von *Haftungskollision* unter Motorfahrzeughaltern wird schon heute von Artikel 61 SVG erfasst. Diese Bestimmung sieht freilich eine Regelung vor, die noch stark vom Vorrang des Verschuldens geprägt ist. Hinzu kommt, dass sie eine diskriminierende Unterscheidung zwischen Personen- und Sachschaden trifft. Wenn sie von diesen störenden Elementen befreit wird, kann sie aber als Muster für die Darstellung des Grundmechanismus dienen. Auch hier muss der Richter den Anteil, den jeder Haftpflichtiger vom Schaden tragen muss, "unter Berücksichtigung aller Umstände" festsetzen. Unter diesen wird er namentlich die Schwere der Fehler und die Intensität der charakteristischen Risi-

---

111 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/7.1 und These 57-1, S. 97 ff.

112 BGE 100 II 142 f. E. 6b.

113 Vgl. vorne 1.2.2.1.9.

114 Vgl. auch hinten 1.2.2.2.2 hinsichtlich der Kollision und der Konkurrenz von Haftungen.

115 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/7.2 und These 57-2, S. 98 ff.

ken berücksichtigen, die aufeinandergestossen sind. Er wird jedoch nicht von vornherein einem dieser Kriterien mehr Gewicht zumessen[116].

Eine Art Haftungskollision liegt auch vor, wenn die Last des Schadenersatzes endgültig unter mehrere Haftpflichtige verteilt werden muss, die im Aussenverhältnis - d.h. gegenüber der geschädigten Person - solidarisch haften. Auch in diesem Zusammenhang - des *Rückgriffs (Regresses)* - wollte die Kommission hervorheben, dass die Verteilung aufgrund einer Würdigung aller bedeutsamen Umstände vorgenommen werden muss, ohne dass einem Zurechnungskriterium von Anfang an gegenüber den anderen eine grössere Bedeutung zukommt[117]. Dies kam vor allem im Vorschlag zum Ausdruck, die Rangordnung nach dem heutigen Artikel 51 Absatz 2 aufzuheben, die zu einer quasi-absoluten Vorschrift erhoben worden ist, entgegen dem Gesetzeswortlaut und der Absicht des Gesetzgebers von 1911[118]. Wie bei der Kollision und bei der Bemessung des Schadenersatzes im Allgemeinen ist es nicht mehr angebracht, die Person, die "aus Gesetzesvorschrift" (d.h. kausal) haftet, gegenüber jener zu privilegieren, die für ihr Verschulden einstehen muss. Auch die Zwischenkategorie der Personen, die "aus Vertrag" haften, hat keine Daseinsberechtigung mehr, wenn man die Zweiteilung zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung weitgehend aufhebt[119].

Für das Aussenverhältnis im Falle der Konkurrenz von Haftungen und namentlich für den *Grundsatz der Solidarität* hat die Kommission ebenfalls vorgeschlagen, dass geltende System zu vereinheitlichen und zu vereinfachen, aber auch zu präzisieren. Vereinheitlicht und vereinfacht wird das System durch *die Beseitigung des Unterschieds zwischen echter und unechter Solidarität*, dessen Einfluss auf die Theorie seine praktische Bedeutung bei weitem übersteigt[120]. Dagegen solle *der Begriff der Solidarität selbst präzisiert werden*. Die Kommission wollte in einer allgemeinen Bestimmung den Grundsatz des neuen Artikels 759 Absatz 1 OR verankern, der bei der Revision des Aktienrechts aufgestellt worden ist[121].

1.2.2.2.3 Verhältnis zwischen Haftpflicht und Versicherung

Die Studienkommission ging von folgender Feststellung aus: Das Haftpflichtrecht kann heutzutage wissenschaftlich nicht mehr vernünftig diskutiert und noch weniger mit Blick auf seine praktische Anwendung geändert werden, ohne dass man die immer engeren Beziehungen zwischen den Bestimmungen über die Zurechnung der Schäden und jenen über die Privat- und Sozialversicherung berücksichtigt. Im geltenden Recht scheinen die verschiedenen Schadenausgleichsmechanismen in einer "splendid isolation" nebeneinander zu stehen,

---

116 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/8 und These 58-1, S. 101 f.

117 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/9 und These 59-3, S. 105 f.

118 Vgl. zu diesen Fragen Widmer P., Ethos und Adäquanz der Regressordnung ..., a.a.O. (Anm. 8).

119 Vgl. vorne 1.2.2.1.5 und hinten 2.2.2.

120 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/9, These 59-1, S. 102 ff.; vgl. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 10 N 14 ff.

121 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), These 59-2.

ohne sichtbare und bewusste Koordinationsbemühungen, obwohl sie doch ihrer Natur nach voneinander abhängig sind[122]. Dies schliesst übrigens nicht aus, dass das Vorhandensein einer Versicherung den Grundsatz oder jedenfalls den Umfang einer Ersatzpflicht beeinflusst[123]. Aber im Allgemeinen bestehen die einzigen Berührungspunkte zwischen Haftpflicht und Versicherung in der Frage, ob und in welchem Ausmass die Leistung des Versicherers an den Ersatzanspruch der geschädigten Person angerechnet wird und wie es um den Rückgriff des Versicherers gegen die haftpflichtige Person oder deren Haftpflichtversicherer bestellt ist. In Anbetracht der damals laufenden Vorarbeiten zum Bundesgesetz über einen Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, hatte die Studienkommission diesbezüglich bloss das Verhältnis zwischen Haftpflicht und Privatversicherung behandelt.

Grundsätzlich ist klar, dass die geschädigte Person (die versichert ist), ihre Ansprüche gegenüber der *Schadensversicherung* einerseits und der haftpflichtigen Person andererseits nicht kumulieren kann. Sie muss sich also die Entschädigung der Versicherung auf ihren Anspruch gegen den Haftpflichtigen anrechnen lassen. Viel weniger klar ist einerseits das Ausmass des *Rückgriffsrechts* des Versicherers gegen den oder die Haftpflichtigen und andererseits, in theoretischer Hinsicht, die *Beziehungen zwischen Artikel 72 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) und Artikel 51 OR*. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung gewähren dem Versicherer das Rückgriffsrecht nur gegenüber Schädigern, die ausservertraglich aus Verschulden oder vertraglich aufgrund eines schweren Verschuldens haften[124]. Soweit der Rückgriff verweigert wird, gereicht der haftpflichtigen Person der Umstand zum Vorteil, dass die geschädigte Person durch eine Versicherung gedeckt ist, deren Prämien sie oder ihre Angehörigen bezahlt haben. Dieser Vorteil erwächst vor allem der Person, die kausal haftet. Nach Ansicht der Kommission verfälscht diese Regelung die Zurechnung nach den Kriterien des Haftpflichtrechts; daher sei es notwendig, sie der allgemeinen Konzeption anzupassen, die für die Konkurrenz der Haftungen[125] entwickelt wurde. Als Grundsatz sei daher vorzusehen, *dass der Versicherer in die Rechte der geschädigten Person eintritt, soweit er sie entschädigt hat*.

Grundsätzlich sollen für das Rückgriffsrecht des Versicherers also dieselben Kriterien gelten wie unter irgendwelchen Mithaftpflichtigen. Die Kommission wollte jedoch einige Fälle vorbehalten, wo die Ausübung des Rückgriffsrechts stossend sein könnte: Sie dachte namentlich an Fälle, wo die Haftpflichtigen Familienangehörige der geschädigten Person sind oder in einer anderen besonderen Beziehung zu ihr stehen. Ein solcher Fall könnte auch gegeben sein, wenn der Haftpflichtige nicht durch eine Haftpflichtversicherung gedeckt ist, sei es überhaupt nicht, sei es infolge eines besonderen Ausschlusses der betref-

---

122 Diese fehlende gegenseitige Berücksichtigung und Koordination zwischen den Systemen ist Ausgangspunkt des Werks von Schär R., Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a.M. 1984.

123 Zum Grundsatz "Assurance oblige" und seiner Anwendung, insbesondere im Rahmen von Art. 54 Abs. 1 OR, vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.2.3, S. 57 ff. und hinten 2.4.2.3, Anm. 589.

124 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 61 ff. und 108 ff. zu Art. 51 OR.

125 Vgl. vorne 1.2.2.2.2.

fenden Schadensart. Die Kommission erwog sogar den gegenteiligen Grundsatz, wonach der Rückgriff nur unter besonderen Umständen zulässig wäre. Diese alternativen Vorschläge sind in der These 510-2 der Kommission enthalten[126]: Entweder soll der *Grundsatz der Subrogation gelten, "wenn nicht besondere Umstände entgegenstehen"* oder *die Subrogation soll nur gelten, "wenn besondere Umstände wie die Schwere des Verschuldens oder die besondere Gefahr, die der Haftpflichtige zu vertreten hat, es rechtfertigen"*.

Der besondere Fall des *Rückgriffs des Haftpflichtversicherers* gegen die Mithaftpflichtigen seines Versicherten wird von Artikel 72 VVG nicht ausdrücklich behandelt. Lehre und Rechtsprechung wenden diese Bestimmung analog an, ohne aber ein Verschulden der belangten Person vorauszusetzen. Die Kommission war der Auffassung, dass der Haftpflichtversicherer gegenüber der geschädigten Person praktisch die haftpflichtige Person ersetzt und deshalb gegenüber den Mithaftpflichtigen dieselbe Stellung innehaben soll. Es sollen ihm auch dieselben Rückgriffsrechte zustehen[127].

Je nach der Lösung für ein anderes Grundproblem, das die Kommission behandelt hat, könnte die aufgeworfene Frage noch bedeutsamer werden: Das Problem betraf die Frage, inwieweit das *direkte Forderungsrecht* der geschädigten Person gegen den Haftpflichtversicherer verallgemeinert werden soll. Dieses gilt heute im Bereich der *obligatorischen Haftpflichtversicherung*[128]. Die Kommission kam in dieser Frage nicht zu einheitlichen Schlussfolgerungen. In ihrer These 510-9 stellte sie zwei Vorschläge zur Diskussion: Der erste gestand das direkte Forderungsrecht auch im Bereich der nicht-obligatorischen Versicherung zu, gewährte der geschädigten Person aber kein Privileg des Einredenausschlusses. Der zweite sah vor, dass die geschädigte Person - im Bereich der nicht-obligatorischen Versicherung - im Prozess gegen den Haftpflichtigen ihren Rechtsanspruch gegenüber dem Versicherer feststellen lassen kann. In jedem Fall muss der Haftpflichtversicherer, der der geschädigten Person Ersatz leisten muss, die Möglichkeit haben, auf den eigenen Versicherungsnehmer Rückgriff zu nehmen, zumindest soweit, als das VVG (namentlich Art. 14) und/oder der massgebende Versicherungsvertrag es ihm erlauben[129].

Die Kommission hat sich auch mit anderen Beziehungen zwischen Haftpflicht und Privatversicherern befasst. Sie schlug vor, zwei Normen zu verallgemeinern, die man zur Zeit im SVG findet: Dies betrifft zum einen die Bestimmung, wonach *die Versicherungsleistungen verhältnismässig gekürzt* werden, wenn die (obligatorische oder frei vereinbarte) Versicherungsdeckung nicht ausreicht, um alle Ansprüche zu befriedigen (Art. 66 SVG)[130]. Zum anderen erfasst Artikel 62 Absatz 3 SVG den Fall, wo die haftpflichtige Person die Prämien einer Direktversicherung zugunsten des Geschädigten

---

126 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.1, S. 106 ff.

127 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.2, S. 108 f. und These 510-3.

128 Z.B. Art. 63 SVG, 35 KHG, 31 StSG usw.; vgl. dazu: Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.1, S. 113 f. und These 510-8.

129 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.2., S.114 ff. und These 510-10.

130 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.5 und These 510-6.

ganz oder teilweise bezahlt hat. Hier ist es richtig, dass die Versicherungsleistungen im Verhältnis ihres Prämienbeitrages auf die Ersatzpflicht der haftpflichtigen Person angerechnet werden, wenn der massgebende Versicherungsvertrag nichts anderes vorsieht[131].

Im Zusammenhang mit dem Rückgriffsrecht des Versicherers gegen einen haftpflichtigen Dritten kann auch der Fall eintreten, wo ein Gegensatz zwischen dem verbleibenden Anspruch der geschädigten Person (die vom Versicherer nicht voll entschädigt wurde) gegen die haftpflichtige Person und dem Rückgriff des Versicherers besteht. Dann stellt sich die Frage, ob der geschädigten Person oder dem Versicherer der Vorrang zukommt. Diese Frage ist im Sozialversicherungsrecht wohlbekannt, stellt sich aber auch im Privatversicherungsrecht. Artikel 88 SVG hat für diese Fälle den Grundsatz des "*Quotenvorrechts" ("le droit préférentiel")* der geschädigten Person aufgestellt. Dieser ist von den Artikeln 34 Absatz 2 BSG, 20 Absatz 1 KHG sowie von den meisten Sozialversicherungsgesetzen und dem Entwurf eines Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts übernommen worden[132]. Die Studienkommission schlägt vor, diesen Grundsatz zu verallgemeinern und daher in den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts aufzunehmen[133]. Ein solcher Grundsatz muss allerdings in gewissen Fällen eingeschränkt werden, in denen die geschädigte Person "es nicht verdient", voll begünstigt zu werden. Dies gilt vor allem, wenn sie den Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat oder wenn dieser bei der vorsätzlichen Begehung einer strafbaren Handlung entstanden ist. Nach dem Vorbild der Artikel 48^{quater} Absatz 2 AHVG und 42 Absatz 2 UVG hat die Kommission für diese Fälle den Grundsatz der "*Quotenteilung" ("partage proportionnel")* vorgesehen. Dabei hat sie die Berechnungsmethode verbessert, die heute zu unbilligen Ergebnissen führen kann; denn je nach Fall kann der Versicherer durch die Quotenteilung ein Rückgriffsrecht erwerben, das sonst gar nicht bestünde[134].

1.2.2.2.4 Die Verjährung

Die Bestimmungen über die Verjährung der Schadenersatzklage wurden seit langem in verschiedener Hinsicht als unbefriedigend angesehen. In den Referaten am Schweizerischen Juristentag von 1967 zur Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts hatten die Berichterstatter keine Mühe, die übertriebene Vielfalt und Uneinheitlichkeit der Lösungen aufzuzeigen[135].

Seitdem hatte die *Rechtsprechung* wiederholt Gelegenheit, Lücken oder Mängel des geltenden Systems aufzuzeigen. Aber das Bundesgericht hat es auch entschieden abgelehnt, Nachteile zu korrigieren, von denen man annehmen muss, dass der Gesetzgeber sie kannte, als er die geltenden Bestimmungen

---

131 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.6 und These 510-7.

132 Art. 42 Abs. 1 UVG; Art. 48^{quater} Abs. 1 AHVG; Art. 68 Abs. 1 MVG; Art. 80 Abs. 1 Entwurf ATSG (BBl 1991 II 207).

133 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.4, S. 109 ff.

134 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.4, S. 110 f.

135 Stark E.W. ZSR 86 a.a.O. (Anm. 31), S. 93 ff.; Gilliard F., ZSR 86 a.a.O. (Anm. 32), S. 225 ff.

erliess. Dies gilt vor allem für den Beginn der absoluten Verjährung, der auf den "Tag der schädigenden Handlung" festgesetzt wurde, verstanden als Tag der Begehung der schädigenden Handlung. Die Überlegung trifft auch auf den Umstand zu, dass ein Anspruch verjähren kann, ohne dass der Gläubiger ihn kennen konnte, sowie auf den Umstand, dass die Verjährung während eines hängigen Prozesses eintreten kann[136]. Diese Urteile haben übrigens parlamentarische Vorstösse veranlasst, welche die Studienkommission natürlich berücksichtigt hat[137].

Allgemein werden die *Verjährungsfristen* im Haftpflichtrecht als zu kurz angesehen. Zu kurz erscheinen sie auch unter dem rechtsvergleichenden Gesichtspunkt[138]. Die Bestimmung von Artikel 60 Absatz 2 OR, wonach bei einer strafbaren Handlung die strafrechtliche Verjährung für die zivilrechtliche Schadenersatzklage gilt, scheint schliesslich mehr Probleme aufgeworfen als gelöst zu haben[139].

Aufgrund dieser Feststellungen schlug die Studienkommission einstimmig eine *grundlegende Neuregelung der Verjährungsbestimmungen* vor, vor allem im Bereich der Haftpflicht, in gewisser Hinsicht aber auch im Bereich der allgemeinen Bestimmungen[140]. Wie andere Bestimmungen über die Einzelheiten der Ersatzpflicht sollten die Verjährungsbestimmungen im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts für sämtliche Haftpflichttatbestände gelten, ausser wenn besonders begründete Ausnahmefälle vorliegen[141]. Sie müssen also so ausgestaltet werden, dass sie möglichst weitgehend anwendbar sind.

Zu diesem Zweck hat die Kommission zunächst eine Verlängerung der allgemeinen Fristen befürwortet, wobei das bewährte System der doppelten Fristen beizubehalten sei. Sie schlug daher vor, die ordentliche oder relative Frist, deren Beginn durch subjektive Elemente gekennzeichnet ist ("Kenntnis des Schadens und der haftpflichtigen Person") von einem Jahr auf *zwei bis drei Jahre* zu verlängern. Die subsidiäre oder absolute Frist könne *für einen zehnmal längeren Zeitraum festgesetzt werden, doch sei ihr Beginn mit einem objektiven und unveränderlichen Kriterium zu umschreiben*. Bei dieser Frage hat die Auslegung des Begriffs "schädigende Handlung" Anlass zu einer wechselhaften Rechtsprechung und zu Auseinandersetzungen in der Lehre gegeben. Die Kommission hielt es nicht für gut, eine neue Lösung vorzuschlagen, die nach ihrer Auffassung die Rechtssicherheit beeinträchtigt hätte. Sie war jedoch überzeugt, dass allein die Verlängerung der Fristen - vor allem die doppelte oder

---

136 BGE 106 II 134, 119 II 216 ff. sowie 106 II 32.

137 Motion Crevoisier (NR 80.429) 1981; Postulat Ziegler (NR 80.476) 1981; Postulat Leuenberger (NR 80.590) 1982.

138 Vgl. Spiro K., Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Bd. I: Die Verjährung der Forderungen, Bern 1975, S. 607 ff. § 261 ff.; Dannemann G./Karatzenis F:/Thomas G.V., Reform des Verjährungsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, in: AcP 55 (1991), S. 697 ff.

139 BGE 106 II 213, 111 II 429, 112 II 172.

140 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.1 und 11.2 sowie These 511-1, S. 116 ff.

141 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.5 und These 511-3 und 511-4, S. 120 ff.; vgl. auch vorne 1.2.2.1.4.

dreifache Verlängerung der absoluten Frist - die meisten praktischen Probleme entschärfen würde, die sich aus der geltenden Regelung ergeben[142].

Aus demselben Grund kam die Kommission zum Schluss, dass man *auf Artikel 60 Absatz 2 OR verzichten könne*, der für Klagen, die aus einer strafbaren Handlung hergeleitet werden, eine ausserordentliche Frist vorsieht. Dabei bestritt sie den an sich einleuchtenden Zweck und die praktische Bedeutung der Bestimmung im geltenden Recht nicht. Ihr Anwendungsbereich wird aber stark eingeschränkt, wenn die normalen Verjährungsfristen für die Zivilklage gemäss den Vorschlägen im Bericht verlängert werden.

Hinsichtlich der *Verlängerung der Fristen* (durch Hinderung und Stillstand, Unterbrechung der Verjährung und durch Verzicht) entschied die Kommission zunächst, dass alle diese Tatbestände - soweit sie die Verjährung eines Anspruchs gegenüber einem Haftpflichtigen beeinflussen - *dieselben Wirkungen gegenüber seinem Versicherer* entfalten sollen, wenn ein direktes Forderungsrecht gegen diesen besteht[143]. Es sei also die Regel von Artikel 83 Absatz 2 SVG zu verallgemeinern, die auch in den Artikeln 39 Absatz 2 RLG und 10 Absatz 4 KHG enthalten ist[144]. Was die einzelnen Verlängerungsgründe betrifft, hielt die Kommission es für richtig, einen allgemeinen Stillstand der Verjährung während eines gerichtlichen Verfahrens über die betreffende Forderung vorzusehen. Diese Neuerung könnte durch einen Zusatz in Artikel 134 Absatz 1 OR eingeführt werden[145]. Hinsichtlich der *Unterbrechung der Verjährung* begnügte sich die Kommission mit der Empfehlung, diese zu erleichtern, indem eine einfache gerichtliche Zustellung als Unterbrechungsgrund anerkannt wird. So würden zwar gewisse formelle Erfordernisse beibehalten; es müsste aber nicht eine wirkliche Klage oder Schuldbetreibung eingeleitet werden[146].

Sehr eingehend befasste sich die Kommission mit dem *Verzicht auf die Verjährung*. Dieser ist eine weit verbreitete Praxis. Manchmal kann er aber mit der Bestimmung von Artikel 141 Absatz 1 OR in Konflikt kommen, wonach nicht zum voraus auf die Verjährung verzichtet werden kann. Dies gilt vor allem für den Verzicht auf die relative Verjährung. Die Rechtsprechung hat zwar gewisse vertragliche Abweichungen zugelassen, dabei aber eine Reihe von Einschränkungen vorgenommen. Daher war es angebracht, einen genügenden positivrechtlichen Rahmen für derartige Vereinbarungen zu geben, die die gütliche Erledigung von Haftpflichtansprüchen erleichtern können. Die Kommission schlägt deshalb vor, *der haftpflichtigen Person den Verzicht auf die Verjährung zu erlauben*, sobald das schädigende Ereignis eingetreten ist. Dieser Verzicht könnte für eine Höchstdauer erklärt werden, die der absoluten Verjährungsfrist entspricht, d.h. nach den Revisionsvorschlägen der Kommission 20 oder 30 Jahre seit dem Tag der Schädigung ("jour où le fait dommageable s'est produit"). Nach Ablauf dieser langen Frist solle ein zusätzlicher Verzicht nur für die

---

142 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.7 und These 511-5, S. 122 ff.

143 Vgl. vorne 1.2.2.2.3 und Anm. 128. Die Bedeutung dieser Regel würde freilich stark zunehmen, wenn man - gemäss dem Vorschlag der Verfasser des Vorentwurfs - auch dem direkten Forderungsrecht eine allgemeinen Tragweite gibt; vgl. hinten 2.7.4.2.1.

144 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.10, S. 130 und These 511-8.

145 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.10.1, S. 131 und These 511-9.

146 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.10.2, S. 131 und These 511-10.

Dauer der relativen Frist (d.h. nach den Revisionsvorschlägen für zwei oder drei Jahre) zulässig sein; dieser Verzicht könne erneuert werden. Die letztgenannte Regel soll auch für den Fall gelten, wo der Verzicht ohne genaue Angabe seiner Dauer erklärt wird[147].

Die Studienkommission hat schliesslich eine umstrittene Frage behandelt, die von der neueren Rechtsprechung nur zu einem kleinen Teil gelöst worden ist[148]: *die Verjährung des Rückgriffsanspruchs*. Das Bundesgericht erkannte zwar das Problem, lehnte es aber formell ab, gewissen Bestimmungen eine allgemeine Tragweite zuzubilligen, wie Artikel 83 Absatz 3 SVG oder 10 Absatz KHG, die je eine andere Lösung enthalten. Die Kommission folgte dennoch diesen Bestimmungen. Sie schlug *für den Rückgriffsanspruch eine Frist vor, die jener der ordentlichen relativen Verjährung (2 oder 3 Jahre)* entspricht. Die Frist würde aber nach dem Vorbild der genannten SVG-Bestimmung erst am Tag beginnen, wo die Ersatzleistung an die geschädigte Person vollständig erbracht worden ist und die mithaftpflichtige Person bekannt ist, gegen die sich der Rückgriff richtet. Die absolute Frist soll dagegen ganz wie die Verjährung der Hauptforderung ausgestaltet werden; sie soll 20 oder 30 Jahre seit dem Tag der Schädigung betragen. Für die Renten soll das System gelten, das Artikel 131 OR schon jetzt vorsieht. Die Kommission konkretisierte schliesslich eine Obliegenheit, die zur Not auch aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben hätte abgeleitet werden können: Wer auf Schadenersatz belangt wird und eine oder mehrere mithaftpflichtige Personen kennt, gegen die er eine Rückgriffsforderung stellen könnte, soll verpflichtet sein, sie über diese Möglichkeit zu unterrichten. Die Nichtbeachtung dieser *Informationspflicht* soll die Sanktion nach sich ziehen, dass der Rückgriffsanspruch gleich wie der Hauptanspruch verjährt[149].

1.2.2.2.5 Verfahrens- und Beweisfragen

Die Kommission war sich durchaus bewusst, dass das Verfahrensrecht in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fällt. Sie stützte sich aber auf den allgemein anerkannten Grundsatz, wonach der Bundesgesetzgeber gewisse Verfahrensbestimmungen erlassen kann, wenn dies für eine wirksame und einheitliche Anwendung des materiellen Privatrechts notwendig ist[150]. Daher betrachtete sie es als ihre Aufgabe, sich zu gewissen Themen in diesem Zusammenhang zu äussern. Eine der wichtigsten Fragen, jene des Beweises und vor allem der Verteilung der Beweislast, gehört weitgehend zum materiellen Recht oder kann jedenfalls kaum davon getrennt werden.

Die Kommission wollte daher eine Diskussion zu folgenden Problemen in Gang bringen:

---

147 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.10.3, S. 131 f. und These 511-11.

148 BGE 115 II 42 ff.

149 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.11, S. 133 f. und These 511-12.

150 Vgl. Knapp B. in: Kommentar der Bundesverfassung, Basel/Zürich/Bern 1986, Art. 64, N 69 ff.

1.2.2.2.5.1 Der Gerichtsstand

Überlegungen zu diesem Thema drängten sich auf, da viele haftpflichtrechtliche Spezialgesetze unterschiedliche Gerichtsstandsbestimmungen enthalten, ohne dass die Gründe dieser Unterschiede immer klar ersichtlich wären[151]. Für internationale Sachverhalte haben das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht[152] einerseits und das Übereinkommen von Lugano[153] andererseits neue Bestimmungen zu den bestehenden hinzugefügt. Dagegen enthält die grundlegende Kodifikation des Haftpflichtrechts im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts überhaupt nichts zu diesem Thema[154].

Nach Auffassung der Kommission wäre es ideal gewesen, eine möglichst einheitliche Regelung einzuführen, und zwar auf nationaler wie auch auf internationaler Ebene. Ferner seien gewisse Kriterien und Ziele zu beachten, die einander teilweise widersprechen. Dies gilt z.B. für den Schutz des Beklagten einerseits und den ebenso legitimen Schutz der geschädigten Person andererseits. Normalerweise geht man davon aus, dass dieser Schutz am besten gewährleistet ist, wenn jedermann den Richter an seinem Wohnsitz anrufen kann oder bei diesem Richter belangt werden muss. Wenn man jedoch der Ansicht ist, dass jenes Gericht zuständig sein muss, das die geographischen oder technischen Umstände am besten kennt, unter denen sich die Schädigung zugetragen hat, wird man eher das Gericht am Unfallort für zuständig erklären - wie Artikel 84 SVG - oder sogar eine einzige spezialisierte Instanz, wie die Artikel 23 und 24 KHG. Die Kommission erkannte jedoch sofort, dass es unmöglich war, eine einzige Bestimmung zu finden, die allen Anforderungen in allen Situationen entsprach. Sie begnügte sich daher damit, Vorschläge zu bestimmten Gebieten vorzulegen[155].

Der wichtigste Vorschlag der Kommission sieht vor, *die Bestimmung von Artikel 84 SVG* für alle *Fälle zu verallgemeinern, wo Schäden durch einen Unfall verursacht worden sind*[156]. Wahrscheinlich handelt es sich dabei um die Mehrheit der Schadenfälle. Diese einfache und klare Lösung bietet eine Reihe von Vorteilen, namentlich die Möglichkeit, im Falle einer Mehrzahl von Geschädigten oder Haftpflichtigen alle Verfahren bei demselben Gericht zu konzentrieren und so unterschiedliche und gegensätzliche Urteile zu vermeiden. Diese Regelung stimmt teilweise mit dem Lugano-Übereinkommen überein, nicht aber mit Artikel 129 IPRG, wonach der Hauptgerichtsstand der Wohnsitz des Beklagten bleibt; nur wenn die belangte Person weder Wohnsitz noch Niederlassung noch gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat, gilt subsidiär der Gerichtsstand des Handlungs- oder Erfolgsortes. Andere Unterschiede bleiben gegenüber verschiedenen Staatsverträgen, namentlich im Transportwesen, bestehen. Da

---

151 Für einen Überblick vgl. Vogel O., Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Bern 1992, Kap. 2, N 21, S. 52 ff.

152 SR 291, Art. 129-131.

153 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, SR 0.275.11, Art. 2, 5 Ziff. 3 und 7 ff.

154 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.1.1, S. 134 ff.

155 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.1.2 und 12.1.3, S. 136 ff.; vgl. auch: V/12.1.3.4 und 12.1.3.5 sowie die These 512-4.

156 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.1.3.1 und These 512-1.

aber diese internationalen Rechtsquellen selbst unterschiedliche Lösungen enthalten, wäre hier ohnehin keine einheitliche Regelung möglich.

Die Kommission lehnte sich hingegen an Artikel 129 Absatz 3 IPRG an und schlug eine *allgemeine Attraktionsklausel für konnexe Klagen* vor. Diese Bestimmung würde den Grundsatz des einheitlichen Gerichtsstandes verstärken und so die Verfahren vereinfachen[157].

1.2.2.2.5.2 Beweis: Freiheit des Gerichts und Erleichterung der Beweislast

Die klassischen Bestimmungen des Zivilprozessrechts sehen vor, dass das Verfahren weitgehend von der Entscheidung und der Initiative der Parteien abhängt. Das Haftpflichtrecht ist ein Gebiet, wo diese Bestimmungen nicht zu passen scheinen[158]. Normalerweise hatten die betreffenden Personen vorher keine Gelegenheit, ihre rechtlichen Beziehungen auszuhandeln. Und selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, so beruht die Schadenersatzklage auf einer Verpflichtung, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ableitet und deren Ausführung nicht dem Belieben der Parteien - oder vielmehr dem Belieben der kundigeren oder stärkeren Partei - überlassen werden kann. Meistens wird die geschädigte Person gegenüber der potentiell haftpflichtigen Person oder Unternehmung an technischen Kenntnissen unterlegen sein, die zur Rekonstruktion der schädigenden Handlung oder zur Beurteilung allfälliger Sorgfaltspflichtverletzungen notwendig sind. Denn immer häufiger sind die Sorgfaltspflichten durch technischen Anweisungen bestimmt, die nur für Spezialisten zugänglich und verständlich sind.

Diese Überlegungen haben den Gesetzgeber veranlasst, in den neuesten Gesetzen Beweisbestimmungen vorzusehen. Diese sollen den Gerichten den notwendigen Spielraum im Beweisverfahren und in der Beweiswürdigung geben, um angemessene Lösungen zu ermöglichen und den Ersatz des Schadens bei der Verletzung von Rechtsgütern zu gewährleisten, die die Rechtsordnung mit möglichst wenig Abstrichen schützen muss[159]. Mehrere Gesetze sehen deshalb ausdrücklich den *Grundsatz der freien Beweiswürdigung* im Haftpflichtrecht vor[160], obwohl dieser Grundsatz heutzutage in den meisten kantonalen Prozessordnungen kaum je durchbrochen wird. Die Kommission erachtete es dennoch als richtig, ihn im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts als Prinzip festzulegen, das sich unmittelbar aus dem Bundesrecht ergibt. Beiläufig liess sie sogar durchblicken, dass nach ihrer Ansicht der Grundsatz für das gesamte Bundesprivatrecht anerkannt werden müsse[161].

In einer zweiten Phase fragte sich die Kommission, ob nicht auch die *Untersuchungsmaxime (Offizialmaxime, maxime inquisitoriale)* zu einem allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsatz erhoben werden sollte. Diese Maxime ist weni-

---

157 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.1.3.2 und These 512-2.

158 Vgl. schon BGE 54 II 196.

159 Vgl. hinten 1.2.2.2.6.

160 Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 58, N 24.

161 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.2 und These 512-5.

ger verbreitet. Immerhin ist sie in Artikel 26 KHG zu finden und sie gilt allgemein im Sozialversicherungsrecht[162]. Gerade in diesem Bereich soll man aber schlechte Erfahrungen mit ihr gemacht haben. Deswegen verzichtete die Kommission schliesslich auf diesen Vorschlag. Sie gab jedoch die allgemeine Idee nicht auf, wonach es vor allem Sache des Gerichts ist, die Beweise so zu erheben, dass es sich eine vernünftige Überzeugung über das Bestehen des streitigen Anspruchs bilden kann. Die Kommission wünschte daher in der These zu dieser Frage eine Bestimmung, die dem Gericht zwar keine Verpflichtung auferlegt, aber die Befugnis gibt, alle Beweismittel zu sammeln oder zu verlangen, die ihm notwendig scheinen, und dies unabhängig von einem ausdrücklichen Begehren der Parteien[163].

Schliesslich mass die Kommission den Problemen bei der *Beweislast* grosse Bedeutung zu. Sie befasste sich mit Vorschlägen, die Beweislast - die vor allem die geschädigte Person als Klägerin trägt -, zu erleichtern. Sie sah es nicht als zweckmässig an, die Beweislast allgemein umzukehren, wenn die Partei, der sie obliegt (meistens jene, die Schadenersatz verlangt), ernsthafte Beweisschwierigkeiten hat, namentlich hinsichtlich des Kausalzusammenhanges. Dagegen hielt sie es für richtig, für den Beweis des Kausalzusammenhanges dieselben Normen vorzusehen, wie jene, die heute nach Artikel 42 OR für den Beweis des Schadens gelten. Diese Bestimmung stellt zum einen den Grundsatz auf, dass der Kläger den Schaden beweisen muss - gemäss der allgemeinen Regel von Artikel 8 ZGB (Abs. 1)[164]. Zum anderen erlaubt sie dem Gericht, eine Schätzung vorzunehmen, wenn der Schaden nicht ziffernmässig nachweisbar ist[165]. Die Befugnis des Richters, *sich anstelle eines strengen Beweises mit einem relativ hohen Wahrscheinlichkeitsgrad zu begnügen*, betrifft nach ständiger Rechtsprechung nicht nur das Ausmass, sondern auch das Vorhandensein des Schadens selbst. Die beiden Elemente sind ja schwierig voneinander zu trennen[166]. Die Kommission ging von der Grundidee aus, dass die Höhe des Schadenersatzes sowohl an den Wahrscheinlichkeitsgrad der Existenz und des Ausmasses des Schadens als auch an den Wahrscheinlichkeitsgrad des Kausalzusammenhangs - zwischen einem Anknüpfungssachverhalt und dem Schaden - angepasst werden kann. Sie suchte eine Formulierung, die es dem Richter erlaubt, sich einerseits auf einen Prima-facie-Beweis[167] oder eine *Tatsachenvermutung* zu stützen und sich andererseits von der Fessel des "Alles oder Nichts" zu lösen und die Höhe des Schadenersatzes im Verhältnis zur Wahrscheinlichkeit des betreffenden Kausalzusammenhangs abzustufen.

Mit der *Ermächtigung des Gerichts, bei der Bestimmung des angemessenen Schadenersatzes den Wahrscheinlichkeitsgrad der belegten Tatsachen zu be-*

---

162 Maurer A., Bundessozialversicherungsrecht, Basel/Frankfurt 1993, § 13/IV, S. 422; vgl. auch Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 59, N 25 und S. 155 ff., N 54 ff.

163 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), 12/3 und These 512-6, S. 142 f.

164 Nach der Studienkommission sollte das neue Recht denselben Grundsatz für den Beweis der Kausalität aufstellen: vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4 undThese 512-7, S. 143 ff.

165 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4 und These 512-9.

166 BGE 74 II 76 ff., 81 II 50 f., 93 II 453 ff., 95 II 481 ff., 98 II 34 ff.

167 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4 undThese 512-8, S. 143 ff.

rücksichtigen[168], wollte die Kommission den Schlüssel zur Lösung verschiedener Probleme geben: Ein teilweiser Ersatz könnte für die Fälle eine angemessene Lösung sein, die unter der Bezeichnung "*perte d'une chance*"[169] bekannt geworden sind. Hier war der schädigende Vorgang nicht die ausschliessliche Ursache der Verletzung (der körperlichen Integrität), sondern er machte nur eine ungewisse und begrenzte Heilungschance zunichte (z.B. wenn ein ärztlicher Fehler die Heilungschance zunichte macht, die beim Gelingen der Operation auf 40 % geschätzt wird). Der Grundsatz des abgestuften Ersatzes könnte auch auf die *verschiedenen Fälle der hypothetischen oder ungewissen Kausalität*[170] angewendet werden. Es kann sich dabei um mehrere Ursachen handeln, die alternativ in Frage kommen (*alternative Kausalität*) oder sich überlagern (*kumulative Kausalität*), ohne dass man feststellen kann, welche von ihnen einen massgeblichen Einfluss hatte oder was ihr genauer Anteil an der Entstehung des Schadens war. Man kann sich auch eine Situation vorstellen, wo eine statistisch signifikante Beziehung zwischen einem Ereignis oder einer Gefahrensituation und gewissen Schädigungen festgestellt worden ist, aber wo man nicht in jedem Einzelfall den Kausalzusammenhang mit letzter Sicherheit nachweisen kann.

In solchen Fällen sollte das Gericht eine Haftung bejahen können, die dem Grad der Gewissheit entspricht, den es für den Beitrag der belangten Partei zur Entstehung des Schadens erlangt hat. Dabei soll es sich sogar auf Indizien stützen können, etwa auf den Marktanteil jeder Unternehmung, die als wahrscheinliche (Mit-)Urheberin des Schadens angesehen werden kann ("*market-share-liability*").

1.2.2.2.5.3 Ausdrückliche Zulassung der Feststellungsklage

Wie vorne bei den Überlegungen zum Schaden bemerkt[171], gibt Artikel 46 Absatz 2 OR nur eine äusserst beschränkte Möglichkeit, *ein Urteil zu berichtigen, das sich über die ungewissen Folgen von Körperverletzungen ausspricht* (vor allem bei Kleinkindern). Die Kommission kam zum Schluss, dass diese Möglichkeit absolut unbefriedigend ist. Die Bestimmung verstärkt hauptsächlich - gestützt auf das Argument *a contrario* - die Neigung der Gerichte, den künftigen Schaden als beweisbar und regelungsfähig anzusehen, auch wenn seine Entwicklung rein hypothetisch ist. Diese Haltung wurde vom Bundesgericht noch vor kurzem bestätigt. Nach seiner Ansicht konnten die künftigen Folgen der Verletzung des Auges eines 8jährigen Kindes mit genügender Sicherheit abgeschätzt werden. Daher verneinte es ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung des Grundsatzes der Haftpflicht[172]. Nach Auffassung der Kommission

---

168 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4 und These 512-7, S. 144 ff.

169 Zu diesem Problem: Stark E.W., Die 'perte d'une chance' im schweizerischen Recht, in: Guillod O., Dévéloppements récents ..., a.a.O. (Anm. 52), S. 101 ff.

170 Neuere Untersuchungen dieser Fragen: Quendoz R., Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität, Zürich 1991; Loser P., Kausalitätsprobleme bei der Haftung für Umweltschäden, Bern/Stuttgart/Wien 1994.

171 Vgl. vorne 1.2.2.1.7, vor Anm. 94.

172 BGE 114 II 253 ff.

rechtfertigt es sich jedoch, die *Feststellungsklage* in einem viel grösseren Ausmass zuzulassen. Daher sollte der entsprechende Grundsatz ausdrücklich im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts festgehalten werden[173].

1.2.2.2.5.4 Die Kosten der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs

Im Haftpflichtrecht hängen die Anwendung des materiellen Rechts und die Durchsetzung der daraus abgeleiteten Ansprüche nicht nur weitgehend von der Durchführbarkeit des gerichtlichen Verfahrens ab, sondern auch von den Kosten der Rechtsverfolgung für den Kläger. Dies gilt vielleicht noch mehr als in anderen Zivilrechtsgebieten.

Ein Problem kann sich hier schon vor Eröffnung eines gerichtlichen Verfahrens stellen. Denn die meisten Fälle werden aussergerichtlich geregelt, namentlich jene, wo Versicherungen beteiligt sind. Der geschädigten Person erwachsen *Kosten für die Geltendmachung ihres Ersatzanspruchs*, beispielsweise durch den Beizug eines Anwalts oder die Einholung eines Gutachtens. Es wird kaum mehr bestritten, dass Ausgaben, die nach Treu und Glauben und in einem vernünftigen Ausmass getätigt wurden[174], zum ersatzfähigen Schaden gehören. Die Kommission schlägt vor, diesen Grundsatz im Gesetz ausdrücklich anzuerkennen und dem Gericht bei der Bestimmung der Höhe der zu ersetzenden Kosten einen grossen Ermessensspielraum einzuräumen[175].

Die *Verfahrenskosten* können den Zugang zum Gericht sehr stark beeinflussen. Diese Auswirkung kann sich schon im Beweisverfahren zeigen, namentlich wenn das Gericht der Auffassung ist, es müsse Sachverständige beiziehen, und wenn es den Fortgang des Prozesses von *Kostenvorschüssen* abhängig macht, die normalerweise dem Kläger auferlegt werden. Um zu verhindern, dass diese Kosten von vornherein eine abschreckende Wirkung zeigen, möchte die Kommission dem Gericht bundesrechtlich erlauben, den Kostenvorschuss auf beide Parteien zu verteilen, wobei es die Wahrscheinlichkeit der Behauptungen jeder Partei berücksichtigt[176].

Hinsichtlich der eigentlichen Gerichtskosten, d.h. ihrer Verteilung am Ende des Prozesses, bestand der Leitgedanke der Kommission darin, dem Gericht in berechtigten Fällen zu erlauben, von allfälligen kantonalen Verfahrensbestimmungen abzuweichen, die starr die Kosten der unterliegenden Partei auferlegen. Zu berücksichtigen ist hier auch eine andere Gefahr: In einem Kostenentscheid könnte dem Kläger eine Sanktion auferlegt werden, weil er einen überhöhten Betrag eingeklagt hat, obwohl er vielleicht den erlittenen Schaden nicht genauer bestimmen konnte. In all diesen Fällen sollte das Gericht *die Kosten auf den Kläger und den Beklagtem verteilen können*. Dabei soll es sich vor allem fragen können, inwiefern das Verfahren selbst als adäquate Folge der Schädigung

---

173 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.5 und These 512-10, S. 146.

174 BGE 117 II 394 ff.; Gauch P., Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, in: recht 5/94, S. 189 ff. Vgl. auch BGE 117 II 101 ff.

175 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.6.2 und These 512-13, S. 148 f.

176 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.6.1 und These 512-11, S. 148 f.

anzusehen ist (*"Veranlassungsprinzip"*). Ferner soll es die Haltung der Parteien würdigen, namentlich die Art und Weise, in der jede Partei die Erledigung des Streitfalls erleichtert oder erschwert hat[177].

1.2.2.2.5.5 Vorläufige Zahlungen

Eines der bedeutendsten Probleme bei der Anwendung des Haftpflichtrechts ergibt sich daraus, dass die Verhandlungen mit oder unter Versicherern sowie die Gerichtsverfahren häufig langwierig sind. Mehrere Jahre können so vergehen, ohne dass das Opfer auch nur die geringste Entschädigung bekäme. Je nach Fall kann die geschädigte Person in eine schwierige Lage oder in Not geraten[178]. Die Kommission wollte diese Schwierigkeiten vermeiden. In Anlehnung an Bestimmungen wie Artikel 28 KHG oder wie Artikel 281 Absatz 2 und 283 ZGB bezüglich der Unterhaltsklage empfahl sie daher, die beklagte Partei (oder ihren Versicherer) zu *vorläufigen Zahlungen* zu verurteilen, wenn der Grundsatz der Haftpflicht erwiesen oder genügend wahrscheinlich ist und die wirtschaftliche Lage der klagenden Partei es erfordert oder rechtfertigt. Die Kommission erwähnte auch die Möglichkeit, Vorschüsse durch das Gemeinwesen vorzusehen, in Anlehnung an die Bevorschussung der Unterhaltsleistungen nach Artikel 293 Absatz 2 ZGB[179].

Die Möglichkeit vorläufiger Zahlungen kann natürlich nur verwirklicht werden, wenn die *Koordination mit dem Sozialversicherungsrecht* gewährleistet ist und die belangte Person oder ihr Haftpflichtversicherer nicht befürchten müssen, die Schuld ein zweites Mal zu bezahlen, wenn der Sozialversicherer Rückgriff nimmt. Denn dieser tritt grundsätzlich mit der Entstehung des Schadens in die Rechte des (oder der) Versicherten gegen haftpflichtige Dritte ein[180]. Im Hinblick darauf hat die Kommission einen Vorschlag zuhanden der gesetzgebenden Stellen unterbreitet, die sich mit der Ausarbeitung eines "Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts" (ATSG)[181] befassen: Die geschädigte Person soll als Gegenleistung für vorläufige Zahlungen[182] ihre Ansprüche gegen den Sozialversicherer an die mutmassliche haftpflichtige Person oder deren Versicherer abtreten können. Dies soll innerhalb gewisser Grenzen und mit Zustimmung des Sozialversicherers möglich sein.

1.2.2.2.6 Ausschluss und Beschränkung der Haftpflicht

Es wurde bereits bei der Behandlung der Grundregeln des Haftpflichtprozesses erwähnt[183]: Der Ersatzanspruch des Opfers muss in der Regel durch zwingende Normen gewährleistet werden. Diese dürfen daher für vertragliche Änderun-

---

177 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.6.1 und These 512-12, S. 146 ff.

178 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.9.1, S. 182 f.

179 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.7 und These 512-14, S. 149 f.

180 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.1.4 und These 62-4, S. 170 ff.

181 Vgl. hinten 2.7.1, von Anm. 145 an.

182 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.9.2 und These 62-15, S. 183 ff.

183 Vgl. vorne 1.2.2.2.5.2.

gen, die aufgrund der Privatautonomie vorgenommen werden, keinen oder nur einen geringen Spielraum lassen. Aufgrund dieser Überlegungen hat die Kommission die Frage der Gültigkeit von Vertragsbestimmungen geprüft, die die Haftpflicht ganz oder teilweise ausschliessen, und sich mit Vergleichen über einen Schadenersatzanspruch befasst.

1.2.2.2.6.1 Eingeschränkte Zulassung von Ausschluss- und Beschränkungsklauseln

Einseitige Erklärungen, die die Haftpflicht ausschliessen, schienen der Kommission kein Problem zu sein, das ein Eingreifen des Gesetzgebers erfordert[184]. Dagegen sprach sie sich *für eine ziemlich einschränkende Regelung der vertraglichen Haftungsbeschränkungs- und Haftungsausschlussklauseln* aus. Sie nahm jedoch nicht eindeutig zur Frage Stellung, wie stark der Gesetzgeber eingreifen müsse.

Die Kommission ging von einer doppelten Feststellung aus. Zum einen ist die Wirkung dieser Klauseln im Bereich des ausservertraglichen Haftpflichtrechts umstritten. Zum anderen wird die Frage diskutiert, ob derartige Klauseln, soweit sie die Haftung für Personenschäden ausschliessen oder beschränken, nach Artikel 27 Absatz 2 ZGB in Verbindung mit den Artikeln 19 und 20 OR zulässig sind - auch dann wenn die Anforderungen der Artikel 100 und 101 Absätze 2 und 3 OR eingehalten sind[185]. Die Kommission berücksichtigte auch, dass schon jetzt viele Gesetze diese Klauseln verbieten, und zwar ausnahmslos und ohne Unterscheidung zwischen den Schadenskategorien[186]. Sie verhehlte ihre Sympathie für eine radikale Lösung nicht (Variante I). Dennoch schlug sie *drei weitere Varianten vor, die vertragliche Abmachungen mehr oder weniger weitgehend zulassen*. Diese Varianten unterscheiden zwischen den Personenschäden und allen übrigen Schäden. Sie können auch untereinander kombiniert werden. So könnte ein System vorgesehen werden, das alle Klauseln untersagt, die die Haftung für Personenschäden (ganz oder teilweise) ausschliessen, aber für andere Schäden bei leichtem Verschulden Ausschlussklauseln zulässt (nach dem Vorbild des heutigen Artikels 100 Absatz 1 OR). Zusätzliche Beschränkungen könnten für die Fälle vorgesehen werden, wo die Vertragspartei, die auf ihre Rechte verzichtet, ein Konsument ist und/oder insoweit, als dieser Verzicht über konkret voraussehbare Risiken hinausgeht[187].

1.2.2.2.6.2 Missbräuchliche Vergleiche

Gewisse Gesetze sehen für den Vergleich eine Regelung vor, die jener der (vorhin behandelten) Haftungsausschlussklauseln entspricht. Ein Opfer kann

---

184 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/13.1, S. 150 f.

185 Dagegen: Tercier P., De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages, in Festschrift Assista 1968 - 1978, Genf 1979, S. 265 ff.; Lörtscher Th., Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1977.

186 Art. 16 EHG, Art. 39 EleG, Art. 87 Abs. 1 SVG, Art. 8 Abs. 1 KHG und Art. 8 PrHG.

187 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/13.2 sowie Thesen 513-1 und 513-2, S. 151 ff.

den Vergleich über seinen Ersatzanspruch[188] anfechten, den es mit einem Haftpflichtigen oder dessen Versicherer abgeschlossen hat, wenn es einem offensichtlich ungenügenden Betrag zugestimmt hat. Es handelt sich um einen speziellen Rechtsbehelf. Er besteht zusätzlich zu den traditionellen Anfechtungsmöglichkeiten wegen Willensmängeln, namentlich Übervorteilung (Art. 21 und 23 ff. OR) oder zu Rechtsbehelfen, die direkt aus dem Grundsatz von Treu und Glauben bzw. dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 ZGB) abgeleitet sind. Er konkretisiert diese anderen Behelfe und erleichtert ihre Anwendung. Freilich sind diese Bestimmungen in der Praxis nicht oft angewendet worden und die wenigen Entscheide waren bei der Gutheissung einer Anfechtungsklage ziemlich streng[189]. Andererseits wurde in der Lehre kritisiert, dass drei Spezialgesetze die geschädigten Personen im Vergleich zu den ordentlichen Bestimmungen privilegieren. Es wurde sogar vorgeschlagen, die Bestimmungen der Spezialgesetze aufzuheben[190]. Man kann aber auch ihre Vereinheitlichung (soweit sie für die Anfechtung unterschiedliche Fristen vorsehen) und ihre *Verallgemeinerung* befürworten. Dies war die Meinung der Studienkommission. Sie schlägt vor, eine solche Bestimmung in den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts einzufügen[191].

1.2.2.3 Andere Vorschläge der Kommission

1.2.2.3.1 Neue Kausalhaftungstatbestände

Die Kommission war vom EJPD beantragt worden, sich zur Einführung neuer verschuldensunabhängiger Haftungsformen für Sachverhalte zu äussern, die besondere Regelungen notwendig machen könnten[192]. Angesichts der Grundgedanken der Studienkommission, ihrer Entscheidung für einen Allgemeinen Teil und für Generalklauseln, die die drei Grundprinzipien der Haftpflicht zum Ausdruck brachten[193], wie auch angesichts ihres allgemeinen Zieles der Vereinheitlichung hat sie natürlich nicht selbst neue Haftungstypen vorgeschlagen. Sie hat im Gegenteil versucht, noch mehr Neuschöpfungen vor der Gesamtrevision zu verhindern. Als einzige Ausnahme befürwortete sie eine vorgezogene Revision des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes[194].

Zur Zeit, als die Arbeiten der Kommission abgeschlossen wurden und der Bericht dem Departement übergeben wurde, war indessen ein aktuelles Thema bereits aus dem Bereich der Gesamtrevision ausgeschieden: Aufgrund einer parlamentarischen Initiative[195] hatte eine Kommission des Nationalrates begonnen, einen Gesetzesentwurf über die *Produktehaftpflicht* auszuarbeiten, der

---

188 Art. 17 EHG, Art. 87 Abs. 2 SVG, Art. 8 Abs. 2 KHG.

189 BGE 99 II 366 ff., 109 II 347 ff.

190 Merz H., Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1973 / Obligationenrecht, in: ZbJV 1975, S. 104 f.

191 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/14 und These 512-1, S. 155 ff.

192 Vgl. vorne 1.2.1 c.

193 Vgl. vorne 1.2.2.1.3/1.4.

194 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/1.4, S. 197.

195 Initiative Neukomm, Produktehaftpflicht (NR 89.247).

sich an die entsprechende Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft (Union) anlehnte. Der Entwurf wurde danach in die Gesetzgebungsprogramme EUROLEX und SWISSLEX aufgenommen. Die Eidgenössischen Räte verabschiedeten ihn am 18. Juni 1993[196]. Die Kommission hiess diesen Einbruch in ihr allgemeines Konzept wohl oder übel gut. Sie liess das Argument gelten, wonach die europäische Integration dieses Opfer rechtfertigte[197]. Ihre einzige inhaltliche Empfehlung ging dahin, in Abweichung von der Richtlinie die reinen Vermögensschäden den Sachschäden gleichzustellen[198]. Diese Empfehlung fand kein Gehör.

Die Kommission befasste sich mit einer neuen Kausalhaftung, ohne es zu wagen, einen konkreten Vorschlag zu unterbreiten: die *Haftung des Veranstalters*. Ausgangspunkt der Überlegungen war, das grosse Ansammlungen von Personen ein hohes Risiko von unkontrolliertem und unkontrollierbarem Verhalten mit sich bringen. Dieses kann Personen- und Sachschäden verursachen, für die es oft schwierig ist, individuelle Verantwortlichkeiten nachzuweisen. Nach Ansicht der Kommission kann man nicht einfach die Teilnehmer einer Veranstaltung als Hilfspersonen der Organisatoren ansehen. Eine direkte oder analoge Anwendung der Organisationshaftung[199] kam daher nicht in Frage. Man hätte daher eine spezielle Haftung für diesen Sachverhalt schaffen müssen. Andererseits waren sich die Kommissionsmitglieder des Gegensatzes bewusst, der zwischen dieser Bestimmung und den Grundrechten der Vereins- und Versammlungsfreiheit entstehen könnte. Daher begnügten sie sich vorzuschlagen, dass die Zweckmässigkeit einer speziellen Haftung des Veranstalters und die Detailprobleme ihrer Abgrenzung und praktischen Anwendung eingehend untersucht werden sollten[200].

Eine der ältesten Forderungen auf dem Gebiet der Kausalhaftung zielt darauf ab, *eine Gefährdungshaftung der Inhaber oder Halter von Staudämmen einzuführen*. Bereits am Juristentag 1967 war davon die Rede. Seitdem wurde der Vorschlag in mehreren parlamentarischen Vorstössen und in einer Standesinitiative unterbreitet[201]. 1990 griff ihn die Eidg. Wasserwirtschaftskommission als dringendes Anliegen auf. Die Studienkommission betrachtete es als gerechtfertigt, in diesem Fall eine Spezialgesetzgebung vorzusehen. Diese könnte sich weitgehend an die Grundsätze des KHG anlehnen[202]. Inzwischen hat eine vom EVED und vom EJPD eingesetzte Expertenkommission einen Vorentwurf zu einem Gesetz ausgearbeitet, der demnächst dem Parlament unterbreitet werden soll.

---

196 Vgl. Widmer P., Grundlagen und Entwicklung der schweizerischen Produktehaftung(-en), a.a.O. (Anm. 60), S. 32 N 8 und S. 37 f. N 14.

197 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/1.1 und Thesen 61-1 bis 61-3, S. 157 ff.

198 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), S. 161 und These 61-2.

199 Vgl. vorne 1.2.2.1.3 a.E. und hinten 2.4.3.4.

200 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/1.2 und These 61-4, S. 163 f.

201 Vgl. vorne 1.1.2.1 und Stark E.W., ZSR 86 (a.a.O. Anm. 31), S. 134 ff.; Gilliard F., (a.a.O. Anm. 32), S. 309; Motion Guntern (SR 80.336); Postulat Vannay (NR 81.492); Interpellation Dirren (NR 85.535); Einfache Anfrage Hildbrand (NR 88.693); Standesinitiative des Kantons Wallis (90.203).

202 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/1.3 und Thesen 61-5 bis 61-8, S. 165 ff.

Hinsichtlich der *Umweltschäden* erkannte die Studienkommission an, dass die besonderen Probleme bei Deponien eine ergänzende staatliche Versicherung erfordern könnten. Diese würde allfällige Lücken in der Deckung der Privatversicherer schliessen. Dabei sollte die *Haftung der Inhaber von Deponien* als Gefährdungshaftung ausgestaltet werden. Die staatliche Versicherung sollte auch *Sanierungskosten* für alte Deponien decken können, wenn möglich bevor diese Schaden anrichten[203]. Eher widerwillig musste die Kommission zugeben, dass sich die Einführung einer *allgemeinen Kausalhaftung für besonders umweltgefährliche Tätigkeiten* im Rahmen der laufenden Revision des Umweltschutzgesetzes rechtfertigen liess. Denn damit wurde einer politischen Erwartung entsprochen, die auf diesem Gebiete besonders empfindlich war. Diese Lösung musste aber von vornherein als ein vorübergehender Notbehelf angesehen werden. Später sollte dieser in der Generalklausel aufgehen, die in der Gesamtrevision vorgeschlagen wurde[204].

Die Studienkommission äusserte sich nicht klar zu den *bestehenden "gewöhnlichen" Kausalhaftungen* und ihrem Schicksal in der Gesamtrevision. Sie empfahl lediglich, diese im Lichte allfälliger Neuerungen bei den Generalklauseln zu überprüfen. Im Übrigen riet sie davon ab, neue Tatbestände dieses Haftungstyps vorzusehen[205].

1.2.2.3.2 Probleme der Koordination mit den Sozialversicherern

Die Studienkommission interessierte sich sehr für die parallelen Arbeiten einer Kommission des Ständerates über den Entwurf eines "Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)". Als 1990 das Bundesamt für Sozialversicherung im Auftrag der zuständigen Ständeratskommission eine Vernehmlassung über diesen Entwurf durchführte[206], unterbreitete die Studienkommission eine ausführliche Stellungnahme. Sie betonte darin die Notwendigkeit, die verschiedenen Schadenausgleichssysteme untereinander zu koordinieren.

Der Bericht übernahm die Hauptpunkte dieser Stellungnahme. Es sei hier namentlich der Fragenkreis des *Rückgriffs des Sozialversicherers* erwähnt. Hier hat die Kommission die Bedeutung einer Verallgemeinerung erwähnt, die auch die berufliche Vorsorge einschliesst[207], damit das Gleichgewicht des Systems,

---

203 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/3 und These 63-1 und 63-2, S. 186 ff. Anlässlich der Revision des Umweltschutzgesetzes (vgl. vorne 1.1.2.2 und Anm. 42) reduzierten sich die Vorschläge einer Arbeitsgruppe über die "Deckung der Haftpflicht und Sanierungspflicht bei Deponien" auf eine Kompetenzdelegation an den Bundesrat, die ihn ermächtigte vorzusehen, "*dass das Gelände von Deponien bei ihrem Abschluss in das Eigentum des Kantons übergeht, und Vorschriften über eine allfällige Entschädigung"* zu erlassen (Art. 59*b* Bst. e).

204 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/1.3, S. 195 ff.; Widmer P., Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts, ZbJV 1994, S. 405 ff.

205 Vgl. vorne 1.2.2.1.3 a.E.

206 Für einen Überblick über Geschichte und Entwicklung dieses Entwurfs vgl. den Bericht der Kommission des Ständerates (BBl 1991 II 185 ff.) und die Stellungnahme des Bundesrates (BBl 1991 II 910 ff. und 1994 V 921 ff.

207 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/ 2.1, S. 167 ff. und Thesen 62-1 bis 62-2 (bes. 2.1.2); vgl. auch VI/2.7 und These 62-11, S. 179, zur verfahrensmässigen Koordination der Rückgriffe verschiedener Sozialversicherer.

das auf einer angemessenen Zurechnung der Haftpflicht beruht, nicht gestört wird. Andererseits hat die Kommission empfohlen - im Rahmen eines *allgemeinen Ausgleichssystems* - die Leistungen der Haftpflichtversicherer zu berücksichtigen[208]. In diesem Zusammenhang sind auch verschiedene Empfehlungen zu erwähnen, die bezwecken, die Beziehungen zwischen Sozialversicherern, Haftpflichtigen und Geschädigten (sowie ihrer allfälligen Privatversicherer) flexibler an veränderte Umstände anzupassen, die während der Dauer der Rentenberechtigung auftreten[209]. Schliesslich schlug die Kommission vor, die *Haftungsprivilegien* zugunsten der Familienmitglieder und des Arbeitgebers der geschädigten Person nach Artikel 44 UVG aufzuheben bzw. in einfache Rückgriffsprivilegien umzuwandeln[210].

1.2.2.3.3 Massen- und Katastrophenschäden

Die Studienkommission hat diese Themen nicht vertieft behandelt, obwohl ihr Auftrag dies vorgesehen hätte[211]. Sie begnügte sich damit, grundsätzlich einer Regelung zuzustimmen, die im Fall einer grossen Zahl von Geschädigten eine *Zwangsgemeinschaft* dieser Personen und eine gemeinsame Vertretung ihrer Ansprüche vorsah[212].

Eine *Katastrophensituation* würde besondere Bestimmungen und Abweichungen vom ordentlichen Recht bedingen. Die Kommission sprach sich hier für die Ausarbeitung eines Spezialgesetzes aus. Dieses könnte sich weitgehend an die Thesen im Referat zum Schweizerischen Juristentag 1990 anlehnen, das ein Mitglied der Kommission vorgelegt hat[213].

1.3 Besonderheiten des Vorentwurfs und Abweichungen von den Entscheiden der Studienkommission

Im Auftrag an die Verfasser des Vorentwurfs war vorgesehen: "Als Grundlage dient der Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts vom August 1991. Die Experten können jedoch abweichende Lösungen vorschlagen". Die Verfasser des Vorentwurfs sind den Empfehlungen und Thesen der Studienkommission in einem hohen Mass gefolgt. Sie sind nur aus dreierlei Beweggründen davon abgewichen, die auch zusammentreffen können:

---

208 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.2 und These 62-5, S. 171 ff. sowie VI/2.9 und These 62-15.

209 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.8 und Thesen 62-12 bis 62-14, S. 179 ff.

210 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.4 und These 62-7, S. 174 ff. Vgl. dazu auch: Postulat beider Räte 83.227.

211 Vgl. vorne 1.2.1 h.

212 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/4 und These 64-1, S. 190 ff. Vgl. die Vorschläge von Stark E.W./ Knecht St., Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Geschädigte bei Massenschäden, in: ZSR 1978, I, S. 51 ff.

213 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/5 und These 65-1, S. 192 f. Vgl. Tercier P., L'indemnisation des préjudices causés par des catastrophes en droit suisse, in ZSR 190 (1990) II, S. 73 ff. sowie - in demselben Band (S. 1 ff.) und unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Rechts - Schmid G., Rechtsfragen bei Grossrisiken.

- wenn eine grundlegende Frage von der Kommission nicht gelöst wurde oder umstritten blieb (z.B. das Problem der Widerrechtlichkeit oder der reinen Vermögensschäden);
- wenn ein wesentliches Problem von der Kommission in einem eher konservativen Sinn gelöst wurde, aber reformfreudigere Lösungen in der (schweizerischen und/oder ausländischen) Lehre eine gewisse Unterstützung fanden und eine erweiterte und vertiefte Diskussion darüber angezeigt schien (z.B. die Harmonisierung der ausservertraglichen und der vertraglichen Haftungsregelung);
- in Fällen, wo die neuen Bestimmungen mit einem didaktischen Element angereichert wurden, um eine Entwicklung der Rechtsprechung zu verankern, um das Verständnis zu erleichtern oder zu einer Auslegung oder Anwendung im gewünschten Sinn zu ermutigen (z.B. hinsichtlich der verschiedenen Schadensposten oder des Grundsatzes des "rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhanges").

1.3.1 Systematik

In systematischer Hinsicht hält sich der Vorentwurf an das allgemeine Konzept der Studienkommission, wonach ein Allgemeiner Teil des Haftpflichtrechts in den Zweiten Abschnitt des Ersten Titels des Obligationenrechts einzufügen ist, anstelle der heutigen Artikel 41 - 61[214]. Als relative Neuerung ist die Aufteilung dieses Abschnittes in zwei Unterabschnitte zu erwähnen. Der erste enthält die Allgemeinen Bestimmungen, der zweite dient als Reservegefäss für die Tatbestände der gewöhnlichen Kausalhaftung (namentlich jene, die bisher in den Artikeln 56 und 58 OR geregelt sind) sowie für die Fälle der Haftung für rechtmässiges Verhalten, die von der Kommission vorgeschlagen worden sind[215]. Die Systematik ist auch im Vergleich zum Bericht der Kommission leicht geändert: Die Abgrenzungen, in denen zugleich der Anwendungsbereich des Allgemeinen Teils umschrieben wird, sind zu Beginn des ersten Unterabschnitts (Art. 42 - 44 VE) eingeordnet, vor den allgemeinen Voraussetzungen der Haftpflicht (Art. 45 - 47*a* VE) und den Haftungsgründen (Art. 48 - 51*a* VE)[216].

Ausserhalb dieses Kerns bestehen die speziellen Bestimmungen und Gesetze weiter, soweit sie durch die besondere Situation gerechtfertigt sind, die sie regeln sollen. Dies gilt vor allem für die in einer Reihe von Spezialgesetzen enthaltenen Gefährdungshaftungen im Verhältnis zur Generalklausel, die im Vorentwurf vorgeschlagen wird[217].

---

214 Vgl. vorne 1.2.2.1.4.

215 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.3 und Thesen 52-5 bis 52-6, S. 45 ff.

216 Vgl. hinten 2.2.

217 Vgl. vorne 1.2.2.1.3 und hinten 2.4.4.2.

1.3.2 Grundnorm der Zurechnung

Die Grundnorm der Zurechnung am Anfang der gesamten Haftungsbestimmungen (Art. 41 VE) entspricht einem Vorschlag der Studienkommission[218]. Im Vergleich zu These 52 - 1 der Kommission[219] betont der Vorentwurf die *wichtigsten Zurechnungsgründe*. Diese werden im Absatz 2 aufgezählt, wobei ausdrücklich auf die betreffenden Bestimmungen verwiesen wird.

1.3.3 Anwendungsbereich: Ausweitung auf die vertragliche Haftpflicht

In Bezug auf die Abgrenzung der zivilrechtlichen Haftung von jener der Gemeinwesen oder, besser gesagt, die "*Privatisierung" der Staatshaftung* (Art. 43 und 43*a* VE) übernimmt der Vorentwurf getreulich die Überlegungen der Studienkommission[220]. Dasselbe gilt für die Anerkennung des Vorranges des Völkerrechts (Art. 44 VE)[221].

Eine der wichtigsten Abweichungen von den Thesen der Studienkommission ist dagegen der Versuch des Vorentwurfs, eine möglichst vollständige Vereinheitlichung der deliktischen oder ausservertraglichen Haftung mit der Haftung zwischen Vertragsparteien zu verwirklichen (Art. 42 VE). In dieser Frage hatte die Studienkommission praktisch kapituliert, obwohl zu Beginn ihrer Arbeit die Mehrheit ihrer Mitglieder noch einem Konzept der Annäherung oder Angleichung zugestimmt hatte, wie es bereits in der Lehre vorgeschlagen worden war[222].

Die Verfasser des Vorentwurfs legten Wert darauf, dass in dieser Frage erst endgültig entschieden wird, wenn die jeweiligen Vorzüge der traditionellen dualistischen Konzeption und des neuen zusammenfassenden Ansatzes sorgfältig diskutiert worden sind. Sie sind sich durchaus bewusst: Ihr Modell erlaubt es nicht, gewisse grundsätzliche Unterschiede zwischen der einfachen Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung und jener Vertragsverletzung zu beseitigen, die zugleich die Rechtsgüter des Vertragspartners beeinträchtigt, deren Schutz unabhängig von jeder vertraglichen Bindung gewährleistet werden muss. Daher versuchen sie mit ihrem Vorschlag die "passive" von der "aktiven" oder "positiven" Vertragsverletzung zu trennen. Nur die letztere soll vom gemeinen Haftpflichtrecht geregelt werden. Umgekehrt sind sich die Befürworter der Harmonisierung auch der Schwierigkeiten bewusst, die die Unterscheidung zwischen Nichterfüllung und nicht gehöriger Erfüllung verursachen kann, vor allem bei Dienstleistungsverträgen. Ihres Erachtens können jedoch die meisten Zweifelsfälle gelöst werden, wenn man sich fragt, ob die betreffende Beeinträchtigung in ähnlicher oder analoger Weise ausserhalb eines vertraglichen Verhältnisses vorkommen kann. So erscheint es durchaus als einleuchtend, eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit, die auf die Untätigkeit und

---

218 Vgl. vorne 1.2.2.1.4.

219 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.1, S. 38 ff.

220 Vgl. vorne 1.2.2.1.6.

221 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/4.3 und These 54-4.

222 Vgl. vorne 1.2.2.1.5 und Anm. 83.

somit die Unterlassung des Arztes zurückzuführen ist, den ordentlichen Bestimmungen der ausservertraglichen Haftpflicht zu unterstellen, selbst wenn dieses Verhalten gleichzeitig eine schuldhafte Vertragsverletzung darstellt. Wesentlich ist der Erfolg, der das Verhalten des Arztes rechtswidrig werden lässt. Diese Auffassung wirkt sich natürlich auch auf den Begriff der Widerrechtlichkeit aus[223].

1.3.4 Allgemeine Bestimmungen

Im Bereich der allgemeinen Voraussetzungen der Haftpflicht haben die Verfasser des Vorentwurfs am meisten ihren didaktischen Regungen nachgegeben. Einerseits stellten diese Bestimmungen ihres Erachtens sozusagen das Alphabet des Haftpflichtrechts dar. Andererseits waren sie der Ansicht, dass in der Darstellung der einzelnen Voraussetzungen ein gewisses Gleichgewicht eingehalten werden musste. Bei der Abklärung einer Haftung gibt es eine logische Reihenfolge der Voraussetzungen, die eine umgekehrte chronologische Reihenfolge darstellt: *der Schaden, die Widerrechtlichkeit und der Kausalzusammenhang*. Die Anknüpfungstatbestände und die Zurechnungskriterien sind je nach Art der Haftung verschieden und daher in den Normen enthalten, die die einzelnen Haftungen begründen.

1.3.4.1 Der Schaden

Die Kommission hatte bewusst auf eine Definition des Schadens verzichtet[224]. Dagegen versuchten die Verfasser des Vorentwurfs in einer ersten Phase, eine allgemeine Formulierung dafür zu finden. Diese sollte in Wirklichkeit eher als Einführung zu den einzelnen Bestimmungen dienen und den Anschein vermeiden, dass die Detailbestimmungen im luftleeren Raum dastehen. Aufgrund wohlmeinender Kritik[225] verzichteten die Autoren auf die Formulierung. Dennoch beschlossen sie, eine Einführungsnorm zu schaffen (Art. 45 VE). Absatz 1 von Artikel 45 nennt die zwei klassischen Schadenskategorien, das heisst den Vermögensschaden und den immateriellen Schaden. Absatz 2 zählt die verschiedenen Schadensarten auf, die zum Vermögensschaden gehören, namentlich den reinen Vermögensschaden, den die Verfasser des Vorentwurfs allerdings nicht definieren. Absatz 3 schliesslich bezieht sich auf die Gefährdungshaftung und beschränkt die Schadenersatzpflicht auf diesem Gebiet, indem er den Ersatz des reinen Vermögensschaden ausschliesst. Dadurch wird eine Frage gelöst, welche die Studienkommission nicht regeln konnte[226].

Was die Tötung und die Körperverletzung im Allgemeinen betrifft, übernimmt der Vorentwurf die Empfehlungen der Kommission (Art. 45*a* und 45*b* VE)[227]. Davon abweichend schlägt er jedoch eine neue Bestimmung über den *Sach-*

---

223 Vgl. hinten 2.2.2 und 2.3.3.

224 Vgl. vorne 1.2.2.1.7.

225 Stein P., Der Schaden (Ein juristisches Märchen), in SJZ 1995, S. 183 f.

226 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.2 und These 52-3, S. 42 ff., sowie V/3.3.5, S. 66 f.; vgl. hinten 2.3.2.1 a.E. und 2.3.2.2.5.

227 Vgl. vorne 1.2.2.1.7.

schaden vor (Art. 45*c* VE). Deren Aufgabe besteht ausschliesslich darin, ein Gegenstück zu den erwähnten Bestimmungen zu bilden und als Richtlinie zu dienen, die der Praxis entnommen ist, und zwar für den Fall, wo jemand mit Fragen bezüglich des ersatzfähigen Schadens bei Zerstörung oder Beschädigung einer Sache konfrontiert ist[228].

Die Bestimmung über den *Umweltschaden* (Art. 45*d* VE) ist vollständig neu, denn die Kommission musste sich nicht damit befassen (mangels Koordination mit den Vorbereitungsarbeiten für die Revision des USG). Diese Bestimmung lehnt sich jedoch, wie noch darzulegen ist, an Texte des internationalen Rechts an[229].

Beim Ersatz *des immateriellen Schadens* haben die Verfasser des Vorentwurfs eine - blosse - Anregung der Kommission[230] verwirklicht, nämlich die Vereinigung der heutigen Artikel 47 und 49 OR in einer einzigen Bestimmung (Art. 45*e* VE)[231].

Schliesslich hatte die Kommission in abgeschwächter Form ("könnte") die Idee geäussert, eine besondere Bestimmung über den Ersatz von Rettungs- und/oder Schadenabwehrkosten einzuführen, ebenso wie für Kosten von Massnahmen zur Verminderung eines eingetretenen Schadens oder gegen dessen Verschlimmerung[232]. Der Vorentwurf enthält dazu eine ausdrückliche Bestimmung (Art. 45*f* VE). Deren systematische Stellung am Ende der Bestimmungen über den Schaden zeigt an, dass sie für alle Kategorien gilt, auch für den immateriellen Schaden[233].

1.3.4.2 Die Rechtswidrigkeit

Für diese allgemeine Voraussetzung der Haftpflicht hatte die Kommission ausnahmsweise ihre eher reservierte Haltung gegenüber "erklärenden" Bestimmungen aufgegeben und vorgeschlagen, die Formulierung ins positive Recht aufzunehmen, die von Lehre und Rechtsprechung entwickelt worden war. Dabei war sie sich bewusst, dass diese Definition kaum dazu beitragen werde, die wichtigsten Probleme zu lösen[234]. Der Vorentwurf behält den grundsätzlichen Standpunkt der Kommission bei, wonach die Widerrechtlichkeit eine allgemeine Voraussetzung der Haftpflicht ist, die auch erfüllt sein muss, wenn es sich um eine reine Kausalhaftung handelt. Er bemüht sich jedoch, die Schwierigkeit noch etwas besser zu erfassen, indem er einen neuen Ansatz vorschlägt: Einerseits beschränkt er den Kreis der ersatzfähigen Schäden im Rahmen der Gefährdungshaftung (Art. 45 Abs. 2 VE)[235]. Andererseits erweitert er den Wi-

---

228 Vgl. hinten 2.3.2.2.4.

229 Vgl. hinten 2.3.2.2.5.

230 Vgl. vorne 1.2.2.1.7 a.E. und Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/6.3.5, S. 95 f.

231 Vgl. hinten 2.3.2.3.

232 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/5.2 und These 55-2, S. 86 f.

233 Vgl. hinten 2.3.2.4.

234 Vgl. vorne 1.2.2.1.8.

235 Vgl. vorne 1.3.4.1.

derrechtlichkeitsbegriff im Bereich der Haftungen, die an ein individuelles Verhalten anknüpfen, namentlich bei der Verschuldenshaftung[236]. Dieses Konzept konkretisiert sich in einer allgemeinen Definition der Widerrechtlichtkeit, die den Vorschlägen der Kommission entspricht (Art. 46 Abs. 1 VE). Danach folgt eine speziellere Definition, die namentlich auf die Verschuldenshaftung gemünzt ist und insbesondere - als mögliche "Schutznormen" - den Grundsatz von Treu und Glauben sowie die Bestimmungen und Klauseln erwähnt, die vertragliche Pflichten auferlegen.

Die Bestimmung über die *Rechtfertigungsgründe* (Art. 46*a* VE) - die Umkehrung der Widerrechtlichkeitsvoraussetzung - entspricht voll den Thesen der Studienkommission[237].

1.3.4.3 Die rechtliche Kausalität

Die Kommission wollte zu Recht keine Begriffsbestimmung für die Kausalität, die die klassische Formel wiedergegeben hätte, welche Lehre und Rechtsprechung in Anwendung der Theorie des "adäquaten Kausalzusammenhanges" verwenden. Sie befürwortete hingegen eine allgemeine Bestimmung, die den Grundsatz der *Entlastungsgründe* festlegt - als die negative Seite der Zurechnung - und für alle Haftungsarten gilt[238] Der Vorentwurf stützt sich auf diesen Ansatz, verdeutlicht ihn aber durch eine allgemeine Bestimmung über die Rolle der Kausalität in der Zurechnung (Art. 47 VE). Diese Bestimmung wird durch eine speziellere Norm (Art. 47*a* VE) präzisiert, welche die wichtigsten "Fremdursachen" aufzählt, die den Kausalzusammenhang "unterbrechen"[239].

Die Kommission hat nicht endgültig entschieden, ob die Bestimmungen über die vollständige Entlastung mit jenen über die Herabsetzung des Schadenersatzes (als teilweise Entlastung ausgestaltet) kombiniert werden sollen. Sie hat auch in systematischer Hinsicht nicht entschieden, ob die beiden Fragen bei den allgemeinen Bestimmungen über die Haftpflicht oder unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes behandelt werden sollen. Der Vorentwurf spricht im Zusammenhang mit der Kausalität nicht ausdrücklich von teilweiser Entlastung. Aber der Wortlaut der Bestimmung über die Bemessung der Ersatzleistung (Art. 52 VE)[240], die die Ausdrücke von Artikel 47*a* VE voll übernimmt, sollte klar aufzeigen, dass es sich letztendlich um ein und dieselbe Frage handelt: Die angemessene Haftpflicht kann nämlich zwischen dem vollständigen Ersatz und der vollständigen Verweigerung einer Entschädigung abgestuft werden. Zwischen diesen Extremen sollen alle Schattierungen möglich bleiben[241].

---

236 Vgl. hinten 2.3.3.

237 Vgl. vorne 1.2.2.1.8 a.E. und hinten 2.3.3.4.

238 Vgl. vorne 1.2.2.1.9.

239 Vgl. hinten 2.3.4.

240 Vgl. hinten 2.5.2.

241 Widmer P., Détermination et réduction de la réparation en droit suisse, in: The limits of liaibility, Den Haag/London/Boston 1996, S. 137 ff.

1.3.5 Haftungsgründe

1.3.5.1 Die Verschuldenshaftung

Der Vorentwurf (Art. 48 - 48*b* VE) folgt hier vollständig dem von der Studienkommission eingeschlagenen Weg[242], ausser in einem Punkt, der nebensächlich scheinen mag, aber nicht ohne Bedeutung ist. Die Kommission hatte sich grundsätzlich der Auffassung angeschlossen, wonach die *Haftung der Unzurechnungsfähigen* gemäss dem heutigen Artikel 54 Absatz 1 OR im neuen Recht nicht mehr als ordentlicher Tatbestand der Kausalhaftung in Erscheinung treten soll, sondern nur noch als Ausnahme von der Regel, wonach nur die schuldfähigen Personen für ihr rechtswidriges Verhalten zur Rechenschaft gezogen werden können. Die Kommission zog jedoch aus dieser Meinung nicht die notwendige Schlussfolgerung. Sie präzisierte nicht, dass das Gericht diesen Behelf nur in ganz besonderen Fällen anwenden solle. Sie liess sogar durchblicken, dass diese Bestimmung (Art. 48*b* VE) benützt werden könne, um die Wirkungen der "Resubjektivierung" des Verschuldensbegriffes - gemäss der neuen Definition der Fahrlässigkeit (Art. 48*a* VE) - zu mildern oder auszugleichen. Der Vorentwurf will hingegen einer zu grosszügigen Auslegung eines Rechtsbehelfs, der "*ultima ratio*" bleiben muss[243], entschieden entgegentreten. Er betont den aussergewöhnlichen Charakter einer Haftung, die in Wirklichkeit unangemessen ist und deren Anwendung sich nur in ganz seltenen Fällen rechtfertigt, wo Not am Mann ist.

1.3.5.2 Die Haftung für Hilfspersonen

Die Kommission hatte die Möglichkeit geprüft, neben der Verschuldenshaftung und der Gefährdungshaftung als dritte Säule der Haftpflicht eine "*Organisationshaftung*" einzuführen. In Tat und Wahrheit ging es dabei darum die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts zu legalisieren und zu kodifizieren[244]. Diese hat den Befreiungsbeweis, der dem Geschäftsherrn grundsätzlich zusteht, praktisch aus Artikel 55 OR entfernt. Mit dieser ziemlich spektakulären Praxisänderung folgte unser oberstes Gericht jedoch nur - sozusagen "verspätet" - den Vorschlägen, die in der Lehre 20 Jahre früher geäussert worden waren und sich - bereits damals - an die neuere Entwicklung in der Staatshaftung angelehnt hatten[245]. Zweck einer solchen subsidiären Generalklausel wäre es, gewisse Situationen einer Kausalhaftung zu unterstellen, wo nicht ein technisches Risiko die Aufgabe des Verschuldenskriteriums rechtfertigt, sondern das Risiko, das mit immer komplexeren und immer schwieriger zu beherrschenden Formen der Organisation und der Arbeitsteilung verbunden ist. Die Haftung des Produzenten ist dabei das auffallendste Beispiel. Denn um dieses Problem zu lösen, hat die Rechtsprechung die traditionelle Haftung des Geschäftsherrn so streng ausgelegt. In seiner heutigen Fassung widerspiegelt Artikel 55 OR tatsächlich noch die handwerklichen Strukturen des 19. Jahrhunderts, wo der Meister kei-

---

242 Vgl. vorne 1.2.2.1.3 und hinten 2.4.2.

243 Vgl. hinten 2.4.2.3.

244 BGE 110 II 456 ff.; vorne 1.1.2.3 a.E.

245 Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), S. 295 ff.; vgl. auch in demselben Band (ZSR 1967 II) das Votum von Professor P. Jäggi, S. 754 ff.

ne Mühe hatte, die Tätigkeit seiner Handvoll Mitarbeiter zu leiten und zu überwachen.

Ergebnis der Überlegungen der Studienkommission war indessen eine Form *halbkausaler Haftung*, die auf einem "Organisationsfehler" beruhte[246]. Die Kommission setzte sich damit in Widerspruch zu ihrer eigenen Grundsatzerklärung, wonach es nicht angebracht sei, neue hybride Haftungsformen zu schaffen, die auf halbem Weg zwischen Verschulden und Gefahr stehen. Die Verfasser des Vorentwurfs berücksichtigten die Kritik an dieser Lösung und Empfehlungen, die an einem Hearing während der Ausarbeitung des Vorentwurfs gemacht wurden. Sie beschlossen, eine veränderte zweistufige Ausgestaltung vorzuschlagen. Demnach soll die Haftung der "Chefs" für ihre Hilfspersonen unterteilt werden. Ein erster allgemeiner oder "häuslicher" Tatbestand steht dem heutigen Artikel 55 OR nahe; hier wird der Befreiungsbeweis der drei klassischen Sorgfaltspflichten - "*cura in eligendo, instruendo et custodiendo*" - beibehalten oder wiederbelebt (Art. 49 VE). Der zweite Tatbestand der Haftung für Hilfspersonen (Art. 49*a* VE) soll spezifisch "gewerblich oder beruflich" sein. Grundlage der Haftung wird immer ein "Organisationsfehler" sein. Die Beweislast für diesen Mangel soll aber umgekehrt werden: Der belangten Person soll der Nachweis obliegen, dass der betreffende Schaden nicht auf einen Mangel der Organisation zurückzuführen ist[247]. Allerdings ist der verbleibende Schritt zu einer "scharfen" Kausalhaftung (für das Organisationsrisiko) vielleicht mehr psychologisch als rechtlich. Aber die Studienkommission selbst nahm diese Auswirkung bei ihrer Lösung in Kauf, die sie als weniger streng ansah[248].

Die Studienkommission hatte auch empfohlen, dass die Organisationshaftung analog zu den modernen Gesetzen des Bundes und der Kantone über die Staatshaftung *primär und ausschliesslich* sein solle. Dies hätte bedeutet, dass die geschädigte Person nur den "Herrn" oder "Inhaber" der Organisation einklagen könnte, nicht aber den einzelnen Bediensteten oder Angestellten, der den Schaden unmittelbar verursacht hat. Nachdem die Verfasser des Vorentwurfs das Problem überdacht und berücksichtigt haben, das der allgemeine Zweck der Revision in der Verbesserung der Stellung des Geschädigten besteht, verzichten sie auf diese Einschränkung des Kreises der möglichen Haftpflichtigen und die - möglicherweise damit verbundene - Einschränkung des Regresses.

1.3.5.3 Gemeinsame Bestimmungen für die Kausalhaftung

Im Rahmen ihrer Überlegungen zur Generalklausel der Gefährdungshaftung hatte die Studienkommission auch vorgeschlagen, zwei zusätzliche - von Rechtsprechung und Lehre entwickelte - Grundsätze im Gesetz ausdrücklich zu verankern.

Der erste Grundsatz betrifft die sogenannte "*annexe" Haftung für fremdes Verhalten*. Diese ist in jeder Kausalhaftung enthalten, die mehr an einen objektiven Sachverhalt als an ein individuelles Verhalten anknüpft. Die Person, die dieser

---

246 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.4 und These 53-5, S. 69 ff.

247 Vgl. hinten 2.4.3.

248 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.4.3 a.E., S. 72.

Haftung hauptsächlich untersteht, muss demnach für jede Person haften, deren Verhalten auf irgendeine Weise zur Verwirklichung des Sachverhaltes beigetragen hat, der von der betreffenden Norm erfasst wird[249].

Der zweite Grundsatz betrifft das sogenannte "*zusätzliche Verschulden*", womit folgendes gemeint ist: Selbst wenn das Verschulden der Beteiligten keine Voraussetzung der Haftung ist - weil diese eine objektive Grundlage hat -, kann es als "zusätzliches" Element berücksichtigt werden. Dieses Element erhält sein Gewicht, wenn die Haftungsanteile unter mehreren Mithaftpflichtigen bestimmt werden, einschliesslich der geschädigten Person selbst, also bei der Bemessung des Schadenersatzes im Falle der Haftungskollision oder der Aufteilung des Schadens unter Mithaftpflichtigen[250].

Im Vorentwurf sind diese beiden Grundsätze (Art. 51 und 51*a* VE) - gemäss ihrer allgemeinen Tragweite - von der Gefährdungshaftung abgetrennt und als allgemeine Regeln für alle Formen der Kausalhaftung aufgestellt.

1.3.6 Mehrheit von Haftungen und Beziehungen zwischen Haftpflicht und Versicherungen

1.3.6.1 Häufung von Haftungen

Die Kommission hat die Probleme der Kollision und der Konkurrenz von Haftungen oder von Haftpflichtigen untersucht. Ihre Vorschläge zu diesem Thema sind im Vorentwurf übernommen worden (Art. 53*a* - 53*c* VE)[251]. Sie äusserte sich hingegen nicht zu den Fällen, wo verschiedene Haftungsgründe bei derselben Person gegeben sind und entschieden werden muss, ob gewisse Normen ausschliesslich oder wahlweise anwendbar sind. Der Vorentwurf empfiehlt, eine Bestimmung in den Allgemeinen Teil aufzunehmen (Art. 53 VE), die gleichzeitig den *Grundsatz der Alternativität* festhält - sofern keine klar begründete Ausnahme besteht - sowie den Grundsatz, wonach das Gericht unter den anwendbaren Bestimmungen frei jene wählen kann, die der geschädigten Person den bestmöglichen Ersatz verschafften (*"iura novit curia"*)[252].

1.3.6.2 Beziehungen zwischen Haftpflicht und Versicherungen

1.3.6.2.1 Quotenvorrecht und Quotenteilung

Gemäss den Thesen der Studienkommission[253] verankert der Vorentwurf auch für die Privatversicherung den Grundsatz des Quotenvorrechts der geschädigten Person, der im Sozialversicherungsrecht anerkannt ist, und er mildert ihn durch eine *Quotenteilung* in bestimmten Fällen, wo es unbillig wäre und gegen Treu und Glauben verstossen würde, dass das Rückgriffsrecht des Versicherers gegen die haftpflichtige Person hinter dem verbleibenden Direktanspruch

---

249 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.3.6 und These 53-4, S. 67 f.

250 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.3.7 und These 53-4 Abs. 4, S. 67 f.

251 Vgl. vorne 1.2.2.2.2 sowie hinten 2.6.3 und 2.6.4.

252 Vgl. hinten 2.6.2.

253 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.4 und These 510-5, S. 109 ff.

der geschädigten Person zurücktreten muss, obwohl sie den Eintritt oder die Verschlimmerung des Schadens durch ein vorsätzliches Verschulden oder ein verbrecherisches Verhalten verursacht hat (Art. 54*b* VE). Für diese Fälle schlägt der Vorentwurf aber eine Berechnungsmethode vor, die von jener der Kommission ein wenig abweicht[254].

1.3.6.2.2 Direktes Forderungsrecht

Die Kommission hatte gezögert, der geschädigten Person ein direktes Forderungsrecht gegen den Haftpflichtversicherer *ausserhalb der Tatbestände des Versicherungsobligatoriums* einzuräumen. Nach ihren Vorschlägen sollte der Bundesrat den Abschluss einer Versicherung für all jene Fälle vorschreiben können, wo eine Tätigkeit einer bundesrechtlichen Bewilligung bedarf (Art. 54*g* VE)[255]. Der Vorentwurf sieht die *Verallgemeinerung des direkten Forderungsrechts* vor[256]. Bei der freiwilligen Versicherung behält er jedoch das Recht des Versicherers vor, den Geschädigten alle Einwendungen und Einreden entgegenzuhalten, die ihm gegenüber der versicherten Person zustehen (Art. 54*c* und 54*a* VE *e contrario*).

1.3.7 Die Verjährung

Die Verjährungsbestimmungen des Vorentwurfs (Art. 55 - 55*c* VE) entsprechen den Beschlüssen der Studienkommission[257]. Nur in zwei Nebenpunkten weicht er davon ab: Einerseits gibt er den Gedanken eines "*Zehner-Parallelismus*" zwischen der relativen und der absoluten Verjährungsfrist auf. Diese Idee ist an sich verlockend, entspricht aber mehr einem Bedürfnis nach Symmetrie als rechtlichen oder praktischen Beweggründen[258]. Andererseits verzichtet er darauf, den Beginn der Verjährung des Rückgriffsanspruchs für eine *Ersatzleistung in Form einer Rente* ausdrücklich zu regeln. Denn er geht davon aus, dass Artikel 131 OR zur Lösung des Problems genügt[259].

1.3.8 Verfahren

Im Verfahrensrecht ergänzt der Vorentwurf (Art. 56 - 56*h* VE) die Empfehlungen der Studienkommission[260] mit einer Bestimmung, die dem heutigen Artikel 53 OR entspricht. Sie behandelt das *Verhältnis zwischen Zivil- und Strafrecht* bezüglich des materiellen Rechts und des Verfahrens.

---

254 Vgl. hinten 2.7.3.3.2.

255 Vgl. vorne 1.2.2.2.3.

256 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.2 und These 510-9; vgl. hinten 2.7.4.2.1.

257 Vgl. vorne 1.2.2.2.4.

258 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.7.2.3 und These 511-5.

259 Vgl. hinten 2.8.7 a.E.

260 Vgl. vorne 1.2.2.2.5 und hinten 2.9.3.

1.3.9 Vertragliche Haftungsausschlüsse und Vergleiche

Die Studienkommission wollte keine Wahl unter den verschiedenen mehr oder weniger einschränkenden Varianten treffen, die sie "*zur Begrenzung der Haftungsbegrenzungen*" vorschlug[261]. Der Vorentwurf nimmt diese Wahl vor (Art. 57 VE). Er erklärt diese Vertragsbestimmungen als missbräuchlich und vollständig nichtig, soweit sie die Haftung für *Einwirkungen auf das Leben oder die körperliche oder geistige Unversehrtheit* betreffen. Dasselbe sieht er für den *Umweltschaden* vor (Art. 45*d* VE), den die Kommission nicht behandelt hatte. Für *andere Schäden* (Sachschäden, reine Vermögensschäden) behält der Vorentwurf grundsätzlich dieselben Beschränkungen bei wie der heutige Artikel 100 OR. Er hebt jedoch das Ermessen des Richters in den Fällen von Artikel 100 Absatz 2 OR auf. Als neues einschränkendes Kriterium führt er die "*vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen*" ein[262].

Was schliesslich die *missbräuchlichen Vergleiche* betrifft, haben sich die Verfasser des Vorentwurfs - im Gegensatz zur Studienkommission - für einen *Ausgangspunkt der Anfechtungsfrist* entschieden, der mehr der allgemeinen Regelung von Artikel 31 Absatz 2 OR als der spezielleren Regelung von Artikel 21 Absatz 2 OR entspricht.

---

[261] Vgl. vorne 1.2.2.2.6.1.

[262] Vgl. hinten 2.10.2.

2 Allgemeine Bestimmungen (Art. 41 - 58 VE)

2.1 Zurechnung der Haftpflicht (Art. 41 VE)

2.1.1 Grundnorm

Die wesentliche Funktion des Haftpflichtrechts ist die Ersetzung des Schadens. Wenn ein Schaden entsteht, so besteht die grundlegende Frage darin, ob die geschädigte Person selbst die finanziellen Folgen tragen muss (nach dem Grundsatz "Casum sentit dominus"), oder ob sie - gestützt auf eine Gesetzesbestimmung, die eine Forderung begründet - die Last des Ersatzes ganz oder teilweise auf eine Drittperson abwälzen kann (nach dem Zurechnungsprinzip). Gemäss der These der Studienkommission[263] und nach dem Beispiel des neuen niederländischen Zivilgesetzbuchs[264] schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, dass der Grundsatz der Zurechnung der Haftpflicht im Gesetz als Grundnorm verankert wird (Art. 41 Abs. 1 VE). Positiv formuliert, bestimmt diese Norm, dass eine Person zum Ersatz eines Schadens, den sie einer anderen zugefügt hat, verpflichtet ist, insoweit er ihr nach dem Gesetz zugerechnet werden kann.

In sprachlicher Hinsicht ist zu präzisieren, dass das Bindewort "insoweit" den normativen Charakter der juristischen Kausalität und ihre möglichen Abstufungen widerspiegelt[265]. Ausserdem ist zu beachten, dass die Bestimmung weit formuliert ist, so dass alle Fälle von Haftungen erfasst sind, auch die Haftung für fremdes[266] oder für rechtmässiges[267] Verhalten. Inhaltlich hat die Regel gewiss eine symbolische Bedeutung. Durch die Stellung, die sie einnimmt, unterstreicht sie die Einheit des Haftpflichtrechts. Sie will aber auch die allgemeinen Voraussetzungen jeder Ersatzpflicht hervorheben: das Vorhandensein eines gesetzlich vorgesehenen Zurechnungsgrundes (oder -kriteriums)[268], eines Schadens[269] und eines Kausalzusammenhanges zwischen dem Sachverhalt, an den angeknüpft wird, und dem Schaden[270]. Nach Ansicht der Verfasser des Vorentwurfs ist auch die Rechtswidrigkeit eine allgemeine Voraussetzung der Haftpflicht[271], unter Vorbehalt der aussergewöhnlichen Fälle der Haftung für rechtmässiges Verhalten[272]. Der Hinweis auf das Gesetz ist keineswegs tautologisch. Er drückt einfach aus, dass die Haftung dann und nur dann besteht, wenn das Gesetz sie vorsieht. Dadurch soll klar gezeigt werden, dass die Revi3esion die Haftung in vernünftigen und sozial gerechtfertigten Schranken halten und somit sogenannte "amerikanische Auswüchse" verhindern will.

---

263 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.1S.38 ff.

264 Art. 162 Abs. 1 des Buches 6, in Kraft getreten am 1. Januar 1992.

265 Vgl. hinten 2.3.4.

266 Vgl. z.B. die Fälle von Art. 49, 49*a* und 51 VE.

267 Vgl. die Fälle von Art. 59 und 59*a* VE; vgl. hinten 3.2.

268 Vgl. hinten 2.1.2.

269 Art. 45 - 45*f* VE; vgl. hinten 2.3.2.

270 Art. 47 - 47*a* VE; vgl. hinten 2.3.4.

271 Art. 46 VE; vgl. hinten 2.3.3.

272 Art. 59 und 59*a* VE; vgl. hinten 3.2.

2.1.2 Allgemeine Zurechnungsgründe

Artikel 41 Absatz 2 VE ergänzt und konkretisiert die Haftungs-Zurechnungsnorm von Absatz 1. Er nennt die drei allgemeinen Zurechnungsgründe, die mit rechtswidrig verursachten Schädigungen verbunden sind. Diese Zurechnungsgründe und Haftungsprinzipien sind die Grundlagen der Verschuldenshaftung (Art. 48 VE[273]), der Haftung für Hilfspersonen (Art. 49 und 49*a* VE[274]) und der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE[275]). Die Aufzählung ist nicht abschliessend[276]. Sie erwähnt die besonderen Haftungstatbestände nicht, die im ZGB, im OR oder in einem Spezialgesetz vorgesehen sind[277]. Demnach ruht das System, das durch den Vorentwurf eingeführt wird, von nun an auf drei gleichrangigen Pfeilern. Es enthält nebeneinander allgemeine und besondere Haftungsbestimmungen.

Der Vorschlag ist an sich gar nicht revolutionär. Das geltende Recht kennt neben besonderen haftungsbegründenden Bestimmungen die Einrichtung der Generalklausel der Verschuldenshaftung (Art. 41 Abs. 1 OR). Diese Regelung bestand schon im OR von 1881. Ihr neuzeitliches Vorbild ist in Artikel 1382 des französischen Code civil von 1804 zu finden. Die Neuerung des Vorentwurfs besteht hier in der Anerkennung zweier neuer Generalklauseln der Haftung. Beide klammern das Verschulden aus. Sie beruhen beide auf einer Zurechnungsnorm, die nicht mehr einen moralischen Vorwurf gegenüber einem menschlichen Verhalten, sondern den Ausgleich der Möglichkeit und des Privilegs darstellt, eine Tätigkeit auszuüben, sei es wegen der Art und Weise, in der die Tätigkeit ausgeübt wird (Hilfspersonenhaftung, Art. 49 und 49*a* VE), sei es wegen der Natur der Tätigkeit selbst (Gefährdungshaftung, Art. 50 VE). Die Verankerung neuer Generalklauseln der Haftung im gemeinen Recht erfüllt zwei wichtige Reformanliegen. Einerseits geht es darum, in Zukunft die Vermehrung von Spezialbestimmungen zu vermeiden und folglich die Vereinheitlichung des Systems anzustreben. Anderseits geht es darum, die Rechte der geschädigten Person in bestimmten Situationen zu verbessern, die heute nicht auf befriedigende Art und Weise erfasst sind.

2.2 Geltungsbereich

2.2.1 Einführung

Nach dem Wortlaut von Artikel 41 Absatz 1 VE ist es die Aufgabe der allgemeinen Bestimmungen des Haftpflichtrechts, alle Fälle zu regeln, in denen das Gesetz eine Verpflichtung zum Ersatz eines Schadens vorsieht. Ihr Geltungsbereich erscheint von vornherein äusserst weit, was übrigens dem Willen der Verfasser des Vorentwurfs entspricht. Er ist indessen mit einer dreifachen Abgrenzung versehen, die erstens durch das Vertragsrecht (Art. 42 VE), zweitens

---

273 Vgl. hinten 2.4.2.

274 Vgl. hinten 2.4.3.

275 Vgl. hinten 2.4.4.

276 Der Text von Art. 41 Abs. 2 VE sagt "namentlich".

277 Vgl. hinten 3.1.1.

durch das öffentliche Recht (Art. 43 und 43*a* VE) und drittens durch das internationale Recht (Art. 44 VE) vorgenommen wird.

2.2.2 Abgrenzung gegenüber dem Vertragsrecht

2.2.2.1 Deliktische und vertragliche Haftung

Das geltende schweizerische Obligationenrecht enthält zwei formell verschiedene Regelungen der Haftpflicht:

- die deliktische (oder ausservertragliche) Regelung, wenn die Schädigung, für welche die belangte Person (aufgrund von Art. 41 OR oder einer Spezialbestimmung) haftet, die Verletzung einer allgemeinen Pflicht der Rechtsordnung darstellt.
- die vertragliche Regelung, wenn die Schädigung, für welche die belangte Person haftet (nach Art. 97 OR oder einer Spezialbestimmung), die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung darstellt[278].

Die bedeutendsten Auswirkungen der Unterscheidung bestehen in der Verteilung der Beweislast für das Verschulden (das im Vertragsrecht vermutet wird, Art. 97 Abs. 1 OR, zu vergleichen mit Art. 41 OR), in der Haftung für Hilfspersonen (mit dem Befreiungsbeweis der objektiven Sorgfalt im Deliktsrecht, Art. 55 Abs. 1 OR, zu vergleichen mit Art. 101 Abs. 1 OR) und in der Verjährung (die im allgemeinen im Vertragsrecht länger ist, Art. 127 OR, zu vergleichen mit Art. 60 OR). Auf die - umstrittenen - Auswirkungen der vertraglichen Beschränkungen der Haftpflicht oder andere Auswirkungen im internationalen Privatrecht (Zuständigkeit, anwendbares Recht) wird hier nicht eingegangen.

Der Unterschied zwischen den beiden Haftungsregelungen wird durch die Verweisungsbestimmung von Artikel 99 Absatz 3 OR gemildert, über deren Tragweite diskutiert wird. Nach dem Bundesgericht geht der französische Text zu weit. Man muss sich an die deutsche und die italienische Fassung halten. Diese Fassungen verweisen auf die "Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen" (Disposizioni sulla misura della responsabilità per atti illeciti), namentlich also auf die Artikel 42 - 47, nicht aber auf Artikel 60[279]. Man stellt fest, dass Artikel 99 Absatz 3 OR in einem gewissen Mass schon den Ausdruck einer wesentlichen Einheit des Haftpflichtrechts darstellt[280].

Es ist möglich, dass die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung - einer Haupt- oder Nebenpflicht - auch die rechtswidrige Verletzung einer allgemeinen Pflicht der Rechtsordnung darstellt. Es kann sich um eine gesetzliche Pflicht (z.B. Art. 328 OR) oder um eine Pflicht handeln, die sich unmittelbar aus allgemeinen Grundsätzen ableitet, wie die Unterlassungspflichten, die die Schädigung Dritter ohne rechtfertigenden Grund verbieten (*neminem laedere*), oder

---

278 Im Sinn, der hier gemeint ist, bewirkt der Ausdruck "vertragliche Haftung" eine Ersatzpflicht, die nicht im Vertrag als solchem (z.B. einem Versicherungsvertrag) begründet ist, sondern in der Vertragsverletzung. Vgl. dazu Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 269 f.

279 BGE 80 II 258 f., 87 II 159 f. Zu dieser Frage vgl. Brunner H.U., Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Freiburg 1991, S. 49 ff., 159 ff.

280 Brunner H.U., a.a.O. (Anm. 279), S. 10.

die Pflicht, sich gemäss dem Grundsatz von Treu und Glauben zu verhalten[281]. Dies ist namentlich der Fall, wenn der schädigende Vorgang das Leben, die körperliche Integrität oder das Eigentum an einer Sache der Gegenpartei beeinträchtigt und so den Zweck des Vertrags gefährdet. Dann liegt das vor, was man gemeinhin "positive Vertragsverletzung" nennt[282].

Unter Vorbehalt der Fälle, wo ein Spezialgesetz das Ausschliesslichkeitsprinzip vorsieht[283], kann die geschädigte Person sich auf den einen oder anderen Haftungsgrund berufen. Man spricht manchmal von einer Anspruchskumulation (im Sinne, dass der deliktische und der vertragliche Anspruch gleichzeitig geltend gemacht werden können[284]), häufiger aber von Anspruchskonkurrenz (im Sinne, dass die Gutheissung einer Klage die andere gegenstandslos macht[285]). Das Institut der Klagekonkurrenz relativiert den Unterschied zwischen den zwei Haftungsformen. Es zeigt nämlich, dass die Grenze zwischen den beiden nicht dicht ist, und ermöglicht bereits heute die Feststellung, dass bei einem Schaden aus Vertragsverletzung nicht unbedingt die Regelung der vertraglichen Haftung zur Anwendung kommt.

2.2.2.2 Kritische Stellungnahmen zur heutigen Lösung

Im Ausland wird der Unterscheidung zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung mit Skepsis und Kritik begegnet[286]. Die Unterscheidungsmerkmale variieren von Land zu Land; dasselbe gilt für die Behandlung der Fälle von Klagekonkurrenz. Festzustellen ist ferner, dass die Folgen der Unterscheidung gar nicht so gross sind, wie behauptet wird. Schliesslich ist zu erwähnen, dass es in gewissen Bereichen keine Unterscheidung mehr gibt und die ausservertragliche Haftung allein zum Tragen kommt.

In der Schweiz hat eine von Jäggi[287] angeführte Richtung der Lehre ernsthafte Kritik an der Berechtigung der Anspruchskonkurrenz und an der Zweckmässigkeit geübt, die Zweiteilung zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung beizubehalten. Die Existenz eines dualistischen Systems wird nicht an sich in Fra-

---

281 Gauch P./Schluep W.R., a.a.O. (Anm. 51), II, N 2608.

282 Gauch P./Schluep W.R., a.a.O. (Anm. 51), N 2603 ff.; Gauch P./Schluep W.R./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), II, N 1572 ff.; Koller A., Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP 12/92, S. 1483 ff. Ohne die allgemeine Tragweite von Art. 97 Abs. 2 OR zu verneinen, sind einige Autoren der Ansicht, dass der Begriff der "positiven Vertragsverletzung" überflüssig ist (Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 709; von Tuhr A./Escher A., Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., II, Zürich 1974, S. 106 f.). Das Bundesgericht verwendet diesen Begriff (z.B.: BGE 113 II 427), manchmal allerdings in einem anderen Sinn als demjenigen, der heute allgemein anerkannt ist (BGE 69 II 244 f.).

283 Vgl. z.B. Art. 59 Abs. 4 SVG *a contrario*.

284 Secrétan R., Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse, ZSR 1949, S. 186 und 191. Vgl. auch Art. 53 VE und hinten 2.6.2.

285 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 482 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 13, N. 43; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 271 f.; BGE 112 II 141 ff., 113 II 247.

286 Vgl. Tunc, a.a.O. (Anm. 83), S. 32 ff., mit Hinweisen; Marchand S., Droit des transports internationaux et "contort", ZSR 1995, S. 119 ff. mit Hinweisen.

287 Jäggi P., a.a.O. (Anm. 83), S. 181 ff. Vgl. auch Gauch P./Schluep., a.a.O. (Anm. 51), N 2621 und Verweisungen.

ge gestellt. So müssen die Fälle der Nichterfüllung der versprochenen Leistung (wenn die Erfüllung im wörtlichen Sinn von Art. 97 Abs. 1 OR unmöglich oder im Sinne der Art. 102ff. OR verspätet ist) weiterhin den einschlägigen Bestimmungen unterstehen (unter Vorbehalt der Verweisungsnorm von Art. 99 Abs. 3 OR). Hingegen - und im Gegensatz zur extensiven Auslegung, die man heute bei Artikel 97 Absatz 1 OR anwendet - müsste in den Fällen der positiven Vertragsverletzung eine andere Regelung gelten, wenn eine Vertragspartei die andere durch die mangelhafte Art und Weise, die Leistung zu erfüllen, schädigt. Aufs Ganze gesehen, befindet sich diese Partei in der Situation einer Person, die aus Delikt haftet: Sie hat einen Schaden - meist einen Personen- oder Sachschaden - verursacht, indem sie die Norm der Rechtsordnung übertreten hat, welche es verbietet, andere zu schädigen. Nehmen wir als Beispiel den Fall eines Arztes, der bei einer chirurgischen Operation zur Behandlung eines Beinbruchs die Oberschenkel-Schlagader zerschneidet! In einem solchen Fall verletzt der Schuldner eine allgemeine Pflicht, die alle Personen trifft. Er verletzt gleichzeitig aber auch eine Schutzpflicht, deren Einhaltung der Vertragspartner erwarten konnte. Der Inhalt dieser Pflicht bleibt selbstverständlich derselbe, ob die eine oder die andere Regelung anwendbar ist, obwohl er durch den Vertrag konkretisiert wird. Es handelt sich um die Pflicht, sich gegenüber Dritten sorgfältig und loyal zu verhalten und die Massnahmen zur Sicherung ihres Lebens, ihrer körperlichen Unversehrtheit und ihres Eigentums zu treffen. Mit Tunc ist zuzugeben, dass sich eine solche Pflicht eher aus der Natur der ausgeübten Tätigkeit als aus der Existenz eines Vertrags ergibt[288]. Diese Pflicht wird übrigens von den Vertragsparteien in der Regel nicht einmal diskutiert.

Übrigens erscheint in vielen Situationen das vertragliche Umfeld, in dem der Schaden auftritt, als mehr oder weniger zufälliger Umstand, der keine unterschiedliche Behandlung der Ausübung des Rechts auf Ersatz rechtfertigt. Denken wir beispielsweise an den Fall des Malers, der beauftragt ist, die Decke zu weisseln und dabei den Teppich verschmutzt: Ist es gerechtfertigt, die vertragliche Regelung, die normalerweise vorteilhafter ist, anzuwenden, wenn der Teppich der Person gehört, die die Arbeit in Auftrag gegeben hat (der Wohnungs-Vermieter) oder die deliktische Regelung, wenn der Teppich Eigentum eines Dritten (des Wohnungs-Mieters) ist[289]? Im einen wie im anderen Fall verletzt der Täter rechtswidrig ein rechtlich geschütztes Gut, indem er objektiv dieselben schädigenden Auswirkungen verursacht. Die ausschliessliche Anwendung der Artikel 41ff. OR ist geboten, denn sonst besteht die Gefahr, dass man künstliche rechtliche Unterscheidungen trifft.

Übrigens bewirkt der Grundsatz der Anspruchskonkurrenz eine übermässige Ausdehnung des Begriffs der vertraglichen Verpflichtung. Denn er fügt Schutzpflichten als Nebenpflichten zur Hauptleistung hinzu. Man muss zugeben, dass diese Schutzpflichten von den Parteien oft nicht vorausgesehen wurden[290].

---

288 Tunc, a.a.O. (Anm. 83), S. 41.

289 Beispiel von Koller A., in Symposium Stark. Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zürich 1991, S. 79 f.

290 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 273; Cuendet J., La faute contractuelle et ses effets, Lausanne 1970, S. 218; Koller A., a.a.O. (Anm. 282), S. 1492 ff.

Obwohl die Studienkommission sich der Kritik an der geltenden Lösung bewusst war, konnte sie sich nicht über eine engere Zusammenführung der beiden Haftungsregelungen einigen. Einige Mitglieder befürchteten eine Verschlechterung der Lage der geschädigten Person, besonders eine Verwischung des Unterschieds zwischen Rechtswidrigkeit und Vertragsverletzung[291].

2.2.2.3 Vorschläge des Vorentwurfs

Die Verfasser des Vorentwurfs sind von der Notwendigkeit überzeugt, die Normen über den Schadenersatz stärker zu vereinheitlichen, damit ein bedeutsames Reformanliegen erfüllt werden kann. Gleichzeitig möchten sie die Unterscheidung zwischen Delikts- und Vertragshaftung beibehalten. Sie schlagen dazu eine neue Norm vor, die im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts einzuordnen ist, um die Einheit der Materie zu unterstreichen (Art. 42, 1. Halbsatz VE). Diese Norm stellt den Grundsatz auf, dass die Artikel 41ff. OR auch für Schäden gelten, die durch vertragswidriges Verhalten entstanden sind. Dies bedeutet, dass die Haftung aus positiver Vertragsverletzung von den Normen über die Deliktshaftung absorbiert wird. In diesen Situationen gibt es keine vertragliche Haftung und keine Anspruchskonkurrenz mehr. Die geschädigte Person kann sich nur auf die Deliktshaftung berufen. Daraus ergibt sich eine Ausdehnung des Begriffs der Widerrechtlichkeit, was Artikel 46 Absatz 2 ausdrücklich festhält[292].

Es ist gerechtfertigt, andere Fälle vertraglicher Haftung wie nach geltendem Recht ihren eigenen Regeln zu unterstellen. Dies ergibt sich sowohl aus der Besonderheit der betreffenden Fälle (wenn das Gesetz die Nichterfüllung ahndet) als auch aus der Natur des Ersatzanspruchs (wenn das Gesetz eine spezifische Regelung enthält). In diesem Sinn ist der doppelte Vorbehalt in Artikel 42, 2. Halbsatz VE zu verstehen.

Der erste Vorbehalt bezieht sich auf die Bestimmungen über die Haftung des Schuldners wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung der geschuldeten Leistung. Zwei Kategorien von Fällen sind erfasst:

- einerseits die eigentlichen Fälle der Nichterfüllung, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht oder nur teilweise bewirkt werden kann (Art. 97 - 101 OR), wie es die neue Fassung von Artikel 97 Absatz 1 OR präzisiert.
- andererseits die Fälle von Schuldnerverzug, sei es aufgrund der allgemeinen (Art. 102 - 109 OR) oder der besonderen Bestimmungen, wie beispielsweise jenen über den Verzug des Käufers (Art. 214f. OR) oder des Mieters (Art. 257d OR).

Der zweite Vorbehalt betrifft die für einzelne Vertragsarten geltenden Sonderbestimmungen[293]. Es kann sich um Bestimmungen handeln, die eine für die geschädigte Person günstigere Haftungsordnung vorsehen, was namentlich bei

---

291 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/4.1 S.75 ff. Vgl. hinten 2.2.2.5.

292 Vgl. hinten 2.3.3.3 a.E.

293 Es ist nicht ausgeschlossen, dass dieser Vorbehalt auch die Grundsätze anvisiert, die von Lehre und Rechtsprechung für den einen oder den anderen Innominatvertrag entwickelt wurden.

Bestimmungen wie Artikel 306 Absatz 3 OR (Haftung des Entlehners, der einem Dritten den Gebrauch der geliehenen Sache gestattet) oder Artikel 474 Absatz 2 OR (Haftung des Aufbewahrers, der die hinterlegte Sache ohne Erlaubnis des Hinterlegers gebraucht) zutrifft, nach denen das Verschulden des Schuldners keine Voraussetzung der Schadenersatzpflicht ist. Es kann sich aber auch um Bestimmungen handeln, die eine für die geschädigte Person ungünstigere Haftungsordnung vorsehen, wie dies beispielsweise bei Artikel 210 Absatz 1 und bei Artikel 371 Absatz 1 OR der Fall ist, die auf Schadenersatzklagen wegen Mängeln der Sache oder des Werkes anwendbar sind und eine sehr kurze Verjährungsfrist vorsehen (ein Jahr seit der Lieferung der Kaufsache oder seit der Abnahme des Werkes). Auf alle Fälle ist nicht im Rahmen einer Revision des Haftpflichtrechts auf die Regelung der einzelnen Verträge einzugehen und zu fragen, ob eine Revision einzelner Regelungen angebracht wäre. Die Beantwortung solcher Fragen setzt nämlich eine globale Betrachtung sowohl der Rechtspolitik auf dem betreffenden Gebiet wie auch eines jeden Einzelvertrags voraus. Wo das Gesetz einen Fall besonders regelt, kann somit das Problem der Haftung des Schuldners nicht allein, sondern nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten jeder Vertragsart und insbesondere der Risiken der Parteien gelöst werden. Dies ginge selbstverständlich weit über das Mandat der Verfasser des Vorentwurfs hinaus.

2.2.2.4 Änderung von Bestimmungen über die Haftung des Schuldners

Nach Ansicht der Verfasser des Vorentwurfs macht der neue Artikel 44 VE die Änderung zweier Normen über die Haftung des Schuldners notwendig. Es handelt sich einerseits um die allgemeine Bestimmung von Artikel 97 Absatz 1 OR, andererseits um die Verweisungsnorm von Artikel 99 Absatz 3 OR.

Nach der geltenden Fassung von Artikel 97 Absatz 1 OR muss der Schuldner, den ein Verschulden trifft, dem Gläubiger den Schaden ersetzen, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht oder nicht vollständig bewirkt werden konnte. So wie sie heute angewendet wird, regelt die Bestimmung die Haftung des Schuldners bei Nichterfüllung - und dies ist ohne Zweifel der erste Sachverhalt, den der Gesetzgeber im Auge hatte -, aber auch die Haftung für positive Vertragsverletzung[294]. Soweit die Ersatzpflicht aus positiver Vertragsverletzung in Zukunft dem Deliktsrecht untersteht (Art. 42, 1. Halbsatz VE), rechtfertigt es sich, Artikel 97 Absatz 1 OR redaktionell zu ändern, um seine Tragweite einzuschränken. Der vorgeschlagene Text schränkt daher die Haftung des Schuldners auf die Fälle eigentlicher Nichterfüllung ein, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht bewirkt werden kann (Beispiel: Die verkaufte, individualisierte Sache wurde einem Dritten übertragen) oder nur teilweise bewirkt werden kann (Beispiel: Es wurde eine ungenügende Menge der verkauften Sache wurde geliefert, und weder der Verkäufer noch ein Dritter kann bis zum vorgesehenen Termin den Vertrag korrekt erfüllen).

Die heutige Rechtsprechung legt Artikel 99 Absatz 3 OR so aus, dass die Bestimmungen über den Umfang der Haftung aus unerlaubter Handlung analog

---

[294] Gauch P./Schluep W.R., a.a.O. (Anm. 51), II, N 2602 ff.; Bucher E., Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 335 f.

für die Auswirkungen des Verschuldens im Vertragsrecht gelten[295]. Diese Norm behält bei der OR-Revision ihre Funktion und somit ihre Daseinsberechtigung. Sie gilt für die Fälle von Artikel 97 Absatz 1 OR (in seiner neuen Fassung), aber auch für andere Fälle, welche die vertragliche Haftung des Schuldners begründen, wie jene der Artikel 98 Absatz 2, 259e oder 368 Absatz 2 OR. Es besteht kein Grund, sie nicht auch auf die Bestimmungen anzuwenden, die eine Kausalhaftung (ohne Verschulden) des Schuldners vorsehen, wie die Artikel 101 Absatz 1 oder 208 Absatz 2 OR. Daher wird vorgeschlagen, den Wortlaut von Artikel 99 Absatz 3 OR zu ändern. Die Verweisung soll nicht nur für die Auswirkungen des Verschuldens im Vertragsrecht gelten, sondern in weiterem Ausmass für die Auswirkungen der Vertragsverletzung. Die Verfasser des Vorentwurfs möchten den Anwendungsbereich der Bestimmungen auf andere Weise erweitern und gleichzeitig präzisieren, um noch einmal die Einheit des Systems zu unterstreichen. Die Bestimmungen, auf die verwiesen wird, sollen unmittelbar - nicht analog - anwendbar sein. Die Verweisung muss möglichst umfassend sein. Sie soll alle Bereiche erfassen, die in den allgemeinen Bestimmungen des Haftpflichtrechts geregelt sind; eine Ausnahme bilden lediglich die Bereiche, für die das Vertragsrecht eine besondere Regelung enthält, wie dies beispielsweise bei der Verjährung (Art. 127 ff. OR) der Fall ist. So wird der revidierte Artikel 99 Absatz 3 OR auf die Bestimmungen über die allgemeinen Voraussetzungen der Haftung (Art. 45 - 47*a* VE), die Festlegung der Ersatzleistung (Art. 52 und 52*a* VE), die Mehrheit von Haftungen (Art. 53 - 53*c* VE), das Verhältnis zwischen Haftpflicht und Privatversicherung (Art. 54 - 54*i* VE), das Verfahren und den Beweis (Art. 56 - 56*h* VE)[296] sowie über die haftungsbeschränkenden Vereinbarungen (Art. 57 und 58 VE) verweisen.

2.2.2.5 Einige Schlussbemerkungen

Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen keineswegs vor, die Unterscheidung zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung aufzuheben und sie durch eine synthetische Konstruktion zu ersetzen, die im Englischen - als Fusion der Worten "contract" und "tort" - "contort" genannt werden könnte[297]. Im Namen der Vereinheitlichung des Schadenersatzrechts regen sie aber an, die Grenze zwischen beiden Systemen zu verschieben. Das Vertragsrecht sollte nur die Fälle von Nichterfüllung der versprochenen Leistung sanktionieren, während die Fälle positiver Vertragsverletzung - abgesehen von einzelnen Ausnahmen - unter die Bestimmungen betreffend die Deliktshaftung fallen sollten.

Da die positive Vertragsverletzung in Zukunft den Artikeln 41ff. OR untersteht, könnte man für diese Fälle eine Verschlechterung der Lage der geschädigten Person befürchten. Diese Befürchtung wurde übrigens in der Studienkommission geäussert. Sie muss aber hauptsächlich aus zwei Gründen relativiert werden.

---

295 Vgl. vorne 2.2.2.1.

296 In Bezug auf den Gerichtstand (Art. 56 und 56*a* VE) könnte sich ein Vorbehalt zugunsten des künftigen Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen, insbesondere zugunsten der Bestimmungen über die Klagen aus Vertrag, als nötig erweisen.

297 Vgl. Marchand S., a.a.O. (Anm. 286), S. 121.

Zunächst kann man nicht genug wiederholen: Wenn eine Sonderbestimmung eine Gefährdungshaftung vorsieht, gibt es eine einheitliche Regelung des Schadenersatzes, die im wesentlichen dem Deliktsrecht untersteht. Hier ist unerheblich, ob zwischen den Parteien vorher ein vertragliches Verhältnis bestanden hat. In diesen Fällen wendet man das Ausschliesslichkeitsprinzip an, insofern als die Haftung an einen objektiven Sachverhalt und nicht mehr an ein Verhalten des Vertragspartners geknüpft ist. Der Anwendungsbereich dieses Prinzips wird in Zukunft durch die Einführung einer Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) noch erweitert.

Man muss zugeben, dass in den anderen Fällen, wo weiterhin ein Unterschied zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung besteht, die klassischen Auswirkungen des Unterschieds sehr erheblich vermindert werden. Gewisse Unterschiede erscheinen schon heute mehr als theoretisch denn als praktisch[298]. Bei der Hilfspersonenhaftung ist daran zu erinnern, dass sich die Rechtsprechung zum Befreiungsbeweis der Sorgfalt, der dem Geschäftsherrn obliegt (Art. 55 Abs. 1 OR), sehr streng gezeigt hat[299]. Und diese Tendenz sollte in Zukunft bestätigt werden, namentlich wenn der Haftpflichtige beim Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlichem oder beruflichem Zweck Hilfspersonen einsetzt (Art. 49*a* VE)[300]. Was die Verjährung betrifft, ist hervorzuheben, dass der Vorentwurf eine erhebliche Verlängerung der heute geltenden Fristen von Artikel 60 Absatz 1 OR vorsieht (Art. 55 VE)[301]. Bezüglich des Beweises des Verschuldens geht der Vorteil, der in der Verschuldensvermutung des Vertragsrechts gesehen wird, in gewisser Hinsicht auf einen Sophismus zurück. Das Verschulden ist an sich kein Sachverhalt, sondern eine Wertung, mit der das Gericht ein gewisses Verhalten beurteilt. Nur dieses Verhalten kann Gegenstand eines Beweises sein, und dies gilt im Vertragsrecht gleich wie im Deliktsrecht, heute und morgen. Das heisst, das Verhalten, das dem Schuldner zurechenbar ist, muss auch vom Gläubiger bewiesen werden, wenn er die Nichterfüllung des Vertrages nachweisen will. Daraus ergibt sich, dass man faktisch zu einer Verteilung der Beweislast zwischen den Parteien gelangt, namentlich in den Fällen, wo Verpflichtungen in Bezug auf die Mittel (obligations de moyens) verletzt werden (z.B. Arzthaftung), bei denen das Verschulden mit der Nichterfüllung identisch ist. Hinzu kommt der nicht zu unterschätzende Vorteil für die geschädigte Person, den die neue Verfahrensbestimmung von Artikel 56*c* Absatz 2 VE darstellt. Sie ermächtigt das Gericht, die Beweise, welche es als notwendig erachtet, von Amtes wegen zu erheben.

---

298 Vgl. vorne 2.2.2.1.

299 Vgl. z.B. BGE 110 II 456, insbes. Erw. 2 und 3. Vgl. hinten 2.4.3.1.

300 Vgl. hinten 2.4.3.4.

301 Vgl. hinten 2.8.4.1.

2.2.3 Abgrenzung gegenüber dem öffentlichen Recht (Art. 43 und 43a VE)

2.2.3.1 Heutige Rechtslage

Man unterscheidet herkömmlicherweise die zivilrechtliche Haftung von der öffentlich-rechtlichen Haftung. Diese kommt nach heutiger Auffassung zum Zuge, wenn das Opfer eines Schadens, der in Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit verursacht wurde, Schadenersatz vom Staat oder von einer juristischen oder natürlichen Person verlangen kann, die irgendwie von ihm abhängig ist (Körperschaft, Anstalt, Beamter). Das Abgrenzungskriterium ist objektiv: Es besteht nicht so sehr in der Eigenart der Person, die gehandelt hat, als in der Natur der Tätigkeit, die Ursprung des Schadens ist[302]. Die Abgrenzung zwischen zivil- und öffentlich-rechtlicher Haftung ist somit im grösseren Rahmen der klassischen Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht einzuordnen. Diese Unterscheidung ist nach bisheriger Auffassung mit unserer Rechtsordnung eng verbunden. Es stimmt zwar, dass sie dazu neigt, sich zu verwischen, wie man im Bereich des Umwelt- und des Datenschutzes feststellen kann. Die grundlegende Frage bleibt jedoch, wieweit es sich rechtfertigt, die Ersatzpflicht einer besonderen öffentlich-rechtlichen (eidgenössischen oder kantonalen) Regelung anstelle der allgemeinen privatrechtlichen Regelung (des Bundes) zu unterstellen[303].

Im geltenden Recht befinden sich die gesetzlichen Grundlagen der öffentlich-rechtlichen Haftung in den Artikeln 59 Absatz 1 ZGB und 61 OR. Diese zwei allgemeinen Bestimmungen enthalten einen Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Rechts des Bundes oder der Kantone. Der Vorbehalt von Artikel 59 Absatz 1 ZGB ist insoweit unecht, als er "gleich wie Artikel 6 Absatz 1 ZGB einen Grundsatz bestätigt, der sich aus der verfassungsmässigen Verteilung der Kompetenzen zwischen dem Bund und den Kantonen ergibt"[304]. Die Regel gilt für juristische Personen des öffentlichen Rechts. Diese haften Dritten nur, wenn und insoweit das öffentliche Recht dies vorsieht[305]. Wenn sie hingegen ein Gewerbe betreiben oder - allgemeiner ausgedrückt - sich als Subjekt des Privatrechts betätigen, so untersteht ihre Haftung dem Zivilrecht (Art. 55 Abs. 2 ZGB, Art. 55 Abs. 1 und 101 Abs. 1 OR)[306]. Artikel 61 OR betrifft die öffentlichen Beamten und Angestellten. Für ihre Haftung gegenüber Dritten behält er das öffentliche Recht vor (Absatz 1)[307], ausser wenn die schädigende Handlung mit gewerblichen Verrichtungen zusammenhängt (Abs. 2), beispielsweise dem Betrieb eines öffentlichen Schwimmbades[308]. In diesem Fall untersteht die Haftung ausschliesslich dem Bundesprivatrecht (Art. 41ff. OR).

---

302 Tercier P., La Délimitation entre la responsabilité publique et la responsabilité privée, in Die Verantwortlichkeit im Recht, Zürich 1981, II, S. 703 und 712.

303 Tercier P., a.a.O. (Anm. 302), S. 706; Stark E.W, a.a.O. (Anm. 89), S. 1 und 2.

304 Grisel A., Traité de droit administratif, Neuenburg 1984, II, S. 815.

305 Dies ist bei Bund und Kantonen der Fall, ausser im Kanton Appenzell .Rh.

306 BGE 111 II 151; vgl. auch Grisel A., a.a.O. (Anm. 304 S. 815.

307 Zu beachten ist, dass der Bund und alle Kantone in diesem Bereich Bestimmungen erlassen haben; vgl. auch hinten 2.2.3.4.

308 BGE 113 II 426.

Viele besondere Bestimmungen regeln Haftungstatbestände bei Tätigkeiten, die öffentlichen Charakter haben oder haben können. Wie Tercier[309] muss man diese Bestimmungen in zwei Kategorien einteilen. Es gibt einerseits Bestimmungen, die die Haftung der öffentlich-rechtlichen juristischen Person oder ihrer Bediensteten für Tätigkeiten festlegen, die meistens mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt zusammenhängen (Beispiele: Art. 426ff. ZGB, 928 OR, 135 ff. MG; 58 ff. ZSG). Anderseits gibt es Bestimmungen, die die Haftung ohne Rücksicht auf die Eigenschaft der Person festlegen, die die Tätigkeit ausübt. Dies ist bei den Gesetzen der Fall, die eine scharfe Kausalhaftung begründen. In diesen Fällen spielt es keine Rolle, ob die Schädigung in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht worden ist. Beispielsweise bestimmen dies Artikel 73 Absatz 1 SVG und Artikel 59*a* Absatz 6 USG ausdrücklich. Die Regeln des gemeinen Rechts über die milde Kausalhaftung gelten meistens auch für die Gemeinwesen, die Grundeigentümer oder Werkeigentümer (Art. 679 ZGB, 58 OR), Familienoberhaupt (Art. 333 ZGB) oder Tierhalter (Art. 56 OR) sind[310]. Hingegen trifft dies nicht auf Artikel 58 OR zu. Dieser wird von den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Bundes und der Kantone abgelöst, soweit die Schäden von Bediensteten in Erfüllung staatlicher Aufgaben verursacht wurden. Entsprechend der Lösung des VG sieht die Mehrheit der Kantone eine primäre Haftung des Gemeinwesens vor, die vom Verschulden des Urhebers der schädigenden Handlung unabhängig ist[311].

2.2.3.2 Kritische Würdigung und Reformvorschläge

Die heutige Abgrenzung zwischen dem privaten und dem öffentlichen Haftpflichtrecht veranlasst die Verfasser des Vorentwurfs zu einer kritischen Beurteilung in drei Punkten:

a. Zunächst muss man feststellen, dass zahlreiche Normen, die zivilrechtliche Haftungen begründen, auf öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten und deren Bedienstete anwendbar sind, sei es aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen, sei es aufgrund von Lösungen, die Rechtsprechung und Lehre gefunden haben. Daraus ergibt sich namentlich für die Kantone - denn die Frage stellt sich im wesentlichen für sie -, dass die Verknüpfung der Haftung mit der staatlichen Natur einer Tätigkeit nicht notwendigerweise dazu führt, dass die Ersatzpflicht ausschliesslich durch das kantonale öffentliche Recht geregelt wird[312]. Das ist eine erste Ursache der Komplexität, ja der Unsicherheit des Systems[313].

---

309 A.a.O. (Anm. 302) S. 710 f.; vgl. auch Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 2 ff.

310 Vgl. Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 3 und 4; Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/4.2.1, S. 79; BGE 106 II 204, 108 II 185, 115 II 242 ff., wo das Bundesgericht die Auffassung vertritt, dass Art. 56 OR als Sonderbestimmung dem Verantwortlichkeitsgesetz vorgeht, ausser wenn der Halter das Tier bei der Ausübung hoheitlicher Befugnisse des Bundes verwendet und der Schaden mit dieser Situation zusammenhängt.

311 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 4; Gross J., Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Bern 1995, S. 51 ff.

312 Gutachten des Bundesamtes für Justiz, Hauptabteilung Staats- und Verwaltungsrecht, vom 23. März 1993, S. 7.

313 Tercier P., a.a.O. (Anm. 302), S. 716.

b. Heute sind die Kantone frei, ihre Haftung und jene ihrer Bediensteten zu regeln, mit Ausnahme der Schädigungen, die bei der Ausübung gewerblicher Tätigkeiten verursacht wurden (Art. 59 Abs. 1 ZGB, 61 OR). Nach geltendem Recht ist also die hoheitliche Gewalt für die Bestimmung der Kompetenz in diesem Bereich nicht entscheidend[314]. Das negative Abgrenzungskriterium - das Gewerbe - hat seine historische Bedeutung verloren[315]. In der heutigen Praxis erweist es sich als ungenügend, da es künstliche Unterscheidungen bedingt. Nach einer seit langem bestehenden Rechtsprechung stellt etwa die Krankenpflege in einem öffentlichen Spital keine gewerbliche Verrichtung dar, sondern - als Folge davon - eine hoheitliche staatliche Tätigkeit. Wenn ein Arzt aufgrund seiner amtlichen Eigenschaft haftet, so gilt das öffentliche Recht[316]. Nach Ansicht der Autoren des Vorentwurfs ist die Lösung in ihrer Begründung und in ihren Auswirkungen zu beanstanden. Es ist zwar richtig, dass die Tätigkeit in einem öffentlichen Spital kein Gewerbe darstellt. Dagegen ist es fraglich, sie als Anwendungsfall der hoheitlichen Gewalt anzusehen, denn sie ist für die Parteien nicht zwingend[317]. Die Zulassung der öffentlich-rechtlichen Haftung in Bereichen wie Spitalpflege begünstigt übrigens föderalistische Lösungen, für deren Unterschiede es in Wirklichkeit keine vernünftigen Gründe gibt. Sie rührt übrigens heute weitgehend vom Umstand her, dass die meisten Regelungen des kantonalen öffentlichen Rechts vom Verschulden unabhängig und für die geschädigte Person günstiger als das Bundeszivilrecht sind[318]. Dies wird in Zukunft nicht notwendigerweise so bleiben[319].

c. Ihrer Natur nach gehört die Haftung zuerst zum Privatrecht. Wenn der Staat schadenersatzpflichtig ist, so tritt er meistens als gleichberechtigtes Subjekt auf, und zwar nicht nur gegenüber der geschädigten Person, sondern auch verglichen mit einer Einzelperson, die unter ähnlichen Umständen verpflichtet wäre[320]. Es sei daran erinnert, dass die Bestimmungen über die Gefährdungshaftung schon heute ohne weiteres für ihn gelten, unabhängig davon, ob die schädigende Handlung in Ausübung einer öffentlichen Aufgabe begangen wurde.

Diese dreifache Feststellung veranlasst die Verfasser des Vorentwurfs, der Auffassung von Stark[321] zu folgen und die Haftpflicht der Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts und ihrer Bediensteten den Bestimmungen über die zivilrechtliche Haftung zu unterstellen. Abweichungen zugunsten des

---

314 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 4.

315 Bischof P., Amtshaftung an der Grenze zwischen öffentlichem Recht und Obligationenrecht, ZSR 1985 I, S. 83 ff.; Tercier P., a.a.O. (Anm. 302), S. 723.

316 BGE 102 II 47, 111 II 151, 122 III 101.

317 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 5. Vgl. auch vorne 1.2.2.1.6.

318 Tercier P., a.a.O. (Anm. 302), S. 723; Bischof P., a.a.O. (Anm. 315), S. 105.

319 Vgl. Art. 49*a* VE und hinten 2.4.3.4.

320 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 7.

321 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 6 ff.; in diesem Sinn auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/4.2.2, S. 80 ff.

kantonalen Rechts sind nur für schädigende Handlungen gerechtfertigt, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt begangen werden, und zwar angesichts der besonderen Stellung des Staates und der Eigenart seiner Aufgaben[322]. Dies bedeutet, dass die Kantone (zwingend) und der Bund (soweit wie möglich) den Regelungen des Bundesrechts über die Kausalhaftungen unterstellt werden müssen. Dies bedingt auch, dass die Abweichungen des kantonalen öffentlichen Rechts einen Minimalstandard einhalten, der vom Bundesrecht festgelegt wird. Dieser Standard wird übrigens schon heute von den meisten Kantonen eingehalten.

Nach Auffassung des Bundesamtes für Justiz sind die Vorschläge der Verfasser des Vorentwurfes mit der Auslegung vereinbar, die auf die Bundesverfassung, insbesondere Artikel 64 Absätze 1 und 2 (vgl. Art. 122 Abs. 1 der revidierten BV) angewendet werden kann[323]. Die Vorschläge führen zum Ergebnis, dass die Abgrenzung zwischen zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Haftung in Zukunft auf der Unterscheidung beruht, ob staatliche Tätigkeiten eine Ausübung hoheitlicher Gewalt darstellen oder nicht. Infolgedessen verliert das unsichere Kriterium des Gewerbes seine Bedeutung. Ausserdem nimmt der Anwendungsbereich des Bundesprivatrechts im grösstmöglichen Umfang zu.

2.2.3.3 Grundregel (Art. 43 VE)

Gemäss Artikel 43 VE unterstehen der Bund, die Kantone und die Gemeinden sowie ihre Körperschaften, Anstalten und Bediensteten den zivilrechtlichen Haftungsbestimmungen des Bundes. Damit sind die Bestimmungen des zweiten Abschnittes des ersten Titels des OR, aber auch die Bestimmungen von Spezialgesetzen gemeint. Der Grundsatz von Artikel 3 gilt von vornherein für die gesamte staatliche Tätigkeit und für die Grundlage der Ersatzpflicht ebenso wie für ihre Ausgestaltung im einzelnen. Was den Ersatz von Schäden aus Spitalpflege betrifft, könnten in Zukunft auf das Spital die Bestimmungen über die Kausalhaftung in Betrieben anwendbar sein (Art. 49 und 49*a* VE) und auf den Arzt die Bestimmungen über die Verschuldenshaftung (Art. 48 ff. VE). Dies würde unabhängig von der Rechtsstellung oder der örtlichen Lage des Spitals gelten und unabhängig von der Rechtsstellung des Arztes oder des Patienten.

Artikel 43 VE behält spezielle Bestimmungen der Bundesgesetzgebung vor. Dieser Vorbehalt bezieht sich vor allem auf gesetzliche Regelungen von Tätigkeiten der Eidgenossenschaft, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erfolgen, wie dies beim VG, MG und beim ZSG zutrifft[324]. Dies bedeutet, dass der Bundesgesetzgeber von den Artikeln 41ff. OR oder von anderen Haftungsregelungen abweichen kann. Aber er sollte es nur aus triftigen Gründen und mit einer ausdrücklichen Erwähnung tun, gemäss dem Postulat einer formellen und materiellen Vereinheitlichung des Rechtsgebiets

---

322 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 7; vgl. auch Tercier P., a.a.O. (Anm. 302), S. 716 und 724.

323 Gutachten a.a.O. (Anm. 312), S. 12 ff.

324 In Art. 3 Abs. 1 VG sollte "in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit" durch "in Ausübung hoheitlicher Gewalt" ersetzt werden. Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/4.2.4, S. 82; vgl. auch hinten 4.2.11.

2.2.3.4 Vorbehalt für das kantonale öffentliche Recht (Art. 43a VE)

Nach Artikel 43*a* Absatz 1 VE sind die Kantone ermächtigt, abweichende Bestimmungen über ihre Haftung - sowie diejenige ihrer Körperschaften, Anstalten und Bediensteten - für Schäden zu erlassen, welche in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht werden. Dieser Vorbehalt rechtfertigt sich aufgrund der Aufgabe des Staates und der besonderen Tätigkeiten, die ihm übertragen sind, namentlich im Bereich der öffentlichen Ordnung und der Justizverwaltung. Er betrifft nicht das Bundesrecht, das schon in Artikel 43 VE vorbehalten ist.

Der Begriff der hoheitlichen Gewalt muss hier in einem engen Sinn verstanden werden. Er setzt die Befugnis zu befehlen und zu verbieten voraus, sowie die Befugnis, wenn nötig mit physischer Gewalt zu zwingen[325]. Zur hoheitlichen Gewalt gehören daher die Entscheidung über die Haft oder die Verurteilung eines Beschuldigten, die polizeiliche Unterdrückung einer Kundgebung auf öffentlichem Grund, die Erfüllung militärischer Aufgaben, die Brandbekämpfung, die Erteilung einer Bewilligung oder einer Konzession, die Verhängung von Disziplinarstrafen gegen einen Beamten oder eine Person, deren Beruf der Verwaltungsaufsicht untersteht, die Anordnung einer Impfung, die Organisation des Strassenverkehrs usw.[326]

Nicht unter den Begriff der hoheitlichen Gewalt fallen hingegen staatliche Tätigkeiten, die keinen Zwang auf Privatpersonen ausüben. Es handelt sich namentlich um sozialpolitische Aufgaben - unabhängig davon, ob für sie eine finanzielle Gegenleistung erbracht wird -, die auch von Personen, die dem Privatrecht unterstehen, ausgeführt werden könnten. Dies ist der Fall bei der Pflege in einem öffentlichen Spital, beim Unterricht in einer höheren Schule, bei den Leistungen einer Kantonalbank, bei der Energieversorgung durch eine Gemeinde und allgemein bei Verträgen, die mit Privatpersonen abgeschlossen werden, beispielsweise bei Verträgen, die sich aus dem Betrieb einer öffentlich zugänglichen Eisbahn ergeben.

Die Verfasser des Vorentwurfs sind sich bewusst, dass die Unterscheidung der staatlichen Tätigkeiten im Hinblick auf die Ausübung hoheitlicher Gewalt Abgrenzungsprobleme mit sich bringt, insbesondere beim obligatorischen Unterricht, bei den Dienstleistungen eines amtlich bezeichneten Anwaltes oder beim Notar, der als öffentlicher Beamter tätig ist. Die Verfasser schlagen vor, im Zweifel das Bundesprivatrecht anzuwenden.

Artikel 43*a* Absatz 1 VE knüpft die Abweichungen zugunsten der kantonalen Gesetzgebung an die Bedingung, dass die Körperschaft oder Anstalt, die die öffentliche Gewalt ausübt, verschuldensunabhängig haftet, sei es ausschliesslich, sei es solidarisch mit den Bediensteten. Mit anderen Worten müssen die Bestimmungen, die die Kantone erlassen können, einen Mindeststandard einhalten, welcher der modernen Auffassung in diesem Bereich entspricht. Diese Bedingung entspricht auch dem Willen, eine Parallele zwischen dem Bundesprivatrecht und dem kantonalen öffentlichen Recht zu schaffen. Die Verfasser des Vorentwurfs erachten einen solchen Vorschlag als mit der Bundesverfas-

---

325 Knapp B., Précis de droit administratif, 4. Aufl. Basel 1991, S. 25 f.; Moor P., Droit administratif, I, Bern 1988, S. 13; vgl. auch Grisel A., a.a.O. (Anm. 304), S. 115.

326 Vgl. Stark E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 9.

sung vereinbar[327]. Sie stellen ausserdem fest, dass schon der geltende Artikel 61 Absatz 1 OR sich aus einer ausgedehnten (zivilrechtlichen) Kompetenz des Bundes zur Regelung der Haftpflicht ableitet und als teilweise Rückübertragung dieser Kompetenz an die Kantone formuliert ist[328].

Das Erfordernis einer verschuldensunabhängigen Haftung der juristischen Person - das heisst das Erfordernis einer vom Verschulden der Bediensteten unabhängigen Haftung - ist durch die besonderen Risiken gerechtfertigt, die mit der Ausübung der öffentlichen Gewalt verbunden sind. Es wäre stossend, wenn die Körperschaft oder Anstalt sich von vornherein befreien könnte und die geschädigte Person gegebenenfalls unter der Zahlungsunfähigkeit des Bediensteten leiden müsste[329]. Dagegen ist es zulässig, den Kantonen die Entscheidungsfreiheit darüber zu belassen, ob die juristische Person ausschliesslich[330] oder solidarisch mit dem Bediensteten haften soll. Die Regelung des internen Verhältnisses bleibt in beiden Varianten stillschweigend vorbehalten.

Artikel 43*a* Absatz 2 VE setzt dem Vorbehalt zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts eine Schranke. Er sieht vor, dass die Kantone von den Bestimmungen über die Gefährdungshaftung nicht abweichen können. Diese Haftungsbestimmungen sind streng. Es scheint daher angebracht, dass sie auf alle Fälle Anwendung finden, ob die Schädigung mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verknüpft ist oder nicht. Die Lösung unterscheidet sich übrigens kaum vom geltenden Recht[331]. Es ist nicht nötig, die Beschränkung von Artikel 43*a* Absatz 2 VE auf andere Bestimmungen auszudehnen, die eine verschuldensunabhängige Haftung vorsehen, wie beispielsweise diejenigen über die Haftung des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB) oder des Werkeigentümers oder -inhabers (Art. 61 VE)[332]. Dies ist vor allem deshalb nicht nötig, weil der Vorbehalt des kantonalen öffentlichen Rechts an strenge Voraussetzungen geknüpft ist, namentlich diejenige bezüglich der verschuldensunabhängigen Haftung (vgl. Art. 43*a* Abs. 1 VE). Eine noch strengere Haltung des Bundesgesetzgebers ist daher für diese Fälle nicht gerechtfertigt.

2.2.4 Abgrenzung gegenüber dem internationalen Recht (Art. 44 VE)

Die Schweiz hat zahlreiche völkerrechtliche Verträge ratifiziert, die Haftungsbestimmungen enthalten. Zu erwähnen sind namentlich Übereinkommen über das Transportwesen wie das Übereinkommen zur Vereinheitlichung von Regeln

---

327 In diesem Sinn äussert sich das Gutachten des Bundesamtes für Justiz (Anm. 312), S. 12 ff., namentlich 19.

328 In diesem Sinn Huber H.,Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung I, Bern 1966, N 95 ff., insbesondere N 103 zu Art. 6 ZGB; a. M. Knapp B., a.a.O. (Anm. 150), N 39 zu Art. 64.

329 Stark. E.W., a.a.O. (Anm. 89), S. 10 f.

330 Diese Regelung gilt schon heute im Bund und in den meisten Kantonen, vgl. dazu Stark E.W., a.a. O. (Anm. 89), S. 4.

331 Vgl. vorne 2.2.3.1.

332 Die Verfasser des Vorentwurfs hatten ursprünglich vor, Art. 43*a* Abs. 2 auch auf diese Sonderbestimmungen anzuwenden.

über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 12. Oktober 1929[333]. Vorauszusehen ist ferner, dass unser Land in Zukunft neue völkerrechtliche Verträge unterzeichnet oder ratifiziert, wie etwa jene, die im Rahmen des allgemeinen europäischen Integrationsprozesses abgeschlossen werden. Dazu gehört beispielsweise das Übereinkommen über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährdende Tätigkeiten, das am 21. Juni 1993 im Rahmen des Europarates verabschiedet wurde.

Für Verträge, die für die Schweiz verbindlich sind, gilt auch ohne besonderen Vorbehalt der Vorrang des Völkerrechts[334]. Dennoch betrachten die Verfasser des Vorentwurfs es als zweckmässig, in den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts einen ausdrücklichen Vorbehalt einzufügen, der den erwähnten Grundsatz wie in Artikel 1 Absatz 2 IPRG ausdrücklich festhält. Dieser Vorschlag beruht auf der Überlegung, dass die allgemeine Regelung der Haftpflicht die grundlegenden Prinzipien enthalten muss, welche für den gesamten Regelungsbereich gelten. Aufs Ganze gesehen, stehen die Interessen der Rechtsunterworfenen und der Rechtspraktiker auf dem Spiel.

2.3 Allgemeine Voraussetzungen (Art. 45 - 47 VE)

2.3.1 Konzeption des Vorentwurfes

Ausser dem Zurechnungsgrund, auf den sich die Ersatzpflicht stützt, ist jede Haftung an drei allgemeine Voraussetzungen geknüpft: den Schaden, die Widerrechtlichkeit der Beeinträchtigung, die durch den Anknüpfungssachverhalt entstanden ist, und den Kausalzusammenhang zwischen diesem Sachverhalt und dem Schaden. Grundsätzlich muss die geschädigte Person das Vorhandensein dieser Voraussetzungen beweisen[335].

Im geltenden Recht begnügt sich Artikel 41 Absatz 1 OR mit der Erwähnung der drei allgemeinen Voraussetzungen. Sie werden neben dem Verschulden genannt, das die Verschuldenshaftung begründet. Der Vorentwurf gibt eine systematische Darstellung der Voraussetzungen und nennt für jede das wesentliche Merkmal. Insofern sind die Artikel 45 - 47*a* VE formell neu. Inhaltlich übernehmen sie weitgehend die Lösungen von Lehre und Rechtsprechung. In einigen Punkten bringen sie Präzisierungen und Neuerungen, die den Erwartungen der Praxis entsprechen sollten. Unter dem Gesichtspunkt der Systematik erscheint es als logisch, dass das Gesetz die Voraussetzungen behandelt, die allen Haftungen gemeinsam sind, bevor es die verschiedenen Grundlagen bezeichnet, die im Einzelfall erlauben, die Ersatzpflicht einem Dritten aufzuerlegen.

---

333 SR 0.748.410.

334 Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung. Gemeinsame Veröffentlichung des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989, VPB 1989, S. 431.

335 Vgl. Art. 56*d* VE und hinten 2.9.4.3.

2.3.2 Schaden (Art. 45 - 45f VE)

2.3.2.1 Arten und Kategorien (Art. 45 VE)

Artikel 45 Absatz 1 VE nennt die zwei klassischen Schadensarten, nämlich den Vermögensschaden und den immateriellen Schaden. Sie unterscheiden sich danach, ob die Schädigung finanzielle Auswirkungen hat oder die Persönlichkeit als solche in Mitleidenschaft zieht. Artikel 45 Absatz 2 VE präzisiert, dass der Vermögensschaden die in Artikel 45*a* - 45*d* VE erwähnten Kategorien - Folgen der Tötung oder der Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person, Folgen der Einwirkungen auf Sachen oder auf die Umwelt - sowie den reinen Vermögensschaden erfasst, der als solcher nicht definiert wird. Der immaterielle Schaden ist in Artikel 45*e* VE geregelt, der sich über Grundsatz, Voraussetzungen und Ersatzformen äussert.

Artikel 45*f* VE regelt den Ersatz ergänzender Schadensposten. Es handelt sich um die Kosten, welche die geschädigte Person unter bestimmten Umständen aufwendet, namentlich um eine drohende Einwirkung abzuwehren, die Folgen einer eingetretenen Einwirkung zu mindern oder ihre Ansprüche geltend zu machen. Diese Kosten können mit dem Eintritt sowohl eines Vermögensschadens wie auch eines immateriellen Schadens zusammenhängen. In diesem Sinne stellen sie "ergänzende" Schadensposten dar.

Die Verfasser des Vorentwurfs folgen den Feststellungen der Studienkommission[336], wonach die Frage des Schadens und seiner Berechnung eng mit jener des Ersatzes verbunden ist und dass es in diesem Bereich nicht zweckmässig, ja unrealistisch ist, eine vollständige Regelung anzustreben. Bestimmte Probleme, wie jenes der Anrechnung von Vorteilen, haben in der Praxis befriedigende Lösungen gefunden, so dass der Gesetzgeber nicht eingreifen muss. Andere Probleme, wie jene im Zusammenhang mit der Fälligkeit oder der Verzinsung der Entschädigung, kennen derart unterschiedliche Anwendungsfälle, dass es nutzlos wäre, im Gesetz allgemein formulierte Antworten zu geben. Folglich befasst sich der Vorentwurf mit dem Wesentlichen, indem er die wichtigsten Typen von ersatzfähigen Schäden nennt. Der letztgenannte Ausdruck mag auf den ersten Blick tautologisch erscheinen. Er drückt jedoch aus, dass der Schadensbegriff im Haftpflichtrecht eine normative Bedeutung hat. Denn gewisse Schäden sind nicht ersatzfähig, weil man sie nicht ersetzen will, und nicht deshalb, weil man sie nicht ersetzen kann. Ein Beispiel sind die Kosten für den Grabunterhalt nach einem Todesfall[337]. Demnach erlaubt die Verwendung des Begriffs "ersatzfähiger Schaden" in den gesetzlich vorgesehen Fällen die Aktivlegitimation der geschädigten Person zu bestimmen.

Der Vorentwurf definiert in den Artikeln 45*a* - 45*d* verschiedene Kategorien von Vermögensschäden. Die Unterscheidung wird nach der Natur des verletzten Rechtsguts vorgenommen: Leben, körperliche oder geistige Unversehrtheit, Sachen, natürliche Umwelt. Solche Schäden sind grundsätzlich immer ersatzfähig, wenn die gesetzlichen Haftungsvoraussetzungen gegeben sind. Etwas anderes muss für Vermögensverminderungen gelten, die nicht durch eine Verletzung der genannten Rechtsgüter entstanden sind. Man nennt sie heute in

---

336 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/5.1, S. 74 ff.

337 BGE 113 II 338.

Ermangelung eines Besseren "andere Schäden" oder "reine Vermögensschäden" ("dommages purement économiques", dieser Begriff ist unglücklich, da jeder Vermögensschaden definitionsgemäss ein wirtschaftlicher Schaden ist). Damit meint man beispielsweise die finanziellen Folgen von Beeinträchtigungen des geschäftlichen Rufs, der Wirtschaftsfreiheit und des Wettbewerbs sowie die Folgen einer kriminellen Tätigkeit, wie etwa eines Betrugs, die die Vermögensinteressen Dritter beeinträchtigt. Dazu werden auch die Reflexschäden (oder indirekte Schäden, dommages réfléchis, indirects) gerechnet, d.h. der Erwerbsausfall oder die Mehrausgaben, die ein Dritter indirekt erleidet, der mit dem Opfer der ersten Beeinträchtigung vertraglich oder persönlich verbunden ist[338].

Im geltenden Recht sieht Artikel 41 Absatz 1 OR grundsätzlich den Ersatz jedes Schadens vor, ohne Rücksicht auf den Ursprung der Beeinträchtigung oder die Natur des verletzten Rechtsgutes. Der Grundsatz unterliegt einer allgemeinen Begrenzung, insoweit als normalerweise die Reflexschäden nicht ersatzfähig sind, wenn sie reine Vermögensschäden sind. Eine gesetzliche Ausnahme besteht zugunsten der Angehörigen eines Verstorbenen für den Verlust des Versorgers (Art. 45 Abs. 3 OR). Die Aktivlegitimation steht daher in der Regel der unmittelbar geschädigten Person zu und nicht der nur indirekt geschädigten Person[339]. Diese Begrenzung beruht nicht auf einer klaren gesetzlichen Bestimmung. Sie ergibt sich aus einer a-contrario-Auslegung von Artikel 45 Absatz 3 OR und aus der Vorstellung, dass es sich rechtfertigt, der Haftpflicht vernünftige Schranken zu setzen. Sie ist auch in der Feststellung begründet, dass im Bereich der ausservertraglichen Haftung das Vermögen nicht an sich von der Rechtsordnung geschützt wird - im Gegensatz zu den absoluten Rechten. Anders ist die Rechtslage, wenn die Person, die in ihren Vermögensinteressen geschädigt ist, sich auf eine spezifische Schutznorm berufen kann. Zur Beantwortung dieser Frage begibt sich das Gericht auf das Gebiet der Widerrechtlichkeit (Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Urhebers der fraglichen Handlung) und wendet die sogenannte Theorie des Schutzzwecks der Norm an[340]. So ging das Bundesgericht in zwei Urteilen von 1975 und 1976 vor. Diese bejahen die Ersatzpflicht für den Schaden, den Unternehmungen in Folge des Bruchs einer Wasserkanalisation bzw. eines elektrischen Kabels erlitten haben, wobei ihnen die gebrochene Sache nicht gehörte[341].

Gewisse Spezialgesetze, die eine scharfe Kausalhaftung begründen, setzen dem Umfang des Schadenersatzes besondere Grenzen[342]. Sie schliessen namentlich die Entschädigung für andere Schäden als jene, die sich aus einer Einwirkung auf das Leben, die körperliche oder geistige Unversehrtheit oder auf

---

338 Tercier P., La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, in Gedächtnisschrift für Peter Jäggi, Freiburg 1977, S. 242 f. .

339 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28) S. 64 f.; BGE 101 Ib 254, 112 II 124.

340 Giovannoni P., Le dommage par ricochet en droit suisse,in Développements récents en droit de la responsabilité civile, Zürich 1991, S. 242 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 2, N. 72 ff.; Kramer E.A., Reine Vermögensschäden als Folge von Stromkabelbeschädigungen, recht 1984, S. 133. Vgl. hinten 2.3.3.1.

341 BGE 101Ib 254 ff., 102 II 86 ff.

342 Vgl. namentlich Art. 27 EleG; Art. 1 Abs. 1 und 11 EHG; Art. 64 LFG; Art. 58 Abs. 1 SVG; Art. 33 Abs. 1 RLG.

Sachen ergeben, von ihrem Anwendungsbereich aus. Dies gilt selbst dann, wenn diese Schäden die indirekte Folge eines Personen- oder Sachschadens sind. Die Ratio legis liegt in geschichtlichen Motiven, die ein gewisses Misstrauen des Gesetzgebers gegenüber den scharfen Kausalhaftungen ausdrükken. Sie ergibt sich auch aus dem Willen, den Ersatz auf die typischen Folgen der Verwirklichung einer Gefahr zu beschränken, die dieser oder jener Haftung zugrunde liegt[343]. In diesem Zusammenhang kann man bezweifeln, dass diese besonderen Begrenzungen wirklich eine konkurrierende Anwendung der Bestimmungen des gemeinen Rechts ausschliessen, wie das Bundesgericht dies bezüglich Artikel 58 Absatz 1 SVG entschieden hat[344].

Gemäss dem Vorschlag der Studienkommission[345] verzichten die Verfasser des Vorentwurfs auf eine Definition des "reinen Vermögensschadens" und infolgedessen auch auf eine Präzisierung, in welchen Fällen der Reflexschaden zu ersetzen ist. Denn es ist schwierig, in diesem Punkt der Haftung mit allgemeinen Ausdrücken Grenzen zu setzen - deren Notwendigkeit niemand bestreitet -, und dies würde die Gefahr willkürlicher Lösungen mit sich bringen. Gewisse besondere Tatbestände des "reinen Vermögensschadens" sind immerhin da und dort ausdrücklich geregelt[346]. Im Übrigen ist es Aufgabe der Rechtsprechung, im Einzelfall das rechte Mass für die Entschädigung des Schadens zu finden, den eine Person reflexweise erleidet, sei es durch die Anerkennung einer spezifischen Schutznorm[347] oder durch die Bejahung eines eigenen (oder direkten) Schadens[348].

Für Gefährdungshaftungen halten es die Verfasser des Vorentwurfs dagegen für notwendig, den Umfang der Ersatzpflicht zu begrenzen und so eine Frage zu regeln, welche die Studienkommission nicht entscheiden konnte[349]. Die Begrenzung gilt für Gefährdungshaftungen, die sich auf die Generalklausel (Art. 50 Abs. 1 und 2 VE) oder eine Spezialbestimmung (Art. 50 Abs. 3 VE) stützen. Artikel 45 Absatz 2 VE sieht vor, dass, unter Vorbehalt anderslautender Bestimmungen, nur der Schaden ersatzfähig ist, der durch Tötung (Art. 45*a* VE), durch Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit (Art. 45*b* VE), auf Sachen (Art. 45*c* VE) oder auf die Umwelt (Art. 45*e* VE) entsteht, kurz auf Güter, die wegen ihres höheren Wertes einen vollständigen Rechtsschutz verdienen. Diese Begrenzung ergibt sich aus dem Willen, die Haftung in gewissen Schranken zu halten. Denn die Entschädigung der "reinen Vermögensschäden" kann zur Bezahlung beträchtlicher Summen führen. Diese Begrenzung rechtfertigt sich auch aufgrund des Begriffs der Gefahr selbst, die hier im physikalischen Sinne verstanden wird. Bei den scharfen Kausalhaftungen ist die charakteristische Tätigkeit vor allem für Menschen und Sachen gefährlich, ein-

---

343 Tercier P., a.a.O. (Anm. 185), S. 255 ff.

344 Vgl. BGE 106 II 77 ff. und die Kritiken von Kramer E.A., a.a.O. (Anm. 340), S. 130 ff. Vgl. hinten 2.6.2.

345 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.2, S. 43f.

346 Vgl. Art. 45*a*, 45*d* und 45*f* VE.

347 Wie in BGE 101 Ib 254 ff. und 102 II 86 ff. Vgl. hinten 2.3.3.

348 Wie in BGE 112 II 128.

349 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.3.5, S. 66.

schliesslich der natürlichen Umwelt, und nicht so sehr für reine Vermögensinteressen Dritter.

In Bezug auf die Verschuldenshaftung ist eine solche Begrenzung nicht nötig, denn der Umfang der Ersatzpflicht ist schon durch besondere Voraussetzungen beschränkt: einerseits durch jene, die mit dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit verknüpft sind (Art. 48 VE), andererseits durch jene, die mit dem Verhaltensunrecht verknüpft sind (Art. 46 Abs. 2 VE). Bei der Haftung für Hilfspersonen (Art. 49 und 49*a* VE) ist die Ersatzpflicht durch den Befreiungsbeweis begrenzt, welcher der beklagten Partei zusteht. Einer Person, die infolge der Ausübung einer besonders gefährlichen Tätigkeit Opfer eines reinen Vermögensschadens ist, steht es im Übrigen frei, sich auch auf die genannten Bestimmungen zu berufen, wenn deren gesetzliche Voraussetzungen gegeben sind[350].

Artikel 45 Absatz 3 VE behält anderslautende Bestimmungen vor. Dies betrifft z.B. die Norm von Artikel 45*f* VE oder spezielle Abweichungen, die durch die Natur der Einwirkung auf fremde Güter und durch das Ausmass des Schutzes, das der Gesetzgeber ihnen verleihen will, gerechtfertigt sein könnten[351].

2.3.2.2 Vermögensschaden (Art. 45a - 45d VE)

2.3.2.2.1 Einführung

Die Verfasser des Vorentwurfes erachteten es als unnötig, im Gesetz eine positive Definition des Vermögensschadens vorzunehmen. Dieser Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem Stand, den dieses erreicht hätte, wenn die Schädigung nicht eingetreten wäre[352]. Ein Nachteil, der sich nicht in einem finanziellen Verlust ausdrückt, stellt daher keinen Vermögensschaden[353] oder - nach einer in Deutschland üblichen, vom Bundesgericht letzthin übernommenen Bezeichnung[354] - keinen normativen Schaden dar. Dieser Nachteil kann aber unter Umständen zu einem immateriellen Schaden führen.

Der Vorentwurf definiert in den Artikeln 45*a* - 45*d* verschiedene Kategorien von Vermögensschäden. Das Unterscheidungskriterium ist die Natur des verletzten Rechtsguts, d.h. Leben, körperliche und geistige Unversehrtheit, Sachen, natürliche Umwelt.

---

350 Vgl. Art. 53 VE und hinten 2.6.2.

351 Zu einem Anwendungsfall des KHG vgl. BGE 116 II 480.

352 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 54; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 2, N. 9. Vgl. auch BGE 104 II 199, 116 II 444.

353 BGE 115 II 481 f., Vgl. auch Stark E.W., Zur Frage der Schädigung ohne Vermögensnachteile, in Festschrift Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 320 f.

354 Pra 1995, S. 556. Zum Begriff des normativen Schadens vgl. insbes. Fellmann W., Neuere Entwicklungen im Haftplichtrecht, AJP 7/795, S. 881 f.

2.3.2.2.2 Bei Tötung (Art. 45a VE)

Artikel 45*a* VE übernimmt den bisherigen Artikel 45 OR und präzisiert ihn. Er bestimmt den ersatzfähigen Schaden bei Tötung einer Person. Dieser Schaden umfasst zwei Grössen. Er betrifft zunächst die Todesfallkosten, namentlich diejenigen der Bestattung (Abs. 1). Derartige Kosten werden normalerweise vom Nachlass getragen (Art. 474 Abs. 2 ZGB); die Vergütung dafür ist also den Erben des Verstorbenen geschuldet[355]. Der ersatzfähige Schaden umfasst auch den Versorgerschaden, den Angehörige des Opfers erleiden, wenn dieses ganz oder teilweise für ihren Unterhalt sorgte (Abs. 2). Gleich wie Artikel 45 Absatz 3 OR gewährt Artikel 45*a* Absatz 2 VE diesen Personen ein eigenes Recht auf Ersatz eines Reflexschadens. Andere Probleme betreffend den Umfang des Ersatzes im Todesfall wurden vom Gesetz nicht geregelt. Dies gilt vor allem für die Frage, in welchem Ausmass die Reisekosten von Angehörigen zur Teilnahme an der Beerdigung ersetzt werden müssen, oder ob das Selbstverschulden des Verstorbenen den Erben, die die Bezahlung der Bestattungskosten verlangen, entgegengehalten werden kann. Dasselbe gilt für die Herabsetzung der Entschädigung für den Versorgerschaden des überlebenden Ehegatten aufgrund hypothetischer Wiederverheiratungschancen.

Die Verfasser des Vorentwurfs betrachten die Bestimmung von Artikel 45 Absatz 2 OR als überflüssig. Sie regelt den Ersatz für Schäden, den das unmittelbare Opfer der Einwirkung zu Lebzeiten erlitt, namentlich die Behandlungskosten und den Erwerbsausfall. Der Anspruch auf Ersatz dieser Schäden ergibt sich aus Artikel 45*b* VE (Art. 46 Abs. 1 OR). Wenn der Berechtigte stirbt, so geht der Anspruch auf seine Erben über (Art. 360 ZGB)[356].

2.3.2.2.3 Bei Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit (Art. 45b VE)

Artikel 45*b* VE übernimmt im wesentlichen den bisherigen Artikel 46 Absatz 1 OR. Er bestimmt den ersatzfähigen Schaden bei Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person. Dieser Schaden umfasst zwei Posten. Er umfasst zunächst die Kosten, welche der geschädigten Person entstanden sind, namentlich jene der Behandlung. Er umfasst auch den entgangenen Erwerb oder andere Verluste, die infolge von Arbeitsunfähigkeit und Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens eingetreten sind; diese beiden Berechnungsfaktoren des Invaliditätsschadens können alternativ oder kumulativ angewendet werden[357]; beide sind gesetzgeberisch gerechtfertigt. Der Schaden, der hier ersatzfähig ist, umfasst neben dem entgangenen Erwerb "andere Verluste", die aus der Arbeitsunfähigkeit oder der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens entstehen. Dieser Zusatz ist formell neu. Er betrifft finanzielle Nachteile, die sich nicht vollständig in die klassischen Schadensposten bei Körperverletzung einordnen lassen, wie etwa Nachteile infolge der Unfähigkeit, einen Haushalt zu führen. Im Übrigen ist es Sache der Recht-

---

355 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 19 zu Art. 45 OR.

356 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 25 f. zu Art. 45 OR.

357 Vgl. BGE 99 II 218 ff.

sprechung zu präzisieren, für welche Folgen einer Gesundheitsschädigung Schadenersatz verlangt werden kann.

Gemäss dem Vorschlag der Studienkommission[358] befürworten die Verfasser des Vorentwurfs die Aufhebung der Norm von Artikel 46 Absatz 2 OR. Diese Bestimmung erlaubt dem Gericht, während einer Verwirkungsfrist von zwei Jahren die Abänderung des Urteils vorzubehalten, wenn es die Folgen von Körperverletzungen nicht mit genügender Sicherheit feststellen kann. Jede Partei kann gegebenenfalls eine Änderungsklage einreichen, wenn die Umstände, die im Urteil vorbehalten wurden, und namentlich der Grad der dauernden Invalidität sich erheblich geändert haben.

Artikel 46 Absatz 2 OR durchbricht den Grundsatz der sofortigen und endgültigen Streiterledigung im Haftpflichtrecht[359]. Dies hat die Rechtsprechung zu einer zurückhaltenden, ja ausnahmsweisen Anwendung veranlasst[360]. In Tat und Wahrheit bringt vor allem die Kürze der zweijährigen Frist praktische Schwierigkeiten mit sich. Sie zwingt das Gericht, auf den Revisionsvorbehalt zu verzichten, wenn es sich herausstellt, dass der Gesundheitszustand des Opfers sich nicht vor zwei Jahren stabilisieren wird. Faktisch sind daher jene Fälle von der Anwendung von Artikel 46 Absatz 2 OR ausgeschlossen, die diese Norm in erster Linie erfasste, nämlich die Schwerbehinderten, deren Zustand im Zeitpunkt des Urteils noch nicht konsolidiert ist. Zu denken ist vor allem an Kinder, für die der Invaliditätsgrad oft erst am Ende der Pubertät festgelegt werden kann[361]. Die äusserst seltene Verwendung des Revisionsvorbehaltes erklärt sich auch aus der Prozessdauer und der weiten Auslegung des Begriffs der "Kenntnis des Schadens" in der Praxis. Diese erlaubt der geschädigten Person, die Einreichung einer Schadenersatzklage zu verschieben, ohne befürchten zu müssen, dass ihr die Verjährungseinrede entgegengehalten wird[362]. Aus all diesen Gründen kommen die Verfasser des Vorentwurfs zum Schluss, dass die Norm von Artikel 46 Absatz 2 OR unangemessen ist und dass im Obligationenrecht eine Klage eingeführt werden muss, die der geschädigten Person erlaubt, den Grundsatz ihres Ersatzanspruchs feststellen zu lassen, wenn es nicht möglich ist, die künftige Entwicklung des Schadens abzuschätzen[363].

2.3.2.2.4 Bei Einwirkung auf Sachen (Art. 45c VE)

Im geltenden Recht erwähnen die allgemeinen Bestimmungen über die Haftpflicht den Ersatz des Sachschadens nicht besonders. Einige Sonderbestimmungen behandeln ihn, oft um die Entschädigung zu begrenzen. So sehen die Artikel 447 OR und 12 EHG die objektive Berechnungsmethode vor, die nur

---

358 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/5.4, , S. 88.

359 BGE 86 II 45 ff.

360 BGE 57 II 59; vgl. auch Stark E.W., a.a.O. (Anm. 31), S. 82 f.

361 BGE 86 II 44; vgl. auch Art. 29 Abs. 2 IVG; Wessner P., L'indemnisation du préjudice résultant de l'invalidité: une réglementation inadaptée aux jeunes lésés, in: Hommage à Raymond Jeanprêtre, Neuchâtel 1982, S. 159 ff.

362 Vgl. Art. 60 Abs. 1 OR; Art. 55 Abs. 1 VE und hinten 2.8.4.

363 Vgl. Art. 56*e* VE und hinten 2.9.5.

den realen Wert (oder Verkehrswert) der beschädigten oder zerstörten Sachen berücksichtigt[364].

Die Studienkommission hat die Einführung einer allgemeinen Norm auf diesem Gebiet abgelehnt. Sie betonte vor allem die Komplexität und die Vielfalt der einzelnen Probleme, die der Ersatz des Sachschadens mit sich bringt. Sie befürchtete auch, dass eine Regelung die Praxis zu unerwünschten a-contrario-Antworten auf Fragen führen würde, die vom Gesetz nicht ausdrücklich behandelt sind[365].

Die Verfasser des Vorentwurfs erachteten es hingegen als zweckmässig, dass der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts auf diesem Gebiet gewisse Grundprinzipien aufstellt, um die Praxis des Schadenersatzes zu erleichtern und eine Parallele zu anderen Typen des Vermögensschadens zu schaffen. Zu diesem Zweck definiert Artikel 45*c* VE in den Absätzen 1 und 2 die elementaren Posten des ersatzfähigen Schadens bei gänzlicher oder teilweiser Beschädigung einer Sache. Er erwähnt in Absatz 3 zusätzliche Posten, die je nach den Umständen Anspruch auf Entschädigung geben können. Diese Regelung ist ein grober Rahmen. Sie soll nicht ausschliesslich sein. Sie überlässt es also der Rechtsprechung zu präzisieren, welche anderen Ansprüche die geschädigte Person im Zusammenhang mit dieser Art von Schaden geltend machen kann. Dies bedeutet, dass die Grundsätze, die die gegenwärtige Praxis anwendet, in Zukunft einen gewissen Wert behalten sollten. Das gilt vor allem für die subjektive Berechnungsmethode, die in der Regel Anwendung findet, und die den Nutzen berücksichtigt, welchen die Sache im Vermögen der geschädigten Person darstellte. Dieser Nutzen kann im Einzelfall höher als der objektive Wert der Sache sein. Er kann aber nie den Affektionswert umfassen, dessen Verlust normalerweise keine Entschädigung in Geld rechtfertigt[366].

Artikel 45*c* Absatz 1 VE regelt die Entschädigung des Totalschadens, wenn die Sache zerstört (oder verloren) oder die Reparatur technisch unmöglich oder unwirtschaftlich ist. In der Regel entspricht dieser Schaden den Kosten für die Anschaffung einer gleichwertigen neuen Sache. Es wird also der Wiederbeschaffungswert ersetzt, unabhängig davon, ob die geschädigte Person eine neue Sache anschafft. Die Regel gilt voll und ganz für Sachen, deren Wert stabil ist und keine Entwertung kennt (z.B. ein Stilmöbel). Für andere Sachen (z.B. für ein Automobil) kann die Entschädigung um den Betrag der Entwertung bis zum Tag der Schädigung herabgesetzt werden. Damit wird eine angemessene Abschreibung berücksichtigt. Das Gericht verfügt hier über ein Ermessen. Es kann im Einzelfall von jeder Herabsetzung absehen und namentlich für übliche Gebrauchsgegenstände vom Gebrauchswert ausgehen, den sie für die geschädigte Person darstellen[367]. Die Verfasser des Vorentwurfs erachten es als unnütz, in diesem Punkt eine gesetzgeberische Präzisierung anzubringen. Sie

---

364 Vgl. zu diesen Fragen Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 250 f.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51) S. 224 f.

365 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/5.5, S. 89.

366 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 251 f. und 258; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 6, N 379; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 223 und 225; vgl. auch BGE 87 II 291 f.

367 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 253; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 223.

betrachten es ferner als überflüssig, ein besonderes Entschädigungskriterium vorzusehen, wenn keine gleichwertige Sache angeschafft werden kann.

Artikel 45*c* Absatz 2 VE regelt die Entschädigung des Teilschadens. Der Schaden umfasst namentlich die Reparaturkosten, unabhängig davon, ob die geschädigte Person die Sache reparieren lässt. Zu diesen Kosten können weitere Auslagen hinzukommen, wie jene der Pannenhilfe oder der administrativen Begutachtung für einen Unfallwagen sowie ein Betrag, der einen allfällig verbleibenden Minderwert ersetzt. Unter aussergewöhnlichen Umständen kann die Entschädigung den Wert der Sache am Tag der Schädigung übersteigen, etwa bei Reparaturkosten für ein beschädigtes Kunstwerk oder Behandlungskosten für ein verletztes Tier[368].

Artikel 45*c* Absatz 3 VE erwähnt andere Posten des ersatzfähigen Schadens im Falle der vollständigen oder teilweisen Beschädigung einer Sache. Es handelt sich namentlich um die Mietkosten für eine gleichwertige Sache oder (wenn diese Miete nicht möglich ist) den entgangenen Gewinn. Für beide Posten kann während der zur Instandstellung oder zur Neubeschaffung erforderlichen Zeitspanne Ersatz verlangt werden. Die Sache muss für die geschädigte Person nützlich oder notwendig sein[369]. Sie ist notwendig, wenn sie für das Dasein unentbehrlich ist (z.B. Wohnung) oder, wie es der Vorentwurf präzisiert, der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit dient (z.B. das Fahrzeug eines Arztes oder eines Handelsreisenden). Sie ist nützlich, wenn sie nach Treu und Glauben einem wichtigen Bedürfnis der beschädigten Person entspricht, ohne notwendig zu sein. Das ist bei der Miete eines Fahrzeugs während der Ferien der Fall, namentlich, wenn diese in einer Region vorgesehen sind, die von den öffentlichen Verkehrsmitteln wenig bedient wird[370].

Wenn die geschädigte Person weder die Vergütung von Mietkosten für eine gleichwertigen Sache noch den Ersatz von entgangenem Gewinn verlangen kann, stellt sich die Frage, ob sie Ersatz für den Ausfall der Nutzung an der beschädigten Sache verlangen kann, namentlich wenn die fixen Kosten für diese Sache weiterhin anfallen, wie dies für das Auto der Fall ist. Diese Frage ist heute umstritten[371]. Die Verfasser des Vorentwurfs wollen keine gesetzgeberische Antwort darauf geben. Sie sind sich bewusst, dass man sich hier an der Grenze des Frustrationsschadens befindet[372].

---

368 Vgl. dazu die parlamentarischen Initiativen von François Loeb vom 24. August 1992 (92.437, Tier keine Sache) und von Suzette Sandoz vom 16. Dezember 1994 (93.459, Wirbeltiere. Gesetzliche Bestimmungen) sowie den von der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats ausgearbeiteten Vorentwurf vom 27. März 1997, der insbesondere die Einführung eines neuen Absatzes 3 von Artikel 42 OR vorsieht: "Im Rahmen von Treu und Glauben können Heilungskosten für ein Tier auch dann als Schaden geltend gemacht werden, wenn sie den Wert des Tieres übersteigen".

369 Die Eigenschaftswörter "notwendig" und "nützlich" sind im Besitzesrecht (Art. 939 Abs. 1 ZGB) und im Bereicherungsrecht (Art. 65 Abs. 1 OR) erwähnt.

370 Bussy A./Rusconi B., Code suisse de la circulation routière, 2. Aufl., Lausanne 1984, N 2.3 zu Art. 62 SVG; vgl. auch RJN 1980/1981, S. 59 f.

371 Für die Entschädigung: Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 224; gegen die Entschädigung: Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 258; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 6, N 373.

372 Vgl. vorne 2.3.2.2.1 und die Hinweise in Anm. 353.

2.3.2.2.5 Bei Einwirkung auf die Umwelt (Art. 45d VE)

Artikel 45*d* VE definiert den ersatzfähigen Schaden im Falle der Einwirkung auf die natürliche Umwelt. Zudem räumt er unter bestimmten Voraussetzungen die Aktivlegitimation für den Ersatzanspruch andern Personen als den Berechtigten (im Sinne des Sachenrechts) ein: dem Gemeinwesen, das für vorbeugende Massnahmen und für Massnahmen zum Schutz und zur Wiederherstellung des Umwelt-Gleichgewichts zuständig ist, sowie den gesamtschweizerischen und regionalen Umweltschutzorganisationen, die entsprechende Massnahmen tatsächlich vorbereitet oder ergriffen haben und dazu ermächtigt waren.

Diese Bestimmung ist neu. Nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfs rechtfertigen es viele Gründe, sie in den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts aufzunehmen, auch wenn die Studienkommission dies noch nicht vorgesehen hatte. Zunächst muss man feststellen, dass die natürliche Umwelt, die mehr und mehr Gefahren ausgesetzt ist, die von gewissen Tätigkeiten ausgehen, heute als ein besonders schutzwürdiges Gut angesehen wird. Diese Feststellung hat in der Schweiz und anderswo ihre rechtliche Anerkennung gefunden. In der Schweiz sind namentlich das (letzthin revidierte) Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966[373], das (soeben revidierte) Gewässerschutzgesetz vom 24. Januar 1991[374] und das Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983, das zurzeit revidiert wird[375], zu erwähnen. Auf internationaler Ebene ist allein auf dem Gebiete des Haftpflichtrechts auf die Konvention des Europarates über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährdende Tätigkeiten hinzuweisen, die am 21. Juni 1993 in Lugano verabschiedet wurde und noch nicht in Kraft getreten ist[376].

Die Verfasser des Vorentwurfs sind zudem der Ansicht, dass die Notwendigkeit einer Regel, die den Umweltschaden und die Aktivlegitimation für dessen Ersatz definiert, sich nicht nur durch den Wert des betreffenden Rechtsguts, sondern auch durch seine Besonderheit rechtfertigt. Denn die natürliche Umwelt, die sich aus Bestandteilen wie Luft, Wasser, Boden, Pflanzen- und Tierwelt zusammensetzt, ist nicht abgegrenzt. Sie kann daher nicht immer bestimmten Berechtigten zugeschrieben werden. Dies erklärt, weshalb die Klageberechtigung unter gewissen Umständen Rechtssubjekten zustehen muss, die aus Pflicht oder Interesse für die Erhaltung der natürlichen Umwelt arbeiten, ohne persönlich geschädigt zu sein. Dazu kommt die Besonderheit des betreffenden Schadens. Die finanziellen Folgen von Einwirkungen auf die Umwelt ergeben sich oft ebensosehr aus Vorbeuge- und Schutzmassnahmen wie aus Wiederherstellungmassnahmen. Daraus ergibt sich unbestrittenermassen eine Ausdehnung des Schadensbegriffs, wie sie im Übrigen die genannte Europäische Konvention vorsieht[377]. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass die

---

373 SR 451.

374 SR 814.20.

375 SR 814.01. Revision vom 21. Dezember 1995; vgl. Entwurf und Botschaft des Bundesrates vom 7. Juni 1993, BBl 1993 II 1445 ff.

376 Vgl. Série des Traités européens 150 und BBl 1993 II 1554 f.

377 Vgl. namentlich die Art. 1, 6 und 7 sowie Art. 2 Abs. 7 Bst. d, 8 und 9.

diesbezügliche Rechtsprechung bisher an einem klassischen Begriff des Schadens festgehalten hat. So hat das Bundesgericht in einem Fall, wo es um die Folgen der Verunreinigung der Broye durch chemische Produkte ging, den Kantonen Waadt und Freiburg die Entschädigung verweigert, die sie als Gegenwert für die getöteten Fische verlangten. Das Bundesgericht war der Ansicht, dass die beiden Gemeinwesen weder Eigentümer der vergifteten Fische waren noch ein dem Eigentum ähnliches Recht über diese ausübte, so dass sie eigentlich keine Vermögensminderung erlitten hatten[378]. Diese Rechtsprechung ist vom Bundesrat kritisiert worden, weil sie im Widerspruch zu Entschädigungspraxen bei Schäden an Fischbeständen stehe und den Verursacher der Verunreinigung in ungerechtfertigter Weise von seiner Haftung befreie[379].

Auch ist daran zu erinnern, dass nach dem letzthin revidierten Umweltschutzgesetz, das eine Gefährdungshaftung des Inhabers eines Betriebs oder einer Anlage, mit denen eine besondere Gefahr für die Umwelt verbunden ist, eingeführt hat, der Ersatz des "eigentlichen Umweltschadens" ausgenommen ist (Art. 59*a* Abs. 1). Unter diesem Begriff sind nach den Materialien namentlich die Kosten für die Wiederaussetzung freilebender Tiere zu verstehen[380]. Aus Angst, dass sich die Rechtsprechung auf diesem Gebiet in einer extensiver Weise entwickelt, beschloss das Parlament, diese Ausnahme im Gesetzestext ausdrücklich zu verankern. Bei der Revision hat der Gesetzgeber aber klar erkannt, dass sich die Frage nach dem Ersatz des eigentlichen Umweltschadens anlässlich der Totalrevision des Haftpflichtrechts und der Prüfung der Ratifikation der erwähnten Konvention von Lugano wieder stellen wird[381]. In diesem Sinne stellt Artikel 45*d* VE eine positivrechtliche Antwort auf diese Frage dar.

Diesbezüglich kann man sich fragen, ob der Umweltschaden nicht in der Umweltschutzgesetzgebung definiert werden sollte. Die Verfasser des Vorentwurfs verneinen dies. Zum einen sind sie der Auffassung, dass das Haftpflichtrecht soweit wie möglich im Allgemeinen Teil des OR geregelt werden muss. Zum zweiten betonen sie damit ihren Willen, die Einwirkungen auf die Umwelt gleichrangig mit den "klassischen" Einwirkungen zu behandeln. Schliesslich kann eine Einwirkung auf die Umwelt auch die Folge einer Tätigkeit sein, die von einem anderen Gesetz als dem USG erfasst ist, beispielsweise einer Tätigkeit im Militär- oder Atombereich[382]. Dies bedeutet, dass die in Artikel 45*d* VE enthaltene Regelung von allgemeiner Tragweite ist und daher nicht als ausschliessliche Anwendung des USG verstanden werden darf.

Artikel 45*d* Absatz 1 VE definiert spezifische Schadensposten, die als Folge einer Einwirkung auf die natürliche Umwelt auftreten. Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Sie erwähnt nicht die klassischen Posten des Sachschadens, wie die Kosten der Sanierung eines landwirtschaftlichen Grundstücks, das durch Erdölprodukte verunreinigt ist, oder den Erwerbsausfall infolge einer vernichteten Getreideernte. Die spezifischen Posten, von denen hier die Rede ist,

---

378 BGE 90 II 417.

379 BBl 1973 I 698 f.

380 Vgl. die Botschaft des Bundesrats, BBl 1993 II 1550; Amtl. Bull. 1995 N 2419.

381 BBl 1993 II 1546 f., 1554 f.; Amtl. Bull. 1995 N 2419.

382 Vgl. Art. 3 USG.

betreffen vor allem Kosten von Vorbeuge-, Schutz- und Wiederherstellungsmassnahmen infolge einer Einwirkung (oder einer drohenden Einwirkung) auf die Umwelt. Ferner wird vorausgesetzt, dass diese Massnahmen nach Treu und Glauben ergriffen wurden, d.h. dass sie aufgrund der konkreten Umstände als objektiv angemessen erscheinen. Der Ersatz von Vorbeugemassnahmen im Falle einer drohenden Einwirkung oder von Schutzmassnahmen im Falle einer andauernden oder eingetretenen Einwirkung ist auch durch die allgemeine Regel von Artikel 45*f* VE vorgesehen, der ergänzende Schadensposten definiert[383]. Die Verfasser des Vorentwurfs haben diese Regelung dennoch in Artikel 45*d* besonders erwähnt, da die Aktivlegitimation einem weiteren Personenkreis zusteht.

Artikel 45*d* Absatz 1 Buchstabe a VE sieht den Ersatz der Kosten von Massnahmen vor, die ergriffen wurden, um eine drohende Einwirkung auf die natürliche Umwelt abzuwehren. Hier wird der Ersatz eines typischen "reinen Vermögensschadens" angestrebt[384]. Dieser Ersatz wird schon im geltenden Recht durch Sonderbestimmungen wie Artikel 54 GSchG[385] oder Artikel 59 USG[386] vorgesehen. Diese Bestimmungen gelten zwar ausschliesslich für die von den Behörden angeordneten Massnahmen. Aber man sieht nicht ein, weshalb nicht auch eine Person, der eine Schädigung droht und die aus diesem Grund vorbeugende Massnahmen zur Vermeidung eines Schadens ergriffen hat, von Dritten, bei denen die Voraussetzungen der Haftpflicht erfüllt sind, den Ersatz von Kosten verlangen kann, die nach Treu und Glauben aufgewendet wurden. Unter den Ausgaben, die in Frage kommen, sind beispielsweise jene zu erwähnen, die getätigt wurden, um die Existenz einer Einwirkung festzustellen oder um Pflanzungen im Falle einer Luftverunreinigung mit Plastikmaterial zuzudekken oder um die Verunreinigung eines Bodens zu vermeiden, der sich in der Nähe einer unkontrollierten Abfalldeponie befindet.

Artikel 45*d* Absatz 1 Buchstabe b VE sieht die Vergütung der Kosten von Massnahmen vor, die ergriffen wurden, um die Folgen einer andauernden oder eingetretenen Einwirkung auf die natürliche Umwelt zu mindern. Es handelt sich um Schutzmassnahmen, die ausdrücklich in internationalen Übereinkommen vorgesehen sind, welche dieses Gebiet regeln[387]. Ein Beispiel sind die Ausgaben, die durch die Sanierung einer verschmutzenden Deponie oder durch die Einrichtung eines Dammes verursacht werden, der auf einer mit Heizöl verschmutzten Gewässerschicht schwimmt.

Artikel 45*d* Absatz 1 Buchstabe c VE sieht die Vergütung der Kosten von Massnahmen vor, die ergriffen wurden, um zerstörte oder beschädigte Bestandteile der Umwelt wiederherzustellen (z.B. Wiederanpflanzung von Bäu-

---

383 Vgl. hinten 2.3.2.4.

384 Vgl. vorne 2.3.2.1.

385 SR 814.20.

386 SR 814.01; vgl. auch BBl 1993 II 1501 und 1570.

387 Vgl. Art. 1 Ziff. 6 und 7 des Internationalen Übereinkommens vom 29. November 1969 über die zivilrechtliche Haftung für Ölverschmutzungsschäden (AS 1988 1444, SR 0.814.291), das von der Schweiz mit Wirkung ab 15. Mai 1998 gekündigt wurde (AS 1999 739); Art. 2 Abs. 7 Bst. d und 9 der Konvention vom 21. Juni 1993 über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährdende Tätigkeiten (vgl. vorne, Anm. 376).

men, Wiedereinführung von wildlebenden einheimischen Tieren, Wiederherstellung der Fruchtbarkeit des Bodens), oder um sie durch gleichwertige Bestandteile zu ersetzen, wenn es nicht möglich ist, die beschädigten Bestandteile wiedereinzuführen (z.B. Wiederbevölkerung eines Flusses mit einer anderen Fischart oder Wiederherstellung eines zerstörten Biotops an einem anderen Ort). Die Entschädigung für Massnahmen zur Wiederherstellung des Umwelt-Gleichgewichts ist schon im Fischereigesetz[388] sowie in der Konvention über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährdende Tätigkeiten[389] vorgesehen.

Artikel 45*d* Absatz 2 VE gewährt unter bestimmten Voraussetzungen die Aktivlegitimation für Ersatzforderungen anderen Rechtssubjekten als der Person, die geschädigt oder vom Schaden bedroht ist. Es handelt sich einerseits um das Gemeinwesen (je nach Einzelfall eidgenössisch oder kantonal), das nach der Gesetzgebung über den Umweltschutz[390] zuständig ist, Vorbeuge-, Schutz- und Wiederherstellungmassnahmen anzuordnen oder zu ergreifen. Anderseits handelt es sich um gesamtschweizerische oder regionale Umweltschutzorganisationen, die entsprechende Massnahmen tatsächlich vorbereitet oder ergriffen haben und dazu ermächtigt waren. Auf schweizerischer Ebene sind Vereine und Stiftungen, die sich nach ihren Satzungen der Erhaltung der natürlichen Umwelt widmen, seit langem ermächtigt, eine Art gerichtliche Kontrolle in diesem Bereich auszuüben. So gewähren ihnen die Gesetze über den Natur- und Heimatschutz und über den Umweltschutz je nach Fall ein Beschwerde- oder Einspracherecht[391]. Auf internationaler Ebene geht die Tendenz in dieselbe Richtung. Die Europäische Konvention über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährdende Tätigkeiten gewährt namentlich den anerkannten Organisationen ein Klagerecht, um den Betreiber einer gefährlichen Tätigkeit zu verpflichten, Vorbeuge-, Schutz- oder Wiederherstellungsmassnahmen zu ergreifen[392]. Der Vorentwurf gewährt ihnen logischerweise ein Recht auf Vergütung der Kosten solcher Massnahmen, sofern die betreffenden Organisationen, die solche Massnahmen geplant oder ergriffen haben, vorher vom zuständigen Gemeinwesen eine allgemeine oder spezielle Ermächtigung erhalten haben. Diese strenge Voraussetzung verpflichtet die Behörde in jedem Fall, die Situation zu beurteilen. Sie erlaubt es auch, übertriebene oder missbräuchliche Initiativen von Drittpersonen, die sich für den Schutz der Umwelt einsetzen, zu vermeiden.

Nach dem Wortlaut von Artikel 45*d* Absatz 2 VE wird die Aktivlegitimation des zuständigen Gemeinwesens oder der Umweltschutzorganisation nur in zwei Fällen anerkannt: einerseits, wenn die bedrohten, zerstörten oder beschädigten Umweltbestandteile nicht Gegenstand eines dinglichen Rechts sind, wie bei Luft oder Wasser, anderseits, wenn der Berechtigte (Eigentümer, Dienstbarkeits- oder Baurechtsberechtigter, Mieter einer Sache, die einen Umweltbestandteil darstellt) nicht die in Artikel 45*d* Absatz 1 genannten Massnahmen

---

388 Art. 15 Abs. 3, SR 923.0.

389 Art. 2 Abs. 7 Bst. c und 8 (vgl. vorne Anm. 376).

390 Vgl. namentlich Art. 36 ff. USG, Art. 45 ff. GSchG, Art. 21 ff. Fischerei-G.

391 Art. 12 Abs. 1 und 3 NHG; Art. 55 USG. Vgl. auch BBl 1995 III 749.

392 Art. 18 Abs. 1 (vgl. vorne Anm. 376).

ergreift; dies wäre der Fall, wenn der Inhaber einer verschmutzenden Deponie keine Sanierung vornimmt. Diese Tatbestände sind klar umschrieben. Sie betreffen Situationen, wo das Eingreifen des zuständigen Gemeinwesens oder einer von diesem ermächtigten spezialisierten Organisation gerechtfertigt ist, und zwar angesichts eines eindeutigen öffentlichen Interesses.

2.3.2.3 Immaterieller Schaden (Art. 45e VE)

Artikel 45*e* VE regelt Grundsatz, Voraussetzungen und Art der Genugtuung für immateriellen Schaden. Dieser Schaden kann als ungewollte Verminderung des Wohlbefindens definiert werden - der Begriff ist selbstverständlich relativ -, die eine Person infolge Verletzung in ihrer Persönlichkeit erleidet[393]. In der Regel wird dieser Schaden - mangels besserer Lösung - durch Leistung eines Geldbetrags ersetzt.

Im geltenden Recht ist das Institut der Genugtuung Gegenstand dreier Arten von Bestimmungen[394]. Als erste ist die allgemeine Regelung von Artikel 49 OR zu erwähnen, die die Genugtuung bei Persönlichkeitsverletzung regelt. Daneben bestehen Bestimmungen über die Genugtuung bei spezifischen Verletzungen, beispielsweise bei Anmassung des Rechts auf den Namen (Art. 29 Abs. 2 ZGB) oder - es sind dies die häufigsten Anwendungsfälle - bei Tötung und Körperverletzung (Art. 47 OR; Art. 8 EHG, der für die Zusprechung einer Genugtuung einschränkende Voraussetzungen vorsieht). Schliesslich sind die Regelungen zu erwähnen, die in Spezialgesetzen enthalten sind. Die meisten davon verweisen ausdrücklich auf die allgemeinen Bestimmungen des OR (Art. 79 LFG, Art. 27 Abs. 1 SprstG, Art. 62 Abs. 1 SVG, Art. 9 Abs. 3 UWG, Art. 8 Abs. 1 Bst. e KG), was auch für die Regelungen der Staatshaftung zutrifft (Art. 6 VG, wonach die Pflicht des Bundes zur Leistung einer Genugtuung ein Verschulden des Beamten voraussetzt). In den übrigen Fällen ist der Verweis auf Artikel 47 und 49 OR grundsätzlich als ein stillschweigender zu betrachten[395]. Nach der Rechtsprechung ist er ohne weiteres in der Regelung von Artikel 99 Absatz 3 OR enthalten[396].

Die Genugtuung als solche, d.h. als Wiedergutmachung eines immateriellen Schadens, ist heute ein unumstrittenes Institut. Ebenso unumstritten dürfte sein, dass sie im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts zu regeln ist. In systematischer Hinsicht scheint es angebracht, für diese Regelung einen Platz zu wählen, der den Parallelismus zum Ausdruck bringt, der zwischen immateriellem Schaden und Vermögensschaden besteht und der verlangt, dass die Regelungen des Ersatzes beider Schadensarten soweit wie möglich angeglichen werden. Eine solche Angleichung wurde übrigens bereits 1983 weitgehend verwirklicht, als Artikel 49 OR revidiert wurde. Seither stellt das Verschulden -

---

393 Tercier P., Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, N 2029 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 17 zu Art. 49 OR.

394 Vgl. Tercier P., a.a.O. (Anm. 393), N 1970 ff.; Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/6.1, S. 90.

395 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 287; Tercier P., a.a.O. (Anm. 393), N 1973.

396 BGE 54 II 483 ff., 116 II 520.

falls es im konkreten Einzelfall nicht gerade die Haftung begründet[397] - keine notwendige Voraussetzung der Genugtuung mehr dar. Somit sind die Grundsätze, die für die Festlegung des Schadenersatzes allgemein gelten, auch auf die Genugtuung anzuwenden[398] - dies selbstverständlich unter Vorbehalt gewisser Besonderheiten, die durch die ganz persönliche Natur dieser Schadensart begründet sind. Daraus folgt auch, dass sich die Spezialgesetze bezüglich der Genugtuung auf einen Verweis auf die allgemeine Regelung beschränken sollen. Die Verfasser des Vorentwurfs sehen keinen Grund, von diesem Grundsatz abzuweichen und schlagen daher vor, bestehende restriktive Bestimmungen über die Genugtuung, wie z.B. Artikel 8 SVG und 6 VG, aufzuheben[399].

Als allgemeine Regel übernimmt der vorgeschlagene Artikel 45*e* VE im wesentlichen den heutigen Artikel 49 OR, erfasst aber gleichzeitig auch die Tatbestände von Artikel 47 OR. Zwischen diesen zwei Bestimmungen ist nämlich - besonders seit der Revision von 1983 - ein Parallelismus festzustellen. Artikel 47 OR erweist sich letztlich insofern als blosser Anwendungsfall von Artikel 49 OR, als die von Artikel 47 OR anvisierten besonderen Verletzungen zweifellos die Persönlichkeit des Menschen treffen, der sie erlitten hat[400]. Der Anwendungsbereich des neuen Artikel 45*e* VE geht weiter als derjenige von Artikel 49 OR; dadurch verliert Artikel 47 OR jede Existenzberechtigung, und dies umso mehr, als Artikel 45*e* VE den Angehörigen des Opfers einer besonders schweren Körperverletzung ausdrücklich einen eigenen Anspruch auf Genugtuung gewährt. In diesem Punkt kodifiziert der Vorentwurf die jetzige Rechtsprechung; für andere Fragen, wie die - besonders schwierigen - der Abtretbarkeit und Vererblichkeit des Anspruchs, überlässt er es indessen der Praxis, die geeignete Lösungen zu finden wird[401].

Wer in seiner Persönlichkeit verletzt wird, hat nach Artikel 45*e* Absatz 1 VE Anspruch auf Genugtuung für immateriellen Schaden, sofern die Schwere der Verletzung, insbesondere der körperliche oder seelische Schmerz, es rechtfertigt. Diese Bestimmung legt den Grundsatz und die Voraussetzungen der Wiedergutmachung immateriellen Schadens fest. Sie wurde absichtlich flexibel formuliert und drückt aus, dass das Gericht in diesem Bereich über einen breiten Ermessensspielraum verfügt. In der französischen Fassung wird der Ausdruck "satisfaction" verwendet, weil er umfassender als "réparation" ist und daher zutreffender scheint; er entspricht übrigens dem deutschen Ausdruck "Genugtuung". Mit "satisfaction" wird zudem zum Ausdruck gebracht, dass der immaterielle Schaden als solcher nicht ersetzt werden kann; denn die immateriellen Folgen einer Persönlichkeitsverletzung, insbesondere die physischen oder psychischen Schmerzen, können in keiner Weise wirklich wettgemacht werden. In Ausnahmefällen rechtfertigt es sich dennoch, dem Opfer einen An-

---

397 BGE 117 II 56; vgl. auch Sutter Th., Voraussetzungen der Haftung bei Verletzung der Persönlichkeit nach Artikel 49 des revidierten Obligationenrechts, BJM 1991, S. 6 ff.

398 Vgl. Art. 52 und 52*a* VE und hinten 2.5.

399 Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/6.2, S. 92.

400 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 17 zu Art. 49 OR.

401 Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/6.3.4, S. 94 f.; vgl. auch Tercier P., a.a.O. (Anm. 393), N 2000 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 121 ff. zu Art. 47 OR, N 87 f. zu Art. 49 OR.

spruch auf Genugtuung zuzugestehen, der am häufigsten in einem angemessenen Geldbetrag bestehen wird. Diese Art der Genugtuung vermag insofern nicht zu befriedigen, als es paradox ist, eine Geldentschädigung für Schäden vorzusehen, die definitionsgemäss nicht materieller Natur sind. So präzisiert Artikel 45*e* Absatz 2 VE, dass das Gericht statt oder neben der Geldentschädigung auch eine Genugtuung anderer Art zusprechen kann. Es ist auch möglich, dass die haftpflichtige Person den immateriellen Schaden des Opfers in anderer Weise wiedergutgemacht hat. Diese letzte Möglichkeit, die das geltende Recht als negativen Vorbehalt ausdrückt, wird von den Verfassern des Vorentwurfs als überflüssig betrachtet. Einerseits wird der Ausnahmecharakter des Instituts bereits durch die Voraussetzung der Schwere der Verletzung hervorgehoben. Anderseits versteht es sich von selbst, dass das Gericht kraft seines Ermessensspielraums berücksichtigen kann, ob und wie die haftpflichtige Person den verursachten immateriellen Schaden wiedergutgemacht hat. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die haftpflichtige Person im Falle einer Persönlichkeitsverletzung durch die Presse dem Opfer ein Recht auf Gegendarstellung oder auf Berichtigung eingeräumt hat. In einem solchen Fall besteht überhaupt kein oder bloss ein geminderter immaterieller Schaden.

Der Genugtuungsanspruch nach Artikel 45*e* Absatz 1 VE setzt zunächst voraus, dass die geschädigte Person infolge einer Persönlichkeitsverletzung einen immateriellen Schaden erlitten hat. Der immaterielle Schaden muss vom Opfer bewiesen werden, was nicht immer leicht ist. Diesbezüglich ändert der Vorentwurf an der heutigen Lage nur insofern etwas, als er Bestimmungen enthält, die die Beweislast erleichtern sollen[402]. Es braucht nicht präzisiert zu werden, dass die Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich sein muss, wie dies Artikel 49 Absatz 1 OR tut. Die Widerrechtlichkeit ist nämlich eine allgemeine Voraussetzung der Schadenersatzpflicht[403]. Diese Voraussetzung muss daher bei der Genugtuung für immateriellen Schaden ebensowenig erwähnt werden wie beim Ersatz für die verschiedenen Kategorien materiellen Schadens[404]. Der Schaden ist nämlich in allen Fällen nur dann zu ersetzen, wenn die weiteren allgemeinen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind.

Die Genugtuung für immateriellen Schaden setzt auch voraus, dass die Persönlichkeitsverletzung von einer gewissen Schwere ist, was den Ausnahmecharakter des Instituts kennzeichnet. Diesbezüglich übernimmt der Vorentwurf die Formulierung des geltenden Rechts, die er durch Bezugnahme auf den vom Opfer erlittenen "körperlichen oder seelischen Schmerz" konkretisiert. Dieser Schmerz muss nach dem Bundesrat "das Mass dessen überschreiten, was eine Person nach der heute geltenden Auffassung ohne besonderen Rechtsschutz zu erdulden hat"[405]. Diese Voraussetzung soll nach Meinung der Verfasser des Vorentwurfs nicht zu einer Herabsetzung der Geldbeträge führen, die bei Körperverletzungen geleistet werden. Unabhängig von seinem Wortlaut

---

402 Vgl. insbesondere Art. 56*d* Abs. 3 und 3 VE; vgl. hinten, 2.9.4.3.

403 Vorzubehalten sind die Ausnahmefälle der Haftung für rechtmässige Handlungen; vgl. Art. 59 und 59*a* VE; vgl. hinten 3.2.

404 Vgl. Art. 45*a* bis 45*d* VE.

405 Botschaft vom 5. Mai 1982 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR), BBl 1982 II 681.

verlangt nämlich Artikel 47 OR nach jetziger Praxis, dass die Beeinträchtigungen, die sich aus der Verletzung der körperlichen oder seelischen Integrität ergeben, von einer gewissen Bedeutung sind[406].

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob bei totaler und definitiver Bewusstlosigkeit dem Opfer eine Genugtuung für immateriellen Schaden zusteht. Nach der einen Meinung[407] setzt die Genugtuung sowohl ein objektives Element (das Opfer hat eine Persönlichkeitsverletzung erlitten) wie auch ein subjektives Element voraus (das Opfer hat die Verletzung körperlich oder seelisch empfunden, was sein Wohlbefinden beeinträchtigt). Die Genugtuung kann aber ihren Zweck nicht erfüllen, wenn das Opfer sie nicht empfinden und kein Gefühl der Wiedergutmachung haben kann. Nach der anderen Meinung, die auch vom Bundesgericht vertreten wird[408], stellt das objektive Element, also der immaterielle Schaden, die Voraussetzung der Genugtuung dar, während das subjektive Element vor allem dazu dient, deren Umfang zu bestimmen. Das erste Element ist gewichtiger. Das Bundesgericht hat hinzugefügt, der Gesetzgeber habe sicher nicht den Willen gehabt, die Klageberechtigung des Opfers zu verneinen, das sich in einem irreversiblen Koma befindet, aber diejenige des Opfers zu bejahen, das eine leichtere Verletzung erlitten habe und im Besitz seiner Verstandes- oder Empfindungsfähigkeiten geblieben sei. Andernfalls müsste logischerweise den juristischen Personen jeglicher Anspruch auf Genugtuung aberkannt werden; denn sie sind nicht imstande, die Folgen der Verletzung ihrer Rechte subjektiv zu empfinden[409]. Die Verfasser des Vorentwurfs sind sich bewusst, dass das Problem komplex ist, und wollen den Meinungsstreit nicht kategorisch entscheiden. Sie legen dennoch Wert darauf, die Bestimmung über die Genugtuung für immateriellen Schaden in einer Weise zu formulieren, die das Klagerecht der total bewusstlosen natürlichen Person - und, bei Erweiterung des Gedankengangs, der juristischen Person - nicht a priori ausschliesst[410]. Dies ist zunächst dadurch gerechtfertigt, dass die gegenteilige gesetzgeberische Lösung verglichen mit dem geltenden Recht als Rückschritt ausgelegt würde. Weiter ist festzustellen, dass das subjektive und das objektive Element des immateriellen Schadens eng verknüpft sind[411]. Wenn die Verletzung so schwer ist, dass sie die Persönlichkeit des Opfers zerstört, ist das subjektive Element praktisch nicht mehr vom objektiven zu unterscheiden: Die Verletzung ist gerade deshalb sehr schwer, weil das Opfer nun keine Schmerzen mehr empfinden kann. In diesem Fall ist es gerechtfertigt, vom

---

406 BGE 110 II 166; vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 29 und 161 ff. zu Art. 47 OR.

407 Vgl. insbesondere Tercier P., a.a.O. (Anm. 393), N 2033 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 21 und 26 zu Art. 47 OR; Merz H., ZBJV 1984, S. 275; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 8, N. 14; RVJ 1968, S. 279 ff.

408 Vgl. insbesonder Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 290; von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 21 Anm. 14; BGE 108 II 430 ff.; SJZ 1969, S. 297.

409 BGE 108 II 431 f. und die dortigen Hinweise.

410 In diesem Sinne ist das Adverb "insbesondere" in Art. 45*e* Abs. 1 VE zu verstehen, welches bedeutet, dass die körperlichen oder seelischen Schmerzen ein wichtiges Element der Genugtuung für immateriellen Schaden sind, ohne eine conditio sine qua non darzustellen.

411 BGE 108 II 431.

subjektiven Element des immateriellen Schadens abzusehen[412]. Daraus darf allerdings nicht abgeleitet werden, dass dieser Umstand bei der Festlegung der Genugtuung keine Rolle spielt. Vielmehr wird es Aufgabe des Gerichts sein, Art und Umfang der Genugtuung im Einzelfall und unter Berücksichtigung des Zustandes des Opfers zu bestimmen; so wird es insbesondere den allfälligen Genugtuungsleistungen Rechnung tragen, die den Angehörigen des Opfers erbracht wurden und welche die Existenzbedingungen der direkt betroffenen Person verbessern könnten.

Artikel 45*e* Absatz 2 VE übernimmt im wesentlichen den Wortlaut des geltenden Artikel 49 Absatz 2 OR. Er regelt die Art der Genugtuung für immateriellen Schaden und sieht vor, dass das Gericht der verletzten Person einen angemessenen Geldbetrag - was in der Praxis der häufigste Fall ist - zusprechen kann. Die Bestimmung präzisiert aber, dass das Gericht diese Geldentschädigung durch eine geeignetere Art der Genugtuung ersetzen oder ergänzen kann. Man denke beispielsweise an die Verurteilung der haftpflichtigen Person zur Bezahlung eines symbolischen Franken an das Opfer oder zur Überweisung einer Geldsumme an eine wohltätige Institution[413]. Nach der heutigen Rechtsprechung ist die Urteilsveröffentlichung nicht "eine andere Art" der Genugtuung, sondern ein Mittel zur Beseitigung der Verletzung[414]. Diese Bestimmung hat zur Zeit eine beschränkte praktische Tragweite[415]. Sie ist dennoch geeignet, gute Dienste zu leisten, wenn der erlittene immaterielle Schaden nicht durch Geld wiedergutgemacht werden kann, namentlich wenn das Opfer vermögend oder eine juristische Person ist. Wie dem auch sei, steht dem Gericht auch hier ein Ermessensspielraum zu; entsprechend der Norm, die die Art der Ersatzleistung im Allgemeinen regelt, wird es aber nur aus triftigen Gründen von den Anträgen der geschädigten Person abweichen dürfen (Art. 52*a* Abs. 1 VE)[416].

Artikel 45*e* Absatz 3 VE sieht vor, dass bei Tötung oder besonders schwerer Körperverletzung einer Person auch deren Angehörigen Anspruch auf Genugtuung haben. Der Fall der Tötung ist schon von Artikel 47 OR erfasst. Diesbezüglich ist bloss zu erwähnen, dass es angebracht ist, in der französischen Fassung die "proches" des Verstorbenen (und nicht mehr seine "famille") als klageberechtigt zu bezeichnen, wie dies der deutsche Text bereits tut. Wie es sich gehört, wird es der Rechtsprechung überlassen, den Kreis der erfassten Personen zu definieren und ihn dabei - warum nicht? - auch auf Personen auszudehnen, die keine Familienmitglieder sind. Der Fall der schweren Körperverletzung stellt eine Kodifizierung der Rechtsprechung zum geltenden Artikel 49 OR dar. In einem Entscheid von 1986, der wiederholt bestätigt wurde, hat das Bundesgericht nämlich erkannt, dass den Angehörigen des Opfers einer Körperverletzung ein Anspruch auf Genugtuung für den daraus erlittenen immate-

---

412 Vgl. Geiser Th., Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990, S. 101.

413 Vgl. Tercier P., a.a.O. (Anm. 393), N 2088 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 100 ff. zu Art. 49 OR und die dortigen Hinweise auf die Rechtsprechung.,

414 BGE 95 II 499 ff., 104 II 2; contra: Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 102 ff. zu Art. 49 OR.

415 BBl 1982 II 682.

416 Vgl. hinten 2.5.3.

riellen Schaden zusteht, sofern ihr Schmerz einen ausserordentlichen Charakter aufweist[417]. Diese Rechtsprechung beruht insbesondere auf der Auffassung schweizerischer und ausländischer Autoren, auf Entscheiden kantonaler Instanzen und auf der Resolution des Ministerkomitees des Europarates vom 14. März 1975[418]. Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. Ist eine Person in ihrer körperlichen oder seelischen Integrität schwer verletzt, so darf nicht bestritten werden, dass auch ihre Angehörigen in ihrer Persönlichkeit - insbesondere in ihrem Recht auf normale Beziehungen zu ihrer Umgebung - tief und dauernd betroffen sein können, und zwar ebensosehr oder vielleicht noch mehr, als wenn die Person getötet worden wäre. Im Sinne eines Vorschlags der Studienkommission[419] scheint es angebracht, den Grundsatz im Gesetz zu verankern, um zu betonen, dass den Angehörigen ein eigener Anspruch auf Genugtuung zusteht, selbst wenn es sich dabei - wie übrigens bei der Tötung - um einen immateriellen Reflexschaden handelt.

2.3.2.4 Ergänzende Schadensposten (Art. 45f VE)

Artikel 45*f* VE regelt den Ersatz ergänzender Schadensposten. Genauer gesagt: Er gewährt einen Anspruch auf Ersatz bestimmter atypischer Kosten, die mit einer eingetretenen oder bloss möglichen Einwirkung verbunden sind und zu den klassischen Schadensposten hinzukommen können. Nötig ist allerdings, dass die geschädigte Person diese Kosten nach Treu und Glauben getragen oder veranlasst hat. Zwei Fälle sind erfasst. Im ersten Fall ergeben sich die Kosten entweder aus Vorbeugemassnahmen, die zur Abwehr einer drohenden Einwirkung ergriffen wurden, oder aus Schutzmassnahmen zur Minderung der Folgen einer andauernden oder eingetretenen Einwirkung (Abs. 1). Im zweiten Fall geht es um die Kosten, die die geschädigte Person tragen musste, um ihren Anspruch geltend zu machen (Abs. 2). Diese Kosten können sowohl auf den Eintritt eines Vermögens- wie auch eines immateriellen Schadens zurückgehen. Die Regelung als solche ist neu; einige der vorgesehenen Fälle sind allerdings von gesetzlichen Bestimmungen oder von der Rechtsprechung bereits erfasst. In diesem Sinne bedeutet die Neuregelung eine Ausdehnung des Schadensbegriffs und ist daher geeignet, die Rechtslage der geschädigten Person zu verbessern.

Nach einem auf Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) beruhenden Grundsatz, der schon heute gilt (Art. 44 Abs. 1 OR) und weiterhin gelten wird (Art. 52 Abs. 1 VE), muss das Opfer eines Personen- oder eines Sachschadens alle Massnahmen treffen, die nach den Umständen geboten sind, um die negativen Folgen der Einwirkung zu verhindern oder zu mindern. So muss sich beispiels-

---

417 BGE 112 II 222 ff. Vgl. auch BGE 112 II 227 f., 117 II 56 und 116 II 521, der den Grundsatz auf die vertragliche Haftung anwendet.

418 Resolution 75-7 über die Grundsätze betreffend den Schadenersatz bei Körperverletzungen und Tötungen. Diese Resolution beabsichtigte allerdings eher eine Einschränkung der Ersatzfähigkeit immateriellen Schadens; so beschränkte der Grundsatz Nr. 13 die Klageberechtigung auf Vater, Mutter und Ehegatten des Opfers von Köperverletzungen; vgl. zu diesem Punkt Egli J.F., Le prix de la vie et de la santé en responsabilité civile. Une recomandation du Conseil de l'Europe confrontée au droit suisse, in Mélanges André Grisel, Neuenburg 1983, S. 325 und 338.

419 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/6.3.2, S. 93.

weise die geschädigte Person einer chirurgischen Operation unterziehen, oder sie muss über dem teilweise zerstörten Gebäude ein provisorisches Dach errichten. Verletzt sie schuldhaft diese Obliegenheit, so trägt sie den daraus entstandenen Nachteil[420]. Dementsprechend gilt, dass die von diesen Massnahmen verursachten Kosten der Person überwälzt werden können, die für die Schädigung haftet, denn sie sind eine Folge dieser Schädigung. Der Grundsatz ist heute unumstritten[421] und sogar in einigen Spezialbestimmungen ausdrücklich verankert[422]. Im Sinne der Schlussfolgerungen der Studienkommission[423] schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, das Prinzip im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts zu verankern und es auf die Kosten auszudehnen, die von den Massnahmen zur Abwehr einer drohenden Einwirkung verursacht werden (Art. 45*f* Abs. 1 VE). Bei diesem Tatbestand kann die Person, die Objekt einer ernsthaften - und nicht bloss hypothetischen - Bedrohung ist, die Einwirkung gerichtlich (etwa durch eine Persönlichkeitsschutzklage)[424] oder aussergerichtlich (etwa durch Notwehr)[425] abwehren. Wird diese Idee weiterentwickelt, so scheint es gerechtfertigt, dass diese Person vom Dritten, der das Einwirkungsrisiko verursacht hat, auch Ersatz für die Kosten verlangen kann, dass sie nach Treu und Glauben getragen hat, um den Eintritt eines Schadens zu verhindern[426]. Man denke zum Beispiel an die Kosten für die Evakuierung eines Gebäudes in der Nähe einer brennenden chemischen Fabrik oder an die Kosten für die Konsolidierung eines Hangs, der zu rutschen droht. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass das Bundesgericht letzthin die Frage verneint hat, ob Art. 41 OR eine genügende Grundlage für eine Klage auf Ersatz der Kosten aus Präventivmassnahmen[427] bietet. Dies bedeutet, dass eine neue allgemeine Bestimmung notwendig ist. Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass gewisse Spezialbestimmungen bereits heute die Wiedergutmachung eines solchen Nachteils zulassen (Art. 54 GSchG, Art. 59 USG, Art. 2 Abs. 1 Bst. c KHG); diese Bestimmungen gelten allerdings nur für die Massnahmen, die von einer Behörde angeordnet wurden[428].

Die in Artikel 12 Absatz 1 vorgesehenen Massnahmen - ob sie der Abwehr einer drohenden Einwirkung oder der Minderung der Folgen einer andauernden oder eingetretenen Einwirkung dienen - müssen von der geschädigten Person im eigenen Interesse getroffen werden. Werden sie im Interesse einer Drittperson ergriffen, ist die Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag anwendbar. Dasselbe gilt, wenn die Massnahmen von einer Drittperson im Interesse des

---

420 Von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), § 14.IV; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 255, 266 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 50 f. zu Art. 44 OR.

421 Von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), § 14.VI, § 48.V.4; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 267 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 6, N. 377.

422 Art. 70 Abs. 1 VVG; vgl. auch die internationalen Konventionen über die Haftpflicht bei Umweltschäden, vorne 2.3.2.2.5, Anm. 387.

423 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/5.2, S. 86 f.

424 Vgl. Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

425 Vgl. Art. 52 Abs. 1 OR, Art. 46*a* Abs. 2 VE.

426 In diesem Sinne von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), § 48.V.4.

427 BGE 117 II 269 f.

428 Vgl. hinten 4.2.33, 4.2.45 und 4.2.46.

Opfers getroffen wurden[429]. In diesem Punkt unterscheidet sich Artikel 45*f* Absatz 1 VE von Artikel 45*d* VE, wonach die Aktivlegitimation bei Einwirkungen auf die natürliche Umwelt unter gewissen Bedingungen anderen Rechtssubjekten zusteht als der geschädigten oder von einem Schaden bedrohten Person[430]. Die Vorbeuge- und die Schutzmassnahmen müssen nach Treu und Glauben ergriffen werden. Mit anderen Worten: Sie müssen angesichts der konkreten Umstände nach objektiver Betrachtung vernünftig erscheinen, und es ist unerheblich, ob sie sich als wirksam erweisen. Diesbezüglich braucht sich die berechtigte Person nicht an die Instruktionen der haftpflichtigen Person zu halten. Sein Recht geht sogar weiter als seine Pflicht, den Schaden zu vermeiden oder zu mindern, denn er handelt im eigenen Interesse, wenn er die fraglichen Massnahmen trifft. Die Kosten, die Gegenstand der Forderung bilden, sind als Schadenersatz und nicht als Rückerstattung von Auslagen geschuldet, weil ihre Ursache gegen den Willen der geschädigten Person entstanden ist[431]. Zu ersetzen ist nur der erlittene Verlust unter Ausschluss des allfälligen entgangenen Gewinns. Im Fall der Vorbeugemassnahmen ist der ersatzfähige Schaden ein "reiner Vermögensschaden"[432]. Wer Ersatz für die Kosten verlangt, muss beweisen, dass die drohende Einwirkung, falls sie eingetreten wäre, rechtswidrig gewesen wäre und dass die Person, die sie verursacht hat, dafür gehaftet hätte.

Die meisten haftpflichtrechtlichen Streitigkeiten werden aussergerichtlich erledigt. Oft entstehen dabei der geschädigten Person Kosten, weil sie beispielsweise ein Gutachten braucht oder sich durch einen Anwalt unterstützen lässt. Wird der Streit gerichtlich ausgetragen, so regelt das Prozessrecht die Frage nach den Verfahrenskosten und der Parteientschädigung. Abgesehen von gewissen Ausnahmen[433] wird aber das Problem der Kosten, die der klagenden Partei ausserhalb des Gerichtsverfahrens entstanden sind, vom Prozessrecht nicht gelöst. Sofern sie nicht zu den Verfahrens- und Anwaltskosten gehören, stellen diese Kosten einen Schadensposten dar, allerdings unter der Bedingung, dass sie nötig und angemessen waren[434].

Die Verfasser des Vorentwurfs stimmen der jetzigen Rechtsprechung in diesem Bereich zu und sind der Meinung, dass eine gesetzliche Verankerung des Grundsatzes angebracht ist. So bestimmt Artikel 45*f* Absatz 2 VE, dass der ersatzfähige Schaden auch die Kosten umfasst, die der geschädigten Person nach Treu und Glauben bei der Geltendmachung ihres Anspruchs entstehen. Dies trifft zu, wenn die Kosten in einem rechtlich bedeutsamen Kausalzusammenhang mit der Schädigung stehen und sie gerechtfertigt erscheinen, um den Schaden festzustellen oder den Umfang des Schadenersatzes zu bestimmen. Es geht vor allem um das Honorar des Anwalts, der mit der haftpflichtigen Per-

---

429 Gegebenenfalls ist Art. 422 Abs. 1 OR anwendbar. Vgl. auch Art. 58 Abs. 3 SVG betreffend die Hilfeleistung bei einem Strassenverkehrsunfall.

430 Vgl. vorne 2.3.2.2.5.

431 Von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), § 12.II, § 14.VI, § 17.I.

432 BGE 117 II 270. Vgl. vorne 2.3.2.1.

433 Vgl. z.B. ZR 1973, S. 28; ZBJV 1984, S. 283.

434 BGE 97 II 267, 113 II 340, 117 II 104 ff. Vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 87 ff. zu Art. 41 OR; Stein P., Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall, ZSR 1987 I S. 642.

son, einem Privat- oder einem Sozialversicherer einen Vergleich abschliesst oder die geschädigte Person in einem Strafverfahren vertritt, wo diese Zivilklägerin, Strafantragsstellerin oder Angeschuldigte ist[435].

Die Ersatzleistung für die Kosten, die die geschädigte Partei zur Geltendmachung ihres Anspruchs getragen hat, ist grundsätzlich im Verhältnis zum Haftungsanteil der beklagten Person festzulegen. Dies bedeutet, dass die diesbezügliche Forderung in dem Ausmass herabgesetzt werden kann, in dem der Schadenersatz selbst - aus welchem Grund auch immer - herabgesetzt wird[436]. Für das Opfer kann diese Lösung unter Umständen zu unbilligen Ergebnissen führen. Dies träfe insbesondere dann zu, wenn der Anwalt des Opfers erhebliche Arbeit leisten musste und letztlich nur einen stark herabgesetzten Schadenersatz erhält oder wenn bloss ein bescheidener Schadensposten, zum Beispiel die Genugtuung wegen schwerer Körperverletzung, strittig bleibt. So soll das Gericht in diesem Bereich über einen gewissen Ermessensspielraum verfügen. Neben dem Haftungsanteil der belangten Person kann es die Natur und die Höhe der Kosten berücksichtigen, die der geschädigten Person vor dem Prozess entstanden sind, wie auch das Verhalten der Parteien bei den aussergerichtlichen Verhandlungen. Hingegen sollte es sich nicht an den Streitwert oder das Obsiegen im Prozess gebunden sein[437], wie dies übrigens Artikel 56*g* VE für die konnexe Frage der Festlegung von Gerichtskosten und Parteientschädigung ausdrücklich vorsieht.

2.3.3 Rechtswidrigkeit (Art. 46 und 46a VE)

2.3.3.1 Einleitung

In der Regel - und unter Vorbehalt der Ausnahmefälle einer Haftung wegen rechtmässiger Handlung - ist eine Person nur dann zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn dieser in rechtswidriger Weise verursacht wurde[438]. In diesem Sinne stellt die Rechtswidrigkeit eine allgemeine Voraussetzung der Haftung[439] dar. Sie setzt der Haftung eine Schranke, ohne welche rechtmässige Tätigkeiten, die - wie die Wettbewerbstätigkeiten (auch die lauteren) im Wirtschaftsleben - für Drittpersonen negative Folgen haben, eine Haftung begründen könnten[440].

---

435 BGE 117 II 107, der im letzten Fall den Grundsatz einer teilweisen Entschädigung bejaht; anderer Meinung: Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 90 f. zu Art. 41 OR.

436 BGE 113 II 340, 117 II 104.

437 Stein P., a.a.O (Anm. 434), S. 643 f.; Schaffhauser R./Zellweger J., Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, II, Bern 1988, N 966.

438 Vgl. vorne 2.1 und hinten 3.2.

439 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 127, 135; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 4, N. 1 und 55; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 89; BGE 112 II 128; *contra*: Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 41. f. Vgl. auch hinten 2.3.3.2.

440 Merz H., Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, ZBJV 1955 (91 bis), S. 306, 308 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 4, N. 4 und 5, II/1, § 16, N. 41 und 65 ff.

Der Begriff der Rechtswidrigkeit ist mehrdeutig[441]. Im Haftpflichtrecht hat er eine eigene Bedeutung. Für die herrschende Lehre und die Rechtsprechung beruht die Rechtswidrigkeit auf einer "objektiven" Auffassung, die vom deutschen Recht (insbesondere von § 823 BGB) stark beeinflusst ist[442]. Bei globaler Betrachtung wird die Rechtswidrigkeit als Verletzung einer (objektiven) Norm der Rechtsordnung definiert, die dem Schutz fremder Rechtsgüter dient, und zwar ohne Rechtfertigungsgrund. Diese Definition hat allerdings verschiedene Bedeutungen - die von Artikel 41 Absatz 1 OR nicht zum Ausdruck gebracht werden - je nachdem, ob es sich beim verletzten Rechtsgut um ein absolutes Recht handelt oder nicht. Besteht die Schädigung in der Verletzung eines absoluten Rechts - wie das Leben, die körperliche oder seelische Unversehrtheit, das Eigentum und der Besitz, die Persönlichkeitsrechte und das geistige Eigentum, nicht aber das Vermögen als solches -, ist die Rechtswidrigkeit von vornherein gegeben, und es braucht nicht abgeklärt zu werden, ob und wie die schädigende Person eine spezifische Verhaltensnorm verletzt hat. Man spricht von Erfolgsunrecht[443]. Besteht hingegen die Schädigung nicht in der Verletzung eines absoluten Rechts, sondern in der Verletzung eines anderen Interesses, so ist die Rechtswidrigkeit nur dann gegeben, wenn die schädigende Person gegen eine Verhaltensnorm verstossen hat, die den Schutz des betreffenden Rechtsguts bezweckt. Man spricht hier von Handlungs- oder Verhaltensunrecht[444]. Im letzteren Sinne - und unter Vorbehalt der Tatbestände, die unter Artikel 41 Absatz 2 OR fallen - ergibt sich die Rechtswidrigkeit aus einer gewissen Art des Handelns (oder des Unterlassens), die die Rechtsordnung verurteilt. Sie ist nur von Bedeutung, wenn kein absolutes Recht verletzt wird, also nur im Falle des Eintritts eines "reinen Vermögensschadens". In einem solchen Fall kann die geschädigte Person bloss dann Schadenersatz verlangen, wenn sie sich auf eine Schutzbestimmung zu ihren Gunsten berufen kann. Am häufigsten wird es sich dabei um Bestimmungen des Straf- oder des Verwaltungsrechts handeln, wie diejenigen des Arbeits-, des Bau-, des Strassenverkehrs-, des Wettbewerbs- oder des Gesundheitsrechts[445]. Nach der Rechtsprechung trifft dies bei einem konzessionierten Transportunternehmen zu, weil das Postverkehrsgesetz, worauf sich die Konzession stützt, ihm Schutz vor schädlicher Konkurrenz gewährt[446]. Dies trifft auch in Bezug auf Artikel 239 StGB zu, der die Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen, als strafbar erklärt und

---

441 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 68.

442 Merz H., a.a.O. (Anm. 440), S. 309 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 4, N. 9 ff. und 22; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 33 ff. zu Art. 41 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 70 ff; Raschein H., Die Widerrechtlichkeit im System des schweizerischen Haftpflichtrechts, Diss. iur. Bern 1986, S. 209 ff.; Giovannoni P., a.a.O. (Anm. 340), S. 243; BGE 82 II 28, 115 II 18, 116 Ib 373 f., 118 Ib 476 f.

443 Merz H., a.a.O. (Anm. 440), S. 309, drückt diese Bedeutung der Rechtswidrigkeit durch das Gebot: "Du sollst nicht ... was (z.B.: Eigentum) verletzen".

444 Merz H., a.a.O. (Anm. 440), S. 312, drückt diese Bedeutung der Rechtswidrigkeit durch das Gebot: "Du sollst nicht ... wie (z.B.: durch unlauteren Wettbewerb) jemanden in seinen wirtschaftlichen Interessen verletzen".

445 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 94 ff. Im Strafrecht kommen vor allem die Bestimmungen über die strafbaren Handlungen gegen das Vermögen in Frage; vgl. dazu Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 37 zu Art. 41 OR.

446 BGE 75 II 212 f.

somit auch das persönliche Recht der Bezüger auf Elektrizitätsversorgung schützt[447]. Anders verhält es sich in Bezug auf die Gesetzgebung über die Bankenaufsicht, weil sie nicht zum Schutz der Interessen der Banken gegenüber ihren Organen, sondern derjenigen ihrer Gläubiger erlassen wurde[448], und in Bezug auf Artikel 229 StGB, der die Opfer einer Verletzung der Regeln der Baukunde nur vor Schäden schützt, die sich aus einer Tötung oder Körperverletzung ergeben[449]. In all diesen Fällen ist das Gericht deshalb gezwungen abzuklären, ob und in welchem Ausmass das verletzte Vermögensinteresse von einer Bestimmung der Rechtsordnung abgedeckt ist - sei es von einer ad-hoc-Bestimmung, sei es von einem allgemeinen Grundsatz wie demjenigen von Treu und Glauben, der unter gewissen ausservertraglichen Umständen verbietet, einem Dritten unrichtige oder unvollständige Auskünfte zu erteilen[450]. Bei dieser Abklärung wendet das Gericht die Normzwecktheorie an, die je nach Fallkonstellation zum Ersatz von Reflexschäden führt[451].

Nach einer Lehrmeinung, die von der Minderheit der Autoren vertreten wird, ergibt sich die Rechtswidrigkeit aus einer "subjektiven" Betrachtung. Danach ist jede Schädigung rechtswidrig, wenn sich der Verursacher nicht auf einen (subjektiven) Rechtfertigungsgrund berufen kann[452]. Diese Theorie scheint insofern einfach - und das ist der Vorteil, den man ihr zuschreibt -, als sie alle Schäden demselben Rechtssystem unterwirft. Sie ist allerdings Gegenstand überzeugender Kritik[453]. Der Streit betrifft die "reinen Vermögensschäden". Abgesehen von den Materialien zu Artikel 41 OR, die in diesem Punkt nicht schlüssig sind, und abgesehen vom Wortlaut dieser Bestimmung, der für die objektive Auffassung spricht, sprechen zwei Hauptvorwürfe gegen die subjektive Betrachtung. Der erste ist dogmatischer Natur: In einem Rechtssystem wie unserem, wo die Freiheit vermutet wird, muss nicht der Verursacher einer Schädigung beweisen, dass er ein Recht zu handeln hatte, sondern es ist vielmehr die Person, die sich als geschädigt betrachtet, die beweisen muss, dass ein Dritter eine Norm verletzt hat, die ihm verbot, sie zu schädigen[454]. Der zweite Vorwurf ist praktischer Natur: Da nach der subjektiven Theorie jede Schädigung von vornherein als rechtswidrig betrachtet wird, müsste für ihre Anwendung notwendigerweise ein detailliertes System der Rechtfertigungsgründe aufgestellt werden; denn ohne ein solches System würde die Haftpflicht in einer Weise ausgedehnt, die mit

---

447 BGE 102 II 87 ff.

448 BGE 106 Ib 362 f.

449 BGE 117 II 269 ff.; vgl. auch BGE 119 II 129.

450 Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 117 ff.; BGE 111 II 474 Vgl. hinten Anm. 482.

451 Vgl. vorne 2.3.2.1. Bisher hat das Bundesgericht allerdings nie ausdrücklich erklärt, diese Theorie anwenden zu wollen; vgl. Giovannoni P., a.a.O. (Anm. 340), S. 246.

452 Vgl.insbesondere Simonius A., Les droits de la personnalité, ZSR 1947, S. 31 ff.; denselben, Zur Erinnerung an die Entstehung des Zivilgesetzbuches, ZSR 1957, S. 316 f.; Gabriel B., Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 OR, Diss. iur. Freiburg 1987, S. 81 ff., 113 ff., 257 ff. und die dortigen Hinweise.

453 Vgl. die Hinweise in Anm. 442. Die dichotomische Bedeutung der Widerrechtlichkeit führt Merz, a.a.O. (Anm. 440), S. 324, zu einem mittleren Standpunkt.

454 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 69.

der sozialen Wirklichkeit nicht vereinbar wäre[455]. In Wirklichkeit wird die Problematik des Ersatzes für "reine Vermögensschäden" von der subjektiven Theorie der Rechtswidrigkeit bloss verschoben, aber nicht gelöst. Somit vermag sie nicht zu überzeugen.

2.3.3.2 Konzept des Vorentwurfs

Entsprechend dem Vorschlag der Studienkommission[456] sind die Verfasser des Vorentwurfs der Meinung, dass das Obligationenrecht die Rechtswidrigkeit in positiver Weise definieren muss, wie dies in Artikel 46 VE geschieht. Die Neuerung ist aus zwei Hauptgründen gerechtfertigt. Zum einen stellt die Rechtswidrigkeit - abgesehen von Ausnahmefällen[457] - zusammen mit dem Schaden (Art. 45 - 45*f* VE) und dem Ursachenzusammenhang (Art. 47 und 47*a* VE) eine allgemeine Voraussetzung der Haftpflicht dar, und zwar unabhängig von der Art der Haftung. Diese Auffassung wird heute von der Mehrheit der Autoren und von der Rechtsprechung[458] vertreten. Sie beruht auf dem Grundsatz, dass jeder ersatzfähige Schaden in der Regel die Verletzung eines von der Rechtsordnung geschützten Rechts voraussetzt. Die Rechtswidrigkeit ist übrigens auch Voraussetzung der Haftung des Gemeinwesens - und diese Bemerkung ist im Zusammenhang mit den Vorschriften von Art. 43 und 43*a* VE zu sehen -, was für das Verschulden hingegen oft nicht zutrifft[459]. Zum zweiten definiert Artikel 46 VE die Rechtswidrigkeit in einer Weise, die die Funktion dieser allgemeinen Haftungsbedingung zum Ausdruck bringt, die - wie die anderen Bedingungen - die Haftung einschränkt, indem sie insbesondere den Kreis der Opfer "reiner Vermögensschäden" beschränkt, denen ein Anspruch auf Schadenersatz zusteht[460]. Diese Definition steht auch in Zusammenhang mit den in Artikel 14 erwähnten Rechtfertigungsgründen, die geeignet sind, die Rechtswidrigkeit und infolgedessen auch die Haftbarkeit der belangten Person auszuschliessen. Dies bedeutet, dass die Rechtswidrigkeit nach einer chronologischen Argumentation überprüft wird: Es gilt zu bestimmen, ob die Verletzung eines (von der Rechtsordnung) geschützten Rechts, die in einer ersten Phase rechtswidrig ist, in einer zweiten Phase durch einen (von der Rechtsordnung) anerkannten Grund gerechtfertigt werden kann. Trifft dies zu - die Frage nach dem Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds stellt sich häufig überhaupt nicht -, gibt es eine

---

455 Gauch P./Sweet J., Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 138; Giovannoni P., a.a.O. (Anm. 340), S. 247, und die dortigen Beispiele, insbesondere das Schulbeispiel der Annullierung einer Theatervorstellung, weil ein Schauspieler verletzt ist und deshalb an der Aufführung nicht teilnehmen kann.

456 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.1, S. 40 ff.

457 Vgl. vorne 2.1 und hinten 3.2.

458 Vgl. vorne 2.3.3.1. und die Hinweise in Anm. 439.

459 Stark E. W., a.a.O. (Anm. 89), S. 4, 11; vgl. auch vorne 2.2.3.

460 Vgl. vorne 2.3.3.1.

"Normenkollision"[461], die mittels einer Abwägung der im Spiel stehenden Interessen zu lösen ist[462].

In Bezug auf den Begriff der Rechtswidrigkeit als solchen schliessen sich die Verfasser des Vorentwurfs im wesentlichen den heutigen Lösungen der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung an, wie dies bereits von der Studienkommission vorgeschlagen wurde[463]. So verzichten sie auf eine Verallgemeinerung der Negativformel von Artikel 28 Absatz 2 ZGB, der die Widerrechtlichkeit als Fehlen von Rechtfertigungsgründen definiert, weil dies einer Übernahme der subjektiven Theorie gleichkäme. Dass der Vorentwurf auf der objektiven Theorie beruht, wird von Artikel 46 VE in doppelter Weise ausgedrückt: In allgemeiner Weise, indem er die Schädigung als rechtswidrig qualifiziert, die ein von der Rechtsordnung geschütztes Recht verletzt (Abs. 1), und in spezieller Weise für den Fall, dass die Schädigung im Verhalten einer Person besteht; das Verhalten ist dann rechtswidrig, wenn es einen Verstoss gegen ein Gebot oder ein Verbot der Rechtsordnung, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben oder gegen eine vertragliche Pflicht darstellt (Abs. 2). In allen Fällen stellt die Rechtswidrigkeit die Verletzung einer objektiven Norm dar, die den Schutz des verletzten Rechtsguts bezweckt. Diesbezüglich erklärt das Bundesgericht zu Recht, dass der Kausalzusammenhang zwischen rechtswidriger Handlung und Schaden kein adäquater wäre, wenn die verletzte Norm einen anderen Zweck als den Schutz der geschädigten Person verfolgte[464]. Dies zeigt, dass die Begriffe der Rechtswidrigkeit und der rechtlichen Kausalität eine grundsätzlich normative Bedeutung haben und somit konnex sind.

2.3.3.3 Definition der Rechtswidrigkeit (Art. 46 VE)

Artikel 46 Absatz 1 VE gibt eine allgemeine Definition der Rechtswidrigkeit, die auf alle Haftungsarten anwendbar ist. Der Bestimmung liegt die heute vorherrschende dichotomische oder dualistische Auffassung zugrunde - was allerdings nicht ausdrücklich gesagt wird -, die danach unterscheidet, ob das verletzte Recht ein absolutes ist oder nicht. Mit anderen Worten: Artikel 13 Absatz 1 postuliert eine Hierarchie unter den von der Rechtsordnung geschützten Rechten[465]. Gewisse als absolut qualifizierte Rechte wie das Leben, die körperliche und seelische Integrität, das Eigentum und der Besitz, die Persönlichkeit und das geistige Eigentum sind als solche, kraft des Wertes geschützt, die sie für ihren Inhaber aufweisen. In den meisten Fällen werden sie übrigens sowohl durch zivil- wie auch durch strafrechtliche Normen geschützt[466]. Verletzt die Schädigung ein solches Recht, ist die Rechtswidrigkeit von vornherein gegeben, und es braucht nicht abgeklärt zu werden, ob und wie die der Verursacher gegen eine spezifische Verhaltensnorm verstossen hat. Man spricht von Erfolgsunrecht oder von Rechtswidrigkeit im engeren Sinne. In Anbetracht ihres

---

461 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 73.

462 BGE 101 II 196 f.

463 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.1, S. 40 f.; vgl. auch vorne 2.3.3.1.

464 BGE 94 I 643, 101 Ib 255. Vgl.auch Tuhr A./Peter H., a.a.O., (Anm. 51), S. 416 Anm. 59.

465 Vgl. vorne, 2.3.3.1.

466 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 35 und 39 zu Art. 41 OR.

eingeschränkten Geltungsbereichs ist dieser Sinn besonders wichtig für die Gefährdungshaftungen[467]. Verletzt hingegen die Schädigung ein anderes Recht, also ein Rechtsgut, das nicht den erhöhten Schutz der absoluten Rechte geniesst, wie beispielsweise das Vermögen als solches, so ist die Rechtswidrigkeit nur gegeben, wenn der Verursacher einer ad-hoc-Verhaltensnorm zuwider gehandelt hat, die den Schutz des verletzten Rechtsgutes bezweckt. Man spricht von Handlungs- oder Verhaltensunrecht oder von Rechtswidrigkeit im weiteren Sinne. Dieser Sinn ist besonders wichtig für die Verschuldenshaftung.

Bei genauer Betrachtung ist die dualistische Auffassung der Rechtswidrigkeit nicht wortwörtlich zu nehmen. So kann im Falle der Verletzung eines absoluten Rechts wie beispielsweise des Lebens oder der körperlichen Integrität auch die Verletzung einer zivilrechtlichen (Art. 28 ZGB) oder einer strafrechtlichen (Art. 111 ff. StGB) Schutzbestimmung bejaht werden. Und im Falle der Verletzung eines Vermögensinteresses, das durch eine spezifische Verhaltensnorm geschützt ist, wie bei einem Betrug (Art. 146 StGB) oder einer unlauteren Wettbewerbshandlung (Art. 2 ff. UWG), ist es nicht abwegig zu sagen, dass auch das Vermögen in diesem Ausmass einen absoluten Schutz geniesst[468].

Dennoch ist die dualistische Auffassung der Rechtswidrigkeit keineswegs unbegründet. Zum einen beruht sie auf einer seit langem anerkannten Unterscheidung, die eine Rangordnung unter den verschiedenen Rechtsgütern schafft. Eine solche Unterscheidung ist durch die allgemein anerkannte Notwendigkeit gerechtfertigt, der Haftung eine Schranke zu setzen. So ermöglicht die dualistische Auffassung die Aussage, dass nicht jede Schädigung, die ein subjektives Recht verletzt, automatisch eine Schadenersatzpflicht begründet. Diese Auffassung findet im Übrigen eine Rechtfertigung in der Tatsache, dass die Unterscheidung zwischen Erfolgsunrecht und Verhaltensunrecht in der Praxis nicht immer leicht ausfällt. Dies trifft bei der Verletzung gewisser (absoluter) Persönlichkeitsrechte wie der Ehre oder der Privatsphäre zu, deren Umfang nicht klar umrissen ist. Die Abgrenzung des geschützten Rechtsguts zwingt dann nämlich dazu, von Fall zu Fall das Kriterium des Zwecks der Schutzbestimmung heranzuziehen[469].

Dieses Kriterium ist theoretisch überzeugend. In der Praxis ist es jedoch nicht von gewissen Kritiken geschont geblieben[470]. Je nach den Umständen stellt es den Richter vor eine schwierige Aufgabe. Dies trifft zu, wenn die - oft straf- oder verwaltungsrechtliche - Schutznorm nicht augenfällig oder wenn ihr Zweck mangels klaren Willens des Gesetzgebers nicht deutlich ersichtlich ist. Als fragwürdig erschien im weiteren, dass die Klageberechtigung der geschädigten Person mit der Berufung auf gewisse Strafrechtsbestimmungen - wie Artikel 239 StGB, der nicht zu den strafbaren Handlungen gegen das Vermögen zählt - begründet wurde[471]. Daraus entsteht der Eindruck, dass das Kriterium des Zwecks der Schutznorm zu unbefriedigenden Lösungen führen kann, wenn

---

467 Vgl. Art. 45 Abs. 3 VE, vorne 2.3.2.1.

468 Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.1, S. 41.

469 Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.1, S. 41.

470 Giovannoni P., a.a.O. (Anm. 340), S. 245 ff.; Gauch P./Sweet J., a.a.O. (Anm. 455), S. 122.

471 Giovannoni P., a.a.O. (Anm. 340), S. 244 f.; Tercier P., a.a.O. (Anm. 383), S. 262 f.

auch nur in Ausnahmefällen. Für die Verfasser des Vorentwurfs bietet dieses Kriterium dennoch die einzige überzeugende Antwort auf die Frage nach der Ersatzfähigkeit des "reinen Vermögensschadens". Ein Verzicht auf dieses Kriterium käme einer Übernahme der subjektiven Auffassung der Rechtswidrigkeit gleich, die keineswegs überzeugt[472]. Würde dieses Kriterium durch ein genaueres ersetzt - wie dasjenige, das jeden Anspruch auf Ersatz des Reflexschadens ausschliesst -, so würde dies offensichtlich zu willkürlichen und somit ungerechten Ergebnissen führen. Letztlich passt das Kriterium des Zwecks der Schutznorm in die Logik der objektiven Theorie der Rechtswidrigkeit, deren Anwendung es in einer Weise einschränkt, die nur flexibel und pragmatisch sein kann. Es steht in erster Linie der Rechtsprechung zu, im Einzelfall zu entscheiden, ob und in welchem Ausmass eine Schutznorm Anwendung findet[473]. Inskünftig wird ihr das Gesetz eine bessere Stütze bieten, weil Artikel 46 Absatz 2 VE mit allgemeinen Begriffen die Verhaltensnormen erwähnt, die bei den Haftungen in Frage kommen, die nicht mit einem besonderen Risiko verbunden sind. Die Regelung der Rechtswidrigkeit sollte daher an Sicherheit gewinnen.

Artikel 46 Absatz 2 VE ist auf die Haftungen anwendbar, die auf das Verhalten einer Person zurückzuführen sind, also auf die Verschuldenshaftung (Art. 48 und 48*a* VE), auf die milden Kausalhaftungen, die auf einer Sorgfaltspflicht in besonderen Situationen beruhen, wie die Haftung des Familienhauptes (Art. 333 ZGB) oder des Werkinhabers (Art. 61 VE), und auf die Haftung für Hilfspersonen im Sinne der neuen allgemeinen Regelungen der Artikel 49 und 49*a* VE. Artikel 46 Absatz 2 VE erfasst ausschliesslich den Ersatz des "reinen Vermögensschadens", wenn sich die von der geschädigten Person erlittene Vermögensminderung nicht aus der Verletzung eines absoluten Rechts ergibt. Letztlich konkretisiert die Bestimmung das Verhaltensunrecht, wie es in Artikel 46 Absatz 1 VE implizite vorgesehen ist - entsprechend der dualistischen Auffassung, die von den Verfassern des Vorentwurfs vertreten wird. Zu diesem Zweck bestimmt Artikel 46 Absatz 2 VE, dass ein schädigendes Verhalten rechtswidrig ist, wenn es gegen ein Gebot oder ein Verbot der Rechtsordnung, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben oder gegen eine vertragliche Pflicht verstösst. Ist eine dieser Voraussetzungen erfüllt, ist die Verletzung eines geschützten Rechts nach Artikel 46 Absatz 1 anzunehmen.

Ein schädigendes Verhalten ist rechtswidrig, wenn es gegen ein Gebot oder ein Verbot der Rechtsordnung verstösst. Gemeint sind hier die unzähligen gesetzlichen Normen des Zivil- und vor allem des Straf- und des Verwaltungsrechts, die ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, wie beispielsweise diejenigen, die Überschreitungen des Nachbarrechts verbieten (Art. 684 ff. ZGB), die Veruntreuung (Art. 138 StGB) oder den Betrug (Art. 146 StGB) als strafbar erklären oder Bereiche des Soziallebens wie Arbeit, wirtschaftlichen Wettbewerb, Bauwesen oder Strassenverkehr regeln[474]. Man braucht wohl nicht daran zu erinnern, dass die fragliche Norm den Schutz des verletzten Interesses bezwecken muss[475]. Im Gegensatz zur Auffassung, die das Bundesgericht manchmal ver-

---

472 Vgl. vorne 2.3.3.1.

473 Vgl. vorne 2.3.2.1. Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.2, S. 43 f.

474 Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 94 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 37 zu Art. 41 OR.

475 Vgl. vorne 2.3.3.1. und die erwähnten Beispiele. Vgl. auch vorne 2.3.3.2.

treten hat, stellt der ungeschriebene Gefahrensatz kein Gebot nach Artikel 46 Absatz 2 VE dar, weil er bloss eine allgemeine Sorgfaltspflicht im Sinne des Grundsatzes *neminem laedere* vorschreibt; indessen kann der Gefahrensatz das Vorliegen eines Verschuldens begründen[476].

Ein schädigendes Verhalten ist auch dann rechtswidrig, wenn es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst (Art. 2 ZGB). Als allgemeine Klausel gebietet dieser Grundsatz ein loyales Verhalten und Rücksichtnahme im Sozialleben. Die Frage, ob und in welchem Ausmass die Verletzung dieses Grundsatzes rechtswidrig ist, ist heute Gegenstand eines Meinungsstreits. Schematisch sind in der Lehre zwei Strömungen festzustellen, und auch das Bundesgericht - beschränkt man sich auf die neusten, freilich von verschiedenen Kammern gefällten Entscheide - scheint diesbezüglich keine einheitliche Praxis entwickelt zu haben. Nach der Mehrheit der Lehrmeinungen setzt die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben eine Sonderverbindung[477] zwischen den Parteien voraus. Mit anderen Worten kann die Verletzung des Grundsatzes nur dann die Rechtswidrigkeit begründen, wenn die schädigende Person gegenüber der geschädigten zu einer bestimmten (vorvertraglichen, vertraglichen oder gesetzlichen) Verpflichtung gehalten war, der ein gewisses Vertrauen zugrunde lag[478]. In einem Entscheid von 1982 hat das Bundesgericht betont, es sei nicht ausgeschlossen, dass aus Artikel 2 ZGB eine autonome Verpflichtung abgeleitet werden könne; diese Möglichkeit sei allerdings auf Ausnahmefälle beschränkt[479]. Ein solcher Ausnahmefall liegt beispielsweise dann vor, wenn es selbst bei ausservertraglichen Beziehungen verboten ist, einer Drittperson ungenaue oder unvollständige Auskunft zu erteilen[480]. In zwei neueren Entscheiden hat das Bundesgericht den Grundsatz der Vertrauenshaftung in Fällen anerkannt, in denen eine Person bei einem Dritten eine Hoffnung entstehen liess, die dann in treuwidriger Weise enttäuscht wurde. Darin sieht das Bundesgericht allerdings einen autonomen Haftungsgrund und nicht die Anwendung der Generalklausel von Artikel 41 OR[481]. Nach der Minderheit der Lehrmeinungen begründet die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben an sich die Rechtswidrigkeit. Dadurch wird das Recht auf Einhaltung dieses Grundsatzes auf den Rang eines absoluten Rechts erhoben, mit der Folge, dass jede Schädigung, die diesen Grundsatz verletzt, von vornherein

---

476 BGE 64 II 260, 82 II 28, 95 II 96, 116 Ia 169; in BGE 119 II 128 ff. scheint allerdinsg das Bundesgericht seine frühere Rechtsprechung zu korrigieren; vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 51 f. zu Art. 41 OR; Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 107; Gabriel, a.a.O. (Anm. 452), S. 76.

477 Merz H., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, I, Einleitung, Art. 1 - 10 ZGB, Bern 1956, N 34 zu Art. 2 ZGB; Deschenaux H., Le titre préliminaire du Code civil, SPR II.I., Freiburg 1969, S. 138; Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 111 ff.

478 Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 111 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 53 zu Art. 41 OR; Raschein H., a.a.O. (Anm. 442), S. 275, 304 f.; Gabriel, a.a.O. (Anm. 452), S. 69.

479 BGE 108 II 311.

480 BGE 111 II 474. Vgl. auch Keller M./Gabi S., a.a.O. (Anm. 51), S. 40 f. und die dort angegebene Rechtsprechung.

481 BGE 120 II 334 ff., 121 III 354 ff.

rechtswidrig ist[482]. In einem Entscheid von 1990 geht das Bundesgericht praktisch in diese Richtung und anerkennt vorbehaltlos, dass die Regeln von Artikel 2 ZGB Verhaltensnormen darstellen, deren Verletzung als rechtswidrig nach Artikel 41 OR betrachtet werden muss[483].

Die Verfasser des Vorentwurfs schliessen sich der zuletzt geschilderten Lehrmeinung an. Sie sind der Ansicht, dass sowohl das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) wie auch das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) allgemeine Schutznormen der Rechtsordnung sind. Diese Normen sind definitionsgemäss mit dem Verhalten der belangten Person verbunden. Sie sind daher für die vorne geschilderten Haftungen von Bedeutung, nicht aber für die Gefährdungshaftungen (die Gefährdung kann selbst dann eintreten, wenn dem Haftpflichtigen subjektiv kein Vorwurf gemacht werden kann oder wenn er den Beweis der objektiven Sorgfalt erbringen kann). Die Verletzung der genannten Normen bewirkt *a priori* die Widerrechtlichkeit. Ist nämlich der Grundsatz von Treu und Glauben als solcher eine Schranke für jede Ausübung eines Rechts, stellt seine Verletzung als solche auch ein rechtlich verpöntes und somit rechtswidriges Verhalten dar[484]. Infolgedessen gibt es keinen Grund, die Anwendung des Grundsatzes auf die Fälle zu beschränken, in denen die schädigende und die geschädigte Person in einer Sonderverbindung stehen. Ein sozialer Kontakt, selbst ein zufälliger oder ein mittelbarer, genügt. Dies trifft beispielsweise im Fall des Mieters zu, der nach Beendigung der Miete ohne Recht in den Räumlichkeiten bleibt und damit dem neuen Mieter deren Gebrauch verunmöglicht; entsteht dem neuen Mieter daraus ein Schaden, so ist dieser nicht vom Vermieter, dem keine schuldhafte Vertragsverletzung vorgeworfen werden kann, sondern vom ersten Mieter zu ersetzen, der sich gegenüber dem neuen Mieter rücksichtslos, also rechtswidrig im Sinne von Artikel 46 Absatz 2 VE verhalten hat.

Die Anerkennung von Treu und Glauben als allgemeine Norm wird es inskünftig ermöglichen, eine Schädigung als rechtswidrig zu betrachten, die weder eine Verletzung eines absoluten Rechts noch die Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift mit spezifischem Gebots- oder Verbotsgehalt darstellt. Der Grundsatz wird den Begriff der Rechtswidrigkeit erweitern. Dadurch wird der Anwendungsbereich der Haftungen ausgedehnt, die auf ein menschliches Verhalten zurückzuführen sind, namentlich der Verschuldenshaftung, wie dies übrigens - im selben Geist, aber in einschränkender Weise - bereits der geltende Artikel 41 Absatz 2 OR bewirkt. Daher kann auf diese Bestimmung, deren Anwendungsfälle von Artikel 13 Absatz 2 (ohne die Voraussetzung der Absicht) erfasst sein werden, verzichtet werden. Man denke beispielsweise an den Fall der Person, die einen Menschen nicht auf die ihm drohende Gefahr aufmerksam macht oder die eine Partei zur Verletzung oder Auflösung des mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrags auffordert[485].

---

482 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 130, und 488 Anm. 44; Oser H./Schönenberger W., a.a.O. (Anm. 51), N 9 zu Art. 41 OR; Keller M./Gabi S., a.a.O. (Anm. 51), S. 37 ff.

483 BGE 116 Ia 169.

484 Widmer P., Variationen über Treu und Glauben oder Il tempo più bello è quello perduto, in Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends, Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern 1993, S. 200 f.

485 BGE 80 II 38, 108 II 312, 114 II 91.

Schliesslich ist ein Verhalten nach Artikel 46 Absatz 2 VE rechtswidrig, wenn es gegen eine vertragliche Pflicht verstösst. Dieser Grundsatz ist in Zusammenhang mit der Regel von Artikel 42, 1. Satz, VE zu betrachten, die den Schaden aus Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung ausschliesslich den allgemeinen Bestimmungen des Haftpflichtrechts unterstellen will. Mit anderen Worten bezieht sich Artikel 46 Absatz 2 in fine VE auf das - schuldhafte - Verhalten des vertraglichen Schuldners im Sinne und in den Schranken von Artikel 42 VE und erfasst den Fall der (in Art. 42, 1. Satz, VE vorgesehenen) positiven Vertragsverletzung, und zwar unter Ausschluss anderer (von Art. 42, 2. Satz, VE vorbehaltenen) Fälle der Nichterfüllung des Vertrags[486].

2.3.3.4 Rechtfertigungsgründe (Art. 46a VE)

Als "Rechtfertigungsgründe" werden gewöhnlich besondere von der Rechtsordnung anerkannte Umstände bezeichnet, die geeignet sind, die Rechtswidrigkeit und somit auch die Haftung der belangten Person auszuschliessen. Die Frage lautet demnach, ob die Verletzung eines geschützten Rechts, die prima vista als rechtswidrig betrachtet wird, nachträglich eine juristische Rechtfertigung findet[487]. Dies führt zur Feststellung, dass die subjektiven Rechte nur in beschränktem Ausmass geschützt sind, und zwar nur soweit, als sich die haftpflichtige Person auf keinen Rechtfertigungsgrund berufen kann. In diesem Sinne werden die Rechtfertigungsgründe manchmal als "negative Voraussetzungen" der Rechtswidrigkeit bezeichnet[488].

Im geltenden Recht definiert Artikel 52 OR die Rechtfertigungsgründe unter den Bezeichnungen "Notwehr", "Notstand" und "Selbsthilfe". Art 44 Absatz 1 OR spielt auf die Einwilligung der geschädigten Person an[489]. Artikel 28 ZGB erwähnt seinerseits die Umstände, die die Rechtswidrigkeit einer Persönlichkeitsverletzung ausschliessen können, d.h. - neben der Einwilligung des Opfers - ein überwiegendes (privates oder öffentliches) Interesse und das Gesetz. Der Auffassung der Studienkommission[490] folgend sind die Verfasser des Vorentwurfs der Ansicht, dass der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts die Rechtfertigungsgründe in konkreter Weise erwähnen muss. Zu diesem Zweck verzichten sie auf die Übernahme der allgemeinen Formulierung von Artikel 28 Absatz 2 ZGB, die auf die Regelung des Persönlichkeitsschutzes gemünzt ist. Dies wird dennoch nicht bewirken, dass die Bedeutung dieser Bestimmung inskünftig geringer sein wird. So wird die Person, die das Persönlichkeitsrecht einer anderen verletzt hat, nach wie vor ein überwiegendes privates Interesse - das in Artikel 46*a* VE nicht allgemein vorgesehen ist - geltend machen können, wie beispielsweise die Pflicht zur Information der Öffentlichkeit durch die Presse bei

---

[486] Vgl. vorne 2.2.2.1. und 2.2.2.3.

[487] Vgl. vorne 2.3.3.2.

[488] Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 222.

[489] Dieser Grund berührt allerdings auch den rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang und daher auch die Zurechnung der Haftung. Eine Person, die in die Verletzung ihres Rechts durch eine Drittperson einwilligt, darf nämlich nicht berechtigt sein, die Last des Schadenersatzes auf diese Person zu überwälzen.

[490] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.3, S. 45.

einer Verletzung des wirtschaftlichen Rufs eines Unternehmens[491] oder wie die Pflicht zur Verlängerung des Lebens einer kranken Person, wenn das Recht der Angehörigen, über die Leiche zu verfügen, durch eine Organtransplantation verletzt wird[492]. In diesen Fällen hängt die Rechtswidrigkeit weitgehend von einer Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen ab, wie dies vom neuen Gesetz über den Datenschutz ausdrücklich vorgesehen wird[493].

Artikel 46*a* VE nennt die Rechtfertigungsgründe, die im Bereich der Haftpflicht geeignet sind, die Rechtswidrigkeit der Verletzung eines geschützten Rechts auszuschliessen. Die Bestimmung nimmt eine grobe Unterscheidung zwischen Rechtfertigungsgründen vor, die auf einer öffentlich-rechtlichen Norm oder auf einer öffentlich-rechtlichen Pflicht beruhen (Abs. 1), und anderen Rechtfertigungsgründen, die sich auf das Verhalten der einen oder der anderen Partei beziehen, je nach ihrem privaten Interesse, die Verletzung zu dulden oder herbeizuführen (Abs. 2). Die Verfasser des Vorentwurfs erachten es als unnötig, im Gesetz die Rechtfertigungsgründe ausführlich zu umschreiben, und verweisen für das Wesentliche auf die anerkannten Lösungen von Lehre und Rechtsprechung. Mit der Wendung "insoweit" wollen sie zum Ausdruck bringen, dass die korrelativen Begriffe "Rechtswidrigkeit" und "Rechtfertigungsgründe" normativ sind und dass ein bestimmter Grund nur dann die Rechtswidrigkeit ausschliessen kann, wenn das diesbezügliche Verhalten eine gewisse Grenze nicht überschreitet. So kann sich die belangte Person nur dann auf Notwehr berufen, wenn die Notwehrhandlung nicht übermässig war, und sie kann nur dann die Einwilligung des Opfers geltend machen, wenn die Einwilligung nicht unsittlich oder widerrechtlich war. Hinzuzufügen ist noch, dass der Vorentwurf den "Notstand", der heute in Artikel 52 OR geregelt ist, nicht mehr unter den Rechtfertigungsgründen erwähnt. Da der Notstand eine Haftung wegen rechtmässiger Tätigkeit begründen kann, wird er inskünftig Gegenstand einer Sonderbestimmung bilden. Dies gilt auch für die Fälle der Schädigung bei einer rechtmässigen Ausübung des Eigentumsrechts[494].

Nach Artikel 46*a* Absatz 1 VE ist eine Schädigung insoweit nicht rechtswidrig, als sie durch das öffentliche Recht geboten ist. Diese Bestimmung muss im Zusammenhang mit Artikel 28 Absatz 2 ZGB und Artikel 32 StGB betrachtet werden. Sie bezieht sich im wesentlichen auf Handlungen, die mit der Erfüllung einer Amtspflicht zusammenhängen, wie beispielsweise die Verhaftung oder die Gefangenhaltung eines Verbrechers, die Pfändung oder die Arrestierung einer Sache, die Hausdurchsuchungen oder die Rückweisung einer unerwünschten Person an die Grenze[495]. Nach Artikel 46*a* Absatz 2 VE ist eine Schädigung auch insofern nicht rechtswidrig, als die geschädigte Person in sie eingewilligt hat; dies gilt unter der stillschweigenden Voraussetzung, dass die

---

491 BGE 95 II 491 ff.

492 BGE 101 II 196 ff.

493 Art. 13 Abs. 2 DSG vom 19. Juni 1992, SR 235.1.

494 Vgl. Art. 59 und 59*a* VE und hinten 3.2.

495 Vgl. Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 227; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 61 zu Art. 41 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 73; BGE 47 II 179 ff., 111 IV 115 ff.

Einwilligung gültig ist[496]. Schliesslich ist eine Schädigung insofern nicht rechtswidrig, als die schädigende Person in Notwehr[497] gehandelt hat oder als sie eigene Rechte schützen wollte und nach den gegebenen Umständen eine rechtzeitige Intervention der Behörden nicht erlangt werden konnte. Der letzte Grund stellt einen sogenannten "Akt der Selbstjustiz"[498] dar, der vom geltenden Artikel 52 Absatz 3 OR "Selbsthilfe" genannt wird[499]; dieser Ausdruck ist allerdings zu eng, was die vorgeschlagene redaktionelle Änderung rechtfertigt.

2.3.4 Ursachenzusammenhang (Art. 47 und 47a VE)

2.3.4.1 Einleitung

Nach der in Artikel 41 Absatz 1 VE verankerten Grundnorm der Zurechnung kann das Opfer einer Schädigung nur soweit Schadenersatz von einer Drittperson verlangen, als die Schädigung nach dem Gesetz dieser Person zugerechnet werden kann[500]. Zudem muss das Opfer einen Ursachenzusammenhang zwischen dem Anknüpfungssachverhalt (menschliches Verhalten, Gefahr), der die Ersatzpflicht begründet, und dem Schaden nachweisen. Dies entspricht einem Postulat der Vernunft und der Gerechtigkeit[501]. In diesem Sinne stellt der Ursachenzusammenhang eine allgemeine Voraussetzung der Haftpflicht dar.

In diesem Zusammenhang ist der fragliche Anknüpfungssachverhalt ein Umstand, ohne welchen der Schaden nicht entstanden wäre. A priori erscheint er als condicio sine qua non des Schadens, selbst wenn er sich in eine Vielzahl anderer - früherer, gleichzeitiger oder späterer - Sachverhalte einreiht, die bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt haben und Glieder der Kausalitätskette sind. Man spricht vom "natürlichen Kausalzusammenhang". Die sture Anwendung dieses Kriteriums würde aber insofern zu unannehmbaren Ergebnissen führen, als sie ermöglichen würde, dass die belangte Person alle - selbst die entferntesten oder gar die völlig ausserordentlichen - Folgen des ihr zugerechneten Sachverhalts tragen müsste. So könnte beispielsweise der Fussgänger als haftpflichtig erklärt werden, der irrtümlicherweise einem Wanderer empfiehlt, einen bestimmten Weg zu begehen, wenn der Wanderer bald darauf von

---

496 Vgl. Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 238 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 63 f. zu Art. 41 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 73. In bestimmten Fällen, insbeondere bei chirurgischen Interventionen, ist die Einwilligung nur gültig, wenn sie eine "aufgeklärte" ist; vgl. BGE 108 II 61 ff., 113 Ib 424 ff. Über die Risikoakzeptanz als Anwendungsfall der Opfereinwilligung vgl. Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 250 ff. und die dortigen Hinweise.

497 Vgl. Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 259 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 6 ff. zu Art. 52 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 74 f.; BGE 44 II 150 f. Vgl. auch Art. 926 ZGB, 33 StGB.

498 Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 495 ff.

499 Vgl. Oftinger K./Stark E., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 275 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 58 ff. zu Art. 52 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 75; BGE 70 II 135.

500 Vgl. oben, 2.1.1.

501 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), p. 70; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 2; Deschenaux H., Norme et causalité en responsabilité civile, in Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du TF, Basel 1975, S. 399.

einem Auto überfahren wird[502]. Aus dieser Überlegung wurde die Theorie des "adäquaten" Kausalzusammenhangs entwickelt, die das Kriterium des natürlichen Kausalzusammenhangs abschwächt und daher bezweckt, der Haftpflicht eine vernünftige Schranke zu setzen. Diese Theorie setzt eine Wahrscheinlichkeitsbeurteilung voraus; danach wird ein Sachverhalt, der in einem Kausalzusammenhang mit dem Schaden steht, nur dann als rechtlich massgebend betrachtet, wenn er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung an sich geeignet war, einen Erfolg von der Art des tatsächlich eingetretenen herbeizuführen.

Die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs wurde am Ende des letzten Jahrhunderts vom deutschen Psychologen von Kries entwickelt[503]. Sie wurde in Deutschland und danach in der Schweiz anerkannt, und das Bundesgericht wendet sie seit Jahrzehnten an, und zwar sowohl im Haftpflichtrecht[504] als auch in anderen Rechtsgebieten wie im Strafrecht[505] und im Sozialversicherungsrecht[506]. Im Allgemeinen stimmt die Lehre dieser Theorie zu; die Kritiken beziehen sich vor allem auf ihre rechtliche Bedeutung und auf gewisse Anwendungskriterien[507]

2.3.4.2 Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs

Die Anwendung der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs erfolgt in zwei aufeinanderfolgenden Phasen:

- In einem ersten Schritt prüft das Gericht, ob der Sachverhalt, welcher der belangten Person zugerechnet wird, an sich geeignet war, den eingetretenen Schaden zu verursachen. Hier wird der Kausalzusammenhang an und für sich überprüft, und die Frage ist eine positive.
- In einem zweiten Schritt klärt das Gericht ab, ob der Kausalzusammenhang zwischen dem betreffenden Sachverhalt und dem Schaden nicht durch einen anderen - den sog. "unterbrechenden" - Sachverhalt in den Hintergrund gerückt wird, der für den Schadenseintritt eine überwiegende Rolle gespielt hat. Hier wird der Kausalzusammenhang im Vergleich zu anderen Gliedern der Kausalitätskette überprüft, und die Frage ist eine negative.

Der Kausalzusammenhang wird zunächst an und für sich geprüft. Diese Beurteilung setzt die Feststellung voraus, dass der fragliche Sachverhalt logisch und wissenschaftlich auf die belangte Person zurückgeführt werden kann, das heisst, dass er eine der notwendigen oder "natürlichen" Ursachen des Schadens - oder gar die Ursache - ist. Der betreffende Sachverhalt kann auch in einer Unterlassung bestehen, wie beim Fahrer, der die Handbremse seines auf

---

502 Die Beispiele stammen aus Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 131 zu Art. 41 OR.

503 Vgl. Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 501), S. 400; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 16.

504 Vgl. insbesondere BGE 87 II 120 ff., 101 II 73 ff., 102 II 237 ff., 103 II 244 ff.

505 Vgl. beispielsweise BGE 103 IV 291.

506 Vgl. beispielsweise BGE 112 V 33.

507 Vgl. hinten, 2.3.4.3.

einer steilen Strasse parkierten Autos nicht zieht. Voraussetzung ist, dass eine Bestimmung der Rechtsordnung zum Handeln verpflichtet. Diesfalls vergleicht das Gericht das tatsächliche Ergebnis mit dem hypothetischen Ergebnis, welches aller Wahrscheinlichkeit nach eingetreten wäre, wenn die belangte Person entsprechend dem Gesetz gehandelt hätte[508]. Zu diesem Zweck - und bereits in dieser Phase - kann das Gericht auf die allgemeine Lebenserfahrung abstellen[509]. Dies zeigt, dass sich die Frage nach der sogenannten natürlichen Kausalität auch in normativer Hinsicht stellt und dass sie daher mit derjenigen nach der Zurechnung der Haftung verbunden ist. Zu betonen ist, dass der natürliche Kausalzusammenhang nicht aufhört, wenn nach dem betreffenden Sachverhalt neue Ereignisse eintreten (überschiessende Kausalität) oder wahrscheinlich eingetreten wären (hypothetische überschiessende Kausalität), die denselben Schaden hätten bewirken können. Unter dem Gesichtspunkt der Kausalität sind diese Ereignisse grundsätzlich ohne Bedeutung. Bei der Berechnung des Schadens müssen sie hingegen berücksichtigt werden können[510].

Wird die (Tat)frage nach dem natürlichen Kausalzusammenhang bejaht, so stellt sich das Gericht die (Rechts)frage nach dem adäquaten Kausalzusammenhang[511]. Diese Frage lautet, ob der auf die belangte Person zurückzuführende Sachverhalt ihr auch rechtlich zugerechnet werden und so ihre Schadenersatzpflicht begründen kann. Nach dem Bundesgericht ist der Kausalzusammenhang ein adäquater, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung der fragliche Sachverhalt geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolgs durch den fraglichen Sachverhalt allgemein als begünstigt erscheint[512]. Mit anderen Worten muss man sich bei einer Kette konkreter Sachverhalte fragen, ob es wahrscheinlich war, dass der fragliche Sachverhalt den eingetretenen Erfolg bewirken würde. Nach der Rechtsprechung ist nicht die subjektive, sondern die objektive Voraussehbarkeit des Erfolgs massgebend[513]. Je nach den Umständen ist es nicht ausgeschlossen, dass der adäquate Kausalzusammenhang sich auf Folgen ausdehnt, die ein Laie als ausserordentliche bezeichnen würde, wie beispielsweise auf die Anspruchsneurose eines Opfers von Körperverletzungen[514]. Dies ist oft der Fall beim Eintritt eines Folgeschadens, wenn der massgebende Sachverhalt einen anderen Sachverhalt verur-

---

508 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 108 zu Art. 41 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 38; BGE 102 II 263.

509 BGE 115 II 447.

510 Deschenaux H., a.a.O., (Anm. 501), S. 405; von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 92 f.; vgl. auch BGE 115 II 443 f., der nicht kategorisch zu dieser Frage Stellung nimmt, der aber nicht ausschliesst, dass die hypothetische Kausalität berücksichtigt werden könnte.

511 In einem strafrechtlichen Fall hat das Bundesgericht allerdings seine Kognitionsbefugnis bezüglich der natürlichen Kausalität rechtfertigen können; es erklärte sich für zuständig zur Prüfung der Frage, ob die kantonale Instanz von einem bundesrechtswidrigen Begriff ausgegangen war (BGE 101 IV 152).

512 BGE 103 II 245, 101 II 73 und die dortigen Hinweise.

513 BGE 101 II 73. Vgl. auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 22

514 BGE 96 II 396 ff.

sacht hat, der seinerseits den Schaden bewirkt hat; man spricht in diesen Fällen von mittelbarer Kausalität[515].

In einer zweiten Phase wird der - von vornherein als adäquat betrachtete - Kausalzusammenhang aufgrund eines Vergleichs mit anderen Sachverhalten überprüft, beim Schadeneintritt eine Rolle spielen konnten. Das Gericht wird dabei prüfen, ob eine Ursache vorliegt, für welche die belangte Person nicht haftet und die den ersten Sachverhalt als so entfernt vom Schaden erscheinen lässt, dass es ungerechtfertigt wäre, daraus rechtliche Folgen abzuleiten[516]. Trifft dies zu, wird der Kausalzusammenhang nachträglich in dem Ausmass als "nicht adäquat" erachtet, als der Sachverhalt an sich nicht mehr als geeignet betrachtet wird, einen Erfolg wie den eingetretenen zu bewirken; man sagt, dass der Kausalzusammenhang "unterbrochen" ist. Dies trifft je nach den Umständen bei höherer Gewalt und bei schwerem Verschulden des Opfers oder einer Drittperson zu[517].Der "unterbrechende Sachverhalt" muss aber eine gewisse Intensität aufweisen[518]. Diese wird von Fall zu Fall unter Berücksichtigung des konkreten Haftungsgrundes bemessen. Dabei zu berücksichtigen sind insbesondere das typische Risiko, das der belangten Person zugerechnet werden kann, und die Vorsichtsmassnahmen, die von ihr erwartet werden konnten. So darf die Bedeutung des Blitzes für den Kausalzusammenhang nicht dieselbe sein, wenn er einen Baum trifft oder wenn er in ein Elektrizitätswerk einschlägt[519].

2.3.4.3 Konzept des Vorentwurfs

Die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs wird von der schweizerischen Lehre allgemein anerkannt, häufig allerdings mit Vorbehalten. Sie ist Gegenstand von kritischen Stellungnahmen, die nicht so sehr die Funktion des Instituts, insbesondere seine praktische Nützlichkeit, sondern vor allem seine rechtliche Bedeutung und gewisse seiner Anwendungskriterien betreffen.

Zum einen wird eingewendet, dass in der Logik wie in den Naturwissenschaften eine Ursache gegeben oder eben nicht gegeben sei. Der Begriff der Kausalität sei somit ein "absoluter", der keine Abstufungen kenne. Die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs sei in Wirklichkeit eine Theorie der Wahrscheinlichkeit, die von Fall zu Fall normativ angewandt werde. Zu diesem Zweck nehme das Gericht eine Wertung vor und bestimme die Folgen, die dem fraglichen Sachverhalt richtigerweise noch zugerechnet werden könnten[520]. Je nach den Umständen werde es der geschädigten Person eine Entschädigung zusprechen, die den erlittenen Schaden ersetzt, oder es werde die Entschädigung herabsetzen oder gar keine zusprechen. In diesem Sinne sei der adäquate Kausalzusammenhang ein relativer Begriff, der unterschiedliche Inten-

---

515 BGE 33 II 570 ff., 43 II 243 f.

516 BGE 112 II 442.

517 Für Beispiele vgl. BGE 49 II 262 f., 95 II 185 ff., 95 II 350 f.

518 BGE 116 II 524 f. und die dortigen Hinweise.

519 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 62.

520 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 76; Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 501), S. 408 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 61; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 16.

sitätsstufen kenne und dazu tendiere, die Haftpflicht in vernünftigen Schranken zu halten. Diese Schranken seien mit dem fraglichen Zurechnungsgrund verbunden. Diese Feststellung führt einige Autoren dazu, für die Anwendung eines Kriteriums einzutreten, das sich unabhängig von der natürlichen Kausalität allein auf die angewandte Bestimmung stützen würde[521].

Auch wird geltend gemacht, dass das Kriterium der objektiven Voraussehbarkeit des Erfolgs - das darin besteht, sich zu fragen, ob der festgestellte Erfolg objektiv als Folge einer bestimmten Ursache betrachtet werden konnte - diskutabel sei. Bei der Verschuldenshaftung führe dieses Kriterium zu einer Verschmelzung von Verschulden und Kausalität, und zwar in dem Sinne, dass der belangten Person nur die Folgen zugerechnet werden könnten, die sie habe voraussehen können. Mit anderen Worten könne die Haftung nicht über die subjektive Voraussehbarkeit hinausgehen, was bedeute, dass das Verschulden die Tragweite der Haftung bestimme. Im Übrigen sei der Kausalzusammenhang immer dann adäquat, wenn die schädigende Person absichtlich gehandelt habe. Wie Deschenaux[522] bemerkt, ist die Prognose nicht mehr objektiv und retrospektiv, sondern subjektiv und muss "ex ante" erfolgen. Bei den Kausalhaftungen kann man in Bezug auf gewisse Aspekte im Sinne einer objektiven Voraussehbarkeit des Erfolgs argumentieren, und zwar nicht abstrakt, sondern nur bezüglich des fraglichen Anknüpfungssachverhalts[523]. In Tat und Wahrheit stellt sich in diesen Fällen eine einzige Frage: Ob der Schaden als eine Konkretisierung des Risikos erscheint, das der belangten Person zugerechnet werden kann, wie sich dies im Streit zwischen den Gemüseproduzenten und dem Bund nach dem Vorfall von 1986 im Atomkraftwerk von Tschernobyl zeigte[524].

Die Verfasser des Vorentwurfs legen Wert darauf, dass der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts die Voraussetzung eines rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhangs zwischen dem Sachverhalt, der der belangten Person zuzurechnen ist, und dem Schaden enthält. Diese Voraussetzung ist in Artikel 47 VE verankert, und zwar als Grundsatz, dem eine dreifache Bedeutung zukommt. Erstens erinnert Artikel 47 VE daran, dass die Kausalität eine allgemeine Voraussetzung der Schadenersatzpflicht ist, und dies unabhängig von der Haftungsart[525]. Zweitens stellt die Bestimmung klar, dass die Kausalität ein rechtlicher Begriff ist, dessen Bedeutung nicht derjenigen der Logik und der Naturwissenschaften entspricht. Drittens gibt diese Bestimmung eine Grundlage für die ausdrückliche Regelung von Artikel 47*a* VE. Diese erlaubt es, die belangte Person zu entlasten, wenn ein Sachverhalt, der ihr nicht zuzurechnen ist, in

---

521 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 501), S. 414 ff.; Lanz W., Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Diss. iur. St. Gallen 1974, S. 94 ff., insbesondere 169 ff.

522 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 501), S. 423, 407. Vgl. auch Schwartz P., Adäquate Kausalität und Verschuldenshaftung, BJM 1970, S. 10 ff. Bezüglich der Verwischung der Unterschiede zwischen Verschulden und Kausalzusammenhang vgl. insbesondere BGE 66 II 120.

523 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 501), S. 424.

524 BGE 116 II 487: Das blosse Wissen um das Bestehen einer radioaktiven Verseuchung ist geeignet, die Bevölkerung zu verunsichern und sie zu einem massiven Verzicht auf den Konsum bestimmter landwirtschaftlicher Produkte zu veranlassen, so dass der Rückgang des Verkaufs dieser Produkte eine adäquate Folge der Verseuchung darstellt.

525 Vgl. vorne 2.3.1.

offensichtlich überwiegender Weise zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat. Daraus folgt, dass die Überprüfung der Kausalität - wie diejenige der Rechtswidrigkeit[526] - nach einem zweiphasigen Vorgehen zu erfolgen hat, wie dies die Systematik des Gesetzes ausdrückt.

Wie bereits erwähnt, legt Artikel 47 VE die Voraussetzung eines rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhangs zwischen dem der belangten Person zugerechneten Verhalten und dem Schaden fest. Einem Vorschlag der Studienkommission[527] folgend verzichten die Verfasser des Vorentwurfs darauf, die Kausalität im Gesetz positiv zu definieren. Sie befürchteten, dass eine solche Definition das Gericht bei einer Frage, die einen breiten Ermessensspielraum verlangt, zu stark binden würde. Die Verfasser sehen kein unfehlbares Kriterium, das es erlauben würde, mit Genauigkeit festzustellen, wann bestimmte Auswirkungen mit der Ursache in einem solchen Verhältnis stehen, dass daraus eine Schadenersatzpflicht abgeleitet werden kann[528]. Auf diesem Gebiet ziehen sie es vor, wenn sich das Gesetzbuch darauf beschränkt, dem Gericht eine einfache, notwendigerweise flexible Anweisung zu geben, wonach die Kausalität ein Rechtsbegriff ist. Diese Anweisung bedeutet, dass der blosse Ursachenzusammenhang zwischen dem der belangten Person zuzurechnenden Verhalten und dem Schaden nicht genügt, um das Bestehen eines rechtlich bedeutsamen Kausalzusammenhangs zu bejahen. Die Überprüfung dieser Voraussetzung muss vielmehr normativ erfolgen. Es wird darum gehen, für jeden Einzelfall die Tragweite der anwendbaren Bestimmung abzuklären, um zu entscheiden, ob diese den eingetretenen Schaden noch abdeckt. Dies bedeutet, dass der rechtlich bedeutsame Kausalzusammenhang mit dem Haftungsgrund, also mit der Zurechnung verknüpft ist.

Diesbezüglich weist die Kausalität eine deutliche Analogie mit der Rechtswidrigkeit auf[529]. Beide Begriffe bezwecken nämlich, der Haftpflicht Grenzen zu setzen, und beide haben normative Bedeutung. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit fragt sich das Gericht, ob das verletzte Recht zu den Gütern gehört, deren Schutz die verletzte Norm bezweckt. Dieses Kriterium erlaubt insbesondere den Entscheid darüber, ob der Reflexschaden (also der Schaden, der von einer Drittperson indirekt erlitten wird, die mit dem Opfer der Verletzung in einer Beziehung stand) zu ersetzen ist. Unter dem Gesichtspunkt der Kausalität prüft das Gericht, ob in Anbetracht der Norm und des festgestellten Erfolgs das der belangten Person zuzurechnende Verhalten ihr auch rechtlich zuzurechnen ist. Das Kriterium ist insbesondere nützlich beim Entscheid, ob der Folgeschaden (also der Schaden, der vom Opfer indirekt wegen eines Sachverhalts erlitten wird, der ohne die vorangegangene Verletzung nicht eingetreten wäre) zu ersetzen ist[530]. Das Gericht fragt in jedem Fall - aber unter einem verschiedenen Gesichtspunkt - nach dem Verhältnis, das zwischen der

---

526 Vgl. vorne 2.3.3.2

527 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.1, S. 47.

528 Zu dieser Feststellung kommt das Bundesgericht bei der Anwendung der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs (BGE 66 II 174).

529 Vgl. vorne 2.3.3.

530 Vgl. Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 48 f. ; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 103 ff.

Norm, die die Schadenersatzpflicht begründet, und dem Schaden besteht. In diesem Sinne sind die Kausalität und die Rechtswidrigkeit konnexe und komplementäre Begriffe.

2.3.4.4 Grundsatz (Art. 47 VE)

Nach Artikel 47 VE ist eine Person nur soweit ersatzpflichtig, als der ihr zuzurechnende Sachverhalt zum Schaden in einem rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang steht. Die Ersatzpflicht hängt somit vom Bestehen eines qualifizierten Kausalzusammenhangs ab. In dieser Phase wird die Kausalität an sich geprüft. In einem ersten Schritt bestimmt das Gericht - nach demselben Gedankengang wie bei der Anwendung der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs[531] -, ob der Sachverhalt eine notwendige ("natürliche") Ursache des Schadens ist, also ob er logisch der belangten Person zugerechnet werden kann. In einem zweiten Schritt prüft es, ob der betreffende Sachverhalt rechtlich der belangten Person zugerechnet werden kann, also ob der Schaden in einem genügenden rechtlichen Verhältnis mit der anzuwendenden Bestimmung steht. In diesem Sinne erfolgt die Zurechnung des festgestellten Erfolgs zur betreffenden Ursache unter dem Gesichtspunkt des Haftungsgrunds. Das Gericht muss hier ein Werturteil fällen[532].

In terminologischer Hinsicht ist hervorzuheben, dass das - bereits in Artikel 41 Absatz 1 VE verwendete - Bindewort "soweit" den normativen Charakter der Kausalität und ihre möglichen Abstufungen widerspiegelt. Das mit der Zurechnung verbundene Wort "Sachverhalt" bezeichnet die Handlung aber auch die Unterlassung, die in rechtlicher Hinsicht ebensogut die Ursache eines Schadens sein kann[533]. Die Verfasser des Vorentwurfs verzichten auf die Verwendung des Adjektivs "adäquat", mit dem die heute massgebende Theorie die Kausalität bezeichnet. Zum einen handelt es sich dabei um einen Terminus der Lehre, der in einem Gesetzestext keinen Platz hat. Zum zweiten - und vor allem - ist es nicht angebracht, dass das Gesetz das Gericht fest an eine Theorie bindet, die ein Gebiet betrifft, wo das Gericht über einen weiten Ermessensspielraum verfügt. Hinzu kommt, dass die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs zur Zeit Gegenstand von kritischen Stellungnahmen ist[534]. Weiter bezieht sich die Anwendungsformel, die sich aus der Rechtsprechung ergibt, auf so vage Beurteilungskriterien, dass sie praktisch allen möglichen Antworten die Türe öffnet und mit dem Risiko inkonsequenter Lösungen verbunden ist[535]. Allerdings gehört diese Theorie zur schweizerischen Rechtstradition und nach allgemein anerkannter Meinung hat sie bisher gute Dienste geleistet[536]. Nichts wird die Gerichte daran hindern, auch inskünftig den Kriterien zu

---

531 Vgl. vorne 2.3.4.2.

532 Vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 162 zu Art. 41 OR; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 484; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 16.

533 Vgl. vorne 2.3.4.2.

534 Vgl. vorne 2.3.4.3.

535 Lanz W., a.a.O. (Anm. 521), S. 37; Giovannoni P., La causalité dans la responsabilité civile extracontractuelle, ZBJV 1962, S. 261.

536 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 77; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 163 zu Art. 41 OR; Deschenaux H., a.a.O., (Anm. 501), S. 402, 422; Giovannoni P., a.a.O. (Anm. 535), S. 280.

folgen, die aus dieser Theorie entwickelt wurden, sofern sie sich immer der Tatsache bewusst sind, dass die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs in Wirklichkeit eine Theorie der Haftung ist.

Wie bereits erwähnt, setzt nach Artikel 47 VE die Ersatzpflicht einen rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang voraus, und zwar zwischen dem der haftpflichtigen Person zuzurechnenden Sachverhalt und dem Schaden. Wie dies in Artikel 56*d* Absatz 1 VE präzisiert wird, muss dieser Zusammenhang grundsätzlich von der Person bewiesen werden, die Schadenersatz verlangt. Die heutige Rechtsprechung in diesem Bereich hat bereits einige Erleichterungen eingeführt. Die Verfasser des Vorentwurfs wollen im Gesetz eine Regelung verankern, die dem Gericht ermöglicht, sich unter bestimmten Umständen mit einer überzeugender Wahrscheinlichkeit zu begnügen und die Ersatzleistung dementsprechend zu bemessen (Art. 56*d* Absatz 2 VE). Diese Regelung dürfte vor allem bei der Beurteilung der Haftung im Falle der hypothetischen Kausalität, insbesondere der alternativen Kausalität, vom Nutzen sein[537].

2.3.4.5 Entlastung (Art. 47a VE)

Nach Artikel 47*a* VE ist eine Person von jeglicher Haftpflicht entlastet, wenn ein Sachverhalt, der ihr nicht zugerechnet werden kann, in offensichtlich überwiegender Weise zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat; es handelt sich namentlich um die höhere Gewalt und um ein Verhalten oder eine Gefahr, die einer Drittperson oder der geschädigten Person zuzurechnen sind. Die Bestimmung regelt die Entlastung von der Haftpflicht für den Fall, dass die Kausalität, die prima vista bejaht wurde, doch verneint werden muss, weil der fragliche Sachverhalt infolge eines externen Elements so in den Hintergrund gerückt wird, dass es ungerechtfertigt wäre, aus ihm rechtliche Folgen zu ziehen. Bildlich ausgedrückt könnte man sagen, dass die Entlastungsgründe den Kausalzusammenhang "unterbrechen", wie dies heute üblich ist[538].

In diesem Stadium wird die Kausalität nicht mehr an sich, sondern im Vergleich zu anderen Elementen geprüft, die beim Schadenseintritt eine Rolle gespielt haben. Dies beweist einmal mehr, dass der Begriff ein relativer ist, und zwar insofern, als er unterschiedliche Intensitätsstufen kennt. Je nach den Umständen kann derselbe Sachverhalt, für den die belangte Person nicht einzustehen hat, zu einer teilweisen Entlastung (im Sinne einer Herabsetzung der dem Opfer geschuldeten Entschädigung) oder zu einer totalen Entlastung führen[539]. Dies trifft zu, wenn der Sachverhalt als Zufall oder höhere Gewalt qualifiziert wird oder wenn er als leichte Fahrlässigkeit oder schweres Verschulden einer Dritt- oder der geschädigten Person gilt. Festzustellen ist, dass die Entlastung stark vom Ermessen abhängt. In einem gewissen Sinne setzt sie eine "adäquate Verteilung der Risiken" voraus.

---

537 Vgl. hinten 2.9.4.3.

538 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 109, N 151; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 132 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 132 zu Art. 41 OR.

539 Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.1, S. 48; vgl. auch Art. 52 VE und hinten 2.5.2.

Damit sich die belangte Person entlasten kann, muss sie nachweisen, dass ein externer Sachverhalt in offensichtlich überwiegender Weise zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat. Dies bedeutet, dass der fragliche Sachverhalt eine gewisse Intensität aufweisen muss. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, ist anhand des Haftungsgrunds zu entscheiden. Besteht beispielsweise der Anknüpfungssachverhalt in einer besonders schwerwiegenden Gefahr, so muss das externe Element einen besonders starken Einfluss gehabt haben, um einen Entlastungsgrund darzustellen. Dies wird übrigens von einigen Sonderbestimmungen des geltenden Rechts ausgedrückt. So sieht Artikel 59 Absatz 1 SVG vor, dass nur ein schweres Verschulden einer Drittperson oder der geschädigten Person den Halter eines Fahrzeugs entlastet. Weiter geht Artikel 5 KHG, indem er die höhere Gewalt und (über den Weg der Kanalisierung der Haftung) das schwere Verschulden einer Drittperson als Entlastungsgründe ausschliesst, die den Inhaber einer Kernanlage von jeglicher Ersatzpflicht befreien könnten. Diese Bestimmungen zeigen, dass die Entlastungsgründe in dem Sinne relativ sind, dass ihre Einschätzung nach der anzuwendenden Norm, aber auch nach der betreffenden Haftungsart erfolgt. Was die Kausalhaftungen betrifft, stellt das Gericht in einer ersten Phase das Bestehen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem objektiven Anknüpfungssachverhalt und dem Schaden fest, und es prüft in einer zweiten Phase, ob ein Entlastungsgrund vorliegt. Was die Verschuldenshaftung betrifft, werden die Entlastungsgründe in der Regel bereits bei der Prüfung der Verschuldensfrage berücksichtigt[540]. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob bei den Kausalhaftungen das zusätzliche Verschulden der ersatzpflichtigen Person (oder einer ihrer Hilfspersonen) von vornherein die Entlastung ausschliesst. Die Verfasser des Vorentwurfs verneinen die Existenzberechtigung und die Zweckmässigkeit einer solchen Ausnahme, die in Artikel 59 Absatz 1 SVG vorgesehen ist: Zum einen ist eine entsprechende Regelung insofern unnötig, als der fragliche Sachverhalt aufgrund der Rechtsnatur der Kausalität und wegen des Verschuldens der belangten Person in aller Regel nicht in den Hintergrund gerückt wird. Zum zweiten wäre es nicht immer billig, wenn ein leichtes Verschulden der ersatzpflichtigen Person ihre Entlastung auch dann ausschliessen würde, wenn das Verschulden der geschädigten oder einer Drittperson besonders schwer ist. Es kommt hinzu, dass die Umkehrung der Beweislast, wie sie in Artikel 59 Absatz 1 SVG vorgesehen ist, zumindest fraglich ist[541].

Im geltenden Recht sagt das OR - unter Vorbehalt von Artikel 44 Absatz 1, der die Sachverhalte aufzählt, für die die geschädigte Person einstehen muss - nichts über die Entlastungsgründe. Ein guter Teil der Spezialgesetze, die eine Gefährdungshaftung vorsehen, erwähnen einige Entlastungsgründe, und zwar mit uneinheitlichen Formulierungen[542]. Mangels abweichender Bestimmung[543]wird heute angenommen, dass die höhere Gewalt und das Verschulden der geschädigten oder einer Drittperson die wichtigsten Elemente darstel-

---

[540] Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.1, S. 48.

[541] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 443 ff.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N1.3 zu Art. 59 SVG.

[542] Vgl. beispielsweise Art. 1 Abs. 1 EHG, Art. 27 EleG, Art. 59 Abs. 1 SVG, Art. 33 Abs. 2 RLG, Art. 5 KHG.

[543] Vgl. beispielsweise Art. 33 Abs. 2 RLG, Art. 5 KHG.

len, die als Entlastungsgründe zu berücksichtigen sind. Ihnen wird allgemeine Tragweite zuerkannt[544].

Die Verfasser des Vorentwurfs sind der Meinung, dass der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts eine beispielhafte Aufzählung der Gründe enthalten soll, die ihrer Natur nach geeignet sind, die belangte Person zu entlasten. Zu diesem Zweck erwähnt Artikel 47*a* VE an erster Stelle die höhere Gewalt, die nichts anderes als ein qualifizierter Zufall ist[545]. Normalerweise wird der einfache Zufall als Grund zur Herabsetzung der Entschädigung betrachtet[546]. Man kann allerdings nicht von vornherein ausschliessen, dass er beim Vorliegen ausserordentlicher Umstände zur totalen Befreiung der beklagten Partei führen kann. Dies würde zutreffen, wenn diese aus Verschulden haftet und ihr letztlich nur eine sehr leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann.

Artikel 47*a* VE erwähnt auch das einer Drittperson oder der geschädigten Person zuzurechnende Verhalten. Selbstverständlich ist hier vor allem das Verschulden erfasst, und diesbezüglich kann auf die bei der Anwendung des geltenden Rechts massgebenden Grundsätze abgestellt werden[547]. In Bezug auf das Verschulden einer Drittperson ist hervorzuheben - diese Ausführungen gelten insbesondere für die Gefährdungshaftungen -, dass die Rechtsprechung zu Recht streng war, wenn sich die beklagte Person auf diesen Entlastungsgrund berief, und sie nur dann befreite, wenn dieses Verschulden eine bestimmte Schwere erreicht hatte; andernfalls wäre der Inhalt der Bestimmungen über die Haftungskonkurrenz teilweise ausgehöhlt worden[548]. Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass die Hilfsperson des Belangten keine Drittperson im Sinne dieser Bestimmung ist; das schwere Verschulden der Hilfsperson kann somit die belangte Person nicht entlasten. Hingegen kann der geschädigten Person das schwere Verschulden ihrer Hilfsperson entgegengehalten werden[549]. Unter den Sachverhalten, die einer Drittperson oder der geschädigten Person zuzurechnen sind, kann noch das schuldlose Verhalten, wie dasjenige einer urteilsunfähigen Person, erwähnt werden. Je nach Intensität kann ein solches Verhalten in einer ebenso überwiegenden Weise zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen haben wie das subjektive Verschulden, ob es die Ersatzpflicht der betreffenden Person begründet oder nicht. Dies Frage ist heute umstritten[550]. Derzeit neigt das Bundesgericht nicht dazu,

---

544 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 62; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 132 ff. zu Art. 41 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 141.

545 Zum Begriff vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 142 ff. zu Art. 41 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51) , S. 62 f. und die dort angegebene Rechtsprechung.

546 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 141 zu Art. 41 OR, N 52 zu Art. 43 OR.

547 Vgl. insbesondere Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 134 ff. zu Art. 41 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 63 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 151 ff. und die dort angegebene Rechtsprechung.

548 BGE 89 II 122 f., 96 II 359. Vgl. auch Art. 53*b* VE und hinten 2.6.4.3.

549 BGE 99 II 200 f.

550 Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.2, S. 50 und V/3.2.3, S. 58 f.; vgl. auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 18, N. 99 ff.

in einem solchen Verhalten einen Entlastungsgrund zu sehen[551]. Dasselbe gilt für die konstitutionelle Prädisposition des Opfers[552].

Schliesslich erwähnt Artikel 47*a* VE die Gefahr, die einer Drittperson oder der geschädigten Person zuzurechnen ist. Gemeint ist eine charakteristische, vom Verschulden unabhängige Gefahr, wie sie in der allgemeinen Klausel der Gefährdungshaftung oder in Spezialgesetzen vorgesehen ist (Art. 50 VE). Es ist angebracht, diesen möglichen Entlastungsgrund besonders hervorzuheben, der in den geltenden Gesetzestexten nicht deutlich erscheint oder im allgemeinen Begriff der Umstände verschwindet[553]. Wie Rusconi[554] zu Recht bemerkt hat, wird ein Sachverhalt, der die Haftung der geschädigten Person begründen würde, wenn diese eine Drittperson geschädigt hätte, zu einem Element, das eine Herabsetzung des Ersatzes für den Schaden bewirkt, den die geschädigte Person selbst erlitten hat. Weist dieses Element eine genügende Intensität auf, so muss es logischerweise als Entlastungsgrund berücksichtigt werden können. Gewiss werden diese Fälle nicht häufig sein; sie sind aber denkbar und können daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Man denke beispielsweise an den Fall eines Kindes oder eines Tieres, das unglücklicherweise in einen Sprengstofflager eindringt und eine Explosion verursacht, die das Lager und die umliegenden Gebäude zerstört. Selbst wenn den Inhaber der Sprengstoffe kein Verschulden trifft, könnte es billig sein, das Haupt der Familie des Kindes oder den Halter des Tieres zu entlasten.

2.4 Haftungsgründe (Art. 48 - 51a VE)

2.4.1 Vorbemerkungen

Die Artikel 48 - 51*a* VE regeln die Haftungsgründe, d.h. die allgemeinen Zurechnungsgründe, die es rechtfertigen, die Last des Ersatzes des Schadens, den das Opfer erlitten hat, einer Drittperson aufzuerlegen. Diese Bestimmungen begründen in Form von Generalklauseln drei Haftungskategorien: die Verschuldenshaftung (Art. 48 VE), die Hilfspersonenhaftung in zwei Varianten (Art. 49 und 49*a* VE) und die Gefährdungshaftung (Art. 50 VE). Jeder dieser Tatbestände setzt voraus, dass der Schaden widerrechtlich verursacht wurde, wie es Artikel 1 Absatz 2 VE ausdrücklich sagt. Mit anderen Worten müssen die drei allgemeinen Voraussetzungen der Haftung immer gegeben sein: der Schaden (Art. 45 - 45*f* VE), die Widerrechtlichkeit (Art. 46/46*a* VE) und der Kausalzusammenhang (Art. 47/47*a* VE).

Unter dem systematischen Gesichtspunkt unterscheidet das geltende Recht die Verschuldenshaftung, die der Generalklausel von Artikel 41 Absatz 1 OR untersteht, und die Kausalhaftungen, die in Spezialbestimmungen des OR, ZGB oder anderer Bundesgesetze vorgesehen sind. Diese Haftungen weisen inso-

---

551 BGE 102 II 239, 102 II 367.

552 BGE 113 II 89 ff.

553 Die Frage nach der Berücksichtigung des Elements "Gefahr" stellt sich auch bei der Anwendnug des geltenden Art. 51 Abs. 2 OR, der die interne Verteilung der Solidarschuld regelt; zu diesem Punkt vgl. Widmer P., a.a.O. (Anm. 8), S. 269 ff., insbesondere S. 287 ff.

554 Rusconi B., Les principes sur la détermination de l'étendue des dommages-intérêts, in Die Verantwortlichkeit im Recht, II, Zürich 1981, S. 552. Vgl. auch BGE 119 Ib 346 f.

fern ein gemeinsames Merkmal auf, als das subjektiv vorwerfbare Verhalten der beklagten Person (oder des Dritten, für den sie haftet) keine Haftungsvoraussetzung darstellt[555]. Billigkeits- und Zweckmässigkeitsgründe haben den Gesetzgeber veranlasst, diese Haftungsarten einzuführen. Man unterscheidet bei ihnen die einfachen (oder milden oder gewöhnlichen) Kausalhaftungen[556] von den scharfen Kausalhaftungen (oder Gefährdungshaftungen)[557]. Letzten Endes macht das schweizerische Recht eine Dreiteilung. Man hat von einer "Haftungstrilogie" gesprochen[558].

Die Rechtsnatur der Verschuldenshaftung und der Gefährdungshaftung ist ziemlich klar definiert. Bei der Verschuldenshaftung ist der Anknüpfungssachverhalt das menschliche Verhalten und der Zurechnungsgrund ist das Verschulden im Sinne einer individuellen Nicht-Erfüllung einer Pflicht, die von der Rechtsordnung auferlegt wird. Bei der Gefährdungshaftung ist der Anknüpfungssachverhalt eine besondere Gefahr und der Zurechnungsgrund ist der Ausgleich des Privilegs, eine für andere besonders gefährliche Tätigkeit zu betreiben. Die einfache Kausalhaftung ist eine Zwischenregelung mit uneinheitlichen Tatbeständen. Man kann den Anknüpfungssachverhalt gewissermassen in einer bestimmten Situation finden, wo das Haftungssubjekt eine gewisse Herrschaft über andere Personen oder eine gewisse Gewalt über ein Tier oder eine Sache ausübt, von denen sie Nutzen zieht. Diese Haftungsart knüpft also teilweise an ein menschliches Verhalten an, was sich direkt aus dem Befreiungsbeweis gemäss einigen Bestimmungen ergibt (Art. 333 ZGB, 55 und 56 OR) oder indirekt aus der Voraussetzung der Überschreitung eines Rechts (Art. 679 ZGB), des Werkmangels (Art. 58 OR) oder des Produktefehlers (Art. 1 PrHG)[559]. Als Zurechnungsgrund sieht man bald die Unregelmässigkeit[560], bald die vorausgesetzte Verletzung einer Sorgfaltspflicht an[561].

In Bezug auf die Haftungsgründe folgen die Verfasser des Vorentwurfs im wesentlichen den Vorschlägen der Studienkommission[562]. Die wichtigste Neuerung der Revision besteht hier in der Zulassung zweier neuer Generalklauseln. Beide setzen kein Verschulden voraus. Gesamthaft gesehen besteht ihr Zurechnungsgrund im Ausgleich der Möglichkeit und des Privilegs, eine Tätigkeit auszuüben, sei es wegen der Art und Weise, in der die Tätigkeit ausgeübt wird (Haftung für Hilfspersonen, Art. 49 und 49*a* VE), sei es wegen der Natur der Tätigkeit (Gefährdungshaftung, Art. 50 VE). Die Hilfspersonenhaftung ist eine einfache Kausalhaftung. Ihr Haftungsgrund liegt im allgemeinen in der vorausgesetzten Verletzung einer Sorgfaltspflicht (Art. 49 VE) und im besonderen in

---

555 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 16.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 1, N. 105 ff.

556 Art. 333 und 679 ZGB, 54, 55, 56 und 58 OR, 39 StSG, 1 PrHG.

557 Art. 27 EleG, 1 EHG, 64 LFG, 58 SVG, 33 RLG, 27 SprStG, 3 KHG, 15 JSG, 59*a* USG.

558 Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 36; vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), III/3, S. 21.

559 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), III/3, S. 21 f.

560 Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 38.

561 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 43; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 17, N. 1 ff.

562 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3, S. 53 ff.

einem Organisationsmangel, wenn die belangte Person eine Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten betreibt (Art. 49*a* VE). Die Verfasser des Vorentwurfs haben in diesem Zusammenhang darauf verzichtet, eine Generalklausel der Kausalhaftung für Unregelmässigkeit einzuführen. Dieses Kriterium ist zu ungenau. Es droht, mit der Voraussetzung der Rechtswidrigkeit verwechselt zu werden und in den Anwendungsbereich der anderen Generalklauseln einzudringen[563]. Aus demselben Grund hat die Studienkommission darauf verzichtet, eine Haftung einzuführen, die an den Besitz einer Sache anknüpft[564].

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass die Haftungsordnung des Vorentwurfs auf drei allgemeinen und gleichwertigen Pfeilern ruht. Die Verankerung neuer Generalklauseln in diesem Bereich erfüllt zwei wichtigere Anliegen der Revision. Einerseits geht es darum, die Vervielfältigung von Sonderbestimmungen zu vermeiden und die Vereinheitlichung des Systems anzustreben. Anderseits geht es darum, die Rechte der geschädigten Person in Situationen zu verbessern, die heute nicht auf befriedigende Weise geregelt sind.

2.4.2 Verschuldenshaftung (Art. 48 - 48b VE)

2.4.2.1 Grundsatz (Art. 48 VE)

Artikel 48 VE regelt den Grundsatz der Verschuldenshaftung in Form einer Generalklausel. Dieser Grundsatz war schon im römischen und im gemeinen Recht bekannt[565]. Gemäss dem neuzeitlichen Modell von Artikel 1382 des französischen Code civil von 1804 wurde er in Artikel 50 des alten und danach in Artikel 41 Absatz 1 des geltenden Obligationenrechts verankert. Er ist immer anwendbar, wenn eine Person einer anderen vorsätzlich oder fahrlässig einen Schaden zufügt, sofern ihre Haftung nicht gemäss einem besonderen Zurechnungsgrund gegeben ist[566]. Die Schadenersatzpflicht knüpft an ein menschliches Verhalten an und ist im Vorwurf begründet, dass der Täter dem Opfer rechtswidrig Schaden zugefügt hat. Dieser Vorwurf betrifft vor allem den Einzelmenschen (im Sinne eines subjektiven Fehlers seines Willens), er hat aber notwendigerweise auch eine soziale Bedeutung (im Sinne eines Verstosses gegen das Verhalten, welches die Gesellschaft vom Einzelmenschen unter bestimmten Umständen erwartet)[567]. Bei dieser Gelegenheit ist daran zu erinnern, dass das Verschulden ein Werturteil des Gerichts über ein bestimmtes Verhalten darstellt. Es ist also an sich nicht ein Sachverhalt, der bewiesen werden

---

563 Widmer P., La réforme du droit de la responsabilité civile et son impact sur les règles régissant la circulation routière, AJP 1992, S. 1091.

564 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3, S. 53 ff.

565 Oftinger K., a.a.O. (N 28), S. 14.

566 Zahlreiche Bestimmungen verweisen ausdrücklich oder stillschweigend auf den Grundsatz der Verschuldenshaftung, etwa Art. 29 Abs. 2 und 726 Abs. 3 ZGB, Art. 752 ff. OR oder Art. 9 Abs. 3 UWG; vgl. dazu Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 6.

567 Werro F., La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité, Freiburg 1986, S. 10; vgl. auch Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 15 und 34.

kann. Nur das Verhalten, das dem Täter zuzurechnen ist, kann Gegenstand eines Beweises sein[568].

Das Verschulden ist ein individueller Verstoss gegen eine von der Rechtsordnung auferlegte Pflicht. Die Pflicht kann sich aus einer Vorschrift ergeben, die ausdrücklich ein Verbot oder ein Gebot enthält, z.B. eine Bestimmung über den Strassenverkehr oder das Bauwesen. Sie kann sich auch aus einem allgemeinen Grundsatz des ungeschriebenen Rechts ergeben, wie dem Gefahrensatz. Dieser verpflichtet in einer bestimmten Situation die betreffende Person, die geeigneten Vorsichtsmassnahmen zu treffen, um den Eintritt eines Schadens zu verhindern[569]. Je nach Fall kann daher die Verletzung derselben Norm objektiv rechtswidrig und subjektiv schuldhaft sein. Die Frage der Rechtswidrigkeit stellt sich im Verhältnis zum Opfer: Man muss sich fragen, ob ein von der Rechtsordnung geschütztes Recht verletzt ist. Die Frage des Verschuldens stellt sich gegenüber dem Täter: Man muss sich fragen, ob die Verletzung ein tadelnswertes Verhalten darstellt.

Die herrschende Lehre sieht heute im Verschulden zwei Elemente, die seine Voraussetzungen darstellen[570]. Beide sind aufgrund der Umstände zu würdigen. Das erste - subjektive - Element ist die Urteilsfähigkeit oder, besser gesagt, die Verschuldensfähigkeit (oder Deliktsfähigkeit). Dabei geht es um die Frage, ob der belangten Person - unter dem Gesichtspunkt des Verstandes und des Charakters - ihr Verhalten zugerechnet werden kann. Beim zweiten - objektiven - Element geht es darum zu entscheiden, ob das betreffende Verhalten von jenem abweicht, das ein umsichtiger Mensch mit durchschnittlichen Fähigkeiten in der gleichen Situation an den Tag gelegt hätte. Dies soll der Fall sein, wenn das schädigende Ergebnis an sich voraussehbar war, unabhängig davon, ob die haftpflichtige Person es vorausgesehen hatte[571]. Daraus ergibt sich eine starke Objektivierung der Fahrlässigkeit. Nicht berücksichtigt werden subjektive Entschuldigungsgründe, die der Täter zu seiner Entlastung geltend machen könnte (wie Müdigkeit, Stress, berufliche oder familiäre Probleme), es sei denn, dass diese Gründe eine Ursache der Urteilsunfähigkeit im Sinne von Artikel 16 ZGB darstellen[572]. Freilich sieht die Rechtsprechung nicht von persönlichen Umständen ab. So stellt das jugendliche Alter - das bei der Frage, ob die Urteilsfähigkeit und das Verschulden überhaupt gegeben sind, eine Rolle spielt - häufig einen Umstand dar, der die Härte des "objektiven Ansatzes" mildert[573].

---

568 Vgl. zu dieser Frage Cuendet J., a.a.O. (Anm. 290), S. 189 ff., vgl. auch vorne 2.2.2.5.

569 Vgl. vorne 2.3.3.3 und die in Anm. 476 zitierten Verweisungen.

570 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 141 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 169 ff. zu Art. 41 OR; Werro F., a.a.O. (Anm. 567), S. 57 ff.

571 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 148 f. .; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 36 ff.

572 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 146; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 190 zu Art. 41 OR; Werro F., a.a.O. (Anm. 567), S. 63 ff.; BGE 88 II 452 f.; vgl. auch BGE 69 II 332, 77 II 63, 81 II 389, 111 II 367 f.

573 BGE 90 II 11 f., 102 II 367 f., 111 II 90 f.

Trotz Diskussionen hat die Studienkommission nicht gezögert, den Grundsatz der Verschuldenshaftung nach Artikel 41 Absatz 1 OR vorzuschlagen[574]. Artikel 48 VE folgt weitgehend dieser Bestimmung. In der Formulierung weicht er aber in mehrfacher Hinsicht davon ab. Zunächst entfällt der Hinweis auf die "Widerrechtlichkeit" der Zufügung des Schadens, denn diese stellt eine allgemeine Voraussetzung der Haftpflicht dar[575]. Im französischen Text kann auch der Begriff "imprudence" gestrichen werden, der im Begriff der Fahrlässigkeit enthalten ist[576]. In dieser Hinsicht begnügt sich die vorgeschlagene Bestimmung damit, die Verschuldensarten - Vorsatz und Fahrlässigkeit - anzugeben, ohne deren Abstufungen zu nennen (Absicht, einfacher oder Eventual-Vorsatz, grobe, mittlere oder leichte Fahrlässigkeit). Was den Grundsatz der Haftung betrifft, haben diese Abstufungen kaum eine praktische Bedeutung, da auch eine leichte Fahrlässigkeit die Ersatzpflicht begründet[577]. Der Text nennt ferner ausdrücklich das "Verhalten" als Anknüpfungssachverhalt der betreffenden Haftung. Denn die Verfasser des Vorentwurfs möchten hervorheben, dass die Verschuldenshaftung wesentlich mit einer Handlung (oder einer Unterlassung) der menschlichen Person verknüpft ist, die individuell und konkret beurteilt werden soll. In diesem Sinn wollen sie den Verschuldensbegriff "resubjektivieren". Zu diesem Zweck schlagen sie in Artikel 18 eine neue Bestimmung vor, die die Fahrlässigkeit definiert und die allgemeinen Kriterien für die Bestimmung ihres Masses angibt.

2.4.2.2 Fahrlässigkeit (Art. 48a VE)

Nach der heute vorherrschenden "objektivierten" Auffassung handelt die Person schuldhaft, die nicht das Verhaltensmuster einhält, das man von einem "idealen" Individuum seiner Kategorie zu erwarten berechtigt ist. Dies gilt offensichtlich nur für die Fahrlässigkeit. Gemäss diesem Standpunkt ist es ohne Bedeutung, dass die Person beweist, alles in ihrer Macht Stehende unternommen zu haben, um den Eintritt eines Schadens zu verhindern. Die abstrakte Beurteilung des Zurechnungsgrundes geht vor. Im Extremfall beschränkt sich das subjektive Element des Verschuldens auf die Urteilsfähigkeit des Schädigers[578]. Eine solche Auffassung denaturiert die Verschuldenshaftung. Sie bewirkt, dass der Anwendungsbereich in unzulässiger Weise ausgedehnt wird. Zu Recht wurde sie in der Lehre kritisiert. Es wird namentlich geltend gemacht, dass die Objektivierung der Fahrlässigkeit den Gedanken des Vorwurfs beseitigt, der indessen ihr Wesen ausmacht. Wenn der Schädiger keine subjektiven Ent-

---

574 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.1, S. 23.

575 Vgl. vorne 2.1.1, 2.3.1, 2.3.3.

576 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 83.

577 Man muss die Bestimmungen über die Bemessung der Ersatzleistung (Art. 52 Abs. 1 VE) vorbehalten. Über die Arten des Verschuldens vgl. Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 82 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 191 ff. zu Art. 41 OR und die zitierten Verweisungen auf die Rechtsprechung.

578 Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 457 f.

schuldigungen mehr vorbringen kann, gilt für ihn gewissermassen eine "Verschuldenshaftung ohne Verschulden"[579].

Nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfs muss das gegenwärtige Abgleiten der Verschuldenshaftung - das sich nur durch das Bestreben erklären lässt, die Rechte des Opfers zu erweitern - korrigiert werden. Diese Korrektur kann dadurch geschehen, dass der Begriff der Fahrlässigkeit stärker subjektiviert wird. Dies ist umso mehr gerechtfertigt, als ein grosser Teil der Fälle, die in Zukunft nicht durch die Norm über die Verschuldenshaftung erfasst werden, durch die zwei anderen Generalklauseln erfasst werden sollten, die eine Kausalhaftung begründen, einerseits die Haftung für Hilfspersonen (Art. 49 und 49*a* VE), anderseits die Gefährdungshaftung (Art. 50 VE)[580]. Den genannten Zweck verfolgt Artikel 48*a* VE. Absatz 1 definiert die Fahrlässigkeit als Missachtung der Sorgfalt, die nach den Umständen und nach den persönlichen Verhältnissen des Schädigers geboten ist. Absatz 2 präzisiert, dass die erforderliche Sorgfalt des Schädigers sich nach dessen Alter, Bildung, Kenntnissen sowie Fähigkeiten und Eigenschaften beurteilt.

Artikel 48*a* Absatz 1 VE nimmt Artikel 18 Absatz 3 StGB zum Vorbild. Er drückt aus, dass die Fahrlässigkeit in einem Verstoss gegen die Sorgfalt besteht. Er schreibt vor, dass das Gericht die objektiven Umstände des Eintritts des Schadens (z.B. das Verhalten der Beteiligten, die Natur der Tätigkeit, die Wetterbedingungen, die Örtlichkeiten usw.) aber auch die persönlichen Verhältnisse der belangten Person berücksichtigen muss, um über das Vorliegen - aber auch über die Schwere - der Fahrlässigkeit zu entscheiden. Das Kriterium der persönlichen Verhältnisse zeigt klar, dass der Begriff der Fahrlässigkeit subjektiv ist und konkret zu prüfen ist. Zunächst ist eine objektive Wertung vorzunehmen, um zu entscheiden, ob der Schädiger das Verhaltensmuster seiner (sozialen, beruflichen usw.) Kategorie eingehalten hat. Danach ist, wenn nötig, eine subjektive Wertung vorzunehmen, um zu entscheiden, ob der Schädiger tatsächlich imstande war, sich so zu verhalten. Je nach Fall kann das Verhalten des Schädigers objektiv verwerflich aber subjektiv so entschuldbar sein, dass es kein Verschulden darstellt. Dies ist der Fall, wenn er eine grosse Müdigkeit geltend macht (dies könnte der Chirurg anführen, der notfallmässig gebeten wird, eine Operation am späten Abend vorzunehmen) oder einen Krankheitszustand, der die Urteilsfähigkeit nicht herabsetzt. Dies ist auch der Fall, wenn die belangte Person in guten Treuen geltend macht, dass sie den - an sich voraussehbaren - schädigenden Erfolg aufgrund ihrer unterdurchschnittlichen intellektuellen oder charakterlichen Fähigkeiten nicht voraussehen konnte[581].

Artikel 18 Absatz 2 konkretisiert Absatz 1, indem er präzisiert, dass die erforderliche Sorgfalt des Schädigers sich nach dessen Alter[582], Bildung, Kenntnis-

---

579 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 84, vgl. auch Yung W., a.a.O. (Anm. 17), S. 422; Widmer P., a.a.O. (Anm. 17), S. 296 f., 320 f.; Fellmann W., Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht, SJZ 1995, S. 46 f. und 50.

580 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.2.2, S. 56 f.

581 Nach der objektivierten Auffassung des Verschuldens lehnt ein Teil der Lehre einen solchen Entschuldigungsgrund ab; vgl. Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 148 f.; Werro F., a.a.O. (Anm. 567), S. 66.

582 Dieses Kriterium ist schon in der heutigen Rechtsprechung wesentlich; vgl. BGE 90 II 11 f., 111 II 90 f.

sen sowie nach dessen übrigen Fähigkeiten und Eigenschaften beurteilt. Diese Bestimmung nimmt Artikel 321e Absatz 2 OR zum Vorbild, der bezweckt, die Haftung des Arbeitnehmers zu mildern, indem er individualisierte Elemente der Beurteilung berücksichtigt. Indessen erlaubt sie auch Strenge gegenüber Personen, die als Spezialisten oder Experten erscheinen und von denen man offensichtlich ein höheres Sorgfaltsniveau zu erwarten berechtigt ist als vom Durchschnitt ihrer Berufskategorie.

2.4.2.3 Bei fehlender Urteilsfähigkeit (Art. 48b VE)

Im geltenden Recht stellt Artikel 54 Absatz 1 OR eine Billigkeitsregel auf, wonach "der Richter auch eine nicht urteilsfähige Person, die Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder vollständigem Ersatz verurteilen kann". Heute sieht man darin eine Kausalhaftung. Es wird jedoch zugegeben, dass der Fall insofern atypisch ist, als es künstlich erscheint, ihn in die Kategorien der milden oder scharfen Kausalhaftung einzuordnen[583]. Artikel 54 Absatz 1 OR ist eine Ausnahmebestimmung[584]. In der Praxis hat er notwendigerweise nur eine geringe Bedeutung erlangt. Dennoch behält er aufgrund seiner sozialen Funktion eine unbestreitbare Daseinsberechtigung. Artikel 48*b* VE übernimmt den Grundsatz und betont seinen Ausnahmecharakter, wie dies übrigens schon Artikel 58 des alten OR machte.

In systematischer Hinsicht wird die Norm gemäss den Vorschlägen der Studienkommission nicht mehr als ein "autonomer Haftungstatbestand" betrachtet[585]. Wenn der Anknüpfungssachverhalt der Haftung das Verhalten des Schädigers ist, so fällt es schwer, den Zurechnungsgrund zu bestimmen. Die Billigkeit ist für diese Aufgabe ein zu abstrakter Begriff, um so mehr, als das Gericht hier über einen sehr breiten Ermessensspielraum verfügt. Es ist daher vorzuziehen, Artikel 48*b* VE als eine Ausnahme zur Verschuldenshaftung auszugestalten. Diese Ausnahme erlaubt, auf die Voraussetzung der Urteilsfähigkeit des Schädigers und somit auf den Zurechnungsgrund des (subjektiven) Verschuldens zu verzichten. Dennoch spielt diese Bestimmung nur im Anwendungsbereich der Verschuldenshaftung eine Rolle, und nicht in jenem der Kausalhaftungen[586]. Das Gericht sollte sie nur zurückhaltend anwenden.

Die Anwendung der Bestimmung richtet sich nach den Grundsätzen, die von Lehre und Rechtsprechung zu Artikel 54 Absatz 1 OR entwickelt worden sind. Die allgemeinen Voraussetzungen der Haftung müssen gegeben sein[587], und ebenso die besonderen Voraussetzungen, d.h. das objektive Element des Ver-

---

583 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 8 f. zu Art. 54 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 136 f. Vgl. auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 18, N. 4 ff.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 37. In BGE 103 II 335 sprach das Bundesgericht von den "Gefahren, die der Zustand der urteilsunfähigen Person für andere mit sich bringt".

584 Vgl. Art. 18 ZGB.

585 Widmer P., a.a.O. (Anm. 563), S. 1092. Vgl. auch Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.2.3, S. 57.

586 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 137.

587 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 18, N. 44 ff.

schuldens[588] und die Beeinträchtigung der Urteilsfähigkeit der belangten Person. Unter den Umständen, die es zu berücksichtigen gilt, sind die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien am wichtigsten, was der vorgeschlagene Text ausdrücklich hervorhebt[589].

Artikel 54 Absatz 2 OR betrifft den Fall, wo der Schädiger vorübergehend urteilsunfähig ist (z.B. infolge von Drogen- oder Alkoholkonsum). Wenn er diesen Zustand durch sein Verschulden (das vermutet wird) herbeigeführt und in diesem Zustand anderen Schaden zugefügt hat, so haftet er dafür. Es handelt sich um eine Verschuldenshaftung im Sinne des geltenden Artikel 41 Absatz 1 OR, unter Vorbehalt der Umkehr der Beweislast[590]. Das Verschulden bezieht sich auf den Verlust der Urteilsfähigkeit und nicht auf die Schädigung selbst. Es besteht darin, dass jemand - vorsätzlich oder fahrlässig - die Gefahr auf sich nimmt, seine Handlungen nicht mehr unter Kontrolle zu haben. Gemäss dem Vorschlag der Studienkommission empfehlen die Verfasser des Vorentwurfs, die Sonderregel von Artikel 54 Absatz 2 OR zu streichen. Sie betrachten sie als überflüssig. Sie ist ein Anwendungsfall der "actio libera in causa", die der allgemeinen Bestimmung über die Verschuldenshaftung untersteht[591]. Gewiss wird der Beweis des schuldhaften Verhaltens manchmal der geschädigten Person Probleme stellen[592]. Dieselben Probleme stellen sich, wenn sie ein Verschulden durch Unterlassen beweisen muss. Es ist jedoch auf eine neue Bestimmung des Vorentwurfs hinzuweisen, die dem Gericht die freie Würdigung und Erhebung der Beweise erlaubt[593].

2.4.3 Haftung für Hilfspersonen (Art. 49 und 49a VE)

2.4.3.1 Gegenwärtige Lage

Gleich wie ausländische Rechtsordnungen[594] sieht das schweizerische Recht eine besondere Haftung der Person vor, die im eigenen Interesse Dienste von anderen beansprucht. Nach Artikel 55 Absatz 1 OR 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. Mit dieser Bestimmung

---

588 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 18, N. 20 und 47; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 17 zu Art. 54 OR.

589 Dieses Element spielt im geltenden Recht eine ausschlaggebende Rolle. Nach Auffassung des Bundesgerichts muss das Vorhandensein eines Haftpflichtversicherers berücksichtigt werden (BGE 103 II 336); diese Auffassung wird in der Lehre nicht einstimmig befürwortet; vgl. dazu Werro F., a.a.O. (Anm. 567), S. 153 ff.

590 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 10 und § 18 N. 88 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 59 zu Art. 54 OR; BGE 103 II 335.

591 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.2.3, S. 59. Vgl. auch Art. 12 StGB.

592 Werro F., a.a.O. (Anm. 567), S. 158 f.

593 Vgl. Art. 56*c* VE und hinten 2.9.4.2.

594 Vgl. z.B. Art. 1384 Abs. 1 und 5 des französischen CC, Art. 2049 des italienischen CC, Art. 1315 ABGB, § 831 BGB.

wurde Artikel 62 des alten OR ohne grosse Änderungen übernommen. Zuerst sah man darin eine Verschuldenshaftung, bei welcher das Verschulden vermutet wird. Aber seit dem Beginn dieses Jahrhunderts hat das Bundesgericht den Befreiungsbeweis objektiv ausgelegt[595]. Diese Entwicklung ist zweifellos darauf zurückzuführen, dass - bis 1933 - keine besonderen Haftungsregeln für den Halter eines Motorfahrzeugs bestanden[596]. Seit Jahrzehnten wird die Rechtsnatur der Haftung nach Artikel 55 OR nicht mehr diskutiert[597]. Mit anderen Worten setzt die Schadenersatzpflicht des Geschäftsherrn nicht sein Verschulden (und auch nicht ein Verschulden der Hilfsperson) voraus, sondern nur die - vermutete - Verletzung einer Sorgfaltspflicht. Diese Ersatzpflicht gehört zur Kategorie der gewöhnlichen Kausalhaftungen[598]. Der Anknüpfungssachverhalt besteht in einer Situation, wo eine Person über eine andere eine gewisse Herrschaft ausübt, von der sie Nutzen zieht. Es muss also zwischen ihnen ein Unterordnungsverhältnis bestehen, das meistens wirtschaftlicher Natur ist. Das Verhältnis kann öffentlich-rechtlich sein, wenn es sich nicht um einen hoheitliche Tätigkeit im Sinne von Artikel 43*a* VE handelt. Es kann privatrechtlich sein; dann liegt ihm normalerweise ein Arbeitsvertrag zugrunde, ausnahmsweise ein Auftrag, ein Agentur- oder Mietvertrag oder eine einfache tatsächliche Beziehung[599]. Daher kann der Begriff des Geschäftsherrn (und folglich auch jener der Hilfsperson) nicht an sich, sondern nur mit Bezug auf eine bestimmte Situation definiert werden. Entscheidend ist die Befugnis des Geschäftsherrn, der Hilfsperson Anweisungen zu erteilen und sie zu beaufsichtigen. Ohne Bedeutung ist, ob diese Befugnis unmittelbar vom Geschäftsherrn (von ihm selbst, wenn er eine natürliche Person ist, oder von seinen Organen, wenn es sich um eine juristische Person handelt) oder indirekt durch Vorgesetzte auf einer Zwischenstufe ausgeübt wird, wie den Prokuristen einer Versicherungsgesellschaft oder den Vorarbeiter einer Bauunternehmung.

Zur Erklärung der Strenge der Haftung nach Artikel 55 OR gibt es verschiedene Gründe. Traditionell wird geltend gemacht, dass der Geschäftsherr die Gefahren seiner Tätigkeit für andere vermehrt, indem er die Dienste eines Dritten beansprucht. Dies ist fraglich, wenn die Hilfsperson wegen ihrer besonderen Fähigkeiten ausgewählt worden ist. Ferner wird ins Feld geführt, dass die Hilfsperson meistens Mühe hätte, die finanziellen Folgen ihrer schädigenden Handlungen aus ihrem Vermögen zu decken. Dies ist in allen Fällen fraglich, wo die persönliche Haftung der Hilfsperson durch die Versicherung der Unternehmung, die sie beschäftigt, gedeckt ist - und dies sind die meisten Fälle. In Wirklichkeit ist das vorherrschende Argument wirtschaftlich und bezieht sich auf das Haftungssubjekt. Es beruht auf der Vorstellung, wonach die Person, die Dritte zur Ausführung einer Tätigkeit in Anspruch nimmt, von vornherein die

---

595 BGE 34 II 270.

596 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 2.

597 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 2; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), S 31 f. zu Art. 55 OR; BGE 90 II 90, 95 II 97, 97 II 223.

598 Vgl. vorne 2.4.1.

599 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 64 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 7 f. zu Art. 55 OR und die zitierten Verweisungen auf die Rechtsprechung.

Folgen dieser Tätigkeit tragen muss[600]. Diese Vorstellung stösst allgemein auf Verständnis. In Tat und Wahrheit beruht der Zurechnungsgrund der Haftung in der Rechtfertigung des Ausgleichs von Kosten und Nutzen.

Bei der Auslegung von Artikel 55 OR hat die Rechtsprechung immer strengere Anforderungen an den Beweis der objektiven Sorgfalt gestellt, vor allem an den Beweis der Unterweisungspflicht (die übrigens oft ex post beurteilt wird, und nicht ex ante, wie es sein sollte)[601]. In zwei Entscheidungen über die Haftung des als Hersteller tätigen Geschäftsherrn ist das Bundesgericht vor zehn Jahren so weit gegangen, dass es praktisch der belangten Person den Befreiungsbeweis verweigert hat[602]. Es genügte ihm nicht mehr, dass der Geschäftsherr beweist, er habe seine Arbeitnehmer sorgsam ausgewählt, korrekt überwacht und ihnen die nötigen Anweisungen gegeben. Zusätzlich muss er eine zweckmässige Organisation seines Betriebs nachweisen. Bei der Herstellung von Produkten muss er beweisen, dass er eine Endkontrolle vorgenommen hat, die ermöglicht, Fehler des Produkts zu beseitigen, oder, wenn diese Kontrolle von ihm nicht verlangt werden kann, dass er eine Herstellungsart gewählt hat, die Fehler und somit die Gefahr von Schäden für Dritte ausschliesst. Diese Rechtsprechung gab Anlass zu vielfacher Kritik[603]. Diese betraf nicht so sehr das erreichte Ergebnis, das in einer Zeit, wo die gesetzliche Regelung fehlte, einen besseren Schutz des Konsumenten oder des Benützers eines fehlerhaften Produkts ermöglichte. Die Kritik betraf vielmehr die - gewissermassen prätorische - Art, das betreffende Ziel zu erreichen, durch eine extreme, ja übermässige Beanspruchung des Textes von Artikel 55 Absatz 1 OR. Folgt man dem Bundesgericht, verpflichtet diese Bestimmung den Geschäftsherrn zur Haftung, sobald er eine Hilfsperson mit der Ausführung einer Arbeit beauftragt hat. Das Eintreten eines Schadens während der Arbeit lässt die mangelhafte Organisation vermuten. Eine solche Auslegung führt dazu, "den kausalen Charakter der Haftung zu verabsolutieren"[604], aus ihr eine Art Erfolgshaftung zu machen oder, konkreter, eine Organisationshaftung. In Bezug auf den Befreiungsbeweis bewirkt diese Auslegung, dass der Unterschied zwischen den Lösungen von Artikel 55 und 101 OR ausradiert wird[605]. Namentlich für juristische Personen führt sie praktisch zur Aufhebung des Unterschieds zwischen der Handlung des Organs und jener der Hilfsperson. Denn die Verletzung der Sorgfaltspflicht könnte schlussendlich der Unternehmung zugerechnet werden, auch wenn die Ausführung der Arbeit - namentlich die Herstellung oder Verteilung des Produkts - nicht einer Hilfsperson übertragen worden ist[606].

---

600 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 11; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 97.

601 Vgl. z.B. BGE 95 II 107, 96 II 32 f.; vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 49 zu Art. 55 OR.

602 BGE 110 II 462 ff.; Entscheid vom 14. Mai 1985, veröffentlicht in JT 1986 I 571 ff.

603 Vgl. insbes. Gauch P., in BR 1986, S. 67 f.; Chaudet F., in JT 1986 I 568 ff.; Widmer P., in recht 1986, S. 50 ff.

604 Chaudet F., a.a.O. (Anm. 603), S. 569.

605 Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 150 f. Vgl. auch vorne 2.2.2.5.

606 Gauch P., a.a.O. (Anm. 603), S. 68; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 151.

2.4.3.2 Reformvorschläge

Im Verlauf dieses Jahrhunderts hat Artikel 55 OR gewiss an Bedeutung verloren. Diese Entwicklung ist einerseits auf die Einführung von Sonderbestimmungen zurückzuführen, die eine Kausalhaftung vorsehen. In diesem Fall kommt es nicht darauf an, ob ein Verhalten des Haftungssubjekts oder seiner Hilfsperson den Schaden verursacht hat, was Artikel 51 VE ausdrücklich festhält. Anderseits hat sich die Entwicklung aus dem Umstand ergeben, dass die persönliche Haftung der Hilfsperson häufig durch die Betriebshaftpflichtversicherung gedeckt ist; im konkreten Fall stellt sich kaum die Frage, ob der Geschäftsherr haftet. Dennoch behält Artikel 55 OR unbestrittenermassen seine Daseinsberechtigung, angesichts seines hohen Symbolcharakters, den man manchmal mit dem Bild des "verlängerten Arms" ausdrückt[607]. Hinzu kommt seine Aufgabe, eine Haftung für das Verhalten anderer in all jenen Fällen wirksam werden zu lassen, wo keine Sonderbestimmung der Kausalhaftung anwendbar ist. Schon heute ist die Norm also zugleich allgemein und ergänzend.

Die Verfasser des Vorentwurfs empfehlen, die traditionelle Bestimmung von Artikel 55 Absatz 1 OR beizubehalten. Auf die Begriffe, die zu eng auf den Arbeitsvertrag verweisen ("Arbeitnehmer", weitere Ausdrücke im französischen Text), soll verzichtet werden. Der Befreiungsbeweis soll ausdrücklicher formuliert werden. Ausserdem schlagen die Verfasser vor, im Gesetz parallel den Grundsatz der Organisationshaftung zu verankern, der strenger ist, aber nur für Personen gilt, die eine Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten betreiben. In gewisser Hinsicht stellt auch das neue niederländische Zivilgesetzbuch eine solche Unterscheidung auf[608]. Zu diesem Zweck regeln sowohl Artikel 49 als auch Artikel 49*a* VE die Haftung für Hilfspersonen in Form von zwei Generalklauseln, die sich namentlich hinsichtlich der haftpflichtigen Person und der Strenge der Anforderungen an den Befreiungsbeweis unterscheiden. Für beide Tatbestände gilt eine gewöhnliche Kausalhaftung, die die - vermutete - Verletzung einer Sorgfaltspflicht voraussetzt[609].

Es gibt viele Gründe für die Einführung einer Generalklausel der Organisationshaftung. Sie wurden schon von der Studienkommission berücksichtigt[610]. Zunächst ist festzustellen, dass die Norm über Geschäftsherrenhaftung aus einer Zeit stammt, wo die Herstellung und Verteilung von Gütern und Dienstleistungen, abgesehen von einigen grossen Fabriken, hauptsächlich handwerklich und landwirtschaftlich geschahen. In seinem heutigen Wortlaut betrifft Artikel 55 OR vor allem das persönliche Verhalten des Geschäftsherrn. Er ist schlecht an die heutige Gliederung der meisten Unternehmungen angepasst, die sich zugleich durch eine starke Konzentration der Entscheidungsbefugnisse und eine spezialisierte Arbeitsteilung auszeichnet. Das kürzliche Abgleiten der Rechtsprechung zu dieser Bestimmung ist symptomatisch für ihre mangelnde Eig-

---

607 Vgl. vorne 2.4.3.1.

608 Art. 170 f. des Buches 6, in Kraft seit 1. Januar 1992.

609 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 17, N. 1 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 43. Vgl. auch vorne 2.4.3.1.

610 Bericht a.a.O. (Anm. 39), V/3.1, S. 55 und 69 ff.

nung, im wirtschaftlichen Bereich korrekt angewendet zu werden[611]. Zu dieser tatsächlichen Feststellung kommen einflussreiche Lehrmeinungen hinzu. Diese wurden namentlich am schweizerischen Juristentag in Neuenburg von 1967 geäussert, der sich mit der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts befasste. Gilliard befürwortete die Aufhebung des Befreiungsbeweises des Geschäftsherrn; seine Beibehaltung "erscheint als mit den Anforderungen des modernen Lebens unvereinbar"[612]. Jäggi schlug die Einführung einer wirklichen "Organisationshaftung" vor[613]. Er wies darauf hin, dass neben den technischen Gefahren gewisser Tätigkeiten auch die organisatorische Komplexität von Betrieben zu beachten ist, die ebenfalls eine Kausalhaftung rechtfertigt. Denn in einer Organisation hat das Verschulden oft die Tendenz, sich zu verflüchtigen. Die geschädigte Person hat manchmal Schwierigkeiten, die Schädigung diesem oder jenem Mitglied der Organisation zuzuschreiben, etwa im Falle einer rufschädigenden Fernsehsendung. Daher erscheint es als legitim, dass sie die Person belangen kann, welche die Unternehmung betreibt, gemäss einem Grundsatz, der in den modernen Systemen der Staatshaftung des öffentlichen Rechts bereits gilt[614]. Aufs Ganze gesehen ist es, wie wenn die Organisation in sich selbst eine Gefahr schüfe (das unvermeidbare menschliche Versagen), die in ihrer Intensität der andersartigen Gefahr (dem unvermeidlichen technischen Versagen) vergleichbar ist, die durch gewisse der Gefährdungshaftung unterstellte Tätigkeiten geschaffen wird. Daraus ergibt sich die in der Lehre geäusserte Auffassung, wonach bewusst eine "Haftung für Organisationsgefahr" eingeführt werden soll; diese Haftung würde keinen Fehler voraussetzen. Dieser wäre "nur eine Form der äusserlichen Materialisierung der Gesamtgefahr"[615].

Die Studienkommission wollte nicht so weit gehen[616]. Sie befürchtete, dass eine scharfe Kausalhaftung in diesem Bereich für die kleinen und mittleren Unternehmungen zu streng sei. Ferner befürwortete sie dieselbe Haftungsregelung für die Organisationshaftung und die Produktehaftung. Infolgedessen schlug sie eine einfache Kausalhaftung mit Befreiungsbeweis vor. Diese Haftung soll in der Organisation begründet sein, genauer gesagt, in einem objektiven Fehler der Organisation. Die Verfasser des Vorentwurfs haben sich schliesslich diesem Vorschlag der Studienkommission angeschlossen. Sie sind sich bewusst, dass eine Unterscheidung zwischen kleineren und mittleren Unternehmungen einerseits und grossen Unternehmungen andererseits weder zweckmässig noch möglich ist. Sie befürworten eine Generalklausel der Hilfspersonenhaftung, die für Unternehmungen mit wirtschaftlich oder beruflich

---

611 Vgl. vorne 2.4.3.1.

612 Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), S. 296.

613 Jäggi P., in ZSR 1967 II 754 ff. Der Begriff "Organisationshaftung" oder "Haftung für Organisationsverschulden" kommt auch in der ausländischen Literatur vor; vgl. von Bar C., Deliktsrecht, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, II, Köln 1981, S. 1706 f. und 1716 ff.; Koziol H., Österreichisches Haftpflichtrecht, II, 2. Aufl., Wien 1984, S. 375 ff. Vgl. auch BGE 110 II 462.

614 Vgl. vorne 2.2.3.1

615 Widmer P., Responsabilité du fait des produits et responsabilité du fait de l'organisation, in Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Basel 1992, S.353 f.

616 Bericht a.a.O. (Anm. 39), V/3.4, S. 69 ff.

ausgerichteten Tätigkeiten gilt, und zwar für alle Formen und Kategorien dieser Unternehmungen. In diesem Sinn stellt Artikel 49*a* VE ohne Zweifel eine Neuerung dar; diese ist der neuen Generalklausel für Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) vergleichbar. Inhaltlich kodifiziert und verallgemeinert Artikel 49*a* VE die Rechtsprechung zum heutigen Artikel 55 OR, indem er ihn über die Herstellung und Verteilung von Gütern hinaus auf die Dienstleistungen von Unternehmungen ausdehnt. Diese Orientierung entspricht übrigens einer allgemeinen Tendenz des europäischen Rechts, die sich kürzlich im Vorschlag einer Richtlinie der Kommission der Europäischen Union über die Haftung des Erbringers von Dienstleistungen konkretisiert hat[617]. Auf schweizerischer Ebene wird Artikel 49*a* VE zur Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts insofern beitragen, als er sich der vertragsrechtlichen Regelung von Artikel 101 OR und den Haftungsregelungen des öffentlichen Rechts annähert.

2.4.3.3 Die Haftung für Hilfspersonen: im Allgemeinen (Art. 49 VE)

Wer sich einer Hilfsperson bedient, haftet nach Artikel 49 VE 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. Diese Bestimmung übernimmt im Grundsatz die heutige Norm von Artikel 55 Absatz 1 OR. Sie schränkt indessen den Anwendungsbereich auf Schäden ein, die nicht im Rahmen einer "Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten" gemäss Artikel 49*a* VE verursacht wurden. In diesem Sinn ist das Abgrenzungskriterium zwischen den Artikeln 49 und 49*a* VE negativ.

Haftungssubjekt nach Artikel 49 VE ist die Person, welche die Dienste anderer für die Ausführung einer Aufgabe im eigenen Interesse beansprucht. Gemäss den vorne genannten Grenzen wird diese Aufgabe meistens mit häuslichen Tätigkeiten verbunden sein, wie der Arbeit einer Haushalthilfe, eines Gärtners oder eines Jugendlichen, den man z.B. beauftragt, mit dem Motorfahrrad eine Besorgung zu machen, oder des Freundes, dem man die Aufgabe überträgt, bei einem Umzug Möbel zu transportieren. Diese Aufgabe kann auch mit einer Freizeitbeschäftigung zusammenhängen, wie der Organisation eines Konzerts von Amateur-Musikern oder der Vorbereitung der Mannschaft eines Amateur-Fussballclubs durch den Trainer. Diese Aufgabe kann schliesslich mit jeder anderen Tätigkeit zusammenhängen, die nicht im Rahmen "einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten" ausgeübt wird, etwa mit der Organisation einer politischen Versammlung durch eine Partei oder dem Sammeln von Altpapier durch die Kinder der Schule einer Gemeinde[618]. Die Hilfsperson muss jedoch der belangten Person untergeordnet sein, wobei es nicht auf die Dauer oder die Rechtsnatur des Unterordnungsverhältnisses (vertraglich, familiär, rein faktisch) ankommt[619].

---

617 Vgl. ABl der EG Nr. C 12/8 vom 18. Januar 1991.

618 Spiro K., Zur Haftung für Schülerunfälle, in Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Basel 1985, S. 356.

619 Vgl. vorne 2.4.3.1.

Selbstverständlich müssen nach Artikel 49 VE die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen gegeben sein: der Schaden, die Rechtswidrigkeit und der Kausalzusammenhang (zwischen der Handlung der Hilfsperson und dem Schaden)[620]. Das Verschulden wird nicht vorausgesetzt. Wenn aber die haftpflichtige Person ein - als zusätzlich betrachtetes[621] - Verschulden trifft, so kann es nicht etwa deshalb zur Herabsetzung des Schadenersatzes führen, weil es leicht sein sollte[622]. Es erlangt indessen Bedeutung, wenn ein Grund für die Herabsetzung des Schadenersatzes dem Opfer zugerechnet wird (z.B. Selbstverschulden); dieser Herabsetzungsgrund wiegt weniger schwer, als wenn die belangte Person - oder ihre Hilfsperson - kein Verschulden trifft. Mit anderen Worten findet eine teilweise Kompensation des Verschuldens statt[623]. Zu den drei allgemeinen Voraussetzungen kommt eine vierte besondere hinzu: Die Hilfsperson muss den Schaden "in Ausübung ihrer Verrichtungen" verursacht haben. Diese Voraussetzung wird heute weit ausgelegt. Dennoch genügt ein bloss zeitlicher und örtlicher Zusammenhang nicht. Es braucht einen funktionellen Zusammenhang. Dieser Ausdruck wird sowohl bei der Anwendung von Artikel 55 Absatz 1 als auch von Artikel 101 Absatz 1 OR verwendet[624]. Dieser Zusammenhang kann auch bestehen, wenn die Hilfsperson die erhaltenen Anweisungen missachtet oder eine unglückliche Initiative ergriffen hat[625]. Die Verletzung der Sorgfaltspflicht wird gegebenenfalls vermutet.

Die haftpflichtige Person kann sich befreien, indem sie beweist, dass sie bei der Auswahl, der Unterweisung und der Überwachung der Hilfsperson alle erforderlichen Massnahmen getroffen hat, um den Schaden zu verhüten. Nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfs ist es nützlich, dass die Generalklausel der Hilfspersonenhaftung die drei klassischen Sorgfaltspflichten ausdrücklich festlegt, um den Unterschied zwischen dem traditionellen Befreiungsbeweis von Artikel 49 VE und dem strengeren Beweis von Artikel 49*a* VE hervorzuheben. Im Übrigen genügt es, auf die Grundsätze bei der Anwendung von Artikel 55 Absatz 1 OR zu verweisen. Es sei daran erinnert, dass die Sorgfalt der belangten Person gleichzeitig konkret, unter Berücksichtigung der Natur der übertragenen Aufgabe und der Fähigkeiten der Hilfsperson, beurteilt wird und objektiv, indem man auf das Verhaltensmuster der betreffenden sozialen Kategorie Bezug nimmt. Hier berücksichtigt man die persönlichen Verhältnisse der belangten Person nicht, namentlich fallen subjektive Entschuldigungsgründe, wie sehr grosse Müdigkeit, Krankheit oder sogar Urteilsunfähigkeit ausser Acht. Solche Gründe können nur bei der Beurteilung des Verschuldens berücksichtigt werden[626]. Dieser Grundsatz ist schon heute anerkannt[627].

---

620 Vgl. vorne 2.3.1 Vgl. auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 97 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 36 zu Art. 55 OR.

621 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20 N. 31, S. 285.

622 BGE 97 II 228.

623 BGE 88 II 135, 116 II 428.

624 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 88 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 103 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 21 ff. zu Art. 55 OR; BGE 90 II 17, 98 II 292.

625 BGE 95 II 106.

626 Vgl. Art. 48*a* VE, vorne 2.4.2.2.

Nach geltendem Recht kann der Geschäftsherr sich ebenfalls befreien, indem er nachweist, dass der Schaden auch bei der Anwendung seiner Sorgfalt eingetreten wäre (Art. 55 Abs. 1 OR am Ende). Dieser Befreiungsbeweis hängt mit der rechtlichen Kausalität zusammen. Er bringt zum Ausdruck, dass die Anwendung der Norm einen doppelten Kausalzusammenhang voraussetzt: zwischen der Handlung der Hilfsperson und dem Schaden einerseits (dieser Zusammenhang muss bewiesen werden); zwischen der Verletzung der Sorgfaltspflicht und dem Schaden andererseits (dieser Zusammenhang wird vermutet). Mit anderen Worten muss die Verletzung der Sorgfaltspflicht für den Schaden kausal sein. Sie wird gegenstandslos, wenn der Schaden ohnehin eingetreten wäre. Dies ist der Fall, wenn die Schädigung objektiv unvorhersehbar war, massgebend durch eine externe Ursache bewirkt wurde oder wenn die Hilfsperson korrekt gehandelt hat[628]. Wie die letzte Präzisierung zeigt, setzt die Anwendung der Norm voraus, dass die Hilfsperson ohne triftigen Grund vom "Standard"-Verhalten abgewichen ist, das man von einer umsichtigen Person zu erwarten berechtigt ist; kurz, sie muss objektiv schuldhaft gehandelt haben. War dies nicht der Fall, so ist der Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung der Sorgfaltspflicht, die dem Geschäftsherrn zuzurechnen ist, und dem Schaden rechtlich nicht mehr bedeutsam[629]. Aufgrund dieser Überlegungen hat die Lehre den zweiten Befreiungsbeweis von Artikel 55 Absatz 1 OR als unnötig angesehen. Er versteht sich von selbst und ist faktisch schon durch den Sorgfaltsbeweis abgedeckt[630]. Die Verfasser des Vorentwurfs beantragen, darauf zu verzichten.

2.4.3.4 Die Haftung für Hilfspersonen: in Unternehmungen (Art. 49a VE)

Die Person, die sich beim Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient, haftet nach Artikel 49*a* VE für den Schaden, der im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeiten verursacht wird, es sei denn, sie beweise, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten. Diese Bestimmung führt in Unternehmungen eine Organisationshaftung ein, die strenger als die Haftung für Hilfspersonen nach der Generalklausel von Artikel 49 VE ist. Sie behält jedoch einen Befreiungsbeweis vor.

Subjekt der Haftung nach Artikel 49*a* VE ist die Person, die eine Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten betreibt und sich dazu einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient. Es kann sich um eine natürliche oder juristische Person handeln, auch um eine Körperschaft oder Anstalt

---

627 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 3 und 125; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 105; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 46 zu Art. 55 OR.

628 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N 107 und 146 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 93 ff. zu Art. 55 OR.

629 Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 150; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 41 zu Art. 55 OR.

630 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 153; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 92 zu Art. 55 OR; von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 449; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 106.

des öffentlichen Rechts[631]. Der Begriff der Unternehmung setzt eine Struktur voraus, in der zumindest gelegentlich das charakteristische Unterordnungsverhältnis zwischen Hilfsperson und Haftungsobjekt vorkommt[632]. Artikel 49*a* VE ist also grundsätzlich nicht anwendbar, wenn die Schädigung von einem Einzelunternehmer ausgeht, der allein arbeitet (z.B. ein Handwerker). Der Begriff der wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten ist weit auszulegen, einerseits, weil seine Umschreibung komplex ist[633], andererseits, weil Artikel 21 einen besseren Schutz der geschädigten Person bezweckt. Dieser Begriff setzt in keiner Weise voraus, dass die Unternehmung verpflichtet ist, sich im Handelsregister eintragen zu lassen. Er setzt auch nicht voraus, dass die Tätigkeit voll und ganz wirtschaftlich oder beruflich sein muss. Dieses Doppelkriterium kann je nach den Umständen kumulativ oder alternativ angewendet werden. So ist die Voraussetzung einer wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeit zwar bei gewinnorientierten Unternehmungen in Form eines Geschäftsbetriebs gegeben, aber auch bei einer Stiftung, die ein Restaurant betreibt und Zimmer an Studenten vermietet, oder bei einem Verein mit idealem Zweck, der regelmässig - also nicht nur gelegentlich - wirtschaftliche Mittel einsetzt; dies ist bei einer Wohltätigkeitsorganisation der Fall, die Veranstaltungen (Basare, Lotterien, Vorstellungen) und öffentliche Sammlungen organisiert, um Mittel zu beschaffen. Eine wirtschaftlich oder beruflich ausgerichtete Tätigkeit ist auch bei der typischen Tätigkeit einer Gewerkschaft, einer Krankenkasse oder eines Gemeinwesens gegeben. Unter den Anwendungsbereich von Artikel 49*a* VE können also allerlei Organisationen fallen, wie eine Versicherungsgesellschaft oder eine Schiffswerft, eine Gesellschaft, die eine Datenbank oder ein Parkhaus betreibt, ein landwirtschaftlicher Betrieb oder ein Presseunternehmen, ein Fussballclub, der Berufsspieler anstellt und Matchs organisiert[634], ein Forschungslaboratorium, ein Spital oder eine Arztpraxis[635].

Für die Voraussetzungen der Haftung ist auf die Erläuterungen von Artikel 20[636] zu verweisen, aber mit zwei Vorbehalten. Der erste Vorbehalt betrifft die spezifische Voraussetzung der Ersatzpflicht: Notwendige, aber genügende Bedingung ist, dass der Schaden "im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeiten" verursacht wird. Ein funktionaler Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit wird nicht verlangt; es genügt eine einfache zeitliche und örtliche Beziehung (diese Kriterien müssen kumulativ gegeben sein). Diese Vorausset-

---

631 Vgl. vorne 2.2.3.

632 Vgl. vorne 2.4.3.1 und 2.4.3.3.

633 Vgl. BGE 90 II 336 f.

634 Die Frage der Einführung einer besonderen Haftung der Person, die eine Massenveranstaltung ohne wirtschaftlichen Zweck organisiert, ist von der Studienkommission geprüft worden (vgl. Bericht, a.a.O. [Anm. 39], V/3.4.4, S. 72, und VI/1.2, S. 163 f.; vgl. auch vorne 1.2.2.3.1).

635 Damit wird in gewisser Hinsicht eine gesetzgeberische Antwort auf die parlamentarischen Vorstösse (vgl. Anhang zu diesem Bericht) gegeben, die in diesem Bereich eine Kausalhaftung verlangten (einfache Anfrage Longet 86.704 vom 8. Oktober 1986, Amtl. Bull. NR 1986 2098 und parlamentarische Initiative Grendelmeier 87.221 vom 5. März 1987, Amtl. Bull. NR 1988 867); ebenso werden die kritischen Stellungnahmen beantwortet, die der Kommission vorgeworfen haben, sie habe diese Frage nicht besonders geprüft (vgl. namentlich Günter P.Y., La responsabilité du médecin en Suisse, SJZ 1993, S. 98 und 116).

636 Vgl. vorne 2.4.3.3.

zung ist beispielsweise gegeben, wenn der Arbeitnehmer eines Malers die Geldbörse eines Arbeiters des Generalunternehmers auf einem Bauplatz entwendet, wo Täter und Opfer beschäftigt sind. Die Voraussetzung ist dagegen nicht gegeben, wenn der Arbeitnehmer einer Bauunternehmung Anlagen ohne Erlaubnis und ausserhalb der Arbeitszeit benützt[637]. Der Zweck der Norm entspringt dem Willen, ihren Anwendungsbereich so weit wie möglich auszudehnen. Im Grunde genommen ist sie durch den Umstand gerechtfertigt, 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. Es erscheint als billig, dass die Person, welche die Unternehmung betreibt, von vornherein eine solche Gefahr trägt. Sie kann Massnahmen treffen, um die Gefahr zu vermindern oder zu beseitigen. Zudem wird angenommen, dass sie aus der Arbeit der Hilfsperson Nutzen zieht. Der zweite Vorbehalt betrifft die Grundlage der Haftung. Diese ist die Organisation der Unternehmung als solcher; genauer gesagt ist es der Organisationsmangel; denn die Haftung nach Artikel 49*a* VE ist eine gewöhnliche Kausalhaftung[638]. Vorausgesetzt wird ein Sachverhalt (in einem weiten Sinn verstanden), der mit der Organisation der Unternehmung im Zusammenhang steht. Dieser ist nicht gegeben, wenn der Schaden allein auf das Verhalten des Leiters der Unternehmung zurückzuführen ist, das in keiner Beziehung mit der Organisation als solcher steht (wenn beispielsweise ein Arzt eine falsche Diagnose abgibt). Die Voraussetzung ist hingegen erfüllt, wenn der Organisationsmangel auf das Verhalten einer Hilfsperson zurückzuführen ist, die einem Dritten einen Schaden zufügt, indem sie objektiv und ohne triftigen Grund vom Verhaltensmuster ihrer Kategorie[639] abweicht (wie beispielsweise der Arbeiter eines Dachdeckers, der aus Unachtsamkeit einen Ziegel auf einen Passanten fallen lässt). Der Organisationsmangel kann aber auch den technischen Fehler einer Anlage betreffen, die auf irgendeine Weise mit der Organisation der Unternehmung verbunden ist. Dies ist der Fall, wenn die Anlage hergestellt oder in der Herstellung von Gütern verwendet wird. Im letztgenannten Fall nimmt die hier besprochene Haftung den Charakter einer Haftung für Sachen an (selbst wenn sie nicht gefährlich sind). Dies hat bereits die Studienkommission festgestellt[640]. Dadurch wird der Anwendungsbereich der Norm in einer vorteilhaften Weise ausgedehnt. Denn Artikel 49*a* VE wird es erlauben, den Ersatz von Schäden zu erfassen, die nicht notwendigerweise durch das Verhalten der Hilfsperson einer Unternehmung verursacht worden sind. Er wird auch für Schäden gelten, die nicht unter die Spezialgesetzgebung über Produktehaftpflicht fallen. Dies betrifft beispielsweise den Fall, wo ein fehlerhaftes Produkt nicht in Verkehr gebracht worden ist (Art. 5 Abs. 1 Bst. a PrHG) oder wenn er Schäden an Sachen verursacht, die für geschäftliche oder berufliche Zwecke verwendet werden (Art. 1 Abs. 1 Bst. b PrHG *a contrario*)[641].

---

637 BGE 20 958 f.

638 Vgl. vorne 2.4.3.2.

639 Vgl. vorne 2.4.3.3.

640 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.4.1, S. 70.

641 Als Beispiel ist der sogenannte "Friteusenfall" zu nennen: Eine elektrische Friteuse war an einen Gastwirt verkauft worden. Das mangelhafte Funktionieren des Thermostats verursachte einen Brand des Gebäudes, in dem sich das Restaurant befand. (BGE 90 II 86).

In Bezug auf den Beweis ist hervorzuheben, dass die geschädigte Person beweisen muss, dass ihr Schaden im Rahmen einer Tätigkeit der belangten Unternehmung verursacht wurde. Nicht verlangt wird indessen der Beweis eines Organisationsmangels, also des objektiven Fehlverhaltens einer Person, die in irgendeiner Weise mit der Unternehmung - sei es als Organ, sei es als Hilfsperson - verbunden ist, oder des technischen Mangels einer Anlage. Diese - widerlegbare - Vermutung ergibt sich aus dem Wortlaut der fraglichen Bestimmung ("... es sei denn ..."). Sie ist - wie beim geltenden Artikel 55 OR, der die vermutete Verletzung einer Sorgfaltspflicht voraussetzt - durch die Rechtsnatur dieser Haftung und durch das Anliegen gerechtfertigt, dem Opfer den Beweis zu ersparen, dass in einer ihm nicht unbedingt bekannten Unternehmung ein Organisationsfehler eingetreten ist[642]. In gewisser Hinsicht ist es so, wie wenn das Auftreten eines Schadens infolge der Tätigkeit einer Unternehmung als bedeutendes Indiz für das Vorliegen eines Organisationsmangels erscheinen würde.

Die Person, die gemäss Artikel 49*a* VE haftet, kann sich befreien, indem sie beweist, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten. Sie muss zunächst nachweisen, dass die drei klassischen Sorgfaltspflichten eingehalten wurden, die gewissermassen die Minimalanforderungen in der besonderen Beziehung mit der Hilfsperson sind - sofern die Schädigung der Hilfsperson zuzurechnen ist. Sie muss beweisen, dass die Hilfsperson sorgfältig ausgewählt wurde (namentlich angesichts ihrer Persönlichkeit, ihrer Fähigkeiten und der Natur der zugewiesenen Arbeit)[643], dass ihr die nötigen Unterweisungen gegeben wurden (und auch Hilfsmittel wie Werkzeuge, Maschinen, Materialien, Pläne, Gebrauchsanweisungen)[644] und dass sie wirksam überwacht wurde (dazu gehört namentlich die Kontrolle, ob die gegebenen Anweisungen befolgt worden sind)[645]. Zudem muss sie beweisen, dass die Organisation der Unternehmung als solche (in ihrer Gesamtheit und in ihrer Gliederung) mängelfrei war. Daher muss sie nachweisen, dass der Betrieb der Unternehmung einer erteilten Bewilligung und verwaltungsrechtlichen Vorschriften entspricht, dass die vertikale und horizontale Arbeitsteilung rationell ist, dass ein allgemeines und, wenn nötig, sektorielles Informationssystem für das Personal angewendet wird, dass der Herstellungs- oder Verteilungsvorgang von Gütern oder die Erbringung von Dienstleistungen ein Höchstmass von Sicherheit aufweist oder (wenn dies nicht der Fall ist) eine Endkontrolle stattfindet, dass der technische Mangel einer Einrichtung nach dem derzeitigen Stand des Wissens nicht erkannt werden konnte, kurz, dass alle Massnahmen zur Vermeidung eines Schadens getroffen wurden, die man von ihr berechtigterweise und vernünftigerweise erwarten konnte.

---

642 Widmer P., a.a.O. (Anm. 615), S. 356.

643 BGE 67 II 27, 80 II 251.

644 BGE 97 II 224 f., 102 II 85 f.

645 BGE 72 II 263 f., 110 II 461.

2.4.3.5 Verhältnis zu anderen Bestimmungen

Die Haftung nach Artikel 49 oder 49*a* VE schliesst die Haftung der Hilfsperson nach Artikel 48 VE nicht aus. Im geltendem Recht steht dem Geschäftsherrn, der das Opfer entschädigt hat, gemäss Artikel 55 Absatz 2 OR ein Rückgriffsanspruch gegen den Schädiger zu. Nach herrschender Lehre[646] ergibt sich dieser Rückgriff aus den Bestimmungen über die Anspruchskonkurrenz (Art. 51 Abs. 2 OR). Artikel 55 Absatz 2 OR ist überflüssig. Daher schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, diese Bestimmung zu streichen. Hervorzuheben ist auch, dass sie eine These der Studienkommission nicht übernommen haben, wonach das Opfer ausschliesslich die Person belangen kann, die nach Artikel 49 oder 49*a* VE haftet, gemäss der Kanalisierung der Haftung, welche die neuzeitlichen Staatshaftungsgesetze vorsehen[647], denn einerseits werden in der Praxis selten Hilfspersonen belangt und andererseits würde eine Ausnahme vom Grundsatz der Haftungskonkurrenz in ungerechtfertigter Weise die Rechte der geschädigten Person verschlechtern.

Im geltenden Recht wird Artikel 55 Absatz 1 OR als eine allgemeine Bestimmung angesehen, die im Verhältnis zu Gefährdungshaftungen subsidiär anzuwenden ist[648]. Dies soll künftig auch für die Artikel 49 und 49*a* gelten. Namentlich wird Artikel 50 VE gegenüber Artikel 49*a* VE vorgehen, wenn der Schaden dadurch verursacht wird, dass sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht, die in einer Unternehmung ausgeführt wird. Dieser Grundsatz muss im Gesetz nicht festgehalten werden[649].

2.4.4. Gefährdungshaftung (Art. 50 VE)

2.4.4.1. Entwicklung bis zur Gegenwart

Wie in der Einleitung dargelegt[650], kennt das schweizerische Haftpflichtrecht vor allem drei Entwicklungslinien; davon sind zwei hauptsächlich durch die Rechtsprechung geprägt.

Die erste Entwicklungslinie ist jene der klassischen Verschuldenshaftung. Dieser Grundsatz ist der vorherrschende geblieben - zumindest unter dem theoretischen Gesichtspunkt der Lehre -; aber seit dem Ende des 19. Jahrhunderts wurden die Sorgfaltspflichten, die ihm zugrunde liegen, immer strenger beurteilt (wie in den meisten vergleichbaren Rechtssystemen). Der entscheidende Umstand in dieser Entwicklung ist die zunehmende Objektivierung des Verschuldensbegriffes. Diese Tendenz hat zu einer Verwischung der Abgrenzung zwischen Verschulden und Rechtswidrigkeit geführt[651], die sich vor allem im Tri-

---

646 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 98; Keller M./Gabi S., a.a.O. (Anm. 51), S. 164; Brehm R, a.a.O. (Anm. 51), N 108 zu Art. 55 OR und zitierte Literatur.

647 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.4.6, S. 73 f.

648 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N. 1; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 98 ff. zu Art. 55 OR.

649 Vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.4.1, S. 69, und V/3.4.5, S. 72 f.

650 Vgl. vorne 1.1.

651 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 134 ff. und 142 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 43 zu Art. 41 OR; Giger H., Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, in:

umph des "*Gefahrensatzes* (*principe du danger créé*)"[652] zeigt - einem Begriff, der übrigens den "*Verkehrssicherungspflichten*" des deutschen Rechts[653] und der "*duty of care*" im common law[654] eng verwandt ist. Andererseits wurde die abnehmende Bedeutung der subjektiven Grundlage durch die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges insofern verstärkt, als diese von der "objektiven nachträglichen Prognose"[655] ausgeht, und das Bundesgericht wendet sie genau in diesem Sinne an.

Alle diese "Notbehelfe" und die allgemeine Tendenz, den Beweis bis zu einer mehr oder weniger versteckten Umkehr der Beweislast zu erleichtern, dienen schliesslich demselben Zweck oder ergeben sich aus demselben Anliegen: Man will gestützt auf die Verschuldenshaftung sozial zufriedenstellende Ergebnisse erreichen, in einer Welt, die von der technischen Entwicklung geprägt und immer komplexer ist. Um dieses Ziel zu erreichen, bejaht man den Ersatz von Schäden, die von den erhöhten Risiken verursacht wurden, die sich aus einer solchen Entwicklung ergeben, und dies sogar in Fällen, wo die Zurechnung des Schadens nicht mehr möglich gewesen wäre, wenn man den subjektiven Fehlerbegriff angewendet hätte, der in einem individuellen Vorwurf gegenüber der haftpflichtigen Person begründet ist.

Die zweite Entwicklungslinie ist mit der ersten eng verknüpft. Ihr Ausgangspunkt sind besondere Haftungsbestimmungen des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts. Gewöhnlich fasst man diese unter dem Begriff "*einfache, gewöhnliche, milde Kausalhaftungen (responsabilités causales simples, ordinaires ou atténuées)*" zusammen[656]. Es handelt sich namentlich um die Haftung des Familienhauptes (Art. 333 ZGB), des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB), des Geschäftsherrn (Art. 55 OR), des Tierhalters (Art. 56 OR) und des Werkeigentümers (Art. 58 OR)[657]. Die Verwandtschaft dieser Normen mit der Verschuldenshaftung ist in den drei Bestimmungen am augenfälligsten, die einen Befreiungsbeweis der haftpflichtigen Person vorsehen, und dies mit fast dem-

---

Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, S. 369 ff.; Fellmann W., Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 1987 I, S. 339 ff.; Weber R.H., Sorgfaltswidrigkeit - quo vadis?, ZSR 1988 I, S. 39 ff. Vgl. auch vorne 2.4.2.1.

652 Vgl. 1.1.1.2 und 2.3.3.3; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N. 26 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 51 zu Art. 41 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), § 6 N 46 f., S. 75 f.; Widmer P., Gefahren des Gefahrensatzes, a.a.O. (Anm. 17), S. 289 ff.

653 Kötz H., Deliktsrecht, 4. Aufl., Frankfurt 1988, N 232 ff.; Furgler K.J., Die Verkehrssicherungspflicht im schweizerischen Haftpflichtrecht, Diss. Freiburg 1978.

654 Markesinis B.S./Deakin S.F., Tort law, 3. Aufl., Oxford 1994, S. 76 ff.; Weir T., A casebook on tort, 7. Aufl., London 1992, S. 12 ff. und 29 ff.; Zweigert K./Kötz H., Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., Tübingen 1984, Bd. II, S. 347 ff.; Tunc A., a.a.O. (Anm. 83), S. 63 ff.

655 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 76 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 122 zu Art. 41 OR; Widmer P., Standortbestimmung, a.a.O. (Anm. 17), S. 320 f.; vorne 1.1.1.2.

656 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 17, N. 1 ff.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 37 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), § 2 N 35 f., S. 43 und § 9 ff., S. 96 ff. Vgl. vorne, 1.2.2.1.3 und 2.4.1 und hinten 3.1.

657 Jetzt muss die Haftung nach Art. 39 des neuen Strahlenschutzgesetzes (SR 732.0) und die Produktehaftpflicht (SR 221.112.944) zu dieser Liste hinzugefügt werden.

selben Wortlaut. Das Familienhaupt, der Geschäftsherr und der Tierhalter können grundsätzlich der Haftung entgehen, wenn sie beweisen, dass sie alle nach den Umständen gebotenen Massnahmen ergriffen und alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet haben (in der Beaufsichtigung und Erziehung der Minderjährigen, in der Überwachung der Tiere, die unter ihrer Gewalt stehen, und - im Falle des Geschäftsherrn - in der Auswahl, Unterweisung und Überwachung der Hilfspersonen und der zweckmässigen Organisation des Betriebs)[658]. Diese drei Haftungen, die auf der objektiven Sorgfalt beruhen, werden heute als Kausalhaftungen betrachtet. Das heisst, sie sind unabhängig von jedem Verschulden, sei es jenes der als haftpflichtig bezeichneten Person, sei es jenes des unmittelbaren Urhebers des Schadens. Dasselbe gilt für die Haftungen der Grund- und Werkeigentümer (wo die Verbindung mit dem Verschulden weniger sichtbar ist, weil sie unter der Anforderung einer "*Überschreitung des Eigentumsrechts*" oder einer "*fehlerhaften Anlage oder Herstellung oder eines mangelhaften Unterhalts*" versteckt sind).

Diese Qualifizierung ist relativ neu[659]. Was die Haftung des Familienhauptes betrifft, hat das Bundesgericht erst 1977 formell eine Kausalhaftung nach Artikel 333 ZGB bejaht[660]. Ursprünglich wurden die drei Haftungstatbestände als besondere Arten der Verschuldenshaftung aufgefasst, die lediglich die Umkehr der Beweislast als Besonderheit aufwiesen. Indessen haben wir gesehen, dass die Umkehr der Beweislast einer der Faktoren ist, die zum Abgleiten vom subjektiven zum objektivierten Verschulden geführt haben. Man kann daher sagen, dass die Entwicklung im Bereich der gewöhnlichen Kausalhaftung derselben Linie wie in der Verschuldenshaftung folgt. Sie ging aber von Bestimmungen aus, in denen die Verletzung einer schon sehr standardisierten Sorgfaltspflicht vermutet wurde, und hat so zu einer Haftungsart geführt, die vom traditionellen Verschuldensbegriff noch weiter entfernt ist. Sogar die Frage, ob die haftpflichtige Person urteilsfähig ist oder nicht, hat jede Bedeutung verloren. Was bleibt, ist eine Haftung, deren charakteristisches Merkmal höchstens in der "Unregelmässigkeit" gesehen werden könnte. Die Studienkommission hat es jedoch abgelehnt, in diesem Merkmal eine zureichende Begründung einer Kausalhaftung zu sehen[661]. Die faktische Gleichförmigkeit der objektivierten Verschuldenshaftung und der gewöhnlichen Kausalhaftungen kommt auch im Vorschlag zum Ausdruck, der in der Studienkommission diskutiert wurde, eine "*Haftung für rechtswidrige Schädigung*" einzuführen[662]. In rechtsvergleichender Hinsicht entspricht eine solche Konzeption praktisch jener des französischen Rechts

---

658 Vgl. vorne 2.4.3.1.

659 Über die Metamorphose von Art. 55 OR vgl. vorne 2.4.3.1 und Anm. 595 und 596.

660 BGE 103 II 24. Diese Anerkennung des kausalen Charakters der Haftung des Familienhauptes wird übrigens hauptsächlich mit der Ähnlichkeit im Aufbau von Art. 333 ZGB mit den Art. 55 und 56 OR begründet. Das Bundesgericht hat ausserdem betont, dass diese "neue Auffassung" keine praktischen Folgen für die (relativ milde) Beurteilung der Sorgfalt des Familienhauptes haben soll (a.a.O., S. 27, E.4); vgl. vorne 1.2.2.3.

661 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.2, S. 25 f., und V/3.1, S. 53 f.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 38. Vgl. vorne 1.2.2.1.3 und 2.4.1.

662 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.1, S. 23. Dort wird übrigens gesagt, dass eine solche Haftung praktisch der gewöhnlichen Kausalhaftung angeglichen würde und dass "*ein weniger radikaler Schritt in dieselbe Richtung die Verallgemeinerung der Beweislastumkehrung in Bezug auf das Verschulden wäre*".

(Art. 1382 CCF), das zwischen Verschulden und Rechtswidrigkeit keinen Unterschied macht und dessen Verschuldensbegriff rein objektiv ist[663].

Die dritte Entwicklungslinie - die uns hier am meisten interessiert - ist jene der "*Gefährdungshaftungen (responsabilité "à raison du" [ou: "pour] risque, responsabilité causales aggravées*"[664]. Ihre Anfänge gehen auf die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts zurück, und dieser Einbruch in das Verschuldensdogma wurde häufig durch das Auftreten der Eisenbahn ausgelöst, wie es in der Schweiz der Fall war[665]. Man erkannte, dass man auf die Dauer die qualitativ neuen Probleme nicht mehr anhand der Überlegung des Appelationsgerichts von München von 1861 meistern konnte. Dieses löste das Problem, indem es erklärte, dass der *Umstand, eine Eisenbahn mit Lokomotiven zu betreiben, in notwendiger und untrennbarer Weise ein schuldhaftes Verhalten darstelle*[666]. Zu diesem ersten Tatbestand der Kausalhaftung ist mit dem technischen Fortschritt eine Reihe weiterer besonderer Haftungen hinzugekommen, von jener der Inhaber von Elektrizitätswerken (1902), über jene für Motorfahrzeuge (1932/1958) bis zu jener für "Betriebe oder Anlagen, mit denen besondere Gefahren für die Umwelt verbunden sind" (1995)[667].

Trotz dieser Entwicklung und des Umstandes, dass im rechtlichen Alltag schon allein die Kausalhaftung im Strassenverkehr praktisch viel bedeutsamer als die Verschuldenshaftung ist, werden die Gefährdungshaftungsbestimmungen von Lehre und Rechtsprechung immer noch als streng abgegrenzte Ausnahmen vom allgemeinen Grundsatz der Verschuldenshaftung betrachtet. Es ist nicht übertrieben zu sagen, dass diese Regel-Ausnahme- Konzeption im schweizerischen Recht - wie übrigens im deutschen[668] - wirklich ein Axiom darstellt, bei dem man niemals das Bedürfnis empfand, es zu rechtfertigen, und das nie ernsthaft in Frage gestellt wurde. Von diesem unerschütterlichen Grundsatz beeinflusst, haben weder die Lehre noch die Rechtsprechung es je gewagt, den

---

663 Viney G., Traité de droit civil (dir. Ghestin J.), Bd. IV: Les obligations / La responsabilité: Conditions, Paris 1982, N 22 ff. und 439 ff.; Chabas F., Leçons de droit civil (Mazeaud H. + L./Mazeaud J./Chabas F.), Tome II/1, Obligations / Théorie générale, 8e éd., Paris 1991, N 424 ff. (besonders 448). Dies erklärt gleichzeitig, warum der französische Gesetzgeber ohne grosse Schwierigkeiten sagen konnte, "*Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation*" (Art. 489-2 CCF), wogegen unser Entwurf die heutige Haftung der Urteilsunfähigen nach Art. 54 Abs. 1 OR auf aussergewöhnliche Fälle beschränkt (vgl. Art. 48*b* VE und vorne 2.4.2.3.).

664 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), § 2 N 37 ff., S. 43; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 24, N. 1 ff.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 40 ff.; Widmer P., Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, a.a.O. (Anm. 17), S. 417 ff.

665 Oftinger K., Hundert Jahre Gefährdungshaftung in der Schweiz, ZSR 1975 S. 215 f.

666 Seuffert's Archiv 14 (1861) Nr. 208, S. 354 ff. - vgl. auch ein helvetisches Gegenstück: BGE 47 II 408. Immerhin ist auch BGE 82 II 25 ff. (30) dieser Betrachtungsweise noch sehr verwandt, insofern er ausführt, dass auch ein erfahrener Skifahrer stürzen kann, aber nur solange einem Vorwurf entgeht, als er niemanden gefährdet.

667 Vgl. vorne 1.1.1 und 1.2.2.2. Für eine Übersicht über die spezialgesetzlichen Haftungen vgl. hinten 4. Im kürzlich erlassenen Strahlenschutzgesetz hat der Gesetzgeber eine milde Kausalhaftung gewählt (vgl. dazu vorne Anm. 657 und hinten 4.2.47).

668 Vgl. Magnus U., Einheitliches Schadenersatzrecht - Reformüberlegungen für das österreichische Haftpflichtrecht, in: Verhandlungen des zwölften Österreichischen Juristentages, Bd. II/1, Wien 1994, S. 28.

Weg der Analogie zu beschreiten[669]. In vielen Fällen musste man deshalb zu improvisierten Lösungen Zuflucht nehmen, wenn eine Tätigkeit Gefahren aufwies, die quantitativ oder qualitativ jenen gleichwertig waren, die zu einer Gefährdungshaftung in einem Spezialgesetz Anlass gaben, aber nicht unmittelbar durch diese Bestimmungen abgedeckt waren. Man wendet also Artikel 41 OR an, indem man ein objektiviertes Verschulden für den betreffenden Fall konstruiert. Oder man behilft sich mit einer gewöhnlichen Kausalhaftung, deren Tatbestand genügend weit ist, um den betreffenden Fall - mit mehr oder weniger Verrenkungen und Konstruktionen - zu erfassen. Die Rechtsprechung (vor allem jene zu Artikel 679 ZGB und den Artikeln 55 und 58 OR) bietet eine reiche Sammlung solcher Beispiele. In gewissen Fällen ist aber keine Wahlmöglichkeit gegeben, und dann zeigt sich die ganze Ungleichheit und Ungerechtigkeit, die diesem System innewohnt[670].

Die Revision muss also genau in dieser Hinsicht eine Neuerung bringen. Wie die Studienkommission[671] erachten die Verfasser des Vorentwurfs den Zeitpunkt als gegeben für folgende Überlegung: Die Tatbestände der Gefährdungshaftung, die da und dort durch gesetzgeberische Zuckungen entstanden sind, aufgrund der Tagesaktualität und scheinbar ohne Beziehung untereinander, gehen in Wirklichkeit auf eine einzige Idee und einen gemeinsamen Grundsatz zurück, der es erlauben sollte, ihnen eine gemeinsame Grundlage zuzubilligen. Am Ende des 20. Jahrhunderts ist die Anerkennung dieser Überlegung nicht revolutionärer als die Synthese, die die Väter und Verfasser des Code Napoléon vor fast 200 Jahren vorgenommen haben, als sie die zahlreichen unterschiedlichen Ansprüche des römischen Rechts in einer Generalklausel der Verschuldenshaftung verschmolzen haben[672].

2.4.4.2 Die Generalklausel als wesentliches Element der Revision - Zweck und Funktion

Der Generalklausel der Gefährdungshaftung liegt folgende Idee zugrunde: Ins Obligationenrecht ist eine genügend weit gefasste und flexible Bestimmung einzufügen, die es dem Gericht ermöglicht, die ungleiche - und deswegen ungerechte - Behandlung von Fällen zu vermeiden, deren Merkmale mit jenen Situationen vergleichbar sind, welche nach geltendem Recht schon durch besondere Bestimmungen der Kausalhaftung unterstellt sind. Dem Gericht soll der Weg für vernünftige Analogien freigemacht werden, die ihm bis jetzt angeblich "verboten" waren - und zwar ein Weg, der mit jenem des berühmten Artikels 1 Absätze 2 und 3 ZGB eng verwandt ist[673]. Der Umstand, dass die Fortentwicklung der Kausalhaftung durch die Rechtsprechung für legitim erklärt wird, soll nicht als "Flucht" des Gesetzgebers vor seiner Verantwortung aufgefasst werden, sondern als logische Folge der Feststellung, dass dieser Gesetz-

---

669 Widmer P., Standortbestimmung, a.a.O. (Anm. 17), S. 294 ff.; ders., Fonction et évolution ..., a.a.O. (Anm. 17), S. 425 und 435.

670 BGE 114 II 376: "Kreiselmäher".

671 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.3, S. 26 ff., und V/3.3.1, S. 60 ff.

672 Widmer P., Fonction et évolution ..., a.a.O. (Anm. 17), S. 435.

673 Meier-Hayoz A., Berner Kommentar I/1: Einleitungstitel, Bern 1966, N 346 ff. zu Art. 1 ZGB.

geber ganz einfach nicht imstande ist, der Entwicklung zu folgen und ein einheitliches System sicherzustellen, wenn er von Fall zu Fall die Reihe der Spezialgesetze verlängert.

Der häufigste Einwand gegen die Generalklausel besagt, die Rechtssicherheit sei gefährdet. Er erscheint jedoch kaum als schlüssig: Denn die Rechtssicherheit ist in einem System nicht besser gewahrt, das aufgrund seiner Lücken das Gericht ständig zu verschiedenen Notbehelfen und Konstruktionen zwingt, um ein angemessenes Ergebnis zu erreichen, ein System, bei dem der Verschuldensbegriff keinen greifbaren Sinn mehr hat und die Tatbestände der gewöhnlichen Kausalhaftungen aufgrund missbräuchlicher Anwendung ihre Konturen verlieren.

Die vorgeschlagene Lösung will andererseits nicht alle Spezialbestimmungen abschaffen oder ersetzen, die im Laufe einer mehr als hundertjährigen Entwicklung teilweise die Lücken geschlossen und so den Boden für eine Generalklausel geebnet haben. Diese Normen sollen im Gegenteil dem Gericht als Merkpunkte dienen, das sich im konkreten Fall über die geeignete Haftungsregelung aussprechen muss. In der deutschen Diskussion zur Generalklausel[674] wurde dies die "kleine Lösung" genannt, im Gegensatz zur "grossen Lösung", die nur eine Generalklausel beibehält und ihre Konkretisierungen im positiven Recht als überflüssig ansieht. Nach ihrer Ausgestaltung im vorliegenden Vorentwurf und den Vorschlägen der Studienkommission[675] ist die Generalklausel nur ein Mittel, um dem Gericht eine Befugnis zu gewährleisten, ohne die das Haftpflichtrecht seine Aufgaben nicht mehr ordnungsgemäss erfüllen kann. In den allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts eingefügt, soll diese Klausel dieselbe Aufgabe gegenüber der Spezialgesetzgebung erfüllen: Diese soll in Zukunft nur noch eine Beschreibung des Sachverhalts enthalten, der diesen besonderen Gefährdungshaftungstatbestand rechtfertigt (wie z.B. Art. 58 Abs. 1 SVG oder Art. 3 KHG), und die Bestimmungen, die zur Regelung dieser besonderen Haftungsart unerlässlich sind, und zwar gerade wegen der Besonderheit der Situation, die man erfassen will (wie z.B. die Bestimmungen des KHG über die Kanalisierung der Haftung [Art. 3 Abs. 6] oder die Rolle des Bundes [Art. 12 ff.])[676]. Übrigens erfüllt sie - wie grundsätzlich alle Generalklauseln - in einem gewissen Sinn eine "Durchgangsfunktion"[677]; man will damit sagen, dass sie hauptsächlich dazu dient, die offensichtlichen Lücken zu füllen, und sich nach und nach selbst überflüssig machen kann, soweit das positive Recht die Aufgabe abnimmt, indem es (gestützt auf eine gefestigte Rechtsprechung) neue Tatbestände der Gefährdungshaftung kodifiziert. Diese könnten danach ihrerseits als Vergleichspunkte für neue Analogien dienen.

---

674 Will M.R., Quellen erhöhter Gefahr, München 1980, S. 267 ff.; Strickler Hp., Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?, Bern/Stuttgart 1983, S. 127 ff.; Schlüchter F., Haftung für gefährliche Tätigkeit und Haftung ohne Verschulden (Das italienische Recht als Vorbild für das schweizerische?), Bern/Stuttgart 1990, S. 321 ff.; Strickler Hp., Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?, Bern/Stuttgart 1983, S. 140 ff.

675 Vgl. vorne 1.2.2.1.3.

676 Vgl. vorne 1.2.2.1.4.

677 Merz H., a.a.O. (Anm. 477), N 42 zu Art. 2 ZGB, spricht in diesem Zusammenhang von der "*Durchgangsfunktion*" der Generalklausel von Treu und Glauben.

Diese Konzeption tritt in den Absätzen 2 und 3 von Artikel 50 VE klar zutage: Am Ende des zweiten Absatzes werden die Spezialgesetze ausdrücklich als Vergleichspunkte genannt, während der dritte Absatz ihre Anwendung vorbehält, wenn ihre besonderen Voraussetzungen erfüllt sind. Im letzten Fall ist es klar, dass die besonderen Bestimmungen der Generalklausel vorgehen.

2.4.4.3 Gefährliche Tätigkeit und charakteristisches Risiko - die Elemente des Anknüpfungssachverhalts

Alle Tatbestände der Gefährdungshaftung, die in der Spezialgesetzgebung enthalten sind, haben als gemeinsamen Nenner, dass sie mit einer - mehr oder weniger genau definierten - qualifizierten Gefahrensituation verknüpft sind, die durch die Ausübung einer besonders gefährlichen Tätigkeit entstanden ist. Artikel 50 Absatz 1 VE will dieses Element verallgemeinern, indem er die Ausdrükke "*besonders gefährliche Tätigkeit*" verwendet, deren "*charakteristisches Risiko*" sich im Schadenereignis verwirklicht.

Bewusst bezieht sich die Bestimmung auf eine "*gefährliche Tätigkeit*" - nach dem Vorbild von Artikel 2050 des italienischen Zivilgesetzbuches[678] - und nicht auf gefährliche Sachen, und dies aus zwei Gründen:

– Zunächst gibt es Tätigkeiten, die nach ihrem Wesen und nicht nur aufgrund der verwendeten Gegenstände oder Stoffe gefährlich sind. Das schweizerische Recht kennt schon jetzt ein Beispiel einer solchen Tätigkeit, die der Gefährdungshaftung unterstellt ist: die Jagd. Hier unterstellt das Gesetz jene Person der Kausalhaftung, welche "*durch die Jagdausübung Schaden verursacht*"[679], und nicht den Eigentümer oder Halter eines Gewehres oder den Hundehalter. Andere solche Tätigkeiten können der Tiefbau[680] oder gewissen Sportarten[681] sein.

  Es muss aber im wesentlichen eine materielle und technische Gefahr sein, die mit diesen Tätigkeiten verknüpft ist. Das Organisationsrisiko, das sich beispielsweise in der Massenproduktion von Konsumgütern oder gewisser Dienstleistungen (beispielsweise Medien, Banken usw.) äussert, wird im Rahmen von Artikel 50 VE nicht berücksichtigt. Dagegen ist es die Grundlage der Produktehaftung und kann eine Haftung nach Artikel 49*a* VE[682] bewirken. Die besondere Art der Gefahr nach Artikel 50 VE ergibt sich auch aus der entsprechenden Norm über die ersatzfähigen Schäden (Art. 45 Abs. 3 VE) und der erwähnten Verweisung auf bestehende Spezialgesetze[683].

---

678 Schlüchter F., a.a.O. (Anm. 674), S. 113 ff.

679 Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel vom 20.6.1986 (JSG; SR 922.0) Art. 15 Abs. 1.

680 Ausdrücklich erwähnt in BGE 64 II 254 ff. (Erw. II/1a, S. 260) und als Anknüpfungssachverhalt in einem begrenzten Bereich vorgesehen - "Bau [von Einrichtungen] einer Eisenbahn" - im Eisenbahnhaftpflichtgesetz vom 28.3.1905 (EHG; SR 221.112.742). Vgl. auch: Gilliard, Unification, a.a.O. (Anm. 32), S. 309; Schlüchter F., a.a.O. (Anm. 674), S. 301.

681 Betreffend Skifahren als gefährliche Tätigkeit, vgl. Schlüchter F., a.a.O. (Anm. 674), S. 308 ff.

682 Vgl. vorne 2.4.3.4.

683 Vgl. vorne 2.4.4.2.

– Der zweite Grund für die Verknüpfung der Gefährdungshaftung mit einer Tätigkeit und nicht mit gefährlichen Sachen oder Stoffen ist folgender: Die Studienkommission und die Verfasser des Vorentwurfs wollten die Schwierigkeiten vermeiden, die untrennbar mit den "*Haftungen für Sachen*" verbunden sind. Diese zwingen den Gesetzgeber (und die Rechtsprechung), eine subjektive Verbindung zwischen der Sache und der haftpflichtigen Person herzustellen, indem sie entweder ein dingliches Recht (Eigentum, Besitz) heranziehen - das sich häufig als zu formelles Kriterium für eine angemessene Zurechnung erweist[684] - oder einen so vagen Begriff wie jenen der "*garde*" (Art. 1384 CCF) verwendet, dessen extreme Biegsamkeit die Rechtssicherheit - die in diesem Bereich schon ziemlich brüchig ist - auf Null reduziert.

Man begegnet übrigens denselben Problemen mit dem Begriff des "*Halters*". Zwar hat die Rechtsprechung diesen Begriff im Rahmen des Strassenverkehrsgesetzes[685] im Allgemeinen korrekt ausgelegt. Von der Rechtsprechung zum gleichen Ausdruck im Rahmen von Artikel 56 OR lässt sich dies aber nicht sagen. (Nur der - übrigens häufig nutzlose - Befreiungsbeweis verhindert, dass sie als Gefährdungshaftung eingestuft wird). Hier besteht eine offensichtliche Tendenz, jene Person als Halterin - und damit als haftpflichtig - anzusehen, die die unmittelbare körperliche Gewalt über die Sache hat[686]; aber dies ist kein angemessenes Kriterium für eine Kausalhaftung. Denn selbst wenn sich der gefährliche Charakter einer Tätigkeit hauptsächlich aus der Verwendung von "*Stoffen, Geräten oder Kräften*" ergibt, die besonders schwierig zu beherrschen sind (vgl. Artikel 22 Absatz 2), so sollte nicht in erster Linie und notwendigerweise der unmittelbare Urheber des Schadens haftbar sein, wie der Arbeiter, der den Stoff oder die Maschine behandelt, sondern die Person, die am Schalthebel der Unternehmung steht: Diese kontrolliert die gefährliche Tätigkeit in organisatorischer und wirtschaftlicher Hinsicht und zieht hauptsächlich aus ihr Nutzen. Der Vorentwurf spricht in dieser Hinsicht von der "Person, die eine Tätigkeit *betreibt*[687].

Damit sich die Anwendung der Generalklausel der Gefährdungshaftung rechtfertigt, muss die Tätigkeit "*besonders gefährlich*" sein, deren charakteristisches Risiko sich in einem Personen- oder Sachschaden verwirklicht hat. Dieser Begriff wird in Absatz 2 von Artikel 50 VE definiert. Er enthält ein *objektives und ein subjektives Element*. Das objektive Element ist die Gefahr, die das "normale Risiko" klar übersteigt, das mit jeder menschlichen Tätigkeit verbunden ist. Diese Intensität kann auf quantitativen oder qualitativen Faktoren oder einer Kombination beider Faktoren beruhen. Dies drückt der Vorentwurf mit der Wendung aus "*geeignet ... häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen*". (Das heisst, die Schäden können relativ begrenzt aber häufig sein, wie im Strassenverkehr; sie können auch selten oder sehr selten sein, aber möglicherweise sehr schwerwiegend, wie Nuklearschäden. Sie können schliesslich relativ selten aber auch relativ schwerwiegend sein, wie Schäden bei Eisenbahn- oder Flugzeugunfällen.)

---

684 Besonders anschaulich ist das Beispiel bezüglich Art. 679 ZGB: BGE 104 II 15 ff. (S. 19).

685 Vgl. hinten 2.4.4.5.

686 Vgl. z.B. BGE 104 II 23 ff.

687 Vgl. hinten 2.4.4.4.

Der besonders gefährliche Charakter einer Tätigkeit muss freilich in generell-abstrakter Weise beurteilt werden. Es geht nicht an, eine an sich harmlose Tätigkeit für immer einer Kausalhaftung zu unterstellen, weil sie - unter aussergewöhnlichen Umständen, die sich wahrscheinlich nicht wiederholen werden - einen beträchtlichen Schaden verursacht hat. Umgekehrt soll der Umstand, dass - dank einem glücklichen Zufall - eine an sich gefährliche Tätigkeit bis jetzt nur seltene und relativ glimpfliche Unfälle verursacht hat, den Richter nicht hindern, sie nach ihrem tatsächlichen Schadenpotential zu beurteilen.

In diesem Sinn ist die "Besonderheit" der Gefahr auch durch ein subjektives Element gekennzeichnet, das ebenfalls mit Bezug auf eine "Normalität" bestimmt wird: dieses Mal in Beziehung mit der Fähigkeit des Menschen, die Gefahr zu beherrschen. Dieses subjektive Element betrifft daher die körperlichen und namentlich die psychischen und intellektuellen Fähigkeiten[688], die es normalerweise einer Person erlauben sollten, den Eintritt eines Schadens zu verhindern. Damit sich eine kausale Gefährdungshaftung rechtfertigt, muss die Gefahr mit der betreffenden Tätigkeit eng verbunden und ganz unvermeidlich sein. Es muss also unmöglich sein, sie völlig zu bannen, auch wenn man alle zumutbare Sorgfalt und die vollkommensten Sicherheitsmassnahmen trifft. Zwischen der Verschuldenshaftung und der Gefährdungshaftung besteht also ein dialektisches Verhältnis: die letztere rechtfertigt sich nur ausserhalb der Grenzen der ersteren. Absatz 2 von Artikel 50 VE geht sogar von den äussersten Grenzen der subjektiven Verantwortlichkeit aus; denn er nimmt als Massstab die "*von einer fachkundigen Person* [im betreffenden Tätigkeitsbereich] *zu erwartende Sorgfalt*". Nur wenn es statistisch erwiesen oder höchstwahrscheinlich ist, dass die fragliche Tätigkeit nicht ausgeübt werden kann, ohne dass Schäden entstehen - trotz der grösseren Sorgfalt einer Person, die besonders umsichtig und im betreffenden Fach ausgebildet ist -, ist es legitim und notwendig, die Tätigkeit der Gefährdungshaftung zu unterstellen. Wir haben gesehen, dass die besondere und unvermeidliche Gefahr auf das Wesen einer Tätigkeit zurückzuführen sein kann (auf die Schnelligkeit, mit der sie ausgeführt wird, auf den Einsatz besonderer Kräfte, den sie notwendig macht, oder auf den Umstand, dass sie sich unter besonders schwierigen oder gefährlichen Bedingungen abspielt), oder auf gefährliche Eigenschaften von Stoffen (die giftig, entzündlich, explosiv, ätzend usw. sind) oder von Apparaten und Energien, deren Verwendung sie notwendig macht.

Aus dieser Beschreibung der Voraussetzungen einer "*besonderen Gefahr*" geht hervor, dass die Gefahr nach den wissenschaftlichen Kenntnissen im Zeitpunkt, in dem die betreffende Tätigkeit beginnt, *bekannt oder zumindest* als Möglichkeit *erkennbar sein muss*. Negativ ausgedrückt heisst dies, dass die Generalklausel der Gefährdungshaftung keine genügende Grundlage der Haftpflicht für "*Entwicklungsrisiken*" ist. Die Einführung einer solchen Haftung muss dem Gesetzgeber allein vorbehalten bleiben (und auch dieser sollte sie nicht einführen, denn sie erscheint in jedem Fall als übermässig[689]). Die wirklichen Ent-

---

688 Dieser Begriff wird in Art. 48*a* Abs. 2 VE für die Definition der "Fahrlässigkeit" verwendet; vorne 2.4.2.2.

689 Dies gilt zumindest, wenn man davon ausgeht, dass das "Mass" des Haftpflichtrechts nur das Privatrecht sein kann. Die Entwicklungsrisiken sind allgemeine Zivilisationsrisiken und müssen deshalb von der Gesellschaft als Ganzes getragen werden, das heisst durch kollektive Systeme der sozialen Sicherheit.

wicklungsrisiken sind jedenfalls äusserst selten. Sie kommen beispielsweise bei den neuen biochemischen und genetischen Techniken nicht in Frage; denn die hohen Risiken dieser Technologien sind zwar nicht konkret und detailliert bekannt, aber ohne jeden Zweifel sind diese Risiken vorhanden. Gerade die Ungewissheit über deren Intensität und Umfang ist sehr gut bekannt und lässt sie als besonders bedrohlich erscheinen.

Die Gefährdungshaftung deckt nicht jeden Schaden, der aus einer gefährlichen Tätigkeit entstehen kann; Absatz 1 von Artikel 50 VE präzisiert, dass sie nur für den Schaden gilt, der dadurch verursacht ist, "*dass sich das charakteristische Risiko verwirklicht*". Wenn - beispielsweise beim Entladen - der Arbeitnehmer einer Sprengstoffabrik eine Dynamitkiste auf die Füsse eines Passanten fallen lässt, ohne dass deren Inhalt explodiert, so wird der Arbeitgeber nicht aufgrund von Artikel 27 des Sprengstoffgesetzes haftbar. Denn der Schaden, den der Passant aufgrund des Falls der Kiste erleidet, steht in keiner Beziehung zum charakteristischen Risiko der Verwendung von Sprengstoffen oder pyrotechnischer Geräte. Als "*charakteristisches Risiko*" ist also jenes aufzufassen, das für "*die besondere Gefahr*" der betreffenden Tätigkeit typisch ist. Der Begriff des "*charakteristischen Risikos*" entspricht jenem der "*Betriebsgefahr*", zu dem es eine reiche Rechtsprechung gibt, vor allem im Strassenverkehrsrecht, wo die Gefährdungshaftung des Halters nur für Schäden gilt, die durch den "*Betrieb des Motorfahrzeugs*"[690] verursacht werden. Ebenso wird in jedem Fall zu prüfen sein, ob und in welchem Ausmass der Schaden, dessen Ersatz verlangt wird, durch die Verwirklichung des charakteristischen Risikos einer Tätigkeit verursacht worden ist, die nach den genannten Kriterien als besonders gefährlich eingestuft wurde. Denn der Geltungsbereich der Haftung muss mit dem Anknüpfungssachverhalt, der ihrer Grundlage entspricht, in Einklang gebracht werden. Das charakteristische Risiko stellt den entscheidenden Faktor für den Nachweis dar, ob und wieweit zwischen der betreffenden Tätigkeit und dem Schaden ein typischer Kausalzusammenhang besteht, der die Haftung rechtfertigt. Aufgrund dieses Faktors muss auch entschieden werden, ob ein allfälliger Entlastungsgrund eine genügende Intensität aufgewiesen hat, um den rechtlichen Kausalzusammenhang zwischen der besonderen Gefahr und dem Schaden zu unterbrechen (Art. 47/47*a* VE). Der Faktor ist auch massgebend für die Festlegung des Umfanges des Schadenersatzes (Art. 52 VE), der Haftungsanteile bei Kollision (Art. 53*a* VE) oder im internen Verhältnis unter Mithaftpflichtigen (Art. 53*c* VE).

Der Begriff des charakteristischen Risikos ist auch Grundlage der *engen Konzeption des ersatzfähigen Schadens*, die nach dem Vorentwurf für alle Gefährdungshaftungen gelten soll. Artikel 45 Absatz 2 VE sieht vor, dass nur Personen-, Sach- und Umweltschäden erfasst sind, ausser wenn eine Bestimmung ausdrücklich anders lautet (wofür der Gesetzgeber triftige Gründe haben muss). Diese Schädigungen sind typisch für die charakteristischen Risiken, die

---

690 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N 344 ff. (Überblick über die Rechtsprechung: N 365); Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 265 ff.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 4/5 zu Art. 58 SVG; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), N 932 ff.

von der Generalklausel und den verstreuten Bestimmungen der Spezialgesetzgebung erfasst werden[691].

2.4.4.4 Anwendungsbereich der Generalklausel der Gefährdungshaftung

Wie bemerkt, muss die Generalklausel der Gefährdungshaftung vor allem Tätigkeiten und Situationen erfassen, die ein qualifiziertes und charakteristisches Risiko aufweisen, aber durch die Spezialgesetze nicht (oder noch nicht) abgedeckt sind. Diese werden sich der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung nie schnell genug anpassen können, um ungerechtfertigte und ungerechte rechtliche Unterschiede zu vermeiden, oder die Heranziehung unangemessener Konstruktionen zu verhindern, die der Einheit des Systems schaden.

Ein Bereich, in dem bis jetzt die Lücken am auffälligsten waren, ist sicher jener der *Umweltschäden*. Gewiss sind diese Lücken weitgehend durch die neue Gefährdungshaftungsnorm gefüllt worden, die mit Artikel 59*a* USG eingeführt wurde; diese Bestimmung ist nach dem Vorbild von Artikel 69 GSchG gestaltet, den sie bei gleichzeitiger Erweiterung seines Anwendungsbereichs absorbiert hat. Denn sie gilt nicht nur für die Gefahr der Gewässerverunreinigung, sondern für jeden "*Betrieb* [und jede] *Anlage, mit denen eine besondere Gefahr für die Umwelt verbunden ist.*"[692]. Diese Konzeption entspricht jener der Konvention des Europarats über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährdende Tätigkeiten[693]. Damit besteht eine Haftungsregelung, die für den Ersatz von Schäden wie jener von Seveso, Bhopal und Schweizerhalle angemessen ist, ohne gewisse Tatbestände der einfachen Kausalhaftung missbrauchen zu müssen, wie jener von Artikel 679 ZGB, 55 und 58 OR. Unter diesem neuen Gesichtspunkt würden Fluor-Emissionen, die Obstbäume beschädigen, oder Abflüsse, die betonschädliche Sulfate enthalten[694], als typische Auswirkungen umweltschädlicher Tätigkeiten angesehen, und nicht mehr als einfache "Überschreitungen des Eigentumsrechts". Die Verunreinigung von Luft, Wasser oder Boden, die durch einen Brand in einem Lager von agrochemischen Produkten verursacht worden ist, könnte die Gefahr verwirklichen, die der Herstellung oder Verwendung dieser Produkte anhaftet, ohne dass um jeden Preis die Verletzung einer Unterweisungs- oder Überwachungspflicht des Arbeitgebers oder das Bestehen eines Mangels im Bau oder Unterhalt des Lagerhauses als "Werk" gesucht werden müsste.

Aber gerade bei einer so weitgefassten Bestimmung wie Artikel 59*a* USG erkennt man den künstlichen und unpassenden Charakter des Kriteriums, das nach wie vor seinen Anwendungsbereich einschränkt: Die neue Gefährdungshaftung gilt nur, wenn ein Schaden durch eine Einwirkung auf die Umwelt entstanden ist. Es gibt aber keinen gültigen Grund, die körperliche Unversehrtheit mehr zu schützen oder die Haftung zu verschärfen, wenn eine Person durch verunreinigte Luft oder verschmutztes Wasser vergiftet worden ist, als wenn sie

---

691 Vgl. vorne 2.3.2.1 a.E. und 2.4.4.3.

692 Vgl. vorne 1.1.2.2 und Anm. 42.

693 Übereinkommen von Lugano vom 21. Juni 1993, vgl. vorne Anm. 387.

694 BGE 81 II 442 ff., 109 II 304 ff.

direkt nach der Einnahme eines verdorbenen Nahrungsmittels vergiftet worden ist oder nach der Einatmung von Abgasen eines Gerätes oder eines Fahrzeuges, das keiner Gefährdungshaftung untersteht (z.B. ein Motorboot). Ein solcher Unterschied in der Haftungsordnung ist noch viel unverständlicher, wenn es sich um einen reinen Sachschaden handelt. Daher bleibt - ausserhalb der sogenannten Umweltschäden oder der "*ökologisch verklärten Schäden*" - ein weiter Bereich, wo der Richter die Generalklausel verwenden kann, um eine angemessene kausale Zurechnung zu erreichen, wenn eine gefährliche Tätigkeit einen Schaden verursacht hat.

In der Rechtsprechung gibt es eine ganze Reihe von Tätigkeiten oder Situationen, wo die Generalklausel hätte angewendet werden können, namentlich anstelle der Haftungen nach Artikel 55 und 58 OR:

- Schiessstand (BGE 16 812; vgl. auch 70 II 215 und 71 II 107);
- Verwendung von Dampfkesseln (BGE 63 II 143), von Bottichen oder Kesseln, in denen chemische Reaktionen stattfinden (BGE 72 II 311) oder Gasbadöfen (BGE 57 II 104, 117 II 50);
- allerlei Unfälle, die durch Maschinen verursacht wurden, die häufig nicht dem klassischen Begriff des "*Werks*" als "*stabile, mit der Erde verbundene Gegenstände*" entsprachen, wie: Dreschmaschinen (BGE 47 II 425; 72 II 255); andere landwirtschaftliche Maschinen (BGE 57 II 61; 60 II 38; 77 II 308; SJZ 1944 147 Nr. 88); Luftseilbahnen und Seilwinden (56 II 278; 60 II 218, ZBJV 1947 443); verschiedene Motoren und Geräte (BGE 27 II 578; 32 II 63; SJZ 1981 96 Nr. 19); Aufzüge (BGE 32 II 63; 35 II 421; 41 II 687; 91 II 201; 32 II 63; SJZ 1919/20 131 Nr. 27); Krane (BGE 96 II 27);
- Tankstelle (ZR 1955 26).

Ferner wird man sich von der geltenden verwaltungsrechtlichen Arbeitnehmerschutzgesetzgebung[695] und der Gesetzgebung über die Verhütung von Berufsunfällen im Rahmen der sozialen Sicherheit[696] leiten lassen. Man kann von der Vorstellung ausgehen, dass Tätigkeiten, die unter dem Gesichtspunkt der Arbeitssicherheit als besonders gefährlich angesehen werden, auch im Verhältnis zu Dritten als gefährlich betrachtet werden müssen[697].

In der italienischen Rechtsprechung zu Artikel 2050 CCI[698] findet man ausser Tätigkeiten, die nach schweizerischem Recht schon durch Spezialgesetze abgedeckt sind (wie Jagd, Herstellung oder Verwendung von Sprengstoffen und pyrotechnischen Gegenständen oder Betrieb von Elektrizitätswerken) die folgenden Beispiele:

- Herstellung und Verwendung von Flaschen für flüssiges Gas;
- Betrieb von Luftseilbahnen, Sessel- und Skiliften;
- Bauplätze und Tiefbau-Arbeiten;

---

695 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3), SR 822.113.

696 Vgl. die verschiedenen Berufszweige, für die besondere Bestimmungen bestehen: SR 832.311 - 314.

697 Vgl. auch Widmer P., Gefahren des Gefahrensatzes, a.a.O. (Anm. 17), S. 296 f.

698 Schlüchter F., a.a.O. (Anm. 674), S. 171 ff.

- gewisse landwirtschaftliche Tätigkeiten, namentlich jene, welche die Verwendung von Maschinen voraussetzen;
- Betrieb gefährlicher Anlagen, wie Schwimmbäder, Stadien oder Vergnügungsparks;
- verschiedene Sportarten mit technischen Risiken (Reiten, Auto- und Kartrennen); der gefährliche Charakter von Rad- und Skirennen ist umstritten; eine Entscheidung aus dem Jahr 1951, die das Kugelspiel ("Boggia") als gefährlich erachtete, ist isoliert geblieben.

Auffallend ist, dass Rechtsprechung und herrschende Lehre in Italien es bis jetzt ständig abgelehnt haben, Artikel 2050 CCI auf die ärztliche Tätigkeit anzuwenden[699]. Auch die Verfasser des Vorentwurfs sind der Ansicht, dass normale diagnostische und therapeutische Massnahmen nicht als gefährliche Tätigkeiten im Sinne der Generalklausel angesehen werden können. Sie könnten höchstens unter dem Gesichtspunkt des Organisationsrisikos berücksichtigt werden, wenn sie zum Betrieb eines Spitals, eines ärztlichen Zentrums oder Bereitschaftsdienstes gehören, die als Unternehmung im Sinne von Artikel 49*a* VE betrachtet werden können. Diese Auffassung wird nicht etwa damit begründet, dass Artikel 50 VE von vornherein nicht auf die sogenannten "freien Berufe" anwendbar wäre. Vielmehr stützt sie sich auf die Überlegung, dass das typische Risiko der *ärztlichen Kunst* - das heisst, die mehr oder weniger grosse Unsicherheit, die ihr anhaftet - qualitativ dem technischen Risiko der vorgeschlagenen Generalklausel nicht gleichgesetzt werden kann. Andere Überlegungen können freilich insofern angestellt werden, als die fragliche medizinische Tätigkeit mit Energien, Apparaten oder Stoffen ausgeübt wird, die selbst ein charakteristisches Risiko aufweisen, das nicht von Artikel 39 des Strahlenschutzgesetzes abgedeckt ist[700].

2.4.4.5 Die Grundlage der Gefährdungshaftung: Zurechnungskriterium und Bestimmung der haftpflichtigen Person

Artikel 50 Absatz 1 VE legt den Grundsatz der Gefährdungshaftung fest und bezeichnet "*la personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse" / die Person, die die gefährliche Tätigkeit betreibt,*" als haftpflichtig. Diese Begriffe (die man übrigens im europäischen Übereinkommen über die zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden findet[701] und die auf deutsch schwierig wiederzugeben sind) wurden gewählt, um die Grundlage der Gefährdungshaftung hervorzuheben. Denn die Haftung muss der (natürlichen oder juristischen) Person zugewiesen werden, welche die gefährliche Tätigkeit sowohl in organisatorischer als auch in wirtschaftlicher Hinsicht kontrolliert. Sie hat auch die Befugnis und die Mittel, um die Gefahr auf ein Mindestmass zu reduzieren, indem sie die Schadensverhütung fördert und ein Sicherheitsdispositiv aufstellt. Sie handelt normalerweise die Versicherungsverträge aus und zieht hauptsächlich Nutzen aus der Tätigkeit.

---

699 Schlüchter F., a.a.O. (Anm. 674), S. 211 ff.

700 Vgl. vorne 1.1.2.2 a.E. Anm. 667 und hinten 4.2.47.

701 Vgl. vorne 2.3.2.2.5 sowie Anm. 387 und 693.

Mit dem Ausdruck "*Betreiber*" ist grundsätzlich dieselbe Person gemeint, die im SVG und anderen Spezialgesetzen "*Halter*"[702] genannt wird. Man will aber das eigentliche Zurechnungskriterium stärker hervorheben. Denn gemäss dieser Auffassung ist die Haftung das Gegenstück zum Privileg des Betreibers, eine Tätigkeit auszuüben, die so gefährlich ist, dass sie normalerweise verboten werden müsste. Die freiheitliche Rechtsordnung lässt die Schaffung einer solchen Gefahr zu, insoweit die betreffende Tätigkeit vernünftigen Zwecken dient, seien sie wirtschaftlicher Art oder reines Vergnügen[703]. Doch der Preis für dieses Privileg ist gerade die Haftung ohne Verschulden, wenn sich die Gefahr verwirklicht hat. Man konnte daher sagen, dass diese Tätigkeiten "*von der Rechtsordnung entschuldigt*"[704] wird, in dem Sinne, dass ihre Ausübung nicht von vornherein als ein Verschulden angesehen wird[705].

Die Gefährdungshaftung kann deshalb definitionsgemäss nur für gefährliche Tätigkeiten gelten, deren Ausübung grundsätzlich erlaubt ist. Eine "*unnötigerweise gefährliche*" Tätigkeit fällt dagegen unter die Verschuldenshaftung, da sie gerade keinem vernünftigen sozialen Bedürfnis entspricht, das durch die Rechtsordnung gutgeheissen werden könnte. Dasselbe gilt für eine an sich zulässige Tätigkeit, die ohne die nötigen Bewilligungen ausgeübt wird, oder bei der bestimmte Bedingungen oder Auflagen, die eine Behörde dem Betreiber auferlegt hat, nicht eingehalten werden. Es wäre jedoch stossend, wenn in einem solchen Fall die Kausalhaftung unter dem Vorwand abgelehnt würde, die Tätigkeit sei rechtswidrig, und man deshalb die geschädigte Person zwingen würde, das Verschulden des Schädigers zu beweisen (auch wenn unter diesen Umständen der Beweis nicht schwierig zu erbringen wäre). Darum wird in Artikel 50 Absatz 1 VE präzisiert, dass die Generalklausel, "*selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldete Tätigkeit handelt*", anzuwenden ist. Bei einer unerlaubten Tätigkeit wird ihre Anwendung noch viel mehr gerechtfertigt sein. Die Anwendung der Gefährdungshaftung wird rein objektiv bestimmt, aufgrund des einzigen Umstandes, dass es sich um eine besonders gefährliche Tätigkeit handelt. Die Verletzung einer Bedingung oder Vorschrift für deren Ausübung wird jedoch unter dem Gesichtspunkt des zusätzlichen Verschuldens berücksichtigt (Art. 51*a* VE[706]) - gleich wie die Verletzung einer Sorgfaltspflicht.

Der Begriff "*Betreiben*" und der zugrundeliegende Gedanke des Ausgleichs von Nutzen und Gefahr erwecken natürlich den Eindruck, dass die Gefährdungshaftung hauptsächlich eine "*Unternehmungshaftung*" ist; diese Annahme wird im deutschen Text dadurch verstärkt, dass die Begriffe "*Unternehmung*" und "*Betrieb*" praktisch gleichbedeutend sind und fast automatisch mit

---

[702] Zu beachten ist, dass Art. 64 LFG vom "*Halter des Luftfahrzeugs*" spricht und der entsprechende französische Text den Ausdruck "*l'exploitant de l'aéronef*" verwendet, während "*der Inhaber einer Kernanlage*" (Art. 3 KHG) auf französisch zum "*exploitant d'une installation nucléaire*" wird. Im USG (Art. 59*a*) erscheint der "*Inhaber eines Betriebs oder einer Anlage, mit denen eine besondere Gefahr für die Umwelt verbunden ist*", dagegen auf französisch als "*le detenteur d'une entreprise ou d'une installation ...*".

[703] BGE 64 II 254 ff. (Erw. II/1a, S. 260); vgl. vorne Anm. 679.

[704] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 24 N 22 ff.

[705] Vgl. vorne 2.4.4.1 Anm. 666.

[706] Vgl. hinten 2.4.5.2.

dem Begriff "*Betriebsgefahr*" in Verbindung gebracht werden. Für die grosse Mehrheit der Fälle trifft diese Betrachtungsweise zu. Aber das Vorhandensein einer Unternehmung, verstanden als eine Organisation *mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten*, ist keine Voraussetzung der Gefährdungshaftung, im Gegensatz zur Hilfspersonenhaftung (Art. 49*a* VE[707]) Das Minimum an wirtschaftlicher und infrastruktureller Organisation, das beispielsweise die Verwendung eines Motorfahrzeugs bedingt - auch wenn der Halter es nur für Sonntagsausflüge oder Ferien benützt -, und der Nutzen und die Befriedigung rein immaterieller Art, die man daraus zieht, genügen für eine kausale Zurechnung, entsprechend dem Wesen der Gefährdungshaftung. Dasselbe gilt für die Ausübung der Jagd oder einer gefährlichen Sportart.

2.4.5 Gemeinsame Bestimmungen über die Gefährdungshaftung (Art. 51/51a VE)

2.4.5.1 Vorbemerkung

Die Bestimmungen, über die *stellvertretende Haftung* und das *zusätzliche Verschulden* sind formell neu. Sie bekräftigen aber Grundsätze, die in Rechtsprechung und Lehre fest verankert sind. Ihre systematische Stellung ergibt sich daraus, dass die Gefährdungshaftung ihr Hauptanwendungsgebiet darstellt. Die Studienkommission hatte sie daher beide in die Generalklausel für Gefährdungshaftung eingefügt[708]. Die Verfasser des Vorentwurfs möchten dagegen ihre allgemeine Bedeutung hervorheben. Denn die Bestimmungen gelten auch für die Tatbestände der "einfachen Kausalhaftung", soweit diese beibehalten werden. Dies trifft namentlich für die Haftung des Familienhauptes (Art. 333 ZGB), des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB), des Tierhalters (heute Art. 56 OR[709]), des Werkeigentümers (heute Art. 58 OR[710]) und der Herstellerin im Sinn des neuen Produktehaftpflichtgesetzes[711] zu.

2.4.5.2 Zusätzliche Haftung für fremdes Verhalten (Art. 51 VE)

Die Gefährdungshaftung und die übrigen Kausalhaftungen knüpfen nicht an das individuelle Verhalten einer Person an, sondern an einen Sachverhalt oder eine Situation, die objektiv definiert sind. Daher bedingen sie automatisch eine Haftung der betreffenden Person (des Betreibers der gefährlichen Tätigkeit, des Werkeigentümers oder der Herstellerin im Sinn des Produktehaftpflichtgesetzes) für das Verhalten aller Personen, die zur Verwirklichung des charakteristischen Risikos oder jedes anderen Sachverhaltes beigetragen haben, für den sie einstehen muss[712]. Deren Verhalten wird in einer ersten Phase[713] nicht als

---

707 Vgl. vorne 2.4.3.4.

708 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.3.6 und V/3.3.7, S. 67 f.

709 Vgl. hinten 3.3.

710 Hinten 3.4.

711 PrHG vom 18. Juni 1993, SR 221.112.944.

712 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 31), S. 52 ff.

persönlicher Umstand, sondern als Bestandteil des objektiven Anknüpfungssachverhalts betrachtet, sofern diese Person zulässigerweise in der Einflusssphäre der haftpflichtigen Personen gehandelt hat.

Diesen Grundsatz will Artikel 51 VE in Erinnerung rufen. Er ist an sich unbestritten, wird aber im geltenden Recht nicht sehr einheitlich und manchmal sogar auf irreführende Art und Weise ausgedrückt[714]. Artikel 51 VE will vor allem ganz klar festhalten, dass die Haftung für fremdes Verhalten unabhängig von jedem Verschulden des unmittelbaren Verursachers des Schadens gilt. Demgegenüber könnte Artikel 58 Absatz 4 SVG den Eindruck erwecken, er setze "*das Verschulden des Fahrzeugführers und mitwirkender Hilfspersonen*" voraus. Der Begriff "*Hilfsperson*" ist übrigens in diesem Zusammenhang ungenau; denn es muss sich nicht notwendigerweise um eine Person handeln, die der haftpflichtigen Person untergeordnet ist. Jede Person, die "*im Dienst der gefährlichen Tätigkeit steht*" (um es in Anlehnung an die französische Fassung des SVG auszudrücken) und deren Anwesenheit der Betreiber in seiner Einflusssphäre duldet, ist Teil jener Gesamtheit von Umständen, an die die Haftung anknüpft, welches auch ihre Lage oder ihre Rechtsbeziehungen zu der haftpflichtigen Person sein mögen. Sie kann nur dann als Dritter angesehen werden, wenn sie sich gegen den (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Willen der haftpflichtigen Person in deren Angelegenheiten eingemischt hat.

Die zusätzliche Haftung für fremdes Verhalten gilt, wie bemerkt, grundsätzlich für alle Kausalhaftungen, seien sie scharf oder mild. Klar ist jedoch, dass diese Bestimmung im Rahmen der Hilfspersonenhaftung (Art. 49 und 49*a* VE = heute Art. 55 OR) keine selbständige Funktion hat. Dort ist das Beiziehen einer anderen Person für die eigene Tätigkeit bereits der charakteristische Anknüpfungssachverhalt[715]. In diesem Fall ist die "*stellvertretende Haftung*" nicht mehr ein Zusatz, sondern die Rechtsfolge schlechthin. Weder das geltende schweizerische Recht noch der vorliegende Revisionsentwurf lassen einen "dezentralisierten Befreiungsbeweis[716]" zu.

2.4.5.3 Das zusätzliche Verschulden (Art. 51a VE)

Das Verschulden von Personen, die zur Verwirklichung der Gefahr oder eines anderen Anknüpfungssachverhalts beigetragen haben, ist ohne Bedeutung für die Begründung und Auslösung der Kausalhaftung des Betreibers, Inhabers, Eigentümers oder Halters (dasselbe gilt für dessen eigenes Verschulden). Dies bedeutet indessen nicht, dass dieser Umstand völlig belanglos wäre. Die Frage stellte sich bereits, als es darum ging, die Anwendung der Gefährdungshaftung auf gefährliche Tätigkeiten zu erklären, die von der Rechtsordnung nicht gedul-

---

713 Dieser Vorbehalt zeigt an, dass in einer zweiten Phase, unter dem Gesichtspunkt der Haftungskonkurrenz (Art. 53*b*/53*c* VE), das individuelle Verschulden der Hilfsperson auch ihre persönliche Haftung aufgrund von Art. 48 VE (heutiger Art. 41 OR) nach sich zieht.

714 Stark E.W., a.a.O. (Anm. 31), S. 52 ff.

715 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 86; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N 68, II/1, § 17, N 4 a.E., und § 20, N 1.

716 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N 73; Honsell H., a.a.O. (Anm. 51), § 13/3, S. 95.

det sind und deren Ausübung daher (im Allgemeinen oder im Einzelfall) eine - regelmässig schuldhafte - Verletzung einer Sorgfaltspflicht darstellen würde[717].

Über die Rolle des Verschuldens im Rahmen der Kausalhaftung lässt sich aufgrund folgender Überlegungen eine allgemeine Regel aufstellen: Wenn eine Person aufgrund einer Norm über die Gefährdungshaftung ersatzpflichtig ist und sie oder andere Personen, für die sie einzustehen hat (Art. 49*a*, 50 und 51 VE), ein Verschulden trifft, so liegt ein *besonderer Fall der* "*Häufung von Haftungsgründen*" vor[718].Meistens wird diese Häufung keine spürbaren Auswirkungen haben. Denn gemäss einem Grundprinzip des schweizerischen Haftpflichtrechts darf der Ersatz in keinem Fall den Wert des Verlusts übersteigen, den er ausgleichen soll. Es kommt daher nicht in Frage, dass in solchen Fällen den Geschädigten ein erhöhter Schadenersatz zugesprochen wird, weil sie sich auf mehrere Haftungsgründe berufen können. Hingegen ist allgemein anerkannt: Wenn eine oder mehrere schuldhafte Handlungen einer Person zuzurechnen sind, die grundsätzlich kausal und ohne jeden subjektiven Vorwurf für ein schädigendes Ereignis haftet, so können sie bei der Bemessung des Ersatzes unterhalb des maximalen Schadensbetrags eine Rolle spielen. Dieser Fall kann namentlich eintreten, wenn der Ersatz an sich wegen Selbstverschuldens oder eines mitwirkenden Zufalls (was seltener ist) gekürzt werden müsste. Es wird anerkannt, dass das "*zusätzliche Verschulden*" in einem gewissen Ausmass die Faktoren neutralisieren kann, die sich zuungunsten der geschädigten Person auswirken würden, wenn man nur die objektive Grundlage der Haftung berücksichtigen würde[719]. Das Gericht, das den Umfang des Schadenersatzes "*aufgrund der Umstände*" festsetzen muss[720], kann daher alle Elemente in die Waagschale werfen, die die Stellung der haftpflichtigen Person im Sinne einer "*haftungsausfüllenden Kausalität*" belasten[721].

Parallel dazu kann das zusätzliche Verschulden bei der Haftungskollision eine Rolle spielen, d.h. "*wenn mehrere Personen einander Schaden zufügen*" (Art. 53*a* VE[722]), ferner wenn der verursachte Schaden unter mehreren solidarisch haftenden Personen aufzuteilen ist (Art. 53*c* Abs. 1 VE[723]). In all diesen Fällen stellt das zusätzliche Verschulden einen erschwerenden Umstand für die Personen dar, denen es zugerechnet werden kann. Dies gilt für beide Seiten: Ein zusätzliches Verschulden auf der Seite der geschädigten Person, die sich eine objektive Gefahr oder Situation zurechnen lassen muss, kann ihre Lage verschlechtern und infolgedessen jene der Haftpflichtigen verbessern.

---

717 Vorne 2.4.4.5.

718 Hinten 2.6.2.

719 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 139 und 264 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 5, N 5 und 6 sowie § 9, N 28 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 79, 251 und 256 f.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 97 und 352 ff.; Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/3.3.7, S. 67 f.

720 Art. 43 und 44 OR. Vgl. auch Art. 52 VE und hinten 2.5.2.

721 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N 20.

722 Hinten 2.6.3.

723 Hinten 2.6.4.4.

Zu betonen ist jedoch, dass diese Auffassung nichts mit der Hierarchie der Haftungsgründe zu tun hat, die Artikel 51 Absatz 2 OR anscheinend aufstellt. Nach dieser Bestimmung soll das Verschulden das schwerwiegendste Zurechnungskriterium sein. Wenn diese "Regel"[724] streng angewendet würde, müssten daher der oder die Haftpflichtigen, denen ein Verschulden angelastet werden kann - und sei es noch so leicht -, den ganzen Schaden tragen. Der Vorentwurf will im Gegenteil diese Diskriminierung des Verschuldens gegenüber anderen Zurechnungskriterien aufheben und die verschiedenen Haftungsgründe gleichstellen[725]. Denn das zusätzliche Verschulden soll die anderen Haftungsgründe nicht verdrängen, sondern nur als ein Umstand unter anderen hinzukommen[726]. Unter diesem Gesichtspunkt muss daher eine Bestimmung wie jene von Artikel 59 Absatz 1 SVG geändert und gemildert werden, die bereits heute, aber in übertriebener Art und Weise (vgl. hinten 4.2.35), den Grundsatz des "zusätzlichen Verschuldens" festlegt. Wörtlich ausgelegt, würde diese Bestimmung jede Entlastung des Halters ausschliessen, sobald ein noch so geringes Verschulden von ihm oder einer Person, für die er verantwortlich ist, "*zum Unfall beigetragen hat*". In gewissen Fällen kann das zusätzliche Verschulden tatsächlich dieses Ergebnis herbeiführen. Man kann sich jedoch andere Fallkombinationen vorstellen, wo ein leichtes Verschulden des kausal Haftenden oder seiner Hilfspersonen nicht genügend Gewicht hat, um eine äussere Ursache zu verdrängen, die ganz "überwiegt", wie dies bei höherer Gewalt, Selbst- oder Drittverschulden der Fall sein kann (Art. 47*a* VE)[727].

2.5 Bemessung der Ersatzleistung (Art. 52 und 52a VE)

2.5.1 Allgemeine Bemerkungen

Die klassische Abwicklung der Haftpflicht geschieht in zwei Hauptphasen, deren Unterscheidung aus praktischen Gründen gerechtfertigt ist. Die erste Phase betrifft den Grundsatz der Haftung. Man fragt sich, ob die Voraussetzungen der Haftung gegeben sind, ob namentlich ein Zurechnungsgrund besteht, der gestützt auf eine Rechtsnorm der geschädigten Person erlaubt, die Last des Ersatzes einem Dritten aufzuerlegen. Wenn ja, wird in einer zweiten Phase der Schadenersatz bestimmt, d.h. es werden Art und Umfang des Schadenersatzes festgelegt. Diese Frage wird heute von den Artikeln 43 und 44 OR geregelt, die einen allgemeinen Anwendungsbereich haben[728]. Die meisten Gesetze, die eine Kausalhaftung vorsehen, verweisen mit verschiedenen Formulierungen darauf[729]. Einige Spezialgesetze enthalten in diesem Bereich besondere Re-

---

724 Art. 51 Abs. 2 OR lautet in der Tat wie folgt: "Dabei trägt *in der Regel* derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat ..."

725 Vgl. hinten 2.6.4.4.

726 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 9, N 12 ff.

727 Vgl. vorne 2.3.4.5. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N 443 f.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 1.3 zu Art. 59 SVG; Widmer P., La réforme ..., a.a.O. (Anm. 563), N 25, S. 1095.

728 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 263; Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 541.

729 Vgl. z.B. Art. 62 Abs. 1 SVG, 36 Abs. 1 EleG, 79 LFG, 7 Abs. 1 KHG (der Art. 44 Abs. 2 OR ausschliesst), 11 Abs. 1 PrHG. Vgl. dazu: Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 7, N. 9.

gelungen, wie jene, die es erlaubt, das ungewöhnlich hohe Einkommen des Opfers zu berücksichtigen (Art. 62 Abs. 2 SVG, 7 Abs. 2 KHG, 4 EHG).

Entsprechend dem Vorschlag der Studienkommission[730] sehen die Verfasser des Vorentwurfs keinen Grund, die Regelungen über die Bestimmung des Schadenersatzes wesentlich zu ändern. Sie erachten es höchstens als nützlich, ihren Anwendungsbereich zu verallgemeinern und ihren Wortlaut auf den neuesten Stand zu bringen, um vor allem dem Aufschwung der Gefährdungshaftung und der Entwicklung der Versicherung Rechnung zu tragen. Ausserdem erachten sie es als zweckmässig, die Systematik des Gesetzes klarer zu gestalten. Daher unterscheidet der Vorentwurf zwischen der Bemessung der Ersatzleistung einerseits (Art. 25) und der Art der Ersatzleistung andererseits (Art. 26). Die letztere Frage soll logischerweise erst gelöst werden, wenn entschieden ist, ob und in welchem Umfang eine Entschädigung zu leisten ist. Im Übrigen werden die meisten Lösungen, die bei der Anwendung der heutigen Bestimmungen entwickelt worden sind, ihre Gültigkeit behalten. Allgemein ist zu sagen, dass das Gericht in diesem Bereich ein breites Ermessen haben muss (Art. 4 ZGB). Es wird die hier erläuterten Bestimmungen von Amtes wegen anwenden, wie dies heute für die Artikel 43 und 44 OR der Fall ist[731].

2.5.2 Bemessung der Ersatzleistung (Art. 52 VE)

Im heutigen Recht ist die Bemessung der Ersatzleistung in den Artikeln 43 Absatz 1 und 44 OR allgemein geregelt. Trotz ihres unterschiedlichen Randtitels und ihrer unterschiedlichen Formulierungen über das Ermessen des Richters verfolgen diese Bestimmungen denselben Zweck: Die Ersatzpflicht soll aufgrund gewisser Umstände angepasst werden. Dies geschieht, wenn es sich rechtfertigt, dass der Schaden nicht voll ersetzt wird, sondern zwischen der haftpflichtigen und der geschädigten Person oder einem Dritten aufgeteilt wird[732]. Die gesetzliche Regelung erwähnt in nicht abschliessender Weise die Umstände, die berücksichtigt werden können: die Leichtigkeit des Verschuldens (Art. 43 Abs. 1 OR), die Notlage der haftpflichtigen Person (Art. 44 Abs. 2 OR), die Tatsache, dass das Opfer in die Schädigung eingewilligt oder zur Schädigung beigetragen hat - durch sein Verschulden oder durch einen Umstand, für den es einstehen muss, wie die konstitutionelle Prädisposition oder die einer Tätigkeit innewohnende Gefahr (Art. 44 Abs. 1 OR). Man spricht im Zusammenhang mit diesen Umständen oft von Herabsetzungsgründen. Sie erlauben, die theoretisch maximale Entschädigung zu reduzieren, die dem vollen Schaden entsprechen würde, und daher die unannehmbare Alternative zu vermeiden, die sich aus dem Grundsatz "alles oder nichts" ergeben würde.

---

730 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/7, S. 97 ff.

731 BGE 111 II 161.

732 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 261; Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 556 ff. Unter den Dritten versteht man hier vor allem den Sozialversicherer, den privaten Schadensversicherer oder den Arbeitgeber, die aufgrund des Gesetzes oder eines Vertrages Leistungen erbringen müssen, mit Ausnahme von Schenkungen (BGE 97 II 266). Die Frage betrifft sowohl die Schadensberechnung als auch die Bemessung des Schadenersatzes.

Wie die Studienkommission festgestellt hat[733], ist die Frage der Bemessung des Schadenersatzes mit jener der Rechtswidrigkeit und der juristischen Kausalität verbunden. Derselbe Umstand kann zugleich ein Rechtfertigungsgrund und ein Grund für die Herabsetzung des Schadenersatzes sein (z.B. die Einwilligung des Opfers in die Schädigung oder in die Gefährdung)[734]. Er kann auch ein Grund für die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs und ein Herabsetzungsgrund sein (z.B. die höhere Gewalt oder der gewöhnliche Zufall; das schwere oder leichte Selbstverschulden). Mit anderen Worten kann dieselbe mitwirkende Ursache je nach den Umständen zu einer vollständigen oder teilweisen Entlastung führen. Alles hängt letzten Endes von der Intensität der betreffenden Ursache ab, die unter dem Gesichtspunkt des Haftungsgrundes bestimmt wird[735]. Die Grundlage der Haftung (und ihre normative Bedeutung) bestimmt aufs Ganze gesehen nicht nur den Grundsatz der Ersatzpflicht, sondern auch ihren Umfang[736]. Diese Feststellung hatte die Studienkommission veranlasst, sich zu fragen, ob die Bestimmungen über die Entlastungsgründe in die Regelung über die Schadenersatzbemessung eingefügt werden sollten. Die Verfasser des Vorentwurfs haben dies aus praktischen und systematischen Gründen abgelehnt. Sie sind sich jedoch bewusst, dass die Frage nach dem Vorhandensein einer Ersatzpflicht und die Frage nach deren Bemessung in grundlegender Weise mit derselben rechtlichen Problematik verknüpft sind.

Nach dem Wortlaut von Artikel 52 Absatz 1 VE bemisst das Gericht die Ersatzleistung unter Würdigung aller Umstände; es berücksichtigt dabei insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, welche der haftpflichtigen und der geschädigten Person zuzurechnen sind, sowie die von dieser zur Schadensabwehr oder -minderung getroffenen Massnahmen. Diese Bestimmung übernimmt den allgemeinen Grundsatz von Artikel 43 Absatz 1 OR, indem sie dem Gericht ein breites Ermessen einräumt. Sie nennt als Beispiele einige Umstände, die berücksichtigt werden können: die Schwere des Verschuldens der haftpflichtigen Person (wie im geltenden Recht), aber auch die Intensität des charakteristischen Risikos, das dieser Person zuzurechnen ist (sei es aufgrund der Generalklausel von Artikel 50 VE oder einer Spezialbestimmung). Diese Verweisung ist formell neu. Sie folgt auch in diesem Bereich der Überlegung, wonach zwischen den beiden wichtigsten Haftungsgründen eine Parallele besteht[737].

Es ist üblich, unter den Umständen, die hier in Frage kommen, eine Dreiteilung vorzunehmen, je nachdem, ob sie mit der haftpflichtigen oder mit der geschädigten Person verknüpft sind oder nichts mit ihnen zu tun haben. Im Anschluss an diese Unterscheidung sind hier nur einige Bemerkungen anzubringen. Im Übrigen ist auf die Lösungen zu verweisen, die ihre Bedeutung auch in Zukunft behalten werden. Was die Umstände aufseiten der haftpflichtigen Person betrifft, ist die Schwere ihres Verschuldens ein klassisches Element des Ermes-

---

733 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2, S. 48 ff., und V/7.2, S. 99 f.

734 Vgl. vorne 2.3.3.4.

735 Vgl. vorne 2.3.4.5.

736 Widmer P., a.a.O. (Anm. 241), bes. Kap. 4, 5, 6, 8 und 9; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 243.

737 Vgl. Art. 41 Abs. 2 Ziff. 1 und 43 VE; vorne 2.1.

sens. Recht häufig wird der Schadenersatz wegen der Geringfügigkeit des Verschuldens des Schädigers herabgesetzt, vor allem bei Unfällen, die von Kindern verursacht worden sind[738]. Nicht auszuschliessen ist jedoch, dass auch ein mittelschweres oder ausnahmsweise sogar ein schweres Verschulden zu einem solchen Ergebnis führen könnte[739]. Von vornherein ist die Vorstellung massgebend, dass der Umfang der Haftung im Verhältnis zu ihrer Grundlage bestimmt werden muss. Dies gilt sowohl für die Verschuldenshaftung, als auch für die Gefährdungshaftung und sogar für die gewöhnlichen Kausalhaftungen, die auf einer Verletzung der Sorgfaltspflicht gründen. Bei jedem dieser Tatbestände kann das Gericht den Umfang des Ersatzes abstufen: nach der Schwere des Verschuldens (das bei der Verschuldenshaftung subjektiv, bei den gewöhnlichen Kausalhaftungen objektiv ist) oder nach der Intensität des charakteristischen Risikos (z.B. des Gewichts oder der Geschwindigkeit des in den Unfall verwickelten Autos)[740]. Bei den Kausalhaftungen darf die Geringfügigkeit des Verschuldens der haftpflichtigen Person oder einer Hilfsperson an sich keinen Herabsetzungsgrund darstellen[741]. Das Verschulden kann dennoch als zusätzliches Verschulden eine Rolle spielen, wenn aufseiten der geschädigten Person mitwirkende Umstände vorliegen (vor allem Selbstverschulden). In einem solchen Fall wird der Ersatz weniger stark vermindert, als es der mitwirkende Umstand als solcher rechtfertigen würde. Daraus ergibt sich eine gewisse Neutralisierung - oder ein teilweiser Ausgleich - der in Frage stehenden Elemente des Ermessens[742]. Unter den Umständen in der Sphäre der haftpflichtigen Person ist schliesslich die Gefälligkeit oder die Dienstleistung zu erwähnen, die unentgeltlich oder gegen ein bescheidenes Entgelt des Opfers erbracht wird (Art. 99 Abs. 2 OR). Trotz der Aufhebung von Artikel 59 Absatz 3 SVG im Jahre 1975 sollte man sich auf diesen Entlastungsgrund berufen können, freilich beim Autotransport nur in engem Ausmass[743].

Die Umstände, die mit der geschädigten Person verknüpft sind - die sich auch das Verhalten ihrer Hilfspersonen zurechnen lassen muss[744] - stellen in der

---

738 BGE 82 II 31, 90 II 13, 104 II 188.

739 Brehm R., L'étendue des dommages-intérêts, in Die Verantwortlichkeit im Recht, II, Zürich 1981, S. 505; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 79 zu Art. 43 OR; anderer Meinung: Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 244.

740 Widmer P., a.a.O. (Anm. 241), Kap. 4.2, 5 und 9.3; Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 544. In diesem Zusammenhang kann man auch von einem mehr oder weniger intensiven Kausalzusammenhang sprechen; vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 53 f. zu Art. 43 OR.

741 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 41 zu Art. 43 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 7, N. 12a.

742 Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 544; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 291; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 246; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 35 zu Art. 44 OR; BGE 91 II 223; 116 II 737. Vgl. auch vorne 2.4.5.3.

743 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 55 ff. zu Art. 43 OR; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 4.6 zu Art. 59 SVG; anderer Meinung: Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 282. In BGE 117 II 619 hat sich das Bundesgericht nicht über die Tragweite der Aufhebung von Art. 59 Abs. 3 SVG ausgesprochen; aber es lehnt es ab, den Umstand als Gefälligkeit anzusehen, dass der Halter sein Fahrzeug einem Familienmitglied für einen Besuch bei Angehörigen anvertraut.

744 Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 548 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 42 zu Art. 44 OR; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 164 f.; BGE 99 II 200 f., wo das Bundesgericht Art. 58 Abs.

Praxis die am meisten geltend gemachten Haftungsminderungsgründe dar. Sie können dem Opfer entgegengehalten werden, im Todesfall aber auch den Erben und den Personen, die ihren Versorger verloren haben[745]. Voraussetzung ist aber auch ein rechtserheblicher Kausalzusammenhang zwischen dem betreffenden Umstand - z.B. dem Selbstverschulden - und dem Schaden. Dies ist der Fall, wenn dieser Umstand in massgebender Weise (und nicht in offensichtlich überwiegender Weise im Sinne von Art. 16) zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat. Sein Einfluss auf die Bemessung des Ersatzes hängt von der Grundlage der Haftung und den anderen Ursachen ab, die möglicherweise bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt haben. Unter den Umständen, die der geschädigten Person entgegengehalten werden können, sind vor allem die Haftungsgründe der Verschuldens- und der Gefährdungshaftung zu nennen: das Verschulden und das charakteristische Risiko. Im geltenden Recht anerkennt man seit langem, dass der Halter eines Tieres oder eines Motorfahrzeuges aus diesem Grund einen Teil des Schadens selbst tragen muss[746]. Die Lehre misst diesem Prinzip eine allgemeine Bedeutung zu[747]. Aber auch andere Umstände, für die die haftpflichtige Person einzustehen hat, können bedeutsam werden. Dies gilt etwa für das objektiv fehlerhafte Verhalten des Opfers, das im Zeitpunkt des Unfalls unzurechnungsfähig ist[748]. Es kann sich auch um die Einwilligung des Opfers handeln, sofern sie keinen Rechtfertigungsgrund im Sinne von Artikel 46*a* Absatz 2 VE darstellt[749]; dies wäre bei einem Patienten der Fall, der sich - nach korrekter Aufklärung - einem unnötig gefährlichen medizinischen Experiment unterzieht. Es kann sich auch um die Billigung der Gefahr handeln (acceptation du risque); diese wird von der Rechtsprechung im Allgemeinen unter dem Gesichtspunkt des Selbstverschuldens geprüft, wenn das Opfers sich willentlich oder fahrlässig einer konkreten Gefahr aussetzt, die das ordentliche Mass überschreitet[750]. Wie einige Autoren betont haben, passt diese Auslegung schlecht zu gemeinsam betriebenen Sportarten; für diese gibt es keinen Grund, die Billigung der Gefahr durch die Teilnehmer zu verneinen, selbst wenn ihnen kein subjektiver Vorwurf gemacht werden kann[751]. Schliesslich ist die konstitutionelle Prädisposition ein Umstand, der den Charakter eines persönlichen Zufalls aufweist, sei sie körperlich oder seelisch

---

4 SVG analog auf den Halter anwendet, der einen Schaden an seinem Fahrzeug erleidet; dabei hätte es genügt, sich auf Art. 44 Abs. 1 OR zu berufen.

745 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 165; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 zu Art. 44 OR; BGE 91 II 224.

746 Vgl. z.B. BGE 85 II 247, 108 II 57.

747 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 329; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 247; Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 551 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 37 ff. zu Art. 44 OR; Widmer P., a.a.O. (Anm. 241), Kap. 6.2 und 11.4. Über das charakteristische Risiko als Entlastungsgrund vgl. vorne 2.3.4.5.

748 Dieser Herabsetzungsgrund wird heute durch analoge Anwendung von Art. 54 OR bejaht; vgl. Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 166 et 271; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 40 zu Art. 44 OR; BGE 60 II 44. Gemäss den Autoren des Vorentwurfs könnte es auch einen Entlastungspunkt darstellen, vgl. vorne 2.3.4.5 und die Literaturhinweise in Anm. 550.

749 Vgl. vorne 2.3.3.4; vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 6 ff. zu Art. 44 OR.

750 BGE 97 II 229 und zitierte Hinweise. Vgl. auch Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 160 ff.

751 Stark E.W., Das sogenannte Handeln auf eigene Gefahr, ZbJV 1954, S. 25; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 11 zu Art. 44 OR.

bedingt[752]. Sie kann die Bemessung des Schadenersatzes und auch die Schadensberechnung beeinflussen, was unterschiedliche Folgen für das Vorrecht des Opfers und den Rückgriff des Sozialversicherers nach sich zieht[753].

Im geltenden Recht muss das Opfer einer Einwirkung auf seine Person oder seine Sachen die Massnahmen zur Vermeidung und zur Verminderung des Schadens treffen, die man vernünftigerweise von ihm verlangen kann. Es muss sich so verhalten, wie wenn es keinen Ersatz von einem Dritten verlangen könnte. Gemäss den früher erwähnten Beispielen[754] muss es sich einer chirurgischen Operation unterziehen oder auf einem teilweise zerstörten Gebäude ein Notdach errichten. Dies ist eine Obliegenheit, die sich aus Treu und Glauben ergibt (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Ihre Verletzung wird wie ein Selbstverschulden im Sinne von Artikel 44 Absatz 1 OR behandelt, das eine anteilsmässige Herabsetzung des Ersatzes rechtfertigt[755]. Ein solcher Grundsatz ist in § 254 Absatz 2 BGB niedergelegt. Angesichts seiner Bedeutung schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, ihn im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts zu verankern. Die entsprechende Regel in Artikel 52 Absatz 1 (am Ende) VE unterscheidet sich von jener des Artikels 45*f* Absatz 1 VE. Die letztere begründet gegenüber der haftpflichtigen Person einen Anspruch auf Ersatz eines Schadenspostens, nämlich der Kosten von Abwehr- und Schutzmassnahmen. Das Recht des Opfers, solche Massnahmen zu treffen, kann in gewisser Hinsicht über seine Pflicht hinausgehen, den Schaden zu vermeiden oder zu vermindern[756].

Gewisse Umstände, die den Umfang des Ersatzes beeinflussen können, liegen ausserhalb der Sphären beider Parteien. Dies gilt für den Zufall, verstanden als Umstand, der unabhängig von jedem menschlichen Verhalten eintritt[757]. Es gilt auch für den Stein, der sich von einem Felsen löst und auf ein Fahrzeug fällt[758]. Die Berücksichtigung eines solchen Herabsetzungsgrundes hängt wiederum von der Grundlage der Haftung ab. Bei den Gefährdungshaftungen sollte er nur in einem engen Rahmen zugelassen werden: Denn die haftpflichtige Person muss für alle Umstände einstehen, die mit der betreffenden Gefahr in einer (normativen) Beziehung stehen, wie etwa der Motorfahrzeug-Halter, der auf einer vereisten Fahrbahn unterwegs ist[759]. Umstände, die einem Dritten zuzurechnen sind[760], namentlich das Verschulden, können nach Auffassung des

---

752 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 280; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 55 zu Art. 44 OR; BGE 113 II 89 ff. Vgl. auch vorne 2.3.4.5.

753 Vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 58 zu Art. 44 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N. 95 ss.

754 Vgl. vorne 2.3.2.4.

755 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 159, 255, 266 f.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 245 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 50 f. zu Art. 44 OR und zitierte Hinweise.

756 Vgl. vorne 2.3.2.4.

757 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 247. Vgl. auch BGE 89 I 497.

758 BGE 95 II 635.

759 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 278 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 7, N. 36; BGE 98 II 43 ff.

760 Sofern diese Umstände nicht einen Entlastungsgrund im Sinne von Art. 47*a* VE darstellen; vgl. vorne 2.3.4.5.

Bundesgerichts ausnahmsweise das Verschulden der haftpflichtigen Person vermindern und ihre Ersatzpflicht herabsetzen. In der neuesten Rechtsprechung hat es diese Möglichkeit als "theoretisch" betrachtet. Es befürchtete, dass sonst der Grundsatz der Konkurrenz von Haftungen (und der passiven Solidarität) ausgehöhlt würde[761]. In Wirklichkeit scheint die "Konnexität der schuldhaften Handlungen", wie man sie manchmal nennt, auf einer falschen Voraussetzung zu beruhen. Das Verschulden als subjektiver moralischer Vorwurf wird individuell gewichtet, in Bezug auf die Person, der es angelastet wird. Wenn die Fahrlässigkeit der belangten Person als leicht betrachtet wird, so ist dies nicht die Folge einer Herabsetzung, die wegen des Verhaltens eines Dritten vorgenommen würde, sondern das Ergebnis einer Beurteilung aufgrund aller Umstände[762]. Eine andere Frage ist, wieweit die Solidarität im Aussenverhältnis geht[763].

Die Regelung der Bemessung der Ersatzpflicht wird durch Artikel 52 Absatz 2 VE ergänzt. Diese Bestimmung rechtfertigt sich aus sozialen Überlegungen. Sie sieht vor, dass das Gericht ausnahmsweise den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten Rechnung tragen kann, insbesondere dem Vorhandensein oder Fehlen einer Versicherung. Die Norm lehnt sich an dem geltenden Artikel 44 Absatz 2 OR an, der eine angemessene Herabsetzung des Schadenersatzes zulässt, wenn der Schuldner durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt würde. Zusätzliche Voraussetzung ist, dass diesen kein schweres Verschulden trifft[764].

Artikel 44 Absatz 2 OR wird relativ selten angewandt. Denn häufig ist ein Versicherer vorhanden, der die Haftpflicht der belangten Person deckt und so ihre Zahlungsfähigkeit sicherstellt[765]. Wenn dies nicht der Fall ist, muss die Gesamtheit der Umstände geprüft werden, vor allem die finanzielle Leistungsfähigkeit der haftpflichtigen Person (namentlich ihre Erwerbsmöglichkeiten und ihre Rückgriffsaussichten gegenüber Dritten)[766]. Auch die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse des Opfers sind zu berücksichtigen[767]. Einige Spezialgesetze sehen übrigens ausdrücklich vor, dass die Entschädigung herabgesetzt werden kann, wenn die geschädigte Person über ein ungewöhnlich hohes Einkommen verfügte[768]. Nach der Lehre kommt dieser Regel allgemeine Bedeutung zu[769]. In der Praxis ist sie toter Buchstabe geblieben[770].

---

761 BGE 112 II 144 und zitierte Hinweise. Vgl. dazu die zurückhaltenden Auffassungen der herrschenden Lehre: Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 81 ff. zu Art. 43 OR; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 130 f.

762 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 243; Widmer P., a.a.O. (Anm. 241), Kap. 7.

763 Vgl. Art. 53*b* Abs. 2 VE und hinten 2.6.4.3.

764 BGE 108 II 427.

765 BGE 104 II 188, 111 II 303, der präzisiert, dass Art. 44 Abs. 2 OR den Haftpflichtigen und nicht den Versicherer schützt.

766 BGE 90 II 15, 100 II 338.

767 BGE 104 II 188.

768 Art. 4 EHG, 62 Abs. 2 SVG, 7 Abs. 2 KHG.

769 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 248; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 509 f.

Artikel 52 Absatz 2 VE ist allgemein formuliert. Er erlaubt dem Gericht, die (guten oder prekären) wirtschaftlichen Verhältnisse jeder Partei zu berücksichtigen, vor allem, ob sie versichert ist oder nicht[771]. Aufseiten der haftpflichtigen Person setzt die Norm nicht mehr voraus, dass sie kein schweres Verschulden trifft, da die Kausalhaftung im künftigen Recht ausgeweitet wird. Dennoch zeichnet sich diese Norm durch ihren Ausnahmecharakter aus. Denn das Haftpflichtrecht ist an sich nicht geeignet, soziale Ungleichheiten auszugleichen, und es bezweckt nicht, Gebote der austeilenden Gerechtigkeit zu erfüllen[772]. Daraus ergibt sich die Systematik der Regelung über die Bemessung der Ersatzleistung. Sie unterscheidet klar zwischen den Ermessenselementen, die die Grundlage der Haftpflicht berühren (Art. 52 Abs. 1 VE) und jenen, die damit nichts zu tun haben und denen daher ein Ausnahmecharakter zukommt (Art. 52 Abs. 2 VE).

2.5.3 Art der Ersatzleistung (Art. 52a VE)

Die Ersatzleistung wird normalerweise in Geld erbracht. Dies erklärt sich aus dem allgemeinen Wert des Geldes und der Leichtigkeit, eine solche Schuld zu erfüllen. In der Praxis ist der Naturalersatz selten möglich. Er kommt nur unter aussergewöhnlichen Umständen in Frage, namentlich wenn die Parteien durch Vertrag oder Nachbarschaft miteinander verbunden sind[773]. Die Kombination mehrerer Arten der Ersatzleistung ist nicht von vornherein ausgeschlossen. So hat das Opfer einer Schädigung durch die Presse neben der Geldentschädigung einen Anspruch auf Gegendarstellung oder Berichtigung[774].

Wenn der Schaden in einem Erwerbsausfall oder im Wegfall eines künftigen Versorgers besteht, kann der Geldersatz in Form einer einmaligen Leistung (Kapital), einer periodischen Leistung (Zeit- oder Leibrente) oder in einer Kombination beider Leistungen erbracht werden[775]. In dieser Hinsicht übt das Gericht sein freies Ermessen aus (Art. 43 Abs. 1 OR). Gemäss der herrschenden Lehre ist es nicht an die Anträge der Parteien gebunden[776]. Diese Auffassung wird vom Bundesgericht geteilt[777]. Meistens zieht die Rechtsprechung eine Ka-

---

770 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 63 zu Art. 43 OR; vgl. auch Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 555 f., der den paradoxen Charakter der Bestimmung betont, und Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 7, N. 63.

771 Unter Versicherung ist hier die Haftpflichtversicherung zu verstehen, die die haftpflichtige Person deckt, und die Summenversicherung der geschädigten Person, mit Ausnahme der Sozialversicherung und der privaten Schadensversicherung, deren Leistungen in die Schadensberechnung Eingang finden und für die der Versicherer in die Rechte des Opfers gegenüber dem haftpflichtigen Dritten eintritt.

772 Widmer P., a.a.O. (Anm. 241), Kap. 12.2; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 63 ff. zu Art. 43 OR; Brehm R., a.a.O. (Anm. 739), S. 519 ff.

773 BGE 100 II 142 f., 107 II 139 f., 110 II 185 ff.

774 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 21 zu Art. 43 OR.

775 Vgl. als Beispiel BGE 116 II 87 ff. Vgl. auch Art. 9 EHG.

776 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 7 zu Art. 43 OR; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 217, der auf Art. 9 EHG Bezug nimmt und ihm eine allgemeine Bedeutung zumisst; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 513.

777 BGE 117 II 625 f.

pitalentschädigung vor, selbst wenn die geschädigte Person eine Rente verlangt hat[778]. Man erblickt darin eine Vielzahl von Vorteilen, die deren Nachteile bei weitem ausgleichen soll. Die Zahlung eines Kapitals beendet den Streitfall endgültig und vermeidet dadurch die Gefahr einer Begehrungsneurose beim Opfer. Sie schützt das Opfer vor einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der haftpflichtigen Person. Sie ermöglicht ihm, die Kosten einer beruflichen Ausbildung oder Umschulung zu tragen, indem sie die periodischen Leistungen der Sozialversicherung in zweckmässiger Weise ergänzt. Schliesslich gleicht sie die Geldentwertung aus, da ein relativ niedriger Kapitalisierungssatz angewendet wird (heute 3,5 %) und sie günstige Anlagemöglichkeiten bietet. Andererseits ist nicht zu leugnen, dass die Entschädigung in Form von Renten die angemessenste Art des Ersatzes ist. Der Erwerbsausfall oder der Versorgerschaden tritt nicht ein einziges Mal auf, sondern innerhalb eines zeitlichen Ablaufs und er kann sich unterschiedlich entwickeln. Diese Ersatzart weist aber den Nachteil auf, dass sie den Streitfall verewigt und dessen Regelung erschwert, vor allem wenn die periodischen Leistungen der Sozialversicherer geändert werden (weil sich z.B. der Invaliditätsgrad des Versicherten geändert hat)[779].

Die Verfasser des Vorentwurfs wollen den Grundsatz beibehalten, wonach die Art der Ersatzleistung unter Würdigung der Umstände bestimmt wird. Wie die Studienkommission[780] bedauern sie aber dessen heutige Anwendung in der Rechtsprechung: ein Begehren des Opfers um Zusprechung einer Rente wird systematisch abgelehnt, selbst dann, wenn sich die Gegenpartei dem nicht widersetzt. Tatsächlich kann der Geschädigte gute Gründe für diese Art der Entschädigung haben, beispielsweise wenn er eine verkürzte Lebens- oder Aktivitäts-Erwartung hat, wenn er nur für seinen eigenen Unterhalt aufkommen muss oder Gefahr läuft, das Kapital zu verschleudern[781], abgesehen vom Fall, wo die haftpflichtige Person keine einmalige Gesamtsumme bezahlen kann. Umgekehrt können gute Gründe die Entschädigung in Form eines Kapitals rechtfertigen, wenn beispielsweise der Streitwert gering ist, da der Schaden zu einem grossen Teil von den Sozialversicherern gedeckt wird, wenn das Opfer eine sinnvolle Investition für berufliche Zwecke vornehmen will oder wenn es für den Unterhalt von Dritten aufkommt[782].

Alle diese Gründe sprechen für eine Bestimmung, die das freie gerichtliche Ermessen in Bezug auf die Art der Ersatzleistung einschränkt. So bestimmt Artikel 52*a* VE, dass das Gericht von den Anträgen der geschädigten Person nur

---

778 BGE 112 II 121 und 129, 117 II 611 f. und 625 f.; BJM 1986, S. 148 ff. Für ein - aussergewöhnliches - Beispiel einer Renten-Entschädigung, vgl. BGE 89 II 159. Vgl. zu dieser Frage namentlich Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 8 ff. zu Art. 43 OR; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 217 ff.; Stauffer W./Schaetzle T. und M., Barwerttafeln, 4. Aufl., Zürich 1989.

779 Vgl. Art. 41 IVG, 22 Abs. 1 UVG, 26 Abs. 1 MVG; vgl. auch Stauffer W./Schaetzle T. und M., a.a.O. (Anm. 778), N 601 ff.

780 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/7.1, S. 97

781 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 16 zu Art. 43 OR; ; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 6, N. 215 ff.; Zen Ruffinen P., Le mensonge du nominalisme ou quelques réflexions sur l'indexation des rentes alimentaires et des rentes indemnitaires, in Hommage à Raymond Jeanprêtre, Neuenburg 1982, S. 154.

782 BJM 1986, S. 153.

aus triftigen Gründen abweichen darf[783]. Es versteht sich fast von selbst, dass die Wirksamkeit einer solchen Bestimmung nur sichergestellt ist, wenn die Rechtsprechung die Geldentwertung - die ein Dauerphänomen ist - beim Ersatz künftiger Schäden berücksichtigt und demnach langfristige Renten indexiert[784]. Dieser Schritt wurde im Familienrecht gemacht[785], nicht aber im Haftpflichtrecht, wo die Gerichte nicht müde werden, die Vorteile der Kapitalisierung zu rühmen[786]. Ferner macht man geltend, dass die Indexierung inflationäre Auswirkungen habe und ihre Anwendung auf Schwierigkeiten stosse, vor allem bei der Berechnung der Reserven der Versicherung[787]. Dem hält man entgegen, diese Schwierigkeiten seien im Ausland überwunden und der Grundsatz der periodischen Anpassung der Leistungen an die Preisentwicklung werde seit langem bei den Sozialversicherungen angewandt[788].

Gemäss Artikel 43 Absatz 2 OR muss der Schuldner zur Sicherheitsleistung verpflichtet werden, wenn das Gericht eine Rente zuspricht. Die Sicherheit kann in einer Bankgarantie, einem Pfand, einer Bürgschaft oder einer Rentenversicherung zugunsten des Opfers bestehen. Die Verfasser des Vorentwurfs erachten diese Regel als zu starr. Die Zusprechung einer Rente kann sich auch dann rechtfertigen, wenn es nicht zweckmässig oder nicht einmal realistisch ist, die haftpflichtige Person zur Sicherheitsleistung zu verpflichten. Dies gilt vor allem, wenn diese Person versichert ist[789]. Daher ist es besser, dem Gericht in dieser Frage ein weites Ermessen einzuräumen (Art. 52*a* Abs. 2 VE).

2.6 Mehrheit von Haftungen (Art. 53 - 53c VE)

2.6.1 Regelung des Vorentwurfs

Unter dem Randtitel "Mehrheit von Haftungen" unterscheidet der Vorentwurf zwischen mehreren Kategorien von Fällen, in denen verschiedene Zurechnungsgründe, die eine Person ersatzpflichtig machen, in Frage kommen können. Es handelt sich um die Häufung und um die Kollision von Haftungen, die im geltenden gemeinen Recht nicht geregelt sind, wie auch um die Konkurrenz von Haftungen, die heute durch die allgemeinen Bestimmungen von Artikel 50 und 51 OR geregelt ist. Bei all diesen Tatbeständen gilt ein Grundsatz uneinge-

---

783 In diesem Sinn: Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 240; Stauffer W./Schaetzle T. und M., a.a.O. (Anm. 778), N 580, die betonen, dass nichts die Parteien daran hindert, das Kapital in eine Rente umzuwandeln und umgekehrt.

784 In diesem Sinn: Merz H., a.a.O. (Anm. 477), N 209 zu Art. 2 ZGB; Zen Ruffinen P., a.a.O. (Anm. 781), S. 153 ff.; Bussy A., La dépréciation de la monnaie et son influence sur le mode d'indemnisation et le calcul des dommages-intérêts en matière extra-contractuelle, Genf 1974, S. 33 ff.

785 BGE 100 II 245 ff.

786 Vgl. die vorne in Anm. 778 zitierten Entscheidungen; in jedem dieser Fälle hatte die geschädigte Person eine indexierte Rente verlangt.

787 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 10 zu Art. 43 OR; Szöllösy P., Der Richter und die Teuerung, ZbJV 1976, S. 39 f.; BGE 90 II 447.

788 Vgl. die Hinweise in Anm. 784.

789 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 89 zu Art. 43 OR.

schränkt: Die dem Opfer geschuldete Ersatzleistung darf auf keinen Fall höher sein als der Schadensbetrag.

2.6.2 Häufung von Haftungsgründen (Art. 53 VE)

Es ist denkbar, dass eine Person, die einer anderen Schaden zufügt, dieser gegenüber aus mehreren Gründen haftet. Dies trifft zu, wenn die Haftung gleichzeitig auf der allgemeinen Klausel der Verschuldenshaftung und auf einer Bestimmung, die eine Kausalhaftung vorsieht, oder auf zwei Bestimmungen der letzten Art beruht[790]. Es stellt sich dann die Frage nach der anwendbaren Norm. Die Frage ist nicht bloss eine theoretische, denn sowohl nach geltendem Recht wie auch nach dem Vorentwurf schliessen gewisse Bestimmungen den Ersatz "reiner Vermögensschäden" von ihrem Geltungsbereich aus[791]. Es kommt hinzu, dass die Modalitäten der Klage (z.B. in Bezug auf Gerichtsstand oder Verjährung) Gegenstand unterschiedlicher Sonderbestimmungen sein können. Allgemein ausgedrückt geht es um die Frage, ob der Grundsatz der Ausschliesslichkeit oder derjenige der Alternativität (oder der Konkurrenz) Vorrang hat. Im ersten Fall schliesst ein Haftungsgrund den anderen aus; im zweiten Fall kann der eine oder der andere Haftungsgrund geltend gemacht werden. Die Antwort ist Sache des Gerichts, das von Amtes wegen ("iura novit curia") entscheidet, welche Regelung auf die von den Parteien nachgewiesenen Tatsachen anzuwenden ist, ohne dabei an ihre rechtlichen Ausführungen gebunden zu sein[792]. Das geltende Obligationenrecht gibt diesbezüglich keine besondere Auskunft.

Die herrschende Lehre tritt im Allgemeinen für die Anwendung des Ausschliesslichkeitsprinzips ein, und zwar mindestens dann, wenn sich das Opfer auf die Haftungsbestimmung von Artikel 41 OR und auf eine Sonderbestimmung berufen kann, die eine Kausalhaftung begründet. Dies wird damit erklärt, dass die Bestimmungen, die eine verschuldensunabhängige Ersatzpflicht begründeten, einen spezifischen Anwendungsbereich und insofern Vorrang vor der Verschuldenshaftung hätten, welche bloss subsidiär sei. Darin sieht man eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes "lex specialis derogat legi generali"[793]. Unter Vorbehalt des Verhältnisses zwischen Haftung aus unerlaubter Handlung und vertraglicher Haftung[794] hat das Bundesgericht auf diesem Gebiet kaum Richtlinien festgelegt. In Einzelfällen scheint es sich dem Ausschliesslichkeitsprinzip angeschlossen zu haben. So hat es entschieden, dass das Verschulden eines Werkeigentümers als zusätzliches Verschulden zu betrachten ist[795], und damit stillschweigend die von einigen Autoren[796] bejahte

---

790 Vgl. zu diesem Punkt die vielen Möglichkeiten, die Art. 11 Abs. 2 PrHG bietet.

791 Vgl. vorne 2.3.2.1. und Art. 45 Abs. 2 VE.

792 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 478; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 13, N. 5; BGE 70 II 217; Art. 63 Abs. 3 OG.

793 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 479 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 266 ff.

794 Vgl. vorne 2.2.2.1.

795 BGE 108 II 55 ff., dem Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N. 21, zustimmen; vgl. auch BGE 25.04.1986, in JT 1986 I 412 f.

Konkurrenz zwischen Artikel 41 und Artikel 58 abgelehnt. Abgelehnt hat es auch den Anspruch auf Ersatz des "reinen Vermögensschadens" einer Unternehmung, die den Betrieb für eine gewisse Zeit stillegen musste, weil ein Traktor eine Leitung der Elektrizitätsversorgung zerstört hatte, und dies mit der Begründung, dass der Anwendungsbereich der Haftung des belangten Motorfahrzeughalters ausschliesslich von Artikel 58 Absatz 1 SVG geregelt sei, der bloss den Ersatz von Personen- und Sachschaden vorsehe[797]. Dieser Entscheid ist nicht ohne Kritik geblieben. Es wurde hervorgehoben, dass die Lösung eine andere gewesen wäre - was kaum gerechtfertigt ist -, wenn das Motorfahrzeug nicht unter das SVG gefallen wäre oder wenn die Klage gegen den Arbeitnehmer gerichtet worden wäre, der es fuhr; denn in diesen beiden Fällen wäre die Regelung des gemeinen Rechts anwendbar gewesen (Art. 41 und 55 OR)[798]. Auch wurde ernsthaft bezweifelt, dass Artikel 58 Absatz 1 SVG die Anwendung allgemeiner Bestimmungen ausschliessen könne, die den Ersatz eines Schadens ermöglichten, die er nicht abdecke. Zu Recht bemerkt Kramer, dass sich die Antwort auf diese Frage aus der systematischen und teleologischen Auslegung der betreffenden Bestimmung ergeben müsse. Es wäre aber verwirrend, wenn eine Sonderbestimmung, die eine scharfe Kausalhaftung vorsehe und somit definitionsgemäss die Rechtslage des Opfers verbessern wolle, letztlich zu deren Verschlimmerung führe[799]. Selbst die Vertreter des Ausschliesslichkeitsprinzips schreiben ihm übrigens bloss eine relative Tragweite zu und meinen, dass das Spezialgesetz nur soweit Vorrang vor der allgemeinen Bestimmung haben solle, als es die Haftungsbedingungen verschärfe[800].

Die Verfasser des Vorentwurfs teilen die Kritiken, die gegen den Entscheid Rathgeb geäussert wurden, und die Vorbehalte gegenüber dem Ausschliesslichkeitsprinzip. Dieses Prinzip hat gewiss einen eigenständigen Wert, und es wird auch im neuen Haftpflichtrecht seine Berechtigung haben. Es muss aber dann dem Alternativitätsprinzip weichen, wenn die Anwendung einer allgemeinen Bestimmung für das Opfer günstiger ist. Zu denken ist insbesondere an die Bestimmungen, die eine Verschuldenshaftung (Art. 48 VE) und eine Haftung für Hilfspersonen (Art. 49 und 49*a* VE) begründen, die - anders als die Gefährdungshaftungen - keine Beschränkung der Ersatzpflicht auf bestimmte Schadensarten enthalten[801]. Das Opfer eines "reinen Vermögensschadens", der aus der Ausübung einer besonders gefährlichen Tätigkeit entstanden ist, wird sich daher inskünftig auch auf die oben erwähnten allgemeinen Haftungsbestimmungen berufen können. Deshalb sieht Artikel 53 VE vor, dass das Gericht die Normen anwenden soll, die der geschädigten Person den bestmöglichen Ersatz verschaffen. Der Randtitel "Häufung von Haftungsgründen" rechtfertigt sich in doppelter Hinsicht. Zum einen wird diese Wendung manchmal in der Lehre

---

796 Von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 459; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 553.

797 BGE 106 II 77 f., Rathgeb.

798 Giovannoni P., Note sur la responsabilité en cas de dommage purement économique, SVZ 1980, S. 279.

799 Kramer E.A., a.a.O. (Anm. 340), S. 130 f.

800 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 268, wie auch S. 144, 149 und 267. Vgl. auch Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 479.

801 Vgl. Art. 45 Abs. 2 VE, vorne 2.3.2.1.

verwendet, um den Fall zu erfassen, wo eine Person für denselben Schaden aus verschiedenen Haftungsgründen verantwortlich ist[802]. Sie unterscheidet sich von den zwei anderen Kategorien einer Mehrheit von Haftungen, nämlich von der Haftungskollision einerseits (Art. 53*a* VE) und von der Haftungskonkurrenz anderseits (Art. 53*b* und 53*c* VE). Zum zweiten bedeutet diese Wendung, dass jede Bestimmung, die im fraglichen Fall eine Ersatzpflicht begründet, anwendbar ist, wenn die Bedingungen erfüllt sind. Daraus kann man selbstverständlich nicht ableiten, dass das Gericht notwendigerweise alle in Frage kommenden Bestimmungen anwenden wird. Wird eine davon dem Opfer einen optimalen Ersatz (insbesondere den vollen Schadenersatz) gewähren, so wird sich die Überprüfung erübrigen, ob eventuell auch eine andere Bestimmung in Frage käme. Der Vorbehalt von Artikel 53 in fine VE betrifft den Fall, wo das Gesetz ausdrücklich das Ausschliesslichkeitsprinzip vorsieht, wie dies bei Artikel 3 Absatz 6 KHG zutrifft, der im Nuklearbereich die Kanalisierung der Haftung auf den Inhaber der Kernanlage oder auf die anderen vom Gesetz bezeichneten Personen vorschreibt.

2.6.3 Haftungskollision (Art. 53a VE)

Eine Haftungskollision im engeren Sinne liegt vor, wenn sich mehrere Personen gegenseitig einen Schaden zufügen. In einem solchen Fall ist jede beteiligte Person gleichzeitig verantwortlich und geschädigt. Das geltende gemeine Recht regelt dieses Problem nicht, das allerdings Gegenstand - freilich fraglicher - Sonderbestimmungen bildet[803]. Im wesentlichen ist dieses Problem eng mit dem allgemeineren Problem der Bemessung der Ersatzleistung verbunden; letztlich geht es nämlich darum, die Ersatzpflicht aufgrund der Umstände zu bemessen. Im Falle einer Haftungskollision muss man sich davor hüten, die Ersatzleistungen, die den einzelnen Opfern zustehen, unabhängig voneinander zu bestimmen; andernfalls riskiert man, zu inkonsequenten Lösungen zu gelangen[804]. Vielmehr müssen die Haftungen aufgrund eines gegenseitigen Vergleichs der Elemente, die für die Würdigung massgeblich sind, verteilt werden. Jede beteiligte Person muss - sofern es sich nicht um eine Hilfsperson handelt - den anderen gegenüber als eine Drittperson betrachtet werden; der Sachverhalt, der ihr zugerechnet wird, wirkt sich im gleichen Ausmass auf ihre Stellung als Opfer aus. Bei einem Unfall zwischen dem Halter eines Motorfahrzeugs und einem Velofahrer, welche beide ein Verschulden trifft, muss somit der Velofahrer, der wegen der Schwere seines Verschuldens zu 50 Prozent haftet, selber die Hälfte seines Schadens tragen; gleichzeitig muss er im gleichen Verhältnis den Schaden des Halters des Motorfahrzeugs ersetzen. Dieser haftet für das Risiko seines Fahrzeugs und für die schuldhafte Verletzung einer Strassenverkehrsregel. Es ginge daher nicht an, die Haftungsgründe im Sinne einer Neutralisierung schlicht und einfach zu kompensieren[805]. Eine solche Lösung stün-

---

802 Brehm R., Le recours de l'assureur contre un tiers responsable en vertu d'un contrat, SVZ 1965/1966, S. 69; Savatier R., Traité de la responsabilité civile en droit français, I, 2. Aufl., Paris 1951, S. 192 ff.

803 Art. 61 SVG, 31 EleG. Vgl. dazu Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 9, N. 9.

804 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 250 ff.

805 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 319 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 9, N. 16. Vgl. auch vorne 2.5.2. und die Hinweise in Anm. 742.

de im Widerspruch mit dem Prinzip der Kausalität und so mit der Idee der Haftung selbst und könnte zudem bei Schäden von deutlich unterschiedlichem Ausmass zu stossenden Ergebnissen führen.

Den Vorschlägen der Studienkommission folgend[806], verzichten die Verfasser des Vorentwurfs auf eine gesetzliche Verankerung der oben geschilderten Grundsätze. Sie halten es dennoch für nützlich, dass das Obligationenrecht eine allgemeine Regel festlegt. Wie Artikel 52 Absatz 1 VE, der die Bemessung der Ersatzleistung regelt, lässt auch Artikel 53*a* VE dem Gericht einen weiten Ermessensspielraum. Um die Ersatzleistung zu bestimmen, die jeder beteiligten Person zusteht, wird das Gericht alle Umstände des konkreten Falls berücksichtigen, so insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, die jeder Person zuzurechnen ist. Das bedeutet, dass die zwei wichtigsten Haftungsgründe gleichwertig sind. Mit anderen Worten: Ist eine Bestimmung anwendbar, die eine Gefährdungshaftung begründet, gibt es von vornherein keinen Grund, dem Verschulden vorrangige Bedeutung zuzuschreiben oder nach der Natur des Schadens zu unterscheiden, wie dies Artikel 61 Absatz 1 und 2 SVG ungerechtfertigterweise vorsieht. Im Übrigen besteht kein Anlass zu präzisieren, dass allenfalls die Bestimmungen über die Solidarität anwendbar sind, was von Artikel 61 Absatz 3 SVG unnötigerweise gesagt wird.

2.6.4 Haftungskonkurrenz (Art. 53b und 53c VE)

2.6.4.1 Heutiges System

Im schweizerischen Recht untersteht die Haftung mehrerer Personen der Regelung über die passive Solidarität (im weiten Sinne). Nach dieser Regelung steht dem Opfer ein Anspruch auf Schadenersatz gegen jede haftpflichtige Person zu. Es kann nach Gutdünken gegen die eine oder die andere dieser Personen, gegen mehrere unter ihnen oder gegen sie alle klagen, und zwar gleichzeitig oder nacheinander. Die Ersatzleistung einer verantwortlichen Person befreit die anderen bis zur Höhe des bezahlten Betrags. Die endgültige Verteilung der Solidarschuld erfolgt im Rahmen einer internen Regelung.

Die Solidarität ist nach allgemeiner Auffassung das geeignetste Institut, um die Fälle einer Mehrheit von Haftpflichtigen zu lösen und um die Rechtslage der beteiligten Parteien zu berücksichtigen[807]. Es entspricht einem Gebot der Billigkeit, dass das Opfer nicht die Nachteile erleiden muss, die sich aus einer Teilung seines Anspruchs gegen die ersatzpflichtigen Personen ergeben würden. Vielmehr ist es logisch, dass jede dieser Personen von vornherein - im Rahmen ihrer individuellen Haftung - "für das Ganze" belangt werden kann. Dieser Grundsatz ist eine Folge des Konzeptes des schweizerischen Rechts für die Mehrheit von Schuldnern. Anders als beim System der Korrealität steht dem Gläubiger nicht eine Forderung gegen alle Schuldner zu, sondern er hat gegen jeden Schuldner eine selbständige Forderung. Diese Forderungen konkurrieren, damit eine Häufung der Ansprüche und somit eine ungerechtfertigte Berei-

---

806 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/8, S. 101 f.

807 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 337 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 277 f.; BGE 89 II 122 f., 93 II 133.

cherung des Opfers verhindert werden[808]. Der Grundsatz der Haftung "für das Ganze" ergibt sich aus der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs, die seit längerer Zeit auf die rechtliche Kausalität angewandt wird[809]. Nach dieser Theorie kann eine partielle Ursache in einem adäquaten Zusammenhang mit dem ganzen Schaden stehen. Anders ausgedrückt, haftet eine Person unabhängig davon, ob andere Ursachen, insbesondere das Verhalten einer Drittperson, zur Herbeiführung des Endergebnisses beigetragen haben[810]. Unser Haftpflichtrecht kennt allerdings einige Abweichungen vom Prinzip der Solidarität. Unter Vorbehalt von Artikel 96 VVG, der für die Personenversicherungen gilt und ausserhalb des Systems liegt, ist Artikel 3 Absatz 6 KHG zu erwähnen, der die Haftung auf den Inhaber der Kernanlage oder auf andere vom Gesetz bestimmte Personen kanalisiert. Diese Regelung ist eine Besonderheit des Kernenergierechts; sie findet ihre Begründung einerseits im Willen, dem Opfer radioaktiver Ausstrahlungen einen wirksameren Rechtsschutz zu bieten, und anderseits im Willen, die Entwicklung der Nuklearindustrie nicht zu hemmen, insbesondere durch eine gewisse "Immunisierung" der Lieferanten von Dienstleistungen und Material[811]. Das Vormundschaftsrecht kennt übrigens Ausnahmen vom Grundsatz der Solidarität, die aus historischen, heute nicht mehr nachzuvollziehenden Gründen erklärt werden können[812]. Der Grundsatz der Haftung "für das Ganze" wird durch solche Abweichungen aber keineswegs in Frage gestellt.

Seit lange werden zwei Formen der Solidarität unterschieden, die echte und die unechte. Diese Unterscheidung geht anscheinend auf das 19. Jahrhundert zurück[813]. Im Gesetz ist sie nicht eindeutig verankert. Auf Schuldnerseite wird die Solidarität nach Artikel 143 Absatz 2 OR nicht vermutet; sie ergibt sich aus dem Parteiwillen oder aus einer besonderen Gesetzesbestimmung. Artikel 143 OR enthält kein Kriterium zur Unterscheidung zwischen beiden Formen der Solidarität; er behält die Vereinbarung vor und verweist im Übrigen auf die Bestimmungen über die Haftung mehrerer Personen, ohne zu präzisieren, in welchen Fällen ihr Verhältnis der echten und in welchen es der unechten Solidarität untersteht[814]. Die Artikel 50 und 51 OR regeln die Haftung mehrerer in allgemei-

---

808 Von Tuhr A./Escher A., (Anm. 282), S. 297; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 836 f.

809 Vgl. vorne 2.3.4.3 und 2.3.4.4.

810 Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 561; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 277 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 32 zu Art. 50 OR.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 10, N. 1, 10 und 11; differenzierter : Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 337, und BGE 97 II 415.

811 BBl 1980 I 176 ff. Diese Regel ist sowohl in anderen nationalen Rechtsordnungen wie auch im internationalen Recht, insbesondere im Pariser Übereinkommen vom 29. Juli 1960 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiete der Kernenergie (in BBl 1980 I 220 ff.) zu finden.

812 Vgl. Art. 428 Abs. 2, 429 Abs. 1 und 2 ZGB. Vgl. auch Delessert A., La responsabilité des autorités tutélaires en droit suisse, Lausanne 1931, S. 63 ff. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen vor, diese Berstimmungen aufzuheben; vgl. hinten 4.2.15.02.

813 Jansen G., Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen, Freiburg 1973, S. 33 ff.

814 Corboz B., La distinction entre solidarité parfaite und solidarité imparfaite, Genf 1974, S. 27 ff.

ner Weise. Auch diese Bestimmungen geben keinen Grund für den Sinn der Unterscheidung. Artikel 50 Absatz 1 OR sieht die solidarische Haftung der Personen vor, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, und bezieht sich auf das Institut, das in den Artikeln 143 ff. OR geregelt ist. Artikel 51 OR, - der 1911 "in letzter Minute" eingeführt wurde[815] -, behandelt seinerseits nur die interne Verteilung der Schuld für den Fall, dass mehrere Personen aus unterschiedlichen Gründen haften. Die Bestimmung setzt voraus, dass jede Person "für das Ganze" haftet; denn sonst wäre die Regelung des Rückgriffs gegenstandslos.

Die klassische Lehre und die Rechtsprechung verwenden ein rein formelles Unterscheidungskriterium, das sie aus Artikel 143 Absatz 2 OR ableiten. Sie sind der Ansicht, dass die Haftung mehrerer nur dann der echten Solidarität untersteht und von den Artikeln 144 ff. OR geregelt ist, wenn - unter Vorbehalt einer allfälligen Parteivereinbarung - eine gesetzliche Bestimmung es vorsieht. Artikel 50 Absatz 1 OR ist eine solche Bestimmung. Andernfalls kommt das System der unechten Solidarität (oder der Forderungskonkurrenz im engeren Sinne) zur Anwendung, wie beispielsweise in den Fällen von Artikel 51 OR[816]. Das Unterscheidungskriterium zwischen den beiden Formen der Solidarität ist somit ein normatives und nicht ein analytisches. Mit anderen Worten: Das Gericht braucht nicht abzuklären, ob im Streitfall ein gemeinschaftliches Element vorhanden ist, das die echte Solidarität rechtfertigen würde. Diese Kompetenz steht nur dem Gesetzgeber zu[817]. Die Unterscheidung wirkt sich sowohl im Innen- wie auch im Aussenverhältnis aus. So bejaht das Bundesgericht die allgemeine Unterbrechungswirkung der Verjährung (Art. 136 Abs. 1 OR) und die Subrogation (Art. 149 Abs. 1 OR) nur bei echter Solidarität. Und so kann die haftpflichtige Person nach dem Bundesgericht grundsätzlich nur bei unechter Solidarität dem Opfer einen subjektiven Grund zur Herabsetzung des Schadenersatzes entgegenhalten.

Zahlreiche Autoren kritisieren die Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität[818]. Sie treten für ihre Aufhebung ein, und zwar sowohl de lege ferenda wie manchmal auch de lege lata. Die Unterscheidung wird als unnütze Komplikation empfunden, deren Folgen von geringer praktischer Bedeutung sind. Zudem sei ihre Grundlage nicht einleuchtend, so dass der Gesetzgeber beim Entscheid, welche Tatbestände der echten und welche der unechten Solidarität zu unterstellen seien, über kein sicheres Kriterium verfüge. Manchmal habe er die (echte) Solidarität für Tatbestände vorgesehen, bei denen das ge-

---

815 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 zu Art. 51 OR.

816 Oser H./Schönenberger W., a.a.O. (Anm. 51), Vorbemerkungen zu Art. 143 - 150 OR, N 8, wie auch N 2 und 6 zu Art. 143 OR; Becker H., (Anm. 51), N 1 zu Art. 50 OR; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 561 und 565; BGE 55 II 314, 89 II 122 f., 93 II 333, 104 II 229 ff., 115 II 45 ff.

817 Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 40 ff., 121.

818 Von Tuhr A./Escher A., a.a.O. (Anm. 282), S. 319 ff.; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 338 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 10, N. 14; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 279; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 22 zu Art. 51 OR; Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 51 ff. und 121 f.; Merz H., Obligationenrecht, SPR VI/I, Basel 1984, S. 103 ff., Droit des obligations, DPS VI/I, Freiburg 1993, S. 83 ff.

meinschaftliche Element - das für das Institut typisch wäre - völlig fehle, wie beispielsweise bei Artikel 60 Abs. 1 SVG.

2.6.4.2 Grundsätze des Vorentwurfs

Den oben erwähnten Lehrmeinungen[819] und den Empfehlungen der Studienkommission[820] folgend, schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, auf die Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität zu verzichten und eine einheitliche Regelung vorzusehen. Die Haftung mehrerer soll inskünftig nach dem Grundsatz der Konkurrenz geregelt werden und - unter Vorbehalt einzelner berechtigten Abweichungen - der Regelung unterstellt werden, die für die Solidarschuld gilt (Art. 143 ff. OR). Diesbezüglich ist nicht zu beachten, ob die verantwortlichen Personen den Schaden gemeinsam verschuldet haben oder ob sie aus verschiedenen Haftungsgründen getrennt haften. Nicht zu beachten ist auch, auf welcher Grundlage die Ersatzpflicht beruht. Eine einheitliche, allgemein anzuwendende Lösung drängt sich auf und dient der Klarheit und der Rechtssicherheit. Gewisse Sondergesetze, wie das SVG (Art. 60 Abs. 1 und 61 Abs. 3), kennen sie übrigens bereits.

In systematischer Hinsicht unterscheidet der Vorentwurf das Aussen- (Art. 29) und das Innenverhältnis (Art. 30). In Bezug auf das Aussenverhältnis legt Artikel 29 Absatz 1 den Grundsatz der Solidarität fest, während Artikel 29 Absatz 2 die Tragweite dieses Grundsatzes einschränkt und so einen lebhaften Lehrstreit des geltenden Rechts entscheidet[821]. In Bezug auf das Innenverhältnis sieht Artikel 30 Absatz 1 vor, dass die Verteilung der Solidarschuld nach Massgabe aller Umstände erfolgen soll, und Artikel 30 Absatz 2 stellt klar, dass der Person, die über ihren Anteil hinaus Schadenersatz geleistet hat, ein Rückgriffsrecht gegen die anderen haftpflichtigen Personen zusteht und dass sie insoweit in die Rechte der geschädigten Person eintritt.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob Artikel 136 Absatz 1 OR beizubehalten ist. Nach dieser Bestimmung wirkt die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner auch gegen die übrigen Mitschuldner. Diese Regel ist atypisch. Die Norm lässt den Eindruck entstehen, dass zwischen dem Gläubiger und den Schuldnern ein einziges obligatorisches Verhältnis besteht, was dem System der Solidarität nicht entspricht[822]. Begründet wird sie mit der Idee einer "gegenseitigen Stellvertretung" der Mitschuldner[823] wie auch mit der Notwendigkeit, die Rechte des Gläubigers dadurch besser zu wahren, dass man ihn nicht zu einer Mehrheit von Verjährungsunterbrechungen zwingt. Nach der klassischen Lehre und der Rechtsprechung ist die Bestimmung wegen ihres Ausnahmecharakters allein auf Fälle echter Solidarität anzuwenden[824]. Ei-

---

819 Vgl. vorne 2.6.4.1. und die Hinweise in Anm. 818.

820 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/9, S. 102 f.

821 Vgl. hinten 2.6.4.3.

822 Vgl. vorne 2.6.4.1.

823 Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 844.

824 Oser H./Schönenberger W., a.a.O. (Anm. 51), N 2 zu Art. 136 OR; Becker H., a.a.O. (Anm. 51), N 4 zu Art. 136 OR; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 563 und 819; BGE 104 II 232 f., 115 II 45 f.

nige Autoren schlagen die Aufhebung von Artikel 136 Absatz 1 OR vor[825], weil sie darin einen unannehmbaren Einbruch ins System der Solidarität sehen. Sie machen auch geltend, dass sich die Regelung für die Person als hart erweisen könne, die vom Opfer nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist belangt werde und nicht gewusst habe, dass die Verjährung gegenüber einer anderen haftpflichtigen Person unterbrochen worden sei. Dem kann entgegengehalten werden, dass dieselbe Situation auch bei einer Regressklage eintreten kann, die eine eigene ordentliche Verjährungsfrist kennt[826]. Diesbezüglich ist zu betonen, dass der Überraschungseffekt inskünftig ausgeschlossen sein sollte, weil die belangte Partei nach Artikel 55*c* Absatz 2 VE zur Anzeige an die Personen verpflichtet ist, die sie für mithaftpflichtig hält[827]. Zu erwähnen ist auch, dass die Regelung von Artikel 136 Absatz 1 OR für das Opfer vorteilhaft ist und dass sie in Sonderbestimmungen enthalten ist, die - wie Artikel 83 Absatz 2 SVG - Fälle unechter Solidarität regeln. All diese Gründe sprechen für die Beibehaltung von Artikel 136 Absatz 1 OR[828].

Wie bereits ausgeführt, wird Artikel 50 Absatz 1 OR von einer allgemeinen Bestimmung ersetzt, die eine einheitliche Regelung der Solidarität einführt. Dementsprechend drängt sich auch die Aufhebung von Artikel 50 Absatz 3 OR auf[829]. Diese Regelung stellt eine Ausnahme dar. Sie beschränkt die Haftung des Hehlers, der nach Eintritt des schädigenden Ereignisses Sachen entgegennimmt, die von der haftpflichtigen Person entwendet wurden, und zwar so, dass der Hehler nur bis zum Wert dieser Sachen haftet. Eigentlich ist Artikel 50 Absatz 3 OR in dem Sinne überflüssig, als sich die vorgesehene Lösung aus der Anwendung der allgemeinen Grundsätze ergibt, die die Ersatzpflicht begründen, insbesondere der rechtlichen Kausalität[830].

2.6.4.3 Solidarität im Aussenverhältnis (Art. 53b VE)

Nach Artikel 53*b* Absatz 1 VE sind mehrere Personen, die einer Drittperson für einen Schaden haften, solidarisch zum Ersatz verpflichtet. Die Bestimmung legt den Grundsatz der Solidarität bei Mehrheit von Haftpflichtigen fest. Abgesehen von Abweichungen[831] verweist sie stillschweigend auf die Regelung der Solidarschuld (Art. 144 bis 149 OR).

Im Aussenverhältnis bedeutet dieser Grundsatz, dass das Opfer sowohl von allen haftpflichtigen Personen gemeinsam wie auch von jeder von ihnen Ersatz verlangen kann. In diesem Sinne setzt die Solidarität die Haftung der belangten

---

825 Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 59 ff.; Guhl T./Merz H./Koller A., Das schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991, S. 300.

826 Vgl. Art. 55*c* Abs. 1 VE; vgl. auch Gilliard F., Topologie de la solidarité imparfaite, in Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Freiburg 1977, S. 291.

827 Vgl. hinten 2.8.7.

828 Vgl. in diesem Sinne Bericht der Studienkommission, a.a.O.(Anm. 39), V/9, S. 104.

829 Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/9, S. 103.

830 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 66 und 70 zu Art. 50 OR.

831 Zu denken ist insbesondere an Art. 53*c* Abs. 1 VE, der vom Grundsatz der Gleichteilung nach Art. 148 Abs. 1 OR abweicht.

Person voraus, und es besteht keine Solidarität, wenn sich diese Person mit Erfolg auf einen Befreiungsgrund berufen kann, wie beispielsweise auf einen Rechtfertigungsgrund nach Artikel 46*a* VE[832], das Verhalten einer Drittperson nach Artikel 47*a* VE[833] oder auf den Sorgfaltsbeweis nach Artikel 49 und 49*a* VE[834].

In diesem Zusammenhang stellt sich noch die Frage, ob und in welchem Ausmass die beklagte mithaftende Person die Pflicht oder das Recht hat, Elemente geltend zu machen, die eine Herabsetzung des Schadenersatzes bewirken. Die Antwort hängt von der Art der Einrede ab. Gemeinsame Einreden - wie etwa Umstände, die mit der Person des Opfers verbunden sind (z.B. das Verschulden oder eine konstitutionelle Prädisposition), muss die belangte Person dem Opfer entgegenhalten, denn sie riskiert sonst, den Schaden ersetzen zu müssen, den die übrigen mithaftpflichtigen Personen erleiden könnten (Art. 145 Abs. 2 OR). In Bezug auf persönliche Einreden - wie etwa Umstände, die mit der belangten Person verbunden sind (z.B. die Leichtigkeit des Verschuldens, die schwache Intensität des ihr zurechenbaren Risikos oder die Notlage, in welche sie bei voller Ersatzpflicht versetzt würde) - ist hingegen die Rechtslage heute ungewiss. Die Lehre tritt mehrheitlich für eine individualisierende Betrachtung der Haftung ein, zumindest bei unechter Solidarität[835]. Danach kann der beklagte Mitschuldner die persönlichen Gründe geltend machen, die zu einer Herabsetzung des Schadenersatzes führen. Mit anderen Worten kann die Solidarität für ihn nur bis zum Betrag gehen, den er bezahlen müsste, wenn er der einzige Haftpflichtige wäre. Die Solidarität soll aber nie bewirken, dass er mehr bezahlen muss, weil neben ihm auch Drittpersonen haften. Andere Autoren sind hingegen für die Anwendung des Grundsatzes der Haftung "für das Ganze", womit über die individuelle Haftung der belangten Person hinausgegangen würde[836]. Für diese Autoren sind die persönlichen Einreden erst im Zeitpunkt der internen Verteilung zu berücksichtigen; der Begriff der Solidarität wäre ausgehöhlt, wenn die Haftung der belangten Person in jedem Fall in individualisierter Weise berücksichtigt werden müsste; in der Praxis wäre das Opfer gezwungen, gegen alle haftpflichtigen Personen zu klagen.

Das Bundesgericht hat bisher den Streit nicht eindeutig entschieden. Seine Urteile auf diesem Gebiet betreffen im wesentlichen Fälle unechter Solidarität nach Artikel 51 OR und beziehen sich bloss auf die Berücksichtigung des Verschuldens als Grund zur Herabsetzung des Schadenersatzes. In einer älteren Rechtsprechung hat das Bundesgericht erkannt, das Mitverschulden einer

---

832 Vgl. vorne 2.3.3.4.

833 Vgl. vorne 2.3.4.5.

834 Vgl. vorne 2.4.3.3. und 2.4.3.4.

835 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 345.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 10, N. 33; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 283; Jansen G., a.a.O. (Anm. 813), S. 77 ff.; Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 78 ff.; Hirsch A., ZSR 1967 II 781 ff.; Keller M./Landmann V., Haftpflichtrecht. Ein Grundriss in Tafeln, 2. Aufl., Zürich 1980, Tafeln 120b und 122. Kantonale Entscheide gehen in diese Richtung; vgl. SJZ 1982, S. 380; BJM 1991, S. 135.

836 Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), ZSR 1967 II 263 ff.; Merz H., a.a.O. (Anm. 818), SPR VI/I, S. 107 ff., DPS VI/I, S. 87 ff.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 40 ff. zu Art. 50 OR, N 29 zu Art. 51 OR.

Drittperson könne das Verschulden der beklagten Partei als weniger schwer erscheinen lassen und somit zu einer Herabsetzung der von dieser geschuldeten Ersatzleistung führen[837]. In jüngster Zeit hat es diese Möglichkeit als aussergewöhnlich, ja sogar als theoretisch bezeichnet, weil sonst zu befürchten wäre, dass die Solidarschuld illusorisch wird[838].

Die Verfasser des Vorentwurfs haben sich bereits über die Fragwürdigkeit der Art und Weise geäussert, wie das Problem der Verschuldenskonnexität gestellt wird[839]. Unter einem allgemeinerem Gesichtspunkt bedauern sie, dass sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf diesem Gebiet durch eine so grosse Zurückhaltung auszeichnet; sie teilen die mehrheitliche Meinung der Lehre. So wie es keinen Grund gibt, eine solidarisch haftende mitverantwortliche Person deshalb zu bevorzugen, weil andere Personen neben ihr ersatzpflichtig sind, so gibt es auch keinen Grund, sie zu benachteiligen, indem man ihr verbietet, dem Opfer persönliche Herabsetzungsgründe entgegenzuhalten. Gegen diese Auffassung wird eingewendet, die beklagte Partei sei durch die Rückgriffsmöglichkeiten genug geschützt. Dies geschieht aber zu Unrecht; denn dieser Schutz ist ihr keineswegs gesichert. Im Gegenteil: Es obliegt logischerweise der geschädigten Person, die anderen haftpflichtigen Personen zu belangen, wenn sie mit ihrer Klage keinen vollen Schadenersatz erhalten hat. Dies zu verneinen, würde zum paradoxen und ungerechten Ergebnis führen, dass der belangte Schuldner mehr bezahlen müsste, weil neben ihm auch Drittpersonen haften. Dadurch würde die solidarische Haftung seltsamerweise zu einer Art "Haftung für fremdes Verhalten"[840], und die Solidarschuld wäre denaturiert. Gewiss hat die Solidarschuld eine Garantiefunktion; diese findet aber ihre Grenzen in den Grundsätzen, die die Ersatzpflicht begründen. Für jeden Mitschuldner besteht und geht die Solidarität nur bis zum Betrag, den er als Ersatzleistung bezahlen müsste, wenn er die einzige haftpflichtige Person wäre. Es ist dies die Lösung, die in Artikel 53*b* Absatz 2 VE vorgesehen ist, bereits von der Studienkommission vorgeschlagen wurde[841] und übrigens mit einer leicht unterschiedlichen Fassung im neuen Artikel 759 OR über die Solidarhaftung in der Aktiengesellschaft verankert ist[842].

---

837 BGE 59 II 43 f., 59 II 369 f., 89 II 123.

838 BGE 93 II 322 f., 112 II 143 f.

839 Vgl. vorne 2.5.2. und die Hinweise in Anm. 761 und 762.

840 Hirsch A., ZSR 1967 II 785; Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 89 ff.

841 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.2.3, S. 51, und V/9, S. 103.

842 Diese Bestimmung wurde während der parlamentarischen Beratung erheblich geändert; vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983 II 745, insbesondere 848 ff. und 938; Amtl. Bull. NR 1985 1788 f.; 1990 1389 ff.; 1991 852 ff., 1108; Amtl. Bull. SR 1988 525 f.; 1991 76 f., 471; BG vom 4. Oktober 1991, in Kraft seit 1. Juli 1992. Vgl. auch die Beispiele von Rusconi B., Responsabilité solidaire selon l'art. 759 CO, in Le nouveau droit des sociétés anonymes, Lausanne 1993, S. 495 f., wie auch BGE 123 III 325, wo das Bundesgericht diesbezüglich von einer differenzierten Solidarität spricht.

2.6.4.4 Solidarität im Innenverhältnis (Art. 53c VE)

Mit der internen Verteilung der Solidarschuld wird die Frage beantwortet, wer letztlich für den Ersatz aufkommt. Sie kann auf zwei Arten erfolgen, und zwar entweder im Hauptprozess, falls das Opfer alle haftpflichtigen Personen eingeklagt hat, oder in einem späteren Prozess, in dem der Schuldner, der über seinen Anteil hinaus Ersatz geleistet hat, sein Rückgriffsrecht ausübt. Im Innenverhältnis gibt es keine Solidarität - diese bezweckt ja den Schutz der geschädigten Person. Dieser Grundsatz ergibt sich aus dem Wortlaut selbst von Artikel 148 OR[843]; er gilt auch dann, wenn die Partei, die rückgriffsweise klagt, in die Rechte des Opfers eingetreten ist. Ist eine der mitverantwortlichen Personen zahlungsunfähig, stellt ihr Anteil für die übrigen eine Mehrbelastung dar, die im Verhältnis zu ihrer individuellen Haftung verteilt wird (Art. 148 Abs. 3 OR analog). Die geschädigte Person hat ihrerseits kein Recht bei der internen Verteilung, die nach eigenen Regeln erfolgt[844], einzugreifen.

Die allgemeine Regelung der Solidarschuld enthält Bestimmungen über das Verhältnis unter den Mitschuldnern. Artikel 148 Absatz 1 OR legt den Grundsatz der Verteilung der Schuld fest. Artikel 148 Absatz 2 OR gewährt ein Rückgriffsrecht dem Mitschuldner, der mehr als seinen Teil bezahlt hat. Artikel 149 Absatz 1 OR präzisiert, dass der rückgriffsberechtigte Mitschuldner gegebenenfalls in die Rechte des Gläubigers eintritt. Die Rechtsprechung schränkt die Anwendung dieser Norm auf die echte Solidarität ein[845].

Einige Bestimmungen des Haftpflichtrechts regeln die interne Verteilung des Schadenersatzes; sie ermöglichen dem Gericht, vom Grundsatz der Gleichteilung, der in Artikel 148 Absatz 1 OR festgelegt ist, abzuweichen. Es handelt sich um die zwei allgemeinen Bestimmungen von Artikel 50 Absatz 2 und 51 OR und um Sonderbestimmungen wie Artikel 759 Absatz 3 OR oder Artikel 60 Absatz 2 SVG. Artikel 50 Absatz 2 OR regelt die Verteilung der Solidarschuld unter den mithaftpflichtigen Personen, die den Schaden gemeinsam verschuldet haben, und gewährt dem Gericht einen Ermessensspielraum. Massgebendes Kriterium ist die Schwere des Verschuldens der einzelnen Person. Artikel 51 OR regelt die Verteilung des Schadenersatzes unter Personen, die aus verschiedenen Rechtsgründen haften. Absatz 1 schreibt eine analoge Anwendung von Artikel 50 Absatz 2 OR vor. Absatz 2 sieht eine hierarchische Ordnung vor, nach der der Schaden in der Regel zuerst von der Person getragen werden soll, die ex delicto haftet, dann von derjenigen, die ex contractu haftet, und schliesslich von derjenigen, die ex lege haftet. Das Bundesgericht war lange der Ansicht, man dürfe nur mit grosser Umsicht von dieser Bestimmung abweichen[846]. Eine grosse Zahl der Autoren kritisiert die Bestimmung und deren Anwendung. Sie heben hervor, dass Artikel 51 unerwartet und ohne vertiefte Überlegungen über den Sinn dieser "Kaskade" ins Obligationenrecht von 1911

---

843 Vgl. insbesondere den Randtitel und die Bezugnahme auf den "Teil", den jeder Solidarschuldner zu übernehmen hat. Vgl. auch den Text von Art. 53*c* VE.

844 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 286; BGE 86 II 252 f., 89 II 123.

845 BGE 115 II 47 f. Vgl. auch Becker H., a.a.O. (Anm. 51), N 2 zu Art. 149 OR; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 569 und 844 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 10, N. 16.

846 BGE 76 II 392.

eingeführt worden sei[847]. Sie betonen weiter, dass diese Bestimmung als Richtlinie zu verstehen sei, die das Gericht nicht binde[848]. Sie fügen schliesslich hinzu, dass deren Anwendung der Entwicklung des Haftpflichtrechts seit Beginn des Jahrhunderts, insbesondere der Einführung der scharfen Kausalhaftungen, Rechnung tragen sollte. Es sei abwegig, die Personen zu privilegieren, die kausal für das Risiko haften, das Drittpersonen aus einer besonders gefährlichen Tätigkeit entsteht, und letztlich die Last der Ersatzpflicht systematisch auf die Person zu überwälzen, die aus Verschulden hafte[849]. In einer neueren Rechtsprechung scheint das Bundesgericht eine gewisse Sympathie für diese Meinung zu zeigen, die auf eine Relativierung der hierarchischen Ordnung von Artikel 51 Absatz 2 OR schliessen lässt. Es führt nämlich aus, man müsse sich vor jedem Schematismus hüten und der Versuchung widerstehen, abstrakt Verteilungskriterien zu definieren, die eine vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Starrheit aufdrängen würden[850]. Dennoch ist die Praxis bisher dem Wunsch unseres höchstens Gerichts nach Flexibilität nicht nachgekommen. Diese Feststellung führt die Verfasser des Vorentwurfs dazu, die Schlussfolgerungen der Studienkommission[851] zu übernehmen und eine allgemeine Regel in diesem Bereich vorzuschlagen. Diese gewährt dem Gericht wie der neue Artikel 759 Absatz 3 OR einen weiten Ermessensspielraum. So sieht Artikel 53*c* Absatz 1 VE vor, dass die beteiligten haftpflichtigen Personen den Schadenersatz nach Massgabe aller Umstände zu tragen haben, die jeder von ihnen zuzurechnen sind, so insbesondere nach der Schwere des Verschuldens und nach der Intensität des charakteristischen Risikos. Somit behandelt die Bestimmung - wie Artikel 53*a* VE bezüglich der Haftungskollision - die beiden wichtigsten Haftungsgründe gleich[852]. Dies bedeutet, dass es im Falle der Anwendbarkeit einer Norm, die eine Gefährdungshaftung vorsieht, keinen Grund gibt, dem Verschulden einer mithaftpflichtigen Person von vornherein eine überwiegende Bedeutung zuzuschreiben, wie dies zu Unrecht Artikel 60 Absatz 2 SVG tut. Für das weitere kann auf die Erläuterungen zu Artikel 52 VE verwiesen werden, der die Bemessung der Ersatzleistung regelt[853].

Nach Artikel 53*c* Absatz 2 VE steht der Person, die über ihren Anteil hinaus Schadenersatz geleistet hat, ein Rückgriffsrecht gegen die anderen haftpflichtigen Personen zu; zu diesem Zweck tritt sie in die Rechte der geschädigten Person ein. Der Rückgriff ist die ordentliche Art der internen Verteilung der Solidarschuld und gehört zur Logik der passiven Solidarität (vgl. Art. 148 Abs. 2 OR). Er gibt dem Mitschuldner, der das Opfer befriedigt hat, einen persönlichen

---

847 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 zu Art. 51 OR und die dortigen Hinweise.

848 Bugnon H., L'action récursoire en matière de concours de responsabilité civile, Freiburg 1982, S. 71 ff.

849 Widmer P., a.a.O. (Anm. 8), S. 287 ff.; vgl. auch Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 358 ff.

850 BGE 116 II 649, der auf den nicht veröffentlichten BGE vom 5. Mai 1987, Michaud und Streitgenossen gegen Schweiz. Eidgenossenschaft, Bezug nimmt; vgl. auch Stark E.W., Zwei neuere Entscheidungen des Bundesgerichtes zur Regressordnung von Art. 51 Abs. 2 OR, ZbJV 1992, S. 221 ff.

851 Vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/9, S. 105.

852 Vgl. Art. 41 Abs. 2 Ziff. 1 und 43 VE; vorne 2.1.

853 Vgl. vorne 2.5.2.

Anspruch. Es handelt sich um eine eigene - nicht um eine abgeleitete - Forderung, die ausschliesslich der Regelung der Verteilung untersteht[854]; sie ist mit einer Regressklage geltend zu machen, die unabhängig von der Klage der geschädigten Person ist. Diese Selbständigkeit der Regressklage ist insbesondere daraus ersichtlich, dass der Entscheid im Hauptverfahren bezüglich des Verhältnisses unter den mithaftpflichtigen Personen nicht rechtskräftig wird[855].

Nach Artikel 53*c* Absatz 2 VE tritt die Person, der ein Rückgriffsrecht gegen die übrigen mithaftpflichtigen Personen zusteht, in die Rechte des Opfers ein. Die Bestimmung übernimmt die Regelung von Artikel 149 Absatz 1 OR, der vom Bundesgericht heute nur auf Fälle echter Solidarität angewandt wird[856]. Im Rahmen einer einheitlichen Lösung soll dieser Regelung allgemeine Tragweite zukommen[857]. Zum einen gehört Artikel 149 Absatz 1 OR - wie Artikel 136 Absatz 1 OR[858] - zur allgemeinen Regelung über die Solidarschuld. Zudem verstärkt die Subrogation das Rückgriffsrecht. Die haftpflichtige Person, die das Opfer befriedigt hat, erwirbt nämlich von Gesetzes wegen die Rechte des letzteren mit ihren Nebenrechten; sie kann sie ausüben, wenn sie gegen die anderen Rückgriff nimmt[859]. Es erscheint als angebracht, den Mitschuldner zu bevorzugen, der den Schaden über seinen Anteil hinaus ersetzt hat und das Risiko des Rückgriffs gegen Personen trägt, die ihm nicht solidarisch haften. Die praktische Nützlichkeit der Subrogation darf gewiss nicht übertrieben werden[860]; vom Vorteil kann sie allerdings sein, wenn die klagende Partei im Regressverfahren von Sicherheiten profitiert, die die Hauptforderung garantieren[861].

2.7 Haftpflicht und Privatversicherung (Art. 54 bis 54i VE)

2.7.1 Einführung

Oft entsteht aus einem Ereignis, das einen Schadenersatzanspruch gegen die haftpflichtige Person begründet, gleichzeitig auch eine Forderung gegen eine Drittperson. Diese ist am häufigsten ein Versicherer. Es kann sich um einen Haftpflichtversicherer handeln, gegen den dem Opfer aufgrund eines gesetzlichen Rechts sui generis ein direktes Forderungsrecht zustehen kann[862], oder auch um einen privaten Schaden- oder Personenversicherer, der aufgrund ei-

---

854 Vgl. Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 68; Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 77.

855 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 291; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 10, N. 83; BGE 57 II 522; die Frage wurde offen gelassen in BGE 93 II 333 ff. und der dort angegebenen Lehre.

856 Vgl. vorne die Hinweise in Anm. 845.

857 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/9,, S. 104; in diesem Sinne: Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 340; Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 73 ff. und 115.

858 Vgl. vorne 2.6.4.2.

859 Von Tuhr A./Escher A., a.a.O. (Anm. 282), S. 316 ff.; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 569 f. und 614 f.

860 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 56 zu Art. 50 OR; Gilliard F., a.a.O. (Anm. 826), S. 291.

861 In Bezug auf das Pfandrecht nach Art. 60 VVG vgl. hinten 2.7.4.2.1.

862 Brehm R., Le contrat d'assurance responsabilité civile, Lausanne 1983, S. 171 f., Nr. 601 und die dortigen Hinweise.

nes mit der geschädigten oder einer anderen Person abgeschlossenen Vertrags intervenieren muss. Weiter kann es sich um eine Sozialversicherung handeln, die nach Bundesrecht oder kantonalem Recht verpflichtet ist, bei Tod oder Körperverletzung Leistungen zu erbringen. Schliesslich kann es sich um eine andere Versicherungseinrichtung handeln, wie eine Krankenkasse oder eine Pensionskasse, der das Opfer angehört. Wie man sieht, ist das Rechtsverhältnis, das der geschädigten Person den direkten Zugriff auf den Versicherer ermöglicht, sowohl in Bezug auf den Grund (gesetzlich, vertraglich, statutarisch) wie auch in Bezug auf die Natur (öffentliches oder Privatrecht) unterschiedlich.

Unsere Rechtsordnung regelt den Fall nicht einheitlich, wo der geschädigten Person mehrere Forderungen - einerseits gegen die haftpflichtige Person (oder ihren Versicherer), anderseits gegen einen Versicherer (der nicht die haftpflichtige Person deckt) - zustehen. Verschiedene Grundsätze können Anwendung finden[863] :

- Der Grundsatz der Häufung (Kumulation) der Forderungen erlaubt der berechtigten Person, ihre Forderungen sowohl gegen die haftpflichtige Person wie auch gegen den Versicherer geltend zu machen, ohne dass die eine Forderung Einfluss auf die andere hat. Unter Umständen kann dieser Grundsatz zu einer Bereicherung des Opfers führen. Dies wird von Artikel 96 VVG implizit zugelassen, wenn die geschädigte Person im Genuss einer Personen- oder - nach moderner Terminologie - Summenversicherung ist, die bei Tod oder Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Integrität die Erbringung zum voraus bestimmter Leistungen garantiert.

- Der Grundsatz der Subrogation lässt die Rechte des Opfers gegen die haftpflichtige Person auf den Versicherer übergehen, und zwar bis zur Höhe der von ihm erbrachten Leistung. Dieser Grundsatz vermeidet eine Bereicherung der geschädigten Person, garantiert ihr aber anderseits in aller Regel ein Vorrecht in Bezug auf den Ersatz der Schadensposten, die von der Versicherung gedeckt sind. Der Grundsatz der Subrogation gilt für die meisten Bundesversicherungen[864] und für gewisse Pensionskassen des Bundes[865]. Er ist auch in Artikel 72 Absatz 1 VVG vorgesehen, wonach dem Schadensversicherer ein beschränktes Subrogationsrecht zusteht, wenn die haftpflichtige Person aus Verschulden haftet; in den übrigen Fällen kann der Versicherer nur in den Schranken von Artikel 51 Absatz 2 OR auf die haftpflichtige Person Rückgriff nehmen[866].

---

863 Maurer A., Cumul et subrogation dans l'assurance sociale et privée. Contribution à l'harmonisation de la législation. Rapport du groupe de travail institué par la Société suisse de droit des assurances, Berne 1976, S. 9 ff. (deutsche Ausgabe : Kumulation und Subrogation in der Sozial- und Privatversicherung, Bern 1975); Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 11, N. 1 ff.

864 Vgl. Art. 41 UVG, 48ter AHVG, 52 Abs. 1 IVG, 67 Abs. 1 MVG; vgl. auch Art. 79 Abs. 1 KVG.

865 Vgl. Art. 14 der Verordnung vom 2. März 1987 über die Eidgenössische Versicherungskasse (SR 172.222.1) und Art. 14 der Statuten der Pensions- und Hilfskasse der Schweizerischen Bundesbahnen vom 10. März 1987 (SR 172.222.2).

866 Vgl. Art. 54 VE und hinten 2.7.3.1.

– Nach dem Grundsatz der Anrechnung kann die haftpflichtige Person ihre Ersatzleistung in der Höhe der Leistungen kürzen, die der Versicherer dem Opfer erbracht hat; in diesem Ausmass ist sie von ihrer Ersatzpflicht befreit. Dieser Grundsatz ist die Regel in den ausländischen Systemen, die das Subrogationsrecht der Sozialversicherungen aufgehoben haben. In der Schweiz findet er Anwendung, wenn der Schadensversicherer gegen die haftpflichtige Drittperson nicht Rückgriff nehmen kann. Er ist auch in einigen Gesetzen vorgesehen, die eine scharfe Kausalhaftung begründen (Art. 62 Absatz 3 SVG, 13 Abs. 1 EHG, 9 Abs. 2 KHG), und ist dabei allerdings auf die Leistungen privater Versicherungen beschränkt, für welche die haftpflichtige Person die Prämien ganz oder teilweise bezahlt hat[867].

– Der Grundsatz der Subsidiarität erlaubt dem Versicherer, die von ihm geschuldeten Leistungen in dem Ausmass zu verweigern, in dem eine Person dem Versicherten für den Schaden haftet. Dieser Grundsatz ist oft in den Statuten und Reglementen der Krankenkassen und der Personalvorsorgeeinrichtungen verankert. Seine Anwendung kann für die geschädigte Person Härtefolgen haben. Daher hat der Versicherer das Recht oder gar die Pflicht, dem Opfer Vorschüsse zu leisten; dieses muss ihm allerdings die Rechte abtreten, die es gegen die ersatzpflichtige Drittperson hat. Die Tragweite einer solchen Abtretung ist seit langem Gegenstand von Diskussionen. Nach der Rechtsprechung sind die Krankenkassen und die Vorsorgeeinrichtungen, auch die öffentlich-rechtlichen, den Personen gleichgestellt, die aus Vertrag haften, und unterstehen der Regressordnung nach Artikel 51 Absatz 2 OR; die in Statuten oder Reglementen vorgesehene Abtretung ist daher unwirksam, wenn sie zu einer Abweichung von dieser Regressordnung führt, und dies trotz des Wortlauts von Artikel 26 BVV 2[868].

Von den soeben geschilderten Grundsätzen hat einer eine Sonderstellung: Jener, der die Häufung der Forderungen gegen die haftpflichtige Person einerseits und gegen den Versicherer anderseits zulässt. Seine Besonderheit geht auf die Natur der Summenversicherung zurück, deren Leistungen nicht vom Bestehen eines effektiven Schadens, sondern vom blossen Eintritt des Versicherungsfalls wie etwa Tod oder Invalidität abhängen. Der Grundsatz der Häufung der Forderungen, der zu Beginn des Jahrhunderts ins Gesetz aufgenommen wurde (Art. 96 VVG), drückt den politischen Willen aus, die berufliche Vorsorge durch Privatversicherungen zu fördern. Trotz der Entwicklung der Sozialversicherungen hat er heute noch einen unbestreitbaren Wert[869] und soll weiterhin auf die Versicherungen angewendet werden, die als Summenversicherungen die Risiken Tod und Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Integrität des Menschen decken.

---

867 Vgl. Art. 54*i* VE und hinten 2.7.5.

868 BGE 104 II 189, 107 II 495, 115 II 26 f. und die dort zitierten Lehrmeinungen. Nach Art. 26 BVV 2 (SR 831.441.1) kann die Vorsorgeeinrichtung wenn ihr Reglement es vorsieht, verlangen, dass der Anwärter auf eine Hinterlassenen- oder Invalidenleistung ihr seine Forderung gegen haftpflichtige Dritte bis zur Höhe ihrer Leistungspflicht abtritt.

869 Maurer A., a.a.O. (Anm. 863), S. 89; Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.1, S. 108.

Die anderen Grundsätze - Subrogation und Regress, Anrechnung, Subsidiarität und Abtretung - bezwecken alle eine Koordination des Haftpflichtrechts mit dem Recht der Privat- und der Sozialversicherungen, freilich in unterschiedlichem Ausmass und auf unterschiedliche Art und Weise. Dadurch soll insbesondere eine Bereicherung der geschädigten Person verhindert werden. Dieser Zweck ist eng mit der Ersatzfunktion der betreffenden Regelungen verbunden. Es ist allerdings festzustellen, dass diese Regelungen insgesamt ein Zwittersystem darstellen, das nicht auf einem globalen Konzept beruht. Daraus ergeben sich in der Praxis unterschiedliche Lösungen, die Gefahr der Überversicherung und der Bereicherung sowie eine komplizierte Anwendung. Dies ist bei Tod oder Invalidität des Opfers besonders ersichtlich, wenn neben der haftpflichtigen Person eine Mehrheit von Sozialversicherungen leisten muss. Diese unbefriedigende Lage hat zahlreiche Gründe. Zunächst ist die gesetzliche Entwicklung des Haftpflichtrechts zu erwähnen, die ausserhalb des gemeinen Rechts des OR erfolgte und sich durch Sonderregelungen mit unterschiedlichen Lösungen auszeichnet[870]. Man denke beispielsweise an die verschiedenen Bestimmungen, die für die Ausübung einer gefährlichen Tätigkeit den Abschluss einer Versicherung vorschreiben, wie dies beim Halter eines Motorfahrzeugs oder dem Inhaber einer Kernanlage der Fall ist. Zu erwähnen ist weiter, dass die Privatversicherungen zwar einen beachtlichen Aufschwung erlebt haben, gewisse Branchen aber vom Gesetzgeber nicht in geeigneter Weise erfasst wurden und heute einer teilweise überwundenen Gesetzgebung unterstehen[871]. Zu denken ist an das Problem der Qualifizierung der Versicherungen, die das Risiko einer Gesundheitsschädigung decken, und an seine Auswirkungen auf die Haftpflicht[872]. Schliesslich ist das Sozialversicherungsrecht zu erwähnen, dessen unterschiedliche Regelungen nicht auf ein bestimmtes Konzept zurückgehen, sondern vielmehr im Verlauf der Jahrzehnte pragmatisch entwickelt wurden[873]. Daraus ist eine systematische Vielfalt entstanden, die der Kohärenz schadet und eine homogene Anwendung verunmöglicht[874].

Niemand wird bestreiten, dass die geltende Regelung der Fälle, in denen der Schaden durch Leistungen der haftpflichtigen Person und einer oder mehrerer Versicherungen ersetzt wird, besser harmonisiert werden muss, um zwei Hauptziele zu verwirklichen: Einerseits ist jede Bereicherung des Opfers zu vermeiden (namentlich durch Anwendung des Grundsatzes der Subrogation der Versicherung); anderseits muss aber das Opfer vollen Schadenersatz erhalten (namentlich durch Anwendung des Grundsatzes des Quotenvorrechts)[875]. Zu diesem Zweck müssen die Bestimmungen, die der Koordination zwischen den verschiedenen anwendbaren Regelungen dienen, verallgemeinert und möglichst vereinheitlicht werden. Nach der Absicht des Gesetzgebers

---

870 Vgl. vorne 1.1.

871 Gauch P., Das VVG - Alt und Revisionsbedürftig, Strassenverkehrsrecht -Tagung, Freiburg 1990; Tercier P., La LCA : ombres et lumières, Journées de droit de la circulation routière, Freiburg 1990.

872 Vgl. BGE 104 II 47 ff. Vgl. auch .Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 11, N. 14.

873 Maurer A., a.a.O. (Anm. 162), S. 7.

874 Bericht der Kommission des Ständerates über den Entwurf eines BG über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, BBl 1991 II 234 ff.

875 Schaer R., a.a.O. (Anm. 122), S. 17 ff., 147 ff.

soll das Verhältnis zwischen Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht im Obligationenrecht geregelt werden, und zwar im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts[876]. Das Verhältnis zwischen Haftpflichtrecht und Sozialversicherungsrecht soll indessen im Gesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts geregelt werden, dessen Entwurf zur Zeit von den Eidg. Räten beraten wird[877]. Diesbezüglich ist sehr zu bedauern, dass die berufliche Vorsorge entgegen dem Vorschlag der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungsrecht[878] vom Anwendungsbereich dieses Gesetzesentwurfs ausgeschlossen wurde[879]. Einerseits wird anerkannt, dass die berufliche Vorsorge in Anbetracht ihrer Ziele eine Branche der Sozialversicherungen ist[880]. Anderseits - und vor allem in Anbetracht der Entschädigungsnatur der obligatorischen Invaliditäts- und Hinterlassenenleistungen nach BVG - drängt sich auf, die Vorsorgeeinrichtungen wie die anderen Sozialversicherungen zu behandeln und ihnen insbesondere ein vollständiges Subrogationsrecht gegen die haftpflichtige Person zu gewähren. Diese Auffassung, die schon von der Studienkommission vertreten wurde[881], wird von zahlreichen Autoren geteilt[882]. Sollte sie der Gesetzgeber bei der laufenden Revision des Sozialversicherungsrechts nicht berücksichtigen und die Überprüfung dieses Problems auf eine spätere Änderung des BVG verschieben[883], würde die heutige Lage noch lange weiterdauern. So würden auch die heutigen ungerechtfertigten Unterschiede weiter bestehen: Den Vorsorgeeinrichtungen wird entweder - wie einigen Pensionskassen des Bundes[884] - ein vollständiges Subrogationsrecht zustehen oder bloss ein beschränktes Rückgriffsrecht nach den Regeln des OR; die Einrichtung kann zudem, wenn das Reglement es ihr erlaubt, auf den Regress gegen die haftpflichtige Person verzichten, was eine nicht gerechtfertigte Bevorzugung des versicherten Opfers bewirkt[885].

---

876 Vgl. Art. 54 bis 54*i* VE und hinten 2.7.2. bis 2.7.5.

877 Vgl. Bericht der Kommission des Ständerates, a.a.O. (Anm. 874), insbesondere S. 243 ff. (Grundzüge der Vorlage) und S. 264 ff. (Koordinationsregeln, insbesondere die Art. 79 bis 82 über die Subrogation der Sozialversicherung).

878 Bericht und Entwurf zu einem Allgemeinen Teil der Sozialversicherung, Bern 1984, S. 25 f.

879 Bericht der Kommission des Ständerates, a.a.O. (Anm. 874), S. 243 f. und 247; vgl. auch Art. 1 des Entwurfs. In seiner Stellungnahme vom 17. April 1991 bezeichnete der Bundesrat diesen Ausschluss als "Mangel" (BBl 1991 II 913). In seiner vertieften Stellungnahme vom 17. August 1994 bestätigte er seine Meinung (BBl 1994 V 924 f.).

880 Bericht der Kommission des Ständerates, a.a.O. (Anm. 874), S. 235 und 247. Vgl. auch Beck P., Regress der Vorsorgeeinrichtung auf haftpflichtige Dritte, SVZ 1992 (60), S. 179; BGE 20.03.1990, SZS 1990, S. 305, wo das Bundesgericht erkennt, dass die Vorsorgeeinrichtung, die gegen eine haftpflichtige Person Rückgriff nimmt, und die AHV Gesamtgläubiger nach Art. 79^{quater} Abs. 3 AHVV sind.

881 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.1.2, S. 168 f.

882 Nef U.Ch., Die Leistungen der beruflichen Vorsorge in Konkurrenz zur anderen Versicherungsträgern sowie haftpflichtigen Dritten, SZS 1987, S. 31; Beck P., a.a.O. (Anm. 880), S. 184 ff.; Maurer A., a.a.O. (Anm. 144), S. 226; Schaer R., Hard cases make bad law oder OR 51/2 und die regressierende Personalvorsorgeeinrichtung, recht 1991, S. 14 f., 18 f.

883 Vgl. diesbezüglich den Vorschlag der Kommission des Ständerates, BBl 1991 II 247, 290.

884 Vgl. vorne Anm. 865.

885 Dieser Vorteil gehört heute nicht zu den "ungerechtfertigten" nach Art. 34 Abs. 2 BVG und 24 Abs. 2 BVV 2; vgl. zu diesem Punkt Maurer A., a.a.O. (Anm. 162), S. 227; Bossard

2.7.2 Beschreibung des Vorentwurfs

Das Privatversicherungsrecht untersteht im wesentlichen dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag. Dieses Gesetz trifft eine - formell fragliche[886] - Unterscheidung zwischen den Schadensversicherungen (Art. 48 bis 72) und den Personenversicherungen (Art. 73 bis 96). Der Entschädigungsgrundsatz, wonach der Versicherungsfall nicht zu einer Bereicherung des Berechtigten führen darf, ist nur auf Schadensversicherungen anwendbar (Art. 72)[887]. In der Praxis werden die Versicherungsarten nach dem versicherten Objekt (Person, Sache oder Vermögen) unterschieden. Garantiert die Dekkung bei Tod oder bei Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit eines Menschen unabhängig vom Bestehen eines effektiven Schadens die Leistung zum voraus bestimmter Geldsummen, so spricht man eher von Summenversicherungen als von Personenversicherungen. Diese Besonderheit rechtfertigt den Grundsatz der Häufung der Forderungen, der in Artikel 96 VVG verankert ist[888]. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Qualifikation der verschiedenen Versicherungsbranchen selbstredend wesentlich[889].

Begründet das schädigende Ereignis gleichzeitig eine Ersatzforderung gegen die haftpflichtige Person und eine Forderung gegen einen Privatversicherer, können drei Arten von Rechtsverhältnissen in Frage kommen, und zwar je nachdem

- ob die geschädigte Person im Genuss einer Schadensversicherung ist;
- ob die haftpflichtige Person von einer Haftpflichtversicherung gedeckt ist;
- ob die geschädigte Person Anspruch auf Leistungen einer Versicherung hat, die von der haftpflichtigen Person finanziert wurde.

Das geltende Recht regelt diese verschiedenen Rechtsverhältnisse unvollständig, und zwar durch Bestimmungen, die in vielen Gesetzen zerstreut sind, so im OR (namentlich in Art. 51), im VVG (insbesondere in Art. 60 und 72) und in Spezialgesetzen, die eine Gefährdungshaftung vorsehen (wie in Art. 63 ff. SVG, wo die obligatorische Versicherung zur Deckung der Haftung des Motorfahrzeughalters geregelt ist). Oft haben diese Bestimmungen, wenn sie die Intervention eines Versicherers direkt erfassen, einen beschränkten Anwendungsbereich; sie erweisen sich als lückenhaft und führen zu unterschiedlichen Lösungen. Den Vorschlägen der Studienkommission folgend[890] sind die Ver-

---

R./Daxelhoffer H./Jaeger B., Der Rückgriff im Überblick, in Das Verschulden, von Schaer R./Duc J.-L./Keller A., Basel 1992, S. 300.

886 Kuhn M., Grundzüge des schweizerischen Privatversicherungsrechts, Zürich 1989, S. 63; Tercier P., a.a.O. (Anm. 871), S. 12 f.

887 Vgl. hinten 2.7.3.

888 Vgl. vorne 2.7.1.

889 Maurer A., Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 1986, S. 405 ff.; Kuhn M., a.a.O. (Anm. 156), S. 63 ff.; Viret B., Droit des assurances privées, 3. Aufl., Zürich 1991, S. 155 ff.

890 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.1, S. 106 ff.

fasser des Vorentwurfs überzeugt, dass die Artikel 41 ff. OR die verschiedenen Verhältnisse zwischen Haftpflicht und Privatversicherung, also Schadensversicherung (Art. 54 bis 54*b* VE), Haftpflichtversicherung (Art. 54*c* bis 54*h* VE) und Fremdversicherung (Art. 54*i* VE), systematisch regeln müssen. Grund dafür ist, dass sich die Regeln des Vorentwurfs häufig an die allgemeinen Bestimmungen über die Haftungskonkurrenz anlehnen (Art. 53*b* und 53*c* VE)[891] und dass sie allgemeine Anwendung beanspruchen dürfen, weil die Privatversicherungen sehr bedeutend oder gar allgegenwärtig sind, wenn es um Schadenersatz geht. Dies sollte zu einer besseren Wirksamkeit des Systems (insbesondere dank der Verallgemeinerung des Subrogationsrechts des Versicherers) und zu einer Verbesserung der Rechtslage der geschädigten Person führen (namentlich dank der Verallgemeinerung des unmittelbaren Forderungsrechts gegen den Haftpflichtversicherer und dank dem Vorrecht auf Ersatz der von der Versicherung gedeckten Schadensposten).

2.7.3 Verhältnis zur Schadensversicherung (Art. 54 bis 54b VE)

2.7.3.1 Heutige Lage

Die Artikel 54 bis 54*b* VE regeln das Verhältnis der Haftpflicht zur Schadensversicherung, also zu einer Versicherung, die eine effektive Verminderung des Vermögens der versicherten Person - des Versicherungsnehmers selbst oder einer Drittperson, zu deren Gunsten die Versicherung abgeschlossen wurde - deckt. Gegenstand der hier erfassten Versicherung ist eine Sache oder, wenn es sich dabei nicht um eine Summenversicherung handelt, eine Person[892]. Das Verhältnis zwischen Haftpflichtversicherung und Haftpflichtrecht ist in den Artikeln 54*c* bis 54*h* VE geregelt.

Im geltenden Recht regeln die Artikel 72 VVG und 51 OR das Verhältnis zwischen Schadensversicherung und haftpflichtiger Person. Gegen beide stehen dem Opfer konkurrierende Forderungen zu. Dies bedeutet, dass die Forderung des Opfers gegen die haftpflichtige Person um die Versicherungsleistungen gekürzt wird. Wenn - wie es am häufigsten vorkommt - der Versicherer als erster das Opfer entschädigt, kann er auf den Verursacher der schuldhaften unerlaubten Handlung Rückgriff nehmen, und dies infolge Subrogation in die Rechte der geschädigten Person (Art. 72 Abs. 1 VVG). Dagegen könnte der Versicherer nicht auf die Person zurückgreifen, die kausal haftet und die kein Verschulden trifft[893]. In dieser Schranke ist eine Anwendung von Artikel 51 Absatz 2 OR zu sehen. Der Regress gegen die Person, die aus Vertrag haftet, ist nur dann gegeben, wenn diese Person selbst oder eine ihrer Hilfspersonen aus schwerem Verschulden haftet[894]. Das Bundesgericht begründet diese einschränkende Rechtsprechung mit den Artikeln 51 Absatz 1 und 50 Absatz 2

---

891 Vgl. vorne 2.6.4.

892 Vgl. vorne 2.7.2. Vgl. auch Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 397 und 400; BGE 104 II 47 ff., 119 II 364 f.

893 BGE 107 II 496, 115 II 26.

894 BGE 80 II 253 ff., 93 II 353; Konsequenz: Ist die Person, die aus Vertrag haftet, als erste vom Opfer belangt worden, so steht ihr ein Rückgriffsrecht gegen den Versicherer zu, wenn sie kein schweres Verschulden trifft (BGE 114 II 344 f.).

OR, die den richterlichen Ermessensspielraum vorbehalten. Es führt aus, dass der Gesetzgeber, indem er Artikel 51 OR nach Artikel 72 VVG erlassen habe, die Lage der Versicherung nicht habe verbessern wollen. Es fragt sich zudem, aus welchem Grund der Versicherung ein Rückgriffsrecht gegen die Person zustehen solle, die aus Vertrag hafte und der kein schweres Verschulden vorgeworfen werden könne, wenn Artikel 14 Absatz 4 VVG der Versicherung verbiete, bei leichtem Verschulden der versicherten Person ihre Leistungen zu kürzen. Diese Rechtsprechung hat die Lehre erheblich beschäftigt[895].

Die Regelungen von Artikel 72 Absatz 1 VVG und 51 OR betreffen zum Teil dasselbe Problem, stimmen aber nicht völlig überein, was der Kohärenz des Systems schadet[896]. Artikel 72 Absatz 1 VVG ist eine starre Sonderbestimmung, die der Versicherung ein - durch eine beschränkte Subrogation verstärktes - Rückgriffsrecht gewährt, das dem richterlichen Ermessensspielraum entzogen ist. Artikel 51 OR ist eine flexible allgemeine Bestimmung, die der Versicherung ein selbständiges Rückgriffsrecht einräumt, das vom Gericht überprüft werden kann. Aus dem geltenden Recht ergibt sich, dass dem Versicherer, der seine Leistung erbracht hat, nur ein beschränkter Rückgriff auf die haftpflichtige Person zusteht. Unter gewissen Umständen zieht diese somit aus dem - an sich zufälligen - Bestehen einer Versicherung Nutzen, die vom Opfer finanziert wurde und dadurch zu einer Art Versicherung "für Rechnung Dritter" wird. Diese Situation ist unbefriedigend und muss geändert werden. Zu diesem Zweck und im Sinne der Thesen der Studienkommission[897] schlagen die Verfasser des Vorentwurfs eine einheitliche Regelung der Materie im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts vor. Diese Regelung berücksichtigt logischerweise die Bestimmungen über die Haftungskonkurrenz im Innenverhältnis (Art. 53*c* VE)[898], aber auch die Tatsache, dass der Versicherer keine haftpflichtige Person wie die anderen ist, weil er ersatzpflichtig ist, ohne den Schaden verursacht zu haben; dies rechtfertigt Sonderlösungen. Die Verpflichtung des Versicherers hat ihre Grundlage im Versicherungsvertrag, nicht in der Verletzung einer vertraglichen Pflicht oder in einem ausservertraglichen Haftungsgrund. Daher legt der Vorentwurf den Grundsatz der vollen Subrogation des Versicherers in die Rechte des Opfers gegenüber der haftpflichtigen Person fest (Art. 54 VE), und er beschränkt sowohl in allgemeiner als auch in besonderer Weise die Ausübung des Rückgriffsrechts (Art. 54*a* und 54*b* VE). Mit dieser neuen Regelung werden die Absatz 1 und 3 des geltenden Artikel 72 VVG gegenstandslos. Absatz 2 ist für die Verfasser des Vorentwurfs eine besondere Haftungsbestimmung, die nach neuem Recht unter die allgemeine Klausel der Verschuldenshaftung (Art. 48 VE) fallen wird. Sie scheint ihnen daher überflüssig zu sein[899]. Deshalb schlagen sie vor, dass Artikel 72 VVG inskünftig eine blosse Verweisungsnorm enthalten soll, wonach das Rückgriffsrecht des Versicherers den

---

895 Vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 108 ff. zu Art. 51 OR und die dortigen Hinweise.

896 Maurer A., a.a.O. (Anm. 863), S. 91; Oswald H., Leistungskollisionen in der Privat- und Sozialversicherung, SVZ 1973/1974, S. 132 f.; Chaudet M.H., Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage, Diss. iur. Lausanne 1966, S. 79 ff.

897 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.1, S. 107 f.

898 Vgl. vorne 2.6.4.4.

899 Vgl. hinten 2.7.3.2. und 2.7.3.3.1.

Bestimmungen des OR über den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, insbesondere den Artikeln 54 bis 54*b* VE untersteht.

2.7.3.2 Grundsatz (Art. 54 VE)

Steht dem Opfer für denselben Schaden eine Ersatzforderung gegen die haftpflichtige Drittperson und gegen den deckungspflichtigen Versicherer zu, so handelt es sich um konkurrierende Forderungen. Die Zahlung durch einen Mitschuldner befreit den anderen bis zur Höhe der geleisteten Entschädigung. Die interne Verteilung der Solidarschuld erfolgt auf dem Regressweg.

In der grossen Mehrheit der Fälle wird die Entschädigung zunächst von der Versicherung bezahlt[900]. Artikel 54 Absatz 1 VE geht von diesem Fall aus und sieht vor, dass sich die geschädigte Person die Leistungen, die sie von der Versicherung erhalten hat, auf ihre Forderung gegen die haftpflichtige Person anrechnen lassen muss. Diese Regelung stellt eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes der Vorteilsanrechnung dar, die nach Meinung der Verfasser des Vorentwurfs keiner ausdrücklichen gesetzlichen Verankerung bedarf[901]. Dieser Grundsatz will eine Bereicherung des Opfers verhindern; zu diesem Zweck verpflichtet er es, vom Schaden die Vorteile abzuziehen, die ihm aus dem schädigenden Ereignis entstanden sind; abzuziehen sind insbesondere - und es ist in der Praxis der wichtigste Fall - die Versicherungsleistungen[902]. Die Anrechnung dieser Leistungen ist auch dadurch gerechtfertigt, dass die haftpflichtige Person dem Rückgriff des Versicherers ausgesetzt ist.

Nach Artikel 54 Absatz 2 VE tritt der Versicherer mit der Zahlung seiner Leistungen für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte des Opfers gegen die haftpflichtige Person ein. Mit anderen Worten erwirbt der Versicherer alle Forderungen des Opfers gegen eine Drittperson, und zwar unabhängig vom Grund, warum diese haftet. Gegebenenfalls kann er diese Forderungen auf dem Regressweg geltend machen, dies allerdings nur, soweit die Umstände es rechtfertigen (Art. 54*a* VE), und in den Schranken des Vorrechts der geschädigten Person (Art. 54*b* VE). Es handelt sich um eine gesetzliche Subrogation (oder Abtretung), die grundsätzlich derjenigen der geltenden Artikel 72 Absatz 1 VVG oder Artikel 53*c* Absatz 2 VE entspricht. Sie hängt somit weder von einer besonderen Form noch von einer Erklärung der berechtigten Person ab. Sie erfolgt von Gesetzes wegen.

Der Grundsatz der Anrechnung der Versicherungsleistungen (Art. 54 Abs. 1 VE) einerseits und derjenige der Subrogation des Versicherers (Art. 54 Abs. 2 VE) anderseits ergänzen sich. Der erste will die Bereicherung der geschädigten Person verhindern; der zweite will verhindern, dass die haftpflichtige Person in ungerechtfertigter Weise vom Bestehen einer Versicherung profitiert und so praktisch von ihrer Verpflichtung befreit wird. Diese beiden Grundsätze finden

---

900 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 378; Chaudet M.H., a.a.O. (Anm. 896), S. 18.

901 Vgl. vorne 2.3.2.1. und den Hinweis in Anm. 336.

902 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 178 ff., 376; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 219 ff.

ihre Rechtfertigung in der Natur der Schadensversicherung[903] wie auch im Dreieckverhältnis, in dem die beteiligten Personen stehen und das eine Haftungskonkurrenz im weiten Sinne bewirkt. Bei allgemeinerer Betrachtung entsprechen diese Grundsätze der Philosophie des Haftpflichtrechts, dessen Grundregeln von der Versicherung nicht geändert und verfälscht werden dürfen

Nach Artikel 54 Absatz 2 VE tritt der Versicherer in die Rechte des Opfers gegen die Person ein, die für den Schaden haftet, und zwar unabhängig vom Haftungsgrund. Im Vergleich zum geltenden Artikel 72 Absatz 1 VVG ist diese Regelung insofern neu, als sie eine vollständige Subrogation des Versicherers und nicht mehr eine Subrogation vorsieht, die nur die Forderungen aus verschuldeten unerlaubten Handlungen erfasst. Diese Lösung ist aus mehreren Gründen gerechtfertigt. Zum einen soll der Privatversicherer gleich wie der Sozialversicherer behandelt werden, damit das Haftpflichtrecht und das Sozialversicherungsrecht möglichst vereinheitlicht werden[904]. Zum zweiten soll das Verhältnis zwischen Schadensversicherer und haftpflichtiger Drittperson nach denselben Grundsätzen geregelt werden, die bei Haftungskonkurrenz für das Innenverhältnis gelten, also gemäss dem Grundsatz der Verteilung der Solidarschuld nach Massgabe der Umstände und dem Grundsatz des Regresses - in Form der Subrogation - der mithaftpflichtigen Person, die über ihren Anteil hinaus Ersatz geleistet hat[905]. Zu betonen ist: Die vollständige Subrogation verhindert, dass das Bestehen einer Versicherung die Lage der haftpflichtigen Person in ungerechtfertigter Weise verbessert und gegebenenfalls zu einer Änderung der internen Verteilung der Ersatzleistung führt. Schliesslich ist zu erwähnen, dass die Beträge, die der Versicherer auf dem Regressweg erhält, sich in einer Marktwirtschaft auf die Prämien und somit zugunsten der Gemeinschaft der Versicherten auswirken sollte[906]. Dieses Argument ist allerdings insofern zu relativieren, als der Schadensversicherer häufig auf einen anderen Versicherer - denjenigen, der die Haftpflicht der ersatzpflichtigen Person deckt - Rückgriff nimmt, so dass letztlich eine allgemeine Kompensationswirkung eintritt.

Die Subrogation des Versicherers nach Artikel 54 Absatz 2 VE kennt zwei Voraussetzungen. Erstens muss der Versicherer der geschädigten Person Leistungen erbracht haben, die im Versicherungsvertrag vorgesehen sind; freiwillige Leistungen ohne Rechtsanspruch sind somit nicht zu berücksichtigen. Zweitens muss der geschädigten Person eine Ersatzforderung gegen die haftpflichtige Person zustehen, die denselben Gegenstand betrifft. Diese Schranke passt logisch ins System der Forderungskonkurrenz; nach einer seit lange verwendeten und im vorgeschlagenen Text übernommenen Formulierung bedeutet sie, dass der Versicherer nur für die von ihm gedeckten gleichartigen Scha-

---

903 Koenig W., Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967, S. 287; Chaudet M.H., a.a.O. (Anm. 896), S. 19.

904 Vgl. vorne 2.7.1.

905 Vgl. Art. 53*c* VE, vorne 2.6.4.4. Vgl. auch Art. 54*a* VE und hinten 2.7.3.3.

906 In diesem Sinne Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 61; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 121 zu Art. 51 OR. Diese Meinung wird nicht einhellig vertreten; vgl. namentlich Chaudet M.H., a.a.O. (Anm. 896), S. 20 und BGE 80 II 247 f.

densposten in die Rechte der geschädigten Person eintritt[907]. Wenn ein Fahrzeug beschädigt wird, ist die Gleichartigkeit der Schadensposten - und somit die Subrogation der Kaskoversicherung - beispielsweise nicht für die vertragliche Leistung gegeben, die den höheren Verkehrswert eines Autos deckt, oder für den Verdienstausfall während der Reparaturzeit eines Lastwagens, der in der Regel von dieser Deckungsart ausgeschlossen ist.

Die Subrogation des Versicherers findet im Zeitpunkt der - effektiven - Zahlung der Versicherungsleistungen von Gesetzes wegen statt. Diese Regelung ist logisch und entspricht jener von Artikel 53*c* Absatz 2 VE sowie der allgemeinen Regelung des Rückgriffs bei passiver Solidarität (Art. 148 Abs. 2 und 149 Abs. 1 OR). Sie weicht hingegen von der Lösung des Sozialversicherungsrechts ab, wonach die Subrogation mit dem Eintritt des Versicherungsfalls erfolgt[908]. Diese Abweichung ist mit Natur und Zweck der Sozialversicherungen zu erklären und dadurch gerechtfertigt, dass der Versicherer bei Tod oder Invalidität in den meisten Fällen periodischen Renten ausrichtet; eine Subrogation im Zeitpunkt der Zahlung der Versicherungsleistungen würde die Ausübung des Rückgriffsrechts erheblich erschweren.

Die Wirkungen der in Artikel 54 Absatz 2 VE vorgesehenen Subrogation unterstehen - wie dies bei Artikel 149 OR und 72 Absatz 1 VVG der Fall ist - den Bestimmungen über die Forderungsabtretung mit Ausnahme derjenigen, die die Gewährleistung betrifft (Art. 173 Abs. 2 OR)[909] :

- Der Versicherer erwirbt eine Ersatzforderung bis zur Höhe der erbrachten Leistungen und innerhalb der gesetzlichen Schranken (Art. 54 Abs. 2 und 54*b* VE), und zwar mit den Sicherheiten und Vorrechten, die mit der Forderung verbunden sind (wie z.B. der Einredenausschluss des direkt eingeklagten Haftpflichtversicherers[910]).

- Die haftpflichtige Person wird gegenüber dem Opfer im gleichen Ausmass befreit; sie ist auch gegenüber dem Versicherer befreit, wenn sie keine Kenntnis von der Subrogation hatte und das Opfer gutgläubig befriedigt hat (Art. 167 OR).

- Im gleichen Ausmass verliert die geschädigte Person jeden Ersatzanspruch gegen die haftpflichtige Drittperson und somit auch jedes Recht, über die Forderung zu verfügen. Diesbezüglich sieht der geltende Artikel 72 Absatz 2 VVG vor, dass der Anspruchsberechtigte für jede Handlung verantwortlich ist, die das Rückgriffsrecht des Versicherers gefährden könnte. Erfasst sind insbesondere die Fälle, in denen das Opfer auf seine Ersatzforderung ver-

---

907 Koenig W., a.a.O. (Anm. 903), S. 288; Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 399; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 302; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 11, N. 43.

908 Vgl. Art. 41 UVG, 79 Entwurf ATSG (vgl. vorne Anm. 874).

909 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 379; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 11, N. 15; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 303. Zu erwähnen ist allerdings, dass die Regressklage zum Teil eigenen Regeln untersteht; dies trifft insbesondere in Bezug auf die Teilung der Forderung bei einer Mehrheit mithaftpflichtiger Personen (vgl. hinten 2.7.3.3.1) und auf die Verjährung (vgl. hinten 2.8.7.) zu.

910 BGE 119 II 290 ff. Vgl. auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 11, N. 16.

zichtet oder sie einer Drittperson abgetreten hat, die Sicherheiten geschmälert oder dem Versicherer nicht die Mittel zur Verfügung gestellt hat, die ihm die Durchführung der Regressklage ermöglicht hätten (Art. 170 Abs. 2 OR)[911]. Für die Verfasser des Vorentwurfs ist diese - praktisch wenig bedeutende - Bestimmung überflüssig. Die geschädigte Person, die die Ausübung des Rückgriffsrechts des Versicherers hindert und somit die Subrogation unwirksam macht, verletzt nämlich eine vertragliche Pflicht oder den Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von Artikel 46 Absatz 2 VE[912]. Trifft sie ein Verschulden, haftet sie für den dadurch dem Versicherer verursachten Schaden (Art. 48 VE)[913].

2.7.3.3 Rückgriff des Versicherers (Art. 54a und 54b VE)

2.7.3.3.1 Im Allgemeinen (Art. 54a VE)

Bei Haftungskonkurrenz erfolgt die interne Verteilung des Schadenersatzes nach besonderen Regeln. Grundsätzlich ist sie dem Willen des Opfers entzogen. Der haftpflichtigen Person, die den Schaden über ihren Anteil hinaus ersetzt hat, steht eine Regressforderung gegen die anderen Personen zu. Diese Forderung gewährt ihr ein selbständiges, kein abgeleitetes Recht. Die Subrogation verstärkt dieses Recht; sie schliesst es nicht aus[914].

Im geltenden Recht regeln die Artikel 72 VVG und 51 OR den Grundsatz und die Tragweite des Rückgriffs des Versicherers in komplexer und relativ starrer Weise[915]. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen vor, diese Bestimmungen durch eine einheitliche Regelung zu ersetzen, die dem Gericht einen weiten Ermessensspielraum bietet. Artikel 54*a* Absatz 1 VE sieht vor, dass der Versicherer sein Rückgriffsrecht gegen die haftpflichtige Person nach den Vorschriften über die Haftungskonkurrenz (Art. 53*c* VE) ausüben kann. Die Norm behandelt den Versicherer und die haftpflichtige Person gleich. Daraus folgt, dass die Subrogation des Versicherers in die Rechte der geschädigten Person grundsätzlich vollständig (oder unbeschränkt) ist, dass sein Rückgriff gegen die haftpflichtige Drittperson hingegen je nach Fall unterschiedlich ist, also seine Tragweite nach dem allgemeinen Kriterium von Artikel 53*c* Absatz 1 VE von den "Umständen" abhängt[916]. Die in Frage kommenden Umstände sind diejenigen, die bei der Bemessung der Ersatzleistung im Allgemeinen massgebend sind[917]. Es handelt sich insbesondere um die Sachverhalte, für welche die haftpflichtigen und die geschädigten Personen einzustehen haben, namentlich die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos,

---

911 Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 402; Chaudet M.H., a.a.O. (Anm. 896), S. 43.

912 Vgl. vorne 2.3.3.3.

913 Vgl. vorne 2.4.2.1.

914 Von Tuhr A./Escher A., a.a.O. (Anm. 282), S. 316 ff.; Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 68 ff. Vgl. auch vorne 2.6.4.4.

915 Vgl. vorne 2.7.3.1.

916 Entgegen der Auffassung, die im Bericht der Studienkommission (These 510-2, S. 108) aufscheint, ist nicht die Subrogation, sondern der Regress Funktion der Umstände.

917 Vgl. Art. 52 Abs. 1 VE, vorne 2.5.2.

das jeder Person zuzurechnen ist. Unter diesem Gesichtspunkt - und dies gilt jetzt wie inskünftig - dürfen Subrogation und Rückgriffsrecht des Versicherers die Lage der Parteien des Grundverhältnisses nicht verschlimmern, und zwar weder diejenige des Opfers, das ein Vorrecht geltend machen kann (Art. 54*b* VE)[918], noch diejenige der haftpflichtigen Drittperson, die sich auf ihre Einreden gegen die geschädigte Person berufen kann[919]. In Erinnerung zu rufen ist, dass im Innenverhältnis keine Solidarität mehr besteht, obwohl der Versicherer in die Rechte des Opfers eintritt. Der Grundsatz ergibt sich aus dem Wortlaut von Artikel 148 OR und ist durch die praktische Notwendigkeit gerechtfertigt, die Ersatzleistung ein für allemal unter den Mitschuldnern zu verteilen[920]. Daraus folgt, dass der Versicherer seine Regressforderung teilen und jede mithaftpflichtige Person für ihren Anteil belangen muss. Im Sozialversicherungsrecht haften hingegen diese Personen solidarisch gegenüber dem Versicherer, der in die Rechte des Opfers eingetreten ist. Diese unterschiedliche Lösung ist durch den Zweck der Sozialversicherungen wie auch durch die Tatsache gerechtfertigt, dass die Subrogation mit dem Eintritt des Versicherungsfalls erfolgt, ohne dass von einer Forderungskonkurrenz im eigentlichen Sinne gesprochen werden kann[921].

Im geltenden Recht besagt Artikel 72 Absatz 3 VVG im wesentlichen, dass die Subrogation dahinfällt und der Versicherer das Rückgriffsrecht nicht ausüben kann, wenn der Schaden auf ein leichtes Verschulden einer Drittperson zurückzuführen ist, mit der die berechtigte Person in häuslicher Gemeinschaft lebt oder für deren Handlungen sie einzustehen hat. Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit Artikel 14 Absatz 3 und 4 VVG zu sehen. Sie kommt daher nur dann zur Anwendung, wenn die ersatzpflichtige Drittperson kein schweres Verschulden trifft. Gerechtfertigt ist sie durch die Enge der Beziehung zwischen der geschädigten und der haftpflichtigen Person, die von einer Regressklage des Versicherers in Frage gestellt werden könnte[922]. Ein analoges "Rückgriffsprivileg" der Angehörigen der versicherten Person ist auch im Sozialversicherungsrecht vorgesehen[923]. Nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfs ist die Regelung von Artikel 72 Absatz 3 VVG zu streng hinsichtlich der Voraussetzungen und zu eng hinsichtlich des Inhalts. Sie soll durch eine allgemeinere Norm ersetzt werden, die dem Richter einen Ermessensspielraum einräumt. Diese Norm wird es ermöglichen, bei der Bestimmung der Regressforderung des Versicherers auch andere Elemente zu berücksichtigen als privilegierte familiäre und vertragliche Beziehungen. Dies widerspiegelt sich im Wortlaut von Artikel 54*a* Absatz 2 VE, wonach das Gericht den Umfang des Rückgriffs einschränken kann, wenn besondere Umstände, namentlich enge Beziehungen

---

[918] Vgl. hinten 2.7.3.3.2.

[919] Vgl. z.B. BGE 80 II 250.

[920] Vgl. vorne 2.6.4.4.

[921] Frésard-Fellay G., Subrogation, droit d'action directe et solidarité, SVZ 1994, S. 57 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 11, N. 6. Vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.1.4, S. 169 f.

[922] Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 387; Chaudet M.H., a.a.O. (Anm. 896), S. 33 f.

[923] Vgl. Art. 44 UVG (der zur Zeit auch ein Haftungsprivileg vorsieht), Art. 48ter AHVG (BGE 117 II 614 ff.), Art. 82 Abs. 1 Entwurf ATSG (BBl 1991 II 268 und vorne Anm. 874).

zwischen der haftpflichtigen und der geschädigten Person, es rechtfertigen. Man denke beispielsweise an den Besucher, der aus Versehen einen Gegenstand der versicherten Person beschädigt, an die Person, die einer anderen einen Gefallen tut und ihr dabei einen Schaden zufügt[924], oder an den Schädiger, der die Versicherung mitfinanziert hat - wie dies beim Mieter eines kaskoversicherten Motorfahrzeugs zutrifft[925].

2.7.3.3.2 Vorrecht der geschädigten Person (Art. 54b VE)

In der Schadensversicherung wird seit längerer Zeit im Sinne des Rechtssprichworts "nemo subrogat contra se" anerkannt, dass der versicherten Person aus der Subrogation des Versicherers kein Nachteil erwachsen darf[926]. Ein solcher Nachteil könnte entstehen, wenn die haftpflichtige Person den Umfang der Ersatzleistung herabsetzen kann und der vom Opfer erlittene Schaden von den Versicherungsleistungen nicht ganz gedeckt wird (z.B. wegen eines Selbstbehalts oder einer Unterversicherung). Daher kann der Versicherer grundsätzlich nur dann auf die haftpflichtige Drittperson Rückgriff nehmen, wenn die geschädigte Person dadurch keinen Nachteil erleidet. Dies kommt der Anerkennung eines Vorzugsrechts der geschädigten Person gleich, für den von der Versicherung nicht gedeckten Teil des Schadens entschädigt zu werden. Der Grundsatz ist seit 1958 in Artikel 88 SVG verankert, der hauptsächlich eingeführt wurde, um das Rückgriffsrecht der SUVA nach Artikel 100 KUVG einzuschränken[927]. Zunächst galt er nur für den Ersatz der Schäden aus Strassenverkehrsunfällen[928]; bald darauf wurde sein Anwendungsbereich auf das ganze Haftpflichtrecht ausgedehnt[929]. Heute ist er in den meisten Sozialversicherungsgesetzen ausdrücklich enthalten[930].

Der Studienkommission folgend[931] stellen die Verfasser des Vorentwurfs fest, dass kein Anlass besteht, den Grundsatz des Quotenvorrechts (droit préférentiel) der geschädigten Person in Frage zu stellen. Sie sind der Auffassung, dass dieser Grundsatz der Billigkeit entspricht und logisch zu den Normen gehört, die das Verhältnis zwischen der Haftpflicht und den (privaten oder öffentlichen) Versicherungen, die Schäden ersetzen, regeln; seine Tragweite ist somit all-

---

924 Vgl. Art. 99 Abs. 2 OR; vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 125 zu Art. 51 OR.

925 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.1, S. 107. Vgl. auch Schaer R., Der eingeschränkte Regress des Schadensversicherers auf den ermächtigten Benutzer, in: Haftpflicht- und Versicherungstagung 1995 (A. Koller Hrsg.), St. Gallen 1995, S. 102 ff.

926 Roelli H./Jaeger C., Kommentar zum schweizerischen VVG, II, Bern 1932, N 38 zu Art. 72 LCA; Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 398 f.; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 377 und 392; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 11, N. 85; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 136 zu Art. 51 OR; Schaer R., a.a.O. (Anm. 122), S. 247.

927 BGE 93 II 415. Das KUVG ist mit dem Inkrafttreten des neuen KVG (SR 832.10) aufgehoben worden.

928 BGE 93 II 423.

929 BGE 96 II 361 ff.

930 Art. 42 Abs. 1 UVG; Art. 48^{quater} Abs. 1 AHVG; Art. 68 Abs. 1 MVG; Art. 80 Abs. 1 Entwurf ATSG (vgl. vorne Anm. 874).

931 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.4, S. 110 f.

gemein[932]. Es ist daher nötig, dass das Obligationenrecht eine Bestimmung enthält, die diesen Grundsatz verankert, und zwar mit einer Formulierung, die derjenigen der Sozialversicherungsgesetze entspricht. Artikel 54*b* Absatz 1 VE sieht vor, dass der Versicherer sein Rückgriffsrecht gegen die haftpflichtige Person nur soweit ausüben kann, als die von ihm erbrachten Leistungen zusammen mit der von dieser Person geschuldeten Leistungen den Schadensbetrag übersteigen. Mit anderen Worten beschränkt diese Bestimmung die Regressforderung des Versicherers, um den Anspruch des Opfers auf vollen Schadenersatz zu gewährleisten. Dieser prioritäre Anspruch auf den von der Versicherung nicht gedeckten Restbetrag kann auch dann geltend gemacht werden, wenn die berechtigte Person ein schweres Verschulden trifft[933]. In allen Fällen beschränkt sich aber der Anspruch auf die gleichartigen Schadensposten[934].

Artikel 48^{quater} Absatz 2 AHVG und Artikel 42 Absatz 2 UVG mildern in ihrem Geltungsbereich den Grundsatz des Vorrechts der geschädigten Person. Nach diesen Bestimmungen gehen die Ansprüche des Versicherten und seiner Hinterlassenen entsprechend dem Verhältnis der Versicherungsleistungen zum Schaden auf die Versicherung über, wenn diese ihre Leistungen wegen vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalls gekürzt hat[935]. Diese Regelung wurde 1977 anlässlich der 9. AHV-Revision eingeführt. Sie normiert den Grundsatz der verhältnismässigen Teilung (Quotenteilung) der Entschädigung, die von der haftpflichtigen Drittperson geschuldet ist, zwischen der Sozialversicherung und dem versicherten Opfer. Sie will vermeiden, dass das Opfer auf dem Weg des Vorrechts das erhält, was ihm infolge der Kürzung der Versicherungsleistungen entzogen wird, weil diese Kürzung sonst jeglichen Sinn verlieren und illusorisch würde[936].

Die Verfasser des Vorentwurfs stellen fest, dass der Grundsatz der Quotenteilung auf Überlegungen der sozialen Billigkeit beruht, die es rechtfertigen, dass das Opfer in seltenen Fällen einen Teil des Schadens selber trägt. Der Meinung der Studienkommission[937] folgend schreiben sie diesem Grundsatz eine allgemeine Bedeutung zu und schlagen daher vor, ihn im Obligationenrecht zu verankern, seine Anwendbarkeit allerdings auf die Fälle zu beschränken, in denen die geschädigte Person den Schaden vorsätzlich oder bei der vorsätzlichen Begehung eines Verbrechens oder Vergehens herbeigeführt oder verschlimmert hat. Diesbezüglich ist Artikel 54*b* Absatz 2 VE auf Artikel 65 und 68 Absatz

---

932 Vgl. die in Anm. 926 zitierten Autoren.

933 BGE 93 II 422, 104 II 310, wonach ein Selbstverschulden dem Geschädigten nur dann zum Nachteil gereicht, wenn es so schwer ist, dass seine Schadenersatzansprüche geringer sind als der von der Sozialversicherung nicht gedeckte Schaden.

934 Vgl. 2.7.3.2. und die Hinweise in Anm. 907. Vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 140 zu Art. 51 OR.

935 Für Beispiele vgl. Stein P., Probleme des Regressrechts der AHV/IV gegenüber dem Haftpflichtigen und die Stellung des Geschädigten, in Festschrift Assista 1968 - 1978, Genf 1979, S. 319 ff.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 1, 3, 4 zu Art. 88 SVG.

936 Botschaft des Bundesrates vom 7. Juli 1976 über die neunte AHV-Revision, BBl 1976 III 64. Vgl. auch Maurer A., a.a.O. (Anm. 863), S. 71 f.

937 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.4, S. 110 f.

2 MVG[938] und auf Artikel 80 Absatz 2 des Entwurfs zum Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts[939] abgestimmt. Diese Texte lehnen sich an Bestimmungen des internationalen Rechts, die für die Schweiz verbindlich sind, und zwar an Artikel 32 § 1 Bst. d und e des Übereinkommens der Internationalen Arbeitsorganisation Nr. 128 über Leistungen bei Invalidität und Alter und an Hinterbliebene vom 29. Juni 1967[940] und an Artikel 68 Bst. e und f der Europäischen Ordnung der sozialen Sicherheit vom 16. April 1964[941]. Die Fälle, in denen dem Opfer ein schwerer subjektiver Vorwurf gemacht werden kann, werden von Artikel 54*b* Absatz 2 VE in engerer Weise umschrieben als von der im Entwurf des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts vorgeschlagenen Lösung: Das Opfer muss den Schaden durch vorsätzliche Begehung eines Verbrechens oder Vergehens im Sinne des Strafrechts (was die fahrlässig begangenen strafbaren Handlungen wie die Tötung nach Art. 117 StGB oder die Körperverletzung nach Art. 125 StGB ausschliesst) oder vorsätzlich im Sinne des Privatrechts (was grobe Fahrlässigkeit ausschliesst) herbeigeführt oder verschlimmert haben[942]. In Anbetracht dieser Anwendungsbedingungen dürfte die Bestimmung nur ausnahmsweise zum Tragen kommen, und dies umso mehr, als sich die belangte Person in diesen Fällen oft wird entlasten können.

In Anbetracht der darin vorgesehenen Voraussetzungen dürfte Artikel 54*b* Absatz 2 VE nur in Ausnahmefällen zur Anwendung kommen, und dies vor allem aus zwei Gründen. Zum einen wird sich die belangte Person häufig unter Berufung auf Artikel 47*a* VE entlasten können. Zum zweiten wird der Versicherer meistens, wenn der Unfall vom Versicherungsnehmer oder vom Anspruchsberechtigten absichtlich herbeigeführt wurde, Artikel 14 Absatz 1 VVG geltend machen und erklären können, dass er nicht haftet. Trotz der zuletzt erwähnten Bestimmung ist es aber denkbar, dass der Versicherer - aus welchem Grund auch immer - in einzelnen Fällen reduzierte Leistungen erbringt. Artikel 14 Absatz 1 VVG ist nämlich nicht zwingend, so dass die Parteien den Begriff des befürchteten Ereignisses, insbesondere des Unfalls, frei bestimmen und vorsehen können, dass der Versicherer unabhängig von der Ursache des Schadens - also auch bei absichtlich herbeigeführten Schäden[943] - haftet. Zudem ist es nicht ausgeschlossen, dass die versicherte Person bei der vorsätzlichen Begehung eines Vergehens oder eines Verbrechens einen Schaden erlitten hat - es handelt sich um den zweiten in Artikel 54*b* Absatz 2 VE geregelten Fall -, den sie nicht absichtlich herbeigeführt hat und für den ein Dritter haftet. Dies träfe beispielsweise zu, wenn einem Dieb beim Aufbrechen der Haustüre ein Ziegel auf den Kopf fiele. Diese Überlegungen rechtfertigen die Regelung von Artikel 54*b* Absatz 2 VE, selbst wenn sie auf seltene Vorkommnisse Bezug nehmen.

---

938 SR 833.1.

939 BBl 1991 II 207, 268.

940 Für die Schweiz in Kraft seit dem 13. September 1978 (AS 1978 II 1493).

941 Für die Schweiz in Kraft seit dem 17. September 1978 (AS 1978 II 1518).

942 In diesem Sinne vgl. die vertiefte Stellungnahme des Bundesrates vom 17. August 1994 (BBl 1994 V 937 f. und 959 f.).

943 Carron B., La loi fédérale sur le contrat d'assurance, Freiburg 1997, S. 44 Anm. 125, S. 45 Anm. 128; Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 360; BGE vom 29. November 1973, SVA XIII Nr. 26; vgl. auch SVA XV Nr. 24.

Die Anwendung des Grundsatzes der Quotenteilung ermöglicht der Sozialversicherung, auf die haftpflichtige Drittperson Rückgriff zu nehmen, und zwar im Verhältnis ihrer Leistungen zum Schaden[944]. Stein[945] hat zu Recht betont, dass ein solcher Verteilungsschlüssel insofern fraglich sei, als der Versicherung manchmal ein Rückgriffsrecht für einen Teil des Schadens zustehen könne, den sie auf keinen Fall gedeckt hätte (bei Unterversicherung oder bei einer Franchise); diese Anomalie bewirke eine ungerechtfertigte Ausdehnung ihrer Regressforderung. Daher schlagen die Verfasser des Vorentwurfs für die Quotenteilung eine andere Berechnungsart vor. Diese Lösung wird auch vom Bundesrat bei der laufenden Revision des Sozialversicherungsrechts bevorzugt[946]. Als Berechnungsgrundlage berücksichtigt sie die im Versicherungsvertrag vorgesehenen maximalen (also nicht gekürzten) Leistungen und nicht die nach einer Kürzung effektiv erbrachten Leistungen. Zu diesem Zweck sieht Artikel 54*b* Absatz 2 VE vor, dass der Versicherer nur soweit sein Rückgriffsrecht ausüben kann, als die im Vertrag versprochenen Maximalleistungen zusammen mit dem von der haftpflichtigen Person geschuldeten Ersatz den Schadensbetrag übersteigen. Man könnte von einem "gemässigten Vorrecht" der geschädigten Person reden. Unter gewissen Umständen, insbesondere wenn der von der haftpflichtigen Person geschuldete Ersatz sehr bescheiden ist, wird die vorgeschlagene Regelung das Rückgriffsrecht des Versicherers und infolgedessen auch die Quotenteilung zunichte machen. Die Verfasser des Vorentwurfs sind sich dieser möglichen Wirkung bewusst und präzisieren, dass Artikel 54*b* Absatz 2 VE nicht den Zweck hat, dem Versicherer in jedem Fall den Rückgriff zu ermöglichen, sondern zu vermeiden, dass ihm eine unbegründete Regressforderung zusteht.

Für den Fall, dass die haftpflichtige Person nur einen Teil des geschuldeten Ersatzes beibringen kann, sieht Artikel 54*b* Absatz 3 VE vor, dass die geschädigte Person das Recht hat, sich aus diesem Teil vorab zu befriedigen. Die Bestimmung lehnt sich an die Lösung des Sozialversicherungsrechts an[947] und ist auf die beiden Tatbestände der Absätze 1 und 2 von Artikel 54*b* VE anwendbar. Sie gibt dem Opfer eine Art Vorrecht auf Entschädigung, wenn die haftpflichtige Drittperson zahlungsunfähig ist oder wenn ihre Versicherungsdeckung nicht genügt[948].

---

944 Vgl. Art. 48^{quater} Abs. 2 AHVG, 42 Abs. 2 UVG, 68 Abs. 2 MVG, 80 Abs. 2 Entwurf ATSG (vgl. vorne Anm. 874). Vgl. auch vorne Anm. 935 f.

945 Stein P., a.a.O. (Anm. 935), S. 323. Vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.4, S. 110; Rusconi B., Le recours de l'assureur dans la LAA, Publication juridique du TCS, Genf 1984, S. 32.

946 BBl 1994 V 959 f.

947 Art. 48^{quater} Abs. 3 AHVG, 42 Abs. 3 UVG, 68 Abs. 3 MVG, 80 Abs. 3 Entwurf ATSG (vgl. vorne Anm. 874).

948 Maurer A., Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, S. 557 f.

2.7.4 Verhältnis zur Haftpflichtversicherung (Art. 54c bis 54h VE)

2.7.4.1 Einführung

Haftpflichtversicherungen dienen der Deckung von Vermögenseinbussen, die einer Person wegen Schadenersatzansprüchen einer Drittperson entstehen können. Abgeschlossen werden sie für eigene Rechnung des Versicherungsnehmers oder für fremde Rechnung, d.h. für eine Person, die mit dem Versicherungsnehmer in irgendeiner Weise verbunden ist, wie dies beispielsweise beim Lenker im Verhältnis zum Halter eines Motorfahrzeugs oder bei den Mitgliedern einer Hausgemeinschaft im Verhältnis zum Familienoberhaupt zutrifft[949].

Die Versicherung deckt die Kosten für die Abwehr ungerechtfertigter Ansprüche wie auch die finanziellen Folgen der Haftung der versicherten Person. Gegenstand der Versicherung ist somit das Vermögen der versicherten Person und nicht dasjenige des Opfers, selbst wenn das unmittelbare Forderungsrecht, das gewisse Sonderbestimmungen dem Opfer gewähren, diesen Grundsatz relativiert. In diesem Sinne ist die Haftpflichtversicherung nach der Dreiteilung, die von der Lehre vorgeschlagen wird, eine Vermögensversicherung[950]. Sie untersteht in weitem Ausmass der Regelung der Schadensversicherung (Art. 48 ff. VVG)[951].

Die Forderung der versicherten Person gegen den Versicherer besteht - bis zur Höhe der vertraglich vorgesehenen Summe - entweder in der Vergütung des Betrags, der dem Opfer als Schadenersatz bezahlt wurde, oder in der Befreiung von der Pflicht, das Opfer zu befriedigen[952]. In der Praxis kommt vor allem die zweite Variante vor: Der Versicherer erbringt seine Schadenersatzleistung direkt an die geschädigte Person, wozu ihm übrigens das Gesetz ermächtigt (Art. 60 Abs. 1 2. Satz VVG). Dadurch tilgt er die Schuld der versicherten Person, in deren Namen und für deren Rechnung er handelt[953]. Gleichzeitig beseitigt er das gesetzliche Pfandrecht des Opfers an der Forderung, die der versicherten Person gegen ihn zusteht (Art. 60, Abs. 1, 1. Satz VVG). Dieses Recht, das der Regelung des Pfandrechts an Forderungen untersteht (Art. 899 ff. ZGB)[954], will verhindern, dass die versicherte Person die für das Opfer bestimmte Versicherungsleistung verschwendet und vor allem dass die Forderung

---

949 Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 518; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 38 f.; BGE 91 II 232 f. : Gegebenenfalls bestehen mehrere Versicherungen, die auf ein und demselben Vertrag beruhen.

950 Vgl. vorne 2.7.2.

951 Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 508 ff., 515 f., 521; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 3, 16 ff., 181 ff. und Nr. 375 ff.; Stark E.W./Schraner H., Haftpflichtversicherung, SJK 440, Genf 1972, S. 1; BGE 91 II 232 f.

952 Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 520 f.

953 In der Regel gibt der Versicherungsvertrag dem Versicherer das Recht, die versicherte Person zu vertreten, namentlich mit der geschädigten Person Vorgespräche zu führen oder mit ihr einen Vergleich abzuschliessen; vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 389 und die dortigen Hinweise.

954 Nach Art. 60 Abs. 1, 2. Satz, VVG, der von der Regel des Art. 906 Abs. 2 ZGB abweicht, ist allerdings der Versicherer berechtigt, seine Leistung direkt der geschädigten Person auszurichten, und zwar ohne Zustimmung der versicherten Person.

des Opfers gegen den Versicherer bei Konkurs der versicherten Person in die Konkursmasse fällt[955]. Als dingliches Recht verstärkt dieses Pfandrecht die Rechtslage der geschädigten Person wie auch diejenige des privaten Schadensversicherers oder der Sozialversicherung, wenn diese in ihre Rechte eingetreten sind[956]. Es gewährt indessen keine unmittelbare Schadenersatzforderung gegen den Versicherer; ebensowenig schränkt es das Recht des Versicherers ein, die Einwände und Einreden aus dem VVG oder dem Versicherungsvertrag geltend zu machen, die er der versicherten Person entgegenhalten könnte[957].

Einige sozial begründete Sonderbestimmungen sehen ein unmittelbares Forderungsrecht der geschädigte Person gegen den Haftpflichtversicherer vor. Dies trifft bei Artikel 113 OR zu; es handelt sich um den Sonderfall eines echten Vertrags zugunsten eines Dritten. Er betrifft den Arbeitnehmer, der einen Schaden erlitten hat, für den sein Arbeitgeber haftet, wobei dieser mindestens die Hälfte der Versicherungsprämien bezahlt hat[958]. Das unmittelbare Forderungsrecht ist vor allem bei den Spezialgesetzen gegeben, die eine von einer obligatorischen Versicherung gedeckte Gefährdungshaftung vorsehen. In diesen Fällen wird die Versicherung für das Opfer zum wirksamen Schutz, insbesondere weil die gesetzlichen und vertraglichen Einwände und Einreden dem Opfer nicht entgegengehalten werden dürfen. In einem gewissen Ausmass weist sie den Charakter einer Versicherung zugunsten Dritter auf[959], mit der Folge, dass das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der versicherten haftpflichtigen Person letztlich vom Versicherer getragen wird.

Im geltenden Recht ist das Verhältnis der Haftpflicht zur Haftpflichtversicherung in unvollständiger Weise durch vereinzelte Bestimmungen geregelt, die im OR (Art. 113), im VVG (namentlich Art. 60) oder in Spezialgesetzen zu finden sind, die der haftpflichtigen Person eine obligatorische Versicherung vorschreiben (insbesondere Art. 63 ff. SVG). Der Meinung der Studienkommission folgend halten es die Verfasser des Vorentwurfs für nötig, diese Probleme im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts systematisch zu regeln. Sie berücksichtigen dabei, dass die meisten Schadenersatzfälle von einem Haftpflichtversicherer gedeckt sind, der in der Regel bei der Streiterledigung die Hauptrolle spielt. Sie wollen auch die Lösungen der Spezialgesetze, insbesondere des SVG, berücksichtigen, die sich in der praktischen Anwendung bewährt haben. Dadurch sollte eine allgemeine Verbesserung der Lage des Opfers entstehen[960].

Der Vorentwurf regelt zwei Arten von Rechtsverhältnissen, bei denen der Haftpflichtversicherer beteiligt ist: zum einen sein Verhältnis zur geschädigten Person, also ihr unmittelbares Forderungsrecht (Art. 54*c* VE) und den Fall der ungenügenden Versicherungsdeckung (Art. 54*d* f. VE); zum anderen sein Verhältnis zu anderen mithaftpflichtigen Personen, das als Rückgriffsproblem an-

---

955 Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 523; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 410, 571 und 582.

956 BGE 84 II 402. Vgl. vorne 2.7.1. und 2.7.3.

957 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 456 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 169, 563 und 568.

958 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 591 f.

959 BGE 69 II 169; Koenig W., a.a.O. (Anm. 903), S. 517.

960 Vgl. vorne 2.7.2.

gegangen wird (Art. 54*f* VE). Das Verhältnis zur versicherten Person untersteht primär dem VVG und dem Versicherungsvertrag. Der Vorentwurf regelt auch die Frage der obligatorischen Haftpflichtversicherung. Artikel 38 legt den Grundsatz in einer Norm fest, die die Zuständigkeit an den Bundesrat delegiert. Die Wirkungen sind in Artikel 39 geregelt. Die Bestimmung übernimmt die bewährten Lösungen der geltenden Spezialgesetze, die eine obligatorische Versicherung kennen, und sieht dementsprechend ein Rückgriffsrecht des Versicherers gegen die versicherte Person vor, dies als Folge der Unmöglichkeit, dem Opfer die Einwände und Einreden aus dem VVG oder dem Versicherungsvertrag entgegenzuhalten.

2.7.4.2 Verhältnis zwischen Versicherer und geschädigter Person (Art. 54c bis 54e VE)

2.7.4.2.1 Unmittelbares Forderungsrecht der geschädigten Person (Art. 54c VE)

Wie bereits ausgeführt, gewähren zahlreiche geltende Spezialgesetze, die eine obligatorische Versicherung vorsehen, der geschädigten Person ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Versicherer. Einige dieser Gesetze kennen eine Verschuldenshaftung[961]; die meisten davon eine Gefährdungshaftung[962]. Nach allgemeiner Auffassung ergibt sich das unmittelbare Forderungsrecht gegen den Versicherer nicht aus dem Versicherungsvertrag[963], sondern aus dem Gesetz. Es handelt sich um ein gesetzliches Recht sui generis, dank dem die geschädigte Person mit dem Eintritt des schädigenden Ereignisses einen eigenen Anspruch auf die Versicherungsleistung erwirbt. Indessen hängt das unmittelbare Forderungsrecht insofern funktional vom Versicherungsvertrag ab, als sein Umfang durch die vom Versicherer und vom Versicherungsnehmer vereinbarte Versicherungssumme beschränkt ist[964].

Die erwähnten Spezialgesetze kennen nicht nur das unmittelbare Forderungsrecht. Sie verbieten dem Versicherer, dem Opfer die Einreden aus dem VVG oder dem Versicherungsvertrag entgegenzuhalten; sie geben ihm aber logischerweise die Möglichkeit, auf die versicherte Person soweit Rückgriff zu nehmen, als er nach VVG oder Versicherungsvertrag seine Leistungen hätte verweigern oder kürzen können[965]. Diese drei Institute (unmittelbares Forderungsrecht, Einredenausschluss und Regressforderung des Versicherers) bilden ein homogenes System, das die geschädigte Person schützt, indem es die

---

961 Art. 33 Abs. 1 BSG; Art. 70 Abs. 7 SVG und Art. 37 VVV.

962 Art. 65 Abs. 1 SVG; Art. 37 Abs. 1 RLG; Art. 19 Abs. 1 KHG; Art. 16 Abs. 2 JSG. Das LFG (Art. 70) und das StSG (Art. 31 Bst. d) sehen eine Versicherungspflicht ohne unmittelbares Forderungsrecht gegen den Versicherer vor.

963 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 1.1 zu Art. 65 SVG; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 601; BGE 69 II 169.

964 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 30 f., 150 und 157; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 601; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 290 f.; Wyniger Ch., Die Rechte Dritter gegenüber dem Versicherer, SVZ 1970/1971, S. 140.

965 Art. 65 Abs. 2 und 3 SVG; Art. 37 Abs. 2 und 3 RLG; Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 KHG; Art. 16 Abs. 3 und 4 JSG; Art. 33 Abs. 2 und 34 Abs. 1 BSG.

Zahlung ihrer Ersatzforderung sicherstellt, ohne dabei die haftpflichtige Person zu bevorzugen[966]. In der Schweiz wird das System seit 1933 mit Befriedigung aller angewandt[967]. De lege ferenda soll es auf alle Haftungsarten ausgedehnt werden, für die das Gesetz eine obligatorische Versicherung vorschreibt[968].

Bei der freiwilligen Versicherung räumt Artikel 54*c* VE der geschädigten Person ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Versicherer ein, und zwar im Rahmen der Versicherungsdeckung und unter Vorbehalt der Einwände und Einreden, die ihr der Versicherer aufgrund des VVG oder des Versicherungsvertrags entgegenhalten kann. Diese Regelung wurde von der Studienkommission als Variante erwogen[969]. Für die Verfasser des Vorentwurfs ist sie dadurch gerechtfertigt, dass sie mit der Praxis übereinstimmt und zudem geeignet ist, die Rechtslage des Opfers zu verbessern. Die Haftpflichtversicherungsverträge - dies gilt sowohl bei obligatorischen wie bei freiwilligen Versicherungen[970] - verbieten dem Versicherungsnehmer, seine Haftung zu anerkennen, Ersatzleistungen zu erbringen und über den hängigen Streit Vergleiche abzuschliessen. Es ist vielmehr der Versicherer, der sich das Recht herausnimmt, mit der Gegenpartei zu verhandeln und mit ihr einen Vergleich abzuschliessen und nötigenfalls den Prozess zu führen, falls sie geklagt hat[971]. Diese Praxis nach dem Motto "wer zahlt, befiehlt" kann gewiss als Einschränkung der Autonomie der versicherten Person erscheinen; für diese Person wird sie aber keine negativen Auswirkungen haben. Nicht zu verkennen ist zudem, dass eine Verallgemeinerung des unmittelbaren Forderungsrechts die Versicherer anspornen wird, mit offenen Karten zu spielen, und dass sie häufig dem Opfer erlauben wird, mit einem zahlungsfähigen Schuldner zu verhandeln, der sich in der Materie auskennt, und Interessenkonflikte zu vermeiden, wenn es mit der haftpflichtigen Person in einem familiären oder arbeitsvertraglichen Verhältnis steht. Die Verfasser des Vorentwurfs sind sich bewusst, dass das Recht des Versicherers, Einreden (im weiten Sinne) entgegenzuhalten, den Vorteil des unmittelbaren Forderungsrechts vermindern oder unter Umständen gar vernichten kann. Dies entspricht den Grundgedanken der Haftpflichtversicherung. Eine Verallgemeinerung des Grundsatzes des Einredenausschlusses ist nämlich nur dann gerechtfertigt, wenn die Haftpflichtversicherung eine soziale Dimension erreicht, und dies trifft nur dann zu, wenn sie obligatorisch ist.

Die Tragweite des unmittelbaren Forderungsrechts gegen den Versicherer hängt zunächst von der konkreten Haftung ab. Mit anderen Worten kann das Opfer nur die Forderung geltend machen, die ihm gegen die haftpflichtige Person zusteht. Der Versicherer seinerseits darf dem Opfer auf keinen Fall mehr

---

966 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N 26, sowie § 26, N 28 und 152; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 291; BGE 119 II 292.

967 Es ist das Jahr des Inkrafttretens des Bundesgesetzes vom 15. März 1932 über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr (Art. 49 f., BS 7 593).

968 Vgl. Art. 54*g* f. VE und hinten 2.7.4.4.; vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.2, S. 114.

969 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.2, S. 115 f.

970 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 562.

971 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 347 ff. und 558.

als das bezahlen, was ihm die haftpflichtige Person hätte entrichten müssen[972]. Manchmal muss er aber weniger bezahlen. Dies trifft dann zu, wenn die Ersatzforderung der geschädigten Person höher als die Versicherungsdeckung ist[973] oder wenn sich der Versicherer auf Einreden oder Einwände aus dem VVG oder dem Versicherungsvertrag berufen kann. Als Einwand kann er das Nichtbestehen oder die Nichtigkeit des Versicherungsvertrags oder die bereits erfolgte Erfüllung der Versicherungsleistung geltend machen. Als Einrede kann er die Verletzung von Pflichten seitens des Versicherungsnehmers beim Vertragsschluss (Art. 4 ff. VVG) oder während der Vertragsdauer (Art. 20, 28 f., 38 VVG), ein schweres Verschulden der versicherten Person beim Schadenseintritt (Art. 14 Abs. 2 VVG), eine Risikoausschlussklausel oder einen vertraglichen Selbstbehalt geltend machen.

Das in Artikel 54*c* VE vorgesehene Recht erlaubt es der geschädigten Person, direkt den Haftpflichtversicherer zu belangen, nötigenfalls durch gerichtliche Klage. Der Versicherer kann somit Prozesspartei sein; er wird aber auch dann weder zum Subjekt der Haftung, die der versicherten Person zugerechnet wird, noch zu deren Stellvertreter[974]. Es handelt sich um eine Art Garant, um einen Schuldner, dessen Schuld gleichzeitig durch die Forderung des Opfers aus dem Haftpflichtrecht und durch die Forderung der versicherten Person aus dem Versicherungsvertrag bestimmt wird. Daher wird der geschädigten Person die Möglichkeit zugebilligt, Auskunft über die Versicherungspolice, insbesondere über Bestand und Inhalt der Deckung, zu verlangen, wie dies bei der Ausübung des gesetzlichen Pfandrechts nach Artikel 60 VVG anerkannt wird[975]. Dies bedeutet aber nicht, dass das Opfer zu einer begünstigten Person im Sinne des VVG wird[976].

Das unmittelbare Forderungsrecht gegen den Versicherer ist nicht mit der Person des Opfers, sondern mit dessen Schadenersatzforderung verbunden. Die herrschende Lehre und das Bundesgericht betrachten es als Neben- oder Vorrecht, das bei Abtretung oder Subrogation auf den neuen Gläubiger übergeht[977]. Daraus folgt, dass auch die mithaftpflichtige Person (im Sinne von Art. 53*c* Abs. 2 VE), der Schadensversicherer (im Sinne von Art. 54 Abs. 2 VE) und die Sozialversicherung, die in die Rechte der geschädigten Person eingetreten sind, den Versicherer belangen können, der die haftpflichtige Person deckt.

Der Inhaber des unmittelbaren Forderungsrechts gegen den Versicherer behält die Möglichkeit, die versicherte haftpflichtige Person zu belangen, und zwar kumulativ, alternativ oder sukzessiv. Nach der heute herrschenden Lehre, die

---

[972] Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 548.

[973] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 167 und 178.

[974] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, §26, N 160 und 172; Frésard-Fellay G., a.a.O. (Anm. 921), S. 56.

[975] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 179; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 557 und 604; SVA V Nr. 294.

[976] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 176; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 612.

[977] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 162; Keller M./Gabi S., a.a.O. (Anm. 51), S.156; Frésard-Fellay G., a.a.O. (Anm. 921), S. 55; BGE 119 II 293 f.

fast ausschliesslich das Strassenverkehrsrecht betrifft, handelt es sich um einen Fall von Forderungs- oder Klagenkonkurrenz, der der Regelung der unechten Solidarität untersteht[978]. Nicht ohne Grund bezweifelt Brehm, dass es sich hier um eine eigentliche Solidarität handle; denn die betreffenden Mitschuldner haften nicht für denselben Schaden[979]. Die geschädigte Person kann jedoch nach ihrer Wahl gegen die haftpflichtige Person und gegen den Versicherer klagen, und dies bis zum maximalen Betrag, den der Versicherer schuldet, und die Zahlung des einen befreit den anderen bis zur Höhe der bezahlten Summe. Es sind dies die Grundsätze, die das Aussenverhältnis bei Haftungskonkurrenz regeln. Sie sind hier allein massgebend[980]. Im Übrigen ist zu betonen, dass der Meinungsstreit keine praktische Bedeutung hat, weil Artikel 83 Absatz 2 SVG die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der haftpflichtigen Person und ihrem Versicherer vorsieht und weil der Vorentwurf diese Regelung verallgemeinert und sie auf Hinderung und Stillstand der Verjährung sowie auf den Verzicht auf die Verjährung ausdehnt (Art. 55*a* Abs. 3 und 43 VE)[981].

Zu prüfen bleibt noch, ob die zwei allgemeinen Bestimmungen, die heute das Verhältnis zwischen geschädigter Person und Haftpflichtversicherer regeln (Art. 60 VVG und 113 OR), auch nach der in Artikel 54*c* VE vorgesehenen Verallgemeinerung des unmittelbaren Forderungsrechts beizubehalten sind. Artikel 60 VVG, der in der Praxis selten angerufen wird, wird auch inskünftig insofern seine Bedeutung haben, als es dem Opfer in allen Fällen möglich sein wird, nur die haftpflichtige Person zu belangen, obwohl diese versichert ist. Auch ist es gerechtfertigt, dass es seinen Anspruch mit dem gesetzlichen Pfandrecht an der Forderung der versicherten Person gegenüber dem Versicherer sicherstellen kann[982]. Artikel 113 OR geht von einem Tatbestand aus, der in der Praxis nicht mehr vorkommt, nämlich dass der Arbeitnehmer mindestens die Hälfte der Prämien der vom Arbeitgeber abgeschlossenen Haftpflichtversicherung bezahlt hat. Selbst wenn diese Voraussetzung erfüllt wäre, müsste man zugeben, dass Artikel 113 OR infolge der Ausdehnung der obligatorischen Unfallversicherung auf alle Arbeitnehmer praktisch gegenstandslos geworden ist. Hinzu kommt, dass die Forderungen der Arbeitnehmer auf Ersatz von Sachschaden in der Regel von den Versicherungsverträgen, die die Betriebshaftung decken, ausgeschlossen sind[983]. Es ist daher gerechtfertigt, Artikel 113 OR aufzuheben und die etwaige Klage des geschädigten Arbeitnehmers gegen den Haftpflichtversicherer des Arbeitgebers der allgemeinen Regelung von Artikel 54*c* VE zu unterstellen.

---

978 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 170; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 1.7 zu Art. 65 SVG; Wyniger Ch., a.a.O. (Anm. 964), S. 140; Châtelain R., L'action directe contre l'assureur de responsabilité civile d'un détenteur de véhicule automobile, Diss. iur. Lausanne 1961, S. 118; BGE 90 II 190, 106 II 253.

979 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 613, 634 und 636, wo von einer Quasi-Solidarität gesprochen wird.

980 Vgl. vorne 2.6.4.3.

981 Vgl. hinten 2.8.5. und 2.8.6.

982 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 172; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 605 ff.; Kindler W., Die Haft- und Versicherungspflicht des Automobilhalters, ZSR 1933, S. 197; SVA VIII Nr. 243.

983 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 591 ff.

2.7.4.2.2 Lage bei ungenügender Versicherungsdeckung (Art. 54d und 54e VE)

Artikel 54*d* und 54*e* VE beziehen sich auf den Fall, wo die Haftpflichtversicherung zur Deckung der Ersatzleistungen nicht genügt, die mehreren geschädigten Personen aus demselben Ereignis geschuldet sind. In diesem Fall stellt sich die Frage nach der Verteilung der Summe, die der Versicherer zur Verfügung hält, wobei die Opfer, die keine vollständige Ersatzleistung erhalten, selbstverständlich die haftpflichtige Person belangen können.

Unter Vorbehalt einiger formeller Änderungen lehnen sich die Artikel 54*d* und 54*e* VE weitestgehend an die Regelungen von Artikel 66 SVG und 38 RLG an. Diese werden verallgemeinert, weil sich ihre Rechtfertigung aus dem Institut des unmittelbaren Forderungsrechts selbst ergibt, mag die Versicherung obligatorisch oder freiwillig sein[984]. Bei einer freiwilligen Versicherung kann die Deckung ungenügend sein, weil die vertragliche Versicherungssumme niedriger als der Totalbetrag der Forderungen der geschädigten Personen ist oder weil der Versicherer diesen Personen Einwände und Einreden nach Artikel 54*c* VE entgegenhalten kann, beispielsweise das schwere Verschulden der haftpflichtigen Person. Die Frage nach der Zuweisung der verfügbaren Versicherungsdeckung ist in beiden Fällen dieselbe, und die Antwort soll in einer billigen Lösung bestehen.

Für den erfassten Tatbestand legt Artikel 54*d* Absatz 1 VE den Grundsatz der verhältnismässigen Kürzung der Ansprüche der geschädigten Personen fest. Berücksichtigt werden nur die berechtigten Forderungen mit Kapital und Zinsen. Die Ersatzleistung, die jedem Opfer geschuldet ist, wird nach demselben Verhältnis gekürzt, das zwischen der verfügbaren Versicherungsdeckung und dem Totalbetrag der geschuldeten Ersatzleistungen besteht[985]. Man könnte von der Aufstellung eines Kollokationsplans reden[986].

Zu diesem Zweck sieht Artikel 54*d* Absatz 2 VE vor, dass das angerufene Gericht auf Antrag einer geschädigten Person, die den Versicherer eingeklagt hat[987], wie auch auf Antrag des Versicherers den geschädigten Personen eine Frist ansetzt, um sich dem Verfahren anzuschliessen. Gleichzeitig werden diese Personen über die Folgen einer Unterlassung - die verhältnismässige Zuteilung ohne Berücksichtigung ihrer konkreten Forderungen (Art. 54*d* Abs. 3 VE) - informiert. Diese Regelung will verhindern, dass der Versicherer, der ein Opfer entschädigt hat, mehr als die verfügbare Deckungssumme bezahlen muss, wenn andere Personen ihn später belangen. Es liegt im Interesse des Versicherers, aktiv die Personen zu suchen, die mit Erfolg Forderungen gegen ihn stellen könnten. In diesem Fall kann die verhältnismässige Zuteilung auch

---

984 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.5, S. 111 f.

985 Für Beispiele und die mathematische Formel zur verhältnismässigen Herabsetzung vgl. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 186; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 298; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 1.3 zu Art. 66 SVG.

986 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 182.

987 Es handelt sich nicht unbedingt um die Person, die als erste Klage eingereicht hat, wie dies zu Unrecht in Art. 66 Abs. 2 SVG und 38 Abs. 2 RLG gesagt wird.

durch aussergerichtlichen Vergleich erfolgen[988]. Die Verfasser des Vorentwurfs sind sich bewusst, dass diese Regelung - wie dies heute schon festgestellt wird[989] - praktische Schwierigkeiten bewirken kann, insbesondere bei positiven Kompetenzkonflikten. Sie sind aber der Meinung, dass es nicht Aufgabe des Bundesgesetzgebers ist, diesbezüglich Bestimmungen zu erlassen. Der Sinn der Regelung verlangt zweifellos nach kantonalen Verfahrensvorschriften, die eine einzige Instanz vorsehen, welche hier als notwendige Voraussetzung der Verwirklichung des Bundeszivilrechts betrachtet wird.

Nach Artikel 54*e* VE ist der Versicherer, der vom Bestehen anderweitiger Forderungen nicht wusste und gutgläubig einer geschädigten Person eine höhere Entschädigung geleistet hat, als ihr zustand, gegenüber den anderen geschädigten Personen befreit. Um sich auf diese Bestimmung berufen zu können, muss der Versicherer seinen guten Glauben nach Artikel 3 ZGB und insbesondere nach Artikel 167 OR beweisen. Konkret muss er nachweisen, dass er bei der Bestimmung der geschädigten Personen sorgfältig vorgegangen ist - und insbesondere sein Recht nach Artikel 54*d* Absatz 2 VE ausgeübt hat - und dass er bei der Feststellung der erlittenen Schäden sorgfältig gehandelt hat[990]. Sonst läuft er Gefahr, neben der Versicherungsdeckung auch noch den Betrag bezahlen zu müssen, den er einem Opfer zuviel bezahlt hat[991].

2.7.4.3 Rückgriff des Versicherers auf Mithaftpflichtige (Art. 54f VE)

Wenn mehrere Personen für denselben Schaden haften, untersteht ihr Schuldverpflichtung gegenüber dem Opfer dem Grundsatz der Solidarität. Im Innenverhältnis wird die Frage nach der Verteilung der Solidarschuld am häufigsten nach den Regeln des Rückgriffs beantwortet (Art. 50 Abs. 2 und 51 OR, Art. 53*c* Abs. 2 1. Satz VE). Dies bedeutet, dass der mithaftpflichtigen Person, die über ihren Anteil hinaus Schadenersatz geleistet hat, eine Regressforderung gegen die anderen Personen zusteht; im Hinblick auf den Regress tritt sie nach der allgemeinen Regelung des Vorentwurfs in die Rechte der geschädigten Person ein (Art. 53*c* Abs. 2 2. Satz VE)[992].

Im geltenden Recht ist das Verhältnis des Haftpflichtversicherers zu den mithaftpflichtigen Personen (mit Ausnahme der versicherten Person) durch keine direkt anwendbare allgemeine Bestimmung geregelt. Artikel 51 OR findet keine Anwendung, weil er den Rückgriff unter den Personen regelt, die dem Opfer haften, während der Versicherer nur gegenüber der versicherten haftpflichtigen Person verpflichtet ist. Auch Artikel 72 VVG findet keine direkte Anwendung, weil er sich auf den Fall bezieht, wo die geschädigte Person versichert ist; der

---

988 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 188 und 192; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 296 f.

989 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.4. zu Art. 66 SVG; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 189.

990 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.5 zu Art. 66 SVG; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 193.

991 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.7 zu Art. 66 SVG; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 297.

992 Vgl. vorne 2.6.4.4.

Haftpflichtversicherer deckt aber - anders als der ordentliche Schadensversicherer und insbesondere der Sachversicherer - nicht den Schaden des Opfers, sondern den Verlust, der der versicherten Person aus der Bezahlung der Ersatzleistung an das Opfer entsteht[993]. Wie das Bundesgericht schon vor Jahrzehnten feststellte, gibt es in diesem Fall keine Haftungskonkurrenz zwischen Versicherer und haftpflichtigen Drittpersonen, sondern zwischen diesen Personen und der versicherten Person. Die Pflicht zur Ersatzleistung muss daher unter den letztgenannten Personen verteilt werden, und das Bestehen einer Haftpflichtversicherung darf keinen Einfluss auf diese Verteilung haben. Der Versicherer, der die Ersatzleistung erbringt, übernimmt nur die Stelle der versicherten Person bis zur Höhe des bezahlten Betrags und tritt in alle Rechte ein, die der versicherten Person gegen die haftpflichtigen Drittpersonen zustehen[994]. Gestützt auf diese Überlegungen hat das Bundesgericht Artikel 72 VVG analog auf den Haftpflichtversicherer angewandt, ohne allerdings die Subrogation auf die Forderungen gegen Personen zu beschränken, die in schuldhafter Weise eine unerlaubte Handlung begangen haben. In diesem Sinne hat der Grundsatz allgemeine Tragweite. Die einhellige Lehre billigt ihn. Gerechtfertigt ist er, weil er eine ungerechtfertigte Bereicherung der versicherten haftpflichtigen Person verhindert, die eintreten könnte, wenn diese Person eine Regressforderung gegen andere ersatzpflichtige Drittpersonen hätte, obwohl sie von einem Versicherer gedeckt ist[995].

Die Verfasser des Vorentwurfs halten es für nötig, diesen Grundsatz im Obligationenrecht zu verankern, und zwar als Bestimmung, die auf freiwillige wie auf obligatorische Haftpflichtversicherungen gleich anzuwenden ist, wie dies schon heute anerkannt wird[996]. Die Bestimmung muss einerseits mit den Normen über die Haftungskonkurrenz im Innenverhältnis (Art. 53*c* VE) und anderseits mit den Normen über das Verhältnis des Schadensversicherers zur haftpflichtigen Drittperson (Art. 54 bis 54*b* VE) möglichst übereinstimmen. Diese Notwendigkeit setzt namentlich voraus, dass drei Grundsätze berücksichtigt werden: Die interne Verteilung der Schuld nach den Umständen (Art. 53*c* Abs. 1 und 54*a* VE), die Verstärkung des Rückgriffs durch die Subrogation (Art. 53*c* Abs. 2 und 54 Abs. 2 VE) und das Vorrecht der geschädigten Person (Art. 54*b* VE)[997].

Nach Artikel 54*f* Absatz 1 VE tritt der Versicherer mit der Zahlung der Ersatzleistung an die geschädigte Person in das Rückgriffsrecht der versicherten Person gegen andere mithaftpflichtige Personen ein, und dies bis zum Betrag dieser Zahlung. Mit anderen Worten erwirbt der Versicherer, wenn die Voraussetzungen der Subrogation erfüllt sind von Gesetzes wegen, die Regressforderun-

---

993 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 460; Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 397; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 683 und 685; Chaudet M. H., a.a.O. (Anm. 896), S. 45 f.

994 BGE 79 II 408.

995 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 460 f.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 299; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 683, 684 und 695; Chaudet M. H., a.a.O. (Anm. 896), S. 46 f.; Oswald H., a.a.O. (Anm. 896), S. 133, der ausdrücklich die Einführung einer diesbezüglichen Regelung wünscht.

996 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 460; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 687; BGE 116 II 647.

997 Vgl. vorne insbesondere 2.6.4.4., 2.7.3.2. und 2.7.3.3. Vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.2, S. 108 f.

gen der versicherten haftpflichtigen Person und übernimmt deren Stelle im Rückgriffsverfahren. Voraussetzung ist dass er das Opfer ganz oder teilweise entschädigt hat und dass der von ihm versicherten Person eine Regressforderung gegen die eine oder andere mithaftpflichtige Person zustand. Trifft dies zu, wird der Versicherer von Gesetzes wegen Inhaber dieser Forderung mit all den damit verbundenen Sicherheiten und Vorrechten; er trägt aber das Risiko des Rückgriffs gegen Personen, die ihm gegenüber nicht mehr solidarisch haften[998]. Die Höhe der Regressforderung bestimmt sich nach den Vorschriften über die interne Verteilung der Solidarschuld und hängt somit nach dem Kriterium von Artikel 53*c* Absatz 1 VE von den "Umständen" ab[999]. Es handelt sich um die Umstände, die für die Bestimmung der Ersatzleistung im Allgemeinen massgeblich sind, insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, die den einzelnen haftpflichtigen Personen zuzurechnen sind.

Artikel 54*f* Absatz 2 VE schränkt die Regressforderung des Haftpflichtversicherers gegen die ersatzpflichtige Person ein. Er sieht nämlich vor, dass der Versicherer nur soweit sein Rückgriffsrecht ausüben kann, als die geschädigte Person dadurch nicht benachteiligt wird. Dies bedeutet, dass die geschädigte Person ein Vorrecht auf Ersatzleistung hat, wenn ihr Schaden vom Versicherer, der eine der mithaftpflichtigen Personen deckt, nicht vollständig ersetzt wird (z.B. bei teilweisem Deckungsausschluss, bei ungenügender Versicherungssumme oder bei vertraglichem Selbstbehalt). Die Bestimmung ist nicht neu. Sie ist bereits in Spezialgesetzen ausdrücklich enthalten, wie in Artikel 34 Absatz 2 BSG, in Artikel 20 Absatz 2 KHG oder in Artikel 88 SVG, der allgemeiner formuliert ist[1000]. Die Verfasser des Vorentwurfs halten es für nötig, eine solche Regelung ins Obligationenrecht einzuführen, obwohl dem Grundsatz des Vorrechts der geschädigten Person allgemeine Bedeutung zuerkannt wird[1001]. Zu präzisieren ist, dass sich dieses Recht in diesem Fall eigentlich nicht aus der Subrogation ergibt: Anders als beim Tatbestand von Artikel 54 Absatz 2 VE, der den Rückgriff des ordentlichen Schadensversicherers regelt, tritt der Haftpflichtversicherer hier nämlich nicht in die Regressforderung des Opfers, sondern in die Regressforderung der versicherten Person ein. Hingegen steht auch dieser Person im Fall des Rückgriffs auf eine mithaftpflichtige Person ein Vorrecht auf Befriedigung zu, wenn sie einen Teil der Ersatzleistung hat erbringen müssen (z.B. bei teilweisem Deckungsausschluss, bei ungenügender Versicherungs-

---

998 Vgl. vorne 2.7.3.3.1.

999 Vgl. vorne 2.6.4.4.

1000 Die Haftpflichtversicherung ist ein regressierender Versicherer nach Art. 88 SVG; in diesem Sinne vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 692; Oftinger K. / Stark E. W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N 724 und § 26 N 236; Egger H., Der Einfluss des Art. 88 SVG auf den Regress der Versicherer, Bern 1968, S. 75. Zu präzisieren bleibt, dass Art. 34 Abs. 2 BSG während der parlamentarischen Beratung in Anlehnung an Art. 88 SVG eingeführt wurde (Amtl. Bull. SR 1975 455, Antrag Amstad).

1001 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 139 zu Art. 51 OR; Schaer R., a.a.O. (Anm. 122), S. 245 ff. Nr. 715 bis 722; Gilliard F., a.a.O. (Anm. 826), S. 292. Vgl. auch vorne 2.7.3.3.2. und die Hinweise in Anm. 926.

summe oder bei vertraglichem Selbstbehalt)[1002]. In einem solchen Fall findet der Grundsatz "nemo subrogat contra se" direkte Anwendung.

2.7.4.4 Versicherungspflicht (Art. 54g und 54h VE)

2.7.4.4.1 Grundsatz (Art. 54g VE)

Im geltenden Recht schreiben zahlreiche Spezialgesetze, insbesondere solche, die eine Gefährdungshaftung vorsehen, der haftpflichtigen Person vor, eine Versicherung abzuschliessen[1003]. Andere Gesetze räumen dem Bundesrat die Zuständigkeit ein, eine Versicherungspflicht einzuführen[1004]. Die ratio legis beruht auf sozialen Überlegungen, namentlich auf dem Wunsch, den rechtlichen Schutz der geschädigten Person zu verstärken. Dieser Schutz ist tatsächlich wirksam, wenn - was fast immer zutrifft - die Versicherungspflicht durch ein unmittelbares Forderungsrecht des Opfers ergänzt wird und dem belangten Versicherer verboten wird, dem Opfer die gesetzlichen und vertraglichen Einwände und Einreden entgegenzuhalten[1005].

Die Verfasser des Vorentwurfs erachten es als notwendig, in einer allgemeinen Norm des künftigen Haftpflichtrechts den Grundsatz der Versicherungspflicht festzulegen und dem Bundesrat die diesbezügliche Zuständigkeit einzuräumen. Dies ist zunächst mit dem Legalitätsprinzip zu begründen: Es erscheint nämlich als angebracht, dass die Versicherungspflicht, also eine Abweichung vom Grundsatz der Vertragsfreiheit, auf Gesetzesstufe verankert wird[1006]. Auch rechtspolitische Gründe sprechen für diese Lösung: Es ist zweckmässig, dass die Regierung - oder die von ihr bezeichnete Vollzugsbehörde - entscheiden kann, ob, unter welchen Voraussetzungen und wie weit die Haftpflicht einer Person, die eine bestimmte Tätigkeit ausübt, von einer Versicherung gedeckt sein muss. Dieser Entscheid hängt nämlich von sozialen, aber auch von technischen und wirtschaftlichen Überlegungen ab, wie der Gefährlichkeit der Tätigkeit oder dem Angebot auf dem Versicherungsmarkt. Schliesslich ist die Bestimmung über die Delegation der Zuständigkeit im Willen begründet, eine Parallelregelung zur Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) zu schaffen. Es kann nämlich zweckmässig sein, die Personen, die eine besonders gefährliche Tätigkeit ausüben, zum Abschluss einer Versicherung zu verpflichten, wenn kein Gesetz, das eine Gefährdungshaftung vorsieht, diese Tätigkeit erfasst[1007]. Die Tatsache, dass eine bestimmte Tätigkeit besonders ge-

---

1002 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 689 - 693.

1003 Vgl. Art. 63 SVG (vgl. auch Art. 70 Abs. 2, 71 Abs. 2 und 72 Abs. 4 SVG, Art. 16 des Bundesgesetzes vom 29. März 1950 über die Trolleybusunternehmungen, SR 744.21); Art. 31 BSG (vgl. auch Art. 8 der Verordnung vom 15. März 1971 über die schweizerischen Jachten zur See, SR 747.321.7); Art. 16 Abs. 1 JSG; Art. 11 ff. KHG; Art. 35 RLG; Art. 70 f. LFG (mit dem Vorbehalt einer anderen Sicherheit); Art. 31 Bst. d StSG. Vgl. auch Art. 21 der Verordnung vom 8. November 1978 über die Konzessionierung von Luftseilbahnen, SR 743.11, und Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 22. März 1972 über die Luftseilbahnen mit Personenbeförderung ohne Bundeskonzession und über die Skilifte, SR 743.21.

1004 Vgl. Art. 59*b* USG.

1005 Vgl. vorne 2.7.4.1. und 2.7.4.2.1. Vgl. hinten 2.7.4.4.2.

1006 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.1, S. 113.

1007 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.1, S. 114.

fährlich ist, wird allerdings nicht genügen, um deren Ausübung vom Abschluss einer Haftpflichtversicherung abhängig zu machen. Vielmehr muss die Tätigkeit nach Artikel 54*g* VE einer bundesrechtlichen Bewilligungspflicht oder Aufsicht unterstehen, wie dies heute beim Lenken eines Motorfahrzeugs, dem Betrieb einer Kernanlage oder der Jagdausübung, nicht aber beim Skifahren oder der Benutzung einer Rasen-Mähmaschine der Fall ist. Die Notwendigkeit eines sicheren formellen Kriteriums ist durch die administrativen Zwangsmassnahmen, insbesondere polizeilicher Natur, gerechtfertigt, die eine Versicherungspflicht bedingt. Die vorgeschlagene Bestimmung überlässt es dem Bundesrat, die Versicherungsbedingungen und die minimale Deckung festzulegen. Auf jeden Fall muss der Bundesrat die Personen bezeichnen, die der Versicherungspflicht unterstehen oder davon befreit sind (z.B. Art. 63 Abs. 1 und 73 Abs. 1 SVG), den Umfang der Deckung und die Risiken und Forderungen festlegen, die ausgeschlossen werden können (z.B. Art. 63 Abs. 2 und 3 und 64 SVG), eine Pflicht des Versicherers vorsehen, der Vollzugsbehörde das Bestehen, Aussetzen und Aufhören der Deckung zu melden (z.B. Art. 68 SVG), sowie dem Betreiber der Tätigkeit das Recht gewähren, gleichwertige Sicherheiten anzubieten (z.B. Art. 70 ff. LFG).

2.7.4.4.2 Wirkungen: Einreden und Rückgriff (Art. 54h VE)

Die meisten der geltenden Spezialgesetze, die den Abschluss einer Haftpflichtversicherung vorschreiben, sehen ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Versicherer vor und verbieten ihm zudem, dem Opfer die Einreden aus dem Versicherungsvertrag oder dem VVG entgegenzuhalten. Auf der andern Seite erlauben diese Gesetze logischerweise dem Versicherer, auf den Versicherungsnehmer oder die versicherte haftpflichtige Person soweit Rückgriff zu nehmen, als er nach Versicherungsvertrag oder VVG seine Leistungen hätte verweigern oder kürzen dürfen[1008].

Die drei Institute (unmittelbares Forderungsrecht des Opfers, Einredenausschluss und Rückgriff des Versicherers) bilden, wie bereits gesagt, ein homogenes System, das der geschädigten Person einen wirksamen Schutz ihres Ersatzanspruchs bietet, ohne dabei die haftpflichtige Person zu privilegieren. Dieses System hat sich seit Jahrzehnten bewährt. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen vor, es zu verallgemeinern und auf alle Haftungsarten auszudehnen, für die aus den oben dargelegten Gründen eine Versicherungspflicht vorgesehen ist[1009].

Artikel 54*h* Absatz 1 VE legt den Grundsatz des Ausschlusses der Einreden aus VVG oder Versicherungsvertrag fest. Er stellt ausdrücklich klar, dass dieser Grundsatz auch die Einwände erfasst, die der Versicherer dem Opfer entgegenhalten könnte, was schon im geltenden Recht anerkannt wird[1010]. Diesbezüglich ist der sachliche Anwendungsbereich der Regelung weit und erfasst alle Rechtsbehelfe aufgrund des Innenverhältnisses zwischen versicherter haftpflichtigen Person und Versicherer, die diesem ermöglichen würden, seine Lei-

---

[1008] Vgl. vorne 2.7.4.2.1. und insbesondere die Hinweise in Anm. 961, 962 und 965.

[1009] Vgl. vorne 2.7.4.4.1. Vgl. auch 2.7.4.2.1.

[1010] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 205.

stung zu verweigern, zu kürzen oder aufzuschieben[1011]. Wegen Artikel 100 Absatz 1 VVG gehören dazu auch die Einwände, die sich aus der Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des OR ergeben[1012]. So wird sich der Versicherer nicht auf Willensmängel (Art. 23 ff. OR) oder auf Verletzungen der Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers bei Vertragsschluss (Art. 6 VVG) berufen können. Ebensowenig wird er eine Verletzung vertraglicher Pflichten durch die versicherte Person (Art. 20, 28 f., 38 VVG) oder ihr schweres Verschulden beim Eintritt des Versicherungsfalls (Art. 14 Abs. 2 VVG) geltend machen können. Schliesslich ist ihm die Geltendmachung von Einreden aus dem Vertrag selbst, etwa jener aus einer Selbstbehalts- oder einer Risikoausschlussklausel, untersagt[1013]. Indessen kann sich der Versicherer darauf berufen, dass die Forderung des Opfers den Deckungsbetrag übersteigt[1014], und dies unabhängig vom allfälligen gesetzlichen Minimum[1015]. Auch kann er der geschädigten Person die Einreden aus dem Versicherungsvertrag entgegenhalten, die sich auf Forderungen beziehen, die nach gewissen Spezialgesetzen - wie Artikel 63 Absatz 3 SVG oder 32 BSG - von der Deckung ausgeschlossen werden dürfen. Im weiteren kann er dem Opfer die Einwände entgegenhalten, die die versicherte haftpflichtige Person hätte geltend machen können, wenn sie selbst belangt worden wäre, und die die Haftpflicht als solche betreffen. Zu denken ist hier insbesondere an die Rechtfertigungsgründe, die die Rechtswidrigkeit nach Artikel 46*a* VE ausschliessen[1016], oder an Entlastungsgründe, die den Ursachenzusammenhang nach Artikel 47*a* VE "unterbrechen"[1017]. Zu denken ist ferner an die Umstände, die bei der Bemessung der Ersatzleistung nach Artikel 52 VE zu berücksichtigen sind[1018], ausser jenem, der auf die wirtschaftliche Schwäche der versicherten haftpflichtigen Person Bezug nimmt[1019].

Wie bereits gesagt, verstärkt der Grundsatz des Einredenausschlusses das unmittelbare Forderungsrecht der geschädigten Person. Konkret garantiert er dieser die Zahlung ihrer Ersatzforderung[1020], und er kommt indirekt allen Abtretungsgläubigern, insbesondere der Sozialversicherung und dem privaten

---

1011 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 198; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 292 Nr. 1662.

1012 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 205; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 620 f.

1013 Für Beispiele von Einwänden und Einreden, die der Versicherer dem Opfer nicht entgegenhalten kann, vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 568 und 617 f.; Maurer A., a.a.O. (Anm. 889), S. 548 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 207; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 292 f. Nr. 1663 ff.

1014 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 631.

1015 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 200; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 622 f.

1016 Vgl. vorne 2.3.3.4.

1017 Vgl. vorne 2.3.4.5.

1018 Vgl. vorne 2.5.2.

1019 Vgl. vorne 2.5.2., insbesondere Anm. 765 und 771; vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 629.

1020 Vgl. vorne 2.7.4.2.1. und die Hinweise in Anm. 966.

Schadensversicherer zugute (Art. 54 Abs. 2 VE), die sich auf ein Subrogationsrecht berufen können[1021].

Artikel 54*h* Absatz 2 VE sieht vor, dass dem Versicherer für den Betrag, den er der geschädigten Person ausgerichtet hat, ein Rückgriffsrecht gegen den Versicherungsnehmer zusteht, soweit er nach VVG oder Versicherungsvertrag seine Leistungen hätte verweigern oder kürzen dürfen. Diese Regelung räumt dem Versicherer ein eigenständiges Recht ein. Es erscheint dennoch als Auswirkung und Ergänzung des unmittelbaren Forderungsrechts des Opfers gegen den Versicherer und des Verbots für den letzteren, Einreden und Einwände aus dem VVG oder dem Versicherungsvertrag geltend zu machen. Man kann daher darin - wie heute schon - eine "Reflexwirkung" der Zahlung des Versicherers an die geschädigte Person sehen oder, mit anderen Worten, eine Auswirkung des Verhältnisses zwischen Versicherer und Opfer auf das Verhältnis zwischen Versicherer und versicherter Person[1022]. Es kann auch als Mittel betrachtet werden, den Versicherungsvertrag auszugleichen, indem es einerseits den Versicherer wieder in die Lage versetzt, die er hätte, wenn er dem Opfer die gesetzlichen und die vertraglichen Einreden entgegenhalten dürfte, und indem es anderseits die versicherte haftpflichtige Person nicht von den zivilrechtlichen Folgen des Sachverhalts befreit, für den sie einzustehen hat. Das Risiko der Zahlungsfähigkeit dieser Person wird allerdings letztlich vom Versicherer getragen.

Das Rückgriffsrecht des Versicherers ist im Gesetz begründet, weil es zwei Institute ergänzt (das unmittelbare Forderungsrecht einerseits und den Einredenausschluss anderseits), die auch im Gesetz begründet sind[1023]. Es ist praktisch unnötig und rechtlich fraglich, darin eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung zu sehen (Art. 62 OR)[1024]. Die Zahlung des Versicherers an das Opfer ist nämlich bis zur Höhe der Regressforderung nicht ungerechtfertigt, sondern beruht auf dem Gesetz[1025]. Trotz seiner gesetzlichen Grundlage steht das Rückgriffsrecht des Versicherers aber auch in einer Beziehung zum Versicherungsvertrag. Zum einen kann sich das Recht des Versicherers, seine Leistungen zu verweigern oder zu kürzen, aus dem Vertrag selbst ergeben. Zum zweiten können die Parteien vereinbaren, dass der Versicherer für bestimmte Einreden (z.B. diejenige des schweren Verschuldens der haftpflichtigen Person) auf die Geltendmachung seiner Regressforderung verzichtet oder dass er die Gesamtheit seiner Leistungen an die geschädigte Person verlangen wird[1026].

1021 BGE 119 II 293 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 200; Frésard-Fellay G., a.a.O. (Anm. 921), S. 55 ff.

1022 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 214; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 3.1 zu Art. 65 SVG; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 298 Nr. 1680; BGE 91 II 230, der von "Reflexwirkung" spricht; BGE 1. Februar 1968 in SAV XIII Nr. 85.

1023 Vgl. vorne 2.7.4.2.1.

1024 In diesem Sinn, Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 651 f.

1025 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 214 und Anm. 376.

1026 Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 298 Nr. 1681; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 3.3 zu Art. 65 SVG; BGE 92 II 252.

Beklagter im Regressverfahren ist entweder der Versicherungsnehmer (die Person, die den Vertrag für eigene und/oder für fremde Rechnung abgeschlossen hat) oder die versicherte Person (die Person, für deren Rechnung der Vertrag abgeschlossen wurde). Kurz gesagt handelt es sich um die Person, der der Sachverhalt - am häufigsten das schwere Verschulden nach Artikel 14 Absatz 2 VVG - zuzurechnen ist, der die Verweigerung oder die Kürzung der Versicherungsleistungen gerechtfertigt hätte. Diesbezüglich ist es angebracht, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur obligatorischen Versicherung gemäss SVG zu verallgemeinern[1027]. Nach dieser Rechtsprechung, die von der Mehrheit der Lehre gebilligt wird[1028], ist zwischen der Haftpflichtversicherung des Halters und derjenigen des Lenkers des Motorfahrzeugs zu unterscheiden; obwohl die beiden Versicherungen auf ein und demselben Vertrag beruhen, unterscheiden sie sich in Bezug auf Gegenstand und berechtigte Person, so dass das Verhalten der beiden getrennt und für sich beurteilt werden muss. Dies bedeutet, dass das Rückgriffsrecht des Versicherers wegen schweren Verschuldens nur gegen die schuldige Person ausgeübt werden kann, und zwar in den meisten Fällen alternativ auf den Versicherungsnehmer oder die versicherte Person und manchmal kumulativ (aber nicht solidarisch) auf beide[1029].

Der Versicherer kann sein Rückgriffsrecht nur bis zur Höhe der Ersatzleistung, die er der geschädigten Person erbracht hat, und nur soweit ausüben, als er nach VVG oder Versicherungsvertrag seine Leistung hätte ablehnen oder kürzen dürfen. Massgebend ist nicht der Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses, sondern derjenige der Zahlung der Ersatzleistung an das Opfer. Gegenstand der Regressforderung wird je nach geltend gemachter Einrede oder Einwendung die ganze Entschädigung (wenn keine "interne" Deckung besteht) oder nur ein Teil davon sein. Diese Forderung hat nicht Schadenersatzcharakter und kann somit nicht nach den Kriterien von Artikel 52 VE gekürzt werden[1030]. Eine Kürzung aus anderen Gründen ist allerdings denkbar, so namentlich - und selbstverständlich -, wenn der Versicherer dem Opfer einen Betrag bezahlt hat, der ihm nicht geschuldet war, zum Beispiel weil er ihm einen Sachverhalt nicht entgegengehalten hat, wofür dieses einstehen muss[1031]. Dies trifft auch dann zu, wenn der Rückgriff des Versicherers die geschädigte Person benachteiligt, beispielsweise weil ihr Schaden die Versicherungsdeckung übersteigt. In einem solchen Fall steht dem Opfer ein Vorrecht auf vollständige Entschädigung durch die haftpflichtige Person zu. Dieser Grundsatz ist in einigen geltenden Spezialgesetzen bereits verankert, wie in Artikel 34 Absatz 2 BSG, Artikel 20

1027 BGE 91 II 231 ff.

1028 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 227; Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 657; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 303 Nr. 1696. Vgl. die Kritik von Keller M., Schuldhafte Herbeiführung des befürchteten Ereignisses durch Hilfspersonen des Versicherungsnehmers unter besonderer Berücksichtigung der Motorfahrzeug - Haftpflicht - Versicherung, SJZ 1974, S. 1 ff., 105 ff.

1029 Zu dieser Frage vgl. insbesondere Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 654 ff.

1030 Brehm R., a.a.O. (Anm. 862), Nr. 673.

1031 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, N 231; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 3.6 zu Art. 65 SVG; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 300 Nr. 1688.

Absatz 1 KHG und Artikel 88 SVG, der allgemein formuliert ist[1032]. Es ist angebracht, dem Grundsatz allgemeine Tragweite zuzuschreiben[1033]. Die Verfasser des Vorentwurfs halten es dennoch für nötig, hier seine Anwendung in Erinnerung zu rufen, weil der Rückgriff des Haftpflichtversicherers auf den Versicherungsnehmer oder die versicherte Person nicht auf einer Subrogation in die Rechte der geschädigten Person beruht.

2.7.5 Verhältnis zu einer Versicherung zugunsten Dritter (Art. 54i VE)

Bezüglich der Personenversicherung legt Artikel 96 VVG den Grundsatz der Häufung der Forderungen fest. Das Opfer, das im Genuss einer solchen Versicherung ist, - sie garantiert in der Regel die Erbringung zum voraus bestimmter Leistungen bei Tod oder Verletzung der körperlichen oder geistigen Integrität - kann seine Rechte gegen den Versicherer und gegen die haftpflichtige Person geltend machen. Unter Umständen kann sich daraus eine Überentschädigung der geschädigten Person ergeben[1034].

Einige Spezialgesetze, die eine Gefährdungshaftung kennen (Art. 13 Abs. 1 EHG, 62 Abs. 3 SVG, 9 Abs. 2 KHG), sehen - mit unterschiedlicher Formulierung - eine Abweichung vom Grundsatz der Häufung der Forderungen vor. Diese Regelungen kommen zur Anwendung, wenn die haftpflichtige Person eine Fremdversicherung ganz oder teilweise finanziert hat. Dies trifft beispielsweise beim Halter eines Motorfahrzeugs zu, der eine sog. Insassenversicherung zugunsten des Lenkers oder der Mitfahrer abgeschlossen hat. In einem solchen Fall werden die Leistungen des Versicherers an das Opfer von der Entschädigung, die die haftpflichtige Person schuldet, im Verhältnis zu ihrem Prämienanteil abgezogen. Die ratio legis beruht auf der Überlegung, dass die Schadenersatzpflicht der haftpflichtigen Person in dem Ausmass getilgt ist, in dem sie die Prämien für eine freiwillige Versicherung bezahlt hat. Mit anderen Worten: Der Grundsatz der Häufung der Forderungen ist ungerechtfertigt, wenn die ersatzpflichtige Person eine Versicherung zugunsten des Opfers abgeschlossen und finanziert hat. Die entsprechende Entlastung der haftpflichtigen Person benachteiligt das Opfer keineswegs, denn es erhält auf jeden Fall den Betrag, der ihm zusteht[1035]. Diese Lösung entspricht zudem der langjährigen Tendenz im Haftpflichtrecht, die Überentschädigungsfälle durch Einführung von Bestimmungen über die Anrechnung, den Rückgriff und die Subrogation zu beschränken[1036].

[1032] Es wird einhellig anerkannt, dass Art. 88 SVG auf den Regress des Haftpflichtversicherers nach Art. 65 Abs. 3 SVG Anwendung findet; vgl. Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 301 Nr. 1691; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 3.8 zu Art. 65 SVG; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 26, Nr. 425.

[1033] Vgl. vorne 2.7.4.3. und die Hinweise in Anm. 1001.

[1034] Vgl. vorne 2.7.1.

[1035] BGE 97 II 273.

[1036] BGE 117 II 620; vgl. auch vorne 2.7.1.

Diese Argumentation überzeugt. Ihre Bedeutung ist übrigens allgemein[1037]. Sie führt die Verfasser des Vorentwurfs dazu, im Sinne der Studienkommission[1038] im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts den Grundsatz der verhältnismässigen Anrechnung der Versicherungsleistungen zu verankern. Artikel 54*i* VE sieht vor - wie Artikel 9 Absatz 2 KHG für die Unfallversicherung allein -, dass der Grundsatz nur auf freiwillige Versicherungen anwendbar ist. Dadurch wird das Sozialversicherungsrecht implizit vorbehalten[1039]. Die Bestimmung präzisiert nicht, - weil dies unnötig wäre -, dass die hier angesprochene Versicherung eine Personenversicherung sein muss; bei Schadensversicherungen ist die Häufung nämlich nicht möglich, und die Anrechnung ist die Regel, wie dies in Artikel 54 Absatz 1 VE ausgedrückt wird[1040]. Im Übrigen kann auf die Lösungen verwiesen werden, die die Rechtsprechung bei der Anwendung von Artikel 62 Absatz 3 SVG entwickelt hat, insbesondere bezüglich der Frage nach der Wirkungen der Anrechnung auf die übrigen schadenersatzpflichtigen Personen[1041].

Wie nach den geltenden Artikeln 62 Absatz 3 SVG und 9 Absatz 2 KHG sind die Parteien des Versicherungsvertrags auch nach Artikel 54*i* VE frei, die Anrechnung der Versicherungsleistungen ganz oder teilweise auszuschliessen. Es ist hervorzuheben, dass dieser Vorbehalt den Personenversicherungsvertrag betrifft, der die haftpflichtige Person freiwillig abgeschlossen hat, und nicht den Vertrag, der ihre Haftpflicht deckt.

2.8 Verjährung (Art. 55 bis 55c VE)

2.8.1 Notwendiges Institut

Obwohl sie oft vorfrageweise geltend gemacht wird, ist die Verjährung (prescription extinctive, prescription libératoire) ein Institut des materiellen Rechts. Sie hat allgemeinen Charakter. Sie erlaubt dem Schuldner, die Klage des Gläubigers wegen Zeitablaufs einredeweise zu hemmen. Trotz ihrer systematischen Einreihung im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts (Art. 127 ff.) führt die Verjährung nicht zum Erlöschen der Obligation. Mit anderen Worten: Sie hat keine Auswirkung auf das Bestehen, sondern nur auf die Geltendmachung der Forderung, die als Naturalobligation weiter besteht.

Sinn und Zweck des Instituts sind sowohl mit öffentlichen wie auch mit privaten Interessen zu begründen[1042]. Das öffentliche Interesse verlangt, dass der Gläubiger mit der gerichtlichen Geltendmachung seines Rechts nicht ewig soll warten dürfen, und dies aus Gründen der Rechtssicherheit (insbesondere bezüg-

---

[1037] Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 137 Nr. 1205; BGE 65 II 259 ff. Vgl. auch Rusconi B., a.a.O. (Anm. 554), S. 558 f., der das Problem im Rahmen der "Umstände" stellt, die nach dem geltenden Art. 43 Abs. 1 OR zu berücksichtigen sind.

[1038] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.6, S. 112 f.

[1039] Art. 41 UVG, 48ter AHVG, 52 Abs. 1 IVG, 67 Abs. 1 MVG, wo die Anrechnung die Regel ist.

[1040] Vgl. vorne 2.7.3.2.

[1041] BGE 97 II 274 ff. Vgl. auch Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 1.13 zu Art. 62 SVG; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 306 und das dort angegebene Beispiel.

[1042] Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), I, § 3 - 20; Schwander W., Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, Winterthur 1963, S. 2 f.; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 796 f.; BGE 90 II 437 f.

lich des Beweisverfahrens) und des "sozialen Friedens" (insbesondere der Notwendigkeit, Streitigkeiten ein für allemal zu erledigen). Das private Interesse ist vor allem dasjenige des Schuldners (oder seiner Erben), der nicht auf unbestimmte Zeit im Ungewissen über das Schicksal vergessener oder zweifelhafter Forderungen gelassen werden soll. Aber auch das Interesse des Gläubigers spielt mit; denn das Bestehen einer Frist, innert welcher er seinen Anspruch gerichtlich durchsetzen muss, sollte ihn zum Handeln anspornen. Kurz: Die Verjährung ist ein notwendiges Institut.

2.8.2 Darstellung des gesetzlichen Systems

Die allgemeinen Bestimmungen über die Verjährung sind in den Artikeln 127 bis 142 OR enthalten. Von vornherein sind sie auf alle zivilrechtlichen Forderungen anwendbar, so auch auf die haftpflichtrechtlichen. Auf diesem Gebiet hat allerdings der Gesetzgeber zahlreiche Sonderbestimmungen erlassen. Die meisten davon weichen von der ordentlichen zehnjährigen Frist des Artikel 127 OR ab. Bei diesen Bestimmungen ist zwischen den allgemeinen Regeln von Artikel 60 OR und den anderen Regeln, die am häufigsten in Spezialgesetzen vorgesehen sind, zu unterscheiden.

Artikel 60 OR besteht aus drei Absätzen und sieht drei Verjährungsfristen vor:

- eine ordentliche (oder relative) Frist von einem Jahr ab Kenntnis des Schadens und der ersatzpflichtigen Person (Abs. 1);

- eine subsidiäre (oder absolute) Frist von zehn Jahren ab schädigender Handlung (Abs. 1);

- eine ausserordentliche Frist, die der - längeren - Verjährungsfrist des Strafrechts entspricht, wenn die schädigende Handlung strafbar ist (Abs. 2).

Absatz 3 gewährt der geschädigten Person, die anlässlich der Begehung der Schädigung zur Eingehung einer Verpflichtung aufgefordert wurde, eine unverjährbare Einrede.

Anwendbar ist Artikel 60 OR auf die Forderungen aus Verschuldenshaftung nach der Generalklausel von Artikel 41 OR oder nach einer Sonderbestimmung, die auf das gemeine Recht verweist (z.B. Art. 9 Abs. 3 UWG). Er findet auch Anwendung auf die Forderungen aus gewöhnlichen Kausalhaftungen (mit Ausnahme derjenigen, die in Spezialgesetzen vorgesehen sind, die diesbezüglich Sonderregelungen enthalten: Artikel 40 StSG, Art. 9 und 10 PrHG). Er ist schliesslich auf gewisse Forderungen aus scharfen Kausalhaftungen anwendbar, wenn die entsprechenden Spezialgesetze auf die Bestimmungen des Obligationenrechts verweisen (z.B. Art. 27 Abs. 1 SprstG; Art. 15 Abs. 2 JSG).

Zahlreiche Regelungen weichen vom System des Artikel 60 OR ab. Sie sind manchmal im gemeinen Recht, meistens aber in Spezialgesetzen enthalten, insbesondere in solchen, die eine Gefährdungshaftung vorsehen. Diese Abweichungen betreffen vor allem die Fristen, und zwar ihre Dauer, ihren Beginn oder ihre Natur.

Mehrere Sonderbestimmungen übernehmen das in Artikel 60 Absatz 1 und 2 OR vorgesehene System der drei Fristen. Dies trifft beispielsweise bei Artikel

83 Absatz 1 SVG und Artikel 39 Absatz 1 RLG zu. Manche Abweichungen betreffen die Dauer der ordentlichen Frist (z.B. Art. 83 Abs. 1 SVG, zwei Jahre; Art. 10 Abs. 1 KHG und Artikel 9 PrHG, drei Jahre; Art. 760 Abs. 1 OR, fünf Jahre), andere die Dauer der subsidiären Frist (z.B. Art. 68 Abs. 2 LFG, drei Jahre; Art. 40 StSG, dreissig Jahre).

Zahlreiche Bestimmungen umschreiben den Beginn der subsidiären Frist anders als Art. 60 Absatz 1 OR. Als dies a quo kann der "Tag des Unfalles" (Art. 83 Abs. 1 SVG), der "Tag des Schadenereignisses" (Art. 39 Abs. 1 RLG), der "Tag, an dem der Schaden verursacht worden ist" (Art. 68 Abs. 2 LFG), das "Schadenereignis" aber auch der Zeitpunkt vorgesehen sein, zu dem die andauernde Einwirkung, auf die der Schaden zurückzuführen ist, aufhört (Art. 10 Abs. 1 KHG). Auf andere besondere Regelungen wie diejenigen des Vormundschaftsrechts (Art. 454 und 455 ZGB) sei hier nur hingewiesen.

Einige Normen sehen eine einheitliche Verjährungsfrist vor. Dazu gehören Artikel 37 EleG (zwei Jahre "von dem Tage an, an welchem die Schädigung stattgefunden hat"), und Artikel 14 Absatz 1 EHG (zwei Jahre, "welche von dem Tage des Unfalls an gerechnet werden"). Die Regel der längeren strafrechtlichen Verjährungsfrist findet in diesen Fällen keine Anwendung, und die Einrede kann dem Opfer kurzfristig entgegengehalten werden, selbst wenn es noch keine Kenntnis des Schadens gehabt hat[1043].

Einige Sonderbestimmungen enthalten Verwirkungs- und nicht Verjährungsfristen, mit der Folge, dass die geschädigte Person unbedingt ihre Forderung innert der gesetzlichen Frist geltend machen muss, will sie nicht, dass ihre Forderung endgültig dahinfällt und dass der Richter dies von Amtes wegen feststellt[1044]. Es handelt sich um Artikel 10 Absatz 1 KHG (dreissig Jahre für die subsidiäre Frist) und um Artikel 10 Absatz 1 PrHG (zehn Jahre für die subsidiäre Frist, die mit der Inverkehrbringung des fehlerhaften Produkts zu laufen beginnt). Zu erwähnen ist auch Artikel 29 Absatz 1 des Warschauer Abkommens zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr[1045].

Hervorzuheben ist schliesslich, dass gewisse Spezialgesetze in recht unterschiedlicher Weise auf die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts verweisen. Bedeutend für das Haftpflichtrecht sind vor allem die Artikel 134 bis 142. Manchmal ist der Verweis global (z.B. Art. 83 Abs. 4 SVG), manchmal beschränkt (z.B. Art. 37 EleG, der die Unterbrechung der Verjährung nicht erwähnt), manchmal gibt es überhaupt keinen Verweis (z.B. KHG und PrHG).

Die vorigen Ausführungen machen deutlich, dass das geltende Rechtssystem in Bezug auf die Verjährung ausservertraglicher Schadenersatzklagen kompliziert und heterogen ist. Unter Vorbehalt der Regressklage bei Haftungskonkurrenz ist dieses Rechtssystem sicher vollständig: Es beruht auf den allgemeinen Regeln von Artikel 60 OR - sie werden von den ordentlichen Bestimmungen

---

[1043] Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 61; BGE 84 II 208 f.

[1044] Zur Unterscheidung zwischen Verjährung und Verwirkung und deren umstrittenen Auswirkungen vgl. insbesondere Bucher E., a.a.O. (Anm. 294), § 25 II 2; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 798 f.; Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), II § 371 - 379, 397 - 402, 422 - 426; BGE 93 II 369, 110 II 389 f., 113 II 121.

[1045] SR 0.748.410.

des Obligationenrechts ergänzt -, die zur Anwendung kommen, wenn keine Sonderregelung davon abweicht. Zu bedauern ist jedoch, dass sich dieses System durch eine allzu grosse Zahl unterschiedlicher Lösungen auszeichnet, was seine Anwendung erheblich erschwert[1046]. Diese Verschiedenartigkeit[1047] ist insofern ungerechtfertigt, als es in den meisten Fällen keinen überzeugenden Grund gab, dieselben Probleme unterschiedlich zu lösen. Diese unbefriedigende Lage hat allgemeine und spezifische Ursachen. Zu den allgemeinen Ursachen zählen einerseits die Kürze der ordentlichen Verjährungsfrist nach Artikel 60 Absatz 1 OR (ein Jahr; bei der Ausarbeitung des Obligationenrechts von 1881 wurde eine fünfjährige Frist in Erwägung gezogen[1048]) und anderseits die beeindruckende Zahl von Spezialgesetzen, in denen allzu oft unüberlegte unterschiedliche Regelungen entstanden sind. Als spezifische Ursache der Verschiedenartigkeit des Systems ist zunächst zu erwähnen, dass der Gesetzgeber hie und da im Namen eines vermeintlichen öffentlichen Interesses dem Anliegen der raschen Streiterledigung den Vorzug gab. Dies dürfte bei der drakonischen Regelung von Artikel 37 EleG und 14 Absatz 1 EHG zutreffen, die eine einzige Frist von zwei Jahren ab schädigender Handlung vorsehen[1049]. Eine zweite Ursache ist der Umstand, dass sich einige Spezialgesetze an die Regelung internationaler Abkommen und Richtlinien angelehnt haben. So entspricht die - sehr kurze - dreijährige subsidiäre Frist von Artikel 68 Absatz 2 LFG derjenigen des alten Abkommens von Rom zur Vereinheitlichung von Regeln bezüglich Schäden, die Dritten auf der Erde durch Luftfahrzeuge zugefügt wenn den[1050], und die Verwirkungsnatur der subsidiären Frist nach Artikel 10 Absatz 1 PrHG entspricht derjenigen nach Artikel 11 der EU-Richtlinie über die Haftung für fehlerhafte Produkte[1051]. Dasselbe gilt für die subsidiäre Frist von Artikel 10 Absatz 1 KHG, der sich an das Pariser Übereinkommen über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiete der Kernenergie anlehnt[1052] und zudem vom Willen des Schweizer Gesetzgebers geprägt ist, genau festzulegen, bis wann die Forderungen aus Spätschäden gegen den Inhaber der Nuklearanlage oder seinen Versicherer geltend gemacht werden müssen und ab wann sie gegen den Bund zu richten sind, damit sie vom Spezialfonds gedeckt werden (Art. 13 KHG); zu diesem Zweck wurde eine Verwirkungsfrist einge-

---

1046 Vgl. Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 7; Spiro K., Zur Reform der Verjährungsbestimmungen, in Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, Baden-Baden 1986, S. 618; Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 80 f.

1047 Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), S. 232.

1048 Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 80.

1049 Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 55 ff.

1050 Abkommen vom 29. Mai 1933, von der Schweiz unterzeichnet, aber nicht ratifiziert, ersetzt durch das Abkommen von Rom vom 7. Oktober 1952 über Schäden, welche Dritten auf der Erde durch ausländische Luftfahrzeuge zugefügt werden. Auch dieses Abkommen hat die Schweiz unterzeichnet, aber nicht ratifiziert.

1051 Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EG).

1052 Das Übereinkommen ist vom 29. Juli 1960; die Schweiz hat es unterzeichnet aber nicht ratifiziert. Vgl. vorne Anm. 47

führt, "die eine eindeutige Zäsur bringt gegenüber einer Spätschädenregelung"[1053].

2.8.3 Hauptziele der Revision

Die Verjährung ist, wie bereits gesagt, ein notwendiges Institut, und niemand denkt ernsthaft daran, sie in Frage zu stellen. Bei einer Revision des Haftpflichtrechts muss sich aber der Gesetzgeber fragen, ob auf diesem Gebiet eine Sonderregelung, die zum Teil von den gemeinrechtlichen Bestimmungen der Artikel 127 ff. OR abweicht, gerechtfertigt ist. Die Antwort der Studienkommission war ein klares Ja[1054]. Diese Haltung stand übrigens im Einklang mit den gesetzlichen Lösungen vieler europäischen Staaten. Die Verfasser des Vorentwurfs schliessen sich ohne Zögern dieser Auffassung an und sind überzeugt, dass die Besonderheit des Haftpflichtrechts hier "ad-hoc-Begriffe" verlangt. Sie denken insbesondere an die Notwendigkeit einer doppelten, also einer ordentlichen und einer subsidiären Verjährungsfrist und an die sich daraus ergebende Notwendigkeit, den Beginn der beiden Fristen infolge ihrer verschiedenen Zwecke unterschiedlich festzulegen[1055]. Diesbezüglich erweist sich das in Artikel 130 Absatz 1 OR für den Beginn der ordentlichen Verjährung vorgesehene Kriterium der Fälligkeit der Forderung als untauglich für die Ersatzforderung der geschädigten Person und für die Regressforderung der mithaftpflichtigen Person, die über ihren Anteil hinaus geleistet hat. Infolgedessen drängt es sich auf, dass der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts eine besondere Regelung der Verjährung vorsieht. Diese Regelung darf nicht die Lösungen des geltenden Rechts, insbesondere diejenigen von Artikel 60 OR, unverändert übernehmen; denn sie sind Gegenstand berechtigter Kritik und weisen Lücken auf. Die Neuregelung soll einerseits das System vereinheitlichen und anderseits seine Anwendbarkeit verbessern; durch diese zwei Hauptziele werden die Rechte der geschädigten Person erweitert.

Zum ersten Ziel ist zu erwähnen, dass die übertriebene Verschiedenartigkeit der Bestimmungen über die Verjährung der haftpflichtrechtlichen Forderungen seit längerer Zeit von allen Seiten kritisiert wird und dass eine formelle wie auch materielle Vereinheitlichung der Materie verlangt wird[1056]. Diese Forderung ist zum Postulat geworden[1057]. Das Ziel der Vereinheitlichung kann verwirklicht werden, indem die Anwendbarkeit der Regel von Artikel 60 Absatz 1 OR auf eine möglichst grosse Zahl von Fällen ausgedehnt wird und dadurch die Zunahme von Ausnahmebestimmungen möglichst verhindert wird. Dies setzt logischerweise eine Verlängerung der allgemeinen Fristen (der ordentlichen wie der subsidiären) voraus, was der herrschenden Ansicht zu entsprechen

---

1053 BBl 1980 I 182.

1054 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.3, S. 119 f.

1055 Vgl. hinten 2.8.4.

1056 Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), S. 232; Stark E.W., a.a.O. (Anm. 31), S. 93 und 104 ff.; Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), S. 683; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 200; Bundesrat, Schriftliche Antwort auf die Motion Crevoisier vom 19. Juni 1980 (80.429) und auf das Postulat Ziegler vom 19. Juni 1980 (80.476), S. 4.

1057 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/11.2, S. 119, und V/11.4, S. 121.

scheint[1058]. Das Ziel der Vereinheitlichung befreit allerdings den Gesetzgeber nicht von der Abklärungspflicht, ob und in welchem Ausmass Abweichungen von der allgemeinen Regelung der Verjährung ausnahmsweise begründet sein könnten. A priori sollten hier zwei Arten von Gründen in Frage kommen. Die ersten betreffen die Besonderheiten der fraglichen Haftung, genauer gesagt die Besonderheiten des Anknüpfungssachverhalts und der möglichen Schäden. So scheint es angebracht, für die Forderungen gegen Personen, deren Tätigkeit Spätschäden verursachen kann, längere Verjährungsfristen vorzusehen. Beispielsweise entstehen aus radioaktiven oder ionisierenden Strahlen solche Schäden. So tritt die Hälfte der Krebsfälle mehr als 25 Jahre nach der nuklearen Ausstrahlung auf, was die subsidiäre (Verwirkungs)frist von 30 Jahren des KHG rechtfertigt[1059]. Die zweite Art von Gründen, die eine Ausnahmeregelung rechtfertigen können, ist eher politischer Natur und bezieht sich auf die Zweckmässigkeit oder Pflicht, das Landesrecht mit dem internationalen Recht zu harmonisieren, namentlich auf dem Gebiet des Transports[1060].

Das zweite Hauptziel der Revision ist die Verbesserung der Verjährungsregelung im Haftpflichtrecht. Nach den Verfassern des Vorentwurfs kann dieses Ziel durch verschiedene Mittel erreicht werden, insbesondere:

- durch eine Verlängerung der allgemeinen Fristen in Artikel 55 VE[1061];
- durch Verzicht auf die im geltenden Artikel 60 Absatz 2 OR vorgesehene Regelung, deren Anwendung schwierig ist und deren Nützlichkeit inskünftig stark sinken wird[1062];
- durch Einordnung der Norm von Artikel 60 Absatz 3 OR bei den Bestimmungen über die Willensmängel[1063];
- durch Einführung von Sonderregelungen über den Verzicht der haftpflichtigen Person oder ihres Versicherers auf die Einrede der Verjährung in Artikel 55*a* VE[1064];
- durch Erlass einer Sonderbestimmung (Art. 55*b* VE), die die Artikel 134 und 135 OR ergänzt, und durch eine Änderung von Artikel 134 Absatz 1 OR[1065];
- schliesslich durch Einführung einer Sonderregelung über die Verjährung der verschiedenen Regressklagen (Art. 55*c* VE), also über eine Frage, die heutzutage vom Obligationenrecht nicht ausdrücklich beantwortet wird[1066].

1058 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/11.4, S. 120 f.

1059 Auch Art. 40 StSG sieht eine (Verjährungs-) Frist von 30 Jahren vor. Vgl. BBl 1980 I 181; 1988 II 219 ff.; Stark E.W., a.a.O. (Anm. 31), S. 104; BGE 106 II 134.

1060 Vgl. Bundesrat, Antwort auf die Motion Leuenberger vom 5. Februar 1985 (85.321), S. 3, bezüglich der Haftung des Luftfrachtführers.

1061 Vgl. hinten 2.8.4.1.4.

1062 Vgl. hinten 2.8.4.2.

1063 Vgl. hinten 2.8.4.3 und 4.2.0.0.1.

1064 Vgl. hinten 2.8.5.

1065 Vgl. hinten 2.8.6.

2.8.4 Verjährung des Anspruchs auf Schadenersatz

2.8.4.1 Grundsatz (Art. 55 VE)

2.8.4.1.1 Beibehaltung der doppelten Frist

Das schweizerische Haftpflichtrecht kennt in Artikel 60 Absatz 1 OR das System der doppelten Verjährungsfrist (ordentliche und subsidiäre Frist). Dieses System liegt auch einigen Spezialgesetzen, wie Artikel 83 Absatz 1 SVG, zugrunde. Artikel 60 Absatz 2 OR über die Anwendbarkeit der längeren strafrechtlichen Verjährungsfrist ist eine blosse Ausprägung des Systems.

Manche ausländische Regelungen sehen im gemeinen Recht eine allgemeine Frist vor, die auch auf die Verjährung der Forderungen aus unerlaubten Handlungen anwendbar ist. Dies gilt beispielsweise für Frankreich[1067]. Andere Länder haben gemeinrechtliche Bestimmungen, die nur auf die haftpflichtrechtlichen Forderung Anwendung finden. Manchmal kennen sie, wie in Italien[1068], eine einzige Frist, manchmal, wie in Deutschland und Österreich[1069], eine doppelte.

Dem Vorschlag der Studienkommission folgend[1070] treten die Verfasser des Vorentwurfs für die Beibehaltung der doppelten Verjährungsfrist ein, weil dieses System - unter Vorbehalt der später zu behandelnden Fragen nach der Länge der Fristen und nach den Spätschäden[1071] - von grundsätzlicher Kritik verschont blieb und sich anscheinend in der Praxis bewährt hat. In Anbetracht der spezifischen Funktion jeder dieser Fristen steht dieses System im Einklang mit den öffentlichen und privaten Interessen, die Sinn und Zweck der Verjährung bestimmen[1072]. Bei seiner Verallgemeinerung können atypische Normen des geltenden Rechts (Art. 37 EleG und 14 Abs. 1 EHG) aufgehoben werden, die eine einzige Frist kennen und daher zu unbefriedigenden Ergebnissen führten[1073].

2.8.4.1.2 Rechtfertigung der ordentlichen Frist (Art. 55 Abs. 1 VE)

Die ordentliche Verjährungsfrist ist relativ kurz (ein Jahr nach Art. 60 Absatz 1 OR, drei Jahre nach Art. 55 Abs. 1 VE). Sie will das Opfer anspornen, seinen Anspruch innert kurzer Frist geltend zu machen, damit die haftpflichtige Person und ihr Versicherer nicht dauernd im ungewissen bleiben. Die Schadenersatzforderung beruht nämlich selten auf einer ausdrücklichen Willenserklärung des Schuldners. Das Risiko, dass sie bestritten wird, ist somit häufig grösser als bei

---

1066 Vgl. hinten 2.8.7.

1067 Art. 2262 CCF: 30 Jahre.

1068 Art. 2947 CCI: 5 Jahre, falls die strafrechtliche Verjährung nicht länger ist.

1069 § 852 BGB; § 1489 ABGB: 3 Jahre und 30 Jahre.

1070 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.7.1, S. 122 f.

1071 Vgl. hinten 2.8.4.1.4.

1072 Vgl. vorne 2.8.1. und hinten 2.8.4.1.2. und 2.8.4.1.3.

1073 Vgl. BGE 84 II 208 ff.

Forderungen aus Nichterfüllung eines Vertrags[1074], und dies rechtfertigt die Kürze der Frist.

Der dies a quo der ordentlichen Verjährungsfrist ist subjektiv bestimmt, und zwar auf den psychologisch günstigen und logisch angemessenen Zeitpunkt, zu dem das Opfer über die nötigen Kenntnisse verfügt, d.h. vom Schaden weiss und die Person des Haftpflichtigen kennt. Der Begriff "Kenntnis vom Schaden" wird heute zu Recht in einer für die geschädigte Person günstigen Weise ausgelegt. Diese hat Kenntnis von ihrem Schaden, wenn sie die Umstände - betreffend Bestehen, Natur und Posten des Schadens - erfahren hat, die eine gerichtliche Klage begründen können[1075]. Sie muss somit die finanziellen Folgen der schädigenden Handlung mindestens annähernd beziffern können. So wird bei Sachschäden die Verjährung mit dem Tag zu laufen beginnen, an dem das Opfer den Kostenvoranschlag oder die Rechnung für die Reparatur der Sache oder den diesbezüglichen Expertenbericht erhält[1076]. Bei Schäden aus Körperverletzung, insbesondere bei Arbeitsunfähigkeit, beginnt die Verjährung am Tag, an dem der Experte den Invaliditätsgrad bestimmt[1077]. Man kann gewiss bedauern, dass der dies a quo manchmal ungenau ist[1078]. Es handelt sich aber um einen "Mangel", der dem Begriff der relativen Verjährung innewohnt. Es kommt hinzu - Spiro betont dies zu Recht[1079] -, dass das Kriterium der Kenntnis vom Schaden heute dank der technischen Entwicklung und der vorhandenen Untersuchungsmittel praktikabler sein sollte. Als zweites Kriterium zur Bestimmung des Beginns der ordentlichen Verjährung nennt Artikel 60 Absatz 1 OR die Kenntnis "von der Person des Ersatzpflichtigen" ("auteur du dommage"). Es handelt sich um ein zusätzliches Kriterium, das als solches unumstritten ist. Der Begriff ist aber insofern zu eng, als er im wesentlichen auf die Person Bezug nimmt, die aus Verschulden haftet. Deshalb übernehmen die Verfasser des Vorentwurfs die weitergehende Formulierung von Artikel 10 Absatz 1 KHG. Bezüglich des Schadens spricht daher Artikel 55 Absatz 1 VE von der "Person des Haftpflichtigen oder Deckungspflichtigen". Er erfasst somit die Person, die die schädigende Handlung verursacht hat, aber auch diejenige, die kausal haftet, und den Versicherer, der die Haftung deckt und gegen den direkt geklagt werden kann (Art. 54*c* und 54*h* VE).

2.8.4.1.3 Rechtfertigung der subsidiären Frist (Art. 55 Abs. 2 VE)

Die subsidiäre Verjährungsfrist ist relativ lang (zehn Jahre nach Artikel 60 Absatz 1 OR, zwanzig Jahre nach Art. 55 Abs. 2 VE). Sie kommt grundsätzlich nur dann zur Anwendung, wenn das Opfer keine Kenntnis vom Schaden und von

---

1074 Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), S. 676.

1075 Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), S. 894 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N 351; BGE 96 II 41, 111 II 58.

1076 BGE 111 II 58 f.

1077 BGE 93 II 502 f.

1078 Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), S. 233 und 235.

1079 Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), S. 80.

der Person des Haftpflichtigen oder des Deckungspflichtigen erhalten hat[1080]. Sie wird manchmal auch als "absolute" Frist bezeichnet, was allerdings insofern ungenau ist, als nach der heutigen Rechtsprechung nicht nur die ordentliche, sondern auch die subsidiäre Frist unterbrochen werden kann[1081]. Die subsidiäre Frist ist aus Gründen der Sicherheit und der Billigkeit gerechtfertigt. Es drängt sich auf, dass das Gesetz eine Zeitspanne festlegt, nach deren Ablauf die haftpflichtige Person und ihr Versicherer nicht mehr verpflichtet sind, einer allfälligen Forderung des Opfers nachzukommen. Man kann nämlich von ihnen nicht verlangen, dass sie während Jahrzehnten die Beweismittel aufbewahren. Wie die Studienkommission feststellte[1082], können die Folgen schädigender Ereignisse, die spät bemerkbar werden, nicht grenzenlos auf die künftigen Generationen überbürdet werden. Und die eigentliche Aufgabe der Verjährung besteht gerade darin, den gerichtlichen Klagen eine zeitliche Schranke zu setzen.

Die subsidiäre Verjährung läuft ab dem Tag, "an dem die Schädigung eingetreten ist" (Art. 60 Abs. 1 OR, 55 Abs. 2 VE)[1083], also ab einem objektiven Zeitpunkt. Das Bundesgericht und die Mehrheit der Autoren legen diesen Begriff strikt aus: Massgebend ist der - der haftpflichtigen Person zurechenbare - Sachverhalt, der die Verletzung der Rechte des Opfers bewirkt hat. Daraus folgt, dass in gewissen Fällen die Frist beginnen und sogar - ausnahmsweise - enden kann, ohne dass die geschädigte Person vom Bestehen ihrer Forderung wusste[1084]. Dies trifft zu, wenn die der haftpflichtigen Person zuzurechnende Handlung oder Unterlassung mit der Verletzung der Rechte des Opfers nicht übereinstimmt[1085], wie dies bei einer radioaktiven Ausstrahlung, die einen Menschen verseucht, oder bei einer Umweltverschmutzung durch ein giftiges Produkt der Fall sein könnte. Eine Minderheit der Autoren versucht, diese unbefriedigenden Folgen zu vermeiden, indem sie bei der Bestimmung des dies a quo der subsidiären Verjährung auf die Verletzung der Rechte des Opfers (z.B. seiner körperlichen Integrität) abstellen[1086]. Diese Lösung überzeugt insofern nicht, als sie den Beginn der subsidiären Verjährung in subjektiver Weise bestimmt und so mit dem Beginn der ordentlichen Verjährung vermischt. Bei der ersteren zwingt aber die Rechtssicherheit dazu, ein möglichst sicheres Kriterium festzulegen, das möglichst wenig auslegungsbedürftig ist. Diese Überlegung ist für die Verfasser des Vorentwurfs massgebend; sie folgen daher der Meinung der Studienkommission, die für die Beibehaltung der geltenden Lösung eintrat, obwohl die Verjährungsfrist in seltenen Fällen ohne das Wissen

---

[1080] Vorzubehalten ist der Fall, wo das Opfer kurz vor dem Fristablauf Kenntnis von diesen Elementen erhält; vgl. zu diesem Punkt Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 202 f. und das dort angegebene Beispiel.

[1081] BGE 112 II 232 f. und die dortigen Hinweise. Vgl. auch BGE 123 III 219.

[1082] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.7.2.2, S. 125; vgl. auch Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 23 f.

[1083] Einige Spezialgesetze verwenden andere Formulierungen, allerdings ohne grosse praktische Auswirkungen; vgl. zu diesem Punkt vorne 2.8.2.

[1084] BGE 106 II 136 ff., 119 II 219 f.; Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), S. 78; von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 439; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N 366.

[1085] Für ein Beispiel vgl. BGE 106 II 134.

[1086] Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 203 und das in BGE 106 II 136 ff. zitierte Rechtsgutachten; vgl. auch Merz H., ZbJV 1962, S. 467 ff. und 1982, S. 137.

des Opfers laufen kann. Diesbezüglich ist zu betonen: Ein Ablauf der Frist, ohne dass die geschädigte Person von ihrem Ersatzanspruch Kenntnis gehabt hat, sollte inskünftig kaum mehr vorkommen und dies aus zwei Gründen. Zum einen präzisiert Artikel 55 Absatz 2 VE, dass die subsidiäre Verjährung am Tag zu laufen beginnt, an dem die Schädigung eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat. Im Vergleich zu Artikel 60 Absatz 1 OR handelt es sich um eine formelle Neuerung, selbst wenn sie in Spezialgesetzen bereits enthalten ist (z.B. Art. 10 Abs. 1 am Ende KHG) und von der Rechtsprechung allgemein anerkannt wird[1087]. Sie dient dem Interesse des Opfers, wenn der der haftpflichtigen Person zuzurechnende Sachverhalt in einer fortdauernden oder gestaffelten zeitlichen Entwicklung besteht (z.B. Immission von verschmutzenden Abfällen). Zum zweiten - und vor allem - verlängert Artikel 55 Absatz 2 VE die subsidiäre Frist von zehn auf zwanzig Jahre.

2.8.4.1.4 Verlängerung der Fristen

Im geltenden Haftpflichtrecht sieht die allgemeine Bestimmung von Artikel 60 Absatz 1 OR eine ordentliche Verjährungsfrist von einem Jahr und eine subsidiäre Frist von zehn Jahren vor. Manche Sonderregelungen kennen andere Fristen[1088]. Im Vergleich zu den Rechtssystemen des Auslands erweisen sich unsere Verjährungsfristen als sehr kurz. Diese Kürze führt zum Gedanken, dass der schweizerische Gesetzgeber das öffentliche Interesse, eines der Elemente der ratio legis des Instituts, bevorzugt hat. Aus dieser Überlegung heraus ist für bestimmte Autoren der status quo genügend[1089]. Für die Mehrheit der Lehre ist das schweizerische Recht in diesem Punkt aber zu streng. Gegenstand von Kritik bildet vor allem die ordentliche, einjährige Frist[1090]: Infolge der steigenden Zahl von Gutachten und der Notwendigkeit, das Rechtsbegehren sehr genau zu verfassen und die Beweismittel anzugeben, erwartet die geschädigte Person häufig nicht, dass ihre Forderung so kurzfristig dahinfällt. Hinzu kommt , dass der Beginn der ordentlichen Verjährung subjektiv ist und deshalb manchmal Anlass zu Diskussionen geben kann; dies kann unter Umständen die rechtssuchende Person überraschen. Aufgrund dieser Überlegungen schlagen die Verfasser des Vorentwurfs eine Verlängerung der ordentlichen Verjährungsfrist auf drei Jahre vor[1091]. Diese Regelung ist bereits in Spezialgesetzen enthalten[1092]; sie entspricht der Gesetzgebung von Nachbarländern, wie der Bundesrepublik Deutschland und Österreichs[1093], und der EG-Richtlinie über die Haftung für fehlerhafte Produkte[1094], die von einzelnen Auto-

---

1087 BGE 93 II 503, 96 II 41. Vgl. auch Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 24 f.

1088 Vgl. vorne 2.8.2.

1089 Vgl. zum Beispiel Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 81.

1090 Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), S. 233 und 235; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 202; Rusconi B., ZSR 1967 II S. 762; von Büren B., a.a.O. (Anm. 51), S. 426, Anm. 65; BGE 105 Ib 14.

1091 Die Studienkommission schwankte zwischen zwei und drei Jahren; vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.7.2.1, S. 123.

1092 Art. 10 Abs. 1 KHG; Art. 40 StSG; Art. 9 PrHG.

1093 § 852 BGB; § 1489 ABGB.

1094 Art. 10 Abs. 1 der vorne (Anm. 1051) erwähnten Richtlinie vom 25. Juli 1985.

ren in einer Vereinheitlichungsperspektive als Ausdruck einer europäischen Norm betrachtet wird, die allgemeine Geltung verdient[1095].

Auch die allgemeine subsidiäre Verjährungsfrist wird als zu kurz erachtet[1096]. Dies ist besonders offensichtlich bei der Invalidität eines Kindes oder bei Gesundheitsbeeinträchtigungen durch schädliche Produkte (wie Asbest oder gewisse Medikamente) oder durch giftige Abfälle (wie Dioxin). Häufig wird die Verletzung der körperlichen Integrität erst nach mehr als zehn Jahren seit dem schädigenden Ereignis bemerkbar. Dies ist ein hinreichender Grund, um die subsidiäre Verjährungsfrist auf zwanzig Jahre zu verlängern. Die Studienkommission hatte eine Verlängerung auf dreissig Jahre nicht ausgeschlossen[1097]; die Verfasser des Vorentwurfs verzichten auf einen entsprechenden Vorschlag, und dies aus zwei Gründen. Zum einen wäre eine solche Frist in Anbetracht der Funktion der subsidiären Verjährung[1098] übermässig. Zu berücksichtigen sind zum zweiten die Kritik, die gegen diese Frist in Deutschland erhoben wurde[1099], wie auch die Lösung des neuen niederländischen Zivilgesetzbuchs, das eine zwanzigjährige Frist vorsieht[1100]. Die Verfasser des Vorentwurfs ziehen es daher vor, Sondernormen vorzubehalten. Diese sollen eine längere Frist für den Fall vorsehen, wo die Ausübung gewisser typischer Tätigkeiten geeignet ist, bestimmte Spätschäden zu verursachen, wie dies heute beim Betrieb von Nukleranlagen und bei ionisierenden Strahlen zutrifft[1101] oder wie es morgen beim Umweltschutz der Fall sein wird[1102]. In Anbetracht der grossen Zahl solcher Spezialbestimmungen könnte man sich zwar fragen, ob es im Sinne der Vereinheitlichung nicht besser wäre, die subsidiäre Frist auf 30 Jahre zu verlängern. Die Verfasser des Vorentwurfs sind nicht von vorneherein dagegen.

Schon die Studienkommission hatte festgestellt, dass die Verlängerung der Verjährungsfristen zahlreiche positive Wirkungen zeitigen wird[1103]. Sie wird insbesondere den Geltungsbereich des Haftpflichtrechts zugunsten des Opfers ausdehnen; sie wird die Fristen vereinheitlichen und teilweise mit denjenigen des ausländischen und des europäischen Rechts harmonisieren; sie wird die praktische Anwendung des Systems verbessern, indem sie Handlungen zur Unterbrechung der Verjährung vermeiden und Streiterledigungen auf dem Vergleichsweg fördern wird; sie wird schliesslich die Bedeutung heutiger Streitfra-

---

1095 Von Bar C., Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1994, S. 227.

1096 Vgl. die Motion Crevoisier (80.429) und das Postulat Ziegler (80.476) vom 19. Juni 1980 wie auch die Antwort des Bundesrats; diese Vorstösse wurden nach BGE 106 II 134 (Stich) eingereicht.

1097 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.7.2.2, S. 125.

1098 Vgl. vorne 2.8.4.1.3.

1099 Dannemann G./Karatzenis F./Thomas G., a.a.O. (Anm. 138), S. 719 und 724.

1100 Art. 310 (3.11.13), 3. Buch NBW.

1101 Vgl. Art. 10 Abs. 1 KHG; Art. 40 StSG; BBl 1980 I 181, 1988 II 220 ff.

1102 Infolge der sogenannten "Gen-Lex-Motion", welche die Gentechnik ausserhalb des menschlichen Bereichs betrifft, hat der Bundesrat einen Vorentwurf ausgearbeitet, der namentlich das geltende USG revidiert: Art. 59*c* Abs. 2 sieht eine subsidiäre Verjährungsfrist von 30 Jahren vor.

1103 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.7.2.3, S. 126 f.

gen, wie jener bezüglich des Beginns der subsidiären Verjährung bei Spätschäden, verringern. Und all das geschieht, ohne die Struktur des Instituts zu ändern.

2.8.4.2 Aufhebung der Bestimmung über die Anwendbarkeit der strafrechtlichen Verjährungsfrist

Wird die Schadenersatzklage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so gilt diese Frist nach Artikel 60 Absatz 2 OR auch für die zivilrechtliche Klage. Diese Bestimmung ist - manchmal in unterschiedlicher Fassung - sowohl im gemeinen Recht (z.B. Art. 760 Abs. 2 OR, Art. 455 Abs. 2 ZGB) wie auch in Spezialgesetzen (z.B. Art. 83 Abs. 1 SVG; Art. 39 Abs. 1 RLG) zu finden. Bekannt ist sie auch dem österreichischen Recht (allerdings beschränkt auf die vorsätzlich begangenen strafbaren Handlungen, § 1489 ABGB), nicht aber dem deutschen Recht. Ihr Sinn und Zweck beruht auf der Überlegung, dass es unverständlich wäre, wenn dem Opfer keine gerichtlichen Mittel gegen den Verursacher der schädigenden Handlung zustünden, solange dieser einer strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt ist, die in der Regel für ihn schwerwiegendere Folgen hat[1104]. Daraus folgt der Grundsatz, dass die zivilrechtliche Klage nicht vor der strafrechtlichen verjähren darf. Massgebend in diesem Zusammenhang ist die ordentliche Verjährung von Artikel 70 StGB, der je nach Art der Strafe eine Frist von zwanzig, zehn oder fünf Jahren vorsieht. Die strafrechtliche Regelung findet nur Anwendung in Bezug auf den Beginn der Verjährung - er stimmt mit dem Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung überein - und ihre Dauer. Die anderen Fragen, insbesondere diejenige der Unterbrechung, unterstehen den zivilrechtlichen Bestimmungen[1105]. Dies bedeutet, dass die zivilrechtliche Klage später als die strafrechtliche verjähren kann[1106]. Die Rechtsprechung hat die Tragweite von Artikel 60 Absatz 2 OR ausgedehnt. So hat das Bundesgericht entschieden, dass die Regelung sowohl auf die ordentliche wie auch auf die subsidiäre Frist anwendbar ist[1107] und dass die strafrechtliche Verjährung auch für die zivilrechtliche Klage gegen eine juristische Person gilt, die für strafbare Handlungen ihrer Organe verantwortlich ist[1108].

Die Anwendung von Artikel 60 Absatz 2 OR hat in der Praxis zahlreiche Schwierigkeiten bereitet[1109], was die reichliche Rechtsprechung und die Zahl der von der Norm ausgelösten Meinungsstreitigkeiten beweisen. Probleme entstehen insbesondere dann, wenn der Verursacher der schädigenden Handlung strafrechtlich nicht verfolgt wurde; denn in diesem Fall ist es für den Zivilrichter

---

1104 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 204; vgl. auch Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 26.

1105 BGE 96 II 43 f.

1106 Scyboz G., Deux rapports de l'action en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral avec l'action pénale: les Art. 53 und 60 Abs. 2 CO, in Die Verantwortlichkeit im Recht, I, Zürich 1981, S. 643.

1107 BGE 106 II 215.

1108 BGE 112 II 188 ff.

1109 Spiro K., a.a.O. (Anm. 1046), S. 624.

schwierig, abstrakt die Strafbarkeit seines Verhaltens zu bestimmen. Dasselbe gilt, wenn eine hängige Strafklage ausgesetzt wird oder vor dem Strafurteil erlischt, beispielsweise infolge Einstellung des Verfahrens oder Rückzugs des Strafantrags[1110], und wenn die Zuständigkeit des Strafrichters beschränkt war (z.B. auf Übertretungen)[1111]. All diese Schwierigkeiten schwächen die Wirksamkeit der Regelung ab. Die hier vorgeschlagene Verlängerung der Verjährungsfristen wird zudem einen grossen Teils ihres Nutzens beseitigen. Ausgehend von dieser Feststellung und in Berücksichtigung der Tatsache, dass nach schweizerischem Recht die Verjährung sehr leicht unterbrochen werden kann, sind die Verfasser des Vorentwurfs der Meinung, dass Artikel 60 Absatz 2 OR inskünftig kaum mehr eine Existenzberechtigung haben wird. Dem Vorschlag der Studienkommission[1112] folgend treten sie daher für die Streichung der Bestimmung ein.

2.8.4.3 Einrede aus unerlaubter Handlung (Art. 60 Abs. 3 OR)

Ist durch die unerlaubte Handlung eine Forderung gegen die geschädigte Person begründet worden, so kann diese Person nach Artikel 60 Absatz 3 OR die Erfüllung auch dann verweigern, wenn ihr Anspruch aus der unerlaubten Handlung verjährt ist. Die Bestimmung ist vor allem bei Verträgen von Bedeutung, die wegen absichtlicher Täuschung oder Furchterregung einen Mangel aufweisen und gegebenenfalls unverbindlich sind[1113]. Für das Opfer der Täuschung oder der Furchterregung ist der Vertrag nicht verbindlich (Art. 28 Abs. 1, 29 Abs. 1 OR). Es muss aber innert Jahresfrist eine diesbezügliche Erklärung abgeben, sonst gilt der Vertrag als genehmigt (gesetzliche Fiktion, Art. 31 Abs. 1 OR). Verlangt aber der Gläubiger (die für die absichtliche Täuschung oder die Furchterregung - also für die unerlaubte Handlung - verantwortliche Person) die Erfüllung der Leistung, so kann sie der Schuldner (das Opfer) nach Artikel 60 Absatz 3 OR verweigern und so seine Forderung aus unerlaubter Handlung einredeweise geltend machen[1114]. Diese Einrede ist unverjährbar.

Der Anwendungsbereich von Artikel 60 Absatz 3 OR ist sehr eng, weil die Tragweite der Norm beschränkt ist. Solange die Frist von Artikel 31 Absatz 1 OR noch läuft, ist das Opfer einer absichtlichen Täuschung oder einer Furchterregung nämlich kein Schuldner, und es kann sich somit nicht auf Artikel 60 Absatz 3 OR berufen und die Leistung verweigern[1115]. Ferner ist die Norm nicht anwendbar, wenn die geschädigte Person den mangelhaften Vertrag ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten (z.B. durch Erfüllung) genehmigt hat. Im letzteren Fall bewirkt die Genehmigung und nicht die unerlaubte Handlung die Entstehung einer gültigen Forderung, so dass der Schuldner das Recht aus der

---

1110 Scyboz G., a.a.O. (Anm. 1106), S. 640.

1111 BGE 112 II 83 ff.

1112 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.8, S. 128 f.

1113 BGE 114 II 142 f.

1114 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 206; vgl. auch BGE 84 II 625.

1115 Grisel A., L'exception perpétuelle dérivant d'un acte illicite, in Recueil de travaux offert à la Société suisse des juristes, Neuenburg 1946, S. 91.

fraglichen Bestimmung nicht mehr geltend machen kann[1116]. Artikel 60 Absatz 3 OR findet hingegen Anwendung, wenn das Opfer der absichtlichen Täuschung oder der Furchterregung die Jahresfrist von Artikel 31 Absatz 1 OR verstreichen lässt, ohne den Vertrag anzufechten oder zu genehmigen. In den seltenen Fällen, wo dies zutrifft, verbleibt ihm das Recht, sich jederzeit einredeweise auf die unerlaubte Handlung zu berufen, die häufig in einer culpa in contrahendo bestehen wird[1117].

Wie bereits gesagt, hat Artikel 60 Absatz 3 OR eine beschränkte Tragweite. Zudem ist sein Wortlaut insofern unglücklich formuliert, als nicht die unerlaubte Handlung, sondern der Vertrag eine Forderung gegen das Opfer begründen kann[1118]. Der Bestimmung wird dennoch eine Existenzberechtigung und ein innerer allgemeiner Wert zuerkannt[1119]. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen vor, sie in die Regelung der Willensmängel, in Artikel 31 Absatz 3 OR[1120], einzugliedern. Die künftige Bestimmung könnte so lauten: "Ist durch einen unter dem Einfluss von Täuschung oder Furcht abgeschlossenen Vertrag eine Verpflichtung zulasten der geschädigten Person entstanden, so kann diese die Unverbindlichkeit einredeweise jederzeit geltend machen. Hat sie ihn genehmigt, so verbleibt ihr der Anspruch auf Ersatz des Schadens" (vgl. hinten 4.2.0.0.1).

2.8.5 Verzicht auf die Verjährung (Art. 55a VE)

In aller Regel können Schuldner und Gläubiger von der gesetzlichen Regelung der Verjährung frei abweichen. So kommt es häufig vor, dass die streitenden Parteien die laufende Frist verlängern oder dass die beklagte Partei auf die Geltendmachung der Verjährung verzichtet. Solche Vereinbarungen sind im Bereich der Haftpflicht keineswegs selten. Dank ihnen braucht die belangte Person - Haftpflichtiger oder Versicherer - nicht, eine Ersatzpflicht anzuerkennen, und das Opfer muss nicht zur Betreibung greifen, mit dem einzigen Zweck, die Verjährung seiner Forderung zu unterbrechen. Ferner erlauben sie den Parteien, in einem entspannten Klima Vergleichsverhandlungen durchzuführen. Die Freiheit der Parteien ist allerdings nach der Rechtsprechung nicht unbeschränkt: Zum einen dürfen die Parteien nach der bundesgerichtlichen Praxis zu Artikel 129 OR von den Fristen der Artikel 127 und 128 OR nicht abweichen. Zum andern darf die allfällige Verlängerung der Frist nach dem Bundesgericht die Dauer der allgemeinen ordentlichen Frist von Artikel 127 OR nicht überschreiten[1121]. Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass im Haftpflichtrecht

---

[1116] Grisel A., a.a.O. (Anm. 1115), S. 110; Guhl T./Merz H./Kummer M., Das schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980, S. 179; BGE 66 II 160 f.

[1117] Oser H./Schönenberger W., a.a.O. (Anm. 51), N 16 zu Art. 60 OR; BGE 84 II 625, 106 II 349.

[1118] Grisel A., a.a.O. (Anm. 1115), S. 99.

[1119] Gauch P./Schluep W.R./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), I, Nr. 531; Grisel A., a.a.O. (Anm. 1115), S. 93 f.

[1120] Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/11.9, S. 130; Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), S. 228; Guhl T./Merz H./Kummer M., a.a.O. (Anm. 1116), S. 179.

[1121] BGE 99 II 188 f. Vgl. auch Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S.3; von Tuhr A./Escher A., a.a.O. (Anm. 282), S. 217.

die Verjährungsfristen vertraglich zwar verlängert werden dürfen, aber nicht auf mehr als zehn Jahre.

Nach Artikel 142 OR darf der Richter die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen. So obliegt es dem Schuldner, die Einrede geltend zu machen. Selbstverständlich kann er darauf verzichten. Die entsprechende Erklärung hat allerdings beschränkte Gültigkeit und Tragweite. Nach Artikel 141 Absatz 1 OR kann nämlich auf die Verjährung nicht zum voraus verzichtet werden. Die Auslegung dieser Bestimmung a contrario ergibt, dass auf die bereits eingetretene und auf die laufende Verjährung (für den bereits abgelaufenen Teil der Frist)[1122] gültig verzichtet werden darf. Die Verzichtserklärung kann einer Unterbrechung oder einer vertraglichen Verlängerung der Frist gleichkommen; auf keinen Fall darf sie sich aber auf eine Dauer von mehr als zehn Jahren beziehen[1123].

Lehre und Praxis sind sich einig, dass die Freiheit der Parteien, von der gesetzlichen Regelung der Verjährung abzuweichen, nicht uneingeschränkt sein darf. Diesbezüglich ist die allgemeine Regel von Artikel 141 Absatz 1 OR, die auch in ausländischen Gesetzen zu finden ist[1124], durchaus gerechtfertigt. Bezogen auf das Haftpflichtrecht bedeutet sie, dass eine Person nie gültig auf die Geltendmachung der Verjährung verzichten kann, bevor die schädigende Handlung - wofür sie haften könnte - erfolgt ist oder ein Ende gefunden hat. In Bezug auf die laufende und die bereits eingetretene Verjährung sind die Verfasser des Vorentwurfs hingegen der Meinung, dass das Haftpflichtrecht zur Ergänzung von Artikel 141 Absatz 1 OR einige spezifische Regeln enthalten muss. Dieser Vorschlag ist aus verschiedenen Gründen gerechtfertigt. Dafür spricht zunächst die Tatsache, dass auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts Verzichte auf die Verjährung häufig sind, insbesondere wenn ein Versicherer belangt wird[1125]. Weiter tragen die Parteien in ihren Vereinbarungen der Besonderheit der doppelten Verjährungsfrist kaum Rechnung, mit der Folge, dass die Tragweite der Erklärung der belangten Person nicht immer klar ist[1126]. Schliesslich kommt es oft vor, dass die Verzichtserklärung keinen Termin enthält; das Opfer kann dann - zu Unrecht - glauben, dass es sein Recht jederzeit geltend machen kann oder dass mindestens die Frist unterbrochen wurde[1127].

Die jetzigen Unsicherheiten verlangen eine klare und praktikable Regelung dieser Materie. Diese Regelung soll den bereits anerkannten Grundsatz festlegen, dass die vertragliche Verlängerung der Verjährung in Anbetracht der Funktion

---

1122 BGE 99 II 189 ff.; Bucher E., a.a.O. (Anm. 294), S. 447; Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), S. 849.

1123 BGE 99 II 192 ff., 112 II 233; Bucher E., a.a.O. (Anm. 294), S. 448; Spiro K., Der Verzicht auf die laufende Verjährung, in Festschrift für K.H. Neumayer, Baden-Baden 1985, S. 551 f., der sich restriktiv zur Unterbrechungswirkung des Verzichts auf die Verjährung äussert.

1124 Vgl. Art. 2220 CCF und 2937 CCI.

1125 BGE 112 II 233.

1126 BGE 99 II 192 f.

1127 Zu Recht ist Spiro, a.a.O. (Anm. 1123), S. 551 f., restriktiv in Bezug auf die Unterbrechungswirkung einer Erklärung, mit der auf die Verjährung verzichtet wird; diese Wirkung soll nur eintreten, wenn die verzichtende Person weiss, dass sie eine Schuld gegenüber der geschädigten Person hat, und in irgendeiner Weise erklärt, sie zu anerkennen.

des Instituts nicht unbegrenzt sein darf[1128]. Sie soll auch genaue zeitliche Beschränkungen für die Verzichtserklärungen festsetzen und die doppelte Verjährungsfrist von Artikel 55 VE berücksichtigen. So sieht Artikel 55*a* Absatz 1 VE vor, dass die haftpflichtige Person durch ausdrückliche Erklärung auf die Geltendmachung der Verjährung für höchstens 20 Jahre ab dem Tag, an dem die schädigende Handlung eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat, verzichten kann. Nach Ablauf dieser Frist gilt der Verzicht nur noch für höchstens drei Jahre. Artikel 55*a* Absatz 2 VE fügt hinzu, dass unbefristete Verzichte zwei Jahre gültig sind. Mit anderen Worten: Der Verzicht gilt für die Dauer der subsidiären Verjährung, wenn er am Tag der schädigenden Handlung erklärt wird; sonst - und das wird der Normalfall sein - dauert er weniger lang. Ist die subsidiäre Verjährung eingetreten, so wird der Verzicht höchstens für die Dauer der ordentlichen Verjährung gelten, und diese Dauer gilt auch dann, wenn der Verzicht unbefristet ist.

Die vorgeschlagene Regelung sieht für den Verzicht keine Gültigkeitsform vor, verlangt aber eine ausdrückliche, also eine ausformulierte mündliche oder schriftliche Erklärung der verzichtenden Person. Diese Voraussetzung ist insbesondere dadurch gerechtfertigt, dass das Opfer in Anbetracht der Wirkungen dieses Rechtsgeschäftes über den Willen der belangten Person im klaren sein soll. Daher würde ein stillschweigender oder ein vermuteter Verzicht nicht genügen.

Der Verzicht auf die Verjährung kann von der haftpflichtigen Person oder von ihrem Versicherer ausgehen. Daraus leitet Artikel 55*a* Absatz 3 VE ab, dass die Erklärung der einen Person auch gegenüber der anderen gilt und umgekehrt. Diese Bestimmung steht im Widerspruch zu den allgemeinen Regeln der Artikel 141 Absatz 2 und 146 OR über die Solidarschuld. Im Haftpflichtrecht ist sie aus praktischen und logischen Überlegungen gerechtfertigt. Einerseits besteht bei einer solchen Regelung keine Notwendigkeit mehr für das Opfer, wiederholt die Verjährung zu unterbrechen, allein um seine Rechte zu bewahren. Anderseits trägt die Regelung folgender Tatsache Rechnung: Die geschädigte Person kann direkt gegen die haftpflichtige Person, aber auch gegen den Versicherer, der diese deckt, klagen (Art. 54*c* VE) und diese beiden Mitschuldner stehen in einem vertraglichen Verhältnis das bereits vor der schädigenden Handlung existierte[1129]. Schliesslich steht Artikel 55*a* Absatz 3 VE im Einklang mit Artikel 55*b* VE, der die Wirkungen der Verlängerung der Verjährungsfristen gegenüber der haftpflichtigen Person und ihrem Versicherer regelt[1130].

2.8.6 Verlängerung der Fristen (Art. 55b VE und 134 Abs. 1 Ziff. 7 [neu] OR)

Beim Vorliegen bestimmter Umstände beginnt die Verjährungsfrist überhaupt nicht zu laufen oder, falls sie bereits läuft, steht sie still (Art. 134 OR). Diese Umstände sind in den meisten Fällen darauf zurückzuführen, dass zwischen Schuldner und Gläubiger ein besonderes Verhältnis besteht, das eine Zurück-

---

[1128] Vgl. vorne 2.8.1.

[1129] Vgl. BGE 89 II 420.

[1130] Vgl. hinten 2.8.6.

haltung des letzteren bei der Geltendmachung seines Anspruchs bewirkt. Bei der sogenannten Unterbrechung beginnt die Verjährungsfrist übrigens von neuem zu laufen (Art. 137 Abs. 1 OR). Unterbrechende Handlungen können vom Schuldner oder vom Gläubiger ausgehen (Art. 135 OR; vgl. auch Art. 138 OR). Die Hinderung, der Stillstand und die Unterbrechung der Verjährung führen zu einer Verlängerung der Verjährungsfristen, grundsätzlich aber nur gegenüber dem Schuldner. Nach den Verfassern des Vorentwurfs ist die Tragweite dieses Grundsatzes im Haftpflichtrecht auszudehnen, wenn die belangte Person von einer Versicherung gedeckt ist[1131]. Daher sieht Artikel 55b VE vor, dass die Hinderung, der Stillstand und die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der haftpflichtigen Person auch gegenüber ihrem Versicherer gilt und umgekehrt. Bezüglich der Unterbrechung ist diese Regelung in gewissen Spezialgesetzen bereits enthalten (Art. 83 Abs. 2 SVG, 39 Abs. 2 RLG, 10 Abs. 4 KHG). Sie wurde in unsere Rechtsordnung anlässlich der Ausarbeitung des SVG im Jahre 1958 eingeführt, und zwar aus praktischen Überlegungen, insbesondere um zu verhindern, dass das Opfer eines Strassenverkehrsunfalls die Verjährung mehrfach unterbrechen muss oder die Folgen tragen muss, wenn die Verjährung gegenüber dem Versicherer des Motorfahrzeughalters nicht unterbrochen wurde[1132]. Ein zusätzlicher Grund ist, dass Artikel 136 Abs. 1 OR infolge der dualistischen Natur der Solidarität keine Anwendung auf die einfache Anspruchskonkurrenz findet[1133]. Unter diesen Umständen - und selbst wenn der Vorentwurf auf die Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität verzichtet[1134] - ist es angebracht, dass eine allgemeine Regel des Haftpflichtrechts die Wirkungen, die Artikel 136 Abs. 1 OR an die Solidarität knüpft, auf den Versicherer anwendet und dabei auch die anderen Tatbestände der Verlängerung der Verjährung, also die Hinderung und den Stillstand, erfasst. Auch hier gilt, was bezüglich des Verzichts auf die Verjährung gesagt wurde: Eine solche Regelung ist die logische Folge der Verallgemeinerung des unmittelbaren Forderungsrechts gegen den Versicherer[1135].

Infolge der Diskussion in der Studienkommission haben sich die Verfasser des Vorentwurfs gefragt, ob die Möglichkeit, die Verjährung zu verlängern, de lege ferenda erleichtert werden soll. Denkbar wäre beispielsweise, dass die blosse Mitteilung[1136], eine schriftliche Aufforderung[1137] des Gläubigers an den Schuldner oder eine gerichtlich zugestellte Forderung[1138] den Stillstand oder die Unterbrechung der Fristen bewirkt. Letztlich wurde aber auf solche Vorschläge

---

1131 Vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/11.10, S. 130.

1132 Amtl. Bull. 1958 S 129.

1133 BGE 106 II 253; vgl. vorne 2.6.4.2.

1134 Vgl. vorne 2.6.4.2.

1135 Vgl. vorne 2.8.5.

1136 Vgl. Art. 46 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1985 über den Transport im öffentlichen Verkehr (SR 742.40): Bei Reklamation steht die Vejährung still.

1137 Vgl. Art. 2943 Abs. 4 CCI (i.V.m. Art. 1219) und Art. 317 (3.11.17) des neuen niederländischen Zivilgesetzbuchs.

1138 Vorschlag der Studienkommission, der die negativen Folgen korrigieren soll, die eine Betreibung auf den Kredit des Schuldners haben kann. Vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.10.2, S. 131.

verzichtet, weil die Mittel des geltenden Rechts zur Unterbrechung der Verjährung, die in der Praxis grosszügig ausgelegt werden[1139], zahlreich sind und weil die vorgeschlagene Verlängerung der Verjährungsfristen die Rechtsstellung der geschädigten Person verbessern wird. Weiter scheint es angebracht, dass die Unterbrechung der Verjährung durch den Gläubiger mit einem gewissen Formalismus verbunden ist, wie dies heute bei den Tatbeständen von Artikel 135 Ziff. 2 OR der Fall ist.

Hingegen soll nach Meinung der Verfasser des Vorentwurfs ausgeschlossen werden, dass die Verjährung während der Hängigkeit eines Prozesses eintreten kann. Dies kommt gewiss höchst selten vor, weil grundsätzlich jede gerichtliche Handlung der Parteien und jede richterliche Verfügung oder Entscheidung die Frist unterbricht (Art. 138 Abs. 1 OR). Ein Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1980[1140], der einen parlamentarischen Vorstoss und eine Stellungnahme des Bundesrats veranlasste[1141], zeigt aber, dass ein solcher Fall doch eintreten kann. In diesem Zusammenhang wurde betont, dass die rechtssuchende Person, die den Zivilprozessweg in korrekter Weise begeht, sicher sein soll, dass ihre Forderung geprüft wird und dass diese während des Verfahrens nicht verjährt. Für diese Person ist es völlig unverständlich, wenn ihr Begehren wegen Eintritts der Verjährung abgelehnt wird, namentlich wenn es Aufgabe des Richters ist, den Prozess fortzuführen. Das Bundesgericht hat den Gesetzgeber auf diese Erscheinung bereits aufmerksam gemacht[1142], und dieser hat im PrHG eine Lösung verankert, wonach die zehnjährige Verwirkung nicht eintritt, wenn ein Prozess gegen den Produktehersteller hängig ist[1143]. Es ist allerdings klar, dass sich dieses Problem nicht bloss im Haftpflichtrecht stellt und daher nach einer allgemeingültigen Lösung ruft. Daher folgen die Verfasser des Vorentwurfs der Studienkommission[1144] und schlagen vor, ins Obligationenrecht eine Bestimmung einzuführen, wonach die Verjährung vom Beginn bis zum Ende des Prozesses stillsteht. Zu diesem Zweck genügt es, Artikel 134 Absatz 1 OR mit einer Ziffer 7 zu ergänzen, die einen neuen Tatbestand der Hinderung oder des Stillstandes der Verjährung vorsieht und so lautet: "solange über die Forderung ein Prozess im Gang ist" (vgl. hinten 4.2.0.0.6).

2.8.7 Verjährung des Rückgriffs (Art. 55c VE)

Im geltenden Recht ist die Verjährung des Rückgriffs nicht durch eine allgemeine Bestimmung geregelt. Einige Spezialgesetze sehen uneinheitliche Lösungen vor, die nicht präzisieren, ob auch der Rückgriff der mithaftpflichtigen Person oder des Privatversicherers, der das Opfer entschädigt hat, der subsidiären

---

1139 Bucher E., a.a.O. (Anm. 294), S. 463 ff.; Gauch P./Schluep W.R./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), II, Nr. 2075 ff.

1140 BGE 106 II 34 ff. Vgl. auch BGE 123 III 216 f., wo das Bundesgericht anerkennt, dass die Verjährung während des Berufungsverfahrens läuft und gegebenenfalls ablaufen kann.

1141 Vgl. Motion Leuenberger M. (80.590) vom 8. Dezember 1980 und die schriftliche Antwort des Bundesrates.

1142 BGE 86 II 346.

1143 Vgl. Art. 10 Abs. 2 PrHG und BBl 1992 V 428. Vgl. auch § 211 BGB.

1144 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.10.1, S. 131.

Verjährung untersteht[1145]. Das Bundesgericht schreibt diesen Sonderregelungen keine allgemeine Tragweite zu[1146]. Die Vorschläge der Lehre weichen in diesem Punkt sehr stark voneinander ab[1147]. Die Rechtsprechung ist nicht beständig[1148] und hat erst in letzter Zeit Grundsätze festgelegt, die den Bürgern eine grössere Rechtssicherheit gewähren[1149].

Das Problem der Verjährung des Rückgriffs betrifft im wesentlichen die Fristen und vor allem ihren Beginn. Die bisher vorgeschlagenen Lösungen hängen von der Natur der in Frage stehenden Forderungen ab. In der Lehre geht eine Minderheit davon aus, dass der Rückgriffskläger die Forderung geltend macht, die der geschädigten Person gegen den Beklagten zustand[1150]. Danach würde mit der Verjährung der Hauptforderung gleichzeitig die Verjährung der Regressforderung beginnen. Diese könnte somit unter Umständen verjährt sein, bevor der Anspruch, der sie begründet, fällig geworden ist[1151]. Nach der Meinung der Mehrheit stellt hingegen die Regressforderung eine eigene Forderung der Person dar, die sie geltend macht. Daraus folgt für einige Autoren, dass die Verjährung im Zeitpunkt zu laufen beginnt, in dem die Forderung nach Artikel 130 Absatz 1 OR fällig geworden ist, also am Tag der Befriedigung des Opfers[1152]; massgebende Frist wäre dabei jene der Verjährung der Forderung des Opfers gegen den Regressschuldner[1153]. Eine ähnliche Lösung ist vom Gesetzgeber in den Artikeln 83 Absatz 3 SVG und 39 Absatz 3 RLG verankert worden. Diese Bestimmungen präzisieren, dass der Rückgriff innert zwei Jahren ab dem Tag, an dem die Leistung voll erbracht wurde und die haftpflichtige Person bekannt war, verjährt; sie sagen indessen nichts über die subsidiäre Verjährung, auf die sich die beklagte Partei berufen können sollte[1154]. Für andere Autoren stellt das fragliche Rechtsverhältnis eine ungerechtfertigte Bereicherung oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag dar, was die Anwendung von Artikel 67 OR rechtfertige; die ordentliche Verjährung würde danach mit der Kenntnisnahme des Rückgriffsrechts zu laufen beginnen[1155]. Das Bundesgericht hat die Auffassung

---

1145 Art. 83 Abs. 3 SVG; Art. 39 Abs. 3 RLG; Art. 10 Abs. 2 KHG; Art. 34 Abs. 3 BSG, der nur den Rückgriff des Versicherers erfasst.

1146 BGE 115 II 49 f.

1147 Vgl. insbesondere die Ausführungen von Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 137 ff.

1148 Vgl. insbesondere BGE 55 II 123 f. und 89 II 123.

1149 BGE 115 II 48 ff.

1150 Vgl. insbesondere BGE 55 II 123 f.; vgl. auch die Hinweise bei Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 139.

1151 Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 40 f.

1152 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 355; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N 388; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 56 und 64 zu Art. 50 OR, N 141 zu Art. 51 OR; Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 40; Gilliard F., a.a.O. (Anm. 826), S. 292.

1153 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 356; .; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N 389; Oser H./Schönenberger W., a.a.O. (Anm. 51), N 10 zu Art. 60 OR. Hervorzuheben ist, dass einige Autoren die ordentliche Frist von Art. 127 OR anwenden wollen; vgl. dazu Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 140 f. und die dortigen Hinweise.

1154 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 5.3 zu Art. 83 SVG; Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 142.

1155 Spiro K., a.a.O. (Anm. 138), S. 731 f.; Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 144 f.

dieser Autoren zwar nicht übernommen, ist aber dennoch zu einer ähnlichen Lösung gekommen. Es hat nämlich entschieden, dass das Rückgriffsrecht erst im Zeitpunkt entsteht, in dem die haftpflichtige Person das Opfer entschädigt hat, dass die Frist der ordentlichen Verjährung aber bereits beginnt, wenn die haftpflichtige Person von ihrem Rückgriffsrecht erfährt. Das Bundesgericht hat präzisiert, dass auch der Rückgriff der subsidiären Verjährung nach Artikel 60 Absatz 1 OR untersteht[1156].

Die heutige Lage zeichnet sich durch Rechtsunsicherheit aus. Es ist aber schwierig, eine Lösung zu finden, die dogmatisch voll befriedigt; denn das Problem der Verjährung des Rückgriffs ist komplex. Diese Komplexität ergibt sich zum einen aus der Natur der Haftungskonkurrenz selbst, vor allem aus der Tatsache, dass die Regressforderung zwei Forderungen gegen dieselbe Person verbindet: diejenige, die das Opfer gehabt hätte, und diejenige des Schuldners, der das Opfer entschädigt hat und häufig in dessen Rechte eintritt[1157]. Die Komplexität geht zum andern auf das für das Haftpflichtrecht charakteristische Bestehen zweier Verjährungsfristen zurück.

Wie schon die Studienkommission[1158], sind auch die Verfasser des Vorentwurfs überzeugt, dass eine spezifische Regelung dieser Frage notwendig ist, die einen Umweg über die Bestimmungen betreffend die ungerechtfertigte Bereicherung vermeidet. Die Lösung muss vom Grundsatz ausgehen, dass der Inhaber einer Regressforderung aus eigenem Recht klagt und die Verjährung dieser Forderung einer eigenen Regelung untersteht. Ein solcher Grundsatz stimmt mit den Bestimmungen über die Haftungskonkurrenz und den Rückgriff des Privatversicherers[1159] überein und steht nicht im Widerspruch mit dem Eintritt der Person, die Rückgriff nimmt, in die Rechte des Opfers, denn die Subrogation verstärkt das Rückgriffsrecht und schliesst es nicht aus[1160]. Dies genügt, um von der Lösung Abstand zu nehmen, die das Bundesgericht früher vertrat[1161], später aber in Frage stellte[1162], wonach der dies a quo der (ordentlichen) Verjährung der Regressforderung mit demjenigen der Verjährung der Hauptforderung übereinstimmt. Daraus konnte folgen, dass die Forderung vor ihrer Fälligkeit verjährt und die Unterbrechung unmöglich war, weil die Forderung noch nicht bestand[1163]. Ebensowenig könnte man sich der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts anschliessen, wonach die ordentliche Verjährung des Rückgriffs am Tag zu laufen beginnt, an dem die betroffene Person von ihrem Rückgriffsrecht Kenntnis erhalten hat[1164]. Eine solche Lösung würde eine ungerechtfertigte Trennung zwischen dem Zeitpunkt der Entstehung des Rückgriffs (Zeitpunkt, in dem das Opfer entschädigt wird) und dem Zeitpunkt, in dem die

---

1156 BGE 115 II 48 ff.

1157 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 292.

1158 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.11, S. 133 f.

1159 Vgl. vorne 2.6.4.4., 2.7.3.3.1., 2.7.4.3. und 2.7.4.4.2.

1160 Von Tuhr A./Escher A., a.a.O. (Anm. 282), S. 316 ff.; Corboz B., a.a.O. (Anm. 814), S. 68 ff.

1161 BGE 55 II 123 f.

1162 BGE 89 II 123.

1163 Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 143; Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 40 f.

1164 BGE 115 II 48 ff.

Verjährung dieser Forderung beginnt (Zeitpunkt, in dem die berechtigte Person von ihrem Rückgriffsrecht erfährt) bewirken. Dies hätte zur Folge, dass die Verjährungsfrist ablaufen könnte, bevor die Forderung entstanden ist, so beispielsweise, wenn die geschädigte Person erst spät Ersatz für einen nicht umstrittenen Schaden verlangt und die belangte mithaftpflichtige Person weiss, dass sie auf andere Rückgriff nehmen kann[1165].

De lege ferenda schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, die heute geltende Regelung von Artikel 83 Absatz 3 SVG und 39 Absatz 3 RLG zu verallgemeinern. Dieser Vorschlag hat den Vorteil, ins gemeine Recht eine bewährte Lösung zu integrieren, die auf einem klaren und genauen Text beruht[1166] und in einheitlicher Weise die verschiedenen Fälle von Regressforderungen erfasst, in denen der Gläubiger eine mithaftpflichtige Person (nach Art. 53*c* Abs. 2 VE), ein Schadensversicherer (nach Art. 54*a* Abs. 1 VE) oder ein Haftpflichtversicherer (nach Art. 54*f* und 54*h* Abs. 2 VE) sein kann. Diese Lösung muss allerdings ergänzt werden, um die Interessen der Personen besser zu berücksichtigen, gegen die ein Rückgriff möglich ist. Zu diesem Zweck muss das Gesetz präzisieren, dass der Rückgriff ebenfalls der subsidiären Verjährung untersteht, aber auch, dass die vom Opfer belangte Person die Personen informieren muss, die sie für mithaftpflichtig hält.

Artikel 55*c* Absatz 1 VE legt den Grundsatz der Verjährung des Rückgriffs, fest und nennt die Bestimmungen des Obligationenrechts, auf die er anwendbar ist. Die Norm übernimmt das System der doppelten Frist nach Artikel 55 VE und berücksichtigt somit auch im Innenverhältnis den Sinn und Zweck der Verjährung und die Lage jeder Partei. Der erste Satz drückt aus, dass der Rückgriff drei Jahre nach dem Tag verjährt, an dem die Ersatzleistung vollständig erbracht worden ist und die mithaftpflichtige Person bekannt wurde. Dies steht im Einklang mit der allgemeinen Regelung von Artikel 130 Absatz 1 OR; der Zeitpunkt der Fälligkeit - und der Entstehung - der Regressforderung (und also auch des Beginns der ordentlichen Verjährung) wird aber in doppelter Hinsicht präzisiert: Einerseits dadurch, dass das Opfer vollständig entschädigt sein muss (massgebend ist das Datum der effektiven Zahlung und nicht des Gerichtsentscheids oder des Vergleichs)[1167], anderseits dadurch, dass die Rückgriff nehmende Partei den Beklagten kennen muss (was bedeutet, dass der dies a quo bei einer Mehrheit beteiligter mithaftpflichtiger Personen unterschiedlich sein kann). Erfolgt die Entschädigung in Form von Renten, so ist die Regel von Artikel 131 OR anwendbar, und es erscheint als unnötig, dies im Haftpflichtrecht zu wiederholen. Was die Frist anbetrifft, ist es angebracht, jene von Artikel 55 Absatz 1 VE zu übernehmen und so dem bereits heute anerkannten Grundsatz zu folgen[1168]. Selbst wenn die Regressforderung unabhängig von der Hauptforderung besteht, steht sie im Zusammenhang mit der letzteren, was eine systematische Harmonisierung rechtfertigt. Aus demselben

---

[1165] Vgl. zu diesem Punkt Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 41.

[1166] Bugnon H., a.a.O. (Anm. 848), S. 147.

[1167] Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 5.2 zu Art. 83 SVG; Gilliard F., a.a.O. (Anm. 826), S. 291 f.

[1168] Vgl. Art. 83 Abs. 1 und 3 SVG, 39 Abs. 1 und 3 RLG. Vgl. auch Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 356; Schwander W., a.a.O. (Anm. 1042), S. 41. Zurückhaltend: Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 143 zu Art. 51 OR.

Grund wird für die subsidiäre Verjährung dieselbe Frist vorgesehen wie für die Verjährung der Forderung des Opfers gegen die haftpflichtige Person, also eine Frist von 20 Jahren ab dem Tag, an dem die Schädigung eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat (Art. 55*c* Abs. 1, 2. Satz VE). Die Lösung ist im Grundsatz bereits heute anerkannt. Sie entspricht der Natur der Verjährung: Die Person, die bei der Verursachung einer Schädigung mitbeteiligt ist - und gegebenenfalls ihre Erben - sollen nach einer leicht feststellbaren Frist sicher sein, dass gegen sie keine Rechtsansprüche geltend gemacht werden.

Bei der Anspruchskonkurrenz kann die Verteilung der Schuld unter den Mitschuldnern für denjenigen unter ihnen nachteilige Folgen haben, gegen den eine Regressforderung geltend gemacht wird. Zu denken ist insbesondere an den Verlust von Beweismitteln, die ihn ganz oder teilweise entlasten könnten. Aus diesem Grund hatte die Studienkommission vorgeschlagen, die vom Opfer belangte Person zu verpflichten, die allfälligen Mithaftpflichtigen zu informieren[1169]. Eine entsprechende Mitteilung würde diesen ermöglichen, sich von einem Anwalt beraten zu lassen, den Fall dem Versicherer zu melden, ihre Argumente rechtzeitig geltend zu machen und am Abschluss eines Vergleichs mitzuwirken. Dieser Vorschlag beruht auf der Vorstellung, dass die Mitschuldner eine Interessengemeinschaft bilden. Dies bedingt, dass jeder von ihnen nach Treu und Glauben handelt.

Nach Artikel 55*c* Absatz 2 VE hat die Person, die - durch blosses Begehren oder durch gerichtliche Klage - auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird, dies denen anzuzeigen, die sie für mithaftpflichtig hält. Sie muss über ernsthafte Gründe - wenn auch keine Sicherheit - zur Annahme verfügen, dass andere Personen schadenersatzpflichtig sein könnten. Dies setzt voraus, dass diese Personen bekannt sind.

Die Sanktion bei Nichterfüllung der Obliegenheit von Artikel 55*c* Absatz 2 VE betrifft die ordentliche Verjährung des Rückgriffs: Diese wird nicht an dem in Artikel 55*c* Absatz 1 VE vorgesehenen Tag beginnen, sondern bereits am Tag, an dem die belangte Person nach Treu und Glauben die Anzeige hätte machen müssen. Diesbezüglich weichen die Verfasser des Vorentwurfs von der Lösung der Studienkommission ab, die bei mangelnder Anzeige auf die Frist für die Verjährung der Hauptforderung abstellen wollte. Diese Sanktion wäre aber zu hart für Personen, die keinen Anwalt oder keine Versicherung haben. Der Beginn der Verjährung nach Artikel 55*c* Absatz 2 VE kann als vage erscheinen. Jedenfalls werden die Gerichte gut beraten sein, wenn sie die Bestimmung flexibel und in einer für den Rückgriffsgläubiger günstigen Weise anwenden.

2.9 Verfahren und Beweis (Art. 56 bis 56h VE)

2.9.1 Allgemeine Bemerkungen

Der grösste Teil der haftpflichtrechtlichen Streitigkeiten wird durch Vergleich erledigt. In den übrigen Fällen kann die geschädigte Person ihren Schadenersatzanspruch durch Klage vor dem zuständigen staatlichen Gericht geltend machen, falls nicht vereinbart wurde, den Streit einem Schiedsgericht zu unterbreiten. Die Klage auf Schadenersatz ist eine persönliche Klage, und zwar je

---

[1169] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/11.11, S. 133 f.

nach verletztem Rechtsgut vermögensrechtlicher Natur oder nicht. Es handelt sich um eine Leistungsklage, die meistens auf einen Geldbetrag lautet. Sie ist insofern eine zivilrechtliche Klage, als sie in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fällt. Eine Ausnahme bildet der Fall, wo die geschädigte Person ihren Anspruch vor dem Strafrichter geltend macht, der über die strafbare Handlung der haftpflichtigen Person zu urteilen hat. Eine zweite Ausnahme ist die Schadenersatzklage gegen das Gemeinwesen gestützt auf öffentliches Recht des Bundes oder der Kantone im Sinne von Artikel 43*a* VE.

Normalerweise muss die klagende Partei ihr rechtliches Interesse und ihre Legitimation zur Schadenersatzklage begründen. Diese Voraussetzungen bestimmen sich - wie die Verwirkung und die Verjährung - nach dem materiellen Recht.

Die Ausübung des Klagerechts ist im Zivilprozessrecht normiert. Es handelt sich in der Regel um formelle, zwingende Bestimmungen, die die Gerichtsorganisation und den Geschäftsgang der Gerichte regeln und daher nach traditioneller Betrachtung zum öffentlichen Recht gehören[1170]. Artikel 64 Absatz 3 BV (vgl. Art. 122 Abs. 2 der revidierten BV) bestätigt die Zuständigkeit der Kantone auf diesem Gebiet. Dennoch - und selbst wenn die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts auf sich warten lässt - wird seit lange anerkannt, dass auch der Bund die Verfahrensbestimmungen erlassen kann, die zur tatsächlichen und einheitlichen Anwendung von Bundesprivatrecht notwendig sind[1171]. Man spricht manchmal von "droit public accessoire" oder vom formellen Zivilrecht. Es handelt sich immer um Bundesrecht, das - wie die übrigen Verfassungsgrundsätze in dieser Materie, insbesondere jene von Artikel 4 BV (vgl. Art. 8 der revidierten BV) und 59 BV (in der revidierten BV entfallen) - dem kantonalen Recht vorgeht. So dürfte ein Kanton nicht vorsehen, dass ein Prozess nach der Verhandlungsmaxime stattfindet, wenn eine Bestimmung des Bundesrechts, wie beispielsweise Artikel 56*c* VE, die Offizialmaxime vorschreibt[1172].

Im geltenden Recht regeln zahlreiche Bundesrechtsbestimmungen Verfahrensfragen. Dazu zählen im Haftpflichtrecht beispielsweise Artikel 42 Absatz 2 OR über den Beweis des Schadens und den richterlichen Ermessensspielraum, Artikel 84 SVG über den Gerichtsstand am Ort des Verkehrsunfalls und Artikel 27 KHG über Gerichtskosten und Parteientschädigungen im Prozess gegen den Inhaber einer Nuklearanlage. Den Vorschlägen der Studienkommission folgend erachten die Verfasser des Vorentwurfs es als notwendig, in den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts einige Verfahrensregeln einzuführen. Der grösste Teil dieser Regeln - einige davon haben in gewisser Hinsicht materielle Bedeutung - ist dem geltenden Bundesrecht bereits bekannt, sei es im gemeinen Recht, sei es in Spezialgesetzen; der Eingriff ins kantonale Recht wird dementsprechend gering sein. Es handelt sich in der Tat meistens um die Verallgemeinerung von Lösungen, die schon heute auf diesem oder jenem

---

[1170] Knapp B., a.a.O. (Anm. 150), N 8 zu Art. 64 BV; BGE 62 II 352.

[1171] Knapp B., a.a.O. (Anm. 150), N 37 ff. zu Art. 64 BV; Huber H., a.a.O. (Anm. 328), N 105 ff. zu Art. 6 ZGB; Saladin P., Bund und Kantone, ZSR 1984 II 504 ff.; Didisheim R., La notion de droit civil fédéral, Diss. iur. Lausanne 1973, S. 216 ff.; BGE 84 II 495, 107 III 116.

[1172] Knapp B., a.a.O. (Anm. 150), N 58 ff., 74 ff. zu Art. 64 BV; Huber H., a.a.O. (Anm. 328), N 47 zu Art. 6 ZGB; BGE 108 II 340.

Rechtsgebiet gelten. So definieren Artikel 56 und 56*a* VE den Gerichtsstand der Schadenersatz- und der Regressklage[1173]; Artikel 56*b* VE umschreibt das Verhältnis des Strafprozesses zum Zivilprozess[1174]; Artikel 56*c* und 56*d* VE regeln die Beweiswürdigung, die Beweiserhebung und die Beweislast[1175]; Artikel 56*e* VE legt den Grundsatz der Feststellungsklage fest[1176]; Artikel 56*f* und 56*g* VE regeln die Vorschüsse sowie die Gerichtskosten und die Parteientschädigung[1177], und Artikel 56*h* VE räumt dem Gericht die Zuständigkeit ein, die belangte Partei zu vorläufigen Zahlungen zu verurteilen[1178].

All diese Bestimmungen stehen irgendwie in einer engen Beziehung mit dem materiellen Haftpflichtrecht. Sie sind eine notwendige Voraussetzung seiner Durchsetzung und garantieren dessen einheitliche Anwendung in der ganzen Schweiz. Einige davon, wie jene über den Gerichtsstand oder die Beweise, erleichtern die Durchführung des Haftpflichtprozesses; andere verbessern die Lage der geschädigten Person, indem sie ihr beispielsweise eine Feststellungsklage zur Verfügung stellen oder einen Anspruch auf vorläufige Zahlungen gewähren. Die übrigen Fragen, insbesondere die Festlegung der zuständigen Behörden oder des einzuhaltenden Verfahrens, werden weiterhin vom kantonalen Prozessrecht geregelt.

2.9.2 Gerichtsstand (Art. 56 und 56a VE)

2.9.2.1 Einleitung

Das geltende Obligationenrecht enthält keine Bestimmung über die örtliche Zuständigkeit der Gerichte bei haftpflichtrechtlichen Streitigkeiten. Die Schadenersatzklage ist grundsätzlich nach kantonalem Recht am Ort des Wohnsitzes oder Sitzes der belangten Partei einzureichen. Bei Ansprüchen obligatorischer Natur garantiert Artikel 59 Absatz 1 BV (in der revidierten BV entfallen) dem zahlungsfähigen Schuldner diesen Gerichtsstand. Diese Garantie wirkt interkantonal, nicht aber innerhalb eines Kantons.

Zahlreich sind hingegen die Spezialgesetze, die einen besonderen Gerichtsstand für haftpflichtrechtliche Klagen vorsehen. In der Regel erklären sie den Richter am Ort der Begehung der unerlaubten Handlung für zuständig. Sie sind sowohl auf interkantonale wie auch auf innerkantonale Verhältnisse anwendbar[1179]. Mehrere Gesetze sehen alternative Gerichtsstände vor, und zwar das Gericht am Wohnsitz der belangten Partei oder das Gericht des Ortes, wo das schädigende Ereignis eingetreten ist[1180]. Andere Gesetze sehen das *"forum*

[1173] Vgl. insbesondere Art. 84 SVG, 40 RLG, 67 LFG, 39 Abs. 1 BSG, 19 EHG, 24 Abs. 1 KHG; vgl. hinten 2.9.2.

[1174] Vgl. Art. 53 OR; vgl. hinten 2.9.3.

[1175] Vgl. Art. 42 Abs. 2 OR, 26 Abs. 1 KHG; vgl. hinten 2.9.4.

[1176] Vgl. insbesondere Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB; vgl. hinten 2.9.5.

[1177] Vgl. Art. 27 KHG; vgl. hinten 2.9.6.

[1178] Vgl. Art. 28 KHG; vgl. hinten 2.9.7.

[1179] Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 207.

[1180] Vgl. Art. 19 EHG, 39 Abs. 1 BSG, 67 LFG, 40 RLG. Vgl. auch Art. 75 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1954 betreffend die Erfindungspatente (SR 232.14), Art. 64

delicti commissi" als speziellen, als subsidiären[1181] oder als allgemeinen Gerichtsstand vor. Das letzte trifft bei Artikel 84 SVG zu, der den Richter am Unfallort für zuständig erklärt, aber die Zuständigkeit des Gerichts am Wohnsitz einer der haftpflichtigen Personen oder am Sitz des Versicherers für den Fall vorbehält, dass alle Opfer zustimmen[1182]. Nach Artikel 28b ZGB kann die geschädigte Person am eigenen Wohnsitz oder am Wohnsitz der belangten Person klagen.

In Bezug auf internationale Verhältnisse sind zunächst die Artikel 129 ff. IPRG zu erwähnen, die Zuständigkeitsregeln für Klagen aus unerlaubter Handlung enthalten. Neben den Sonderbestimmungen über die Klagen bei Nuklearschäden (Art. 130 IPRG), die Klagen aufgrund eines unmittelbaren Forderungsrechts gegen den Haftpflichtversicherer (Art. 131 IPRG) und die Klagen betreffend Immaterialgüterrechte (Art. 109 IPRG) sind folgende Bestimmungen zu nennen: Artikel 129 IPRG, der das Gericht am Wohnsitz des Beklagten für zuständig erklärt (Abs. 1) und für den Fall, dass ein Wohnsitz (oder ein gewöhnlicher Aufenthalt oder eine Niederlassung) in der Schweiz fehlt, als Gerichtsstand den Ort der Handlung oder des Erfolgs vorsieht (Abs. 2); Artikel 129 Absatz 3 IPRG, wonach die geschädigte Person bei jedem zuständigen Richter klagen kann, wenn mehrere Beklagte in der Schweiz belangt werden können und sich die Ansprüche im wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe stützen. Hinzuweisen ist noch auf das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, das am 16. September 1988 in Lugano unterzeichnet wurde[1183]. Es verankert den Grundsatz des alternativen Gerichtsstands, so dass das Opfer einer unerlaubten Handlung wahlweise das Gericht am Wohnsitz der belangten Partei (Art. 2) oder dasjenige am Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist (Art. 5 Ziff. 3), anrufen kann[1184]. Schliesslich sind die Bestimmungen internationaler Übereinkommen zu erwähnen, die besondere Bereiche, namentlich das Transportwesen[1185], regeln. Diese Bestimmungen sind heute vorbehalten und werden es weiterhin bleiben (Art. 44 VE).

Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (SR 231.1), Art. 58 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (SR 232.11).

1181 Vgl. Art. 12 Abs. 1 und 2 UWG, 10 Abs. 2 und 3 KG.

1182 Vgl. auch Art. 24 Abs. 1 KHG.

1183 SR 0.275.11. Dieses Übereinkommen wurde von der Bundesversammlung am 14. Dezember 1990 genehmigt und ist für die Schweiz am 1. Januar 1992 in Kraft getreten. Das Protokoll Nr. 1 über bestimmte Zuständigkeits-, Verfahrens- und Vollstreckungsfragen sieht in Art. 1bis einen Vorbehalt für die Schweiz vor, dessen Wirkungen am 31. Dezember 1999 aufhören (AS 1991 III 2464).

1184 Vgl. BBl 1990 II 289 und 294 f. Für die Zuständigkeit in Versicherungssachen vgl. Art. 7 ff. des Übereinkommens.

1185 Art. 28 Abs. 1 des Abkommens vom 12. Oktober 1929 zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (BS 13 653); nach Art. 75 Abs. 1 LFG wurde diese Regelung vom Bundesrat auch auf den nationalen Verkehr anwendbar erklärt (vgl. Art. 12 Abs. 1 des Lufttransportreglements vom 3. Oktober 1952, SR 748.411). Art. 52 § 1 und 2 der Einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Personen und Gepäck (CIV; vgl. AS 1985 522). Art. 56 § 1 der Einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförde-

Die Verfasser des Vorentwurfs halten es für nötig, dass der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts Lösungen vorsieht, die vom Grundsatz des ordentlichen Gerichtsstands am Wohnsitz der belangten Partei abweichen. Bereits heute wird anerkannt[1186], dass solche Abweichungen durchaus gerechtfertigt sind, weil sie eine einheitliche Anwendung des materiellen Rechts gewähren, insbesondere weil sie interkantonalen Kompetenzstreitigkeiten vorbeugen und den Besonderheiten der Schadenersatzklage Rechnung tragen. Zu diesem Zweck stellt der Vorentwurf in Artikel 45 und 46 eine doppelte Regel auf. Artikel 45 ist eine Grundsatzregel, die von vornherein alle Haftpflichtklagen, einschliesslich der Regressklagen, erfasst; Artikel 46 ist eine Sonderregel, die nur auf Klagen anwendbar ist, die gegen eine Mehrheit belangbarer Personen erhoben werden. Wie noch darzulegen sein wird, entsprechen diese Regeln dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Gerichtsstands, einem Grundsatz, der sich im Haftpflichtrecht aufdrängt.

2.9.2.2 Grundsatz (Art. 56 VE)

Im Allgemeinen, insbesondere im Privatrecht, kann die örtliche Zuständigkeit nach unterschiedlichen Kriterien festgelegt werden. Einige davon sind insofern subjektiv, als sie hauptsächlich dem Interesse der einen oder der anderen Partei Rechnung tragen, den Streit dem Gericht an einem der beiden Wohnsitze zu unterbreiten. Andere Kriterien sind objektiv und durch Überlegungen gerechtfertigt, die vor allem mit der Beweiserbringung und der Rechtssicherheit zusammenhängen. Andere Kriterien schliesslich sind doppelter Natur und ermöglichen die Festlegung eines alternativen Gerichtsstands.

Die Verfasser des Vorentwurfs sind überzeugt, dass im Haftpflichtrecht die örtliche Zuständigkeit nach einem objektiven Kriterium bestimmt werden muss, das den Ort der Begehung der unerlaubten Handlung berücksichtigt. Sie sind aber der Meinung, dass diese Lösung nicht ausschliesslich sein darf, sondern im Interesse der Opfer eine gewisse Flexibilität bieten muss, die allerdings die Klarheit der Regelung nicht in Frage stellen soll. Ausgehend von diesen zwei Anliegen sieht der Vorentwurf einen alternativen Gerichtsstand vor, und zwar einen allgemeinen am Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist (Art. 45 Abs. 1) sowie - für den Fall der Zustimmung aller geschädigten Personen, die noch Ansprüche geltend zu machen haben - einen speziellen Gerichtsstand am Wohnsitz einer der belangten Personen oder am Sitz eines der Versicherer (Art. 45 Abs. 2).

In Bezug auf den allgemeinen Gerichtsstand war die Studienkommission geneigt, die Regelung von Artikel 84 SVG zu übernehmen und zu verallgemeinern und dabei den Ort des Unfalls als angemessensten Gerichtsstand in diesen Fällen vorzusehen[1187]. Die Abklärung des Sachverhalts ist nämlich an diesem Ort am einfachsten; zudem beseitigt die Konzentration aller Schadenersatzkla-

---

rung von Gütern (CIM; vgl. AS 1985 545). Art. 31 Abs. 1 des Übereinkommens vom 19. Mai 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr (CMR; vgl. AS 1970 851).

[1186] Knapp B., a.a.O. (Anm. 150), N 37 zu Art. 59 BV

[1187] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.1.3.1, S. 138.

gen auf ein einziges Gericht das Risiko widersprüchlicher Entscheide. Die Verfasser des Vorentwurfs bestreiten die Berechtigung dieser Gründe keineswegs. Sie schlagen aber den Ort vor, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Die erwähnten Gründe gelten auch für diese Lösung. Sie erscheint zudem aus verschiedenen Überlegungen als geeigneter. Erstens ist sie bereits heute in einigen Spezialgesetzen verankert und entspricht der Regelung des internationalen Privatrechts (Art. 129 Abs. 2 IPRG) und des Lugano-Übereinkommens (Art. 5 Ziff. 3)[1188]; dadurch trägt sie zur Vereinheitlichung des im Schadenersatzrecht anwendbaren Systems bei. Zweitens erfasst dieses Kriterium den ganzen Geltungsbereich des Haftpflichtrechts, wie dies der Titel des Zweiten Abschnitts des Ersten Titels des OR gemäss Vorentwurf beweist. Artikel 56 Absatz 1 VE gilt nicht nur für den "Unfall"[1189], sondern für jedes Ereignis, das infolge einer Zurechnungsbestimmung einen Anspruch auf Schadenersatz begründen kann. Es kann sich auch um Betrug, unlauteren Wettbewerb, Ehrverletzung, die unzulässige Verwendung einer patentierten Erfindung oder um die aus der Einnahme eines fehlerhaften Produkts verursachte Krankheit handeln. Unter bestimmten Umständen und nach internationalrechtlicher Auslegung kann sich der Begriff des schädigenden Ereignisses sowohl auf die Handlung wie auch auf den Erfolg beziehen. Dies träfe beispielsweise bei der Verschmutzung eines Flusses zu, bei der die Ursache der Wasserkontaminierung und die von den Dritten erlittenen schädigenden Wirkungen auseinanderfallen. Gegebenenfalls werden diese Dritten am einen oder anderen Ort klagen können, und das zuerst angerufene Gericht wird ausschliesslich zuständig sein[1190].

Artikel 56 Absatz 1 VE wird auf die Schadenersatzklage des Opfers gegen die haftpflichtige Person oder ihren Versicherer, aber auch auf die Regressklage unter mithaftpflichtigen Personen anwendbar sein (Art. 53*c* Abs. 2 VE), und zwar auch auf die Regressklage des Schadensversicherers gegen die haftpflichtige Person (Art. 54*a* Abs. 1 VE) und des Haftpflichtversicherers gegen die mithaftpflichtigen Personen (Art. 54*f* VE), gegen den Versicherungsnehmer oder den Versicherten (Art. 54*h* Abs. 2 VE)[1191].

Artikel 56 Absatz 1 VE legt einen einzigen Gerichtsstand am Ort fest, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Dieser Gerichtsstand ist in dem Sinne allgemein, als seine Anwendbarkeit vermutet wird. Er ist aber insoweit nicht ausschliesslich, als das Gesetz Abweichungen vorsieht. Gerechtfertigt sind diese Abweichungen durch den internationalen Charakter des schädigenden Ereignisses (hier ist - wie in Art. 44 VE - daran zu erinnern, dass die internationalen Übereinkommen vorbehalten sind[1192]), durch die Art des Gerichts, vor dem

---

1188 Vgl. vorne 2.9.2.1.

1189 Der Begriff "Unfall" geht hier weiter als im Sozialversicherungsrecht, wo er bloss die schädigenden Einwirkungen auf den menschlichen Körper erfasst; vgl. Art. 9 Abs. 1 UVV (SR 832.202) und Art. 4 Abs. 1 Entwurf ATSG (BBl 1991 II 187 und vorne Anm. 874).

1190 Vgl. Die Botschaft des Bundesrats vom 21. Februar 1990 zum Lugano-Übereinkommen (BBl 1990 II 294 f. und die dortigen Hinweise). Zu bemerken ist, dass Art. 129 Abs. 2 IPRG ausdrücklich den Handlungs- und den Erfolgsort erwähnt; dasselbe ist im Urheberrecht vorgesehen (vgl. die Hinweise vorne, Anm. 1180).

1191 In diesem Sinne für Art. 84 SVG: Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N 789 ff.; anderer Meinung: Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 247, N 1528.

1192 Vgl. vorne 2.9.2.1.

die Schadenersatzklage geltend gemacht wird (man denke an die mit einem Strafprozess verbundene Zivilklage) oder durch die Besonderheit des Sachverhalts (beispielsweise wenn der Schaden vom Betrieb einer Nuklearanlage verursacht wurde)[1193]. Die Abweichungen von der allgemeinen Norm können aber auch durch das Interesse der Parteien - insbesondere der Opfer - gerechtfertigt sein, den Fall von einem anderen Gericht entscheiden zu lassen als von jenem am Ort des schädigenden Ereignisses. In diesem Sinne ist die Regelung von Artikel 56 Absatz 2 VE zu verstehen, die im wesentlichen jene des zweiten Satzes von Artikel 84 SVG übernimmt und einen besonderen, fakultativen Gerichtsstand festlegt.

Artikel 56 Absatz 2 VE sieht vor, dass die Klage auf Ersatzleistung auch beim Gericht am Wohnsitz einer der belangten Personen oder beim Gericht am Sitz eines der Versicherer - ob es sich um einen Schaden- oder um einen Haftpflichtversicherer handelt - angebracht werden kann, wenn alle geschädigten Personen, die noch Ansprüche geltend zu machen haben, zustimmen. Die von dieser Bestimmung gewährte Möglichkeit kann dem Opfer nützlich sein, wenn es denselben Wohnsitz hat wie eine der haftpflichtigen Personen oder wenn das Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung oder die Anordnung vorsorglicher Massnahmen bereits an diesem Ort anhängig gemacht wurde. Bei einer Mehrheit möglicher Anspruchsberechtigter wird verlangt, dass die klagende Partei zum voraus die Zustimmung aller Personen eingeholt hat, die noch Ansprüche geltend zu machen haben; sonst geht sie das Risiko ein, dass als Vorfrage die Einrede mangelnder Zuständigkeit erhoben wird. Zu präzisieren ist weiter, dass die Person, die ihre Zustimmung zur Eröffnung eines Verfahrens an einem der besonderen Gerichtsstände von Artikel 56 Absatz 2 VE erteilt, an ihre Willenserklärung gebunden bleibt. Mit anderen Worten: Sie kann nicht mehr an einem anderen Gerichtsstand klagen. Wie dies bereits heute von Lehre und Rechtsprechung zu Artikel 84 SVG anerkannt wird, bezweckt diese kanalisierende Wirkung die Einhaltung des Grundsatzes der Einheit des Gerichtsstands[1194]. Bei der Anwendung von Artikel 56 Absatz 2 VE kann dieser Grundsatz dazu führen, dass eine der haftpflichtigen Personen sich an einem Gerichtsstand verteidigen muss, der weder derjenige am Ort des schädigenden Ereignisses noch derjenige an ihrem Wohnsitz oder Sitz ist.

Mit der Zustimmung aller beteiligten Personen und unter Vorbehalt des Prozessrechts sind Prorogations- und Schiedsklauseln zulässig, die einen anderen Gerichtsstand als jene nach Artikel 56 VE vorsehen[1195].

Die Verfasser des Vorentwurfs haben Kenntnis vom kürzlichen bundesrätlichen Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Gerichtsstand, der für Klagen aus unerlaubter Handlung eine alternative Lösung nach dem Muster des Lugano-Übereinkommens vorsieht[1196]. Beim jetzigen Stand der verschiedenen hängi-

---

[1193] Vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/12.1.3.2, S. 140.

[1194] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N 803 ff.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.6 zu Art. 84 SVG; BGE 113 II 356 ff.

[1195] Anderer Meinung: Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N 804.

[1196] Vgl. Art. 26 des Entwurfs des Bundesrats vom 18. November 1998 zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG), in BBl 1999 2827 ff., bes. 2884.

gen Gesetzgebungsarbeiten halten sie dennoch an ihrer Meinung fest, die den Gerichtsstand am Wohnsitz der beklagten Person keineswegs ausschliesst, sondern mit einer allgemeinen Regel dem Ort den Vorrang gibt, in dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Sie sind nämlich der Auffassung, dass dieser Ort im Haftpflichtrecht insofern als natürlicher Gerichtsstand gelten kann, als das Ereignis, das den Schaden bewirkt, meistens lokalisiert ist und häufig zu straf- oder verwaltungsrechtlichen Untersuchungen oder Entscheiden führt, welche die Feststellung des Sachverhalts im Haftpflichtprozess erleichtern. Dies wird von den sehr zahlreichen Unfällen genügend bewiesen, die sich am Arbeitsplatz, im Strassenverkehr oder beim Immobilienbau ereignen. Die Verfasser des Vorentwurfs würden aber trotz dieser Überlegungen nicht entschieden dagegen opponieren, dass der im Lugano-Übereinkommen vorgesehene Grundsatz des rein alternativen Gerichtsstandes getreu ins Landesrecht übernommen würde.

2.9.2.3 Bei einer Mehrheit belangter Personen (Art. 56a VE)

Artikel 56*a* VE ist eine besondere Zuständigkeitsregelung. Er ergänzt Artikel 56 VE und will - wie dieser - den Grundsatz der Einheit des Gerichtsstands im Haftpflichtrecht verwirklichen. Die Norm ist nur auf Schadenersatzklagen und Regressklagen anwendbar, die - gleichzeitig oder sukzessive - gegen mehrere belangte Personen erhoben werden können, und zwar unter der Bedingung, dass sich diese Ansprüche im wesentlichen auf die gleichen Tatsachen stützen. Gegebenenfalls hat das Verfahren vor dem nach Artikel 56 VE oder nach einem Spezialgesetz[1197] zuständigen Gericht zu erfolgen, und das zuerst angerufene Gericht erhält die ausschliessliche Zuständigkeit.

Die Regel von Artikel 56*a* VE ist im Immaterialgüterrecht[1198] und im internationalen Privatrecht[1199] bereits bekannt. Sie legt für die belangten Parteien einen Konnexitätsgerichtsstand fest und will bei Streitigkeiten, bei denen mehrere Personen beteiligt sind, die Eröffnung paralleler Prozesse verhindern. Zu diesem Zweck sieht die Bestimmung vor, dass der Gläubiger, der gegen mehrere Schuldner vorgehen will, diese vor demselben Gericht einklagen kann und muss. In einem solchen Fall müssen sich die beklagten Parteien die Zuständigkeit des (zuerst) angerufenen Gerichts entgegenhalten lassen[1200].

Auf dem Gebiet der Haftpflicht wird Artikel 56*a* VE dem Opfer, das sowohl gegen die haftpflichtige Person wie auch gegen ihren Versicherer vorgehen will, ermöglichen - es aber auch verpflichten -, dasselbe zuständige Gericht anzugehen, was ihm nützlich sein kann, wenn der Versicherer eine Einrede nach Artikel 54*c* VE geltend machen kann. Daraus folgt, dass die Klage gegen die

---

1197 Imhoff-Scheier A.C./Patocchi P.M., L'acte illicite et l'enrichissement illégitime dans le nouveau droit international privé suisse, Zürich 1990, S. 33.

1198 Art. 75 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1954 betreffend die Erfindungspatente (SR 232.14); Art. 64 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (SR 231.1); Art. 58 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (SR 232.11).

1199 Art. 129 Abs. 3 IPRG.

1200 Imhoff-Scheier A.C./Patocchi P.M., a.a.O. (Anm. 1197), S. 34.

haftpflichtige Person nicht mehr am Ort wird eingereicht werden können, wo das schädigende Ereignis eingetreten ist (im Sinne von Art. 56 Abs. 1 VE), und dass die Klage gegen den Versicherer nicht mehr am Ort seines Sitzes erhoben werden kann (im Sinne von Art. 56 Abs. 2 VE). Gegebenenfalls könnte die Einrede der mangelnden örtlichen Zuständigkeit geltend gemacht werden; die Frage nach der Rechtshängigkeit wird dann nach dem kantonalen Prozessrecht zu beantworten sein. Die Regelung wird daher bei einer Mehrheit mithaftpflichtiger Personen von Nutzen sein; sie sollte aber auch bei alternativer Kausalität wirksam sein, wo mehrere Personen in ein schädigendes Ereignis verwickelt werden können, das zeitlich in mehreren Phasen abläuft oder an verschiedenen Orten eintritt. Man denke beispielsweise an die Verschmutzung eines Flusses, in den mehrere chemische Unternehmen giftige Abfälle fliessen liessen.

Die Anwendung von Artikel 56*a* VE hängt von der Voraussetzung ab, dass die Ansprüche gegen die Personen, die belangt werden können, im wesentlichen auf denselben Tatsachen beruhen. Mit anderen Worten muss zwischen den Tatsachen, die die verschiedenen Ansprüche begründen, eine "genügende Konnexität"[1201] bestehen, und es ist unbeachtlich, ob diese Tatsachen das schädigende Ereignis oder sein Ergebnis betreffen. Die Voraussetzung wäre beispielsweise erfüllt, wenn die Betonplatte eines Gebäudes, an deren Bau ein Ingenieur, ein Architekt und ein Bauunternehmen mitgewirkt haben, einstürzen würde. Die Voraussetzung ist indessen nicht gegeben, wenn der Bauherr gegenüber dem Unternehmer einen Werkmangel und gegenüber dem Architekten eine Überschreitung des Voranschlags infolge Nichtberücksichtigung eines Postens geltend machen kann. Die Verfasser des Vorentwurfs sehen keinen genügenden Grund, in Artikel 56*a* VE die zusätzliche Voraussetzung von Artikel 129 Absatz 3 IPRG und der entsprechenden Bestimmungen des Immaterialgüterrechts zu übernehmen, wonach sich die Ansprüche der klagenden Partei im wesentlichen auch auf die "gleichen Rechtsgründe" stützen müssen. Eine solche Einschränkung lässt sich nicht begründen und der Zweck dieser Zuständigkeitsregel verlangt im Gegenteil die Festlegung eines möglichst breiten Anwendungsbereichs.

2.9.3 Verhältnis zum Strafverfahren (Art. 56b VE)

Dasselbe schuldhafte Verhalten stellt häufig sowohl eine strafbare Handlung wie auch einen zivilrechtlichen Haftungstatbestand dar. Strafrecht und Privatrecht beruhen auf unterschiedlichen Grundgedanken und haben unterschiedliche Ziele, zeichnen sich durch unterschiedliche Verfahrensregeln aus und führen zu unterschiedlichen Sanktionen, obwohl das Ereignis, das die beiden Klagen begründet, dasselbe ist[1202]. Ausgehend von dieser Feststellung haben die modernen Gesetzgeber den Grundsatz der Unabhängigkeit des Zivilrichters verankert, und zwar sowohl gegenüber dem Strafrecht wie auch gegenüber dem Strafgericht. Diesem Prinzip, das bereits im Obligationenrecht von 1881

[1201] Bucher A., Les actes illicites dans le nouveau droit international privé suisse, in Le nouveau DIP suisse, Lausanne 1988, S. 110.

[1202] Von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 436; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 571 f.; Scyboz G., a.a.O. (Anm. 1106), S. 621.

enthalten war und nun in Artikel 53 OR - freilich mit fraglicher Formulierung und Systematik - ausgedrückt wird, kommt grundsätzliche Bedeutung zu[1203].

Der Grundsatz der Unabhängigkeit vom Strafrecht ist in Artikel 53 Absatz 1 OR vorgesehen, wonach der Richter an die Bestimmungen über die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit nicht gebunden ist. Die Regel ist zu eng gefasst. Sie bedeutet, dass das Gericht, bei dem eine haftpflichtrechtliche Klage hängig ist, frei entscheidet, ob die beklagte Person urteilsfähig war und ob sie ein Verschulden trifft; sie bedeutet aber auch, dass das Gericht frei prüft, ob ihr Verhalten in einem Kausalzusammenhang mit dem Schaden steht und widerrechtlich ist, zum Beispiel, ob Notlage oder Notwehr es rechtfertigte. Die *ratio legis* ist historisch. Im 19. Jahrhundert wollte die Bestimmung im wesentlichen das Privatrecht, dessen Vereinheitlichung im Gang war, vor den Strafgesetzen schützen, die in der Zuständigkeit der Kantone blieben, und zwar bis 1942. Indem er dem Zivilrichter vorschreibt, "sein" Recht anzuwenden und es autonom auszulegen, erinnert Artikel 53 Absatz 1 OR bloss an eine dogmatische Selbstverständlichkeit, die heute nicht mehr erwähnenswert ist[1204]. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen daher vor, auf die Bestimmung zu verzichten.

In Bezug auf die Unabhängigkeit von der Strafgerichtsbarkeit fügt Artikel 53 Absatz 1 OR hinzu, dass der Zivilrichter bei der Beurteilung der Schuld oder der Urteilsfähigkeit an einen Freispruch durch das Strafgericht nicht gebunden ist. Absatz 2 präzisiert, dass das Urteil des Strafgerichts den Zivilrichter auch nicht in Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens bindet. Diese Bestimmung drückt den Grundsatz der Unabhängigkeit nicht in allgemeiner Weise, sondern punktuell aus, insbesondere bezüglich der Schuld der haftpflichtigen Person. Was diese Punkte betrifft, kann daher ein rechtskräftiges Strafurteil keine zwingenden Wirkungen auf den zivilrechtlichen Entscheid haben, mag das Strafgericht freigesprochen oder verurteilt haben[1205]. Was die Punkte betrifft, die in Artikel 53 OR nicht ausdrücklich erwähnt sind - zu denken ist an die Tatsachenfeststellung und an die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen der Rechtswidrigkeit und der Kausalität - kann man nicht a contrario schliessen, dass das Zivilgericht ans Strafgericht gebunden ist. Dies trifft nur zu, wenn das kantonale Zivilprozessrecht es vorsieht[1206]. Wenige kantonale Gesetzgeber haben aber von dieser Befugnis Gebrauch gemacht, und

---

1203 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 211; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 3, 10 bis 13 zu Art. 53 OR; Scyboz G., a.a.O. (Anm. 1106), S. 625 ff.

1204 Scyboz G., a.a.O. (Anm. 1106), S. 625 ff.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 211.

1205 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 156; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 212; BGE 77 II 306; anderer Meinung: von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 437.

1206 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 156 f.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 212; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 3, 5 und 23 ff. zu Art. 53 OR; Scyboz G., a.a.O. (Anm. 1106), S. 623 und 627 f.; BGE 107 II 158 f. (bei mangelnder kantonaler Regelung kann die Rechtsprechung annehmen, dass ein rechtskräftiges Strafurteil in Bezug auf die Feststellung der Tat als solcher und deren Widerrechtlichkeit für den Zivilrichter verbindlich ist). Gewisse Autoren äussern sich in differenzierterer Weise über diese Frage; so Guldener M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 384 f.

die heutige Tendenz geht - in der Schweiz wie im Ausland - in die Richtung der vollständigen Autonomie der beiden Gerichtsbarkeiten[1207].

Aus diesen Überlegungen sind die Verfasser des Vorentwurfs der Auffassung, dass der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts deutlich und ohne Einschränkungen die Unabhängigkeit des Zivilrichters vom Strafrichter verankern soll, obwohl sich die Studienkommission zu dieser Frage nicht äusserte. Die richterliche Freiheit bildet nämlich den Hauptgrundsatz jeder gerichtlichen Tätigkeit[1208], und sie darf nicht von vornherein durch die Rechtskraft eines gerichtlichen Entscheids eingeschränkt werden, der früher und in einem anderen Kontext gefällt wurde. Trotz anderslautender Meinungen[1209] drängt sich die Verankerung dieses Grundsatzes im Gesetz insofern auf, als er für eine einheitliche Anwendung des Bundesrechts nötig ist.

Inskünftig wird somit das Gericht, vor dem eine Schadenersatzklage hängig ist, frei sein, das Bundesrecht in totaler Unabhängigkeit anzuwenden. So soll es in keiner Weise mehr an ein früher gefälltes Strafurteil gebunden sein, und zwar weder an die Erwägungen betreffend den Sachverhalt und seine rechtliche Auslegung noch an das den Täter freisprechende oder verurteilende Dispositiv. In diesem Sinne ist Artikel 56b VE auf die Regel von Artikel 56c VE abgestimmt, wonach das Gericht den Sachverhalt frei würdigt und von Amtes wegen Beweise erheben kann[1210]. Daraus kann selbstverständlich nicht abgeleitet werden, dass das Strafverfahren überhaupt keinen Einfluss auf das Zivilgericht haben wird. Dieses wird - wie heute schon[1211] - die Feststellungen des Strafgerichts betreffend den Sachverhalt berücksichtigen oder gar übernehmen können, sei es den Augenschein eines Untersuchungsrichters, eine Zeugenaussage über den Verlauf eines Unfalls, ein ärztliche Gutachten über die Urteilsfähigkeit des Täters oder einen amtlichen Bericht betreffend die Mangelhaftigkeit eines Produkts. Wenn triftige Gründe vorliegen, kann das Zivilgericht selbstredend von diesen Feststellungen abweichen.

2.9.4 Beweis (Art. 56c und 56d VE)

2.9.4.1 Einleitung

Der gerichtliche Syllogismus besteht in der Anwendung einer Rechtsregel auf einen konkreten Sachverhalt[1212]. Er setzt voraus, dass der Richter vorgängig vom Sachverhalt Kenntnis nimmt. Zu diesem Zweck muss er mit Hilfe einer Reihe von Vorkehren und mit der Zusammenarbeit der Parteien zu einer bestimmten Darstellung der Prozesstatsachen gelangen, die er mit den Anwen-

---

1207 Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 574; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 212; Scyboz G., a.a.O. (Anm. 1106), S. 621 und die dortigen Hinweise.

1208 Scyboz G., a.a.O. (Anm. 1106), S. 621; in diesem Sinne auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 35 zu Art. 53 OR.

1209 So von Büren B., a.a.O. (Anm. 51), S. 270.

1210 Vgl. hinten 2.9.4.

1211 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 29 und 35 zu Art. 53 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 212; BGE 101 Ia 356, 108 II 426.

1212 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 221.

dungsvoraussetzungen der Rechtsregel zu vergleichen hat. Die diesbezüglichen Verfahren bezwecken die Feststellung der Tatsachen und betreffen im wesentlichen den Beweis[1213].

Der Richter kennt das Recht und wendet es von Amtes wegen an *(iura novit curia)*; indessen ist er in der Regel bei der Feststellung des Sachverhalts wegen des herrschenden Grundsatzes der Verhandlungsmaxime weniger frei. Nach dieser Maxime obliegt es den Parteien, dem Gericht die Grundlagen seines Entscheids zu liefern. Ihnen steht es insbesondere zu, das Bestehen der relevanten und umstrittenen Tatsachen - mit Ausnahme der offenkundigen - darzulegen. Zwar wird diese Maxime auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts von gewissen kantonalen Verfahrensregeln und einigen Bundesbestimmungen (wie Art. 26 Abs. 1 KHG) abgeschwächt, die den Richter verpflichten, den massgebenden Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Je nach Fall ist die Untersuchungsmaxime (Offizialmaxime) aus Gründen des öffentlichen Interesses oder des Sozialschutzes einer Partei gerechtfertigt[1214].

Die Regeln über den Beweis gehören zum Verfahrensrecht und fallen somit - für die vor ihren Gerichten angehobenen Prozesse - in die Zuständigkeit der Kantone. Die Bundesgesetzgebung kennt aber auf diesem Gebiet Bestimmungen, die meistens eine einheitliche Anwendung des Bundesrechts bezwekken[1215]. Zunächst sind die drei allgemeine Bestimmungen der Artikel 8 - 10 ZGB zu erwähnen. Artikel 8 ZGB behandelt die Beweislast in Bezug auf die Rechtsverhältnisse, die dem Bundesrecht unterstehen. Er legt den Grundsatz fest, dass mangels abweichender Gesetzesbestimmung (insbesondere mangels einer gesetzlichen Vermutung) jede Partei, die aus behaupteten Tatsachen Rechte ableitet, deren Vorhandensein zu beweisen hat. Die Partei, die die Tatsache behauptet, trägt die Folgen mangelnden Beweises, wenn die Tatsache nicht festgestellt wurde oder zweifelhaft bleibt[1216]. Artikel 9 ZGB ist eine gesetzliche Regelung, welche die Beweiskraft öffentlicher Register und Urkunden festlegt: Tatsachen, die in ihnen bezeugt sind, gelten als bewiesen, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist. Artikel 10 ZGB schränkt die Möglichkeit des kantonalen Rechts ein, für die Beweisbarkeit von Rechtsgeschäften, die vom Bundesrecht erfasst sind, besondere Formen vorzuschreiben[1217].

Die meisten kantonalen Prozessordnungen verankern den Grundsatz der freien Beweiswürdigung, wenn auch einige von ihnen noch Spuren des Systems der gesetzlichen Beweise enthalten[1218]. Zudem schreiben zahlreiche Bestimmun-

---

[1213] Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 222. Vgl. auch Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 223 N 1; Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 318.

[1214] Kummer M., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung (Art. 1 bis 10 ZGB), Bern 1966, I.1, N 10 ff. zu Art. 8 ZGB; Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 224 ff.; Brönnimann J., Gedanken zur Untersuchungsmaxime, ZbJV 1990, S. 343 ff.

[1215] Kummer M., a.a.O. (Anm. 1214), N 48 zu Art. 8 ZGB; Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 219 und 230.

[1216] Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 228; BGE 119 II 305 f.

[1217] Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 263 f.

[1218] Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 235 N 62 ff.; Stark E.W., a.a.O. (Anm. 31), S. 100. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist auch im Bundesprozessrecht anerkannt, wenn

gen des Bundeszivilrechts dem Richter ausdrücklich vor, die Beweise nach freiem Ermessen zu würdigen. Besonders erwähnt seien hier Artikel 42 Absatz 2 OR, der auf den Schaden anwendbar ist[1219], sowie Artikel 20 EHG, 38 EleG, 86 SVG und 26 Absatz 1 KHG. In diesen Fällen ist das Gericht an die kantonalen Regeln, die die Beweismittel einschränken oder deren Beweiskraft bestimmen, nicht gebunden[1220].

Den Vorschlägen der Studienkommission[1221] folgend halten es die Verfasser des Vorentwurfs für angebracht, im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts den Grundsatz der freien Beweiswürdigung festzulegen (Art. 56*c* Abs. 1 VE). Sie gehen aber weiter, indem sie vorschlagen, dass das künftige Recht einerseits dem Gericht die Befugnis gibt, die für nötig erachteten Beweise von Amtes wegen zu erheben (Art. 56*c* Abs. 2 VE), und anderseits die Anforderungen bezüglich der Beweislast erleichtert (Art. 56*d* VE). Solche Regelungen sind für eine einheitliche Anwendung des materiellen Bundesrechts, mit dem sie in offensichtlichem Zusammenhang stehen, notwendig. Sie sollten zudem bei Klagen auf Schadenersatz eine wirksamere Prozessführung ermöglichen und die Rechtslage der geschädigten Person verbessern. Sie gehören zu den Zielen der vorgeschlagenen Revision.

2.9.4.2 Freie Beweiswürdigung und Beweiserhebung (Art. 56c VE)

Artikel 56*c* Absatz 1 VE legt den Grundsatz der freien Beweiswürdigung oder, allgemeiner formuliert, der inneren Überzeugung fest. Die Bestimmung gibt dem Gericht die Befugnis, frei zu entscheiden, ob eine behauptete Tatsache vorliegt, ob sie anerkannt wurde, offensichtlich ist oder durch Beweise nachgewiesen wurde. Diese Befugnis bedeutet allerdings nicht Belieben: Vielmehr verpflichtet sie den Richter, seinen Entscheid zu begründen, wenn er ein bestimmtes Beweismittel, beispielsweise eine Zeugenaussage und nicht eine andere, anerkennt[1222]. In diesem Sinne ist die freie Beweiswürdigung des Richters die prozessuale Seite seiner Befugnis, Recht zu sprechen, und seiner Pflicht, es mit Sachkenntnis zu tun[1223]. Wie bereits hervorgehoben[1224], ist der Grundsatz von Artikel 56*c* Absatz 1 VE heute in den Prozessordnungen weitgehend anerkannt, und er wird manchmal beim materiellen Recht verankert, wie dies bei Artikel 42 Absatz 2 OR oder 86 SVG der Fall ist. Auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts[1225] - und manchmal sogar darüber hinaus[1226] - wird ihm allgemeine

---

das Bundesgericht als einzige Instanz entscheidet; vgl. Art. 95 Abs. 2 OG und Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (SR 273).

1219 Vgl. hinten 2.9.4.3.

1220 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 227; Kummer M., a.a.O. (Anm. 1214), N 24 zu Art. 8 ZGB; Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 235 ff. N 62 ff.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.1 zu Art. 86 SVG.

1221 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.2, S. 142.

1222 Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 321.

1223 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 497; Kummer M., a.a.O. (Anm. 1214), N 70 zu Art. 8 ZGB.

1224 Vgl. vorne 2.9.4.1.

1225 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 209; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 498.

Tragweite zuerkannt. Schon vor mehreren Jahrzehnten hat das Bundesgericht anerkannt, dass in einem Schadenersatzprozess nur die freie Untersuchung und die freie Würdigung aller Umstände dem Richter ermöglicht, in Kenntnis der Sache zu entscheiden und so einen in jeder Hinsicht richtigen und gerechten Entscheid zu fällen[1227].

Der Grundsatz von Artikel 56*c* Absatz 1 VE gibt dem Gericht die Befugnis, frei zu entscheiden, ob ein Beweis erbracht ist oder nicht, ohne an diesbezügliche Verfahrensvorschriften gebunden zu sein. Mit anderen Worten darf das richterliche Ermessen nicht durch kantonale Gesetze eingeschränkt werden, die gesetzliche Beweise vorsehen[1228]. Insbesondere ist der Richter nicht an Regelungen gebunden, die die Beweismittel beschränken (indem sie beispielsweise den Aussagen einer Partei jeglichen Wert versagen oder gewisse Personen wegen Verwandtschaft mit einer Partei oder wegen ihres Alters als Zeugen ausschliessen). Das Gericht ist auch nicht an Regeln gebunden, die bestimmten Beweismitteln eine erhöhte Beweiskraft gewähren (zum Beispiel den Polizeiberichten oder den Aussagen vereidigter Personen)[1229]. Schliesslich kann der Richter auch die Haltung der Parteien berücksichtigen, insbesondere der beklagten, die zur Beweiserhebung beitragen muss[1230].

Im Zivilprozess obliegt es in der Regel den Parteien, dem Gericht die Entscheidungsgrundlagen zu liefern. Sie haben normalerweise die Tatsachen darzulegen und die Beweismittel vorzuschlagen, die sie belegen. In kantonalen Zivilprozessordnungen - und selbst im Bundesprozessrecht - findet man dennoch Regelungen, die in Anwendung der Untersuchungsmaxime den Richter zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen verpflichten. Im Obligationenrecht ist dies namentlich beim Arbeitsvertrag (Art. 343 Abs. 4 OR) und beim Mietvertrag (Art. 274d Abs. 3 OR) vorgesehen; dasselbe gilt für Artikel 26 Abs. 1 KHG. Die ratio legis beruht je nach konkretem Fall auf Überlegungen des öffentlichen Interesses oder des Sozialschutzes einer der Prozessparteien[1231].

Die Studienkommission hat sich gefragt, ob die Untersuchungsmaxime auch auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts vorgeschrieben werden sollte. Als Vorteil eines solchen Systems hob sie insbesondere hervor, dass es das Opfer eines Schadens davon abhalten werde, ein Strafverfahren einzuleiten, das einzig die billige Beschaffung von Beweisen bezwecke. Auf der andern Seite betonte aber die Studienkommission, dass die Untersuchungsmaxime in der Praxis der Sozialversicherungen nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen geführt habe[1232]. Aus diesem Grund gab die Kommission einer differenzierten Lösung den Vorzug: Das Gericht kann bei Bedarf den massgebenden Sachverhalt von

---

1226 Für die Studienkommission, Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.2, S. 142) hat der Grundsatz der freien Beweiswürdigung allgemeine Tragweite im Privatrecht; nach Gilliard (a.a.O., Anm. 32, S. 244) sollte er auf Verfassungsstufe verankert werden.

1227 BGE 54 II 196.

1228 Vgl. vorne die Hinweise in Anm. 1220.

1229 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.1 zu Art. 86 SVG.

1230 Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 322; BGE 119 II 306.

1231 Vgl. vorne 2.9.4.1. und die Hinweise in Anm. 1214.

1232 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.3, S. 142.

Amtes wegen abklären, ist aber nicht allgemein und absolut dazu verpflichtet. Diese Lösung ist zahlreichen kantonalen Zivilprozessordnungen bereits bekannt[1233]. In einem gewissen Sinne könnte man von einer fakultativen Untersuchungsmaxime sprechen: Bei der Feststellung des Sachverhalts ist die Prozessherrschaft zwischen dem Gericht und den Parteien verteilt; die Parteien befinden sich in einer Art "überwachter Freiheit"[1234].

Die Verfasser des Vorentwurfs stimmen diesem Vorschlag zu. Sie sind der Meinung, dass die Möglichkeit, aus eigener Initiative - aber selbstverständlich nicht willkürlich - die zur Streiterledigung notwendigen Untersuchungen durchzuführen, im Haftpflichtrecht geeignet ist, einen "richtigen und gerechten" Entscheid zu gewährleisten[1235]. Eine solche Zuständigkeit des Gerichts ist vor allem dann gerechtfertigt, wenn die Suche nach der materiellen Wahrheit einem bedeutenden öffentlichen Interesse oder einem privaten Interesse, das eines besonderen Schutzes bedarf, dient. Dies trifft beispielsweise zu, wenn die Tatsache, die den Schaden verursacht hat, sich wiederholen kann, wenn mehrere Kläger oder Beklagten am Prozess beteiligt sind, wenn die Umwelt das verletzte Gut ist oder wenn das Opfer wegen seines körperlichen oder seelischen Zustandes zur Feststellung des Sachverhalts nicht beitragen kann. Dies trifft auch dann zu, wenn zu befürchten ist, dass entscheidende Beweismittel verschwinden.

In diesen Fällen muss das Gericht über eine Untersuchungsbefugnis verfügen, ohne an ein kantonales Gesetz gebunden zu sein, nach welchem das Verfahren in jedem Fall nach der Verhandlungsmaxime durchgeführt werden müsste[1236]. Das Gericht muss insbesondere Stellungnahmen über einen bestimmten Punkt aus eigener Initiative verlangen können; auch soll es Beweismittel (zum Beispiel eine Zeugenaussage) beiziehen dürfen, die von den Parteien nicht beantragt wurden oder nach der Prozessordnung sogar verboten wären (wie möglicherweise eine auf Tonband aufgenommene Besprechung). Das Gericht soll auch ergänzende Beweise anordnen (beispielsweise die Aufnahme eines Polizeirapports) und von den Parteien eine aktive Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts verlangen dürfen (Zulassung des Richters zu einer vertraulichen Fabrikationseinheit des Herstellers/Beklagten). Der Grundsatz von Artikel 56*c* Absatz 2 VE führt nicht dazu, dass Artikel 8 ZGB auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts ausgehöhlt wird. Trotz seiner Untersuchungsbefugnis wird nämlich das Gericht im Allgemeinen eine nicht bewiesene "Tatsache" nicht als bewiesen betrachten können. In diesem Fall wird die Folge des Nichtbeweises von der Partei getragen, die aus der Tatsache Rechte ableitet[1237].

1233 Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 240 N 83.

1234 Habscheid W., Droit judiciaire privé suisse, 2. Aufl., Genf 1981, S. 357.

1235 BGE 54 II 196, bereits zitiert.

1236 Vgl. Knapp B., a.a.O. (Anm. 150), N 77 zu Art. 64 BV Vgl. auch vorne 2.9.1.

1237 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 228 und 233.

2.9.4.3 Beweislast und Anscheinsbeweis (Art. 56d VE)

Artikel 56*d* VE regelt die Beweislast im Haftpflichtprozess. Die Bestimmung (Abs. 1) übernimmt die allgemeine Regelung von Artikel 8 ZGB und legt Beweisvermutungen fest, die die Beweislast erleichtern sollen (Abs. 2 und 3); diese Vermutungen sollten vor allem der klagenden Partei zugute kommen.

Nach Artikel 56*d* Absatz 1 VE sind Schaden und Ursachenzusammenhang von der Person zu beweisen, die Schadenersatz verlangt. In Anlehnung an den geltenden Artikel 42 Absatz 1 OR, der nur den Schaden erwähnt, bestätigt die Norm den Grundsatz von Artikel 8 ZGB. Sie auferlegt dem Opfer - will es nicht Gefahr laufen, dass seine Klage abgelehnt wird - den Beweis der Tatsachen, die der geltend gemachten Haftpflichtnorm zugrunde liegen[1238]. Das Opfer muss insbesondere das Bestehen eines Ursachenzusammenhangs zwischen dem Zurechnungssachverhalt (das Verhalten der schädigenden Person bei der Verschuldenshaftung oder die Ausübung eine besonders gefährlichen Tätigkeit bei der Gefährdungshaftung) und dem Schaden beweisen. In der Regel wird ein strikter Beweis verlangt, und eine blosse Wahrscheinlichkeit genügt nicht[1239].

Die geschädigte Person wird nicht nur das Vorliegen eines Schadens, sondern auch, wenn dies möglich ist, seine genaue Höhe beweisen müssen. Der Zeitpunkt der Berechnung ist jener des Vergleichs zwischen den Parteien oder des richterlichen Urteils, das noch über den Sachverhalt entscheiden kann[1240]. In Bezug auf den Ursachenzusammenhang muss das Opfer beweisen, dass der Zurechnungssachverhalt eine notwendige ("natürliche") Ursache des Schadens war, also dass er logisch und wissenschaftlich der belangten Person zuzurechnen ist. Es muss aber nicht beweisen, dass dieser Sachverhalt ihr auch rechtlich zuzurechnen ist. Die Frage nach der rechtlichen Kausalität ist nämlich eine Rechtsfrage, die ein Werturteil des Gerichts erheischt und daher nicht Gegenstand eines Beweises sein kann[1241]. Dasselbe gilt für die Rechtswidrigkeit und das Verschulden, die nicht bewiesen, sondern nur vom zuständigen Richter bejaht oder verneint werden können[1242].

Artikel 56*d* Absatz 1 VE regelt die Frage der Beweislast, indem er sich nur an die Partei richtet, die auf Schadenersatz klagt. Auf die belangte Partei, die sich von der Haftung befreien will, ist der Grundsatz von Artikel 8 ZGB ohne weiteres anwendbar. Zu diesem Zweck wird sie beispielsweise das Vorliegen einer rechtsvernichtenden Tatsache wie der Verjährung oder das Bestehen eines

---

1238 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 208 f.; Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 228 N 33 f.; Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 238 f.; BGE 119 II 305.

1239 Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 226, N 24; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 499; Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 228 und 233.

1240 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 ff. zu Art. 42 OR.

1241 Widmer P., La responsabilité du fait des services. Essai de synthèse, Colloque de l'Association internationale des sciences juridiques (Lausanne, 1993), Paris 1994, S. 174; Schweizer P., La preuve de la causalité, Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile (Genf 1990), Zürich 1991, S. 172 ff. Vgl. auch vorne 2.3.4.2. - 2.3.4.4.

1242 Widmer P., a.a.O. (Anm. 1241), S. 172; Kummer M., a.a.O. (Anm. 1214), N 243 zu Art. 8 ZGB. Vgl. auch vorne 2.2.2.5 und 2.3.3.3.

Rechtfertigungsgrunds (im Sinne von Art. 46*a* VE), der die Rechtswidrigkeit der schädigenden Handlung ausschliesst, oder eines Entlastungsgrunds (im Sinne von Art. 47*a* VE) nachweisen, der den auf den ersten Blick bejahten rechtlichen Ursachenzusammenhang zerstört[1243].

Unter gewissen Umständen ist es für die geschädigte Person schwierig, den Sachverhalt nachzuweisen, der ihre Schadenersatzklage begründet. Diese Schwierigkeit kann das schädigende Ereignis selbst betreffen, insbesondere den Beweis eines kausalen Zusammenhangs mit dem Schaden. Dies trifft beispielsweise zu, wenn die Abwicklung eines Unfalls nicht in jedem Detail bekannt ist[1244] oder wenn sich der Schaden aus dem Zusammenspiel physikalischer oder chemischer Wirkungen und natürlicher Faktoren ergibt[1245]. In diesen Fällen schwächt die Rechtsprechung die strikte Verteilung der Beweislast ab und begnügt sich mit einem *prima facie*-Beweis, also mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit[1246] oder gar mit einem Indizienbeweis[1247]; die blosse Möglichkeit genügt indessen nicht[1248]. Dieser Milderung wird von der Lehre zugestimmt[1249]. Sie ist von besonderer Bedeutung, wenn das schädigende Ereignis in einer Unterlassung besteht. Diesfalls muss der Richter den tatsächlichen Erfolg mit dem hypothetischen Erfolg vergleichen, also mit dem Erfolg, der aller Wahrscheinlichkeit nach eingetreten wäre, wenn sich die belangte Person gesetzmässig verhalten hätte. Zu diesem Zweck stützt sich der Richter auf die allgemeine Lebenserfahrung[1250].

Beweisschwierigkeiten können auch in Bezug auf den Schaden bestehen. Diesbezüglich sieht Artikel 42 Absatz 2 OR vor, dass der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden vom Richter nach freiem Ermessen und unter Berücksichtigung des gewöhnlichen Laufs der Dinge und der vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen ist. Nach Lehre und Rechtsprechung findet diese Bestimmung Anwendung, wenn für den Schaden - bezüglich seiner Höhe, aber auch seiner Existenz - die notwendigen Beweise fehlen oder wenn vom Opfer nicht verlangt werden kann, dass es sie erbringt, weil dies einen unannehmbaren Eingriff in seine Persönlichkeit (z.B. in sein Privatleben oder in seine Geschäftsgeheimnisse) bedeuten würde oder weil daraus überrissene

---

1243 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 240 f.; Kummer M., a.a.O. (Anm. 1214), N 244 zu Art. 8 ZGB; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 209.

1244 BGE 101 II 137: Strassenverkehrsunfall; BGE 90 II 232 f.: Unfall beim Gebrauch einer industriellen Ausschwingmaschine ohne nötige Sicherheitsvorrichtung.

1245 BGE 109 II 312: Fluorimmissionen aus einer Aluminiumfabrik, die Schäden an Aprikosenbäumen mitverursachen; BGE 119 Ib 342 f.: unterirdische Sondierungsarbeiten, die Risse an einem Damm verursachen.

1246 BGE 90 II 232 f.: "simple vraisemblance"; BGE 119 Ib 342: "probabilité convaincante"; BGE 113 Ib 424 und 107 II 430: "überwiegende Wahrscheinlichkeit".

1247 BGE 109 II 312.

1248 BGE 113 Ib 424, 119 Ib 342, 120 II 250 f.

1249 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 80 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N 35 und 36; Kummer M. a.a.O. (Anm. 1214), N 211 zu Art. 8 ZGB; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 117 und 119 zu Art. 41 OR.

1250 BGE 115 II 447. Vgl. vorne 2.3.4.2.

Kosten entstehen würden[1251]. Dies trifft häufig bei künftigen Schäden zu, die infolge einer Tötung oder einer Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit, den Kredit, die Immaterialgüterrechte oder auf den wirtschaftlichen Wettbewerb eintreten[1252].

Den Vorschlägen der Studienkommission[1253] folgend sind die Verfasser des Vorentwurfs der Auffassung, dass die Regel über das Abschätzen des Schadens, dessen Betrag nicht genau beziffert werden kann, auch vom künftigen Recht übernommen werden soll (Art. 56*d* Abs. 2 VE). In Anlehnung an die Grundsätze der heutigen Rechtsprechung sind sie aber auch der Meinung, dass das Gesetz inskünftig einen allgemein formulierten Anscheinsbeweis festlegen soll, der die strenge Verteilung der Beweislast erleichtert[1254]. Diese Vermutung soll gelten, wenn der Beweis nicht mit Sicherheit erbracht werden kann oder wenn der Person, der er obliegt, die Beweisführung nicht zugemutet werden kann. In diesen Fällen erlaubt Artikel 56*d* Absatz 2 VE dem Gericht, sich mit einer "einleuchtenden Wahrscheinlichkeit" zu begnügen, gibt dem Gericht gleichzeitig aber auch die Befugnis, die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu bemessen.

Artikel 56*d* Absatz 2 VE wird auf die in einem Haftpflichtprozess belangte Partei anzuwenden sein, die einen Befreiungsgrund - wie die Zustimmung oder das schwere Verschulden des Opfers - geltend macht, den sie nicht mit Sicherheit beweisen kann. Die Bestimmung sollte aber vor allem der klagenden Partei zugute kommen, die das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen, insbesondere von Schaden und Kausalzusammenhang, beweisen muss. Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass die Bestimmung nicht vom Grundsatz der Verhandlungsmaxime abweicht, wie dies bereits heute für Artikel 42 Absatz 2 OR anerkannt wird[1255]. In der Regel wird somit die geschädigte Person, die sich auf Artikel 56*d* Absatz 2 VE beruft, im Rahmen des Möglichen nachweisen müssen, dass die Anwendungsvoraussetzungen erfüllt sind, und unter Vorbehalt von Artikel 56*c* Absatz 2 VE dem Gericht die Sachverhaltselemente liefern müssen, die ihm eine Urteilsfällung ermöglichen[1256]. So sollte sie beispielsweise die Wahrscheinlichkeit darlegen, dass die erlittenen Verletzung der körperlichen Unversehrtheit in der Regel gerade die teilweise Invalidität verursacht, die bei ihr eingetreten ist.

Das Gericht wird die Wahrscheinlichkeit der in Frage stehenden Tatsache nach der allgemeinen Lebenserfahrung abschätzen. Dies bedeutet, dass es von Fall zu Fall den Grad der Wahrscheinlichkeit bestimmen wird[1257]. Unter gewissen

---

1251 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 176; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 209 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 47 zu Art. 42 OR; BGE 81 II 55, 95 II 501, 97 II 218.

1252 Vgl. die Beispiele aus der Rechtsprechung bei Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 63 zu Art. 42 OR und Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 3.4.3. zu Art. 86 SVG.

1253 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4, S. 143 ff.

1254 Zum Begriff der tatsächlichen Vermutungen (praesumptiones hominis) vgl. Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 232 ff. N 50 ff.; Habscheid W., a.a.O. (Anm. 1234), S. 425.

1255 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 176 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 6, N 33; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 52 zu Art. 42 OR.

1256 Vgl. vorne 2.9.4.2.

1257 Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 323.

Umständen wird es seinen Entscheid allein auf Indizien stützen dürfen, wenn diese genug aussagekräftig sind. So kann die Tatsache, dass ein Werk oder ein Produkt die Gesundheit der klagenden Partei verletzt hat, einen ernsthaften Anhaltspunkt für eine Mangelhaftigkeit des Werkes oder des Produktes sein, welche die Haftung des Eigentümers (im Sinne von Art. 58 OR oder 61 VE) oder des Herstellers (im Sinne von Art. 1 PrHG) begründet[1258]. In allen Fällen verlangt das Kriterium der Wahrscheinlichkeit, dass sich die fragliche Tatsache mit einleuchtender Wahrscheinlichkeit ereignen konnte oder bestehen kann. Dies bedeutet, dass sich das Gericht - wie im geltenden Recht[1259] - nicht mit der blossen Möglichkeit begnügen darf; denn es würde sonst das Risiko eines willkürlichen Entscheids eingehen und die Rechtssicherheit gefährden.

Die Regel von Artikel 56*d* Absatz 2 VE dürfte vor allem beim Kausalitätsbeweis wirksam werden. Kann nämlich die der belangten Person zuzurechnende Tatsache nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden, aber scheint ihre Rolle im Ursachenzusammenhang wahrscheinlich genug, so wird das Gesetz das Gericht ausdrücklich ermächtigen, die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu bemessen. Dies bedeutet, dass das Gericht auf diesem Gebiet nicht unbedingt nach einer der absoluten Alternativen "alles oder nichts" entscheiden muss, sondern auch eine teilweise Haftung bejahen kann. Letztlich ist der Zweck dieser Bestimmung mit jenem des geltenden Artikels 43 Absatz 1 OR verwandt, wonach der Richter den Schadenersatz nach den Umständen und der Grösse des Verschuldens bestimmt[1260].

Artikel 56*d* Absatz 2 VE wird zweifellos die befriedigende Beantwortung komplexer Fragen ermöglichen, die sich bei der hypothetischen, insbesondere bei der alternativen Kausalität stellen. In diesen Fällen werden heute die Folgen mangelnden Beweises in der Regel vom Opfer getragen, weil die Kausalität für jede beklagte Person individuell geprüft wird[1261]. Mit anderen Worten schadet das Vorhandensein mehrerer "möglicher haftpflichtiger Personen" dem Opfer, was ungerecht scheint[1262]. Um dies zu korrigieren, wird eine ausdehnende Anwendung der Bestimmungen über die Solidarität vorgeschlagen, wie sie nach § 830 Absatz 1, 2. Satz, BGB möglich ist[1263]. Die Verfasser des Vorentwurfs ziehen es vor, wenn das Gesetz selbst unter bestimmten Umständen die Beweislast erleichtert und dem Gericht einen Ermessensspielraum gibt, der eine befriedigende Lösung des Einzelfalls ermöglicht. So kann das Gericht beispielsweise im Fall, wo zwei chemische Betriebe als Verursacher der Verunreinigung eines Flusses in Frage kommen und wo nicht festgestellt werden kann, welcher von ihnen tatsächlich giftige Abfälle in den Fluss eingeleitet hat, die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen und, wenn eindeutige

---

1258 Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 246, und die dort angegebenen Beispiele aus der Rechtsprechung. Vgl. auch BGE 120 II 250 f.

1259 Vgl. vorne die Hinweise in Anm. 1248.

1260 Widmer P., a.a.O. (Anm. 1241), S. 176 f.

1261 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 82; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 3, N 39; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 145 zu Art. 41 OR.

1262 Guillod O./Leuba A., Causalité alternative et responsabilité du fait des produits: un pour tout, tous pour un, Revue européenne de droit privé, 1994, S. 454.

1263 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 82 Anm. 27; vgl. auch BGE 42 II 474 f.

Anhaltspunkte fehlen, jeden der belangten Betriebe zur Leistung einer halben Entschädigung an die Opfer zu verurteilen[1264]. Ist dasselbe mangelhafte Produkt von mehreren Unternehmen hergestellt worden und weiss man nicht, welches von ihnen die Gesundheit der klagenden Partei verletzt hat, so soll das Gericht die Ersatzleistung im Verhältnis zum Marktanteil jedes beklagten Unternehmens bestimmen können, wie es zwei amerikanische Gerichtshöfe beim berühmten Fall DES bereits getan haben[1265].

Die Zuständigkeit des Gerichts, die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zu bemessen, könnte auch dann zum Tragen können, wenn zwischen dem fraglichen Grund der Haftung und der Häufigkeit der Schäden ein statistisch nachgewiesener Ursachenzusammenhang besteht, ohne dass es im konkreten Fall möglich ist, die Verursachung festzustellen. Führt beispielsweise eine radioaktive Strahlung auf einem Gebiet zu einer Erhöhung der Krebskrankheiten von 20 %, scheint es nicht ungerecht, dass die belangte Nuklearanlage die Opfer, bei denen sich in der kritischen Zeit ein Krebs entwickelt hat, in diesem Verhältnis entschädigt[1266]. Dieselbe Argumentation kann auch in Bezug auf die ärztliche Haftung angewandt werden, wenn der Patient infolge einer Operation stirbt, die zwar risikoreich war, bei der aber der Arzt schuldhaft seine Sorgfaltspflicht verletzt hat. In einem solchen Fall soll der Richter frei sein, die Ersatzleistung nach dem sogenannten Grundsatz der "Verlust einer Chance", wie er im französischen und im angelsächsischen Recht entwickelt wurde[1267], zuzusprechen.

Nach dem Wortlaut von Artikel 56*d* Absatz 3 VE wird der Schadensbetrag vom Gericht mit Rücksicht auf die Umstände und den gewöhnlichen Lauf der Dinge abgeschätzt, wenn er nicht genau beziffert werden kann. Die Bestimmung übernimmt fast wortwörtlich die Beweisregel des geltenden Artikels 42 Absatz 2 OR, auf den vorne kurz eingegangen wurde[1268]. Sie gibt dem Richter einen Ermessensspielraum für den Fall, dass der strikte Beweis des Schadensbetrags nicht erbracht werden kann, insbesondere bei dauernden Schäden. Das Opfer

---

1264 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4, S. 144.

1265 Sindell v. Abott Laboratories, 607 P. 2d 924 (Cal. 1980): Ersatz im Verhältnis zum Markanteil; Martin v. Abott Laboratories, 689 P. 2d 368 (Wash. 1984): Ersatz gleich wie Marktanteil. In einem ähnlichen Fall hat das oberste niederländische Gericht auf vollständige Solidarhaftung erkannt (Entscheid vom 9. Oktober 1992, X und Streitgenossen c/ Bayer Nederland B.V. und Brocacef B.V.); man könnte sich auch eine Solidarhaftung vorstellen, die auf die Marktanteile der beklagten Unternehmungen beschränkt ist. Zu diesen Fragen vgl. Guillod O./Leuba A., a.a.O. (Anm. 1262), S. 458 ff. Vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4, S. 144.

1266 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4, S. 144 f. Vgl. auch Keller A., Haftpflichtrecht - Quo vadis, ZSR 1994, S. 339.

1267 Guillod O., Le consentement éclairé du patient, Neuenburg 1986, S. 83; Stark E.W., Die "perte d'une chance" im schweizerischen Recht, in Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile (Genf 1990), Zürich 1991, S. 101 ff.; Weir T., Loss of a chance - compensable in tort? The Common law, in Colloque (vorzitiert), S. 111 ff.; Chabas F., La perte d'une chance en droit français, in Colloque (vorzitiert), S. 131 ff.; Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/12.4, S. 144. Vgl. auch den Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 17. November 1988, SJZ 1989, S. 119 ff.

1268 Vgl. vorne und die Hinweise in Anm. 1251 und 1252.

muss aber weiterhin dem Gericht die tatsächlichen Elemente und die Indizien liefern, die ihm eine Meinungsbildung ermöglichen[1269].

Artikel 42 Absatz 2 OR weist auf "die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen" hin. Der Sinn dieses Hinweises ist heute Gegenstand von Diskussionen. Brehm bemerkt zu Recht, dass dieses Element nicht bei der Berechnung des Schadens, sondern bei der Bemessung der Ersatzleistung zu berücksichtigen ist[1270]. Artikel 52 Absatz 1 VE erwähnt es ausdrücklich[1271]

2.9.5 Feststellungsanspruch (Art. 56e VE)

Ein Schaden ist zu ersetzen, wenn er sicher ist, also wenn die Ersatzforderung liquid ist (sie steht grundsätzlich fest und ihre Höhe ist abschätzbar). Für den gegenwärtigen Schaden, der im Zeitpunkt des richterlichen Entscheids bereits eingetreten ist, trifft dies stets zu (wenn das Verfahrensrecht es erlaubt, kann der Richter auch neue Tatsachen berücksichtigen). Dies trifft in der Regel auch für den künftigen Schaden zu, sofern er als wahrscheinliche und nicht bloss hypothetische Folge eines aktuellen Zustandes erscheint. Für diesen Fall hat die Rechtsprechung den Grundsatz der nicht hinausgeschobenen und definitiven Bestimmung des Schadens entwickelt[1272]. Diese Rechtsprechung wurde allgemein und namentlich bei dauernder Invalidität von Kindern als zu starr kritisiert[1273]. Die Bestimmung, die es dem Richter in diesen Fällen erlaubt, eine Änderung seines Entscheids vorzubehalten (Art. 46 Abs. 2 OR), hat sich in der Praxis als unwirksam erwiesen und sollte inskünftig aufgehoben werden[1274].

Es gibt Umstände, unter denen die Wirkungen der Schädigung sich mit der Zeit verändern. Man denke beispielsweise an gewisse, in der Regel schwere Einwirkungen auf die körperliche oder geistige Integrität, die Umwelt oder den Wettbewerb. In diesen Fällen ist es dem Opfer häufig unmöglich, den gesamte erlittenen Schaden abzuschätzen und eine endgültige Schadenersatzforderung gegen die haftpflichtige Person geltend zu machen. Die Ungewissheit wird zur Rechtsunsicherheit, wenn die Haftung der belangten Person grundsätzlich bestritten werden kann oder bestritten wird. Es besteht dann die Gefahr, dass Beweismittel verschwinden oder dass die Schadenersatzforderung trotz Verlängerung der diesbezüglichen Fristen verjährt[1275]. Um diese verhängnisvolle Situation zu beseitigen, wird das Opfer je nach dem konkreten Fall mehrere partielle Schadenersatzklagen erheben können oder eine Feststellungsklage, welcher, wenn sie gutgeheissen wird, ein - gerichtliches oder aussergerichtliches - Schadenersatzbegehren folgen wird.

1269 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 210; BGE 97 II 218.

1270 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 55 f. zu Art. 42 OR.

1271 Vgl. vorne 2.5.2.

1272 BGE 86 II 45 ff., 95 II 262 f.

1273 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 222, FN 297; Wessner P., a.a.O. (Anm. 361), S. 167 ff. und die dortigen Hinweise.

1274 Vgl. vorne 2.3.2.2.3.

1275 Vgl. vorne 2.8.4.1.4

Im Haftpflichtrecht wird anerkannt, dass die geschädigte Person eine auf die sicheren Schadensposten beschränkte Teilklage erheben kann (mit der Folge, dass die Verjährung nur für den geltend gemachten Betrag unterbrochen wird)[1276]. Der Grundsatz hat übrigens allgemeine Tragweite. Die Posten müssen allerdings in der Klageschrift klar bestimmt werden, wie dies das Zürcher Obergericht neulich entschieden hat[1277]. Dies gilt, wenn das Opfer schwerer Körperverletzungen seine Klage auf den Ersatz der Behandlungskosten beschränkt und sich vorbehält, später die noch ungewissen Folgen einer dauernden Arbeitsunfähigkeit geltend zu machen. Nach der Mehrheit der Lehre muss ein solcher Vorbehalt im Urteilsdispositiv enthalten sein, weil sonst das Risiko besteht, dass der späteren Klage die Einrede der abgeurteilten Sache entgegengehalten wird.

Im oben geschilderten Fall kann die geschädigte Person auch eine Feststellungsklage erheben. Diese Klage dient ganz allgemein dazu, vom Gericht das Bestehen (oder das Nichtbestehen) eines Rechts oder eines Rechtsverhältnisses feststellen zu lassen. Sie ist seit langer Zeit von Lehre und Rechtsprechung anerkannt und in zahlreichen Sonderbestimmungen vorgesehen, die zum Teil zum Verfahrensrecht (Art. 25 BZP und manche kantonale Gesetze), zum Teil dem materiellen Recht (der Persönlichkeit, Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 und 29 Abs. 1 ZGB; des geistigen Eigentums, Art. 74 PatG und 61 URG; des Wettbewerbs, Art. 9 Abs. 1 Bst. c UWG und Art. 8 Abs. 1 Bst. a KG) gehören[1278]. Die allgemeine Feststellungsklage kann in allen Fällen erhoben werden, in denen sie für die Anwendung des Bundesprivatrechts nötig ist; ihre Zulässigkeit ergibt sich ausschliesslich aus dem Bundesrecht[1279]. Sie setzt ein "erhebliches"- rechtliches oder tatsächliches - Interesse voraus. Diese Voraussetzung ist in der Regel nicht erfüllt, wenn die klagende Partei Geldansprüche geltend machen kann[1280]. Dieser Grundsatz wurde allerdings von der Rechtsprechung relativiert. Sie lässt die Feststellungsklage selbst dann zu, wenn zwar eine Leistungsklage möglich ist, aber das geltend gemachte Recht bestritten oder ungewiss ist oder wenn die Erfüllung künftiger Leistungen allein von der Feststellung dieses Rechts abhängt[1281]. Diese Voraussetzungen gelten auch im Haftpflichtrecht, wenn der Schaden nicht beziffert werden kann und wenn die Haftung grundsätzlich bestritten wird oder das Opfer seine Leistungsklage provisorisch auf einen Teil des Schadens beschränken muss, weil es seine übrigen Forderungen nicht abschätzen kann[1282]. Trotz dieser Öffnung bleibt das Bundesgericht

---

1276 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 222; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 151 zu Art. 46 OR; Wessner P., a.a.O. (Anm. 361), S. 173; Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 192, Anm. 4; SJZ 1963, S. 58, Nr. 18; SJZ 1965, S. 138, Nr. 77.

1277 Plädoyer, 2/95, S. 59 f.

1278 Tercier P., a.a.O. (Anm. 393), N 776 ff.; Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 171 N 20 und S. 172 N 24.

1279 BGE 92 II 108, 110 II 354 ff. Vgl. auch Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 207.

1280 BGE 96 II 131, 110 II 357, 120 II 22.

1281 BGE 84 II 692, 96 II 131, 97 II 375 f. Vgl. auch Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 209 f.; Habscheid W., a.a.O. (Anm. 1234), S. 245.

1282 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 222; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 6, N 15; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 149 zu Art. 46 OR; Wessner P., a.a.O. (Anm. 361), S. 173; BGE 99 II 174, 114 II 255.

sehr streng bei der Beurteilung des Interesses der geschädigten Person, auf Feststellung zu klagen. Vor einigen Jahren hat es wiederholt, dass der Richter solche Begehren ablehnen muss - und dass das Opfer somit eine Schadenersatzklage erheben muss -, selbst wenn sich die Folgen einer Körperverletzung noch verändern können und der Schaden nicht mit Sicherheit geschätzt werden kann[1283].

Es ist bedauerlich, dass die Praxis der allgemeinen Feststellungsklage eine so enge Rolle gewährt, namentlich im Haftpflichtrecht. In keineswegs ausserordentlichen Fällen, insbesondere bei schweren und langdauernden Einwirkungen auf die körperliche Integrität einer Person, den Wettbewerb oder die Umwelt kann diese Klage nämlich mehrere Vorteile bieten, die von verschiedenen Autoren hervorgehoben wurden[1284]. Zum einen gibt sie die Möglichkeit, einen Entscheid über das Bestehen des strittigen Rechtsverhältnisses zu erlangen, auf den später, wenn der Schaden beziffert werden kann, eine Schadenersatzforderung gestützt werden kann. Dies gibt der geschädigten Person insbesondere insofern Sicherheit, als die Beweismittel gewahrt bleiben. Weiter braucht das Opfer bei der Feststellungsklage nicht den Schaden und die Höhe des Schadenersatzes zu bestimmen; es muss infolgedessen seine Geldforderungen nicht zu hoch ansetzen, wenn die Lage noch unsicher oder hypothetisch ist. Dadurch werden unverhältnismässige Gerichtskosten und -gebühren gespart. Zudem unterbricht die Feststellungsklage die Verjährung der Forderung, die sie für einen unbestimmten Betrag feststellen lassen will[1285]. Schliesslich kann die Feststellungsklage unter bestimmten Umständen zur Beseitigung einer bestehenden Einwirkung oder zur Vermeidung einer künftigen führen.

Diese Überlegungen führen die Verfasser des Vorentwurfs - wie früher schon die Studienkommission[1286] - dazu, die Einführung einer formell neuen Bestimmung vorzuschlagen, die der geschädigten Person ausdrücklich die Möglichkeit einräumt, ihren Anspruch auf Schadenersatz gerichtlich feststellen zu lassen. Die Einführung einer solchen Regelung im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ist dadurch gerechtfertigt, dass auf diesem Gebiet der Streit nicht selten nur die Grundsatzfrage betrifft, ob eine Entschädigungsverpflichtung besteht, wobei die Entwicklung des Schadens noch ungewiss ist[1287]. In diesem Fall soll das Gesetz dem Opfer ermöglichen - wie dies Artikel 56e VE vorsieht -, einen Feststellungsentscheid zu erwirken. Dies setzt allerdings voraus, dass zwei klar formulierte Voraussetzungen erfüllt sind: Die Haftung muss ganz oder teilweise umstritten sein, und es muss unmöglich sein, die künftige Entwicklung des Schadens abzuschätzen. Sind diese Bedingungen erfüllt, braucht die klagende Partei nicht mehr zu beweisen, dass sie ein erhebliches Interesse an der vorzeitigen Feststellung ihres Schadenersatzanspruchs hat, wie dies die strenge

---

1283 BGE 114 II 255 ff.

1284 Vgl. vorne die Hinweise in Anm. 1282.

1285 Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 818; von Tuhr A./Escher A., a.a.O. (Anm. 282), S. 227; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 7.5 zu Art. 86 SVG; BGE 119 II 340; ZR 1966, S. 269.

1286 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.5, S. 146.

1287 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 195.

Rechtsprechung heute verlangt. Das Vorliegen eines solchen Interesses wird unwiderlegbar vermutet.

Man könnte sich fragen, ob Artikel 28 Absatz 1 Ziff. 3 ZGB nicht die Funktion erfüllen kann, die die Verfasser des Vorentwurfs dem Artikel 56*e* VE zuweisen. Artikel 28 Absatz 1 Ziff. 3 ZGB hat aber einen unterschiedlichen und beschränkteren Anwendungsbereich als Artikel 56*e* VE, denn er gilt nur für die Klagen auf Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung und nicht für jede Einwirkung, die eine Entschädigungspflicht begründet. Es ist noch zu bemerken, dass Artikel 56*e* VE erlauben wird, auf Artikel 46 Absatz 2 OR zu verzichten, wonach das Gericht während einer Verwirkungsfrist von zwei Jahren die Revision des Entscheids vorbehalten darf, wenn es nicht mit genügender Sicherheit die Folgen von Körperverletzungen bestimmen kann. Wie bereits erwähnt, hat sich diese Regelung als unpassend und praktisch unwirksam erwiesen[1288].

Die Verfasser des Vorentwurfs dehnen zwar die Zulässigkeit der Feststellungsklage im Haftpflichtrecht leicht aus, sind aber dennoch überzeugt, dass diese Klage im Verhältnis zur Leistungsklage subsidiär bleiben soll. Es bestünde sonst die Gefahr, dass die Gerichte zu einer Art Rechtsberater würden[1289]. Um dies zu vermeiden, setzt die Anwendung von Artikel 56*e* VE die Erfüllung zweier Voraussetzungen voraus. Zum einen muss die klagende Partei nachweisen, dass die belangte Person ihre Haftpflicht ganz oder teilweise bestreitet. So muss die klagende Partei den Beweis - oder zumindest den Wahrscheinlichkeitsbeweis im Sinne von Artikel 56*d* Absatz 2 VE - erbringen, dass die Haftungsvoraussetzungen (eine der belangten Person zuzurechnende Schädigung, ein Ursachenzusammenhang mit dem Schaden und das Bestehen - aber nicht die Höhe - eines Schadens) gegeben sind. Zum zweiten muss die klagende Partei beweisen, dass es ihr zur Zeit nicht möglich ist, die künftige Entwicklung des Schadens abzuschätzen. Die Anwendbarkeit von Artikel 56*e* VE setzt somit voraus, dass der vom Opfer erlittene Schaden sich weiter entwickelt, was beispielsweise zutrifft, wenn die Sehkraft des Opfers einer schweren Kopfverletzung allmählich sinkt oder wenn ein chemisch verschmutztes Biotop zunehmend verdirbt. Von diesen Fällen zu unterscheiden ist derjenige von Artikel 56*d* Absatz 3 VE (der den geltenden Art. 42 Abs. 2 OR übernimmt), wo der Schaden endgültig eingetreten ist, seine genaue Höhe aber nicht festgestellt werden kann (beispielsweise beim Diebstahl eines Kunstgegenstandes)[1290]. Zu unterscheiden ist auch der Fall, wo nach einem rechtskräftig gewordenen Gerichtsentscheid ein Novum die Eröffnung eines Revisionsprozesses ermöglicht[1291].

Mit ihrem Rechtsbegehren wird die geschädigte Person ihren Schadenersatzanspruch als Ganzes feststellen lassen; sie kann sich nicht auf eine einzige Tatsache oder auf eine einzige Haftungsvoraussetzung (beispielsweise den rechtlichen Ursachenzusammenhang) beschränken[1292]. Die Klage kann jeder-

---

[1288] Vgl. vorne 2.3.2.2.3.

[1289] Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 209.

[1290] Vgl. vorne 2.9.4.3.

[1291] Vgl. Wessner P., a.a.O. (Anm. 361), S. 174 und die dortigen Hinweise.

[1292] Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 208; Kantonsgericht Freiburg 1954, S.166.

zeit erhoben werden; in der Regel wird sie nur eingereicht werden, wenn die Verjährungs- oder Verwirkungsfrist der Klage auf Leistung von Schadenersatz nicht abgelaufen ist. Sie wird die von der Rechtsprechung anerkannte allgemeine Feststellungsklage[1293] überflüssig machen. Indessen hat sie keine Auswirkung auf die Möglichkeit der vom Opfer als haftpflichtig bezeichneten Person, unter den in der Praxis verlangten Voraussetzungen eine negative Feststellungsklage zu erheben[1294]. Diese Klage setzt ein schützenswertes Interesse an der Feststellung des Nichtbestehens des fraglichen Rechtsverhältnisses, also des Nichtbestehens der vom Opfer geltend gemachten Forderung voraus. In Anbetracht der in Frage stehenden Interessen und entsprechend der geltenden Regelung im Persönlichkeitsrecht[1295] halten es die Verfasser des Vorentwurfs nicht für angebracht, diese Möglichkeit im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ausdrücklich vorzusehen.

Der Entscheid auf Feststellung des Schadenersatzanspruchs kann nicht vollstreckt werden, weil er - mit Ausnahme des Teiles des Dispositivs, der Gerichtskosten und -gebühren betrifft - keine Verpflichtung der beklagten Partei enthält[1296]. Er kann aber zu einem späteren Zeitpunkt den Weg zu einer Leistungsklage auf Schadenersatz ebnen, bei welcher der geschädigten Person die Einrede der abgeurteilten Sache nicht entgegengehalten werden kann.

2.9.6 Kosten und Entschädigungen (Art. 56f und 56g VE)

2.9.6.1 Geltendes Recht

Zivilprozesse verursachen dem Staat und den Parteien Kosten. Mit den Gerichtskosten im engeren Sinn, d.h. den eigentlichen Gebühren und den Auslagen[1297], wird der Prozess - teilweise - finanziert. Sie sind dem Staat geschuldet und können während des Prozesses als Vorschüsse verlangt werden. Sie unterscheiden sich von den Kosten, die von den Parteien getragen werden, um ihre Rechte vor dem Gericht zu verteidigen, hauptsächlich für die Vertretung durch einen Anwalt. Diese werden in der Regel Entschädigungen genannt und können eine Forderung zugunsten der einen oder der anderen der Parteien begründen.

Nach geltendem Recht werden die Festsetzung und die Verteilung von Gerichtskosten und Parteientschädigungen ausschliesslich vom Prozessrecht - des Bundes (insbesondere durch die Art. 149 bis 160 OG) oder der Kantone[1298] - geregelt. Diese Regelungen sind bei weitem nicht einheitlich; daraus können dennoch einige allgemeine Grundsätze abgeleitet werden. In Bezug auf die

---

1293 Tercier P., a.a.O. (Anm. 393), N 786.

1294 BGE 110 II 355, 120 II 22 ff.

1295 Tercier, a.a.O. (Anm. 393), N 781 ff., insbesondere 789.

1296 Guldener M., a.a.O. (Anm. 1206), S. 211.

1297 Schaad P., Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozessordnung, in Zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts/Les grandes lignes d'un code de procédure civile suisse, in Unification de la procédure civile, Basel 1969, S. 74 und 181.

1298 BGE 117 II 396 und die dortige Hinweise auf Lehre und Rechtsprechung. Vgl. auch Stein P., a.a.O. (Anm. 434), S. 643 f.

Gerichtskosten sehen die meisten Zivilprozessordnungen vor, dass jede Partei - aber vor allem die klagende Partei - Vorschüsse und, wenn nötig, Sicherheiten leisten muss; unterbleiben diese Leistungen, wird der Prozess gelähmt oder die Klage als zurückgezogen betrachtet[1299]. Die Kosten werden vom Gericht endgültig festgesetzt, und zwar aufgrund eines Tarifs, der von der Wichtigkeit des Verfahrens ausgeht, aber die Berücksichtigung anderer Elemente - Streitwert, Tragweite und Schwere des Prozesses, Vorgehensweise und finanzielle Lage der Parteien (Art. 153a Abs. 1 OG) - ermöglicht. Die Gerichtskosten werden in der Regel von der unterlegenen Partei getragen und unter den Parteien verhältnismässig verteilt, wenn keine von ihnen voll obsiegt hat (Art. 156 Abs. 1 und 3 OG)[1300]. Auf die Entschädigungen werden ähnliche Grundsätze angewandt: Hat keine Partei den Prozess ganz gewonnen, so muss in der Regel jede Partei die andere in dem Ausmass entschädigen, in dem sie verloren hat; die gegenseitigen Forderungen werden sodann im Ausmass des niedrigeren Betrags verrechnet (Art. 159 Abs. 2 und 3 OG)[1301].

Die Grundsätze des Zivilprozessrechts, die die Festsetzung und die Verteilung von Kosten und Entschädigungen regeln, geben zu Diskussionen Anlass, und zwar sowohl bei allgemeiner Betrachtung wie auch in Bezug auf ihre Anwendung auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts. Kritisiert wird vor allem das Kriterium des Obsiegens im Prozess, weil seine Anwendung zu unbilligen Ergebnissen führen kann. Dies trifft beispielsweise dann zu, wenn die obsiegende Partei unnötige Kosten verursacht hat oder wenn die unterlegene Partei gutgläubig prozessiert hat. Zahlreiche Zivilprozessordnungen erlauben denn auch bereits heute dem Gericht, solche Umstände zu berücksichtigen und von einer strikten Anwendung des Prinzips abzusehen, wonach Kosten und Entschädigungen im Verhältnis zur Gutheissung und Ablehnung der Rechtsbegehren der Parteien verteilt werden[1302].

Eine flexible Regelung dieser Fragen drängt sich vor allem für Haftpflichtprozesse auf. Diese Prozesse dauern nämlich oft lange Zeit, weil der Entscheid häufig von den Ergebnissen eines Gutachtens, vom Inhalt eines Strafurteils oder von der Verfügung einer Sozialversicherung über die Gewährung von Leistungen abhängt. In diesen Fällen bleiben die Parteien im Ungewissen, und dies um so mehr, als viele Fragen auf diesem Gebiet dem richterlichen Ermessen überlassen sind. Eine sehr kleine Abweichung bei der Beurteilung der dauernden Invalidität des Opfers oder des Verschuldens oder des dem Opfer zuzurechnenden charakteristischen Risikos kann zu erheblichen Unterschieden zwischen den Rechtsbegehren der Parteien und dem richterlichen Entscheid führen. Häufig muss die geschädigte Person ihre Geldforderung in gutem Glauben überschätzen, besonders wenn die genaue Höhe des Schadens nicht beziffert werden kann. Daraus folgt, dass sie den Prozess zwar oft bezüglich des Grundsatzes der Haftung der Gegenpartei gewinnt, bezüglich des verlangten

---

[1299] Vgl. zum Beispiel Art. 150 f. OG. Vgl. auch Schaad P., a.a.O. (Anm. 1297), S. 75 f. und 182 f.; Habscheid W., a.a.O. (Anm. 1234), S. 297; Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 263 N 31 f.

[1300] Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 262 N 24 f.; Schaad P., a.a.O. (Anm. 1297), S. 74 und 181; vgl. zum Beispiel auch § 64 Abs. 2 der Zürcher Zivilprozessordnung.

[1301] Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 264 N 35; Schaad P., a.a.O. (Anm. 1297), S. 77 und 184.

[1302] Vgl. zum Beispiel Art. 156 Abs. 3 und 6 und Art. 159 Abs. 3 und 5 OG; Habscheid W., a.a.O. (Anm. 1234), S. 296; Schaad P., a.a.O. (Anm. 1297), S. 74 und 181.

Betrags aber verliert, mit der ungerechten Folge, dass sie einen Teil der Verfahrenskosten tragen und der haftpflichtigen Person eine Entschädigung leisten muss. Deshalb vertreten mehrere Autoren die Meinung, dass bei diesen Prozessen das Gericht in diesem Punkt nicht ans Kriterium des Obsiegens gebunden sei, sondern auch die Umstände berücksichtigen könne, die zum Streit geführt haben (Veranlassungsprinzip)[1303]. Dieses Prinzip ist in einem gewissen Ausmass bereits heute in Zivilprozessordnungen vorgesehen[1304]. Es wurde namentlich von Gerichten angewandt, die eine Haftungsklage zu beurteilen hatten, wenn die - schwer zu beziffernde - Höhe der Forderung nur ein bisschen zu hoch war[1305] oder wenn sich die haftpflichtige Person zu Unrecht der Schadenersatzforderung oder einem Vergleichsangebot des Opfers widersetzt hatte[1306].

Aufgrund dieser Überlegungen führen die Verfasser des Vorentwurfs - im Sinne eines Vorschlags der Studienkommission[1307] - in den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts eine Regelung der Gerichtskosten und Parteientschädigungen ein. Von der Regelung ausgenommen sind die Kosten, welche die geschädigte Person ausserhalb des Prozesses auf sich genommen hat, um ihre Forderung geltend zu machen, und welche nach Artikel 45*f* Absatz 2 VE als Schadensposten zu ersetzen sind[1308]. Diese Neuregelung ist durch die bereits hervorgehobenen Besonderheiten der Haftpflichtprozesse und durch die Notwendigkeit gerechtfertigt, dem Gericht sowohl für die Verteilung der Kostenvorschüsse (Art. 56*f* VE) wie auch für die definitive Festsetzung von Kosten und Entschädigungen (Art. 56*g* VE) einen weiten Ermessensspielraum einzuräumen. Die neuen Bestimmungen wollen verhindern, dass die Tragung der Gerichtskosten (im weiten Sinne) den Schuldner davon abhält, seine Rechte gerichtlich geltend zu machen. Dabei geht es klarerweise vor allem um den Schutz des Opfers. Ziel der Artikel 56*f* und 56*g* VE ist somit, zu vermeiden, dass die Bestimmungen über den Schadenersatz wegen der Entscheide über die Gerichtskosten gewissermassen unwirksam werden. In diesem Sinne sind beide Bestimmungen für die Durchsetzung des materiellen Haftpflichtrechts nötig, dessen einheitliche Anwendung in der ganzen Schweiz sie bezwecken.

1303 Bucher E., Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrechts : wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 1983 II 293; Stein P., a.a.O. (Anm. 434), S. 658 f.; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), N 966. Vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/12.6.1, S. 147.

1304 Vgl. Art. 156 Abs. 3 und 6 und 159 Abs. 3 und 5 OG; vgl. auch § 64 Abs. 3 der Zürcher Zivilprozessordnung, der den Fall ausdrücklich regelt, wo die klagende Partei ihre Forderung nicht beziffern kann und wo ihr Begehren grundsätzlich gutgeheissen wird; vgl. auch Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 262 N 26.

1305 SJ 1942, S. 133.

1306 RVJ/ZWR 1986, S. 374 f.; BGE 112 Ib 333.

1307 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.6.1, S. 146 ff.

1308 Vgl. vorne 2.3.2.4.

2.9.6.2 Kostenvorschüsse (Art. 56f VE)

Bringt die Beweisführung Kosten mit sich, so kann das Gericht nach Artikel 56*f* VE die erforderlichen Vorschüsse auf beide Parteien verteilen, wobei es namentlich die Triftigkeit ihrer Vorbringen und ihre wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt. Diese Regelung wird in den - von den meisten Zivilprozessordnungen vorgesehenen - Fällen gelten, in denen das Gericht von der Partei, die Kosten verursacht, zu Beginn oder während des Prozesses Vorschüsse verlangen kann. In der Regel können diese von der klagenden Partei, also in Haftpflichtprozessen vom Opfer verlangt werden. Die Bestimmung bezieht sich auf die von der Beweisführung verursachten Kosten, nicht auf andere Verfahrenskosten wie die *cautio judicatum solvi*, die von einer zahlungsunfähigen oder im Ausland wohnhaften Partei verlangt werden kann[1309]. Zweck der Regelung ist es nämlich, dass die Kosten für die Beweisführung eine Person nicht von der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Rechte abhalten sollen, namentlich die Kosten für ein Gutachten, wie dies zum Beispiel bei Umweltkatastrophen, bei einer schweren Verletzung der körperlichen Integrität, von Immaterialgüterrechten oder des Wettbewerbs der Fall sein könnte. Unter diesem Gesichtspunkt sollte die Regelung auch dann angewendet werden, wenn das Gericht aufgrund seiner gesetzlichen Möglichkeiten (Art. 56*c* Abs. 2 VE) von Amtes wegen die erforderlichen Beweise erhebt[1310].

Artikel 56*f* VE ermächtigt das Gericht, die erforderlichen Kostenvorschüsse auf die Parteien zu verteilen. Zu diesem Zweck wird das Gericht die Prozessumstände berücksichtigen, namentlich die Triftigkeit der Vorbringen der Parteien (dieses Element will unvernünftige oder missbräuchliche Beweisbegehren vermeiden) und ihre wirtschaftlichen Verhältnisse (dieses Element berücksichtigt, dass die beklagte Partei oft eine Versicherung ist)[1311]. Nichts ändert das Gericht daran, andere Umstände zu berücksichtigen, wie das Verhalten der Parteien während des Prozesses, insbesondere das allfällige störrische oder verzögernde Verhalten der beklagten Partei.

2.9.6.3 Festsetzung von Kosten und Entschädigungen (Art. 56g VE)

Gemäss Artikel 56*g* VE setzt das Gericht die Gerichtskosten und die Parteientschädigungen nach Massgabe der Umstände fest, die Anlass zum Rechtsstreit gegeben haben, ohne an die Regel gebunden zu sein, wonach das Obsiegen im Prozess entscheidend ist. Die Bestimmung gewährt dem Gericht einen Ermessensspielraum bei der Berechnung und der Verteilung der mit dem Haftpflichtprozess verbundenen Gerichtskosten und Parteientschädigungen. Ihr Zweck wurde bereits früher beschrieben[1312]; er entspricht in gewisse Hinsicht dem Zweck von Artikel 45*f* Absatz 2 VE betreffend den Ersatz aussergerichtli-

---

[1309] Habscheid W., a.a.O. (Anm. 1234), S. 298.

[1310] Zu dieser heute umstrittenen Frage vgl. Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), S. 263 N 32 und BGE 109 II 195 ff.

[1311] Art. 27 KHG ermöglicht dem Richter bereits heute, bei der Festlegung von Kosten und Entschädigungen diesen Umstand zu berücksichtigen.

[1312] Vgl. vorne 2.9.6.1.

cher Kosten, die der geschädigten Person im Rahmen von Treu und Glauben bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche entstanden sind[1313].

Der klare Wortlaut von Artikel 56*g* VE verbietet dem Gericht, sich an Zivilprozessordnungen gebunden zu fühlen, die bei diesen Fragen das Obsiegen im Prozess als entscheidend bezeichnen. In weitergehender und flexiblerer Weise gibt ihm die Regel die Möglichkeit, die Gesamtheit der Umstände zu berücksichtigen, die Anlass zum Rechtsstreit gegeben haben. Zur Festsetzung und Verteilung von Gerichtskosten und Parteientschädigungen muss das Gericht somit viele Umstände berücksichtigen: den Anteil der Haftung, welcher der beklagten Person zuzurechnen ist; die wirtschaftliche Lage der Parteien; die Schwierigkeit oder gar die Unmöglichkeit des Opfers, seinen Schaden zu beziffern; die Gründe, die das Opfer hatte, die beklagte Partei als haftpflichtig zu betrachten und einen Prozess gegen sie zu beginnen und fortzusetzen; das Verhalten der Parteien vor und während des Verfahrens, insbesondere wenn sich die beklagte Partei offensichtlich zu Unrecht der Schadenersatzforderung widersetzte oder wenn sie durch Verwendung verzögernder oder überflüssiger Mittel unnötige Kosten verursacht hat.

2.9.7 Vorläufige Zahlungen (Art. 56h VE)

Unabhängig davon, ob haftpflichtrechtliche Streitigkeiten im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens ausgetragen werden oder nicht, brauchen sie nicht selten lange Zeit bis zur Erledigung. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn der Schaden wegen seiner Natur, seiner Schwere oder seiner Entwicklung nicht leicht abgeschätzt werden kann, was bei Einwirkungen auf die persönliche Unversehrtheit, den Wettbewerb oder die Umwelt vorkommt. In diesen Fällen hängt die Streiterledigung häufig von den Ergebnissen eines oder mehrerer Gutachten, aber auch von einem Strafurteil oder vom Entscheid einer Sozialversicherung ab, eine Rente zu gewähren. So muss die geschädigte Person manchmal Jahre warten, bis sie von der haftpflichtigen Person entschädigt wird. Die Folgen können für das Opfer dramatisch sein, wenn es keine Leistung einer Privat- oder einer Sozialversicherung erhält.

Der Gesetzgeber hat hie und da dieses Problem berücksichtigt, so im Familienrecht (Art. 281 Abs. 2 und 283 ZGB) und in den Gesetzen, die eine Form von Schadenersatz vorsehen. Artikel 15 OHG[1314] - eine vom Bundesrat als unerlässlich betrachtete Bestimmung[1315] - ermöglicht beispielsweise die Leistung eines Vorschusses an das Opfer, wenn dieses sofortige finanzielle Hilfe benötigt. Auch Artikel 77 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts sieht ein System von Leistungsvorschüssen für den Fall vor, dass Sozialversicherungen über ihre Leistungspflicht streiten[1316]. Artikel 28 KHG ermächtigt das Gericht, dem Opfer Vorschüsse zuzusprechen, die den definitiven Entscheid nicht präjudizieren, wenn anzunehmen ist, dass das Gerichtsverfahren eine gewisse Zeit dauert. Diese Bestim-

---

[1313] Vgl. vorne 2.3.2.4.

[1314] Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten, SR 312.5.

[1315] BBl 1990 II 992; für einen Anwendungsfall vgl. BGE 121 II 116.

[1316] BBl 1991 II 206.

mung ist die einzige dieser Art im Haftpflichtrecht. Im Übrigen kann das Gericht nach konstanter Praxis in einem Haftpflichtprozess keine vorläufigen Zahlungen anordnen. Eine kantonale Verfahrensregel, die solche Zahlungen zuliesse, wäre bundesrechtswidrig[1317]. Es kommt gewiss vor, dass Haftpflichtversicherer aufgrund einer provisorischen Entschädigungsvereinbarung Vorschüsse leisten[1318], was allerdings mit gewissen Risiken verbunden ist. Sie können nämlich einen höheren Betrag als die definitiv festgesetzte Entschädigung bezahlen, und sie können später gegenüber einem Versicherer regresspflichtig werden, der in die Rechte des Opfers eingetreten ist (falls er nicht zum voraus in der Höhe des Vorschusses auf den Rückgriff verzichtet hat). Bei allgemeiner Betrachtung erweist sich die Lage als unbefriedigend, und die praktischen Lösungen für diese Situation erscheinen als unsicher.

Den Anregungen der Studienkommission[1319] folgend, die sich auf die Lehre stützte[1320], schlagen die Verfasser des Vorentwurfs die Einführung einer allgemeinen Regel vor, die sich an bestehende Lösungen anlehnt. Zu diesem Zweck erlaubt Artikel 56*h* VE dem Gericht, die belangte Partei - die als haftpflichtig bezeichnete Person oder ihren Versicherer - zu vorläufigen Zahlungen ans Opfer zu verpflichten, die den endgültigen Entscheid nicht präjudizieren. Dem Gericht steht ein Ermessensspielraum zu, der ihm ermöglicht, die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Es wird insbesondere abklären, ob die materiellen Voraussetzungen für die Anwendung der Norm erfüllt sind. Zum einen muss die geschädigte Person die Berechtigung ihres Anspruchs glaubhaft gemacht haben, nötigenfalls unter Heranziehung der Bestimmungen, die den Beweis erleichtern (Art. 56*d* VE)[1321]. Diese Voraussetzung ist ohne weiteres gegeben - was im Gesetz nicht gesagt zu werden braucht -, wenn die Haftpflicht der belangten Person von dieser selbst anerkannt oder vom Gericht festgestellt wird (Art. 56*e* VE). Zum zweiten muss die geschädigte Person bewiesen haben, dass ihre wirtschaftlichen Verhältnisse eine vorläufige Zahlung rechtfertigen, was namentlich dann zutreffen dürfte, wenn sie von keiner Privat- oder Sozialversicherung Leistungen erhält, die die Folgen der Schädigung decken, und wenn sie kein Einkommen oder Vermögen hat, das die Schwere ihrer Situation lindern könnte (oder wenn man nicht verlangen kann, dass sie ihr Vermögen antastet, z.B. dass sie das bescheidene Familienhaus verkauft). Sowohl in Bezug auf den Grundsatzentscheid, eine vorläufige Zahlung anzuordnen, wie auch in Bezug auf Höhe und Zahlungsmodalitäten des Vorschusses wird das Gericht verschiedene Umstände berücksichtigen. Sie betreffen sowohl die geschädigte Person (z.B. ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt oder die Tatsache, dass sie Opfer eines unlauteren Wettbewerbs war, oder die Dauer der Wirkungen der schädigenden Handlung) wie auch die belangte Person (z.B. ihre finanziellen Möglichkeiten und ihr Verhalten während des Verfahrens). Es darf

---

1317 BGE 74 II 51 ff., 86 II 295; SJ 1980, S. 346. Vgl. auch Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 3.8 zu Art. 86 SVG; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 210.

1318 Stark E.W., Revision des Strassenverkehrsgesetzes, SJZ 1969, S. 22.

1319 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.7, S. 149.

1320 Bussy A., Responsabilité civile automobile XXII, SJK 921a, S. 15 f.; Stark E.W., a.a.O. (Anm. 1318), S. 22; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 210.

1321 Vgl. vorne 2.9.4.3.

angenommen werden, dass vorläufige Zahlungen an das Opfer zur Beschleunigung der Streiterledigungen beitragen werden.

Bei oberflächlicher Betrachtung könnte die Regelung von Artikel 56*h* VE befürchten lassen, dass sich die belangte Person, die zur Bezahlung verurteilt wird, bevor sie alle ihre Argumente geltend machen konnte, in einer ungünstigen oder gar nachteiligen Lage befindet. Es muss aber betont werden, dass die vorläufigen Zahlungen auf keinen Fall dem endgültigen Entscheid vorgreifen dürfen, was im Gesetzestext zu Handen des Gerichts ausdrücklich festgehalten ist. Sollte sich dennoch in wirklichen Ausnahmefällen ergeben, dass der Betrag der Vorschüsse denjenigen des dem Opfer letztlich zustehenden Schadenersatzes übersteigt, so kann die haftpflichtige Person selbstredend nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) das zu viel Bezahlte zurückverlangen. Dennoch könnte die Anwendung von Artikel 56*h* VE problematisch sein, wenn die geschädigte Person im Genuss der Leistungen einer Sozialversicherung ist. In einem solchen Fall tritt der Sozialversicherer mit dem Eintritt des versicherten Ereignisses in die Rechte der versicherten Person ein[1322]. Die vom Opfer belangte Person, die diesem freiwillig oder aufgrund eines sie dazu verpflichtenden Gerichtsentscheids Vorschüsse leistet, könnte mit gutem Grund befürchten, ein zweites Mal bezahlen zu müssen, wenn der Versicherer seine Regressansprüche geltend macht. Dies bedeutet, dass Artikel 56*h* VE nur dann korrekt funktioniert, wenn die Koordination zwischen Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht sichergestellt ist. Die Studienkommission hat den Gesetzgebungsbehörden, die einen Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ausarbeiten, diesbezügliche Vorschläge unterbreitet[1323].

Die Studienkommission hatte die Möglichkeit erwogen, im Rahmen der Revision den Staat - analog zu Artikel 293 Absatz 2 ZGB - zu verpflichten, die Leistung von Vorschüssen für den Fall zu regeln, dass die belangte Person ihre Schulden nicht bezahlen kann[1324]. Die Verfasser des Vorentwurfs verzichten auf die Einführung einer solchen Regel. Sie berücksichtigen dabei zum einen, dass die vom Opfer belangte Person in den meisten Fällen ein Versicherer, also ein von vorneherein zahlungsfähiger Schuldner ist. Zum zweiten sind sie der Meinung, dass eine solche Verpflichtung zur Sozialpolitik gehört und im Haftpflichtrecht keinen Platz hat, selbst wenn dieses Recht die Interessen des Opfers besser schützen will. Es kommt hinzu, dass öffentlich-rechtliche Regelungen wie diejenigen des Sozialversicherungsrechts oder über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG) bereits heute - wenn auch unter strengen Voraussetzungen und häufig in beschränktem Ausmass - erlauben, die wirtschaftlichen Folgen einer Einwirkung auf die körperliche oder geistige Integrität kurzfristig zu mildern.

[1322] Vgl. Art. 41 UVG, 48ter AHVG, 52 IVG, 67 MVG, 79 Entwurf ATSG (vgl. vorne Anm. 874).

[1323] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.2, S. 171 f.; vgl. auch vorne 1.2.2.2.5.5.

[1324] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/12.7, S. 150.

2.10 Haftungsbeschränkende Vereinbarungen (Art. 57 und 58 VE)

2.10.1 Einleitung

Grundsätzlich und in Anbetracht der wesentlichen Funktion des Haftpflichtrechts[1325] muss der Schadenersatzanspruch des Opfers durch zwingende Bestimmungen garantiert sein. Die Vertragsfreiheit muss auf diesem Gebiet *a priori* auf ein sozial vertretbares Mass beschränkt werden, will man verhindern, dass die geschädigte Person je nach den Umständen versucht ist, auf ihre Ansprüche gegen Dritten zu verzichten, oder tatsächlich darauf verzichtet und somit zivilrechtlich stets im Abseits bleibt.

Seit mehr als einem Jahrhundert hat der Gesetzgeber durch allgemeine oder besondere Normen die Parteiautonomie auf diesem Gebiet mit Bestimmtheit eingeschränkt. Ohne die allgemeinen Schranken des gemeinen Rechts zu erwähnen, erinnert Oftinger[1326] daran, dass bereits eines der ersten Spezialgesetze - das Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb von 1881/1887[1327] - Beschränkungen der Haftungs- und der Entschädigungsklauseln enthielt. Andere sektorielle Bestimmungen sind in den späteren Jahrzehnten hinzugekommen.

In Übereinstimmung mit den Vorschlägen der Studienkommission erachten es die Verfasser des Vorentwurfs für unerlässlich, dass die Artikel 41 ff. OR eine spezielle Regelung dieser Fragen enthalten. Diese Regelung erfasst zwei Arten von Vereinbarungen, die für das Opfer nachteilig sein könnten: einerseits solche, mit denen vor der Schädigung die Haftung beschränkt oder wegbedungen wird (Art. 57 VE), andererseits solche, die nach der Schädigung abgeschlossen werden und eine offensichtlich unzulängliche Entschädigung vorsehen (Art. 58 VE). Zum Zweck der Rechtsvereinheitlichung sind diese Regeln auf alle Haftpflichtfälle unabhängig von ihrem Grund anzuwenden. Inhaltlich übernehmen die Artikel 57 und 58 VE Lösungen des geltenden Rechts, die sie oft verallgemeinern.

Keiner gesetzlichen Regelung bedürfen nach Meinung der Verfasser des Vorentwurfs - und schon früher der Studienkommission[1328] - die einseitigen Erklärungen, mit denen die Haftung wegbedungen wird, und andere Vereinbarungen, die in irgendeiner Weise die Haftpflicht betreffen. Zu denken ist namentlich an die vor dem Eintritt eines Schadens abgeschlossenen Vereinbarungen, welche die Haftung eines Vertragspartners über das gesetzliche Mass hinaus ausdehnen, oder an die von mithaftpflichtigen Personen nach dem Eintritt des Schadens abgeschlossenen Vereinbarungen, welche die interne Verteilung der Solidarschuld ändern.

1325 Vgl. vorne 1.2.2.1.2, 1.2.2.2.5.2 und 1.2.2.2.6. Vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/13.2, S. 153.

1326 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 462 f.

1327 Art. 10, in AS V.510 und Art. 9 Abs. 2, in AS X.196; vorne 1.1.1.1., N 9.

1328 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/13.1, S. 150 f. und die dortigen Hinweise.

2.10.2 Wegbedingung und Beschränkung der Haftung (Art. 57 VE)

Es kommt nicht selten vor - und es handelt sich dabei um den weitaus häufigsten Fall -, dass die Parteien vereinbaren, von der gesetzlichen Regelung der Haftpflicht abzuweichen, falls die eine von ihnen gegenüber der anderen haftpflichtig werden sollte. Dadurch erklärt eine Partei, dass sie bloss eine (auf einen bestimmten Betrag, auf bestimmte Schadensposten, auf bestimmte Schädigungen oder auf eine bestimmte Dauer) beschränkte Haftung übernehmen[1329] oder von jeglicher Haftung befreit werden will. Diese Klauseln schränken die Schadenersatzpflicht ein oder schliessen sie aus, und zwar zum voraus, also vor Eintritt eines Schadens oder zumindest, bevor das Opfer Kenntnis von einem Schaden erhalten hat. Solche Vereinbarungen werden in der Regel schriftlich abgeschlossen und sind oft in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehen. Manchmal werden sie durch einen niedrigen Preis, ein hohes Risiko oder eine zusätzliche Leistung der Partei, der die Klausel zugute kommt, wettgemacht.

Es bedarf keines Beweises, dass Klauseln, welche die Haftung einschränken oder wegbedingen, für die geschädigte Person sehr nachteilig sein können. So erstaunt es nicht, dass mehrere Spezialgesetze diese Art von Klauseln ausnahmslos für nichtig erklären[1330]. Die Freiheit der Parteien, die gesetzliche Haftungsregelung durch Vereinbarung abzuändern, ist auch ausserhalb der Gebiete, die von diesen Spezialgesetzen erfasst werden, nicht unbegrenzt. So ist sie von Artikel 8 UWG eingeschränkt, der die missbräuchlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelt, dessen Anwendungsbereich aber sehr eng ist. Einschränkungen kennt auch das gemeine Recht. Es geht zum einen um die Artikel 100 und 101 OR, wonach sich der Schuldner - unter Vorbehalt der Fälle von Artikel 100 Absatz 2 OR - nur von seiner Haftung für leichte Fahrlässigkeit oder - unter Vorbehalt von Artikel 101 Absatz 3 OR - von seiner Haftung für Hilfspersonen zum voraus befreien kann. Zum zweiten geht es um die Artikel 27 ZGB und 19 Absatz 2 und 20 OR, wonach Verpflichtungen, welche die persönliche Freiheit zu stark einschränken, sittenwidrig und daher nichtig sind. Nach einer Lehrmeinung könnte dies zutreffen, wenn im voraus auf Schadenersatz für Körperverletzungen verzichtet wird[1331].

Beim Fall der Häufung (oder der Konkurrenz) von Haftungen ist heute eine Frage umstritten: Ist eine als gültig angesehene Klausel, die die Haftung beschränkt, auch auf ausservertraglicher Ebene wirksam? Die Mehrheit der Autoren bejaht die Frage mit der Begründung, die Klausel sei sonst oft praktisch ihres Inhalts beraubt[1332]. Andere vertreten die Auffassung, man könne die Frage nicht ohne weiteres bejahen und müsse im Zweifelsfall den Willen der Par-

---

[1329] Vgl. Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 464 f.

[1330] Vgl. Art. 16 EHG, 39 EleG, 87 Abs. 1 SVG, 8 Abs. 1 KHG, 8 PrHG. Diese Regeln sind erst recht auf einseitige Erklärungen anzuwenden, welche die Haftung einschränken oder wegbedingen; vgl. darüber Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 464; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 6; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 213.

[1331] Tercier P., a.a.O. (Anm. 185), S. 265 ff.; Lörtscher T., Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. iur. Zürich 1977, S. 221 f.

[1332] Becker H., a.a.O. (Anm. 51), N 4 Vorbem. Art. 41-61 OR; Bucher E., a.a.O. (Anm. 294), S. 337 f.

teien auslegen[1333]. Eine Minderheit verneint die Anwendbarkeit einer haftungsausschliessenden oder -beschränkenden Klausel auf die ausservertragliche Schadenersatzklage. Sie macht geltend, dass es unzulässig sei, sich zum voraus von den Folgen einer unerlaubten Handlung zu befreien, und berufen sich auf die Unabhängigkeit der Klagen[1334]. Das Bundesgericht hat sich erst letzthin der herrschenden Lehre angeschlossen und die generelle Wirkung des vertraglichen Ausschlusses der Haftung bejaht[1335].

Die Studienkommission hat im Verlauf ihrer Arbeiten festgestellt, dass in der Praxis der Frage der haftungsbeschränkenden Vereinbarungen erhebliche Bedeutung zukommt und dass sie schwierige und umstrittene Probleme aufwirft. Sie sprach sich für eine gesetzgeberische Lösung dieser Frage aus, die im Sinne der bestehenden Tendenz in der Schweiz und dem Ausland[1336] die Gültigkeit dieser Vereinbarungen in einem gewissen Ausmass einschränken sollte. Zu diesem Zweck hat sie einige mehr oder weniger restriktive Varianten vorgeschlagen, die bereits vorne geschildert wurden[1337].

Die Verfasser des Vorentwurfs sind der festen Überzeugung, dass diese Frage einer besonderen Regelung im Haftpflichtrecht bedarf. Dadurch wird auf haftpflichtrechtlicher Ebene der heutige Meinungsstreit über die Wirksamkeit von Vereinbarungen gelöst, die die Schadenersatzpflicht einschränken. Nach dem Grundsatz von Artikel 42 VE findet die Regelung sowohl auf die Fälle von Haftung aus positiver Vertragsverletzung ohne weiteres Anwendung als auch - kraft der nun ausgedehnten Verweisregelung von Artikel 99 Absatz 3 OR - auf jede Haftung aus Nichterfüllung eines Vertrags[1338].

Inhaltlich lehnen sich die Verfasser des Vorentwurfs an die Vorschläge der Studienkommission an. Dabei haben sie allerdings die radikalste, in einigen Spezialgesetzen enthaltene Lösung nicht übernommen, wonach die Klauseln, die die Haftung beschränken oder ausschliessen, ausnahmslos nichtig sind. Sie sind sich nämlich bewusst, dass eine solche Lösung, selbst wenn sie den Vorteil der Einfachheit und der Klarheit hat, aus politischen und wirtschaftlichen Gründen auf entschiedene Ablehnung stossen würde. Sie bevorzugen daher eine nach der Natur des verletzten Rechtsguts differenzierte Regelung. Man findet hier wieder die Idee einer Hierarchie der Rechtsgüter: Einige davon, wie die körperliche Unversehrtheit, verdienen in Anbetracht des ihnen zugeteilten sozialen Wertes einen totalen Rechtsschutz[1339].

[1333] Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 489 f.; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 213.

[1334] Cavin P., La vente-L'échange-La donation, in Traité de droit privé suisse, VII.1.1., Fribourg 1978, S. 111; Perrin J.-F., La limitation de la responsabilité civile en droit suisse, SJ 1973, S. 211.

[1335] BGE 107 II 168, 111 II 480, 120 II 61.

[1336] Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 468 und die dortigen Hinweise; Ghestin J. (Hg.), Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Actes du Colloque des 13 und 14 décembre 1990, Paris 1991 (verschiedene Beiträge).

[1337] Vgl. vorne 1.2.2.2.6.1.; vgl. auch Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/13.2, S. 153 ff.

[1338] Vgl. vorne 2.2.2.3 und 2.2.2.4.

[1339] Vgl. vorne 2.3.2.1. und 2.3.3.3.

Artikel 57 VE findet Anwendung auf alle Fälle, in denen eine Schadenersatzpflicht besteht. Absatz 1 sieht vor, dass jede Vereinbarung, die die Haftung bei Tötung oder bei Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person oder bei Einwirkung auf die Umwelt zum voraus wegbedingt oder beschränkt, nichtig ist. Die Bestimmung erfasst Rechtsgüter, die für den Menschen und das Leben auf der Erde wesentlich im wahrsten Sinne des Wortes sind. Die Rechtsordnung anerkennt den höheren Wert dieser Güter, und zwar seit langer Zeit in Bezug auf das Leben und die körperliche Integrität der Menschen, erst seit kürzerer Zeit in Bezug auf die Umwelt[1340]. Es scheint logisch, dass diese grundsätzliche Anerkennung im Haftpflichtrecht eine Konkretisierung findet und dass bei Verletzung dieser Güter das Opfer stets und von vorneherein einen Entschädigungsanspruch geltend machen darf, ohne dass ihm eine zum voraus abgegebene Verzichtserklärung wirksam entgegengehalten werden kann. Dies ist auch dadurch gerechtfertigt, dass die Person, die eine solche Erklärung abgibt, wegen der unbestimmten Natur dieser Art von Verletzungen in den meisten Fällen die Tragweite ihres Verzichts nicht abschätzen kann, was an der Gültigkeit ihrer Willenserklärung erheblich zweifeln lässt. Diese Argumentation hat sich sowohl in der schweizerischen wie auch in der ausländischen Lehre allmählich durchgesetzt[1341]. Sie wurde letzthin auf Gesetzesstufe mit Artikel 16 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1993 über die Pauschalreisen konkretisiert, wonach die Haftung für Personenschäden, die aus der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrags entstehen, vertraglich nicht beschränkt werden kann[1342].

Was die anderen als die von Artikel 57 Absatz 1 VE erfassten Schädigungen betrifft, gehen die Verfasser des Vorentwurfs vom Grundsatz aus, den Artikel 19 Absatz 1 OR mit allgemeiner Formulierung ausdrückt: Die Parteien eines Rechtsverhältnisses dürfen durch Vereinbarung die Haftung der einen gegenüber der anderen wegbedingen oder beschränken. Die Verfasser des Vorentwurfs sind aber der Ansicht, dass die Vertragsfreiheit auch bei dieser Art von Schädigungen nicht uneingeschränkt sein darf. Es gibt nämlich Fälle, in denen es gegen das Rechtsgefühl verstossen würde, wenn das mögliche Opfer einer Schädigung vertraglich auf gesetzliche Ansprüche verzichten dürfte, und dies selbst, wenn der Verzicht auf den blossen Ersatz für Sachschäden und reine Vermögensschäden beschränkt ist. In diesem Sinne sieht Artikel 57 Absatz 2 VE vor, dass eine solche Vereinbarung in vier Fällen nichtig ist. Es sind Fälle, bei denen bereits heute gesetzliche Beschränkungen der Privatautonomie bestehen; die Formulierung und die Anwendungsvoraussetzungen des Vorentwurfs weichen allerdings ein wenig vom geltenden Recht ab.

a. Dem Schädiger fällt ein grobes Verschulden zur Last. Der Fall ist in Artikel 100 Absatz 1 OR geregelt. Im vorgeschlagenen Text wird die "Absicht" nicht erwähnt, weil sie unter den Oberbegriff des "groben Verschuldens" fällt und somit keiner ausdrücklichen Erwähnung bedarf. Ebensowenig braucht präzisiert zu werden, dass vertragliche Ausschlüsse oder Einschränkungen der Haftung für leichtes Verschulden nur dann zulässig

---

[1340] Vgl. vorne 2.3.2.2.5.

[1341] Tercier P., a.a.O. (Anm. 185), S. 265 ff. und die dortigen Hinweise.

[1342] SR 944.3.

sind, wenn der Schuldner aus Verschulden, nicht aber, wenn er kausal haftet. Diese Auslegung ist logisch zu begründen: Naturgemäss setzen Kausalhaftungen kein Verschulden voraus; würde nun das Verschulden des Schädigers - und wäre es auch nur ein leichtes - berücksichtigt, um seine Haftung einzuschränken, so würde man gegen das wesentliche Ziel der Bestimmungen verstossen, die eine reine Kausalhaftung vorsehen[1343]. Diese Auslegung ist insofern auch systematisch begründet, als bestimmte Gesetze, die eine Kausalhaftung kennen, ausnahmslos Abmachungen ausschliessen, mit denen die Haftung eingeschränkt wird[1344]. Hinzu kommt der soeben erwähnte Grundsatz, wonach der Anspruch des Opfers auf Ersatz des Schadens in einem weiten Ausmass durch zwingende Bestimmungen gewährleistet werden muss, und dies um so mehr, wenn die Haftung unabhängig vom Verschulden besteht und sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt[1345].

b. Die geschädigte Person steht im Dienst der haftpflichtigen Person. Der Fall ist heute in Artikel 100 Absatz 2 OR (wie auch in Art. 101 Abs. 3 OR) erfasst, der dem Gericht einen Ermessensspielraum einräumt. Für die Verfasser des Vorentwurfs ist diese Lösung mit dem Zweck und dem zwingenden Charakter der Bestimmung nicht zu vereinbaren, weshalb darauf verzichtet wird.

c. Die Haftung ergibt sich aus einer behördlich bewilligten oder konzessionierten Tätigkeit. Der Fall ist heutzutage in Artikel 100 Absatz 2 OR (wie auch in Art. 101 Abs. 3 OR) vorgesehen. Es wird anerkannt, dass die Bestimmung nicht nur auf die Verantwortung aus dem Betrieb "eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes", sondern auf alle behördlich bewilligten Tätigkeiten anwendbar ist[1346]. Aus dem soeben angeführten Grund wird auch hier nicht auf das richterliche Ermessen abgestellt. Die fragliche Einschränkung sollte übrigens - und vor allem - per analogiam auf die Fälle Anwendung finden, in denen die Person, die eine von der Bestimmung erfasste Tätigkeit ausübt, ihre Haftung durch Erlass eines Reglements einseitig ausgeschlossen oder eingeschränkt hat, wie dies seit längerer Zeit Artikel 16 EHG und Artikel 39 EleG vorsehen[1347]

d. *Die Klausel ist in vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten.* Der Fall ist im Mietrecht als Spezialbestimmung (Art. 256 Abs. 2 Bst. a OR) und im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (Art. 8 UWG) allgemein vorgesehen. Diese Bestimmung verlangt, dass die vorformulierte Klausel "in irreführender Weise zum Nachteil" des Konsumenten verwendet werden muss; sie ist deshalb zu eng, was von der fast einhelligen Lehre hervorgehoben wurde und von der Nichtanwendung

---

1343 Yung W., La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé suisse, in Etudes et articles, Genf 1971, S. 151 f.

1344 Vgl. vorne die Hinweise in Anm. 1330.

1345 Vgl. vorne die Hinweise in Anm. 1325; in diesem Sinne vgl. auch Deutsch E., Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1996, S. 390 ss.

1346 Stauder B., Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Droit suisse, Actes du Colloque des 13 und 14 décembre 1990, Paris 1991, S. 117.

1347 Vgl. dazu Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 6.

durch die Gerichte bewiesen wird[1348]. In Anbetracht dieser Kritik und der Tatsache, dass haftungseinschränkende Klauseln fast immer finanzielle Belastungen mich sich bringen, schlagen die Verfasser des Vorentwurfs einen vereinfachten Text vor, der in Anlehnung an Artikel 256 Absatz 2 Buchstabe a OR eine weitere Tragweite als Artikel 8 UWG hat. Dadurch verzichten sie, gleich wie in Artikel 8 UWG, auf eine Beschränkung der Tragweite der Bestimmung auf Klauseln, die Konsumenten betreffen. Sie rufen zudem in Erinnerung, dass weder heute noch morgen die Parteien daran gehindert sein werden, die Haftung der einen oder der anderen Partei durch eine ausdiskutierte Klausel einzuschränken, und zwar selbstredend innerhalb der gesetzlichen Schranken.

Die Rechtfertigung der Einschränkung der Parteiautonomie ist für die in Artikel 57 Absatz 2 VE vorgesehenen Fälle unterschiedlich. Massgebend für den ersten Fall ist die unentschuldbare Art, auf welche die haftpflichtige Person die Schädigung verursacht und die Interessen des Opfers missachtet hat. Der zweite und der dritte Fall finden ihre Rechtfertigung darin, dass eine Partei eine stärkere Stellung als die andere hat, die - wie vermutet wird - ausgenützt werden kann, um die Gegenpartei zu zwingen, zum voraus auf ihre Ansprüche zu verzichten. Massgebend für den vierten Fall ist die Weise, in der die Vereinbarung abgeschlossen wurde, d.h. durch Verwendung eines vorgedruckten Formulars, das einseitig von einer Partei verfasst wurde und in der Regel durch eine Unterwerfungsklausel zum Gegenstand des Vertrags wird. Für alle Fälle sind diese Einschränkungen der Vertragsfreiheit letztlich durch das Bestreben gerechtfertigt, die geschädigte Person, die oft die schwächere Vertragspartei ist, besser zu schützen.

Infolge des Verweises in Artikel 99 Absatz 3 OR, dessen Text geändert und dessen Tragweite ausgedehnt wird[1349], bewirkt die in Artikel 57 VE vorgeschlagene Regelung die Aufhebung der geltenden Artikel 100 und 101 Absatz 2 und 3 OR. Artikel 100 Absatz 3 OR, von dem oben keine Rede war, behält die Sonderbestimmungen des VVG vor. Eigentlich hat dieser Vorbehalt keinen Platz im Haftpflichtrecht, denn er betrifft Klauseln, die die Pflicht des Versicherers, seine vertraglichen Leistungen zu erbringen, einschränken, namentlich bei leichtem Verschulden des Berechtigten (Art. 14 Abs. 4 i.V.m. Art. 98 VVG). Der Vorbehalt bezieht sich hingegen nicht auf vertragliche Einschränkungen der Haftung bei Verletzung einer Pflicht aus dem Versicherungsvertrag[1350].

2.10.3 Vergleich (Art. 58 VE)

Auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts werden die meisten Streitigkeiten durch Vergleiche erledigt, die am häufigsten zwischen dem Opfer und dem Versicherer der haftpflichtigen Person abgeschlossen werden. In der Praxis geschieht

---

[1348] Vgl. Dessemontet F., Le contrôle judiciaire des conditions générales, in La nouvelle LCD, Lausanne 1988, S. 69 ff.; Que reste-t-il de l'Art. 8 LCD sur les conditions générales? Baudenbacher C., SAG 1987, S. 114; Stauder B., a.a.O. (Anm. 1346), S. 125 f. Vgl. auch BGE 117 II 332; SJ 1992, S. 170; vgl. immerhin BGE 119 II 445 ff.

[1349] Vgl. vorne 2.2.2.4.

[1350] Vgl. Wiegand W., in Obligationenrecht, I, 2. Aufl., Basel 1996, N 12 zu Art. 100 OR und die dortigen Hinweise.

dies mit dem Abschluss einer "Entschädigungsvereinbarung" oder mit der Unterzeichnung einer "Saldoquittung", die das Bundesgericht als aussergerichtliche Vergleiche qualifiziert, also als Vereinbarungen, mit denen die Ungewissheit bezüglich eines Rechtsverhältnisses mittels gegenseitiger Zugeständnisse beendet wird[1351]. Es handelt sich um einen Innominatvertrag, der mit den klassischen Mitteln des gemeinen Rechts - d.h. nach Artikel 20 OR bei Widerrechtlichkeit oder Verstoss gegen die guten Sitten, nach Artikel 21 OR bei Übervorteilung, nach Artikel 23 ff. OR bei Willensmängeln und nach Artikel 2 Absatz 2 ZGB bei offensichtlichem Rechtsmissbrauch - angefochten werden kann[1352]. Jede Partei des Vergleichs kann diese Rechtsmittel in Anspruch nehmen, so beispielsweise das Opfer, das eine unvoraussehbare Verschlechterung seines Gesundheitszustandes nicht kannte, oder die haftpflichtige Person, die eine unrichtige Haftungsanerkennung unterzeichnet hat. Bei gerichtlichen Vergleichen soll das Rechtsmittel grundsätzlich auf dem Prozessweg ergriffen werden, wenn der Vergleich einen Prozess beendet hat und rechtskräftig geworden ist[1353].

Zahlreiche Spezialgesetze vervollständigen die allgemeinen Regelungen mit einer Bestimmung, die dem Opfer ermöglicht, jede Vereinbarung anzufechten, die eine offensichtlich ungenügende Entschädigung vorsieht (Art. 17 EHG, 87 Abs. 2 SVG, 8 Abs. 2 KHG). Dies trifft zu, wenn - bei globaler Betrachtung, d.h. ohne Unterscheidung zwischen Sachschaden und Genugtuung - die vereinbarte Entschädigung in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Entschädigung steht, auf die das Opfer Anspruch hätte. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die Streiterledigung bei Vergleichen rasch und ohne die Risiken eines Prozesses erfolgt. Dass die Entschädigung ungenügend ist, kann auf eine schlechte Berechnung des Schadens oder auf eine falsche Einschätzung der Haftung zurückzuführen sein[1354]. Ist die materielle Voraussetzung erfüllt, kann das Opfer den Vergleich innert einer Verwirkungsfrist von einem Jahr (Art. 87 Abs. 2 SVG) oder von drei Jahren (Art. 8 Abs. 2 KHG) seit dem Abschluss anfechten und so seine Ansprüche wieder entstehen lassen[1355].

Die diesbezüglichen Spezialbestimmungen konkretisieren den Grundsatz von Artikel 21 OR betreffend die Übervorteilung, sehen allerdings dabei vom subjektiven Element ab. Die Lehre äussert sich in der Regel positiv zu diesen Normen[1356]. Neben ihrer Präventivwirkung erlauben sie nämlich dem Opfer, das vertragliche Gleichgewicht wieder herzustellen. Es ist zu bedauern, dass das

---

1351 BGE 111 II 350. Vgl. auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 18 f.

1352 Vgl. darüber Gauch P., Der aussergerichtliche Vergleich, in Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von W.R. Schluep, Zürich 1988, S. 19 ff.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 3 zu Art. 87 SVG; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 474 ff.; BGE 99 II 372, 105 II 277 f.

1353 BGE 105 II 277 f. und die dortigen Hinweise sowie BGE 110 II 46 ff.

1354 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 470 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 24; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.5 zu Art 87 SVG; BGE 99 II 372 f.

1355 Da Art. 17 EHG keine Frist festlegt, findet diejenige nach Art. 14 Anwendung; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 473; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 40.

1356 Gauch P., a.a.O. (Anm. 1352), S. 23 f.; Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.1 zu Art. 87 SVG; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 265 N 1579; a.M. Merz H., in ZbJV 1975, S. 104 f.

Bundesgericht in den seltenen bekannten Entscheiden auf diesem Gebiet sehr streng war[1357]. Das formallogische Argument, wonach Ausnahmebestimmungen eng auszulegen sind, vermag auf keinen Fall zu überzeugen, wenn die fragliche Bestimmung - wie hier - die Interessen einer Partei besonders schützen will[1358].

Wie bereits die Studienkommission[1359] sind auch die Verfasser des Vorentwurfs der Meinung, dass die heute in Artikel 17 EHG, 87 Absatz 2 SVG und 8 Absatz 2 KHG vorgesehene Regelung zu guten und gerechten Lösungen führen kann. Es gibt keinen einleuchtenden Grund, der gegen eine Verallgemeinerung der Regelung und gegen eine Vereinheitlichung der Anfechtungsfristen spricht[1360]. Es ist zudem gerechtfertigt, ihren Geltungsbereich etwas auszudehnen.

Nach Artikel 58 VE kann jede nach Eintritt der Schädigung abgeschlossene Vereinbarung, mit der auf die Ersatzleistung verzichtet oder eine offensichtlich unzulängliche Entschädigung festgesetzt wird, innerhalb eines Jahres seit dem Tag angefochten werden, an dem die geschädigte Person bei gehöriger Aufmerksamkeit ihren Irrtum erkennen konnte. Es handelt sich um den Sonderfall eines Motivirrtums, der aber nicht wesentlich im Sinne von Artikel 24 Absatz 1 Ziffer 4 OR sein muss; auch die geschädigte Person kann ihn geltend machen, und dies selbst, wenn er einen Punkt betrifft, der von den Vergleichsparteien nicht besonders diskutiert wurde.

Hervorzuheben ist, dass der vorgeschlagene Wortlaut alle möglichen Vereinbarungen zwischen dem Opfer und der haftpflichtigen Person (oder ihrem Versicherer) erfasst, die nach Eintritt der Schädigung zustande kommen. Es kann sich somit - was bereits heute anerkannt wird - um einen gerichtlichen oder um einen aussergerichtlichen Vergleich, um eine Saldoquittung oder um einen Verzicht auf Schadenersatzansprüche (im Sinne einer Forderungsaufhebung nach Artikel 115 OR) handeln[1361]. Als Sanktion sieht Artikel 58 VE die Anfechtung vor, und dies entsprechend der heute auf Willensmängel anwendbaren Theorie der Ungültigkeit[1362]. Vorgesehen ist eine einjährige *Verwirkungs*frist, die nicht

---

1357 Vgl. zum Beispiel BGE 99 II 372 ff., wo die vereinbarte Entschädigung, die ungefähr zwei Dritteln der Entschädigung entsprach, auf die das Opfer bestenfalls Anspruch gehabt hätte, als genügend betrachtet wurde. Vgl. auch BGE 109 II 348 f. und Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 42.

1358 Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 268 N 1588; Meier-Hayoz A., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, I, Einleitung, Art. 1-10 ZGB, Bern 1966, N 191 zu Art. 1 ZGB.

1359 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/14, S. 155.

1360 Eine unterschiedliche Regelung dieser Frage im Bereich der Kernenergie ist nicht gerechtfertigt.

1361 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N 2.2 und 3.1 zu Art. 87 SVG; Schaffhauser R./Zellweger J., a.a.O. (Anm. 437), S. 265 N 1580; Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 469; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 21. Das Bundesgericht hat anerkannt, dass das kantonale Prozessrecht besondere Bedingungen (namentlich formelle und zeitliche) für die Anfechtung eines gerichtlichen Vergleichs vorschreiben kann, sofern sie die Anwendung von Bundesrecht nicht vereiteln (BGE 110 II 46 ff. und die dortigen Hinweise auf die Lehre, die zeigen, dass die Frage heute umstritten ist).

1362 Nach der Ungültigkeitstheorie zeitigt der für ungültig erklärte Vertrag von Anfang an keine Wirkungen; vgl. darüber BGE 114 II 142 f. und die dortigen Hinweise.

mehr am Tag des Abschlusses der Vereinbarung, sondern am Tag zu laufen beginnt, an dem die geschädigte Person bei gehöriger Aufmerksamkeit ihren Irrtum hätte erkennen können. Die Relativierung des Fristbeginns will einerseits die Rechtslage des Opfers verbessern, andererseits aber auch die Lösung in Einklang mit derjenigen bringen, die bei Willensmängeln gilt (Art. 31 OR)[1363]; die etwas abweichende Formulierung soll das Opfer auf die besondere Sorgfaltspflicht aufmerksam machen, die für den Schutz des guten Glaubens erforderlich ist (Art. 3 ZGB).

Welcher Zeitpunkt für das Gericht massgebend ist, das entscheiden muss, ob die materiellen Voraussetzungen der Regelung erfüllt sind und insbesondere ob die vereinbarte Entschädigung offensichtlich unzulänglich war, ist heute umstritten. Für einen Teil der Lehre, der die Lage der geschädigten Person verbessern will, ist der Zeitpunkt des Entscheids über die Anfechtung massgebend[1364]. Für das Bundesgericht ist hingegen der Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung massgebend[1365]. Für die Verfasser des Vorentwurfs drängt sich die zweite Lösung auf: Wie das Bundesgericht in Bezug auf Artikel 87 Absatz 2 SVG betont hat, setzt die Bestimmung einen Vergleich zwischen der vereinbarten und der gerechten Entschädigung voraus; dieser Vergleich muss sich auf vergleichbare Elemente beziehen, was nur möglich ist, wenn auf dasselbe Datum abgestellt wird[1366]. Letztlich geht es um die Rechtssicherheit. Daraus folgt, dass das Opfer, das sich auf Artikel 58 VE beruft, nur Tatsachen geltend machen kann, die zum Zeitpunkt der Vereinbarung bereits bestanden, also Tatsachen, die bekannt waren, deren Bekanntheit man voraussetzen konnte oder die voraussehbar waren. Es darf hingegen keine Tatsachen geltend machen, die sich nach dem Abschluss der Vereinbarung ereignet haben, die also den Parteien unbekannt waren und von ihnen nicht vorausgesehen werden konnten (Beispiel : beim Opfer entwickelt sich eine unvoraussehbare Invalidität oder es stirbt überraschend infolge des Unfalls). In einem solchen Fall kann sich das Opfer insofern nicht auf einen Irrtum berufen, als ein Irrtum nur bei Tatsachen denkbar ist, die eine Person kennt oder die sie mit einer gewissen Sicherheit voraussieht. Es wird aber auch dann nicht ohne Rechtsbehelfe bleiben. So kann es eine wesentliche Änderung der Umstände im Sinne der *clausula rebus sic stantibus* oder der Theorie der Unvorhersehbarkeit, die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) abzuleiten ist, geltend machen[1367]. Und wenn die geschädigte Person zum Zeitpunkt der Vereinbarung auf weitere Ansprüche gegen die haftpflichtige Person verzichtet hat, wie dies häufig geschieht, wird sie geltend machen können, dass ihr Verzicht nur die Ansprüche betraf, die sie kannte oder von denen sie nach dem Vertrauen-

---

1363 Diese Lösung wurde von der Studienkommission nicht in Erwägung gezogen; vgl. Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/14, S. 156.

1364 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 472; Schaffhauser R./Zellweger R., a.a.O. (Anm. 437), S. 266 N 1582.

1365 BGE 99 II 372, 109 II 348 f. In diesem Sinne auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 32.

1366 BGE 99 II 372.

1367 Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 476; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 55; BGE 99 II 372.

sprinzip annahm, dass sie sie erwerben würde[1368]. Gegebenenfalls wird sie die früher abgeschlossene Vereinbarung nicht einmal anfechten müssen, sondern sie kann sich damit begnügen, neue Ansprüche geltend zu machen, sofern ihr die belangte Person nicht die Verjährungseinrede entgegenhält.

[1368] Oftinger K., a.a.O. (Anm. 28), S. 474 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), I, § 12, N 46 ff.; BGE 100 II 45.

3 Besondere Bestimmungen des Vorentwurfs

3.1 Darstellung des Systems

3.1.1 Im Allgemeinen

Traditionell wird heute die Haftung dreigeteilt. Es wird unterschieden zwischen Haftung aus Verschulden, strengen Kausalhaftungen aus besonderer Gefährdung und milden Kausalhaftungen aus dem Bestehen einer besonderer Sorgfaltspflicht[1369]. Im geltenden Recht beruhen alle Kausalhaftungen auf Sonderbestimmungen, die im Zivilgesetzbuch (so in Art. 333 und 679), im Obligationenrecht (so in Art. 55, 56 und 58) oder in Spezialgesetzen verankert sind[1370].

Das schweizerische System des Haftpflichtrechts als solches wird auch inskünftig - trotz der Einführung zweier neuer Generalklauseln - nicht radikal geändert. So wird es weiterhin besondere Haftungstatbestände geben, die sowohl durch ihre Besonderheit wie auch durch das Konzept der "kleinen Lösung" gerechtfertigt sind, das der vorgesehenen Gefährdungshaftungsregelung zugrunde liegt[1371]. Dies gilt auf jeden Fall für die strengen Kausalhaftungen. Die Studienkommission hatte sich gefragt, ob die milden Kausalhaftungen wegen ihrer hybriden Natur noch Platz in unserer Gesetzgebung haben sollen oder ob sie beim Fehlen einer anwendbaren Sonderbestimmung nicht immer von einer der Generalklauseln abgedeckt sein werden[1372]. Die Verfasser des Vorentwurfs waren lange versucht, die Streichung der entsprechenden Bestimmungen vorzuschlagen, haben aber auf diese Idee verzichtet, weil die meisten davon tiefe Wurzeln in der schweizerischen juristischen Tradition haben und weil ihre Anwendung in der Regel keine grosse Schwierigkeit verursacht.

Dieser Verzicht bedeutet allerdings nicht die Ablehnung jeglicher Änderung der Regelung über die milden Kausalhaftungen. So wird der Anwendungsbereich von Artikel 55 OR verallgemeinert (Art. 49 und 49*a* VE)[1373], und der im Strahlenschutzgesetz (Art. 39 Abs. 1) vorgesehene Entlastungsbeweis der Sorgfalt wird aufgehoben[1374]. Die Artikel 333 und 679 ZGB werden unverändert am gleichen Ort beibehalten[1375]. Die in Artikel 54 bis 59 OR vorgesehenen Kausalhaftungen sind dagegen alle in irgendeiner Weise von der Revision erfasst: Die Regel von Artikel 54 OR ist inskünftig als Ausnahme von der Verschuldenshaftung zu verstehen; sie wird - wie dies bereits für Artikel 55 OR der Fall ist - unter den allgemeinen Bestimmungen eingeordnet (Art. 48*b* VE)[1376]. Die Bestim-

---

1369 Vgl. vorne 1.2.2.1.3.

1370 Vgl. hinten 4.2.

1371 Vgl. vorne 2.4.4.2.

1372 Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), III/3.2, S. 25 f.; vgl. auch vorne 1.2.2.1.3 und 1.2.2.3.1.

1373 Vgl. vorne 2.4.3.2.

1374 Vgl. vorne 1.1.2.2, hinten 4.2.47.

1375 Die Verfasser des Vorentwurfs verzichten namentlich auf eine formelle "Kosmetik" der französischen Fassung von Art. 333 ZGB, bei der insbesondere das Haftungssubjekt nicht mehr mit dem veralteten Ausdruck "chef de famille", sondern als "détenteur de l'autorité domestique" bezeichnet würde. Vgl. darüber Wessner P., La responsabilité du chef de famille et l'égalité des époux, Neuenburg 1981, S. 122 f.

1376 Vgl. vorne 2.4.2.3.

mungen über die Haftung für Tiere (Art. 56 und 57 OR) und über die Haftung des Werkeigentümers (Art. 58 und 59 OR) werden revidiert, um ihren Rechtfertigungsgrund und ihre Ähnlichkeit mit den neuen Generalklauseln der verschuldensunabhängigen Haftung besser hervortreten zu lassen. Schliesslich werden die besonderen Bestimmungen um zwei formell neue Normen betreffend die Kausalhaftung ergänzt, die eine Schadenersatzpflicht bei rechtmässiger Handlung einführen[1377].

Hinsichtlich der Systematik halten es die Verfasser des Vorentwurfs für angebracht, die Regelung auf zwei Unterkapitel zu verteilen, die den allgemeinen bzw. den besonderen Bestimmungen gewidmet sind. Es ist sicherlich zu bedauern, dass die besonderen Haftpflichtbestimmungen weiterhin im Zivilgesetzbuch, im Obligationenrecht und in Spezialgesetzen zerstreut bleiben. Dies ist aber die Folge des Entscheids, auf ein "Gesetzbuch über die Haftpflicht" zu verzichten, das alle Haftpflichtregelungen gesammelt hätte[1378]. Diese Lösung ergibt sich auch aus dem Willen, die Bestimmungen dort zu belassen, wo sie aufgrund der Besonderheiten des Tatbestandes hingehören (z.B. die Haftung des Familienhauptes in Artikel 333 ZGB und jene des Handelsregisterführers in Art. 928 OR).

3.1.2 Im besonderen

Im Sinne der oben umschriebenen Systematik enthält der zweite Unterabschnitt des zweiten Abschnitts des ersten Titels des OR über die Obligationen aus Schädigung sechs besondere Bestimmungen.

Die Bestimmungen sind insofern besonders, als sie von einer allgemeinen Voraussetzung abweichen und Fälle von Haftung bei rechtmässiger Schädigung festlegen (Notstand, Art. 59 VE; Ausübung des Eigentumsrechts, Art. 59*a* VE), oder als sie einen besonderen Tatbestand regeln (Halten eines Tieres, Art. 60 und 60*a* VE; Halten eines Werkes, Art. 61 und 61*a* VE). Das geltende Recht kennt bereits diese Haftungen in irgendeiner Form. Die Anwendung der Bestimmungen setzt nie ein Verschulden der haftpflichtigen Person voraus. Dies bedeutet, dass auf diese Fälle die allgemeinen Grundsätze der Kausalhaftungen, insbesondere jene der Artikel 51 und 51*a* VE, anwendbar sind[1379].

3.2 Haftung bei rechtmässiger Schädigung (Art. 59 und 59a VE)

3.2.1 Einleitung

Den Anregungen der Studienkommission folgend[1380] schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, unter den Besonderen Bestimmungen des revidierten OR zwei Fälle von Haftung für rechtmässige Schädigung zu regeln. Der erste Fall ist allgemein umschrieben. Wie beim geltenden Artikel 52 Absatz 2 OR werden schädigende Handlungen einer Person erfasst, die in Notstand gehandelt hat

---

1377 Vgl. hinten 3.2.

1378 Vgl. vorne 1.2.2.1.4.

1379 Vgl. vorne 1.3.5.3, 2.4.5.1 und 2.4.5.2.

1380 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), III/3.2, S. 25 f.

(Art. 59 VE). Der zweite Fall betrifft die Ausübung des Eigentums an Grundstücken. Erfasst sind die Schäden, für die der Eigentümer eines Grundstücks haftet, wenn er sein Eigentumsrecht ausübt, dabei weder ein Gebot noch ein Verbot der Rechtsordnung verletzt und dennoch seinem Nachbarn übermässige Nachteile zufügt (Art. 59*a* VE). Damit wird eine dreissigjährige Rechtsprechung des Bundesgerichts kodifiziert.

Die Regeln der Artikel 59 und 59*a* VE weisen gemeinsame Merkmale auf, die ihre systematische Nähe rechtfertigen[1381]. Wie bereits gesagt, begründen beide Normen eine vom Verschulden unabhängige Schadenersatzpflicht. Beide gewähren zudem dem Gericht einen Ermessensspielraum sowohl in Bezug auf die Grundsatzfrage wie auch in Bezug auf die Höhe der Entschädigung. Schliesslich stellen beide Normen eine Ausnahme vom Prinzip dar, wonach lediglich rechtswidrige Schädigungen - also solche, die ein von der Rechtsordnung geschütztes Gut verletzen und für welche kein Rechtfertigungsgrund vorliegt - eine Schadenersatzpflicht begründen. Der Vorentwurf drückt diesen Grundsatz in doppelter Weise aus. Zum einen ergibt er sich aus der Grundnorm der Zurechnung (Art. 41 Abs. 2 VE). Zum anderen ergibt er sich daraus, dass das Gesetz die Rechtswidrigkeit als allgemeine Voraussetzung der Ersatzpflicht vorsieht (vgl. den Randtitel zu den Art. 45 bis 47*a* VE, also auch zu den Art. 46 und 46*a*)[1382].

Selbst wenn sie zur Schädigung eines Dritten führen, sind die von Artikel 59 und 59*a* VE erfassten Handlungen nicht rechtswidrig; denn sie erfolgen in Ausübung eines als höherrangig erachteten subjektiven Rechts, das der handelnden Person zusteht. In solchen Fällen gibt nämlich der Gesetzgeber nach einer Interessenabwägung dem Recht der schädigenden Person, zu handeln, den Vorrang vor dem Recht des Opfers, die Folgen dieses Handelns nicht dulden zu müssen. Dies trifft beispielsweise bei der Ausübung einer Dienstbarkeit oder bei Notwehr zu[1383]. Dagegen duldet zwar die Rechtsordnung die hier geregelten Handlungen oder erlaubt sie ausdrücklich, weil sie notwendig sind; es erscheint aber als gerechtfertigt, dass die Handlung zu einer angemessenen Entschädigung führt, wenn das Interesse des Opfers angesichts gewisser Umstände, vor allem der Schwere des Eingriffs, besonders schützenswert ist. In diesem Sinne sind die Artikel 59 und 59*a* VE Billigkeitsbestimmungen wie andere Vorschriften, die - insbesondere im Sachenrecht - eine Haftung für rechtmässige Schädigungen vorsehen[1384].

Es sei schliesslich erwähnt, dass die Studienkommission erwogen hatte, ins Bundesrecht eine weitere Billigkeitsbestimmung einzuführen, die eine Haftung für rechtmässige Schädigung vorgesehen hätte. Diese Bestimmung hätte eine Haftung des Gemeinwesens für Schäden aus der rechtmässigen Ausübung hoheitlicher Gewalt eingeführt. Die Haftung hätte auf Genugtuung und auf Er-

---

1381 Freilich könnte es auch angebracht scheinen, die Regel von Art. 59a nach derjenigen von Art. 679, an die sie sich anlehnt, als neuen Art. 679a ZGB vorzusehen.

1382 Vgl. darüber 2.1.1, 2.3.1 und 2.3.3.

1383 Desax M., Haftung für erlaubte Eingriffe, Freiburg 1977, S. 11 und 31 ff. Vgl. auch Ender T., Die Verantwortlichkeit des Bauherrn für unvermeidbare übermässige Bauimmissionen, Freiburg 1995, S. 117 f.

1384 Desax M., a.a.O. (Anm. 1383), S. 61 ff.

satz des Schadens aus Tötung oder Verletzung der körperlichen und der geistigen Unversehrtheit beschränkt werden können[1385]. Eine solche Regelung ist bereits heute in zahlreichen kantonalen Gesetzen über die Staatshaftung vorgesehen und erfasst insbesondere die aus Polizeieinsätzen resultierenden Schäden[1386].

Die Verfasser des Vorentwurfs halten es für unangebracht, auch im Haftpflichtrecht des Bundes eine solche Bestimmung vorzusehen; denn die Frage, ob und wieweit das Gemeinwesen für die rechtmässige Ausübung hoheitlicher Gewalt haften soll, ist eindeutig politischer Natur. Die Antwort dürfte auf keinen Fall allgemein lauten, weil sonst das ganze staatliche Handeln verhindert würde, sondern sie müsste Teilbereiche erfassen und auf bestimmte Aufgaben der öffentlichen Gewalt beschränkt sein, die Drittinteressen schwer gefährden können, wie dies beispielsweise bei einem polizeilichen Eingriff gegen eine Strasenkundgebung der Fall ist. Die gesetzgeberische Antwort auf diese Frage steht dem Gemeinwesen, also dem Bund, aber vor allem den Kantonen zu, weil die Lösung heute nur für sie rechtlich bedeutend und allenfalls verpflichtend ist. Diesbezüglich kann erwähnt werden, dass die Kantone nach Artikel 43*a* Absatz 1 VE ermächtigt sind, für Schäden, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht werden, vom Bundesrecht abweichende haftpflichtrechtliche Bestimmungen zu erlassen. Dieser Vorbehalt ist durch das Ziel staatlichen Handelns und die besonderen Aufgaben des Staates, namentlich bezüglich der Einhaltung der öffentlichen Ordnung und bezüglich der Rechtsprechung, gerechtfertigt[1387]. Es scheint daher logisch, dass der Staat souverän entscheidet, ob er eine Haftung vorsehen will, die über diejenige der revidierten Artikel 41 ff. OR hinausgeht und anwendbar ist, wenn eine schädigende Handlung in Ausübung hoheitlicher Gewalt erfolgt und nicht rechtswidrig ist, weil das öffentliche Recht sie gebietet[1388].

3.2.2 Notstand (Art. 59 VE)

Nach Artikel 52 Absatz 2 OR kann der "Notstand" als das Recht einer Person definiert werden, in fremdes Vermögen einzugreifen, um drohenden Schaden oder Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden. Je nach den Umständen kann diese Person zum Ersatz des vom Opfer erlittenen Schadens verpflichtet werden. Der Notstand wird strafrechtlich nicht geahndet (Art. 34 StGB).

Ein solcher Eingriff in fremdes Vermögen ist gewollt, erfolgt also absichtlich[1389]. Er ist in dem Sinne rechtmässig, als er ein Interesse schützt, das als höherrangig als dasjenige des Opfers betrachtet wird. Er kann dennoch die Pflicht zur gänzlichen oder teilweisen Schadloshaltung des Opfers begründen. Artikel 52

1385 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.3, S. 45 f.

1386 Vgl. z.B. § 12 und 13 des Zürcher Haftungsgesetzes vom 14. September 1969; § 5 des Luzerner Haftungsgesetzes vom 13. September 1988; Art. 11 und 12 des Walliser "Loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents" vom 10. Mai 1978.

1387 Vgl. vorne 2.2.3.4.

1388 Vgl. Art. 46*a* Abs. 1 VE und vorne 2.3.3.4.

1389 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 36 zu Art. 52 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N 302; ATF 100 II 129.

Absatz 2 OR ist eine Billigkeitsnorm, die eine Haftung für rechtmässige Schädigung vorsieht[1390], ebenso wie andere Bestimmungen im Immobiliarsachenrecht (Art. 701 ZGB) und im Luftfahrtrecht (Art. 64 Abs. 2 Bst. a LFG). Wegen des Ausnahmecharakters dieser Regeln hat die Rechtsprechung strenge Anwendungsbedingungen festgelegt.

Die Haftung nach Artikel 52 Absatz 2 OR setzt zum einen eine drohende Gefahr für die eingreifende Person oder einen Dritten voraus. Die Gefahr kann ein Rechtsgut dieser Person, ihr Leben, ihre körperliche Unversehrtheit oder ein anderes Persönlichkeitsrecht, aber auch ihr Vermögen, insbesondere ihre Sachen betreffen. Zum zweiten muss die Gefahr unmittelbar drohend und nicht anders abzuwenden sein, wie Artikel 701 Absatz 1 ZGB und Artikel 34 StGB präzisieren[1391]. Nach der Rechtsprechung trifft dies zu, wenn eine Person einen Damm baut, um nach ausserordentlich starken Regenfällen Wassermassen abzuleiten, die sonst ein bewohntes Dorf erreichen würden, und dabei Nachbargrundstücke beschädigt[1392]. Anders verhält es sich bei der Seilbahngesellschaft, die mit Sprengstoff eine Lawine auslöst und dabei Gebäude beschädigt, wenn dies nicht zum Schutz der Skifahrer - die Pisten waren bereits geschlossen -, sondern allein deshalb erfolgt, um den Betrieb der Anlagen wieder aufnehmen zu können[1393]. In diesem Fall ist die Schädigung nicht durch einen Notstand gerechtfertigt, sondern es handelt sich um eine verschuldete rechtswidrige Schädigung[1394]. Dasselbe gilt natürlich, wenn die Gefahr von der Person, die in fremdes Recht eingreift, absichtlich oder fahrlässig geschaffen wurde[1395].

Die Haftung nach Artikel 52 Absatz 2 OR setzt zudem voraus, dass der Eingriff in fremde Rechtsgüter in einem angemessenen Verhältnis zur bestehenden oder drohenden Gefahr steht. Diese muss somit "ungleich grösser" sein "als die durch den Eingriff entstehende Beeinträchtigung", wie Artikel 701 Absatz 1 ZGB es ausdrückt. Die Mehrheit der Lehre ist der Ansicht, dass eine Schädigung nur dann von einem Notstand gerechtfertigt ist, wenn in materielle Güter, nicht aber ins Leben, in die körperliche Integrität oder in andere Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird[1396]. Die Rechtsprechung scheint diese Ansicht zu teilen[1397]. Sie beruft sich insbesondere auf die unterschiedliche Redaktion von

---

1390 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N 291, 294, 299; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 75.

1391 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 47 zu Art. 52 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 75.

1392 BR 1994, S. 109, Nr. 225.

1393 BGE 96 II 177.

1394 Vgl. auch BGE 100 II 127 ff. (Fall eines Angestellten des Bündner Strassenamts, der zum Schutz einer Strasse künstlich eine Lawine auslöst und sich dabei infolge eines entschuldbaren Irrtums im Notstand glaubt).

1395 Vgl. Art. 34 Abs. 1 StGB; vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 46 zu Art. 52 OR.

1396 Von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 422 f. und Anm. 103; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 42 ff. zu Art. 52 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 75; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 16, N 290, 297, 299.

1397 Nach dem Bundesgericht findet Art. 52 Abs. 2 OR Anwendung auf die Schädigung von beweglichen Sachen Dritter und Art. 701 ZGB auf die Schädigung von Immobilien; das Ge-

Artikel 52 Absatz 1 OR (der bei Notwehr einen Eingriff sowohl in die Person wie auch ins Vermögen zulässt) und Artikel 52 Absatz 2 OR (der bei Notstand nur einen Eingriff ins Vermögen erlaubt). Für die Minderheit der Lehre soll die Notstandsregelung auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Eingriff in die körperliche Integrität Dritter erfolgt, weil Artikel 52 Absatz 2 OR einen Eingriff in das Vermögen Dritter zulässt und weil auch der Schaden aus Körperverletzungen - sieht man von der Genugtuung ab - (wie jeder Schaden) eine Verminderung des Vermögens des Opfers darstellt[1398]. Die Verfasser des Vorentwurfs schliessen sich der Mehrheit der Lehre an und schlagen eine redaktionelle Änderung der Regelung vor, die - wie hinten dargelegt wird - jeden Zweifel über den Anwendungsbereich der Bestimmung beseitigen soll.

Sind die Anwendungsvoraussetzungen erfüllt, gibt Artikel 52 Absatz 2 OR dem Gericht die Möglichkeit, die Höhe des dem Opfer zustehenden Schadenersatzes nach Recht und Billigkeit zu bestimmen. Dabei verfügt das Gericht über einen Ermessensspielraum nach Artikel 4 ZGB, was ihm ermöglicht, sowohl über den Grundsatz wie auch über die Höhe der Entschädigung zu entscheiden[1399]. In allen Fällen wird es die Gesamtheit der Umstände berücksichtigen, wie die vorhandenen Interessen - insbesondere die Notwendigkeit, menschliche Leben zu retten -, das Verhalten der beteiligten Personen, den dringenden Charakter und die ausserordentliche Natur der Lage, den vom Opfer erlittenen Schaden und die eventuelle Schadensdeckung durch eine Versicherung[1400].

Im geltenden Recht wird das Handeln im Notstand als Rechtfertigungsgrund verstanden, also als Umstand, der die Rechtswidrigkeit des Eingriffs ausschliesst[1401]. Es wird auch von "negativer Voraussetzung der Rechtswidrigkeit" gesprochen. Die Regel von Artikel 52 Absatz 2 OR ist nicht Gegenstand von Diskussionen; selbst wenn sie - entsprechend ihrer Natur - eine sehr geringe praktische Anwendung findet, wird sie von niemandem in Frage gestellt. Auch die Verfasser des Vorentwurfs sind der Meinung, dass diese Regelung weiterhin ihre Daseinsberechtigung haben wird. Der Studienkommission folgend[1402], schlagen sie indessen vor, aus der Norm einen besonderen Tatbestand der Haftung für rechtmässige Schädigung zu machen, und zwar aus zwei Gründen. Erstens ist es nützlich, zwischen dem Notstand, der die schädigende Person grundsätzlich nicht befreit, und den Rechtfertigungsgründen wie der Einwilligung des Opfers oder der Notwehr, die jede Schadenersatzpflicht ausschliessen, zu unterscheiden. Zweitens ist es zweckmässig, dass das Gesetz diese besondere Haftung und die ähnliche Haftung von Artikel 59*a* VE (Ausübung des Eigentumsrechts) nacheinander regelt.

---

richt präzisiert, dass der Begriff des Notstands dennoch in einheitlicher Weise auszulegen sei (BGE 100 II 125 und die dortigen Hinweise).

1398 Landmann V., Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht, Zürich 1975, S. 102; Desax M., a.a.O. (Anm. 1383), S. 44 f.

1399 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 51 zu Art. 52 OR.

1400 Vgl. insbesondere Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 54 ff. zu Art. 52 OR; BR 1994, S. 109, Nr. 225; BGE 100 II 130 ff.

1401 Vgl. vorne 2.3.3.4.

1402 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.3, S. 45; vgl. auch 1.2.2.1.8.

Im Übrigen besteht kein Anlass, die Regel von Artikel 52 Absatz 2 OR grundlegend zu ändern. Sie befriedigt anscheinend, und ihre Flexibilität ist in Anbetracht der Vielfalt möglicher Anwendungsfälle und des weiten Ermessensspielraums der Gerichte durchaus gerechtfertigt. Um eine genaue Übereinstimmung mit der deutschen Fassung und mit Artikel 34 StGB zu gewährleisten, lautet der Randtitel der französischen Fassung nicht mehr "cas de nécessité", sondern neu "état de nécessité". Ferner ist hervorzuheben, dass die Bestimmung präzisiert, in welche Rechtsgüter Dritter bei Notstand eingegriffen werden darf, nämlich in Sachen oder andere Vermögensrechte[1403], aber nicht - *a contrario* - ins Leben oder in die geistige Unversehrtheit. Durch diese redaktionelle Präzisierung wollen die Verfasser des Vorentwurfs die Ambivalenz des geltenden Wortlauts und die damit verbundene Kontroverse beseitigen. Dabei berufen sie sich auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der der Anwendung dieser Norm zugrunde liegt, aber auch auf die bereits wiederholt ausgedrückte Idee einer Hierarchie unter den Rechtsgütern[1404]. Gewisse Güter, darunter vor allem die Persönlichkeitsrechte, verdienen dank ihrem anerkannten höheren sozialen Wert den bestmöglichen Schutz. Sie können daher nie einem Notstand geopfert werden.

3.2.3 Ausübung des Eigentumsrechts (Art. 59a VE)

Gemäss Artikel 641 Absatz 1 ZGB kann der Eigentümer einer Sache "in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen". Bei unbeweglichen Sachen legen das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone immer mehr Schranken fest, namentlich in Bestimmungen über die Raumplanung, den Umweltschutz, die Enteignung, die öffentliche Gesundheit oder die Baupolizei[1405]. Weitere Schranken sieht das Privatrecht vor, insbesondere in den nachbarrechtlichen Bestimmungen (Art. 684 ff. ZGB), die "alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen" verbieten (Art. 684 Abs. 2 ZGB).

Wer dadurch geschädigt oder mit Schaden bedroht wird, "dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet", kann nach Artikel 679 ZGB "auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen". Neben der Beseitigungs- und der Unterlassungsklage gewährt die Bestimmung dem Eigentümer, der an der Benutzung, dem Gebrauch oder der Bewirtschaftung seines Grundstücks verhindert und dadurch geschädigt wird, einen Schadenersatzanspruch gegen den Nachbarn, der sein Eigentumsrecht überschritten hat. Klageberechtigt sind der Eigentümer des Nachbargrundstücks und die Personen, die kraft eines beschränkten dinglichen Rechts oder eines obligatorischen Rechts, beispielsweise aufgrund eines Mietvertrags[1406], Besitzer des Grundstücks sind. Das Nachbargrundstück

---

[1403] Erfasst ist hier z.B. der Fall des Arbeitnehmers, der den Arbeitsplatz vorübergehend verlässt, um einem Dritten, der sich in Gefahr befindet, Hilfe zu leisten.

[1404] Vgl. vorne 2.3.2.1 (Schadensarten und -kategorien), 2.3.3.3 (Definition der Rechtswidrigkeit), 2.10.2 (Wegbedingung und Einschränkung der Haftung).

[1405] Vgl. insbesondere den Vorbehalt von Art. 702 ZGB.

[1406] BGE 83 II 379 f., 114 II 232, 119 II 415.

braucht nicht an jenes des beklagten Eigentümers anzugrenzen, sondern kann von diesem mehr oder weniger entfernt sein[1407]. Haftpflichtig ist der Eigentümer des Grundstücks, das die Immissionen verursacht; nach der Rechtsprechung haftet allerdings auch jede Person, die eine tatsächliche Gewalt über das Grundstück ausübt, wie der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts oder gar der Mieter oder Pächter[1408].

Die Haftung nach Artikel 679 ZGB setzt eine Überschreitung bei der Ausübung des Eigentumsrechts voraus, also die Verletzung einer der gesetzlichen Schranken des Eigentums, die im Bundesrecht (Art. 684 ff. ZGB) oder im (von Art. 686 und 688 ZGB vorbehaltenen) kantonalen Recht vorgesehen sein kann. Die Überschreitung muss auf ein menschliches Verhalten zurückzuführen sein, so beispielsweise auf Bauarbeiten, die einen Erdrutsch oder umweltverschmutzende Immissionen verursachen. Massgebend sind die Umstände des Einzelfalls. So ist insbesondere das Ausmass der schädlichen Einwirkungen abzuklären und zu prüfen, ob sie objektiv die Grenze dessen überschreiten, was die Nachbarn im konkreten Fall nach den örtlichen Bedingungen und den auf dem Spiel stehenden Interessen zu dulden haben[1409]. Sind die Einwirkungen übermässig, ist die Verletzung des Nachbarrechts rechtswidrig und lässt grundsätzlich eine Schadenersatzpflicht entstehen. Mit anderen Worten sanktioniert Artikel 679 ZGB das Übermass, den "Missbrauch des Eigentumsrechts"[1410], und dies unabhängig vom Verschulden der Person, die dieses Recht ausübt[1411].

Bekanntlich können grosse Bauarbeiten, welche die Errichtung, Änderung oder Erneuerung von Gebäuden bezwecken, vor allem in den Städten die Nachbarn jeder Art von Belästigungen aussetzen: Lärm- und Staubimmissionen, Erschütterungen des Bodens, Lastwagenverkehr, Durchfahrts- und Durchgangsbeschränkungen. All dies ist geeignet, das Leben der Ortsbewohner und der Passanten zu stören und den Umsatz der Geschäftsleute zu senken, wenn die Arbeiten den Zugang zu ihren Ladenräumen einschränken. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu diesem Problem hat eine Entwicklung durchgemacht.

In einem Entscheid von 1957[1412] hat das Bundesgericht die Haftung des Grundeigentümers nach Artikel 679 und 684 ZGB für den Fall bejaht, dass die Einrichtungen auf der Baustelle für die Nachbarn übermässige Einwirkungen verursachen. In einem solchen Fall sei die Ausübung des Eigentumsrechts rechtswidrig, und dies selbst dann, wenn die Einrichtungen technisch notwendig

---

1407 Vgl. z.B. BGE 109 II 304: Eigentümer von Obstgärten mit Aprikosenbäumen, die durch Fluorimmissionen aus einer Aluminiumfabrik geschädigt wurden.

1408 BGE 104 II 18 ff., 111 II 237 f.

1409 BGE 119 II 416 und die dortigen Hinweise.

1410 BGE 44 II 36.

1411 BGE 119 II 416; Werro F., Les immissions de la construction, in: Journées du droit de la construction, Freiburg 1997, I, S. 64 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 15.

1412 BGE 83 II 375, 381 ff.

und die Arbeiten unerlässlich seien. Dieser Entscheid wurde kritisiert, insbesondere bezüglich der Bejahung der Rechtswidrigkeit[1413].

Diese Kritik veranlasste das Bundesgericht im Jahre 1965, mit dem berühmten Entscheid Tanner[1414] seine Meinung zu ändern. Die neue Auffassung wurde mehrmals bestätigt[1415]. Kurz zusammengefasst, lautet sie so: Der Eigentümer eines Grundstücks muss die betroffenen Dritten entschädigen, wenn sie einen erheblichen Schaden erleiden und wenn der Bau zwar unvermeidliche Einwirkungen verursacht (andere Massnahmen wären technisch unmöglich oder unverhältnismässig teuer), diese aber übermässig sind (die nachteiligen Auswirkungen für die Nachbarn überschreiten wegen ihrer Natur, ihrer Intensität und ihrer Dauer das Ausmass, das bei der Bewirtschaftung eines Gebäudes normalerweise zu dulden ist). In einem solchen Fall ergibt sich die Haftung nicht aus der direkten Anwendung von Artikel 679 ZGB, der - wie bereits ausgeführt - eine Überschreitung des Eigentumsrechts ahndet. Man kann nämlich nicht behaupten, dass der Eigentümer, der auf seinem Grundstück notwendige und angemessene Bauarbeiten ausführe, sein Recht überschreitet. Im Gegenteil: Er handelt gesetzeskonform und wird in aller Regel eine Baubewilligung besitzen und allenfalls auch berechtigt sein, während der Bauarbeiten öffentlichen Boden zu beanspruchen. Die daraus resultierenden unvermeidbaren Einwirkungen sind daher nicht rechtswidrig und müssen von den Nachbarn geduldet werden, selbst wenn sie objektiv übermässig sind. Es ist dennoch billig, dass die Nachbarn als Gegenleistung eine Entschädigung erhalten, wenn der erlittene Schaden bedeutend ist. Das Bundesgericht präzisiert, dass in diesen Fällen Artikel 679 ZGB nicht unmittelbar, sondern auf dem Umweg über eine Lückenfüllung gemäss Artikel 1 Absatz 2 ZGB anwendbar ist.

Das Bundesgericht hebt noch hervor, dass seine Rechtsprechung mit den Bestimmungen des ZGB übereinstimmt, nach denen aus der Anerkennung besonderer Rechte - insbesondere des Rechts, in eine fremde Rechtssphäre einzugreifen (Art. 674 Abs. 3: Überbau; Art. 691: Durchleitungen; Art. 694: Wegrecht; Art. 710: Notbrunnen) - eine Schadenersatzpflicht abgeleitet wird. Bei diesen Fällen wird manchmal - analog zur "öffentlich-rechtlichen" Enteignung - von einer "privatrechtlichen Enteignung" gesprochen. Unter bestimmten Umständen, namentlich bei einem schweren, besonderen und unvoraussehbaren Schaden, können nämlich die mit dem Grundeigentum verbundenen Nachbarrechte Gegenstand eines Enteignungsverfahrens bilden und zu einer Entschädigung führen[1416]. Nach der Rechtsprechung ist es zudem notwendig, dass der Bau oder der Betrieb eines Grundstücks, das zum Verwaltungsvermögen des Staates gehört, übermässige und unvermeidbare (oder nur mit übertriebe-

---

1413 Vgl. insbesondere Liver P., in ZbJV 1959, S. 22.

1414 BGE 91 II 100.

1415 Vgl. insbesondere BGE vom 14. November 1986, SJ 1987, S. 145; BGE 114 II 230.

1416 Vgl. im Bundesrecht Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 1930 über die Enteignung, SR 711. Nicht alle Kantone kennen die öffentlich-rechtliche Enteignung von Nachbarrechten.

nen Kosten zu vermeidende) Immissionen verursacht und dem Bauherrn für die betreffenden Bauarbeiten ein Enteignungsrecht zusteht[1417].

Mit dem Entscheid Tanner wird eine neue Kausalhaftung des Grundeigentümers eingeführt. Sie unterscheidet sich insofern von derjenigen nach Artikel 679 ZGB, als die Entschädigungspflicht, obwohl sie an strenge Bedingungen - namentlich an das Vorliegen eines bedeutenden Schadens - geknüpft ist, keine rechtswidrige Ausübung des Eigentumsrechts voraussetzt. Zudem kann der geschädigte Nachbar weder die Beseitigung noch die Unterlassung der störenden Einwirkung verlangen, und zwar selbst dann nicht, wenn sich die von den Arbeiten verursachten Immissionen bei objektiver Betrachtung als übermässig erweisen. Vorzubehalten sind in diesem Zusammenhang die Einwirkungen, welche die Persönlichkeit, insbesondere die Gesundheit des Nachbarn verletzen: Sie sind grundsätzlich rechtswidrig und brauchen nicht geduldet zu werden. Auffallend ist, dass alle Klagen, die zur erwähnten Rechtsprechung führten, den Ersatz reines Vermögensschadens, namentlich des Einkommensausfalls aus geschäftlicher Tätigkeit betrafen.

Trotz einiger Vorbehalte und kritischer Stellungnahmen zu ihrer Begründung fand diese Rechtsprechung grundsätzliche Zustimmung in der Lehre[1418]. Es wird anerkannt, dass sie einen Interessenkonflikt löst, den die Regelung von Artikel 679 und 684 ZGB nicht zu lösen vermag. Bei dieser Regelung ist der Gesetzgeber nämlich davon ausgegangen, dass grosse Bauarbeiten auf einer Liegenschaft den Nachbarn zwei Arten von nachteiligen Einwirkungen verursachen können: Entweder sind die Immissionen übermässig und vermeidbar, und dann kann der Richter sie verbieten oder den Eigentümer zur Leistung von Schadenersatz verurteilen, oder sie sind nicht übermässig, und dann müssen sie vom Nachbarn ohne Gegenleistung geduldet werden. Die dritte Kategorie von Immissionen, diejenige der gerechtfertigten und angemessenen Bauarbeiten, die übermässige und unvermeidbare Einwirkungen verursachen, wurde vom Gesetzgeber *a priori* nicht in die Regelung von Artikel 679 und 684 ZGB einbezogen. Diese Bestimmungen erfassen somit nicht die besondere Situation einer Person, die gezwungen ist, ihr Eigentumsrecht vorübergehend zu missbrauchen, um es ausüben zu können[1419]. Es handelt sich hier um eine unechte Lücke, weil das Gesetz nicht befriedigt und bloss scheinbar eine Lösung liefert[1420]. Bei der Lückenfüllung muss das Gericht die entgegengesetzten Interessen von Grundeigentümer und Nachbarn nach Recht und Billigkeit berücksichtigen. Das Bundesgericht tut dies, indem es dem Eigentümer das Recht gewährt, die Bauarbeiten zu vollenden, dem Nachbarn aber einen Anspruch auf

---

1417 BGE II 286 ff., 113 Ib 37, 114 II 236, 119 II 414 f. Vgl. auch Ender T., a.a.O. (Anm. 1383), S. 251 ff.; Zufferey J.B., Les immissions de la construction, in: Journées du droit de la construction, Freiburg 1997, I, S. 90 ff.

1418 So Liver P., in ZbJV 1967, S. 1 ff.; Meier-Hayoz A., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV.1.2, Grundeigentum II (Art. 680-701 ZGB), 3. Aufl., Bern 1978, N 222 ff. zu Art. 684 ZGB; Tercier P., La protection contre les nuisances liées à des travaux de construction, BR 1987, S. 82 f.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 205; Desax M., a.a.O. (Anm. 1383), S. 168 ff., der die mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung übereinstimmenden ausländischen Lösungen, namentlich die deutsche und die französische, erwähnt.

1419 Werro F., a.a.O. (Anm. 1411), S. 69; vgl. auch Desax M., a.a.O. (Anm. 1383), S. 168 f.

1420 BGE 114 II 237; Meier-Hayoz A., a.a.O. (Anm. 1418), N 222 ff. zu Art. 684 ZGB; Ender T., a.a.O. (Anm. 1383), S. 119 ff.

angemessene Entschädigung zuerkennt. In diesem Sinne ist die Entschädigung eine angemessene Kompensation für das Privileg des Eigentümers, in die Rechtssphäre Dritter einzugreifen.

Zur Rechtfertigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann noch hinzugefügt werden, dass sie im Einklang mit den zivilrechtlichen Bestimmungen über den Notstand und die Fälle privater Enteignung und mit den Bestimmungen von Bund und Kantonen über die Enteignung von Nachbarrechten im öffentlichen Interesse steht. Kurz gesagt: Die bundesgerichtliche Lösung entspricht einer praktischen Notwendigkeit, gibt eine billige Antwort auf den bestehenden Interessenkonflikt und fügt sich harmonisch ins System des schweizerischen Rechts ein. Aus diesen Gründen - und der Studienkommission[1421] folgend - schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, diese Rechtsprechung gesetzlich zu verankern. Dieser Vorschlag rechtfertigt sich aufgrund der Besonderheit des Tatbestandes und des Bestrebens, die Rechtssicherheit möglichst zu garantieren. Zunächst ist festzustellen, dass die Regelung eine besondere Kausalhaftung des Grundeigentümers vorsieht, die insofern Ausnahmecharakter aufweist, als sie an eine rechtmässige Handlung anknüpft. Ferner ist zu bemerken, dass heute in der Lehre bezüglich der Grundlage und der Rechtfertigung der Regelung bei weitem keine Einheit herrscht. Es drängt sich daher auf, die Gelegenheit dieser Revision auszunützen und diese Regelung im revidierten Obligationenrecht zu verankern.

Formell ist Artikel 59*a* VE eine neue Bestimmung; materiell übernimmt er aber die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die zum ersten Mal im Entscheid Tanner festgelegt und seither bestätigt und präzisiert wurde[1422]. Daher kann auf die Erwägungen der diesbezüglichen Entscheidungen des Bundesgerichts und auf die reiche Lehre dazu verwiesen werden[1423].

Artikel 59*a* VE legt eine besondere Haftung aus rechtmässiger Ausübung des Grundeigentums fest. Er findet keine Anwendung, wenn die übermässigen Einwirkungen auf die Nachbarn darauf zurückzuführen sind, dass der Grundeigentümer ein Gebot oder ein Verbot der Rechtsordnung verletzt hat. Dies trifft dann zu, wenn die Einwirkungen dauernd sind oder wenn sie ohne unverhältnismässige Nachteile oder Kosten vermieden werden könnten. Dies würde auch dann zutreffen, wenn die Einwirkungen (z.B. toxische Immissionen) die Persönlichkeit des Nachbarn, namentlich seine körperliche oder geistige Unversehrtheit verletzen. In diesen Fällen ist die Schädigung rechtswidrig und das Opfer braucht sie nicht zu dulden, sondern kann auf Beseitigung der Einwirkung und auf Ersatz des materiellen Schadens, unter Umständen auch auf Genugtuung klagen (Art. 28 ff., 679 und 684 ZGB)[1424], so dass es grundsätzlich Anspruch auf volle Entschädigung hat[1425]. Ergeben sich die schädlichen Einwir-

---

1421 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/2.2.1.3, S. 45.

1422 Vgl. vorne Anm. 1414 und 1415.

1423 Vgl. namentlich die Hinweise auf die Lehre in der Dissertation von Ender (a.a.O., Anm. 1383) und die Beiträge in Journées du droit de la construction/Baurechtstagung, I, Freiburg 1997, S. 61 der französischen und S. 55 der deutschen Ausgabe.

1424 Vgl. Ender T., a.a.O. (Anm. 1383), S. 164 ff.; Steinauer P.H., Les droits réels, 2. Aufl., Bern 1994, II, Nr. 1898; Werro F., a.a.O. (Anm. 1411), S. 65.

1425 Tercier P., a.a.O. (Anm. 1418), S. 84.

kungen aus einer für die Umwelt besonders gefährlichen Tätigkeit, kann auch die Spezialbestimmung des Umweltschutzgesetzes zur Anwendung kommen[1426].

Die Anwendung von Artikel 59*a* VE setzt das Vorliegen übermässiger und vermeidbarer Einwirkungen voraus, die den Nachbarn einen erheblichen Schaden verursachen. Wie im geltenden Recht sollen die Einwirkungen als unvermeidbar gelten, wenn andere Bewirtschaftungsmassnahmen - insbesondere bauliche Massnahmen - technisch unmöglich oder wirtschaftlich unverhältnismässig sind. Die Einwirkungen sind übermässig, wenn sie wegen ihrer Natur, ihrer Intensität und ihrer Dauer bei weitem das überschreiten, was normalerweise bei der Ausübung des Grundeigentums einem Nachbarn zugebilligt werden kann. Es kann sich um positive (z.B. Schwingungen und Lärm- oder Staubimmissionen) oder um negative Einwirkungen handeln, die sich allein aus dem Bestehen eines Werkes ergeben (z.B. Sonnenentzug oder Beeinträchtigung des Zugangs zu einem benachbarten Laden)[1427]. Beim Entscheid, ob Immissionen "übermässig" sind, müssen alle Umstände berücksichtigt werden. Die Verletzung öffentlich-rechtlicher Bestimmungen zum Schutz der Umwelt, namentlich von Maximalwerten für Immissionen, wird für den Zivilrichter ein nützliches Indiz sein[1428]. Auch sollen die beteiligten Interessen abgewogen werden, also das Interesse des Nachbarn, keine übermässigen Nachteile zu erleiden (man denke an eine Klinik, die Patienten mit Ruhebedarf aufnimmt), und dasjenige des Eigentümers, Arbeiten durchzuführen (z.B. um das Gebäude zu unterhalten oder es zu modernisieren). Es wird heute allgemein anerkannt, dass die Duldungsschwelle höher sein soll, wenn der Bau oder der Umbau eines Gebäudes einem öffentlichen Interesse entspricht[1429].

Artikel 59*a* VE bestimmt den Grundeigentümer als Subjekt der Haftung. Wie im geltenden Recht ist dennoch davon auszugehen, dass jede Person, die eine tatsächliche Herrschaft über das betreffende Grundstück ausübt (z.B. der Bauberechtigte oder der Mieter), in Anwendung dieser Bestimmung belangt werden kann[1430]. Es kann sich dabei auch um das Gemeinwesen handeln. Dies trifft immer zu, wenn das Gebäude zum Finanzvermögen des Staates gehört, kann aber auch dann zutreffen, wenn das Gebäude zum Verwaltungsvermögen des Staates gehört. Eine Ausnahme bildet im letzteren Fall die Errichtung von Bauarbeiten, für welche dem Bauherrn ein Enteignungsrecht zusteht, weil dann die Gesetzgebung des Bundes oder der Kantone über die Enteignung von Nachbarrechten zur Anwendung kommt[1431].

Nach dem Wortlaut von Artikel 59*a* VE ist der Nachbar klageberechtigt. Auch dieser Begriff ist aber im Lichte des geltenden Rechts auszulegen[1432]. So wird

---

1426 Zufferey J.B., a.a.O. (Anm. 1417), S. 96, der auf den geltenden Art. 59a USG Bezug nimmt. Vgl. hinten 4.2.45 für die Änderungsvorschläge betreffend dieses Gesetz.

1427 Werro F., a.a.O. (Anm. 1411), S. 102; BGE 114 II 236.

1428 Zufferey J.B., a.a.O. (Anm. 1417), S. 81 ff., insbesondere S. 92 und 95.

1429 Werro F., a.a.O. (Anm. 1411), S. 67; BGE vom 14. November 1986, SJ 1987, S. 153.

1430 Vgl. vorne die Hinweise zu Anm. 1408.

1431 BGE 113 Ib 37, 119 II 414 f.; Zufferey J.B., a.a.O. (Anm. 1417), S. 98; Ender T., a.a.O. (Anm. 1383), S. 247.

1432 Vgl. vorne die Hinweise zu Anm. 1406 und 1407.

er jede Person erfassen, die über das Nachbargrundstück (kraft eines beschränkten dinglichen oder eines obligatorischen Rechts) ein Besitzesrecht ausübt. Dieses Kriterium soll die Personen ausschliessen, die zwar Opfer übermässiger Einwirkungen sind, deren Beziehung zum Grundstück aber bloss zufällig oder momentan ist[1433]. Nicht verlangt wird hingegen, dass die beiden Grundstücke aneinandergrenzen. Letztlich wird der Kreis der Opfer nach dem Kriterium der Kausalität bestimmt.

Sind die Voraussetzungen der Anwendung erfüllt, ermächtigt Artikel 59*a* VE den Richter, die Höhe der vom belangten Grundeigentümer geschuldeten Entschädigung nach Recht und Billigkeit zu bestimmen. Das Gericht wird somit über einen Ermessensspielraum nach Artikel 4 ZGB verfügen, was ihm ermöglicht, sowohl über den Grundsatz der Entschädigung wie auch über ihre Höhe zu entscheiden.

In jedem Fall wird das Gericht allen Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen, so insbesondere den beteiligten Interessen (unter Berücksichtigung des Ortsgebrauchs sowie der örtlichen Lage und der Natur der Gebäude), dem Ausmass der Einwirkungen (insbesondere ihrer Intensität und ihrer Dauer) und dem Verhalten der Parteien (insbesondere der Art der Ausführung der Arbeiten des Grundeigentümers und der Massnahmen des Nachbarn zur Schadensminderung). Das Gericht wird auch den Vorteil berücksichtigen, der dem Nachbarn aus der Baute mit Sicherheit erwachsen wird, wie dies bei einem Handwerker der Fall sein könnte, der vom Bau eines grossen Einkaufszentrums in der Nähe profitieren wird[1434].

Im weiteren kann das Gericht in Bagatellfällen auf eine Entschädigung verzichten, weil der Schaden bedeutend sein muss[1435]. Zudem muss der Nachbar die Folgen jenes Teils der Einwirkungen tragen, die er zu dulden hat[1436]. Dies bedeutet, dass es nie zu einer vollen Entschädigung des Nachbarn kommen wird.

3.3 Haftung für Tiere (Art. 60 und 60a VE)

3.3.1 Die geltende Regelung

Nach Artikel 56 Absatz 1 OR haftet die Person, die ein Tier hält, für den Schaden, den dieses verursacht hat, wenn sie nicht nachweist, dass sie in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Tieres alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewandt hat oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Die Bestimmung enthält eine mit ausländischen Lösungen[1437] vergleichbare Spezialregelung. Sie ist ähnlich aufgebaut wie Artikel 55 OR[1438]. Ursprünglich als Verschuldenshaftung mit Umkehr der Beweislast

---

1433 BGE 104 II 18.

1434 Vgl. BGE vom 14. November 1986, SJ 1987, S. 153.

1435 Vgl. darüber Schmid J., Bauimmissionen - ein Problem des öffentlichen und des privaten Rechts, in Baurechtstagung, Freiburg 1997, I, S. 83.

1436 Tercier P., a.a.O. (Anm. 1418) S. 84; BGE 91 II 107.

1437 Vgl. beispielsweise Art. 1385 CCF, Art. 2052 CCI, § 834 f. BGB, § 1320 ABGB.

1438 Vgl. vorne 2.4.3.

bezüglich des Verschuldens verstanden, wird die Regelung heute als einfache (gewöhnliche, milde) Kausalhaftung betrachtet, die mit der Vermutung der Verletzung einer besonderen Sorgfaltspflicht begründet wird[1439]. Auf diesem Gebiet ist eine strenge Haftung aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt: Das Tier ist nämlich rechtlich gesehen eine "Sache", aber eine lebende Sache, die wegen ihres Instinkts in unvoraussehbarer und gefährlicher Weise Dritte schädigen kann. Es erscheint daher als richtig, dass die Person, die das Tier im eigenen Interesse hält, die Folgen seines schädigenden Verhaltens trägt[1440].

Haftungssubjekt ist der Tierhalter, also die Person, welche die tatsächliche Herrschaft über das Tier ausübt und in der Lage ist, dem Tier die notwendige Aufmerksamkeit zu schenken[1441]. Der Begriff "Tierhaltung" ist materiell und braucht nicht unbedingt mit dem Eigentum oder dem Besitz zu übereinstimmen[1442]. Er setzt selbstverständlich voraus, dass das betreffende Tier gehalten werden kann, also dass es sich um ein Haustier oder mindestens um ein gezähmtes Tier handelt (was bei wilden Tieren, nicht aber beim frei lebenden Wild zutreffen kann)[1443].

Wie bereits dargelegt, wird die Haftung nach Artikel 56 Absatz 1 OR mit der vermuteten Verletzung einer besonderen Sorgfaltspflicht begründet. Mit anderen Worten haftet der Tierhalter von vorneherein für jeden vom Tier angerichteten Schaden, selbst wenn kein subjektiver Vorwurf ihn trifft. Er kann dennoch die Haftungsvermutung umstossen. Zu diesem Zweck wird er nachweisen, dass das Tier mit der von den Umständen gebotenen Sorgfalt verwahrt und beaufsichtigt wurde - zu berücksichtigen sind insbesondere Art, Charakter, Vorleben, Funktion und Verwendung des Tieres wie auch die örtlichen und zeitlichen Bedingungen, die zum Eintritt der Schädigung führten[1444]. Die Analyse der diesbezüglichen Rechtsprechung zeigt, dass die Gerichte seit langer Zeit für den Entlastungsbeweis strikte Voraussetzungen festgelegt haben und dabei die erforderliche Sorgfalt immer mehr nach objektiven Kriterien umschreiben[1445].

Analog zu Artikel 55 Absatz 1 OR gewährt Artikel 56 Absatz 1 OR dem belangten Tierhalter einen anderen Entlastungsbeweis. Er ermöglicht ihm nämlich nachzuweisen, dass seine Sorgfalt den Eintritt des Schadens nicht hätte ver-

---

1439 Vgl. vorne 1.1.1.2, 1.1.2.3, 1.2.2.1.3, 2.4.4.1 und 3.1.1.

1440 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 4 und 31 zu Art. 56 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 24; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 114 f.; BGE 102 II 235.

1441 BGE 110 II 138.

1442 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 und 14 zu Art. 56 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21 N 23 und 24; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 116 f.; BGE 104 II 25, 110 II 138, 115 II 245.

1443 Zu dem vom Wild oder infolge Jagdausübung verursachten Schaden vgl. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 14 und 69; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 zu Art. 56 OR.

1444 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 56 ff. zu Art. 56 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 118 f.

1445 Vgl. insbesondere BGE 67 II 28 f., 85 II 245 f., 102 II 235, 110 II 139. Vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 52 zu Art. 56 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 86. Vgl. auch vorne 1.1.1.2, 1.1.2.3, 1.2.2.1.3.

hindern können. Wie dies bereits bezüglich der Haftung für Hilfspersonen betont wurde[1446], betrifft diese zweite Ausnahme die Frage nach dem rechtlichen Ursachenzusammenhang. Genauer betrachtet zeigt sie, dass die Anwendung der Haftungsbestimmung das Vorliegen eines doppelten Ursachenzusammenhangs voraussetzt, nämlich zwischen dem Verhalten des Tiers und dem Schaden einerseits (dieser Zusammenhang muss vom Opfer bewiesen werden) und zwischen der Verletzung der Sorgfaltspflicht und dem Schaden anderseits (dieser Zusammenhang wird vermutet). Daraus folgt, dass der Mangel an Sorgfalt rechtlich irrelevant ist, wenn der Schaden auf jeden Fall eingetreten wäre, etwa wenn er objektiv unvoraussehbar war oder massgebend von einer externen Ursache verursacht wurde. Dies trifft auch dann zu, wenn das Tier, das bis anhin dank seiner Fügsamkeit und Freundlichkeit bekannt war, plötzlich von sich aus aggressiv wird. Nach der herrschenden Lehre ist die zweite Entlastungsmöglichkeit überflüssig, weil sie einerseits die Notwendigkeit eines Ursachenzusammenhangs zwischen Verletzung der Sorgfaltspflicht und Schaden in unnötiger Weise bestätigt und weil sie anderseits in den meisten Fällen in den Sorgfaltsbeweis des belangten Tierhalters aufgeht[1447].

Die Haftungsnorm von Artikel 56 Absatz 1 OR wird durch zwei andere Regeln ergänzt. Die erste ist in Artikel 56 Absatz 2 OR verankert und behält den Rückgriff des Tierhalters für den Fall vor, dass das Tier durch einen Dritten oder durch das Tier eines Dritten gereizt wurde. Die zweite ist in Artikel 57 OR zu finden und gewährt namentlich dem Besitzer eines Grundstücks zur Sicherung seiner Ersatzforderung ein Retentionsrecht über das Tier, das auf dem Grundstück einen Schaden angerichtet hat (Abs. 1); sie verpflichtet auch den geschädigten Besitzer, ohne Verzug die zur Information des Tierhalters notwendigen Massnahmen zu treffen (Abs. 2)

3.3.2 Die Revisionsvorschläge

3.3.2.1 Einleitung

Wie bereits erwähnt[1448], schlagen die Verfasser des Vorentwurfs - nicht ohne Zögern - vor, die Tatbestände, die nach geltendem Recht eine milde Kausalhaftung begründen, als Sonderbestimmungen beizubehalten. Dieser Vorschlag erfolgt aus verschiedenen Gründen. Zum einen zeichnen sich diese Haftungsfälle durch ihre eine Besonderheit aus; sie sind in der schweizerischen Rechtstradition verankert, was sie legitimiert[1449]. Zum zweiten bereitet ihre Anwendung in der Regel keine grossen Schwierigkeiten. Diese Feststellung gilt auch für die Haftung des Tierhalters.

Die Regelung der Artikel 56 und 57 OR kann allerdings nicht ohne Änderung übernommen werden. Vielmehr soll diese Revision der Entwicklung des Haftpflichtrechts wie auch den allgemeinen Grundsätzen von Artikel 41 ff. Rech-

---

[1446] Vgl. vorne 2.4.3.3.

[1447] Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 85 ff. zu Art. 56 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 20, N 153 und § 21, N 97; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 106 f. und 119.

[1448] Vgl. vorne 3.1.1.

[1449] Vgl. vorne 1.2.2.3.1.

nung tragen. Zu diesem Zweck schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, dass die Haftung des Tierhalters eine wirkliche Gefährdungshaftung wird, was insbesondere den Verzicht auf die heute in Artikel 56 Absatz 1 in fine OR vorgesehenen Entlastungsmöglichkeiten bewirkt. Ferner soll die Rückgriffsregelung von Artikel 56 Absatz 2 OR aufgehoben und Artikel 57 OR, der ein Retentionsrecht über das Tier gewährt, redaktionell leicht revidiert werden.

3.3.2.2 Grundsatz (Art. 60 VE)

In Lehre und Rechtsprechung ist die Meinung verbreitet, dass das Tier als solches eine Gefahr für seine Umgebung darstellt: Sein Instinkt kann es nämlich dazu führen, Dritten in unvoraussehbarer und nicht steuerbarer Weise Schäden anzurichten[1450]. Die Verfasser des Vorentwurfs teilen diese Meinung und sind der Auffassung, dass daraus haftpflichtrechtliche Folgen zu ziehen sind. Sie betonen, dass das Halten eines Tieres im Allgemeinen eine Tätigkeit (im weiteren Sinne) darstellt, die eine nicht zu vernachlässigende Gefährdung Dritter bedeutet. Einen überzeugenden Beweis dafür bietet die Rechtsprechung zu Artikel 56 OR[1451]. Diese Gefährdung gehört zum Wesen des Tierhaltens, kann sich also selbst dann verwirklichen, wenn das Tier aufgrund seiner Art oder seines Charakters harmlos oder gezähmt ist und selbst wenn geeignete Beaufsichtigungsmassnahmen getroffen wurden. Es entspricht deshalb dem Grundsatz der Billigkeit, dass die Person, die ein Tier in ihrem - auch bloss affektiven - Interesse hält, die Folgen der allfälligen Schädigungen trägt, die das Tier verursacht, und dass sie sich nicht durch den Nachweis ihrer Sorgfalt befreien kann. Eine strikte Kausalhaftung ist hier als Kompensation des Privilegs gerechtfertigt, eine besonders gefährliche Tätigkeit auszuüben, die von der Rechtsordnung zugelassen und manchmal bei wilden Tieren sogar behördlich bewilligt wird[1452]. In diesem Sinne ist die *ratio legis* ähnlich derjenigen der neuen Bestimmung über die Gefährdungshaftung (Art. 50 VE)[1453]. Sie ist auch mit derjenigen vergleichbar, die den Schweizer Gesetzgeber seit mehr als einem Jahrhundert zur Regelung zahlreicher Tatbestände scharfer Kausalhaftungen einführte, selbst wenn in diesen Fällen die Gefährdung anderer Natur ist als diejenige des Haltens eines Tieres. Diesbezüglich ist zu bemerken, dass das französische Recht seit längerer Zeit eine scharfe Kausalhaftung des Tierhalters kennt (Art. 1385 CCF)[1454].

Die Einführung einer Gefährdungshaftung des Tierhalters im schweizerischen Recht wird mehrere Folgen haben. Zum einen wird der belangte Tierhalter -

---

1450 Vgl. insbesondere Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 4 zu Art. 56 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 9; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 541; BGE 67 II 28, 102 II 235, 104 II 25.

1451 Vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 60 ff. zu Art. 56 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 96.

1452 Vgl. Art. 6 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz, SR 451; Art. 38 ff. der Vollzugsverordnung, SR 451.1.

1453 Vgl. vorne 1.2.2.1.3; 2.4.4.3.

1454 Le Tourneau Ph./Cadiet L., Droit de la responsabilité civile, Paris 1996, N 3750; Mazeaud H., L. und J./Tunc A., Traité théorique und pratique de la responsabilité civile, 6, Aufl., II, Paris 1970, N 1302 ff.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 25, N 5.

logischerweise - dem Opfer nicht mehr die in Artikel 56 Absatz 1 in fine OR vorgesehenen Entlastungsgründe entgegenhalten können[1455]. Wie heute schon wird er sich indessen auf Entlastungsgründe berufen können, die den Ursachenzusammenhang betreffen, was in Artikel 47*a* VE ausdrücklich vorgesehen ist. Zum zweiten ist nach Artikel 60 VE nur der Schaden zu ersetzen, der "durch Tötung einer Person, durch Einwirkungen auf deren körperliche oder geistige Unversehrtheit, auf Sachen oder die Umwelt" angerichtet wird. In diesem Sinne übernimmt die Bestimmung den allgemeinen Grundsatz von Artikel 45 Absatz 3 VE. Die Beschränkung der Schadenersatzpflicht auf gewisse Schadenskategorien ist durch den Begriff der Gefährdungshaftung selbst gerechtfertigt. Diese Haftungsart kommt nämlich bei Tätigkeiten zum Tragen, die nicht so sehr für rein wirtschaftliche Interessen Dritter, sondern vielmehr für Menschen und Sachen - die Umwelt inbegriffen - besonders gefährlich sind, also für Güter, die als höherwertig betrachtet werden[1456]. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass sich das Opfer eines von einem Tier verursachten reinen Vermögensschadens eine Haftung des Tierhalters aus Verschulden (Art. 48 VE) geltend machen und sich auf andere Haftungsbestimmungen berufen kann, wenn die diesbezüglichen Anwendungsbedingungen erfüllt sind[1457].

Schliesslich ist zu bemerken, dass die allgemeinen Grundsätze auf dem Gebiet der Kausalhaftungen, insbesondere jene von Artikel 51 und 51*a* VE, selbstverständlich auf die revidierte Bestimmung anwendbar sind[1458]. Im Übrigen wird sich das Gericht an die Lösungen anlehnen können, welche die Rechtsprechung zu Artikel 56 OR entwickelt hat. Es sei daran erinnert, dass diese Haftung - wie es der Randtitel zu Artikel 60 VE ausdrückt - im Verhalten eines Tieres begründet ist. Das Tier muss somit aus eigenem Antrieb, dem eigenen Instinkt gehorchend, gehandelt haben, und es spielt keine Rolle, ob es zu einem direkten Kontakt mit der geschädigten Person gekommen ist[1459]. Diese Voraussetzung ist beispielsweise nicht erfüllt, wenn das Tier gereizt wurde, eine Person oder ein anderes Tier anzugreifen[1460]. Subjekt der Haftung ist wie heute schon die - natürliche oder juristische - Person, die das Tier hält, also die Gewalt darüber ausübt und geeignete Massnahmen zur Vermeidung des Risikos treffen kann, welches das Tier darstellt, und so das Risiko des Eintritts eines Schadens minimieren kann[1461]. Diese Person kann Eigentümerin wie auch Mieterin oder Pächterin, Aufbewahrerin oder Nutzniesserin des Tieres sein. In den letzten vier Fällen muss die Person, der die Gewalt über das Tier zusteht, auch einen - selbst bloss affektiven - Gewinn daraus ziehen. Unter diesem Gesichtspunkt bedauern die Verfasser des Vorentwurfs mit einem Teil der Leh-

---

1455 Vgl. vorne 3.3.1.

1456 Vgl. vorne 2.3.2.1. Vgl. auch § 833 BGB.

1457 Vgl. vorne 2.3.2.1. Vgl. auch Art. 53 VE, vorne 2.6.2.

1458 Vgl. vorne 1.3.5.3, 2.4.5.1, 2.4.5.2 und 3.1.3.

1459 Vgl. BGE 102 II 232.

1460 Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 117.

1461 Vgl. vorne die Ausführungen betreffend den Begriff des Haftungssubiekts nach der Generalklausel von Art. 50 VE (2.4.4.5) und den Begriff des Tierhalters nach geltendem Recht (3.3.1 und die Hinweise in Anm. 1442).

re[1462], dass das Bundesgericht in manchen Fällen die Person als Inhaberin des Tieres betrachtet hat, die es bloss momentan überwachte[1463]. Sie sind der Meinung, dass das neue Haftungskonzept das Kriterium des Interesses im Vergleich zu jenem der Gewalt aufwerten soll. Diese Bemerkung schliesst selbstredend nicht aus, dass unter gewissen Umständen das Tier alternativ oder kumulativ von mehreren Personen gehalten wird[1464]. Dies könnte beispielsweise zutreffen, wenn ein Reitpferd von seinem Eigentümer und von einem dauernden Mieter beritten wird.

Im geltenden Recht gewährt Artikel 56 Absatz 2 OR dem belangten Tierhalter ein Rückgriffsrecht, wenn das Tier von einem Dritten oder vom Tier eines Dritten gereizt wurde. Diese Regel schliesst andere Regresse, beispielsweise gegen den Mithalter des Tieres oder gegen die schuldhaft handelnde Hilfsperson, der das Tier zur Überwachung anvertraut worden ist, nicht aus. All diese Möglichkeiten fallen unter die allgemeinen Bestimmungen über die Haftungskonkurrenz[1465]. Die Regressregel von Artikel 56 Absatz 2 OR erweist sich somit als überflüssig und ist - wie Artikel 55 Absatz 2 OR[1466] - aufzuheben.

3.3.2.3 Retentionsrecht (Art. 60a VE)

Im geltenden Recht wird Artikel 56 OR durch Artikel 57 OR ergänzt, der den Fall eines fremden Tieres erfasst, das auf einem Grundstück Schaden anrichtet. Der Besitzer des Grundstücks - oder eine seiner Hilfspersonen[1467] - ist berechtigt, das Tier einzufangen und es zur Sicherung seiner Ersatzforderung in seinem Gewahrsam zu halten; er kann es sogar töten, wenn die Umstände es rechtfertigen (Art. 57 Abs. 1 OR). Diese Rechte bilden eine Einheit, und ihre Ausübung hat nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu erfolgen. Sie stehen dem Besitzer des Grundstückes zu, also der Person, die "die tatsächliche Gewalt" über das Grundstück im Sinne von Artikel 919 Absatz 1 ZGB hat. Es kann sich dabei um den Eigentümer, aber beispielsweise auch um den Mieter oder den Pächter handeln. Der Tatbestand von Artikel 57 Absatz 1 OR wird als Sonderfall des Rechts zur persönlichen Abwehr von Angriffen betrachtet, der dem geschädigten Besitzer ein gesetzliches Retentionsrecht gewährt[1468]. Dieses Recht erlaubt dem Besitzer, seine Ersatzforderung sicherzustellen. Seine Ausübung setzt voraus, dass das Tier - das nach dem Geset-

---

[1462] Vgl. insbesondere Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 15 zu Art. 56 OR; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 164; Fellmann W., Der Tierhalter - Begriff oder Typus. Einige Gedanken zur Auslegung des Art. 56 OR, SJZ 1987, S. 340 ff.

[1463] Vgl. BGE 104 II 25 ff.

[1464] Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 542 f.; Fellmann W., a.a.O. (Anm. 1462), S. 340 ff.

[1465] In diesem Sinn Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 90 f. zu Art. 56 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 115; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 544; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 98 f.

[1466] Vgl. vorne 2.4.3.5.

[1467] BGE 77 IV 196.

[1468] Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 zu Art. 57 OR; Landmann V., a.a.O. (Anm. 1398), S. 135; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 75 und 114; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 17.

zeswortlaut Eigentum eines Dritten sein muss[1469] - einen Schaden auf dem Grundstück angerichtet hat; in diesem Sinne gibt Artikel 57 Absatz 1 OR keine direkte Möglichkeit vorbeugender Massnahmen[1470].

Artikel 57 Absatz 2 OR verpflichtet den Besitzer, den Eigentümer des Tieres ohne Verzug zu benachrichtigen und, wenn ihm dieser nicht bekannt ist, das Nötige vorzukehren, um ihn zu ermitteln. Die Unterlassung der Mitteilung kann unter Umständen eine Schadenersatzpflicht begründen[1471].

Die Regelung von Artikel 57 OR erfasst einen Sonderfall, der in der Praxis zu keinen Streitigkeiten führt. Die Lehre empfiehlt übrigens eine restriktive Anwendung der Norm[1472]. So haben sich die Verfasser des Vorentwurfs gefragt, ob die Sonderregelung bei der Revision übernommen werden soll, und namentlich, ob ihr Anwendungsbereich nicht durch andere Bestimmungen abgedeckt ist. Sie bemerken, dass dem Besitzer einer Sache, die von einem fremden Tier bedroht ist, die Rechtsmittel des Besitzesschutzes (Art. 926 ff. ZGB) zustehen. Das in Artikel 926 ZGB vorgesehene Recht auf Abwehr von Angriffen gibt ihm insbesondere die Möglichkeit, ein eingedrungenes Tier zu vertreiben, unabhängig davon, ob dieses einen Schaden verursacht hat oder nicht[1473]. Ist er gezwungen, das Tier zu verletzen oder zu töten, um sich oder einen Dritten vor einer unmittelbar drohenden Gefahr zu schützen, so liegt ein Notstandsfall vor[1474]; Artikel 59 VE macht daraus einen besonderen Tatbestand der Haftung für rechtmässige Einwirkung[1475]. Die Pflicht, den Eigentümer des Tieres zu benachrichtigen, ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben; unter Umständen kann es sich um den Fund einer verlorenen Sache handeln, für den die Information des Eigentümers (Art. 720 Abs. 1 ZGB), die Aufbewahrung in angemessener Weise (Art. 721 Abs. 1 ZGB) und der Ersatz aller Auslagen (Art. 722 Abs. 2 ZGB) vorgeschrieben sind. In einem solchen Fall dürfte wohl der Anwendung der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) nichts entgegenstehen[1476].

Das Retentionsrecht am Tier als Garantie der Entschädigung, die dem Besitzer des Grundstücks geschuldet sein könnte, fällt hingegen unter keine andere Bestimmung als Artikel 57 Absatz 1 OR. Artikel 895 ZGB ist nicht anwendbar, weil er voraussetzt, dass sich die Sache mit Zustimmung des Schuldners im Besitz des Gläubigers befindet, der das Retentionsrecht ausübt. Auch Artikel 700 ZGB gewährt dem Besitzer eines Grundstücks ein Retentionsrecht am weggelaufenen Tier eines Dritten, aber dieses Recht stellt nur den Ersatz des Schadens

---

1469 Vgl. Art. 57 Abs. 2 OR; die vom Wild verursachten Schäden gehören nicht zum Anwendungsbereich der Bestimmung.

1470 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 17; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 498; BGE 78 IV 83.

1471 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 18 zu Art. 57 OR; Landmann V., a.a.O. (Anm. 1398), S. 136.

1472 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 10 zu Art. 57 OR.

1473 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 21, N 17; Steinauer P.H., Les droits réels, I, 2. Aufl., Bern 1990, N 313 ff.

1474 Landmann V., a.a.O. (Anm. 1398), S. 35; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 498.

1475 Vgl. vorne 3.2.2.

1476 Landmann V., a.a.O. (Anm. 1398), S. 135 f.

sicher, der durch die Aufsuchung und Wegschaffung des Tieres entstanden ist, und schliesst somit den Ersatz des vom Tier unmittelbar verursachten Schadens aus[1477].

Diese Feststellung veranlasst die Verfasser des Vorentwurfs, die Beibehaltung von Artikel 57 OR vorzuschlagen, obwohl seine praktische Bedeutung gering ist und obwohl sein Anwendungsbereich sich zum Teil mit demjenigen anderer Bestimmungen deckt. Es ist hervorzuheben, dass dieses gesetzliche Retentionsrecht des Besitzers eines Grundstücks in mehrfacher Hinsicht gerechtfertigt ist. Es gibt ihm eine Garantie für seinen Entschädigungsanspruch, will aber auch verhindern, dass weggelaufene Tiere grössere Schäden anrichten[1478]. Die Ausübung des Retentionsrechts bietet zudem dem geschädigten Besitzer ein Mittel zur Sicherstellung der Beweise, was besonders nützlich sein kann, denn weggelaufene Tiere neigen definitionsgemäss zum Weglaufen.

Man könnte sich schliesslich überlegen, ob sich die Regel von Artikel 57 OR nicht auf den wirklich bedeutenden Anspruch des geschädigten Besitzers beschränken sollte, nämlich auf das Retentionsrecht am fremden Tier. Es ist jedoch festzustellen, dass die Regel ein einheitliches Ganzes bildet und nützliche Verhaltensweisen vorschreibt, die sich an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und von Treu und Glauben anlehnen. Es ist daher angebracht, die Bestimmung beizubehalten und sie bloss formal - und geringfügig - zu ändern[1479].

3.4 Haftung für Werke (Art. 61 und 61a VE)

3.4.1 Die geltende Regelung

Nach Artikel 58 Absatz 1 OR haftet der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werks für den Schaden, den diese infolge fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder infolge mangelhafter Unterhaltung verursachen. Die Bestimmung sieht eine Haftung für mangelhafte Sachen vor, genauer gesagt für mangelhafte, mit dem Boden verbundene Werke. Nach heutiger Auffassung handelt es sich um eine milde (gewöhnliche, einfache) Kausalhaftung. Diese ist durch die Verletzung einer besonderen Sorgfaltspflicht begründet, und dem belangten Eigentümer steht gegenüber dem Opfer keine spezielle Entlastungsmöglichkeit zu[1480]. Der Eigentümer kann zu Schadenersatz angehalten werden, selbst wenn er beweist, dass ihm nichts vorgeworfen werden kann, dass er die von den Umständen gebotene Sorgfalt walten liess, dass er den Werkmangel nicht kannte, dass der Mangel auf Zufall (z.B. der Frost lässt die Treppe rutschig werden) oder auf das Verschulden einer Hilfsperson (z.B. der Hauswart des

---

1477 Meier-Hayoz A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Sachenrecht, IV.1.3.II, Bern 1975, n. 7, 29 und 36 f. zu Art. 700 ZGB; Steinauer P.H., a.a.O. (Anm. 1424), N 1935 ff.; BGE 80 II 221 ff.

1478 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 6 zu Art. 57 OR.

1479 So übernimmt der Randtitel von Art. 60*a* VE die technische Bezeichnung "Retentionsrecht". In Abs. 1 ersetzt der im Vorentwurf allgemein verwendete Begriff "Ersatzforderung" den Ausdruck "Entschädigung".

1480 Vgl. insbesondere Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 1, 16 und 62; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 120; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 55 zu Art. 58 OR; Werro F., BR 1996, S. 50; BGE 69 II 398 f., 121 III 450 f. Vgl. auch vorne 1.2.2.1.3 und 3.1.1.

Gebäudes trifft keine Massnahmen zur Verhinderung der Bildung von Eis auf der Treppe) zurückzuführen ist. Die Strenge der Haftung nach Artikel 58 Absatz 1 OR ist aus Billigkeitsüberlegungen gerechtfertigt: Der Eigentümer kann nämlich aus dem Werk Nutzen und Vorteile ziehen, und das mangelhaft gebaute unterhaltene Werk schafft eine Gefahr für die Dritten[1481]. Vergleichbare Regelungen sind übrigens im ausländischen Recht zu treffen[1482], die allerdings in Bezug auf Objekt und Subjekt der Haftung wie auch in Bezug auf die Entlastungsmöglichkeiten der haftenden Person erhebliche Unterschiede aufweisen[1483].

Subjekt der Haftung nach Artikel 58 Absatz 1 OR ist der "Eigentümer" des Werks. Daraus hat das Bundesgericht im Jahre 1980 abgeleitet[1484] - diese Rechtsprechung wurde letzthin bestätigt[1485] -, dass es sich dabei um die Person handelt, die nach Sachenrecht als Eigentümerin gilt. Passiv legitimiert im Prozess ist somit in der Regel der Eigentümer des Grundstücks, auf dem das Werk gebaut ist oder mit dem das Werk verbunden ist. Der "Besitzer" eines Grundstücks (Art. 57 OR), der "Halter" einer Sache (Art. 56 OR, Art. 58 SVG) und der "Inhaber" eines Betriebs (Art. 27 EleG) können daher nicht dem "Eigentümer" nach Artikel 58 Absatz 1 OR gleichgestellt werden. Dasselbe gilt für den Mieter und den Pächter des Grundstücks und für den Dienstbarkeitsberechtigten[1486].

Es gibt dennoch Fälle, in denen die Person, die nach Artikel 58 Absatz 1 OR haftet, nicht Eigentümerin des Grundstücks ist, auf dem sich das Werk befindet. Einige Ausnahmen von diesem Grundsatz ergeben sich aus den gesetzlichen Bestimmungen des Sachenrechts; andere beruhen auf der Rechtsprechung und sind durch die Notwendigkeit gerechtfertigt, in gewissen Fällen vom formellen Kriterium des Eigentums abzusehen und die tatsächliche Gewalt über die Sache und den Zweck des Werks zu berücksichtigen.

Zu den gesetzlichen Ausnahmen gehören die Durchbrechungen des Akzessionsprinzips (Art. 667 ZGB). Sie geben die Möglichkeit, den Eigentümer des mangelhaften Werks - und nicht den Eigentümer des Grundstücks - zu belangen. Dies trifft zu bei Fahrnisbauten, die nicht im Grundbuch eingetragen sind (Art. 677 ZGB), und bei Gebäuden, die vom Eigentümer aufgrund einer Konzession oder eines beschränkten dinglichen Rechts auf fremdem Grundstück gebaut wurden (Art. 674, 675 und 779, 676 und 691 ZGB)[1487].

1481 Oftinger K. / Stark E. W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 2 und 4; Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 120; BGE 121 III 450.

1482 Vgl. insbesondere Art. 1384 Abs. 1 und 2 und 1386 CCF; Art. 2051 und 2053 CCI; § 836 ff. BGB; § 1319 und 1319a ABGB.

1483 Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 5 ff.

1484 BGE 106 II 201.

1485 BGE 121 III 448, 123 III 309.

1486 Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 25; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 und 13 zu Art. 58 OR; De Luze J.J., Le propriétaire du bâtiment ou de l'ouvrage au sens de l'art. 58 CO, Diss. iur., Lausanne 1979, S. 32.

1487 De Luze J.J., a.a.O. (Anm. 1486), S. 32 f.; Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 27; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 zu Art. 58 OR; BGE 106 II 206.

Was die Rechtsprechung betrifft, ist daran zu erinnern, dass das Bundesgericht seit langem anerkennt, dass der "Eigentümer eines andern Werks" (nach dem Wortlaut von Art. 58 Abs. 1 OR) unter gewissen Umständen kein dingliches Recht am Grundstück, wo sich das Werk befindet, zu haben braucht. So wurde entschieden in Fällen, in denen das Werk eine am Boden befestigte Maschine oder Einrichtung war, wie bei einer Motorseilwinde[1488], einer Ausschwingmaschine[1489], einer elektrischen Freileitung[1490] oder einem Baugerüst[1491]. Im Übrigen kann das Gemeinwesen nach konstanter Rechtsprechung gemäss Artikel 58 Absatz 1 OR für die Werke haften, die ihm gehören und der Allgemeinheit dienen, wie die Strassen und die dem Verkehr zugänglichen Wege[1492]. Diese Haftung wurde vom Bundesgericht auch dann bejaht, wenn dem Gemeinwesen formell betrachtet kein Eigentum zustand. Dies war der Fall, wenn das Gemeinwesen eine Herrschaft über das Werk ausübte, die mit dem Eigentum an einer Sache zu vergleichen, aber öffentlich-rechtlich begründet war. So musste eine Gemeinde nach Artikel 58 Absatz 1 OR für einen öffentlichen Weg haften, der im Grundbuch als Dienstbarkeit zu Lasten des Grundstücks einer Privatperson eingetragen war, weil die Gemeinde den Weg gebaut hatte und darüber verfügte und daher auch für seinen Unterhalt sorgen musste[1493]. Auch in einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht auf Haftung einer Gemeinde nach Artikel 58 Absatz 1 OR erkannt, und zwar wegen eines mangelhaften Wasserentleerungshahns, den sie auf dem Grundstück eines Dritten hatte einbauen lassen. Der Entscheid präzisiert, dass die Gemeinde, obwohl sie weder Eigentümerin des Grundstücks noch des Hahns war, die Trägerin der öffentlichen Wasserversorgung war und faktisch allein über die Wasserleitungen und die dazugehörigen Einrichtungen verfügte[1494].

Das Bundesgericht hat wiederholt hervorgehoben - das letzte Mal vor kurzer Zeit -, dass das Subjekt der Haftung nach Artikel 58 OR grundsätzlich durch das Eigentum am Grundstück bestimmt wird und dass die Ausnahmen von diesem Grundsatz Sonderfälle betreffen[1495]. Es hat betont, dass eine Ausdehnung der Haftung auf andere Personen als solche, die vom Sachenrecht als Eigentümer bezeichnet werden, nur mit Zurückhaltung vorgenommen werden kann. Diesbezüglich beruft sich das Bundesgericht auf die Einfachheit des formellen Kriteriums zur Bestimmung des Haftungssubjekts wie auch auf die Klarheit des Gesetzeswortlauts und die Rechtssicherheit. Ein Teil der Lehre macht übrigens gerade diese Argumente geltend, um die Abweichungen der bundesgerichtli-

---

1488 BGE 77 II 310.

1489 BGE 90 II 227.

1490 BGE 94 II 153.

1491 BGE 96 II 359.

1492 BGE 98 II 42 ff., 116 II 648 ff.; Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 104 ff. und die dortigen Hinweise.

1493 BGE 91 II 286. Vgl. auch BGE 51 II 209 f. für den Mangel eines öffentlich zugänglichen Trottoirs, das auf privatem Grund gebaut war, aber von einem Gemeinwesen überwacht wurde.

1494 BGE 121 III 451 ff.

1495 BGE 106 II 204, 121 III 451, 123 III 309.

chen Rechtsprechung verhalten oder ausdrücklich zu kritisieren[1496]. Ein anderer Teil der Lehre begrüsst diese Rechtsprechung, und einige Autoren schlagen sogar eine Ausdehnung der passiven Klagelegitimation auf jeden Dienstbarkeitsberechtigten vor, wenn der Eigentümer des Grundstücks nicht in der Lage ist, es zu unterhalten[1497]. Wie noch zu zeigen sein wird, treten andere Autoren für die Bestimmung des Haftungssubjektes nach einem materiellen Kriterium ein.

Unabhängig vom Kriterium zur Bestimmung des Subjekts der Haftung nach Artikel 58 Absatz 1 OR wird allgemein anerkannt, dass der Begriff des Werks extensiv zu verstehen ist. Der Begriff erfasst sicher die Gebäude, wie dies im Gesetzestext ausdrücklich gesagt wird, aber auch Bauten und technische Einrichtungen, die vom Menschen geschaffen und eingerichtet wurden und dauernd mit dem Boden - unmittelbar oder mittelbar - verbunden sind[1498]. Dazu gehören Bestandteile und Zugehör von Gebäuden, wie Keller, Kanalisationen, Treppen, Lifte und befestigte Leitern wie auch alle Arten von Bauten und Einrichtungen (z.B. Chalet, Schwimmbassin, Baugerüst, Gas-Wasserheizung, Bergseilbahn, Korndreschmaschine, Ausschwingmaschine, Motorseilwinde)[1499]. Die Rechtsprechung hat präzisiert, dass der Werkbegriff funktional zu verstehen ist, also nach der Funktion, die das Werk als solches erfüllt, aber auch nach der Funktion, die es für die Benutzer hat. Der Begriff kann sich somit auch auf Elemente ausdehnen, die im Eigentum Dritter stehen, wie dies bereits vorne ausgeführt wurde. Letztlich wird der Zweck des Werks die Elemente bestimmen, aus denen es besteht, und dies ohne Rücksicht auf dingliche Rechte[1500].

Nach dem Wortlaut von Artikel 58 Absatz 1 OR haftet der Eigentümer eines Werks für den Schaden, den das Werk "infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung" verursacht. Die beiden Tatbestände, die eine Haftung auslösen, gehören eigentlich zum allgemeinen Begriff des "Mangels": Die fehlerhafte Anlage oder Herstellung stellt einen ursprünglichen Mangel dar, und die mangelhafte Unterhaltung ist nichts anderes als ein später eingetretener Mangel[1501]. Um zu entscheiden, ob ein Werk mangelhaft ist, beziehen sich die Gerichte auf die Funktion, die es erfüllt, und auf den Zweck, zu dem es bestimmt ist; ein Werk muss nämlich nicht für eine Benut-

---

1496 Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 75, 106 und 109; Guhl Th. / Merz H. /Koller A., Das schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991, S. 195; de Luze J.J., a.a.O. (Anm. 1486), S. 57 ff.; Engel P., a.a.O. (Anm. 51), S. 546.

1497 Rey H., Ausservertragliches Haftungsrecht, Zürich 1995, S. 215, N 1071; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 9 ff. zu Art. 58 OR. Zurückhaltender Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 122; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), I, S. 175 f.

1498 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 26 ff. zu Art. 58 OR; Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 36 ff.; Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 124; BGE 106 II 103, 121 III 449.

1499 Für die Kasuistik vgl. insbesondere Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 45 ff. zu Art. 58 OR; Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 93; Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 124 f.

1500 BGE 106 II 203. Vgl. auch Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 9 zu Art. 58 OR; Tercier P., BR 1994, S. 102.

1501 Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 126.

zungsart taugen, die nicht seinem Zweck entspricht. Der Eigentümer darf somit davon ausgehen, dass die Dritten das Werk vernünftig benutzen. Das bedeutet, dass er nicht für Schäden haftet, die das Opfer bei vorsichtiger Benutzung hätte vermeiden können[1502]. Für die Rechtsprechung gilt daher ein Werk als mangelhaft, wenn es keine genügende Sicherheit bietet und Dritte, die es entsprechend seiner Zweckbestimmung benutzen, gefährdet. Der Eigentümer, der eine solche Gefahr schafft oder - selbst ohne es zu wissen - duldet, verletzt seine Sorgfaltspflicht.

Das Gericht beurteilt nach objektiven Gesichtspunkten, ob die gebotene Sorgfalt angewandt wurde. Es berücksichtigt die konkreten Umstände des Einzelfalls, namentlich die Art des Werks und die sich aus seiner Zweckbestimmung aufdrängenden Sicherheitsmassnahmen. Dabei trägt es den technischen Möglichkeiten Rechnung, die dem Eigentümer offen standen, aber auch deren Kosten, die im Verhältnis zu den Interessen der Benutzer und zum Zweck des Werks stehen müssen[1503]. Die Einhaltung oder die Verletzung polizeilicher Vorschriften ist zweifellos ein wichtiges Beurteilungskriterium, dem allerdings keine entscheidende Bedeutung zukommen darf[1504]. In allen Fällen wird das Gericht erwägen, dass die Sorgfaltspflicht des Eigentümers strenger zu beurteilen ist, wenn das Werk dem Publikum zugänglich ist und hohe Risiken schafft, die dank der Technik ohne grosse Kosten beseitigt werden können[1505].

Im geltenden Recht wird die Haftungsbestimmung von Artikel 58 Absatz 1 OR durch zwei weitere Regeln ergänzt. Die erste findet sich in Artikel 58 Absatz 2 OR und behält den Rückgriff des schadenersatzpflichtigen Werkeigentümers gegen die Personen vor, die ihm für den Werkmangel haften. Die zweite ist in Artikel 59 OR enthalten und gibt der Person, die vom Gebäude oder Werk eines Dritten mit Schaden bedroht ist, eine Präventivklage, genauer gesagt das Recht, vom Eigentümer zu verlangen, dass er die erforderlichen Massnahmen zur Abwendung der Gefahr trifft (Abs. 1). Die Norm behält weiter die Anordnungen der Polizei zum Schutz von Personen und Eigentum vor (Abs. 2).

3.4.2 Die Revisionsvorschläge

3.4.2.1 Einleitung

Wie bereits wiederholt ausgeführt[1506], schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, die Tatbestände, die nach geltendem Recht eine milde Kausalhaftung darstellen, als Sonderbestimmungen beizubehalten. Die Gründe dieses Vorschlags sind doppelter Natur. Zum einen zeichnen sich diese Haftungen durch ihre Besonderheit aus; sie gehören so tief zur Rechtstradition unseres Landes,

---

1502 Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 73 f. und 81; Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (51), S. 127 f.; BGE 117 II 400.

1503 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 55 ff. zu Art. 58 OR; Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 78; Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 126 ff.; BGE 116 II 424, 117 II 400.

1504 Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 75 ff.; Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 127; BGE 91 II 208.

1505 BGE 116 II 424, 117 II 400; Werro F., BR 1996, S. 50.

1506 Vgl. vorne 3.1.1 und 3.3.2.1.

dass sie - um eine bereits verwendete Bezeichnung zu übernehmen - eine "Art Legitimität" erlangt haben[1507]. Zum zweiten verursacht die Anwendung dieser Regeln keine bedeutenden Schwierigkeiten. Diese Feststellung gilt auch für die Bestimmung über die Haftung des Werkeigentümers, obwohl sie mehr Abgrenzungsprobleme als andere derartige Bestimmungen aufwirft. Fälle, die nach Artikel 58 Absatz 1 OR beurteilt wurden, hätten nämlich auch in Anwendung anderer Bestimmungen entschieden werden können. Zu denken ist hier an Artikel 679 ZGB, an Artikel 55 OR oder an Spezialgesetze wie dasjenige, das die Haftung des Inhabers einer elektrischen Anlage regelt (Art. 27 EleG). Das genügt aber nicht, um die Daseinsberechtigung der Artikel 58 und 59 OR in Frage zu stellen.

Diese Regelung darf allerdings nicht unverändert übernommen werden. Eine Anpassung, welche die Entwicklung und somit die Reform des Haftpflichtrechts im Allgemeinen und die Grundsätze, die für Kausalhaftungen gelten, im besonderen berücksichtigt, erweist sich als notwendig. Zu diesem Zweck schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, dass der Subjekt der Haftung inskünftig nach einem materiellen Kriterium bestimmt wird. Es wird sich um die Person handeln, die das Werk hält (Art. 61 Abs. 1 VE); ist diese Person nicht Eigentümerin des Werks, so wird die Werkeigentümerin solidarisch mit ihr haften (Art. 61 Abs. 2 VE). Ist es gerechtfertigt, diese Haftung als milde Kausalhaftung beizubehalten, so soll der Revisionsgesetzgeber alle Folgen aus diesem Entscheid ziehen. In diesem Sinne muss der Gesetzestext die Idee ausdrücken, dass die dem Haftungssubjekt zuzurechnende Verletzung der Sorgfaltspflicht vermutet wird, wenn das Werk einen Schaden verursacht. Daraus folgt, dass der Werkmangel inskünftig nicht mehr vom Kläger bewiesen werden muss und dass der Beklagte, der sich von der Haftung befreien will, nachweisen muss, dass der Schaden nicht von einem Mangel des Werks verursacht wurde. Schliesslich schlagen die Verfasser des Vorentwurfs die Aufhebung zweier ergänzender Regelungen vor: Es handelt sich um Artikel 58 Absatz 2 OR und um Artikel 59 Absatz 2 OR. Artikel 59 Absatz 1 OR, welcher der Person, die von einem gefährlichen Werk mit Schaden bedroht ist, eine Präventivklage gewährt, erfährt bloss geringfügige redaktionelle Änderungen.

3.4.2.2 Grundsatz (Art. 61 VE)

Nach Artikel 61 Absatz 1 VE haftet die Person, die ein Gebäude oder ein anderes Werk hält, für den Schaden, den dieses verursacht, wenn sie nicht beweist, dass der Schaden weder auf einen Konstruktions- noch auf einen Unterhaltsmangel zurückzuführen ist. Wie bereits ausgeführt, legt die Bestimmung eine milde Kausalhaftung fest, die mit der vermuteten Verletzung einer besonderen Sorgfaltspflicht begründet ist. Daraus folgt, dass die Anwendung der Norm nicht vom Verschulden der als haftpflichtig bezeichneten Person abhängt und dass diese haftbar gemacht werden kann, selbst wenn sie den Werkmangel nicht kannte[1508]. Daraus folgt auch, dass die allgemeine Grundsätze betreffend die

---

[1507] Vgl. vorne 1.2.2.3.1.

[1508] Vgl. vorne 3.4.1.

Kausalhaftung, insbesondere diejenigen der Artikel 51 und 51*a* VE auf diesen Fall anwendbar sind.[1509]

Unter Vorbehalt der Qualifikation des Haftungssubjektes ist der Zweck der Regelung von Artikel 61 Absatz 1 VE identisch mit derjenigen von Artikel 58 Absatz 1 OR. Heute wie inskünftig ist die Strenge der Pflicht zum Ersatz des Schadens aus Billigkeitsüberlegungen gerechtfertigt, und dies unter Berücksichtigung einerseits des Vorteils oder gar des Gewinns, der aus dem Werk gezogen werden kann, und andererseits der Gefahr, die ein mangelhaftes Werk für Dritte bedeutet. Die letzte Bemerkung darf aber nicht Verwirrung stiften und glauben lassen, dass diese Haftung letztlich nur einen Anwendungsfall des Konzepts der Gefährdungshaftung darstellt. Das Halten eines Werks oder das Eigentum daran ist an sich keine "besonders gefährliche Tätigkeit" im Sinne der Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) oder wie beispielsweise das Halten eines Fahrzeugs (Art. 58 Abs. 1 SVG) oder eines Tieres (Art. 60 VE)[1510]. Es ist der "Konstruktions- oder Unterhaltsmangel", der - nach der kürzeren Fassung der revidierten Bestimmung - das Werk gefährlich für Dritte macht, wenn keine geeigneten Massnahmen zur Vorbeugung oder Beseitigung des Mangels getroffen werden[1511]. So stellt der Mangel den Anknüpfungspunkt für die Haftung nach Artikel 61 Absatz 1 VE dar. Diese Haftung beruht, selbst wenn sie stark objektiviert ist, immer noch auf der vermuteten Verletzung einer Verhaltensnorm, die eine besondere Sorgfalt gebietet[1512].

In diesem Zusammenhang betonen die Verfasser des Vorentwurfs, dass sie sich vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit davor gehütet haben, die Einführung einer allgemeinen Haftung für das Halten von Sachen vorzuschlagen. Dieser Entscheid kam in der Definition der Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE)[1513] klar zum Ausdruck und zeitigt auch hier insofern Wirkungen, als der materielle Anwendungsbereich von Artikel 61 Absatz 1 VE - wie derjenige von Artikel 58 Absatz 1 OR - auf Gebäude und andere Werke beschränkt ist, also auf Bauten und technische Einrichtungen, die dauernd mit dem Boden verbunden sind[1514]. Der Begriff des Werks wird weiterhin, selbst wenn er weit gefasst und ausdehnend ausgelegt wird, durch das Kriterium der Bindung an den Boden eingeschränkt[1515]. So riskiert die Haftung des Werkinhabers nicht auszuufern, wie dies mit der Haftung des Halters einer Sache im französischen Recht geschehen ist (Art. 1384 Abs. 1 CCF). Dies bedeutet auch, dass alle Ausführungen der Rechtsprechung betreffend die Definition des Werks und den Begriff des Mangels weiterhin ihre Gültigkeit haben. Höchstens wird man bedauern, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Anwendung des geltenden Artikels 58 Absatz 1 OR auf nicht beendete Werke heute

---

1509 Vgl. vorne 1.3.5.3, 2.4.5.1, 2.4.5.2 und 3.1.2.

1510 Vgl. vorne 3.3.2.2.

1511 Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 4.

1512 Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1 § 19, N 1 und 16; Werro F., BR 1996, S. 50.

1513 Vgl. 2.4.4.3.

1514 Vgl. vorne 3.4.1 und die Hinweise in Anm. 130.

1515 Vgl. darüber Oftinger K. / Stark E.W. a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 11 und 12.

sehr einschränkend ist[1516]. Denn eine Baute oder eine Strasse ist und bleibt ein Werk selbst während des Baus oder der Reparatur. Die Tatsache, dass das Werk noch nicht beendet ist, sollte daher im konkreten Fall berücksichtigt worden, wenn die Frage nach der vom Werkinhaber verlangten Sorgfalt abgeklärt wird, um über die Mangelhaftigkeit des Werks zu entscheiden. Bedeutend in diesem Zusammenhang sind die Zweckbestimmung des Werks, die Art, wie es während der Konstruktions- oder Reparationsarbeiten gebraucht wurde, sowie die Sicherheitsmassnahmen, die sich aufdrängten[1517].

Die Verfasser des Vorentwurfs haben sich gefragt, ob der Anwendungsbereich der revidierten Bestimmung auf den Ersatz des Schadens aus Tötung und aus Einwirkungen auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person und aus Einwirkungen auf Sachen und Umwelt beschränkt werden sollte, wie dies nach dem für die Gefährdungshaftungen vorgesehenen allgemeinen Grundsatz der Fall ist (Art. 45 Abs. 3 VE)[1518]. Eine solche Lösung wäre dadurch gerechtfertigt, dass das mangelhafte Werk vor allem für Menschen und Sachen, die natürliche Umwelt inbegriffen, und nicht so sehr für die reinen Vermögensinteressen Dritter gefährlich ist[1519]. Die Sorgfaltspflicht des Inhabers oder Eigentümers des Werks besteht übrigens im wesentlichen in einer Sicherungspflicht. In Anbetracht der Rechtsnatur dieser Haftung und im Bemühen, die Geschlossenheit des Systems möglichst zu gewährleisten, verzichten die Verfasser des Vorentwurfs aber auf die Einführung einer solchen Einschränkung.

Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen vor, dass der Subjekt der Haftung für Gebäude oder andere Werke inskünftig durch das materielle Kriterium des Haltens und nicht mehr durch das formelle Kriterium des Eigentums bestimmt wird[1520]. So wird Artikel 61 VE dem Opfer erlauben, gegen den Halter des mangelhaften Werks vorzugehen, ohne ihm die Möglichkeit zu entziehen, gegen das Werkeigentümer zu klagen, wenn die beiden nicht identisch sind; in diesem Fall haften Halter und Eigentümer solidarisch. Die revidierte Bestimmung wird bewirken, dass die Schadenersatzklage nicht notwendigerweise auf den Werkeigentümer kanalisiert wird, wie es heute in der Regel der Fall ist. Diese Neuerung ist aus Gründen der Billigkeit und der Systemkohärenz gerechtfertigt. Sie erweitert einen Weg, den die Praxis mit Zustimmung eines Teils der Lehre eingeschlagen hat.

Subjekt der Haftung ist nach geltendem Recht der Eigentümer des Werks, also die Person, die nach Sachenrecht als Eigentümerin gilt. In der Regel handelt es sich um den Eigentümer des Grundstücks, auf dem das Werk gebaut oder mit dem das Werk verbunden ist. Wie bereits ausgeführt[1521], kennt dieser Grundsatz allerdings zahlreiche Ausnahmen, die im Sachenrecht selbst vorgesehen

---

[1516] BGE 108 II 185 f.; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 48 und 53 zu Art. 58 OR.

[1517] In diesem Sinne Werro F., BR 1996, S. 50; vgl. auch Guhl Th. / Merz H. / Koller A., a.a.O. (Anm. 1496), S. 194.

[1518] Vgl. vorne 2.3.2.1. Es sei daran erinnert, dass dieser Grundsatz bei Art. 60 VE betreffend die Haftung für Tiere übernommen wurde; vgl. vorne 3.3.2.2.

[1519] Oftinger K. / Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 16.

[1520] Die Studienkommission regte an, die Frage zu prüfen, nahm allerdings keine Stellung dazu; vgl. Bericht, a.a.O., (Anm. 39), V/3.2, S. 26.

[1521] Vgl. vorne 3.4.1.

sind oder von der Rechtsprechung zugelassen wurden. So ist bei einer Fahrnisbaute auf fremdem Grundstück (z.B. einer Baracke, Art. 677 ZGB) oder bei einer am Boden verankerten Einrichtung (z.B. einem Baugerüst) gegen den Eigentümer der Sache zu klagen, obwohl er am Grundstück, auf dem sich die Sache befindet, kein dingliches Recht hat. Ähnlich verhält es sich nach dem Bundesgericht, wenn das Gemeinwesen eine Gewalt über das Werk ausübt, die mit dem Eigentum an einer Sache zu vergleichen ist: Das Gemeinwesen kann nach Artikel 58 Absatz 1 OR haften, obwohl es formell betrachtet weder Eigentümer des Werks noch des Grundstücks ist. Es ist somit festzustellen, dass nach dem Bundesgericht das Subjekt der Haftung oft keine dinglichen Rechte am mit dem Werk verbundenen Grundstück zu haben braucht. Manchmal sieht das Bundesgericht sogar vom Kriterium des Eigentums ab, beispielsweise dann, wenn das belangte Gemeinwesen faktisch über das mangelhaft Werk verfügte und für dessen Unterhalt sorgte.

Auch mehrere kantonale Gerichte haben bei der Bestimmung des Subjekts der Haftung nach Artikel 58 Absatz 1 OR vom formellen Kriterium des Eigentums abgesehen. So hat das Zürcher Obergericht die Passivlegitimation des Sportvereins - und nicht des Eigentümers des Grundstücks - bejaht, der eine Bobpiste gebaut hatte, weil die Piste im Winter vom Verein betrieben wurde und deshalb dieser die geeigneten Sicherheitsmassnahmen zum Schutz der Zuschauer treffen musste[1522]. Dieselbe Überlegung stellte das Walliser Kantonsgericht im Falle eines Eishockeyclubs an, der auf einem Grundstück der Gemeinde Spiele organisierte[1523]. Neulich musste das Freiburger Kantonsgericht die Frage der Haftung des Staates als Eigentümer einer Strasse, die sich im Bau befand, entscheiden: Die Anwendung von Artikel 58 Absatz 1 OR wurde bejaht, und zwar nicht gestützt auf das Kriterium des Eigentums, sondern auf dasjenige der Herrschaft über die Sache, aus dem sich die Unterhaltspflicht ergibt. Dazu meint Werro, das Gericht habe stillschweigend die Passivlegitimation von Artikel 58 OR auf andere Personen als den Eigentümer ausgedehnt; das Gericht scheine daher zuzulassen, dass die Passivlegitimation dem Werkinhaber zuerkannt werden könne[1524]. Dieser Autor stimmt dem Entscheid des Freiburger Gerichts zu und betont, dass er der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (insbesondere dem Entscheid vom 21. November 1995[1525]) entspricht und mit dem allgemeinen System der Kausalhaftungen übereinstimmt.

Auch andere Autoren ziehen die Anwendung eines materiellen Kriteriums vor, und dies mindestens für den Fall, dass der Werkeigentümer nicht in der Lage ist, die Sicherheit des Werks zu gewährleisten und es zu unterhalten[1526]. Einige unter ihnen heben übrigens hervor, dass die restriktive Auffassung des Bundesgerichts auf diesem Gebiet zu derjenigen im Widerspruch steht, die es bei

---

[1522] ZR 1957, no 101, S. 206 f.

[1523] ZWR/RVJ 1980, S. 197 und 210.

[1524] BR 1996, S. 50.

[1525] BGE 121 III 448, vorne zitiert (vgl. vorne 3.4.1).

[1526] Deschenaux H. / Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 122; Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 12 und 15 zu Art. 58 OR; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), I, S. 173 ff. Vgl. auch die entschiedenere Meinung von Tercier P. (BR 1994, S. 102 f.) und von Werro F. (BR 1996, S. 50).

der Anwendung von Artikel 679 ZGB vertritt[1527]. Wie man weiss, bestimmt auch diese Norm den "Grundeigentümer" als Haftungssubjekt. In der Regel handelt es sich um den Eigentümer des Grundstücks, aus welchem die Immissionen stammen, aber nach der Rechtsprechung kann es sich auch um jede Person handeln, die eine tatsächliche Gewalt über das Grundstück ausübt, wie dies bei einem dinglich Berechtigten aber auch beim Mieter oder Pächter der Fall sein kann[1528]. Nebenbei bemerkt, hat das Bundesgericht selbst erklärt, diese Rechtsprechung habe "eine bemerkenswerte Entwicklung" erlebt[1529].

Der oben erwähnten Lehrmeinung folgend sind die Verfasser des Vorentwurfs der Auffassung, dass die jetzige Rechtsprechung bei der Bestimmung des Haftungssubjekts zu restriktiv ist. Sie bestreiten zwar nicht, dass das formelle Kriterium des Eigentums auf ersten Blick den doppelten Vorteil der Einfachheit und der Klarheit aufweist. Das Kriterium ist aber allzu starr und erweist sich als künstlich, wenn der Eigentümer nicht über das Werk verfügt und daher keinen Einfluss auf allfällige Werkmängel hat. In diesem Fall kann eine zwingende Kanalisierung der Schadenersatzklage auf den Eigentümer unbillige Folgen haben und zu einer unnötigen Vermehrung der Regressprozesse führen[1530]. Eine solche Kanalisierung steht zudem im Widerspruch zum Konzept der Zurechnung der Schadenersatzpflicht bei den Kausalhaftungen.

Bei dieser Haftungsart wird nämlich die Passivlegitimation in der Regel durch ein faktisches Kriterium bestimmt. Passiv legitimiert ist grundsätzlich die Person, welche die materiellen Bedingungen der anwendbaren Bestimmung erfüllt, welche also die zur Vermeidung des Schadens notwendigen Massnahmen treffen kann. Dies trifft nach geltendem Recht wie inskünftig beispielsweise für den Halter eines Fahrzeugs (Art. 58 Abs. 1 SVG) oder eines Tiers (Art. 56 Abs. 1 OR) zu. Es kann sich auch um den Betreiber einer besonders gefährlichen Tätigkeit handeln, wie dies bei der Kernenergie (Art. 3 KHG), den Rohrleitungen (Art. 33 RLG) und den elektrischen Anlagen (Art. 27 EleG) der Fall ist. Auch in den zwei neuen Generalklauseln der Kausalhaftung (Art. 49*a* und 50 VE) wird ein materielles Kriterium das Haftungssubjekt bestimmen[1531].

Bei der Haftung für mangelhafte Gebäude oder andere mangelhafte Werke muss die - natürliche oder juristische - Person passiv legitimiert sein, die die tatsächliche Herrschaft darüber ausübt. Sie ist besser als jede andere Person in der Lage, die Sicherheit und den Unterhalt zu garantieren und somit Mängeln vorzubeugen oder sie zu beheben. Es handelt sich im Übrigen dabei um die Person, die vermutungsweise aus dem Werk einen Vorteil oder gar einen Gewinn zieht. In den meisten Fällen wird zwar der formelle Eigentümer des Werks diese Bedingung erfüllen; in anderen Fällen kann es sich aber um andere Personen handeln, die in irgendeiner Weise mit dem Werk verbunden sind, wie beispielsweise den Dienstbarkeitsberechtigten, den Pächter oder den Mieter. Es ist logisch und billig, dass der neue Artikel 61 Absatz 1 VE gegenüber die-

---

1527 Tercier P., BR 1994, S. 102 f.; Widmer P., AJP 1996, S. 625 f.

1528 BGE 104 II 18 ff., 111 II 237 f.

1529 BGE 106 II 205.

1530 Werro F., BR 1996, S. 50.

1531 Vgl. vorne 2.4.3.4 und 2.4.4.5.

sen Personen angerufen werden kann, wenn sich das Werk in ihrem "Verantwortungsbereich" befindet - wie die Formulierung des Bundesgerichts[1532] lautet.

Es ist unter gewissen Umständen möglich, dass das Opfer eines von einem Werk verursachten Schadens den Halter des Werks nicht oder nur aufgrund beträchtlicher Untersuchungen bestimmen kann. Man denke beispielsweise an den Fall, wo das Werk Gegenstand eines Mietvertrags über einen Teil des Gebäudes[1533] oder Gegenstand einer im Grundbuch nicht eingetragenen Dienstbarkeit ist, die dem Berechtigten die Benutzung einer Einrichtung ermöglicht[1534]. Bei einer solchen Ausgangslage kann die geschädigte Person unsicher werden; sie läuft zudem Gefahr, dass sich die belangte Person auf mangelnde Passivlegitimation beruft. Daher sieht Artikel 61 Absatz 2 VE vor, dass das Opfer auch gegen den Werkeigentümer vorgehen kann, also gegen die Person, die in der Mehrheit der Fälle aufgrund der Eintragung im Grundbuch bestimmt werden kann. Dieses letzte Merkmal rechtfertigt die Bestimmung. Gehört nämlich das Werk nicht der Person, die es hält, so kann die revidierte Bestimmung nicht vom formellen Kriterium des Eigentums absehen, um die Passivlegitimation im Schadenersatzprozess zu bestimmen, weil sonst die Rechte des Opfers abgeschwächt würden. Durch die Einführung einer (passiven) Solidarität wird die Rechtslage des Opfers in einem solchen Fall indessen verbessert. Dies bedeutet, dass die Regelungen über die Haftungskonkurrenz (Art. 53*b* und 53*c* VE, 143 ff. OR) Anwendung finden. Meistens dürfte dem belangten Eigentümer voller Rückgriff gegen den Halter des Werks zustehen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass beide zusammen eingeklagt werden oder dass die einzige eingeklagte Person der anderen den Streit verkündet.

Die ergänzende Regel von Artikel 61 Absatz 2 VE entspricht derjenigen über die Haftung der Inhaber von Rohrleitungsanlagen (Art. 33 Abs. 1 RLG) und von Kernenergieanlagen (Art. 3 Abs. 4 KHG). Diese Bestimmungen haben allerdings neben dem Schutz der Opfer vor allem zum Ziel, Gesetzesumgehungen zu vermeiden, namentlich durch den Eigentümer der Anlagen, der, um sich der gesetzlichen Haftung zu entziehen, eine bescheiden dotierte Gesellschaft gründen könnte, welche die Anlage betreibt[1535].

Nach geltendem Recht muss die geschädigte Person, die Artikel 58 Absatz 1 OR gegen einen Eigentümer geltend macht, nachweisen, dass sie einen Schaden erlitten hat und dass dieser von einem Mangel des Werks verursacht wurde. Sie muss somit den Bau- oder Unterhaltsmangel beweisen[1536]. Die Rechtsprechung hat präzisiert, dass sich dieser Beweis nicht bereits dann als erbracht gelten darf, wenn der Schaden von einem Werk verursacht wurde[1537].

1532 BGE 121 III 453.

1533 Wie in BGE 106 II 201.

1534 Wie in BGE 121 III 448.

1535 BBl 1962 II 820; BBl 1980 I 200. Vgl. auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 29, N 123; Tercier P., a.a.O. (Anm. 213), S. 157.

1536 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 54 und 80 zu Art. 58 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 87; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 121; BGE 108 II 186, 123 III 311.

1537 BGE 63 III 100, 123 III 311.

Es steht ausser Zweifel, dass es manchmal schwierig oder gar unmöglich ist, den Werkmangel zu beweisen. Dies trifft beispielsweise dann zu, wenn die fragliche Baute oder Einrichtung zerstört wurde (z.B. von einem Brand) oder wenn sich der Mangel nur vorübergehend zeigte (z.B. bei der Bildung von Glatteis auf einer Treppe). Das Gericht begnügt sich dann im Rahmen seines Ermessensspielraums manchmal mit einem *prima facie*-Beweis und bejaht das Vorliegen eines Mangels aufgrund einer blossen Wahrscheinlichkeit, indem es sich auf die allgemeine Lebenserfahrung beruft[1538]. Das Gericht kann im Übrigen die Mitwirkung des Beklagten bei der Beweisführung verlangen und bei Verweigerung die Folgen daraus ziehen[1539]. Nach der herrschenden Lehre dürfen diese Möglichkeiten allerdings nicht zu einer Umkehrung der Beweislast bezüglich des Werkmangels und zu einer Haftungsvermutung zu Lasten des Eigentümers führen[1540].

Die Verfasser des Vorentwurfs bestreiten die Richtigkeit dieser Auffassung, weil sie nicht der Rechtsnatur der fraglichen Haftung entspricht. Wie bereits ausgeführt, beruht diese Haftung auf der vermuteten Verletzung einer besonderen Sorgfaltspflicht[1541]. Es handelt sich dabei um eine typische Eigenschaft der milden Kausalhaftungen, die sie von der Verschuldenshaftung unterscheidet. Einige Sonderbestimmungen drücken im Übrigen die Vermutung zu Lasten des Haftungssubjektes klar aus, indem sie einen Entlastungsbeweis zulassen, der diese Vermutung umkehren kann. Dies trifft beispielsweise bei den Artikeln 333 Absatz 1 ZGB und 55 Absatz 1 OR des geltenden Rechts wie auch bei den Artikeln 49 und 49*a* VE des revidierten Rechts zu[1542]. Es ist daher gerechtfertigt, dass Artikel 61 VE wie die letztgenannten Bestimmungen und gemäss deren Formulierung diese Idee zum Ausdruck bringt. Der erste Grund dazu ist die Notwendigkeit einer weitestmöglichen Geschlossenheit des Systems. Der zweite Grund besteht in der Absicht, dem Opfer den Beweis eines Mangels zu ersparen, der in der Verantwortungssphäre eines Dritten liegt. Es ist, wie wenn der Eintritt eines von einem Werk verursachten Schadens als bedeutsamer Hinweis für einen Mangel erschiene.

Nach Artikel 61 Absatz 1 VE kann der belangte Halter oder Eigentümer des Werks die ihn belastende Vermutung umkehren und den Entlastungsbeweis seiner Sorgfalt erbringen. Genauer gesagt, kann er beweisen, dass kein Konstruktion- oder Unterhaltsmangel - im Sinne der vorigen Ausführungen[1543] - den Schaden verursacht hat. Zu diesem Zweck wird er namentlich beweisen, dass das Werk in einer Weise gebaut und ausgestattet wurde, die in Bezug auf den Gebrauch, zu dem es bestimmt wurde, genügende Sicherheit bietet. Er kann sich natürlich auch durch den Beweis entlasten, dass die Ursache des Schadens nicht im Werk oder dessen Mangel, sondern in einer Tatsache besteht,

---

1538 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 80 und 81 zu Art. 58 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 91; BGE 93 II 232 f., 100 II 356.

1539 BGE 119 II 306.

1540 Vgl. die Hinweise in Anm. 1538.

1541 Vgl. vorne 3.4.1 und 3.4.2.2.

1542 Vgl. vorne 2.4.3.4.

1543 Zum Begriff des Mangels vgl. vorne 3.4.1.

die ihm nicht zugerechnet werden kann und die offensichtlich überwiegend zum Eintritt des Schadens beigetragen hat (Art. 47*a* VE).

Die in Artikel 61 VE vorgeschlagene Haftungsbestimmung wird unweigerlich Abgrenzungsprobleme aufwerfen, wie dies bereits heute bei Artikel 58 OR der Fall ist[1544]. Problematisch kann das Verhältnis dieser Bestimmung zu anderen heute geltenden Normen sein, die von der Revision nicht aufgehoben werden. Zu denken ist an die Generalklausel der Verschuldenshaftung (Art. 41 OR, 48 VE) und an Artikel 679 ZGB[1545]. Diesbezüglich wird es angebracht sein, im Sinne der heute herrschenden Lösung[1546] beide Bestimmungen konkurrierend anzuwenden, wenn der Mangel eines auf einem Grundstück gebauten oder mit diesem verbundenen Werks eine Überschreitung in der Ausübung des Grundeigentums darstellt. Abgrenzungsprobleme können sich aber auch in Bezug auf das Verhältnis der neuen Regel von Artikel 61 VE zu den neuen Generalklauseln der Haftung stellen. Was die Haftung der Hilfspersonen in Unternehmungen (Art. 49*a* VE) betrifft, ist nämlich daran zu erinnern, dass auch der technische Mangel einer Einrichtung, die in irgendeiner Weise mit der Organisation der Unternehmung verbunden ist, die Ersatzpflicht begründen kann[1547]. Dies würde dann zutreffen, wenn eine mit dem Boden verbundene Einrichtung für die Erstellung von Gütern (z.B. eine Werkzeugmaschine) oder für die Leistung von Diensten (z.B. eine für die Zuschauer einer Sportveranstaltung eingerichtete Tribüne) gebraucht wird. Bezüglich der Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) bedarf es keines Beweises, dass eine "besonders gefährliche Tätigkeit" im Sinne dieser Bestimmung in einem Gebäude oder einem anderen Werk ausgeübt werden und unter Umständen das Gebäude oder das Werk mangelhaft machen kann. Dies wäre beispielsweise der Fall bei der Herstellung chemischer Produkte in einer industriellen Wanne oder bei der Verwendung einer Gas-Wasserheizung in einer Wohnung[1548]. In diesen Fällen würde die Regel über die Häufung von Haftungsgründen (Art. 53 VE) grundsätzlich zur Anwendung kommen. Dies könnte die Tragweite der Sonderbestimmung über die Haftung für Werke einschränken. Nachdem sie manchmal zum - zugegebenen oder verschwiegenen - Zweck, Lücken des geltenden Rechts zu füllen, missbraucht worden ist, würde sie ihren "natürlichen" Anwendungsbereich wiederfinden. Dadurch würden die Rechtssicherheit und die Kohärenz des Systems verstärkt[1549].

Der geltende Artikel 58 Absatz 2 OR behält den Rückgriff des zum Schadenersatz verurteilten Werkeigentümers auf andere Personen, "die ihm hiefür verantwortlich sind", vor. Zu diesen Personen gehören insbesondere diejenigen, die beim Bau des Werks mitwirkten oder für seinen Unterhalt sorgen, wie ein Architekt oder ein Bauunternehmer, ein Verwalter oder ein Hauswart des Gebäudes. Es ist festzustellen, dass es sich in den meisten Fällen um Personen

---

1544 Vgl. vorne 3.4.2.1.

1545 Vgl. vorne 3.1.1 und 3.2.3.

1546 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 148 f. zu Art. 58 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 15 f.

1547 Vgl. vorne 2.4.3.4.

1548 Vgl. vorne 2.4.4.4.

1549 Vgl. vorne 2.4.4.1, 2.4.4.2 und 2.4.4.4.

handelt, die mit dem Werkeigentümer in einem Vertragsverhältnis stehen[1550]. Es wird heute einhellig anerkannt, dass diese Rückgriffsregel keine autonome Tragweite hat und daher überflüssig ist. In der Tat ist sie von den Grundsätzen über die Haftung mehrerer abgedeckt (Art. 50 f. OR)[1551]. Die Revision ändert nichts daran (vgl. Art. 53*b* f. VE). Daher drängt es sich auf, den geltenden Artikel 58 Absatz 2 OR aufzuheben, was bereits für Artikel 55 Absatz 2 OR[1552] und für Artikel 56 Absatz 2 OR[1553] vorgeschlagen wurde.

3.4.2.3 Vorbeugende Massregeln (Art. 61a VE)

Im geltenden Recht wird die Haftungsbestimmung von Artikel 58 OR durch die Regelung von Artikel 59 OR ergänzt. Nach der letzteren Bestimmung kann die Person, die vom Gebäude oder Werk eines Dritten mit Schaden bedroht ist, vom Dritten verlangen, dass er die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Massregeln trifft (Abs. 1). Absatz 2 von Artikel 59 OR behält die Anordnungen der Polizei zum Schutz von Personen und Eigentum vor.

Artikel 59 Absatz 1 OR sieht eine Präventivklage auf Unterlassung der Störung (oder der Schädigung) vor, wie sie auf anderen Gebieten bekannt ist, so namentlich im Persönlichkeitsrecht (Art. 28a Ziff. 1 ZGB) oder im Immobiliarsachenrecht (Art. 679 ZGB)[1554]. Die Klage setzt nicht voraus, dass die klagende Partei ein Verschulden des Eigentümers beweist. Es genügt, wenn sie nachweist, dass das Gebäude oder das Werk sie mit einem Schaden bedroht und dass es der beklagten Partei zumutbar ist, die zur Beseitigung der Gefahr notwendigen Massnahmen zu treffen. Die Drohung muss tatsächlich bestehen und kann unmittelbar (z.B. wenn ein Gebäude einzustürzen droht) oder mittelbar sein (z.B. wenn eine grosse Maschine auf einer Baustelle Erschütterungen verursacht)[1555]. Nach einigen Autoren, die Artikel 58 und Artikel 59 OR in einen Zusammenhang stellen, muss sich die Gefahr aus einem Mangel des Werks ergeben[1556]. Nach anderen Autoren braucht diese Bedingung nicht erfüllt zu sein: Sie begründen ihre Meinung mit der grammatikalischen (*a contrario*) wie auch mit der teleologischen Auslegung von Artikel 59 Absatz 1 OR, der die Vorbeugung von Risiken bezweckt, die aus einem Werk für Dritte entstehen können, und dies unabhängig von ihrer Ursache[1557]. Diese Meinung ist über-

---

1550 Von Tuhr A./Peter H., a.a.O. (Anm. 51), S. 459 f.; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 97 f.

1551 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 231 zu Art. 58 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 97; de Luze J.J., a.a.O. (Anm. 1486), S. 28 ff. und 61.

1552 Vgl. vorne 2.4.3.5.

1553 Vgl. vorne 3.3.2.2.

1554 Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 20; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 193 f.; BGE 98 II 324.

1555 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 14 ff. zu Art. 59 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 194.

1556 So: Becker H., a.a.O. (Anm. 51), N 4 zu Art. 59 OR; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 194.

1557 So Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 17 ff. zu Art. 59 OR; Schoop A., Die Mangelhaftigkeit des Werks als Voraussetzung der Haftung des Werkeigentümers nach schweizerischem Recht, Diss., Bern 1941, S. 77; BGE 24 II 102, wo das Bundesgericht ausdrücklich erklärt, dass

zeugend. Sie ebnet den Weg für eine breite Anwendung der fraglichen Norm, so insbesondere auf perfekt gebaute und unterhaltene Gebäude, die infolge eines Erdbebens oder eines von einem Pyromanen verursachten Brands einzustürzen drohen. Die spärliche Rechtsprechung auf diesem Gebiet ermöglicht allerdings die Feststellung, dass die Gefahr in den meisten Fällen auf den Mangel eines Werks zurückzuführen ist. Die Massnahmen, die der verurteilte Eigentümer treffen muss, bezwecken nämlich am häufigsten die Beseitigung eines Konstruktions- oder Unterhaltsmangels, so beispielsweise, wenn Strassendurchlässe Wasser und Geschiebe aus Bergbächen nicht ableiten können[1558] oder wenn sich Leitungen mit Rissen bei starkem Regen als ungenügend erweisen und einzustürzen drohen[1559].

Artikel 59 Absatz 1 OR hat in der Praxis offensichtlich eine geringe Bedeutung[1560]. Das ist sicher der Qualität der Gebäude und sonstiger Werke in der Schweiz wie auch den vorbeugenden Massnahmen zu verdanken, die in krassen Fällen von den Behörden getroffen werden[1561]. Dies ist sicher aber auch auf die zwischen den Tatbeständen von Artikel 59 Absatz 2 OR und Artikel 679 ZGB bestehende Analogie zurückzuführen[1562]. Nach der letzteren Bestimmung kann die Person, die wegen der Überschreitung des Grundeigentums mit Schaden bedroht ist, gegen den Grundeigentümer vorzugehen, damit dieser die zur Beseitigung der Gefahr notwendigen Massregeln trifft. Die Präventivklage setzt somit voraus, dass der Beklagte bei der Ausübung seines Eigentums die gesetzlichen Grenzen überschreitet, namentlich dass er über das hinausgeht, was Nachbarn (im Sinne von Art. 684 ff. ZGB) zu dulden haben. Dies trifft beispielsweise zu, wenn der Bau eines Werks riskiert, einen Erdrutsch zu verursachen[1563]. Ausgehend von dieser Feststellung haben sich die Verfasser des Vorentwurfs - wie bereits bei Artikel 57 OR[1564] - gefragt, ob Artikel 59 Absatz 1 OR beizubehalten ist. Sie bemerken aber, dass diese Bestimmung eine weitergehende Tragweite als Artikel 679 ZGB hat und dass sie trotz des möglichen Überlappens beider Normen auch inskünftig einen spezifischen Nutzen haben kann. Zum materiellen Anwendungsbereich von Artikel 679 ZGB gehören die Schäden aus Überschreitung des Grundeigentums. Artikel 59 Absatz 1 OR bezweckt die Verhütung der Schäden, die von einem Werk verursacht werden, also nicht nur von einem Gebäude, sondern auch von jeder anderen technischen Konstruktion oder Einrichtung, die vom Menschen geschaffen oder er-

---

die Regel von der Ursache der Gefahr abstrahiert; in späteren Entscheiden (BGE 98 II 324 und BGE 100 II 137 f.) hat das Bundesgericht allerdings ausgeführt, jedoch mit einer allgemeinen Formulierung, dass die Haftungsvoraussetzungen der Art. 58 und 59 OR identisch sind.

1558 BGE 100 II 137 f.

1559 BR 1994, S. 103.

1560 Vgl. Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 5 zu Art. 59 OR.

1561 Vgl. beispielsweise BGE 98 II 324.

1562 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 6 zu Art. 59 OR; Thilo E., La responsabilité du propriétaire d'un bâtiment ou d'un autre ouvrage en raison d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien, JT 1946 I 260.

1563 Vgl. vorne 3.2.3.

1564 Vgl. vorne 3.3.2.3.

richtet wurde und dauernd mit dem Boden verbunden ist, wie ein Baugerüst, eine Bergseilbahn oder eine Motorseilwinde[1565]. In Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich gilt folgendes: Aktiv legitimiert nach Artikel 679 ZGB sind der Eigentümer des Nachbargrundstücks und die Personen, die kraft eines beschränkten dinglichen Rechts oder eines obligatorischen Rechts Besitzer des Grundstücks sind[1566]. Aktiv legitimiert nach Artikel 59 Absatz 1 OR ist nicht nur der Nachbar[1567], sondern auch jede Person, die vom Werk eines Dritten mit einem Schaden bedroht ist. Es kann sich um den regelmässigen Benützer eines Gebäudes oder eines Wegs (z.B. um den Postboten), aber auch um den Passanten handeln, der sich zufällig im mittelbaren oder unmittelbaren Kontakt mit dem gefährlichen Werk befindet. Der Kreis der Klageberechtigten ist somit unbeschränkt[1568]. Daraus folgt, dass die Beibehaltung von Artikel 59 Absatz 1 OR - unter Vorbehalt geringfügiger redaktioneller Änderungen - gerechtfertigt ist.

Die erste vorgeschlagene Änderung betrifft den Randtitel der Bestimmung (Art. 61*a* VE). Die Verfasser des Vorentwurfs regen an, "sichernde Massregeln" durch "vorbeugende Massregeln" zu ersetzen, weil die zweite Wendung deutlich ausdrückt, dass die Bestimmung nur vor dem allfälligen Eintritt eines Schadens zur Anwendung kommt, was bereits heute anerkannt wird[1569]. Eine zweite Änderung ist die notwendige Folge der in Artikel 61 VE vorgesehenen Revision[1570]: Falls der Halter und der Eigentümer des Werks zwei verschiedene Personen sind, müssen beide passiv legitimiert sein, wenn auf Vorbeugung der Schädigung geklagt wird. Wie im geltenden Recht wird das Gericht nach freiem Ermessen die Art und den Umfang der Massnahmen bestimmen, die von der beklagten Partei zu treffen sind[1571]. Anders als es das Bundesgericht offenbar meint[1572], gibt es aber nicht von vornherein einen gültigen Grund, die Regel nur auf dringende Massnahmen anzuwenden, wenn Massnahmen nötig sind.

Zum Schluss kann noch erwähnt werden, dass die klagende Partei die Realexekution nach kantonalem Recht verlangen kann, wenn sich der Halter oder der Eigentümer des Werks weigert, die vom Gericht angeordneten Massnahmen zu treffen[1573]. Sie kann auch Ersatz der Kosten verlangen, die sie nach Treu und Glauben getragen hat, um eine drohende Einwirkung abzuwehren (Art. 45*f* VE)[1574]. Zu denken ist hier beispielsweise an die Kosten für die Befestigung

---

1565 Vgl. vorne 3.4.1 und die Hinweise in Anm. 1498 und 1499.

1566 BGE 83 II 379 f.; BGE 114 II 232; BGE 119 II 415.

1567 Gegebenenfalls ist die kumulative Anwendung der diesbezüglichen Regelungen möglich; in diesem Sinne Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 10 zu Art. 59 OR.

1568 Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 7 und 11 zu Art. 59 OR; Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 16; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 194.

1569 BGE 98 II 324.

1570 Vgl. vorne 3.4.2.2.

1571 Schoop A., a.a.O. (Anm. 1557), S. 79; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S.194.

1572 BGE 98 II 324.

1573 Schoop A., a.a.O. (Anm. 1557), S. 76.

1574 Vgl. vorne 2.3.2.4.

eines Hangs, der wegen der Überschwemmung abzurutschen droht, die von einer Baute auf einem Nachbargrundstück herrührt.

Der geltende Artikel 59 Absatz 2 OR behält die Anordnungen der Polizei zum Schutz von Personen und Eigentum vor. Es geht hier im wesentlichen um die kantonalen Bau- und Gewerbevorschriften. Von Bedeutung sind in diesem Zusammenhang aber auch die Bestimmungen, nach denen gewisse Verhaltensweisen des Eigentümers oder des Halters eines Werks, die geeignet sind, Personen und Sachen zu gefährden, strafbar sind (namentlich Art. 227 ff. StGB)[1575]. Der Vorbehalt von Artikel 59 Absatz 2 OR ist nur bezüglich des kantonalen öffentlichen Rechts sinnvoll. Es handelt sich um einen unechten Vorbehalt, der bloss deklaratorisch die Zuständigkeit der Kantone, öffentliches Recht zu erlassen (soweit der Bund auf demselben Gebiet keine Gesetze erlassen hat), in Erinnerung ruft[1576]. Im Verhältnis zur allgemeinen Regel von Artikel 6 ZGB hat daher Artikel 59 Absatz 2 keine eigenständige Bedeutung, sondern erweist sich als überflüssig und ist deshalb aufzuheben[1577].

[1575] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/1, § 19, N 20; Deschenaux H./Tercier P., a.a.O. (Anm. 51), S. 127.

[1576] Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 477), S. 11 ff. und 20.

[1577] In diesem Sinne: Brehm R., a.a.O. (Anm. 51), N 20 zu Art. 59 OR.

4 Auswirkungen der Reform auf die übrige Bundesgesetzgebung und Anpassung der entsprechenden Erlasse

4.1 Vorbemerkungen und terminologische Hinweise

Es ist darauf verzichtet worden, eine umfassende terminologische Einheitlichkeit bei den zahlreichen Bestimmungen der Bundesgesetzgebung anzustreben, welche in irgendeiner Weise Ausdrücke verwenden, die auch im Revisionsvorentwurf vorkommen. Mit einem solchen Versuch würde man einen Dominoeffekt quer durch alle Bereiche des Bundesrechts riskieren. Wie bisher wird es auch künftig Sache der Rechtsprechung sein, in jedem konkreten Anwendungsfall die einschlägigen Bestimmungen auszulegen und dabei den Sinn der darin verwendeten Ausdrücke zu ermitteln; sie wird sich dabei allerdings am Stil und am Geist der neugefassten Bestimmungen in den Artikeln 41 ff. OR und in der angepassten Nebengesetzgebung orientieren können.

Redaktionelle Anpassungen werden deshalb lediglich da vorgeschlagen, wo eine Bestimmung aus materiellen Gründen ohnehin angepasst werden muss (Beispiel: "geschädigte Person" anstelle von "Geschädigter" in Artikel 19 und 20 VG).

Immerhin sei im Folgenden auf einige terminologische Aspekte von besonderer Bedeutung hingewiesen: So bezeichnet der Vorentwurf den haftungsauslösenden Tatbestand und Entstehungsgrund der Schadenersatzobligation neu als "Schädigung", wo der geltende Text (im Abschnittstitel) den Ausdruck "unerlaubte Handlungen" verwandt; damit sollen unter einem Oberbegriff neben der klassischen Verschuldenshaftung die verschuldensunabhängigen Haftungen einerseits erfasst werden, anderseits aber auch die Tatbestände der Haftung bei - bzw. trotz - rechtmässigem Verhalten (Art. 59 und 59*a* VE). Wo sich ohnehin Änderungen ergaben, wurden Verweisungen auf die "Bestimmungen über unerlaubte Handlungen" denn auch entsprechend umformuliert; sie lauten künftig: "Im übrigen ... " [oder: "Soweit dieses Gesetz nicht ausdrücklich eine Abweichung vorsieht,] richtet sich die Haftung nach den Bestimmungen [des Obligationenrechts] über den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts"). Wo weiterhin die alte Ausdrucksweise anzutreffen ist (wie z.B. in Art. 19 Abs. 3 ZGB oder Art. 567 Abs. 3 OR), ist sie ebenfalls in diesem erweiterten Sinne zu verstehen

Ein weiteres Beispiel bildet der Terminus "Ersatzleistung" (réparation), welchen der Vorentwurf als Oberbegriff für alle Arten von Kompensationen (sowohl materieller wie immaterieller Einbussen) verwendet, während das geltende Recht - abgesehen von der "Genugtuung (réparation morale)" - ohne erkennbare Kriterien bald von "Ersatz", bald von "Schadenersatz (dommages-intérêts)" oder auch (z.B. in Art. 28*f* Abs. 1 a.E. ZGB) von "Entschädigung" spricht[1578].

Auch den Ausdruck "Schaden" verwendet der Vorentwurf in einem weiten Sinne, der sowohl die wirtschaftliche Einbusse (Vermögensschaden) wie die im-

---

[1578] Die Terminologie ist im übrigen in den deutschen und französischen Fassungen uneinheitlich; so ist in Art. 46 Abs. 1 OR von "Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit" die Rede, während der französische Text an derselben Stelle den Ausdruck "dommages-intérêts" (= Schadenersatz) verwendet.

materielle Unbill einschliesst (Art. 45 Abs. 1 VE). Im geltenden Recht gibt es eine Unzahl von Bestimmungen, die im einen oder anderen Sinne von Schaden sprechen, wobei meist Vermögensschäden gemeint sind, teilweise gar - wie etwa in den Fällen von Artikel 404 Absatz 2, 752 ff. oder 1103 Absatz 3 OR - "reine Vermögensschäden" (vgl. Art. 45 Abs. 2 und 3 VE). Immerhin gibt es Fälle, wo immaterieller Schaden durchaus auch in Betracht kommt: so beim "Schaden", von welchem in den Artikeln 333 Absatz 1 und 679 ZGB die Rede ist, aber auch im Vertragsrecht (u.a. Art. 208 Abs. 2 und 3, 259*e*, 321*e* OR). Ähnlich verhält es sich übrigens mit dem vor allem in der französischen Fassung anzutreffenden Ausdruck "préjudice", der in gewissen Fällen immaterielle Unbill einschliesst (so in Art. 28*c* Abs. 1 und 3 ZGB, wo in der deutschen Fassung von "Nachteil" die Rede ist), in andern jedoch mit Gewissheit nicht (Art. 770 Abs. 3 und 867 Abs. 2 ZGB; 340 Abs. 2, 1156 Abs. 3 OR).

4.2 Kommentar zu den einzelnen Gesetzen und Bestimmungen

4.2.0 Weitere Bestimmungen des Obligationenrechts

4.2.001 Artikel 31

Die Neuformulierung von Absatz 3 ist dazu bestimmt, den bisher in Artikel 60 Absatz 3 OR systematisch wenig überzeugend plazierten und unglücklich formulierten Gedanken zu übernehmen und verständlich zu machen: danach soll die Einrede, ein Vertrag sei aufgrund eines durch "unerlaubte Handlung" (Täuschung oder Furchterregung) verursachten Willensmangels zustandegekommen, unverjährbar sein; diese Regel wird mit der schon bisher in Artikel 31 Absatz 3 enthaltenen Aussage kombiniert, dass die nach Artikel 31 Absatz 1 stillschweigende Genehmigung eines so zustandegekommenen Vertrags den Schadenersatzanspruch wegen culpa in contrahendo grundsätzlich bestehen lässt. Vgl. dazu auch die weiteren Erläuterungen unter Ziff. 2.8.4.3. hievor.

4.2.002 Artikel 97

Absatz 1 wird als Folge der Angleichung des Schadenersatzrechts im ausservertraglichen Bereich und im Bereich der sogenannten "positiven Vertragsverletzungen" (Art. 42 VE) neu so formuliert, dass er sich bloss noch auf den eigentlichen Nichterfüllungsschaden, d.h. auf die Tatbestände von einstweiligem oder endgültigem Ausbleiben der Leistung bezieht. Die bisher so genannte "nicht gehörige Erfüllung", die nicht bloss (negativ) im Ausbleiben der Leistung besteht, sondern (positiv) zu einem Eingriff in rechtlich (absolut oder durch besondere, allenfalls auch vertragliche Normen) geschützte Positionen des Gläubigers führt, untersteht künftig dem allgemeinen Regime des Haftpflichtrechts. Nähere Erläuterungen dazu unter Ziff. 2.2.2.4 hievor.

4.2.003 Artikel 99

Absatz 3 von Artikel 99 enthielt schon bisher eine Verweisung auf allgemeine haftpflichtrechtliche Regeln, die auf die Vertragshaftung "entsprechende Anwendung" finden sollen. Während aber der deutsche und italienische Text diese Verweisung auf die Bestimmungen über das "Mass der Haftung (misura

della responsabilità)" beschränken, lässt die französische Fassung - "les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites" - diese Verweisung als eine umfassende erscheinen (vgl. hiezu auch vorne Ziff. 2.2.2.1). Letzteres würde an sich auf der Linie dieses Reformvorschlages liegen. Nachdem aber durch Artikel 42 VE und durch die Neufassung von Artikel 97 Absatz 1 OR eine Teilvereinheitlichung bereits bewirkt worden ist, geht es hier nur noch um die Anwendung der allgemeinen haftpflichtrechtlichen Regeln auf die "echte" Vertragshaftung bzw. auf einzelne in Artikel 42 VE ebenfalls vorbehaltene Sondertatbestände vertraglicher Haftung. Dagegen gilt aber die Verweisung nicht bloss für die "Bestimmung der Ersatzleistung" (Art. 52/52*a* VE) und deren Modalitäten, sondern auch hinsichtlich der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen Schaden und Kausalzusammenhang sowie der Umschreibung des Verschuldens als Zurechnungskriterium. Darüber hinaus muss die Verweisung auch gelten für die Regeln über die Mehrheit von Haftungen (Art. 53 ff. VE), das Verhältnis zur Versicherung (Art. 54 ff. VE) sowie über Verfahren und Beweisfragen (Art. 56 ff. VE); erfasst werden selbstverständlich auch die jetzt im Allgemeinen Teil generell geregelten haftungsbeschränkenden Vereinbarungen (Freizeichnung und Vergleich; vgl. dazu die unmittelbar anschliessenden Bemerkungen zu Art. 100/101 OR).

Nähere Erläuterungen zur Neufassung von Artikel 99 Absatz 3 OR finden sich unter Ziff. 2.2.2.4 hievor.

4.2.004 Artikel 100 und Artikel 101 Absatz 2 und 3

In diesen Bestimmungen geht es um die "Wegbedingung der Haftung", die sogenannten Freizeichnungsklauseln. Diese werden durch Artikel 57 VE abschliessend geregelt (vgl. die Erläuterungen in Ziff. 2.10.2 hievor), und diese Regelung muss entsprechend der Natur solcher Klauseln für die Vertragshaftung erst recht gelten. Die entsprechenden Vorschriften im Abschnitt über die Folgen der Nichterfüllung können daher aufgehoben werden.

> Nicht vorgeschlagen wird dagegen die Aufhebung der Bestimmung von Artikel 101 Absatz 1 OR, die das Problem der besonderen "vertraglichen" Haftung für Hilfspersonen (sog. "Erfüllungsgehilfen") regelt, obschon sich die Frage durchaus diskutieren liesse. In der Tat sind die Unterschiede, die zwischen dieser Norm und ihrem ausservertraglichen Pendant in Artikel 55 OR (bzw. Art. 49/49*a* VE) nach herkömmlichem Verständnis bestehen, durch die Rechtsprechung weitgehend nivelliert worden. Das trifft jedenfalls für den dem ausservertraglichen Geschäftsherrn angeblich zugebilligten "Vorteil" zu, sich durch positiven Sorgfaltsbeweis von der Haftung zu befreien; dieser Befreiungsbeweis ist seit dem Entscheid BGE 110 II 456 ff. ("Schachtrahmen-Fall") fast nur noch ein Mythos. Umgekehrt ist auch die Annahme rein theoretisch, Artikel 101 0R statuiere im Prinzip auf der Basis einer sogenannten "hypothetischen Vorwerfbarkeit" (Zurechnung des Verhaltens der Hilfsperson an den Schuldner wie wenn er selbst gehandelt hätte) eine Verschuldenshaftung und sei deshalb "milder"; dies trifft umso weniger zu, als jene Konstruktion gerade im heutzutage wichtigsten Fall nicht spielt und auch nicht spielen soll, nämlich da, wo die Hilfsperson über bessere Fachkenntnisse verfügt als der Geschäftsherr.
>
> Eine wesentliche praktische Differenz liegt allerdings in dem Umstand, dass im Rahmen einer vertraglichen Verpflichtung der Schuldner-Geschäftsherr grundsätzlich auch für solche Erfüllungsgehilfen einzustehen hat, die zu ihm nicht in einem eigentlichen Subordinationsverhältnis stehen (wie z.B. selbständige Unterakkordanten), während diese ausservertraglich als eigenständige Geschäftsherren direkt und einzeln belangt werden müssten. Es ist indessen nicht ausgeschlossen, dass

die neue Organisationshaftung nach Artikel 49*a* VE - die den Organisationsträger verschuldensunabhängig für jeglichen Organisationsmangel einstehen lässt - auch hier zu einer Angleichung der beiden Formen von vikariierender Haftung führen könnte.

4.2.005 Artikel 113

Nachdem das direkte Forderungsrecht der geschädigten Person gegen den Haftpflichtversicherer der verantwortlichen Person durch Artikel 54*c* VE generalisiert wird und - ohne die einschränkende Voraussetzung, dass der potentiell geschädigte Arbeitnehmer die Hälfte der Prämien an die Haftpflichtversicherung des Arbeitgebers bezahlt haben muss - allgemein (d.h. auch im Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer) gelten soll (vgl. vorne Ziff. 2.7.4.2.1), kann auf die Sonderbestimmung von Artikel 113 OR verzichtet werden.

4.2.006 Artikel 134 Absatz 1

Eine stossende Konsequenz der geltenden Verjährungsregelung besteht darin, dass ein Schadenersatzanspruch (wie übrigens auch andere Ansprüche) während eines über eben diesen Anspruch laufenden und unter Umständen von den befassten Instanzen zögerlich geführten Prozesses verjähren kann (vgl. vorne Ziff. 2.8.6 a.E.).

Es wird deshalb in Umsetzung eines entsprechenden parlamentarischen Vorstosses[1579] eine Korrektur durch Anfügen einer neuen Ziffer 7 in Artikel 134 Absatz 1 OR vorgeschlagen, welche Hinderung und Stillstand der Verjährung auf den Tatbestand und die Zeitspanne ausdehnt, während der ein Prozess über die der Verjährung ausgesetzte Forderung "im Gange", d.h. hängig bzw. nicht rechtskräftig abgeschlossen ist.

Natürlich hätte man sich im Zusammenhang mit der Neuregelung der Verjährung im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, die nach Artikel 42 VE ja nun auch für Fälle positiver Vertragsverletzung gilt, die Frage stellen können, ob nicht auch die Fristen im Bereich der Nichterfüllung (Art. 127/128 OR) zu überprüfen und allenfalls zu ändern bzw. zu verlängern seien. Für die ordentliche zehnjährige Frist wie sie in Artikel 127 OR vorgesehen ist, würde eine Verdoppelung in Anlehnung an die neue absolute Verjährungsfrist im Haftpflichtrecht an sich naheliegen. Die Autoren des Vorentwurfs sind jedoch der Auffassung, dass ein solcher Vorschlag den Rahmen ihres Mandats sprengen würde.

4.2.006^{bis} Artikel 321e Absatz 2

Nachdem in Artikel 48*a* VE die Fahrlässigkeit gerade nach dem Modell von Artikel 321*e* Absatz 2 OR umschrieben und entsprechend generell "resubjektiviert" werden soll (vorne Ziff. 2.4.2.2), kann man sich fragen, ob eine parallellaufende Sonderbestimmung im Arbeitsvertragsrecht noch notwendig sei. Die Verfasser des Vorentwurfs plädieren für Beibehaltung der Vorschrift unter Hinweis darauf, dass dieser Norm der Ruf einer - gewollten - Privilegierung des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin anhaftet, die anzutasten politisch heikel werden könnte. Auch abgesehen davon rechtfertigt sich dies aber auch wegen der besondere Bezugnahme auf das "Berufsrisiko", welches ein spezifisch auf das Arbeitsverhältnis zugeschnittenes Kriterium der subjektbezogenen Sorgfaltsbeurteilung darstellt. Es ist in diesem Zu-

---

[1579] Postulat Leuenberger M. (P. 80.590 vom 17.12.1982).

sammenhang auch nochmals darauf hinzuweisen, dass der subjektive Sorgfaltsmassstab nicht bloss haftungsmildernd sondern durchaus auch verschärfend wirken kann, wenn der/die betreffende Arbeitnehmer/in - oder, im Rahmen von Artikel 398 Absatz 1 OR, der/die Beauftragte - über besondere Fachkenntnisse verfügt. Artikel 321*e* Absatz 2 OR führt unter solchen Umständen zu einer eigentlichen "Spezialisten- oder Sachverständigenhaftung" im Sinne des § 1299 des österreichischen ABGB.

4.2.007 Artikel 759

Die Bestimmung, die sich mit der Solidarhaftung mehrerer aktienrechtlich verantwortlicher Personen befasst, ist in der jüngsten Aktienrechtsreform (in Kraft seit 1. Juli 1992 bzw. 1. Juli 1993) neu formuliert worden; damit sollte Gegensteuer zu der in der Rechtsprechung spürbaren Tendenz gegeben werden, Solidarhaftung unbesehen mit Ganzhaftung gleichzusetzen, namentlich da, wo es im Falle der Insolvenz einer Gesellschaft und ihrer verantwortlichen Geschäftsführer und/oder Verwaltungsräte darum ging, auf die in der Regel noch zahlungsfähige Kontrollstelle zurückgreifen zu können.

Diese Überdehnung der Solidarität, welcher das neue Aktienrecht in Artikel 759 Absatz 1 dadurch zu begegnen versucht, dass es das Prinzip auf das jeweilige Ausmass der persönlichen Verantwortlichkeit jeder mithaftenden Person beschränkt, ist indessen ein allgemeines Problem, das der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts im gleichen Sinne wie der neue Artikel 759, aber umfassend regeln will (vorne Ziff. 2.6.4.3). Etwas anders - und nach Meinung der Autoren des Vorentwurfs - anschaulicher ausgedrückt wird derselbe Gedanke in Artikel 53*b* Absatz 2 VE mit der Formulierung wonach die Solidarität für jede mithaftpflichtige Person "bis zum dem Ersatzbetrag [reicht], den sie zu leisten hätte, wenn sie allein haftpflichtig wäre"; er braucht daher im aktienrechtlichen Kontext nicht wiederholt zu werden.

Absatz 2 des geltenden Artikels 759 ist erst in der parlamentarischen Beratung zusätzlich eingefügt worden und drückt nach Auffassung der Autoren des Vorentwurfes eine Selbstverständlichkeit aus, auf die getrost verzichtet werden kann.

Absatz 3 enthält bloss die Wiederholung des in Artikel 53*c* Absatz 1 VE verankerten allgemeinen Grundsatzes über die interne Aufteilung des Schadens zwischen solidarisch Mithaftpflichtigen und ist deshalb überflüssig.

4.2.008 Artikel 760

Diese Bestimmung, die in Absatz 1 für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit eine besondere relative Verjährungsfrist von fünf Jahren statuiert, ist bei der Revision von 1991 unverändert aus dem alten Aktienrecht übernommen worden. In der Literatur sind kaum Hinweise darauf zu finden, weshalb im Aktienrecht - bei gleichem Ausgangspunkt der Verjährung wie in Artikel 60 Absatz 1 OR ("Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen") - eine fünf Mal längere Frist vorgesehen worden ist als im ordentlichen Deliktsrecht; eine nicht sehr einleuchtende Erklärung wäre, dass man angesichts der unsicheren Natur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit - zwischen Vertrags- und Deliktshaftung - einfach einen Mittelwert zwischen einem Jahr und zehn Jahren

gewählt hat. Wie dem auch sei, so erscheint jedenfalls angesichts der durch die Revision (Art. 55 Abs. 1 VE) ohnehin vorgesehenen generellen Verlängerung der relativen Verjährungsfrist auf drei Jahre eine Sonderlösung für das Aktienrecht kaum mehr erforderlich. Was die absolute, ab dem "Tag der schädigenden Handlung" - bzw. neu (Art. 55 Abs. 2 VE): "dem Tag, an dem die Schädigung eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat" - laufende Verjährungsfrist betrifft, so bringt die Reform eine Verdoppelung; es ist aber auch hier kein Grund ersichtlich, im Aktienrecht eine andere Lösung beizubehalten. Die Bestimmung wird daher obsolet. Nähere Erläuterungen zur Neuordnung der Verjährung vgl. vorne Ziff. 2.8.4.1.

Absatz 2 der geltenden Bestimmung ist eine Parallelvorschrift zu Artikel 60 Absatz 2 OR (zivilrechtliche Bedeutung einer längeren strafrechtlichen Verjährung), die im neuen Recht nicht übernommen werden soll (vgl. die einschlägigen Erläuterungen unter Ziff. 2.8.4.2 hievor). Sie ist daher auch hier aufzuheben.

4.2.009 Artikel 918

Es handelt sich hier um die genossenschaftsrechtliche Parallelbestimmung zu Artikel 759 OR betreffend die Solidarhaftung mehrerer aktienrechtlich verantwortlicher Personen. Sie ist aus den daselbst aufgeführten Gründen aufzuheben: Artikel 53*b* und 53*c* VE regeln die Frage generell, und es sind keine Gründe für eine Sonderlösung im Genossenschaftsrecht ersichtlich.

4.2.010 Artikel 919

Auch hier besteht die Parallele zum Aktienrecht (Art. 760 OR), und auch hier gilt, dass die neue generelle Verjährungsregelung (Art. 55 ff. VE) ohne besondere Probleme für die genossenschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche übernommen werden kann. Die Bestimmung ist deshalb ebenfalls aufzuheben.

4.2.011 Artikel 928

Wie im Zivilstandswesen und beim Grundbuch (hinten Ziff. 4.2.15.04) geht es hier um einen Fall von bundesrechtlich angeordneter Haftung des Kantons für Schäden, die beim Vollzug bundesrechtlicher Registervorschriften verursacht werden können. Wie Artikel 42 und 955 ZGB je für das Zivilstands- und das Grundbuchwesen, statuiert Artikel 928 OR eine besondere Haftung für den Bereich des Handelsregisters. Dabei handelt es sich nach heute noch geltendem Recht um eine persönliche Verschuldenshaftung der Handelsregisterführer und der Mitglieder der Aufsichtsbehörden, die nach dem Vorbild der früheren vormundschaftlichen Kaskadenhaftung (Art. 426 ff. ZGB) konstruiert ist. Der Kanton übernimmt lediglich eine Ausfallhaftung.

Parallel zu den andern Bereichen des Registerrechts statuiert statt dessen Absatz 1 des Revisionsvorschlags eine primäre und exklusive, verschuldensunabhängige Staatshaftung des Kantons. Dieser hat einzustehen für jeden Schaden, der "durch die Führung des Handelsregisters und die Erfüllung weite-

rer damit verbundener Aufgaben" verursacht wird. Im Gegensatz zum geltenden Recht werden die als unmittelbare Schädiger in Frage kommenden Personen (Handelsregisterführer und deren Hilfspersonal sowie Mitglieder der Aufsichtsbehörden) - die ja vom Geschädigten auch nicht direkt belangt werden können - nicht ausdrücklich erwähnt; es wird lediglich der Anknüpfungstatbestand ("Führung des Handelsregisters etc.") umschrieben, im Rahmen dessen sich das Organisationsrisiko des Kantons realisieren kann. Die Haftung setzt - wie in Artikel 42, 426, 849 und 955 ZGB - Widerrechtlichkeit der Schädigung voraus, d.h. in der Regel eine Amtspflichtverletzung der handelnden Organe, da hier eine Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter (vorstellbar wäre allenfalls Kreditschädigung oder ein Eingriff in die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung) eher die Ausnahme bilden dürfte.

Absatz 2 beschränkt den Rückgriff des Kantons auf die verantwortlichen Personen - wie im modernen Staatshaftungsrecht üblich - auf Fälle vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Pflichtverletzung.

Absatz 4 enthält die übliche Globalverweisung auf die Bestimmungen des Allgemeinen Teils.

4.2.11 Verantwortlichkeitsgesetz (VG)

4.2.11.01 Artikel 3

Absatz 1 statuiert den Grundsatz der schadenersatzrechtlichen Haftung des Bundes gegenüber Aussenstehenden: eine primäre, verschuldensunabhängige Staatshaftung für Schaden, den ein Beamter (im Sinne von Art. 1 VG, d.h. ohne Unterscheidung zwischen Magistraten und Organen, Bediensteten im engeren Sinne und aussenstehenden Personen, die öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen) in Ausübung seiner Tätigkeit widerrechtlich, d.h.: durch Verletzung seiner Amtspflicht, zufügt.

Im französischen Text sollte bei dieser Gelegenheit die problematische Übersetzung von "widerrechtlich" durch "sans droit" geändert werden; sie erweckt den Eindruck, als habe der Gesetzgeber hier die sogenannte subjektive Widerrechtlichkeitstheorie legalisieren wollen[1580]. Es gibt indessen keinen Grund, sich hier nicht auch dem allgemeinen Sprachgebrauch anzupassen und die Wendung "causé par le fait illicite" entsprechend Artikel 41 und 46/46*a* VE zu verwenden.

Die materielle Änderung gegenüber dem geltenden Text ergibt sich aus der Anpassung an Artikel 43 und 43*a* VE: Nur für die "hoheitliche" (bisher "amtliche") Tätigkeit von Beamten soll das besondere Regime des VG zur Anwendung kommen; sonst gilt - gemäss Artikel 3 VG i.V.m. Artikel 43 VE (der auch den geltenden Artikel 11 VG überflüssig macht) und unter Vorbehalt spezifischer Abweichungen in den betreffenden Gesetzen (wie etwa des MG [früher: MO]) - das ordentliche (zivile) Haftpflichtrecht.

Der geltende Absatz 2 enthielt einen Vorbehalt, welchen der neue Artikel 43 VE nunmehr als allgemeines Prinzip aufstellt; die Bestimmung wird demnach überflüssig.

[1580] Dazu vorne 1.2.2.1.8 und 2.3.3.1.

Hingegen enthalten die Absätze 3 und 4 Regelungen, die spezifisch die Verantwortlichkeit von Bundesbeamten betreffen und deshalb beibehalten werden müssen. Gleiches gilt für die komplementären Bestimmungen von Artikel 7 und 8 VG.

Immerhin ist Absatz 3 (Ausschluss des Direktanspruchs gegen Beamte) dahin zu präzisieren, dass es im Verhältnis zur geschädigten Person irrelevant ist, ob der Beamte oder die Beamtin als unmittelbare Schädiger schuldhaft gehandelt haben oder nicht; das suggeriert der geltende Wortlaut, indem er vom "Fehlbaren" (noch deutlicher französisch: "le fonctionnaire fautif") spricht.

4.2.11.02 Artikel 4

Der geltende Artikel 4 ist eine wörtliche Übernahme von Artikel 44 Absatz 1 OR. Durch die Globalverweisung von Artikel 9 rev.VG werden insbesondere auch die Artikel 46*a* Absatz 2, 47*a* und 52 VE anwendbar erklärt, welche verschiedene Aspekte der geltenden Artikel 43 und 44 OR (Schadenersatzbemessung unter Berücksichtigung von Rechtfertigungs-, Entlastungs- und Reduktionsgründen) abdecken. Die Bestimmung wird damit überflüssig.

4.2.11.03 Artikel 5

Diese Bestimmung entspricht fast wörtlich den geltenden Artikeln 45 und 46 OR, welche die einzelnen ersatzfähigen Schadensposten bei Tötung und Körperverletzung definieren. Das Staatshaftungsrecht weist diesbezüglich keine Besonderheiten auf, so dass ohne weiteres auf die entsprechende Regelung im VE (Art. 45*a* und 45*b*) verwiesen werden kann; diese Verweisung erfolgt global im Rahmen des rev. Artikel 9 VG. Artikel 5 VG wird damit obsolet.

4.2.11.04 Artikel 6

Es gibt keinen Grund, im VG die Voraussetzungen der Genugtuung anders zu bestimmen als im übrigen Haftpflichtrecht; die Frage wird daher durch den umfassenden Verweis auf den VE (Art. 45*e*) in Artikel 9 abschliessend geregelt, so dass es dazu im VG keiner weiteren Norm bedarf.

Die heutige Regelung, die sich an den vielkritisierten Artikel 8 EHG (vgl. dazu hinten Ziff. 4.2.16) anzulehnen scheint, hat trotz redaktioneller Anpassung der Bestimmung anlässlich der Revision des Persönlichkeitsschutzrechts (1983) überlebt. Sie macht - im Rahmen einer exklusiven Kausalhaftung des Gemeinwesens! - den Anspruch auf Genugtuung noch immer von einem Verschulden des Beamten abhängig. In einem Gesetz, welches bei der Modernisierung der Staatshaftung vor bald fünfzig Jahren eine Vorreiterrolle gespielt hat, ist diese Regelung doppelt anachronistisch und daher auch aus materiellen Gründen aufzugeben.

4.2.11.05 Artikel 9

In Absatz 1 wird die bisher auf "Ansprüche des Bundes" gegen Beamte gemäss den Artikeln 7 und 8 (d.h. Regress- und Ersatzansprüche für dem Bund direkt zugefügten Schaden) beschränkte Verweisung auf die Bestimmungen des OR durch eine Globalverweisung auf den neuen Allgemeinen Teil ersetzt. Es handelt sich um eine Standardformel, die in allen Spezialgesetzen übernommen werden kann.

Absatz 2 von Artikel 9 enthält eine Besonderheit, welche die gegenüber dem Bund haftbaren Beamten im Vergleich zum ordentlichen Schadenersatzrecht ("in Abweichung von Artikel 50 des Obligationenrechts") privilegiert: für sie gilt bei Haftungskonkurrenz nicht Solidar- sondern Anteilshaftung. Ob man dieses Privileg beibehalten will oder nicht, ist eine politische Frage; die Verfasser des Vorentwurfs schlagen von sich aus keine Änderung vor. Die Neufassung der Bestimmung hat daher lediglich redaktionellen Charakter. Man kann sich allerdings fragen, ob die neue Umschreibung des Grundsatzes der Solidarität in Artikel 53*b* Absatz 2 VE (vgl. vorne Ziff. 2.6.4.3) das Problem nicht schon so weitgehend entschärft, dass auf eine weitere Differenzierung hier verzichtet werden könnte.

4.2.11.06 Artikel 10

> Absatz 1 (in der Fassung des revidierten OG vom 4.10.1991, in Kraft seit 1.1.1994) regelt das besondere Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Bund (wie auch von Ansprüchen des Bundes gegenüber Dritten); diese Ordnung wird durch die Haftpflichtrechtsrevision nicht berührt.

Der Vorschlag, den Absatz 2 dieser (inzwischen durch Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 mit Wirkung auf den 1. Januar 1994 bereits einschränkend revidierten) Bestimmung aufzuheben, um das Bundesgericht von erstinstanzlichen Prozessen und Beweisverfahren zu entlasten, entspricht der These 512-3 der Studienkommission (Bericht, a.a.O. [Anm. 39], V/12.1.3.3). Ob man in diesem Sinne weitergehen will, hängt indessen wesentlich von der im Gang befindlichen erneuten Revision des OG und allenfalls auch der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Bundesrechtspflege ab. Die Frage bleibt deswegen vorläufig offen.

4.2.11.07 Artikel 11

Artikel 11 betrifft die Fälle, wo "der Bund als Subjekt des Zivilrechts auftritt". Nach der im neuen Artikel 43 VE verankerten Regel ist dies, wo es um Haftungsfragen geht - und vorbehaltlich ausdrücklich angeordneter Ausnahmen - immer der Fall; die Frage bedarf also keiner zusätzlichen Klärung wie sie Absatz 1 des geltenden Artikels 11 VG enthält; die Bestimmung ist aufzuheben.

Der Ausschluss des Direktanspruchs gegenüber dem Beamten als unmittelbarem Schädiger ist bereits in Artikel 3 Absatz 3 statuiert und bedarf der besonderen Erwähnung in Absatz 2 nicht mehr, weil der Unterschied zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Haftung des Bundes grundsätzlich entfällt.

Aus demselben Grund wird auch Absatz 3 (Verweisung auf das interne Haftungsprivileg der Beamten gemäss den Art. 7 und 9) überflüssig.

4.2.11.08 Artikel 19

Hier geht es in Absatz 1 grundsätzlich nur um redaktionelle Anpassungen, die durch die Änderungen der Artikel 3 und 9 sowie die Streichung der Artikel 4 - 6 erforderlich werden.

Im Einleitungssatz braucht das Erfordernis der "widerrechtlichen" Schadenszufügung nicht mehr ausdrücklich erwähnt zu werden: dieses ist ja in Artikel 3 Absatz 1, auf welchen in Buchstabe a ausdrücklich verwiesen wird, bereits als allgemeine Voraussetzung erwähnt; zum selben Ergebnis führt subsidiär die Globalverweisung in Artikel 9 Absatz 1, die sich auch auf Artikel 41 Absatz 2 i.V.m. Artikel 46 VE bezieht,

Schliesslich kann die Redaktion von Buchstabe a auch sprachlich verbessert werden: Die gegenwärtige Fassung erweckt den Eindruck, als ob der "Dritte" und der "Geschädigte" zwei verschiedene Subjekte wären, was offensichtlich nicht zutrifft; auf den Satzteil "Für den einem Dritten zugefügten Schaden ..." kann daher verzichtet werden. Aus der Gegenüberstellung der Buchstaben a und b geht deutlich genug hervor, dass zwischen der Schädigung aussenstehender Personen und einer solchen des Bundes unterschieden werden soll.

4.2.11.09 Artikel 20

Abgesehen von redaktionellen Korrekturen geht es hier materiell um die Übernahme der neuen Verjährungsregeln (Art. 55 ff. VE) in den Bereich des VG.

Auf ersten Blick ist auch diesbezüglich kein zwingender Grund für ein Sonderregime erkennbar, so dass die Fristen in Absatz 1 denjenigen von Artikel 55 VE anzupassen sind; dasselbe gilt für die neue Umschreibung des Zeitpunktes, von dem an die absolute Verjährung bzw. Verwirkung läuft. Vertretbar wäre auch eine Lösung, bei der Artikel 20 Absatz 1 vollständig aufgehoben würde mit der Begründung, die Globalverweisung in Artikel 9 Absatz 1 rev.VG gelte auch für diese Frage. Die Autoren des Vorentwurfs sehen von einer solchen Streichung aus zwei Gründen ab:

1) besteht ein gewisser, wenn auch nicht fundamentaler Unterschied darin, dass das VG anstelle der relativen Verjährung eine Verwirkung vorsieht;

2) stünden die Absätze 2 und 3 ohne die Einleitung des Absatzes 1 systematisch im luftleeren Raum; oder es müsste eine völlig neue Systematik gesucht werden, was den Rahmen der Haftpflichtrechtsreform sprengen würde.

Für den Beginn der relativen Frist wurde bisher nur die "Kenntnis des Schadens", nicht auch diejenige "von der Person des Ersatzpflichtigen" verlangt - wohl, weil klar schien, dass dies immer der Bund sein müsse. Das ist indessen nicht so selbstverständlich; der Bund kann durchaus als Ersatzpflichtiger neben Anderen in Frage kommen, ohne dass dies der geschädigten Person bereits bekannt ist. Unter diesen Umständen scheint es tunlich, auch diesbezüglich die Formulierung von Artikel 55 Absatz 1 VE zu übernehmen.

4.2.11.10 Artikel 21

Es handelt sich um die Anpassung an die entsprechende Bestimmung von Artikel 55*c* AT betreffend die Verjährung von Rückgriffsansprüchen. Für die Beibehaltung und Umformulierung der Bestimmung sprechen ähnliche Gründe wie bei Artikel 20. Zu erwähnen ist hier, dass über die allgemeine Verweisung in Artikel 9 Absatz 1 VG Artikel 55*c* Absatz 2 auch gilt für den Rückgriff des Bundes gegen Personen, für die er nach aussen einzustehen hat: er hat demnach die ihm bekannten potentiellen Rückgriffsschuldner(innen) über einen möglichen Regress zu avisieren, ansonsten die Verjährung seines Rückgriffsanspruchs bereits mit dem Zeitpunkt der versäumten Benachrichtigung zu laufen beginnt.

Allerdings könnte sich materiell und politisch die Frage stellen, ob man - auch bei einer grundsätzlich parallelen Verjährungsregelung im VG und im OR - beim Rückgriffsanspruch des Bundes eine gewisse Privilegierung des Beamten als Regressschuldner beibehalten und dementsprechend hier bei der einjährigen Frist (für die relative Verjährung) bleiben will. Für die Verfasser des Vorentwurfs ist dies indessen nicht zwingend, da die wesentliche Privilegierung bereits in dem Umstand liegt, dass der Beamte nur bei Grobfahrlässigkeit oder Absicht (Art. 7) überhaupt belangt werden kann und von der Direktklage Aussenstehender abgeschirmt wird.

4.2.11.11 Artikel 23

Die soeben zu Artikel 21 erörterte materielle Frage stellt sich in ähnlicher Weise bei der Bestimmung von Absatz 1, wo es um originäre Ersatzansprüche des Bundes gegen Beamte bzw. Organe oder Angestellte von Organisationen i.S. von Artikel 19 VG geht. Hier ist indessen die Privilegierungsabsicht offenkundig, mindestens bei der absoluten Verjährung, wo die Frist gegenüber dem Regressfall von Artikel 21 um die Hälfte - und nach neuem Recht sogar um ¾ - kürzer ist. Das ist auch der Grund, weshalb die Verfasser des Vorentwurfs hier zögern, an der Sonderlösung des VG etwas zu ändern. Es bleibt daher bei redaktionellen Anpassungen.

Absatz 2 hingegen ist - wenn man im Allgemeinen Teil die Vorschrift des gegenwärtigen Artikel 60 Absatz 2 OR fallen lässt (vgl. vorne Ziff. 2.8.4.2) - ebenfalls aufzuheben. Zwar könnte man angesichts der sehr kurzen Frist von Absatz 1 argumentieren, man müsse mindestens den krassen Fall strafrechtlich relevanten Verhaltens vorbehalten. Diese Gründe wiegen nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfs indessen nicht schwer genug, um die problematische Regel hier beizubehalten und eine Abweichung gegenüber dem Allgemeinen Teil zu rechtfertigen.

4.2.12 Verwaltungsverfahren (VwVG)

Artikel 55

Absatz 4 dieser Bestimmung enthält für Fälle des ungerechtfertigten Entzugs der Suspensivwirkung einer Beschwerde und für solche der Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung bei einem Gesuch um Wiederherstellung eine spezielle Haftungsnorm zulasten des Gemeinwesens oder der autonomen Anstalt, in

deren Namen die entsprechende Beschwerdeinstanz verfügt (oder eben nicht verfügt) hat. Zweck dieser Vorschrift ist es, die Schwelle der Rechtswidrigkeit gegenüber dem "normalen" Staatshaftungsrecht bis zum Willkürpegel hinaufzusetzen, um der zuständigen Behörde bei der Interessenabwägung einen ausreichenden Spielraum zu gewähren.

Die Anpassung der Vorschrift im Rahmen der Haftpflichtrechtsreform entspricht nicht einer zwingenden Notwendigkeit; es liesse sich durchaus die Auffassung vertreten, für Einzelheiten und Modalitäten dieses Sonderfalls der Staatshaftung gelte - wie bisher und bisher auch ohne besondere Verweisung - das Verantwortlichkeitsgesetz und damit, kraft der neuen Globalverweisung in Artikel 9 VG (vgl. vorstehend Ziff. 4.2.11.05), auch der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts. Letzteres könnte insbesondere von Bedeutung sein, wenn etwa im Rahmen von Artikel 55 Absatz 4 VwVG ein Genugtuungsanspruch zur Diskussion stünde; auch eine willkürliche Handhabung der aufschiebenden Wirkung braucht nicht unbedingt schuldhaft zu sein und könnte jetzt trotzdem Anlass zur Kompensation des moralischen Schadens geben. - Angesichts der Eigenart der Bestimmung und ihres derogierenden Charakters mag es sich aber rechtfertigen, durch Verweisung auf das VG redaktionell klarzustellen, dass im übrigen die allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts auch hier Geltung haben sollen.

4.2.13 Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (öBG)

Das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen ist in Ausführung des von der Schweiz am 4. Dezember 1995 ratifizierten GATT-Übereinkommens (SR 0.632.231.422) am 16. Dezember 1994 vom Parlament verabschiedet worden und am 1. Januar 1996 in Kraft getreten. Es regelt das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge und will dadurch die Gleichbehandlung der Anbieter gewährleisten. Die Verträge, die aufgrund einer Auftragsvergabe mit den Anbietern abgeschlossen werden, unterstehen grundsätzlich dem Privatrecht.

Das Gesetz enthält zwei haftungsrechtlich relevante Bestimmungen: nach Artikel 34 haften der Bund oder die in Artikel 2 öBG bezeichneten Auftraggeberinnen unter bestimmten Voraussetzungen und in einem bestimmten Umfang für Schaden, den sie durch eine rechtswidrige Verfügung verursacht haben, während Artikel 35 das Verfahren regelt. Diese Haftungsbestimmungen weichen teilweise von den Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG; vgl. vorne Ziff. 4.2.11) ab.

> Artikel 34
>
> Diese Bestimmung legt in Absatz 1 den Grundsatz der Haftung des Bundes bzw. der Auftraggeberinnen für Schäden fest, welche durch Verfügungen im Rahmen der Vergabeprozedur verursacht worden sind, deren Rechtswidrigkeit[1581] im Beschwerdeverfahren nach den Artikeln 32 Absatz 2 und 33 öBG durch die Rekurskommission festgestellt worden ist. Sie ist als Spezialnorm unproblematisch und entsprechend unverändert zu übernehmen.

[1581] Bemerkenswert ist, dass die französische Fassung von Art. 34 Abs. 1 öBG den Begriff der Rechtswidrigkeit nicht etwa mit "illicéité" sondern mit "non-conformité au droit" wiedergibt. Der französische Botschaftstext (FF 1994 IV 1240 f.) spricht sogar von "actions illégales".

Die Abweichung gegenüber dem VG liegt darin, dass nach Absatz 2 nur das negative Interesse und auch dieses nur partiell ersatzfähig ist ("Aufwendungen, die dem Anbieter oder der Anbieterin im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind"). Der schweizerische Gesetzgeber hat damit von der Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch gemacht, die ihm in Artikel XX Ziffer 7 Buchstabe c des genannten GATT-Übereinkommens eingeräumt wird. Die Regelung ist wahrscheinlich nicht eurokompatibel[1582]. Sie widerspricht aber auch dem Prinzip des (privat- und öffentlich-rechtlichen) Haftungsrechts, wonach (abgesehen von den Tatbeständen der Gefährdungshaftung, vgl. Artikel 45 Absatz 3 VE) für den gesamten adäquat verursachten Schaden, einschliesslich des entgangenen Gewinns, Ersatz geschuldet wird - bei gegebener Rechtswidrigkeit auch dann, wenn er sich in Form von "reinem Vermögensschaden" präsentiert. Nachdem die Norm aber erst kürzlich und zudem nach einer eingehenden Auseinandersetzung im Nationalrat offensichtlich bewusst so formuliert worden ist, sollte sie nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfes ohne Not nicht schon jetzt wieder geändert werden.

Absatz 3 verweist für alle nicht geregelten haftungsrechtlichen Fragen (etwa für Ersatzansprüche aus anderen als den in Artikel 34 öBG vorgesehenen Gründen oder für das Rückgriffsrecht gegen Beamte und/oder Angestellte der Auftraggeberinnen usw.) auf das Verantwortlichkeitsgesetz. Indirekt (nämlich über den neuen Artikel 9 Absatz 1 VG in der unter Ziff. 4.2.11.05 hievor vorgeschlagenen Fassung) wird damit auch auf den Allgemeinen Teil generell verwiesen.

Es bedarf deshalb keiner zusätzlichen ausdrücklichen Verweisung auf das Obligationenrecht.

Artikel 35

Die Absätze 1 und 2 enthalten Verfahrensbestimmungen, die dem Regelungsgegenstand des öBG eigen sind und deshalb beibehalten werden sollten.

4.2.14 Beamtengesetz (BtG)

Artikel 48

Die Bestimmung wird hier lediglich *pro memoria* erwähnt, um daran zu erinnern, dass die Studienkommission in ihrem Bericht (Anhang I, S.202) eine Anpassung der Absätze 5 und 5^{bis} (Subrogation der Pensionskasse des Bundes) gemäss ihren Thesen zum Verhältnis zwischen Haftpflicht und Sozialversicherung (namentlich Thesen 62-1und 62-2) gefordert hatte. Gesetzgebungssystematisch wären diese Anpassungen im Rahmen des gegenwärtig im Parlament hängigen Gesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vorzunehmen.

Für den Fall, dass dieses Gesetz binnen absehbarer Zeit nicht zustandekommen sollte und im Hinblick auf den in Vorbereitung befindlichen Entwurf eines Bundespersonalgesetzes (BPG; vgl. Art. 26 des Entwurfes vom 14. Dezember 1998, in: BBl 1999 II 1623 und 1646) wird hier in Anlehnung an die parallele Bestimmung im neusten Sozialversicherungserlass (KVG Art. 79; vgl. auch hinten Ziff. 4.2.50) und eine Bestimmung folgenden Inhalts vorgeschlagen:

[1582] Vgl. Michel N., La réparation du préjudice du soumissionaire évincé (De l'incompatibilité du droit suisse avec les directives communautaires), in: Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André-Junod, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, S. 279 ff.

Artikel X Eintritt in die Rechte des Personals

[1]Gegenüber Personen, die für die Krankheit, den Unfall, die Invalidität oder den Tod einer angestellten Person haften, tritt der Bund als Arbeitgeber bis zum Betrag seiner Leistungen in die Rechte der betroffenen Person oder ihrer Hinterbliebenen ein.

[2]Ein Rückgriffsanspruch steht dem Bund gegen den Ehegatten der angestellten Person, ihre Verwandten in auf- und absteigender Linie oder mit ihr in gemeinsamem Haushalt lebende Personen nur zu, wenn sie die Arbeitsverhinderung absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt haben.

[3]Im übrigen gelten die Bestimmungen des Obligationenrechts über das Vorrecht der geschädigten Person gegenüber dem Rückgriff des Versicherers* sinngemäss.

* SR 220, Artikel 54*b*.

4.2.15 Zivilgesetzbuch (ZGB)

4.2.15.01 Artikel 46

Diese Bestimmung (ursprünglich Art. 42 ZGB) ist bereits im Rahmen der letzten Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstands-, Eheschliessung- und Scheidungsrechtsrevision) vom 26. Juni 1998[1583] geändert worden; sie orientiert sich nach den Erläuterungen in der Botschaft[1584] an Artikel 429*a* ZGB (Haftung auf dem Gebiet der fürsorgerischen Freiheitsentziehung) als der jüngsten (1981) im Bundesrecht kodifizierten Staatshaftungsbestimmung. Im vorliegenden Vorentwurf wird versucht, für alle Erscheinungsformen von bundesrechtlich angeordneter Haftung des Kantons eine möglichst einheitliche Formulierung zu finden, die insbesondere auch im Grundbuch- und Handelsregisterwesen (vorne Ziff. 4.2.011) verwendbar sein soll.

In Absatz 1 wird der Grundsatz einer direkten und verschuldensunabhängigen Haftung des Kantons für jeglichen Schaden (Vermögensschaden oder immaterieller Schaden) statuiert, der durch die Führung der betreffenden Register und durch sämtliche damit zusammenhängenden Aktivitäten verursacht wird. Die Bezeichnung des Haftungssubjekts (hier: des Kantons) gehört - im Gegensatz zur Fassung gemäss ZGB-Revision - bereits in den Grundtatbestand des Absatzes 1, und sollte nicht erst im Zusammenhang mit dem Rückgriff in Absatz 2 zur Sprache kommen.

Mit der Wendung "verursacht ... durch" wird klargestellt, dass ein funktionaler Zusammenhang mit der betreffenden amtlichen Tätigkeit bestehen muss. Dabei wird - im Gegensatz zur Formulierung des neuen Artikel 46, aber in Anlehnung an die seit 1912 geltende grundbuchrechtliche Regel von Artikel 955 Absatz 1 ZGB[1585] - bewusst darauf verzichtet, die unmittelbar handelnden ("im Zivilstandswesen tätigen") Personen (d.h.: Beamte, Angestellte, Mitglieder von Aufsichtsbehörden etc.) ausdrücklich zu erwähnen, weil diese im Aussenverhältnis - d.h. gegenüber der geschädigten Person - haftungsmässig gar nicht als Individuen in Erscheinung treten sollen, sondern lediglich als verlängerte Arme des Staates, dessen Organisationsrisiko sie verwirklichen. Die Haftung ist

---

1583 BBl 1998 IV 3491 ff. (Referendumsvorlage); Botschaft: BBl 1996 I 1 ff.

1584 a.a.O. Ziff. 212.2, S. 55.

1585 Vgl. dazu Widmer P., La revision du droit de la responsabilité civile vue sous l'angle de l'article 955 du code civil : ZBGR 1995, S. 345 ff.

"kausal", d.h. vom Verschulden der unmittelbar handelnden Person bzw. ihrer Vorgesetzten unabhängig. Hingegen soll sie nur für "widerrechtlich" verursachte Schäden Platz greifen, d.h. für solche, welche entweder aus dem Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut oder - im Sinne von Artikel 46 Absatz 2 VE - aus dem Verstoss gegen ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung (Amtspflicht) oder gegen den Grundsatz von Treu und Glauben entstehen[1586].

Unnötig ist eine explizite Erwähnung des Genugtuungsanspruchs wie sie Artikel 46 Absatz 1 in der Fassung vom 26. Juni 1998 enthält. Indem der Kanton nach der hier vorgeschlagenen Formulierung "für allen Schaden" haftbar gemacht wird, ist die Wiedergutmachung immaterieller Unbill - sofern deren Voraussetzungen (Art. 45*e* VE) erfüllt sind - eo ipso inbegriffen (vgl. vorne Ziff. 4.1). Zum gleichen Ergebnis käme man auch über die Generalverweisung im neuen Absatz 4.

Absatz 2 regelt den Rückgriff in der Weise, dass er - wie im Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes und in zahlreichen kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzen - nur zulässig sein soll, wenn der Person, die den Schaden verursacht hat, ein qualifiziertes Verschulden - Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit - zur Last gelegt werden kann. Das entspricht - abgesehen von der Erwähnung des Kantons als Haftungssubjekt und kleinen redaktionellen Unterscheiden - auch dem neuen Artikel 46 Absatz 2 ZGB in der Fassung vom 26. Juni 1998.

Absatz 3 verdeutlicht - in Anlehnung an Artikel 3 Absatz 3 VG (vorstehend Ziff. 4.2.11.01) - dass die Haftung des Kantons eine exklusive ist. Zwar liesse sich dies allenfalls als allgemeiner und daher selbstverständlicher Grundsatz der modernen Staatshaftung bezeichnen oder auch interpretatorisch aus der Regel über den Rückgriff in Absatz 2 ableiten, wie es offenbar die gegenwärtig gültige Fassung vom 26. Juni 1998 impliziert. Nachdem es sich aber hier - wie nachfolgend auch im Rahmen von Artikel 426, 849 und 955 ZGB, von Artikel 5 SchKG sowie bei Artikel 928 OR[1587] - um eine vom Bund dem Kanton auferlegte Staatshaftung handelt, mag es sich rechtfertigen, diesen Aspekt besonders hervorzuheben. Jedenfalls scheint diese Aussage auch aus praktischer Sicht bedeutsamer als die Selbstverständlichkeit, dass für Personen mit Zivilstandsfunktionen, die vom Bund angestellt sind, nicht der Kanton, sondern der Bund einzustehen hat, und dass diesfalls das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes anwendbar ist. Sollte die Bestimmung des gegenwärtigen Absatz 3 von Artikel 46 ZGB als unerlässlich empfunden werden, so wäre eine entsprechende Norm auch im Grundbuch- und Handelsregisterrecht einzufügen, wo es auf Bundesebene gleichfalls Amtsstellen mit entsprechenden Koordinations- und Aufsichtsfunktionen gibt.

Absatz 4 schliesslich enthält eine Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts. Das müsste an sich auf Grund der neuen Bestimmung in Artikel 43 VE ohnehin gelten; trotzdem empfiehlt sich angesichts der etwas speziellen Konstellation, wo das Bundesrecht eine kantonale Staatshaftung vorschreibt, eine ausdrückliche Erwähnung.

[1586] Vorne 2.3.3.3.

[1587] Vorne 4.2.011.

4.2.15.01bis Artikel 55 Absatz 2

An dieser Bestimmung ändert sich äusserlich nichts. Erwähnenswert ist aber an dieser Stelle doch, dass die neue Organisationshaftung nach Artikel 49*a* VE den Unterschied zwischen Organ und Hilfsperson aufhebt, wie dies heute schon bei den Kausalhaftungstatbeständen des ZGB und OR sowie der Spezialgesetzgebung der Fall ist und vor allem auch im Rahmen der Generalklausel der Gefährdungshaftung der Fall sein wird. Es kommt also für die Haftung einer juristischen Person, welche beim "Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten" durch einen Organisationsmangel Schaden verursacht, künftig nicht mehr darauf an, welche Stellung der unmittelbare Verursacher der Schädigung in dieser Korporation innehat.

4.2.15.02 Artikel 426 - 430 sowie 454 und 455

Mit der einen neuen Bestimmung über die Haftung im Vormundschafts- und künftigen Betreuungsrecht sollen alle bisher in sieben Artikeln enthaltenen Regeln zusammengefasst bzw. ersetzt werden. Sie führt zur Aufhebung der Artikel 427 - 430 und damit zum Schrumpfen des 4. Abschnitts des 11. Titels auf einen einzigen Artikel. Materiell ist diese Richtung in den Vorschlägen der Expertengruppe zur Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts[1588] bereits angedeutet; in Artikel 429*a* ZGB wurde sie zudem - wie im Zusammenhang mit Artikel 46 (alt 42) ZGB (vgl. vorne Ziff. 4.2.15.01) erwähnt - im Bezug auf die fürsorgerische Freiheitsentziehung bereits positivrechtlich vorweggenommen. Im Rahmen dieses Vorentwurfes wird im übrigen auf Einheitlichkeit mit den Parallelbestimmungen (Art. 42, 849 und 955 ZGB sowie Art. 928 OR und Art. 5 SchKG) geachtet.

Absatz 1 führt - anstelle der geltenden persönlichen Kaskaden- und Ausfallhaftung der unmittelbar handelnden und der Aufsichtsorgane sowie subsidiär auch der beteiligten Gemeinwesen - die primäre und verschuldensunabhängige Staatshaftung des Kantons ein. Diese Haftung soll - analog zu dem zu Artikel 46 ZGB Ausgeführten - für jene Schäden (Vermögensschäden oder immaterielle Schäden) bestehen, die in funktionalem Zusammenhang mit der Erfüllung vormundschafts- bzw. "betreuungs-" rechtlicher Aufgaben verursacht werden.

Neben dieser funktionsspezifischen Kausalität - man könnte auch von der Verwirklichung der für diesen Bereich charakteristischen "Betriebs- bzw. Organisationsgefahr" sprechen - wird hier als weitere Voraussetzung ebenfalls "Widerrechtlichkeit" verlangt; das bedeutet, bezogen auf den geltenden Artikel 426 ZGB (sofern nicht ein Eingriff in absolut geschützte Persönlichkeitsgüter oder dingliche Rechte die Rechtswidrigkeit per se begründet): Verletzung der "Regeln einer sorgfältigen Verwaltung"; im Zusammenhang mit der fürsorgerischen Freiheitsentziehung ergäbe sich die Widerrechtlichkeit (wenn nicht *a priori* aus einer Persönlichkeitsverletzung) aus einer "Amtspflichtverletzung" bei unbegründeter Anordnung (Ermessensmissbrauch, Aktenwidrigkeit, Verletzung von Verfahrensregeln).

Absatz 2 enthält die in modernen Verantwortlichkeitgesetzen klassische Rückgriffsregel, wonach das haftbare Gemeinwesen auf seine Organe, Beamten und andere Personen, welche mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraut sind,

---

[1588] Bericht der vom Bundesamt für Justiz im Hinblick auf die Revision des Vormundschaftsrechts eingesetzte Expertengruppe vom Juli 1995, II/1.6, S. 67 ff. und Thesen 1.5.6, S.147.

Regress nur nehmen können soll, wenn diesen Personen ein schwerer Vorwurf gemacht werden kann. Ihre Tätigkeit soll nicht unter dem steten Damoklesschwert einer Rückgriffsklage für Fehler und Irrtümer stehen, die auch einer zuverlässigen und gewissenhaften Person in derselben Funktion unterlaufen können.

Absatz 3 bekräftigt die Exklusivität der Staatshaftung bzw. den Ausschluss des Direktanspruchs gegen das Individuum, welches den Schaden unmittelbar und persönlich verursacht hat; ob schuldhaft gehandelt wurde oder nicht, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

Absatz 4 enthält für alle Modalitäten eine generelle Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts. Die bisher in Artikel 428 und 429 geregelten Fragen der Haftung mehrerer vormundschaftlicher Organe stellen sich im Rahmen der neuen exklusiven Staatshaftung nicht mehr in derselben Weise; sie könnten allenfalls bei einem Regress des Kantons gegen eine Mehrheit verantwortlicher Personen aktuell werden und wären dann nach den Grundsätzen von Artikel 53*c* VE zu lösen.

Nicht aufrechterhalten lässt sich beim neuen System Artikel 430 ZGB, der Verantwortlichkeitsfälle vormundschaftsrechtlicher Natur ausdrücklich dem Zivilrichter zuweist. An sich liegt er aber durchaus auf der Linie des Vorentwurfs, der ja eine möglichste Vereinheitlichung von zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Haftung anstrebt; man könnte also sogar daran denken, Artikel 430 ZGB zu generalisieren, sofern dies nicht als allzu massiver Eingriff in die kantonalen Kompetenzen hinsichtlich Gerichtsorganisation und Verfahren betrachtet würde.

Es gibt auch keinen ausreichenden Anlass, die Verjährung im Bereich der vormundschaftsrechtlichen Haftung (gegenwärtig Art. 454 und 455 ZGB) abweichend von den in Artikel 55 ff. VE vorgeschlagenen allgemeinen Bestimmungen zu regeln. Das gilt für die relative Verjährung, wo die Voraussetzung der "Kenntnis des Schadens" (der Haftpflichtige lässt sich unter dem neuen Regime leicht eruieren) in der Regel das Vorliegen einer Schlussrechnung notwendig machen wird; es gilt aber auch für die absolute Verjährung, wo nunmehr das Ende der schadenstiftenden vormundschaftlichen Massnahme als Termin, "an dem die Schädigung ein Ende gefunden hat" zu betrachten und nicht mehr auf die Zustellung der Schlussrechnung abzustellen sein wird. Das scheint auch den Vorstellungen der Expertengruppe zur Revision des Vormundschaftsrechts zu entsprechen[1589]. Die Aufhebung dieser beiden Bestimmungen verkürzt auch den Dritten Abschnitt des Zwölften Titels des ZGB, hat aber systematisch keine weiteren Auswirkungen, da der nachfolgende Artikel 456 bereits im Zug der SchKG-Revision (1994; vgl. hinten Ziff. 4.2.28) aufgehoben worden ist.

4.2.15.03 Artikel 849

Diese Bestimmung sieht eine Haftung des Kantons für unsorgfältige Schätzung des amtlichen Wertes von Grundstücken zwecks Errichtung einer Gült vor. Wegen der geringen praktischen Bedeutung der Gült ist auch sie kaum je zur

---

[1589] Vorstehend Anm. 1588; vgl. den dort zit. Bericht II/1.6.1.5., S. 70, und These 1.5.6/4.

Anwendung gekommen. Die Lehre geht davon aus, dass es sich zwar um eine primäre, aber vom Verschulden der "fehlbaren" Beamten abhängige Staatshaftung handelt. Diese ist daher dem jetzt durchgängig (hievor für das Handelsregister-, das Zivilstands- und das Vormundschaftswesen, hienach für die Grundbuchführung sowie im Rahmen des Schuldbetreibungs- und Konkurswesens) anerkannten Konzept der Kantonshaftung anzugleichen. Dass der Kanton haftet, ist im übrigen auch im Randtitel entsprechend klarzustellen, wo heute von Haftung "des Staates" die Rede ist - in einem Bundesgesetz zumindest keine eindeutige Wendung.

Absatz 1 wird in Anlehnung an die entsprechenden Bestimmungen von Artikel 46 und 426 formuliert, allerdings mit einem Anklang an die geltende Sorgfaltshaftung, indem als Anknüpfungstatbestand und Widerrechtlichkeitselement die "mangelhafte Schätzung" erwähnt wird. Gemeint ist indessen ein objektiver Organisationsmangel in Analogie zu Artikel 49*a* VE; ein Verschulden der unmittelbar handelnden Person oder ihrer Vorgesetzten ist nicht erforderlich.

Absatz 2 sieht in der heutigen Fassung ein unbeschränktes Rückgriffsrecht des Kantons gegen die "fehlbaren Beamten" vor. Der Revisionsvorentwurf schlägt auch hier eine Angleichung an die im Staatshaftungsrecht heute generell geltende Regel vor, wonach das Gemeinwesen auf seine Beamten, Angestellten oder auf Personen, die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben beigebogen werden, nur zurückgreifen soll, wenn diese sich einen subjektiv schwerwiegenden Vorwurf (Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit) entgegenhalten lassen müssen.

Absatz 3 enthält wiederum den Ausschluss des Direktanspruchs gegen die Person(en), welche den Schätzungsfehler begangen haben.

Der neue Absatz 4 enthält die in allen Parallelbestimmungen übliche Gesamtverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts.

4.2.15.04 Artikel 955

Artikel 955 ZGB über die Verantwortlichkeit des Kantons für Schäden, die durch fehlerhafte Grundbuchführung verursacht werden, hat den Verfassern des Vorentwurfes trotz seines relativ hohen Alters als Vorbild für alle Fälle gedient, in welchen die Kantone mit der Durchführung von Bundesaufgaben im Rahmen des Zivilrechts auch die Verantwortung für Schäden zu übernehmen haben, die im Rahmen dieser Aktivitäten entstehen können. Dementsprechend erfährt die Bestimmung materiell nur geringfügige Änderungen.

In Absatz 1, wo der Haftungsgrundsatz statuiert wird, ist der Eingriff rein redaktioneller Art: der Wortlaut wird an die bereits in Artikel 46, 426 und 849 ZGB hievor verwendete Standardformel angepasst, in der namentlich nur noch von einem verantwortlichen Kanton (anstelle von "Kantonen" in der Mehrzahl) gesprochen wird und - im Sinne von Doktrin und Rechtsprechung[1590] - neben der eigentlichen "Führung des Grundbuchs" - auch annexe Aufgaben einbezogen werden.

[1590] Vgl. insbesondere Deschenaux H./Weber F., Das Grundbuch, in: SPR V.III.1, Basel 1988, § 12 II/1, S. 181 ff..; Steinauer P.-H., a.a.O. (Anm. 27), N. 608 ff.., S. 166 f.; Simonius P./Sutter Th., Schweiz. Immobiliarsachenrecht Bd.I, Basel/Frankfurt a.M. 1995, § 7/5, Rz. 68, S. 215 f.

Absatz 2 weicht dagegen in seiner heute geltenden Formulierung von der üblichen restriktiven Regelung des Regresses insofern ab, als dieser dem Kanton bei jedwelchem Verschulden des fehlbaren Bediensteten oder Organs offenstehen soll. Im Rahmen der Revision ist diese Bestimmung auf die entsprechenden Parallelvorschriften von Artikel 46, 426 und 849 ZGB sowie Artikel 928 OR und Artikel 5 SchKG abzustimmen, die alle nach dem Vorbild von Artikel 7 VG den Rückgriff auf Fälle von Absicht und grober Fahrlässigkeit beschränken.

Absatz 3 enthält die ausdrückliche Anerkennung des Prinzips der primären und exklusiven Staatshaftung[1591] und ersetzt damit den überflüssigen unechten Vorbehalt im geltenden Text, wonach die Kantone von ihren Beamten und Angestellten Sicherstellung für allfällige Regressansprüche verlangen können.

Absatz 4 enthält wiederum die stereotype Verweisung auf die Bestimmungen des Allgemeinen Teils.

4.2.16 Eisenbahnhaftpflichtgesetz (EHG)

Das EHG ist insgesamt aufzuheben. Es ist das älteste Haftpflichtgesetz des Bundesrechts, denn die geltende Fassung vom 28. März 1905 hat mit unbedeutenden Änderungen das Original vom 1. Juli 1875 abgelöst. In den vergangenen Jahren bildete das EHG Gegenstand zunehmender Kritik[1592] und seine Revision wurde in mehreren parlamentarischen Vorstössen[1593] gefordert; politisch war diese Forderung gar einer der frühesten Auslöser für die Gesamtrevision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts.

Insbesondere wird die Regelung beanstandet, wonach es für das Haftungsregime bei Sachschäden darauf ankommen soll, ob die geschädigte Person gleichzeitig auch eine Körperverletzung erlitten hat; nur dann gilt einheitlich die Bahn-Gefährdungshaftung, sonst muss der Unternehmung ein Verschulden nachgewiesen werden (Art. 11 EHG). Eines Verschuldens seitens der Unternehmung oder ihrer Hilfspersonen bedarf es auch für die Zusprechung einer Genugtuung (Art. 8 EHG).

Systemfremd sind auch die pönalen Ausschluss- und Befreiungsgründe in Artikel 6 und 7 EHG; eine strafbare Handlung oder die Übertretung bahnpolizeilicher Vorschriften kann unter Umständen als Selbstverschulden gewürdigt werden und unter diesem Titel zur Reduktion des Schadenersatzes oder in Ausnahmefällen - wo es die Bahngefahr als adäquate Schadensursache völlig in den Hintergrund drängt - gar zur vollen Entlastung führen. Abgesehen davon, d.h. von ihrer adäquanzmindernden oder -aufhebenden Wirkung, sind Verstösse der geschädigten Person gegen strafrechtliche Normen haftpflichtrecht-

---

[1591] Deschenaux H., a.a.O. (Anm. 1590), § 12 I/2b, S. 177 f.

[1592] Vgl. etwa Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S.220 ff., und neustens Gauch P., Die Haftpflicht der Eisenbahnen - Haftung nach Eisenbahnhaftpflichtgesetz, in: Strassenverkehrsrechtstagung 1998, Freiburg i.Ue. 1998.

[1593] Postulat Cadruvi (P 10470) vom 7.10.1970; Einfache Anfrage Burgener (98.1051) vom 27.4.1998.

lich irrelevant; "es gibt keine allgemeine Regel, wonach nur der Gesetzestreue selber Rechte auszuüben vermöchte"[1594].

Im übrigen regelt das Gesetz lauter Fragen, für die nunmehr der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts gelten soll. Das trifft zu für die ersatzfähigen Schadensposten bei Tötung und Körperverletzung (Art. 2 und 3 EHG = Art. 45*a* und 45*b* VE), für die Kriterien der Schadenersatzberechnung und -bemessung (Art. 12 und 4/5 EHG = Art. 52 VE), die Art des Ersatzes (Art. 9 EHG = Art. 52*a* VE), den Rückgriff auf Mithaftpflichtige (Art. 18 EHG = Art. 53*c* VE), das Verhältnis zur Versicherung (Art. 13 EHG = Art. 54 ff. VE, insbesondere Art. 54*i* VE), die Verjährung (Art. 14 EHG = Art. 55 ff. VE), Freizeichnungen und missbräuchliche Vergleiche (Art. 16/17 EHG = Art. 57/58 VE) sowie Gerichtsstands- und Verfahrensvorschriften (Art. 19, 20 und 22 EHG = Art. 56 ff. VE).

Einzelne Bestimmungen sind demgegenüber nicht mehr zeitgerecht oder überflüssig: dies trifft namentlich zu auf Artikel 15 EHG (Unübertragbarkeit der aus der Eisenbahnhaftpflicht den Angestellten der Unternehmung zustehenden Ansprüche aus Tötung und Körperverletzung) sowie auf Artikel 21 EHG, wonach in der Konzession eine über das Gesetz "hinausgehende Haftpflicht" begründet werden kann; auf diese - rechtsstaatlich ohnehin problematische - Möglichkeit kann unter dem neuen Recht verzichtet werden, weil einerseits die inadäquaten Haftungeinschränkungen des alten EHG (namentlich Art. 6 und 7, 8 sowie 11) wegfallen und anderseits eine weitergehende als die umfassende Gefährdungshaftung schwer vorstellbar ist. Wollte der Gesetzgeber dagegen die Ersatzpflicht der Bahnunternehmung über Körper- und Sachschäden hinaus auf reine Vermögens- (z.B. Verspätungs-) schäden ausdehnen, so müsste er es ausdrücklich sagen (Art. 45 Abs. 3 VE); dazu ist aber - ausser im Transportrecht (nachfolgend Ziff. 4.2.37) - kein besonderer Anlass vorhanden.

An die Stelle des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes tritt eine neue Bestimmung im Eisenbahngesetz (nachfolgend Ziff. 4.2.36).

4.2.17 Produktehaftpflichtgesetz (PrHG)

Dieses auf einer EG-Direktive[1595] beruhende Spezialgesetz wird hier nur *pro memoria* erwähnt bzw. um zu begründen, weshalb im Rahmen der Gesamtrevision keine Änderungen an diesem Erlass vorgesehen werden.

In der Tat passt diese Haftung nicht besonders gut in die Landschaft des schweizerischen Schadenersatzrechts, obschon sie in ihrer Struktur grosse Ähnlichkeit mit der Haftung für Werkmängel gemäss Artikel 58 OR aufweist[1596]. Materiell problematisch sind insbesondere die Beschränkungen hinsichtlich Ersatzfähigkeit und Schadendeckung beim Sachschaden (Art. 1 Abs. 1 lit. b und Art. 6 PrHG). Gesetzestechnisch und -systematisch müssten für eine Harmonisierung mit dem Allgemeinen Teil, wie er in dieser Revision vorgeschlagen wird, einige Anpassungen vorgenommen werden.

[1594] Merz H., Votum am Juristentag 1967 in Neuchâtel, ZSR 1967 II 812, a.a.O. (Anm. 21); Stark E.W. a.a.O. (Anm. 31), S.34 f.

[1595] Richtlinie 85/374 vom 25. Juli 1985.

[1596] Für eine kritische Würdigung vgl. Widmer P., Grundlagen und Entwicklung der schweizerischen Produktehaftung(-en), a.a.O. (Anm. 60).

Abgesehen davon, dass das schweizerische PrHG - wie auch die Umsetzungserlasse der meisten europäischen Länder - wegen seiner Nachteile gegenüber dem klassischen Haftpflichtrecht (welches in Art. 13 der Richtlinie und Art. 11 des PrHG ausdrücklich vorbehalten wird) kaum praktische Bedeutung erlangt hat, scheint es auch schon deshalb nicht sinnvoll, an diesem Gesetz herumzulaborieren, weil die definitive Ausgestaltung der Richtlinie, an der sich die "autonome" schweizerische Kopie orientiert, noch nicht feststeht. Im Prinzip hätte nach den Artikeln 15 Absatz 2 und 16 Absatz 2 dieser Richtlinie die Kommission dem EU-Rat einen Bericht mit Vorschlägen zu den drei Punkten ausarbeiten sollen, in welchen der Text von 1985 den Mitgliedstaaten Wahlmöglichkeiten offenliess: a) hinsichtlich der Unterstellung von Naturprodukten und Jagderzeugnissen; b) hinsichtlich des Einbezugs des sog. "Entwicklungsrisikos" und c) hinsichtlich einer summenmässigen Haftungshöchstgrenze (gegenwärtig minimal 70 Mio. Euro). Nun hat zwar die Kommission im Dezember 1995 einen Bericht über die Anwendung der Richtlinie vorgelegt, in welchem sie feststellt, dass - bis auf Frankreich[1597] - alle Mitgliedländer die Richtlinie umgesetzt haben; einen konkreten Änderungsvorschlag hat sie indessen bisher einzig in Bezug auf die Unterstellung der landwirtschaftlichen Naturprodukte und der Jagderzeugnisse eingebracht. Mit der Verabschiedung der Richtlinie vom 10. Mai 1999[1598] haben das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union diesem Vorschlag zugestimmt.

4.2.18 Versicherungsvertragsgesetz (VVG)

Die Verfasser des Vorentwurfes haben Kenntnis davon, dass eine grundlegende Überarbeitung des VVG geplant ist. Zum Vorentwurf für eine erste Teilrevision ist im September 1998 - gleichzeitig mit einem neuen Versicherungsaufsichtsgesetz - ein Vernehmlassungsverfahren eröffnet worden; haftpflichtrechtlich relevante Bestimmungen des VVG werden allerdings von dieser Vorlage nicht berührt.

Im Rahmen der Haftpflichtrechtsreform soll daher immerhin ein Minimum an Änderungsvorschlägen eingebracht werden, nämlich solche, die sich unmittelbar aus dem Vorentwurf zu einem Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ergeben. Dieser enthält als wesentliche Neuerung auch zehn Artikel zum Verhältnis zwischen Haftpflicht und Privat-Versicherung (Art. 54 - 54*i* VE)[1599]. Unerlässlich ist die Anpassung des Artikel 72 VVG über den Rückgriff des Versicherers gegen haftpflichtige Drittpersonen, der mit der Regelung des Verhältnisses zwischen Haftpflicht und Schadensversicherung in den Artikeln 54 - 54*b* VE hinfällig bzw. durch eine blosse Verweisung auf das OR ersetzt wird (vgl. auch Art. 54*f* VE für die Haftpflichtversicherung). Ein weiterer Vorschlag betrifft Artikel 46 VVG. Abgesehen davon werden haftpflichtrechtsrelevante Probleme hier bloss signalisiert.

[1597] Bericht Com (95) 617 final vom 13. Dezember 1995. Der französische Umsetzungserlass ist inzwischen am 19. Mai 1998 (Loi No.98-389) - als Ergänzung zum Code civil (neue Art.1386-1 bis 1386-18) - verabschiedet worden.

[1598] Richtlinie 1999/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 1999 zur Änderung der Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, in: AB L 141 vom 4.6.1999, S. 20 f.

[1599] Vgl. vorstehend Ziff. 2.7.

4.2.18.01^semel Artikel 14 Absatz 3

Die Studienkommission hatte sich im Rahmen ihrer Stellungnahme zu den Haftungsprivilegien nach Artikel 44 UVG[1600] gefragt, ob die Bestimmung des VVG zu ändern sei, welche dem Versicherer eine Kürzung seiner Leistungen bei grob schuldhafter Verursachung des schädigenden Ereignisses durch Hausgenossen oder Hilfspersonen des Versicherungsnehmers oder Anspruchsberechtigten nur gestattet, wenn dieser seinerseits seine Sorgfaltspflicht in der Anstellung oder Aufnahme bzw. in der Beaufsichtigung des Schädigers grobfahrlässig verletzt hat.

Man hätte die Auffassung vertreten können, bei Aufhebung des Haftungsprivilegs von Arbeitgebern und Familienangehörigen im UVG sollte auch dem Privatversicherer - unter Vorbehalt des Quotenvorrechts des Geschädigten - eine Kürzung bzw. ein Rückgriff in weiterem Umfange gestattet werden.

Ob diese Konsequenz zwingend gezogen werden muss, kann dahingestellt bleiben, nachdem sich die Studienkommission dafür entschieden hatte, für die von Artikel 44 UVG anvisierten Fälle mindestens ein Regressprivileg beizubehalten (vgl. auch hinten Ziff. 4.2.50). Es besteht demzufolge kein unmittelbarer Anlass mehr, Artikel 14 Absatz 3 VVG zu ändern. Insbesondere ist diese Bestimmung mit den Vorschlägen des Vorentwurfs zum Verhältnis zwischen Haftpflichtrecht und Haftpflichtversicherung (insbesondere Art. 54*c* und Art. 54*h* VE - Einreden des Versicherers gegenüber dem Direktanspruch des Geschädigten bei nichtobligatorischer Haftpflichtversicherung; Rückgriff auf den Versicherungsnehmer oder den Versicherten im Falle des Obligatoriums) durchaus kompatibel. Ebenso verhält es sich mit dem Vorschlag in Artikel 54*a* Absatz 2 VE, der anstelle des aufgehobenen Absatz 3 von Artikel 72 VVG tritt und wonach der Richter den Regress des Versicherers mit Rücksicht auf enge persönliche Beziehungen oder ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen der haftpflichtigen und der geschädigten Person umfangmässig einschränken kann (vgl. hienach zu Art. 72 Abs. 3 VVG).

4.2.18.01^bis Artikel 17 Absatz 3

Diese Bestimmung weist einen gewissen Bezug zu Artikel 54*i* VE (verhältnismässige Anrechnung von Versicherungsleistungen an die Ersatzpflicht des die Prämien [mit-]finanzierenden Haftpflichtigen) auf; indessen ergeben sich u.E. zwischen den beiden Normen keine Unstimmigkeiten oder Widersprüche.

4.2.18.01^ter Artikel 60

Man hätte vorschlagen können, diese Bestimmung mit der Begründung zu streichen, das - in der Praxis ohnehin kaum je geltend gemachte - Pfandrecht werde überflüssig, nachdem im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts das direkte Forderungsrecht der geschädigten Person gegen den Haftpflichtversicherer generell (wenn auch unter Vorbehalt allfälliger Einreden) vorgesehen ist (Art. 54*c* VE). Indessen bleiben einige mögliche Anwendungsfälle für dieses Sicherungsmittel bestehen, so dass die Autoren des Vorentwurfs in diesem Punkt keinen Streichungsantrag unterbreiten[1601].

[1600] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.4.2, S. 176 f.

[1601] Vgl. die Erläuterungen hiezu in Ziff. 2.7.4.2.1 a.E. und die entsprechenden Ausführungen der Studienkommission in deren Bericht, a.a.O. (Anm. 39), V/10.7.2.

4.2.18.02 Artikel 46

Zu dieser Verjährungsbestimmung hatte sich die Studienkommission dahingehend geäussert, dass angesichts der Unklarheiten über den Beginn der zweijährigen Verjährungsfrist eine Überprüfung angezeigt wäre[1602]. Dem liesse sich beifügen, dass die sehr kurze Einheitsfrist von zwei Jahren auch als solche den heutigen Auffassungen kaum mehr entspricht. Beides würde indessen einen Vorgriff auf die angekündigte Revision des VVG noch nicht ohne weiteres rechtfertigen.

Hingegen schlagen die Verfasser des Vorentwurfs eine ergänzende Verweisung auf die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts vor bezüglich der Verjährung der Rückgriffsansprüche (Art. 55*c* VE[1603]). Mit dem neuen Absatz 1[bis] soll klargestellt werden (was die Globalverweisung in Art. 100 Absatz 1 VVG u.E. nicht mit ausreichender Sicherheit gewährleistet), dass diese Bestimmung auch auf Regressforderungen Anwendung findet, die sowohl auf haftpflichtrechtliche Gesetzesnormen (Art. 53*c* Abs. 2, 54*a* Abs. 1, 54*f* und 54*h* Abs. 2 VE) wie auf den Versicherungsvertrag gestützt werden können. Die Sondervorschrift des Versicherungsvertragsgesetzes soll hier vor den allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts zurückweichen - ähnlich wie dies heute bereits im Anwendungsbereich von Artikel 83 Absatz 3 SVG[1604] gilt. Das wird dazu führen, dass für solche Ansprüche bis zu einer allfälligen Anpassung des Artikel 46 Absatz 1 VVG an die allgemeinen (neuen) Verjährungsregeln zwei unterschiedliche Verjährungsregimes gelten werden, je nachdem ob sie auch haftpflichtrechtlich oder nur vertraglich begründet sind. Das ist indessen als Übergangslösung im Interesse kohärenterer haftpflichtrechtlicher Lösungen in Kauf zu nehmen.

4.2.18.03 Artikel 72

Die Regel im geltenden Absatz 1, wonach die Ersatzansprüche, die dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus "unerlaubter Handlung" zustehen, auf den Versicherer übergehen - wird in Übereinstimmung mit den Vorschlägen der Studienkommission[1605] - durch ein neues Konzept der internen Auseinandersetzung zwischen Haft- bzw. Ersatzpflichtigen (Art. 54*a* i.V.m. Art. 53*c* VE) ersetzt; dieses bewirkt, dass der Versicherer mit der Ausrichtung seiner Leistungen an die geschädigte Person grundsätzlich in deren Ansprüche gegen Dritthaftpflichtige subrogiert und dass er sein Rückgriffsrecht unabhängig vom jeweiligen Haftungsgrund ausüben kann, auf dem die Ersatzpflicht des Regressschuldners beruht. Das muss im übrigen analog gelten im Bezug auf den Regress des Haftpflichtversicherers gegen Mithaftpflichtige gemäss Artikel 54*f* VE und - mit den dort eingebauten Vorbehalten - gegen den Versicherungsnehmer oder den Versicherten selbst (Art. 54*h* Abs. 2 VE).

[1602] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), Ziff. V/11.7.2.1 a.E., S. 124.

[1603] Vgl. dazu die Erläuterungen in Ziff. 2.8.7 hievor.

[1604] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 770 ff.

[1605] Bericht, a.a.O. (Anm. 39), Ziff. V/10.1 und Thesen 510-1 und 510-2. Zu Art. 54 und 54*a* VE vgl. die Erläuterungen vorne Ziff. 2.7.3.1 - 2.7.3.3.

Formal äussert sich diese Anpassung in einer Verweisung auf die entsprechenden Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts. Auch hier scheint ein Abstellen auf die Globalverweisung in Artikel 100 Absatz 1 VVG, die das OR lediglich "auf den Versicherungsvertrag" subsidiär anwendbar erklärt, nicht ausreichend. Hier geht es, wie soeben ausgeführt wurde, um Ansprüche, die zwar auch im Versicherungsvertrag begründet sein können, daneben aber eine eigene haftpflichtrechtliche Basis haben. Selbst wenn aber Artikel 100 Absatz 1 VVG an sich tragfähig genug wäre, könnte die ersatzlose Streichung von Artikel 72 VVG (vgl. die folgenden Anträge zu Abs. 2 + 3) zu Missverständnissen Anlass geben.

Geltender Absatz 2: Auf diese Bestimmung, die ohnehin von geringer praktischer Bedeutung ist, kann verzichtet werden. Dass der Anspruchsberechtigte gehalten ist, die Interessen des subrogierenden Versicherers zu wahren, ergibt sich bereits aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und konkretisiert sich innerhalb des Versicherungsvertrags als vertragliche Nebenpflicht. Aber auch ohne vertragliche Bindung ist eine Verletzung dieser Pflicht widerrechtlich im Sinne von Artikel 46 Absatz 2 VE und kann bei Verschulden gemäss Artikel 48 VE eine Ersatzpflicht begründen.

Geltender Absatz 3: Die Bestimmung über den Ausschluss des Regresses des Versicherers in Fällen, wo eine Person den Schaden leichtfahrlässig herbeigeführt hat, mit welcher der Anspruchsberechtigte in häuslicher Gemeinschaft lebt oder für die er sonst verantwortlich ist, wird durch die flexible Regelung von Artikel 54*a* Absatz 2 VE[1606] ersetzt und daher gegenstandslos.

4.2.19 Urheberrechtsgesetz (URG)

Das am 1. Juli 1993 in Kraft getreten neue Urheberrechtsgesetz vom 9. Oktober 1992 enthält - wie die übrigen Erlasse im Bereich des Immaterialgüterrechts insbesondere in seinem Kapitel über den zivilrechtlichen Schutz - eine Reihe von haftpflichtrechtlich bedeutsamen Bestimmungen.

> Eine Besonderheit normiert der Artikel 14 Absatz 3: er sieht eine verschuldensunabhängige Haftung des Urhebers oder der Urheberin eines Werkes vor, welche(r) vom Eigentümer die Überlassung ein Exemplars - z.B. für eine Ausstellung - verlangt hat, und danach nicht mehr in der Lage ist, es unversehrt zurückzugeben. Diese - im Entwurf des Bundesrates nicht enthaltene - Regel wurde während der parlamentarischen Beratungen offenbar bewusst zum Schutze des Eigentümers - jedoch ohne Diskussionen im Plenum der beiden Räte - eingeführt; durch die strenge Haftung (die möglicherweise von Art. 306 Abs. 3 OR über die Haftung des Entlehners inspiriert ist, obschon dessen Voraussetzungen an sich nicht erfüllt sind) soll vermutlich ein Anreiz und gleichzeitig eine Kompensation für die Herausgabe des Werkexemplars nach den Absätzen 1 und 2 von Artikel 14 geschaffen werden. Dieser Entscheid ist nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfes zu respektieren und die Bestimmung daher unverändert zu belassen, auch wenn das Abgehen von der Verschuldenshaftung hier diskutabel erscheint (vgl. auch hinten zu Art. 77 Abs. 3 URG).
>
> Was den Artikel 61 über die Feststellungklage betrifft, so ist lediglich festzustellen, dass er (mit der Feststellung, "ob ein Recht oder Rechtsverhältnis nach diesem Gesetz vorhanden ist oder fehlt") einen deutlich breiteren sachlichen Anwendungsbereich hat als Artikel 56*e* VE, wo es lediglich um das grundsätzliche Bestehen ei-

---

[1606] Vgl. vorne 2.7.3.3.1.

ner Haftung bei noch nicht feststehendem Umfang derselben geht; insofern können sich zwar zwischen den beiden Vorschriften Überschneidungen ergeben; nicht aber Widersprüche, die durch einen Vorbehalt beseitigt werden müssten.

Artikel 62 Absatz 2 enthält eine allgemeine Verweisung auf das Obligationenrecht, die zwar redaktionell nicht ganz der Standardformel entspricht, wie sie andernorts für die spezifisch haftpflichtrechtlichen Belange vorgeschlagen worden ist. Materiell gibt sie indessen zu keinen Beanstandungen Anlass, so dass sie - wie im Falle von Artikel 9 Absatz 3 UWG (hinten Ziff. 4.2.26) - unverändert belassen werden kann. Die Verweisung gilt insbesondere auch für jene Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts, die - wie namentlich Artikel 49*a* VE im Bereich der Unternehmensorganisation - eine verschuldensunabhängige Haftung statuieren.

Im übrigen ist die Verweisung auch insofern breiter angelegt, als sie neben Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen auch solche auf Gewinnherausgabe nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag erfasst.

Artikel 64 betrifft den Gerichtsstand. Angesichts der Tatsache, dass es hier nicht bloss um Haftpflichtansprüche geht und im Hinblick auf das in Vorbereitung befindliche Gerichtsstandsgesetz wird auch hier von Änderungsvorschlägen (im Sinne des vorgeschlagenen Art. 56 VE) abgesehen. - Absatz 2 stimmt im übrigen mit Artikel 56*a* VE überein.

Im Zusammenhang mit den Hilfeleistungen der Zollverwaltung (Art. 75 ff. URG) und mit Artikel 65 betreffend vorsorgliche Massnahmen sieht im übrigen Artikel 77 Absatz 3 eine Schadenersatzpflicht der antragstellenden Person für den Fall vor, dass die Massnahmen nicht angeordnet werden oder sich als unbegründet erweisen. Die Rechtsnatur dieser Haftung ist nicht eindeutig. Während sich die Haftung für nicht begründete vorsorgliche Massnahmen nach der für den Persönlichkeitsschutz geltenden Regel von Artikel 28*f* Absatz 1 ZGB zu richten scheint, soll sie für Verspätungsschäden durch Zurückbehalten von Waren seitens der Zollverwaltung strikt verschuldensunabhängig sein[1607]. Ob die ins Feld geführten Billigkeitsargumente tatsächlich ausreichen, um eine reine Erfolgshaftung zu begründen, scheint eher fraglich. Da es sich auch beim Urheberrechtsgesetz um einen relativ neuen Erlass handelt, kann indessen die Frage hier offen und die Bestimmung unverändert bleiben.

4.2.20 Topographiengesetz (ToG)

Das Topographiengesetz, welches die Hersteller(innen) dreidimensionaler Strukturen von Halbleitererzeugnissen urheberrechtsähnlich schützen will, datiert vom gleichen Tag wie das URG und ist auch zusammen mit diesem in Kraft gesetzt worden.

Artikel 10 unter dem Titel "Zivilrechtlicher Schutz" beschränkt sich darauf, auf die Artikel 61-66 URG zu verweisen.

Ebenso verweist Artikel 12 für die Hilfeleistung durch die Zollverwaltung auf die Artikel 75-77 URG und damit implizit auf den soeben (Ziff. 4.2.19) besprochenen Artikel 77 Absatz 3 URG.

Die Bestimmungen bedürfen im Rahmen der Haftpflichtrechtsreform keiner Änderung.

[1607] Troller K., Manuel du droit suisse des biens immatériels, 2e éd. 1996, Bâle et Francfort-sur-le-Main, II, § 70, ch. 2.9.

4.2.21 Markenschutzgesetz (MSchG)

Auch das Markenschutzgesetz ist relativ neueren Datums; es ist totalrevidiert am 28. August 1992 vom Parlament verabschiedet worden und am 1. April 1993 in Kraft getreten. Die haftpflichtrechtlich relevanten Bestimmungen sind weitgehend identisch mit denjenigen des URG (vorne 4.2.19).

Der "Zivilrechtliche Schutz" ist in den Artikeln 52 ff. MSchG geregelt:

> Artikel 52 betrifft die Feststellungsklage. Es gelten dieselben Bemerkungen wie zu Artikel 61 URG.
>
> Artikel 55 Absatz 2 enthält bezüglich Schadenersatz- und Genugtuungs- sowie Gewinnherausgabeansprüchen eine allgemeine Verweisung auf das Obligationenrecht, also auch auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts. Das bedeutet - wie im Fall des Urheberrechtsgesetzes -, dass Artikel 49*a* VE über die Organisationshaftung auch im Rahmen des Markenschutzgesetzes spielen kann.
>
> Zu Artikel 58 betreffend den Gerichtsstand sei auf die Bemerkungen zu Artikel 64 URG verwiesen.

4.2.22 Muster- und Modellgesetz (MMG)

Dieses aus dem Jahre 1900 stammende, seither mehrfach geänderte und an die Entwicklung angepasste Gesetz wird derzeit einer Totalrevision unterzogen, für welche die neueren Erlasse im Bereich des Immaterialgüterrechts (URG, MSchG) als Vorbild dienen. Unter diesen Umständen erachten es die Verfasser des Vorentwurfes nicht als erforderlich, für die haftpflichtrechtlich relevanten Bestimmungen sozusagen eine Interimsrevision vorzuschlagen. Immerhin möchten sie auf einige wesentliche Punkte hinweisen:

> Die Artikel 24 - 26 vermengen straf- und zivilrechtliche Rechtsbehelfe. Hier tut Entflechtung not. Im übrigen kann man es für Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche (sowie Ansprüche auf Gewinnherausgabe) - wie im URG und MSchG - bei einer Generalverweisung auf das Obligationenrecht bewenden lassen, die den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts mitumfasst.
>
> Artikel 28a über die Schadenersatzpflicht des Antragstellers für eine nicht gerechtfertigte vorsorgliche Massnahme wurde in Anpassung an Vorschriften des TRIPS-Übereinkommens erst 1994 eingefügt[1608]. Die Bestimmung wäre auf die entsprechenden Regeln in den neueren Parallelerlassen abzustimmen. Zu überprüfen wäre dabei, ob die in Absatz 2 von Artikel 28a statuierte kurze Verjährungsfrist von 1 Jahr seit Dahinfallen der vorsorglichen Massnahme (die heute mit der gemäss Artikel 60 Absatz 1 OR allgemein geltenden Frist übereinstimmt) nicht ebenfalls von der Generalverweisung auf das OR und den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts erfasst, d.h. zugunsten der in Artikel 55 VE vorgesehenen Verjährungsfristen aufgegeben werden kann; im Rahmen des URG und des MSchG wäre dies mit den heutigen Formulierungen bereits gewährleistet.

[1608] Vgl. die bundesrätliche Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen notwendigen Rechtsanpassungen (BBl 1994 IV 950 ff., Ziff. 123.15, S. 975).

4.2.23 Patentgesetz (PatG)

Eine umfassende Revision des aus dem Jahre 1954 stammenden, 1976 und 1994/95[1609] (vor allem zur Anpassung an internationale Entwicklungen) teilrevidierten Gesetzes soll in relativ naher Zukunft - wenn das Verhältnis zwischen dem nationalen und dem immer häufiger werdenden europäischen Patent geklärt ist - an die Hand genommen werden. Man könnte sich angesichts dieser Situation fragen, ob einige haftpflichtrechtlich relevante Bestimmungen bereits im Zuge der hier zu erläuternden Reform angepasst werden sollten. Da indessen davon auszugehen ist, dass hinsichtlich der hier interessierenden Vorschriften die bereits erfolgten Revisionen des URG und des MSchG als Vorbild dienen werden, beschränkt sich der vorliegende Bericht darauf, die problematischen Punkte des geltenden Rechts aufzuzeigen:

Wie Artikel 24 MMG vermengt Artikel 66 die zivilrechtlichen und die strafrechtlichen Rechtsbehelfe. Dem kann für die zivilrechtlichen Ansprüche bei einer bevorstehenden Revision mit einer Generalverweisung auf das Obligationenrecht abgeholfen werden; Vorbilder dafür bilden die Artikel 62 Absatz 2 URG (vgl. vorne Ziff. 4.2.19) und Artikel 55 Absatz 2 MSchG (vgl. vorne Ziff. 4.2.21). Diese Verweisung hätte - abgesehen von der Übernahme der Modalitäten der Ersatzleistung, welche beispielsweise den Artikel 73 Absatz 2 über die richterliche Schadenschätzung überflüssig machen würde - vor allem zur Folge, dass auch im Patentrecht das Verschulden nicht mehr, wie es gegenwärtig nach Artikel 73 Absatz 1 der Fall ist, absolute Haftungsvoraussetzung wäre, sondern gegebenenfalls auch die Organisationshaftung nach Artikel 49*a* VE Platz greifen könnte.

Gegenüber Artikel 74 betreffend die Feststellungklage gelten dieselben Bemerkungen, wie sie zu Artikel 61 URG und Artikel 52 MSchG (vorstehend Ziff. 4.2.19 und 4.2.21) angebracht worden sind.

Was den Gerichtsstand in Artikel 75 betrifft, wird das neue Gerichtsstandsgesetz das Nötige regeln.

Artikel 80 regelt die Haftung des Antragstellers für den durch ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen verursachten Schaden fast wörtlich gleich wie Artikel 28*a* MMG; es kann auf die Bemerkungen zu jener Bestimmung verwiesen werden (vgl. Ziff. 4.2.22).

4.2.24 Sortenschutzgesetz (SOSG)

Das Gesetz stammt aus dem Jahre 1975 und soll zusammen mit dem PatG nächstens einer Revision unterzogen werden. Dieser Bericht beschränkt sich darauf, die haftpflichtrechtlich problematischen Punkte aufzuzeigen und verlässt sich im übrigen darauf, dass auch hier das Modell der neueren Erlasse im Bereich des Immaterialgüterrechts (URG, MSchG) als Leitlinie dienen wird.

Artikel 37 Absatz 2, der lediglich eine auf Verschulden beruhende Haftung vorsieht, wäre durch eine Generalverweisung auf das Obligationenrecht nach dem Modell der Artikel 62 Absatz 2 URG und Artikel 55 Absatz 2 MSchG zu ersetzen.

Für die Feststellungsklage des Artikels 39 gelten dieselben Bemerkungen wie sie zu Artikel 61 URG und Artikel 52 MSchG angebracht worden sind.

Zu den Fragen des Gerichtsstandes in Artikel 41 sowie der Haftung für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen gemäss Artikel 46 sei auf die entsprechenden Bemerkungen zum MMG und zum PatG (vorne Ziff. 4.2.22/23) verwiesen.

[1609] AS 1977 1997 ff.; AS 1995 2606 ff.; AS 1995 2879 ff.

4.2.25 Datenschutzgesetz (DSG)

Das Datenschutzgesetz des Bundes wurde vom Parlament 1992 verabschiedet und auf den 1. Januar 1993 in Kraft gesetzt.

> Der Erlass enthält keine besondere Haftungsbestimmung[1610], sondern verweist für Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche gegenüber "privaten" Inhaber(inne)n und Bearbeiter(inne)n von Datensammlungen in Artikel 15 Absatz 1 grundsätzlich auf die Bestimmungen über den Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff., insbesondere Art. 28*a* Abs. 3 ZGB) und damit künftig auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts. Die praktisch wichtigste Auswirkung der Haftpflichtrechtsreform für den Datenschutz dürfte die ausdrückliche Anerkennung einer verschuldensunabhängigen Unternehmens-Organisationshaftung gemäss Artikel 49*a* VE sein; eine solche könnte zwar bei entsprechend strenger Handhabung der Geschäftsherrenhaftung nach Artikel 55 OR schon heute angenommen werden, doch hatte das Bundesgericht bisher keine Gelegenheit, die "Schachtrahmen"-Rechtsprechung (BGE 110 II 456; vgl. vorne Ziff. 2.4.3.1) an Schäden zu erproben, die durch Herstellung oder Bearbeitung immaterieller Produkte verursacht worden wären.
>
> Soweit es sich um Datenbearbeitung durch Bundesorgane (Art. 16 ff. DSG) handelt, bleibt das Gesetz hinsichtlich allfälliger Haftungsansprüche stumm; Artikel 25 erwähnt ausschliesslich Ansprüche auf Abwehr und Feststellung, auf Berichtigung, allenfalls Sperrung und Vernichtung von Daten, sowie das Recht auf einen Vermerk, wenn die Richtigkeit oder Unrichtigkeit von Daten nicht bewiesen werden kann. Das kann nichts anderes heissen, als dass für Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes (VG) anwendbar ist; für Persönlichkeitsverletzungen, die im Rahmen von Datenbearbeitungsaktivitäten des Bundes verursacht werden, gilt also eine verschuldensunabhängige Organisationshaftung im Sinne von Artikel 3 VG. Sobald das Verantwortlichkeitsgesetz entsprechend den Vorschlägen dieses Berichts an das neue Haftpflichtrecht angepasst worden ist, regelt mithin auch hier der Allgemeine Teil im OR - über die Verweisung des neuen Artikel 9 Absatz 1 VG - alle im VG nicht speziell angesprochenen Fragen (vgl. Ziff. 4.2.11.05 ad Art. 9 Abs. 1 VG hievor). Eine der wesentlichen Auswirkungen dieser Anpassung wird es sein, dass die für die im Datenschutzbereich besonders wichtigen Genugtuungsansprüche gemäss Artikel 6 VG immer noch geltende Voraussetzung eines Verschuldens des Beamten wegfällt, der den Schaden unmittelbar verursacht hat.
>
> Besonderheiten ergeben sich im Bereich des Datenschutzes namentlich unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit. Diese Haftungsvoraussetzung wird einerseits durch die allgemeinen Vorschriften der Artikel 4 ff. DSG konkretisiert, wobei auffällt, dass Artikel 4 Absatz 2 ausdrücklich das Prinzip von Treu und Glauben und sein öffentlich-rechtliches Pendant, das Verhältnismässigkeitsprinzip, als Leitlinien für die Bearbeitung von Personendaten nennt; insofern ist hier die neue Regel von Artikel 46 Absatz 2 VE für einen Teilbereich vorweggenommen und zu einer spezifischen Verhaltensnorm auch ausserhalb einer vorbestehenden Sonderbeziehung verdichtet worden (vgl. vorne Ziff. 2.3.3.3 bei Anm. 477). Anderseits enthält das Datenschutzgesetz in Artikel 13 eine Reihe von besonderen Rechtfertigungsgründen, welche in Ergänzung zu Artikel 28 Absatz 2 ZGB und Artikel 46*a* VE eine Haftung ausschliessen bzw. zu einer Reduktion der Ersatzansprüche führen können.

Dank der sehr allgemein gehaltenen - expliziten (Art. 15 DSG) und (was das öffentliche Recht betrifft) impliziten - Verweisungen auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, bedarf das Datenschutzgesetz im Rahmen der Haftpflichtrechtsreform keiner besonderen Anpassungen oder Änderungen.

[1610] Vgl. dazu u.a. Widmer P., Aspects de responsabilité civile, in: La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, CEDIDAC, Lausanne 1994, S. 179 ff.

4.2.26 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Das am 1. März 1988 in der totalrevidierten Fassung vom 19. Dezember 1986 in Kraft getretene (und seither zwei Mal, jedoch ohne Relevanz für das Haftpflichtrecht, geänderte) Gesetz zeichnet sich dadurch aus, dass es in der Generalklausel von Artikel 2 unlautere Wettbewerbshandlungen ausdrücklich als widerrechtlich bezeichnet und damit dem aus solchen Handlungen resultierenden "reinen Vermögensschaden" *ex lege* Ersatzfähigkeit (im Sinne von Art. 46 Abs. 2 VE) zuspricht.

> Einen direkten Bezug zum Haftpflichtrecht stellt Artikel 9 Absatz 3 UWG her, indem er für Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche (sowie für Ansprüche auf Herausgabe von Gewinnen) auf das Obligationenrecht, und damit namentlich auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts (einschliesslich der Organisationshaftung nach Art. 49*a* VE) verweist. Entsprechend der Beschränkung, welche sich die Verfasser des Vorentwurfs im Bezug auf rein redaktionelle Korrekturen selbst auferlegt haben (vgl. vorne Ziff. 4.1), schlagen sie auch hier vor, auf eine Anpassung an die sonst eingeführte Standardformel für die Verweisungsnorm zu verzichten und die Bestimmung unverändert zu belassen.

4.2.27 Kartellgesetz (KG)

Während das alte Kartellgesetz von 1985 in seinem Artikel 8 unter dem Titel "Ansprüche und Klageberechtigung" allfällige Schadenersatzansprüche auf Fälle verschuldeter Wettbewerbsbehinderung beschränkte (Art. 8 Abs. 1 Bst. d aKG) und für Genugtuungsansprüche auf Artikel 49 OR verwies (Art. 8 Abs. 1 Bst. e aKG), enthält das neue - am 1. Juli 1996 in Kraft getretene - Gesetz vom 6. Oktober 1995 in Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b nur noch eine allgemeine Verweisung auf das Obligationenrecht.

> Diese Bestimmung entspricht durchaus den mit der Reform des Haftpflichtrechts verfolgten Absichten, indem die Verweisung nun generell gilt, d.h. insbesondere auch Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts für anwendbar erklärt, die - wie namentlich Artikel 49*a* VE im Bereich der Unternehmensorganisation - eine verschuldensunabhängige Haftung statuieren. Es besteht demnach materiell kein Anlass zur Änderung der genannten Vorschrift.
>
> Was im neuen Artikel 12 KG gegenüber der Fassung von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a aKG auffällt, ist die Tatsache, dass der Anspruch auf Feststellung der Widerrechtlichkeit nicht mehr erwähnt wird. Der Grund dieser Änderung liegt nach den Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates darin, dass die Feststellung der Widerrechtlichkeit einer wettbewerbsbehindernden Massnahme nunmehr in der ausschliesslichen Kompetenz der Wettbewerbskommission liegt[1611]. Man könnte sich deshalb fragen, ob die Generalverweisung auf das Obligationenrecht und den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts einen Vorbehalt im Bezug auf Artikel 56*e* VE vorsehen sollte; diese Bestimmung enthält eine allgemeine bundesrechtliche Grundlage, um der geschädigten Person - in Fällen, wo deren Schadenersatzforderung ganz oder teilweise bestritten und der Umfang des künftigen Schadens noch nicht absehbar ist - einen Anspruch auf Feststellung des Umstandes zu verschaffen, dass eine Haftung dem Grundsatze nach besteht (dazu vorne Ziff. 2.9.5). Für die Verfasser des Vorentwurfs erübrigt sich indes ein solcher Vorbehalt; sie gehen davon aus, dass die beiden Feststellungsklagen unterschiedliche Fragen zum Gegenstand haben: im einen Fall die wettbewerbsrechtliche Widerrechtlichkeit als solche, im andern dagegen das Prinzip der Haftung. Klar scheint hingegen, dass im

---

[1611] BBl 1995 I 468 ff., Ziff. 241, S.588 f. Vgl. auch Art. 15 Abs. 1 KG.

Rahmen einer Schadenersatzklage wegen unzulässiger Wettbewerbsbehinderung deren Widerrechtlichkeit vorab durch die Wettbewerbskommission festgestellt worden sein muss.

4.2.28 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG)

Das SchKG ist durch eine Novelle vom 16. Dezember 1994 revidiert worden, die am 1. Januar 1997 in Kraft getreten ist. Gegenstand der Revision waren unter anderen auch die Bestimmungen über die Haftung (Art. 5 - 7 aSchKG), die ein System der persönlichen Verantwortlichkeit von Beamten und Angestellten mit subsidiärer Ausfallhaftung des Kantons und einem Rückgriffsrecht desselben gegen den (u.U. zur Sicherheitsleistung verpflichteten) fehlbaren Beamten und sogar gegen dessen Wahlkreis vorsah; besonders - wenn auch materiell in weitgehender Übereinstimmung mit Artikel 60 Absatz 1 und 2 OR[1612] - war die Verjährung geregelt.

In der Neufassung von 1994 sind die drei Artikel 5-7 unter dem Titel "D. Haftung" zusammengefasst, wobei Artikel 5 den Grundsatz - nunmehr originäre und exklusive Staatshaftung des Kantons, explizit auch für immateriellen Schaden - aufstellt, Artikel 6 die Verjährung (unverändert) regelt und Artikel 7 die Zuständigkeit des Bundesgerichts als einzige Instanz für Schadenersatzklagen gegen obere kantonale Aufsichtsbehörden oder zweitinstanzliche Nachlassgerichte begründet.

Mit der Totalrevision des Haftpflichtrechts wird das Prinzip der primären und ausschliesslichen kantonalen Staatshaftung auch im Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts übernommen und lediglich redaktionell an die Parallelbestimmungen (Art. 42, 426, 849 und 955 ZGB; Art. 928 OR) angeglichen.

4.2.28.01 Artikel 5

Absatz 1 statuiert den Grundsatz der direkten und verschuldensunabhängigen Haftung des Kantons für jeglichen Schaden (Vermögensschaden und/oder immateriellen Schaden), der durch die Ausübung einer Funktion beim Vollzug des SchKG und durch Erfüllung weiterer damit zusammenhängender Aufgaben verursacht wird. Es muss also auch hier ein funktionaler Zusammenhang mit der betreffenden Tätigkeit bestehen; es muss sich sozusagen die SchKG-typische "Betriebsgefahr" realisiert haben.

Im Gegensatz zur Formulierung in der Neufassung von 1994 wird auch hier bewusst darauf verzichtet, die handelnden Personen (d.h.: Beamte und Angestellte, deren Hilfspersonen, die ausseramtlichen Konkursverwaltungen, die Sachwalter, die Liquidatoren, die Aufsichts- und Gerichtsbehörden sowie die Polizei) einzeln aufzuzählen. Wie bereits bei Artikel 46 ZGB (vorne Ziff. 4.2.15.01) erläutert, brauchen diese Personen unter dem neuen Haftungsregime im Aussenverhältnis - d.h. gegenüber der geschädigten Person - gar nicht als Individuen in Erscheinung zu treten; sie handeln lediglich als Organe des Staates und verwirklichen nicht primär ihr eigenes persönliches Risiko, sondern

---

[1612] Vgl. etwa Amonn K., Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. Aufl. Bern 1993, § 5 N. 27, S. 52; 6. Aufl. Bern 1997 (Ammon K./Gasser D.), § 5 N. 21, S. 34.

- soweit sie in amtlicher oder quasi-amtlicher Funktion tätig sind - das Organisationsrisiko des Gemeinwesens. Die Haftung ist denn auch vom Verschulden der unmittelbar handelnden Person bzw. ihrer Vorgesetzten unabhängig. Allerdings soll sie auch in diesem Kontext nur für "widerrechtlich" verursachte, d.h. für solche Schäden Platz greifen, welche entweder aus dem Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut (z.B. ein wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht: geschäftliches Ansehen, Kredit) oder - im Sinne von Artikel 46 Absatz 2 VE - aus dem Verstoss gegen ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung (Amtspflicht) oder gegen den Grundsatz von Treu und Glauben entstehen.

Absatz 2 regelt bundesrechtlich einheitlich, was der geltende (1994 revidierte) Text in Absatz 3 noch dem kantonalen Recht überlassen wollte, nämlich das Rückgriffsrecht des Kantons gegen die Personen, die den Schaden unmittelbar verursacht haben. Damit wäre an sich ein Kanton frei gewesen, seinen Rückgriffsanspruch verschuldensunabhängig - als "Kausalhaftung" der Hilfsperson gegenüber dem Gemeinwesen - zu konzipieren. Weshalb dies im Bereich des Zwangsvollstreckungsrechts möglich sein soll, während die Staatshaftungsnormen sonst überall den Rückgriff auf Fälle von schwerem Verschulden (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit) beschränken, ist nicht einzusehen. Es wird deshalb auch hier die in den verschiedentlich zitierten Parallelbestimmungen vorgeschlagene Lösung übernommen.

Absatz 3 normiert folgerichtig den Ausschluss des Direktanspruchs gegenüber der Person oder den Personen, die den Schaden unmittelbar verursacht haben. Das Prinzip ist bereits in Absatz 2 des revidierten SchKG von 1994 festgehalten; es geht demnach lediglich um eine terminologische und systematische Anpassung.

Der neugefasste Absatz 4 enthält anstelle der überflüssigen (weil in Art. 45*e* VE generell vorgesehenen) Regelung über die Wiedergutmachung immateriellen Schadens die stereotype umfassende Verweisung auf den Allgemeinen Teil.

4.2.28.02 Artikel 6

Die Sonderbestimmung über die Verjährung wird durch Artikel 55 ff. VE absorbiert und kann daher aufgehoben werden.

Es gibt keinen Grund, für die Verantwortlichkeitsansprüche im Rahmen des SchKG andere Verjährungsfristen vorzusehen als jene, die mit ganz wenigen Ausnahmen (etwa bei Nuklearschaden oder Schäden durch ionisierende Strahlen) überall Geltung haben sollen. Kein wirkliches Bedürfnis besteht auch für eine spezielle Definition des Angangszeitpunktes der Frist ("Kenntnis der Schädigung"), etwa mit der Begründung, dass keine Kenntnis von der Person des individuellen Schädigers vorausgesetzt werden müsse; auch dafür sorgt Artikel 55 Absatz 1 VE mit der Formulierung: "Kenntnis von der Person des Haftpflichtigen oder Deckungspflichtigen". Absatz 1 wird damit obsolet.

Die Verlängerung der zivilrechtlichen durch die strafrechtliche Verjährung, wie sie Absatz 2 (analog zu Art. 60 Abs. 2 OR) vorsieht, ist im Vorentwurf ersatzlos weggefallen. Die dazu vorgetragenen Argumente (vorne Ziff. 2.8.4.2) gelten auch für den Bereich des SchKG.

4.2.28.02bis Artikel 7

> Es handelt sich hier um eine Sondervorschrift über die ausschliessliche Kompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen oberste kantonale Aufsichts- und Gerichtsbehörden; damit soll offenbar für solche Fälle die (Kantons-)Unabhängigkeit des Gerichts garantiert werden. Angesichts der Bemühungen um eine Entlastung des Bundesgerichts liegt diese Kompetenzzuweisung etwas quer in der Landschaft der Justizreform. Materiell sprengt sie den jedoch Rahmen der Haftpflichtrechtsrevision; falls daran etwas zu ändern sein sollte, müssten entsprechende Vorschläge im Zusammenhang mit der laufenden OG-Revision unterbreitet werden.

Aus den hier zur Diskussion gestellten Änderungen (Streichung von Art. 6) ergibt sich lediglich die Notwendigkeit einer Anpassung der Bezifferung des Randtitels.

4.2.29 Gesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)

Das am 1. Januar 1989 in Kraft getretene Gesetz über das internationale Privatrecht enthält verschiedene Bestimmungen, welche das Haftpflichtrecht betreffen. Der materiell engste Zusammenhang besteht mit den Vorschriften des 3. Abschnitts im 9. Kapitel (Obligationenrecht) unter dem Titel "Unerlaubte Handlungen" (in der Ausdrucksweise des Vorentwurfes: "Schädigungen"): die Artikel 129 - 142 regeln Fragen der direkten Zuständigkeit *ratione loci* und des anwendbaren Rechts, generell und für einzelne Tatbestände auch mit Sonderbestimmungen. Von Bedeutung ist ferner der 4. Abschnitt desselben Kapitels, welcher die "Gemeinsamen Bestimmungen" für das Kapitel Obligationenrecht enthält; insbesondere die Artikel 143 und 144[1613] IPRG betreffend die Anspruchskonkurrenz und den Regress sowie Artikel 148 hinsichtlich der Verjährung.

Zu erwähnen ist auch Artikel 2 Absatz 1 IPRG, dessen allgemeiner Vorbehalt zugunsten völkerrechtlicher Verträge als Vorbild für Artikel 44 VE gedient hat. Haftpflichtrechtlich von besonderer Tragweite sind (neben den zahlreichen bilateralen Verträgen über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen) einerseits das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und über die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ; SR 0.275.1) sowie - für den Bereich der Strassenverkehrsunfälle - das entsprechende Haager Übereinkommen (SR 0.741.31), auf welches Artikel 134 IPRG ausdrücklich verweist.

> Vor allem im Bereich der Gerichtsstände (speziell Art. 129 Abs. 1 IPRG) sind Abweichungen gegenüber dem Vorentwurf festzustellen (Art. 56 VE); das IPRG harmoniert diesbezüglich aber auch nicht mit dem LugÜ (Art. 5 Ziff. 3/4). Man könnte deshalb versucht sein, die Neuordnung des Haftpflichtrechts zum Anlass zu nehmen, möglichst einheitliche Regeln anzustreben und für das IPRG entsprechende Änderungen vorzuschlagen. Die Verfasser des Vorentwurfes nehmen davon Abstand: einerseits, weil ohnehin der Vorrang des Beklagtengerichtsstands im Rahmen der Verfassungsrevision und im Zusammenhang mit dem Erlass eines Gerichtsstandsgesetzes zu überprüfen sein wird (vgl. dazu vorne Ziff. 2.9.2.2), und weil anderseits für das interne Recht nicht zwingend dieselben Gesichtspunkte massgebend sind, wie für Fälle mit Auslandbeziehung. Im übrigen besteht ja hinsichtlich des subsidiären Gerichtsstandes gemäss Artikel 129 Abs. 2 IPRG (Art. 56

[1613] Vgl. dazu BGE 118 II 102.

Abs. 1 VE) und bezüglich des in Absatz 3 dieser Bestimmung verankerten Attraktionsprinzips (vgl. Art. 56*a* VE) bereits eine weitgehende Übereinstimmung; dasselbe gilt auch für die Regel von Artikel 131 über das direkte Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer (vgl. Art. 56 Abs. 2 VE).

Auch was die Vorschriften über das anwendbare Recht im Rahmen spezifischer Haftungstatbestände anbelangt, sind keine besonderen Revisionswünsche bekannt. Dass vereinzelt die Abwehr der "punitive damages" im Rahmen der Produktehaftung (Art. 135 Abs. 2 IPRG) in Frage gestellt wird, dürfte gegenwärtig kaum genügen, um eine entsprechende Änderung dieser Bestimmung politisch tragfähig zu machen.

4.2.30 Opferhilfegesetz (OHG)

Das Gesetz vom 18. November 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten, zu dem der Anstoss durch ein Übereinkommen des Europarates (SR 0.312.5) und, auf nationaler Ebene, durch eine - später angesichts des grosszügigeren Gegenvorschlags des Parlaments zurückgezogene - Volksinitiative (sog. "Beobachter-Initiative") gegeben worden war, ist am 1. Januar 1993 in Kraft getreten. Es ergänzt das Haftpflichtrecht in einem Bereich, wo dieses in der Regel deshalb versagt, weil entweder die als Straftäterin verantwortliche und auch zivilrechtlich haftbare Person unbekannt bleibt oder mittellos ist und Schadenersatz- wie Genugtuungsansprüche somit ins Leere stossen. In solchen Fällen soll der Staat, d.h. der Kanton (vgl. Art. 1, 3, 11 und 18 OHG) neben medizinischer, psychologischer, sozialer und juristischer Hilfe auch materielle Unterstützung gewähren (Art. 11 - 17 OHG). Diese Unterstützung ist im Verhältnis zu anderen Entschädigungen subsidiär; demgemäss subrogiert der Kanton im Umfang seiner Leistungen in die entsprechenden Rechte des Opfers gegenüber anderen Haft- oder Leistungspflichtigen (Art. 14 OHG).

Das Opferhilfegesetz ist aus rein haftpflichtrechtlicher Sicht insofern problematisch als es dem Prinzip zuwiderläuft, wonach man Schäden, die einem durch einen Zufall, aber auch durch nicht zurechnungsfähige oder aus einem anderen Grunde nicht belangbare Personen zugefügt worden ist, unter Vorbehalt einer Deckung durch eigene Privat- oder Sozialversicherungen selbst zu tragen hat. Die im OHG vorgesehenen Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche führen zu einer gewissen "Privilegierung" der Opfer von Straftaten gegenüber anderen Personen, die beispielsweise als Opfer von Selbstunfällen, Krankheit, aber auch von (strafrechtlich nicht relevanten) Schädigungen durch unbekannte oder zurechnungsunfähige Verursacher ihren (Rest-)Schaden nicht überwälzen können. Zutreffend ist anderseits, dass sich diese Vorzugsbehandlung durch die besonders krasse Art der vom Opferhilfegesetz erfassten Schädigungen rechtfertigen lässt. Unter haftpflichtrechtlichen Gesichtspunkten wird man deshalb das OHG wohl als einen Erlass betrachten müssen, dem zwar in gewissem Masse eine ergänzende Funktion zukommt, der aber wegen seiner (öffentlich-rechtlichen) Struktur und seiner spezifischen Philosophie nicht eigentlich in das Gefüge der herkömmlichen Schadenausgleichssysteme gehört.

Folgt man dieser Auffassung und zieht man zudem in Betracht, dass das Gesetz noch kaum Zeit hatte, sich in der Praxis zu bewähren oder seine Mängel hervortreten zu lassen, so lässt sich auch ihm gegenüber eine Haltung des Revisionsabstenzionismus vertreten. Andernfalls müssten vor allem das seltsame Quotenvorrecht des Staates (Art. 14 Abs. 2 OHG) und die sehr kurze Verwirkungsfrist von 2

Jahren seit dem Tage der Straftat (Art. 16 Abs. 3 OHG) überprüft werden[1614]. Die erste der beiden Bestimmungen steht in offensichtlichem Gegensatz zum allgemeinen Trend, welcher das Quotenvorrecht (auch im Verhältnis zur Sozialversicherung!) der geschädigten Person zuerkennt (vgl. Art. 54*b* Abs. 1 VE)[1615]; ebenso besteht bei der Verjährung eine Tendenz zur Verlängerung der als zu kurz empfundenen Fristen (vgl. Art. 55 VE), die eigentlich bei einer Verwirkung erst recht zum Tragen kommen müsste.

4.2.31 Militärgesetz (MG)

Das Militärgesetz vom 3. Februar 1995 hat am 1. Januar 1996 die Militärorganisation (MO) von 1907 abgelöst. Schon dieser Erlass enthielt in den Artikeln 22 ff. Bestimmungen über die Haftung des Bundes für Militärschäden sowie über die Haftung von Armeeangehörigen, Einheiten und Stäben gegenüber dem Bund, die 1967 im Rahmen einer Revision der MO eingefügt und in Anlehnung an das VG von 1958 (vorne Ziff. 4.2.11) konzipiert worden waren. Allerdings wurde bereits damals eine Unterscheidung getroffen : die Haftung nach Artikel 22 MO setz als "gewöhnliche Kausalhaftung" zwar kein Verschulden des Armeeangehörigen voraus, wohl aber Widerrechtlichkeit im Sinne von Verhaltensunrecht (= Dienstpflichtverletzung) voraussetzte, während Artikel 23 eine spezifisch militärische Gefährdungshaftung begründen sollte[1616]. Das neue MG hat das geltende Konzept weitgehend übernommen. Dabei wurden die beiden bisher getrennten Haftungsbestimmungen für Schäden, die Dritten von Angehörigen der Armee individuell, aber in Ausübung ihrer dienstlichen Tätigkeit zugefügt (bisher Art. 22 MO), und solchen (ausschliesslich Personen- und Sachschäden), die durch die Truppe im Rahmen militärischer Übungen und anderer "gefährlicher" Verrichtungen verursacht werden (bisher Art. 23 MO), im neuen Artikel 135 MG zusammengeführt. Das bringt auch materiell gewisse Veränderungen mit sich.

Das neue MG hat die Haftungsbestimmungen systematisch in einem eigenen Kapitel 5 zusammengefasst, welches den pleonastisch klingenden Titel "Haftung für Schäden" trägt. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen vor, sich - wie andernorts[1617] - mit der Überschrift "Haftung" (allenfalls "Haftpflicht") zu begnügen.

Keine Änderung erfahren die Artikel 136-140 sowie 142 MG, die sich als Sondervorschriften im spezifisch militärischen Kontext rechtfertigen lassen[1618].

1614 In diesem Sinne auch: Stein P., in: Gomm P./Stein P./Zehntner D., Kommentar zum Opferhilfegesetz, Bern 1995, N. 29 ff. zu Art. 16 OHG.

1615 Die Begründung in der bundesrätlichen Botschaft (BBl 1990 II 961 ff., Ziff. 212.14, ad Art. 14, S. 992 f.), es gehe darum, das Subsidiaritätsprinzip konsequent durchzusetzen und eine Ungleichbehandlung zwischen den Berechtigten zu vermeiden, überzeugt nur mässig.

1616 Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1966 über die Reorganisation des Militärdepartements und die Änderung der Militärorganisation (BBl 1966 II, 378 ff., 423 f.). Zur Haftung nach MO 22 ff. vgl. vor allem: Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 32.

1617 Vgl. z.B. den 4. Titel im rev. USG (hinten 4.2.45).

1618 Vgl. vorne 1.2.2.1.4.

4.2.31.01 Artikel 135

In der geltenden Fassung übernimmt Absatz 1 zwar aus der MO die Zweiteilung in Gefährdungshaftung (lit. a) und gewöhnliche Kausalhaftung bzw. "Organisationshaftung" nach dem Vorbild des VG (lit. b), fügt sie aber unter dem gemeinsamen Dach eines Einleitungssatzes zusammen, der zutreffenderweise für beide Fälle die Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung aufführt, wozu die Botschaft freilich etwas widersprüchliche Erläuterungen liefert[1619]. Aufgegeben wurde auch die frühere Unterscheidung nach Schadenskategorien, was in der Botschaft damit erklärt wird, dass bei reinen Vermögensschäden die Widerrechtlichkeit ohnehin nur bei Verletzung einer entsprechenden Schutznorm gegeben sein könne. Letztlich sieht man dann aber eigentlich nicht mehr, welche praktische Bedeutung die Unterscheidung zwischen Gefährdungshaftung und Organisationshaftung überhaupt noch haben soll. In der Botschaft selbst wird denn auch ausgeführt, dass "der Unterschied zwischen den beiden Haftungsarten in der Praxis gering" sei; er könne allenfalls bei Haftungskollisionen eine Rolle spielen.

Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen vor, den richtigen Ansatz des neuen MG zu Ende zu denken und die Vereinheitlichung der "Militärhaftung" konsequent durchzuführen. Damit entsteht eine einheitliche Haftung des Bundes für technische und organisatorische Risiken, welche im Militärbetrieb angelegt sind. Mit der Generalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts - mithin namentlich auch auf Artikel 45 Absatz 3 VE - wird automatisch dafür gesorgt, dass die Militärhaftung des Bundes grundsätzlich auf Personen- und Sachschaden beschränkt bleibt, soweit dieser auf die Verwirklichung des charakteristischen Militärrisikos im Sinne physischer Gefahr zurückgeführt werden kann; reiner Vermögensschaden wäre nur in Fällen erfasst, wo die Widerrechtlichkeit im Sinne von Verhaltensunrecht gemäss Artikel 46 Absatz 2 VE gegeben und zusätzliches Verschulden der verantwortlichen Personen im Sinne von Artikel 51*a* VE im Spiel ist. Damit lässt sich in Verbindung mit Artikel 53 VE (Häufung von Haftungsgründen) auf dogmatisch einigermassen saubere Weise genau das Ergebnis erzielen, welches Artikel 135 MG in der geltenden Fassung nach den Ausführungen in der Botschaft anstrebt.

Redaktionell wird die Bestimmung an Artikel 3 Absatz 1 VG (vorne Ziff. 4.2.11.01) angeglichen. Insbesondere wird im französischen Text die irreführende Übersetzung von "widerrechtlich" durch "sans droit" korrigiert in: "par le fait illicite de ... ".

Auf Absatz 2 kann verzichtet werden. Die Bestimmung über die Entlastungsgründe ist deckungsgleich mit der generellen Regel von Artikel 47*a* VE, auf den im neuen Absatz 4 mitverwiesen wird.

[1619] BBl 1993 IV 1 ff. (110 ff.). Nach den Ausführungen auf S. 111 soll im Rahmen der blossen Haftung für Ordnungswidrigkeit nach lit.b die Widerrechtlichkeit auch bei Personen- und Sachschaden nur gegeben sein, wenn diese durch "ordnungswidriges Verhalten" verursacht worden sind; das steht im Widerspruch zur wenige Zeilen vorher gemachten Aussage, wonach in der Gefährdungshaftung "Widerrechtlichkeit grundsätzlich immer gegeben (sei), da absolute Rechtsgüter verletzt werden". Dazu vgl. vorne Ziff. 2.3.3.3.

Der umformulierte Absatz 2 übernimmt in einer etwas präziseren Ausdrucksweise den Grundsatz des Vorrangs von Spezialgesetzen (in der Praxis namentlich der Haftung aus SVG)[1620].

In Absatz 3 wird die Regel über den Ausschluss des Direktanspruchs drittgeschädigter Personen gegen den einzelnen Armeeangehörigen, welche Artikel 3 Absatz 3 VG (vorne Ziff. 4.2.11.01) entspricht, dieser Bestimmung auch redaktionell angepasst. Die systematische Stellung nach Absatz 2 stellt klar, dass die "Kanalisierung" der Haftung auf den Bund auch gilt, wenn - im Sinne von Absatz 3 - im Zusammenhang mit einer militärisch-dienstlichen Tätigkeit andere Haftpflichtbestimmungen zur Anwendung kommen als jene von Artikel 135 Absatz 1 MG.

Absatz 4 ist formell neu, absorbiert und erweitert aber materiell nur die im geltenden Artikel 141 Absatz 1 bereits enthaltene Verweisung auf das OR. Sie gilt nun - wie bei anderen Spielarten der Staatshaftung (vgl. Art. 9 VG oder auch Art. 46 Absatz 4, 426 Absatz 4, 849 Absatz 4 und 955 Absatz 4 ZGB sowie Art. 928 Abs. 4 OR) - und auch sonst bei speziellen Haftungstatbeständen - im Sinne einer generellen subsidiären ("Im übrigen ...") Anwendung der Bestimmungen des Allgemeinen Teils. Die geltende detaillierte Aufzählung der anwendbaren Normen, die im Prinzip nur dazu diente, auch formell jene Vorschriften des OR auszuschliessen, die schon materiell auf die Bundeshaftung nicht gepasst hätten (wie die Art. 43 Abs. 2 und 44 Abs. 2 sowie 61 OR) oder die durch ausdrückliche Bestimmungen des MG ohnehin verdrängt werden (wie Art. 50 Abs. 2 und 3 oder Art. 60 OR), ist unnötig.

4.2.31.02 Artikel 141

Aus den soeben zu Absatz 4 von Artikel 135 ausgeführten Gründen kann Absatz 1 gestrichen werden.

4.2.31.03 Artikel 143

Die Bestimmung über die Verjährung sieht in der gegenwärtigen Fassung sowohl im Verhältnis drittgeschädigte Person-Bund wie Bund-Armeeangehörige oder Formationen relative Verjährungsfristen von einem Jahr (entsprechend Art. 60 Abs. 1 OR) und absolute Fristen von 5 Jahren (abweichend von Art. 60 Abs. 1 OR) vor. Die Abweichungen von den allgemeinen Regeln und auch von jenen der Staatshaftung (Art. 20 ff. VG) sind kaum zu begründen[1621].

Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen deshalb in Absatz 1 eine Regelung vor, die sich an Artikel 55 VE orientiert. An sich könnte man es auch bei der allgemeinen Verweisung auf den Allgemeinen Teil (Art. 135 Abs. 4 hievor) bewenden lassen. Da aber für Absatz 2 keine Änderung vorgeschlagen wird (vgl. die Erläuterungen im nächsten Alinea) und der innere Zusammenhang der Gesamtbestimmung durch eine Streichung von Absatz 1 in Mitleidenschaft gezogen würde, wird von einer solchen Lösung abgesehen (analog Art. 20 Abs. 1

[1620] Zu den sich hieraus ergebenden Problemen vgl. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 32, N. 115 ff.

[1621] Dazu Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 32, N. 372 ff.

VG; vgl. vorne Ziff. 4.2.11.09). Wie zu Artikel 20 VG ausgeführt, scheint es auch hier angebracht, für den Beginn der relativen Frist kumulativ zur "Kenntnis des Schadens" diejenige "von der Person des Haftpflichtigen oder Deckungspflichtigen" zu verlangen, weil der Bund ohne weiteres als Ersatzpflichtiger neben anderen in Frage kommen kann, ohne dass dies der geschädigten Person von Anfang an bekannt sein muss. Im übrigen gehört es bei der Staatshaftung grundsätzlich auch zur Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen, dass man weiss, an welche Dienststelle oder Instanz man sich zur Geltendmachung seines Anspruchs wenden muss (vgl. dazu Satz 2 von Abs. 4 von Art. 143 sowie Art. 142 MG und Art. 168 VVA[1622]).

> An sich ist Absatz 2 (verglichen mit den Art. 21 und 23 VG) problematisch. Im Gegensatz zum VG unterscheidet das MG nicht zwischen originären Direktansprüchen und Rückgriffsansprüchen des Bundes gegen Armeeangehörige oder Formationen. Die Privilegierung (bei der relativen Frist gegenüber der neuen dreijährigen Dauer, bei der absoluten schon gegenüber der geltenden 10-Jahresfrist) - die in Artikel 23 VG als manifest und nachvollziehbar bezeichnet wurde (Ziff. 4.2.11.10) - erfasst daher hier auch die Regressansprüche. Nach dem für die Verfasser des Vorentwurfs massgebenden Prinzip, dass Änderungen nur vorgeschlagen werden sollen, wo sie sich aufdrängen, verzichten sie indessen hier auf einen entsprechenden Antrag.

Absatz 3 enthält die dem geltenden Artikel 60 Absatz 2 OR entsprechende Regel über die Verlängerung der zivilrechtlichen Verjährung bei strafbaren Handlungen, deren generelle Abschaffung vorgeschlagen wird (vorne Ziff. 2.8.4.2). Die Bestimmung ist deshalb auch im MG zu streichen.

Der geltende Absatz 4 enthält eine besondere Verweisung auf die Regeln des Obligationenrechts über die Unterbrechung der Verjährung (Art. 135-138 OR) und die Herrschaft der Dispositionsmaxime bei der Geltendmachung der Verjährung (Art. 142 OR), welche über die Generalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts (vorstehend neuer Art. 135 Abs. 4 MG) - wenn überhaupt - nur indirekt zum Tragen kommen könnten. Die Bestimmung ist daher - insbesondere auch mit Rücksicht auf die in Satz 2 angesprochene militärische Besonderheit - beizubehalten.

4.2.32 Zivilschutzgesetz (ZSG)

Am 1. Januar 1995 ist ein totalrevidiertes Zivilschutzgesetz vom 17. Juni 1994 in Kraft getreten. In der Botschaft dazu[1623] wird hinsichtlich des 9. Kapitels und der Artikel 58 - 63 ausgeführt, diese seien als Reaktion auf höchstrichterliche Kritik (BGE 114 Ia 199) an das neue Militärgesetz (vorstehend Ziff. 4.2.31), das neue Militärversicherungsgesetz und das Obligationenrecht angepasst worden. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen folgende Änderungen vor:

[1622] Verordnung über die Verwaltung der Armee SR 510.301.

[1623] BBl 1993 III 825 ff. (865 f.).

4.2.32.01 Artikel 58

Absatz 1 integriert im geltenden Text den Entlastungsbeweis für höhere Gewalt sowie Selbst- und Drittverschulden unmittelbar in den Haftungsgrundsatz. Wie Absatz 2 von Artikel 135 MG (vorstehend Ziff. 4.2.31) ist dieser Halbsatz ("sofern sie [d.h. Bund, Kantone und Gemeinden] nicht beweisen, ... ") angesichts der generellen Geltung von Artikel 47*a* VE (auf den im neuen Abs. 1 von Art. 61 ZSG verwiesen wird) unnötig.

> In Absatz 2 wird der Grundsatz der Solidarhaftung von Bund, Kantonen und Gemeinden aufgestellt, der an sich auch aus Artikel 53*b* VE (i.V.m. mit dem neuen Abs. 1 von Art. 61 ZSG) hergeleitet werden könnte. Satz 2 enthält aber für die interne Auseinandersetzung eine Besonderheit und Abweichung von Artikel 53*c* VE (Verweisung auf den Satz der Bundesbeiträge nach Art. 55 Abs. 1 lit. a ZSG), welche die Beibehaltung der Bestimmung rechtfertigt.

Der geltende Absatz 3 enthält das Prinzip der im Aussenverhältnis exklusiven Staatshaftung, welche einen Direktanspruch gegen den oder die unmittelbare Schadenstifter(in) ausschliesst. Wie in Artikel 135 MG (vorstehend Ziff. 4.2.31) ist diese Bestimmung systematisch aber als neuer Absatz 6 an den Schluss zu stellen, damit sie sämtliche Varianten der Haftung von Bund, Kantonen und Gemeinden für Schädigungen im Rahmen zivilschutzdienstlicher Verrichtungen (vgl. geltender Abs. 6, neu 5) erfasst.

Die geltenden Absätze 4 und 5 bleiben als neue Absätze 3 und 4 inhaltlich und redaktionell unverändert.

Der neue Absatz 5 (geltender Abs. 6) - Vorrang speziellerer Haftungsbestimmungen - wird redaktionell an Artikel 135 Absatz 2 MG (vorne Ziff. 4.2.31) angepasst.

Der neue Absatz 6 enthält - wie bereits zu Absatz 3 angedeutet - den Grundsatz der Kanalisierung der Haftung auf die im Aussenverhältnis allein ansprechbaren Gemeinwesen (vgl. Art. 135 Abs. 3 MG).

4.2.32.02 Artikel 61

Die Bestimmung stand bisher unter dem Titel "Bemessung der Entschädigung (Détermination des dommages-intérêts)". Im Rahmen der Totalrevision des Haftpflichtrechts wird in der Spezialgesetzgebung durchwegs eine Generalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts eingefügt (analog dem neuen Abs. 4 von Art. 135, der an die Stelle des früheren Abs. 1 von Art. 141 MG tritt). Damit wird die Beschränkung der Verweisung auf Schadensberechnungs- bzw. Bemessungsgrundätze des OR - wie sie der geltende Artikel 61 Absatz 1 ZSG enthält - hinfällig. Die Artikelüberschrift muss dementsprechend weiter gefasst werden.

Absatz 1 übernimmt die Standardformel der Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts als generell subsidiär anwendbare Regelung. Die Wendung "Im übrigen ... ", die dort vorgeschlagen wird, wo diese Verweisung als besonderer Absatz direkt in die Grundsatznorm integriert werden kann (vgl. Art. 135 Abs. 4 MG oder auch - als weiteres Beispiel - Art. 46 Abs. 4 ZGB; vorne Ziff. 4.2.15.01), muss hier (analog zu Art. 9 Abs. 1 VG; vorne Ziff. 4.2.11.05) etwas expliziter formuliert werden ("Soweit dieses Gesetz nicht ausdrücklich eine Abweichung vorsieht, ... ").

Absatz 2 entspricht Absatz 1 (bisher Abs. 2) von Artikel 141 MG (vorne Ziff. 4.2.31) und enthält die Anweisung zu einer spezifisch militär- bzw. zivilschutzdienstbezogenen Berücksichtigung bestimmter Bemessungskriterien, die zwar ohne weiteres auch aus den allgemeinen Regeln von Artikel 52, 53*a* und 53*c* Absatz 1 VE abgeleitet werden könnten, aus "gesetzgebungspsychologischen" Erwägungen aber durchaus hier konkretisiert und daher beibehalten werden können.

4.2.32.03 Artikel 63

Diese Verjährungsbestimmung ist ein präzises Analogon zu Artikel 143 MG (vorne Ziff. 4.2.31) und wird daher auch in derselben Weise angepasst.

4.2.33 Kernenergiehaftpflichtgesetz (KHG)

Das KHG von 1983 hat die früher ins Atom-Gesetz (AtG)[1624] integrierten Haftungsbestimmungen für Anlagen zur friedlichen Verwendung der Kernenergie in einem eigenen Erlass verselbständigt und dabei gleichzeitig die vordem bestehende (auf das internationale Recht abgestimmte) ziffernmässige Beschränkung der Haftung des Inhabers einer Atomanlage aufgehoben[1625]. Aus der Sicht der Haftpflichtrechtsrevision ist das KHG der klassische Fall eines Spezialgesetzes, dessen Existenz sich mit Rücksicht auf die Eigenarten der Materie rechtfertigt (vorne Ziff. 1.3.1). Trotzdem muss es in all den Punkten, in denen die "nuklearen Besonderheiten" nicht durchschlagen, mit den Bestimmungen des Allgemeinen Teils in Einklang gebracht werden. Das wird allerdings, was die Terminologie betrifft, nicht konsequent durchgeführt. So wird das Haftungssubjekt weiterhin "Inhaber" (Art. 2 Abs. 7 KHG) der Kernanlage (oder der Transportbewilligung) und nicht "Betreiber" (gemäss Art. 50 VE; vgl. vorne Ziff. 2.4.4.5) genannt, obschon beide Bezeichnungen materiell dieselbe Bedeutung haben sollten.

4.2.33.01 Artikel 3

Auch im Bereich der Kernenergiehaftpflicht erfüllt der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts im OR seine Funktion als generelle subsidiäre Regelung. Das wird in einem neuen Absatz 7 des Artikels - der (i.V.m mit der Definition des "Nuklearschadens" in Art. 2 Abs. 1 KHG) den Haftungsgrundsatz aufstellt - mit der auch andernorts üblichen Generalverweisung bewerkstelligt.

4.2.33.02 Artikel 4

Die geltende Bestimmung statuiert für den Nuklarschadenbereich das Prinzip der verwaltungsrechtlichen Kostenauflage für Schadenabwehr- und Schadenminderungsmassnahmen, welche die zuständigen Behörden bei drohender Nukleargefährdung oder auch bei bereits eingetretenen bzw. andauernden Einwirkungen aus einer Kernanlage oder einem Transport von Kernmaterialien tref-

---

[1624] SR 732.0.

[1625] Vgl. dazu die Botschaft zum KHG, BBl 1980 I 164 ff.(Ziff. 121.3, S. 173 ff.) und vorne Ziff. 1.1.2.2 (bei Anm. 44).

fen. Die Vorschrift ist in Parallele zu setzen mit dem früheren Artikel 8 GSchG und heutigen Artikel 59 USG (hinten Ziff. 4.2.45); in diesen neueren Versionen ist die Kostenauflage nicht mehr - wie noch im KHG - als "Kann-Vorschrift" formuliert, sondern es heisst imperativ: "die Kosten werden dem Verursacher überbunden".

Der Vorschlag der Verfasser des Vorentwurfs geht noch einen Schritt weiter: die Kostenauflage soll nicht bloss zwingend vorgesehen sein, sondern sie soll aus dem verwaltungsrechtlichen Kontext herausgelöst und als eigentliche (zivilrechtliche) Haftung des Nuklearanlageninhabers oder Transporteurs gegenüber dem Gemeinwesen ausgestaltet werden, dessen zuständigen Behörden aus der Anordnung und Durchführung von Schadensprävention und Reduktionsmassnahmen Kosten entstanden sind. Die Annäherung von zivilem und öffentlichem Verantwortlichkeitsrecht (vgl. Art. 43/43*a* VE und vorne Ziff. 2.2.3) soll nicht bloss hinsichtlich der Passivlegitimation, sondern auch in der Weise erfolgen, dass das Gemeinwesen aktivlegitimiert wird, seinen Aufwand für die im öffentlichen Interesse getroffenen Massnahmen als Schaden auf die für die Gefährdung und ihre allfällige Verwirklichung haftende Person (i.c. den Inhaber der Kernanlage oder der Transportbewilligung) zu überwälzen. Damit soll vor allem die unfruchtbare Kontroverse um die Unterscheidung zwischen "Zustandsstörer" und "Verhaltensstörer" aus der Welt geschafft werden[1626], die freilich gerade im Kernenergiebereich mit seiner kanalisierten Haftung kaum eine Rolle spielen dürfte. Trotzdem rechtfertigt sich der Systemwechsel aus dem reinen Verursacherprinzip des öffentlichen Rechts in eine auf begründeter Zurechnung beruhende "zivilisierte" Haftung auch hier.

4.2.33.02^{bis} Artikel 5 und 6

Artikel 5 schränkt in Absatz 1 die Entlastungsgründe - wie sie allgemein in Artikel 47*a* VE umschrieben werden (vorne Ziff. 2.4.3.5) - auf das alleinige Selbstverschulden ein und verlangt für eine totale "Unterbrechung" des adäquaten Risikozusammenhanges erst noch vorsätzliches Handeln des Opfers: die Haftung des Anlageninhabers bzw. des Transporteurs weicht also nur dann, wenn der Schadenersatzanspruch der geschädigten Person als geradezu rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden muss.

Diese Abweichung von den allgemeinen Regeln - höhere Gewalt und Drittverschulden kommen als Entlastungsgründe nicht in Frage - rechtfertigt sich angesichts der extrem hohen "Betriebsgefahr" eines AKW. Es gibt angesichts dieser Gefahr keine (Natur-) Gewalt, die "höher" sein und das Nuklearrisiko haftpflichtrechtlich verdrängen könnte. Erst recht reicht dazu das Verhalten einer oder mehrerer Drittpersonen nicht, auch wenn es grob schuldhaft oder Ausfluss kriegerischer oder terroristischer Aktivitäten wäre. Die Haftung ist insofern auf den Betreiber bzw. Inhaber der Kernanlage oder der Transportbewilligung "kanalisiert" (vgl. auch die Beschränkung der Rückgriffsrechte der haftpflichtigen Person auf Mitverursacher in Art. 6 KHG). Daran soll sich nichts ändern.

Man hätte sich freilich überlegen können, Absatz 2 von Artikel 5, der gegenüber der allgemeinen Regel über die Ersatzbemessung (Art. 52 VE; vorne Ziff. 2.5.2) keinerlei Originalität aufweist und auch nicht aufweisen muss, zu eliminieren, da an

---

[1626] Widmer P., Perspektiven einer Umwelthaftung - Möglichkeiten und Grenzen, in: Ergänzungen (Wissenschaftl. Tagung anlässlich der Einweihung des Ergänzungsbaus der Hochschule St. Gallen), Bern/Stuttgart 1990, S. 591 ff. (600 f.); idem, a.a.O. (Anm. 204), S. 385 ff. (401); idem, a.a.O. (Anm. 1585), S. 345 ff. (348 f. m.w. Hinweisen in FN 11).

sich die Globalverweisung im neuen Absatz 7 von Artikel 3 zum gleichen Ergebnis führen würde. Der Zusammenhang zwischen der vollen Entlastung in Absatz 1 und der hier angesprochenen Teilentlastung bei konkurrierendem Selbstverschulden ist indessen so eng, dass von einer Streichung abzusehen ist.

4.2.33.03 Artikel 7

Die Bestimmung enthält einen auf die Ersatzbestimmung und die Voraussetzungen der Genugtuung beschränkte Verweisung auf das Obligationenrecht, wobei einerseits (in Absatz 1) die Anwendung von Artikel 44 Absatz 2 OR (Reduktion bei Notlage des Ersatzpflichtigen) ausgeschlossen, anderseits aber (Absatz 2) eine angemessene Herabsetzung der Entschädigung bei "ungewöhnlich hohem Einkommen des Getöteten oder Verletzten" (analog zu Artikel 62 Abs. 2 SVG; vgl. hinten Ziff. 4.2.35.05) zugelassen wird.

Die Vorschrift kann insgesamt aufgehoben werden. Die (ohnehin zu enge) Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ist im neuen Absatz 7 von Artikel 3 mitenthalten, und die "Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien" ist in Artikel 52 Absatz 2 VE generell vorgesehen (vorne Ziff. 2.5.2 a.E.). Die letztgenannte Bestimmung stellt auch klar, dass sie sich selbst als Ausnahmevorschrift versteht, und zwar nach beiden Richtungen. Dem ungewöhnlich hohen Einkommen (oder Vermögen) einer geschädigten Person könnte also nur unter ganz speziellen Umständen Rechnung getragen werden. Und auf die Idee, die Haftung eines Kernkraftwerkbetreibers oder Transporteurs (in aller Regel ohnehin eine juristische Person) wegen drohender Notlage zu ermässigen, dürfte - vor allem auch angesichts des ganzen hinter dem unmittelbar Haftpflichtigen noch bestehenden Auffangnetzes von Versicherungen und Grosschadensregelung - selbst der fantasiereichste Anwalt kaum kommen.

4.2.33.04 Artikel 8

Diese Bestimmung ist dem Artikel 87 SVG (vgl. hinten Ziff. 4.2.35.17) nachgebildet, der durch die Artikel 57 und 58 VE (Ziff. 2.10 hievor) generalisiert wird: es geht um die Zulässigkeit von (pro futuro) haftungsbeschränkenden und -ausschliessenden, sog. Freizeichnungsklauseln einerseits (Abs. 1) und die Anfechtbarkeit krass unangemessener Vergleiche, die im Sinne einer Abfindung (nach Eintritt einer Schädigung) abgeschlossen werden, anderseits (Abs. 2).

Auch hiefür genügt die Globalverweisung in Artikel 3 Absatz 7 (neu) KHG, so dass auf den geltenden Artikel 8 verzichtet werden kann.

4.2.33.05 Artikel 9

Absatz 1 übernimmt die Regelung von Artikel 80 SVG, welche Ansprüche aus der obligatorischen Unfallversicherung vorbehält. Die Regel gilt allgemein für den Bereich der Sozialversicherungen, deren Subrogation und Rückgriffsrecht im künftigen Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil der Sozialversicherung (ATSG; vorne Ziff. 2.7.1 bei Anm. 877) auch allgemein geregelt werden soll. Besondere Bestimmungen in einzelnen Haftpflichtgesetzen werden damit überflüssig. Im übrigen soll ja das hier ebenfalls erwähnte Haftungsprivileg aus Arti-

kel 44 UVG ohnehin aufgehoben bzw. durch ein blosses Regressprivileg ersetzt werden (vorne Ziff. 1.2.2.3.2 a.E. bei Anm. 210 und Ziff. 2.7.3.3.1 bei Anm. 923; vgl. auch hinten Ziff. 4.2.50). Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Vorschrift von Artikel 9 Absatz 1 KHG nicht mehr aktuell.

Absatz 2 enthält seinerseits eine generalisierungsfähige Regel, der Artikel 62 Absatz 3 SVG bzw. bereits Artikel 13 Absatz 1 EHG zu Gevatter gestanden haben: wo die haftpflichtige Person Beiträge an eine nicht obligatorische Versicherung zugunsten der geschädigten Person geleistet hat, sollen die Leistungen dieser Versicherung in entsprechender Proportion auf die Ersatzpflicht angerechnet werden. Artikel 54*i* VE erhebt diese Norm zum allgemeinen Grundsatz (vorne Ziff. 2.7.5), der wiederum über Artikel 3 Absatz 7 KHG auch in dessen Anwendungsbereich zum Tragen kommt und deshalb keiner Wiederholung bedarf.

4.2.33.06 Artikel 10

Die Verjährungs- und Verwirkungsvorschriften des KHG sind soweit als möglich - d.h. unter Berücksichtigung der Eigenarten dieses Sektors, insbesondere des Problems der Spätschäden (Art. 13 KHG) - an die allgemeinen Regeln der Artikel 55 ff. VE anzupassen (vorne Ziff. 2.8). Diese Besonderheit führt dazu, dass Artikel 10 KHG nach Auffassung der Autoren des Vorentwurfs unabhängig davon beizubehalten ist, ob die Verjährungsfristen übereinstimmend mit denjenigen des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts festgelegt werden oder nicht.

Absatz 1 legt in der geltenden Fassung die relative, d.h. ab Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatz- oder Deckungspflichtigen laufende Verjährungsfrist abweichend von Artikel 60 Absatz 1 OR auf 3 Jahre fest. Dabei soll es auch unter dem neuen Recht bleiben, selbst wenn die allgemeine (relative) Verjährungsfrist in Artikel 55 Absatz 1 VE definitiv (statt wie im Vorentwurf vorgeschlagen auf 3 Jahre) auf eine kürzere Zeitspanne festgelegt werden sollte. Ebenso soll bei der absoluten Frist die Dauer von 30 Jahren beibehalten werden, die um einen Drittel länger ist als die in Artikel 55 Absatz 2 VE vorgeschlagene 20-Jahresfrist ab Aufhören der schädigenden Einwirkung. Hingegen ist kein zwingender Grund ersichtlich, anstelle der absoluten (aber immerhin der Unterbrechung und dem Verzicht gemäss Artikel 55*a* VE zugänglichen) Verjährung hier als Ausnahme eine Verwirkung vorzusehen; dies rechtfertigt sich umso weniger, als das Strahlenschutzgesetz von 1991, das Fristen von gleicher Dauer vorsieht, es auch bei einer Verjährung bewenden lässt (nachfolgend Ziff. 4.2.47.02).

In Absatz 2 handelt es sich lediglich um eine konsequente Anpassung an die allgemeine Regel über die Verjährung der Rückgriffsansprüche (Art. 55*c* Abs. 1 VE). An sich könnte darauf verzichtet werden, diese Regel für das KHG speziell zu wiederholen; der enge Zusammenhang mit dem auf alle Fälle aufrechtzuerhaltenden Absatz 1 und der hier allgemein befolgte Grundsatz einer möglichsten Zurückhaltung mit nicht unbedingt erforderlichen Änderungen sprechen indessen gegen eine Streichung.

4.2.33.07 Artikel 16bis (neu)

Der Vorschlag einer systematisch neu am Schluss des Abschnitts über die Bundesdeckung einzufügenden Bestimmung ist lediglich die Konsequenz aus der Aufhebung zweier anderer Vorschriften, nämlich der Artikel 19 und 20 KHG (vgl. hienach unter Ziff. 4.2.33.08).

Geregelt werden die Fragen des direkten Forderungsrechts des Geschädigten, des Einredenausschlusses und des Rückgriffs, die bisher in den Artikeln 19 und 20 KHG für Ansprüche gegen private Versicherer im Sinne von Artikel 11 KHG wie für solche gegen den Bund (Art. 12 ff. KHG) zusammen behandelt wurden. Für die private Versicherung ist eine solche Normierung im Spezialgesetz KHG neben den allgemeinen Vorschriften von Artikel 54*c* ff. VE (vorne Ziff. 2.7.4.2 - 2.7.4.4) unnötig. Hingegen bedarf es im KHG weiterhin einer Bestimmung, welche die analoge Anwendung der Artikel 54*c*, 54*f* und 54*h* VE auf die gegen den Bund gerichteten Ansprüche und den Rückgriff des Bundes auf Versicherte oder Versicherungsnehmer gewährleistet. Um sinngemässe Anwendung handelt es sich deshalb, weil zwischen dem Bund und den versicherten Anlageninhabern bzw. Inhabern von Transportbewilligungen nicht ein (privatrechtlicher) Versicherungsvertrag im üblichen Sinne besteht und sich der Bund demzufolge auch nicht direkt auf das Versicherungsvertragsgesetz berufen kann[1627].

4.2.33.08 Artikel 19 und 20

Die Fragen des direkten Forderungsrechts des Geschädigten gegen den Versicherer (oder den Bund), die damit zusammenhängende Frage des Einredenausschlusses sowie das Rückgriffsrechts sind - soweit es um die Privatversicherung geht - in den Artikeln 54*c* ff VE auch für den Bereich des KHG geregelt, so dass die entsprechenden Vorschriften im KHG selbst aufgehoben werden können.

Soweit es um die Bundesdeckung geht, wird eine Spezialbestimmung über die analoge Anwendung dieser Grundsätze beibehalten, systematisch jedoch anders plaziert (vgl. vorne zum neuen Art. 16bis KHG).

4.2.33.09 Artikel 26

Der geltende Artikel 26 KHG behandelt unter dem Titel "Verfahrensgrundsätze" verschiedene Probleme:

Der geltende Absatz 1 statuiert zunächst einmal die Inquisitions- (Untersuchungs-) und die Offizialmaxime (im Gegensatz zur sonst im Zivilprozess üblichen Dispositionsmaxime). Das setzt den Grundsatz der freien Beweiswürdigung voraus, der aber ebenfalls explizit erwähnt wird. Ferner wird die Offizialmaxime ausdrücklich dahingehend ausgedeutscht, dass das Gericht an die Anträge der Parteien nicht gebunden, aber immerhin gehalten sein soll, den betroffenen Parteien dann Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn es über die Begehren der Kläger hinausgehen will. In diesem letzten Punkt geht

---

[1627] Dazu Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, §29, N. 542 ff., bes. N. 581 ff.

das KHG auch über die Vorschläge des Vorentwurfes in Artikel 56*c* VE (vorne Ziff. 2.9.4.1 und 2.9.4.2) hinaus, und die Frage ist, ob es im Rahmen der Kernenergiehaftung besondere Gründe dafür gebe. In der Botschaft wird ausgeführt, es gehe darum, "einen Geschädigten, welcher weniger verlangt als das, worauf er Anspruch hat, allenfalls besserzustellen"[1628]. Das ist indessen mehr eine Absichtserklärung, als eine Begründung. Eine solche sucht man auch sonst in der Literatur vergeblich. Unter diesen Umständen wird vorgeschlagen, auch im KHG auf diese singuläre Regelung zu verzichten bzw. die Verfahrensgrundsätze des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts genügen zu lassen. Absatz 1 kann daher gesamthaft aufgehoben werden.

Absatz 2 ist hingegen beizubehalten. Das hier vorgesehene Institut der Beiladung (so auch der Vorschlag für den neuen Titel) erscheint als zweckmässig und ist nur in einigen kantonalen Prozessordnungen[1629] vorgesehen.

4.2.33.10 Artikel 27

Die Bestimmung über die Festsetzung der Gerichts- und Parteikosten entspricht dem Sinne nach der allgemeinen und weiter gefassten Regel in Artikel 56*f* und 56*g* VE (vorne Ziff. 2.9.6), welche über Artikel 3 Absatz 7 (neu) KHG anwendbar wird; sie kann daher hier weggelassen werden.

4.2.33.11 Artikel 28

Ebenso wird die Bestimmung über vorläufige Zahlungen überflüssig: sie wiederholt lediglich, was in Artikel 56*h* VE allgemein und unter etwas klareren Voraussetzungen vorgesehen ist (vorne Ziff. 2.9.7).

4.2.34 Elektrizitätsgesetz (EleG)

Das Elektrizitätsgesetz vom 24. Juni 1902 enthält die ältesten gegenwärtig in Kraft stehenden Haftungsbestimmungen des schweizerischen Rechts. Die in den Artikeln 27 ff. EleG vorgesehene Kausalhaftung des Inhabers einer elektrischen Anlage entspricht als Gefährdungshaftung dem Modell des alten Eisenbahnhaftpflichtgesetzes (vorne Ziff. 4.2.16). Der Haftungsgrundsatz von Artikel 27 EleG kann mit einigen materiellen und redaktionellen Anpassungen an das Konzept der Generalklausel in Artikel 50 VE übernommen werden; die übrigen Bestimmungen werden - mit Ausnahme des geltenden Artikels 28 Absatz 1, der eine Sonderregelung für Anlagen mit mehreren Betreibern vorsieht und des singulären Artikel 32 - durch eine Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts überflüssig.

[1628] BBl 1980 I S. 205, Ziff. 225 a.E.

[1629] Vogel O., a.a.O. (Anm. 151), N. 64e/f.

4.2.34.01 Artikel 27

In Absatz 1 wird der geltende Anknüpfungstatbestand und Haftungsgrundsatz mit folgenden Anpassungen aufgenommen:

- das Haftungssubjekt wird in Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauch in der Generalklausel von Artikel 50 VE als "Betreiber" (statt "Betriebsinhaber") der Anlage bezeichnet. Was damit materiell gemeint ist, wird unter Ziff. 2.4.4.5 hievor im Detail ausgeführt: haften soll die Person, welche die unter Strom stehende Anlage beherrscht, sie auf ihre Rechnung und Gefahr benutzt und so die mit einer derartigen Anlage verbundenen spezifischen Risiken schafft bzw. unterhält.
- es wird nicht mehr ausdrücklich erwähnt, dass die Elektrizitätshaftung gleichermassen für private wie für öffentliche Schwach- oder Starkstromanlagen gilt; dies ergibt sich (über die Verweisung von Absatz 2) ohne weiteres aus der allgemeinen Bestimmung von Artikel 43 VE und wird für Anlagen, die von Kantonen oder Gemeinden betrieben werden, in Artikel 43*a* Absatz 2 VE noch ausdrücklich festgehalten.
- es wird auch darauf verzichtet, die klassischen Entlastungsgründe (höhere Gewalt, Dritt- oder Selbstverschulden) ausdrücklich zu erwähnen, die nach Artikel 47*a* VE grundsätzlich überall (und über die ausdrückliche Verweisung von Absatz 2 auch im Bereich der Elektrizitätshaftung) gelten. Zu beachten ist, dass damit auch die eigenartige Ausweitung der Entlastung aufgrund eines blossen "Versehens" eines Dritten beseitigt wird, ebenso wie die kaum zu begründende Differenzierung, wonach irgendwelches Verschulden einer Drittperson, aber nur ein (besonders) "grobes" Selbstverschulden seitens der geschädigten Person adäquanzunterbrechend wirken könnte. In jedem Falle muss die äussere Ursache eine gegenüber dem charakteristischen Risiko des elektrischen Stromes "höhere" Intensität aufweisen, um zu einer Entlastung zu führen (vgl. vorne Ziff. 2.3.4.5); es muss sich um eine Einwirkung handeln, die im Sinne von Artikel 47*a* VE gegenüber der vom Haftpflichtigen zu vertretenden Betriebsgefahr "in offensichtlich überwiegender Weise zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat".
- die neue Fassung spricht nicht mehr ausschliesslich von Personenschaden, dem dann in Absatz 2 der geltenden Bestimmung Sachschaden gleichgestellt wird. Dass im Rahmen einer Gefährdungshaftung - abgesehen von der Einwirkung auf die Umwelt - grundsätzlich nur diese beiden Kategorien von Schäden ersatzfähig sind, ergibt sich in allgemeiner Weise aus Artikel 45 Absatz 3 VE, der wiederum über die Verweisung in Absatz 2 Anwendung findet. Damit bleiben Schäden infolge von "Störungen im Geschäftsbetrieb" weiterhin insofern ausgeschlossen, als sie "reine Vermögensschäden" darstellen; hingegen müssten sie ersetzt werden, soweit es sich um unmittelbare Folgen aus Körper- oder Sachschäden handelt. Damit wird auch die geltende Unsicherheit über die Tragweite von Artikel 27 Absatz 2 EleG[1630] behoben.
- rein redaktioneller Natur ist die Angleichung des französischen an den deutschen Text und an Artikel 1 EleG in beiden Sprachversionen im Bezug auf

---

[1630] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 28, N. 108 ff.

die Reihenfolge der Erwähnung von "Schwach- oder Starkstromanlage" (bisher "installation électrique à fort ou à faible courant").

Bereits hier zu vermerken ist, dass durch den Wegfall der Artikel 29 und 41 EleG (hinten Ziff. 4.2.34.03 und 34.13) zwei weitere Einschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs aufgehoben werden:

- gemäss Artikel 29 EleG, dessen deutsche Fassung dem Willen des Gesetzgebers entspricht, gelten die Bestimmungen des Obligationenrechtes in Fällen von Sachbeschädigung (Sachschaden) infolge eines durch Betrieb einer elektrischen Anlage verursachten Brandes. Diesbezüglich geben die französische und die italienische Fassung zu verstehen, dass diese Bestimmung jeglichen Brandschaden erfassen wolle, was nicht zutrifft. Die Gefährdungshaftung aus Artikel 27 EleG soll künftig auch dann zur Anwendung kommen, wenn Sachschaden durch einen Brand aus einer elektrischen Anlage verursacht worden ist. Es handelt sich - wie die explizite Ausnahmevorschrift in Artikel 29 EleG deutlich zum Ausdruck bringt - um eine vom seinerzeitigen Gesetzgeber aus gewerbepolitischen Erwägungen bewusst vorgesehene Freistellung bzw. Entlastung des Betreibers einer elektrischen Anlage von der Haftung für Schäden, die im Normalfall durchaus als Verwirklichung des charakteristischen Risikos einer solchen Anlage zu gelten haben. Eine solche (protektionistisch motivierte) Haftungsbefreiung entspricht nach übereinstimmender Auffassung der Doktrin den heutigen Gegebenheiten und Vorstellungen nicht mehr und muss gestrichen werden[1631].
- auch die Einschränkung des Geltungsbereichs der kausalen "Elektrizitätshaftung", die sich im geltenden Recht aus dem ausdrücklichen "Ausschluss der Hausinstallationen" (Art. 41 i.V.m. Art. 16 EleG) ergibt, ist fallenzulassen. Abgesehen von den schwierigen und unnötigen Abgrenzungsproblemen, die daraus entstehen, scheint diese Ausnahme auch rechtspolitisch nicht mehr zeitgemäss[1632].

Absatz 2 wird (aus den soeben erwähnten Gründen) hinsichtlich seines geltenden Inhalts aufgehoben bzw. ersetzt durch die stereotype Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, der für sämtliche in den geltenden Artikeln 30/31 und 33 - 39 EleG geregelten Fragen die generellen Antworten enthält.

4.2.34.02 Artikel 28

Die im geltenden Absatz 1 enthaltene Regelung wird als neuer einziger Absatz (mit einigen redaktionellen Anpassungen, die sich aus der neuen Bezeichnung des "Betreibers" ergeben) beibehalten, obschon man sich fragen kann, ob sich die Lösung nicht auch hier aus der Definition der "elektrischen Anlage" (d.h. der Betriebsgefahr) und des "Betreibers" bzw. aus den allgemeinen Grundsätzen über eine Mehrheit von Haftpflichtigen (Art. 53*b* VE) ergeben würde[1633]. Falls

---

[1631] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 28, N. 119 ff.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 208 f.

[1632] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 28, N. 14 ff.; Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 208 f. und 210.

[1633] Diese Auffassung scheint zu vertreten: Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 213.

hingegen eine Sonderregelung gewollt sein sollte, so fragt sich, ob diese in der Eigenart des Regelungsgegenstandes ("zusammengesetzte elektrische Anlagen") wirklich eine ausreichende Rechtfertigung findet. Die Verfasser des Vorentwurfs massen sich darüber kein Urteil an.

Absatz 2 regelt den Regress eines Anlagebetreibers auf einen anderen nicht anders, als sich dies aus der allgemeinen Norm von Artikel 53*c* VE (über die Verweisung von Art. 27 Abs. 2 neu EleG) ergibt; die Bestimmung ist daher aufzuheben.

4.2.34.03 Artikel 29

Brandschäden an Sachen, verursacht durch elektrische Anlagen, sollen nach neuem Recht von der Gefährdungshaftung aus Artikel 27 Absatz 1 miterfasst werden, wenn sie sich als Verwirklichung des charakteristischen Risikos einer solchen Anlage (Kurzschluss, Funkenwurf etc.) erweisen (vgl. vorne Ziff. 4.2.34.01 zu Art. 27 EleG). Daher ist diese Ausnahme - deren französische und italienische Fassung wie bereits ausgedeutet dem eigentlichen Willen des Gesetzgebers widerspricht - fallen zulassen.

4.2.34.04 Artikel 30

Diese Bestimmung will für den Rückgriff unter Betreibern mehrerer Anlagen, deren "Zusammentreffen" einen Schaden verursacht hat (für den sie nach aussen - schon nach allgemeinen Grundsätzen und gemäss Art. 53*b* VE - solidarisch einstehen müssen), eine besondere Regel in dem Sinne aufstellen, dass - vorbehaltlich des "Verschuldens der einen Anlage" - der Schaden von allen Beteiligten "zu gleichen Teilen" getragen werden soll. Nach neuem Recht sollen indessen hier - wie überall sonst - für die interne Zuteilung der Schadensquoten sämtliche Umstände berücksichtigt werden, nicht nur und auch nicht vor allem das (persönliche oder allfälligen Hilfspersonen anzulastende) Verschulden aufseiten einer Anlage bzw. ihres Betreibers, sondern namentlich auch unterschiedliche Betriebsgefahren - höhere oder niedrigere Stromspannung - in der einen oder andere Anlage[1634] (vgl. hiezu vorne Ziff. 2.6.4.4 und hinten Ziff. 4.2.35.03 zu Art. 60 SVG).

Die Bestimmung ist daher einesteils als überflüssig, anderseits als ungerechtfertigte Abweichung von allgemeinen Grundsätzen zu streichen.

4.2.34.05 Artikel 31

Es handelt sich um eine Norm über Haftungskollision, die - abgesehen von der Betonung des "Verschuldens der einen Anlage" - mit Artikel 53*a* VE übereinstimmt und daher aufgehoben werden kann.

[1634] In diesem Sinne auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 28, N. 94 ff.

4.2.34.05bis Artikel 32

Diese Vorschrift ist keine eigentliche Haftungsbestimmung: sie sieht eine Meldepflicht der Betreiber von elektrischen Anlagen über Personen- und "erhebliche" Sachschäden an eine zuständige Lokalbehörde vor, die eine Untersuchung durchführt und ihrerseits den Vorfall "auf dem Dienstweg" über die kantonale Regierung an das EVED (heute UVEK) zu melden hat. Die Bestimmung soll trotz der Ankoppelung an das aufgehobene Fabrikgesetz von 1877 noch in Kraft stehen; ob sie tatsächlich noch angewendet wird, entzieht sich der Kenntnis der Verfasser des Vorentwurfs. Sollte sie keine praktische Bedeutung mehr haben, wäre eine Aufhebung aus diesem Grunde zu erwägen.

4.2.34.06 Artikel 33

Die Berufung auf höhere Gewalt (vgl. vorne Ziff. 4.2.34.01 zu Art. 27 Abs. 1, 3. Abschnitt) soll ausgeschlossen sein, wenn der Schaden durch Einhaltung von Sicherheitsvorschriften hätte abgewendet werden können. Dies ist eine absolute Selbstverständlichkeit, die sich direkt aus der Definition der höheren Gewalt als objektiv (und subjektiv) unabwendbares Ereignis ergibt. Die Bestimmung ist überflüssig.

4.2.34.07 Artikel 34

Die Bestimmung statuiert in Absatz 1 für den Bereich der Elektrizitätshaftung explizit das Prinzip der "annexen Haftung für fremdes Verhalten", das nach allgemeinen Grundsätzen und gemäss Artikel 51 VE für alle Kausalhaftungen gilt; auch das in Absatz 2 erwähnte Regressrecht entspricht den allgemeinen Regeln (Art. 53*c* Abs. 2 VE).

Die Bestimmung kann daher gesamthaft aufgehoben werden.

4.2.34.08 Artikel 35

Die Bestimmung sieht einen besonderen, sogenannt "pönalen" Befreiungsgrund vor, der es dem Betreiber erlauben soll, die Haftung dann abzulehnen, wenn die geschädigte Person sich widerrechtlich oder durch vorsätzliche Übertretung von Vorschriften und Warnungen mit der Anlage in Berührung gebracht hat. Sie widerspricht - wie Artikel 6 und 7 EHG (vgl. vorne Ziff. 4.2.16 bei Anm.1594) - "den Grundlinien unseres Haftpflichtrechts"[1635] und ist daher zu streichen.

4.2.34.09 Artikel 36

Die Bestimmung enthält neben einer - jetzt im neuen Absatz 2 von Artikel 27 EleG allgemein vorgesehenen - Verweisung auf das Obligationenrecht für die Schadenersatzbemessung (Abs. 1) Regeln über die Art der Ersatzleistung bei Invalidität (Abs. 2) sowie die Möglichkeit eines Rektifikationsvorbehalts (Abs. 3); diese Vorschriften sind neben den allgemeinen Regeln der Artikel 45*b* und 52*a* (vorne Ziff. 2.3.2.2.3 und 2.5.3) sowie 56*e* VE (vorne Ziff. 2.9.5) unnötig.

[1635] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 28, N. 147 ff. (155).

4.2.34.10 Artikel 37

Die sehr restriktive Verjährungsbestimmung - mit einer Einheitsfrist von 2 Jahren seit dem Tag der "Schädigung" - ist zugunsten der allgemeinen Regeln in Artikel 55 ff. VE (vorne Ziff. 2.8.4) aufzuheben.

4.2.34.11 Artikel 38

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist in Artikel 56*c* Absatz 1 VE für den ganzen Bereich des Haftpflichtrechts vorgesehen; eine Wiederholung im Elektrizitätsgesetz erübrigt sich.

4.2.34.12 Artikel 39

Einseitige Haftungsausschlüsse oder -beschränkungen durch Reglemente oder Publikationen sind generell unzulässig. Die Freizeichnung durch Vereinbarung ist in Artikel 57 VE für das gesamte Haftpflichtrecht einheitlich geregelt (vorne Ziff. 2.10.1/2), so dass auch hier nach einer besonderen Bestimmung im Elektrizitätsgesetz kein Bedarf besteht.

4.2.34.13 Artikel 41

Der Ausschluss der Hausinstallationen aus dem Geltungsbereich der Haftung nach Artikel 27 EleG entfällt (vgl. die Erläuterungen in Ziff. 4.2.34.01 zu Art. 27 Abs. 1 a.E.).

4.2.35 Strassenverkehrsgesetz (SVG)

Das Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 ist aus einer Totalrevision des Motorfahrzeuggesetzes von 1932 (MFG) hervorgegangen, welches nach einer bewegten Entstehungsgeschichte die verschuldensunabhängige Haftung des Motorfahrzeughalters sowie das Versicherungsobligatorium eingeführt hatte. Die - 1975, 1980 und 1995 in Einzelpunkten revidierten[1636] - relativ detaillierten Bestimmungen des IV. Titels über "Haftpflicht und Versicherung" können als Prototyp eines modernen Haftpflichtgesetzes gelten und haben für die seitherige Gesetzgebung oft Vorbildfunktion ausgeübt. Das gilt in gewisser Hinsicht auch für die nunmehr eingeleitete Totalrevision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts überhaupt.

Es konnte schon verschiedentlich darauf hingewiesen werden, dass eine "neue" Bestimmung durch Generalisierung einer im SVG enthaltenen Regel gewonnen worden ist[1637]. Das bedeutet umgekehrt, dass der haftpflicht- und

---

[1636] Zu den Revisionen 1975 und 1980 vgl. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 2 ff.

[1637] Vgl. z.B.: VE Art. 43 (SVG 73), 47*a* (SVG 59 Abs. 1), 51 (SVG 58 Abs. 4), 52 Abs. 2 (SVG 62 Abs. 2), 53*a* (SVG 61 Abs. 1), 53*c* Abs. 1 (SVG 60 Abs. 2), 54*b* Abs. 1 und 54*f* Abs. 2 (SVG 88), 54*d* (SVG 66), 54*i* (SVG 62 Abs. 3), 55*c* (SVG 83 Abs. 3), 56*c* Abs. 1 (SVG 86), 57 und 58 (SVG 87 Abs. 1+2).

versicherungsrechtliche Titel des SVG erheblich gekürzt werden kann, insbesondere um alle die Bestimmungen, die nunmehr als generell anwendbare Regeln im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts figurieren[1638].

Daraus ergibt sich auch eine systematische Umstrukturierung des IV. Titels des SVG: Der 1. Abschnitt über die "Haftpflicht" enthält nur noch die Haftungsgrundsätze und die Eingrenzung des Geltungsbereiches. Der heutige Artikel 62, der für die Haftungsmodalitäten auf das OR verweist, wird durch eine Globalverweisung auf den neuen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ersetzt, die neu im 5. Abschnitt unter den "Gemeinsamen Bestimmungen" eingefügt wird; das ist auch insofern konsequent, als der Allgemeine Teil neu auch Bestimmungen über das Verhältnis von Haftpflicht und Versicherung enthält, welches Gegenstand der Abschnitte 2 und 4 ist.

4.2.35.01 Artikel 58

Diese Bestimmung schrumpft auf einen einzigen Absatz zusammen, in welchem der geltende Anknüpfungstatbestand der Gefährdungshaftung in etwas veränderter Formulierung übernommen wird. Dieselbe Formel wird auch in anderen entsprechend zu revidierenden Erlassen wieder anzutreffen sein (z.B. im Binnenschifffahrtsgesetz, hinten Ziff. 4.2.41.02).

- Bei der Bezeichnung des Haftungssubjekts hätte man sich überlegen können, aus der Generalklausel den Begriff "Betreiber" zu übernehmen, der mit demjenigen des "Halters" synonym ist (vorne Ziff. 2.4.4.5 bei Anm. 702); auch hier wurde aber der Grundsatz befolgt, die bestehenden Texte und Begriffe nur aus zwingenden Gründen zu ändern, um Auslegungsprobleme und unnötiges Rätselraten über die materiellen Implikationen rein redaktionell bedingter Änderungen zu vermeiden.
- Weggefallen ist die einschränkende Umschreibung der ersatzfähigen Schadenskategorien (Personen- und Sachschaden), nachdem dies in Artikel 45 Absatz 3 VE für die Gefährdungshaftungen generell vorgesehen ist - allerdings mit einer Ausweitung auf Umweltschäden, was zu einer entsprechenden Erweiterung des Anwendungsbereichs der kausalen Motorfahrzeughaftung führen könnte. Es lässt sich die Auffassung vertreten, dass davon z.B. auch Vergiftungsschäden erfasst werden könnten, die durch Abgase (namentlich CO^2) entstehen. Praktisch kommt dies freilich nur bei unfallartigen und akuten Schädigungen in Frage.
- Typischer Anknüpfungssachverhalt bleibt der Betrieb des Motorfahrzeugs. Nur wenn und insofern der Schaden durch Verwirklichung der charakteristischen Risiken eines solchen Fahrzeugs entsteht, ist die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung adäquat (vgl. auch die Ausführungen zum neuen Art. 59 Abs. 1 in Ziff. 4.2.35.02 hienach). Das wird durch die redaktionelle Anlehnung an die Formulierung der Generalklausel (Art. 50 Abs. 1 VE: "Wird Schaden dadurch verursacht, dass sich das charakteristische Risiko

---

[1638] Zum Modellcharakter des SVG und zu den Anpassungen im einzelnen vgl. Widmer P., La réforme du droit de la responsabilité civile et son impact sur les règles régissant la circulation routière, a.a.O. (Anm. 563), N. 21 ff., S. 1094 ff.

[einer besonders gefährlichen Tätigkeit] verwirklicht") verdeutlicht[1639]. Wenn dort von charakteristischem "Risiko" im Singular gesprochen wird, so ist damit ein Gesamtrisiko gemeint, welches sich auf verschiedene Weise - in einzelnen noch spezifischeren Risiken - manifestieren kann. Das gemeinsame Charakteristikum bezieht sich auf den sogenannten "maschinentechnischen" Betriebsbegriff[1640]; nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dieses Erfordernis erfüllt, "wenn der schadenstiftende Unfall, in seiner Gesamtheit betrachtet, auf die besondere Gefahr zurückgeht, die durch den Gebrauch der maschinellen Einrichtungen (Motor, Scheinwerfer usw.) des Motorfahrzeugs geschaffen wird"[1641]. Wesentlich ist zudem, dass es sich um Vorgänge handelt, die mit dem Zweck des Fahrzeugs - der Fortbewegung - im Zusammenhang stehen. (Zur Haftung für "Nichtbetriebs"-Verkehrsunfälle vgl. nachstehend Ziff. 4.2.35.02 zu Art. 59 Abs. 1 in der neuen Fassung).

Die Absätze 2 und 3 werden aufgehoben bzw. unter dem Titel "Besondere Fälle" in den neugefassten Artikel 59 transferiert.

Auch Absatz 4 kann getrost aufgehoben werden. Die Bestimmung enthält einen richtigen Grundsatz in unzutreffender Formulierung, indem sie den Eindruck erweckt, die in der Halterhaftung wie in jeder Kausalhaftung *eo ipso* mitenthaltene "annexe Haftung für fremdes Verhalten" sei von einem "Verschulden des Fahrzeugführers und mitwirkender Hilfspersonen" abhängig. Dieses Missverständnis kann bei direkter Anwendung von Artikel 51 VE (über die Generalverweisung im neuen Art. 82 SVG) nicht mehr aufkommen[1642].

4.2.35.02 Artikel 59

Diese Bestimmung reduziert sich auf zwei Absätze, welche die bisher in Artikel 58 Absatz 2 und Absatz 3 geregelten Sonderfälle unverändert aufnehmen. Absatz 3, der die "Gefälligkeitsfahrt" als speziellen Reduktionsgrund vorsah, ist bereits durch die Revision 1975 aufgehoben worden[1643], und die Ausnahmeregeln von Absatz 4 werden in den neuen Artikel 60 transferiert, dessen geltender Gehalt sich in generalisierter Form in den Artikeln 53*b* und 53*c* VE wiederfindet.

Absatz 1 kann in der heutigen Fassung aufgehoben werden, weil Artikel 47*a* VE die Frage der Entlastung für das gesamte Haftpflichtrecht einheitlich regelt und im Bereich der Strassenverkehrshaftung keine Besonderheiten der Art bestehen, dass etwa einer der drei klassischen Entlastungsgründe hier nicht zur

---

[1639] Vgl. auch die parallelen Bestimmungen in Art. 40*b* (neu) EBG, Ziff.4.2.36 hienach, und Art. 30*a* (neu) BSG, Ziff. 4.2.41.02 hienach.

[1640] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 344 ff.; zum Problem der Vergiftung durch Abgase speziell: N. 359, S. 156 f.

[1641] BGE 97 II 161 ff. (bes. E.3, S.164 ff. mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte); vgl. neu auch den "Kreiselmäher"-Entscheid: BGE 114 II 376 ff. (378 f.)

[1642] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 130 und N. 150; Widmer P., a.a.O. (Anm. 563), N. 24, S. 1095.

[1643] Der Gefälligkeit kann indessen nach wie vor und auch im Rahmen von Art. 52 VE durchaus Rechnung getragen werden - der auch in Art. 99 Abs. 2 OR enthaltene allgemeine Grundsatz lässt sich durchaus als ein Element verstehen, das in die "Würdigung aller Umstände" einfliessen darf; vgl auch Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 579 ff.

Anwendung kommen dürfte[1644]. Der zweite im geltenden Artikel 59 Absatz 1 implizit enthaltene Grundsatz, wonach zusätzliches Verschulden aufseiten des Gefährdungshaftpflichtigen in der Weise zu berücksichtigen ist, dass es unter Umständen eine (einzig unter dem Aspekt der Betriebsgefahr in Betracht gezogene) Entlastung neutralisiert und verhindert, ist allgemein in Artikel 51*a* VE festgehalten und braucht daher hier nicht wiederholt zu werden.

Durch die materielle Aufhebung des Absatzes werden ausserdem zwei Ungereimtheiten beseitigt. Die eine besteht darin, dass im geltenden Recht kumulativ zu den Entlastungsgründen - die man als "positiv negative" Haftungsvoraussetzungen bezeichnen könnte - noch "negativ negative" Erfordernisse insofern bestehen, als die Entlastung durch jegliches - noch so leichte - dem Halter zurechenbare eigene oder fremde Verschulden bzw. durch fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeugs ohne weiteres ausgeschlossen werden soll. Dass fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeugs (soweit sie für die Schädigung mindestens mit-ursächlich ist) zum (typischen) Risiko des Halters gehört, versteht sich von selbst[1645]. Hingegen kann keineswegs zum vorneherein eine Situation ausgeschlossen werden, wo schadenskausales Dritt- oder Selbstverschulden derart eindeutig überwiegt, dass eine Entlastung trotz leichten Verschuldens aufseiten des Halters angenommen werden dürfte.

Die zweite Ungereimtheit liegt in einer exorbitanten Umkehrung der Beweislast, indem hier (kumulativ zur Begründung der Kausalhaftung durch die Betriebsgefahr) das zusätzliche Verschulden vermutet und dem Halter die *probatio diabolica* aufgebürdet wird, dass weder ihn selbst noch eine seiner Hilfspersonen i.w.S. der geringste Vorwurf trifft[1646].

Absatz 1 in der Neufassung enthält die bisher in Artikel 58 Absatz 2 vorgesehene Halterhaftung für "Nichtbetriebs-Verkehrsunfälle". Es handelt sich um eine Kombination von persönlicher (Verschuldens-) Haftung des Halters und einfacher Kausalhaftung für das Verschulden von Hilfspersonen (im Sinne von Art. 51 VE - hier bezogen auf die Verwendung des Fahrzeugs im Verkehr) bzw. für die Existenz eines Mangels am Fahrzeug ("fehlerhafte Beschaffenheit"), welche den Schaden mitverursacht oder verschlimmert haben. Diese Bestimmung ist sozusagen das Negativbild und gleichzeitig die notwendige Ergänzung zu der im schweizerischen Recht auf einem relativ engen - "maschinentechnischen" - Betriebsbegriff aufgebauten Gefährdungshaftung (im Gegensatz zu dem etwa in Österreich und Deutschland gebräuchlichen "verkehrstechnischen" Betriebsbegriff, dem freilich im deutschen Recht eine durch den Befreiungsgrund des 'unabwendbaren Ereignisses' etwas temperierte Kausalhaftung entspricht) .

Die Verfasser des Vorentwurfes gehen davon aus, dass (vor allem zur klaren Abgrenzung der Gefährdungshaftung nach Art. 58 und der aufgrund der Generalklausel allenfalls zu bildenden Analogien) an dieser herkömmlichen schwei-

---

[1644] Praktisch spielt allerdings die "höhere Gewalt" kaum mehr eine Rolle: vgl. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 433 ff.

[1645] Vorstellbar wäre allenfalls ein adäquanzunterbrechendes (entsprechend krasses) Verschulden des Automobilproduzenten oder des Garagisten. Ablehnend mit Hinweisen auf andere Lehrmeinungen: Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 370.

[1646] Vgl. Widmer P., a.a.O. (Anm. 563), N. 24, S.1095 und im gleichen Sinne Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 432 und N. 444 ff.

zerischen Konzeption festgehalten werden soll, obschon die Nichtbetriebs-Haftung in der Praxis bisher kaum eine Rolle gespielt hat. An sich hätte man durchaus über eine Streichung der Bestimmung diskutieren können, sei es, indem man den Betriebsbegriff in verkehrstechnischem Sinne erweitert, sei es auch bloss in der Weise, dass man sich bei "nicht-betriebsbedingten" Schadenereignissen damit begnügt hätte, in Fällen von Unternehmenshaftung Artikel 49*a* VE und im übrigen die Verschuldenshaftung nach Artikel 48/48*a* VE Platz greifen zu lassen[1647]. Eine Anspruchskonkurrenz (Art. 53*b* VE) kann sich u.U. auch mit Ansprüchen aus dem Produktehaftpflichtgesetz ergeben, soweit "fehlerhafte Beschaffenheit des Motorfahrzeugs" als Schadens(mit-) ursache zur Diskussion steht.

Der geltende Absatz 2 regelt einen Fall von Teiladäquanz: wenn die Entlastung - d.h. die vollständige Unterbrechung oder Ausschaltung der Betriebsgefahr und allfälliger vom Halter zusätzlich zu vertretender Haftungsgründe - mangels genügender Intensität der Fremdursache nicht gelingt, so ist immer noch die Berücksichtigung dieser mit-adäquaten Fremdursache im Rahmen der Ersatzbemessung (als sog. "Reduktionsgrund") möglich. Die in Kraft stehende Bestimmung nennt in diesem Zusammenhang ausschliesslich das Selbstverschulden. Dass Drittverschulden als Herabsetzungsgrund wegen der Solidaritätsprinzips nicht in Betracht kommt, ist zwar zutreffend, doch darf eine Reduktion wegen mitwirkenden Zufalls (sozusagen "minderhohe" Gewalt) nicht *a priori* ausgeschlossen werden. Artikel 52 VE, der die generellen Kriterien für die Ersatzbemessung enthält und die in Artikel 59 Absatz 2 enthaltene Regel - über die Globalverweisung in Artikel 82 (neu) SVG - überflüssig werden lässt, eröffnet diese Möglichkeit.

Absatz 2 in neuer Formulierung übernimmt die bisher in Artikel 58 Absatz 3 normierte Haftung des Halters für Schäden hilfeleistender Drittpersonen. Die Bestimmung erfordert nicht nur keine Änderung, sondern hätte gar als allgemeiner Grundsatz in den Allgemeinen Teil integriert werden können. Darauf wurde vor allem aus der Überlegung verzichtet, dass man durch Anwendung der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 422 OR) zu vergleichbaren Ergebnissen kommt. Allerdings liesse sich dieses Argument auch zugunsten einer Streichung des geltenden Artikels 58 Absatz 3 SVG umkehren; von einem solchen Vorschlag wird wiederum in Befolgung des Prinzips abgesehen, die Änderungen am geltenden Recht auf das notwendige Minimum zu beschränken.

Formell aufgehoben wird endlich Absatz 4, dessen materieller Gehalt im freiwerdenden Artikel 60 untergebracht wird.

4.2.35.03 Artikel 60

In ihrer geltenden Fassung hat die Bestimmung als Vorbild für die Artikel 53*b* und 53*c* VE (Haftungskonkurrenz, Solidarität und Regress) gedient. Über die Generalverweisung von Artikel 82 (neu) finden diese neu verallgemeinerten

---

[1647] Dazu Widmer P., a.a.O. (Anm. 563), N. 24, S. 1095. Vgl. auch die Kritik der Bestimmung in Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/2, § 25, N. 379 ff.

Regeln auch im Bereich des SVG Anwendung, so dass sie hier gestrichen werden können.

Neu ist an diesen generellen Normen, dass mit dem Übergewicht, welches dem Zurechnungsgrund des Verschuldens bei der Schadensaufteilung zwischen mehreren Haftpflichtigen zuerkannt worden ist - bis 1975 *contra legem* durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung[1648], seit der Revision von 1975 dann auch von Gesetzes wegen -, nun definitiv aufgeräumt werden soll (vgl. vorne Ziff. 2.6.4.4). Die weite und neutrale Fassung von Artikel 53*c* Absatz 1 VE würde es dem Richter auch ermöglichen, die Idee des bei der Revision von 1975 gestrichenen Absatzes 3 des ursprünglichen Artikel 60 SVG wieder aufzunehmen, der unter Umständen auch die völlige Entlastung einer "nur für Verschulden" mithaftenden Person zuliess[1649].

Der somit "freigewordene" Artikel wird neu besetzt durch die gegenwärtig in Artikel 59 Absatz 4 enthaltenen Ausnahmevorschriften für Sachschäden. In der geltenden Formulierung wird dafür das Obligationenrecht anwendbar erklärt. Aus spezialgesetzlicher Sicht erscheint es indessen logischer, eine negative Formulierung zu wählen, die im Bezug auf diese Schäden den Anwendungsbereich des SVG einschränkt und klarstellt, dass in den Fällen der lit. a und b "dieses Gesetz (eben das SVG) keine Anwendung findet." Im Ergebnis kommt damit auch das OR zum Zug, und zwar neu mit den Regeln des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts, die gemäss Artikel 42 VE auch im vertraglichen Kontext massgebend sind. In der Tat handelt es sich hier regelmässig um klassische Fälle von "positiver Vertragsverletzung"; gegebenenfalls können aber für bestimmte Vertragsverhältnisse auch spezielle Bestimmungen Platz greifen (z.B. im Falle von Artikel 447 OR beim Frachtvertrag).

Absatz 1 in der neuen Fassung enthält die im geltenden Artikel 59 Absatz 4 enthaltenen Bestimmungen:

Buchstabe a betrifft das Verhältnis zwischen dem Halter und einem allfällig davon verschiedenen Eigentümer des Fahrzeugs für Schäden an demselben (es kann sich insbesondere um - längerdauernde - Miet- oder Leihverhältnisse handeln). Die Haftung richtet sich nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts, d.h. nach Artikel 41 oder 97 OR (im neuen Recht allerdings einheitlich nach Art. 48 evtl. 49*a* VE), allenfalls nach den besonderen Bestimmungen des entsprechenden Vertragtypus'. Die Überlegung ist offenbar eine ähnliche wie bei der Beschränkung in Artikel 1 Absatz 2 PrHG: nur Schäden, die durch das Fahrzeug (bzw. das Produkt) entstehen, nicht solche am schädigenden Objekt selber, sollen durch die spezielle Kausalhaftung erfasst werden; diese Erwägung überzeugt im Bereich einer Gefährdungshaftung sogar noch besser, als dort, wo im Mangel immerhin noch ein (objektivierter) Vorwurf mitschwingt.

Buchstabe b betrifft die mit dem Fahrzeug beförderten Gegenstände, für welche ebenfalls kein Grund besteht, von den allgemeinen Haftungsbestimmungen

---

[1648] Leading-case dieser "reaktionären" Rechtsprechung war der Entscheid BGE 99 II 93 ff., in welchem das Bundesgericht seinen Kritikern mit Argumenten entgegentrat, die den Pradigmenwechsel von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung im Strassenverkehrsrecht schlicht und einfach ignorierten. Zur diesem Aspekt der Revision von 1975, vgl. auch Oftinger K., Hundert Jahre Gefährdungshaftung in der Schweiz, in: SJZ 1975, S. 215 f.

[1649] Vgl. dazu Widmer P., a.a.O. (Anm. 8), S. 269 ff.

des Obligationenrechts abzuweichen; die Ausnahme von der Ausnahme - in dem Sinne, dass hier die Haftung gemäss SVG zum Tragen kommt - bilden die von Fahrzeuginsassen mitgeführten Sachen. Dabei braucht hier das Reisegepäck als Beispiel nicht mehr speziell erwähnt zu werden, weil es primär im Rahmen des öffentlichen Transportrechts eine Rolle spielt, dem der Vorbehalt im folgenden Absatz 2 gilt.

Im neuen Absatz 2 steht nun der Vorbehalt des öffentlichen Transportrechts, der 1985 mit einer ausdrücklichen Verweisung auf das Transportgesetz eingefügt wurde.

4.2.35.04 Artikel 61

Artikel 53*a* VE (Haftungskollision) ist aus dem Absatz 1 dieser Vorschrift generalisiert worden und strahlt ebenfalls über die Verweisung von Artikel 82 (neu) SVG auf dieses zurück. Die Bestimmung wird insofern hier überflüssig.

Gewollt ist dabei - wie im Verhältnis von Artikel 53*c* VE zu Artikel 60 SVG - eine offenere Regel, welche die bei der Schadenszuteilung zu berücksichtigenden Umstände nicht *a priori* unterschiedlich gewichtet und insbesondere auch dem Verschulden gegenüber der Betriebsgefahr als massgebendem Anknüpfungselement keine irgendwie geartete Prävalenz einräumt. Gewollt ist ferner der Verzicht auf die Sonderbehandlung des Sachschadens in Absatz 2. Die Begründung, wonach unter Haltern die Betriebsgefahren wettgeschlagen werden sollen, vermag nicht zu überzeugen[1650]; wie gegenüber Dritten (die ja im Falle einer Kollision auch eine Betriebsgefahr zu vertreten haben können) sollen im Sinne von Artikel 53*a* VE sämtliche Verursachungselemente mit dem ihnen im konkreten Fall je zukommenden Gewicht in die Waagschale gelegt werden können. Die an sich der inneren Logik der Strassenverkehrshaftung als einer Gefährdungshaftung entsprechende Gleichbehandlung von Haltern und Dritten hatte sich in anderem Zusammenhange (Entlastung wegen Drittverschuldens) schon früher durchgesetzt[1651]; sie soll nun durchgängig verwirklicht werden.

Absatz 3 entspricht aus solcher Perspektive ebenfalls einer Selbstverständlichkeit, nämlich derjenigen, dass Artikel 53*b* Absatz 1 VE auch zwischen Haltern - d.h. im Verhältnis mehrerer Halter als Schädiger zu einem Halter als Geschädigtem - Anwendung findet.

4.2.35.05 Artikel 62

In Absatz 1 enthält die Bestimmung im geltenden Recht eine Verweisung auf das Obligationenrecht, die aber auf die Modalitäten der Ersatzleistung und die Voraussetzungen der Genugtuung beschränkt ist. An ihre Stelle soll eine umfassende Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts treten, die

---

[1650] Zur Kritik an Art. 61 Abs. 2 SVG vgl. Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 294 f.; Merz H., Probleme des Haftpflichtrechts nach SVG, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs, Berner Tage für die Jurist. Praxis 1974, Bern 1975, S. 101 ff. (108 f.).

[1651] Mit dem Entscheid 95 II 344 ff. (E.6, S. 350 f.) hatte das Bundesgericht bereits 1969 seine frühere Praxis aufgegeben, wonach der Halter eines anderen Fahrzeugs unter dem Gesichtspunkt von Art. 59 Abs. 1 SVG nicht als "Dritter" betrachtet werden konnte.

aber systematisch korrekt im letzten (5.) Abschnitt des IV. Titels, den "Gemeinsamen Bestimmungen" unterzubringen ist (Art. 82 in der neuen Fassung, hinten Ziff. 4.2.35.14) . Die Vorschrift ist deshalb hier aufzuheben.

Absatz 2 entfällt als überflüssig; die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Schadenersatzbemessung - und zwar sowohl auf Schädiger- wie auf Geschädigtenseite - ist in Artikel 52 Absatz 2 VE generell, wenn auch ausdrücklich als Ausnahme, vorgesehen und über die Globalverweisung des neuen Artikel 82 auch im Bereich des SVG anwendbar.

Absatz 3 ist ebenfalls zu streichen. Die Regel, wonach Leistungen einer von der haftpflichtigen Person mitfinanzierten Versicherung zugunsten der geschädigten Person proportional zu dem von der ersteren aufgebrachten Prämienanteil an deren Ersatzpflicht anzurechnen sind, ist in Artikel 54*i* VE generalisiert worden und wirkt über die Globalverweisung (Art. 82) ins SVG zurück.

> Artikel 63 kann unverändert stehen bleiben. Er legt das Prinzip der Versicherungspflicht, die persönliche Reichweite der Deckung sowie die zulässigen Ausschlüsse fest; letztere sind erst kürzlich im Sinne einer Anpassung an das EU-Recht dahingehend revidiert worden, dass nunmehr auch Ansprüche des Halters gegen Personen, für die er nach Artikel 58 Absatz 4 (neu: Art. 51 VE) einzustehen hat - wie insbesondere gegen den Lenker des Fahrzeugs -, von der obligatorischen Haftpflichtversicherung mitgedeckt werden, soweit es sich um Personenschaden handelt; der Ausschluss ist m.a.W. nur noch zulässig für Ansprüche des Halters aus Sachschäden gegen seine eigenen Hilfspersonen[1652].

4.2.35.06 Artikel 64

Die Delegationsbestimmung, die den Bundesrat beauftragt, die Mindestdekkung festzulegen, kann aufgehoben werden; diese Kompetenz ergibt sich allgemein für bundesrechtlich angeordnete Versicherungs-obligatorien bereits aus Artikel 54*g* VE (vorne Ziff. 2.7.4.4.1), der über die Globalverweisung von Artikel 82 (neu) im SVG Anwendung findet.

4.2.35.07 Artikel 65

Das Prinzip des direkten Forderungsrechts, welches in Absatz 1 niedergelegt ist, wird im Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts - Artikel 54*c* VE - generell festgehalten; es gilt auch für den Bereich des SVG. Das neue Recht sieht die "action directe" des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer auch da vor, wo es sich um freiwillig abgeschlossene Versicherungen handelt, diesfalls allerdings unter dem Vorbehalt allfälliger Einreden, die sich aus dem konkreten Versicherungsvertrag oder aus dem Versicherungsvertragsgesetz ergeben können (vgl. vorne Ziff. 2.7.4.2.1). Wo dagegen - wie im Strassenverkehr - ein Versicherungsobligatorium besteht, können solche Einreden dem Geschädigten nicht entgegengehalten werden; auch dieser Grundsatz - wie er jetzt in Ab-

---

[1652] Neue Fassung von Art. 63 Abs. 3 Bst. a SVG gemäss Bundesgesetz vom 23. Juni 1995 (AS 1995, S. 5462), in Kraft seit 1. Januar 1996; vgl. dazu die Botschaft in BBl 1995 I 49 ff. Im Rahmen dieser Revision wurde auch Art. 63 Abs. 2 SVG geändert, um die räumliche Mindestdeckung der obligatorischen Motorfahrzeugversicherung klar festzulegen. Weitere Änderungen betreffen die Art. 74, 76, 76*a* und 79 SVG, die von der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts nicht berührt werden.

satz 2 von Artikel 65 SVG ausgesprochen ist - wird im Allgemeinen Teil für alle Bereiche statuiert, in denen die potentiell haftpflichtigen Personen einer Versicherungspflicht unterliegen (Art. 54*h* Abs. 1 VE; vgl. vorne Ziff. 2.7.4.4.2). - Das in Absatz 3 vorgesehene Rückgriffsrecht des Versicherers gegen den Versicherungsnehmer oder die versicherte Person schliesslich ist ein Anwendungsfall von Artikel 54*h* Absatz 2 VE, der diesen Regress ebenfalls für alle Fälle von obligatorischer Haftpflichtversicherung einheitlich regelt.

Damit wird die Bestimmung als ganzes überflüssig und kann gestrichen werden.

4.2.35.08 Artikel 66

Diese Vorschrift enthält Regeln für den Fall, wo im Rahmen eines Versicherungsobligatoriums die vorhandene Deckung zur Befriedigung aller Ansprüche einer Mehrzahl von geschädigten Personen nicht ausreicht. Auch diese Regeln sind in den Allgemeinen Teil übernommen und generalisiert worden. Dies gilt zunächst für die Absätze 1 und 2, welche das Prinzip der proportionalen Ermässigung der einzelnen Ansprüche sowie das Verfahren zur Ermittlung des Kreises der Berechtigten festlegen; ihnen entsprechen die drei Absätze von Artikel 54*d* VE (vorne Ziff. 2.7.4.2.2).

Die Konsequenz des soeben genannten Verfahrens ist, dass Geschädigte, die ihren Anspruch nicht fristgemäss angemeldet haben, diesen nicht mehr geltend machen können, soweit der Versicherer gutgläubig - also in entschuldbarer Unkenntnis dieser Ansprüche - seine Leistungen erbracht und damit die Versicherungssumme ausgeschöpft hat. Diese Regel - bisher Absatz 3 von Artikel 66 SVG - ist neu in Artikel 54*e* VE enthalten.

Damit kann auch diese Bestimmung gesamthaft aufgehoben werden.

4.2.35.08bis Artikel 67 und 68

> Die Artikel 67 und 68 enthalten Vorschriften über die Auswirkungen des Halterwechsels auf die Versicherung sowie über die Suspendierung und Beendigung derselben; sie sind speziell auf die Praxis der obligatorischen Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung zugeschnitten und daher unverändert beizubehalten.

Dasselbe gilt für

4.2.35.09 Artikel 69

betreffend die Anwendung der Motorfahrzeug-Haftpflicht und der entsprechenden Versicherung auf Anhänger und geschleppte Fahrzeuge. Einer rein systematisch bedingten Korrektur bedarf in Absatz 3 lediglich der Verweis auf den - aufgehobenen - Artikel 64.

Ferner ist die Formulierung von Absatz 4 Satz 2 an diejenige des neuen Artikel 60 anzupassen: es geht um eine Einschränkung des Geltungsbereichs des SVG.

4.2.35.10 Artikel 70

In dieser Bestimmung, welche die Haftung und Versicherungspflicht der Radfahrer betrifft, können die Absätze 3 und 7 gestrichen werden. Absatz 3 entspricht dem aufzuhebenden Artikel 64, während Absatz 7 auf die ebenfalls entfallenden Artikel 65 und 66 verweist.

4.2.35.10bis Artikel 71

Artikel 71 regelt die Haftung des Motorfahrzeugunternehmers, insbesondere des Garagisten; es handelt sich um eine typische Sondervorschrift für den SVG-Bereich, die unverändert beizubehalten ist.

Ebenso verhält es sich unter materiellen Gesichtspunkten mit der Sondervorschrift für Rennen:

4.2.35.11 Artikel 72

Einzig in Absatz 4 ist der letzte Satz mit der Verweisung auf die nicht mehr bestehenden Artikel 65 und 66 SVG aufzuheben.

4.2.35.11bis Artikel 73

Auf Artikel 73 könnte insoweit an sich verzichtet werden, als er für das Gebiet des Strassenverkehrs den allgemeinen Grundsatz von Artikel 43 VE wiederholt, wonach die Gemeinwesen aller Stufen grundsätzlich (und nach Art. 43*a* Abs. 2 VE namentlich im Bereich der Gefährdungshaftungen) den zivilrechtlichen Haftungsregeln unterstehen (vorne Ziff. 2.2.3). Seine Beibehaltung rechtfertigt sich indessen wegen der Ausnahmen von der Versicherungspflicht, die er statuiert.

4.2.35.11ter Artikel 74

Keine Änderung erfährt die 1995 revidierte Bestimmung des Artikel 74 über ausländische Fahrzeuge.

4.2.35.11quater Artikel 75

Dagegen könnte man sich beim 1975 geänderten Artikel 75 über Strolchenfahrten die Frage stellen, ob Absatz 2 (Rückgriff) neben den allgemeinen Regeln von Artikel 53*c* und 54*f* VE noch nötig sei. Aus Kohärenzgründen optieren die Verfasser des Vorentwurfs für die Beibehaltung.

4.2.35.11quinquies Artikel 76 und 76a

Beizubehalten sind ferner die Artikel 76 und 76*a* in der neuen Fassung von 1995[1653].

[1653] Vgl. Anm. 1652 hievor.

4.2.35.11sexies Artikel 77

Artikel 77 enthält Regeln über die Haftung der Kantone und des Bundes bei Schäden, die durch Motorfahrzeuge oder Fahrräder verursacht werden, welche trotz fehlender Versicherung mit entsprechenden Kontrollschildern ausgerüstet sind. Es handelt sich dabei um eine von den besonderen Gegebenheiten des SVG geprägte Bestimmung, die beizubehalten ist. Zwar liesse sie sich im Grundsatz allenfalls auch aus den Staatshaftungsbestimmungen der Eidgenossenschaft wie auch der meisten Kantone ableiten; immerhin liegt die Eigenart der Vorschrift darin, dass sie - ähnlich wie etwa im Registerrecht - bundesrechtlich eine (Staats-) Haftung der mit dem Vollzug beauftragten Kantone statuiert.

(*Pro memoria*: Art. 78 über die Unfallversicherung der Motorradfahrer wurde durch das neue UVG von 1981 aufgehoben[1654].)

4.2.35.11septies Artikel 79

Beizubehalten ist auch die Reziprozitätsregel in Artikel 79, nachdem sie bei der jüngsten Revision von 1995 zwar abgeschwächt wurde (nur noch "Gleichbehandlung" statt "Gleichwertigkeit"), aber - entgegen Anregungen aus der Doktrin[1655] - nicht ganz aufgegeben worden ist.

4.2.35.12 Artikel 80

Diese Bestimmung stammt aus der UVG-Revision von 1981[1656] und regelt das Verhältnis zwischen den konkurrierenden Ansprüchen eines Geschädigten aus dem SVG gegen den Haftpflichtigen und dessen Versicherer einerseits sowie gegenüber dem Träger der obligatorischen Unfallversicherung anderseits. Sie wird sich erübrigen, wenn das Verhältnis zwischen Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht in dem Sinne generell geklärt wird, wie es der Entwurf zu einem Allgemeinen Teil der Sozialversicherung (ATSG; vorne Ziff. 2.7.1 bei Anm. 874 und 877) vorsieht. Besondere Bestimmungen in einzelnen Haftpflichtgesetzen sollten damit überflüssig werden. Im übrigen soll das hier ebenfalls erwähnte Haftungsprivileg aus Artikel 44 UVG ohnehin aufgehoben bzw. durch ein blosses Regressprivileg ersetzt werden (vorne Ziff. 1.2.2.3.2 a.E. bei Anm. I/210 und Ziff. 2.7.3.3.1 bei Anm.I/923, sowie hinten Ziff. 4.2.50).

4.2.35.13 Artikel 81

Bei der jüngsten Revision des Militärversicherungsgesetzes[1657] ist diese Sonderbestimmung, die das militärversicherte Opfer eines Strassenverkehrsunfalls schlechter stellt als andere aus dem SVG Ersatzberechtigte, lediglich redaktionell angepasst worden. Die Studienkommission hatte im Einklang mit einem Postulat Gautier[1658] die Streichung dieser Bestimmung vorgeschlagen[1659]. Die Verfasser des Vorentwurfes schliessen sich dieser Auffassung an.

1654 Unfallversicherungsgesetz (UVG; SR 832.20) vom 20. März 1981.

1655 Bussy A./Rusconi B., a.a.O. (Anm. 370), N. 1 ad Art. 79 LCR; Widmer P., a.a.O. (Anm. 563), N. 32 a.A., S. 1097.

1656 Vgl. vorstehend Anm. 1654.

1657 MVG/SR 833.1 Fassung vom 19. Juni 1992.

1658 N 88.738 vom 15. Dezember 1988.

4.2.35.14 Artikel 82

Gegenwärtig beantwortet die Bestimmung (im Swisslex-Wortlaut von 1993[1660]) die Frage, welche Versicherungsunternehmen als Haftpflichtversicherer nach SVG zugelassen sind, und behält die Anerkennung ausländischer Versicherungen vor. Sie wird durch die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts materiell nicht berührt (vgl. hinten Ziff. 4.2.35.19 zu Art. 88).

Hingegen empfiehlt es sich aus systematischen Gründen, die Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts in die erste Bestimmung des 5. Abschnitts ("Gemeinsame Bestimmungen") einzubauen. Sie gilt für alle Fragen, die im SVG selber nicht durch ausdrückliche Bestimmung eine Sonderregelung erfahren haben (vgl. die parallele Formel z.B. in Art. 3 Abs. 7 KGH, vorne Ziff. 4.2.33.01 und Art. 27 Abs. 2 EleG, vorne Ziff. 4.2.34.01).

4.2.35.15 Artikel 83

Die - mindestens hinsichtlich der zweijährigen relativen Frist - singuläre Verjährungsbestimmung des SVG kann aufgehoben werden. Über die Globalverweisung des neuformulierten Artikel 82 werden die entsprechenden Bestimmungen des Allgemeinen Teils (Art. 55 - 55*c* VE) anwendbar erklärt; Gründe für eine Sonderregelung im Bereich des SVG sind nicht ersichtlich. Absatz 3 von Artikel 83 SVG hat im übrigen der Bestimmung von Artikel 55*c* Absatz 1 VE über die Verjährung des Regressanspruchs Pate gestanden[1661].

4.2.35.16 Artikel 84

Diese Gerichtsstandsbestimmung wird in jedem Falle überflüssig. Entweder gilt für den SVG-Bereich (hier über die neuformulierte Globalverweisung von Art. 82) - wie überall sonst - die im Allgemeinen Teil vorgeschlagene, im übrigen direkt von Artikel 84 SVG inspirierte[1662] Regel von Artikel 56 VE (grundsätzlich Gerichtsstand des Unfallortes mit der Möglichkeit, bei Zustimmung aller Beteiligten einen andern Gerichtsstand am Wohnsitz bzw. Sitz einer der beteiligten Personen oder Versicherungsunternehmen zu bestimmen); oder sie wird aufgehoben und ersetzt durch eine entsprechende Regel des in Vorbereitung befindlichen Gerichtsstandsgesetzes[1663].

(*Pro memoria*: Bereits durch das neue IPR-Gesetz aufgehoben wurde Art. 85 SVG).

1659 Bericht, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.5 und These 62-8.

1660 AS 1993 IV 3330 f.

1661 Dazu vgl. vorne Ziff. 2.8.7.

1662 Vgl. Widmer P., a.a.O. (Anm. 563), N. 34, S. 1097.

1663 Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Verfassungsentwurf 1996, BBl 1997 I 516 f., Ziff. 231.62, FN 85. Vgl. auch Botschaft zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 18. November 1998, BBl 1999 II 2829, insb. Art. 27 (insb. S. 2865 f. und 2884); die Streichung des Art. 84 SVG wird vorgeschlagen (S. 2892).

4.2.35.17 Artikel 86

Auch hier handelt es sich um eine Vorschrift, deren Bestimmung sich darin erfüllt hat, einer generellen Regel im Allgemeinen Teil (Art. 56*c* Abs. 1 VE) als Vorbild zu dienen und sich dadurch selbst überflüssig zu machen: die freie Beweiswürdigung soll - wenn schon aus Gründen der bundesstaatlichen Kompetenzaufteilung nicht für das gesamte Privatrecht[1664] - mindestens für das ganze Haftpflichtrecht gelten.

4.2.35.18 Artikel 87

Die Bestimmung befasst sich in zwei Absätzen mit zwei Phänomenen vertraglicher Eingriffe in das Schadenersatzrecht, die im neuen Allgemeinen Teil für das gesamte Haftpflichtrecht einheitlich geregelt werden sollen. Sie kann deshalb gestrichen werden.

In Absatz 1 werden Freizeichnungs- oder haftungsbeschränkende Vereinbarungen nichtig erklärt. Dieses Problem ist generell in Artikel 57 VE geregelt, der über die Generalverweisung von Artikel 62 (neu: Art. 82) auch im SVG-Bereich anwendbar ist.

Absatz 2 sieht die Anfechtbarkeit offensichtlich unzulänglicher Vergleiche vor. Dem entspricht Artikel 58 VE, allerdings mit dem Unterschied, dass die Anfechtungsfrist nicht mit dem Abschluss der Vereinbarung, sondern - in Anlehnung an Artikel 31 Absatz 2 OR - mit der Erkennbarkeit der Unzulänglichkeit bzw. des Irrtums zu laufen beginnt[1665].

4.2.35.19 Artikel 88

Diese SVG-Bestimmung über das Quotenvorrecht des Geschädigten hat Artikel 54*b* VE zu Gevatter gestanden. Über die Globalverweisung von Artikel 82 SVG in der neuen Fassung gilt die allgemeine Regel auch im Strassenverkehrs-Haftpflichtrecht, so dass die geltende Spezialnorm aufgehoben werden kann.

Neu kann das freiwerdende Gefäss des Artikel 88 die bisher in Artikel 82 enthaltene Regel über die Versicherer aufnehmen.

> Die Delegationsnormen der Absätze 1 und 2 von Artikel 89, auf denen insbesondere die Vorschriften der Verkehrversicherungsverordnung (VVV)[1666] beruhen, bleiben unverändert. Ebenso Absatz 3 betreffend die Anfechtbarkeit kantonaler Verfügungen.

[1664] Vgl.Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/12.2 und These 512-5.

[1665] Vgl. vorne Ziff. 2.10.3.

[1666] SR 741.31.

4.2.36 Eisenbahngesetz (EBG)

Vierter Abschnitt[bis] und Artikel 40*b* (neu)

Wie in zahlreichen anderen verwaltungsrechtlichen Erlassen über Transportmittel (vgl. SVG Art. 58 ff.), Energien (vgl. EleG Art. 27 ff.), gefährliche Stoffe (vgl. Art. 27 SprstG) oder neustens auch über umweltgefährdende Aktivitäten (Art. 59*a* USG) kann die Haftpflichtbestimmung für den Eisenbahnbetrieb in das einschlägige Bundesgesetz eingefügt werden. Hiefür bietet sich systematisch ein Platz zwischen dem 4. Abschnitt (Planung, Bau und Betrieb) und dem 5. Abschnitt (Besondere Leistungen für öffentliche Verwaltungen) an. Die Verfasser des Vorentwurfs schlagen deshalb vor, in einem neuen Vierten Abschnitt[bis] mit dem Titel "Haftung" eine einzige Bestimmung - nach dem Modell von Artikel 27 SprstG - einzufügen. Dabei ist der in der Bahnreform vorgesehenen Trennung der Bereiche Verkehr und Infrastruktur Rechnung zu tragen, welche sich auch haftungsmässig auswirken wird[1667]. Die neue Bestimmung gliedert sich somit in vier Absätze: Haftungsgrundsatz (Abs. 1), Bestimmung des Haftungssubjekts beim Auseinanderfallen der Betreiber von Verkehr und Infrastruktur (Abs. 2), Vorbehalt für besondere Bestimmungen des Transportrechts (Abs. 3; nachfolgend Ziff. 4.2.37) und die generelle Verweisung auf den Allgemeinen Teil im OR (Abs. 4).

Absatz 1 formuliert den Haftungsgrundsatz so, wie er generell - in Anlehnung an die Formulierungen in der Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) - auch für die übrigen bestehenden Gefährdungshaftungstatbestände übernommen werden soll.

Bezeichnet wird danach in konkretisierter, auf den Bahnbetrieb zugeschnittener Form die typische Gefahrenquelle, die erfasst werden soll, und es wird präzisiert, dass die Kausalhaftung (nur) für jene Schäden zur Anwendung kommt, die sich als Verwirklichung des mit diesen Tätigkeiten verbundenen charakteristischen Risikos, d.h. der spezifischen Betriebsgefahr, darstellen (dazu vorne Ziff. 2.4.4.3). Das ist - zumindest im Vergleich zur bisher herrschenden Auslegung des EHG - eine Neuorientierung, indem die Betriebsgefahr in der bundesgerichtlichen Praxis - obschon sie unzweifelhaft den Anknüpfungstatbestand bildet, der (allein) die verschuldensunabhängige Haftung rechtfertigt - nicht als zwingende Voraussetzung der Bahnhaftung betrachtet wurde[1668]. Ob nun zu dieser Betriebsgefahr auch künftig (wie jetzt nach Art. 1 EHG) der nicht mehr explizit erwähnte "Eisenbahnbau" gehören soll[1669], wird die Rechtsprechung zu entscheiden haben. Sicher hat diese Erweiterung des Anwendungsbereichs, die ursprünglich vor allem dem Schutze der Bahnarbeiter diente, im Zeitalter der allgemeinen obligatorischen Unfallversicherung nicht mehr dieselbe Bedeutung. Es scheint anderseits nicht undenkbar, dass man aufgrund der Generalklausel von Artikel 50 VE dazu kommen könnte, die Bautätigkeit als solche einer (Bau-) Gefährdungshaftung zu unterstellen, was sich gerade bei besonders anspruchsvollen Bauten - wie es Bahnstrecken häufig sind - und vor allem

---

[1667] Botschaft zur Bahnreform vom 13. November 1996, BBl 1997 I 909 ff. (Ziff. 123.43, S. 926). Vgl. jetzt auch RO/AS 1998, 2835 ff.

[1668] Dazu ausführlich: Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 27, N. 90 ff.; ebenso Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 224 f.

[1669] Die geltende Regelung wird etwa kritisiert von Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 226.

bei Unfällen, denen aussenstehende Personen zum Opfer fallen, durchaus rechtfertigen liesse[1670].

Der sachliche Anwendungsbereich der Gefährdungshaftung nach Bahngesetz wird indessen in einer weiteren Richtung geändert bzw. ausgedehnt. Einerseits fallen darunter nicht mehr die (konzessionierten) Schiffahrtsunternehmungen; sie sollen neu durch eine entsprechende Bestimmung des Binnenschifffahrtsgesetzes (hinten Ziff. 4.2.41) erfasst werden. Anderseits soll die Bahn-Gefährdungshaftung künftig nicht bloss für Bahnen gelten, die auf Schienen rollen, sondern grundsätzlich für alle Bahnen und zwar unabhängig davon, ob sie konzessionspflichtig sind oder nicht. Das betrifft namentlich Seilbahnen und Skilifte im Sinne der einschlägigen Verordnungen. Zwar fallen solche Transportmittel gerade nicht unter die Definition von Artikel 1 EBG, doch stützen sich beispielsweise die geltenden Seilbahnverordnungen[1671] schon jetzt auch auf Artikel 97 EBG, der den Bundesrat zum Erlass der Ausführungsvorschriften ermächtigt. Es scheint tunlich, diese ausdrückliche Unterstellung hier vorzunehmen, und sie nicht einer entsprechenden Anwendung der Generalklausel von Artikel 50 VE zu überlassen, weil mindestens die konzessionierten Transportanlagen schon bisher gestützt auf Artikel 5 Absatz 1 PBG[1672] (vormals Art. 3 Abs. 2 PVG; vgl. Art. 24 EHG) dem EHG unterstellt waren. Hingegen wäre es sachfremd, das Haftungsregime weiterhin von der Konzessionspflicht abhängig zu machen[1673].

Absatz 2 übernimmt aus der Bahnreform den neuen Artikel 25 EHG. Nach dieser Bestimmung wird für eigentliche Betriebs-(Verkehrs)unfälle - bei denen die transportierende Unternehmung nicht mit derjenigen identisch ist, welche die Infrastruktur zur Verfügung stellt (Netzzugang) - die Haftung auf die Unternehmung kanalisiert, welche die Beförderungsleistung erbringt[1674]. Aus systematischen Gründen werden die beiden Absätze des Artikel 25 EHG in einen einzigen zusammengefasst; der Rückgriffsvorbehalt wird als zweiter Halbsatz eingefügt.

Als Variante hätte man sich zugunsten der geschädigten Personen allerdings auch eine solidarische Haftung beider beteiligten Unternehmen vorstellen können, ähnlich wie sie in Artikel 3 Absatz 4 KHG (vgl. vorstehend Ziff. 4.2.33) im Verhältnis von Inhaber und Eigentümer einer Kernanlage vorgesehen ist.

Absatz 3 enthält den Vorbehalt abweichender Bestimmungen des Transportrechts, für das im übrigen - soweit internationales Recht hineinspielt - auch der allgemeine Vorbehalt von Artikel 44 VE gilt. Anvisiert sind namentlich die

---

1670 Zur Unterstellung der Bautätigkeit allgemein: Gilliard F., a.a.O. (Anm. 32), § 13, p. 309, unter ausdrücklicher Erwähnung von Art. 1 EHG.

1671 Seilbahnverordnung (SR 743.12) und Verordnung über die Luftseilbahnen mit Personenbeförderung ohne Bundeskonzession und über die Skilifte (SR 743.21); vgl. auch das Konkordat über die nicht eidgenössisch konzessionierten Seilbahnen und Skilifte (SR 743.22).

1672 BG über die Personenbeförderung und die Zulassung als Strassentransportunternehmung vom 18. Juni 1993 (SR 744.10).

1673 Vgl. namentlich Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 27, N. 21 FN 47.

1674 Vgl. vorne Anm. 1667. Für Bahn-Bauunfälle müsste - soweit sie überhaupt noch erfasst werden - in erster Linie die Infrastrukturunternehmung geradestehen (vgl. vorne zu Abs. 1 bei Anm. 1669); dazu auch: Gauch P., a.a.O. (Anm. 1592), S. 8 bei FN 48.

Artikel 19 (Handgepäck), 23 (Reisegepäck) und 39 (Gütertransport) TG. Ein effektiver Vorbehalt ist freilich nur im Bezug auf Sachschäden erforderlich, die anders als durch Verwirklichung der charakteristischen Betriebsgefahr verursacht werden. Personenschäden werden vom Transportgesetz nicht erfasst und reine Vermögensschäden sind gemäss Artikel 45 Absatz 3 VE im Bereich der Gefährdungshaftungen ohnehin nicht ersatzfähig. (Näheres zum Transportgesetz [TG] hinten Ziff. 4.2.37).

Absatz 4 statuiert die generelle Verweisung auf die Bestimmungen des Obligationenrechts, die den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts bilden (Art. 41 - 58 OR); die Formulierung entspricht derjenigen, die bereits bei den verschiedenen Vorschriften über die Haftung der Kantone im ZGB und OR (vorstehend Ziff. 4.2.15 und 4.2.011) verwendet worden ist.

4.2.37 Transportgesetz (TG)

Das Transportgesetz bezieht sich auf den Transport von Personen, Gepäck und Gütern durch Unternehmungen des öffentlichen Verkehrs, wie sie insbesondere Eisenbahn-, Seilbahn- und Skilift-, aber auch Schifffahrtsunternehmungen (nachfolgend Ziff. 4.2.41) regelmässig darstellen. Bezüglich des Personentransports regelt das TG indessen lediglich die Haftung der Unternehmung für Verspätungsschäden (Art. 17 TG); für eigentlichen Personenschaden (Tötung und Körperverletzung) gilt die Verweisung von Artikel 5 PBG auf das EHG und das SVG. Inkompatibilitäten oder Doppelspurigkeiten mit dem neuen Haftpflichtrecht ergeben sich deshalb vor allem bei den Bestimmungen über den Sachschaden.

4.2.37.01 Artikel 19

Absatz 2 bekräftigt für das Handgepäck die Regelung von Artikel 11 EHG, die einen der Hauptgründe für dessen Revision bzw. Aufhebung darstellt (vorne Ziff. 4.2.16). Die Regel muss daher ebenfalls aufgehoben werden. Bestand könnte allenfalls (wie vorstehend in Ziff. 4.2.36 betr. Art. 40*b* Abs. 2 EBG angedeutet) der erste Satz (Verschuldenshaftung der Unternehmung) für Schäden am Handgepäck haben, die nicht auf die Realisierung der charakteristischen Betriebsgefahr zurückgehen; es ist aber nicht einzusehen, weshalb hier die Haftung des Transportunternehmens gegenüber anderen Unternehmungen privilegiert werden sollte, die der Haftung für Hilfspersonen nach Artikel 49*a* VE unterliegen und sich nur durch den Nachweis richtiger Betriebsorganisation befreien können.

Ein kaum zu begründendes Privileg schafft auch Absatz 3 hinsichtlich der Haftung des Fahrgastes gegenüber der Unternehmung: diesem wird eine Art Kausalhaftung auferlegt, von der er sich nur durch einen mehr oder weniger klassischen Entlastungsbeweis befreien können soll; entlastend wirken wie üblich (genügend intensives) Selbstverschulden der betroffenen Unternehmung oder Verschulden eines Dritten sowie das dem deutschen Recht abgeschaute "unabwendbare Ereignis", eine Art leicht verdünnter höherer Gewalt. Nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfes sind auf Fahrgäste im öffentlichen Verkehr dieselben Regeln anzuwenden wie auf gewöhnliche Sterbliche, d.h. im Regelfall die Verschuldenshaftung gemäss Artikel 48/48*a* VE mit normaler

(nach Art. 56*c*/56*d* VE flexibilisierter) Beweislastverteilung. Die Bestimmung des geltenden Absatz 3 von Artikel 19 TG ist daher ebenfalls aufzuheben.

4.2.37.02 Artikel 23

Absatz 2 dieser Bestimmung sieht eine "Befreiung" der Unternehmung von ihrer Haftung für Reisegepäck vor, die durch Nachweis eines Selbstverschuldens der geschädigten Person oder eines "unabwendbaren Ereignisses" - diesmal aus der Sicht der Transportunternehmung - erreicht werden kann. Diese Bestimmung ist überflüssig, soweit sie lediglich die Grundregel von Artikel 47*a* VE über die Entlastung - und dies erst noch unvollständig - wiederholt; sie ist anderseits problematisch, soweit sie mit dem Begriff des "unabwendbaren Ereignisses" von dieser Grundregel abweicht. Das führt zu ihrer Aufhebung.

> Absatz 3 enthält zwar auch eine relativ umständliche Ordnung mit einer Kausalitätsvermutung zuungunsten der Transportunternehmung, die jedoch in gewissen, durch Verordnung bestimmten[1675] Fällen, wieder umgestossen wird. Da es sich hier aber um eine typisch transportrechtliche, eventuell auch durch internationales Recht beeinflusste Spezialität zu handeln scheint, die zudem nicht krass gegen allgemeine Grundsätze des Haftpflichtrechts verstösst, stellen die Verfasser des Vorentwurfes keinen formellen Antrag auf Aufhebung.

4.2.37.03 Artikel 39

Absatz 2 bildet für den Gütertransport eine Parallelbestimmung zu Absatz 2 von Artikel 23 TG und ist daher aus denselben Gründen aufzuheben.

> Für Absatz 3 gelten ebenfalls die gleichen Überlegungen wie für den Absatz 3 von Artikel 23.
>
> Artikel 40 - 48
>
> Diese Vorschriften, die in einem eigenen 4.Kapitel mit der Überschrift "Gemeinsame Haftungsbestimmungen", sind in zwei Abschnitte (I. Grundlagen; 2. Geltendmachen von Ansprüchen) gegliedert. Die Bestimmungen des ersten Abschnittes müssten noch detaillierter auf ihre Vereinbarkeit mit dem Allgemeinen Teil bzw. auf ihre transportrechtlich gerechtfertigten Abweichungen untersucht werden. Zweifel bestehen etwa im Bezug auf die Notwendigkeit von Artikel 40 (Haftung für Hilfspersonen, einschliesslich der offiziellen Camioneure) gegenüber Artikel 49*a* VE und 101 OR; ebenso hinsichtlich Artikel 42 Absatz 1 (Nichtigkeit von Freizeichnungsklauseln unter Vorbehalt der in Abs. 2 genannten Fälle) im Verhältnis zu Artikel 57 VE oder der Verwirkungs- und Verjährungsbestimmungen (Art. 45/46) im Verhältnis zu Artikel 55 ff. VE.
>
> Die Verfasser des Vorentwurfs sehen davon ab, für diese Bestimmungen konkrete Anträge zu stellen; sie beschränken sich darauf, die Probleme zu signalisieren, die zu gegebener Zeit in Zusammenarbeit mit den betroffenen Unternehmungen und Dienststellen bereinigt werden müssen.

4.2.38 Personenbeförderungsgesetz (PBG)

Das Personenbeförderungsgesetz ist als Teil des Swisslex-Paketes nach der Ablehnung des EWR-Vertrages verabschiedet worden und dient vor allem der Anpassung des schweizerischen an das EU-Recht im Bereich der Konzessi-

---

[1675] Transportverordnung (TV; SR 742.401) Art.16.

onserteilung an Unternehmen des Personen- und Güterverkehrs. Es enthält aber auch eine Bestimmung über die Haftpflicht, welche den Artikel 3 Absatz 2 des Postverkehrsgesetzes (PVG; jetzt Postgesetz/PG, SR 783.0, nachfolgend Ziff. 4.2.44.01) - der bisher auf das EHG verwies - ersetzt und ergänzt hat. Diese Bestimmung (Art. 5) ist an die neuen Bestimmungen über die Haftung der Eisenbahn-, Seilbahn- und Skiliftunternehmungen einerseits und der Schiffahrtsunternehmungen anderseits anzupassen.

Artikel 5

Die im geltenden Absatz 1 enthaltene Verweisung auf das (aufzuhebende) Eisenbahnhaftpflichtgesetz (vgl. vorne Ziff. 4.2.16) wird durch eine entsprechende Verweisung auf das Eisenbahngesetz einerseits (neu Art. 40*b* EBG; vorne Ziff. 4.2.36) und das Binnenschifffahrtsgesetz (neu Art. 30*a* BSG; nachfolgend Ziff. 4.2.41) anderseits ersetzt.

> Absatz 2, der bereits jetzt eine Parallelverweisung auf das Strassenverkehrsgesetz enthält, kann unverändert stehen bleiben.

4.2.39 Trolleybusgesetz (TBG)

Die Haftung der Trolleybusfahrzeuge ist heute einem zweispurigen Regime unterstellt. Nach Artikel 15 Absatz 1 und 2 TBG gilt für (Personen- und Sach-) Schäden, die durch den "Betrieb des Fahrzeugs" verursacht werden das SVG, für solche dagegen, die auf den "Betrieb einer elektrischen Anlage oder die Einwirkung des elektrischen Stroms auf das Fahrzeug" zurückgehen, das EleG. Die Verfasser des Vorentwurfs sind der Auffassung, dass diese - zwangsläufig mit zahlreichen Abgrenzungsschwierigkeiten verbundene - hybride Ordnung schlecht in die Landschaft der neuen Gefährdungshaftungsordnung passt, die an eine organisatorisch und wirtschaftlich einheitliche "besonders gefährliche Tätigkeit" (Art. 50 Abs. 1 VE) knüpft. Die Spezialtatbestände sind in diesem System eigentlich nur (noch) Konkretisierungen eines allgemeinen, in der Generalklausel abstrakt formulierten Prinzips - und nicht (mehr) sporadische Einzelnormen, die je nach Konstellation ad hoc kombiniert werden könnten oder müssten. Der Dualismus von SVG und EleG macht auch deshalb kaum mehr Sinn, weil die Modalitäten der Haftung durch den Allgemeinen Teil im OR ohnehin vereinheitlicht werden und sich somit die Frage einer allenfalls vorteilhafteren Berufung auf den einen oder anderen Erlass nicht mehr stellen sollte.

Aus dieser Lagebeurteilung ergibt sich folgende Alternative: entweder die ersatzlose Aufhebung der spezifischen Haftungsordnung für Trolleybusse, womit diese direkt von der Generalklausel erfasst würden (je nachdem in Analogie zur Haftung des SVG oder des EleG), oder aber die Einführung einer "autonomen" Gefährdungshaftung für Trolley- (und Gyro-[1676])busse. Die Verfasser des Vorentwurfs optieren aus Gründen der Kontinuität und wegen der nach wie vor erforderlichen Bestimmung von Artikel 16 TBG über das Versicherungsobligatorium, die sonst im luftleeren Raum schweben würde, für die zweite Lösung.

[1676] Vgl. den BRB vom 28. August 1953 über die Gyrobusunternehmungen, SR 744.212.

4.2.39.01 Artikel 15

Die Bestimmung enthält in ihrer heutigen Fassung einerseits die zwei parallelen Anknüpfungstatbestände "Betrieb des Fahrzeugs" und "Betrieb der elektrischen Anlage" mit den entsprechenden Verweisungen auf SVG und EleG, anderseits eine Gerichtsstandsbestimmung.

Absatz 1 ist in der neuen Fassung dem (neuen) Artikel 40*b* EBG[1677] nachgebildet. Er umschreibt den Anknüpfungstatbestand als "Betreiben einer Trolleybusunternehmung" bzw. Verwirklichung der mit den zu diesem Betrieb gehörigen Tätigkeiten verbundenen charakteristischen Risiken. Das können sowohl solche sein, die sich aus der Fortbewegung (Masse x Beschleunigung) ergeben, wie auch solche, die mit dem elektrischen Antrieb und den hiefür erforderlichen Anlagen (Fahrleitungen usw.) zusammenhängen. Für beides hat der "Betreiber" der Unternehmung unabhängig von eigenem Verschulden bzw. einem Verschulden seiner Organe und/oder Hilfspersonen einzustehen. - Da es sich um eine Gefährdungshaftung handelt, kommt Artikel 45 Absatz 3 VE zum Zuge, der die Gefährdungshaftung - wie heute Artikel 58 Absatz 1 SVG, Artikel 27 EleG und Artikel 1 i.V.m. Artikel 11 EHG - auf Personen- und Sachschaden beschränkt.

Im neuen Absatz 2 wird - wie bei den anderen Erlassen, für die das öffentliche Transportrecht eine Rolle spielt - ein entsprechender Vorbehalt mit einer ausdrücklichen Verweisung auf das Transportgesetz eingefügt. Die gewählte Formulierung entspricht derjenigen, die bereits im Zusammenhang mit der Haftung der Eisenbahnunternehmungen verwendet worden ist (vorne Ziff. 4.2.36 ad Art. 40*b* neu EBG; ebenso hinten Ziff. 4.2.41 ad Art. 30*a* neu BSG und vorne Ziff. 4.2.35.03 ad Art. 60 Abs. 2 neu SVG; zum Transport- und zum Personenbeförderungsgesetz vgl. vorne Ziff. 4.2.37 und 4.2.38).

Die Gerichtsstandsbestimmung im geltenden Absatz 3 ist im Hinblick auf Artikel 56 VE bzw. auf das neue Gerichtsstandsgesetz[1678] aufzuheben.

4.2.39.02 Artikel 16

Diese Bestimmung über das Versicherungsobligatorium ist zunächst hinsichtlich der Verweisung auf das SVG (der gegenwärtige Wortlaut bezieht sich noch auf das frühere MFG) redaktionell anzupassen. Gleichzeitig kann sie aber, was die Frage der Mindestversicherung betrifft, etwas konkreter formuliert werden

4.2.40 Rohrleitungsgesetz (RLG)

Das Rohrleitungsgesetz sieht für den Betrieb von Rohrleitungen eine Gefährdungshaftung nur soweit vor, als in diesen Leitungen flüssige oder gasförmige Brenn- oder Treibstoffe befördert werden. Diese Gefährdungshaftung gilt analog für Schäden, die durch eine "nicht in Betrieb stehende Anlage" verursacht werden, wenn alternativ eine zusätzliche Voraussetzung erfüllt ist:

[1677] Vorne Ziff. 4.2.36.

[1678] Vorne bei Anm. 1663.

– die Anlage wies einen Mangel auf, oder

– sie wurde fehlerhaft behandelt.

Das Konzept des RLG ist insofern merkwürdig, als es - ähnlich wie das SVG - zwischen Betriebs- und Nichtbetriebsunfällen bzw. -schädigungen unterscheidet, letztlich aber alle drei Fälle demselben Haftungsprinzip (Gefährdungshaftung) unterstellt[1679]. Anderseits deckt das RLG - obschon es offenkundig in erster Linie das Risiko erfassen will, das flüssigen und gasförmigen Brenn- oder Treibstoffen als solchen innewohnt - nur einen Teil des Umgangs mit solchen Stoffen ab[1680]. Soweit diese nicht in Rohrleitungen transportiert werden, kommen sie als Anknüpfungstatbestand für eine Kausalhaftung nicht - bzw. nur im Rahmen anderer Anknüpfungssachverhalte, wie dem Betrieb von Fahrzeugen, dem Eigentum an einem Grundstück oder Werk, in welchem solche Stoffe verwendet werden, oder als Szenario der Geschäftsherrenhaftung - in Frage. Unter dem neuen Recht würden diese Formen des Umgangs mit flüssigen oder gasförmigen Brenn- oder Treibstoffen zweifellos unter die Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) fallen. Auch unter diesem Gesichtspunkt stellt sich also die Frage, ob es sinnvoll sei, die Sonderbestimmungen des RLG beizubehalten. Dies wäre eigentlich nur zu bejahen, wenn man für *pipelines* generell eine Gefährdungshaftung vorsehen möchte - d.h. unabhängig vom transportierten Stoff, z.B. wegen der mit dem Druck oder anderen Eigenschaften solcher Leitungen verbundenen Gefahren.

Man kann sich also fragen, ob man die Haftpflichtbestimmungen des RLG überhaupt aufrecht erhalten will, nachdem die Artikel 34 sowie 37 - 40 ohnehin als Wiederholung allgemeiner Regeln aufzuheben sein werden. Die Verfasser des Vorentwurfs gehen davon aus, dass - im Sinne der "kleinen Lösung" (vorne Ziff. 2.4.4.2) - die Beibehaltung mehr Aussicht auf Akzeptanz hat, als eine Streichung; sie könnten sich aber durchaus mit der Idee anfreunden, die Rohrleitungshaftung in der Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 VE) aufgehen zu lassen

4.2.40.01 Artikel 33

Die Bestimmung enthält den Haftungsgrundsatz: sie statuiert eine Gefährdungshaftung. In der Neufassung soll nun nicht mehr zwischen Betriebs- und Nichtbetriebsunfällen unterschieden werden; d.h.: Schäden, die in keinem Zusammenhang mit den charakteristischen Risiken der Rohrleitungsanlage bzw. der beförderten Treib- und Brennstoffe stehen, fallen überhaupt nicht mehr unter das Spezialgesetz. Anderseits hat der Betreiber einer Rohrleitungsanlage grundsätzlich für jede besondere und typische Gefahr einzustehen, welche mit dem Betrieb - im weitesten Sinne - der Anlage zusammenhängt. Die Formel ist praktisch dieselbe wie sie in der Neufassung von Artikel 27 Absatz 1 EleG (vorne Ziff. 4.2.34.01) verwendet worden ist. Zum Gesamtrisiko gehört auch ein Mangel der Anlage, der nicht mehr speziell erwähnt wird. Ebenso gehört fehlerhafte Behandlung durch den Betreiber selbst oder seine Hilfspersonen zu die-

---

[1679] Oftinger K./Stark E. W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 30, N. 104 ff.

[1680] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 30, N. 5 ff.

sem Risiko; es handelt sich um einen Anwendungsfall der "annexen Haftung für fremdes Verhalten", die in Artikel 51 VE generell verankert ist.

Absatz 1 umschreibt den Anknüpfungstatbestand als Betrieb einer Rohrleitungsanlage (wobei nur solche Anlagen gemeint sind, die der Beförderung der in Artikel 1 RLG genannten Brenn- und Treibstoffe dienen) bzw. als "Tätigkeiten", welche mit dem Betrieb einer solchen Anlage zusammenhängen.

- Haftungssubjekt ist - gemäss der neuen Formulierung von Artikel 50 VE (vgl. auch Art. 40*b* neu EBG und Art. 27 neu EleG) - der "Betreiber"; der Begriff ist bewusst auch weiter gefasst als der bisher verwendete des (Anlage-) "Inhabers", bei dem die direkte Verfügungsgewalt über die Anlage als Sache im Vordergrund steht[1681]; neu soll - wie beim Inhaber der Eisenbahnunternehmung oder der Kernanlage - der "exploitant" die Haftung zu tragen haben, d.h. die Person, welche den Betrieb organisatorisch und wirtschaftlich beherrscht bzw. auf deren Rechnung und Gefahr er geführt wird.
- Beibehalten wird (analog zu Art. 3 Abs. 4 KHG) die Solidarhaftung des Eigentümers der Anlage, der nicht mit ihrem Betreiber identisch ist.

Absatz 2 regelt die Frage der Entlastung in einer von der allgemeinen Regel (Art. 47*a* VE) abweichenden Weise: Höhere Gewalt ist als Entlastungsgrund nur in der besonderen Erscheinungsform "ausserordentlicher Naturvorgänge"[1682] zugelassen, Drittverschulden (bzw. Drittverhalten) nur als "kriegerische Ereignisse" bzw. - wenn man Krieg eher bei der höheren Gewalt ansiedelt - überhaupt nicht. Will man diese restriktive Umschreibung der Entlastungsmöglichkeiten beibehalten, muss auch Absatz 2 stehenbleiben. Er soll aber - wie im Zusammenhang mit Artikel 59 Absatz 1 SVG (vorstehend Ziff. 4.2.35.02 bei Anm. 1645/46) erläutert - von unnötigen zusätzlichen ("negativ negativen") Voraussetzungen (fehlendes Verschulden aufseiten des Haftungssubjekts und seiner Hilfspersonen, Umkehrung der Beweislast) befreit werden; die Berücksichtigung des sogenannten "zusätzlichen Verschuldens" ist in Artikel 51*a* VE generell vorgesehen.

Absatz 3, dessen gegenwärtige Aussage (Ausschluss der Schäden am Transportgut aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes) in den freiwerdenden Artikel 34 verlegt werden kann, nimmt neu (anstelle der bloss partiellen Verweisung im geltenden Art. 34) die Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts auf.

4.2.40.02 Artikel 34

Diese Bestimmung enthält in neuer (an die neue Fassung von Art. 60 Abs. 1 SVG angelehnter) Formulierung die Eingrenzung des Geltungsbereichs des RLG in dem Sinne, dass Schäden am Transportgut von der Gefährdungshaftung nicht erfasst werden (bisher Art. 33 Abs. 3).

[1681] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 30, N. 65 ff.

[1682] Ob darin gegenüber dem Begriff der "ordentlichen" höheren Gewalt wirklich ein qualifizierendes Element enthalten ist, kann bezweifelt werden.

Beibehalten werden dagegen die Artikel 35 und 36 RLG, welche die allgemeine Norm des Artikel 54*g* VE über das Versicherungsobligatorium im Bereich der Rohrleitungen umsetzen.

4.2.40.03 Artikel 37

Die Vorschrift zum direkten Forderungsrechts des Geschädigten entspricht den allgemeinen Regeln der Artikel 54*c* und 54*h* VE, welche über die Globalverweisung des neuen Artikel 33 Absatz 3 RLG auch für die Rohrleitungshaftung gelten; sie wird damit überflüssig.

4.2.40.04 Artikel 38

Die Bestimmung befasst sich mit den Problemen, die entstehen, wenn durch einen Vorfall mehrere Geschädigte betroffen sind und die Versicherungsdekkung nicht ausreicht, um alle Ansprüche zu befriedigen. Es handelt sich um eine Parallelnorm, bzw. um das Nachbild zu Artikel 66 SVG, der seinerseits in den Artikeln 54*d* und 54*e* VE generalisiert werden und so (über Art. 33 Abs. 3 neu) auf das RLG zurückstrahlen soll; sie kann daher aufgehoben werden.

4.2.40.05 Artikel 39

Es ist kein Grund ersichtlich, für die Rohrleitungshaftung besondere, von den allgemeinen Regeln der Artikel 55 ff. VE abweichende Verjährungsbestimmungen beizubehalten. Die Vorschrift kann daher ebenfalls gestrichen werden.

4.2.40.06 Artikel 40

Die Bestimmung stellt der geschädigten Person, die einen Anspruch auf das RLG stützt, einen Wahlgerichtsstand zur Verfügung: diese kann entweder am Ort des Schadeneintritts klagen - was dem allgemeinen Prinzip von Artikel 56 VE ("Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist") entspricht - oder am Sitz des beklagten Anlageinhabers bzw. -betreibers.

Über die Frage, ob diese alternative (und sozusagen dem natürlichen Gerichtsstand des "aufrechtstehenden Schuldners" entsprechende) Möglichkeit im Interesse der Geschädigten beibehalten werden soll, lässt sich diskutieren. Im Interesse der Einheitlichkeit plädieren die Verfasser des Vorentwurfs für die Aufhebung; sie tun dies umso leichteren Herzens, als der Entwurf eines Gerichtsstandsgesetzes auf Bundesebene[1683] eine solche Aufhebung ebenfalls vorsieht.

4.2.41 Binnenschifffahrtsgesetz (BSG)

Das Binnenschifffahrtsgesetz enthält in seiner heutigen Fassung keine besondere Haftpflichtnorm, sondern lediglich Bestimmungen über ein Versicherungsobligatorium. Unter dem geltenden Recht galten aber nach Artikel 24 Ziffer 1

[1683] Vorne bei Anm. 1663.

EHG (vorne Ziff. 4.2.16) dessen Bestimmungen auch für den Betrieb der Dampfschiffahrtsunternehmungen. Nachdem die Eisenbahnhaftung nun im Eisenbahngesetz geregelt werden soll, drängt sich für die Schifffahrt eine entsprechende Lösung im einschlägigen Binnenschifffahrtsgesetz auf.

Dieses Gesetz sieht zudem in Artikel 5 Absatz 2 bezüglich der Gewässer, welche ihrer Hoheit unterstehen, eine Haftung der Kantone für Schäden vor, die auf Mängel beim Unterhalt dieser Gewässer zurückzuführen sind. Die Bestimmung enthält auch eine Verweisung auf das Obligationenrecht, die formal und redaktionell an das neue Recht anzupassen ist.

4.2.41.01 Artikel 5

Absatz 2 Satz 2 verweist für Einzelheiten der Kantonshaftung für den Gewässerunterhalt auf das Obligationenrecht. Diese Verweisung ist der im Vorentwurf gebräuchlichen Standardformel (vgl. vorne Ziff. 4.2.11.05 zu Art. 9 Abs. 1 VG) anzupassen.

4.2.41.02 Artikel 30a (neu)

Diese neue Bestimmung nimmt die geltende (Eisenbahn-) Gefährdungshaftung nach Artikel 24 EHG in einer auf die motorisierte Schifffahrt zugeschnittenen Formulierung wieder auf. Die Regelung im Binnenschifffahrtsgesetz bewirkt aber zugleich eine Erstreckung dieser verschuldensunabhängigen Haftung auf sämtliche Motorschiffe - auch solche, die nicht von konzessionierten Unternehmungen betrieben werden - für diejenigen Fälle, in denen sich die charakteristische Betriebsgefahr solcher Schiffe in einem Schaden verwirklicht hat. Nicht motorisch angetriebene Schiffe unterstehen dagegen weiterhin der Verschuldenshaftung, allenfalls auch der Geschäftsherren- oder Organisationshaftung.

Absatz 1 formuliert deshalb den Haftungsgrundsatz in Anlehnung an das Strassenverkehrsgesetz und bezeichnet als Haftungssubjekt den "Halter", wobei klar ist, dass im Fall von konzessionierten Unternehmungen - entsprechend Artikel 40*b* EBG (vorne Ziff. 4.2.36) - regelmässig der jeweilige "Betreiber der Unternehmung" als Halter zu betrachten sein wird.

Absatz 2 enthält den Vorbehalt abweichender Bestimmungen des Transportrechts (entsprechend Abs. 2 von Art. 40*b* EBG; vgl. vorne Ziff. 4.2.36).

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang übrigens auch an den allgemeinen Vorbehalt des internationalen Rechts in Artikel 44 VE; er gewinnt auch für die Binnenschifffahrt namentlich hinsichtlich der Rheinschifffahrt Bedeutung, so etwa mit dem durch Bundesbeschluss vom 22. März 1996 genehmigten, am 21. Mai 1997 (allerdings mit drei gewichtigen Vorbehalten) ratifizierten und am 1. September des gleichen Jahres in Kraft getretenen Strassburger Übereinkommen vom 4. November 1988 über die Beschränkung der Haftung in der Binnenschifffahrt[1684].

Absatz 3 verweist mit der bereits bekannten Standardformel auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts im OR als ergänzende und subsidiäre Regelung.

[1684] SR 0.747.206; vgl. AS 1998, 1000 ff.

Hier gilt die Verweisung freilich nicht bloss für die Modalitäten der Haftung, sondern kann auch als Hinweis darauf verstanden werden, dass Schädigungen durch Schiffe, bei denen die in Absatz 1 vorausgesetzte besondere Gefahr des motorischen Antriebs nicht besteht (oder Motorschiffe, bei denen sich diese Gefahr *in concreto* nicht ausgewirkt hat), durch die Verschuldenshaftung, allenfalls auch durch die Haftung für Hilfspersonen, erfasst werden (Art. 48 f. bzw. 49/49*a* VE).

4.2.41.03 Artikel 33 und 34

Die beiden Vorschriften regeln Modalitäten des in Artikel 31 statuierten Versicherungsobligatoriums (Direktanspruch und Rückgriffsrecht), welche bei allen Pflichtversicherungen in gleicher Weise gelten und deshalb im Allgemeinen Teil (Art. 54*c* und 54*h* VE) generell vorgesehen sind; sie können somit aufgehoben werden.

4.2.41.04 Artikel 39

Die Bestimmung betrifft den Gerichtsstand, wobei sie alternativ neben dem Wohnsitz des Beklagten die örtliche Zuständigkeit am Unfallort begründet. Das entspricht Artikel 84 SVG und dem Grundsatze nach jetzt auch Artikel 56 Absatz 1 VE, in diesen beiden Fällen allerdings exklusiv, mit der Möglichkeit abweichender Vereinbarung unter Zustimmung aller Beteiligten. Wiederum alternativ, als Wahlgerichtsstände neben demjenigen des Wohnsitzes des Beklagten, will Artikel 26 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen bei "unerlaubten Handlungen" den Handlungs- oder Erfolgsort - die bei einem Unfall regelmässig deckungsgleich sind - zur Verfügung stellen (vgl. vorne Anm. 1663). In jedem Fall wird Artikel 39 deshalb überflüssig und muss aufgehoben werden.

4.2.42 Seeschifffahrtsgesetz (SSG)

Das Seeschifffahrtsgesetz beansprucht haftpflichtrechtlich - wie auch im übrigen - einen Sonderstatus, indem es sehr weitgehend von internationalem Recht beeinflusst und auch davon abhängig ist; ein Binnenstaat wie die Schweiz ist in diesem Bereich dem Druck zur rechtlichen Angleichung erst recht ausgesetzt. Das hat sich gerade unter haftungsrechtlichen Aspekten gezeigt, indem es sich im internationalen Kontext als unmöglich erwies, die ursprünglich (in der ersten Fassung von 1953) vorgesehene Gefährdungshaftung (Art. 48 Abs. 1 Satz 1 SSG) beizubehalten. Sie musste 1965 durch eine am Übereinkommen vom 23. September 1910 zur Vereinheitlichung einzelner Regeln über den Zusammenstoss von Schiffen[1685] orientierte Haftung des Reeders für Gehilfenverschulden mit umgekehrter Beweislast ersetzt werden[1686]. Obgleich es sich dabei um ein völlig singuläres (am ehesten mit der Erfüllungsgehilfenhaftung nach Art. 101 OR vergleichbares) Haftungsregime handelt, muss es im Interesse der

---

[1685] SR 0.747.363.1.

[1686] Änderung vom 14. Dezember 1965, AS 1966, 1453 ff.; vgl. auch die Botschaft vom 14. Mai 1965, BBl 1965 II 284 ff. (295 ff.).

internationalen Rechtseinheit beibehalten werden, was im übrigen insofern akzeptabel erscheint, als diese Regelung meist ausserhalb des schweizerischen Territoriums zur Anwendung kommen wird. Entsprechend verhält es sich mit der für eine Rechtsordnung wie der unsrigen - welche die Konkurrenz von deliktischer und vertraglicher Haftung zulässt - seltsamen Regel, dass der ausservertragliche Anspruch keinesfalls weitergehen kann als der vertragliche, der in der Regel durch das Transportrecht beschränkt wird (Art. 48 Abs. 1 Satz 2 SSG). Internationalrechtlich konditioniert sind auch die Bestimmungen des Artikel 49 SSG (Haftungsbeschränkung)[1687], zu welchem Artikel 50 dem Bundesrat eine spezielle Verordnungskompetenz einräumt.

Unter diesen Umständen schlagen die Verfasser des Vorentwurfes vor, sich im Rahmen der Totalrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts mit einer rein formalen Anpassung des SSG in Gestalt einer durch die zahlreichen nationalen und internationalen Sonderbestimmungen stark relativierten Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil zu begnügen.

> Artikel 48 Absatz 1, der in Satz 1 das Prinzip der Reederhaftung für vermutetes Verschulden der Besatzungsmitglieder und anderer an Bord befindlicher Hilfspersonen aufstellt, bleibt aus den in der Einleitung erwähnten Gründen unangetastet. - Das gilt auch für die Bestimmung in Satz 2, wonach bei Konkurrenz zwischen ausservertraglichen und vertraglichen Ansprüchen letztere den Umfang der Haftung bestimmen bzw. beschränken.

In Absatz 2 wird die Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts eingebracht. Es handelt sich um dieselbe Formel wie sie beispielsweise im SVG und im RLG[1688] verwendet worden ist; im Rahmen des SSG soll sie aber durch einen ausdrücklichen Vorbehalt des internationalen Rechts abgeschwächt werden. Dieser Vorbehalt ist zwar nichts anderes als die Wiederholung, bzw. der explizite "rappel" der generellen Norm von Artikel 44 VE, die ihrerseits nur das allgemeine völkerrechtliche Prinzip des Vorranges des staatsvertraglichen vor dem Landesrecht festhält; angesichts der besonderen Verhältnisse und als Zeichen an die interessierten Kreise, dass man ihre Bedenken gegen einen schweizerischen Alleingang im Recht der Seeschiffahrt ernst nimmt, mag sich aber eine spezifische Hervorhebung dieses Vorbehalts im Rahmen des SSG rechtfertigen.

Satz 1 des gegenwärtigen Wortlautes des Absatzes 2 wird überflüssig, weil die allgemeinen Regeln der Artikel 53*b* und 53*c* VE über die Haftungskonkurrenz grundsätzlich anwendbar sind; damit kann übrigens auch die unbillige Lösung des geltenden Rechts vermieden werden, die dem Reeder einen voraussetzungslosen - insbesondere von seinem eigenen Verschulden unabhängigen - Rückgriff einzuräumen scheint.

In Satz 2 wird dagegen die abweichende Regelung für das Verhältnis zwischen dem Reeder als Mieter und dem Eigentümer des Schiffes (beim sog. "bareboat-charter") übernommen: der Vermieter kann regressweise nur für Schäden verantwortlich gemacht werden, die auf eine Verletzung der Pflicht, das Schiff

---

[1687] Vgl. insbesondere die in Abs. 1 und Abs. 1bis von Art. 49 SSG genannten Konventionen (SR 0.747.331.53; 0.814.291; 0.814.291.1).

[1688] Vgl. vorne Ziff. 4.2.35.14 (neuer Art. 62 SVG) und 4.2.40.01 (neuer Art. 33 Abs. 3 RLG).

"in seetüchtigem Zustand ... zu übergeben" (Art. 92 Abs. 1 SSG), zurückzuführen sind.

Unverändert bleibt Absatz 3, der für Verschmutzungsschäden durch Öltanker auf die einschlägige Konvention von 1969 und die zugehörigen Protokolle verweist[1689] .

4.2.43 Luftfahrtgesetz (LFG)

Auch im Luftfahrtbereich dominiert das internationale Recht. Das gilt vorab für das Luft-Transporthaftpflichtrecht, in einem gewissen Ausmass aber auch für die Haftung des Luftfahrzeughalters für Schäden, die durch den Flugbetrieb auf der Erde verursacht werden. Für die Haftung des Luft-Transportführers gilt primär das sog. Warschauer Abkommen von 1929/1955[1690] mit etlichen Zusatzprotokollen und Ergänzungsabkommen; die Haftung des Luftfahrzeughalters für Schäden auf der Erde ist stark beeinflusst von einem - von der Schweiz zwar unterzeichneten, aber nicht ratifizierten - Römer(/Brüsseler) Abkommen von 1933/1938. Das LFG ist 1993[1691] ziemlich tiefgreifend revidiert worden; haftpflicht- und versicherungsrechtliche Aspekte wurden dabei allerdings nur am Rande und vor allem im Lufttransportbereich berührt.

Obschon die Schweiz hinsichtlich der Haftung des Luftfahrzeughalters für Schäden auf der Erde nicht an internationale Regeln (Römer Abkommen) gebunden ist, hat sie diese - abgesehen von der summenmässigen Beschränkung - weitgehend, zum Teil sogar im Wortlaut übernommen, was insbesondere Binsenwahrheiten wie jene des Artikel 64 Absatz 1 erklärt, wonach der Halter (nur) Ersatz zu leisten hat, "sofern feststeht, dass der Schaden entstanden und vom Luftfahrzeug verursacht worden ist". Für diesen Bereich werden im Zusammenhang mit der Totalrevision des Haftpflichtrechts einige Änderungen und Anpassungen vorgeschlagen; dagegen erlegen sich die Verfasser des Vorentwurfs im Lufttransportrecht ähnliche Zurückhaltung auf wie bereits beim Seeschifffahrtsrecht (vorne Ziff. 4.2.42).

4.2.43.01 Artikel 64

Der Haftungsgrundsatz in Absatz 1 wird neu formuliert bzw. an parallele Bestimmungen (wie etwa den neuen Art. 30*a* BSG[1692] oder den revidierten Artikel 58 SVG[1693]) sowie an die Generalklausel von Artikel 50 VE angeglichen. Massgebender Anknüpfungssachverhalt ist auch hier der "Betrieb" des Luftfahrzeu-

---

1689 SR 0.814.291; zur neusten Änderung vgl. Bundesbeschluss vom 11. Dezember 1995, AS 1998, 1015 und 1031 ff. Durch den Bundesbeschluss vom 11. Dezember 1995 ist der Bundesrat auch ermächtigt worden, das Internationale Übereinkommen von 1971 über die Errichtung eines Internationalen Fonds zur Entschädigung für Ölverschmutzungsschäden (SR 0.814.292) zu ratifizieren; es ist für die Schweiz am 2. Oktober 1996 in Kraft getreten.

1690 SR 0.748.410.

1691 Bundesgesetz vom 18. Juni 1993, in Kraft seit 1. Januar 1995 (AS 1994, 3010 ff.); vgl. auch die entsprechende Botschaft vom 20. November 1991 in BBl 1992 I 607 ff.; weitere Revisionen ohne haftpflichtrechtliche Relevanz haben 1997 (AS 1997, 2465) und 1998 (AS 1998, 2566) stattgefunden.

1692 Vorne Ziff. 4.2.41.02.

1693 Vorne Ziff. 4.2.35.01.

ges, welcher gleichzusetzen ist mit dem in Absatz 3 definierten "Flug". Mit dem Hinweis auf die Verwirklichung der charakteristischen Risiken wird in verständlicher und präziserer Weise das ausgedrückt, was die dem Römer Abkommen entlehnte geltende Bestimmung umständlich in dem bereits zitierten Nebensatz festhält; das bedeutet insbesondere, dass etwa für Schäden, die ein Flugzeug auf der Erde durch Bewegungen verursacht, welche noch nicht zum Abflug- oder nicht mehr zu einem Landemanöver gehören, nicht die LFG- Haftung, sondern allenfalls diejenige nach SVG oder einer der im Obligationenrecht vorgesehenen Tatbestände (Art. 41 oder 55 OR, bzw. Art. 48/48*a* oder 49*a* VE) zum Zuge kommt[1694].

Wegfallen kann - wie bei der Neuformulierung von Artikel 58 SVG (vorne Ziff. 4.2.35.01) - die einschränkende Umschreibung der ersatzfähigen Schadenskategorien (Personen- und Sachschaden), nachdem dies in Artikel 45 Absatz 3 VE für Gefährdungshaftungen generell vorgesehen ist. Dazu kommen freilich neu die - gerade im Bereich des Flugverkehrs besonders bedeutsamen - Umweltschäden.

Absatz 2 enthält in beiden Litterae Elemente, welche an sich von den allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts erfasst und geregelt werden könnten. Auch weicht das LFG in beiden Fällen von den Regeln des Römer Abkommens ab, und zwar zugunsten der Geschädigten. An sich könnte man sich also relativ frei fühlen, die Bestimmungen aufzuheben oder zu ändern. Mit Rücksicht auf das internationale Umfeld verzichten die Verfasser des Vorentwurfs aber auf Änderungsvorschläge.

- Buchstabe a drückt an sich eine Selbstverständlichkeit insofern aus, als er Schäden durch aus dem Luftfahrzeug herabfallende Objekte einschliesst; ein solcher Vorgang wird offensichtlich von der typischen Betriebsgefahr des "im Fluge befindlichen" Luftfahrzeugs erfasst. Die Besonderheit und allfällige Abweichung von Artikel 59 VE (= Art. 52 Abs. 2 des geltenden OR) liegt allenfalls darin, dass Ballastabwurf auch dann, wenn er erlaubterweise oder gar in Notstandssituationen erfolgt, zwingend zur Haftung führt; bei Sachschaden könnte das nach den genannten Bestimmungen des geltenden und des neuen Rechts zweifelhaft sein, weil die Haftung für notstandsbedingte Schädigungen ins Ermessen des Richters ("Kann-Vorschrift") gestellt ist.

- Auch die Aussage in Buchstabe b Satz 1 ist an sich überflüssig; sie expliziert einen Anwendungsfall der "annexen Haftung für fremdes Verhalten" nach Artikel 51 VE. Bedeutsam ist sie indessen als Einleitung zur Regel im nachfolgenden 2.Satz, welche eine Haftungsbeschränkung für den Fall vorsieht, dass die Person "an Bord", welche den Schaden verursacht hat, nicht zur Besatzung des Flugzeugs gehörte. Diese Beschränkung widerspricht an sich dem wichtigen Grundsatz des schweizerischen Rechts, dass eine Haftung entweder (summenmässig) unbeschränkt oder dann überhaupt nicht gerechtfertigt ist; ob sie - wie in anderen Bereichen des (internationalen) Transportrechts - auch hier politisch tragbar ist, müssen die Luftfahrtbehörden, allenfalls das Parlament, entscheiden[1695].

Ebenfalls unverändert bleibt Absatz 3 (Umschreibung des sachlichen Anwendungsbereichs bzw. der Wendung "im Fluge befindlich").

[1694] Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 243 f.

[1695] Das Römer Abkommen würde sogar völlige Befreiung gewähren, wenn der Halter einen entsprechenden Sorgfaltsbeweis erbringt.

4.2.43.02 Artikel 64a (neu)

Hier handelt es sich um eine der wenigen Bestimmungen, die wegen der Einführung eines Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts neu geschaffen werden müssen.

Dies ist deshalb notwendig, weil das geltende LFG zu den Entlastungsgründen kein Wort verliert und dieses Schweigen überwiegend als bewusst restriktive Regelung interpretiert wird, in dem Sinne nämlich, dass zumindest Höhere Gewalt und Drittverschulden bzw. Drittverhalten nicht als Entlastungsgründe anerkannt werden[1696]. Zu diesem Ergebnis könnte man zwar auch durch entsprechende Anwendung des Adäquanzprinzips, bzw. durch die Annahme gelangen, es gebe keine äusseren Faktoren - seien es Naturgewalten oder menschliche Einwirkungen -, welche genügend Intensität aufwiesen, um die Betriebsgefahr des im Flug befindlichen Luftfahrzeugs so in den Hintergrund zu drängen, dass man von einer "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs" sprechen könne[1697]. Eine solche Auslegung wäre mindestens so lange möglich gewesen, als es keine explizite allgemeine Regelung der Entlastungsgründe gab. Nachdem nun aber Artikel 47*a* VE als generelle Norm grundsätzlich die Berücksichtigung höherer Gewalt sowie von Dritt- oder Selbstverschulden vorsieht, scheint es angebracht, Abweichungen davon ebenfalls ausdrücklich zu statuieren. Das geschieht hier durch eine Bestimmung, die sich an Artikel 5 KHG[1698] anlehnt: nur Selbstverschulden kommt überhaupt als Entlastungsgrund (Absatz 1) und als Reduktionsgrund (Absatz 2) in Frage, und auch dies nur in qualifizierter Form, nämlich als Absicht für die obligatorische Vollentlastung und als Grobfahrlässigkeit für eine dem richterlichen Ermessen anheimgestellte Reduktion des Ersatzes, die allerdings im Extremfall auch bis zur Verweigerung jeglicher Ersatzforderung gehen kann.

4.2.43.02^{bis} Artikel 65

> Artikel 65 über die Schwarzfahrten ist unverändert zu belassen, wenn man der Auffassung ist, die summenmässige Haftungsbeschränkung (die gegenüber dem im Römer Abkommen zugunsten des Halters vorgesehenen Befreiungsbeweis für die geschädigte Person immerhin eine deutliche Besserstellung bedeutet) sei - wie im Rahmen von Artikel 64 Absatz 2 lit. b LFG - beizubehalten. Darüber zu entscheiden ist wiederum nicht Sache der Verfasser des Vorentwurfs.

4.2.43.03 Artikel 66

Diese Bestimmung über die Solidarhaftung mehrerer Luftfahrzeughalter, deren Maschinen durch eine Kollision (gemeinsam) Schaden auf der Erdoberfläche anrichten, enthält gegenüber den allgemeinen Regeln von Artikel 53*b*/53*c* VE keine Besonderheiten und kann deshalb aufgehoben werden.

[1696] Explizit wird das Drittverschulden des "Strolchenfliegers" in Art. 65 LFG dem Halter solidarisch zugerechnet, allerdings mit einer summenmässigen Beschränkung auf den Betrag der obligatorischen Sicherstellung.

[1697] Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 241: "Wer sich in die Gewalt der Höhe begibt, kann sich nicht wohl auf höhere Gewalt ... berufen".

[1698] Vorne Ziff. 4.2.33.02^{bis}.

4.2.43.04 Artikel 67

Es gibt auch keinen besonderen Anlass, im (nationalen) Luftfahrtrecht eine von Artikel 56 VE bzw. von einem künftigen (Bundes-) Gerichtsstandsgesetz abweichende Gerichtsstandsvorschrift aufrechtzuerhalten[1699]; die Bestimmung ist deshalb aufzuheben.

4.2.43.05 Artikel 68

Die sehr kurzen Verjährungsfristen des geltenden LFG sind aus dem Römer Abkommen übernommen. Es ist aber auch hier (abgesehen von der für die Schweiz nicht verbindlichen internationalen Regelung) kein ausreichender sachlicher Grund ersichtlich, von den Regeln des Allgemeinen Teils (Art. 55 ff VE) abzuweichen. Insbesondere ist es kein sehr überzeugendes Argument, man müsse die geschädigte Person in ihrem eigenen Interesse zu einer raschen Geltendmachung ihrer Ansprüche drängen, weil sonst das Risiko einer Erschöpfung der Versicherungsdeckung bestehe: die Verjährung bezweckt in erster Linie den Schutz des Schuldners; sie angeblich zugunsten des Gläubigers einzusetzen, und dies erst noch in der Weise, dass man sie verkürzt, ist mindestens seltsam. Und soweit die Sonderregelung lediglich dem Schuldner - sozusagen als Kompensation für seine strenge Haftung - zugute kommen soll, ist sie heute auch kaum mehr zeitgemäss[1700]. Die Bestimmung ist daher zu streichen.

4.2.43.06 Artikel 69

Dieser Vorbehalt des Vertragsrechts ist seinerzeit damit begründet worden, dass logischerweise (sic!) "nur gegenüber dem unbeteiligten Dritten die scharfe Kausalhaftung Platz greifen soll"[1701]. Auch diese Logik entspricht nicht mehr ohne weiteres heutigen Vorstellungen. Abgesehen davon, dass die Vertragshaftung für Körper- und Sachschäden nach Artikel 42 VE nunmehr den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Regeln unterstehen soll, müssen sich vertragliche Haftungsbeschränkungen in jedem Fall an den in Artikel 57 VE gezogenen Rahmen[1702] halten. Soweit es sich im übrigen bei den vorbehaltenen Vertragsverhältnissen um Arbeitsverträge handelt, kommen effektiv nicht die vertraglichen Normen zum Zuge, sondern in erster Linie die obligatorische Unfallversicherung gemäss UVG (vgl. nachstehend zu Art. 77 LFG). Vollends undenkbar ist, dass vertraglich das Regime der Gefährdungshaftung - etwa zugunsten einer blossen Verschuldenshaftung - wegbedungen werden könnte. Die Bestimmung kann daher ebenfalls aufgehoben werden.

1699 Vgl. vorne Ziff. 4.2.35.16 zu Art. 84 SVG und Anm. 1663 daselbst.

1700 Vgl. die Erläuterungen zu Art. 51 des LFG-Entwurfs in der entsprechenden Botschaft des Bundesrates vom 23. März 1945, BBl 1945 I 341 ff. (363). Das Problem der ungenügenden Versicherungsdeckung ist im übrigen in genereller Weise ebenfalls im Allgemeinen Teil geregelt: Art. 54*d*/54*e* VE.

1701 Botschaft des Bundesrates (soeben zit. Anm. 1700), S. 363.

1702 Vorne Ziff. 2.10.2.

4.2.43.06bis Artikel 70-74

Die Artikel 70-74 (letzterer in der Fassung von 1994[1703)] betreffend die Versicherungs- bzw. Sicherstellungspflicht sind spezifisch auf die Luftfahrthaftpflicht ausgerichtet und bleiben daher unverändert.

4.2.43.06ter Artikel 131 LFV

Sehr problematisch ist freilich der in Artikel 131 Absatz 2 der Luftfahrtverordnung[1704] verankerte und den Artikel 54*c* i.V.m. Artikel 54*h* VE widersprechende Ausschluss des unmittelbaren Forderungsrechts der geschädigten Person gegen den Versicherer des Luftfahrzeughalters. Die Problematik ist insofern eine doppelte, als zur materiellen Schlechterstellung der geschädigten Personen noch die formale Unstimmigkeit kommt, dass unter dem Gesichtspunkt der Normenhierarchie eine allgemeine gesetzliche Regel durch eine Ausnahme auf Verordnungsstufe ausgeschaltet werden soll (vgl. dazu auch die folgenden Bemerkungen zu Art. 79 LFG; Ziff. 4.2.43.09).

Die Verfasser der Vorentwurfs beantragen daher die Aufhebung der genannten Verordnungsbestimmung bzw. des ersten Halbsatzes dieser Vorschrift, die neu noch lauten würde:

"Dem Geschädigten steht im Umfang seiner Ersatzforderung ein Pfandrecht am Anspruch des Halters gegen den Versicherer zu"[1705].

4.2.43.06quater Artikel 75-76a

Die vom internationalen Recht stark beeinflussten Bestimmungen der Artikel 75-76*a* über das Lufttransportrecht und die entsprechende Haftung sind im Rahmen der Revision von 1993[1706] geändert worden und sollen daher von der hier zu erläuternden Reform grundsätzlich unberührt bleiben, auch wenn sie in einzelnen Punkten (vor allem hinsichtlich der summenmässigen Haftungsbeschränkungen) fundamentalen Prinzipien des schweizerischen Haftpflichtrechts widersprechen. Fragen kann man sich immerhin erneut, ob für schweizerische Konzessionäre (im Linienverkehr) und Inhaber von Bewilligungen (im Nichtlinienverkehr) - so, wie ihnen höhere Mindestversicherungssummen auferlegt worden sind[1707] - nicht auch vorgesehen werden könnte, dass für Inlandflüge anstelle der zweijährigen Verwirkungsfrist nach Warschauer-Abkommen die normalen Verjährungsfristen des OR (Art. 55 VE) gelten[1708].

1703 Vorne bei Anm. 1691.

1704 SR 748.01.

1705 Zum Pfandrecht nach Art. 60 VVG vgl. vorne Ziff. 4.2.18.01ter.

1706 Vorne Anm. 1691.

1707 Art.109a und 117a LFV (SR 748.01).

1708 Vgl. in diesem Sinne das Postulat des Nationalrates (Motion Leuenberger) vom 21. Juni 1985 (Amtl. Bull. NR 1985 I 1242 f.) und die Stellungnahme des Bundesrates dazu in der Botschaft vom 20. November 1991, BBl. 1992 (zit.vorne Anm. 1691), S. 634 f.

4.2.43.07 Artikel 77

Die Bestimmung, welche die Ansprüche aus der obligatorischen Unfallversicherung vorbehält, kann aus den bei den Parallelbestimmungen von Artikel 9 KHG[1709] und Artikel 80 SVG[1710] bereits genannten Gründen gestrichen werden.

4.2.43.08 Artikel 78

In Analogie zur Aufhebung von Artikel 81 SVG[1711] wird vorgeschlagen, auch diese Bestimmung über die exklusive Anwendung der Militärversicherung zu streichen.

4.2.43.09 Artikel 79

Die schon bisher in diesem Artikel enthaltene Verweisung auf das Obligationenrecht wird durch eine - analog zum ebenfalls stark international beeinflussten Seeschifffahrtsgesetz[1712] formulierte - Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ersetzt. Dabei bedarf es nicht mehr einer ausdrücklichen Nennung der betroffenen Artikel (64-78), weil a priori klar ist, dass es um Regeln über Haftpflichtrecht und Versicherung geht und nur um solche gehen kann. Verzichtet wird auch auf den entweder überflüssigen oder dann rechtsstaatlich bedenklichen Vorbehalt von Verordnungsrecht (" ... sowie die zu ihrer Ausführung vom Bundesrate erlassenen Vorschriften ...").

4.2.43.09^{bis} Artikel 106

Pro memoria: Unverändert bleibt Artikel 106, welcher die Anwendung des LFG auf Militärflugzeuge statuiert.

4.2.44.00 Post- und Fernmeldewesen - Vorbemerkung

Das Post- und Fernmeldewesen ist im Umbruch begriffen. Am 21. August 1997 ist die Referendumsfrist für die neuen Bundesgesetze in diesem Bereich unbenützt abgelaufen. Das frühere PTT-Organisationsgesetz und das Postverkehrsgesetz sowie das alte Fernmeldegesetz sind durch vier neue Erlasse aufgehoben bzw. ersetzt worden: durch ein Postgesetz (PG), ein Postorganisationsgesetz (POG), ein neues Fernmeldegesetz (FMG) und ein Telekommunikationsunternehmungsgesetz (TUG)[1713].

[1709] Vorne Ziff. 4.2.33.05.

[1710] Vorne Ziff. 4.2.35.12 bei Anm. 1656.

[1711] Vorne Ziff. 4.2.35.13 bei Anm. 1657.

[1712] Vorne Ziff. 4.2.42.

[1713] Postgesetz (RO/AS 1997, 2452 ff., RS/SR 783.0/PG); Postorganisationsgesetz (RO/AS 1997, 2465 ff., RS/SR 783.1/POG); Fernmeldegesetz (RO/AS 1997, 2187 ff., RS/SR 784.10/FMG); Telekommunikationsunternehmungsgesetz (RO/AS 1997, 2480 ff., RS/SR 784.11/TUG).

Was die Haftung für ihre Organe und ihr Personal anbelangt, bleibt die neue Firma "Die Schweizerische Post" - eine selbständige, rechtsfähige öffentlich-rechtliche Anstalt, welche den Post- und Zahlungsverkehr sicherzustellen hat - grundsätzlich dem Verantwortlichkeitsgesetz unterstellt (Art. 16 Abs. 2 POG); dieses wird nach den Vorschlägen der Verfasser des Vorentwurfs indessen weitestgehend dem Allgemeinen Teil des (zivilen) Haftpflichtrechts angeglichen[1714]. Im übrigen richten sich "die Rechtsbeziehungen zwischen Post und Kundschaft ... nach den Bestimmungen der Postgesetzgebung und der Gesetzgebung über den öffentlichen Verkehr" (Art. 16 Abs. 1 POG). Das bedeutet einerseits, dass die Post die Bedingungen für ihre Dienstleistungen im Post- und Zahlungsverkehr in "Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)", d.h. grundsätzlich in einem privatrechtlichen Rahmen regeln kann (Art. 11 Abs. 1 und 3 PG). Haftungsmässig werden ihr dabei gewisse Freiheiten eingeräumt, um sie gegenüber Konkurrenten mit gleich langen Spiessen zu wappnen; doch sind auch hier die allgemeinen Schranken für Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse (Art. 57 VE) zu beachten (Art. 11 Abs. 2 lit. a PG; vgl. nachfolgend Ziff. 4.2.44.01). Für den Transportsektor anderseits gelten die Bestimmungen des Transportgesetzes und der Personenbeförderungsgesetzes (vorne Ziff. 4.2.37 und 4.2.38) und der einschlägigen Gesetze über die diversen Transportmittel, wie namentlich des SVG (vorne Ziff. 4.2.35).

Für den Fernmeldebereich verweist das TUG für die Rechtsbeziehungen zur Kundschaft und für die Haftung generell auf das Privatrecht und schliesst die Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes explizit aus (nachfolgend 4.2.44.02).

4.2.44.01 Postgesetz (PG)

Das neue Postgesetz vom 30. April 1997 ist am 1. Januar 1998 in Kraft getreten. Hinsichtlich der Haftung gelten einige Besonderheiten im Bezug auf Haftungsbeschränkungen; im übrigen aber sind "die Bestimmungen des Privatrechts ergänzend anwendbar" (Art. 11 Abs. 3 PG).

Artikel 11

Diese Bestimmung ist im 2. Absatz einerseits redaktionell zu überarbeiten, anderseits materiell an die vorgeschlagene allgemeine Regel über Haftungsausschlüsse und -beschränkungen (Art. 57 VE) anzupassen.

Absatz 2 hält in Buchstabe a fest, dass die Post in ihren AGB die Haftung einerseits (generell) für uneingeschriebene Sendungen und im übrigen für Schäden beschränken oder ausschliessen kann, die durch leichtes Verschulden (eines Organs oder einer Hilfsperson) verursacht worden sind. Gegen den Haftungsausschluss oder eine Haftungsbeschränkung für Beschädigung oder Verlust uneingeschriebener Sendungen und im übrigen für leichtes Verschulden ist grundsätzlich nichts einzuwenden, solange sie nicht für Körperschäden (Art. 57 Abs. 1 VE) gilt. Allerdings wird der Post auch für Sach- und reine Ver-

---

[1714] Vorne Ziff. 4.2.11 (vgl. namentlich die Erläuterungen zu Art. 9 Abs. 1 rev. VG, Ziff. 4.2.11.05).

mögensschäden insofern ein Privileg zugestanden, als sonst gemäss Artikel 57 Absatz 2 Ziffer 4 VE eine Freizeichnung oder Haftungsbeschränkungen in AGB nichtig wären.

Im weiteren ist eine leichte redaktionelle Unstimmigkeit zu korrigieren, die darin besteht, dass nach dem deutschen Text die Post ihre Haftung "beschränken oder ausschliessen" kann (in dieser Reihenfolge, d.h. der teilweise kommt vor dem vollständigen Haftungsausschluss), während ihr der französische Text gestattet, "(de) se soustraire en tout ou partie". Logisch ist die eine Reihenfolge nicht überzeugender als die andere; die Verfasser des Vorentwurfs schlagen deshalb auch hiefür eine Angleichung an Artikel 57 Absatz 1 VE ("Toute convention excluant ou limitant ..." / "Vereinbarungen, welche die Haftung ... wegbedingen oder beschränken ...") vor.

4.2.44.02 Telekommunikationsunternehmungsgesetz (TUG)

Das Telekommunikationsunternehmungsgesetz vom 30. April 1997, das (mit Ausnahme einer Bestimmung über das Anstellungsverhältnis der Mitarbeiter) am 1. Januar 1998 in Kraft getreten ist, begnügt sich hinsichtlich der Haftung mit einer generellen Verweisung auf das Privatrecht.

Artikel 18

Nach Absatz 2 dieser Bestimmung richtet sich die Haftung der Unternehmung, ihrer Organe und des Personals "nach den Vorschriften des Privatrechts". Während die allgemeine Verweisung auf "das Privatrecht" in Absatz 1 angehen mag, wo die gesamten "Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmung und Kundschaft" anvisiert werden, kann sie im Bezug auf die Haftung konkretisiert werden durch eine Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts nach der in den Spezialgesetzen generell verwendeten Formel.

4.2.45 Umweltschutzgesetz (USG)

Das Umweltschutzgesetz ist letztmals durch Erlass vom 21. Dezember 1995 - in Kraft getreten am 1. Juli 1997 - revidiert worden[1715], wobei ein Schwergewicht gerade auf der - bisher nicht speziell geregelten - Haftpflicht lag[1716]: Im neuen Artikel 59*a* Absatz 1 USG ist nunmehr - nach dem Vorbild von Artikel 69 des 1993 ebenfalls revidierten Gewässerschutzgesetzes - eine Gefährdungshaftung für Betriebe und Anlagen eingeführt worden, "mit denen eine besondere Gefahr für die Umwelt verbunden ist". Der Inhaber haftet "für Schäden aus Einwirkungen, die durch Verwirklichung dieser Gefahr entstehen". Ein ebenfalls neuer Artikel 59*b* USG delegiert die Kompetenz zur Regelung der Sicherstellung dieser Haftung an den Bundesrat und ermächtigt ihn ferner, im Zusammenhang mit der Schliessung von Deponien besondere Massnahmen vorzuse-

---

[1715] RO/AS 1997 II 1155 ff. Eine weitere Änderung im Zusammenhang mit einer Revision des Gewässerschutzgesetzes betreffend Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung stammt vom 21. Juni 1997 (RO/AS 1997, 2243 ff.); sie ist unter haftpflichtrechtlichen Aspekten nicht von Belang.

[1716] Botschaft des Bundesrates vom 7. Juni 1993, BBl 1993 II 1445 ff., spez. 1545 ff. Ziff. 8.

hen (Art. 59*b* Bst. e). Zu erwähnen ist schliesslich, dass Artikel 59 USG betreffend die verwaltungsrechtliche Kostenauflage für Sicherungs- und Behebungsmassnahmen neu als obligatorische Anweisung an die Behörde - und nicht mehr als blosse Kann-Vorschrift - formuliert ist.

Mit der neuen Gefährdungshaftung nach dem revidierten USG (welche auch die speziellere Haftungsbestimmung des Gewässerschutzgesetzes absorbiert hat) kommt man sehr nahe an die im Vorentwurf vorgeschlagene Generalklausel der Gefährdungshaftung heran. Der Anknüpfungstatbestand, der von umweltgefährlichen "Betrieben und Anlagen" spricht, und die Zurechnung an den "Inhaber" dieser Betriebe und Anlagen erfassen - für den Umweltbereich - ein ähnlich weites Spektrum wie dasjenige der besonders gefährlichen Tätigkeit in Artikel 50 VE[1717]. Der Unterschied liegt noch darin, dass das charakteristische Risiko der vom USG anvisierten Betriebe und Anlagen ein typisch ökologisches sein muss und dass die (verschuldensunabhängige) Umwelt-Haftung nur zum Zuge kommt, wenn Schaden durch eine "Einwirkung" - d.h. über eine Umweltbeeinträchtigung[1718] - verursacht wird. Nicht unter Artikel 59*a* USG fiele also eine Vergiftung, die sich jemand mit umweltgefährlichen toxischen Stoffen oder Organismen durch direkten Kontakt zuzieht, ohne dass damit eine eigentliche Verunreinigung, Belastung oder Veränderung von Luft oder Wasser oder Boden verbunden wäre.

Diese an sich künstliche Einengung hat nun prompt zu Schwierigkeiten geführt, und zwar im Zusammenhang mit dem Versuch, im Rahmen des sogenannten "Gen-Lex-Programms" und durch eine erneute Revision des Umweltschutzgesetzes, eine spezielle (Gefährdungs-) Haftung für Schäden einzuführen, die durch gentechnisch veränderte und/oder pathogene Organismen verursacht werden könnten; trotz der sehr weiten Umschreibung der Einwirkung (vgl. Anm.1718) befürchtet man auch in diesem Bereich, dass Schäden auf direkte Weise - ohne "Umweg" über ein Umweltmedium - bewirkt werden könnten. Es wurden daher verschiedene Formulierungen erwogen, die aber alle daran kranken, dass der systematisch vorgegebene Zusammenhang mit dem Umweltschutz auf ziemlich künstliche Weise hergestellt werden muss bzw. überhaupt nicht mehr aufrechterhalten werden kann[1719].

Diese Erfahrung bestärkt die Verfasser des Vorentwurfs in der bereits angedeuteten Intention, für die Auswirkung des Allgemeinen Teils auf das USG mindestens als Variante (Variante A) ein Modell vorzulegen, welches von der Leitidee der "Kleinen Lösung" abweicht und nach welchem dieses Gesetz keine

---

[1717] Vorne Ziff. 2.4.4; vgl. auch Ziff. 1.1.2.2.

[1718] Nach Art. 7 Abs. 1 rev. USG sind "Einwirkungen" definiert als "Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen, Strahlen, Gewässerverunreinigungen oder andere Eingriffe in Gewässer, Bodenbelastungen, Veränderungen des Erbmaterials von Organismen oder Veränderungen der natürlichen Zusammensetzung von Lebensgemeinschaften, die durch den Bau und Betrieb von Anlagen, durch den Umgang mit Stoffen, Organismen oder Abfällen oder durch die Bewirtschaftung des Bodens erzeugt werden."

[1719] In der letzten vorliegenden Fassung (Juli 1999) wird vorgeschlagen, in Art. 59*a* USG eine neuen Absatz 1[bis] einzufügen, der auf die Umwelt überhaupt nicht mehr Bezug nimmt: "Der Inhaber eines Betriebs oder einer Anlage, mit denen wegen des Umgangs mit gentechnisch veränderten oder pathogenen Organismen eine besondere Gefahr verbunden ist, haftet für den Schaden, der durch die Verwirklichung dieser Gefahr entsteht".

eigene Haftungsnorm mehr enthalten müsste, weil die allgemeinen Prinzipien der Artikel 48 ff. VE genügen und insbesondere die Gefährdungshaftung nach Artikel 50 VE auch (aber nicht nur) die Fälle ökotoxischer Aktivitäten abdeckt[1720]. Der gegenwärtige 4. Titel des Umweltschutzgesetzes würde damit auf die Bestimmung über die Sicherstellung zusammenschrumpfen.

Als traditionellere Alternative (Variante B) wird dagegen ein Konzept zur Diskussion gestellt, das auf der Linie der "Kleinen Lösung"[1721] bleibt und den geltenden Artikel 59*a* USG sozusagen als umweltorientierten "Klon" der Generalklausel von Artikel 50 VE beibehält.

In der ersten Variante wird auch vorgeschlagen, die verwaltungsrechtliche Kostenauflage zu "privatisieren", bzw. in eine Anweisung an die Behörde umzuwandeln, ihren zivilrechtlichen Ersatzanspruch für die Kosten von Sicherungs- und Behebungsmassnahmen geltend zu machen. Dadurch kann die Haftung auch in diesem Bereich nach normalen Zurechnungskriterien festgelegt und die ebenso krampfhafte wie praktisch unbefriedigende Differenzierung zwischen "Verhaltens-, Zustands- und Finderstörern" begraben werden[1722]. Die zweite Variante behält auch in diesem Punkt das geltende Konzept bei.

VARIANTE A

4.2.45.A01 Artikel 59

Diese geltende Bestimmung über die verwaltungsrechtliche Kostenauflage (auch "antizipierte Ersatzvornahme") wird dahin geändert, dass die Behörde ihren Ersatzanspruch nicht mehr mit einer Verfügung und in einem allenfalls daran anschliessenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren gegen irgendeinen "Störer" durchsetzen kann oder muss, sondern von Gesetzes wegen gehalten ist, einen zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch geltend zu machen, der sich auf einen der anwendbaren Haftungsgründe (insbesondere Art. 48/48*a*, 49/49*a* oder 50 VE, allenfalls auf einen spezialgesetzlichen Haftungstatbestand) i.V.m. Artikel 45*d* und 45*f* VE stützt. Damit soll gewährleistet werden, dass auch bei Ersatzansprüchen der öffentlichen Hand nicht ein diffuses und undifferenziertes Verursacherprinzip[1723], sondern rechtspolitisch anerkannte Verantwortlichkeits- und Zurechnungskriterien zur Anwendung kommen. - Allerdings soll die Bestimmung auch in Fällen zur Anwendung gelangen können, wo beispielsweise ein Grundeigentümer auf seinem eigenen Grundstück eine Einwirkung verursacht, für die er zivilrechtlich nicht haftbar gemacht werden könnte, solange er damit nur sich selbst schädigt[1724]. Im Rahmen des gemäss Variante A neu formulierten Artikel 59 USG muss deshalb der Begriff "verantwortliche Person" in einem entsprechend weiten Sinne (nicht beschränkt auf "haftpflichtig") verstanden werden; der französische Wortlaut "responsable" deckt beide Bedeutungen ab.

[1720] Vorne Ziff. 1.2.2.3.1 vor Anm. 203.

[1721] Vorne Ziff. 2.4.4.2 bei Anm. 674.

[1722] Vorne Ziff. 4.2.33.02 und Anm. 1626 daselbst.

[1723] Widmer P., Votum am Schweiz. Juristentag 1989 in Flims, ZSR 1989 II, S. 553 ff.

[1724] Vgl. Art. 45*d* Abs. 2 VE und vorne Ziff. 2.3.2.2.5 a.E.

4.2.45.A02 Artikel 59a

Die Vorschrift übernimmt in der Variante A den Text des geltendes Artikels 59*b* über die Sicherstellung. Dieser Begriff wird gleichzeitig zur neuen Überschrift des 4. Titels, während das leere Gefäss des alten

4.2.45.A03 Artikel 59b

aufgehoben werden kann.

VARIANTE B

In dieser Variante ändert sich gegenüber dem geltenden Recht lediglich die Formulierung des Haftungsgrundsatzes in Artikel 59*a* Absatz 1 USG sowie die Form der Verweisung auf das Obligationenrecht, welche gleichzeitig die Bestimmungen über die Entlastung, den Vorrang strengerer Bestimmungen und die Haftung der Gemeinwesen überflüssig macht. Als Grund für die Beibehaltung einer umweltspezifischen Haftungsbestimmung kann formal die konsequente Durchführung der sogenannten "Kleinen Lösung" im Verhältnis zur Generalklausel von Artikel 50 VE geltend gemacht werden; materiell spricht dafür ein gewisses psychologisches Element, nämlich der besondere Symbolgehalt einer eben erst - mit der Revision von 1995 - eingeführten "Umwelthaftung", welche auch mit ihrer präventiven Dimension dieses vorrangige politische Ziel des ausgehenden 20. und des beginnenden 21. Jahrhunderts unterstreicht.

4.2.45.B01 Artikel 59a

Absatz 1 enthält den Haftungsgrundsatz, der neu in Anlehnung an Artikel 50 VE formuliert ist und das restriktive Element der "Einwirkung" nicht mehr enthält. An sich könnte man bei dieser Konzeption die Einschränkung auch beibehalten, nachdem die Generalklausel der Gefährdungshaftung als Auffangnetz für diejenigen Fälle vorhanden ist, welche mangels Umweg über eine Umweltbeeinträchtigung von der USG-Haftung nicht erfasst würden; verzichtet man darauf, so erscheint die Bestimmung klar als blosse, aber mit umweltpolitischer Signalwirkung ausgestattete Konkretisierung der Generalklausel.

> Absatz 2 übernimmt unverändert den - an sich unnötigen, aber vom Parlament anlässlich der jüngsten Revision aus eigener Initiative eingefügten und daher etwas reformresistenteren - Text, der Indikatoren für die Annahme einer besonderen (Umwelt-) Gefährlichkeit enumeriert.

Absatz 3 enthält neu eine der üblichen Verweisungsformeln, mit der für alle im USG nicht besonders geregelten Fragen der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts im OR anwendbar erklärt wird; er tritt an Stelle der geltenden Enumeration anwendbarer Bestimmungen in Absatz 4.

Das ist auch der Grund, weshalb die geltenden Absätze 3-6 dieser Bestimmung überflüssig werden. Das gilt namentlich für die in Artikel 47*a* VE allgemein vorgesehenen Entlastungsgründe (bisher Abs. 3) und für die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Haftung auf die Gemeinwesen aller Stufen (bisher Abs. 6), welche (für die Gefährdungshaftung) generell in Artikel 43 und 43*a* Absatz 2 VE

verankert wird. Auf die bisher in Absatz 5 enthaltene Verweisung auf Artikel 3 USG, der strengere Vorschriften in anderen Bundesgesetzen, insbesondere diejenigen des KHG im Nuklearbereich vorbehält, kann ebenfalls verzichtet werden; es handelt sich um Fragen der Haftungskumulation oder -konkurrenz, die in Artikel 53 ff. VE generell geregelt sind.

Artikel 59*b*

bleibt in dieser Variante auch systematisch unverändert.

4.2.46 Gewässerschutzgesetz (GSchG)

Die im revidierten Gewässerschutzgesetz von 1991 anstelle der früheren Erfolgshaftung von Artikel 36 aGSchG eingeführte Gefährdungshaftung (Art. 69)[1725] ist durch den neuen Artikel 59*a* des revidierten Umweltschutzgesetzes, dem sie gleichzeitig als Vorbild gedient hat (vorne Ziff. 4.2.45), absorbiert[1726] und demzufolge aufgehoben worden.

Dagegen ist Artikel 54 stehen geblieben, der - wie Artikel 59 USG, wenn auch in leicht abweichendem Wortlaut - die "verwaltungsrechtliche Kostenauflage" für Schadenabwehr- und -minderungs-massnahmen vorsieht. Die USG-Bestimmung - sofern man sie als solche überhaupt beibehalten will[1727] - deckt aber auch den Bereich des Gewässerschutzes ab, so dass hier auf eine Wiederholung verzichtet werden kann[1728].

4.2.47 Strahlenschutzgesetz (StSG)

In das am 1. Oktober 1994 in Kraft getretene Strahlenschutzgesetz vom 22. März 1991 hat das Parlament in einem 4. Kapitel unter dem Titel "Haftpflicht" eine hybride Haftungsform eingefügt[1729], wonach demjenigen, welcher "Einrichtungen betreibt oder eine Tätigkeit ausübt, die eine Gefährdung durch ionisierende Strahlen mit sich bringen", der Befreiungsbeweis offengehalten wird, "dass er alle Sorgfalt zur Vermeidung des Schadens aufgewendet hat" (Art. 39 Abs. 1).

Obschon zu dieser Bestimmung noch keine Judikatur vorliegt, kann man mit grosser Sicherheit voraussagen, dass der Befreiungsbeweis (wie in den vergleichbaren Tatbeständen der Artikel 55 und 56 OR) entweder toter Buchstabe

---

1725 Vorne Ziff. 1.1.2.2.

1726 USG (in der Fassung vom 21. Dezember 1995, AS 1997 1155 ff., Anhang Ziff. 2).

1727 In Variante A zur Anpassung des USG (Ziff. 4.2.45.A01 hievor) wird die Aufhebung dieser Bestimmung bzw. deren Ersetzung durch eine Anweisung an die Behörde vorgeschlagen, sich auf zivilrechtlichem Wege bei der verantwortlichen Person schadlos zu halten.

1728 Die Botschaft zur Revision des USG (BBl 1993 II 1445 ff.) äussert sich dazu merkwürdigerweise nicht; auf S. 1501 der Botschaft (Ziff. 42 zu Art. 59) wird lediglich ausgeführt, dass Art. 59 USG an die zwingende Formulierung von Art. 54 GSchG anzupassen sei. Davon, dass die Parallelbestimmung des GSchG - wie im Falle der Haftung (Botschaft S. 1553; Ziff. 82 betr. Änderungen geltenden Rechts) - überflüssig werde, ist nicht die Rede.

1729 Dies trotz Abmahnung durch die Studienkommision, welche die Neuschaffung obgenannter "einfacher" oder "milder" Kausalhaftungen möglichst vermeiden wollte; vgl. Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), III/3.2, S. 25.

bleiben wird, weil der Eintritt des Schadens regelmässig als Beweis dafür angesehen wird, dass eben gerade nicht "alle Sorgfalt" aufgewendet worden ist, um ihn zu vermeiden; oder aber der objektive Sorgfaltsbeweis wird als gewöhnlicher ("adäquanzverdrängender") Entlastungsbeweis in Fällen von höherer Gewalt bzw. von grobem Selbst- oder Drittverschulden gehandhabt, wie es bei jeder normalen Gefährdungshaftung (und im neuen Recht gestützt auf die allgemeine Regel von Art. 47*a* VE) auch geschehen müsste.

Für die Autoren des Vorentwurfes unterliegt keinem Zweifel, dass es sich beim Umgang mit ionisierenden Strahlen um eine "besonders gefährliche Tätigkeit" im Sinne der Generalklausel von Artikel 50 VE handelt. Das Parlament hat hier offenkundig aus politischen Überlegungen - namentlich im Sinne eines Entgegenkommens gegenüber den medizinischen Berufen - einen vermeintlichen Kompromiss gesucht[1730]. Sachlich angemessen ist diesem Tatbestand eine echte Gefährdungshaftung[1731]; eine solche wird nachstehend denn auch vorgeschlagen, nachdem soeben dargetan worden ist (und mit Rechtsprechung zur Geschäftsherren- und zur Tierhalterhaftung reichhaltig untermauert werden könnte), dass die Beruhigungspille des Sorgfaltsbeweises ein reines Placebo ist.

4.2.47.01 Artikel 39

Absatz 1 enthält (wie auch die neue Sachüberschrift zum Ausdruck bringt) den Haftungsgrundsatz, der in Anlehnung an die Generalklausel von Artikel 50 VE als Gefährdungshaftung formuliert wird. Das hat insbesondere zur Folge, dass der Befreiungsbeweis ("sofern er nicht nachweist ...") entfällt. Es gelten die generellen Entlastungsmöglichkeiten nach den Regeln von Artikel 47/47*a* VE. Die neue Formulierung hebt anderseits auch deutlicher hervor, dass die Gefährdungshaftung nur für Schäden Platz greift, welche "durch Verwirklichung der ... charakteristischen Risiken" des Umgangs mit ionisierenden Strahlen verursacht werden; die Abgrenzung gegenüber der Haftung aus dem Kernenergiehaftpflichtgesetz wird aber in Absatz 3 noch explizit gezogen.

Der geltende Absatz 2 über die Solidarhaftung mehrerer Haftpflichtiger entfällt als überflüssig; über die Generalverweisung in Absatz 4 gelten die allgemeinen Regeln von Artikel 53*b* und 53*c* VE.

> Hingegen ist der geltende Absatz 3 betreffend die Abgrenzung zum Kernenergiehaftpflichtgesetz (vorne Ziff. 4.2.33) als Absatz 2 unverändert beizubehalten[1732].

Absatz 3 enthält neu und mit einer assoziativen Bezugnahme auf den Vorbehalt von Absatz 2 die übliche Verweisungsformel auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, der auch auf die Haftung aus Strahlenschutzgesetz überall da

---

[1730] Effektiv debattiert wurde die Frage im Plenum der beiden Kammern nicht; im Ständerat warf der Berichterstatter - unter ausdrücklichem Hinweis auf die bevorstehende Totalrevision des Haftpflichtrechts - scharfe und milde Kausalhaftung ziemlich bunt durcheinander (Amtl. Bull. 1990: NR 1573; SR 1058).

[1731] In diesem Sinne auch: Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 317.

[1732] Vgl. Art. 1 Abs. 2 KHG und die Botschaft vom 17. Februar 1988 zum Strahlenschutzgesetz (BBl 1988 II 181 ff.), S. 218 ff. (Ziff. 25 : Haftpflicht und Versicherung).

anwendbar sein soll, wo das Spezialgesetz nicht ausdrücklich Abweichendes vorsieht (vgl. nachfolgend zu Art. 40).

4.2.47.02 Artikel 40

Diese Bestimmung sieht spezielle, auf die bei Strahlenexposition zu befürchtenden Spätschäden ausgerichtete Verjährungsfristen vor. Da nicht feststeht, wie die in Artikel 55 VE für das gesamte Haftpflichtrecht vorgesehenen relativen und absoluten Verjährungsfristen schliesslich aussehen werden, ist diese Sondervorschrift (wie in Art. 10 KHG; vgl. vorne Ziff. 4.2.33.06) einstweilen beizubehalten. Sie wird lediglich redaktionell der Terminologie des Allgemeinen Teils angepasst; dabei kann die Gelegenheit benützt werden, den (neben der Kapitelüberschrift) unnötig ausführlichen Titel zu straffen.

4.2.48 Lebensmittelgesetz (LMG)

Das 1992 totalrevidierte Lebensmittelgesetz enthält in dem mit "Rechtsschutz" betitelten 2. Abschnitt des 7. Kapitels einen mit "Haftung (Responsabilité civile)" überschriebenen Artikel 57, wonach das zuständige Gemeinwesen ("Die Körperschaft") ohne Verschulden für den Schaden haftet, den ihre Behörde beim Vollzug des LMG widerrechtlich ("de manière illicite") verursacht, indem sie alternativ vier speziell umschriebene Tatbestände verwirklicht.

Nach der bundesrätlichen Botschaft[1733] handelt es sich um eine abschliessende Aufzählung von Sachverhalten, für welche angesichts der Disparität der kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze eine einheitliche Regelung getroffen werden soll, die auch einen ausreichenden Schutz der Geschädigten gewährleistet. Die Vorschrift soll auch - was ihrem Wortlaut freilich nicht unmittelbar zu entnehmen ist - die direkte Belangung fehlbarer Beamter ausschliessen. Hingegen soll das kantonale Verantwortlichkeitsrecht bei den Modalitäten der Haftung (Bemessung, Genugtuung, Verjährung etc.) sowie in Haftungsfällen gelten, welche unter keinen der explizit aufgeführten Tatbestände fallen.

Abgesehen von dieser nicht sehr einleuchtenden Zweispurigkeit der Haftungsprinzipien und Haftungsmodalitäten je nach kantonaler Verantwortlichkeitsregelung, erscheint die Bestimmung im Lichte des hier zu erläuternden Vorentwurfes insofern überflüssig als entweder - soweit der Schaden durch eine Bundesbehörde verursacht wird - das Verantwortlichkeitsgesetz (VG, vorne Ziff. 4.2.11) und damit über die Generalverweisung in Artikel 9 Absatz 1 VG auch der Allgemeine Teil des Haftpflichtrechts oder aber - soweit eine kantonale Behörde verantwortlich ist - das entsprechende kantonale Gesetz zur Anwendung kommt. Dieses muss aber gemäss Artikel 43*a* VE in jedem Fall eine originäre, verschuldensunabhängige Haftung des Staates vorsehen, womit der von Artikel 57 LMG beabsichtigte Mindestschutz ohnehin gewährleistet ist.

Artikel 57 kann daher aufgehoben werden.

[1733] BBl 1989 I 893 ff. (967 f.).

4.2.49 Zivildienstgesetz (ZDG)

Das Zivildienstgesetz vom 6. Oktober 1995, welches gestaffelt am 1. Juni und 1. Oktober 1996 in Kraft getreten ist, enthält ein eigenes 7. Kapitel über die "Haftung für Schäden", welches (wie der in der deutschen Fassung etwas redundante Titel) teilweise den Bestimmungen des Militärgesetzes (MG; vorne Ziff. 4.2.31) sowie des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG; vorne Ziff. 4.2.11) nachgebildet ist. Es regelt die Haftung des Bundes gegenüber dem Einsatzbetrieb, diejenige des Einsatzbetriebes gegenüber Dritten und gegenüber der zivildienstleistenden Person, sowie die Haftung der dienstleistenden Person selbst. Wie im Beamten- und Militärrecht (Art. 3 Abs. 3 VG und Art. 135 Abs. 4 MG) ist ein Direktanspruch Dritter gegen die zivildienstleistende Person ausgeschlossen und ist ein Direktanspruch wie auch ein Rückgriff des Bundes gegen solche Personen auf Fälle von grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz beschränkt.

Wie bereits beim MG schlagen die Verfasser des Vorentwurfes vor, den Titel kürzer und weniger pleonastisch zu fassen, nämlich französisch "Responsabilité" (statt "responsabilité civile") und zu deutsch "Haftung" (statt "Haftung für Schäden"). Die übrigen Änderungen ergeben sich durch Anpassung an den Allgemeinen Teil bzw. Verweisung auf denselben:

4.2.49.01 Artikel 52

Diese Bestimmung regelt die Haftung des Bundes für Schäden, welche die - "in Erfüllung ihrer Zivildienstpflicht" gleichsam als abdetachierte Hilfsperson des Bundes agierende - "zivildienstleistende Person" dem Einsatzbetrieb zufügt. Dafür haftet der Bund in dem Ausmass, wie die dienstleistende Person selber haften würde, wenn sie privatrechtliche Arbeitnehmerin des Einsatzbetriebes wäre, d.h. nach Artikel 321*e* OR. Nachdem die Artikel 48/48*a* VE für die Umschreibung des Verschuldens bzw. der Fahrlässigkeit ohnehin das Modell von Artikel 321*e* OR übernehmen, kann man sich fragen, ob eine derartige Verweisung überhaupt noch notwendig ist; an sich käme man zum selben Resultat, wenn man eine Haftung des Bundes gegenüber dem Einsatzbetrieb für Verschulden der zivildienstleistenden Person vorsehen würde. Das gälte sowohl für die ausservertragliche wie auch - nach Artikel 42 VE - für die vertragliche Haftung. Es mag indessen seine gesetzgeberisch-didaktische Bedeutung haben, die Parallele zum zivilrechtlichen Arbeitsverhältnis explizit aufzuzeigen, so dass die Bestimmung grundsätzlich beibehalten werden soll. Die vorgeschlagene neue Redaktion verdeutlicht diese Parallele und unterstreicht zudem die Einheitlichkeit von konkurrierender Vertrags- und Deliktshaftung, indem sie generell auf das Obligationenrecht verweist.

4.2.49.02 Artikel 53

In dieser Vorschrift geht es um Schäden, welche die dienstleistende Person als Hilfsperson oder Erfüllungsgehilfin ihres Einsatzbetriebes Dritten zufügt.

> Dafür haftet nach dem unveränderten Absatz 1 grundsätzlich der Einsatzbetrieb als Geschäftsherr, je nach den Umständen gemäss Artikel 55 oder 101 OR (bzw. Art. 49*a* VE).

Absatz 2 enthält zwei Ausnahmetatbestände, bei denen der Bund anstelle des Einsatzbetriebes haften soll, nämlich:

- einerseits dann, wenn der Einsatzbetrieb selbst eine Korporation des öffentlichen Rechts ist, die nach den für sie geltenden Regeln nicht direkt in Anspruch genommen werden kann, wie dies im Anwendungsbereich einzelner kantonaler Verantwortlichkeitsgesetze (noch) zutrifft;
- andererseits in den Fällen, wo wegen des Haftungsprivilegs nach Artikel 44 Absatz 2 UVG (hienach Ziff. 4.2.50) ein Direktanspruch gegen den Einsatzbetrieb ebenfalls nicht besteht.

Diese beiden Tatbestände werden aber durch die Haftpflichtrechtsreform ausgeschaltet: der erste durch Artikel 43*a* VE, welcher für das kantonale Verantwortlichkeitsrecht einen Mindeststandard vorschreibt, zu welchem die Möglichkeit des Direktanspruchs gegen die entsprechende juristische Person gehört; der zweite entfällt, weil das sogenannte "Arbeitgeberprivileg" im UVG auf ein blosses Regressprivileg reduziert wird[1734]. Damit wird der Absatz gegenstandslos und kann aufgehoben werden.

Absatz 3 betrifft das Rückgriffsrecht des Einsatzbetriebes gegen den Bund. Dass der Einsatzbetrieb nach Absatz 1 Ersatz geleistet haben muss, um ein Rückgriffsrecht geltend machen zu können, versteht sich von selbst und braucht nicht ausdrücklich gesagt zu werden. Im übrigen wird die Redaktion des Absatzes an jene von Artikel 52 ZDG angeglichen, wo es auch um die Parallele zur Arbeitnehmerhaftung nach Obligationenrecht geht.

4.2.49.02^{bis} Artikel 54

Bleibt unverändert und wird hier nur *pro memoria* mit dem Hinweis darauf erwähnt, dass der Vorbehalt zugunsten der Militärversicherung im Rahmen der Beratungen über den ATSG-Entwurf[1735] zu überprüfen bleibt.

4.2.49.03 Artikel 55

Es wird lediglich eine redaktionelle Änderung im Titel der französischen Fassung vorgeschlagen: auch hier soll anstelle von "Responsabilité civile de la personne en service" lediglich von "Responsabilité" die Rede sein.

4.2.49.04 Artikel 57

Unter dem Titel "Haftungsgrundsätze" enthält die Vorschrift in Absatz 1 eine sehr selektive Verweisung auf Bestimmungen des Obligationenrechts über die Festsetzung und Bestimmung der Ersatzleistung, über die Schadensposten bei

---

[1734] Im Prinzip sollte diese Revision von Art. 44 Abs. 2 UVG im Rahmen des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts (ATSG) verwirklicht werden, dessen Entwurf seit 1991 im Parlament hängig ist. Zur Sicherheit wird aber eine entsprechende Änderung des UVG auch im Rahmen der Haftpflichtrechtsrevision beantragt (vgl. hinten Ziff. 4.2.50).

[1735] Soeben Anm. 1734. Vgl. auch den Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), VI/2.5.

Tötung und Körperverletzung, über Genugtuung, Solidarität und Regress sowie über Rechtfertigungsgründe und das Verhältnis zum Strafrecht.

Absatz 2 paraphrasiert Artikel 43 Absatz 1 OR noch in der Weise, dass die persönlichen Verhältnisse der dienstleistenden Person, ihr geltendes Verhalten während des Zivildienstes und die besonderen Umstände des Einsatzes "bei der Haftung" - gemeint ist wohl bei der Ersatzbemessung - berücksichtigt werden sollen.

Nach Auffassung der Verfasser des Vorentwurfs kann Absatz 1 aufgehoben bzw. durch eine Generalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts ersetzt werden, die indessen systematisch besser am Ende des Kapitels (neuer Art. 61 ZDG) plaziert wird.

Absatz 2 ermangelt neben einer solchen Verweisung, die insbesondere auch die Artikel 48*a* und 52 VE betrifft, gleicherweise einer eigenständigen Bedeutung und ist daher ebenfalls zu streichen.

4.2.49.04^{bis} Artikel 58

Die Bestimmung enthält eigentümliche Verfahrensbestimmungen, die dem besonderen (öffentlich-rechtlichen) Charakter des Zivildienstes und der daran anknüpfenden Haftung Rechnung tragen. Sie werden durch die Haftpflichtrechtsreform grundsätzlich nicht berührt. Immerhin sei - weil das Problem auch im Rahmen von Artikel 59 ZDG auftaucht - beiläufig bemerkt, dass die Kompetenzzuweisungen an die General- und Kreisdirektionen der PTT und SBB nach deren "Privatisierung" und Aufspaltung (in Post und Fernmeldedienste) wohl überprüft werden müssten.

4.2.49.05 Artikel 59

Diese Vorschrift stellt in Absatz 1 besondere Regeln für die Verjährung sowohl der gegen den Bund, wie auch der von diesem gegen andere Beteiligte gerichteten Ersatzansprüche auf. Dabei entspricht die relative Verjährungsfrist von 1 Jahr derjenigen des geltendes Artikels 60 Absatz 1 OR, während die absolute um die Hälfte verkürzt und auf 5 Jahre festgelegt wird. Diese Fristenregelung ist dieselbe wie sie Artikel 23 VG für Schadenersatzansprüche des Bundes gegenüber Beamten vorsieht (vgl. vorne Ziff. 4.2.11.11). Ob die Parallele - jedenfalls für Ansprüche des Einsatzbetriebes gegen den Bund - stichhaltig ist, scheint fraglich. Die Verfasser des Vorentwurfes möchten, wenn schon, zwischen Ansprüchen gegen den Bund und solchen des Bundes gegen andere Beteiligte differenzieren. So besteht nach ihrer Auffassung kein Anlass, bei Ansprüchen gegen den Bund eine andere als die auch in Artikel 21 VG neue Fassung (vorne Ziff. 4.2.11.10) vorgesehene und mit der allgemeinen Norm von Artikel 55 VE übereinstimmende Regelung (3 und 20 Jahre) aufzustellen. Soweit es sich umgekehrt um Ersatzansprüche des Bundes gegen Einsatzbetriebe oder gegen die zivildienstleistende Person handelt, lässt sich eine gewisse Privilegierung dieser Haftungssubjekte und eine Parallele zu Artikel 23 VG zur Not vertreten. Die Verfasser des Vorentwurfs übernehmen hier punkto Fristendauer die Regelung des geltendes Artikels 59 Absatz 2 ZDG, ohne von ihrer Zweckmässigkeit voll überzeugt zu sein.

Der geltende Absatz 2 - Verlängerung der Fristen nach Massgabe des allenfalls anwendbaren Strafrechts - entspricht Artikel 60 Absatz 2 OR, der nach den

Vorstellungen der Verfasser des Vorentwurfs - wie auch schon der Studienkommission[1736] - ersatzlos gestrichen werden soll (vgl. vorne Ziff. 2.8.4.2). Die Regel soll auch hier entfallen, so dass der freiwerdende Absatz die aus Absatz 1 herausgelöste Regel über die Verjährung von Ansprüchen des Bundes gegen andere aufnehmen kann.

Absatz 1 enthält in der neuen Fassung nur noch die Verjährungsregeln für Ansprüche, die gegen den Bund gerichtet sind. Sie entsprechen denjenigen in Artikel 55 VE und sind auch in Anlehnung an diese Bestimmung formuliert.

Absatz 2 regelt die Verjährung von Ansprüchen, die vom Bund ausgehen und sieht für sie (in Anlehnung an Art. 23 VG) die 1-jährige relative und die 5-jährige absolute Frist vor.

In einem neuen Absatz 3 wird aus dem geltenden Artikel 61 Absatz 2 für die Unterbrechung der Verjährung die Gleichstellung des schriftlichen Ersatzbegehrens an die PTT, SBB (vgl. zu diesem Punkt die Bemerkung zu Art. 58 ZDG hievor) und an den ETH-Rat, bzw. an das Eidgenössische Finanzdepartement, mit einer "Klage" im Sinne der Artikel 135 ff. OR übernommen.

4.2.49.06 Artikel 60

In dieser Bestimmung geht es um die Verjährung von Rückgriffsansprüchen: einerseits jener des Einsatzbetriebes gegen den Bund (vgl. Art. 53 Abs. 3 ZDG), anderseits derjenigen, die dem Bund gegen eine zivildienstleistende Person zustehen können (Art. 55 Abs. 2 ZDG).

Nach Absatz 1 der geltenden Fassung gelten für die Verjährung von Rückgriffsansprüchen des Einsatzbetriebes gegen den Bund die Haftungsbestimmungen, denen der Einsatzbetrieb untersteht, d.h. entweder privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Bestimmungen. Nun ist diese Frage im Privatrecht nirgends allgemein geregelt - abgesehen von Sonderbestimmungen wie jener von Artikel 83 Absatz 3 SVG. Das ist gerade der Grund dafür, dass der Reformentwurf hiefür nun in Artikel 55*c* VE eine besondere Vorschrift statuiert, welche die Lösung des Artikel 83 Absatz 3 SVG generalisiert. Sie findet - über die Verweisung in Artikel 9 VG - grundsätzlich auch im Bereich der öffentlich-rechtlichen Haftung des Bundes Anwendung, und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb etwas anderes gelten sollte, wenn kantonales Verantwortlichkeitsrecht anwendbar ist. Um dies zu erreichen, genügt jedoch die nachstehend vorzustellende Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts im neu formulierten Artikel 61 ZDG.

Auch soweit es - wie in Absatz 2 - um Rückgriffsansprüche des Bundes gegen die zivildienstleistende Person geht, scheint sich eine Parallellösung zu Artikel 21 VG anzubieten, der gemäss den Vorschlägen der Verfasser des Vorentwurfs ebenfalls an Artikel 55*c* VE anzugleichen ist (vorne Ziff. 4.2.11.10). Demnach genügt auch hier die allgemeine Verweisung in Artikel 61 ZDG.

Unter diesen Umständen kann Artikel 60 ZDG gesamthaft aufgehoben werden.

[1736] Bericht der Studienkommission, a.a.O. (Anm. 39), V/11.8 und These 511-6.

4.2.49.07 Artikel 61

Die Bestimmung enthält in der geltenden Fassung Sondervorschriften für die Unterbrechung und Geltendmachung der Verjährung, die sich allerdings materiell (Absatz 1) in einem Verweis auf das Obligationenrecht (Art. 135-138 und 142) erschöpfen. Vorgeschlagen wird, diese punktuelle durch eine umfassende Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts und damit auch auf jene Bestimmungen des Obligationenrechts zu ersetzen, welche die Modalitäten der Verjährung und ihrer Geltendmachung regeln.

Hinsichtlich der Bestimmung von Absatz 2 - wonach die gemäss den OR-Vorschriften verjährungsunterbrechende Wirkung der "Klage" im Rahmen des ZDG auch dem schriftlichen Ersatzbegehren an die zuständige Behörde zukommen soll - ist bereits vorgeschlagen worden, sie in einem neuen Absatz 3 von Artikel 59 ZDG (vorne Ziff. 4.2.49.05) unterzubringen; sie kann demnach hier weggelassen werden.

Artikel 61 ZDG besteht somit nur noch aus einem einzigen Absatz, der die schon mehrfach verwendete Standardformel der Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts aufnimmt (vgl. z.B.: Art. 9 Abs. 1 VG / vorne Ziff. 4.2.11.05; Art. 61 Abs. 1 ZSG / vorne Ziff. 4.2.32.02). Soweit Unterbrechung und Geltendmachung der Verjährung betroffen sind, muss diese Verweisung indirekt auch für die Artikel 135-138 sowie für Artikel 142 OR gelten, denn es unterliegt keinem Zweifel, dass diese Bestimmungen ergänzend auch auf die Verjährung ausservertraglicher Haftungsansprüche anwendbar sind.

4.2.50 Unfallversicherungsgesetz (UVG)

Das Unfallversicherungsgesetz von 1981 hat in seinem Artikel 44 aus dem früheren Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (KUVG Art.129) die schon damals nicht unangefochtene Regel übernommen, dass ein Direktanspruch des Versicherten (für den durch die Sozialversicherung nicht abgegoltenen Schaden) gegen dessen Ehegatten oder Verwandte in auf- und absteigender Linie sowie mit ihm in gemeinsamem Haushalt lebende Personen einerseits, und anderseits - bei Berufsunfällen - gegen den Arbeitgeber, dessen Familienangehörige und Arbeitnehmer (d.h. gegen Arbeitskollegen und -kolleginnen der geschädigten Person) nur möglich sein solle, soweit diese Personen den Schaden absichtlich oder grobfahrlässig verursacht hätten.

Dieses sogenannte "Familien- und Arbeitgeberprivileg" war schon seit geraumer Zeit Gegenstand von Kontroversen und parlamentarischen Vorstössen, welche auf seine Aufhebung tendierten[1737]. Diesem Postulat schloss sich auch die Studienkommission mit dem Vorschlag an, das Haftungsprivileg (im Anschluss an BGE 117 II 609 ff., 112 II 167 ff. und die entsprechende Regelung in Artikel 48ter, Satz 2, AHVG / 52 Abs. 1 IVG) auf ein blosses Regressprivileg zurückzustutzen; dies nachdem sie "mit Befremden (festgestellt hatte), dass diese Regelung (Art. 44 Abs. 2 UVG) im Entwurf zu einem ATSG unverändert über-

---

[1737] Vgl. z.B. Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 451 ff.; ders., Haftpflicht im Privatrecht, II, a.a.O. (Anm. 51), S. 233 f., sowie neustens: Rumo-Jungo A., Haftpflicht und Sozialversicherung, Fribourg 1998, Rz. 380 ff. Zu den parlamentarischen Vorstössen vgl. auch vorne Ziff. 1.2.2.3.2 sowie die im Anhang figurierende Liste.

nommen" worden war[1738]. In der Folge schlug der Bundesrat in seiner "Vertieften Stellungnahme" zur Parlamentarischen Initiative Sozialversicherungsrecht vom 17. August 1994 den Text vor, der hier ebenfalls zur Diskussion gestellt wird[1739].

Die Verfasser des Vorentwurfes sind zwar nach wie vor der Auffassung, dass diese Regelung als generelle Norm in einen Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechtes hineingehört und da auch den ihr systematisch adäquaten Platz finden würde. Nachdem sich jedoch die parlamentarische Behandlung dieses Geschäfts einigermassen zögerlich gestaltet und doch ein sehr direkter Konnex zum Haftpflichtrecht existiert, wird mit der Integration in diese Vorlage versucht, der kaum mehr bestrittenen Lösung der Ersetzung des Haftungs- durch ein blosses Regressprivileg im UVG zum Durchbruch zu verhelfen.

4.2.51 Jagdgesetz (JSG)

Die Haftung gemäss Artikel 15 JSG ist deshalb ein wichtiges Beispiel einer echt verschuldensunabhängigen Haftung, weil sie einerseits eine der ältesten Ausprägungen dieses Haftungsprinzips[1740] und zudem das Muster einer Gefährdungshaftung repräsentiert, die nicht an die Herrschaft über bzw. die Halterschaft an Personen, Tiere oder Sachen anknüpft, sondern - wie die Generalklausel in Artikel 50 VE selbst - an eine Tätigkeit, die als solche ein nicht voll beherrschbares Risiko in sich birgt. Interessant ist diese Haftung auch unter dem Gesichtspunkt, dass es sich bei ihr offensichtlich nicht um eine Berufs- oder Betriebshaftung im engeren Sinne handelt, sondern um eine Verantwortlichkeit, die in erster Linie Freizeitaktivitäten betrifft[1741]; dies zeigt, dass Gefährdungshaftungen durchaus auch im - immer wichtig werdenden - Bereich nichtberuflicher Tätigkeiten in Betracht kommen können. Alle diese besonderen Charakteristika der Jagdhaftung rechtfertigen es zusätzlich zum Prinzip der "Kleinen Lösung", sie im JSG aufrecht zu erhalten. Ebenso ist das Versicherungsobligatorium in Artikel 16 beizubehalten; es genügt aber die prinzipielle Anordnung in Absatz 1; die Absätze 2 - 4 enthalten Regeln, die im allgemeinen Teil (Art. 54*c* und 54*h* VE) bereits vorgesehen sind.

Haftungsbestimmungen finden sich auch in den Artikeln 12 und 13 (Wildschaden) sowie 23 (Schadenersatz bei Jagdvergehen) JSG. Die Verfasser des Vorentwurfs sehen keinen Anlass, an die Substanz dieser Vorschriften zu rühren, die teilweise auf die Gesetzgebungskompetenz der Kantone verweisen. Es ist aber selbstverständlich, dass auch hier für die Modalitäten der Haftpflicht grundsätzlich der Allgemeine Teil des (Bundes-) Haftpflichtrechts gelten muss; insofern ist Artikel 23, 2. Satz redaktionell anzupassen.

[1738] Bericht der Studienkommission a.a.O. (Anm. 39), VI/2.4 und These 62-7.

[1739] BBl 1994 V 921 ff., 959 f. ad Art. 82 Entwurf ATSG. Vgl. jetzt auch der Vorschlag der Nationalrätliche Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit, BBl 1999 IV 4523 (4659 f.).

[1740] Eine entsprechende Bestimmung enthielt in Art. 13 bereits das alte Jagdgesetz von 1925.

[1741] Insofern besteht eine offenkundige Parallele zum Sport - man ist versucht zu sagen: zu a n d e r e n Sportarten.

4.2.51.01 Artikel 15

Absatz 1 statuiert den Haftungsgrundsatz in so konziser und doch vollständiger Weise, dass darauf verzichtet werden soll, ihn redaktionell auf die Generalklausel von Artikel 50 VE abzustimmen, wie das für andere Spezialgesetze vorgeschlagen wird; einzig die Gelegenheit zu moderner geschlechtsneutraler (und etwas weniger strafrechtlich klingender) Formulierung wird benützt, indem das "wer" durch "die Person, die [durch Jagdausübung Schaden verursacht ...]" ersetzt wird. Trotzdem ist auch Artikel 15 Absatz 1 JSG im Geiste der Generalklausel zu verstehen und so zu interpretieren, dass die Haftung für alle Schäden (abgesehen von reinen Vermögensschäden, vgl. Art. 45 Abs. 3 VE) gilt, welche dadurch verursacht werden, dass sich die charakteristischen Risiken der Jagdausübung verwirklichen. Dazu gehört z.B. auch Schaden aus einem Verkehrsunfall, der durch fliehendes gehetztes Wild verursacht worden ist[1742].

Darüber, ob auch Schaden erfasst werden soll, der durch "Selbsthilfemassnahmen gegen jagdbare Tiere" nach Artikel 12 Absatz 3 JSG verursacht werden könnte - z.B. dadurch, dass beim Schiessen auf Vögel Menschen oder Sachen zu Schaden kommen - lässt sich ebenso diskutieren wie über die Frage, ob auch der von Wildhütern und -aufsehern verursachte Schaden (Art. 43*a* VE) darunter fällt; will man Artikel 15 JSG nicht direkt anwenden[1743], so scheint jedenfalls für jedes jagdähnliche "Herumballern" mit Handfeuerwaffen eine Analogie auf der Grundlage von Artikel 50 VE durchaus angezeigt.

Auch Absatz 2 bedarf als Verweisung auf die allgemeinen Grundsätze und Modalitäten des Haftpflichtrechts lediglich redaktioneller Anpassung.

4.2.51.02 Artikel 16

In der französischen Version bedarf die Artikelüberschrift - ein unmotivierter Plural ("assurances"), der im deutschen Text fehlt - der Korrektur.

Das Versicherungsobligatorium im geltenden Absatz 1 soll selbstverständlich bestehen bleiben; die redaktionelle Anpassung betrifft hier wiederum die geschlechtsneutrale Bezeichnung der versicherungspflichtigen Person: dies lässt sich durch einfaches Weglassen des ohnehin redundanten Pronomens "alle/tous" erreichen.

Der geltende Absatz 2 begründet ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Versicherer; dieses ist durch Artikel 54*c* VE - der über die Verweisung im neuen Artikel 15 Absatz 2 JSG anwendbar erklärt wird - allgemein vorgegeben und deshalb hier überflüssig.

Die geltenden Absätze 3 und 4 entsprechen den allgemeinen Regeln von Artikel 54*h* Absatz 1 und 2 VE über den Einredenausschluss und den Rückgriff des Versicherers; sie können deshalb ebenfalls aufgehoben werden.

[1742] Vgl. Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 320 mit weiteren Beispielen.

[1743] Keller A., loc.cit.

4.2.51.03 Artikel 23

Die (sehr allgemeine) Verweisung auf das OR im 2. Satz wird lediglich redaktionell an die Neufassung der Artikel 41 ff. OR angepasst und auf die haftpflichtrechtlichen Regeln beschränkt.

4.2.52 Fischereigesetz

Dem Fischereigesetz (1991 revidiert) fehlt eine eigenständige Haftungsbestimmung, obschon es einen mit "Haftpflicht" überschriebenen Abschnitt bestehend aus einem einzigen Artikel 15 enthält. Dieser ist vor allem für die Schadensberechnung (Abs. 2) von Bedeutung; ferner sieht Absatz 3 eine Zweckbindung der Entschädigung vor und verpflichtet zu möglichst rascher Wiederherstellung betroffener Fischbestände. Man kann sich darüber wundern, dass bei der Revision des USG 1995, in deren Zug die Haftpflichtbestimmung von Artikel 69 GSchG aufgehoben wurde[1744], die Haftungsgrundsätze des Fischereigesetzes nicht gleichzeitig überprüft worden sind. Absatz 1 hat in diesem Sinne bloss den Charakter einer Introduktion zu den zwei folgenden Regeln.

Artikel 15 Absatz 1, der sich in einer blossen Verweisung auf die "Haftpflichtbestimmungen der Bundesgesetzgebung" erschöpft, kann wegfallen, wenn die nachfolgenden zwei Absätze - wie vorgeschlagen - ebenfalls gestrichen werden. Dass auch bei Schäden an Fischgewässern und an Fischbeständen die entsprechenden Haftungsbestimmungen anwendbar sind, versteht sich von selbst.

Absatz 2 hält fest, dass bei der Schadenersatzberechnung das verminderte Ertragsvermögen des betroffenen Gewässers zu berücksichtigen sei. Ursprünglich handelte es sich bei dieser Bestimmung um die Korrektur einer unbefriedigenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 90 II 147), welche den Schaden am Fischbestand als nicht ersatzfähig bezeichnet hatte, weil eine *res nullius* betroffen sei. Die Verfasser des Vorentwurfs sind der Auffassung, dass man durch kombinierte Anwendung der Artikel 45*c* und 45*d* VE (Sachschaden und Umweltschaden) zum beabsichtigten Resultat gelangen sollte: soweit Wasser samt Inhalt als Umweltbestandteil betroffen ist, ist auch entsprechender Nutzungsausfall ersatzfähig. Damit wäre eine entsprechende ausdrückliche Regel für den Bereich des Fischereigesetzes entbehrlich.

Absatz 3: Die hier vorgeschriebene Zweckbindung der Entschädigung ergibt sich bei Anwendung von Artikel 45*d* Absatz 2 VE: Klar ist dies ohnehin dann, wenn das Gemeinwesen Gläubiger der Entschädigung ist (Legalitätsprinzip); soweit private Umweltschutzorganisationen aktivlegitimiert sind, ergibt es sich aus dem Erfordernis, dass sie die entsprechenden Massnahmen tatsächlich bereits ergriffen oder mindestens vorbereitet haben müssen. Einzig der vagen und kaum vollstreckbaren Ordnungsvorschrift wegen, dass die Wiederherstellung "möglichst bald" zu erfolgen hat (was regelmässig im höchsteigenen Interesse der Geschädigten bzw. der mit den Restaurationsmassnahmen betrauten Personen oder Institutionen liegen wird), lohnt sich die Beibehaltung der Vorschrift nicht.

[1744] Vgl. vorne 4.2.45 und 4.2.46.

4.2.53 Edelmetallkontrollgesetz (EMKG)

Der aus dem Jahre 1933 stammende Erlass enthält zwei haftpflichtrechtlich relevante Bestimmungen, die im Rahmen der Teilrevision von 1994[1745] nicht geändert wurden und auf welche verzichtet werden kann:

4.2.53.01 Artikel 38

Absatz 4 dieser Bestimmung, welche unter dem Randtitel "Obliegenheiten (der Kontrollämter)" im Fünften Abschnitt des Gesetzes über die "Organisation" steht, statuiert "für den Schaden aus fehlerhafter Ausführung der dem Kontrollamt übertragenen Amtshandlungen" - je nachdem ob es sich um eine Fehlleistung des Zentralamtes (vgl. Art. 35/36 EMKG) oder eines kantonalen Kontrollamtes handelt - eine Haftung des Bundes oder des betreffenden Kantons. Diese ist insofern subsidiär, als sie nur zum Tragen kommen soll, "soweit die fehlbaren Organe dafür nicht aufzukommen vermögen".

Die Vorschrift ist, was die Ebene des Bundesrechts betrifft, schon seit einiger Zeit durch das Verantwortlichkeitsgesetz überholt, welches eine verschuldensunabhängige Haftung des Bundes für seine Beamten und Angestellten vorsieht, den Direktanspruch der geschädigten Person gegen Bundesangestellte ausschliesst und einen Rückgriff auf dieselben nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz zulässt[1746]; abgesehen von Zweifeln daran, dass sich ein Direktanspruch gegen die Organpersonen im Edelmetallkontrollwesen besser rechtfertigen lässt als anderswo, erübrigt sich eine besondere Erwähnung dieser Haftung im EMKG. Soweit eine (Staats-)Haftung des Kantons zur Diskussion steht, gelten - unter Vorbehalt von Artikel 43*a* VE - die entsprechenden kantonalen Bestimmungen; auch insofern ist eine Verweisung im EMKG überflüssig.

4.2.53.02 Artikel 40

Absatz 3 ist ebenfalls aufzuheben: Die Vorschrift ist zunächst unklar insofern, als sie eine individuelle Kausalhaftung der Edelmetallprüfer vorzusehen scheint; diese sind "für jeden durch fehlerhafte oder unsorgfältige Ausübung ihrer Tätigkeit entstandenen Schaden haftbar", ohne dass es in der deutschen Fassung ein Verschulden als weitere Voraussetzung erwähnt würde. Selbst wenn man aber ein solches Verschulden in die Begriffe "fehlerhaft oder unsorgfältig" hineinlesen wollte, bliebe gegenüber dem übrigen Staatshaftungsrecht die Divergenz bestehen, dass schon leichte Fahrlässigkeit als Haftungsgrund genügen würde. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb im Bereich der Edelmetallprüfung strengere Massstäbe gelten sollten als anderswo. Mit Artikel 38 Absatz 4 entfällt auch der Sinn einer Verweisung hierauf.

[1745] BBl 1993 II 1033 ff.; AS 1995 3102 ff.

[1746] Vorne 4.2.11.

4.2.54 Sprengstoffgesetz (SprstG)

Die Haftungsbestimmung von Artikel 27 SprstG wurde seinerzeit erst während der parlamentarischen Beratungen ins Gesetz eingefügt[1747]. Ähnlich wie die fünf Jahre ältere Gewässerschutzhaftung[1748] ist sie aber bisher in der Praxis kaum zur Anwendung gelangt. In konsequenter Durchführung der sogenannten "Kleinen Lösung"[1749] schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, diese Spezialnorm beizubehalten, allerdings in einer an die Generalklausel von Artikel 50 VE angepassten Formulierung, die zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs führt und damit auch gewisse Abgrenzungsprobleme eliminiert[1750].

Zu ändern ist zunächst der an sich schon singuläre Abschnittstitel ("Haftungsbestimmungen"), dessen Plural aber hier umso weniger passt, als der gesamte Abschnitt aus einem einzigen Artikel besteht.

Artikel 27 Absatz 1 hält den Haftungsgrundsatz fest, der in Anlehnung an die Generalklausel von Artikel 50 VE nicht mehr eine blosse Betriebs- oder Anlagehaftung statuiert, sondern den Anknüpfungstatbestand generell definiert als "Tätigkeit, bei der mit Sprengmitteln, pyrotechnischen Gegenständen oder Schiesspulver umgegangen wird" bezeichnet. Damit kommt es - wie etwa bei der Motorfahrzeughalterhaftung - grundsätzlich nicht mehr darauf an, ob die gefährliche Tätigkeit zu kommerziellen und beruflichen Zwecken oder zum blossen Vergnügen ausgeübt wird. Eine gewisse Einschränkung ergibt sich allerdings nach wie vor aus der Bezeichnung des Haftungssubjekts als "Betreiber (exploitant)" der betreffenden Tätigkeit. Wer am 1. August als Familienvater für seine Kinder Feuerwerk abbrennt ist nicht "Betreiber" im Sinne des SprstG; wohl aber die Gemeinde oder der Gastwirtschaftsbetrieb, die dasselbe im Rahmen einer offiziellen Bundesfeier tun oder tun lassen[1751]. Vereinfacht wird auch die Definition der gefährlichen Tätigkeit selbst: jeder "Umgang" mit Sprengstoffen genügt, gleichgültig ob es sich um "Herstellung", "Lagerung" oder eine andere "Verwendung" handelt. Auch der Transport ist eine Art von "Umgang" mit Sprengstoffen; Artikel 3 Absatz 2 SprstG schliesst aber die "Beförderung im Post-, Eisenbahn, Luft- und Schiffsverkehr" explizit aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes aus[1752]. Eine allfällige Korrektur dieser Einschränkung - welche im Verhältnis zu den Haftungen nach EBG, BSG, SVG oder LFG zu einer im Sinne von Artikel 53 VE aufzulösenden Haftungskumulation führen müsste - sprengt den Rahmen dieser Revision, liesse sich aber durchaus vertreten.

1747 Vgl. die bundesrätliche Botschaft vom 20. August 1975 (BBl 1975 II 1289 ff.) und Amtl. Bull. SR 1976, S. 170 sowie Amtl. Bull. NR 1976, S. 952 f. Nach Oftinger K./Stark E. W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 31, N. 9 ff., haftet der Norm deshalb etwas Zufälliges an, was sich auch daran zeige, dass man sich mit einer einzigen Bestimmung begnügt habe. Die rechtspolitische Rechtfertigung einer Gefährdungshaftung in diesem Bereich wird aber nicht bestritten.

1748 Vorne 1.1.2.2 und 4.2.46.

1749 Vorne 2.4.4.2.

1750 Vgl. für eine allgemeine Kritik unter diesem Gesichtspunkt vor allem Tercier P., Une nouvelle règle de responsabilité: l'art. 27 de la loi sur les explosifs, SJZ 1980, S. 341 ff.

1751 BGE 70 II 215 ff. Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 31, N. 21.

1752 Dazu Tercier P., a.a.O. (Anm. 1750), Ziff. 3.2.3/2, S. 346.

Um jeden Zweifel zu beseitigen, der sich aus dem in Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 27 Absatz 1 SprstG scheinbar unterschiedlich umschriebenen sachlichen Anwendungsbereich ergeben könnte[1753], wird neu in der Haftpflichtbestimmung neben den Sprengmitteln und den pyro-technischen Gegenständen auch das "Schiesspulver" ausdrücklich erwähnt.

Schliesslich entfällt mit der neuen Formulierung eine absolute Beschränkung des charakteristischen Risikos auf die Explosion, wie dies der geltende Text vorsieht. Sofern beispielsweise für gewisse Sprengmittel oder pyrotechnische Gegenstände eine ausgeprägte Toxizität oder eine andere spezifische Gefahrenneigung typisch ist, könnte sie auch ohne Explosion zur Haftung nach Artikel 27 SprstG führen[1754], der in der neuen Formulierung ähnlich verstanden werden kann wie etwa Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a KHG, wo als Nuklearschaden jene schädigenden Einwirkungen bezeichnet sind, die "durch die radioaktiven, giftigen und sonstigen gefährlichen Eigenschaften" von Kernmaterialien verursacht werden. - Umgekehrt lässt sich die in der Literatur zu Recht beanstandete Inkongruenz, dass Explosionen dann keiner Gefährdungshaftung unterstehen, wenn sie durch andere explosionsgefährliche Stoffe als die vom SprstG ausdrücklich erfassten verursacht werden[1755], zwar nach wie vor nicht direkt durch Artikel 27 beheben (auch nicht mit der neuen Fassung gemäss VE), wohl aber durch Analogie auf der Grundlage der Generalklausel von Artikel 50 VE.

Satz 2 von Absatz 1, der auf die allgemeinen Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen verweist, wird verselbständigt und in die leere Hülle des aufzuhebenden Absatz 2 eingebracht.

Absatz 2 wird in der heutigen Fassung, welche die klassischen Entlastungsgründe vorbehält, überflüssig, da diese Frage in Artikel 47/47*a* VE allgemein geregelt ist. Es genügt also eine entsprechende generelle Verweisung auf den allgemeinen Teil, wie sie bisher in Absatz 1 Satz 2 enthalten war.

Der geltende Absatz 3 ist ebenfalls aufzuheben, weil auch die Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs der Haftung auf die Gemeinwesen aller Stufen im Allgemeinen Teil (Art. 43/43*a* VE) generell vorgesehen ist.

4.2.55 Pauschalreisegesetz (PauRG)

Das Pauschalreisegesetz gehört zum Swisslex-Paket, das aus der Eurolex-Übung übernommen worden ist, und stellt eine "autonome" Umsetzung der entsprechenden EU-Richtlinie Nr. 90/314 vom 13. Juni 1990 dar. Diese Verwurzelung im europäischen Recht ist Anlass zu Zurückhaltung bei allfälligen bloss wünschbaren Anpassungen im Rahmen der internschweizerischen Haftpflichtrechtsrevision. - Nichtsdestoweniger werden zwei Änderungen vorgeschlagen.

[1753] Die heutige Redaktion von Art. 27 Abs. 1 SprstG ist insofern unvollständig, als man zuerst den 2. Satz des Abs. 1 von Art. 1 nachlesen muss, um eine klare Vorstellung von den Substanzen zu gewinnen, für welche die Gefährdungshaftung gilt.

[1754] Anders für das geltende Recht: Tercier P., a.a.O. (Anm. 1750), Ziff. 3.3, S. 346, sowie Keller A., a.a.O. (Anm. 10), S. 307.

[1755] Oftinger K./Stark E.W., a.a.O. (Anm. 27), II/3, § 31, N. 36.

4.2.55.01 Artikel 14

Diese Bestimmung legt den Grundsatz der Haftung von Veranstalter und Vermittler gegenüber dem Konsumenten fest, wobei das Haftungsprinzip im Dunklen bleibt[1756]. Wichtig ist vor allem, dass Haftungsausschlüsse aufgrund von sog. "Vermittlerklauseln" nicht mehr möglich sind. Soweit es sich dabei um eine Haftung für Erfüllungsgehilfen - die Leistungserbringer - handelt, liegt eine Konkretisierung der Regel von Artikel 101 Absatz 1 OR vor; auch dort können selbständige (Sub-)Unternehmer durchaus als Hilfspersonen betrachtet werden, während dies im ausservertraglichen Verhältnis (Art. 55 OR) grundsätzlich ausgeschlossen wäre.

> Absatz 1 wäre angesichts der allgemeinen Regeln von Artikel 49*a* VE und 101 Absatz 1 OR an sich überflüssig. Es mag aber in einem ausgesprochenen Konsumentenschutzerlass und mit Rücksicht auf die europäischen Partner angebracht sein, den Haftungsgrundsatz explizit im Spezialgesetz zu verankern, so dass vorgeschlagen wird, die Bestimmung aufrechtzuerhalten.

Absatz 2 hingegen verkündet mit dem Rückgriffsrecht des gegenüber dem Konsumenten haftbaren Generalunternehmers auf den fehlbaren Leistungserbringer eine bare Selbstverständlichkeit, die im übrigen der allgemeinen Regel von Artikel 53*c* VE entspricht. Die Bestimmung kann daher entsorgt bzw. für die Aufnahme der auch (aber nicht nur) für Regressfragen geltenden Globalverweisung auf den Allgemeinen Teil - vorbehaltlich ausdrücklicher Abweichungen im PauRG (wie beispielsweise Art. 16 Abs. 2) - freigemacht werden.

> Auch auf Absatz 3 könnte grundsätzlich verzichtet werden: er wiederholt den allgemeinen Vorbehalt des Staatsvertragsrechts gemäss Artikel 44 VE. Wegen der Verbindung zu europäischen Recht und weil der Vorbehalt hier - besonders vom Transportrecht her - eine grosse praktische Bedeutung besitzt, mag es indessen angezeigt scheinen, ihn ausdrücklich im PauRG und auch im Rahmen der Haftpflichtrechtsreform daran festzuhalten.

4.2.55.02 Artikel 15

In dieser Bestimmung geht es um Gründe, welche den Reiseveranstalter oder -vermittler ganz oder teilweise von der Haftung entlasten können. Die sogleich zu begründende materielle Änderung in Absatz 1 gibt Gelegenheit, auch die Artikelüberschrift bzw. den Titel entsprechend zu korrigieren und den passenden technischen Begriff "Entlastungsgründe" an die Stelle der "Ausnahmen" zu setzen.

Absatz 1 ist insofern missverständlich formuliert, als er im Falle der in den Buchstaben a - c vorgesehenen Umstände den Veranstalter oder Vermittler nur vollständig von der Haftung zu entlasten, d.h. eine blosse Reduktion der Ersatzleistung, gestützt auf die Artikel 43/44 OR bzw. Artikel 52 VE auszuschlies-

---

[1756] Während Frank R., Kurzkommentar zum PauRG, Zürich 1994, N. 4 und 21 ad Art. 14 PauRG, aus der Nichterwähnung des Verschuldens auf eine Kausalhaftung schliesst, leitet Roberto V., Basler Kommentar - Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1996, N. 5 ad Art. 14/15 PauRG, aus den Befreiungsmöglichkeiten in Art. 15 Abs. 1 ab, dass es sich um eine Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast, also eine Spielart der allgemeinen Vertragshaftung gemäss Art. 97 OR, handeln müsse. Unentschieden : Tercier P., Les contrats spéciaux, 2e éd., Zurich 1995, N. 4782; ebenso Honsell H., Schweiz. Obligationenrecht. Besonderer Teil, 4. Aufl., Bern 1997, § 40/2, S. 395.

sen scheint, auch wenn diese Umstände nur Teilursachen des Schadens gewesen sind. Es gibt indessen keinen Grund, hier das dem schweizerischen Recht fremde "Alles oder Nichts"-Prinzip zur Geltung kommen zu lassen[1757]. Entsprechende Zweifel sollen durch die Formulierung, wonach der Verantwortliche "insofern nicht haftet, als ..." behoben werden; sie entspricht auch der Formulierung von Artikel 41 Absatz 1 VE ("Eine Person ist zum Ersatz des einer anderen zugefügten Schadens insoweit verpflichtet, als ihr der Schaden nach dem Gesetz zugerechnet werden kann").

(Absatz 2 ist haftungsrechtlich nicht direkt relevant. Der Veranstalter oder Vermittler, der dem Konsumenten Hilfe leistet, kann unter Umständen aus Geschäftsführung ohne Auftrag Schadloshaltung beanspruchen).

4.2.55.02^{bis} Artikel 16

Absatz 1 betreffend die Ungültigkeit der Freizeichnung für Personenschäden entspricht dem allgemeinen Grundsatz von Artikel 57 Absatz 1 VE und könnte daher - weil diese Regel über die Generalverweisung im neu angepassten Absatz 2 von Artikel 14 PauRG anwendbar ist - hier gestrichen werden. Nachdem aber Absatz 2 eine Abweichung von Artikel 57 VE enthält und ohne Absatz 1 im Leeren hinge, empfiehlt es sich, diesen als Aufhänger beizubehalten.

Die Abweichung von Absatz 2 gegenüber Artikel 57 Absatz 2 VE liegt darin, dass jene Bestimmung die Freizeichnung auch für andere als Körperschäden dann als unzulässig bezeichnet, wenn sie in vorformulierten AGB stipuliert wird. Diese Beschränkung kennt das PauRG nicht, und angesichts der Konkurrenzsituation zwischen schweizerischen und europäischen Reiseveranstaltern und -vermittlern scheint es wenig sinnvoll, ausgerechnet in diesem Punkt mit demonstrativer "Autonomie" des Nachvollzugs die Inländer schlechter stellen zu wollen. Auch diese Bestimmung wird daher nicht berührt.

4.2.56 Anlagefondsgesetz (AFG)

Das geltende AFG stammt von 1994 und hat einen entsprechenden Erlass aus dem Jahre 1966 abgelöst[1758]. Es enthält ein eigenes 8. Kapitel über die "Verantwortlichkeit". Im Interesse einer einheitlichen Terminologie (diese scheint hier nicht zwingend an jene des Aktienrechts angepasst werden zu müssen) schlagen die Verfasser des Vorentwurfs vor, das Kapitel in der deutschen Fassung neu mit "Haftung" zu überschreiben.

4.2.56.01 Artikel 65

Absatz 1 dieser Norm sieht für alle Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem "Betrieb" oder mit der Beaufsichtigung eines Anlagefonds für natürliche und juristische Personen eine Verschuldenshaftung mit Umkehrung der Beweislast vor; diese funktioniert also praktisch wie die vertragliche Haftung nach Artikel 97 OR, greift aber unabhängig davon Platz, ob die haftpflichtige Person zum geschädigten Anleger in einem Vertragsverhältnis steht oder nicht. Insofern handelt es sich (im Verhältnis zu Art.41 OR) um einen offensichtlich gewollten Sonderfall, der infolgedessen von der Reform unberührt bleiben soll.

[1757] So auch Tercier P., a.a.O. (Anm. 1756), N. 4786.

[1758] BBl 1993 I 217 ff.; AS 1994 2523 ff.

Ebenso weicht Absatz 2 im Bezug auf die Haftung für Hilfspersonen - mindestens soweit ausservertragliche Haftung gemäss Artikel 55 OR oder Artikel 49a VE zur Diskussion stehen könnte - vom Normalmodell insofern ab, als generell (und nicht nur - wie nach Artikel 101 Absatz 1 OR - im vertraglichen Kontext) eine vikariierende Einstandspflicht nicht bloss für subordinierte Kräfte, sondern auch "für die von ihm beauftragten Personen" besteht - unter Umständen also für weisungsunabhängige, selbständige "Unterakkordanten". Es ist davon auszugehen, dass auch diese Sonderbehandlung vom Gesetzgeber als Gegengewicht zu den offenbar als besonders hoch eingeschätzten Risiken von Anlagefonds gewollt ist und daher übernommen werden muss.

Absatz 3 wird mit seinem gegenwärtigen Inhalt - Ausschluss von Freizeichnungen - überflüssig, da es sich hier um einen in Artikel 57 Absatz 2 Ziffer 3 VE (bisher Art.100 Abs. 2 bzw. 101 Abs. 3 OR) generell geregelten Fall, nämlich denjenigen einer "obrigkeitlich" bzw. "behördlich" bewilligten oder konzessionierten Tätigkeit (vgl. Art.10 AFG) handelt. - Um die Anwendung jener Vorschrift zu gewährleisten, kann aber die leerstehende Artikelhülse gerade als Gefäss benützt werden, in welchem die bisher im AFG fehlende (bzw. bloss implizit vorhandene) Verweisung auf die allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts, neu: des Allgemeinen Teils, explizit niedergelegt wird.

4.2.56.02 Artikel 66

Ist aus denselben Gründen aufzuheben: die allgemeinen Regeln über Solidarität und Regress (Art.53b und 53c VE) finden über die Generalverweisung des neuen Artikel 65 Absatz 3 AFG Anwendung.

4.2.56.02^{bis} Artikel 67

Sieht mit der "Rückzahlung des Anteils" einen spezifisch auf die Anlagefondssituation zugeschnittenen dies a quo für die Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus dem AFG vor. Eine Besonderheit bildet die Konstruktion auch insoweit, als die ab jenem Zeitpunkt laufende einjährige Frist neben der "normalen" zehnjährigen Frist - die "nach Eintritt des Schadens" zu laufen beginnt - sozusagen absoluten Charakter hat. Man hat somit eine Art Umkehrung des Modells von Artikel 55 VE (bisher Art. 60 Abs. 1 OR) vor sich. Auch hier spricht die Spezifizität der Regelung für deren Beibehaltung.

4.2.56.02^{ter} Artikel 68

Diese Gerichtsstandsbestimmung soll ins neue Gerichtsstandsgesetz überführt werden, das sich zur Zeit in parlamentarischer Beratung befindet, und wird deshalb im AFG gestrichen[1759].

4.2.57 Bankengesetz (BankG)

Das Bankengesetz von 1934 ist 1994 einer substanziellen Revision unterzogen worden[1760]; die Bestimmungen des Vierzehnten Abschnitts "Verantwortlichkeits- und Strafbestimmungen" sind dabei unberührt geblieben. Die Verfasser

---

[1759] Vgl. vorne Anm. 1663 und Art. 33 sowie Anhang Ziff. 29 des Entwurfs GestG (BBl 1999 II 2829 ff., 2885 und 2894).

[1760] BBl 1993 I 805 ff.; AS 1995 246 ff.

des Vorentwurfs leiten daraus ab, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich keinen Anlass zu Änderungen gesehen hat und die Vorschriften der Artikel 39 - 43 BankG deshalb in ihrer Eigenart (und starken Anlehnung an das Aktienrecht) erhalten bleiben sollen. Die Revisionsvorschläge beschränken sich daher auf zwei Bestimmungen (Art. 44 und 45 BankG), bei denen die Eigentümlichkeiten des Bankwesens keine Sonderlösung rechtfertigen und auf welche somit die allgemeinen Regeln Anwendung finden sollen. In diesem Zusammenhang hätte man sich allenfalls fragen können, ob dies nicht durch eine ausdrückliche Verweisung auf den Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts klarzustellen sei; offenbar ist aber die Anwendung der im OR enthaltenen schadenersatzrechtlichen Vorschriften allgemeiner Natur auf die bankengesetzliche Haftung[1761] heute schon derart selbstverständlich, dass sich eine explizite Verweisung nicht aufdrängt.

Zu Artikel 38 Absatz 1 BankG sollte ursprünglich ein lediglich redaktioneller Vorschlag in dem Sinne präsentiert werden, dass der missverständliche Vorbehalt betreffend "kantonale Vorschriften über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit" im Zusammenhang mit den Kantonalbanken[1762] an die Regelung in Artikel 43*a* VE angepasst werden sollte. Mit der Änderung des Bankengesetzes vom 22. April 1999 ist nun diese Bestimmung aufgehoben worden[1763]. Die Verfasser des Vorentwurfs sehen keinen Anlass, etwas anderes vorzuschlagen; fragen kann man sich höchstens, ob nach diesem Eingriff die verbleibenden Absätze 2 und 3 des Artikels 38, die eigentlich Selbstverständlichkeiten enthalten, wirklich noch notwendig sind.

4.2.57.01 Artikel 44

Die Bestimmung bezieht sich auf den Fall der Anspruchskonkurrenz gegen eine Mehrheit von Haftpflichtigen, d.h. auf die sich daraus ergebende Solidarität und den Regress. In diesem Punkt überrascht es, dass die Revision des Aktienrechts mit ihrer bewussten Neuformulierung von Artikel 759 OR nicht auf das BankG durchgeschlagen hat. Ob man, angesichts dieser Neuregelung im Aktienrecht (die ja lediglich dazu diente, das "richtige" Konzept von Solidarität gegenüber einer überdehnten Deutung des Bundesgerichts durchzusetzen[1764]) und der nunmehr deutlichen Divergenz im Wortlaut von Artikel 759 OR gegenüber jenem von Artikel 44 BankG, letzteren trotzdem im Sinne der jüngst neu eingespurten bundesgerichtlichen Praxis interpretieren könnte[1765], scheint zweifelhaft. Entscheidend aber ist, dass Artikel 53*b* und 53*c* VE nunmehr eine generelle Regelung vorsehen, die eine Sonderbestimmung (wie im Aktienrecht so auch) im BankG überflüssig macht - umso mehr als die vorgeschlagene Re-

---

1761 Bodmer D./Kleiner B./Lutz B., Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 1976-1997, N. 1 Vorbem. zu den Art. 38-49.

1762 Bodmer D./Kleiner B./Lutz B., a.a.O. (Anm. 1761), N. 1 zu Art. 38 BankG.

1763 AS 1999 2407; Botschaft BBl 1998 III 3847 ff., Ziff. 26 S. 3875 f. und Entwurf S. 3913.

1764 Vgl. vorne Ziff. 2.6.4.3 und Anm. 842 daselbst sowie Ziff. 4.2.007 zu Art. 759 OR.

1765 Bodmer D./Kleiner B./Lutz B., a.a.O. (Anm. 1761), N. 2 zu Art. 44 BankG (Ausgabe Juni 1997) m.w.H.

gelung der von der neueren Doktrin mehrheitlich befürworteten Interpretation entspricht.

4.2.57.02 Artikel 45

Auch diese Bestimmung über die Verjährung ist neben den allgemeinen Bestimmungen von Artikel 55 VE nicht mehr erforderlich. Sie kann - ebenso wie Artikel 760 OR im Aktienrecht und aus denselben Gründen[1766] - aufgehoben werden.

[1766] Zu Art. 760 OR vgl. vorne Ziff. 4.2.008.

ANHANG

HAFTPFLICHTRECHT. PARLAMENTARISCHE VORSTÖSSE SEIT 1970

EA = Einfache Anfrage
I = Interpellation
M = Motion
P = Postulat
Pa. Iv. = Parlamentarische Initiative

P 10470	Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (N 7.10.70, Cadruvi)
P 11534	Genugtuungsanspruch bei Bewusstlosigkeit (S 19.9.73, Dillier)
P 76.427	Giftgesetz (N 23.3.1977, Cavelty)
P 76.433	Chemische Produkte. Gefahren der Herstellung (N 14.12.76, Carobbio)
P 79.407	Produktehaftpflicht (N 26.9.79, Neukomm)
P 80.429	Berufskrankheiten. Verjährung der Haftung (N 19.6.81, Crevoisier)
P 80.476	Arbeitsunfälle. Verjährung (N 19.6.81, Ziegler-Genf)
P 80.590	Verjährung während eines hängigen Prozesses (N 17.12.82, Leuenberger)
P 81.492	Staudämme. Haftpflicht der Eigentümer (N 18.12.81, Vannay)
P Zu 83.227	Berufsunfälle. Haftung des Arbeitgebers (N 20.12.85, Kommission des Nationalrates; S 6.10.86)
P 84.434	Entschädigung der Opfer von Gewaltverbrechen (S 6.6.84, Hänsenberger)
P 85.321	Luftfrachtführer. Haftung (N 21.6.85, Leuenberger)

I 85.535	I Dirren vom 16.9.85. Wasserkraftwerke und Stauanlagen. Haftpflicht (N)
P 86.141	Haftpflichtrecht. Umweltbereich (N 19.6.87, Uchtenhagen)
P 86.171	Elektrizitätsgesetz. Haftpflichtbestimmungen (N 20.3.87, Bühler-Tschappina)
86.704	EA Longet vom 8.10.86, Haftpflichtrecht für Ärzte (N)
P 86.818	Chemiehaftpflichtgesetz (N 20.3.87, Fraktion LdU/EVP)
P 86.911	PTT-Verkehr. Haftung des Bundes (N 1.10.87, Dirren)
P 86.981	Umweltkatastrophen. Haftpflicht (N 20.3.87, Weder-Basel)
P 86.992	Rechtliche Besserstellung des Geschädigten bei Umweltschäden (N 20.3.87, Fetz)
P(I) Zu 87.046	Kernenergiehaftpflicht. Entschädigungsfragen (N 6.10.87, Kommission des Nationalrates)
P Zu 87.221	Haftung der Medizinalpersonen (N 23.6.88, Kommission für soziale Sicherheit des Nationalrates)
P 88.521	Schadstoffbelastete Böden. Schadenregulierung (N 7.10.88, Ulrich)
88.693	EA Hildbrand vom 23.6.88. Talsperren. Haftpflichtversicherung (N)
P 88.738	Strassenverkehrsgesetz. Aufhebung von Artikel 81 (S 15.12.88, Gautier)
88.847	I Danioth vom 13.12.88, Transport gefährlicher Güter auf Strasse und Schiene (S)
88.867	I Flückiger vom 9.3.89, Auto-Haftpflichtversicherung. Prämienerhöhung (S)
89.408	I Oehler vom 16.3.89. Transport gefährlicher Güter im Rheintal (N)
89.1008	EA Carobbio vom 1.2.89. Lagerung gefährlicher Stoffe. Verordnung
89.247	Pa. Iv. Produktehaftpflicht (Neukomm), vom 6.12.1989
90.509	I Seiler Rolf vom 5.6.1990. Transport gefährlicher Güter (N)

P Zu 88.203	Umwelt und Chemie (N 30.1.92, Kommission für Gesundheit und Umwelt des Nationalrates)
P 91.3306	Haftpflicht für Parkhausbetreiber (N 20.3.92, Keller)
P (8) zu 92.037	Legislaturplanung 1991-1995, Zu Ziel 36 (N 17.6.92, Kommissionsminderheit des Nationalrates [von Felten, Bodenmann, Haering Binder, Hafner Rudolf, Hubacher])
Pa. Iv. 92.437	"Tier keine Sache" (Loeb François), 24.8.1992
M 93.3027	Einführung der unbeschränkten Haftpflicht für Wasserkraftanlagen (N 16.12.92, Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates 90.203; S 16.6.93)
P 93.3250	Produktehaftpflicht. Gegenseitige Befreiung von der Importeurhaftung (N 3.6.93, Kommission des Nationalrates 89.247 [93.125])
M 93.3249	Haftpflicht bei Grossschäden (N 3.6.93, Kommission des Nationalrates 89.247; S 9.12.93)
Pa. Iv. 94.427	UVG: Leistungskürzungen wegen Grobfahrlässigkeit bei Nichtberufsunfällen (Suter, 7.10.1994)
P 94.2574	Opferhilfegesetz. Verwirkungsfrist in Art. 16, Abs. 3 (N 24.3.95, Goll)
P 96.3106	Haftpflicht der Kontrollorgane von Pensionskassen (N 21.6.96, Rechsteiner Rudolf)
P 96.3533	Vorauszahlung bei Zahlungsklagen (N 13.12.96, Ostermann)
P 96.3551	Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber BVGAufsichtsbehörden (N 10.12.96, PUK PKB NR)
P 96.3543	Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber BVG-Aufsichtsbehörden (S 5.12.96, PUK PKB SR) [identischer Wortlaut wie P 96.3551]
P 96.3617	Haftung der BVG-Organe (N 20.6.97, Gross Jost)
98.1051	EA Burgener vom 27. 4. 1988, Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Post (EHG). Revision?

REVISION ET UNIFICATION DU DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE

Rapport explicatif

par

Pierre Widmer, professeur à l'Université de St-Gall et directeur de l'Institut suisse de droit comparé

et

Pierre Wessner, professeur à l'Université de Neuchâtel

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIÈRES I

TABLE DES ABRÉVIATIONS XIV

LISTE DES PRINCIPALES LOIS CITÉES XVI

RAPPORT EXPLICATIF 1

1 Bases et buts de la réforme 1

1.1 Antécédents historiques 1

1.1.1 Evolution jusqu'en 1967 1

1.1.1.1 De l'ancien au nouveau Code des obligations 1

1.1.1.2 De 1912 à 1967 3

1.1.2 L'aube de la réforme et son déclenchement par la force du destin (1967 - 1988) 8

1.1.2.1 Le manifeste de Neuchâtel (1967) 8

1.1.2.2 Activités législatives 9

1.1.2.3 Doctrine et jurisprudence 13

1.1.2.4 Le coup de semonce de Schweizerhalle 15

1.2 Les travaux de la Commission d'étude 16

1.2.1 Le mandat 16

1.2.2 Aperçu des principales options prises par la Commission 18

1.2.2.1 Rôle, fondements et champ d'application des normes de responsabilité 18

1.2.2.1.1 Responsabilité civile ou assurance ? 18

1.2.2.1.2 Les fonctions de la responsabilité civile 19

1.2.2.1.3 Catégories de responsabilités et critères d'imputation : les trois clauses générales 20

1.2.2.1.4 Création d'une Partie générale intégrée au Code des obligations - Norme fondamentale 22

1.2.2.1.5 Maintien du dualisme entre responsabilité extracontractuelle et responsabilité contractuelle 23

1.2.2.1.6 Rapprochement entre responsabilité civile et responsabilité publique 24

1.2.2.1.7 Première condition générale : le dommage 25

1.2.2.1.8 Deuxième condition générale : l'illicéité 26

1.2.2.1.9 Troisième condition générale : la causalité - causes d'exonération et de réduction 28

1.2.2.2 Mise en oeuvre et modalités de la responsabilité 29

1.2.2.2.1 Fixation de la réparation 29

1.2.2.2.2 Collision et concours de responsabilités 30
1.2.2.2.3 Rapports entre responsabilité civile et assurance 32
1.2.2.2.4 La prescription 34
1.2.2.2.5 Questions de procédure et de preuves 37
1.2.2.2.5.1 Le for 38
1.2.2.2.5.2 Preuves : liberté du tribunal et allégement du fardeau 39
1.2.2.2.5.3 Consécration de l'action en constatation de droit 41
1.2.2.2.5.4 Les coûts de l'exercice du droit à la réparation 42
1.2.2.2.5.5 Paiements anticipés 43
1.2.2.2.6 Exclusion et limitation de la responsabilité civile 44
1.2.2.2.6.1 Admission restrictive des clauses d'exclusion et de limitation 44
1.2.2.2.6.2 Transactions abusives 45

1.2.2.3 Autres suggestions de la Commission 45
1.2.2.3.1 Nouvelles hypothèses de responsabilités objectives 45
1.2.2.3.2 Problèmes de coordination avec les assurances sociales 48
1.2.2.3.3 Dommages de masse et en cas de catastrophe 49

1.3 Caractéristiques de l'avant-projet et options divergentes par rapport à celles de la Commission d'étude 49

1.3.1 Systématique 50

1.3.2 Norme fondamentale d'imputation 50

1.3.3 Champ d'application : extension à la responsabilité contractuelle 50

1.3.4 Les conditions générales 51

1.3.4.1 Le dommage 52

1.3.4.2 L'illicéité 53

1.3.4.3 La causalité juridique 53

1.3.5 Fondements de la responsabilité 54

1.3.5.1 La responsabilité pour faute 54

1.3.5.2 La responsabilité pour les auxiliaires 55

1.3.5.3 Règles communes pour les responsabilités objectives 56

1.3.6 Responsabilités au pluriel et rapports avec les assurances 57

1.3.6.1 Cumul de responsabilités 57

1.3.6.2 Rapports entre droit de la responsabilité et assurances 57
1.3.6.2.1 Droit préférentiel et partage proportionnel 57
1.3.6.2.2 Action directe 57

1.3.7 La prescription 58

1.3.8 Procédure 58

1.3.9 Clauses exonératoires et transactions 58

2 Dispositions générales de l'avant-projet (art. 41 à 58) 60

2.1 Imputation de la responsabilité (art. 41 AP) 60

2.1.1 Norme fondamentale 60

2.1.2 Chefs d'imputation généraux 61

2.2 Champ d'application 62

2.2.1 Introduction 62
2.2.2 Délimitation par rapport au droit contractuel (art. 42 AP) 62
2.2.2.1 Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle 62
2.2.2.2 Critiques de la solution actuelle 64
2.2.2.3 Propositions de l'avant-projet 65
2.2.2.4 Révision de dispositions régissant la responsabilité du débiteur 66
2.2.2.5 Quelques observations finales 68
2.2.3 Délimitation par rapport au droit public (art. 43 et 43*a* AP) 69
2.2.3.1 Situation actuelle 69
2.2.3.2 Appréciation critique et propositions de réforme 70
2.2.3.3 Règle de principe (art. 43 AP) 72
2.2.3.4 Réserve en faveur du droit public cantonal (art. 43*a* AP) 73
2.2.4 Délimitation par rapport au droit international (art. 44 AP) 75

2.3 Conditions générales (art. 45 à 47*a* AP) 75

2.3.1 Conception de l'avant-projet 75
2.3.2 Dommage (art. 45 à 45*f* AP) 76
2.3.2.1 Formes et catégories (art. 45 AP) 76
2.3.2.2 Dommage patrimonial (art. 45*a* à 45*d* AP) 79
2.3.2.2.1 Introduction 79
2.3.2.2.2 En cas d'atteinte à la vie (art. 45*a* AP) 80
2.3.2.2.3 En cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique (art. 45*b* AP) 80
2.3.2.2.4 En cas d'atteinte aux choses (art. 45*c* AP) 82
2.3.2.2.5 En cas d'atteinte à l'environnement (art. 45*d* AP) 84
2.3.2.3 Tort moral (art. 45*e* AP) 88
2.3.2.4 Postes complémentaires du dommage (art. 45*f* AP) 93
2.3.3 Illicéité (art. 46 et 46*a* AP) 96
2.3.3.1 Introduction 96
2.3.3.2 Conception de l'avant-projet 98
2.3.3.3 Définition de l'illicéité (art. 46 AP) 100
2.3.3.4 Motifs justificatifs (art. 46*a* AP) 104
2.3.4 Rapport de causalité (art. 47 et 47*a* AP) 106
2.3.4.1 Introduction 106
2.3.4.2 Théorie de la causalité adéquate 107
2.3.4.3 Conception de l'avant-projet 109
2.3.4.4 Principe (art. 47 AP) 111

2.3.4.5 Exonération (art. 47*a* AP) 113

2.4 Fondements de responsabilité (art. 48 à 51*a* AP) 116

2.4.1 Observations liminaires 116
2.4.2 Responsabilité pour faute (art. 48 à 48*b* AP) 118
2.4.2.1 Principe (art. 48 AP) 118
2.4.2.2 Négligence (art. 48*a* AP) 120
2.4.2.3 En cas d'incapacité de discernement (art. 48*b* AP) 121
2.4.3 Responsabilité pour les auxiliaires (art. 49 et 49*a* AP) 123
2.4.3.1 La situation actuelle 123
2.4.3.2 Propositions de réforme 125
2.4.3.3 La responsabilité pour les auxiliaires : en général (art. 49 AP) 127
2.4.3.4 La responsabilité pour les auxiliaires : dans les entreprises (art. 49*a* AP) 130
2.4.3.5 Rapports avec d'autres dispositions 133
2.4.4 Responsabilité pour risque (art. 50 AP) 134
2.4.4.1 L'évolution jusqu'à nos jours 134
2.4.4.2 La clause générale comme élément essentiel de la réforme - but et fonction 138
2.4.4.3 Activité dangereuse et risque caractérisé - les éléments constitutifs du fait de rattachement 140
2.4.4.4 Domaine d'application de la clause générale de la responsabilité pour risque 144
2.4.4.5 Le fondement de la responsabilité pour risque : critère d'imputation et détermination de la personne responsable 146
2.4.5 Dispositions communes en matière de responsabilité objective (art. 51 et 51*a* AP) 148
2.4.5.1 Observations liminaires 148
2.4.5.2 La responsabilité accessoire du fait d'autrui (art. 51 AP) 149
2.4.5.3 La faute additionnelle (art. 51*a* AP) 150

2.5 Fixation de la réparation (art. 52 et 52*a* AP) 152

2.5.1 Observations générales 152
2.5.2 Etendue de la réparation (art. 52 AP) 153
2.5.3 Mode de réparation (art. 52*a* AP) 159

2.6 Pluralité de responsabilités (art. 53 à 53*c* AP) 161

2.6.1 Présentation de l'avant-projet 161
2.6.2 Cumul de responsabilités (art. 53 AP) 162

2.6.3 Collision de responsabilités (art. 53*a* AP) 164
2.6.4 Concours de responsabilités (art. 53*b* et 53*c* AP) 165
2.6.4.1 Présentation du système actuel 165
2.6.4.2 Principes de l'avant-projet 167
2.6.4.3 Solidarité dans les rapports externes (art. 53*b* AP) 169
2.6.4.4 Solidarité dans les rapports internes (art. 53*c* AP) 171

2.7 Responsabilité civile et assurance privée (art. 54 à 54*i* AP) 174

2.7.1 Introduction 174
2.7.2 Présentation de l'avant-projet 178
2.7.3 Rapports avec l'assurance de dommages (art. 54 à 54*b* AP) ... 179
2.7.3.1 La situation actuelle 179
2.7.3.2 Principe (art. 54 AP) 181
2.7.3.3 Recours de l'assureur (art. 54*a* et 54*b* AP) 184
2.7.3.3.1 En général (art. 54*a* AP) 184
2.7.3.3.2 Droit préférentiel de la personne lésée (art. 54*b* AP) 186
2.7.4 Rapports avec l'assurance de responsabilité civile (art. 54*c* à 54*h* AP) 189
2.7.4.1 Introduction 190
2.7.4.2 Rapports entre l'assureur et la personne lésée (art. 54*c* à 54*e* AP) 192
2.7.4.2.1 Le droit d'action directe de la personne lésée (art. 54*c* AP) 192
2.7.4.2.2 La situation en cas de couverture d'assurance insuffisante (art. 54*d* et 54*e* AP) 196
2.7.4.3 Recours de l'assureur contre des coresponsables (art. 54*f* AP) 197
2.7.4.4 Obligation d'assurance (art. 54*g* et 54*h* AP) 200
2.7.4.4.1 Le principe (art. 54*g* AP) 200
2.7.4.4.2 Les effets : exceptions et recours (art. 54*h* AP) 201
2.7.5 Rapports avec une assurance au profit d'autrui (art. 54*i* AP) 205

2.8 Prescription (art. 55 à 55*c* AP) 206

2.8.1 Une institution indispensable 206
2.8.2 Présentation du système légal 207
2.8.3 Les objectifs principaux de la réforme 209
2.8.4 Prescription de l'action en réparation du dommage 211
2.8.4.1 Principe (art. 55 AP) 211
2.8.4.1.1 Le maintien du double délai 211
2.8.4.1.2 La justification du délai ordinaire (art. 55 al. 1 AP) 212
2.8.4.1.3 La justification du délai subsidiaire (art. 55 al. 2 AP) 213
2.8.4.1.4 L'allongement des délais 215
2.8.4.2 La suppression de la règle appliquant le délai de l'action pénale .. 216

2.8.4.3 L'exception dérivant d'un acte illicite (art. 60 al. 3 CO) 218
2.8.5 Renonciation à la prescription (art. 55*a* AP) 219
2.8.6 Prolongation des délais (art. 55*b* AP et 134 al. 1 ch. 7 nouveau CO) 221
2.8.7 Prescription de l'action récursoire (art. 55*c* AP) 223

2.9 Procédure et preuves (art. 56 à 56*h* AP) 227

2.9.1 Observations générales 227
2.9.2 For (art. 56 et 56*a* AP) 229
2.9.2.1 Introduction 229
2.9.2.2 Principe (art. 56 AP) 231
2.9.2.3 En cas de pluralité de personnes recherchées (art. 56*a* AP) 234
2.9.3 Rapports avec le procès pénal (art. 56*b* AP) 235
2.9.4 Preuves (art. 56*c* et 56*d* AP) 237
2.9.4.1 Introduction 237
2.9.4.2 Liberté d'appréciation et d'administration des preuves (art. 56*c* AP) 239
2.9.4.3 Fardeau de la preuve et présomption de fait (art. 56*d* AP) 241
2.9.5 Action en constatation de droit (art. 56*e* AP) 246
2.9.6 Frais et dépens (art. 56*f* et 56*g* AP) 251
2.9.6.1 Situation en droit actuel 251
2.9.6.2 Avances de frais (art. 56*f* AP) 253
2.9.6.3 Fixation des frais et dépens (art. 56*g* AP) 254
2.9.7 Paiements anticipés (art. 56*h* AP) 254

2.10 Conventions restrictives de responsabilité (art. 57 et 58 AP) 257

2.10.1 Introduction 257
2.10.2 Exclusion ou limitation de la responsabilité (art. 57 AP) 258
2.10.3 Transaction (art. 58 AP) 263

3 Dispositions spéciales de l'avant-projet (art. 59 à 61*a*) 267

3.1 Présentation du système 267

3.1.1 En général 267
3.1.2 En particulier 268

3.2 Responsabilités en cas de faits licites (art. 59 et 59*a* AP) ... 269

3.2.1 Introduction ... 269
3.2.2 Etat de nécessité (art. 59 AP) ... 271
3.2.3 Exercice du droit de propriété (art. 59*a* AP) ... 274

3.3 Responsabilité du fait d'un animal (art. 60 et 60*a* AP) ... 280

3.3.1 La réglementation actuelle ... 280
3.3.2 Les propositions de réforme ... 282
3.3.2.1 Introduction ... 282
3.3.2.2 Principe (art. 60 AP) ... 282
3.3.2.3 Droit de rétention (art. 60*a* AP) ... 285

3.4 Responsabilité pour les ouvrages (art. 61 et 61*a* AP) ... 287

3.4.1 La réglementation actuelle ... 287
3.4.2 Les propositions de réforme ... 291
3.4.2.1 Introduction ... 291
3.4.2.2 Principe (art. 61 AP) ... 292
3.4.2.3 Mesures préventives (art. 61*a* AP) ... 300

4 Répercussions de la réforme sur le reste de la législation fédérale et adaptation des actes législatifs correspondants ... 304

4.1 Remarques préliminaires et indications terminologiques ... 304

4.2 Commentaire des diverses lois et dispositions ... 305

4.2.0 Autres dispositions du Code des obligations ... 305
4.2.001 Art. 31 ... 305
4.2.002 Art. 97 ... 305
4.2.003 Art. 99 ... 305
4.2.004 Art. 100 et art. 101 al. 2 et 3 ... 306
4.2.005 Art. 113 ... 307
4.2.006 Art. 134 al. 1 ... 307
4.2.006^{bis} Art. 321e al. 2 ... 307
4.2.007 Art. 759 ... 308
4.2.008 Art. 760 ... 308
4.2.009 Art. 918 ... 309
4.2.010 Art. 919 ... 309

4.2.011 Art. 928 309
4.2.11 Loi sur la responsabilité (LRCF) 310
4.2.11.01 Art. 3 310
4.2.11.02 Art. 4 311
4.2.11.03 Art. 5 311
4.2.11.04 Art. 6 311
4.2.11.05 Art. 9 312
4.2.11.06 Art. 10 312
4.2.11.07 Art. 11 312
4.2.11.08 Art. 19 313
4.2.11.09 Art. 20 313
4.2.11.10 Art. 21 314
4.2.11.11 Art. 23 314
4.2.12 Procédure administrative (PA) 315
4.2.13 Loi sur les marchés publics (LMP) 315
4.2.14 Loi sur les fonctionnaires 316
4.2.15 Code civil (CC) 317
4.2.15.01 Art. 46 317
4.2.15.01bis Art. 55 al. 2 319
4.2.15.02 Art. 426 à 430 ainsi que 454 et 455 319
4.2.15.03 Art. 849 321
4.2.15.04 Art. 955 321
4.2.16 Loi sur la responsabilité des chemins de fer (LRespC) 322
4.2.17 Loi sur la responsabilité du fait des produits (LRFP) 324
4.2.18 Loi sur le contrat d'assurance (LCA) 324
4.2.18.01semel Art. 14 al. 3 325
4.2.18.01bis Art. 17 al. 3 325
4.2.18.01ter Art. 60 326
4.2.18.02 Art. 46 326
4.2.18.03 Art. 72 326
4.2.19 Loi sur le droit d'auteur (LDA) 327
4.2.20 Loi sur les topographies (LTo) 328
4.2.21 Loi sur la protection des marques (LPM) 329
4.2.22 Loi sur les dessins et modèles industriels (LDMI) 329
4.2.23 Loi sur les brevets d'invention (LBI) 330
4.2.24 Loi sur la protection des obtentions végétales 330

4.2.25 Loi sur la protection des données (LPD) 331
4.2.26 Loi contre la concurrence déloyale (LCD) 332
4.2.27 Loi sur les cartels (LCart) 332
4.2.28 Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) 333
4.2.28.01 Art. 5 333
4.2.28.02 Art. 6 334
4.2.28.02bis Art. 7 335
4.2.29 Loi sur le droit international privé 335
4.2.30 Loi sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) 336
4.2.31 Loi sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) 337
4.2.31.01 Art. 135 338
4.2.31.02 Art. 141 339
4.2.31.03 Art. 143 340
4.2.32 Loi sur la protection civile (LPCi) 341
4.2.32.01 Art. 58 341
4.2.32.02 Art. 61 341
4.2.32.03 Art. 63 342
4.2.33 Loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN) 342
4.2.33.01 Art. 3 343
4.2.33.02 Art. 4 343
4.2.33.02bis Art. 5 et 6 344
4.2.33.03 Art. 7 344
4.2.33.04 Art. 8 345
4.2.33.05 Art. 9 345
4.2.33.06 Art. 10 345
4.2.33.07 Art. 16bis (nouveau) 346
4.2.33.08 Art. 19 et 20 346
4.2.33.09 Art. 26 347
4.2.33.10 Art. 27 347
4.2.33.11 Art. 28 347
4.2.34 Loi sur les installations électriques (LIE) 348
4.2.34.01 Art. 27 348
4.2.34.02 Art. 28 350
4.2.34.03 Art. 29 350
4.2.34.04 Art. 30 350
4.2.34.05 Art. 31 351
4.2.34.05bis Art. 32 351

4.2.34.06 Art. 33 351
4.2.34.07 Art. 34 351
4.2.34.08 Art. 35 351
4.2.34.09 Art. 36 352
4.2.34.10 Art. 37 352
4.2.34.11 Art. 38 352
4.2.34.12 Art. 39 352
4.2.34.13 Art. 41 352
4.2.35 Loi sur la circulation routière (LCR) 352
4.2.35.01 Art. 58 353
4.2.35.02 Art. 59 354
4.2.35.03 Art. 60 357
4.2.35.04 Art. 61 358
4.2.35.05 Art. 62 359
4.2.35.06 Art. 64 360
4.2.35.07 Art. 65 360
4.2.35.08 Art. 66 360
4.2.35.08bis Art. 67 et 68 360
4.2.35.09 Art. 69 361
4.2.35.10 Art. 70 361
4.2.35.10bis Art. 71 361
4.2.35.11 Art. 72 361
4.2.35.11bis Art. 73 361
4.2.35.11ter Art. 74 361
4.2.35.11quater Art. 75 362
4.2.35.11quinquies Art. 76 et 76*a* 362
4.2.35.11sexies Art. 77 362
4.2.35.11septies Art. 79 362
4.2.35.12 Art. 80 362
4.2.35.13 Art. 81 363
4.2.35.14 Art. 82 363
4.2.35.15 Art. 83 363
4.2.35.16 Art. 84 364
4.2.35.17 Art. 86 364
4.2.35.18 Art. 87 364
4.2.35.19 Art. 88 365
4.2.36 Loi sur les chemins de fer (LCdF) 365

4.2.37 Loi sur le transport public (LTP) 367
4.2.37.01 Art. 19 368
4.2.37.02 Art. 23 368
4.2.37.03 Art. 39 369
4.2.38 Loi sur le transport de voyageurs (LTV) 369
4.2.39 Loi sur les trolleybus 369
4.2.39.01 Art. 15 370
4.2.39.02 Art. 16 371
4.2.40 Loi sur les installations de transport par conduites (LITC) 371
4.2.40.01 Art. 33 372
4.2.40.02 Art. 34 373
4.2.40.03 Art. 37 373
4.2.40.04 Art. 38 373
4.2.40.05 Art. 39 374
4.2.40.06 Art. 40 374
4.2.41 Loi sur la navigation intérieure (LNI) 374
4.2.41.01 Art. 5 375
4.2.41.02 Art. 30*a* (nouveau) 375
4.2.41.03 Art. 33 et 34 375
4.2.41.04 Art. 39 376
4.2.42 Loi sur la navigation maritime (LNM) 376
4.2.43 Loi sur l'aviation (LA) 378
4.2.43.01 Art. 64 378
4.2.43.02 Art. 64*a* (nouveau) 379
4.2.43.02^{bis} Art. 65 380
4.2.43.03 Art. 66 380
4.2.43.04 Art. 67 380
4.2.43.05 Art. 68 381
4.2.43.06 Art. 69 381
4.2.43.06^{bis} Art. 70 à 74 382
4.2.43.06^{ter} Art. 131 OSAv 382
4.2.43.06^{quater} Art. 75 à 76*a* 382
4.2.43.07 Art. 77 383
4.2.43.08 Art. 78 383
4.2.43.09 Art. 79 383
4.2.43.09^{bis} Art. 106 383
4.2.44.00 Poste et télécommunications - Remarques préliminaires 383

4.2.44.01 Loi sur la poste (LPO) 384
4.2.44.02 Loi sur l'entreprise de télécommunications (LET) 385
4.2.45 Loi sur la protection de l'environnement (LPE) 385
VARIANTE A 387
4.2.45.A01 Art. 59 387
4.2.45.A02 Art. 59*a* 388
4.2.45.A03 Art. 59*b* 388
VARIANTE B 388
4.2.45.B01 Art. 59*a* 388
4.2.46 Loi sur la protection des eaux (LEaux) 389
4.2.47 Loi sur la radioprotection (LRaP) 389
4.2.47.01 Art. 39 390
4.2.47.02 Art. 40 391
4.2.48 Loi sur les denrées alimentaires (LDAl) 391
4.2.49 Loi sur le service civil (LSC) 392
4.2.49.01 Art. 52 392
4.2.49.02 Art. 53 393
4.2.49.02^{bis} Art. 54 394
4.2.49.03 Art. 55 394
4.2.49.04 Art. 57 394
4.2.49.04^{bis} Art. 58 394
4.2.49.05 Art. 59 394
4.2.49.06 Art. 60 395
4.2.49.07 Art. 61 396
4.2.50 Loi sur l'assurance-accidents (LAA) 397
4.2.51 Loi sur la chasse (LChP) 397
4.2.51.01 Art. 15 398
4.2.51.02 Art. 16 399
4.2.51.03 Art. 23 399
4.2.52 Loi sur la pêche (LPêche) 399
4.2.53 Loi sur le contrôle des métaux précieux (LCMP) 400
4.2.53.01 Art. 38 400
4.2.53.02 Art. 40 401
4.2.54 Loi sur les substances explosibles (LExpl) 401
4.2.55 Loi sur les voyages à forfait (LVF) 403
4.2.55.01 Art. 14 403

4.2.55.02 Art. 15 404
4.2.55.02bis Art. 16 405
4.2.56 Loi sur les fonds de placement (LFP) 405
4.2.56.01 Art. 65 405
4.2.56.02 Art. 66 406
4.2.56.02bis Art. 67 406
4.2.56.02ter Art. 68 406
4.2.57 Loi sur les banques (LB) 406
4.2.57.01 Art. 44 407
4.2.57.02 Art. 45 408

ANNEXE 429

DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE. INTERVENTIONS PARLEMENTAIRES DEPUIS 1970 429

TABLE DES ABREVIATIONS

ACF	Arrêté du Conseil fédéral
AF	Arrêté fédéral
al.	Alinéa
AP	Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (art. 41ss CO). Souvent cité dans le texte : Avant-projet
art.	Article
Ass. féd.	Assemblée fédérale
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BO CE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
cf.	Confer
ch.	Chiffre
chap.	Chapitre
CN	Conseil national
CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
cons.	Considérant
DC	Droit de la construction
DFJP	Département fédéral de justice et police
DPS	Traité de droit privé suisse
éd.	Edition, éditeur
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JT	Journal des tribunaux
LF	Loi fédérale
lit.	Littera (lettre)
loc. cit.	Loco citato (à l'endroit cité)
N./n.	Note

N°/n°	Numéro
not.	Notamment
O	Ordonnance
op. cit.	Opus citatum (oeuvre citée)
p.	Page
par.	Paragraphe
p.ex.	Par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
Pra.	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts
RDS	Revue de droit suisse
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
réf. cit.	Référence(s) citée(s)
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSA	Revue suisse d'assurances
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	Et suivant(e)
ss	Et suivant(e)s
SJ	Semaine judiciaire
spéc.	Spécialement
TF	Tribunal fédéral
trad.	Traduction, traduit
VAS	Arrêts de tribunaux civils suisses dans des contestations de droit privé en matière d'assurance
vol.	Volume
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

LISTE DES PRINCIPALES LOIS CITEES

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich du 1er juin 1811
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich du 18 août 1896
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCF	Code civil français du 21 mars 1804
CCI	Code civil italien du 16 mars 1942
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (LF complétant le CC - Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, RS 101
LA	LF du 21 décembre 1948 sur l'aviation, RS 748.0
LAA	LF du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents, RS 832.20
LAAM	LF du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire, RS 510.10
LAI	LF du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité, RS 831.20
LAM	LF du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire, RS 833.1
LAMal	LF du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10
LAVI	LF du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions, RS 312.5
LAVS	LF du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10
LBI	LF du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention, RS 232.14
LCA	LF du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1
LCart	LF du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels), RS 251
LCD	LF du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, RS 241
LChP	LF du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (Loi sur la chasse), RS 922.0
LCR	LF du 19 décembre 1958 sur la circulation routière, RS 741.01
LDA	LF du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (Loi sur le droit d'auteur), RS 231.1.
LDIP	LF du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291
LEaux	LF du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux, RS 814.20

LExpl	LF du 25 mars 1977 sur les substances explosibles (Loi sur les explosifs), RS 941.41
LIE	LF du 24 juin1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (Loi sur les installations électriques), RS 734.0
LITC	LF du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduites, de combustibles ou de carburants liquides ou gazeux (Loi sur les installations de transport par conduites), RS 746.1
LNI	LF du 3 octobre 1975 sur la navigation intérieure, RS 747.201
LNM	LF du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse, RS 747.30
LP	LF du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1
LPCi	LF du 17 juin 1994 sur la protection civile (Loi sur la protection civile), RS 520.1
LPD	LF du 19 juin 1992 sur la protection des données, RS 235.1
LPE	LF du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (Loi sur la protection de l'environnement), RS 814.01
LPP	LF du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.40
LRaP	LF du 22 mars 1991 sur la radioprotection, RS 814.50
LRespC	LF du 28 mars 1905 sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes, RS 221.112.742
LRCF	LF du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité), RS 170.32
LRCN	LF du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire, RS 732.44
LRFP	LF du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits, RS 221.112.944
LSC	LF du 6 octobre 1995 sur le service civil, RS 824.0
LSP	LF du 2 octobre 1924 sur le Service des postes, RS 783.0
OJ	LF d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, RS 173.110
PCF	LF du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale, RS 273

RAPPORT EXPLICATIF

1 Bases et buts de la réforme

1.1 Antécédents historiques

1.1.1 Evolution jusqu'en 1967

1.1.1.1 De l'ancien au nouveau Code des obligations

Dans l'ancien Code fédéral des obligations de 1881 (aCO), le droit de la responsabilité civile était réglé aux art. 50 à 69. Ces dispositions ont été reprises sans changements de fond majeurs dans les art. 41 à 61 du Livre cinquième du nouveau Code civil, le Code des obligations du 30 mars 1911, qui est toujours en vigueur[1].

Pourtant, les premières impulsions pour une réforme substantielle du droit de la responsabilité civile remontent au début de notre siècle, plus précisément au rapport présenté par le professeur Carl Christoph Burckhardt au Congrès des juristes suisses de 1903 à Lausanne sur "La révision du Code suisse des obligations sous l'aspect de la responsabilité civile"[2]. Ce magistral exposé - dont l'écho est resté bien en deçà de sa valeur et qui peut aujourd'hui encore servir de source d'inspiration - embrassait à la fois le droit de la responsabilité extracontractuelle et contractuelle. Bien que Burckhardt se défendît d'emblée contre tout semblant de vouloir proposer des changements révolutionnaires et qu'il soulignât avec fermeté l'importance qu'il attribuait à la continuité du droit et à sa sécurité, il avança à l'intention des juristes et du législateur une série d'approches tout à fait originales de questions qui ont continué à nous préoccuper jusqu'à nos jours. La plus inédite parmi ses suggestions est certainement celle qui mène à une première esquisse de clause générale de la responsabilité pour risque[3] et qui procédait - à cette époque déjà - d'un constat d'insuffisance du droit classique de la responsabilité à fournir des solutions satisfaisantes, ou plutôt à éviter des résultats choquants face aux potentiels dangers créés par la technique et l'industrie modernes. A vrai dire, Burkhardt n'envisageait une telle norme que comme soupape de sûreté pour des cas exceptionnels ; mais il partait déjà de l'idée - que nous aurons l'occasion de développer par la suite[4] - que seul le juge est en mesure d'apprécier concrètement tous les tenants et aboutissants d'une situation donnée et de fournir une réponse adéquate à la question de savoir si, dans un domaine d'activités déterminé, les conditions permettant de justifier une responsabilité objective sont réunies. Et - malgré toute la prudence avec laquelle il formulait sa proposition - Burckhardt admet-

---

1 Tercier P., Cent ans de responsabilité civile en droit suisse, in : Le Centenaire du Code des obligations (Mélanges), Fribourg 1982, p. 203 ss.

2 Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, RDS 1903, p. 469 ss, spéc. p. 578 (projet d'art. 68*a*).

3 Burckhardt C. Chr., op. cit. (n. 2), p. 567 ss ; cf. infra 2.4.4.

4 Cf. infra 2.4.4.2.

tait implicitement la portée générale de cette conception ; on s'expliquerait mal, sinon, la manière tout à fait conséquente dont il envisage qu'un risque imputable à la personne lésée puisse influencer la fixation des dommages-intérêts au même titre qu'une faute concomitante[5]. Dans le même ordre d'idées, il estimait en outre qu'il conviendrait de mieux tenir compte des responsabilités objectives sous l'aspect de la solidarité et il préconisait un régime uniforme du concours de responsabilités très proche de celui que le présent avant-projet entend réaliser[6].

Que les propositions de Burckhardt n'aient pas eu une plus forte résonance s'explique probablement en partie par un manque d'intérêt général à l'égard des problèmes de la responsabilité civile en ce début de siècle, où la codification et l'unification du droit civil relevant jusque-là du droit cantonal occupaient l'avant-scène. Ce désintérêt est d'ailleurs nettement sensible chez Eugen Huber lui-même, qui n'a consacré au droit de la responsabilité extra-contractuelle qu'un seul paragraphe relativement succinct à la fin de son grand ouvrage "Système et histoire du droit privé suisse"[7]. Sa seule contribution législative dans ce domaine a été l'insertion précipitée, au cours des débats parlementaires de 1909/1910, d'un al. 2 dans l'art. 51 CO qui - comme on l'a pertinemment relevé - "posa finalement plus de problèmes qu'il n'eût dû en résoudre"[8].

En marge du Code civil, l'évolution législative a cependant suivi un cours qui semble s'être entièrement déconnecté de la codification principale ; ce phénomène s'est d'ailleurs prolongé jusqu'à notre époque, et il est symptomatique de la conception ou plutôt du manque de conception qui a longtemps régné dans le domaine de la responsabilité civile. Cette observation est notamment illustrée par les premières normes instituant une responsabilité objective qui ont été introduites, une à une - et pratiquement sans rapport entre elles - dans le cadre de différentes réglementations spéciales. Le plus ancien de ces textes, la "Loi fédérale sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur en cas d'accidents entraînant mort d'homme ou lésions corporelles", date de 1875 ; il a institué une responsabilité objective au niveau fédéral avant même l'adoption du Code des obligations. Ce dernier a en revanche consacré - dans une clause générale selon les modèles français et autrichien - le critère de la faute comme principe suprême et dominant de la responsabilité, au point que doctrine et jurisprudence ont par la suite érigé ce critère en dogme absolu, de sorte que toute responsabilité reposant sur un autre fondement apparaissait comme exception, si ce n'est comme sacrilège. Il n'en reste pas moins que l'exception a existé avant la sacralisation de la règle. Ceci est vrai également

---

5 Burckhardt C. Chr., op. cit. (n. 2), p. 501 et p. 571 ss (projet de complément à l'art. 51 al. 2 aCO) ; cf. infra 2.5.2.

6 Burckhardt C. Chr., op. cit. (n. 2), p. 570 ss et p. 575 (projet de révision de l'art. 60 aCO) ; cf. infra 2.6.4.

7 Huber E., System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, vol. IV, Bâle 1893, p. 894 ss.

8 Tercier P., op. cit. (n. 1), p. 208 ; cf. également Widmer P., Ethos und Adäquanz der Regressordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR, in : Mélanges Assista 1968-1978, Genève 1979, p. 269 ss (275 ss).

en ce qui concerne la deuxième loi spéciale prévoyant une responsabilité objective et qui datait de 1881/1887 : la loi sur la responsabilité des fabricants[9], abrogée en 1911 par la loi sur l'assurance en cas de maladie et accidents (LAMA) qui a établi le premier système de sécurité sociale en Suisse.

Pendant ce temps, une nouvelle responsabilité spéciale avait été introduite en 1902 par la loi sur les installations électriques, qui est toujours en vigueur ; puis, en 1905, la loi de 1875 sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer faisait l'objet d'une révision totale. Pour leurs domaines respectifs, ces deux lois règlent le principe et les modalités de la responsabilité de façon presque exhaustive et souvent singulière, en limitant les références au "droit commun" du CO à quelques points plus ou moins marginaux. La LRespC notamment se suffit si bien à elle-même et prévoit un certain nombre de solutions si extraordinaires[10] qu'elle est la seule à avoir provoqué - avant les interventions d'actualité en matière de responsabilité du fait des produits et celles qui ont fait suite aux accidents de Seveso, Tchernobyl et Schweizerhalle - une réaction parlementaire exigeant sa révision et, du même coup, une réforme et unification du droit de la responsabilité civile dans son ensemble[11].

1.1.1.2 De 1912 à 1967

Depuis l'entrée en vigueur du Code civil, le Chapitre II du Titre premier du Code des obligations n'a subi que peu de modifications. Il faut mentionner l'abrogation de l'art. 48 CO par la loi de 1943 contre la concurrence déloyale, et celle de l'art. 56 al. 3 CO par la loi de 1986 sur la chasse. Il faut également mentionner les retouches purement rédactionnelles de l'art. 55 CO lors de la révision du droit du contrat de travail de 1971[12], ainsi que la modification matérielle de l'art. 49 al. 1 CO par la loi de 1983 sur la protection de la personnalité ; cette dernière modification a notamment supprimé l'exigence d'une faute - grave - de la personne responsable pour l'octroi d'une somme d'argent à titre de réparation morale.

La législation spéciale, quant à elle, a continué à foisonner : en 1925, la loi fédérale sur la chasse et la protection des oiseaux a institué une responsabilité objective de *"celui qui pratique la chasse"*[13] (art. 13) ; depuis lors, elle a été substituée par un nouveau texte de 1986, dont l'art. 15 a repris l'ancien en l'assortissant d'une assurance obligatoire (art. 16). Ici, la loi spéciale s'est bornée à poser le principe de la responsabilité, en renvoyant *"pour le reste ... aux dispo-*

---

9 Cette loi ne faisait en réalité que mettre en oeuvre une disposition-cadre contenue dans la loi sur les fabriques du 23 avril 1877.

10 Notamment en ce qui concerne les atteintes aux choses (art. 11 LRespC) et la réparation du tort moral (art. 8 LRespC). Cf. à ce sujet not. Keller A., Haftpflicht im Privatrecht, vol. I, 5ème éd., Berne 1993, p. 221.

11 Postulat Cadruvi (No. 10470), du 7 octobre 1970 : Unification du droit de la responsabilité civile.

12 Les "commis, employés de bureau et ouvriers" ont été transformés et uniformisés en "travailleurs ou autres auxiliaires".

13 Cf. infra 2.4.4.3.

sitions du Code des obligations sur les actes illicites" (art. 15 al. 2 LChP) ; on y a donc adopté, avant la lettre et *in optima forma*, le concept de "Partie générale" tel qu'il est à la base du présent avant-projet[14].

C'est le 1er janvier 1933 qu'est entrée en vigueur - après de longues péripéties (un régime de concordats intercantonaux suivi de l'échec d'un premier projet de 1926 rejeté lors d'un référendum en 1927) - la loi sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles (LA) du 15 mars 1932[15]. Elle sera remplacée en 1958 par la loi fédérale sur la circulation routière, dont le Titre quatrième (Responsabilité civile et assurance) est entré en vigueur le 1er janvier 1960 et a, depuis lors, été révisé à plusieurs reprises. Le principe de la responsabilité objective du détenteur a été retenu dès la première loi de 1932 (art. 37 ss LA) ; de même le système de l'assurance obligatoire et de l'action directe (art. 48 ss LA).

Suivent en 1948 la loi sur la navigation aérienne instituant une responsabilité pour risque de "l'exploitant de l'aéronef" pour les dommages causés par celui-ci *"en vol aux personnes et aux biens qui se trouvent à la surface (de la terre)"*, puis, en 1959, la loi sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique (LEA), qui canalise la responsabilité objective pour les dommages causés aux personnes et aux choses sur l'exploitant de l'installation atomique, en la plafonnant à un montant de 40 millions de francs (augmenté plus tard à 200 millions) ; ce régime est complété par un fonds pour les dommages différés et par un système particulier d'indemnisation pour les grands sinistres (art. 12 à 28 LEA). En 1963, c'est enfin la loi sur les installations de transport par conduites, qui introduit également une responsabilité objective de l'exploitant de telles installations ; on y rencontre pour la première fois une disposition qui rend le propriétaire d'un pipe-line solidairement responsable avec l'exploitant au cas où celui-ci n'en aurait pas lui-même la propriété (art. 33 al. 1 *in fine* LITC).

Une évolution moins visible mais non moins importante s'opère parallèlement sur le plan de la jurisprudence. Elle se résume, grosso modo, à la tendance toujours plus prononcée de resserrer les vis qui permettent de rendre la responsabilité aquilienne et les responsabilités causales simples plus incisives et plus contraignantes ; le juge comble ainsi tacitement les lacunes qui deviennent plus sensibles au fur et à mesure que le nombre des responsabilités spéciales ponctuelles s'accroît et que - par conséquent - les carences subsistant dans les secteurs non couverts apparaissent de façon d'autant plus patente[16]. Paradoxalement, c'est par le biais des conditions générales de la responsabilité, qui seraient pourtant censées en tracer les limites, que cette expansion s'effectue principalement. Ainsi, la théorie de la causalité adéquate, qui se réclame de concepts scientifiques empruntés au calcul des probabilités, forme le cadre dans lequel se développe la notion du "pronostic objectif rétrospectif", notion qui doit permettre d'établir un rapport de causalité juridique même dans des constellations où le dommage résulte d'un enchaînement de circonstances tout à fait singulier. Dans le même ordre d'idées, l'exigence de l'illicéité est

---

14 Cf. infra 4.1.

15 Ancien RS vol. 7, p. 593 ss.

16 Cf. infra 2.4.4.1.

assouplie par la reconnaissance d'un soi-disant *"principe fondamental de l'ordre juridique"* (Oftinger) - connu sous le nom de "Gefahrensatz" ("principe du danger créé") - qui tend à ériger en norme générale l'ancienne maxime romaine du *neminem laedere* ; sa violation établirait automatiquement l'illicéité de l'atteinte et deviendrait simultanément constitutive d'une faute objectivée[17].

Dans le domaine des responsabilités particulières intégrées au Code civil et au Code des obligations, on assiste par ailleurs à un véritable changement de régime, changement qui se manifeste de la manière la plus accentuée dans la responsabilité de l'employeur (art. 55 CO). Conçue à l'époque comme responsabilité fondée sur la faute de celui qui choisit mal ses auxiliaires ou fait preuve de négligence dans leur instruction et dans leur surveillance, cette hypothèse de responsabilité ne devait à l'origine se distinguer de la responsabilité aquilienne ordinaire que par un renversement du fardeau de la preuve concernant ces devoirs de diligence. Peu à peu, cependant, elle se transforme en responsabilité objective[18] : la présomption de faute (subjective) est progressivement remplacée par la violation présumée d'un comportement type défini *a posteriori*, notamment d'un devoir d'instruction confectionné sur mesure et dont le non-respect est alors inéluctablement induit du fait même qu'un dommage s'est produit. L'absence d'une responsabilité adéquate pour les véhicules à moteur jusqu'en 1932 ne pouvait évidemment qu'encourager cette sévérité[19] ; mais même après l'entrée en vigueur de la LA, cette tendance a continué à s'affirmer pour finalement aboutir à une responsabilité du fait de l'organisation qui a définitivement réduit la preuve libératoire de l'employeur à une possibilité purement théorique[20]. Si l'on s'en tient à la jurisprudence du TF, on peut en effet constater que la preuve libératoire de l'employeur n'a plus jamais été admise depuis 1965[21]. Des tendances semblables se sont manifestées par

---

17 Cf. à ce sujet Tercier P., op. cit. (n. 1), p. 208 ss ; Yung W., Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile, in : Klein, F.-E. (éd.), Colloque franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile, Bâle/Stuttgart 1973, p. 115 ss et 125 ss ; Widmer P., Gefahren des Gefahrensatzes, RJB 1970, p. 289 ss ; idem, Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, RJB 1974, p. 289 ss ; idem, Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, RDS 1977, p. 417 ss.

18 Les premiers symptômes de cette métamorphose apparaissent déjà sous le régime de l'ancien CO (art. 62), notamment dans les considérants de l'ATF 34 II 266 ss (270) ; la nouvelle conception est ensuite clairement affirmée dans l'ATF 56 II 283 ss (287), où le TF déclare textuellement que "la responsabilité de l'employeur n'est pas une responsabilité fondée sur la faute", que la preuve libératoire "n'est pas une preuve d'exculpation, mais d'exception" et que "la diligence au sens de l'art. 55 CO ne consiste pas simplement en un comportement conforme au devoir, mais dans une somme de mesures qui s'imposent objectivement" (trad. par les auteurs du présent Rapport).

19 ATF 38 II 487 ss ; ATF 51 II 73 ss et 517 ss ; ATF 56 II 283 ss et 289 s. ; ATF 58 II 29 ss.

20 ATF 110 II 456 ss, avec - comme précurseurs - les ATF 95 II 93 ss, ATF 96 II 27 ss et ATF 97 II 221 ss. Cf. également infra 2.4.3.1.

21 ATF 91 I 239 s. La preuve libératoire avait également été admise dans un arrêt rendu en 1964 (ATF 90 II 86 ss) ; il s'agit du fameux cas dit "de la friteuse", qui a déclenché en Suisse les premières discussions sur la responsabilité du fait des produits (cf. notamment l'intervention de P. Jäggi lors du 101ème Congrès des juristes suisses à Neuchâtel, in : RDS 1967 II p. 754 ss) et par opposition auquel le TF a procédé - vingt ans plus tard - à un spectaculaire revirement de jurisprudence dans l'arrêt 110 II 456 ss. Cf. supra n. 20 et infra 1.2.2.3 *in fine*.

rapport aux autres dispositions qu'il est convenu de ranger dans la catégorie des "responsabilités causales simples"[22]

Au niveau de la doctrine, il est frappant de constater à quel point l'évolution du droit de la responsabilité civile a été marquée par des recherches menées sous les auspices de la Société suisse des juristes. En effet, vingt-sept ans après les thèses de Burckhardt[23] et trente-sept ans avant le Congrès de Neuchâtel qui a lancé l'idée de l'unification du droit de la responsabilité[24], un esprit encore timidement novateur s'est fait jour dans les deux rapports soumis à la 65ème Assemblée annuelle de 1930 par Arthur Homberger et Max Petitpierre sur "La responsabilité causale"[25]. Essentiellement destinés à préparer le terrain pour la deuxième tentative d'introduire une responsabilité objective en matière de trafic motorisé[26], ces exposés se sont avant tout attachés à démontrer le déclin de la faute comme principe absolu de la responsabilité, sans toutefois aboutir à des conceptions foncièrement nouvelles. La responsabilité pour risque continue à être considérée comme exceptionnelle et même dans un certain sens comme dangereuse, parce que susceptible d'enlever à la responsabilité civile "l'élément moral" ; d'autre part, Homberger notamment paraît admettre sans trop de difficultés que, comme conséquence d'une objectivation toujours plus radicale de la faute, la responsabilité traditionnelle puisse finalement trouver sa seule justification dans l'illicéité de l'atteinte et dans une idée de garantie. Les deux auteurs semblent encore considérer le droit de la responsabilité civile comme un ensemble de normes hétérogènes reliées entre elles uniquement par le parallélisme de leur fonction réparatrice, une espèce de carrière dans laquelle juge ou législateur taillent les blocs dont ils ont justement besoin.

Du point de vue scientifique, l'apport majeur durant cette époque est certainement la publication du grand ouvrage "Schweizerisches Haftpflichtrecht" de Karl Oftinger, c'est-à-dire du premier traité systématique du droit suisse de la responsabilité civile, paru en première édition successivement en 1940 (Volume I : Partie générale) et en 1942 (Volume II : Partie spéciale)[27]. Ce livre

---

22 Comparer : a) pour la responsabilité du détenteur d'animal (art. 56 CO) : ATF 85 II 245 ss, et, plus récemment, ATF 104 II 23 ss ainsi que ATF 110 II 136 ss ; b) pour la responsabilité du propriétaire d'ouvrage (art. 58 CO) : ATF 57 II 47 ss, ATF 88 II 417 et, tout dernièrement, ATF 118 II 36 ss ; c) pour la responsabilité du propriétaire foncier (art. 679 CC) : ATF 81 II 442 ; à partir de cette disposition, ou plutôt en admettant une lacune, le TF a même développé un nouveau cas de responsabilité objective pour fait licite, c'est-à-dire pour les nuisances inévitables provoquées par des travaux de construction : ATF 83 II 375 ss, ATF 91 II 100 ss, ATF 114 II 230 ss ; cf. à ce sujet infra 3.2.3.

23 Cf. supra n. 2.

24 Cf. infra 1.1.2.1.

25 RDS 1930, p. 1a ss (Homberger A., Haftpflicht ohne Verschulden) ; p. 67a ss (Petitpierre M., La responsabilité causale).

26 Cf. supra avant n. 15.

27 A partir de la 2ème édition (1958/60/62 ; réimprimée à deux reprises en 1964/65, puis en 1969/70/72 comme 3ème édition inchangée), la Partie spéciale a été divisée en deux tomes, le premier étant consacré aux responsabilités causales simples, à celles des entreprises de chemins de fer et des exploitants d'installations électriques, le second à la responsabilité du détenteur d'un véhicule automobile et à la responsabilité de la Confédération selon la loi sur l'organisation militaire pour les dommages causés par des exercices

est devenu le principal ouvrage de référence pour une génération de juristes, et il a profondément marqué la pratique, tant sur le plan judiciaire que dans le règlement à l'amiable des dommages entre avocats et assureurs. Son principal mérite est d'avoir clairement démontré l'unité structurelle du système et des mécanismes de la responsabilité extra-contractuelle, en faisant en même temps apparaître d'autant plus visiblement les incohérences qui existent entre des normes de même nature, mais qui se sont formées et développées de façon souvent fortuite selon les besoins de la pratique et les incidences politiques.

Curieusement, Oftinger n'a guère approfondi la question des fondements de la responsabilité ; il semblait considérer que l'étude des "principes" et des motifs pouvant justifier l'obligation ou les différentes obligations de réparer un dommage n'apportait pas grand-chose du point de vue pratique[28] ; il a donc adopté une attitude résolument pragmatique, se déclarant sceptique envers toute recherche d'un dénominateur commun pour les différentes formes de responsabilités. Dans une certaine mesure, ce scepticisme peut s'expliquer par le fait qu'Oftinger constatait, au moment même où il en construisait le système, un déclin de la responsabilité civile, dû notamment à l'importance croissante des assurances privées et sociales. A son avis, la responsabilité civile était en voie de dégénérer en *"moyen de technique juridique servant à déterminer la prétention envers l'assurance dont les prestations s'effectuent aux dépens d'une collectivité"*[29].

Ce diagnostic ne l'a toutefois pas empêché de dénoncer le manque de cohérence du droit positif et d'en proposer l'unification. Il suggérait la création d'un "corps de règles générales" à insérer dans le Code des obligations et d'un code séparé dans lequel auraient été regroupées le plus grand nombre possible de responsabilités causales, extraites aussi bien du Code civil et du Code des obligations que de la législation spécialisée. Dans ce contexte, il envisageait également une clause générale de la responsabilité pour risque, sans toutefois sembler lui-même y croire vraiment. Et il concluait par une mise en garde contre des réformes trop ambitieuses qui mettraient en cause les lignes fondamentales de cette matière mouvante[30].

---

militaires. La 4ème édition de la Partie générale, parue peu avant la mort de l'auteur, date de 1975. Depuis lors, la Partie spéciale a été récrite et complétée par le professeur Emil W. Stark ; elle est sortie sous la dénomination Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht/Besonderer Teil, en trois volumes : II/1 : Responsabilité pour faute/responsabilités causales simples/responsabilité en cas de pollution des eaux (Zurich 1987) ; II/2 : Responsabilités pour risque : responsabilité pour les dommages causés par les véhicules à moteur (Zurich 1989) et II/3 : Autres responsabilités pour risque (Zurich 1991). La 5ème édition totalement revue et réaménagée de la Partie générale (vol. I) - Oftinger K./Stark E.W., I - a paru en 1995.

28 Oftinger K., Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. I : Partie générale, 4ème éd., Zurich 1975, p. 33 ss ; attitude nettement plus nuancée maintenant dans Oftinger K./Stark E.W., I, op. cit. (n. 27), § 1, N. 9 ss.

29 Oftinger K., I, op. cit. (n. 28), p. 40 (trad. par les auteurs du présent Rapport).

30 Oftinger K., I, op. cit. (n. 28), p. 6 ss.

1.1.2 L'aube de la réforme et son déclenchement par la force du destin (1967 - 1988)

1.1.2.1 Le manifeste de Neuchâtel (1967)

Les observations critiques sur la dispersion des règles de responsabilité civile que Karl Oftinger avait formulées dès la première édition de son traité et qu'il avait réitérées et précisées dans les éditions suivantes, de même que sa suggestion d'entreprendre un effort d'unification, ont amené (une fois de plus) la Société suisse des juristes à inscrire ce problème de politique législative à l'ordre du jour de ses 101èmes assises annuelles, qui se sont tenues à Neuchâtel en septembre 1967. Dans leurs rapports circonstanciés, les professeurs Emil W. Stark et François Gilliard ont dressé un inventaire très complet des questions ouvertes. M. Stark a établi une liste pratiquement exhaustive des solutions divergentes apportées par les différents textes à des problèmes identiques ; il a en outre examiné l'opportunité d'introduire de nouvelles hypothèses de responsabilités causales pour faire face à certains risques particulièrement sensibles[31]. M. Gilliard s'est voué, quant à lui, à l'étude approfondie de questions ayant plus spécifiquement trait à la procédure, à la réparation du tort moral, aux problèmes de la solidarité et aux rapports entre la responsabilité civile et les assurances ; il a en outre formulé des propositions concrètes pour la révision de l'art. 55 CO, pour l'introduction d'une responsabilité quasi-objective du producteur d'une chose mobilière, ainsi qu'en vue de plusieurs modifications ponctuelles à apporter à différentes lois spéciales[32]. Au terme d'une discussion nourrie[33], l'assemblée de Neuchâtel adopta la Résolution suivante à l'intention du Conseil fédéral et du parlement :

> *"Les membres de la Société suisse des juristes, réunis à Neuchâtel, expriment le vœu que soit unifié le droit de la responsabilité actuellement dispersé dans un trop grand nombre de textes. Il s'agirait de revoir le fond du problème pour améliorer les solutions en vigueur. Ils demandent au législateur d'entreprendre cette révision, que la doctrine a déjà préparée dans une grande mesure."*

Le gouvernement à qui cet appel s'adressait en premier lieu n'y est pas resté totalement insensible. Dès le début des années septante, la révision du droit de la responsabilité civile a constamment figuré au programme législatif du Conseil fédéral. D'un rapport de gestion à l'autre, il en annonçait la prochaine mise à exécution, en laissant toutefois entendre que ce projet n'était pas à considérer comme prioritaire, compte tenu notamment des restrictions de personnel imposées à l'administration fédérale. Cette situation est restée inchangée durant plus d'une décennie, en dépit d'un nombre croissant d'interventions parlementaires[34] demandant des mesures législatives sur différents points, notamment la responsabilité du fait des produits, un régime particulier pour les

---

31 Stark E.W., Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, RDS 1967 II p. 1 ss (Résumé et thèses p. 100 ss et 185).

32 Gilliard F., Vers l'unification du droit de la responsabilité, RDS 1967 II p. 193 ss.

33 RDS 1967 II p. 742 ss (Résolution, p. 819).

34 Cf. infra Annexe.

exploitants ou propriétaires de barrages et le comblement de lacunes apparues dans les règles sur la prescription.

1.1.2.2 Activités législatives

Tandis que la révision totale ne réussit pas à dépasser le stade des déclarations d'intention, on continue à confectionner de nouvelles responsabilités objectives, qui ont tendance à s'éloigner davantage, non seulement du droit commun, mais aussi du schéma plus ou moins constant adopté jusqu'ici pour les responsabilités spéciales. L'exemple le plus spectaculaire de cette "nouvelle vague" est la disposition absolument inédite qui a été introduite dans la loi sur la protection des eaux, adoptée par les Chambres fédérales en 1971 et entrée en vigueur l'année suivante[35]. L'art. 36 de cette loi contenait une norme de responsabilité qui ne peut être classée dans aucune des catégories connues du droit suisse (et même des systèmes voisins). Le principe de cette responsabilité était libellé comme suit :

> *"Celui dont l'entreprise ou les installations polluent les eaux, ou qui les pollue par ses actes ou ses omissions, est responsable du dommage qui en résulte."*

Le fait de rattachement de cette responsabilité est constitué par la pollution des eaux comme telle ; ce n'est donc pas à la cause de cette pollution que l'on se réfère - mais directement au résultat. En effet, la description des faits qui peuvent provoquer une pollution comprend toutes les situations et tous les comportements imaginables (posséder ou détenir une entreprise ou une installation, agir de n'importe quelle façon ou omettre quelque action que ce soit qui aurait permis d'éviter qu'une pollution se produise). La pollution, définie comme *"toute altération nuisible des propriétés physiques, chimiques ou biologiques de l'eau"* (art. 2 al. 2 de l'ancienne loi, art. 4 lit. d de la loi révisée), est en elle-même constitutive de l'illicéité, et les dommages qui en résultent sont réparables indépendamment de leur nature ; cela vaut même pour les dommages purement économiques, normalement exclus, soit expressément, soit implicitement selon la distinction entre biens juridiques protégés de façon absolue et autres positions ne jouissant pas d'une protection automatique[36]. Par ailleurs, la responsabilité du pollueur (ou de celui qui n'a pas empêché la pollution) se passe de tout critère d'imputation. Suivant les cas, il peut y avoir un risque qualifié pour la justifier, mais ce n'est pas une condition ; il peut aussi y avoir violation fautive d'un devoir de diligence (par acte ou par omission), mais ce n'est pas indispensable non plus. La simple causalité naturelle suffit à établir le lien de responsabilité ; et, s'agissant d'omission, on n'exige même plus de lien causal du tout puisqu'on peut devenir responsable pour ne pas avoir agi, et cela indépendamment d'un devoir quelconque. En définitive, chacun répond envers chacun de chaque dommage, pourvu que celui-ci se soit produit à travers l'alté-

---

35 La LEaux a fait l'objet d'une révision totale initiée en 1987 par un Message du Conseil fédéral (FF 1987 II 1081 ss) et qui a finalement abouti en novembre 1992, après avoir été adoptée en janvier 1991 par le parlement et approuvée par le peuple lors d'un référendum en mai 1992.

36 Cf. infra 2.3.2.1 et 2.3.3.1.

ration d'une propriété quelconque de l'eau. Il s'agit d'une responsabilité pour le pur résultat ou - du point de vue du responsable - d'une responsabilité du seul fait de son existence[37].

On pourrait à la rigueur concevoir que la dérive dans laquelle le législateur s'est laissé entraîner en élaborant la LEaux était due à un égarement momentané ou à un excès de zèle ; celui-ci s'expliquerait par l'état inquiétant des eaux au début des années septante et par l'urgence de mettre en place un dispositif permettant d'en éviter une dégradation ultérieure. Or, cette explication serait trop superficielle. La véritable et profonde raison de ce dérapage réside plutôt dans une lente et constante érosion du droit de la responsabilité civile et de la conscience de ce droit tout au long de ce siècle ; les causes de cette érosion doivent être cherchées tant du côté de la jurisprudence, forcée à repousser progressivement les limites immanentes au droit positif, que du côté du législateur, qui est intervenu au coup par coup pour rapiécer une structure juridique successivement dépassée par la réalité. Il n'y a rien d'étonnant au fait que, sous une telle pression, la conscience des fondements de la responsabilité se soit de plus en plus affaiblie et qu'on en soit arrivé au point où l'on croyait pouvoir complètement se passer de principes régulateurs.

Cette perte de conscience et de mesure quant à la finalité et aux fonctions de la responsabilité civile n'a d'ailleurs pas fini de brouiller les esprits : pas plus tard que lors de sa session de juin 1994, le Conseil des Etats, en révisant la loi sur la protection de l'environnement, a cru bon de compléter une norme de responsabilité objective proposée par le Conseil fédéral et qui ne visait que les entreprises et installations comportant un risque écologique élevé, par une disposition qui aurait dû étendre cette responsabilité causale à toutes *"les entreprises et installations ne présentant pas un danger particulier"* ; la seule condition de cet élargissement était qu'il s'agisse d'un dommage causé de façon illicite parce que *"résultant de l'inobservation de la législation protégeant l'environnement"*[38]. L'unique différence avec l'ancien art. 36 LEaux consistait dans le fait que cette responsabilité ne grevait pas le simple particulier, pour autant qu'il n'ait pas la malchance de détenir une "installation" - et il ne fait pas de doute que sa cuisine, son chauffage et sa buanderie devaient être considérés comme de telles installations. De nouveau, on aurait abouti à une responsabilité sans critère d'imputation et quasi illimitée.

Une des principales ambitions de la révision totale et de l'unification du droit de la responsabilité civile, telles que les a conçues la Commission d'étude[39] et telles que les conçoivent les auteurs du présent avant-projet, est de faire clai-

---

37 Oftinger K., Haftpflicht wegen Verunreinigung eines Gewässers, RSJ 1972, p. 101 ss ; idem, Eine neue schweizerische Bestimmung über die Haftpflicht wegen Verunreinigung von Gewässern, in : Festschrift Larenz, Munich 1973, p. 961 ss ; Oftinger K./Stark E.W., II/1, op. cit. (n. 27), § 23, p. 475 ss ; pour une approche critique : Widmer P., Standortbestimmung, op. cit. (n. 17), p. 321 ss.

38 BO CE 1994, p. 486.

39 Il s'agit de la Commission d'étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile (ci-après appelée : la Commission), instituée en 1988 par le Département fédéral de justice et police (cf. infra 1.2) et dont le Rapport a été publié en 1991 par l'Office fédéral de la justice ; cf. dans ce Rapport notamment les ch. III/2.2, p. 18, et V/2.1, p. 38 s.

rement ressortir les lignes fondamentales du système, qui en constituent à la fois les éléments porteurs et les bornes ; ce n'est que si on réussit à rétablir la conscience de ces principes fondamentaux qu'il sera possible à l'avenir d'éviter de nouvelles aberrations.

Le "modèle" de l'art. 36 aLEaux a d'ailleurs été remis en discussion lors d'une procédure de consultation concernant un premier projet de loi sur la protection de l'environnement en 1973, mais la grande majorité des milieux intéressés s'y est très nettement opposée. Le projet du Conseil fédéral, qui a vu le jour en 1979[40], ne prévoyait par conséquent plus aucune disposition sur la responsabilité. En revanche, lors des débats parlementaires qui se sont déroulés sur quatre ans, la Commission préparatoire du Conseil national tenta d'introduire dans la loi une véritable responsabilité pour risque. Sa proposition, qui échoua de justesse devant le plénum[41], a été reprise presque textuellement dans la législation récemment révisée sur la protection de l'environnement[42].

Entre-temps, une situation semblable s'était produite dans le cadre des débats sur une nouvelle loi destinée à régler l'utilisation des explosifs, et qui date du 25 mars 1977. Le projet du gouvernement s'était borné à prévoir une assurance obligatoire, admettant ainsi implicitement que la responsabilité de droit commun était suffisante. Ce n'est qu'au cours des travaux parlementaires que l'idée d'une responsabilité objective à la charge des exploitants d'entreprises ou d'installations fabriquant ou utilisant des matières explosibles ou des engins pyrotechniques a été lancée ; par la suite, elle a trouvé sa place à l'art. 27 LExpl. Malgré la relative précipitation dans laquelle cette disposition a dû être rédigée, on peut la considérer comme modèle : d'une part, elle se contente de poser le principe de la responsabilité pour risque, en mentionnant les causes d'exonération classiques (force majeure, faute grave d'un tiers ou de la personne lésée) et en précisant que les collectivités publiques (Confédération, cantons et communes) sont soumises au même régime que les particuliers[43] ; d'autre part, et pour le reste, elle renvoie simplement au Code des obligations.

La dernière étape du développement législatif, avant le démarrage de la réforme en 1988, est caractérisée par l'adoption d'une loi spéciale sur la responsabilité en matière nucléaire, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1984 et qui a remplacé les art. 12 à 28 de la LEA de 1959[44]. L'objectif principal de cette novelle (qui est devenue la deuxième loi spéciale consacrée exclusivement à la responsabilité civile, après la LRespC[45] et avant la loi de 1993 sur la responsabilité du fait des produits[46]) était l'abandon du système de la réparation plafonnée et l'introduction - en dérogation aux conventions internationales

---

40 Message du 31 octobre 1979, FF 1979 III 741 ss.

41 BO CN 1982, p. 479 ss.

42 Cf. art. 59*a* LPE, révisée par la LF du 21 décembre 1995 ; cf. aussi le Message et Projet du CF in : FF 1993 II 1337 ss.

43 Cf. infra 2.2.3.2.

44 Cf. supra 1.1.1.2.

45 Cf. supra 1.1.1.1, avant n. 10.

46 Cf. infra 4.2.17.

régissant ce domaine[47] - d'une responsabilité en principe illimitée de l'exploitant (dans certains cas aussi du propriétaire) de l'installation nucléaire. Il est vrai que cette nouvelle conception reste passablement théorique puisqu'elle ne déploie ses effets qu'après épuisement d'une couverture d'assurance fournie à un premier échelon (actuellement jusqu'à 700 + 70 millions de francs) par un pool d'assureurs privés, et, au-delà (jusqu'à un milliard + 100 millions de francs) par la Confédération. L'importance de ce texte réside néanmoins dans la réaffirmation d'une position de principe à laquelle le droit suisse s'est toujours tenu, à moins d'être forcé à y déroger par des accords internationaux : soit une responsabilité repose sur une justification valable, et alors le quantum de la réparation ne supporte de restrictions ni vers le haut ni vers le bas, soit elle n'est pas suffisamment justifiée et, dans ce cas, la raison d'être lui fait entièrement défaut[48].

Mentionnons enfin, comme dernière "nouveauté" dans le domaine des responsabilités spéciales, celle que le législateur a introduite aux art. 39 et 40 de la nouvelle loi sur la radioprotection du 22 mars 1991. Contre l'avis de la Commission d'étude, le parlement a consacré ici une fois de plus une hypothèse de responsabilité causale dite "simple" ou "atténuée", qui permet - ou fait semblant de permettre - à l'exploitant d'une installation ou d'une activité impliquant l'utilisation de rayons ionisants de s'exonérer en prouvant *"avoir pris toutes les précautions pour éviter le dommage"*. La conception hybride et problématique de ce genre de responsabilités a déjà été abordée auparavant[49] ; dans le cas d'espèce, elle semble doublement inappropriée à régir la situation qu'elle prétend appréhender : en effet, soit le danger dû aux rayonnements ionisants constitue un risque caractérisé et qualifié, et, si tel est le cas, on ne voit pas pourquoi le responsable devrait pouvoir se libérer par une preuve fondée sur sa diligence ; ou, au contraire, ce danger ne justifie pas une dérogation au principe de la responsabilité pour faute, et alors le renversement du fardeau de la preuve constitue une aggravation qui ne repose pas sur des motifs suffisants. Or, l'évolution la plus probable semble être, dans ce cas comme dans d'autres, que la preuve libératoire restera un mirage et qu'en cas d'atteinte dommageable, le juge en induira simplement que les précautions nécessaires n'ont pas été prises. C'est pourquoi les auteurs du présent avant-projet proposent de biffer la preuve libératoire prévue à l'art. 39 al. 1 LRaP[50].

---

47 Il s'agit notamment de la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité dans le domaine de l'énergie nucléaire (modifiée par des Protocoles additionnels des 28 janvier 1964 et 16 novembre 1982), de la Convention complémentaire de Bruxelles du 31 janvier 1963 - toutes deux signées mais non ratifiées par la Suisse -, ainsi que de la Convention de Vienne du 21 mai 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires. Il existe en outre un Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris du 21 septembre 1988, que la Suisse a également signé.

48 Oftinger K., op. cit. (n. 28), § 7, p. 283 ss.

49 Cf. supra 1.1.1.2.

50 Cf. infra 4.2.47.

1.1.2.3 Doctrine et jurisprudence

En ce qui concerne l'apport de la doctrine, la période à partir de 1967 se distingue par une nette recrudescence d'intérêt à l'égard de la responsabilité civile. On assiste à la parution de plusieurs nouveaux traités spécialisés[51], et les questions élémentaires - fondements et conditions de la responsabilité, notamment les problèmes relatifs à l'illicéité et aux dommages indirects ainsi que ceux liés à la théorie de la causalité adéquate - font de plus en plus souvent l'objet de colloques scientifiques[52] ou de thèses et d'articles qui soumettent les opinions traditionnelles à un examen critique. On va jusqu'à se poser la question de savoir si le droit privé et la responsabilité civile sont encore capables d'assurer une compensation des dommages socialement adéquate ou s'il ne faudrait pas plutôt songer à remplacer le système basé sur des critères d'imputation par une solution d'assurance généralisée[53]. Parmi les thèmes d'actualité qui servent aussi à mettre en évidence la complexité et l'inadéquation de la réglementation existante et son caractère lacunaire, une attention particulière se porte sur la responsabilité des producteurs, la responsabilité médicale et la réparation des dommages causés à l'environnement.

---

51 Aux réimpressions et éditions succcessives de l'ouvrage principal d'Oftinger (cf. supra n. 27/28) viennent notamment s'ajouter le livre d'Alfred Keller, "Haftpflicht im Privatrecht" (cf. supra n. 10), 1ère éd., Berne 1970 (complété après la 4ème édition de 1979 par un 2ème volume en 1987 et 1997, et dont la 5ème et dernière édition date de 1993), le "Précis" de Henri Deschenaux et Pierre Tercier, "La Responsabilité Civile", 1ère éd., Berne 1975 (2ème éd. 1982), le manuel "Ausservertragliches Haftpflichtrecht" d'Emil W. Stark, 1ère éd., Zurich 1982 (2ème éd. 1988) et, dans le cadre d'une série "Das schweizerische Schuldrecht" de Max Keller et différents co-auteurs, le volume II "Haftpflichtrecht" (Keller/Gabi), 1ère éd., Bâle/Francfort 1985 (2ème éd. 1988). Viennent enfin de paraître deux nouveaux ouvrages en la matière. L'un de Heinrich Honsell, "Schweizerisches Haftpflichtrecht" (2ème éd., Zurich 1996), et l'autre de Heinz Rey, "Ausservertragliches Haftpflichtrecht" (Zurich 1995).

En ce qui concerne les commentaires, le droit de la responsabilité civile a été traité dans une 3ème édition du Commentaire bernois (Kommentar zum schweiz. Privatrecht) par R. Brehm, vol. VI.1.3.1 ad art. 41-61 CO, Berne 1986-1990 (la 1ère éd. de H. Becker datait de 1941). Le Commentaire zurichois (Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch) en est toujours à sa 2ème édition de 1929, rédigée par H. Oser et W. Schönenberger. En revanche, un nouveau Commentaire du droit privé suisse, édité par H. Honsell, N. P. Vogt et W. Wiegand, a paru ; dans le volume "Obligationenrecht I (Art. 1-529 CO)", 2ème éd., Bâle 1996, les art. 41 - 61 CO sont commentés par A. K. Schnyder.

Il convient également de citer les traités généraux de droit des obligations qui consacrent des chapitres substantiels à la responsabilité civile, tels que l'ouvrage de Bruno von Büren, "Schweizerisches Obligationenrecht/Allgemeiner Teil", Zurich 1964, le "Traité des obligations en droit suisse" de Pierre Engel (1ère éd., Neuchâtel 1973, 2ème éd., Berne 1997), la réédition du fameux traité de Andreas von Tuhr par H. Peter, "Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I" , (3ème éd., Zurich 1979) et le livre tiré du polycopié Gauch/Schluep/Jäggi, 1ère éd., Zurich 1977 (éditions ultérieures, Gauch/Schluep), "Schweizerisches Obligationenrecht/Allgemeiner Teil" (6ème éd., 1995) dont il existe aussi une version française : Gauch/Schluep/Tercier (2ème éd., 1982).

52 Klein F.-E. (éd.), Colloque franco-germano-suisse..., op. cit. (n. 17) ; Die Verantwortlichkeit im Recht (Semaine juridique turco-suisse 1980), Zurich 1981 ; Guillod O. (éd.), Développements récents du droit de la responsabilité civile (Colloque international de Genève 1990), Zurich 1991.

53 Cf. Tercier P., Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile, RDS 1976 I p. 1 ss, not. 19 ss.

La jurisprudence, quant à elle, continue à suivre un cours expansionniste. A ce titre, il convient notamment de mentionner la jurisprudence du TF relative aux dommages dits "indirects", "réfléchis" ou "par ricochet" : à deux reprises, notre juridiction suprême a admis que puissent donner lieu à réparation les dommages subis par des particuliers ou des entreprises à la suite de la rupture d'une conduite d'eau ou d'un câble électrique ; pour parvenir à ce résultat et justifier le caractère illicite de l'atteinte, elle s'est fondée sur l'art. 239 CP ("Entrave aux services d'intérêt général")[54]. Dans ce même ordre d'idées, notre juridiction suprême a considérablement étendu le domaine des biens protégés et des dommages directs ; elle a notamment admis que tant le choc nerveux causé à un père par le décès accidentel de ses enfants que les souffrances éprouvées par un époux ou par des parents face à une grave invalidité du conjoint ou d'un enfant donnent lieu à réparation, aussi bien des pertes résultant de l'atteinte à la santé psychique dans le cadre de l'art. 46 CO que du tort moral en application de l'art. 49 CO[55]. Enfin, on peut constater même une certaine tendance à interpréter de manière extensive le concept de dommage matériel ou dommage aux choses : le TF a en effet considéré que le refus des consommateurs, après l'accident nucléaire de Tchernobyl, d'acheter des légumes - même si cette attitude n'était pas véritablement fondée du point de vue scientifique, mais procédait plutôt d'une surréaction psychologique - équivalait pour les propriétaires de la marchandise devenue invendable à une atteinte directe à la propriété[56].

Une autre décision, qui illustre bien la tendance générale à étendre le domaine de la responsabilité causale, est celle par laquelle le TF a officiellement consacré - en 1977 seulement, et donc avec un retard considérable par rapport à ce qu'il avait depuis longtemps admis pour les art. 55 et 56 CO[57] - la thèse déjà défendue en doctrine, selon laquelle l'art. 333 CC établit une responsabilité objective et ne se contente pas de renverser le fardeau de la preuve quant à la faute du chef de famille chargé d'éduquer et de surveiller ses enfants[58] ; paradoxalement (mais ce n'est en réalité qu'une apparence de paradoxe dans un système où responsabilités objective et subjective se confondent), la Haute Cour a tenu à affirmer, dans ce même arrêt, que sa déclaration de principe quant au fondement de la responsabilité *"ne modifie pas les critères d'appréciation du devoir de surveillance"* et que *"le degré d'attention dont le père de famille est tenu de faire preuve ne peut pas être déterminé d'après des critères rigoureux et absolus, mais doit être fixé d'après les circonstances particulières*

---

54 ATF 101 Ib 252 ss et 102 II 85 ss ; l'ATF 104 II 95 ss semble cependant indiquer que cette solution n'est peut-être pas acquise une fois pour toutes, et dans l'arrêt ATF 106 II 75 ss, le TF a pu se retrancher derrière le texte de l'art. 58 al. 1 LCR - qui ne parle que de dommages aux personnes et de dommages matériels - pour refuser de rendre responsable le détenteur d'un tracteur envers une entreprise dont la production avait été interrompue à la suite d'une rupture de câble causé par ce véhicule.

55 ATF 112 II 118, 220 et 226 ; ATF 116 II 519 ; ATF 117 II 50.

56 ATF 116 II 480 ss, not. 492.

57 Cf. supra 1.1.1.2.

58 ATF 103 II 24 ss.

de la cause"[59]. En réalité, il est indéniable que les exigences relatives à l'attention commandée par les circonstances - et inversement celles qu'il faut remplir pour bénéficier d'une exonération - se sont faites de plus en plus strictes.

Le point culminant de cette évolution jurisprudentielle est enfin atteint en 1984 lorsque le TF, dans son fameux arrêt ATF 110 II 456 ss, réussit à amputer purement et simplement l'art. 55 CO de sa preuve libératoire pour ériger sur cette table rase la nouvelle responsabilité du fait des produits, sous une forme encore plus radicale que celle préconisée par le législateur européen[60]. Rien depuis lors n'indique que cette "interprétation" extrêmement libre de la responsabilité de l'employeur-producteur aurait risqué d'être remise en question ; et si les choses n'avaient pas pris un autre tournant à la suite d'événements spectaculaires dont il va être question aussitôt, il n'est pas hasardeux de supposer que cette nouvelle responsabilité "du fait de l'organisation" aurait pu devenir la panacée universelle, et que le législateur en aurait profité pour prolonger et justifier son inactivité.

1.1.2.4 Le coup de semonce de Schweizerhalle

Il aura fallu un avertissement sérieux et fatidique pour rappeler au monde politique un projet de réforme que le monde juridique avait jugé mûr et prêt à être réalisé près de vingt ans auparavant, et pour le convaincre de son urgence et de sa nécessité. Cet avertissement a été lancé le 1er novembre 1986, après qu'un incendie se fut déclaré dans des entrepôts de produits agrochimiques de la maison Sandoz S.A. à Schweizerhalle et que les eaux utilisées pour l'éteindre, saturées de substances toxiques, eurent pollué le Rhin sur des centaines de kilomètres. Rétrospectivement, les dégâts se sont avérés bien moins graves qu'on avait pu le craindre au début, et les demandes en réparation, provenant de particuliers, de commerçants et de communes dont le ravitaillement en eau avait été affecté, ont été satisfaites par l'entreprise responsable et ses assureurs, sans que la justice n'ait eu à s'en occuper. Mais le public, déjà sensibilisé par l'accident nucléaire de Tchernobyl qui s'était produit six mois plus tôt, était cette fois réellement inquiété. Cette inquiétude s'est aussitôt traduite par de nombreuses interventions aux Chambres fédérales exigeant l'introduction de nouvelles responsabilités objectives, notamment dans le domaine de l'industrie chimique ; plusieurs propositions visaient aussi de façon générale la création de moyens juridiques susceptibles de mieux appréhender les dommages causés à l'environnement. Dans ce flot de revendications sont également réapparus divers postulats plus anciens, tels que l'introduction de la responsabilité du fait des produits et d'une responsabilité spéciale des exploitants de

---

59 Ces critères ont en effet de tout temps été empreints d'une indulgence particulière, si bien qu'on a même pu constater que divers chefs de famille ont été jugés avec une moindre sévérité sur la base de l'art. 333 CC qu'ils ne l'auraient été si on avait appliqué la responsabilité aquilienne ordinaire de l'art. 41 CO (cf. Widmer, Standortbestimmung ..., op. cit. (n. 17), p. 314 s. et n. 61).

60 Widmer P., La responsabilité du fait des produits en Suisse, in : Journées de la Société de législation comparée 1989, Paris 1990, p. 597 ss (n. 14 ss, p. 607 ss) ; idem, Grundlagen und Entwicklung der schweizerischen Produktehaftung(-en), RDS 1995, p. 23 ss, N. 9 ss.

barrages, un renforcement de la responsabilité médicale, ainsi que le projet initial de révision totale et d'unification du droit de la responsabilité civile.

C'est en réponse à cette intense pression politique que le Département fédéral de justice et police, par décision du 26 août 1988, a institué une Commission d'étude chargée de préparer la révision totale du droit de la responsabilité civile.

1.2 Les travaux de la Commission d'étude

1.2.1 Le mandat

Le mandat de la Commission d'étude[61] a été défini de façon large : sa tâche consistait à élaborer les bases d'une révision en profondeur du droit de la res-

---

61 La Commission était composée des personnalités suivantes : Pierre Widmer, Berne/Lausanne, vice-directeur de l'Office fédéral de la justice et, à partir de 1990, directeur de l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne, professeur à la Haute Ecole de St.-Gall et auteur de plusieurs articles sur la responsabilité civile et sa réforme (président) ; Alfred Keller, Hünikon (ZH), ancien vice-directeur et chef de la division des sinistres à la direction générale de la compagnie d'assurances "Winterthur", auteur du traité "Haftpflicht im Privatrecht" (cf. supra n. 10 et 51) et de nombreux articles traitant différents aspects de la responsabilité civile et du droit des assurances ; Alfred Koller, St-Gall, professeur à la Haute Ecole de St-Gall, auteur d'une thèse sur "La responsabilité des auxiliaires selon l'art. 101 CO" (Fribourg 1980), co-auteur de la 8ème édition du traité de Theo Guhl "Das schweizerische Obligationenrecht" (Guhl/Merz/Koller, Zurich 1991), auteur de différents articles relatifs à la responsabilité civile ; Emil W. Stark, Winterhur, professeur émérite de l'Université de Zurich, rapporteur de langue allemande au Congrès des juristes suisses de Neuchâtel (cf. supra 1.1.2.1 et n. 31), auteur de la 4ème édition de la Partie spéciale (vol. II/1-3) et de la 5ème de la Partie générale (vol. I) du traité "Schweizerisches Haftpflichtrecht" de K. Oftinger, du manuel d'étude "Ausservertragliches Haftpflichtrecht" (cf. supra n. 27 et 51) et de nombreux articles sur différentes questions de la responsabilité civile ; Peter Stein, Bâle, avocat spécialisé en matière de responsabilité civile et de droit des assurances sociales et privées, conseiller juridique du Touring Club Suisse, et auteur de nombreux articles dans ces domaines ; Pierre Tercier, Fribourg, professeur à l'Université de Fribourg, auteur d'une thèse intitulée "Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse" (Fribourg 1971), co-auteur du précis Deschenaux/Tercier "La responsabilité civile" (cf. supra n. 51), auteur d'un ouvrage sur "Le nouveau droit de la personnalité" (Zurich 1984) et de nombreux articles sur divers problèmes de la responsabilité civile ; Pierre Wessner, Bevaix, professeur à l'Université de Neuchâtel, auteur d'une thèse sur "La responsabilité du chef de famille et l'égalité des époux" (Neuchâtel 1981) et de diverses contributions en matière de responsabilité civile.

Sur différentes questions, la Commission a également sollicité les opinions d'experts externes ; elle a notamment demandé un avis sur les implications économiques du système traditionnel de responsabilité par l'imputation et de diverses conceptions fondées sur une solution d'assurance à l'Institut des assurances (Institut für Versicherungswirtschaft) affilié à la Haute Ecole de St-Gall ; M. Hans Merz, Berne, professeur émérite de l'Université de Berne, a établi un avis sur le principe de la solidarité ; M. Hansjörg Steiner, Zurich, juriste à la "Zurich" compagnie d'assurance, a livré une contribution sur le problème des indemnisations anticipées ; M. Walter Stoffel, Fribourg, professeur à l'Université de Fribourg, a traité des problèmes de for et de procédure.

Enfin, la Commission a invité à l'une de ses séances le président de la Commission du Conseil des Etats chargée d'examiner le projet de loi sur la Partie générale du droit des assurances sociales, le professeur Ulrich Zimmerli, et l'auteur de ce projet, M. Hans Naef ; elle a aussi entendu M. Edgar Schmid, chef de la division juridique de la Caisse nationale d'assurance contre les accidents (CNA) et M. Lukas Denger, chef de la section "recours" de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS).

ponsabilité civile, en tenant compte de toutes les normes et réglementations du droit positif qui prévoient directement une compensation du dommage ou qui influencent celle-ci d'une manière ou d'une autre (telles que notamment la législation en matière d'assurances privées ou sociales).

A cette fin, la Commission devait en particulier :

a. définir les fonctions du droit de la responsabilité civile dans l'ordre juridique suisse actuel et en vue de sa future évolution, compte tenu notamment de son rôle par rapport à d'autres systèmes de compensation des dommages, et examiner les possibilités et l'opportunité de la remplacer en tout ou en partie par des solutions généralisées d'assurances ou de fonds d'indemnisation ;

b. clarifier les fondements et les conditions de la responsabilité selon le droit positif (faits de rattachement, critères d'imputation), les rapports existant entre les différentes catégories de responsabilités (responsabilité aquilienne, responsabilités causales simples, responsabilités pour risque), ainsi que les relations entre responsabilité extra-contractuelle et contractuelle ;

c. examiner l'introduction de nouvelles hypothèses de responsabilités objectives destinées à appréhender certains risques techniques ou organisationnels non encore couverts par le droit en vigueur, respectivement la possibilité et l'opportunité de généraliser la responsabilité fondée sur le risque et, le cas échéant, la responsabilité du fait de l'organisation ;

d. démontrer les possibilités d'unification matérielle et formelle des règles qui, dans différents domaines de responsabilité, consacrent des solutions divergentes pour des problèmes de même nature (plus spécialement en ce qui concerne les causes d'exonération, la définition du dommage réparable, le calcul du dommage, la fixation de la réparation, la réparation du tort moral, les concours de responsabilités et les recours, la prescription etc.) ;

e. se prononcer sur la nécessité de modifier ou d'adapter les dispositions régissant certains points particuliers et ayant déjà fait l'objet de critiques ou de revendications sous l'aspect de la politique législative (par exemple : l'assouplissement des règles en matière de preuves, d'éventuels renversements du fardeau de la preuve en faveur de la personne lésée, la suppression des privilèges de responsabilité accordés aux proches de la victime ou à son employeur[62], la portée du principe de la solidarité[63] et le mécanisme des recours, la prolongation des délais de prescription et une éventuelle modification de leur point de départ) ;

---

62 Il s'agit des "limitations de la responsabilité" des conjoints, ascendants et descendants ainsi que de l'employeur prévues par l'art. 44 LAA.

63 Le problème de la solidarité a été débattu récemment dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme (modification du CO du 4 octobre 1991), notamment par rapport à la responsabilité de l'organe de révision ; il s'en est suivi une nouvelle rédaction de l'art. 759 CO.

f. envisager des moyens pour accélérer l'indemnisation (provisoire) des victimes ;

g. étudier l'introduction de nouvelles obligations de s'assurer et de possibilités d'action directe ;

h. examiner la nécessité de règles particulières de procédure pour les dommages de masse.

En traitant ces questions, la Commission était censée établir un catalogue détaillé des points à aborder dans le cadre de la réforme et présenter sous forme de thèses ses propositions de solutions. On attendait en outre d'elle l'élaboration d'une conception générale sur la manière d'effectuer la révision et un avis sur l'éventuelle nécessité de légiférer en priorité sur certains sujets d'actualité, tels que la responsabilité pour les dommages causés à l'environnement, la responsabilité du fait des produits et la responsabilité des exploitants de barrages. Comme on le sait, et pour des raisons relevant soit de la politique intérieure soit de l'accélération de l'intégration européenne, ces trois domaines ont effectivement déjà fait l'objet de travaux législatifs anticipant la révision totale[64].

1.2.2 Aperçu des principales options prises par la Commission

1.2.2.1 Rôle, fondements et champ d'application des normes de responsabilité

1.2.2.1.1 Responsabilité civile ou assurance ?

Avant d'entamer la discussion sur les éventuelles modifications et adaptations du droit classique de la responsabilité civile, la Commission d'étude a eu à résoudre une question préalable fondamentale : celle de savoir si les règles de droit privé sur la compensation des dommages devaient faire comme telles l'objet de la réforme ou s'il n'y avait pas lieu d'envisager un changement plus radical du système, en remplaçant - du moins partiellement, et plus particulièrement en ce qui concerne les dommages corporels - la responsabilité civile par un système d'assurance plus performant. Il s'agissait notamment d'examiner s'il fallait s'inspirer de certains modèles étrangers, communément appelés systèmes *"no fault"* et dont le plus connu est l'*Accident Compensation Scheme* (ACS) néo-zélandais[65] ; ensuite, il y avait lieu de vérifier si l'adoption d'une telle conception contribuerait à accélérer et améliorer l'indemnisation des victimes en la rendant indépendante de la recherche d'une personne responsable.

Comme il fallait s'y attendre, un consensus était difficile à trouver aussi longtemps que le problème était abordé sur le plan des principes, et que l'on considérait le pour et le contre en partant de philosophies divergentes sur le but à atteindre. Pour sortir de l'impasse, la Commission prit le parti de faire dépendre

---

64 Au sujet de la révision de la loi sur la protection de l'environnement, cf. supra 1.1.2.2 et n. 38 et 40 ; concernant la loi sur la responsabilité du fait des produits, cf. infra 4.2.17.

65 Cf. Fleming J., Accident Schemes Abroad, in : Guillod O. (éd.), Développements récents du droit de la responsabilité civile (op. cit. n. 52), p. 429 ss.

sa décision de critères strictement objectifs et neutres du point de vue des valeurs éthiques. Elle tenta donc de se procurer des chiffres et des pronostics susceptibles de démontrer l'impact économique de l'une et l'autre des options. Le mandat ayant pour objet une telle *"analyse économique"* fut confié à l'Institut des assurances (Institut für Versicherungswirtschaft) affilié à la Haute Ecole de St-Gall.

Bien que les résultats de cette analyse n'aient pas répondu à toutes les attentes, il a été possible d'en tirer une conclusion suffisamment nette[66] : un système basé sur une assurance-accidents généralisée *ne permettrait pas de réaliser des économies substantielles* par rapport au système actuel. On a notamment pu constater que, contrairement à certaines suppositions, le coût de l'exercice des recours entre assureurs (d'ailleurs souvent liquidés selon des procédures schématisées et sur une base forfaitaire) ne dépassait guère 6 2/3 pour-cent de la somme totale des remboursements effectués. D'autre part, il s'est avéré délicat d'évaluer les besoins de financement supplémentaires suscités par un système d'assurance élargi ; les difficultés auxquelles le système néo-zélandais est confronté n'étaient et ne sont d'ailleurs pas faites pour dissiper à cet égard toutes les craintes qui, dans le climat économique et politique actuel, ne sauraient que s'accentuer.

Deux considérations complémentaires sont encore venues conforter la Commission dans sa conviction que, dans ces conditions, un abandon du régime traditionnel ne s'imposait pas : premièrement, le fait qu'il aurait de toute façon fallu maintenir des règles de responsabilité pour les dommages matériels et pour les "autres dommages". Deuxièmement, la constatation qu'un système fondamentalement nouveau ne serait viable que s'il ne restait pas isolé au plan international ; or, rien ne permettait de penser, du moins pour l'Europe, qu'une telle évolution était en train de s'amorcer.

La Commission a dès lors tenu pour acquis qu'il valait la peine d'entreprendre une réforme qui consisterait essentiellement à *perfectionner le droit de la responsabilité civile sur les bases existantes* du droit privé, à l'unifier, à le simplifier et à en combler les lacunes, afin de le mettre en mesure de répondre aux exigences légitimes de la société suisse au seuil du XXIème siècle.

1.2.2.1.2 Les fonctions de la responsabilité civile

Sous ce titre, la Commission d'étude a tenu à professer et à réaffirmer, comme point de départ fondamental, l'idée que le droit de la responsabilité civile a pour *but prioritaire d'assurer la réparation* socialement adéquate des dommages ; en d'autres termes, il doit permettre de répartir les pertes entre les personnes concernées selon des critères plausibles et qui correspondent à l'orientation générale de la politique juridique. Les règles en question ont dès lors une double fonction, puisqu'elles servent à la fois à justifier l'obligation de réparer et à la contenir dans des limites raisonnables.

De cette position de principe, il découle en outre que - tant pour définir les fondements de la responsabilité que pour en déterminer les modalités - les

---

66 Rapport, op. cit. (n. 39), III/1, p. 6 ss.

aspects de prévention et de sanction n'entrent en considération qu'à titre accessoire et secondaire par rapport au but principal de la réparation[67].

1.2.2.1.3 Catégories de responsabilités et critères d'imputation : les trois clauses générales

Pour ce qui en est des *principes ou fondements de la responsabilité*, la Commission s'en est essentiellement tenue à la conception traditionnelle, selon laquelle le système suisse de la responsabilité civile est construit sur une "trilogie" de critères principaux[68].

D'un côté, on trouve la *responsabilité aquilienne ou responsabilité à raison de la faute*, énoncée en droit suisse dans la fameuse clause générale de l'art. 41 CO et souvent considérée comme la "mère" de toute responsabilité. Son champ d'application matériel et personnel est pratiquement illimité, puisqu'elle se rattache à n'importe quel comportement humain et que - si les conditions générales (dommage, atteinte illicite, lien de causalité entre comportement et dommage) sont réunies - l'imputation s'opère sur la base d'un élément subjectif, qui consiste dans le reproche d'avoir omis de faire ce qu'on aurait raisonnablement pu et dû faire pour éviter qu'un tiers subisse un préjudice. La Commission a entendu maintenir ce principe fondamental de la responsabilité individuelle, mais *en lui restituant son caractère intrinsèque subjectif* ; ceci devient possible dès que l'on crée plus d'espace pour une responsabilité authentiquement objective en admettant la généralisation de la responsabilité (dite causale) à raison du risque ou liée au fait de l'organisation[69].

De l'autre côté, il y a les hypothèses de responsabilité causale ou objective, stricte ou aggravée, dites aussi *"responsabilités à raison du risque"*. Dispersées dans une dizaine de lois spéciales, elles ont comme trait commun de toutes se rattacher à une situation ou une activité présentant un risque élevé mais toléré par l'ordre juridique, et dont la création n'est donc ni illicite ni fautive ; à ces faits de rattachement (plus ou moins étroitement définis pour chacune des hypothèses en question) correspond un critère d'imputation à motivation essentiellement économique : en compensation du privilège qui lui est accordé d'exercer et d'exploiter une activité dangereuse, l'entrepreneur ou le bénéficiaire doit en assumer les conséquences lorsque le risque se réalise et cause un préjudice à autrui. La proposition de la Commission - qui constitue d'ailleurs un des éléments tout à fait primordiaux de la réforme - est de consacrer une clause générale de la responsabilité fondée sur le risque[70].

Enfin, entre ces deux catégories qui forment pour ainsi dire les pierres angulaires du système, on peut en distinguer une troisième, en quelque sorte intermédiaire ou, peut-être, transitoire, qui réunit en elle des éléments constitutifs des deux autres. Cette catégorie comprend notamment les responsabilités spécifi-

---

67 Rapport, op. cit. (n. 39), III/2, p. 17 ss et thèse 32-1.

68 Rapport, op. cit. (n. 39), III/3, p. 21 ss et thèse 33-1 ainsi que V/3.1, p. 53 s. et thèse 53-1.

69 Rapport, op. cit. (n. 39), III/3.1, p. 23 s. ainsi que V/3.2, p. 56 s. et thèse 53-2.

70 Rapport, op. cit. (n. 39), III/3.3, p. 26 ss ainsi que V/3.3, p. 60 ss et thèse 53-4.

ques prévues dans le Code civil et le Code des obligations en plus ou en dehors de la clause générale de l'art. 41 CO, et qu'on est convenu d'appeler *responsabilités causales ou objectives "simples" ou "atténuées"* : elle concernent le chef de famille (art. 333 CC), le propriétaire d'un bien-fonds (art. 679 CC), l'employeur (art. 55 CO), le détenteur d'un animal (art. 56 CO) et le propriétaire d'un ouvrage (art. 58 CO)[71]. Leur évolution a été esquissée plus haut[72], où l'on a pu démontrer comment certaines de ces normes avaient changé de nature, en se transformant progressivement de formes particulières de responsabilité subjective en nouvelles hypothèses de responsabilité causale ; cette transformation a régulièrement passé par un renversement du fardeau de la preuve et par une objectivation toujours plus poussée de la diligence requise, déduite de devoirs toujours plus sophistiqués et qui semblent souvent avoir été taillés sur mesure après l'événement dommageable et "rétroprojetés" dans la règle en question pour en permettre l'application[73].

Il ne semble dès lors pas aisé de définir le ou les critères d'imputation sur lesquels se fondent ces responsabilités hybrides. La Commission avait discuté l'opinion de l'un de ses membres qui pensait pouvoir déceler le principe commun et général dans l'élément de *"l'irrégularité",* ce qui aurait conduit à une responsabilité fondée sur la seule illicéité. A l'encontre de cette thèse, il a été observé que, en fin de compte, tout fait dommageable résulte d'une irrégularité, qu'il s'agisse d'une irrégularité de comportement reprochable, comme dans la responsabilité pour faute, ou d'une irrégularité technique, comme dans la responsabilité pour risque ; mais que, précisément, pour fonder une obligation de réparer, il fallait un motif supplémentaire, au-delà de la simple illicéité et causalité. Admettre un principe général de responsabilité pour toute atteinte résultant d'une irrégularité équivaudrait en effet non seulement à confondre les régimes de la responsabilité pour faute et de la responsabilité objective, mais aussi à les rendre superflus et à les remplacer par un régime unique dont on a de la peine à voir les limites. Ainsi, la majorité de la Commission, tout en reconnaissant que les cas de responsabilité causale simple existants ont leurs racines dans le développement historique du droit et qu'ils ont acquis un certaine légitimité pratique, a estimé qu'il conviendrait d'en réexaminer la raison d'être à un stade ultérieure de la réforme, notamment à la lumière des nouvelles clauses générales de responsabilité objective ou quasi-objective. Elle a par ailleurs conclu qu'en tout état de cause le législateur devrait éviter, à l'avenir, de créer de nouvelles espèces de ce genre[74].

Comme on le sait, non seulement le législateur a déjà passé outre à cette recommandation dans la cadre de la loi sur la radioprotection[75], et en suivant la

---

71 Rapport, op. cit. (n. 39), III/3.2, p. 24 ss.

72 Cf. supra 1.1.1.2 et 1.1.2.3.

73 Un exemple qui illustre cette tendance de manière particulièrement frappante est l'ATF 95 II 93 ss (not. 107 s.), où le TF a "reproché" à un employeur de ne pas avoir averti expressément ses employés qu'ils ne devaient en aucun cas tolérer l'aide d'un tiers lorsqu'ils porteraient une armoire d'un camion jusque dans le nouvel immeuble où ils devaient l'installer. Le tiers en question avait dévalé l'escalier en reculant dans l'entrée.

74 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.2 *in fine*, p. 25 s. et thèse 33-1.

75 Cf. supra 1.1.2.2 *in fine*.

directive européenne en matière de responsabilité du fait des produits[76], mais la Commission elle-même a proposé une clause générale pour la *"responsabilité du fait de l'organisation"*, qui dépend d'un "défaut d'organisation" et qui doit donc également être rangée parmi les responsabilités fondées sur la violation présumée d'un devoir de diligence objectivé[77].

1.2.2.1.4 Création d'une Partie générale intégrée au Code des obligations - Norme fondamentale

Sur le *plan de la systématique*, la Commission a examiné trois options principales. Elle a tout d'abord rejeté l'idée d'un *"Code de la responsabilité"*, dans lequel on aurait regroupé l'ensemble des dispositions concernant la réparation des dommages. Pas plus n'a-t-elle accepté le modèle un peu plus modeste d'une loi spéciale comprenant seulement les responsabilités pour risque, et qui laisserait subsister les règles traditionnelles sur la responsabilité pour faute et les responsabilités objectives simples dans le Code civil et le Code des obligations.

Son choix s'est donc porté sur une conception nouvelle de *Partie générale du droit de la responsabilité civile,* qui pourrait être créée à partir de l'actuel Chapitre II du Titre premier du Code des obligations, c'est-à-dire des art. 41 à 61 CO sur les "actes illicites". Il ne s'agirait en fait que de réaffirmer et de renforcer la vocation générale que ces règles ont en principe déjà dans le droit en vigueur, où elles font l'objet de nombreux renvois de portée plus ou moins étendue[78], et d'en tirer ensuite toutes les conséquences au niveau de la législation spéciale. Cela signifierait notamment que les lois spéciales pourraient à l'avenir se borner à définir l'état de fait auquel doit se rattacher une responsabilité particulière ; elles ne devraient au surplus régler certaines modalités de la responsabilité que dans la mesure où des dérogations aux règles générales s'imposent de façon impérative, pour des raisons liées à la spécificité de la situation envisagée[79].

La Partie générale, telle que préconisée par la Commission, s'articule selon un *plan classique* : elle commence par poser les principes de la responsabilité civile et en délimiter le champ d'application, puis elle en définit et décrit les conditions générales pour finalement en régler les modalités[80].

Cette structure se concrétise d'emblée dans une *norme fondamentale*[81], qui forme en quelque sorte la pierre angulaire de l'ensemble du système. Nouvelle uniquement en apparence, cette norme ne fait qu'énoncer d'une part les *conditions générales communes à toutes les espèces de responsabilité* (dommage, illicéité de l'atteinte, lien de causalité) et d'autre part "l'idée maîtresse" qui est

---

76 Cf. infra 4.2.17.

77 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.4 et thèse 53-5, p. 69 ss.

78 Cf. infra 4.1.

79 Rapport, op. cit. (n. 39), IV/1.4 et thèse 41-1, p. 31 s. ; cf. également infra 2.4.4.2.

80 Rapport, op. cit. (n. 39), V/1.2, p. 36 ss.

81 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.1 et thèse 52-1, p. 38 ss.

celle du *critère d'imputation*. En citant l'un après l'autre, mais aussi l'un à côté de l'autre, les principaux faits de rattachement et critères d'imputation (comportement fautif, recours à des auxiliaires, exercice d'activités dangereuses), la norme fondamentale proclame en même temps une "idée-programme" : l'abolition de la suprématie théorique et philosophique attribuée jusqu'ici au principe de la faute par la jurisprudence et par la doctrine. Il ne s'agit pas, dans l'esprit de la Commission, d'abandonner le critère subjectif fondamental que représente la faute ; l'idée est - bien au contraire - de *lui rendre son véritable sens,* en le déchargeant de fonctions qui ne lui conviennent pas et qui peuvent désormais être reprises par des critères d'imputation différents - mais équivalents - dans le cadre de la responsabilité objective[82].

1.2.2.1.5 Maintien du dualisme entre responsabilité extracontractuelle et responsabilité contractuelle

La Commission a débattu à plusieurs reprises, et sans arriver à des conclusions définitives, le problème des différences entre les deux régimes de responsabilité, selon que le dommage a été causé dans le cadre ou en dehors d'une relation contractuelle ; aussi s'est-elle longuement penchée sur l'idée défendue par certains de ses membres et qui avait déjà été soutenue par plusieurs auteurs, à savoir la possibilité d'*unifier les deux branches de responsabilité*[83]. Il s'agirait en fait d'éliminer dans toute la mesure du possible les différences entre ces deux régimes. Certaines d'entre elles sont d'ailleurs plus apparentes que réelles ; c'est le cas notamment des divergences dans la répartition du *fardeau de la preuve* aux art. 41 al. 1 et 97 al. 1 CO, et aussi, dans une large mesure, de la soi-disant plus grande *sévérité de la responsabilité pour les auxiliaires* selon l'art. 101 que selon l'art. 55 CO. D'autres ne sont tout simplement pas justifiées, tels que l'écart entre les *délais de prescription* suivant que l'on applique l'art. 60 ou les art. 127 et 128 CO. Dans la mesure où elles ont des implications pratiques, ces divergences apparaissent d'autant moins convaincantes que le droit suisse admet le *concours d'actions* entre responsabilités contractuelle et délictuelle.

Il a dès lors été proposé d'intégrer la responsabilité contractuelle dans la norme fondamentale, et de prévoir en outre une disposition qui aurait expressément déclaré applicables au domaine contractuel les règles générales de la responsabilité (extracontractuelle)[84]. La Commission a rejeté cette option ; sa majorité a estimé qu'en fin de compte les différences entre les deux régimes étaient justifiées, notamment le fait que le débiteur contractuel doive en principe

---

82 Cf. infra 2.4.2.

83 Cf. Jäggi P., Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in : Mélanges W. Schönenberger, Fribourg 1968, p. 181 ss ; cf. également, dans le même volume, p. 163 ss, mais dans un sens opposé : Yung W., Devoirs généraux et obligations ; et, dans une perspective comparatiste : Tunc A., La responsabilité civile, 2ème éd., Paris 1989, p. 32 ss.

84 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.1, p. 39 s., et V/4.1, p. 74 ss.

répondre de manière plus stricte qu'un quelconque tiers avec lequel la personne lésée n'avait aucun rapport avant l'événement dommageable[85].

1.2.2.1.6 Rapprochement entre responsabilité civile et responsabilité publique

Au sujet de la responsabilité de droit public, la Commission est partie de trois constatations. D'une part, elle a relevé que la distinction opérée par l'actuel art. 61 CO entre l'exercice, par les "fonctionnaires et employés publics", d'une *"charge"* (officielle) d'un côté, et d'une *"industrie"* de l'autre côté, paraissait peu satisfaisante et avait d'ailleurs donné lieu à des résultats bizarres et incongrus, notamment en matière de responsabilité médicale dans les établissements hospitaliers publics[86]. D'autre part, on connaît actuellement déjà de nombreux cas où les collectivités publiques sont soumises à des responsabilités de droit privé, que ce soit en vertu d'une disposition expresse de telle ou telle loi spéciale[87] ou parce que la jurisprudence s'est développée dans ce sens[88]. Enfin, la Confédération et la grande majorité des cantons ont adopté, en matière de responsabilité pour les dommages causés par leurs fonctionnaires et agents dans l'exercice de leurs fonctions officielles, des régimes de responsabilité objective et primaire, ou même exclusive, de la collectivité en tant que personne morale et employeur de l'auteur du dommage[89].

Sur cette toile de fond et en s'inspirant de l'idée que l'attribution de la charge économique d'un dommage au moyen de critères d'imputation - contrairement par exemple à la compensation forcée en matière d'expropriation - relevait dans son essence même du droit privé, la Commission s'est prononcée pour une *assimilation aussi large que possible des régimes de la responsabilité civile et de la responsabilité publique*. Cette volonté d'unification devrait se traduire d'une part par une définition plus restrictive du domaine dans lequel Confédération et cantons seraient habilités à prévoir des dérogations par rapport au régime normal institué par la Partie générale et par les dispositions spéciales de responsabilité civile : ces dérogations ne seraient en principe admises plus que pour les activités relevant directement de l'exercice de la *"puissance publique" ("Ausübung hoheitlicher Gewalt")*. D'autre part, le principe

---

85 Rapport, op. cit. (n. 39), V/4.1.2 et thèse 54-1, p. 77 s.

86 Honsell H. (éd.), Handbuch des Arztrechts, Zurich 1994, spéc. p. 53 ss ; Rumpf J.-D., Médecins et patients dans les hôpitaux publics, thèse Lausanne 1991, spéc. p. 69 ss ; Gross J., Haftung für medizinische Behandlung, Berne 1987, spéc. p. 91 ss ; Martin-Achard P. et Thévenoz L., La responsabilité des médecins des hôpitaux publics, in : Tercier P. (éd.), Enseignement du 3ème cycle de droit 1986 : Aspects du droit médical, Fribourg 1987, p. 227 ss.

87 Cf. not. art. 73 LCR ; art. 35 al. 5 LITC ; art. 69 al. 4 LEaux ; art. 27 al. 3 LExpl ; art. 59*a* al. 6 de la LPE révisée.

88 Il est généralement admis que les collectivités publiques répondent comme détenteur d'animal (art. 56 CO) et comme propriétaire d'un bien-fonds (art. 679 CC) ou d'un ouvrage (art. 58 CO) au même titre qu'un particulier. Cela vaut en principe également pour la responsabilité comme chef de famille selon l'art. 333 CC. Cf. infra 2.2.3.1.

89 Stark E.W., Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen, RSJ 1990, p. 1 ss.

contenu dans les règles citées plus haut, et selon lequel les collectivités publiques sont soumises aux dispositions du droit privé notamment en matière de responsabilité pour risque et autres responsabilités objectives (simples), devrait être généralisé et s'appliquerait - dans ces cas spécifiques - indépendamment de la nature de l'activité étatique en question, c'est-à-dire de la question de savoir si elle relève plus ou moins de la "puissance publique". Enfin, et malgré tout le respect qu'elle portait au fédéralisme et à l'autonomie du droit cantonal, la Commission a estimé que la possibilité pour la personne lésée par un fonctionnaire de rechercher le canton ou la commune dont celui-ci dépendait - que ce soit à titre exclusif ou solidaire - devait constituer, de par le droit fédéral, un standard minimum pour tous les systèmes cantonaux de responsabilité publique[90] [91].

1.2.2.1.7 Première condition générale : le dommage

La Commission d'étude n'a pas cru opportun de faire des propositions particulières en ce qui concerne la *notion de dommage*. Elle a au contraire renoncé sciemment à en donner une définition légale ; de manière générale, elle s'est abstenue d'introduire dans la loi une réglementation trop détaillée, dont elle craignait qu'elle restreindrait par trop la liberté du juge aussi bien dans le calcul ou l'estimation du dommage que dans la fixation de la réparation[92]. C'est ainsi que la Commission a également refusé une proposition visant à donner certaines indications sur la manière d'évaluer et de calculer les dommages matériels. Elle aurait même eu plutôt tendance à renoncer aussi aux directives contenues aux art. 45 al. 1 et 2 ainsi que 46 al. 1 CO pour la réparation du préjudice résultant du décès d'une personne ou de lésions corporelles. Ces règles ne sont, au fond, que des explicitations du concept classique du dommage, auquel on ne voulait rien changer ; à l'inverse, on ne voulait pas non plus en empêcher l'évolution ultérieure.

D'autre part, la Commission a estimé qu'il était indispensable de conserver l'al. 3 de l'art. 45 CO, pour assurer aux proches de la victime le droit d'obtenir une compensation du dommage réfléchi[93] que constitue la *perte de soutien*. De même a-t-elle jugé que l'art. 46 al. 1 CO pouvait avoir une fonction propre, en permettant d'allouer - au titre de réparation pour *"atteinte à l'avenir économique"* - des sommes plus importantes que celles garanties par le système de sécurité sociale. En revanche, la Commission était d'avis que l'al. 2 de cette disposition, qui donne la *faculté de réviser un jugement* pendant la période très

---

90 Rapport, op. cit. (n. 39), V/4.2 et thèses 54-2 + 54-3, p. 78 ss.

91 Il peut être intéressant de noter que le rapprochement préconisé par la Commission entre la responsabilité civile et la responsabilité publique ne doit pas forcément se borner à la situation où la collectivité publique est dans le rôle du sujet responsable. Il semblerait logique d'adopter la même orientation pour les cas où la question se pose de savoir si la Confédération, un canton ou une commune ayant subi un dommage peut se voir reconnaître la qualité d'agir sur le plan du droit de la responsabilité civile. On verra que c'est en effet ce que prévoit l'art. 45*d* al. 2 AP en matière de dommage causé à l'environnement (cf. infra 2.3.2.2.5).

92 Rapport, op. cit. (n. 39), V/5, p. 84 ss.

93 Cf. infra 1.2.2.1.8 et 2.3.2.1 ainsi que 2.3.3.3.

limitée de deux ans, devrait être abandonné au profit d'une règle prévoyant, au niveau du droit fédéral, la possibilité d'une *action en constatation de responsabilité* pour les cas où l'étendue du dommage ne pourrait pas être évaluée avec suffisamment de précision par le tribunal. Cette question - comme d'autres liées à la notion et à la preuve du dommage - ont été abordées sous un aspect procédural[94].

On peut s'étonner du fait que la Commission ne se soit pas préoccupée du problème très actuel du *dommage écologique*. Ce mutisme s'explique en partie par le fait que, à l'époque de ses travaux (1988-1990), il régnait une certaine confusion sur la répartition des tâches entre la révision partielle (jadis en voie de préparation) de la loi sur la protection de l'environnement et la réforme globale du droit de la responsabilité civile d'une part, et entre les législateurs nationaux et internationaux d'autre part[95]. Cependant, la Commission a fait une proposition de portée générale, mais dont l'importance pratique pourrait devenir particulièrement évidente dans le contexte des atteintes à l'environnement : elle a en effet postulé d'entériner expressément dans le droit positif la règle déjà consacrée en doctrine, selon laquelle les frais de mesures raisonnables, prises pour prévenir une atteinte imminente ou pour réduire l'étendue d'un préjudice, font partie du dommage réparable ; si cette règle devait s'appliquer également en matière de dommage écologique, elle remplacerait avantageusement les actuelles dispositions de droit administratif sur l'attribution des *frais de sauvetage* (art. 54 LEaux ; art. 59 LPE) par de véritables normes de responsabilité[96].

Enfin, la Commission - tout en examinant de manière approfondie les problèmes relatifs à la réparation du tort moral - a été d'avis qu'aucune modification substantielle ne s'imposait dans ce domaine ; elle a toutefois jugé qu'il ne serait pas inopportun d'examiner une éventuelle fusion des art. 47 et 49 CO, qui tiendrait en même temps compte de l'évolution jurisprudentielle en la matière[97].

1.2.2.1.8 Deuxième condition générale : l'illicéité

Parmi les conditions générales de la responsabilité, l'illicéité est celle qui suscite le plus de controverses au plan théorique, tandis qu'elle ne fait en somme que rarement problème dans la pratique. En effet, la question ne se pose pas - ou se résout facilement - lorsque le dommage a son origine dans une atteinte à des positions juridiques qui sont considérées comme jouissant d'une protection absolue envers et contre tout et tous : tels la vie, la santé ou d'autres droits de la personnalité, ou encore le pouvoir de disposition sur des choses. Des difficultés surgissent quand il s'agit de savoir si la perte qu'une personne a subie dans son patrimoine, sans qu'il y ait eu atteinte à un droit dit "absolu", peut être imputée à une autre personne tenue pour responsable. C'est la question des *dommages appelés "purement économiques"* et dont une forme particulière-

---

94 Cf. infra 1.2.2.2.5.3 et 2.3.2.2.3 ainsi que 2.9.4 et 2.9.5.

95 Rapport, op. cit. (n. 39), VII/1.3, p. 195 ss.

96 Rapport, op. cit. (n. 39), V/5.2, p. 86 s. ; cf. aussi infra 2.3.2.2.5 et 2.3.2.4.

97 Rapport, op. cit. (n. 39), V/6 ainsi que les thèses 56-1 et 56-2, p. 90 ss.

ment débattue est celle des *"dommages réfléchis"* ou *"dommages par ricochet"*, dénommés aussi *"dommages indirects"*, c'est-à-dire ceux qui, pour ainsi dire, ne touchent une personne que par contrecoup, notamment en sa qualité de créancier de la personne directement lésée.

L'attitude du droit suisse (comme d'ailleurs celle des droits italien et autrichien) est à cet égard ambivalente. D'une part, son système de responsabilité civile repose en principe sur une clause générale selon le modèle français (qui, lui, ne connaît pas l'illicéité comme condition de la responsabilité autonome, distincte de celle de la faute ; cf. art. 1382 CCF) ; d'autre part, il est influencé par la conception allemande (plus proche de la tradition romaniste que l'on retrouve d'ailleurs sous une forme encore plus archaïque dans le *common law*). Cette dernière se caractérise par une énumération de "délits" correspondant à des biens juridiques déterminés qui jouissent d'une protection absolue (§ 823 al. 1 BGB) ; en dehors de ce noyau dur de droits élémentaires (que la jurisprudence a entre-temps élargi sous le titre de la protection de la personnalité et de l'entreprise), l'illicéité d'une atteinte ne peut être fondée que sur la violation d'une *"loi (ou norme) protectrice* (*Schutzgesetz)",* dont la *ratio legis* doit être de viser à protéger le patrimoine précisément contre ce genre d'atteintes (§ 823 al. 2 BGB). Il s'ensuit une conception dualiste de l'illicéité, complétée de surcroît par une soupape de sécurité pour les dommages qui - sans répondre à l'une ou l'autre forme d'illicéité - auraient été causés dans une volonté de nuire (§ 826 BGB) ; en droit suisse, on retrouve cette norme de repli à l'al. 2 de l'art. 41 CO.

La Commission ne s'est pas attardée sur les différentes *théories objective ou subjective*, orientées l'une plus sur le résultat, l'autre sur le comportement de l'auteur de l'atteinte[98] ; elle a considéré qu'aucune de ces théories n'était capable d'apporter une solution nette et définitive au problème - essentiellement politique - qui les sous-tend et qui consiste à tracer des *limites raisonnables à l'obligation de réparer les dommages*[99] ; l'illicéité est *un* moyen parmi d'autres de poser un frein normatif à l'application excessive de l'adage *"neminem laedere"* ; en droit français où cet élément fait défaut, on se rabat plutôt sur la causalité.

En revanche - et contrairement à ce qu'elle avait décidé pour la notion du dommage - la Commission a suggéré de donner une *définition positive de l'illicéité dans la loi*. Celle-ci pourrait se contenter de reproduire la conception dominante, selon laquelle l'illicéité résulte soit de l'atteinte à un droit absolument protégé, soit de la violation d'une norme de protection[100].

La Commission a également examiné la possibilité de trancher par une disposition expresse le noeud gordien des *dommages purement économiques* et

---

98 La Commission a même expressément refusé de se rallier plutôt à l'une qu'à l'autre tendance, en rejetant une proposition de formuler la norme fondamentale selon le modèle de l'art. 2043 CCI, où le terme "injuste (= illicite)" est utilisé comme adjectif qualifiant le dommage lui-même ("danno ingiusto") ; cf. Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.1, p. 39 s., n. 3.

99 Cf. à ce sujet : Honsell H., Schweizerisches Haftpflichtrecht, op. cit. (n. 51), § 4, p. 33 ss ; Widmer P., Anmerkungen zu den "Gedanken" von Hansjörg Seiler, RJB 1995, p. 406 ss.

100 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.1 et thèse 52-2, p. 40 ss.

particulièrement celui des dommages indirects, en excluant explicitement la réparabilité de ces derniers. Elle y a finalement renoncé, en estimant que c'était à la jurisprudence[101] que revenait la tâche de *"trouver la bonne mesure dans la réparation des dommages indirects et autres préjudices purement patrimoniaux (soit en consacrant de nouvelles normes de protection, soit en considérant, à l'instar de l'ATF 112 II 124, comme directs des dommages qui ne l'auraient pas été jusqu'ici)"*[102]. De l'avis de la Commission, des restrictions expresses concernant la réparabilité de certaines catégories de dommages - telles que prévues par exemple par l'art. 58 al. 1 LCR - devraient être éliminées, à moins qu'il n'existe des raisons importantes de les maintenir.

En ce qui concerne l'aspect négatif de l'illicéité, à savoir les *motifs justificatifs*, la Commission a rejeté l'idée de se contenter d'une règle générale et abstraite, à l'image de l'art. 28 al. 2 CC ; elle s'est au contraire prononcée en faveur d'une énumération concrète de ces motifs, légèrement réaménagée du point de vue systématique par rapport à l'actuelle réglementation, qui est répartie entre les art. 44 al. 1 et 52 CO[103]. Elle a en outre proposé de régler séparément l'acte de nécessité comme un des cas où une responsabilité peut être engagée même pour un acte licite[104]. Cette catégorie pourrait enfin être enrichie de *deux nouvelles hypothèses* : celle de la responsabilité (déjà admise par la jurisprudence du TF) du propriétaire pour des nuisances causées à ses voisins par des *travaux de construction* licites[105], et celle de la *responsabilité ex aequo et bono de la collectivité publique* pour des préjudices infligés à des personnes dans le cadre *d'actions licites de la force publique*[106].

1.2.2.1.9 Troisième condition générale : la causalité - causes d'exonération et de réduction

Pas plus que pour le dommage, la Commission n'a jugé utile de donner une définition positive du lien de causalité dans la loi. Il ne pouvait en effet être question de codifier la formule relative à la *"causalité adéquate"* développée par le TF, et dont la valeur pratique est contestée[107].

---

101 Cf. supra 1.1.2.3.

102 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.2 et thèse 52-3, p. 42 ss.

103 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.3 et thèse 52-4, p. 44 ss.

104 Rapport, loc. cit., thèse 52-5. Cf. infra 3.2.2.

105 Rapport, loc. cit., thèse 52-6 ; ATF 91 II 100 ; ATF 114 II 230. Cf. infra 3.2.3.

106 Rapport, loc. cit., thèse 52-7 ("Aufopferungsanspruch" ; "droit à réparation fondé sur le sacrifice") ; cf. dans ce sens également : art. 6 al. 2 du Projet de Constitution 1977 (Commission d'experts Furgler) et art. 5 al. 2 de l'essai de modèle du 30 novembre 1985 "La nouvelle Constitution fédérale telle qu'elle pourrait se présenter" (FF 1985 III p. 1 ss, spéc. p. 175 ss et 202 ss). Le Projet d'une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996 mentionne à l'art. 137 uniquement la responsabilité de la Confédération pour les "dommages causés sans droit par ses organes dans l'exercice de leurs fonctions" (FF 1997 I p. 631). Le commentaire de cette disposition souligne que l'idée - formulée dans l'avant-projet mis en consultation - d'étendre la responsabilité aux dommages causés de manière licite "a suscité des réactions tant positives que négatives" (FF 1997 I p. 382).

107 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.2.1 et thèse 52-8, p. 47 s.

La Commission a en revanche proposé d'introduire dans la nouvelle Partie générale une disposition sur les *causes d'exonération* qui, en définitive, ne sont rien d'autre que des "motifs d'inadéquation" : ce sont des circonstances extérieures qui, lors du réexamen d'un enchaînement causal apparemment clair à première vue, permettent de constater que le lien supposé de cause à effet n'est finalement pas suffisamment solide pour justifier l'imputation du dommage à la personne initialement recherchée. C'est d'ailleurs dans cette perspective que l'on parle parfois improprement d'une "interruption du lien de causalité". La Commission a donc estimé qu'une norme explicite, rappelant les *trois causes d'exonération classiques - force majeure, faute ou fait d'un tiers ou de la victime elle-même ou d'une personne dont elle répond* - et soulignant ainsi simultanément leur fonction normative ainsi que leur portée générale, se justifiait à la fois pour des raisons didactiques et pour parer à la confusion qui règne à leur égard, notamment dans la législation spéciale ; en effet, ces causes sont tantôt expressément mentionnées (exemple : art. 59 al. 1 LCR), tantôt passées sous silence (dans la LNA - maintenant LA -, ainsi que dans toutes les responsabilités objectives simples du Code civil et du Code des obligations) tandis que, dans certains cas (ex. : art. 33 al. 2 LITC), l'une ou l'autre est omise sans que l'on sache s'il s'agit d'un silence qualifié ou d'une inadvertance du législateur[108].

Or, contrairement à la causalité naturelle, la causalité juridique (qui est en réalité une "relation d'imputabilité" et peut, de ce fait, aussi relier un résultat dommageable à la "non-cause" que représente une omission) ne se laisse pas réduire à la simple alternative du "tout ou rien". Elle peut être partielle et elle est susceptible de nuances, ce qui permet - comme le reconnaît depuis longtemps le droit suisse - de doser la réparation en fonction de la plus ou moins grande *intensité* de la "causalité" et de la rendre ainsi "adéquate" par ce dosage proportionnel. C'est aussi la raison pour laquelle la Commission a tenu à traiter ensemble l'exonération totale et l'exonération partielle, quand bien même elle n'a pas réussi à se déterminer clairement sur la question systématique de savoir s'il valait mieux combiner les deux aspects du problème sous le chapeau de la causalité comme condition de la responsabilité, ou plutôt traiter les *"motifs de réduction"* dans le chapitre consacré à la fixation de la réparation, conformément à l'approche pratique dominante[109].

1.2.2.2 Mise en oeuvre et modalités de la responsabilité

1.2.2.2.1 Fixation de la réparation

En ce qui concerne *le mode et l'étendue de la réparation*, la Commission a adopté comme idée directrice celle de la plus grande liberté possible donnée au juge d'adapter la compensation du dommage aux circonstances concrètes et aux besoins de la personne lésée.

---

108 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.2.2 et thèse 52-9, p. 48 ss ; cf. également, Stark E.W., op. cit. (n. 31), p. 19 ss ; idem, Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht, thèse Zurich 1946.

109 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.2.3 et thèse 52-10, p. 51 ss.

Pour ce qui en est de la *forme de la réparation*, il n'y avait donc aucune raison de modifier l'essence de l'actuel art. 43 al. 1 CO, si ce n'est dans le sens d'une recommandation visant à assouplir quelque peu un carcan que la pratique s'est imposé elle-même, en privilégiant de façon presque absolue la *réparation en capital par rapport à la rente,* et ce même contre la volonté de l'ayant droit[110]. La Commission a été d'avis que, d'une manière générale, le juge devrait être tenu de se conformer aux conclusions du demandeur, à moins que des motifs nettement prépondérants exigent une solution différente[111]. Inversement, lorsqu'une réparation en nature peut être envisagée, le débiteur devrait pouvoir choisir ce mode de réparation[112].

Quant à la *détermination du quantum* de la réparation, la Commission a considéré qu'il ne s'agissait en fait de rien d'autre que d'appliquer pratiquement l'idée de la "responsabilité adéquate" - c'est-à-dire "proportionnée" en fonction de l'intensité du lien d'imputation en jeu[113]. Elle a par ailleurs estimé que cette *flexibilité* du système suisse, consacrée par les art. 43 et 44 CO, était un atout que d'autres ordres juridiques plus rigides nous enviaient. Par conséquent, elle a opté en faveur du maintien et même du renforcement de cette approche. Celle-ci se concrétiserait dans une disposition générale réunissant en elle les éléments contenus aujourd'hui dans les art. 43 al. 1 et 44 CO et laissant au juge - comme jusqu'à présent - toute la gamme des possibilités entre la réparation complète du dommage et différents degrés de réduction jusqu'au refus complet de toute indemnisation en cas d'exonération ou de justification intégrale. La nouveauté - toute relative - de cette norme, qui donne plein pouvoir au juge pour mesurer l'étendue de la réparation à la part de responsabilité afférente à chaque personne impliquée (y compris la personne lésée)[114], résiderait dans le fait qu'elle ferait expressément référence non plus uniquement à la faute comme critère d'imputation déterminant, mais aussi - et sur un pied d'égalité - aux risques dont répondent objectivement les différents acteurs[115].

1.2.2.2.2 Collision et concours de responsabilités

Dans le prolongement de ce qui vient d'être relevé au sujet de l'attribution de sa part de responsabilité à chacun des acteurs d'un fait dommageable, compte tenu des chefs de responsabilité (ou d'autoresponsabilité) et de la proportion dans laquelle ils ont contribué au préjudice, la Commission a estimé utile de prévoir une norme générale destinée à signaler clairement que le problème se pose dans les mêmes termes lorsque plusieurs personnes se causent réciproquement des dommages. Un tel cas de *collision de responsabilités* est déjà actuellement envisagé à l'art. 61 LCR pour le partage entre détenteurs de véhi-

---

110 ATF 112 II 129.

111 Rapport, op. cit. (n. 39), V/7.1 et thèse 57-1, p. 97 ss.

112 ATF 100 II 142 s., cons. 6b.

113 Cf. supra 1.2.2.1.9.

114 Cf. également infra 1.2.2.2.2 à propos de la collision et du concours de responsabilités.

115 Rapport, op. cit. (n. 39), V/7.2 et thèse 57-2, p. 98 ss..

cules. Cette disposition institue, il est vrai, un régime encore fortement imprégné de la suprématie du critère de la faute et qui, de surcroît, opère une distinction discriminatoire entre les dommages corporels et les dommages matériels ; libérée de ces éléments perturbateurs, elle peut néanmoins servir de modèle pour mettre en évidence le mécanisme fondamental. Ici aussi, le juge devra déterminer la part du dommage à mettre à la charge de chacun des responsables "en tenant compte de toutes les circonstances", et parmi elles notamment de la gravité des fautes et de l'intensité des risques caractérisés qui se sont rencontrés - sans cependant donner d'emblée plus de poids à l'un ou à l'autre de ces critères[116].

On a également affaire à une espèce de collision de responsabilités lorsqu'il s'agit de répartir définitivement entre plusieurs responsables la charge de la réparation d'un dommage dont ils répondent solidairement dans les relations externes, c'est-à-dire envers la personne lésée. Dans ce contexte - qui est celui des *recours* -, la Commission a également tenu à mettre en évidence que la répartition devait se faire sur la base d'une évaluation de toutes les circonstances pertinentes, sans qu'un critère d'imputation prenne dès le départ une importance supérieure par rapport à d'autres[117]. Cela se traduit notamment par la proposition d'abolir l'ordre de préséance tel qu'il figure actuellement à l'art. 51 al. 2 CO et tel qu'il a été érigé en précepte quasi-absolu, contrairement à son libellé et à l'intention du législateur de 1911[118]. Comme en cas de collision et lors de la fixation de la réparation en général, il n'y a plus lieu de privilégier la personne "qui en est tenue aux termes de la loi" (c'est-à-dire en vertu d'une responsabilité objective) par rapport à celle qui répond de sa faute ; et la catégorie intermédiaire des responsables sur la base d'une "obligation contractuelle" n'a plus de raison d'être non plus lorsqu'on abandonne en grande partie la dichotomie entre les régimes contractuel et extracontractuel[119].

En ce qui concerne les rapports externes en cas de concours de responsabilités, et plus particulièrement le *principe de la solidarité,* la Commission a également proposé d'unifier et de simplifier le régime en vigueur, tout en le précisant. Le système serait unifié et simplifié par l'*abandon de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite*, distinction dont de toute façon l'impact théorique dépasse de loin son importance pratique[120]. En revanche, il y aurait lieu de *préciser le concept même de la solidarité* ; sous cet aspect, la Commission a voulu consacrer dans une règle générale l'acception du principe tel qu'il a été posé par le nouvel art. 759 al. 1 CO dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme[121].

---

116 Rapport, op. cit. (n. 39), V/8 et thèse 58-1, p. 101 s.

117 Rapport, op. cit. (n. 39), V/9 et thèse 59-3, p. 105 s.

118 Sur ces questions, cf. Widmer P., op. cit. (n. 8).

119 Cf. supra 1.2.2.1.5 et infra 2.2.2.

120 Rapport, op. cit. (n. 39), V/9, thèse 59-1, p. 102 ss ; cf. Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 10, N. 14 ss.

121 Rapport, op. cit. (n. 39), V/9, thèse 59-2.

1.2.2.2.3 Rapports entre responsabilité civile et assurance

La Commission d'étude est partie de la constatation que le droit de la responsabilité civile ne peut plus, de nos jours, être raisonnablement discuté sur le plan scientifique et encore moins être réformé dans une perspective d'application pratique, sans qu'il soit tenu compte des rapports de plus en plus étroits qui existent entre les règles sur l'imputation des dommages et celles qui régissent les assurances tant privées que sociales. En effet, dans le droit en vigueur, les différents mécanismes de compensation du dommage - pourtant naturellement interdépendants - semblent coexister les uns à côté des autres dans un isolement splendide, sans tendances visibles et conscientes de coordination[122]. Cela n'empêche d'ailleurs pas que l'existence d'une assurance puisse aller jusqu'à influencer le principe même ou, en tout cas, l'étendue d'une obligation de réparer[123]. Mais en général, le seul point d'intersection entre responsabilité civile et assurances est la question de savoir si et dans quelle mesure la prestation de l'assureur sera imputée sur la prétention de la personne lésée, et ce qu'il en est du recours de l'assureur contre la personne responsable ou son assureur de responsabilité civile. A cet égard, la Commission ne s'est occupée que des rapports entre responsabilité civile et assurances privées, compte tenu des travaux préparatoires de la Loi fédérale sur la Partie générale du droit des assurances sociales.

En ce qui concerne la personne lésée (bénéficiaire de l'assurance) et ses relations avec l'*assurance de dommages* d'une part, et avec la personne responsable d'autre part, il est en principe clair qu'elle ne peut cumuler ses prétentions et doit donc se faire imputer une indemnité versée par l'assurance sur sa créance envers la personne responsable. Ce qui est beaucoup moins clair, c'est d'une part la mesure dans laquelle l'assureur peut exercer son *droit de recours* contre le ou les responsables, et, d'autre part, sur le plan théorique, les *rapports entre les dispositions des art. 72 LCA et 51 CO*. Doctrine et jurisprudence dominantes n'accordent en effet le droit de recours à l'assureur que contre ceux des auteurs du dommage qui répondent extracontractuellement en vertu d'une faute ou, dans un contexte contractuel, en vertu d'une faute grave[124] ; dans la mesure où ce recours est refusé, la personne responsable - et notamment celle dont l'obligation de réparer découle d'une responsabilité dite "causale" - profitera du fait que la personne lésée est couverte par une assurance dont elle ou un de ses proches a payé les primes. La Commission a été d'avis que ce régime fausse l'imputation selon les critères établis par le droit de la responsabilité civile, et qu'il s'imposait donc d'aligner cette situation sur la conception générale adoptée pour le concours de responsabilités[125] et de prévoir comme *principe que l'assureur est subrogé aux droits de la personne lésée dans la mesure où il l'a dédommagée*.

---

122 Ce manque mutuel de prise en compte et de coordination entre les systèmes en jeu est à la base de l'ouvrage de Schaer R., Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Bâle/Francfort-sur-Main 1984.

123 Sur le principe "Assurance oblige" et son application, en particulier dans le cadre de l'art. 54 al. 1 CO, cf. Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.2.3, p. 57 ss et infra 2.4.2.3, n. 589.

124 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 61 ss et 108 ss ad art. 51 CO.

125 Cf. supra 1.2.2.2.2.

Toujours sur le plan du principe, le droit de recours de l'assureur serait donc régi par les mêmes critères que ceux qui s'appliquent entre n'importe quels coresponsables. Toutefois, la Commission voulait réserver certains cas où l'exercice d'un tel recours pourrait paraître choquant : elle songeait notamment à des hypothèses où les responsables seraient des membres de la famille de la personne lésée ou qu'il existe entre eux d'autres rapports particuliers ; une autre éventualité pourrait être celle d'un responsable ne disposant pas (de façon générale ou à cause d'une exclusion spécifique pour ce type de dommages) d'une couverture d'assurance de responsabilité civile. La Commission a même envisagé d'inverser le principe en n'admettant le recours que dans des circonstances particulières. On trouve en fait ces propositions alternatives dans la thèse 510-2[126] : soit le "*principe de la subrogation sauf circonstances particulières*", soit "*une subrogation uniquement si des circonstances particulières le justifient (telles que la gravité de la faute ou l'intensité du risque)*".

En ce qui concerne plus particulièrement le *recours de l'assureur en responsabilité civile* contre des coresponsables de son assuré, le problème n'est pas expressément pris en compte par l'art. 72 LCA ; doctrine et jurisprudence lui appliquent cette disposition par analogie, sans toutefois exiger une faute de la part de la personne recherchée. La Commission était de l'opinion que l'assureur RC qui, à l'égard de la personne lésée, se substitue pratiquement à la personne responsable, devrait avoir envers les coresponsables la même position que celle-ci et donc pouvoir aussi exercer les mêmes droits de recours[127].

La question qu'on vient d'évoquer pourrait acquérir une importance encore plus grande suivant la solution donnée à un autre problème fondamental sur lequel la Commission d'étude s'est penchée : il s'agissait de savoir dans quelle mesure le droit d'*action directe* de la personne lésée contre l'assureur RC de la personne responsable, tel qu'il existe aujourd'hui dans le cadre de l'*assurance RC obligatoire*[128], devrait éventuellement être généralisé. La Commission n'est pas arrivée à des conclusions unanimes sur ce point ; dans sa thèse 510 - 9, elle met en discussion deux propositions : l'une visant à admettre l'action directe aussi en dehors des cas d'assurance obligatoire, mais en refusant à la personne lésée le privilège de l'exclusion des exceptions, l'autre consistant à prévoir - toujours pour les cas d'assurance non obligatoire - la possibilité pour la personne lésée de faire constater son droit contre l'assureur dans le procès mené contre la personne responsable. De toute façon, lorsque l'assureur RC est tenu de dédommager la personne lésée, il doit avoir la possibilité de se retourner contre son propre assuré, au moins dans la mesure où la LCA (not. art. 14) et/ou le contrat d'assurance en vigueur le lui permettent[129].

En ce qui concerne d'autres modalités des rapports entre droit de la responsabilité civile et assurances (privées), la Commission a proposé la généralisation de deux règles que l'on trouve actuellement dans la LCR. Il s'agit d'une part de

---

126 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.1, p. 106 ss.

127 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.2, p. 108 s. et thèse 510-3.

128 Par exemple aux art. 63 LCR, 35 LRCN, 31 LRaP etc. ; cf. à ce sujet Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.7.1, p. 113 s. et thèse 510-8.

129 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.7.2, p. 114 ss et thèse 510-10.

la disposition qui prévoit la *réduction proportionnelle des prestations* d'assurance lorsque la couverture d'assurance (qu'elle soit imposée dans le cadre d'une assurance obligatoire ou librement fixée entre les parties au contrat) ne suffit pas à satisfaire toutes les prétentions (art. 66 LCR)[130]. D'autre part, l'art. 63 al. 2 LCR envisage l'hypothèse où tout ou partie des primes d'une assurance directe en faveur de la personne lésée a été payé par la personne responsable ; il est alors juste que les prestations de l'assurance en question soient imputées proportionnellement à la part payée des primes sur le montant de l'indemnité due par la personne responsable - à moins que le contrat d'assurance en vigueur n'en dispose autrement[131].

Une autre question qui peut se poser en rapport avec le droit de recours de l'assureur contre un tiers responsable - question bien connue en matière d'assurances sociales, mais valable aussi pour l'assurance privée - est de savoir qui, de la personne lésée ou de l'assureur, doit avoir la priorité, lorsque l'action complémentaire de la personne lésée (qui n'a pas été entièrement couverte par l'assurance en question) contre la personne responsable entre en conflit avec le recours de l'assureur. Pour ce genre de cas, l'art. 88 LCR a posé le principe dit du "droit préférentiel" ("Quotenvorrecht") de la personne lésée, principe repris par les art. 34 al. 2 LNI et art. 20 al. 1 LRCN, ainsi que dans la plupart des lois d'assurances sociales et dans le projet de loi sur la Partie générale des assurances sociales[132]. La Commission d'étude propose de généraliser ce principe et, par conséquent, de l'inscrire dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile[133]. Un tel principe doit cependant être restreint dans certains cas où la personne lésée "ne mérite pas" d'en bénéficier pleinement, notamment lorsqu'elle a elle-même intentionnellement provoqué le dommage ou que celui-ci s'est produit lors de la perpétration intentionnelle d'un acte punissable. A l'instar des art. 48^{quater} al. 2 LAVS et 42 al. 2 LAA, la Commission a prévu pour ces cas l'application du principe dit du *"partage proportionnel" ("Quotenteilung"),* tout en améliorant la méthode de calcul qui, jusqu'ici, pouvait mener à des résultats incongrus ; en effet, selon les cas, l'assureur acquiert par le biais du partage proportionnel un droit de recours qui n'aurait autrement pas existé[134].

1.2.2.2.4 La prescription

Les règles sur la prescription des actions en dommages-intérêts sont parmi celles qui depuis longtemps ont été qualifiées d'insatisfaisantes sous différents aspects. Dans les rapports présentés au Congrès des juristes suisses de 1967 sur l'unification de la responsabilité civile, elles figuraient au premier plan, et les

---

130 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.5 et thèse 510-6.

131 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.6 et thèse 510-7.

132 Art. 42 al. 1 LAA ; art. 48^{quater} al. 1 LAVS ; art. 68 al. 1 LAM ; art. 80 al. 1 Projet LPGA (FF 1991 II p. 202).

133 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.4, p. 109 ss.

134 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.4, p. 110 s.

rapporteurs n'avaient eu aucune peine à démontrer la variété exagérée et l'incohérence des solutions[135].

Depuis lors, la *jurisprudence* a encore eu à plusieurs reprises l'occasion de relever des lacunes ou défauts du système actuel, mais le TF a aussi très fermement refusé de corriger des inconvénients, dont on doit admettre que le législateur était conscient lorsqu'il a établi les règles en vigueur. Il en est ainsi notamment du point de départ de la prescription absolue, qui est fixé au "jour où le fait dommageable s'est produit", ce dernier devant être compris comme le jour de la commission de l'acte dommageable ; il en est ainsi également du fait qu'une action peut se prescrire sans même que le créancier ait pu avoir connaissance de son droit et que la prescription peut intervenir en cours de procès[136]. Ces jugements ont d'ailleurs provoqué des interventions parlementaires dont la Commission d'étude a évidemment tenu compte[137].

De façon générale, les *délais de prescription* en matière de responsabilité civile sont considérés comme trop courts, et ils apparaissent d'ailleurs également comme tels du point de vue du droit comparé[138]. Enfin, la disposition de l'al. 2 de l'art. 60 CO qui prévoit, en cas d'acte illicite punissable, l'application de la prescription pénale à l'action civile en réparation, semble avoir soulevé plus de problèmes qu'elle n'en a résolus[139].

En partant de ce constat, la Commission d'étude a été unanime à postuler une *refonte en profondeur des règles sur la prescription,* avant tout dans le cadre de la responsabilité civile, mais aussi, à certains égards, au plan général [140]. Comme c'est le cas pour d'autres dispositions sur les modalités de la réparation, les normes relatives à la prescription prévues dans la Partie générale auraient vocation à s'appliquer à l'ensemble des hypothèses de responsabilité, sauf exceptions spécialement motivées[141]. Elles doivent donc être conçues de manière à pouvoir trouver une application aussi large que possible.

Dans ce but, la Commission a tout d'abord opté pour un *allongement des délais généraux*, tout en maintenant le système du double délai de prescription qui a fait ses preuves. Elle suggéra en conséquence de porter le délai ordinaire ou relatif avec un point de départ déterminé par des éléments subjectifs ("connaissance du dommage et de la personne responsable") d'un an à *deux ou trois ans*, tandis que le délai subsidiaire ou absolu pourrait être fixé à une *durée*

---

135 Stark E.W., op. cit. (n. 31), p. 93 ss ; Gilliard F., op. cit. (n. 32), p. 225 ss.

136 ATF 106 II 134 ; ATF 119 II 216 ss, ainsi que ATF 106 II 32.

137 Motion Crevoisier (CN 80.429), 1981 ; Postulat Ziegler (CN 80.476), 1981 ; Postulat Leuenberger (CN 80.590), 1982.

138 Cf. Spiro K., Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Vol. I : Die Verjährung der Forderungen, Berne 1975, p. 607 ss, § 261 ss ; Dannemann G./Karatzenis F./Thomas G.V., Reform des Verjährungsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, in : Archiv für die civilistische Praxis, 1991, p. 697 ss.

139 ATF 106 II 213 ; ATF 111 II 429 ; ATF 112 II 172.

140 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.1 et 11.2 ainsi que thèse 511-1, p. 116 ss.

141 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.5 et les thèses 511-3 et 511-4, p. 120 ss ; cf. aussi supra 1.2.2.1.4.

dix fois plus longue, mais avec un point de départ défini à l'aide d'un critère objectif et invariable. Sur ce dernier point, où l'interprétation de la notion de "fait dommageable" a donné lieu à une jurisprudence changeante et a fait l'objet de controverses en doctrine, la Commission n'a pas cru bon de proposer une nouvelle solution qui, à son avis, aurait eu le désavantage de porter atteinte à la sécurité juridique. Elle s'est cependant montrée convaincue que le simple allongement des délais - et notamment le fait de doubler ou tripler la durée de la prescription absolue - désamorcerait la plupart des problèmes pratiques découlant de la réglementation en vigueur[142].

C'est avec ce même argument, d'ailleurs, que la Commission - sans nier le but en soi plausible et l'importance pratique en droit actuel du délai extraordinaire prévu à l'al. 2 de l'art. 60 CO pour les actions fondées sur un acte punissable - est arrivée à la conclusion que l'on pouvait *se passer de cette disposition*. Son champ d'application se restreint en effet très fortement dès lors que les délais normaux de l'action civile sont allongés selon les propositions formulées dans le Rapport.

En ce qui concerne la question de la *prolongation des délais* (par empêchement ou suspension, interruption et renonciation), la Commission a d'abord retenu sous l'aspect spécifique de la responsabilité que tous ces moyens - dans la mesure où ils influencent le cours de la prescription à l'encontre d'un responsable - devraient automatiquement avoir les *mêmes effets à l'encontre de son assureur* lorsqu'il existe une action directe contre ce dernier[143]. Il s'agirait donc de généraliser la règle énoncée par l'art. 83 al. 2 LCR et qui se retrouve également à l'art. 39 al. 2 LITC ou à l'art. 10 al. 4 LRCN[144]. Quant aux différentes causes de prolongation, la Commission a estimé qu'il se justifierait de manière générale de prévoir la suspension de la prescription pendant la durée d'une procédure judiciaire ayant pour objet la créance en question ; cette innovation pourrait être introduite par une adjonction à l'art. 134 al. 1 CO[145]. En ce qui concerne l'*interruption de la prescription*, la Commission s'est contentée de suggérer que celle-ci soit facilitée par l'admission, à cet effet, d'une simple notification judiciaire ; on maintiendrait donc certaines exigences formelles, mais sans demander qu'une véritable action ou une poursuite soit introduite[146].

Le problème auquel la Commission a toutefois consacré le plus d'attention dans ce contexte est celui de la *renonciation à la prescription*. Il s'agit en effet là d'une pratique largement répandue mais qui peut parfois - notamment pour la prescription relative - se heurter à la disposition de l'art. 141 al. 1 CO, selon laquelle toute renonciation anticipée à la prescription est nulle. La jurisprudence a bien admis certaines dérogations conventionnelles, mais en posant une série de restrictions. Il convenait donc de donner un cadre de droit positif

---

142 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.7 et thèse 511-5, p. 122 ss.

143 Cf. supra 1.2.2.2.3 et n. 128. Cette règle gagnerait évidemment beaucoup en importance si on se décidait - comme le proposent les auteurs de l'avant-projet - à donner également une portée générale à l'action directe ; cf. infra 2.7.4.2.1.

144 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.10, p. 130 et thèse 511-8.

145 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.10.1, p. 131 et thèse 511-9.

146 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.10.2, p. 131, et thèse 511-10.

suffisant à ce genre d'accords qui peuvent promouvoir le règlement à l'amiable de prétentions en réparation du dommage. Dans ce sens, la Commission propose de *permettre à la personne responsable de renoncer à la prescription* dès le moment même de la survenance de l'événement dommageable. Cette renonciation pourrait se faire pour une durée maximum équivalente au délai absolu de prescription (c'est-à-dire, selon les propositions de révision de la Commission, 20 ou 30 ans à compter du "jour où le fait dommageable s'est produit") ; à l'échéance de ce long délai, une renonciation supplémentaire, bien que renouvelable, ne serait admise plus que pour une nouvelle période correspondant au délai de prescription relative (c'est-à-dire, selon les propositions de révision, pour deux ou trois ans) ; cette dernière règle s'appliquerait également au cas où il y aurait eu renonciation sans indication précise de la durée[147].

Enfin, la Commission d'étude s'est penchée sur une question controversée et qui n'est que très partiellement résolue par une jurisprudence récente[148] : *la prescription de l'action récursoire*. Tout en reconnaissant le problème, le TF a formellement refusé d'accorder une portée générale à certaines dispositions comme celles des art. 83 al. 3 LCR ou art. 10 al. 2 LRCN, qui proposent chacune une solution différente. La Commission d'étude s'en est néanmoins inspirée, et elle suggère d'*appliquer à l'action récursoire un délai de même durée que celui de la prescription relative ordinaire (deux ou trois ans)*, mais qui ne se mettrait à courir, à l'instar de la règle citée de la LCR, qu'à partir du jour où la prestation due à la personne lésée a été complètement effectuée et où la personne coresponsable - contre laquelle se dirigera le recours - est connue. S'agissant en revanche de la prescription absolue, elle courrait de manière tout à fait parallèle à la prescription de l'action primaire, c'est-à-dire pour la même durée (20 ou 30 ans) et à compter du jour "où le fait dommageable s'est produit". Et pour les rentes, on adopterait le système déjà prévu à l'art. 131 CO. Enfin, la Commission a tenu à concrétiser une incombance qui aurait à la rigueur aussi pu être déduite du principe général de la bonne foi : la personne qui aurait été recherchée en réparation et qui connaîtrait une ou des personnes coresponsables susceptibles d'être débitrices d'une prétention récursoire, serait tenue de les avertir de cette éventualité ; l'inobservation de ce *devoir d'informer* serait sanctionnée par la synchronisation de la prescription de la prétention récursoire avec celle de la prétention primaire[149].

1.2.2.2.5 Questions de procédure et de preuves

Tout en étant bien consciente du fait que la procédure relève de la compétence des cantons, mais en s'appuyant sur le principe généralement admis, selon lequel le législateur fédéral est habilité à poser certaines règles touchant le domaine procédural lorsque ceci est nécessaire pour garantir une application effective et cohérente du droit privé matériel[150], la Commission d'étude a

---

147 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.10.3, p. 131 s., et thèse 511-11.

148 ATF 115 II 42 ss.

149 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.11, p. 133 s. et thèse 511-12.

150 Cf. Knapp B., in : Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle/Berne/Zurich 1986, N. 69 ss ad art. 64.

estimé devoir se prononcer sur certains aspects rentrant dans ce contexte. D'ailleurs, un des points les plus importants, celui de la preuve, et notamment la question de savoir comment répartir le fardeau de la preuve, ressortit dans une large mesure au droit du fond ou n'en peut en tout cas guère être dissocié.

Ainsi, la Commission a tenu à solliciter une discussion sur les problèmes exposés ci-dessous.

1.2.2.2.5.1 Le for

Quelques réflexions sur ce sujet s'imposaient du fait que de nombreuses lois spéciales contenant des normes de responsabilité prévoient des règles sur le for qui divergent entre elles, sans que les raisons de ces divergences soient toujours très limpides[151]. Et tandis que, pour les hypothèses de caractère international, la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP[152]) d'une part, et la Convention de Lugano[153] d'autre part, sont encore venues ajouter de nouvelles règles à celles qui existaient déjà, la codification principale du droit de la responsabilité dans la Partie générale du CO reste totalement muette à ce sujet[154].

De l'avis de la Commission, il aurait été idéal de pouvoir instituer un régime aussi uniforme que possible, aussi bien au plan du droit interne qu'au niveau international. En outre, il s'agissait de tenir compte d'un certain nombre de critères à observer et de buts à atteindre qui s'opposent en partie les uns aux autres. Ainsi en est-il, par exemple, de la protection du défendeur d'une part et de celle, tout aussi légitime, de la personne lésée d'autre part ; on part normalement de l'idée que cette protection est le mieux assurée si chacun peut saisir le juge de son domicile ou doit être cité devant ce juge. D'autre part, si l'on estime que le juge compétent doit être celui qui connaît le mieux les circonstances géographiques ou techniques dans lesquelles un fait dommageable s'est produit, on aura tendance à attribuer la compétence *ratione loci* plutôt au juge du lieu de l'accident - comme le fait la LCR dans son art. 84 - ou même à prévoir une juridiction unique et spécialisée comme le prévoient les art. 23 et 24 LRCN. La Commission s'est toutefois aussitôt rendue compte qu'il n'était pas possible de trouver une seule et unique règle qui satisfasse à toutes les exigences dans toutes les situations, et elle s'est dès lors contentée d'avancer quelques propositions relatives à certains domaines déterminés[155].

Sa suggestion principale consiste à *généraliser la règle de l'art. 84 LCR* pour tous les cas - et c'est probablement la majorité - où il s'agit de *dommages cau-*

---

151 Pour un aperçu, cf. Vogel O., Grundriss des Zivilprozessrechts, 3ème éd., Berne 1992, p. 52 ss, N. 21.

152 RS 291, art. 129-131.

153 Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RS 0.275.11, art. 2, 5 ch. 3 et 7 ss.

154 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.1.1, p. 134 ss.

155 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.1.2 et 12.1.3, p. 136 ss ; cf. également : V/12.1.3.4 et 12.1.3.5 ainsi que la thèse 512-4.

sés par accident[156]. Cette solution, outre d'être simple et nette, a une série d'avantages dont notamment la possibilité, en cas de pluralité de victimes et/ou de personnes responsables, de concentrer toutes les procédures auprès du même tribunal et d'éviter ainsi des décisions divergentes voire contradictoires. Cette option s'accorde partiellement avec les dispositions de la Convention de Lugano, mais n'est, en revanche, pas en harmonie avec le système de l'art. 129 de la LDIP, selon lequel le for principal reste celui du domicile du défendeur, qui ne cède le pas à un for subsidiaire de l'acte ou du résultat dommageable que si la personne recherchée n'a pas de domicile, de résidence habituelle ou d'établissement en Suisse. D'autres incompatibilités subsistent avec différents traités internationaux, notamment en matière de transport ; or, comme ces instruments internationaux adoptent eux-mêmes des solutions divergentes, l'uniformité ne serait de toute façon pas réalisable à ce niveau.

En revanche, la Commission s'est inspirée du 3ème al. de l'art. 129 LDIP en proposant une *clause générale d'attraction pour les actions connexes*. Cette règle servirait elle aussi à renforcer le principe du for unique et, par là, à simplifier les procédures[157].

1.2.2.2.5.2 Preuves : liberté du tribunal et allégement du fardeau

Le droit de la responsabilité civile est un domaine dans lequel les règles classiques de la procédure civile, comme dépendant dans une large mesure de la disposition et de l'initiative des parties au litige, ne semblent pas entièrement appropriées[158]. Normalement, les personnes en cause n'ont pas eu préalablement l'occasion de négocier les conditions de leurs rapports juridiques, et même lorsque cela aurait été le cas, l'action en réparation du dommage se fonde en tout état de cause sur une obligation découlant directement de la loi et dont la mise en oeuvre ne peut être abandonnée au bon plaisir des parties, ou plutôt de la partie plus avertie ou plus forte. La plupart du temps, en effet, la personne lésée se trouvera dans une position d'infériorité par rapport à la personne ou l'entreprise potentiellement responsable en ce qui concerne les connaissances techniques nécessaires pour reconstruire le déroulement d'un fait dommageable ou pour apprécier d'éventuelles violations de devoirs de diligence, qui sont de plus en plus souvent déterminés par des instructions techniques accessibles et compréhensibles uniquement pour des spécialistes.

Ce sont ces raisons qui ont incité le législateur, dans des lois plus récentes, à prévoir des règles qui sont censées garantir aux tribunaux toute la latitude dont ils doivent pouvoir jouir dans l'administration et l'appréciation des preuves, et cela pour parvenir à des solutions équitables et assurer la compensation du dommage en cas d'atteintes portées à des biens que l'ordre juridique se doit de protéger avec le moins de dérogations possibles[159]. C'est ainsi que plusieurs lois énoncent expressément le *principe de la libre appréciation des preuves* en

---

156 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.1.3.1 et thèse 512-1.

157 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.1.3.2 et thèse 512-2.

158 Cf. déjà ATF 54 II 196.

159 Cf. infra 1.2.2.2.6.

matière de responsabilité[160], bien que, de nos jours et dans la grande majorité des procédures cantonales, ce principe ne soit plus guère contesté. La Commission a néanmoins jugé bon de fixer cette même maxime dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile comme découlant directement du droit fédéral ; dans un *obiter dictum*, elle a même laissé entendre qu'à son avis le principe devrait être reconnu pour l'ensemble du droit privé fédéral[161].

Dans un second temps, la Commission s'est posé la question de savoir s'il ne fallait pas également ériger en principe général du droit de la responsabilité civile *la maxime inquisitoriale ("Untersuchungsmaxime"),* qui est moins répandue mais que l'on trouve tout de même à l'art. 26 LRCN et qui régit de manière générale le droit des assurances sociales[162]. C'est précisément en raison des mauvaises expériences qui auraient été faites dans ce domaine que la Commission a finalement renoncé à cette proposition, sans toutefois abandonner totalement l'idée générale que c'est avant tout au tribunal qu'il incombe d'administrer les preuves, de façon à pouvoir se former une conviction raisonnable sur la prétention litigieuse. Dans sa thèse y relative, la Commission a donc souhaité une disposition qui, sans en faire une obligation formelle, donne au moins le pouvoir au juge de réunir ou d'exiger toutes les preuves qui lui semblent nécessaires, indépendamment d'une demande expresse des parties[163].

Enfin, la Commission d'étude a accordé un grande importance aux problèmes liés au *fardeau de la preuve* et s'est aussi penchée sur certaines suggestions visant à alléger cette charge qui pèse notamment sur la personne lésée en tant que demanderesse. Elle n'a pas jugé opportun de prévoir d'une manière générale la possibilité de renverser le fardeau de la preuve, lorsque la partie qui en supporte la charge (le plus souvent celle qui demande réparation) se verrait confrontée à de sérieuses difficultés, notamment en ce qui concerne le lien de causalité. En revanche, elle a estimé qu'il serait judicieux d'appliquer à la preuve du lien de causalité les mêmes règles que celles que le droit en vigueur admet déjà à l'art. 42 CO pour la preuve du dommage. Cette disposition, après avoir énoncé le principe - conforme à la règle générale de l'art. 8 CC - que c'est au demandeur qu'il incombe de prouver son dommage (al. 1)[164], permet au juge de procéder à une estimation lorsqu'il est impossible d'en déterminer exactement le montant (al. 2)[165]. Or, selon une jurisprudence constante, la possibilité laissée au juge de *se contenter d'un degré relativement élevé de probabilité* au lieu d'exiger une preuve stricte ne concerne pas uniquement l'étendue mais aussi l'existence même du dommage, les deux éléments étant d'ailleurs

---

160 Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 58, N. 24.

161 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.2, p. 142 et thèse 512-5.

162 Maurer A., Bundessozialversicherungsrecht, Bâle/Francfort 1993, § 13/IV, p. 422 ; cf. aussi Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 59, N. 25 et p. 155 ss, N. 54 ss.

163 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.3 et thèse 512-6, p. 142 s.

164 Selon la Commission d'étude, le nouveau droit devrait affirmer le même principe pour la preuve en matière de causalité : cf. Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.4 et thèse 512-7, p. 143 ss.

165 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.4 et thèse 512-9.

difficilement séparables l'un de l'autre[166]. En partant de cette idée de base que le montant de la réparation peut être adapté au degré de vraisemblance, soit de l'existence et de l'étendue du préjudice comme tel, soit du rapport de cause à effet reliant le préjudice à un fait de rattachement donné, la Commission d'étude a cherché une formule qui autorise le juge à se fonder sur une *preuve prima facie*[167] *ou une présomption de fait*, et qui lui permette en plus de sortir du carcan du "tout ou rien" et de doser proportionnellement le montant de la réparation en fonction de la probabilité de l'enchaînement causal retenu.

En consacrant cette *habilitation du juge à tenir compte, dans la détermination adéquate de la réparation, du degré de probabilité des faits établis*[168], la Commission a voulu offrir une clé susceptible de résoudre différents problèmes à la fois. Ainsi, la réparation partielle pourrait être une solution équitable dans les cas connus sous la dénomination de *"perte d'une chance"*[169], où le fait dommageable en question n'a pas été la cause exclusive de l'atteinte, mais a uniquement anéanti une chance incertaine et limitée de rétablissement (par exemple lorsqu'une faute médicale supprime la chance de guérison évaluée à 40% en cas de réussite de l'opération). Le principe de la réparation graduée pourrait en outre s'appliquer à *différents cas de causalité hypothétique ou incertaine*[170]*.* Il peut s'agir de plusieurs causes qui entrent alternativement en ligne de compte (*causalité alternative*) ou qui s'additionnent (*causalité cumulative*), sans qu'il soit possible de constater laquelle d'entre elles a eu l'effet déterminant ou quelle est sa quote-part exacte dans la réalisation du fait dommageable ; on peut aussi songer à une situation où l'on aura constaté une relation statistiquement significative entre un événement ou une situation de risque et certaines atteintes, mais où on ne réussit pas à démontrer dans chaque cas avec une entière certitude le lien de cause à effet.

Dans ce genre d'hypothèses, un tribunal devrait pouvoir admettre une responsabilité correspondant au degré de certitude qu'il a acquis sur la contribution de la partie défenderesse à la survenance du dommage ; à cet effet, il pourra même se fonder sur des indices, tels que la part de marché qu'occupe chacune des entreprises pouvant être considérées comme (co-)auteurs probables d'un préjudice (*"market-share-liability"*).

1.2.2.2.5.3 Consécration de l'action en constatation de droit

Comme on l'a indiqué plus haut en résumant les considérations de la Commission relatives au dommage[171], celle-ci était parvenue à la conclusion que la

---

166 ATF 74 II 76 ss ; ATF 81 II 50 ss ; ATF 93 II 453 ss ; ATF 95 II 481 ss ; ATF 98 II 34 ss.

167 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.4 et thèse 512-8, p. 143 ss.

168 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.4 et thèse 512-7, p. 144 ss.

169 Sur ce problème, cf. Stark E.W., Die "perte d'une chance" im schweizerischen Recht, in : Guillod. O., Développements récents ... , op. cit. (n. 52), p. 101 ss.

170 Pour une étude récente de ces questions : Quendoz R., Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität, Zurich 1991 ; Loser P., Kausalitätsprobleme bei der Haftung für Umweltschäden, Berne/Stuttgart/Vienne 1994.

171 Cf. supra 1.2.2.1.7, avant n. 94.

possibilité extrêmement limitée - prévue actuellement à l'art. 46 al. 2 CO - de *rectifier un jugement portant sur les conséquences incertaines de lésions corporelles* (notamment chez des enfants en bas âge) était absolument insuffisante. L'effet principal de cette disposition est de renforcer - sur la base d'un argument *a contrario* - la tendance des tribunaux à considérer un dommage futur comme liquide et liquidable même lorsque son évolution apparaît purement hypothétique. Cette attitude a encore dernièrement été confirmée par le TF qui a estimé que les conséquences futures de lésions à un oeil, subies par un enfant de huit ans, pouvaient être évaluées avec suffisamment de certitude et qui a donc nié un intérêt digne de protection à faire constater le principe de la responsabilité[172]. De l'avis de la Commission, il se justifie d'admettre l'*action en constatation de droit* de façon beaucoup plus généreuse et, partant, d'en inscrire expressément le principe dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile[173].

1.2.2.2.5.4 Les coûts de l'exercice du droit à la réparation

En matière de responsabilité civile - peut-être plus que dans d'autres domaines du droit civil -, la mise en oeuvre du droit matériel et la réalisation des prétentions qui en découlent dépendent dans une large mesure non seulement de la maniabilité de la procédure judiciaire, mais encore des frais que la poursuite de ses droits entraîne pour le demandeur.

A cet égard, un problème peut déjà se poser avant même qu'une procédure judiciaire soit engagée. En effet, la grande majorité des cas - notamment ceux qui impliquent des assurances - se règlent par la voie extrajudiciaire, et il n'est plus guère contesté que des frais engagés de bonne foi et dans une mesure raisonnable par la personne lésée *pour faire valoir sa prétention en réparation* - par exemple en mandatant un avocat ou en faisant établir une expertise - font partie du dommage réparable[174]. La Commission propose de reconnaître expressément ce principe dans la loi et de laisser une grande liberté d'appréciation au tribunal qui serait appelé à en fixer l'étendue[175].

En ce qui concerne les *frais de procédure*, il s'agit d'un élément susceptible de conditionner très sensiblement l'accès à la justice. Cet effet peut déjà se manifester lors de la procédure d'instruction, notamment si le tribunal estime devoir recourir à des experts et s'il fait dépendre la poursuite du procès d'*avances de frais* qui seront normalement mises à la charge du demandeur. Pour éviter que ces coûts déploient d'emblée un effet dissuasif, la Commission voudrait que le droit fédéral autorise le tribunal à répartir ces avances entre les deux parties, en tenant compte de la vraisemblance des allégations de chacune d'elles[176].

---

172 ATF 114 II 253 ss.

173 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.5 et thèse 512-10, p. 146.

174 ATF 117 II 394 ss ; Gauch P., Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, in : recht 5/94, p. 189 ss. Cf. également ATF 117 II 101 ss.

175 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.6.2 et thèse 512-13, p. 148 s.

176 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.6.1 et thèse 512-11, p. 148 s.

Quant aux *frais judiciaires proprement dits*, c'est-à-dire leur attribution à la conclusion du procès, l'idée directrice de la Commission a été de permettre au juge - dans les cas où cela se justifie - de déroger à d'éventuelles règles cantonales de procédure établissant un régime rigide d'imposition à la partie qui succombe. Un autre risque dont il s'agit de tenir compte dans ce contexte est qu'un demandeur puisse être sanctionné par une décision sur les frais pour avoir basé son action sur un montant surfait, alors qu'il n'était peut-être pas en mesure de déterminer avec plus de précision le dommage subi. Dans tous ces cas, le tribunal devrait avoir la possibilité de *répartir les frais entre demandeur et défendeur ;* à cette fin, il pourra notamment se demander dans quelle mesure la procédure apparaît elle-même comme une conséquence adéquate du fait dommageable (*"Veranlassungsprinzip"*) ; il appréciera en outre l'attitude des parties, notamment la façon dont chacune d'elles a facilité ou au contraire compliqué la liquidation du litige[177].

1.2.2.2.5.5 Paiements anticipés

Un des problèmes les plus sérieux qui se posent dans la mise en oeuvre pratique du droit de la responsabilité civile provient de la lenteur avec laquelle se déroulent souvent les négociations avec ou entre les assurances, ainsi que les procédures en justice. Plusieurs années peuvent ainsi passer sans que la victime d'un préjudice obtienne la moindre indemnisation ; suivant les cas, la personne lésée peut être mise dans une situation difficile ou même tomber dans la gêne[178]. C'est pour éviter de telles difficultés, et en s'inspirant de règles comme celles de l'art. 28 LRCN ou, en matière d'action en paiement d'entretien, des art. 281 al. 2 et art. 283 CC, que la Commission a suggéré d'autoriser le juge à condamner la partie défenderesse (ou son assureur) à des *paiements provisoires,* si le principe de la responsabilité semble acquis ou suffisamment vraisemblable et si les conditions économiques de la partie demanderesse l'exigent ou le justifient. La Commission a aussi mentionné la possibilité de prévoir le versement d'avances par la collectivité publique, à l'instar des avances de contributions d'entretien prévues à l'art. 293 al. 2 CC[179].

Il est clair que cette possibilité de paiements anticipés ne peut fonctionner que si la *coordination avec le droit des assurances sociales* est assurée et que la personne recherchée ou son assureur de responsabilité civile n'ont pas à craindre de devoir payer une deuxième fois la même dette en cas de recours exercé par l'assurance sociale, qui est en principe subrogée aux droits de l'assuré(e) contre le ou les tiers responsables dès la survenance du dommage[180]. C'est dans cette perspective que la Commission a postulé, à l'attention des instances législatives compétentes pour l'élaboration d'une "Partie générale du droit des assurances sociales" (LPGA)[181], une possibilité pour la personne

---

177 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.6.1 et thèse 512-12, p. 146 ss.

178 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/2.9.1, p. 182 s.

179 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.7 et thèse 512-14, p. 149 s.

180 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/2.1.4 et thèse 62-4, p. 170 ss.

181 Cf. infra 2.7.1, à partir de n. 874.

lésée de céder, dans certaines limites et avec le consentement de l'assurance sociale, ses prétentions contre cette dernière à la personne supposée responsable ou son assureur en échange de paiements anticipés[182].

1.2.2.2.6 Exclusion et limitation de la responsabilité civile

Comme on a déjà eu l'occasion de l'indiquer en évoquant les règles fondamentales devant régir la procédure en matière de responsabilité civile[183], le droit à réparation de la personne lésée doit en principe être garanti par des normes de caractère impératif et qui ne laissent donc pas ou peu de marge à des modifications conventionnelles fondées sur l'autonomie privée. C'est dans cet esprit que la Commission a abordé les questions concernant la validité de clauses d'exonération (totale ou partielle) de la responsabilité et celles relatives aux transactions ayant pour objet une prétention en réparation du dommage.

1.2.2.2.6.1 Admission restrictive des clauses d'exclusion et de limitation

Tandis que les déclarations unilatérales d'exclusion de la responsabilité ne lui semblaient pas constituer un problème nécessitant une intervention législative[184], la Commission s'est prononcée en faveur d'une *réglementation plutôt restrictive des clauses conventionnelles de limitation et d'exclusion de la responsabilité*, sans toutefois prendre fermement position sur la nature plus ou moins incisive de l'intervention législative.

La Commission est partie d'un double constat ; d'une part, l'effet de telles clauses au plan de la responsabilité extracontractuelle est controversé ; d'autre part, est aussi discutée la question de savoir si ce genre de clauses, dans la mesure où elles viseraient à exclure ou à limiter la responsabilité pour les dommages corporels, sont licites ou non au regard de l'art. 27 al. 2 CC en combinaison avec les art. 19 et 20 CO - et cela même lorsqu'elles ne dépasseraient pas le cadre des art. 100 et 101 al. 2 et 3 CO[185]. Mais la Commission a également tenu compte du fait que de nombreuses lois bannissent d'ores et déjà ces clauses, et cela sans exceptions et sans distinction selon les catégories de dommages[186]. La Commission n'a pas caché sa sympathie pour une solution radicale (variante I), mais a néanmoins préféré proposer *trois autres variantes à choix qui laisseraient subsister dans une mesure plus ou moins large les arrangements contractuels*. Ces variantes font une distinction entre les dommages corporels et tous les autres dommages et peuvent également être combinées entre elles. Ainsi, il serait concevable de prévoir un système

---

182 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/2.9.2 et thèse 62-15, p. 183 ss.

183 Cf. supra 1.2.2.2.5.2.

184 Rapport, op. cit. (n. 39), V/13.1, p. 150 s.

185 *Contra* : Tercier P., De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages, in : Mélanges Assista 1968-1978, Genève 1979, p. 265 ss ; Lörtscher Th., Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Zurich 1977, p. 221 s.

186 Art. 16 LRespC, art. 39 LIE, art. 87 al. 1 LCR, art. 8 al. 1 LRCN et art. 8 LRFP.

qui exclut toute clause d'exonération (totale ou partielle) pour les dommages corporels, mais les admet pour les autres dommages en cas de faute légère (à l'instar de l'actuel art. 100 al. 1 CO), avec des possibilités de restriction supplémentaires lorsque la partie qui renonce à ses droits est un consommateur et/ou dans la mesure où cette renonciation irait au-delà de risques concrètement prévisibles[187].

1.2.2.2.6.2 Transactions abusives

Parallèlement à ce que l'on vient de voir pour les clauses exonératoires, certaines lois prévoient également une possibilité pour la partie lésée, qui aurait transigé avec un responsable ou son assureur sur sa prétention en réparation et aurait accepté un montant manifestement insuffisant, de faire invalider cette transaction[188]. Il s'agit d'un moyen de droit spécifique qui s'ajoute - en les concrétisant et en en facilitant l'exercice - aux moyens traditionnels fondés sur les vices du consentement, notamment la lésion (art. 21 et 23 ss CO) ou dérivés directement du principe de la bonne foi, respectivement de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 CC). Il est vrai que ces dispositions n'ont pas été appliquées souvent dans la pratique et que les rares décisions font preuve d'une assez grande sévérité dans l'admission d'une demande d'annulation[189]. D'autre part, le fait que trois lois spéciales privilégiaient à cet égard les personnes lésées par rapport aux règles ordinaires a suscité des critiques en doctrine, qui ont même débouché sur la proposition d'abroger les dispositions en question[190]. Mais on peut aussi estimer qu'il conviendrait au contraire de les unifier (dans la mesure où elles prévoient des délais différents pour faire valoir le droit à l'annulation) et de *les généraliser*. C'est cette dernière position qu'a adoptée la Commission d'étude, qui propose d'inscrire une telle règle dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile[191].

1.2.2.3 Autres suggestions de la Commission

1.2.2.3.1 Nouvelles hypothèses de responsabilités objectives

Selon le mandat donné à la Commission par le DFJP, celle-ci devait de manière générale s'exprimer sur l'opportunité de créer de nouvelles hypothèses de responsabilités objectives pour des situations de fait où des règles particulières pourraient s'imposer[192]. Vu la philosophie fondamentale dont s'inspirait la Commission d'étude, vu son option en faveur d'une Partie générale et de clauses générales représentant les trois grands principes de la

---

187 Rapport, op. cit. (n. 39), V/13.2 ainsi que les thèses 513-1 et 513-2, p. 151 ss.

188 Art. 17 LRespC, art. 87 al. 2 LCR, art. 8 al. 2 LRCN.

189 ATF 99 II 366 ss ; ATF 109 II 347 ss.

190 Merz. H., Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1973 / Obligationenrecht, in : RJB 1975, p. 104 s.

191 Rapport, op. cit. (n. 39), V/14 et thèse 514-1, p. 155 ss.

192 Cf. supra 1.2.1 c.

responsabilité[193] et vu également le but général d'unification qu'elle poursuivait, il paraît naturel qu'elle n'ait pas elle-même proposé de nouveaux types de responsabilité, mais au contraire plutôt tenté d'éviter d'autres bourgeonnements avant la mise en oeuvre de la révision totale. La seule exception qu'elle était prête à soutenir était une révision avancée de la loi sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer[194].

Pourtant, à l'époque de l'achèvement des travaux de la Commission et de la remise de son rapport au Département, un des sujets d'actualité s'était déjà pratiquement échappé du rayon d'action de la révision totale : une commission du Conseil national avait commencé, sur la base d'une initiative parlementaire[195], à élaborer un projet de loi sur la *responsabilité du fait des produits* calqué sur la Directive correspondante de la Communauté (Union) Européenne. Ce projet fut ensuite successivement intégré dans les programmes législatifs EUROLEX et SWISSLEX et adopté par les Chambres fédérales le 18 juin 1993[196]. Dans son rapport, la Commission avait sanctionné bon gré mal gré cette brèche dans sa conception générale, en acceptant l'argument que l'intégration européenne justifiait ce sacrifice[197]. La seule recommandation qu'elle avait formulée sur le fond, à savoir de déroger à la Directive en assimilant les dommages purement économiques aux dommages matériels[198], n'a pas été suivie.

Un type nouveau de responsabilité objective que la Commission a envisagé, sans oser elle-même présenter de proposition concrète, était celui d'une *responsabilité des organisateurs de manifestations*. L'idée de départ était que des grands rassemblements de personnes créent un risque élevé de comportements incontrôlés et incontrôlables, susceptibles de causer des dommages corporels et matériels pour lesquels il est souvent difficile d'établir des responsabilités individuelles. La Commission était d'avis qu'on ne pouvait pas simplement assimiler les participants à une manifestation à des auxiliaires des organisateurs, de sorte qu'une application directe ou même par analogie de la responsabilité du fait de l'organisation[199] n'entrait pas en ligne de compte et qu'il faudrait, le cas échéant, prévoir une responsabilité spéciale pour ce genre de situation. D'autre part, les commissaires étaient conscients de l'antagonisme qui pourrait se développer entre une telle disposition et les droits fondamentaux de la liberté d'association et de réunion ; ils se sont donc contentés de postuler que l'opportunité d'une responsabilité spécifique des organisateurs de mani-

---

193 Cf. supra 1.2.2.1.3/1.4.

194 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/1.4, p. 197.

195 Initiative Neukomm, Responsabilité du fait des produits (CN 89.247).

196 Cf. Widmer P., Grundlagen und Entwicklung der schweizerischen Produktehaftung(-en), op. cit. (n. 60), p. 32, N. 8 et p. 37 s., N. 14.

197 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/1.1 et thèses 61-1 à 61-3, p. 157 ss.

198 Op. cit. (n. 39), p. 161 et thèse 61-2.

199 Cf. supra 1.2.2.1.3 *in fine* et infra 2.4.3.4.

festations, ainsi que les problèmes de détail que pourraient soulever sa délimitation et son application pratiques, soient étudiés de manière approfondie[200].

L'une des plus anciennes revendications en matière de responsabilité causale est celle visant à introduire dans le droit suisse une *responsabilité pour risque à la charge des exploitants ou détenteurs de barrages*. Il en avait déjà été question au Congrès des juristes suisses de 1967 ; depuis lors, l'idée avait fait l'objet de plusieurs interventions parlementaires ainsi que d'initiatives cantonales[201], et elle venait d'être reprise en 1990 comme postulat urgent par la Commission fédérale de l'économie des eaux. La Commission d'étude a estimé que, dans ce cas particulier, il semblait justifié de prévoir une législation spéciale qui pourrait dans une large mesure s'inspirer des principes établis dans la LRCN[202]. Entre-temps, une Commission d'experts, mandatée par le Département fédéral de justice et police et le Département fédéral des transports, des communications et de l'énergie, a élaboré un avant-projet de loi qui sera prochainement soumis à l'examen des Chambres fédérales.

Pour ce qui en est enfin de la *responsabilité pour les dommages causés à l'environnement*, la Commission d'étude a reconnu que les problèmes particuliers posés par les décharges pourraient rendre nécessaire une assurance étatique subsidiaire, qui comblerait d'éventuelles carences dans la couverture offerte par les assurances privées, étant entendu que la *responsabilité des exploitants de décharges* serait conçue comme une responsabilité objective à raison du risque. L'assurance devrait également être en mesure de couvrir les *coûts d'assainissement* d'anciennes décharges, si possible avant que celles-ci n'aient provoqué des dommages[203]. Bien que plutôt réticente, la Commission d'étude a dû admettre que l'introduction d'une *responsabilité objective générale pour les activités comprenant des risques particuliers pour l'environnement*, dans le cadre de la révision déjà en cours de la loi sur la protection de l'environnement, pouvait se justifier pour répondre à une attente politique particulièrement sensible dans ce domaine ; mais cette solution devait d'emblée être considérée uniquement comme un palliatif transitoire, qui serait ensuite absorbé par la clause générale préconisée dans la révision totale[204].

---

200 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/1.2. et thèse 61-4, p. 163 s.

201 Cf. supra 1.1.2.1 ; Stark E.W., op. cit. (n. 31), p. 134 ss ; Gilliard F., op. cit. (n. 32), p. 309 ; Motion Guntern (CE 80.3336) ; Postulat Vannay (CN 81.492) ; Interpellation Dirren (CN 85.535) ; Question Hildbrand (CN 88.693) ; Initiative du canton du Valais (90.203).

202 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/1.3 et thèses 61-5 à 61-8, p. 165 ss.

203 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/3 et thèse 63-1 et 63-2, p. 186 ss ; lors de la révision de la LPE (cf. supra 1.1.2.2 et n. 42), les propositions d'un Groupe de travail concernant la "Couverture de la responsabilité civile et de l'obligation d'assainissement en matière de décharges" se sont réduites à une délégation de compétence permettant au Conseil fédéral de "prévoir que la propriété du bien-fonds sur lequel la décharge contrôlée est sise sera transférée au canton après la fermeture de celle-ci, et régler la question de l'indemnisation" (art. 59*b*, let. e).

204 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/1.3, p. 195 ss ; Widmer P., Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts, RJB 1994, p. 405 ss.

La Commission d'étude ne s'est pas clairement prononcée sur *les responsabilités objectives "simples" existantes* et sur leur sort dans le cadre de la révision totale. Elle en a simplement recommandé le réexamen à la lumière des éventuelles innovations au niveau des clauses générales et s'est bornée, pour le reste, à déconseiller la création de nouvelles hypothèses de responsabilité de ce type[205].

1.2.2.3.2 Problèmes de coordination avec les assurances sociales

La Commission d'étude s'est intéressée de très près aux travaux parallèles que menait une Commission du Conseil des Etats sur un projet de "Loi fédérale sur la Partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)". Ainsi, lors d'une procédure de consultation organisée en 1990 sur ce projet par l'Office fédéral des assurances sociales pour le compte de la Commission compétente du Conseil des Etats[206], la Commission d'étude présenta une prise de position circonstanciée, en insistant sur la nécessité de coordonner entre eux les différents systèmes de compensation des dommages.

Le Rapport reprend les principaux points de cet avis. Mentionnons notamment les questions relatives au *recours de l'assureur social,* dont la Commission a souligné l'importance d'une généralisation comprenant aussi la prévoyance professionnelle[207], afin de ne pas perturber l'équilibre du système fondé sur l'imputation adéquate de la responsabilité ; d'autre part, la Commission a préconisé une prise en considération - dans le cadre d'un *système de clearing général* - des prestations des assureurs de responsabilité civile[208]. Dans ce même contexte, il convient aussi de rappeler différentes suggestions visant à permettre une plus grande flexibilité dans l'adaptation des rapports entre assureurs sociaux, personnes responsables et personnes lésées (ainsi que leurs éventuels assureurs privés) à des changements de circonstances qui peuvent intervenir pendant la durée du droit à la rente[209]. Enfin, la Commission a soutenu la proposition d'*abolir les privilèges de responsabilité* en faveur des membres de la famille et de l'employeur de la personne lésée, prévus à l'art. 44 LAA, respectivement de les transformer en de simples privilèges de recours[210].

---

205 Cf. supra 1.2.2.1.3 *in fine*.

206 Pour un aperçu d'ensemble de l'historique et de l'évolution de ce projet, cf. le Rapport de la Commission du CE (FF 1991 II p. 181 ss) et les Avis du CF (FF 1991 II p. 888 ss et 1994 V p. 897 ss).

207 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/2.1, p. 167 ss et thèses 62-1 à 62-2 (spéc. 2.1.2) ; cf. également VI/2.7 et thèse 62-11, p. 179, à propos de la coordination procédurale des recours entre différents assureurs sociaux.

208 Rapport op. cit. (n. 39), VI/2.2 et thèse 62-5, p. 171 ss, ainsi que VI/2.9 et thèse 62-15, p. 182 ss.

209 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/2.8 et thèses 62-12 à 62-14, p. 179 ss.

210 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/2.4 et thèse 62-7, p. 174 ss. Cf. à cet égard également : Postulat des Chambres fédérales 83.227.

1.2.2.3.3 Dommages de masse et en cas de catastrophe

Bien que son mandat l'eût prévu[211], la Commission d'étude n'a pas approfondi ces sujets. Elle n'a fait qu'apporter son soutien de principe à une réglementation qui pourrait instituer, pour des situations où l'on se trouve face à un grand nombre de personnes lésées, une *communauté obligatoire* de ces dernières et dont les prétentions feraient l'objet d'une gestion commune[212].

Pour ce qui en est des règles particulières et des dérogations aux règles ordinaires qu'exigerait une situation de *catastrophe*, la Commission s'est prononcée en faveur de l'élaboration d'une loi spéciale ; cette loi pourrait largement s'inspirer des thèses contenues dans le Rapport présenté au Congrès des juristes suisses de 1990 par un membre de la Commission[213].

1.3 Caractéristiques de l'avant-projet et options divergentes par rapport à celles de la Commission d'étude

Conformément à leur mandat, qui les invitait à élaborer un avant-projet "sur la base du Rapport de la Commission d'étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile du mois d'août 1991", mais qui précisait en même temps que "les experts sont libres de proposer des solutions différentes", les auteurs de l'avant-projet ont dans une très large mesure suivi les recommandations et thèses de la Commission d'étude. Ils ne s'en sont en fait écartés que pour trois types de motifs, qui peuvent aussi se conjuguer :

- lorsqu'une question fondamentale n'avait pas été résolue au sein de la Commission ou y était restée controversée (tel que le problème de l'illicéité et des dommages purement économiques) ;
- lorsqu'un problème essentiel avait été résolu par la Commission dans un sens plutôt conservateur, alors que des solutions plus innovatrices trouvent un certain appui en doctrine (suisse et/ou étrangère) et qu'il semblait judicieux d'en faire l'objet d'une discussion élargie et approfondie (par exemple l'harmonisation des régimes de la responsabilité extra-contractuelle et de la responsabilité contractuelle) ;
- enfin dans certains cas où il paraissait indiqué d'enrichir les nouvelles dispositions d'un élément didactique, pour entériner une évolution jurisprudentielle ou pour en faciliter la compréhension ou en encourager l'interprétation et l'application dans le sens voulu (ainsi en ce qui concerne les différents postes de dommage et le principe de la "causalité juridiquement déterminante").

---

211 Cf. supra 1.2.1 h.

212 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/4 et thèse 64-1, p. 190 ss. Cf. les propositions de Stark E.W./ Knecht St., Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Geschädigte bei Massenschäden, RDS 1978 I p. 51 ss.

213 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/5 et thèse 65-1, p. 192 s. Cf. Tercier P., L'indemnisation des préjudices causés par des catastrophes en droit suisse, RDS 1990 II p. 73 ss, ainsi que - dans le même volume (p. 1 ss) et sous l'aspect du droit public - Schmid G., Rechtsfragen bei Grossrisiken.

1.3.1 Systématique

Sur le plan de la systématique, l'avant-projet s'en tient à la conception générale choisie par la Commission d'étude, qui prévoit une Partie générale du droit de la responsabilité civile devant être insérée dans le Chapitre II du Titre premier du Code des obligations, à la place des actuels art. 41 à 61[214]. On notera ici comme relative nouveauté la subdivision de ce chapitre en deux sous-chapitres, le premier contenant les dispositions générales, le deuxième servant de récipient de réserve pour des hypothèses de responsabilités objectives simples (notamment celles prévues jusqu'ici aux art. 56 et 58 CO), ainsi que pour les cas de responsabilité pour fait licite proposés par la Commission[215]. Comparé à la présentation dans le Rapport de la Commission, l'ordre systématique est aussi légèrement modifié en ce sens que les questions de délimitation, qui définissent en même temps le champ d'application de la Partie générale, sont rangées au début du premier sous-chapitre (art. 42 à 44 AP), avant les conditions générales (art. 45 à 47*a* AP) et les fondements de la responsabilité (art. 48 à 51*a* AP)[216].

En dehors de ce noyau, les dispositions et lois spéciales subsistent dans la mesure où elles sont justifiées par la situation particulière qu'elles sont censées régler. Cela vaut notamment pour les responsabilités objectives à raison du risque contenues dans une série de lois spéciales par rapport à la clause générale, dont l'avant-projet propose l'introduction[217].

1.3.2 Norme fondamentale d'imputation

La norme d'introduction qui chapeaute l'ensemble des règles sur la responsabilité (art. 41 AP) correspond à une proposition de la Commission d'étude[218]. Par rapport à la thèse 52-1 de la Commission[219], l'avant-projet met un accent particulier sur les *principaux chefs d'imputation* qui sont énumérés dans l'al. 2, avec des références explicites aux dispositions pertinentes.

1.3.3 Champ d'application : extension à la responsabilité contractuelle

En ce qui concerne la délimitation de la responsabilité civile par rapport à celle des collectivités publiques, ou plutôt *la "privatisation" de la responsabilité publique*, l'avant-projet (art. 43 et 43*a* AP) reprend de manière fidèle les idées de la

---

214 Cf. supra 1.2.2.1.4.

215 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.3 et thèses 52-5 à 52-6, p. 45 ss.

216 Cf. infra 2.2.

217 Cf. supra 1.2.2.1.3 ; cf. infra 2.4.4.2.

218 Cf. supra 1.2.2.1.4.

219 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.1, p. 38 ss.

Commission d'étude[220]. Il en va de même pour la reconnaissance de la primauté du droit international (art. 44 AP)[221].

En revanche, une des principales dérogations de l'avant-projet par rapport aux thèses de la Commission d'étude est la tentative de réaliser une unification aussi entière que possible entre la responsabilité délictuelle ou extra-contractuelle et celle qui peut s'établir entre cocontractants (art. 42 AP). Sur ce point, la Commission d'étude avait pratiquement capitulé, bien qu'au début de ses travaux, une majorité des membres se fussent encore ralliés à une conception de rapprochement ou d'assimilation telle qu'elle avait déjà été suggérée en doctrine[222].

Les auteurs de l'avant-projet tiennent à ce qu'une décision définitive sur ce point ne soit prise que lorsque les mérites respectifs de la conception dualiste traditionnelle et de la nouvelle approche synthétique auront été soigneusement discutés. Ils sont tout à fait conscients que leur modèle ne permet pas de supprimer certaines différences de fond entre la simple inexécution d'une obligation contractuelle et la violation du contrat qui constitue en même temps une atteinte à des biens juridiques du partenaire et dont la protection doit être assurée indépendamment de tout lien contractuel ; c'est pourquoi leur proposition essaie de séparer la "violation passive" de la violation "active" ou "positive" du contrat, qui seule sera régie par le droit commun de la responsabilité. Inversement, les partisans de l'harmonisation sont tout aussi conscients des difficultés auxquelles peut donner lieu la distinction entre inexécution et exécution défectueuse, spécialement dans les contrats de prestations de services. Ils estiment cependant qu'en se demandant dans chaque cas d'espèce si l'atteinte en question est concevable de façon similaire ou analogue en dehors d'un rapport contractuel ou non, la plupart des cas de doute devraient pouvoir être tranchés. Ainsi, il semble tout à fait plausible de soumettre aux règles ordinaires de la responsabilité extracontractuelle l'atteinte à l'intégrité physique résultant de l'inactivité et donc d'une omission du médecin, même si ce comportement constitue en même temps une faute contractuelle ; l'essentiel, c'est le résultat qui rend le comportement du médecin illicite. Bien entendu, cette conception déteint nécessairement sur la notion d'illicéité[223].

1.3.4 Les conditions générales

C'est dans le domaine des conditions générales de la responsabilité que les auteurs de l'avant-projet ont le plus lâché la bride à leurs pulsions didactiques. Ils ont estimé d'une part que ces dispositions constituaient pour ainsi dire l'alphabet du droit de la responsabilité civile et que, d'autre part, il convenait de réaliser un certain équilibre dans la présentation des différentes conditions qui sont - dans l'ordre logique de la recherche d'une responsabilité, qui constitue un ordre chronologique inversé - *le dommage, l'illicéité et le lien de causalité*.

---

220 Cf. supra 1.2.2.1.6.

221 Rapport, op. cit. (n. 39), V/4.3 et thèse 54-4, p. 83 s.

222 Cf. supra 1.2.2.1.5 et n. 83.

223 Cf. infra 2.2.2. et 2.3.3.

Les faits de rattachement et les critères d'imputation, quant à eux, diffèrent d'une catégorie de responsabilité à l'autre, et ils apparaissent donc dans les normes consacrées au fondement de chaque responsabilité.

1.3.4.1 Le dommage

Tandis que la Commission avait délibérément renoncé à une définition de la notion de dommage[224], les auteurs de l'avant-projet avaient dans un premier temps tenté de trouver une formule générale, qui devait en fait plutôt servir d'introduction aux dispositions de détail et éviter que celles-ci n'apparaissent comme suspendues dans le vide. Ils y ont renoncé, à la suite de critiques bienveillantes qui leur ont été adressées à ce sujet[225], mais se sont néanmoins décidés à créer en la matière une norme introductive (art. 45 AP). Cette norme mentionne en son al. 1 les deux formes classiques du dommage, soit le dommage patrimonial et le tort moral. L'art. 45 al. 2 AP énumère les différentes catégories que comprend le dommage patrimonial, y compris le dommage purement économique que les auteurs de l'avant-projet renoncent pourtant à définir. Quant à l'art. 45 al. 3 AP, il vise la responsabilité pour risque et met en ce domaine une limite à l'étendue de la réparation en excluant les dommages purement économiques ; ce faisant, il règle une question que n'était pas parvenue à trancher la Commission d'étude[226].

En matière d'atteintes à la vie et de dommages corporels en général, l'avant-projet reprend les recommandations de la Commission (art. 45*a* et 45*b* AP)[227] ; il s'en écarte cependant en proposant une nouvelle disposition sur le *dommage matériel* (art. 45*c* AP), qui n'a d'autre fonction que d'établir un pendant aux dispositions précitées et de fonctionner comme directive - tirée de la pratique - pour qui est confronté à des questions concernant le dommage réparable en cas de destruction ou de détérioration d'une chose[228].

La disposition sur le *dommage écologique* (art. 45*d* AP) est entièrement nouvelle, étant donné que la Commission (par manque de coordination avec les travaux préparatoires pour la révision de la LPE) n'avait pas eu à s'en occuper. Toutefois, comme on aura l'occasion de le montrer[229], cet article s'inspire de textes du droit international.

En ce qui concerne la réparation du *tort moral*, les auteurs de l'avant-projet ont réalisé ce que la Commission n'avait osé que suggérer[230], à savoir une fusion des actuels art. 47 et 49 CO dans une seule disposition (art. 45*e* AP)[231].

---

224 Cf. supra 1.2.2.1.7.

225 Stein P., Der Schaden (Ein juristisches Märchen), RSJ 1995, p. 183 s.

226 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.2 et thèse 52-3, p. 42 ss, ainsi que V/3.3.5, p. 66 s. ; cf. infra 2.3.2.1 *in fine* et 2.3.2.2.5.

227 Cf. supra 1.2.2.1.7.

228 Cf. infra 2.3.2.2.4.

229 Cf. infra 2.3.2.2.5.

230 Cf. supra 1.2.2.1.7 *in fine* et Rapport, op. cit. (n. 39), V/6.3.5, p. 95 s.

C'est au conditionnel que la Commission avait enfin formulé l'idée d'introduire une norme spécifique sur la compensation des frais de sauvetage et/ou de prévention, ainsi que de ceux occasionnés par des mesures visant à réduire un dommage déjà survenu ou à empêcher qu'il ne s'aggrave[232]. L'avant-projet contient une disposition expresse à cet égard (art. 45*f* AP), dont la position systématique à la fin des règles consacrées au dommage indique qu'elle s'applique à toutes les catégories de dommage, y compris au tort moral[233].

1.3.4.2 L'illicéité

Pour cette condition générale de la responsabilité, la Commission avait exceptionnellement abandonné son attitude plutôt réservée à l'encontre de dispositions "explicatives" et proposé l'introduction dans le droit positif de la formule développée par la doctrine et la jurisprudence, tout en étant consciente que cette définition ne contribuerait guère à résoudre les principaux problèmes[234]. L'avant-projet maintient la position de principe adoptée par la Commission, selon laquelle l'illicéité est une condition générale de la responsabilité, qui doit aussi être remplie lorsque la responsabilité a un fondement purement objectif ; il essaie cependant de cerner encore un peu mieux la difficulté en proposant une nouvelle approche : d'une part, il restreint le cercle des dommages réparables dans la responsabilité objective pour risque (art. 45 al. 3 AP)[235] ; d'autre part, il élargit la notion d'illicéité dans le domaine des responsabilités rattachées à un comportement, singulièrement celui de la responsabilité pour faute[236]. Cette conception se concrétise en une définition générale de l'illicéité, qui correspond aux propositions de la Commission (art. 46 al. 1 AP), et qui est suivie d'une définition plus spécifique axée en particulier sur la responsabilité pour faute (art. 46 al. 2 AP) ; cette dernière définition inclut notamment - comme "normes protectrices" potentielles - le principe de la bonne foi et les dispositions et clauses imposant des devoirs contractuels.

En revanche, la disposition qui traite des *motifs justificatifs* (art. 46*a* AP) - l'envers de la condition de l'illicéité - est entièrement conforme aux thèses de la Commission d'étude[237].

1.3.4.3 La causalité juridique

La Commission ne voulait pas - et à juste raison - d'une définition de la causalité, qui aurait reproduit la formule classique dont se servent doctrine et jurisprudence en appliquant la théorie de la "causalité adéquate". En revanche, elle

---

231 Cf. infra 2.3.2.3.

232 Rapport, op. cit. (n. 39), V/5.2 et thèse 55-2, p. 86 s.

233 Cf. infra 2.3.2.4.

234 Cf. supra 1.2.2.1.8.

235 Cf. supra 1.3.4.1.

236 Cf. infra 2.3.3.

237 Cf. supra 1.2.2.1.8 *in fine* ; cf. infra 2.3.3.4.

avait plaidé en faveur d'une norme générale, destinée à poser le principe des *causes d'exonération* - l'aspect négatif de l'imputation - valable pour toutes les formes de responsabilité[238]. L'avant-projet se base sur cette approche, mais en l'explicitant par une règle générale sur le rôle de la causalité dans l'imputation (art. 47 AP), qui est ensuite précisée par une disposition plus spécifique (art. 47*a* AP) faisant état des principales "causes étrangères" susceptibles d'interrompre le lien de causalité[239].

La Commission n'avait pas tranché définitivement la question de savoir si les règles sur l'exonération totale devaient être combinées avec celles régissant la réduction de la réparation - conçue comme exonération partielle - et si, du point de vue systématique, les deux questions devaient être traitées plutôt dans le contexte des conditions générales de la responsabilité ou sous l'aspect de la fixation de la réparation. L'avant-projet ne parle pas expressément de l'exonération partielle en rapport avec la causalité, mais le libellé de la disposition sur la fixation de l'étendue de la réparation (art. 52 AP)[240], qui reprend textuellement les termes de l'art. 47*a* AP, devrait rendre évident le fait qu'il s'agit en définitive d'une seule et même question : la responsabilité adéquate peut en effet être graduée entre la compensation entière et le refus de toute réparation ; entre ces deux extrêmes, toutes les nuances doivent être possibles[241].

1.3.5 Fondements de la responsabilité

1.3.5.1 La responsabilité pour faute

L'avant-projet suit ici (art. 48 à 48*b*) entièrement la ligne tracée par la Commission d'étude[242], sauf sur un point qui peut paraître secondaire, mais qui n'est pas sans importance. La Commission s'était en principe ralliée à l'opinion que la *responsabilité des personnes incapables de discernement,* telle qu'elle est actuellement prévue à l'art. 54 al. 1 CO, ne devait plus apparaître dans le nouveau droit comme hypothèse ordinaire de responsabilité objective, mais seulement comme exception à la règle qui veut que seules les personnes capables d'une faute puissent être rendues responsables de leur comportement illicite. La même Commission s'était toutefois refusée à tirer les conséquences de cette opinion et à préciser que le juge devrait avoir recours à cet expédient uniquement dans des situations tout à fait singulières. Elle avait même laissé entendre que cette disposition (art. 48*b* AP) pourrait être utilisée pour atténuer ou compenser les effets de la "resubjectivisation" de la notion de faute que veut encourager la nouvelle définition de la négligence (art. 48*a* AP). En insistant sur le caractère exceptionnel d'une responsabilité en vérité inadéquate et dont l'application ne peut se justifier que dans de très rares cas de grave

---

238 Cf. supra 1.2.2.1.9.

239 Cf. infra 2.3.4.

240 Cf. infra 2.5.2.

241 Widmer P., Détermination et réduction de la réparation en droit suisse, in : The limits of liability, La Haye/Londres/Boston 1996, p. 137 ss.

242 Cf. supra 1.2.2.1.3 ; cf. infra 2.4.2.

besoin, l'avant-projet entend résolument contrecarrer une interprétation trop généreuse d'un instrument qui doit rester l'*ultima ratio*[243].

1.3.5.2 La responsabilité pour les auxiliaires

La Commission avait examiné la possibilité d'instituer comme troisième pilier de la responsabilité civile, à côté de la responsabilité aquilienne et de la responsabilité pour risque, une *responsabilité "du fait de l'organisation"*. Il s'agissait en fait de légaliser et de codifier la jurisprudence récente du TF[244], qui a pratiquement amputé l'art. 55 CO de la preuve libératoire en principe réservée à l'employeur ; en procédant à ce revirement assez spectaculaire, notre juridiction suprême ne faisait toutefois que suivre -"en différé", pour ainsi dire - des propositions qui avaient été avancées en doctrine une vingtaine d'années auparavant et qui - à cette époque déjà - s'inspiraient de nouveaux développements dans le domaine de la responsabilité publique[245]. Le but d'une telle clause générale subsidiaire serait de soumettre à une responsabilité objective certaines situations où ce n'est pas un risque technique qui justifie l'abandon du critère de la faute, mais le risque inhérent à des formes d'organisation et de répartition du travail toujours plus complexes et plus difficiles à maîtriser. La responsabilité du producteur en est l'exemple le plus frappant : c'est en effet pour résoudre ce problème que la jurisprudence a fait preuve de tant de rigueur dans l'interprétation de la responsabilité traditionnelle de l'employeur ; il est vrai que l'art. 55 CO reflète encore, dans sa teneur actuelle, les structures artisanales du XIXème siècle où le patron n'avait aucune peine à contrôler et à surveiller les activités de ses quelques collaborateurs.

La Commission d'étude s'est cependant arrêtée - contre sa propre déclaration de principe sur l'inopportunité de créer de nouvelles responsabilités hybrides, situées à mi-chemin entre faute et risque - à un modèle de *responsabilité semi-objective* basée sur un "défaut d'organisation"[246]. Compte tenu des critiques dont cette solution a fait l'objet et des suggestions qui ont été formulées lors d'un "hearing" organisé en marge de l'élaboration de l'avant-projet, les auteurs de ce dernier sont convenus de présenter une conception modifiée et à deux étages. Selon cette proposition, la responsabilité des "patrons" pour leurs auxiliaires serait divisée en une première hypothèse générale ou "domestique", proche de l'actuel art. 55 CO et où la preuve libératoire des trois *"curae"* classiques *"in eligendo, instruendo et custodiendo"* serait maintenue ou ressuscitée (art. 49 AP), et une seconde hypothèse plus spécifiquement "commerciale ou professionnelle" (art. 49*a* AP) ; celle-ci serait toujours fondée sur un "défaut d'organisation", mais pour lequel le fardeau de la preuve serait renversé, c'est-à-dire qu'il incomberait à la personne recherchée d'établir que le dommage en

---

243 Cf. infra 2.4.2.3.

244 ATF 110 II 456 ss ; cf. supra 1.1.2.3 *in fine.*

245 Gilliard F., op. cit. (n. 32), p. 295 ss ; cf. également, dans le même volume (RDS 1967 II), l'intervention du professeur P. Jäggi, p. 754 ss.

246 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.4 et thèse 53-5, p. 69 ss.

question n'est pas dû à une imperfection de l'organisation[247]. Il est vrai que le pas qui reste à franchir pour aboutir à une responsabilité objective "aggravée" (pour risque d'organisation) est peut-être d'ordre plus psychologique que juridique ; or, cette conséquence avait déjà été admise par la Commission d'étude elle-même pour sa solution soi-disant moins sévère[248].

Par analogie avec les lois modernes de la Confédération et des cantons sur la responsabilité de l'Etat, la Commission avait aussi suggéré de rendre la responsabilité du fait de l'organisation *primaire et exclusive*, ce qui aurait signifié que la personne lésée aurait pu actionner uniquement le "maître" ou "l'exploitant" de l'organisation et non l'agent ou l'employé individuel, auteur immédiat du dommage. Après réflexion et compte tenu du but général de la révision qui est d'améliorer la position de la personne lésée, les auteurs de l'avant-projet renoncent à cette restriction du cercle des coresponsables potentiels et à la limitation du recours qui aurait pu l'accompagner.

1.3.5.3 Règles communes pour les responsabilités objectives

Dans le cadre de ses considérations relatives à la clause générale de responsabilité pour risque, la Commission avait aussi proposé de fixer explicitement dans la loi deux principes accessoires, développés par la jurisprudence et la doctrine.

Il s'agit d'abord de la *responsabilité dite "annexe" pour le fait d'autrui*, qui est intrinsèquement comprise dans toute responsabilité causale rattachée à un état de fait objectif plutôt qu'à un comportement individuel ; le sujet responsable à titre principal doit ainsi répondre de toute personne dont le comportement a contribué d'une manière ou d'une autre à la réalisation du fait appréhendé par la norme en question[249].

Le second principe concerne ce que l'on appelle la *"faute additionnelle"* ; on entend par là que, même lorsque la faute des acteurs n'est pas une condition de la responsabilité parce que celle-ci a un fondement objectif, elle peut être prise en considération comme élément "additionnel" ; cet élément pèsera dans la balance lorsqu'il s'agira de déterminer les parts de responsabilité entre plusieurs coresponsables, y compris la personne lésée elle-même, c'est-à-dire pour la fixation de l'étendue de la réparation en cas de collision de responsabilités ou de répartition du dommage entre coresponsables[250].

Dans l'avant-projet, ces deux principes (art. 51 et 51*a* AP) sont détachés de la seule responsabilité pour risque et présentés - conformément à leur portée générale - comme des règles communes à toutes les formes de responsabilité objective.

---

247 Cf. infra 2.4.3.

248 Rapport, op. cit (n. 39), V/3.4.3 *in fine*, p. 72.

249 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.3.6 et thèse 53-4, p. 67 s.

250 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.3.7 et thèse 53-4, 4ème al., p. 67 s.

1.3.6 Responsabilités au pluriel et rapports avec les assurances

1.3.6.1 Cumul de responsabilités

La Commission a examiné les problèmes liés à la collision et au concours de responsabilités ou de responsables, et elle a fait à ce sujet des propositions qui sont reprises dans l'avant-projet (art. 53*a* à 53*c* AP)[251]. Elle ne s'est cependant pas prononcée sur les cas où différents chefs de responsabilité sont réunis en une seule et même personne et où il s'agit de décider si certaines des normes applicables prétendent à l'exclusivité ou si elles peuvent être invoquées de manière alternative. L'avant-projet suggère d'introduire une disposition dans la Partie générale (art. 53 AP), qui consacre à la fois le *principe de l'alternativité* - sauf exception clairement motivée - et celui de la liberté du tribunal de choisir entre plusieurs règles applicables celle qui assure le mieux le droit à réparation de la personne lésée (*"iura novit curia"*)[252].

1.3.6.2 Rapports entre droit de la responsabilité et assurances

1.3.6.2.1 Droit préférentiel et partage proportionnel

Conformément aux thèses de la Commission d'étude[253], l'avant-projet consacre aussi pour l'assurance privée le principe - acquis en matière de sécurité sociale - du droit préférentiel de la personne lésée ; il le tempère toutefois par un *partage proportionnel* dans certaines situations où il serait inéquitable et contraire au principe de la bonne foi que le droit de recours de l'assureur contre la personne responsable doive s'effacer derrière la prétention complémentaire directe de la personne lésée, en dépit du fait que celle-ci a provoqué la survenance du dommage ou son aggravation par une faute intentionnelle, voire un comportement criminel (art. 54*b* AP). Pour ces cas, l'avant-projet propose pourtant une méthode de calcul un peu différente de celle qu'avait envisagée la Commission[254].

1.3.6.2.2 Action directe

La Commission avait hésité à proposer un droit d'action directe de la personne lésée contre l'assureur de responsabilité civile de la personne responsable, *en dehors des hypothèses d'assurance obligatoire* que le Conseil fédéral, selon elle, devrait pouvoir prescrire pour tous les cas où une activité est subordonnée à une autorisation de droit fédéral (art. 54*g* AP)[255]. L'avant-projet opte pour *la généralisation de l'action directe*[256], en réservant toutefois, en cas d'assurance facultative, le droit de l'assureur d'y opposer toutes les objections et exceptions

---

251 Cf. supra 1.2.2.2.2 ; cf. infra 2.6.3 et 2.6.4.

252 Cf. infra 2.6.2.

253 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.4 et thèse 510-5, p. 109 ss.

254 Cf. infra 2.7.3.3.2.

255 Cf. supra 1.2.2.2.3.

256 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.7.2 et thèse 510-9 ; cf. infra 2.7.4.2.1.

qu'il pourrait aussi faire valoir à l'encontre de la personne assurée (art. 54*c* et art. 54*h* al. 1 *e contrario* AP).

1.3.7 La prescription

Les dispositions que l'avant-projet propose en matière de prescription (art. 55 à 55*c* AP) reflètent les options de la Commission d'étude[257]. Il y déroge uniquement sur deux points marginaux : d'une part, il abandonne l'idée du *"parallélisme décimal"* entre le délai de la prescription relative et celui de la prescription absolue - idée en soi séduisante, mais qui relève plus d'un besoin de symétrie que de raisons juridiques ou pratiques[258] ; d'autre part, il renonce à régler expressément le point de départ de la prescription pour une prétention récursoire concernant une *réparation octroyée en forme de rente,* en admettant que l'art. 131 CO suffit à résoudre le problème[259].

1.3.8 Procédure

Dans le domaine de la procédure, l'avant-projet (art. 56 à 56*h* AP) complète les suggestions de la Commission d'étude[260] par une disposition correspondant à l'actuel art. 53 CO, qui traite des *rapports entre les droits civil et pénal* sur le plan matériel et celui de la procédure.

1.3.9 Clauses exonératoires et transactions

La Commission d'étude n'avait pas voulu trancher elle-même entre différentes variantes plus ou moins restrictives proposées pour *"limiter les limitations de responsabilité"*[261]. L'avant-projet procède à ce choix (art. 57 AP), en déclarant ces clauses abusives et entièrement nulles dans la mesure où elles prévoiraient l'exclusion ou des limitations de la responsabilité en matière d'*atteintes à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne* ; il y ajoute le *dommage écologique* (art. 45*d* AP), dont la Commission ne s'était pas occupée. Pour ce qui en est des *autres dommages* (dommages matériels et dommages purement économiques), l'avant-projet maintient en principe la barre à la hauteur fixée par l'art. 100 du CO actuellement en vigueur, en supprimant toutefois le pouvoir d'appréciation du juge dans les cas prévus au 2ème alinéa et en y ajoutant comme nouveau critère restrictif celui des *"conditions générales préimprimées"*[262].

En ce qui concerne enfin les *transactions abusives*, les auteurs de l'avant-projet - contrairement à la Commission d'étude - ont opté pour un point de départ

---

257 Cf. supra 1.2.2.2.4.

258 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.7.2.3 et thèse 511-5.

259 Cf. infra 2.8.7 *in fine.*

260 Cf. supra 1.2.2.2.5 ; cf. infra 2.9.3.

261 Cf. supra 1.2.2.2.6.1.

262 Cf. infra 2.10.2.

du *délai d'invalidation* plus conforme à la règle générale de l'art. 31 al. 2 CO qu'à celle plus singulière de l'art. 21 al. 2 CO.

2 Dispositions générales de l'avant-projet (art. 41 à 58)

2.1 Imputation de la responsabilité (art. 41 AP)

2.1.1 Norme fondamentale

La fonction essentielle du droit de la responsabilité civile est la réparation du dommage. En cas de survenance d'un préjudice, la question élémentaire consiste à se demander si la victime doit en supporter elle-même les conséquences pécuniaires (selon l'adage *casum sentit dominus*) ou si, par application d'une disposition légale fondant une créance, elle peut reporter tout ou partie du poids de la réparation sur une tierce personne (selon le principe de l'imputation). Suivant la thèse de la Commission d'étude[263] et à l'instar du nouveau Code civil néerlandais[264], les auteurs de l'avant-projet proposent que le principe de l'imputation de la responsabilité soit ancré dans la loi, sous la forme d'une norme fondamentale (art. 41). Libellée en des termes positifs, cette norme dispose, en son al. 1, qu'une personne est tenue de réparer le dommage causé à autrui dans la mesure où le fait dommageable peut lui être imputé en vertu de la loi.

Sur le plan rédactionnel, il convient de préciser que la conjonction "dans la mesure" reflète le caractère normatif de la causalité juridique et ses gradations possibles[265]. On observe par ailleurs que la disposition est formulée de manière large, de façon à appréhender toutes les hypothèses de responsabilité, y compris les cas de responsabilité pour le fait d'autrui[266] ou pour un fait licite[267]. Sur le fond, la règle a certes une portée symbolique, en soulignant, par la place qu'elle occupe, l'unité du droit de la responsabilité civile. Mais elle vise aussi à mettre en relief les conditions générales nécessaires à fonder toute obligation de réparer, soit l'existence d'un chef (ou critère) d'imputation prévu par la loi[268], d'un dommage[269] et d'un rapport de causalité entre le fait de rattachement et le dommage[270]. Aux yeux des auteurs de l'avant-projet, l'illicéité constitue également une condition générale de la responsabilité[271], sous réserve des cas exceptionnels de responsabilité pour un fait licite[272]. Quant à la référence à la loi, elle n'est aucunement tautologique ; elle signifie simplement que la responsabilité existe quand la loi le prévoit, mais seulement quand la loi le prévoit, et cela pour montrer clairement que le législateur de la réforme

---

263 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.1, p. 38 ss.

264 Art. 162 al. 1 du Livre 6, entré en vigueur le 1er janvier 1992.

265 Cf. infra 2.3.4.

266 Cf. par exemple les cas visés aux art. 49, 49*a* et 51 AP.

267 Cf. les cas visés aux art. 59 et 59*a* AP ; cf. infra 3.2.

268 Cf. infra 2.1.2.

269 Art. 45 à 45*f* AP ; cf. infra 2.3.2.

270 Art. 47 et 47*a* AP ; cf. infra 2.3.4.

271 Art. 46 et 46*a* AP ; cf. infra 2.3.3.

272 Art. 59 et 59*a* AP ; cf. infra 3.2.

entend contenir la responsabilité dans des limites raisonnables et socialement adéquates, et donc prévenir ce qu'on appelle souvent une "dérive à l'américaine".

2.1.2 Chefs d'imputation généraux

L'al. 2 de l'art. 41 AP complète mais aussi concrétise la norme d'imputation de la responsabilité posée à l'al. 1. Il énumère les trois chefs d'imputation généraux rattachés à des faits illicites. Ces chefs d'imputation et principes de la responsabilité fondent respectivement la responsabilité pour faute (art. 48 AP)[273], la responsabilité pour les auxiliaires (art. 49 et 49*a* AP)[274] et la responsabilité pour risque (art. 50 AP)[275]. L'énumération n'est pas exhaustive[276]. Elle ne mentionne pas les cas particuliers de responsabilité, qu'ils soient prévus dans le CC, dans le CO ou dans une loi spéciale[277]. C'est dire que le système mis en place dans l'avant-projet repose désormais sur trois piliers principaux, de rang équivalent. Il juxtapose des clauses générales et des clauses spéciales de responsabilité civile.

En elle-même, la proposition n'est de loin pas révolutionnaire. Le droit actuel connaît, à côté des dispositions spéciales fondant une obligation de réparer, le régime de la clause générale de responsabilité pour faute (art. 41 al. 1 CO). Ce régime existait déjà dans le Code de 1881. Son modèle moderne se trouve à l'art. 1382 du Code civil français de 1804. L'innovation de l'avant-projet réside ici dans la reconnaissance de deux nouvelles clauses générales de responsabilité. Ces clauses font l'une et l'autre abstraction de la faute. Elles reposent l'une et l'autre sur un chef d'imputation, qui n'est donc plus la réprobation morale attachée à tel comportement humain, mais qui représente la compensation de la faculté et du privilège d'exercer telle activité, que cela se manifeste par la manière d'exécuter l'activité (responsabilité pour les auxiliaires, art. 49 et 49*a* AP) ou par la nature même de l'activité (responsabilité pour risque, art. 50 AP). La consécration dans le droit commun de nouvelles clauses générales de responsabilité satisfait à deux postulats majeurs de la réforme. Il s'agit d'une part d'éviter à l'avenir la prolifération de dispositions spéciales et, par voie de conséquence, de tendre à l'unification du système. Il s'agit d'autre part d'améliorer les droits de la personne lésée dans certaines situations qui aujourd'hui ne sont pas appréhendées de manière satisfaisante.

---

273 Cf. infra 2.4.2.

274 Cf. infra 2.4.3.

275 Cf. infra 2.4.4.

276 Le texte de l'art. 41 al. 2 AP dit "notamment".

277 Cf. infra 3.1.1.

2.2 Champ d'application

2.2.1 Introduction

A lire l'art. 41 al. 1 AP, les dispositions générales du droit de la responsabilité civile ont vocation de régir tous les cas où la loi fonde l'obligation de réparer un dommage. Leur champ d'application apparaît a priori extrêmement vaste, ce qui correspond d'ailleurs à la volonté des auteurs de l'avant-projet. Il est pourtant circonscrit par une triple délimitation, fixée pour la première par le droit contractuel (art. 42 AP), pour la deuxième par le droit public (art. 43 et 43*a* AP) et pour la troisième par le droit international (art. 44 AP).

2.2.2 Délimitation par rapport au droit contractuel (art. 42 AP)

2.2.2.1 Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle

De lege lata, le droit suisse des obligations comprend deux régimes formellement distincts de responsabilité civile :

- le régime délictuel (ou extracontractuel), lorsque le fait dommageable dont répond la personne recherchée (en vertu de l'art. 41 CO ou d'une disposition spéciale) constitue la violation d'un devoir général de l'ordre juridique ;
- le régime contractuel, lorsque le fait dommageable dont répond la personne recherchée (en vertu de l'art. 97 CO ou d'une disposition spéciale) constitue la violation d'un devoir contractuel[278].

Les effets les plus significatifs de la distinction résident dans la répartition du fardeau de la preuve de la faute (présumée en matière contractuelle, art. 97 al. 1 CO à comparer avec art. 41 CO), dans la responsabilité pour les auxiliaires (avec preuve libératoire de la diligence objective en matière délictuelle, art. 55 al. 1 CO à comparer avec art. 101 al. 1 CO) et dans la prescription (généralement plus longue en matière contractuelle, art. 127 CO à comparer avec art. 60 CO), sans parler des effets - controversés - des conventions restrictives de responsabilité ou d'autres effets se manifestant dans le droit international privé (compétence, droit applicable).

La distinction entre les deux régimes de responsabilité est atténuée par la "règle-renvoi" de l'art. 99 al. 3 CO, dont la portée est discutée. Selon le TF, le texte français va trop loin. Il convient de s'en tenir aux versions allemande et italienne. Ces versions renvoient aux "règles concernant l'étendue de la responsabilité en matière d'actes illicites" (Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen ; Disposizioni sulla misura della responsabilità per atti illeciti), soit notamment aux art. 42 à 47 CO, mais non à l'art.

---

278 Dans le sens envisagé ici, l'expression "responsabilité contractuelle" crée une obligation de réparer qui a son fondement, non pas dans un contrat comme tel (un contrat d'assurance, par exemple), mais dans la violation d'un contrat. Cf. sur ce point Deschenaux H./Tercier P. , op. cit. (n. 51), p. 269 s.

60[279]. Dans une certaine mesure, on le constate, l'art. 99 al. 3 CO représente déjà l'expression d'une unité essentielle du droit de la responsabilité civile[280].

Il est possible que la violation d'une obligation contractuelle - principale ou accessoire - constitue également la violation illicite d'un devoir général de l'ordre juridique. Il peut s'agir d'un devoir qui est prévu par la loi (art. 328 CO par exemple) ou d'un devoir qui découle directement de principes généraux, comme les devoirs d'abstention qui interdisent de nuire sans raison légitime à autrui (*neminem laedere*) ou d'adopter un comportement incompatible avec les règles de la bonne foi[281]. Tel est le cas notamment quand le fait dommageable provoque une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou à la propriété d'une chose d'un partenaire et met ainsi en danger, ou même compromet, le but du contrat. On se trouve alors en présence de ce qu'il est convenu d'appeler une "violation positive du contrat"[282].

Sous réserve des cas où une loi spéciale consacre le principe de l'exclusivité[283], la personne lésée est habilitée à se prévaloir de l'un ou de l'autre ou des deux chefs de responsabilité. On parle parfois de cumul d'actions (en ce sens que les actions délictuelle et contractuelle peuvent être simultanément invoquées)[284], mais plus souvent de concours d'actions (en ce sens que l'admission d'une action rend l'autre sans objet)[285]. Le concours d'actions relativise la distinction entre les deux formes de responsabilité. Il révèle que la frontière entre l'une et l'autre n'est pas étanche et qu'elle autorise des franchissements. Il permet de constater déjà aujourd'hui que la violation dommageable d'un contrat n'entraîne pas forcément l'application des règles régissant la responsabilité contractuelle.

---

279 ATF 80 II 258 s. ; ATF 87 II 159 s. Sur la question, cf. Brunner H.U., Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Fribourg 1991, p. 49 ss, 159 ss.

280 Brunner H.U., op. cit. (n. 279), p. 10.

281 Gauch P./Schluep W.R., op. cit. (n. 51), II, n. 2608.

282 Gauch P./Schluep W.R., op. cit. (n. 51), II, n. 2603 ss ; Gauch P./Schluep W.R./Tercier P., op. cit. (n. 51), II, n. 1572 ss ; Koller A., Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, PJA 12/92, p. 1483 ss. Sans nier la portée générale de l'art. 97 al. 1 CO, certains auteurs contestent la nécessité de recourir à la notion de "violation positive du contrat" (Engel P., op. cit. [n. 51], p. 709 ; von Tuhr A./Escher A., Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 3ème éd., II, Zurich 1974, p. 106 s.). Quant au TF, il lui arrive d'utiliser cette notion (exemple : ATF 113 II 427), parfois dans un sens différent de celui communément admis aujourd'hui (ATF 69 II 244 s.).

283 Cf. par exemple art. 59 al. 4 LCR *a contrario*.

284 Secrétan R., Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse, RDS 1949, p. 186 et 191. Cf. aussi art. 53 AP, infra 2.6.2.

285 Oftinger K., op. cit. (n. 28), I, p. 482 ss ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 13, N. 43 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 271 s. ; ATF 112 II 141 ss ; ATF 113 II 247.

2.2.2.2 Critiques de la solution actuelle

A l'étranger, la distinction entre les régimes contractuel et délictuel réglementant l'indemnisation des préjudices soulève scepticisme et critique[286]. On observe que le critère de distinction varie d'un pays à l'autre, comme varie aussi le traitement des cas de concours d'actions. On note également que les conséquences de la distinction ne sont pas aussi considérables qu'on ne le dit. On remarque enfin que dans certains domaines, la distinction entre les deux régimes n'existe plus : le droit délictuel s'applique exclusivement.

En Suisse, à l'instigation de Jäggi[287], un courant de la doctrine a émis des critiques sérieuses sur la justification du concours d'actions et sur l'opportunité de maintenir en l'état la dichotomie entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. Comme telle, l'existence même d'un système dualiste n'est pas remise en cause. Ainsi, les cas d'inexécution proprement dits de la prestation promise (lorsque l'exécution est devenue impossible au sens littéral de l'art. 97 al. 1 CO ou tardive au sens des art. 102 ss CO) doivent continuer d'être régis par les dispositions en cause (sous réserve de la règle-renvoi de l'art. 99 al. 3 CO). En revanche - et contrairement à l'interprétation extensive qu'on fait aujourd'hui de l'art. 97 al. 1 CO - il devrait en aller différemment des cas de violation positive du contrat, quand une partie lèse l'autre par la manière défectueuse d'exécuter la prestation. Somme toute, cette partie se trouve dans la situation de la personne responsable *ex delicto*, en ce sens qu'elle a causé un dommage - le plus souvent un dommage matériel ou corporel - en transgressant une norme de l'ordre juridique interdisant de nuire à autrui. Prenons par exemple le cas du médecin qui, lors d'une opération chirurgicale visant à réduire une fracture de la jambe, sectionne l'artère fémorale du patient ! Dans une telle hypothèse, le débiteur viole un devoir général qui s'impose à chacun. Mais il viole simultanément un devoir de protection (Schutzpflicht), dont son partenaire contractuel était en droit d'attendre le respect. Or, et quel que soit le régime applicable, le contenu du devoir est évidemment identique, tout en étant actualisé et concrétisé par le contrat ; il commande une attitude de diligence et de loyauté à l'égard des tiers, et des mesures propres à assurer la sécurité de leur vie, de leur intégrité corporelle et de leurs biens. Comme l'enseigne Tunc, un tel devoir paraît davantage conditionné par la nature de l'activité exercée que par l'existence d'un contrat[288]. D'ailleurs, il n'est le plus souvent pas discuté par les parties au contrat.

Dans de nombreuses situations d'ailleurs, le contexte contractuel dans lequel le dommage survient apparaît comme une circonstance plus ou moins fortuite, qui ne justifie pas un traitement différencié quant à l'exercice du droit à la réparation. Pensons par exemple au cas du peintre qui, chargé de blanchir le plafond d'une chambre, en souille le tapis : est-il justifié d'appliquer le régime contractuel, d'ordinaire plus avantageux, si le tapis appartient à la personne qui a

---

286 Tunc A., op. cit. (n. 83), p. 32 ss et les réf. cit. ; Marchand S., Droit des transports internationaux et "contort", RDS 1995, p. 119 ss et les réf. cit.

287 Jäggi P., op. cit. (n. 83), p. 181 ss. Cf. aussi Gauch P./Schluep W.R., op. cit. (n. 51), II, n. 2621 et les réf. cit.

288 Tunc A., op. cit. (n. 83), p. 41.

commandé le travail (le bailleur de l'appartement) ou le régime délictuel si le tapis est propriété d'un tiers (le locataire de l'appartement)[289] ? Dans un cas comme dans l'autre, l'auteur porte une atteinte illicite à un bien juridiquement protégé, en causant objectivement les mêmes effets dommageables. L'application exclusive des art. 41 ss CO s'impose, au risque sinon d'opérer des distinctions juridiques artificielles.

On observe par ailleurs que le principe du concours d'actions a pour effet d'étendre dans une mesure excessive la notion d'obligation contractuelle, en adjoignant à la prestation principale des devoirs de protection accessoires qui souvent, il faut le reconnaître, n'entraient pas dans les prévisions des parties[290].

Consciente des critiques de la solution actuelle, la Commission d'étude n'est pourtant pas parvenue à un accord sur une convergence plus étroite des deux régimes de responsabilité. Certains de ses membres ont craint une péjoration de la situation de la personne lésée et d'imprévisibles conséquences, en particulier un effacement de la distinction entre illicéité et violation contractuelle[291].

2.2.2.3 Propositions de l'avant-projet

Dans le but de satisfaire à un postulat majeur de la réforme, les auteurs de l'avant-projet sont convaincus de la nécessité de renforcer l'unification des règles régissant la réparation des dommages. Simultanément, ils entendent maintenir une délimitation entre responsabilités délictuelle et contractuelle. Ils proposent à cet effet la création d'une nouvelle norme, qui prenne place dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile, afin de souligner l'unité de la matière (art. 42, 1ère phrase AP). Cette norme pose le principe que les art. 41 ss CO s'appliquent aussi aux dommages causés en violation d'une obligation contractuelle. En clair, les cas de responsabilité résultant de la violation positive du contrat sont absorbés par les règles régissant la responsabilité délictuelle. Dans ces situations-là, il n'est plus question de responsabilité contractuelle, ni donc de concours d'actions. Seule la voie délictuelle est ouverte à la personne lésée. En conséquence, il en résulte une extension de la notion d'illicéité, comme l'énonce expressément l'art. 46 al. 2 AP[292].

Pour ce qui touche les autres cas de responsabilité contractuelle, il se justifie de les soumettre, comme dans le droit actuel, à leurs règles propres. Cette justification se fonde tantôt sur la nature des cas envisagés (lorsque la loi sanctionne l'inexécution de la promesse d'une prestation), tantôt sur les modalités particulières de l'action en réparation (lorsque la loi institue un régime spécifique). C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la double réserve que pose l'art. 42 al. 2, 2ème phrase AP.

---

289 Exemple cité par Koller A., in : Symposium Stark. Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zurich 1991, p. 79 s.

290 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 273 ; Cuendet J., La faute contractuelle et ses effets, Lausanne 1970, p. 218 ; Koller A., op. cit. (n. 282), p. 1492 ss.

291 Rapport, op. cit. (n. 39), V/4.1, p. 75 ss. Cf. infra 2.2.2.5.

292 Cf. infra 2.3.3.3 *in fine*.

S'agissant de la première réserve, elle concerne les dispositions qui régissent la responsabilité du débiteur résultant de l'inexécution ou de l'exécution tardive de la prestation promise. Deux catégories de cas sont visées :

– d'une part, les cas d'inexécution proprement dits, lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou qu'il ne l'a obtenue que partiellement (art. 97 à 101 CO), comme le précise la nouvelle version de l'art. 97 al. 1 CO ;

– d'autre part, les cas de demeure du débiteur, que ce soit en vertu des règles générales (art. 102 à 109 CO) ou en vertu des règles spéciales, comme celles qui traitent par exemple de la demeure de l'acheteur (art. 214 s. CO) ou de celle du locataire (art. 257*d* CO).

Quant à la seconde réserve, elle touche les règles spécifiques à certaines espèces de contrats[293]. Il peut s'agir de dispositions qui instituent un régime de responsabilité plus favorable à la personne lésée ; ainsi en est-il notamment de normes qui ne font pas de la faute du débiteur contractuel une condition de l'obligation de réparer, comme l'art. 306 al. 3 CO (responsabilité de l'emprunteur qui autorise un tiers à se servir de la chose prêtée) ou de l'art. 474 al. 2 CO (responsabilité du dépositaire qui se sert de la chose déposée sans la permission du déposant). Il peut s'agir aussi de dispositions qui adoptent un régime de responsabilité moins favorable à la personne lésée ; à titre d'exemple, on citera les art. 210 al. 1 et 371 al. 1 CO, qui sont applicables aux actions en dommages-intérêts dérivant de défauts de la chose ou de l'ouvrage, et qui prévoient un délai de prescription très bref (un an dès la livraison faite à l'acheteur ou au maître). En toute hypothèse, il n'incombe pas au législateur de la réforme du droit de la responsabilité civile de s'immiscer dans la réglementation des contrats spéciaux et de se demander si, sur un point ou un autre, une révision est opportune. Une telle question ne saurait en effet faire abstraction d'une appréciation globale de la politique juridique en la matière, et de chaque modèle contractuel en particulier. Aussi, et dans des cas spécialement régis par la loi, le problème de la responsabilité du débiteur ne peut se résoudre pour lui-même, mais seulement au regard du type et des caractéristiques du contrat en cause, et notamment des risques encourus par les parties. Cela dépasse à l'évidence le mandat confié aux auteurs de l'avant-projet.

2.2.2.4 Révision de dispositions régissant la responsabilité du débiteur

Aux yeux des auteurs de l'avant-projet, l'introduction du nouvel art. 42 AP entraîne logiquement la nécessité de modifier deux règles qui traitent de la responsabilité du débiteur. Il s'agit d'une part de la règle générale de l'art. 97 al. 1 CO, d'autre part de la "règle-renvoi" de l'art. 99 al. 3 CO.

Suivant la version actuelle de l'art. 97 al. 1 CO, le débiteur fautif est tenu de réparer le dommage causé au créancier, lorsque ce dernier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement. Selon l'appli-

---

293 Il n'est pas exclu que cette réserve vise également les principes posés par la doctrine et la jurisprudence pour tel ou tel contrat innommé.

cation qu'on en fait aujourd'hui, cette disposition régit - et c'est sans doute l'hypothèse première visée par le législateur - la responsabilité du débiteur en cas d'inexécution de l'obligation ; mais elle régit également la responsabilité du débiteur en cas de violation positive du contrat[294]. Dans la mesure où l'obligation de réparer découlant de la violation positive du contrat sera à l'avenir soumise au droit délictuel (art. 42, 1ère phrase AP), il se justifie de réajuster la rédaction de l'art. 97 al. 1 CO, pour lui donner une portée plus restreinte. D'où le texte proposé qui limite la responsabilité du débiteur aux cas d'inexécution au sens propre, lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation (exemple : la chose vendue, individualisée, a été transférée à un tiers) ou qu'il ne l'a obtenue que partiellement (exemple : la chose vendue a été livrée en quantité insuffisante, sans que le vendeur ou un tiers ne soit en mesure de parfaire l'exécution à l'échéance prévue).

Selon l'interprétation que donne aujourd'hui la jurisprudence de l'art. 99 al. 3 CO, les règles concernant l'étendue de la responsabilité en matière d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle[295]. Dans sa fonction même, cette norme conserve sa raison d'être dans la révision du CO. Elle a en effet vocation à s'appliquer aux cas visés par l'art. 97 al. 1 CO (dans sa nouvelle version), mais aussi à d'autres cas fondant la responsabilité contractuelle du débiteur, comme ceux que prévoient par exemple l'art. 98 al. 2, l'art. 259*e* ou l'art. 368 al. 2 CO. Il n'y a d'ailleurs pas de raison qu'elle ne s'applique pas aussi aux dispositions instituant une responsabilité objective (sans faute) du débiteur, comme c'est le cas à l'art. 101 al. 1 ou à l'art. 208 al. 2 CO. D'où la proposition de corriger le libellé de l'art. 99 al. 3 CO, dont le renvoi doit viser non seulement les effets de la faute contractuelle, mais plus largement les effets de la violation d'une obligation contractuelle. Les auteurs de l'avant-projet tiennent d'ailleurs à étendre d'une autre manière la portée de la disposition, tout en la précisant, et ceci afin de souligner encore une fois l'unité du système. S'agissant tout d'abord de la nature même du renvoi, celui-ci doit intervenir par application directe, et non par analogie, des règles en cause. Quant au contenu du renvoi, il doit être aussi étendu que possible. Il touchera toutes les matières appréhendées par les dispositions générales du droit de la responsabilité civile, à l'exception de celles que le droit des contrats réglemente de manière spécifique, comme c'est le cas par exemple de la prescription (art. 127 ss CO). C'est dire que, dans sa nouvelle version, l'art. 99 al. 3 CO visera les dispositions régissant les conditions générales de la responsabilité (art. 45 à 47*a* AP), la fixation de la réparation (art. 52 et 52*a* AP), la pluralité de responsabilités (art. 53 à 53*c* AP), les rapports entre la responsabilité civile et l'assurance privée (art. 54 à 54*i* AP), la procédure et les preuves (art. 56 à 56*h* AP)[296] ou encore les conventions restrictives de responsabilité (art. 57 et 58 AP).

---

294 Gauch P./Schluep W.R., op. cit. (n. 51), II, n. 2602 ss ; Bucher E., Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 2ème éd., Zurich 1988, p. 335 s.

295 Cf. supra 2.2.2.1.

296 S'agissant du for (art. 56 et 56*a* AP), il y aura éventuellement lieu de réserver la LF - en préparation - sur les fors en matière civile, spécialement les dispositions concernant les actions résultant d'un contrat.

2.2.2.5 Quelques observations finales

Les auteurs de l'avant-projet ne proposent aucunement de gommer la distinction entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle au profit d'une construction synthétique qu'on pourrait appeler en anglais "contort", par la contraction des termes "contract" et "tort"[297]. Mais ils suggèrent, au nom de l'unification du système qui régit la réparation des dommages, un déplacement des frontières entre les deux régimes. Le régime contractuel ne devrait sanctionner que des cas d'inexécution de la prestation promise, alors que les cas de violation positive du contrat seraient, sauf exceptions, absorbés par les dispositions sur la responsabilité délictuelle.

Le fait que la responsabilité résultant de la violation positive du contrat soit à l'avenir régie par les art. 41 ss CO pourrait faire craindre, pour ces cas-là, une péjoration de la situation de la personne lésée. Cette crainte a d'ailleurs été exprimée lors des travaux de la Commission d'étude. Elle doit être relativisée, et cela pour deux motifs principaux.

Tout d'abord, on ne répétera jamais assez que le régime juridique de la réparation des dommages est unitaire et soumis essentiellement au droit délictuel, quand une norme spéciale fondant une responsabilité objective trouve application ; et cela, peu importe que les parties soient liées par un contrat préexistant. Dans ces cas-là, on applique le principe de l'exclusivité, dans la mesure où la responsabilité est rattachée à un état de fait objectif, et non plus à un comportement du cocontractant. Or, ce principe verra à l'avenir sa portée encore étendue par l'introduction d'une nouvelle clause générale de responsabilité pour risque (art. 50 AP).

Dans les autres cas où le clivage entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle continue de subsister, force est de reconnaître que les effets classiques de la distinction s'amenuiseront de manière considérable. D'ailleurs, certaines différences apparaissent déjà aujourd'hui plus théoriques que pratiques[298]. Ainsi, s'agissant de la responsabilité pour les auxiliaires, on rappellera que la jurisprudence s'est montrée très sévère dans la preuve libératoire de la diligence imposée à l'employeur (art. 55 al. 1 CO)[299]. Et cette tendance devrait être confirmée à l'avenir, en particulier lorsque le sujet de la responsabilité se sert d'auxiliaires pour exploiter une entreprise comportant des activités de nature économique ou professionnelle (art. 49*a* AP)[300]. En ce qui concerne la prescription, on relèvera que l'avant-projet prévoit que les délais pour intenter l'action en réparation seront considérablement allongés par rapport à ceux que mentionne l'actuel art. 60 al. 1 CO (art. 55 AP)[301]. Quant à la preuve de la faute, l'avantage qu'on voit dans la présomption posée en matière contractuelle tient à certains égards du sophisme. La faute en elle-même n'est pas un fait, mais un jugement de valeur au moyen duquel le tribunal qualifie un certain

---

297 Cf. Marchand S., op. cit. (n. 286), p. 121.

298 Cf. supra 2.2.2.1.

299 Cf. par exemple ATF 110 II 456, notamment cons. 2 et 3. Cf. infra 2.4.3.1.

300 Cf. infra 2.4.3.4.

301 Cf. infra 2.8.4.1.

comportement. Seul ce comportement peut faire l'objet d'une preuve, et cela vaut autant dans le domaine contractuel que délictuel, aujourd'hui comme demain. C'est dire que le comportement imputable au débiteur doit aussi être prouvé par le créancier quand il entend établir l'inexécution du contrat. Il en découle qu'on aboutit de fait à une répartition du fardeau de la preuve de la faute entre les parties, notamment dans les cas de violations d'obligations de moyens (les cas de responsabilité médicale, par exemple), où la faute se confond avec l'inexécution du contrat. A cela s'ajoute l'avantage non négligeable que pourra constituer pour la personne lésée la nouvelle règle prévue à l'art. 56*c* al. 2 AP, qui donne au tribunal le pouvoir d'administrer d'office les preuves qu'il juge nécessaires.

2.2.3 Délimitation par rapport au droit public (art. 43 et 43a AP)

2.2.3.1 Situation actuelle

On distingue traditionnellement la responsabilité civile de la responsabilité publique. Selon la conception actuelle, celle-ci entre en ligne de compte quand la victime d'un dommage causé dans l'exercice d'une activité publique peut en demander la réparation à l'Etat ou à une personne morale ou physique qui, à un titre ou à un autre, en dépend (corporation, établissement, agent). Le critère de délimitation se veut objectif : il ne réside pas tant dans la qualité de la personne qui a agi que dans la nature de l'activité qui est à l'origine du dommage[302]. Comme on le constate, la délimitation de la responsabilité civile et de la responsabilité publique s'inscrit dans le cadre plus général de la distinction entre droit privé et droit public. Cette distinction a été considérée jusqu'ici comme inhérente à notre ordre juridique. Elle tend, il est vrai, à s'estomper, comme on peut s'en rendre compte dans le domaine de la protection de l'environnement naturel ou celui de la protection des données. Il reste que la question fondamentale est de savoir dans quelle mesure il se justifie de soumettre l'obligation de réparer à un régime particulier institué par le droit public (fédéral ou cantonal) plutôt qu'au régime général fondé sur le droit privé (fédéral)[303].

Dans le droit actuel, les fondements légaux de la responsabilité publique se trouvent aux art. 59 al. 1 CC et 61 CO. Ces deux dispositions générales contiennent une réserve en faveur du droit public fédéral ou cantonal. S'agissant de l'art. 59 al. 1 CC, la réserve est impropre, en ce sens qu'elle "confirme, à l'instar de celle de l'art. 6 al. 1 CC, un principe qui résulte de la répartition constitutionnelle des compétences entre la Confédération et les cantons"[304]. La règle vise les personnes morales de droit public. Celles-ci ne répondent à l'égard des tiers que si et dans la mesure où le droit public le prévoit[305]. Lorsque, en revanche, elles exercent une industrie ou plus généralement se com-

---

302 Tercier P., La délimitation entre la responsabilité publique et la responsabilité privée, in : Die Verantwortlichkeit im Recht, Zurich 1981, II, p. 703 et 712.

303 Tercier P., op. cit. (n. 302), p. 706 ; Stark E.W., op. cit. (n. 89), p. 1 et 2.

304 Grisel A., Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, II, p. 815.

305 Tel est le cas au plan fédéral comme au plan cantonal, sauf dans le canton d'Appenzell-Rhodes-Intérieures.

portent comme un sujet de droit privé, leur responsabilité est régie par les règles du droit civil (art. 55 al. 2 CC, 55 al. 1 et 101 al. 1 CO)[306]. Quant à l'art. 61 CO, il concerne les agents publics. S'agissant de leur responsabilité à l'égard des tiers, il réserve le droit public (al. 1)[307], sauf si l'acte dommageable se rattache à l'exercice d'une industrie (al. 2), comme peut l'être par exemple l'exploitation d'une piscine ouverte au public[308] ; dans ce cas, la responsabilité de l'agent est soumise exclusivement au droit privé fédéral (art. 41 ss CO).

Bon nombre de dispositions spéciales régissent des cas de responsabilité liés à certaines activités ayant ou pouvant avoir un caractère public. Avec Tercier[309], il faut ranger ces dispositions en deux catégories. Il y a d'une part les dispositions qui fixent la responsabilité de la personne morale de droit public ou de ses agents pour des activités qui, le plus souvent, sont en rapport avec l'exercice de la puissance publique (exemples : art. 426 ss CC, 928 CO, 135 ss LAAM, 58 ss LPCi). Il y a d'autre part les dispositions qui déterminent la responsabilité sans égard à la qualité de la personne qui exerce l'activité. Tel est le cas des lois fondant une responsabilité objective aggravée. Dans ces cas-là, comme le précisent expressément les art. 73 al. 1 LCR ou 59*a* al. 6 LPE par exemple, le fait que l'acte dommageable soit ou non causé dans l'exercice de la puissance publique ne joue en principe aucun rôle. Quant aux règles de droit commun instituant une responsabilité objective simple, elles s'appliquent le plus souvent aux collectivités publiques ayant la qualité de propriétaire d'immeuble ou d'ouvrage (art. 679 CC, 58 CO), de chef de famille (art. 333 CC) ou de détenteur d'animal (art. 56 CO)[310]. Tel n'est cependant pas le cas de l'art. 55 CO qui, pour autant qu'il s'agisse de dommages causés par des agents dans l'exercice de tâches étatiques, est écarté au profit des dispositions de droit public édictées par la Confédération et les cantons. Suivant la solution de la LRCF, la majorité des cantons prévoient une responsabilité primaire de la collectivité, indépendante de la faute de l'auteur de l'acte dommageable[311].

2.2.3.2 Appréciation critique et propositions de réforme

La délimitation actuelle entre le droit privé et le droit public de la responsabilité conduit les auteurs de l'avant-projet à dresser une appréciation critique en trois points :

---

306 ATF 111 II 151 ; cf. aussi Grisel A., op. cit. (n. 304), p. 815.

307 A noter que la Confédération et tous les cantons ont adopté des règles en la matière ; cf. aussi infra 2.2.3.4.

308 ATF 113 II 426.

309 Op. cit. (n. 302), p. 710 s. ; cf. aussi Stark E.W., op. cit. (n. 89), p. 2 ss.

310 Cf. Stark E.W., op. cit. (n. 89), p. 3 et 4 ; Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/4.2.1, p. 79 ; ATF 106 II 204 ; ATF 108 II 185 ; ATF 115 II 242 ss où le TF considère que l'art. 56 CO, comme disposition spéciale, a le pas sur la LRCF, sauf si le détenteur utilise l'animal dans l'exercice d'attributions de souveraineté de la Confédération et que le dommage est lié à cette situation.

311 Stark E.W., op. cit. (n. 89), p. 4 ; Gross J., Schweizerisches Staathaftungsrecht, Berne 1995, p. 51 ss.

a) Force est tout d'abord de constater que de nombreuses normes instituant des cas de responsabilité régis par le droit civil sont applicables aux corporations et établissements de droit public et à leurs agents, que ce soit en vertu de dispositions légales expresses ou de solutions dégagées par la jurisprudence et la doctrine. S'agissant notamment des cantons - car la question se pose essentiellement pour eux - il en résulte que le rattachement de la responsabilité à la nature étatique de telle ou telle activité n'implique pas nécessairement la conclusion que leur obligation de réparer doit être réglementée uniquement par le droit public cantonal[312]. C'est une première cause de complexité, voire d'insécurité du système[313].

b) De nos jours, les cantons sont libres de régler leur responsabilité et celle de leurs agents, sauf pour les actes dommageables causés dans l'exercice d'une industrie (art. 59 al. 1 CC, 61 CO). *De lege lata*, le critère de la puissance publique n'est donc en soi pas décisif pour déterminer leur compétence en la matière[314]. Quant au critère négatif de l'industrie, il a perdu sa signification historique[315]. Dans la pratique actuelle, il se révèle insatisfaisant, car il entraîne des distinctions artificielles. Ainsi, d'après une jurisprudence établie de longue date, les soins donnés aux malades dans un établissement hospitalier public ne se rattachent pas à l'exercice d'une industrie, mais - et c'est une conséquence - ils constituent une activité étatique souveraine. En cas de responsabilité d'un médecin procédant en sa qualité officielle, les règles du droit public sont applicables[316]. Aux yeux des auteurs de l'avant-projet, la solution est critiquable dans son fondement et dans ses effets. S'il est juste d'affirmer que l'activité exercée dans un hôpital public n'est pas une industrie, il est discutable de la considérer comme une manifestation de la puissance publique, compte tenu du fait qu'elle n'est pas contraignante pour les parties[317]. L'admission de la responsabilité publique dans des domaines comme celui des soins hospitaliers a par ailleurs pour effet de favoriser l'existence de solutions fédéralistes, dont les différences ne trouvent pas de justification raisonnable dans la réalité. Elle tient d'ailleurs aujourd'hui pour beaucoup au fait que la plupart des régimes de droit public cantonal - détachés de la faute - sont plus favorables à la personne lésée que le droit civil fédéral[318], ce qui ne devrait plus forcément être le cas demain[319].

---

312 Avis de droit de l'Office fédéral de la justice, Division principale du droit public, du 23 mars 1993, p. 7.

313 Tercier P., op. cit. (n. 302), p. 716.

314 Stark E.W., op. cit. (n. 89), p. 4.

315 Bischof P., Amtshaftung an der Grenze zwischen öffentlichem Recht und Obligationenrecht, RDS 1985 I p. 83 ss ; Tercier P., op. cit. (n. 302), p. 723.

316 ATF 102 II 47 ; ATF 111 II 151 ; ATF 122 III 101.

317 Stark E.W., op. cit. (n. 89), p. 5. Cf. aussi supra 1.2.2.1.6.

318 Tercier P., op. cit. (n. 302), p. 723 ; Bischof P., op. cit. (n. 315), p. 105.

319 Cf. art. 49*a* AP ; infra 2.4.3.4.

c) Par sa nature, la responsabilité ressortit d'abord au droit privé. Lorsque l'Etat est tenu de réparer un dommage, il se présente le plus souvent comme un sujet placé sur un pied d'égalité, non seulement avec la personne lésée, mais aussi avec un particulier qui, dans des circonstances semblables, serait appelé à intervenir[320]. Faut-il rappeler que, déjà actuellement, les dispositions fondant une responsabilité objective aggravée lui sont sans autre applicables, peu importe que l'acte dommageable s'inscrive ou non dans l'accomplissement d'une tâche publique.

Ce triple constat conduit les auteurs de l'avant-projet à suivre l'opinion de Stark[321] et à admettre qu'en règle générale la responsabilité des corporations et établissements de droit public comme celle de leurs agents soient soumises aux dispositions qui régissent la responsabilité civile. Des dérogations en faveur du droit cantonal ne se justifient que pour des actes dommageables causés dans l'exercice de la puissance publique, eu égard à la position particulière de l'Etat et à la spécificité de ses tâches[322]. Cela signifie que les cantons (de manière impérative) et la Confédération (dans la mesure du possible) doivent être soumis aux régimes de responsabilités objectives du droit fédéral. Cela implique aussi que les dérogations du droit public cantonal respectent un standard minimum fixé par le droit privé fédéral. Ce standard est d'ailleurs aujourd'hui déjà respecté dans la plupart des cantons.

Aux yeux de l'Office fédéral de la justice, les propositions des auteurs de l'avant-projet sont compatibles avec l'interprétation qui peut être donnée de la Constitution fédérale, notamment de l'art. 64 al. 1 et 2[323] (cf. art. 122 al. 1 de la Cst. révisée). Elles aboutissent au résultat que la délimitation entre la responsabilité civile et la responsabilité publique doit à l'avenir reposer sur la distinction entre les activités de l'Etat, selon qu'elles constituent ou non l'exercice de la puissance publique. De ce fait, le critère incertain de l'industrie perd de sa signification. Et corollairement, le droit privé fédéral voit son champ d'application s'élargir, dans toute la mesure du possible.

2.2.3.3 Règle de principe (art. 43 AP)

Selon l'art. 43 AP, la Confédération, les cantons et communes ainsi que leurs corporations, établissements et agents sont soumis aux dispositions du droit fédéral régissant la responsabilité civile. Sont ici visées les dispositions du Chapitre II du Titre premier du CO, mais aussi celles contenues dans des lois spéciales. Le principe posé à l'art. 43 AP touche a priori l'ensemble de l'activité étatique et il vaut autant pour le fondement de l'obligation de réparer que pour ses modalités. S'agissant ainsi de la réparation de dommages résultant de soins donnés dans un hôpital, les règles sur la responsabilité objective pour les auxiliaires dans les entreprises pourraient à l'avenir être applicables à l'établis-

---

320 Stark E.W., op. cit. (n. 89), p. 7.

321 Stark E.W., op. cit. (n. 89), p. 6 ss ; dans ce sens aussi, cf. Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/4.2.2, p. 80 ss.

322 Stark E.W., op. cit. (n. 89), p. 7 ; cf. aussi Tercier P., op. cit. (n. 302), p. 716 et 724.

323 Avis de droit, op. cit. (n. 312), p. 12 ss.

sement hospitalier (art. 49 et 49*a* AP), celles sur la responsabilité pour faute être applicables au médecin (art. 48 ss AP), et cela quel que soit le statut ou la situation territoriale de l'établissement, quel que soit aussi le statut du médecin ou du patient.

L'art. 43 AP réserve les dispositions spéciales contenues dans la législation fédérale. Cette réserve vise avant tout les lois régissant des activités qui sont exercées par la Confédération et qui relèvent de la puissance publique, comme celles appréhendées par la LRCF, la LAAM ou la LPCi[324]. C'est dire que le législateur fédéral est habilité à déroger aux art. 41 ss CO ou à tel ou tel autre régime particulier fondant une obligation de réparer. Mais il ne devrait le faire que pour des raisons pertinentes, et moyennant une mention expresse, dans l'esprit du postulat d'une unification formelle et matérielle de la matière.

2.2.3.4 Réserve en faveur du droit public cantonal (art. 43a AP)

Selon l'art. 43*a* al. 1 AP, les cantons sont habilités à édicter des dispositions dérogatoires régissant leur responsabilité, ainsi que celle de leurs corporations, établissements et agents, pour les dommages causés dans l'exercice de la puissance publique. Cette réserve se justifie compte tenu de la mission de l'Etat et des tâches spécifiques qui lui sont confiées, notamment en matière de respect de l'ordre public et d'administration de la justice. Elle ne touche pas le droit fédéral, déjà réservé à l'art. 43 AP.

La notion de puissance publique doit être entendue ici au sens étroit. Elle implique le pouvoir d'enjoindre et d'interdire, au besoin de contraindre par l'usage de la force[325]. Sont ainsi des actes relevant de la puissance publique la décision de détenir ou de condamner un prévenu, l'action policière de réprimer une manifestation sur la voie publique, l'accomplissement de devoirs militaires, la lutte contre le feu, l'octroi d'une autorisation ou d'une concession, le prononcé de sanctions disciplinaires contre un fonctionnaire ou une personne dont la profession est soumise à surveillance administrative, la prescription d'une vaccination, l'organisation de la circulation routière, etc.[326].

N'entrent en revanche pas dans la notion de puissance publique les activités étatiques non contraignantes pour les particuliers. Il s'agit notamment des tâches de politique sociale - peu importe qu'elles fassent l'objet d'une contre-prestation pécuniaire - qui pourraient aussi être accomplies par des personnes soumises au droit privé. Ainsi en est-il des soins donnés dans un hôpital public, de l'enseignement prodigué dans une école supérieure, des prestations fournies par une banque cantonale, de la distribution d'énergie par une commune et, de manière générale, de la conclusion de contrats avec des particuliers,

---

324 Dans la LRCF, il faudrait remplacer à l'art. 3 al. 1 l'expression "dans l'exercice de ses fonctions" par "dans l'exercice de la puissance publique". Cf. à ce sujet, Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/4.2.4, p. 82 ; infra 4.2.11.

325 Knapp B., Précis de droit administratif, 4ème éd., Bâle 1991, p. 25 s. ; Moor P., Droit administratif, I, Berne 1988, p. 13 ; cf. aussi Grisel A., op. cit. (n. 304), p. 115.

326 Cf. Stark E.W., op. cit. (n. 89), p. 9.

comme ceux qui par exemple découlent de l'exploitation d'une patinoire ouverte au public.

Les auteurs de l'avant-projet sont conscients du fait que la distinction entre les activités étatiques relevant ou non de la puissance publique pose des problèmes de délimitation. Ils pensent en particulier à des domaines comme ceux liés à l'enseignement obligatoire ou aux services fournis par l'avocat désigné d'office ou le notaire agissant comme officier public. Dans le doute, ils suggèrent d'opter en faveur de l'application du droit privé fédéral.

L'art. 43*a* al. 1 AP subordonne les dérogations en faveur de la législation cantonale à la condition que la corporation ou l'établissement qui exerce la puissance publique réponde objectivement, que ce soit de manière exclusive ou solidaire avec l'agent. En d'autres termes, les règles que les cantons sont habilités à édicter doivent obéir à un standard minimum, qui correspond à la conception moderne en la matière. Cette condition reflète aussi la volonté de créer un parallélisme entre le droit privé fédéral et le droit public cantonal. Les auteurs de l'avant-projet tiennent une telle proposition pour conforme à la Constitution fédérale[327]. Ils observent d'ailleurs que déjà l'actuel art. 61 al. 1 CO procède d'une compétence (de droit civil) étendue de la Confédération pour réglementer la responsabilité civile et qu'il est formulé dans le sens d'une rétrocession partielle de cette compétence aux cantons[328].

L'exigence de la responsabilité objective dont est tenue la personne morale, c'est-à-dire l'exigence d'une responsabilité indépendante de la faute des agents, se justifie par les risques particuliers que fait courir l'exercice de la puissance publique. Il serait choquant que la corporation ou l'établissement puisse a priori se libérer et que, le cas échéant, la personne lésée pâtisse de l'insolvabilité de l'agent[329]. Il est en revanche admissible de laisser aux cantons la liberté de décider si la responsabilité de la personne morale doit être exclusive[330] ou solidaire avec celle de l'agent, le règlement des rapports internes étant dans l'une et l'autre options implicitement réservé.

Quant à l'art. 43*a* al. 2 AP, il pose une limite à la réserve en faveur du droit public cantonal. Il énonce que les cantons ne peuvent déroger aux dispositions instituant une responsabilité pour risque. Dans les domaines visés ici, les règles régissant la responsabilité civile sont sévères. Il paraît dès lors justifié qu'elles s'appliquent en toute circonstance, peu importe que le fait dommageable se rattache ou non à l'exercice de la puissance publique. La solution n'est d'ailleurs guère différente dans le droit actuel[331]. A cet égard, il n'est pas

---

327 Dans ce sens, avis de droit précité de l'Office fédéral de la justice (n. 312), p. 12 ss, not. 19.

328 Dans ce sens, Huber H., Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Einleitung, I, Berne 1966, n. 95 ss, not. 103, ad art. 6 CC ; d'un autre avis, Knapp B., op. cit. (n. 150), n. 39 ad art. 64 Cst.

329 Stark E.W., op. cit. (n. 89), p. 10 s.

330 C'est déjà aujourd'hui le régime adopté par la Confédération et la plupart des cantons ; cf. à ce sujet Stark E.W., op. cit. (n. 89), p. 4.

331 Cf. supra 2.2.3.1.

nécessaire que la limitation posée à l'art. 43*a* al. 2 AP s'étende à d'autres dispositions prévoyant une responsabilité déconnectée de la faute, comme par exemple celle qui pèse sur le propriétaire foncier (art. 679 CC) ou sur le détenteur ou propriétaire d'ouvrage (art. 61 AP)[332]. La raison tient principalement dans les exigences strictes que met la réserve en faveur du droit public cantonal, et notamment celle imposant le respect d'une responsabilité objective (cf. art. 43*a* al. 1 *in fine* AP). Pour ces cas-là, il ne se justifie pas que le législateur fédéral se montre davantage restrictif.

2.2.4 Délimitation par rapport au droit international (art. 44 AP)

La Suisse est partie à de nombreux traités internationaux qui contiennent des dispositions en matière de responsabilité civile. On pense notamment aux conventions réglementant le domaine des transports, comme la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international du 12 octobre 1929[333]. Il est en outre prévisible que notre pays signe et ratifie à l'avenir de nouveaux traités internationaux, comme ceux qui sont passés dans le mouvement général d'intégration européenne. On pense par exemple à la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, adoptée le 21 juin 1993 dans le cadre du Conseil de l'Europe.

S'agissant des traités qui lient la Suisse, le principe de la primauté du droit international prévaut, même sans réserve particulière interne[334]. Néanmoins, les auteurs de l'avant-projet jugent opportun d'insérer dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile une réserve expresse qui, à l'instar de l'art. 1 al. 2 LDIP, rappelle le principe mentionné ci-dessus. Cette proposition se fonde sur l'idée que la réglementation générale de la responsabilité civile doit contenir les principes fondamentaux régissant l'ensemble de la matière. Il y va somme toute de l'intérêt des justiciables et des praticiens du droit.

2.3 Conditions générales (art. 45 à 47a AP)

2.3.1 Conception de l'avant-projet

Outre le chef d'imputation qui fonde l'obligation de réparer, toute responsabilité suppose que soient réunies trois conditions générales, soit le dommage, l'illicéité de l'atteinte ayant pour origine le fait de rattachement et le rapport de causalité entre ce fait et le dommage. Il incombe en principe à la personne lésée d'en prouver l'existence[335].

---

332 Dans un premier temps, les auteurs de l'avant-projet voulaient étendre l'application de l'art. 43*a* al. 2 à ces normes spéciales.

333 RS 0.748.410.

334 Rapport entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse, Publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public du 26 avril 1989, JAAC 1989, p. 474.

335 Cf. art. 56*d* AP, infra 2.9.4.3.

Dans le droit actuel, l'art. 41 al. 1 CO se borne à mentionner les trois conditions générales, à côté de la faute qui fonde la responsabilité aquilienne. L'avant-projet en dresse une présentation systématique et donne, pour chacune d'elles, la caractéristique essentielle. En ce sens, les art. 45 à 47*a* AP sont formellement nouveaux. S'agissant de leur contenu, ils reprennent dans une large mesure les solutions dégagées en la matière par la doctrine et la jurisprudence ; sur quelques points, ils apportent des précisions et innovations, qui devraient répondre aux attentes de la pratique. D'un point de vue systématique, il apparaît logique que la loi traite des conditions qui sont communes à toutes les responsabilités avant de définir les différents fondements permettant de cas en cas d'imputer à un tiers l'obligation de réparer.

2.3.2 Dommage (art. 45 à 45f AP)

2.3.2.1 Formes et catégories (art. 45 AP)

L'art. 45 al. 1 AP mentionne les deux formes classiques du dommage que sont d'une part le dommage patrimonial et d'autre part le tort moral. Ces deux formes de dommage se distinguent selon que le fait générateur de responsabilité entraîne pour la victime des conséquences patrimoniales ou affecte sa personnalité. S'agissant du dommage patrimonial, l'art. 45 al. 2 AP précise qu'il comprend les catégories mentionnées aux art. 45*a* à 45*d* - soit les conséquences d'atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, aux choses et à l'environnement -, ainsi que le dommage purement économique qui, en tant que tel, ne fait pas l'objet d'une définition spécifique. Quant au tort moral, il est appréhendé par l'art. 45*e* AP, qui en régit le principe, les conditions et le mode de réparation.

L'art. 45*f* AP réglemente la réparation de postes complémentaires du dommage. Il vise les frais qu'engage ou supporte la personne lésée dans certaines circonstances particulières, notamment pour prévenir une atteinte imminente ou pour atténuer les conséquences d'une atteinte actuelle ou survenue, ou encore pour faire valoir sa prétention. Ces frais peuvent se rapporter autant à la survenance d'un dommage patrimonial qu'à celle d'un tort moral. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'adjectif "complémentaire".

Suivant les constatations de la Commission d'étude[336], les auteurs de l'avant-projet observent que la question du dommage et de son calcul est intimement liée à celle de la réparation et que, en ce domaine, il est inopportun, voire irréaliste, d'envisager une réglementation complète. Certains problèmes, comme celui de l'imputation des avantages, ont trouvé en pratique des solutions satisfaisantes qui dispensent le législateur d'intervenir. D'autres problèmes, comme ceux liés à l'exigibilité ou à l'intérêt de l'indemnité, présentent une telle diversité de cas d'application qu'il serait vain de vouloir donner dans la loi des réponses formulées en termes généraux. Il en découle que l'avant-projet appréhende l'essentiel, tout en mentionnant les principaux types de dommages réparables. Cette dernière expression peut paraître à première vue tautologique. Elle révèle pourtant que la notion de dommage comporte une connotation normative en droit de la responsabilité civile. Certains dommages en effet ne sont pas

---

336 Rapport, op. cit. (n. 39), V/5.1, p. 84 ss.

réparables, non parce qu'on ne peut les réparer, mais parce qu'on ne veut les réparer. On pense par exemple aux frais d'entretien de la tombe à la suite d'un décès[337]. On observe ainsi que le recours à la notion de "dommage réparable" permet de définir, dans les cas prévus par la loi, la qualité pour agir de la personne lésée.

L'avant-projet définit aux art. 45*a* à 45*d* différentes catégories de dommages patrimoniaux. Le critère de distinction réside dans la nature du bien juridique atteint, soit la vie, l'intégrité physique ou psychique, les choses et l'environnement naturel. De tels dommages - pour autant que les conditions légales de la responsabilité soient réunies - sont en principe toujours réparables. Il ne saurait en aller de même pour d'autres diminutions de patrimoine qui ne résultent pas d'une atteinte aux biens juridiques susmentionnés. De nos jours, on parle à défaut de mieux "d'autres dommages" ou de "dommages purement économiques", expression discutable puisque tout dommage patrimonial est par définition économique. On vise par exemple les conséquences pécuniaires d'atteintes à la réputation professionnelle, à la liberté économique ou à la concurrence commerciale, ou encore les conséquences d'activités délictueuses affectant les intérêts patrimoniaux de tiers, comme en cas d'escroquerie. On y englobe aussi les dommages réfléchis (ou réflexes ou indirects), soit la perte de gain ou le surcroît de dépenses que subit par ricochet un tiers lié contractuellement ou personnellement à la victime de l'atteinte initiale[338].

Dans le droit actuel, l'art. 41 al. 1 CO prévoit en principe la réparation de tout dommage, sans égard à l'origine de l'atteinte ou à la nature du bien atteint. Le principe connaît une limitation générale, dans la mesure où d'ordinaire, et sauf l'exception légale en faveur des proches d'une victime décédée pour la perte de soutien (art. 45 al. 3 CO), les dommages réfléchis ne sont pas réparables s'ils sont purement patrimoniaux. C'est dire que la qualité pour agir appartient en règle générale à la personne directement lésée, et non à celle qui ne l'est que par ricochet[339]. Cette limitation ne repose pas sur une disposition légale claire. Elle se déduit de l'interprétation a contrario de l'art. 45 al. 3 CO et de l'idée qu'il est justifié de poser des bornes raisonnables à la responsabilité civile. Elle se fonde aussi sur le constat qu'en matière extracontractuelle le patrimoine - contrairement aux droits absolus - ne bénéficie pas comme tel d'une protection de l'ordre juridique. Tel n'est le cas que si la personne lésée dans ses intérêts pécuniaires peut se prévaloir d'une règle protectrice spécifique. Pour répondre à cette question, le tribunal se place sur le terrain de l'illicéité (illicéité par le comportement de l'auteur de l'acte incriminé) et applique la théorie dite de la finalité protectrice de la norme[340]. C'est ce qu'a fait le TF dans deux arrêts rendus en 1975 et 1976, qui admettent la réparation du dommage

---

337 ATF 113 II 338.

338 Tercier P., La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, in : Gedächtnisschrift für Peter Jäggi, Fribourg 1977, p. 242 s.

339 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 64 s. ; ATF 101 Ib 254 ; ATF 112 II 124.

340 Giovannoni P., Le dommage par ricochet en droit suisse, in : Développements récents du droit de la responsabilité civile, Zurich 1991, p. 242 ss ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 2, N. 72 ss ; Kramer E.A., Reine Vermögensschäden als Folge von Stromkabelbeschädigungen, in : recht 1984, p. 133. Cf. infra 2.3.3.1.

subi par des entreprises par suite de rupture d'une canalisation d'eau respectivement d'un câble électrique ne leur appartenant pas[341].

Certaines lois spéciales fondant une responsabilité objective aggravée posent des limitations particulières à l'étendue de la réparation[342]. Elles excluent notamment de leur champ d'application l'indemnisation des autres dommages que ceux résultant d'une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique ou aux choses, même si ces dommages sont la conséquence indirecte d'un autre préjudice corporel ou matériel. La *ratio legis* tient dans des motifs historiques traduisant une certaine méfiance du législateur à l'égard des responsabilités objectives aggravées. Elle réside également dans la volonté de restreindre la réparation aux répercussions typiques découlant de la réalisation du risque qui est à l'origine de telle ou telle responsabilité[343]. A cet égard, il est douteux que, comme le TF l'a jugé pour l'art. 58 al. 1 LCR, ces limitations spéciales excluent vraiment une application concurrente des dispositions du droit commun[344].

Suivant la proposition de la Commission d'étude[345], les auteurs de l'avant-projet renoncent à définir le "dommage purement économique" et, par voie de conséquence, à préciser dans quels cas le dommage réfléchi est réparable. Sur ce point, il est en effet malaisé de poser en termes généraux des limites - dont personne ne conteste la nécessité - à la responsabilité civile, au risque de créer sinon des solutions arbitraires. Certaines hypothèses particulières de "dommage purement économique" sont pourtant expressément prévues ici et là[346]. Pour le reste, il incombe à la jurisprudence de trouver, de cas en cas, la juste mesure de la compensation du dommage qu'une personne subit par contrecoup, que ce soit par la reconnaissance d'une norme protectrice spécifique[347] ou par l'admission de l'existence d'un préjudice propre (ou direct)[348].

S'agissant pourtant des responsabilités pour risque, qu'elles soient fondées sur la clause générale (art. 50 al. 1 et 2 AP) ou sur une disposition spéciale (art. 50 al. 3 AP), les auteurs de l'avant-projet jugent nécessaire de mettre une limitation à l'étendue de la réparation, réglant ainsi une question que n'était pas parvenue à trancher la Commission d'étude[349]. L'art. 45 al. 3 AP prévoit que, sauf disposition contraire, seuls sont réparables les dommages résultant d'une atteinte à la vie (art. 45*a* AP), à l'intégrité physique ou psychique (art. 45*b* AP), aux choses (art. 45*c* AP) ou à l'environnement (art. 45*d* AP), bref à des biens

---

341 ATF 101 Ib 254 ss ; ATF 102 II 86 ss.

342 Cf. notamment art. 27 LIE ; art. 1 al. 1 et 11 LRespC ; art. 64 LA ; art. 58 al. 1 LCR ; art. 33 al. 1 LITC.

343 Tercier P., op. cit. (n. 185), p. 255 ss.

344 Cf. ATF 106 II 77 ss, et les critiques de Kramer E.A., op. cit. (n. 340), p. 130 ss. Cf. infra 2.6.2.

345 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.2, p. 43 s.

346 Cf. art. 45*a*, 45*d* et 45*f* AP.

347 Comme dans les ATF 101 Ib 254 ss et 102 II 86 ss. Cf. infra 2.3.3.

348 Comme dans l'ATF 112 II 128.

349 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.3.5, p. 66.

qui, en raison de leur valeur supérieure, sont dignes d'une protection juridique complète. Cette limitation s'explique par la volonté de contenir la responsabilité dans certaines bornes, compte tenu du fait que l'indemnisation de "dommages purement économiques" peut conduire au versement de montants considérables. Cette limitation trouve aussi sa justification dans la notion même de risque, au sens physique où elle est entendue ici. Dans les responsabilités objectives aggravées, en effet, l'activité caractéristique est avant tout risquée pour les hommes et les choses, y compris pour l'environnement naturel, et non pas tant pour les intérêts purement patrimoniaux de tiers.

Pour ce qui touche la responsabilité pour faute, une telle limitation n'est pas nécessaire, car l'étendue de la réparation est déjà restreinte par les conditions spécifiques liées à l'intention et à la négligence d'une part (art. 48 AP), à l'illicéité par le comportement d'autre part (art. 46 al. 2 AP). Quant à la responsabilité pour les auxiliaires (art. 49 et 49*a* AP), l'obligation de réparer trouve une limite dans la preuve libératoire que peut invoquer la partie défenderesse. D'ailleurs, et pour autant que les conditions légales soient réunies, rien n'empêche la personne victime d'un "dommage purement économique" résultant de l'exercice d'une activité spécifiquement dangereuse de se prévaloir aussi des règles susmentionnées[350].

L'art. 45 al. 3 AP réserve des dispositions contraires. On pense par exemple à la norme prévue à l'art. 45*f* AP ou à des dérogations spéciales qui seraient justifiées par la nature de l'atteinte aux biens d'autrui et par l'étendue de la protection que le législateur entend leur accorder[351].

2.3.2.2 Dommage patrimonial (art. 45a à 45d AP)

2.3.2.2.1 Introduction

Les auteurs de l'avant-projet ont jugé inutile que la loi pose une définition positive du dommage patrimonial. Ce dommage correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine et le montant que ce dernier aurait atteint si le fait dommageable n'était pas survenu[352]. Un désavantage qui ne se traduit pas par une perte pécuniaire, comme l'est selon la jurisprudence le soi-disant préjudice de frustration résultant de vacances gâchées, ne constitue donc pas un dommage patrimonial[353], ou un dommage normatif, selon une expression utilisée en Allemagne et reprise récemment par le TF[354]. Il peut suivant les circonstances engendrer un tort moral.

---

350 Cf. art. 53 AP, infra 2.6.2.

351 Pour un cas d'application de la LRCN, cf. ATF 116 II 480.

352 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 54 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 2, N. 9. Cf. aussi ATF 104 II 199 ; ATF 116 II 444.

353 ATF 115 II 481 s. Cf. aussi Stark E.W., Zur Frage der Schädigungen ohne Vermögensnachteile, in : Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 320 s.

354 Praxis 1995, p. 556. Sur la notion de dommage normatif, cf. not. Fellmann W., Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, PJA 7/95, p. 881 s.

L'avant-projet définit aux art. 45*a* à 45*d* différentes catégories de dommages patrimoniaux. Le critère de distinction réside dans la nature du bien juridique atteint, soit la vie, l'intégrité physique ou psychique, les choses et l'environnement naturel.

2.3.2.2.2 En cas d'atteinte à la vie (art. 45a AP)

L'art. 45*a* AP reprend en le précisant l'actuel art. 45 CO. Il définit le dommage réparable en cas d'atteinte à la vie d'une personne. Ce dommage englobe deux postes. Il comprend tout d'abord les frais consécutifs au décès, notamment ceux d'inhumation (al. 1). De tels frais sont d'ordinaire supportés par la succession (art. 474 al. 2 CC) ; leur remboursement est donc dû aux héritiers du défunt[355]. Le dommage réparable comprend également la perte de soutien subie par les proches auxquels la victime assurait tout ou partie de l'entretien (al. 2). A l'instar de l'art. 45 al. 3 CO, l'art. 45*a* al. 2 AP confère à ces personnes un droit propre à la réparation d'un dommage réfléchi. D'autres problèmes particuliers liés à l'étendue de la réparation en cas de décès n'ont pas à être réglés dans la loi. On pense notamment à la question de savoir dans quelle mesure les frais de déplacement des proches pour assister à l'enterrement du défunt doivent être remboursés ou si la faute concomitante de ce dernier peut être opposée aux héritiers qui réclament le paiement des frais d'inhumation. Il en va de même de la réduction de l'indemnité compensant la perte de soutien du conjoint survivant en raison d'hypothétiques chances de remariage.

Les auteurs de l'avant-projet estiment superflue la règle prévue à l'art. 45 al. 2 CO, qui régit l'indemnisation des dommages subis du temps de son vivant par la victime directe de l'atteinte, notamment les frais de traitement et le manque à gagner. La créance en réparation de tels dommages est fondée sur l'art. 45*b* AP (art. 46 al. 1 CO). En cas de décès de l'ayant droit, elle passe sans autre à ses héritiers (art. 560 CC)[356].

2.3.2.2.3 En cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique (art. 45b AP)

L'art. 45*b* AP reprend en substance l'actuel art. 46 al. 1 CO. Il définit le dommage réparable en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne. Ce dommage englobe deux postes. Il comprend en premier lieu les frais engagés par la victime, notamment ceux de traitement. Il comprend aussi le manque à gagner ou toute autre perte qui résultent de l'incapacité de travail et de l'atteinte à l'avenir économique ; ces deux facteurs de calcul du dommage consécutif à l'invalidité peuvent s'appliquer de manière alternative ou cumulative[357] ; ils trouvent l'un et l'autre une justification législative. Comme on le constate, le dommage qui est ici réparable inclut, à côté du manque à gagner, "toute autre perte" qui découle de l'incapacité de travail et de l'atteinte à l'avenir économique. Cette adjonction est formellement nouvelle. Elle vise des dés-

---

355 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 19 ad art. 45 CO.

356 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 25 s. ad art. 45 CO.

357 Cf. ATF 99 II 218 ss.

avantages pécuniaires qui, à l'instar de celui résultant de l'incapacité de tenir le ménage, ne se rangent pas parfaitement dans les postes classiques du préjudice corporel. Pour le reste, il incombe à la jurisprudence de préciser quelles conséquences d'une atteinte à la santé peuvent faire l'objet d'une demande en réparation.

Suivant la proposition de la Commission d'étude[358], les auteurs de l'avant-projet se prononcent pour la suppression de la règle prévue aujourd'hui à l'art. 46 al. 2 CO. Cette disposition permet au tribunal de réserver pendant le délai péremptoire de deux ans la révision du jugement, s'il ne lui est pas possible de déterminer avec une certitude suffisante les suites des lésions corporelles. Le cas échéant, chaque partie est habilitée à intenter une action en révision, pour autant que les circonstances réservées dans le jugement, et notamment le degré d'invalidité permanente, se soient modifiées de manière importante.

L'art. 46 al. 2 CO constitue une brèche dans le principe de la liquidation non différée et définitive du procès en responsabilité civile[359]. Cela a conduit la jurisprudence à en faire une application restrictive, voire exceptionnelle[360]. A vrai dire, c'est surtout la brièveté du délai biennal qui pose des difficultés pratiques. Elle contraint le tribunal à renoncer à la réserve de révision quand il s'avère que l'évolution de l'état de santé de la victime ne se stabilisera pas avant deux ans. Sont donc de fait exclus de l'application de l'art. 46 al. 2 CO les cas que la règle visait principalement, soit les infirmes gravement atteints dont le statut n'est pas consolidé au moment du jugement. On pense spécialement aux enfants, pour lesquels le degré d'invalidité ne peut souvent être fixé avant la fin de la puberté[361]. Le recours extrêmement rare à la réserve de révision s'explique aussi par la durée des procès et par l'interprétation large que la pratique donne à la notion de connaissance du dommage, ce qui permet à la personne lésée d'ajourner l'introduction de l'action en réparation sans trop craindre de se voir opposer l'exception de prescription[362]. Toutes ces raisons conduisent les auteurs de l'avant-projet à la conclusion que la règle posée à l'art. 46 al. 2 CO est inadéquate et qu'il s'impose d'introduire dans le Code une action qui permette à la personne lésée de faire constater le principe de son droit à la réparation, lorsqu'il n'est pas possible d'estimer l'évolution future du dommage[363].

---

358 Rapport, op. cit. (n. 39), V/5.4, p. 88.

359 ATF 86 II 45 ss.

360 ATF 57 II 59 ; cf. aussi Stark E.W., op. cit. (n. 31), p. 82 s.

361 ATF 86 II 44 ; cf. aussi art. 29 al. 2 LAI ; Wessner P., L'indemnisation du préjudice résultant de l'invalidité : une réglementation inadaptée aux jeunes lésés, in : Hommage à Raymond Jeanprêtre, Neuchâtel 1982, p. 159 ss.

362 Cf. art. 60 al. 1 CO ; art. 55 al. 1 AP, infra 2.8.4.

363 Cf. art. 56*e* AP, infra 2.9.5.

2.3.2.2.4 En cas d'atteinte aux choses (art. 45c AP)

Dans le droit actuel, les dispositions générales régissant la responsabilité civile ne font aucune allusion particulière à la réparation du dommage matériel. Quelques règles spéciales y font référence, souvent pour limiter l'indemnisation. Ainsi les art. 447 CO et 12 LRespC prévoient le recours à la méthode d'évaluation objective, qui prend en compte la seule valeur réelle (ou vénale) des choses détériorées ou perdues[364].

La Commission d'étude ne s'est pas montrée favorable à introduire une norme générale en la matière. Elle soulignait notamment la complexité et la multiplicité des problèmes particuliers que pose la réparation du dommage matériel. Elle craignait aussi qu'une réglementation ne conduise la pratique à donner des réponses *a contrario* non souhaitables aux questions qui ne seraient pas expressément appréhendées par la loi[365].

Les auteurs de l'avant-projet ont en revanche jugé opportun que la Partie générale du droit de la responsabilité civile pose en ce domaine quelques principes de base, afin de faciliter la mise en oeuvre de la réparation et de créer un parallèle avec les autres types de dommage patrimonial. A cet effet, l'art. 45*c* AP définit aux al. 1 et 2 les postes élémentaires du dommage réparable en cas d'atteinte totale ou partielle à une chose. Il mentionne à l'al. 3 des postes supplémentaires qui, suivant les circonstances, peuvent donner lieu à indemnisation. Cette réglementation constitue un canevas. Elle n'a pas vocation d'exhaustivité. Elle laisse donc à la jurisprudence la mission de préciser quelles autres prétentions liées à ce type de préjudice la personne lésée est habilitée à faire valoir. C'est dire que les principes consacrés dans la pratique actuelle devraient à l'avenir conserver une certaine valeur. On pense ici surtout à la méthode d'évaluation subjective, qui en général trouve application et qui prend en compte l'intérêt que représentait la chose dans le patrimoine de la victime. Cet intérêt peut, suivant les cas, être supérieur à la valeur objective de la chose. Mais il ne saurait intégrer la valeur d'affection, dont la perte ne justifie d'ordinaire pas une compensation pécuniaire[366].

L'art. 45*c* al. 1 AP régit l'indemnisation du dommage matériel total, lorsque la chose est détruite (ou perdue) et que la réparation est techniquement impossible ou économiquement contre-indiquée. En règle générale, le dommage comprend le coût d'acquisition d'une chose équivalente à l'état neuf. C'est donc la valeur de remplacement qui est compensée, peu importe que la personne lésée procède ou non au remplacement. La règle s'applique telle quelle aux choses à valeur stable non sujettes à dépréciation (un meuble de style, par exemple). Pour les autres choses (un véhicule automobile, par exemple), l'indemnité peut être réduite du montant de la dépréciation au jour du fait dommageable. Cela conduit à prendre en compte un amortissement équitable. Le

---

364 Sur cette question, cf. Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 250 s. ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 224 s.

365 Rapport, op. cit. (n. 39), V/5.5, p. 89.

366 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 251 s. et 258 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 6, N. 379 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 223 et 225 ; cf. aussi ATF 87 II 291 s.

tribunal dispose ici d'un pouvoir d'appréciation. Il pourra suivant les cas renoncer à toute réduction pour s'en tenir, en ce qui concerne notamment les objets usuels, à la valeur d'utilisation qu'ils représentent pour la personne lésée[367]. Les auteurs de l'avant-projet jugent inutile d'apporter sur ce point une précision législative, comme ils estiment superflu de prévoir un critère d'indemnisation spécifique, lorsque l'acquisition d'une chose équivalente s'avère impossible.

L'art. 45*c* al. 2 AP régit l'indemnisation du dommage matériel partiel. Le dommage comprend notamment les frais de réparation, peu importe que la personne lésée fasse réparer la chose. A ces frais peuvent s'ajouter d'autres dépenses, comme celles qui découlent par exemple du dépannage ou de l'expertise administrative d'un véhicule accidenté, ainsi qu'un montant compensant une éventuelle moins-value résiduelle. En certaines circonstances exceptionnelles, l'indemnisation pourra dépasser la valeur de la chose au jour du fait dommageable, compte tenu par exemple des frais de restauration d'un tableau artistique détérioré ou des frais de traitement d'un animal blessé[368].

L'art. 45*c* al. 3 AP mentionne d'autres postes de dommage réparable en cas d'atteinte totale ou partielle à une chose. Il s'agit notamment des frais de location d'une chose équivalente ou, si cette location n'est pas possible, du gain manqué, dans l'un et l'autre cas pendant la période que nécessite la réparation ou l'acquisition d'une chose de remplacement. Encore faut-il que la chose soit nécessaire ou utile à la personne lésée[369]. Elle est nécessaire lorsqu'elle constitue un bien existentiel (exemple : le logement d'habitation) ou, comme le précise l'avant-projet, un bien servant à un usage professionnel (exemple : le véhicule d'un médecin ou d'un voyageur de commerce). Elle est utile quand, sans être nécessaire, la chose réalise un besoin important de la personne lésée, au regard du principe de la bonne foi. On pense ici à la location d'une voiture pendant la durée des vacances, notamment de celles prévues dans une région peu desservie par des moyens de transport en commun[370].

S'agissant des cas où la victime d'un dommage matériel ne peut prétendre au remboursement des frais de location d'une chose équivalente ou à la compensation d'un gain manqué, la question se pose de savoir si elle est habilitée à réclamer une indemnité pour la privation de la jouissance de la chose atteinte, en particulier, comme c'est le cas pour un véhicule, lorsque des frais fixes con-

---

367 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 253 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 223 s.

368 Cf. à ce sujet l'initiative parlementaire du 24 août 1992 déposée par François Loeb (92.437 L'animal, être vivant), et celle du 16 décembre 1994 déposée par Suzette Sandoz (93.459 Animaux vertébrés), ainsi que l'avant-projet de loi du 27 mars 1997, élaboré par la Commission des affaires juridiques du CN, qui prévoit notamment l'adjonction d'un nouvel al. 3 à l'art. 42 CO : "Dans les limites de la bonne foi, les frais de traitement pour un animal sont réparables même s'ils dépassent sa valeur".

369 Les adjectifs "nécessaire" et "utile" sont mentionnés dans le droit de la possession (art. 939 al. 1 CC) et de l'enrichissement illégitime (art. 65 al. 1 CO).

370 Bussy A./Rusconi B., Code suisse de la circulation routière, 3ème éd., Lausanne 1996, n. 2.3. ad art. 62 LCR. Cf. aussi RJN 1980/1981, p. 59 s.

tinuent à courir. Cette question est aujourd'hui controversée[371]. Les auteurs de l'avant-projet n'entendent pas y donner une réponse législative, tout en étant conscients qu'on se trouve ici aux confins du préjudice de frustration[372].

2.3.2.2.5 En cas d'atteinte à l'environnement (art. 45d AP)

L'art. 45*d* AP définit le dommage réparable en cas d'atteinte à l'environnement naturel. Par ailleurs, il accorde à certaines conditions la qualité pour agir en réparation à d'autres personnes que l'ayant droit (au sens des droits réels), soit à la collectivité publique compétente pour exécuter des mesures de prévention, de sauvegarde et de remise en état de l'équilibre écologique, ainsi qu'aux organisations nationales et régionales de protection de l'environnement qui ont effectivement préparé ou pris de telles mesures et qui y étaient autorisées.

Cette disposition est nouvelle. Son introduction dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile, qui n'avait pas été envisagée par la Commission d'étude, trouve de multiples justifications aux yeux des auteurs de l'avant-projet. Tout d'abord, force est de constater que l'environnement naturel, exposé de plus en plus à des dangers engendrés par certaines activités, est aujourd'hui considéré comme un bien digne d'une protection particulière. Ce constat a trouvé en Suisse et ailleurs une reconnaissance juridique. Sur le plan helvétique, on mentionnera notamment la LF (révisée) sur la protection de la nature et du paysage du 1er juillet 1966[373], la LF (récemment révisée) sur la protection des eaux du 24 janvier 1991[374] et la LF sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983, qui vient d'être révisée[375]. Sur le plan international, et pour ne s'en tenir qu'au domaine de la réparation des préjudices, on signalera la récente Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, adoptée à Lugano le 21 juin 1993, qui n'est pas encore entrée en vigueur[376].

Les auteurs de l'avant-projet observent au surplus que la nécessité d'une règle définissant le dommage écologique et la qualité pour agir en réparation se justifie non seulement par la valeur du bien en cause, mais aussi par sa spécificité. En effet, l'environnement naturel, qui comprend des composantes telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, n'est pas délimité. Il n'est donc pas toujours attribuable à des ayants droit déterminés. Cela explique que le droit d'intenter une action en justice doive appartenir dans certaines circonstances à des sujets de droit qui, sans être personnellement lésés, oeuvrent par devoir ou intérêt à la conservation du milieu naturel. A cela s'ajoute la particularité du

---

371 Pour l'indemnisation, Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 224 ; contre l'indemnisation, Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 258 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 6, N. 373.

372 Cf. supra 2.3.2.2.1 et les réf. cit. en n. 353.

373 RS 451.

374 RS 814.20.

375 RS 814.01. Révision du 21 décembre 1995 ; cf. Projet et Message du CF du 7 juin 1993, FF 1993 II 1337 ss.

376 Cf. Série des Traités européens 150 et FF 1993 II 1451.

préjudice en question : souvent, les conséquences pécuniaires d'atteintes à l'environnement résultent autant de mesures de prévention et de sauvegarde que de mesures de remise en état. Il en découle incontestablement un élargissement de la notion de dommage, ce que prévoit d'ailleurs la Convention européenne précitée[377]. A cet égard, il y a lieu de souligner que la jurisprudence s'est jusqu'ici tenue, dans ce domaine, à une notion classique du dommage. Ainsi, dans un cas où il devait juger les conséquences d'une pollution de la Broye par des produits chimiques, le TF a refusé l'indemnisation des cantons de Vaud et de Fribourg qui prétendaient à la contre-valeur des poissons détruits. Notre haute Cour a en effet estimé que ces collectivités publiques n'étaient pas propriétaires de la population de poissons intoxiqués, ni n'exerçaient sur celle-ci un droit assimilable à un droit de propriété, de sorte qu'elles n'avaient en fait subi aucune diminution patrimoniale[378]. Cette jurisprudence a été critiquée par le Conseil fédéral, qui a observé qu'elle contredisait certaines pratiques compensatoires en cas de dégâts causés à la faune piscicole, et qu'elle conduisait injustement à décharger de sa responsabilité l'auteur de la pollution[379].

Il faut également rappeler que la LPE récemment révisée, qui pose désormais le principe de la responsabilité pour risque du détenteur d'une entreprise ou d'une installation présentant un danger particulier pour l'environnement, exclut la réparation des "dommages à l'environnement proprement dits" (art. 59*a* al. 1). Sont notamment visés par cette expression les coûts pour la réintroduction d'animaux sauvages indigènes, suivant l'exemple donné dans les travaux préparatoires[380]. Cette exception a été ajoutée formellement par le Parlement, de peur selon lui que la jurisprudence ne prenne une évolution extensive en la matière. Mais le législateur de la loi révisée a clairement reconnu que la question de la couverture des dommages à l'environnement proprement dits devrait se reposer à l'occasion de la révision totale du droit de la responsabilité civile et de l'examen de la ratification de la Convention précitée de Lugano[381]. En ce sens, l'art. 45*d* AP doit être interprété comme une réponse positive à cette question.

A cet égard, on peut se demander si le dommage écologique ne devrait pas être défini dans la législation même sur la protection de l'environnement. Les auteurs de l'avant-projet s'y sont opposés. Ils avancent tout d'abord que, dans la mesure du possible, le droit de la responsabilité civile doit être réglé dans la Partie générale du CO. Mais ils marquent aussi leur volonté de placer la réparation des atteintes à l'environnement au même rang que celle des autres atteintes "classiques". Enfin, une atteinte à l'environnement peut être la conséquence d'une activité appréhendée par une autre loi que la LPE, par exemple une activité liée aux domaines nucléaire ou militaire[382]. Cela signifie que la

---

377 Cf. notamment les art. 1, 6 et 7, ainsi que l'art. 2 par. 7 al. d, 8 et 9.

378 ATF 90 II 417.

379 FF 1973 I 667.

380 Message du CF, FF 1993 II 1447 ; BO CN 1995, p. 2419.

381 FF 1993 II 1443 et 1451 ; BO CN 1995, p. 2419 s.

382 Cf. art. 3 LPE.

règle posée à l'art. 45*d* AP a une portée générale, et qu'elle ne saurait donc être comprise comme une application exclusive de la LPE.

L'art. 45*d* al. 1 AP définit certains postes spécifiques du dommage consécutif à une atteinte à l'environnement naturel. L'énumération n'est pas exhaustive. Elle ne mentionne pas les postes "classiques" du dommage matériel, comme peuvent l'être le coût d'assainissement d'un terrain agricole pollué par des hydrocarbures ou le manque à gagner découlant d'une récolte de céréales perdue. Les postes spécifiques dont il est question ici touchent essentiellement les frais résultant de mesures de prévention, de sauvegarde et de remise en état à la suite d'une atteinte (ou d'un risque d'atteinte) à l'environnement. Encore faut-il que ces mesures aient été prises de bonne foi, c'est-à-dire qu'elles apparaissent objectivement raisonnables au regard des circonstances concrètes. S'agissant plus précisément des mesures de prévention en cas d'atteinte imminente ou de sauvegarde en cas d'atteinte actuelle ou survenue, il convient de souligner que leur indemnisation est également prévue par la règle générale de l'art. 45*f* AP, qui définit des postes complémentaires du dommage réparable[383]. Les auteurs de l'avant-projet ont néanmoins tenu à en faire une mention particulière à l'art. 45*d* AP, en raison de la qualité pour agir conférée à un cercle plus étendu de personnes.

L'art. 45*d* al. 1 lit. a AP prévoit le remboursement des frais résultant de mesures prises pour prévenir une atteinte imminente à l'environnement naturel. C'est typiquement la réparation d'un "dommage purement économique" qui est envisagée ici[384]. Elle est déjà prévue dans le droit actuel par des règles spéciales, comme à l'art. 54 LEaux[385] ou à l'art. 59 LPE[386] qui, il est vrai, s'appliquent exclusivement aux dispositions ordonnées par les autorités. Mais on ne voit pas de raison qu'une personne, qui risque d'être lésée et qui, de ce fait, a pris des mesures préventives pour éviter un dommage, ne puisse aussi réclamer au tiers susceptible de répondre le remboursement de frais engagés de bonne foi. Parmi les dépenses qui entrent en ligne de compte, on mentionnera par exemple celles qui sont faites pour déterminer l'existence d'une atteinte, ou pour couvrir des plantations d'une matière plastique en cas de pollution atmosphérique, ou encore pour prévenir la contamination d'un sol situé à proximité d'une décharge de déchets non contrôlée.

L'art. 45*d* al. 1 lit. b AP prévoit le remboursement des frais résultant de mesures prises pour atténuer les conséquences d'une atteinte actuelle ou survenue à l'environnement naturel. C'est de mesures de sauvegarde dont il est question, qui sont expressément prévues dans les conventions internationales régissant ce domaine[387]. On pense par exemple à des dépenses occasionnées

---

383 Cf. infra 2.3.2.4.

384 Cf. supra 2.3.2.1.

385 RS 814.20.

386 RS 814.01 ; cf. aussi FF 1993 II 1394 et 1468.

387 Cf. art. I ch. 6 et 7 de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, du 29 novembre 1969 (RO 1988.1444, RS 0.814.291), dénoncée par la Suisse avec effet au 15 mai 1998 (RO 1999

par l'assainissement d'une décharge polluante ou par la mise en place d'un barrage flottant sur une nappe d'eau souillée de mazout.

L'art. 45*d* al. 1 lit. c AP prévoit le remboursement de frais résultant de mesures prises pour restaurer les composantes détruites ou détériorées de l'environnement (par exemple, pour replanter des arbres, réintroduire des animaux sauvages indigènes, régénérer la fertilité d'un sol) ou pour y introduire un équivalent lorsqu'il est impossible de remplacer les composantes touchées (par exemple, pour repeupler une rivière d'une autre espèce de poissons ou pour reconstituer un biotope détruit dans un autre lieu). L'indemnisation consécutive à des mesures de remise en état de l'équilibre écologique est déjà prévue dans la LF sur la pêche[388], ainsi que dans la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement[389].

L'art. 45*d* al. 2 AP accorde, à certaines conditions, la qualité pour agir en réparation à d'autres sujets de droit que la personne lésée ou menacée d'être lésée. Il s'agit d'une part de la collectivité publique (fédérale ou cantonale, selon les cas) qui, suivant la législation en matière de protection de l'équilibre écologique[390], est compétente pour ordonner ou prendre des mesures de prévention, de sauvegarde et de remise en état. Il s'agit d'autre part d'organisations nationales et régionales de protection de l'environnement, qui ont effectivement préparé ou pris de telles mesures et qui y étaient autorisées. Sur le plan suisse, il y a déjà longtemps que les associations ou fondations qui, aux termes de leurs statuts, se vouent à la conservation du milieu naturel, sont habilitées à exercer en la matière une sorte de contrôle juridictionnel. Ainsi les lois sur la protection de la nature et du paysage et sur la protection de l'environnement leur octroient, suivant les cas, un droit de recours ou d'opposition[391]. Sur le plan international, la tendance va également dans ce sens. La Convention européenne sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement accorde notamment aux organisations reconnues le droit de saisir la justice pour obliger l'exploitant à prendre des mesures de prévention, de sauvegarde et de remise en état[392]. L'avant-projet leur confère logiquement un droit au remboursement des frais consécutifs à de telles mesures, à condition que les organisations concernées, qui ont étudié ou effectué ces mesures, en aient au préalable reçu l'autorisation - générale ou spéciale - de la collectivité publique compétente. Cette condition stricte obligera l'autorité à procéder dans chaque cas à une évaluation de la situation ; elle permettra aussi d'éviter des initiatives excessives, voire abusives, de la part de tierces personnes oeuvrant pour la protection de l'équilibre écologique.

---

739) ; art. 2 par. 7 al. d et 9 de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, du 21 juin 1993 (cf. supra n. 376).

388 Art. 15 al. 3, RS 923.0.

389 Art. 2 par. 7 al. c et 8 (cf. supra n. 376).

390 Cf. notamment art. 36 ss LPE, art. 45 ss LEaux, art. 21 ss LF sur la pêche.

391 Art. 12 al. 1 et 3 LPN ; art. 55 LPE. Cf. aussi FF 1995 III 711.

392 Art. 18 par. 1 (cf. supra n. 376).

Aux termes de l'art. 45*d* al. 2 AP, la qualité pour agir de la collectivité publique compétente ou des organisations de protection de l'environnement n'est reconnue que dans deux hypothèses : lorsque d'une part les composantes de l'environnement menacées, détruites ou détériorées ne font pas l'objet d'un droit réel, comme c'est le cas de l'air ou de l'eau ; lorsque d'autre part l'ayant droit (propriétaire, bénéficiaire d'une servitude, superficiaire, locataire d'un bien qui est une composante de l'environnement) ne prend pas les mesures mentionnées à l'art. 45*d* al. 1 AP, comme ce serait le cas de l'exploitant d'une décharge polluante qui ne procède pas à un assainissement. Ces hypothèses sont circonscrites. Elles mettent en jeu des situations où l'intervention de la collectivité publique compétente ou d'une organisation spécialisée autorisée par elle se révèle justifiée, au regard d'un intérêt public qui n'est pas à démontrer.

2.3.2.3 Tort moral (art. 45e AP)

L'art. 45*e* AP règle le principe, les conditions et le mode de la réparation du tort moral. On peut définir ce dommage comme la diminution involontaire du bien-être - notion à l'évidence relative - qu'une personne subit à la suite d'une atteinte à sa personnalité[393]. D'ordinaire, son indemnisation se traduit, à défaut de mieux, par l'allocation d'une somme d'argent.

Dans le droit actuel, l'institution fait l'objet de trois sortes de dispositions[394]. Il y a tout d'abord la règle générale de l'art. 49 CO, qui régit la compensation du tort moral en cas d'atteinte à la personnalité. Il y a ensuite des règles prévoyant la réparation morale à la suite d'atteintes spécifiques, comme en cas d'usurpation du nom (art. 29 al. 2 CC) ou - et ce sont les applications de loin les plus fréquentes - en cas de lésions corporelles ou de mort (art. 47 CO ; art. 8 LRespC qui pose des conditions restrictives à l'octroi d'une indemnité). Il y a enfin les règles contenues dans des lois spéciales, dont la plupart renvoient expressément aux dispositions générales du CO (art. 79 LA, 27 al. 1 LExpl, 62 al. 1 LCR, 9 al. 3 LCD, 8 al. 1 lit. e LCart.). Tel est le cas aussi en matière de responsabilité publique (art. 6 LRCF, qui subordonne l'obligation de réparer de la Confédération à la faute du fonctionnaire). Dans les autres cas, le renvoi aux art. 47 et 49 CO doit en principe être considéré comme implicite[395]. Selon la jurisprudence, il est sans autre compris dans la règle posée à l'art. 99 al. 3 CO[396].

Comme telle, la réparation du tort moral, en tant que compensation d'un dommage de nature immatérielle, n'est aujourd'hui pas contestée. La justification d'une réglementation dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile ne saurait non plus être remise en question. D'un point de vue systématique, il

---

393 Tercier P., Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984, n. 2029 s ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 17 ad art. 49 CO.

394 Cf. Tercier P., op. cit. (n. 393), n. 1970 ss ; Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/6.1, p. 90.

395 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 287 ; Tercier P., op. cit. (n. 393), n. 1973.

396 ATF 54 II 483 ss ; ATF 116 II 520.

paraît judicieux que cette réglementation reflète, par la place qu'elle occupe, l'idée d'un parallélisme, selon lequel la réparation du tort moral doit autant que possible être assimilée à celle du dommage patrimonial. Sur le fond, cette assimilation s'est d'ailleurs largement réalisée en 1983, lors de la révision de l'art. 49 CO qui ne fait plus de la faute une condition nécessaire de l'octroi d'une indemnité sauf, à l'évidence, si elle constitue dans un cas d'espèce le chef d'imputation de la responsabilité[397]. C'est dire que, sous réserve de particularités motivées par la nature fondamentalement personnelle de ce type de dommage, les principes qui régissent en général la fixation de la réparation s'appliquent aussi au tort moral[398]. C'est dire aussi que, dans ce domaine, les lois spéciales doivent se borner à renvoyer à la règle générale. Les auteurs de l'avant-projet ne voient pas de raisons qui puissent justifier ici des dérogations. Aussi proposent-ils la suppression des dispositions restrictives en la matière, comme celles des art. 8 LRespC et 6 LRCF[399].

Dans ce sens, ils suggèrent également que l'art. 45*e* AP, comme règle générale, reprenne en substance l'art. 49 CO, mais en y intégrant les hypothèses de l'art. 47 CO. Dans le droit actuel - et notamment depuis la révision de 1983 -, on observe en effet un parallélisme entre les deux dispositions. L'art. 47 CO n'est finalement qu'un cas d'application de l'art. 49 CO, dans la mesure où les atteintes spécifiques qu'il vise affectent à l'évidence la personnalité de celui ou celle qui les subit[400]. Il perdra à l'avenir sa raison d'être, au regard du nouvel art. 45*e* AP, dont le champ d'application est plus étendu que celui de l'art. 49 CO, d'autant qu'il reconnaît expressément aux proches d'une victime de lésions corporelles particulièrement graves un droit propre à indemnisation. Sur ce point, l'avant-projet codifie la jurisprudence actuelle. Sur d'autres questions, comme celles particulièrement complexes de la cessibilité et de la transmissibilité successorale de la prétention, il laisse à la pratique le soin de trouver les solutions appropriées[401].

Aux termes de l'art. 45*e* al. 1 AP, la personne qui subit une atteinte à sa personnalité a droit à satisfaction pour tort moral, si la gravité de l'atteinte, notamment les souffrances physiques ou psychiques, le justifie. Cette disposition pose le principe et les conditions de la compensation du tort moral. Elle est formulée de manière volontairement flexible, en soulignant que le tribunal dispose en ce domaine d'un vaste pouvoir d'appréciation. A cet égard, le terme "satisfaction" paraît mieux approprié, car il est plus large que le substantif "réparation" ; il correspond d'ailleurs au mot allemand "Genugtuung". Il signifie aussi que, comme tel, le tort moral n'est pas réparable, en ce sens qu'aucun mode n'est véritablement propre à compenser les conséquences immatérielles

---

397 ATF 117 II 56 ; cf. aussi Sutter Th., Voraussetzungen der Haftung bei Verletzung der Persönlichkeit nach Artikel 49 des revidierten Obligationenrechts, BJM 1991, p. 6 ss.

398 Cf. art. 52 et 52*a* AP ; cf. infra 2.5.

399 Cf. Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/6.2, p. 92.

400 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 17 ad art. 49 CO.

401 Cf. Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/6.3.4, p. 94 s. ; cf. aussi Tercier P., op. cit. (n. 393), n. 2000 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 121 ss ad art. 47 CO, n. 87 s. ad art. 49 CO.

d'une atteinte à la personnalité, notamment les souffrances physiques ou psychiques subies. Dans des circonstances exceptionnelles, il se justifie néanmoins de reconnaître à la victime un droit à satisfaction, qui le plus souvent prendra la forme d'un montant équitable. Ce mode n'est qu'un pis-aller, dans la mesure où il est paradoxal de vouloir compenser en argent un dommage qui, par définition, n'est pas patrimonial. Un autre mode peut d'ailleurs lui être substitué, ainsi que le précise l'art. 45*e* al. 2 AP, sans compter l'éventualité que la personne responsable ait donné satisfaction autrement à la victime. Cette dernière réserve, exprimée comme une condition négative dans le droit actuel, est jugée superflue par les auteurs de l'avant-projet. D'une part, le caractère exceptionnel de l'institution est déjà marqué par la condition liée à la gravité de l'atteinte. D'autre part, il va sans dire que le tribunal, fort de son pouvoir d'appréciation, est habilité à tenir compte de l'attitude satisfactoire de la personne responsable, en particulier quand, dans le cas d'une atteinte par voie de presse, celle-ci a accordé à la victime un droit de réponse ou de rectification. Dans ce cas, le tort moral est inexistant ou, à tout le moins, est-il réduit dans une certaine mesure.

Le droit à satisfaction, au sens de l'art. 45*e* al. 1 AP, suppose tout d'abord que la personne lésée ait subi un tort moral consécutif à une atteinte à sa personnalité. S'agissant du tort moral, dont l'existence peut parfois être difficile à établir, il appartient à la victime de le prouver ; il en va aujourd'hui comme il en ira demain, sauf à mentionner les règles qui allègent le fardeau de la preuve prévues dans l'avant-projet[402]. Quant à l'atteinte à la personnalité, il est inutile de préciser, comme le fait l'art. 49 al. 1 CO, qu'elle doit être illicite. L'illicéité, en effet, est une condition générale de l'obligation de réparer[403]. Il n'y a donc pas davantage de raisons d'en mentionner l'exigence pour la réparation du tort moral que pour celle des différentes catégories de dommages patrimoniaux[404]. Dans tous les cas, le dommage n'est réparable que pour autant que les autres conditions générales de la responsabilité soient réunies.

La satisfaction du tort moral suppose aussi que l'atteinte à la personnalité soit d'une certaine gravité, ce qui marque le caractère exceptionnel de l'institution. Sur ce point, l'avant-projet reprend la formulation du droit actuel, en la concrétisant par une référence aux "souffrances physiques ou psychiques" que subit la victime. Suivant le Conseil fédéral, ces souffrances "dépassent par leur intensité celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, sans recourir au juge, selon les conceptions actuellement en vigueur"[405]. Pour les auteurs de l'avant-projet, cette condition ne saurait conduire à la réduction des montants versés en cas de lésions corporelles. Car, dans son application actuelle et en dépit de son texte, l'art. 47 CO exige que les lésions, comme

---

402 Cf. notamment art. 56*d* al. 2 et 3 AP ; cf. infra 2.9.4.3.

403 Il faut réserver les cas exceptionnels de responsabilité pour un fait licite ; cf. art. 59 et 59*a* AP ; cf. infra 3.2.

404 Cf. art. 45*a* à 45*d* AP.

405 Message concernant la révision du Code civil (protection de la personnalité) du 5 mai 1982, FF 1982 II 703.

résultat de l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique, aient "une certaine importance"[406].

Dans ce contexte, la question se pose de savoir si une satisfaction pour tort moral est due à la victime totalement et définitivement privée de toute conscience. Pour un courant d'opinion[407], la réparation morale suppose un élément objectif (la victime a subi une atteinte à sa personnalité), auquel s'ajoute un élément subjectif (la victime a ressenti l'atteinte de manière physique ou psychique, ce qui entraîne une diminution de son bien-être). A défaut, la réparation accordée à la personne incapable d'éprouver la satisfaction ne remplirait pas son but. Pour un autre courant d'opinion, dans lequel se range le TF[408], l'élément objectif du tort moral constitue la condition de la réparation, alors que l'élément subjectif servirait avant tout à en fixer l'étendue. Le premier élément joue un rôle prépondérant. Le TF ajoute que la volonté du législateur ne peut avoir été de nier la qualité pour agir à la victime plongée dans un coma irréversible, tout en la reconnaissant à la personne qui a subi une lésion moins grave et qui conserve des facultés intellectuelles ou sensitives. Sinon faudrait-il logiquement refuser toute réparation de ce genre aux personnes morales, pour le motif qu'elles ne sont pas en mesure de percevoir subjectivement les effets de l'atteinte à leurs droits[409]. Conscients de la complexité du problème, les auteurs de l'avant-projet n'entendent pas trancher la controverse de manière catégorique. Ils tiennent pourtant à formuler la règle qui régit la satisfaction du tort moral de telle manière que la qualité pour agir de la personne physique privée de toute conscience - et, dans le prolongement, de la personne morale - ne soit pas a priori exclue[410]. Ils font tout d'abord valoir qu'une solution législative contraire serait interprétée comme un recul par rapport au droit actuel. Ils constatent aussi que les éléments objectif et subjectif du tort moral sont intimement liés[411]. Lorsque l'atteinte est si grave qu'elle détruit la personnalité de la victime, l'élément subjectif se confond pratiquement avec l'élément objectif. C'est parce que la personne lésée est désormais insensible aux souffrances que l'atteinte est gravissime. Dans cette éventualité, il est justifié de faire abstraction de l'élément subjectif du tort moral[412]. On ne saurait en déduire que cette circonstance ne doive pas jouer un rôle dans la fixation de la réparation. Il incombera au tribunal, de cas en cas, d'en déterminer le mode en fonction de l'état de la victime ; il pourra ainsi tenir compte d'éventuelles indemnités allouées aux pro-

---

406 ATF 110 II 166 ; cf. aussi Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 29 et 161 ss ad art. 47 CO.

407 Cf. notamment Tercier P., op. cit. (n. 393), n. 2033 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 21 et 26 ad art. 47 CO ; Merz H., RJB 1984, p. 275 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 8, N. 14 ; RVJ 1968, p. 279 ss.

408 Cf. notamment Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 290 ; von Tuhr A./Peter H., op. cit. (n. 51), Supplément, Zurich 1984, p. 21, n. 14 ; ATF 108 II 430 ss ; RSJ 1969, p. 297.

409 ATF 108 II 431 s. et les réf. cit.

410 C'est dans ce sens qu'il faut comprendre, à l'art. 45*e* al. 1 AP, l'adverbe "notamment", qui signifie que les souffrances physiques ou psychiques représentent un élément important de réparation du tort moral, sans en constituer une condition sine qua non.

411 ATF 108 II 431.

412 Cf. Geiser Th., Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Bâle 1990, p. 101.

ches, qui seraient susceptibles d'améliorer le cadre d'existence de la personne directement atteinte.

L'art. 45*e* al. 2 AP reprend en substance le texte de l'actuel art. 49 al. 2 CO. Il régit le mode de réparation du tort moral. Il dispose que le tribunal peut - comme c'est en pratique le cas le plus fréquent - allouer à la personne lésée un montant équitable. Mais il précise que le tribunal est également habilité à substituer ou à ajouter à cette indemnité un mode de satisfaction plus approprié. On pense par exemple à la condamnation de la personne responsable à payer un franc symbolique à la victime ou à verser une somme d'argent à une oeuvre de bienfaisance[413]. Aux yeux de la jurisprudence actuelle, la publication du jugement n'est pas un autre mode de réparation, mais un moyen de faire cesser l'atteinte[414]. Cette disposition n'a aujourd'hui qu'une portée limitée[415]. Il n'empêche qu'elle est susceptible de rendre de bons services quand l'argent n'est pas à même de compenser chez la victime le tort moral subi, notamment lorsque cette dernière est fortunée ou est une personne morale. Quoi qu'il en soit, le tribunal dispose ici aussi d'un pouvoir d'appréciation. Mais, suivant la norme qui régit de manière générale le mode de réparation du dommage, il ne saurait s'écarter des conclusions de la personne lésée que pour des motifs pertinents (art. 52*a* al. 1 AP)[416].

L'art. 45*e* al. 3 AP dispose qu'en cas de mort ou de lésions corporelles particulièrement graves, les proches de la victime ont aussi un droit à satisfaction. S'agissant de la première hypothèse, elle est déjà appréhendée par l'art. 47 CO. Elle n'appelle pas de commentaires particuliers, sinon que, dans la version française de la loi, il convient de désigner comme titulaires de la qualité pour agir les "proches" du défunt (et non pas sa "famille"), ainsi que le fait le texte allemand, actuel et révisé. Comme il se doit, il revient à la pratique judiciaire de définir le cercle des personnes visées par la règle et, pourquoi pas, de l'étendre à celles qui ne sont pas membres de la famille. Quant à la seconde hypothèse, elle représente une codification de la jurisprudence rendue sous l'empire de l'actuel art. 49 CO. Dans un arrêt de 1986, qui a été confirmé à plusieurs reprises, le TF a en effet reconnu aux proches d'une victime de lésions corporelles le droit d'obtenir réparation du tort moral qu'ils subissent de ce chef, pour autant que leurs souffrances revêtent un caractère exceptionnel[417]. Cette jurisprudence se fonde notamment sur les opinions émises par des auteurs suisses et étrangers, sur les décisions rendues par des instances cantonales et sur la Résolution du 14 mars 1975 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil

---

413 Cf. Tercier P., op. cit. (n. 393), n. 2088 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 100 ss ad art. 49 CO et les réf. cit.

414 ATF 95 II 499 ss ; ATF 104 II 2 ; contra: Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 102 ss ad art. 49 CO.

415 FF 1982 II 704.

416 Cf. infra 2.5.3.

417 ATF 112 II 222 ss. Cf. aussi ATF 112 II 227 s. ; ATF 117 II 56 ; ATF 116 II 521, qui applique le principe à la responsabilité contractuelle.

de l'Europe[418]. Elle doit être approuvée. Dans les cas de graves atteintes à l'intégrité physique ou psychique, et cela autant et peut-être davantage qu'en cas de décès, il n'est guère contestable que les proches de la victime peuvent aussi être profondément et durablement touchés dans leur personnalité, en particulier dans les relations qu'ils sont en droit d'entretenir avec leur entourage. Suivant la proposition de la Commission d'étude[419], il paraît judicieux d'ancrer le principe dans la loi, pour souligner que, comme lors d'un décès, le proche a un droit propre à la satisfaction, quand bien même le tort moral subi est un dommage réfléchi.

2.3.2.4 Postes complémentaires du dommage (art. 45f AP)

L'art. 45*f* AP régit la réparation de postes complémentaires du dommage. Plus précisément, il fonde une prétention en remboursement de certains frais atypiques, qui sont liés à la survenance possible ou réelle d'une atteinte et qui peuvent s'ajouter aux postes classiques du dommage. Encore faut-il que ces frais aient été engagés ou supportés de bonne foi par la personne lésée. Deux cas sont ici visés. Dans le premier cas, les frais résultent de mesures de prévention lors d'une atteinte imminente ou de mesures de sauvegarde consécutives à une atteinte actuelle ou survenue (al. 1). Dans le second cas, les frais ont servi à faire valoir la prétention (al. 2). De telles dépenses peuvent se rapporter autant à la survenance d'un dommage patrimonial qu'à celle d'un tort moral. Comme telle, la règle est nouvelle, même si certaines hypothèses qu'elle prévoit sont déjà aujourd'hui appréhendées par des dispositions légales ou des solutions jurisprudentielles. En ce sens, elle marque un élargissement de la notion de dommage réparable ; elle est donc propre à améliorer la situation de la personne lésée.

En règle générale, et le principe (fondé sur la bonne foi, art. 2 al. 1 CC) est valable aujourd'hui (art. 44 al. 1 CO) comme il le sera demain (art. 52 al. 1 AP), la victime d'une atteinte à sa personne et à ses biens est tenue de prendre les mesures commandées par les circonstances pour en écarter ou diminuer les conséquences dommageables. Ainsi devra-t-elle par exemple se soumettre à une opération chirurgicale ou installer un toit de fortune sur un bâtiment partiellement détruit. Si elle viole fautivement cette incombance, elle supportera le préjudice en résultant[420]. Corollairement, les frais consécutifs à de telles mesures peuvent être mis à la charge de la personne qui répond du fait dommageable, puisqu'ils en constituent un effet subséquent. Le principe est aujour-

---

418 Résolution 75-7 sur les principes concernant la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès. Cette Résolution, il est vrai, visait plutôt à réduire la réparabilité du tort moral ; le principe n° 13 limite la qualité pour agir au père, à la mère et au conjoint de la victime des lésions corporelles ; cf. sur ce point Egli J.F., Le prix de la vie et de la santé en responsabilité civile. Une recommandation du Conseil de l'Europe confrontée au droit suisse, in : Mélanges André Grisel, Neuchâtel 1983, p. 325 et 338.

419 Rapport, op. cit. (n. 39), V/6.3.2., p. 93.

420 Von Tuhr A./Peter H., op. cit. (n. 51), § 14.IV ; Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 255, 266 s. ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 50 s. ad art. 44 CO.

d'hui incontesté[421]. Il est même prévu expressément par certaines règles particulières[422]. Suivant les conclusions de la Commission d'étude[423], les auteurs de l'avant-projet proposent de l'ancrer dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile et d'en étendre logiquement la portée aux dépenses occasionnées par des mesures prises pour prévenir une atteinte imminente (art. 45*f* al. 1 AP). Dans cette dernière éventualité, la personne qui est l'objet d'une menace sérieuse - et non pas simplement hypothétique - est habilitée à prévenir l'atteinte par des moyens judiciaires (telle l'action en protection de la personnalité)[424] ou extrajudiciaires (comme la légitime défense)[425]. Dans le prolongement, il paraît justifié qu'elle puisse aussi réclamer au tiers qui est à l'origine du risque d'atteinte le remboursement des dépenses faites de bonne foi pour écarter la survenance d'un dommage[426]. On pense par exemple aux frais d'évacuation d'un immeuble voisin d'une fabrique de produits chimiques touchée par un incendie ou aux frais de consolidation d'un talus qui menace de s'ébouler. A ce sujet, on soulignera que le TF a récemment nié que l'art. 41 CO constitue une base suffisante pour une action en remboursement du coût de mesures préventives[427]. C'est dire qu'une norme générale nouvelle est nécessaire. A cet égard, il y a lieu de souligner que, déjà aujourd'hui, certaines règles particulières permettent l'indemnisation d'un tel préjudice (art. 54 LEaux, 59 LPE, 2 al. 1 lit. c LRCN) ; elles s'appliquent, il est vrai, exclusivement aux dispositions ordonnées par l'autorité[428].

S'agissant des mesures prévues à l'art. 45*f* al. 1 AP, qu'elles visent à prévenir une atteinte imminente ou à atténuer les conséquences d'une atteinte actuelle ou survenue, elles doivent être prises par la personne lésée dans son propre intérêt. Si elles sont prises dans l'intérêt d'un tiers, ce sont les règles sur la gestion d'affaires qui trouveront application. Il en va de même si ces mesures sont prises par un tiers dans l'intérêt de la victime[429]. Sur ce point, l'art. 45*f* al. 1 AP se différencie de l'art. 45*d* AP qui, à certaines conditions, accorde à d'autres sujets de droit que la personne lésée ou menacée d'être lésée la qualité pour agir en réparation en cas d'atteinte à l'environnement naturel[430]. Par ailleurs, les mesures de prévention et de sauvegarde doivent être prises de

---

421 Von Tuhr A./Peter H., op. cit. (n. 51), § 14.VI, § 48.V.4 ; Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 267 s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 6, N. 377.

422 Art. 70 al. 1 LCA ; cf. aussi les Conventions internationales sur la responsabilité civile pour les dommages causés à l'environnement, supra 2.3.2.2.5., n. 387.

423 Rapport, op. cit. (n. 39), V/5.2, p. 86 s.

424 Cf. art. 28*a* al. 1 ch. 1 CC.

425 Cf. art. 52 al. 1 CO, 46*a* al. 2 AP.

426 Dans ce sens, cf. von Tuhr A./Peter H., op. cit. (n. 51), § 48.V.4.

427 ATF 117 II 269 s.

428 Cf. infra 4.2.33, 4.2.45 et 4.2.46.

429 Le cas échéant, l'art. 422 al. 1 CO s'applique. Cf. aussi l'art. 58 al. 3 LCR en ce qui concerne l'assistance prêtée lors d'un accident de circulation routière.

430 Cf. supra 2.3.2.2.5.

bonne foi. Autrement dit, il faut qu'elles apparaissent objectivement raisonnables, au regard des circonstances concrètes, peu importe qu'elles se révèlent inefficaces. A cet égard, l'ayant droit n'est pas tenu de se conformer aux instructions de la personne appelée à répondre. Son droit va même plus loin que l'obligation qui lui est faite d'écarter ou de réduire le dommage puisque, en prenant les mesures en question, il défend son propre intérêt. Quant aux frais qui font l'objet de la créance, ils sont dus à titre de réparation de dommage, et non à titre de remboursement d'impenses, car leur cause est née contre la volonté de la personne lésée[431]. Le montant de la réparation se limite à la perte éprouvée, à l'exclusion du gain éventuellement manqué. En cas de mesures préventives, le dommage réparable est "purement économique"[432]. Il incombe à l'ayant droit d'établir que l'atteinte imminente, si elle s'était réalisée, aurait été illicite et que la personne qui en est à l'origine aurait pu se faire imputer un chef de responsabilité.

La majeure partie du contentieux du droit de la responsabilité civile se règle de manière extrajudiciaire. Et souvent, la personne lésée est appelée à engager des frais, comme ceux qui résultent d'une expertise ou de l'assistance juridique d'un mandataire professionnel. Si le litige fait l'objet d'une action en justice, le droit de procédure règle la question des frais et dépens judiciaires. Sauf exceptions[433], il ne régit pas le problème des dépenses engagées en dehors du procès par la partie demanderesse. Pour autant qu'elles ne soient pas comprises dans les frais et dépens judiciaires, ces dépenses constituent un poste du dommage. Encore faut-il qu'elles aient été nécessaires et appropriées[434].

Les auteurs de l'avant-projet approuvent la jurisprudence actuelle en ce domaine. Ils sont d'avis qu'il est judicieux d'en poser le principe dans la loi. Ainsi l'art. 45*f* al. 2 AP dispose que le dommage réparable comprend aussi les frais engagés de bonne foi par la personne lésée pour faire valoir sa prétention. Tel est le cas lorsque ces frais sont en rapport de causalité juridique avec le fait dommageable et qu'ils apparaissent justifiés pour établir le dommage et déterminer l'étendue de la réparation. Il s'agit principalement des dépenses occasionnées par l'intervention d'un avocat, non seulement pour conclure une transaction avec la personne responsable ou avec un assureur privé ou social, mais aussi pour représenter la personne lésée dans le procès pénal, quand celle-ci y est partie civile ou plaignante, voire prévenue[435].

De manière générale, l'indemnisation des frais engagés par la personne lésée pour faire valoir sa prétention doit s'opérer principalement d'après la part de responsabilité imputable à la personne recherchée. C'est dire que leur remboursement pourra être réduit dans la mesure où les dommages-intérêts sont

---

431 Von Tuhr A./Peter H., op. cit. (n. 51), § 12.II, § 14.VI, § 17.I.

432 ATF 117 II 270. Cf. supra 2.3.2.1.

433 Cf. par exemple ZR 1973, p. 28 ; RJB 1984, p. 283.

434 ATF 97 II 267 ; ATF 113 II 340 ; ATF 117 II 104 ss. Cf. aussi Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 87 ss ad art. 41 CO ; Stein P., Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall, RDS 1987 I p. 642.

435 ATF 117 II 107, qui admet dans ce dernier cas le principe d'une indemnisation partielle ; d'un avis contraire, Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 90 s. ad art. 41 CO.

eux-mêmes réduits pour un motif ou un autre[436]. Cette solution conduira parfois à des résultats inéquitables pour la victime. Tel est le cas notamment quand l'avocat de cette dernière a dû investir un travail considérable pour n'obtenir, en fin de compte, qu'une indemnité fortement diminuée ; tel est le cas aussi quand seul reste litigieux un poste modique du dommage, par exemple le tort moral consécutif à des lésions corporelles graves. Aussi le tribunal doit-il disposer ici d'un certain pouvoir d'appréciation. Outre la part de responsabilité de la personne recherchée, il pourra prendre en considération la nature et l'ampleur des frais engagés par la personne lésée avant le procès et l'attitude des parties lors des pourparlers extrajudiciaires. Il ne devra pas se sentir lié par la valeur litigieuse ou le gain du procès[437], comme le dit d'ailleurs l'art. 56*g* AP pour la question connexe de la fixation des frais et dépens judiciaires.

2.3.3 Illicéité (art. 46 et 46a AP)

2.3.3.1 Introduction

D'ordinaire, et sous réserve des cas exceptionnels de responsabilité pour un fait licite, une personne ne peut être tenue à réparation que si le dommage a été causé de manière illicite[438]. En ce sens, l'illicéité constitue une condition générale de la responsabilité[439]. Elle tend à mettre à celle-ci une limite, sans laquelle les actes conformes au droit mais exercés aux dépens d'autrui, comme ceux de la concurrence (même loyale) dans le domaine économique, pourraient donner lieu à réparation[440].

La notion d'illicéité est polysémique[441]. En droit de la responsabilité civile, elle a une signification propre. Pour la doctrine dominante et la jurisprudence, elle se fonde sur une conception dite "objective", fortement influencée par le droit allemand (notamment par le § 823 BGB)[442]. Globalement, elle se définit comme la violation sans motifs justificatifs d'une norme (objective) de l'ordre juridique destinée à protéger les biens d'autrui. Cette définition a pourtant un sens différent - que n'exprime pas l'art. 41 al. 1 CO - selon que le bien juridique

---

436 ATF 113 II 340 ; ATF 117 II 104.

437 Stein P., op. cit. (n. 434), p. 643 s. ; Schaffhauser R./Zellweger J., Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, II, Berne 1988, n. 966.

438 Cf. supra 2.1 ; infra 3.2.

439 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 127, 135 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 4, N. 1 et 55 ; Keller A., op. cit. (n. 10), p. 89 ; ATF 112 II 128 ; *contra* : Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 41. Cf. aussi infra 2.3.3.2.

440 Merz H., Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, RJB 1955 (91bis), p. 306, 308 s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 4, N. 4 et 5, II/1, § 16, N. 41 et 65 ss.

441 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 68.

442 Merz H., op. cit. (n. 440), p. 309 ss ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 4, N. 9 ss et 22 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 33 ss ad art. 41 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 70 ss ; Raschein H., Die Widerrechtlichkeit im System des schweizerischen Haftpflichtrechts, thèse Berne 1986, p. 209 ss ; Giovannoni P., op. cit. (n. 340), p. 243 ; ATF 82 II 28 ; ATF 115 II 18 ; ATF 116 Ib 373 s. ; ATF 118 Ib 476 s.

atteint est un droit absolu ou non. Si l'acte dommageable consiste dans l'atteinte à un droit absolu - comme la vie, l'intégrité physique et psychique, la propriété et la possession, les droits de la personnalité et de la propriété intellectuelle, mais pas le patrimoine comme tel -, l'illicéité est a priori réalisée, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si et de quelle manière l'auteur a violé une norme de comportement spécifique. On parle d'illicéité par le résultat (Erfolgsunrecht)[443]. Si, en revanche, l'acte dommageable consiste dans l'atteinte à un autre intérêt qu'un droit absolu, l'illicéité n'est réalisée que si l'auteur a enfreint une norme de comportement ayant pour but de protéger le bien juridique en cause. On parle d'illicéité par le comportement (Handlungs-, Verhaltensunrecht)[444]. Dans ce dernier sens, et sous réserve des hypothèses qui tombent sous le coup de l'art. 41 al. 2 CO, l'illicéité résulte d'une certaine manière d'agir (ou de s'abstenir) que l'ordre juridique condamne. Elle n'est significative que lorsqu'il n'y a pas atteinte à un droit absolu, c'est-à-dire qu'en cas de survenance d'un "dommage purement économique". Dans une telle éventualité, la personne lésée n'est habilitée à exiger réparation que si elle peut se prévaloir en sa faveur d'une norme protectrice. Il s'agira le plus souvent de dispositions pénales ou administratives, comme celles contenues dans le droit du travail, de la construction, de la circulation routière, de la concurrence ou de la santé[445]. Tel est le cas, selon la jurisprudence, d'une concession de transport public fondée sur la loi réglementant le service des postes, qui accorde protection à l'entreprise concessionnaire contre une concurrence nuisible[446], ou de l'art. 239 CP qui, en réprimant les entraves aux services d'intérêt général, protège le droit personnel des abonnés à être approvisionnés en électricité[447]. Tel n'est pas le cas en revanche de la législation régissant la surveillance des banques, qui n'a pas été instituée dans le but de sauvegarder les intérêts des établissements contre leurs propres organes (mais bien ceux de leurs créanciers)[448], ni de l'art. 229 CP qui, suite à la violation des règles de l'art de construire, n'accorde aucune protection aux victimes de dommages autres que ceux qui découlent d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle[449]. Dans chacune de ces éventualités, le tribunal est donc contraint de rechercher si et dans quelle mesure l'intérêt patrimonial atteint est couvert par une norme de l'ordre juridique, que ce soit par une disposition spécifique ou par un principe général comme celui de la bonne foi qui, dans certaines circonstances extracontractuelles, interdit de donner à un tiers un renseignement

---

443 Merz [op. cit. (n. 440), p. 309] exprime ce sens de l'illicéité par le précepte : Du sollst nicht... was (zum Beispiel : Eigentum) verletzen.

444 Merz [op. cit. (n. 440), p. 312] exprime ce sens de l'illicéité par le précepte : Du sollst nicht... wie (zum Beispiel : durch unlauteren Wettbewerb) jemanden in seinen wirtschaftlichen Interessen verletzen.

445 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 94 ss. En droit pénal, ce sont surtout les dispositions réprimant les infractions contre le patrimoine qui entrent en ligne de compte ; cf. sur ce point Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 37 ad art. 41 CO.

446 ATF 75 II 212 s.

447 ATF 102 II 87 ss.

448 ATF 106 Ib 362 s.

449 ATF 117 II 269 s. ; cf. aussi ATF 119 II 129.

inexact ou incomplet[450]. Ce faisant, le tribunal applique la théorie de la finalité protectrice de la norme (Normzwecktheorie) qui, suivant les cas, conduit à la réparation de préjudices causés à des personnes lésées par ricochet[451].

Pour un courant minoritaire de la doctrine, l'illicéité relève d'une conception dite "subjective", selon laquelle tout fait dommageable est illicite, sauf par l'auteur à se prévaloir d'un motif justificatif (subjectif)[452]. Cette théorie - et c'est l'avantage qu'on y voit - paraît à première vue simple, dans la mesure où elle soumet tous les dommages au même régime juridique. Elle fait pourtant l'objet de critiques convaincantes[453]. L'enjeu de la controverse porte sur les "dommages purement économiques". Sans parler des travaux préparatoires (qui, sur ce point, sont discutables) et du texte de l'art. 41 CO (qui plaide en faveur de la conception objective), on peut adresser deux griefs majeurs à la théorie subjective. Le premier grief est dogmatique : dans un système juridique comme le nôtre où la liberté se présume, ce n'est pas à l'auteur d'un fait dommageable de prouver qu'il avait le droit d'agir ; c'est bien plutôt à la personne qui se prétend lésée d'établir qu'un tiers a violé une norme interdisant de lui causer préjudice[454]. Le second grief est d'ordre pratique. Dans la mesure où la théorie subjective implique que tout fait dommageable soit *a priori* considéré comme illicite, son application nécessiterait forcément l'élaboration d'un système détaillé de motifs justificatifs, au risque sinon d'entraîner une extension de la responsabilité civile inconciliable avec la réalité sociale[455]. En fait, la théorie subjective de l'illicéité a pour effet de déplacer, sans la résoudre, la problématique de la réparabilité des "dommages purement économiques". En conclusion, elle n'emporte pas la conviction.

2.3.3.2 Conception de l'avant-projet

Suivant la proposition de la Commission d'étude[456], les auteurs de l'avant-projet considèrent qu'il est nécessaire que le Code définisse de manière positive l'illicéité, comme le fait l'art. 46 AP. Il s'agit d'une innovation qui se justifie

---

450 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 117 ss ; ATF 111 II 474. Cf. infra n. 482.

451 Cf. supra 2.3.2.1. Jusqu'ici, il est vrai, le TF n'a jamais expressément déclaré vouloir appliquer la théorie en question ; cf. Giovannoni P., op. cit. (n. 340), p. 246.

452 Cf. notamment Simonius A., Les droits de la personnalité, RDS 1947 I p. 31 ss ; du même auteur, Zur Erinnerung an die Entstehung des Zivilgesetzbuches, RDS 1957 I p. 316 s. ; Gabriel B., Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, thèse Fribourg 1987, p. 81 ss, 113 ss, 257 ss et les réf. cit.

453 Cf. supra les réf. cit. ad n. 442. La signification dichotomique de l'illicéité conduit Merz [op. cit. (n. 440), p. 324] à adopter une position intermédiaire.

454 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 69.

455 Gauch P./Sweet J., Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in :Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 138 ; Giovannoni P., op. cit. (n. 340), p. 247 et les exemples cités, notamment celui "académique" de l'acteur victime de lésions corporelles et donc empêché de participer à la représentation, ce qui entraîne une annulation de spectacle.

456 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.1, p. 40 ss.

pour deux raisons principales. La première réside dans le fait que, sauf exceptions[457], l'illicéité constitue à côté du dommage (art. 45 à 45*f* AP) et du rapport de causalité (art. 47 et 47*a* AP), une condition générale de la responsabilité civile, quel que soit le type de responsabilité. Cette affirmation est aujourd'hui soutenue par la majorité des auteurs et par la jurisprudence[458]. Elle se fonde sur le principe que tout dommage réparable présuppose en règle générale une atteinte à un droit protégé par l'ordre juridique. D'ailleurs - et la remarque est à mettre en rapport avec les règles des art. 43 et 43*a* AP -, les régimes régissant la responsabilité publique font également de l'illicéité une condition de l'obligation de réparer, alors que souvent la faute n'en est pas une[459]. En outre, et c'est la deuxième raison annoncée, la définition de l'illicéité telle qu'elle est donnée par l'art. 46 AP fait apparaître la fonction que remplit cette condition générale qui, comme les autres d'ailleurs, tend à mettre une limite à la responsabilité ; elle vise, en particulier, à délimiter le cercle des personnes victimes de "dommages purement économiques" habilitées à demander réparation[460]. Cette définition est également à mettre en corrélation avec les "motifs justificatifs" mentionnés à l'art. 46*a* AP, qui sont propres à exclure l'illicéité et, par voie de conséquence, à nier la responsabilité de la personne recherchée. Cela signifie que l'examen de l'illicéité s'opère selon un raisonnement chronologique, qui consiste à déterminer si l'atteinte à un droit protégé (par l'ordre juridique), illicite dans un premier temps, peut être justifiée dans un second temps par un motif reconnu (par l'ordre juridique). Dans une telle éventualité - car souvent la question de l'existence d'un motif justificatif ne se pose pas -, il y a "collision entre deux normes"[461], qu'il faut résoudre de cas en cas par une pesée des intérêts en présence[462].

Pour ce qui touche le concept même de l'illicéité, les auteurs de l'avant-projet s'en remettent pour l'essentiel aux solutions admises aujourd'hui par la doctrine dominante et la jurisprudence, comme le préconisait déjà la Commission d'étude[463]. Ce faisant, ils renoncent à généraliser la formule négative de l'art. 28 al. 2 CC - qui définit l'illicéité comme l'absence de motifs justificatifs -, ce qui reviendrait sinon à se rallier à la théorie subjective. Le concept retenu se fonde au contraire sur la théorie objective. C'est ce qu'exprime l'art. 46 AP, de deux manières : d'une manière générale, en qualifiant d'illicite le fait dommageable qui porte atteinte à un droit protégé par l'ordre juridique (al. 1) ; d'une manière spéciale, pour les cas où le fait dommageable consiste dans le comportement d'une personne ; celui-ci est alors illicite lorsqu'il est contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique, au principe de la bonne foi ou à un devoir contractuel (al. 2). En toute hypothèse, l'illicéité représente la violation

---

457 Cf. supra 2.1 ; infra 3.2.

458 Cf. supra 2.3.3.1 et les réf. cit. ad n. 439.

459 Stark E.W., op. cit. (n. 89), p. 4, 11 ; cf. aussi supra 2.2.3.

460 Cf. supra 2.3.3.1.

461 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 73.

462 ATF 101 II 196 s.

463 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.1, p. 40 s. ; cf. aussi supra 2.3.3.1.

d'une norme objective destinée à protéger le bien juridique atteint. A ce sujet, le TF explique avec raison que si la norme violée poursuivait un autre but que celui de protéger la personne lésée, le rapport de causalité entre l'acte illicite et le dommage ne serait pas adéquat[464]. Cela démontre que les notions d'illicéité et de causalité juridique ont une signification fondamentalement normative ; elles sont donc connexes.

2.3.3.3 Définition de l'illicéité (art. 46 AP)

L'art. 46 al. 1 AP donne une définition générale de l'illicéité, qui s'applique à toute responsabilité, quel qu'en soit le type. Sans l'énoncer expressément, il traduit la conception dichotomique ou dualiste qui prévaut aujourd'hui, selon que le bien juridique atteint est un droit absolu ou non. En d'autres termes, l'art. 46 al. 1 AP postule une hiérarchie entre les droits protégés par l'ordre juridique[465]. Certains droits qualifiés d'absolus, comme la vie, l'intégrité physique et psychique, la propriété et la possession, la personnalité et la propriété intellectuelle, sont protégés comme tels, en raison de la valeur qu'ils représentent pour leur titulaire. Le plus souvent d'ailleurs, ils sont couverts à la fois par des dispositions civiles et pénales[466]. Si le fait dommageable porte atteinte à un tel droit, l'illicéité est *a priori* réalisée, sans qu'il faille examiner si et de quelle manière l'auteur a violé une norme de comportement spécifique. On parle d'illicéité par le résultat, ou d'illicéité au sens strict. Ce sens-ci est particulièrement significatif pour les responsabilités pour risque, compte tenu de leur champ d'application restreint[467]. Lorsqu'en revanche, l'acte dommageable porte atteinte à un autre droit, c'est-à-dire à un bien juridique qui ne bénéficie pas de la protection supérieure accordée aux droits absolus (comme c'est le cas du patrimoine en tant que tel), l'illicéité n'est réalisée que si l'auteur a enfreint une norme de comportement *ad hoc* ayant pour but de protéger le bien lésé. On parle d'illicéité par le comportement, ou d'illicéité au sens large. Ce sens-là est particulièrement significatif pour la responsabilité pour faute.

A la réflexion, la conception dualiste de l'illicéité ne doit pas être prise à la lettre. Ainsi, en cas d'atteinte à un droit absolu, comme la vie ou l'intégrité corporelle par exemple, on peut aussi admettre la violation d'une norme protectrice, civile (art. 28 CC) ou pénale (art. 111 ss CP). Et, en cas d'atteinte à un intérêt patrimonial spécifiquement protégé par une norme de comportement, comme lors d'une escroquerie (art. 146 CP) ou d'un acte de concurrence déloyale (art. 2 ss LCD), il n'est pas aberrant de soutenir que, dans cette mesure, le patrimoine bénéfice également d'une protection absolue[468].

Il n'en demeure pas moins que la conception dualiste de l'illicéité n'est de loin pas infondée. Tout d'abord, elle repose sur une distinction admise de longue

---

464 ATF 94 I 643 ; ATF 101 Ib 255. Cf. aussi von Tuhr A./Peter H., op. cit. (n. 51), p. 416, n. 59.

465 Cf. supra 2.3.3.1.

466 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 35 et 39 ad art. 41 CO.

467 Cf. art. 45 al. 3 AP, supra 2.3.2.1.

468 Cf. Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.1, p. 41.

date, qui consiste à opérer une hiérarchie entre les divers biens juridiques. Or, une telle distinction est justifiée par la nécessité reconnue à la ronde de mettre une limite à la responsabilité. Elle permet ainsi d'affirmer que tout fait dommageable portant atteinte à un droit subjectif ne donne pas automatiquement lieu à réparation. Par ailleurs, cette conception trouve justification dans le fait que la distinction entre l'illicéité par le résultat et l'illicéité par le comportement n'est pas toujours facilement praticable. Ainsi en est-il de la violation de certains droits (absolus) de la personnalité, comme l'honneur ou la sphère privée, dont le contour est mal défini. Dans une telle éventualité, la délimitation du bien protégé oblige en fait à recourir, de cas en cas, au critère de la finalité protectrice de la norme[469].

Ce critère est théoriquement convaincant. En pratique, il prête le flanc à quelques critiques[470]. Suivant les circonstances, il assigne au juge un rôle difficile. Tel est le cas lorsque la norme protectrice - souvent pénale ou administrative - ne saute pas aux yeux ou que son but n'apparaît pas clairement, en l'absence d'une volonté législative. Par ailleurs, le recours à certaines dispositions pénales - comme l'art. 239 CP qui ne figure pas dans les infractions contre le patrimoine - pour fonder la qualité pour agir de la personne lésée n'a pas manqué de soulever des interrogations[471]. D'où l'impression qui se dégage - dans des cas exceptionnels, il faut le reconnaître - que le critère de la finalité protectrice de la norme peut conduire à des règlements insatisfaisants. Pour les auteurs de l'avant-projet, ce critère n'en constitue pas moins la seule réponse valable à la question de la réparabilité des "dommages purement économiques". Y renoncer reviendrait à se rallier à la théorie subjective de l'illicéité, qui ne convainc pas[472]. Lui substituer un critère plus précis, comme celui qui nierait tout droit à indemnisation à la personne lésée par ricochet, entraînerait à l'évidence des résultats arbitraires, donc injustes. En fin de compte, le critère de la finalité protectrice de la norme se situe dans la logique de la théorie objective de l'illicéité, dont il filtre la mise en oeuvre d'une manière qui ne peut être que flexible et pragmatique. C'est d'abord à la jurisprudence de juger, de cas en cas, si et dans quelle mesure une règle protectrice trouve application[473]. A l'avenir, elle pourra pourtant trouver un appui plus solide sur la loi, puisque l'art. 46 al. 2 AP mentionne en termes généraux les normes de comportement qui, dans les responsabilités qui ne sont pas rattachées à un risque caractérisé, entrent en ligne de compte. La réglementation de l'illicéité devrait y gagner en sécurité.

L'art. 46 al. 2 AP s'applique aux responsabilités rattachées au comportement d'une personne, soit à la responsabilité aquilienne fondée sur la faute (art. 48 et 48*a* AP), et aux responsabilités objectives simples fondées sur un devoir de diligence lié à une situation particulière, comme par exemple la responsabilité du chef de famille (art. 333 CC) ou du détenteur d'ouvrage (art. 61 AP), ainsi

---

469 Cf. Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.1, p. 41.

470 Giovannoni P., op. cit. (n. 340), p. 245 ss ; Gauch P./Sweet J., op. cit. (n. 455), p. 122.

471 Giovanonni P., op. cit. (n. 340), p. 244 s. ; Tercier P., op. cit. (n. 338), p. 262 s.

472 Cf. supra 2.3.3.1.

473 Cf. supra 2.3.2.1. Cf. aussi Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.2, p. 43 s.

que la responsabilité pour les auxiliaires au sens des nouvelles normes générales instituées par les art. 49 et 49*a* AP. L'art. 46 al. 2 AP vise exclusivement la réparation de "dommages purement économiques", quand la diminution de patrimoine subie par la personne lésée ne résulte pas de l'atteinte à un droit absolu. En somme, cette règle concrétise l'illicéité par le comportement, telle que, suivant la conception dualiste à laquelle adhèrent les auteurs de l'avant-projet, elle est prévue implicitement à l'art. 46 al. 1 AP. A cet effet, elle dispose qu'un fait dommageable est illicite s'il est contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique, au principe de la bonne foi ou à un devoir contractuel. Le cas échéant, il y a lieu d'admettre l'existence d'une atteinte à un droit protégé, au sens de l'art. 46 al. 1 AP.

Un comportement dommageable est illicite lorsqu'il est contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique. Sont visées ici les innombrables dispositions légales - civiles, mais surtout pénales et administratives - qui prescrivent telle ou telle conduite, comme celles qui par exemple interdisent les excès des droits de voisinage (art. 684 ss CC), qui répriment l'abus de confiance (art. 138 CP) ou l'escroquerie (art. 146 CP) ou qui régissent des domaines de la vie sociale tels le travail, la concurrence économique, la construction ou la circulation routière[474]. Encore faut-il, est-il besoin de le rappeler, que la disposition en cause ait pour but de protéger l'intérêt atteint[475]. Contrairement à ce qu'a soutenu parfois le TF, le principe non écrit dit du "danger créé" (Gefahrensatz) ne constitue pas une injonction, selon la signification donnée ici à ce terme, puisqu'il ne crée qu'un devoir général de diligence, au sens de l'adage *neminem laedere* ; il peut en revanche servir à fonder l'existence d'une faute[476].

Un comportement dommageable est également illicite lorsqu'il est contraire au principe de la bonne foi (art. 2 CC). Ce principe, en tant que clause générale, commande une attitude de loyauté et d'égards dans la vie sociale. La question de savoir si et dans quelle mesure sa violation est illicite fait aujourd'hui l'objet d'une controverse. De manière schématique, on constate que la doctrine se partage en deux courants d'opinions et que le TF - pour ne s'en tenir qu'aux décisions les plus récentes, rendues il est vrai par des cours différentes - ne paraît pas avoir posé en la matière une jurisprudence uniforme. Pour un courant d'opinions majoritaire, l'application du principe de la bonne foi présuppose l'existence d'une "relation particulière" ("Sonderverbindung")[477] entre les parties. En d'autres termes, la transgression du principe ne saurait fonder l'illicéité que si l'auteur de l'acte dommageable était tenu à l'égard de la personne lésée d'une obligation déterminée (précontractuelle, contractuelle, légale)

---

474 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 94 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 37 ad art. 41 CO.

475 Cf. supra 2.3.3.1 et les exemples cités. Cf. aussi supra 2.3.3.2.

476 ATF 64 II 260 ; ATF 82 II 28 ; ATF 95 II 96 ; ATF 116 Ia 169 ; il est vrai que dans les ATF 119 II 128 ss et 123 III 312, le TF semble corriger sa jurisprudence antérieure ; cf. aussi Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 51 s. ad art. 41 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 107 ; Gabriel B., op. cit. (n. 452), p. 76.

477 Merz H., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, I, Einleitung, Art. 1-10 CC, Berne 1966, n. 34 ad art. 2 CC ; Deschenaux H., Le Titre préliminaire du Code civil, DPS II.I, Fribourg 1969, p. 138 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 111 ss.

impliquant une certaine confiance[478]. Dans un arrêt rendu en 1982, le TF souligne qu'il n'est pas exclu que l'on puisse déduire des règles de l'art. 2 CC une obligation autonome. Mais il ne réserve cette possibilité qu'à des cas exceptionnels[479], comme à celui où, même dans certaines circonstances extracontractuelles, il est interdit de donner à un tiers un renseignement inexact ou incomplet[480]. Dans deux décisions récentes, notre Cour suprême consacre le principe de la responsabilité fondée sur la confiance (Vertrauenshaftung), dans des cas où une personne avait suscité chez un tiers un espoir qui a été déçu d'une façon contraire à la bonne foi. Mais elle y voit un chef de responsabilité autonome, et non l'application de la clause générale prévue à l'art. 41 CO[481]. Pour un courant d'opinions minoritaire, la violation de principe de la bonne foi fonde comme telle l'illicéité. Cela revient à élever le droit au respect de la bonne foi au rang de droit absolu, pour admettre que tout acte dommageable qui y porte atteinte est a priori illicite[482]. Dans un arrêt rendu en 1990, le TF va pratiquement dans ce sens. Il admet sans réserve que les règles posées à l'art. 2 CC constituent des normes de comportement, dont la transgression doit être considérée comme illicite selon l'art. 41 al. 1 CO[483].

Les auteurs de l'avant-projet se rallient à ce courant d'opinions. Ils sont d'avis que l'injonction de se conduire conformément à la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) comme l'interdiction d'abuser de son droit (art. 2 al. 2 CC) représentent des normes protectrices générales de l'ordre juridique. Ces normes sont par définition rattachées au comportement de la personne recherchée. Elles sont donc significatives pour les responsabilités décrites ci-dessus, et non pour les responsabilités liées à un risque (lequel peut se concrétiser quand bien même le sujet n'encourt aucun reproche subjectif ou parvient à fournir la preuve de la diligence objective). La violation de telles normes réalise *a priori* l'illicéité. Si, en effet, la bonne foi constitue comme telle une limite à tout exercice d'un droit, sa transgression représente comme telle également un comportement contraire au droit, donc un comportement illicite[484]. En conséquence, il n'y a pas lieu de restreindre l'application du principe aux hypothèses où l'auteur de l'acte dommageable et la victime sont liés par une relation particulière. Il suffit d'un contact social, même fortuit ou indirect, comme dans le cas du locataire qui, à l'extinction du bail, reste sans droit dans les locaux, ce qui empêche le nouveau

---

478 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, loc. cit. ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 53 ad art. 41 CO ; Raschein H., op. cit. (n. 442), p. 275, 304 s. ; Gabriel B., op. cit. (n. 452), p. 69.

479 ATF 108 II 311.

480 ATF 111 II 474. Cf. aussi Keller M./Gabi S., op. cit. (n. 51), p. 40 s. et la jurisprudence citée.

481 ATF 120 II 334 ss ; ATF 121 III 354 ss.

482 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 130, p. 488 n. 44 ; Oser H./Schönenberger W., op. cit. (n. 51) n. 9 ad art. 41 CO ; Keller M./Gabi S., op. cit. (n. 51), p. 37 ss.

483 ATF 116 Ia 169.

484 Widmer P., Variationen über Treu und Glauben oder Il tempo più bello è quello perduto, in : Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends, Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Berne 1993, p. 200 s.

preneur d'en user ; s'il subit un dommage, ce dernier ne saurait rechercher le bailleur, qui n'a pas violé fautivement le contrat ; il doit en revanche pouvoir agir contre le locataire récalcitrant, qui a adopté à son encontre une attitude dénuée d'égards, c'est-à-dire illicite au sens où l'art. 46 al. 2 AP l'entend.

La reconnaissance de la bonne foi comme norme générale permettra à l'avenir de considérer comme illicite un fait dommageable qui ne constitue ni l'atteinte à un droit absolu, ni la violation d'une disposition légale contenant une injonction ou une interdiction spécifique. Le principe aura pour effet d'élargir la notion d'illicéité. En conséquence, il aura pour effet d'étendre le champ d'application des responsabilités rattachées à un comportement humain, singulièrement celui de la responsabilité pour faute, comme le fait d'ailleurs - dans le même esprit, mais de manière restrictive - l'actuel art. 41 al. 2 CO. C'est dire qu'on pourra renoncer à cette disposition, dont les cas d'application tomberont demain sous le coup de l'art. 46 al. 2 AP (sans l'exigence d'une faute intentionnelle de l'auteur). On pense par exemple aux cas où une personne ne prévient pas autrui d'un danger qui le menace ou incite une partie à violer ou à rompre un contrat conclu avec un tiers[485].

Un comportement est enfin illicite, au sens de l'art. 46 al. 2 AP, lorsqu'il est contraire à un devoir contractuel. Ce principe est à mettre en corrélation avec la règle posée à l'art. 42, 1ère phrase AP, qui veut soumettre exclusivement aux dispositions générales du droit de la responsabilité civile la réparation des dommages causés en violation d'une obligation contractuelle. En d'autres termes, l'art. 46 al. 2 *in fine* AP se rapporte au comportement - fautif - du débiteur contractuel, au sens et dans les limites de l'art. 42 AP. En clair, il vise les cas de violation positive du contrat (prévus par l'art. 42, 1ère phrase AP), à l'exclusion d'autres cas d'inexécution du contrat (réservés par l'art. 42, 2ème phrase AP)[486].

2.3.3.4 Motifs justificatifs (art. 46a AP)

Ce qu'on appelle communément les "motifs justificatifs" sont des circonstances particulières reconnues par l'ordre juridique, qui sont propres à exclure l'illicéité et, par conséquent, à nier la responsabilité de la personne recherchée. La question revient à se demander si l'atteinte à un droit protégé, jugée illicite *prima vista*, trouve après coup une justification juridique[487]. Elle conduit au constat que les droits subjectifs ne sont protégés que de manière limitée, c'est-à-dire dans la mesure où aucun motif justificatif ne peut être invoqué avec succès par la personne responsable. C'est dans ce sens que les motifs en question sont parfois qualifiés de "conditions négatives" de l'illicéité[488].

Dans le droit actuel, l'art. 52 CO définit les motifs justificatifs, sous les dénominations "légitime défense", "cas de nécessité" et "usage autorisé de la force".

---

485 ATF 80 II 38 ; ATF 108 II 312 ; ATF 114 II 91.

486 Cf. supra 2.2.2.1 et 2.2.2.3.

487 Cf. supra 2.3.3.2.

488 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 222.

L'art. 44 al. 1 CO fait allusion au consentement de la personne lésée[489]. Quant à l'art. 28 al. 2 CC, il mentionne les facteurs susceptibles d'exclure l'illicéité d'une atteinte à la personnalité, soit - outre le consentement de la victime - un intérêt prépondérant (privé ou public) ou la loi. Suivant l'opinion de la Commission d'étude[490], les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que la Partie générale du droit de la responsabilité civile doit faire mention, de manière concrète, des motifs justificatifs. A cet effet, ils renoncent à reprendre la formulation générale de l'art. 28 al. 2 CC, qui est spécifique à la réglementation régissant la protection de la personnalité. Il n'empêche que cette disposition conservera à l'avenir sa pleine signification. Ainsi, l'auteur d'une atteinte à un droit de la personnalité sera aujourd'hui comme demain habilité à faire valoir un intérêt prépondérant privé - qui de façon générique n'est pas prévu par l'art. 46*a* AP -, comme peut l'être le devoir d'informer le public par voie de presse en cas d'atteinte à la réputation commerciale d'une entreprise[491] ou le devoir de prolonger la vie d'un malade en cas d'atteinte, par une greffe d'organe, au droit des proches à disposer du cadavre[492]. Dans ces cas, l'illicéité dépend dans une large mesure d'une pesée des intérêts en présence, comme le prévoit expressément la loi récente sur la protection des données[493].

L'art. 46*a* AP mentionne les motifs justificatifs qui sont propres, dans le domaine de la responsabilité civile, à exclure l'illicéité de l'atteinte à un droit protégé. Il opère une distinction grossière entre ceux qui sont fondés sur une disposition ou un devoir de droit public (al. 1) et d'autres qui se rapportent au comportement de l'une ou l'autre des parties, selon l'intérêt privé qu'elle peut avoir de subir l'atteinte ou de la provoquer (al. 2). Les auteurs de l'avant-projet jugent inutile que la loi explicite les motifs justificatifs. Ils s'en remettent pour l'essentiel aux solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. En recourant à la conjonction "dans la mesure", ils veulent montrer que les notions corrélatives d'illicéité et de motifs justificatifs sont normatives et que tel ou tel motif n'est susceptible d'exclure l'illicéité que si le comportement qui s'y rapporte ne dépasse pas une certaine limite. Ainsi la personne recherchée ne peut se prévaloir de la légitime défense que si celle-ci n'a pas été exercée de manière excessive ; elle ne peut invoquer le consentement de la victime que si celui-ci n'est pas immoral ou illicite. Il y a encore lieu d'ajouter que le "cas de nécessité", aujourd'hui régi par l'art. 52 al. 2 CO, ne figurera plus demain dans la réglementation des motifs justificatifs. Pouvant fonder une responsabilité pour fait licite, il fera à l'avenir l'objet d'une disposition spéciale. Il en ira de même des cas où le dommage est causé dans l'exercice licite du droit de propriété[494].

---

489 A vrai dire, ce motif touche aussi la causalité juridique, donc l'imputation de la responsabilité ; en effet, une personne qui accepte qu'un tiers porte atteinte à son propre droit n'est pas habilitée à reporter sur ce dernier le poids de la réparation.

490 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.3, p. 45.

491 ATF 95 II 491 ss.

492 ATF 101 II 196 ss.

493 Art. 13 al. 2 LPD du 19 juin 1992, RS 235.1.

494 Cf. art. 59 et 59*a* AP, infra 3.2.

Selon l'art. 46*a* al. 1 AP, un fait dommageable n'est pas illicite dans la mesure où il est commandé par le droit public. Cette disposition doit être mise en relation avec les art. 28 al. 2 CC et 32 CP. Elle vise essentiellement des actes se rapportant à l'accomplissement d'un devoir de fonction, comme peut l'être par exemple l'arrestation ou la détention d'un délinquant, la saisie ou le séquestre d'une chose, la perquisition de locaux, le refoulement d'un indésirable à la frontière[495]. Aux termes de l'art. 46*a* al. 2 AP, un fait dommageable n'est pas non plus illicite dans la mesure où la personne lésée y a consenti - étant entendu que ce consentement doit être valable[496], dans la mesure où l'auteur a agi en état de légitime défense[497] ou pour protéger ses droits, pour autant que, d'après les circonstances, l'intervention de l'autorité n'ait pu être obtenue en temps utile. Ce dernier motif constitue ce qu'on appelle communément un "acte de justice propre"[498] ; l'actuel art. 52 al. 3 CO le qualifie, mais trop étroitement, "d'usage autorisé de la force"[499], d'où la modification rédactionnelle proposée.

2.3.4 Rapport de causalité (art. 47 et 47a AP)

2.3.4.1 Introduction

Selon le principe général de l'imputation, posé à l'art. 41 al. 1 AP, la victime d'un dommage n'est habilitée à reporter le poids de la réparation sur une tierce personne que dans la mesure où le fait dommageable peut lui être imputé en vertu de la loi[500]. Encore faut-il qu'elle établisse l'existence d'un rapport de cause à effet entre le fait de rattachement (comportement humain, risque) qui est générateur de l'obligation de réparer et le dommage. C'est un postulat de la raison et de la justice[501]. En ce sens, le rapport de causalité constitue une condition générale de la responsabilité civile.

Dans ce contexte, le fait de rattachement incriminé est un fait sans lequel le dommage ne se serait pas produit. *A priori*, il en apparaît comme la *condicio*

---

495 Cf. Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 227 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 61 ad art. 41 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 73 ; ATF 47 II 179 ss ; ATF 111 IV 115 ss.

496 Cf. Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 238 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 63 s. ad art. 41 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 73 ; Dans certains cas, et notamment lors d'interventions chirurgicales, le consentement n'est valable que s'il est éclairé ; cf. ATF 108 II 61 ss ; ATF 113 Ib 424 ss. Sur l'acceptation du risque, comme cas d'application du consentement de la victime, cf. Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 250 ss et les réf. cit.

497 Cf. Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 259 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 6 ss ad art. 52 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 74 s. ; ATF 44 II 150 s. Cf. aussi art. 926 CC, 33 CP.

498 Engel P., op. cit. (n. 51), p. 495 ss.

499 Cf. Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 275 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 58 ss ad art. 52 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 75 ; ATF 70 II 135.

500 Cf. supra 2.1.1.

501 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 70 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 3, N. 2 ; Deschenaux H., Norme et causalité en responsabilité civile, in : Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du TF, Bâle 1975, p. 399.

sine qua non, même s'il s'insère dans une série d'autres faits - antérieurs, concomitants, postérieurs - qui ont concouru à la survenance du dommage et qui forment des maillons de la chaîne causale. On parle de "causalité naturelle". Pourtant, l'application brute de ce critère conduirait à des résultats inacceptables, dans la mesure où elle permettrait de faire supporter à la personne recherchée toutes les conséquences - même celles très lointaines, voire totalement extraordinaires - du fait qui lui est attribuable. Ainsi, le piéton qui, par erreur, conseille à un promeneur d'emprunter tel chemin sur lequel ce dernier se fait peu après renverser par une automobile, pourrait être appelé à répondre[502]. D'où la théorie de la "causalité adéquate" qui pondère le critère de la causalité naturelle et qui tend, en conséquence, à mettre une limite raisonnable à la responsabilité civile. Cette théorie implique un jugement de probabilité, selon lequel un fait qui est dans un rapport de cause à effet avec le dommage n'est considéré comme la cause juridiquement déterminante que si, suivant l'expérience des choses et de la vie, il était en soi propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit.

La théorie de la causalité adéquate a été élaborée par le physiologue allemand von Kries, à la fin du siècle passé[503]. Adoptée en Allemagne, puis en Suisse, elle est appliquée depuis des décennies par le TF, en droit de la responsabilité civile[504], mais aussi dans d'autres domaines, comme en droit pénal[505] ou en droit des assurances sociales[506]. Elle est généralement approuvée par la doctrine, en dépit de critiques qui touchent surtout sa signification juridique et certains de ses critères d'application[507].

2.3.4.2 Théorie de la causalité adéquate

L'application de la théorie de la causalité adéquate s'opère en deux étapes successives :

– Dans un premier temps, le tribunal examine si le fait attribuable à la personne recherchée était en soi propre à produire le dommage survenu. La causalité s'apprécie ici pour elle-même. La question se pose en termes positifs.

– Dans un second temps, le tribunal vérifie si la causalité du fait envisagé n'est pas reléguée à l'arrière-plan par un autre fait - dit "interruptif" - qui a joué un rôle prépondérant dans la survenance du dommage. La causalité s'apprécie là en comparaison d'autres facteurs liés à la chaîne causale. La question se pose en termes négatifs.

---

502 Exemple emprunté à Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 131 ad art. 41 CO.

503 Cf. Deschenaux H., op. cit. (n. 501), p. 400 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 3, N. 16.

504 Cf. notamment ATF 87 II 120 ss ; ATF 101 II 73 ss ; ATF 102 II 237 ss ; ATF 103 II 244 ss.

505 Cf. par exemple ATF 103 IV 291.

506 Cf. par exemple ATF 112 V 33.

507 Cf. infra 2.3.4.3.

La causalité s'apprécie tout d'abord pour elle-même. Le jugement implique au préalable de déterminer que le fait considéré est logiquement et scientifiquement attribuable à la personne recherchée, autrement dit qu'il est une cause - voire la cause - nécessaire ou "naturelle" du dommage. Le fait en question peut être une omission, comme dans le cas de l'automobiliste qui ne serre pas le frein à main de son véhicule parqué sur une route en pente. Encore faut-il qu'une prescription de l'ordre juridique oblige à agir. Dans cette éventualité, le tribunal compare le résultat effectif et le résultat hypothétique qui, selon toute vraisemblance, serait survenu si la personne appelée à répondre s'était conformée à la loi[508]. A cet effet, et déjà à ce stade, il est habilité à se fonder sur l'expérience générale de la vie[509]. Cela démontre que la question de la soi-disant causalité naturelle se pose aussi en terme de normativité et qu'elle est donc liée à celle de l'imputation de la responsabilité. Il convient encore de souligner que la causalité naturelle ne cesse pas lorsque, postérieurement au fait incriminé, de nouveaux événements surviennent (causalité outrepassante) ou seraient vraisemblablement survenus (causalité outrepassante hypothétique), qui auraient pu entraîner le même dommage. Sous l'angle de la causalité, ces événements sont en principe sans pertinence. En revanche, ils doivent pouvoir être pris en compte dans le calcul du dommage[510].

Si la question - de fait - de la causalité naturelle est admise, le tribunal se pose alors la question - de droit - de la causalité adéquate[511]. Cette question revient à se demander si le fait attribuable à la personne recherchée peut juridiquement lui être imputé, de manière à fonder l'obligation de réparer. Selon le TF, "la causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance"[512]. En d'autres termes, il faut se demander, en face d'un enchaînement concret de circonstances, s'il était probable que le fait en question produisît le résultat survenu. Aux dires de la jurisprudence, "ce n'est pas la prévisibilité subjective mais la prévisibilité objective du résultat qui compte"[513]. Suivant les circonstances, il n'est pas exclu que la causalité adéquate puisse s'étendre à des conséquences extraordinaires (pour un profane), par exemple au développement d'une névrose de revendication chez la victime de lésions corporelles[514]. Tel est souvent le cas lors de la sur-

---

508 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 108 ad art. 41 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 38 ; ATF 102 II 263.

509 ATF 115 II 447.

510 Deschenaux H., op. cit., (n. 501), p. 405 ; von Tuhr A./Peter H., op. cit. (n. 51), p. 92 s. ; cf. aussi ATF 115 II 443 s., qui sur ce point ne prend pas catégoriquement position, mais qui n'exclut pas que la causalité hypothétique puisse être prise en considération.

511 Dans une cause pénale, le TF a toutefois réussi à justifier son pouvoir de cognition en matière de causalité naturelle ; il a déclaré qu'il était habilité à examiner si l'instance cantonale était partie d'une notion contraire au droit fédéral (ATF 101 IV 152).

512 ATF 103 II 245 ; ATF 101 II 73 et réf. cit.

513 ATF 101 II 73. Cf. aussi Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 3, N. 22.

514 ATF 96 II 396 ss.

venance d'un dommage subséquent, quand le fait incriminé a donné naissance à un autre fait, dont le dommage a été le résultat ; on parle de causalité indirecte[515].

Dans un second temps, la causalité - considérée a priori comme adéquate - s'apprécie en comparaison d'autres facteurs qui ont pu jouer un rôle dans la survenance du préjudice. A ce stade, le tribunal examine s'il existe une cause, dont ne répond pas la personne recherchée et qui laisse apparaître le fait envisagé comme si éloigné du dommage qu'il est injustifié de lui attacher des effets juridiques[516]. Dans cette éventualité, la causalité est jugée *a posteriori* "inadéquate", dans la mesure où le fait n'est plus considéré comme en soi propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit ; on dit qu'elle est "interrompue". Ainsi en est-il, suivant les circonstances, lors d'une force majeure ou d'une faute grave de la victime ou d'un tiers[517]. Encore faut-il que le "fait interruptif" se caractérise par une certaine intensité[518]. Celle-ci se mesure de cas en cas, au regard du chef de responsabilité en cause. L'appréciation oblige à prendre notamment en compte le risque caractérisé imputable à la personne recherchée, ainsi que les mesures de précaution qu'on était en droit d'attendre d'elle. "Ainsi, la foudre ne saurait tenir le même rôle causal selon qu'elle tombe sur un arbre ou sur une usine électrique"[519].

2.3.4.3 Conception de l'avant-projet

La théorie de la causalité adéquate est généralement approuvée par la doctrine suisse, souvent il est vrai avec des réserves. Elle fait pourtant l'objet de critiques. Ces critiques ne visent pas tant la fonction que remplit l'institution, en particulier son utilité pratique. Elles touchent davantage sa signification juridique, ainsi que certains de ses critères d'application.

On objecte tout d'abord qu'en logique comme en sciences naturelles, la cause existe ou n'existe pas. Au sens strict, la notion de causalité est donc "absolue" ; elle ne connaît pas de gradations. La théorie de la causalité adéquate est en réalité une théorie de la probabilité, qui s'applique de cas en cas de manière normative. A cet effet, le tribunal est conduit à procéder à une appréciation et à déterminer les conséquences qu'il est encore juste d'attribuer au fait considéré[520]. A ce titre, et suivant les circonstances, il accordera à la personne lésée l'indemnité compensant son dommage, ou il la réduira, ou encore il la refusera. En ce sens, la causalité adéquate est une notion relative, qui connaît des degrés d'intensité différents. Elle tend à circonscrire la responsabilité civile

---

515 ATF 33 II 570 ss ; ATF 43 II 243 s.

516 ATF 112 II 442.

517 Pour des exemples, cf. ATF 49 II 262 s. ; ATF 95 II 185 ss ; ATF 95 II 350s.

518 ATF 116 II 524 s. et réf. cit.

519 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 62.

520 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 76 ; Deschenaux H., op. cit. (n. 501), p. 408 ss ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 61 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 3, N. 16.

dans des limites raisonnables. Ces limites sont liées au chef d'imputation concerné. Un tel constat amène certains auteurs à plaider pour l'application d'un critère qui, indépendamment de la causalité naturelle, ne serait fondé que sur la norme à appliquer[521].

On fait également valoir que le critère de la prévisibilité objective du résultat - qui consiste à se demander si le résultat constaté pouvait objectivement être considéré comme l'effet d'une certaine cause - est discutable. En cas de responsabilité aquilienne, ce critère conduit à un amalgame entre la faute et la causalité, en ce sens que la personne recherchée ne peut se voir imputer que les conséquences qu'elle était en mesure de prévoir. En d'autres termes, la responsabilité ne saurait aller au-delà de la prévisibilité subjective, ce qui signifie que c'est la faute qui en détermine l'étendue. D'ailleurs, la causalité est toujours adéquate quand la faute est intentionnelle. Comme l'observe Deschenaux[522], le pronostic n'est plus objectif et rétrospectif ; il est subjectif et doit s'opérer *ex ante*. En cas de responsabilité objective, on peut à certains égards raisonner en termes de prévisibilité objective du résultat, non de manière abstraite, mais seulement par rapport au fait de rattachement considéré[523]. En réalité, la seule question qui se pose dans ces cas-là est celle de savoir si le dommage apparaît comme une concrétisation du risque imputable à la personne recherchée, ainsi que l'a montré le litige opposant des producteurs de légumes et la Confédération suisse, à la suite de l'accident survenu en 1986 à la centrale nucléaire de Tchernobyl[524].

Les auteurs de l'avant-projet tiennent à inscrire dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile l'exigence d'un rapport de causalité juridique entre le fait imputable à la personne recherchée et le dommage. Cette exigence est posée à l'art. 47 AP, sous la forme d'un principe, dont on peut a priori dégager une triple signification. En premier lieu, l'art. 47 AP rappelle que la causalité est une condition générale de l'obligation de réparer, quel que soit le type de responsabilité[525]. Il précise en outre que la causalité est un concept juridique, qui ne correspond pas au sens que donnent à ce terme la logique et les sciences naturelles. Enfin, cette disposition fonde la règle explicite prévue à l'art. 47*a* AP, qui permet d'exonérer la personne appelée à répondre si un fait qui ne lui est pas imputable a contribué de manière manifestement prépondérante à la survenance du dommage ou à son aggravation. Il en résulte que l'examen de

---

521 Deschenaux H., op. cit. (n. 501), p. 414 ss ; Lanz W., Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, thèse, St-Gall 1974, p. 94 ss, notamment 169 ss.

522 Deschenaux H., op. cit. (n. 501), p. 423, 407. Cf. aussi Schwartz P., Adäquate Kausalität und Verschuldenshaftung, BJM 1970, p. 10 ss. Sur la confusion entre faute et causalité adéquate, cf. notamment ATF 66 II 120.

523 Deschenaux H., op. cit. (n. 501), p. 424.

524 ATF 116 II 487 : le simple fait de connaître l'existence d'une contamination radioactive est propre à désécuriser la population et à la conduire à renoncer massivement à consommer certains produits agricoles, de sorte que la mévente de ces produits est une conséquence adéquate de la contamination.

525 Cf. supra 2.3.1.

la causalité, comme celui de l'illicéité[526], s'opère selon un raisonnement en deux temps, ainsi que l'exprime l'ordonnance systématique de la loi.

Comme déjà dit, l'art. 47 AP pose l'exigence d'un rapport de causalité juridique entre le fait imputable à la personne recherchée et le dommage. Suivant la proposition de la Commission d'étude[527], les auteurs de l'avant-projet ont renoncé à énoncer dans la loi une définition positive de la causalité, craignant de lier trop strictement le tribunal dans la solution d'une question qui laisse une large place à l'appréciation. Ils ne voient pas qu'il existe un critère infaillible permettant de déterminer précisément quand les effets constatés sont avec la cause incriminée dans un rapport tel qu'il est possible d'en déduire une obligation de réparer[528]. En ce domaine, ils préfèrent que le Code se borne à donner au tribunal une simple indication, nécessairement flexible, selon laquelle la causalité est une notion juridique. Cette indication signifie que le seul rapport de cause à effet entre le fait attribuable à la personne recherchée et le dommage ne suffit pas à admettre en droit l'existence de la causalité. L'examen de cette condition doit bien plus s'inscrire dans une approche normative. Pour chaque cas, il s'agit de définir la portée de la norme à appliquer, afin d'arrêter si celle-ci couvre encore le dommage survenu. C'est dire que la causalité juridique est liée au fondement, donc au chef d'imputation de la responsabilité.

A cet égard, la causalité présente une analogie évidente avec l'illicéité[529]. Ces notions tendent l'une et l'autre à mettre une limite à la responsabilité civile. Elles expriment l'une et l'autre une signification normative. Sous l'angle de l'illicéité, le tribunal se demande si le droit atteint fait partie des biens que la norme violée a pour but de protéger. Le critère permet en particulier de décider de la réparabilité du dommage réfléchi (celui que subit indirectement une tierce personne qui était en relation avec la victime de l'atteinte). Sous l'angle de la causalité, le tribunal examine si, au regard de la norme et de l'effet constaté, le fait attribuable à la personne recherchée peut juridiquement lui être imputé. Le critère est notamment utile pour déterminer la réparabilité du dommage subséquent (celui que subit indirectement la victime à la suite d'un fait qui ne se serait pas produit sans une atteinte antérieure)[530]. Dans chaque cas, mais sous un angle différent, le tribunal s'interroge sur la relation qui existe entre la norme qui fonde l'obligation de réparer et le dommage. En ce sens, les notions de causalité et d'illicéité sont connexes ; elles sont aussi complémentaires.

2.3.4.4 Principe (art. 47 AP)

Selon l'art. 47 AP, une personne n'est tenue à réparation que dans la mesure où le fait qui lui est imputable est dans un rapport de causalité juridique avec le

---

526 Cf. supra 2.3.3.2.

527 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.2.1, p. 47.

528 Ce constat est dressé par le TF dans l'application de la théorie de la causalité adéquate (ATF 66 II 174).

529 Cf. supra 2.3.3.

530 Cf. Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 48 s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 3, N. 103 ss.

dommage. Cette disposition subordonne l'obligation de réparer à l'existence d'un rapport de causalité qualifié. A ce stade, la causalité s'apprécie pour elle-même. Dans un premier temps - et suivant le raisonnement qui est pratiqué dans l'application de la théorie de la causalité adéquate[531] -, le tribunal détermine si le fait de rattachement est une cause nécessaire ("naturelle") du dommage, autrement dit s'il est logiquement attribuable à la personne recherchée. Dans un second temps, il examine si le fait en question peut juridiquement être attribué à cette dernière, en d'autres termes si le dommage est dans un rapport juridique suffisant avec la norme à appliquer. En ce sens, le rattachement de l'effet constaté à la cause incriminée s'opère au regard du chef d'imputation. C'est bien à un jugement de valeur que se livre ici le tribunal[532].

Sur le plan de la terminologie, il convient de souligner que la conjonction "dans la mesure" - déjà utilisée à l'art. 41 al. 1 AP - reflète le caractère normatif de la causalité et ses gradations possibles. Le mot "fait", lié à l'imputabilité, désigne l'acte, mais aussi l'omission qui, d'un point de vue juridique, peut aussi être la cause d'un dommage[533]. Quant à l'adjectif "adéquate", qui qualifie la causalité selon la théorie retenue aujourd'hui, les auteurs de l'avant-projet ont renoncé à le mentionner dans le Code. Tout d'abord, il s'agit d'un terme doctrinal qui n'a pas sa place dans un texte légal. Mais surtout, il n'est pas opportun que la loi lie strictement le tribunal à une théorie qui touche un domaine où il dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu. A cet argument s'ajoute le fait que la théorie de la causalité adéquate fait aujourd'hui l'objet de critiques[534]. Sans compter que la formule d'application dégagée par la jurisprudence fait appel à des éléments d'appréciation si vagues qu'elle ouvre pratiquement la porte à toutes les réponses, avec le risque de solutions incohérentes[535]. Il n'en demeure pas moins que cette théorie appartient à la tradition juridique suisse et qu'on s'accorde généralement à admettre qu'elle a jusqu'ici rendu de bons services[536]. Rien ne devrait à l'avenir empêcher les juges de s'inspirer des critères qu'elle a permis d'élaborer, pourvu qu'ils gardent à l'esprit que la théorie de la causalité adéquate est en réalité une théorie de la responsabilité.

Comme déjà dit, l'art. 47 AP subordonne l'obligation de réparer à l'existence d'un rapport de causalité juridique entre le fait imputable à la personne appelée à répondre et le dommage. Il incombe en principe à la personne qui demande réparation de fournir la preuve de ce rapport, comme le précise l'art. 56*d* al. 1 AP. La jurisprudence actuelle a déjà posé en la matière quelques allégements. Les auteurs de l'avant-projet entendent ancrer dans la loi une règle qui permette au tribunal, dans certaines circonstances, de se contenter d'une vrai-

---

531 Cf. supra 2.3.4.2.

532 Cf. Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 162 ad art. 41 CO ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 484 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 3, N. 16.

533 Cf. supra 2.3.4.2.

534 Cf. supra 2.3.4.3.

535 Lanz W., op. cit. (n. 521), p. 37 ; Giovannoni P., La causalité dans la responsabilité civile extracontractuelle, RJB 1962, p. 261.

536 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 77 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 163 ad art. 41 CO ; Deschenaux H., op. cit., (n. 501), p. 402, 422 ; Giovannoni P., op. cit. (n. 535), p. 280.

semblance convaincante et de fixer l'étendue de la réparation en conséquence (art. 56*d* al. 2 AP). Cette règle devrait être surtout utile pour juger de la responsabilité en cas de causalité hypothétique, en particulier en cas de causalité alternative[537].

2.3.4.5 Exonération (art. 47a AP)

Selon l'art. 47*a* AP, une personne est exonérée de toute responsabilité si un fait qui ne lui est pas imputable a contribué de manière manifestement prépondérante à la survenance du dommage ou à son aggravation, notamment une force majeure, un comportement ou un risque imputables à un tiers ou à la personne lésée. Cette disposition régit l'exonération de la responsabilité dans les cas où la causalité, admise *prima vista*, est écartée parce qu'un fait extérieur relègue à l'arrière-plan le fait incriminé, au point qu'il est injustifié d'attacher à ce dernier des conséquences juridiques. De manière imagée, on peut dire, comme on le fait aujourd'hui, que les causes exonératoires "interrompent" le rapport de causalité[538].

A ce stade, la causalité ne s'apprécie plus pour elle-même, mais en comparaison d'autres facteurs qui ont joué un rôle dans la survenance du dommage. Cela démontre une fois encore que la notion est relative, dans la mesure où elle connaît des degrés d'intensité différents. Selon les circonstances, le même fait, dont ne répond pas la personne recherchée, peut conduire à l'exonération partielle (dans le sens d'une réduction de l'indemnité due à la victime) ou à l'exonération totale[539]. Ainsi en est-il lorsque ce fait est qualifié de cas fortuit ou de force majeure, de négligence légère ou de faute grave imputable à un tiers ou à la personne lésée. L'exonération, on le constate, relève largement de l'appréciation. D'une certaine manière, elle implique de procéder à une "répartition adéquate des risques".

Pour que la personne appelée à répondre puisse se libérer, elle est tenue d'établir qu'un facteur extérieur a contribué de manière manifestement prépondérante à la survenance du dommage ou à son aggravation. C'est dire que le facteur en question doit se caractériser par une certaine intensité. Une telle exigence se mesure notamment au regard du chef d'imputation de la responsabilité. Lorsque par exemple le fait de rattachement représente un risque particulièrement élevé, le facteur extérieur doit avoir exercé une influence particulièrement forte pour constituer un motif exonératoire. C'est ce qu'expriment d'ailleurs certaines dispositions spéciales du droit actuel. Ainsi l'art. 59 al. 1 LCR prévoit que la faute d'un tiers ou de la victime ne peut libérer le détenteur d'un véhicule automobile que si elle est grave. L'art. 5 LRCN va plus loin, dans la mesure où il exclut la force majeure et (par le biais de la canalisation de la responsabilité) la faute grave d'un tiers des motifs propres à décharger l'exploitant d'une installation nucléaire de toute obligation de réparer. Ces règles

---

537 Cf. infra 2.9.4.3.

538 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 109, n. 151 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 3, N. 132 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 132 ad art. 41 CO.

539 Cf. Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/2.2.2.1, p. 48 ; cf. aussi art. 52 AP, infra 2.5.2.

révèlent que les motifs exonératoires sont relatifs, en ce sens que leur appréciation s'opère en fonction de la norme à appliquer, mais aussi suivant le type de responsabilité en cause. S'agissant des responsabilités objectives, le tribunal constate dans un premier temps l'existence d'un rapport de causalité entre le fait de rattachement objectif et le dommage, puis il examine dans un second temps s'il existe un motif libératoire. En ce qui concerne la responsabilité aquilienne, les motifs exonératoires sont pris le plus souvent en compte déjà au stade de l'examen de la faute[540]. A cet égard, la question se pose si, pour les responsabilités objectives, la faute additionnelle de la personne appelée à répondre (ou celle d'un de ses auxiliaires) exclut *a priori* l'exonération. Un tel principe est énoncé à l'art. 59 al. 1 LCR. Les auteurs de l'avant-projet en contestent la raison d'être et l'opportunité. Ils font valoir d'une part qu'une règle de ce genre est inutile dans la mesure où, suivant le caractère juridique de la causalité et en raison de la faute imputable à la personne recherchée, le fait incriminé ne sera d'ordinaire pas relégué à l'arrière-plan. Ils ajoutent d'autre part qu'il ne serait pas toujours équitable qu'une faute légère suffise à faire obstacle à l'exonération de la personne appelée à répondre, quand celle commise par la victime ou par un tiers est particulièrement grave. Sans compter que le renversement du fardeau de la preuve de la faute, tel qu'il est prévu à l'art. 59 al. 1 LCR, est pour le moins discutable[541].

Dans le droit actuel, sous réserve de l'art. 44 al. 1 qui évoque les faits dont répond la personne lésée, le CO ne dit mot des motifs exonératoires. Une bonne partie des lois spéciales instituant une responsabilité pour risque mentionnent certains d'entre eux, suivant une formulation qui est loin d'être uniforme[542]. Sauf disposition contraire[543], on admet aujourd'hui que la force majeure, la faute de la victime ou la faute d'un tiers constituent les principaux facteurs qui, à ce titre, sont dignes d'être pris en considération. On leur attribue une portée générale[544].

Les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que la Partie générale du droit de la responsabilité civile doit contenir une liste exemplative des motifs qui, par leur nature, sont propres à exonérer la personne recherchée. A cet effet, l'art. 47*a* AP mentionne en premier lieu la force majeure, qui n'est qu'un cas fortuit qualifié[545]. D'ordinaire, le cas fortuit simple est considéré comme un facteur de réduction de l'indemnité[546]. On ne saurait pourtant exclure de prime abord qu'il ne puisse, dans des circonstances exceptionnelles, libérer totalement la partie

---

540 Rapport de la Commisson d'étude, op. cit. (n. 39), V/2.2.2.1, p. 48.

541 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 443 ss ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 1.3 ad art. 59 LCR.

542 Cf. par exemple art. 1 al. 1 LRespC, art. 27 LIE, art. 59 al. 1 LCR, art. 33 al. 2 LITC, art. 5 LRCN.

543 Cf. par exemple art. 33 al. 2 LITC, art. 5 LRCN.

544 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 62 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 132 ss ad art. 41 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 3, N. 141.

545 Sur la notion, cf. Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 142 ss ad art. 41 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51) , p. 62 s. et les références jurisprudentielles citées.

546 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 141 ad art. 41 CO, n. 52 ad art. 43 CO.

actionnée. Ainsi en serait-il quand cette dernière, appelée à répondre d'une faute, ne peut se voir reprocher finalement qu'une négligence très légère.

L'art. 47*a* AP mentionne également le comportement imputable à un tiers ou à la personne lésée. C'est bien évidemment la faute qui est ici avant tout visée ; on se référera sur ce point aux applications tirées du droit actuel[547]. S'agissant en particulier de la faute d'un tiers, et cela vaut notamment pour les responsabilités à raison du risque créé, on soulignera que la jurisprudence s'est montrée à juste titre sévère à l'encontre de la partie défenderesse qui invoque ce motif, en n'admettant sa libération que si cette faute atteint une gravité certaine ; sans quoi les dispositions sur le concours de responsabilités seraient en partie vidées de leur substance[548]. On rappellera par ailleurs que l'auxiliaire de la personne recherchée n'est pas un tiers, au sens de cette disposition ; une faute grave de sa part ne saurait donc exonérer cette dernière. A l'inverse, la victime peut se voir opposer la faute de son auxiliaire[549]. Parmi d'autres faits imputables à un tiers ou à la personne lésée, on citera également le comportement non fautif, comme celui d'une personne incapable de discernement. Selon son intensité, un tel fait peut avoir contribué à la survenance du dommage ou à son aggravation de façon aussi prépondérante que la faute subjective, peu importe qu'il engage ou non la responsabilité de son auteur. Cette question est aujourd'hui controversée[550]. Dans sa jurisprudence actuelle, le TF n'est pas enclin à reconnaître le caractère exonératoire d'un tel facteur[551]. Il en va de même pour la prédisposition constitutionnelle de la victime[552].

L'art. 47*a* AP mentionne enfin le risque imputable à un tiers ou à la personne lésée. Il vise un risque caractérisé, indépendant de la faute, tel qu'il est prévu par la clause générale de responsabilité pour risque (art. 50 AP) ou par une loi spéciale. Il convient de souligner expressément ce possible facteur d'exonération qui, dans les textes actuellement en vigueur, n'apparaît pas clairement ou est noyé dans la notion générale des circonstances[553] . Comme l'observe à juste titre Rusconi[554], "ce qui constitue un fait générateur de responsabilité..., à la charge du lésé si c'est lui qui avait causé un dommage à autrui, devient un élément réducteur des dommages-intérêts pour le dommage que lui-même a

---

547 Cf. notamment Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 134 ss ad art. 41 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 63 ss ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 3, N. 151 ss, et les références jurisprudentielles citées.

548 ATF 89 II 122 s. ; ATF 96 II 359. Cf. aussi art. 53*b* AP, infra 2.6.4.3.

549 ATF 99 II 200 s.

550 Cf. Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/2.2.2.2, p. 50, et 3.2.3, p. 58 s. ; cf. aussi Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 18, N. 99 ss.

551 ATF 102 II 239 ; ATF 102 II 367.

552 ATF 113 II 89 ss.

553 La question de la prise en compte du facteur "risque" se pose aussi dans l'application de l'actuel art. 51 al. 2 CO qui régit la répartition interne de la dette solidaire ; cf. sur ce point Widmer P., op. cit. (n. 8), p. 269 ss, notamment p. 287 ss.

554 Rusconi B., Les principes sur la détermination de l'étendue des dommages-intérêts, in : Die Verantwortlichkeit im Recht, II, Zurich 1981, p. 552. Cf. aussi ATF 119 Ib 346 s.

subi". A supposer que cet élément agisse avec une intensité suffisante, il doit donc logiquement pouvoir être pris en considération comme cause exonératoire. Ces cas ne seront certes pas fréquents, mais ils sont concevables et ne peuvent donc être exclus d'emblée. Que l'on songe par exemple à l'hypothèse où un enfant ou un animal s'introduit par malchance dans un dépôt d'explosifs et provoque une explosion qui dévaste le dépôt et les immeubles adjacents. Même si aucune faute ne peut être retenue à la charge du détenteur de ces explosifs, il pourrait être équitable d'exonérer le chef de famille responsable de l'enfant ou le détenteur de l'animal.

2.4 Fondements de responsabilité (art. 48 à 51a AP)

2.4.1 Observations liminaires

Les art. 48 à 51*a* AP régissent les fondements de responsabilité, c'est-à-dire les chefs d'imputation généraux qui justifient le transfert sur une tierce personne du poids de la réparation du dommage subi par la victime. Ces dispositions fondent, sous la forme de clauses générales, trois catégories de responsabilités, soit la responsabilité pour faute (art. 48 AP), la responsabilité pour les auxiliaires, en deux variantes (art. 49 et 49*a* AP) et la responsabilité pour risque (art. 50 AP). Chacune de ces hypothèses présuppose que le dommage résulte d'un fait illicite, comme l'énonce expressément l'art. 41 al. 2 AP. En d'autres termes, les trois conditions générales de la responsabilité que sont le dommage (art. 45 à 45*f* AP), l'illicéité (art. 46 et 46*a* AP) et le rapport de causalité (art. 47 et 47*a* AP) doivent en tout cas être réunies.

D'un point de vue systématique, le droit actuel distingue la responsabilité pour faute (ou subjective ou aquilienne), régie par la clause générale de l'art. 41 al. 1 CO, et les responsabilités objectives (ou causales) prévues par des dispositions spéciales contenues dans le CO, le CC ou d'autres lois fédérales. Ces dernières responsabilités présentent une caractéristique commune, en ce sens que le comportement subjectivement répréhensible de la personne recherchée (ou d'un tiers dont elle répond) ne constitue pas une condition de l'obligation de réparer[555]. Ce sont des raisons d'équité et d'opportunité qui ont amené le législateur à introduire ce type de responsabilités. Parmi elles, on distingue les responsabilités objectives simples (ou atténuées ou ordinaires)[556] des responsabilités aggravées (ou à raison du risque)[557]. En fin de compte, c'est une distinction tripartite qu'opère le droit suisse. On a parlé d'une "trilogie de la responsabilité"[558].

La nature juridique de la responsabilité pour faute et de la responsabilité objective aggravée est assez clairement définie. S'agissant de la première, le fait de rattachement est le comportement humain et le chef d'imputation est la faute,

---

555 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 16 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 1, N. 105.

556 Art. 333 et 679 CC, art. 54, 55, 56 et 58 CO, art. 39 LRaP, art. 1 LRFP.

557 Art. 27 LIE, art. 1 LRespC, art. 64 LA, art. 58 LCR, art. 33 LITC, art. 27 LExpl, art. 3 LRCN, art. 15 LChP, art. 59*a* LPE.

558 Keller A., op. cit. (n. 10), p. 36 ; cf. aussi Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), III/3, p. 21.

dans le sens d'un manquement individuel à un devoir imposé par l'ordre juridique. Quant à la deuxième, le fait de rattachement est un risque caractérisé et le chef d'imputation est la compensation du privilège d'exploiter une activité spécifiquement dangereuse pour autrui. Pour ce qui touche la responsabilité objective simple, elle représente un régime intermédiaire comprenant des hypothèses hybrides. D'une certaine manière, on peut trouver le fait de rattachement dans une situation déterminée, où le sujet de la responsabilité exerce un certain pouvoir sur d'autres personnes ou une certaine maîtrise sur un animal ou une chose, dont il retire un intérêt. C'est dire que cette catégorie de responsabilité est partiellement rattachée à un comportement humain, comme cela ressort directement de la preuve libératoire prévue par certaines dispositions (art. 333 CC, 55 et 56 CO) ou indirectement de l'exigence de l'excès d'un droit (art. 679 CC) ou encore d'un défaut de l'ouvrage (art. 58 CO) ou du produit (art. 1 LRFP)[559]. Quant au chef d'imputation, on y voit tantôt l'irrégularité[560], tantôt la violation présumée d'un devoir de diligence[561].

S'agissant des fondements de la responsabilité civile, les auteurs de l'avant-projet s'en sont remis pour l'essentiel aux propositions de la Commission d'étude[562]. L'innovation majeure de la réforme consiste ici dans la reconnaissance de deux nouvelles clauses générales de responsabilité. Ces clauses font l'une et l'autre abstraction de la faute. Globalement parlant, leur chef d'imputation réside dans la compensation de la faculté et du privilège d'exercer telle activité, que cela se manifeste par la manière d'exercer l'activité (responsabilité pour les auxiliaires, art. 49 et 49*a* AP) ou par la nature même de l'activité (responsabilité pour risque, art. 50 AP). Pour ce qui touche notamment la responsabilité pour les auxiliaires, sa nature juridique est celle d'une responsabilité objective simple. Son fondement réside de manière générale dans la violation présumée d'un devoir objectif de diligence (art. 49 AP), et plus particulièrement dans un défaut d'organisation, lorsque la personne recherchée exploite une entreprise comportant des activités de nature économique ou professionnelle (art. 49*a* AP). De ce point de vue, les auteurs de l'avant-projet ont renoncé à fonder une clause générale de responsabilité objective sur l'élément d'irrégularité. Ce critère est trop vague. Il risquerait de créer la confusion avec la condition d'illicéité et de provoquer des débordements dans le champ d'application des autres clauses générales de responsabilité[563]. C'est d'ailleurs ce même motif qui a conduit la Commission d'étude à écarter l'introduction d'une responsabilité rattachée à la possession d'une chose[564].

En résumé, la réglementation de la responsabilité prévue par l'avant-projet repose sur trois piliers généraux, de rang équivalent. La consécration de nou-

---

559 Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), III/3, p. 21 s.

560 Keller A., op. cit. (n. 10), p. 38.

561 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 43 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 17, N. 1 ss.

562 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3, p. 53 ss.

563 Widmer P., La réforme du droit de la responsabilité civile et son impact sur les règles régissant la circulation routière, PJA 1992, p. 1091.

564 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3, p. 53 ss.

velles clauses générales en la matière satisfait à deux postulats majeurs de la révision entreprise. Il s'agit d'une part d'éviter la multiplication des règles spéciales et donc de tendre à l'unification du système. Il s'agit d'autre part de renforcer les droits de la personne lésée dans des situations qui, de nos jours, ne sont pas réglées de manière satisfaisante.

2.4.2 Responsabilité pour faute (art. 48 à 48b AP)

2.4.2.1 Principe (art. 48 AP)

L'art. 48 AP pose, sous la forme d'une clause générale, le principe de la responsabilité pour faute. Ce principe était déjà connu dans le droit romain et dans le droit commun[565]. Suivant le modèle moderne institué à l'art. 1382 du Code civil français de 1804, il a été consacré à l'art. 50 de l'ancien Code fédéral, puis à l'art. 41 al. 1 du Code actuel. Il trouve application chaque fois qu'une personne cause par intention ou par négligence un dommage à autrui, pour autant que sa responsabilité ne soit pas engagée sur la base d'un chef d'imputation particulier[566]. L'obligation de réparer se rattache à un comportement humain et se fonde sur le reproche fait à l'auteur d'avoir porté préjudice à la victime de manière contraire au droit. Ce reproche est avant tout individuel (dans le sens d'un manquement subjectif de la volonté), mais il a inévitablement une connotation sociale (dans le sens d'un manquement à la conduite que la société attend de l'individu dans des circonstances données)[567]. C'est l'occasion de rappeler que la faute constitue un jugement de valeur, au moyen duquel le tribunal qualifie un certain comportement. En elle-même, elle n'est donc pas un fait susceptible d'être prouvé. Seul le comportement imputable à l'auteur peut faire l'objet d'une preuve[568].

La faute est un manquement individuel à un devoir imposé par l'ordre juridique. Le devoir peut être imposé par une prescription commandant expressément une interdiction ou une injonction, comme l'est par exemple une disposition réglementant la circulation routière ou la construction immobilière. Il peut l'être également par un principe général de droit non écrit, comme celui du "danger créé" ("Gefahrensatz") qui, dans telle situation, oblige la personne intéressée à prendre les mesures de précaution idoines pour éviter la survenance d'un dommage[569]. Suivant les cas, la violation de la même norme peut donc être objectivement illicite et subjectivement fautive. La question de l'illicéité se pose par rapport à la victime : elle revient à se demander si la violation porte atteinte à un droit juridiquement protégé. Quant à la question de la faute, elle se pose

---

565 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 14.

566 De nombreuses dispositions renvoient au principe de la responsabilité pour faute, implicitement ou expressément, comme les art. 29 al. 2 et 726 al. 3 CC, les art. 752 ss CO, ou encore l'art. 9 al. 3 LCD ; cf. sur ce point Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 6.

567 Werro F., La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité, Fribourg 1986, p. 10 ; cf. aussi Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 15 et 34.

568 Cf. sur cette question Cuendet J., op. cit. (n. 290), p. 189 ss. Cf. aussi supra 2.2.2.5.

569 Cf. supra 2.3.3.3. et réf. cit. en note 476.

par rapport à l'auteur : elle amène à s'interroger si la violation constitue une attitude répréhensible.

La doctrine dominante voit aujourd'hui dans la faute deux éléments qui en forment les conditions[570]. L'un et l'autre s'apprécient au regard des circonstances de l'espèce. Le premier élément - subjectif - est la capacité de discernement ou, mieux dit, la capacité de commettre une faute (ou capacité délictuelle). Il consiste à arrêter si la personne recherchée a l'aptitude - jugée d'un point de vue intellectuel et caractériel - à se faire imputer le comportement qu'elle a suivi. Le second élément - objectif - revient à déterminer si le comportement en cause s'écarte de celui qu'aurait adopté dans la même situation une personne avisée, douée de capacités moyennes. Ainsi en serait-il, à suivre cette approche, quand le résultat dommageable était en soi prévisible, peu importe que la personne responsable l'ait ou non prévu[571]. Il en découle une objectivation poussée de la faute par négligence. Elle a pour effet d'écarter la prise en compte de motifs d'excusabilité subjectifs que pourrait faire valoir l'auteur pour se disculper (tels la fatigue, le "stress", les ennuis professionnels ou familiaux), sauf si ces motifs réalisent des causes d'altération du discernement, au sens de l'art. 16 CC[572]. Certes, la jurisprudence ne va pas jusqu'à faire abstraction de circonstances personnelles. Ainsi le jeune âge - qui joue un rôle pour juger de l'existence même du discernement et de la faute - constitue fréquemment un facteur qui tempère la rigueur de "l'approche objective"[573].

En dépit de discussions, la Commission d'étude n'a guère hésité à proposer le maintien du principe de la responsabilité pour faute, tel qu'il est posé à l'art. 41 al. 1 CO[574]. L'art. 48 AP s'inspire très largement de cette disposition. Sur le plan rédactionnel, il y déroge pourtant sur plus d'un point. Tout d'abord, la référence à la "manière illicite" de causer le dommage est superflue, puisque l'illicéité représente une condition générale de l'obligation de réparer[575]. Il en va de même, dans le texte français, du substantif "imprudence", qui est compris dans le concept de négligence[576]. Sur ce point, la règle proposée se borne à indiquer les genres de faute - l'intention et la négligence - sans en désigner les degrés respectifs (le dessein, le dol simple ou éventuel, la faute grave, moyenne ou légère) ; s'agissant du principe même de la responsabilité, ces degrés n'ont guère de portée pratique, puisque la simple négligence, fût-elle légère, entraîne

---

570 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 141 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 169 ss ad art. 41 CO ; Werro F., op. cit., (n. 567), p. 57 ss.

571 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 148 s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 36 ss.

572 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 146 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 190 ad art. 41 CO ; Werro F., op. cit. (n. 567), p. 63 ss ; ATF 88 II 452 s. Cf. aussi ATF 69 II 332 ; ATF 77 II 63 ; ATF 81 II 389 ; ATF 111 II 239.

573 ATF 90 II 11 s. ; ATF 102 II 367 s. ; ATF 111 II 90 s.

574 Rapport, op. cit. (n. 39), III/3.1, p. 23.

575 Cf. supra 2.1.1, 2.3.1, 2.3.3.

576 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 83.

l'obligation de réparer[577]. Par ailleurs, le texte mentionne expressément le "comportement" comme fait de rattachement de la responsabilité en cause. Cela s'inscrit dans la volonté des auteurs de l'avant-projet de souligner que la responsabilité pour faute se rattache essentiellement à un acte (ou omission) de la personne humaine, qu'il convient d'apprécier de manière individualisée et concrète. En ce sens, ils entendent "resubjectiviser" la notion de faute. A cet effet, ils proposent à l'art. 48*a* une nouvelle disposition qui définit la négligence, ainsi que les critères généraux propres à en déterminer la mesure.

2.4.2.2 Négligence (art. 48a AP)

Suivant la conception "objectivée" qui prévaut de nos jours - et cela ne concerne à l'évidence que la négligence -, la personne qui n'adopte pas le modèle de conduite qu'on est en droit d'attendre d'un individu "idéal" de sa catégorie commet une faute. De ce point de vue, il est sans importance qu'elle prouve avoir tout fait ce qui était en son pouvoir pour éviter la survenance du dommage. L'appréciation *in abstracto* du chef d'imputation prédomine. A l'extrême, l'élément subjectif de la faute se réduit à la capacité de discernement de l'auteur[578]. Une telle conception dénature la responsabilité en question. Elle a pour effet d'en étendre indûment le champ d'application. C'est à juste titre qu'elle a soulevé en doctrine des critiques pertinentes. On fait notamment valoir que l'objectivation de la négligence évacue l'idée de réprobation qui en constitue pourtant la substance même. Si l'auteur n'est plus admis à invoquer des excuses subjectives, on lui fait en quelque sorte endosser une "responsabilité pour faute sans faute"[579].

Pour les auteurs de l'avant-projet, la dérive que connaît actuellement la responsabilité aquilienne - qui ne s'explique que par le désir d'étendre les droits de la victime - doit être corrigée. Cette correction peut se réaliser en donnant à la notion de négligence un contenu plus subjectif. Cela se justifie d'autant qu'une grande partie des cas qui ne seront pas saisis par la clause régissant la responsabilité pour faute devraient être appréhendés à l'avenir par les deux autres normes générales fondant l'une et l'autre une responsabilité objective, soit la responsabilité pour les auxiliaires d'une part (art. 49 et 49*a* AP) et la responsabilité pour risque d'autre part (art. 50 AP)[580]. C'est à un tel but que tend l'art. 48*a* AP. A cet effet, l'al. 1 définit la négligence comme l'inobservation de la diligence commandée par les circonstances et par la situation individuelle de l'auteur du dommage. L'al. 2 précise que la diligence requise de ce dernier

---

577 Il faut réserver les règles sur l'étendue de la réparation (art. 52 al. 1 AP). Sur les modalités de la faute, cf. Deschenaux H./Tercier P., op. cit., (n. 51), p. 82 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 191 ss ad art. 41 CO et les références jurisprudentielles citées.

578 Engel P., op. cit. (n. 51), p. 457 s.

579 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 84. Cf. aussi Yung W., op. cit. (n. 17), p. 125 et 127 ; Widmer P., Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, op. cit. (n. 17), p. 296 s., 320 s. ; Fellmann W., Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht, RSJ 1995, p. 46 s. et 50.

580 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.2.2, p. 56 s.

s'apprécie suivant son âge, sa formation, ses connaissances, ainsi que ses aptitudes et qualités.

L'art. 48*a* al. 1 AP s'inspire de l'art. 18 al. 3 CP. Il signifie que la négligence consiste dans un manquement à la diligence et que pour en déterminer l'existence - mais aussi la gravité - le tribunal est tenu de prendre en compte les circonstances objectives de la survenance du préjudice (par exemple, le comportement des protagonistes, la nature de l'activité, les conditions météorologiques, la configuration des lieux, etc.), mais aussi la situation individuelle de la personne recherchée. Ce dernier critère indique clairement que la notion de négligence est subjective et qu'elle s'examine de manière concrète. Le raisonnement revient à opérer dans un premier temps un jugement de valeur objectif, pour se demander si l'auteur s'est conformé au modèle de conduite de sa catégorie (sociale, professionnelle, etc.) ; puis, au besoin, à procéder dans un second temps à un jugement de valeur subjectif, pour s'interroger si l'auteur était effectivement en mesure d'adopter la conduite prédéfinie. Suivant les cas, le comportement de ce dernier peut être objectivement répréhensible, mais subjectivement excusable, au point de ne pas réaliser la faute. Ainsi en est-il lorsqu'il invoque un état de grande fatigue (comme pourrait le faire le chirurgien appelé d'urgence à pratiquer une opération en fin de soirée) ou un état de maladie qui ne constitue pas une cause d'altération du discernement. Ainsi en est-il également quand la personne recherchée fait valoir en toute bonne foi qu'elle n'a pas pu prévoir le résultat dommageable - en soi prévisible - en raison de capacités intellectuelles ou caractérielles inférieures à la moyenne[581].

L'al. 2 de l'art. 48*a* AP concrétise l'al. 1, en précisant que la diligence requise de l'auteur du dommage s'apprécie suivant son âge[582], sa formation, ses connaissances, ainsi que ses autres aptitudes et qualités. Cette disposition s'inspire de l'art. 321*e* al. 2 CO, qui tend à alléger la responsabilité du travailleur par la prise en compte de facteurs d'appréciation individualisés. Toutefois, elle permet également de se montrer sévère à l'égard de la personne qui apparaît comme un spécialiste ou un expert, et dont le niveau de diligence qu'on est en droit d'attendre d'elle est à l'évidence supérieur à la moyenne de sa catégorie professionnelle.

2.4.2.3 En cas d'incapacité de discernement (art. 48b AP)

Dans le droit actuel, l'art. 54 al. 1 CO pose une règle d'équité, qui permet de "condamner une personne même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé". On y voit aujourd'hui un cas de responsabilité objective, tout en reconnaissant que ce cas est atypique dans la mesure où il paraît artificiel de le ranger dans les catégories des responsabilités objectives simples ou des responsabilités objectives aggravées[583]. L'art.

---

581 Suivant la conception objectivée de la faute, une partie de la doctrine actuelle réfute un tel motif de disculpation ; cf. Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 148 s. ; Werro F., op. cit. (n. 567), p. 66.

582 Un critère déjà essentiel dans la pratique actuelle ; cf. ATF 90 II 11 s. ; ATF 111 II 90 s.

583 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 8 s. ad art. 54 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 136 s. Cf. aussi Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 18, N. 4 ss ; Keller A., op.

54 al. 1 CO est une règle exceptionnelle[584]. En pratique, il n'a par la force des choses joué qu'un rôle très restreint. Il n'en garde pas moins une indéniable raison d'être, compte tenu de sa fonction sociale. L'art. 48*b* AP en reprend le principe, en soulignant, comme le faisait d'ailleurs déjà l'art. 58 de l'ancien Code fédéral, son caractère exceptionnel.

D'un point de vue systématique, et suivant les propositions de la Commission d'étude, la norme n'est plus considérée comme une "hypothèse autonome de responsabilité"[585]. Si le fait de rattachement de la responsabilité est le comportement de l'auteur, il est malaisé d'en définir le chef d'imputation. L'équité comme telle est un concept trop abstrait pour remplir cette fonction, d'autant que le tribunal dispose ici d'un très large pouvoir d'appréciation. Il paraît dès lors préférable de concevoir l'art. 48*b* AP comme une exception à la responsabilité pour faute. Cette exception permet de renoncer à la condition de capacité de l'auteur du dommage et par conséquent au chef d'imputation de la faute (subjective). Il n'en demeure pas moins que cette disposition n'est appelée à jouer un rôle que dans le champ d'application de la responsabilité pour faute, et non dans celui des responsabilités objectives[586]. Le tribunal ne devrait l'appliquer qu'avec retenue.

Pour ce qui touche l'application de la règle, on peut s'en remettre aux principes qu'en ont dégagés pour l'art. 54 al. 1 CO la doctrine et la jurisprudence. Les conditions générales de la responsabilité doivent être réunies[587], de même que les conditions spécifiques, soit l'élément objectif de la faute[588] et l'altération de la capacité de discernement de la personne recherchée. Parmi les circonstances à prendre en considération, c'est la situation économique des parties qui prédomine, comme le souligne expressément le texte proposé[589].

L'art. 54 al. 2 CO vise le cas où l'auteur du fait dommageable est frappé d'une incapacité passagère de discernement (due par exemple à la consommation de drogue ou d'alcool). S'il s'est mis dans cet état par sa faute (qui est présumée), il répond du préjudice ainsi causé à autrui. Il s'agit d'un cas de responsabilité pour faute, au sens de l'actuel art. 41 al. 1 CO, sous la réserve d'un renversement du fardeau de la preuve[590]. La faute se rapporte à l'altération de la capacité de discernement, et non pas au fait dommageable lui-même. Elle

---

cit. (n. 10), p. 37. Dans l'ATF 103 II 335, le TF a parlé des "risques que présente pour autrui l'état de la personne incapable de discernement".

584 Cf. art. 18 CC.

585 Widmer P., op. cit. (n. 563), p. 1092. Cf. aussi Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.2.3, p. 57.

586 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 137.

587 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 18, N. 44 ss.

588 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 18, N. 20 et 47 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 17 ad art. 54 CO.

589 Ce facteur joue un rôle déterminant dans le droit actuel. De l'avis du TF, la présence d'un assureur de la responsabilité civile doit être prise en compte (ATF 103 II 336) ; cette opinion ne fait pas l'unanimité ; cf. sur ce point Werro F., op. cit. (n. 567), p. 153 ss.

590 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 10 et § 18, N. 88 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 59 ad art. 54 CO ; ATF 103 II 335.

consiste dans l'acceptation - par intention ou par négligence - du risque de ne plus être en mesure de contrôler ses actes. Suivant la proposition de la Commission d'étude, les auteurs de l'avant-projet suggèrent de supprimer la règle particulière posée à l'art. 54 al. 2 CO, jugée superflue. C'est un cas de *l'actio libera in causa*, qui tombe sous le coup de la norme générale de responsabilité pour faute[591]. La preuve du comportement fautif pourra certes poser parfois des difficultés à la personne lésée[592]. Il en va de même d'ailleurs quand cette dernière doit établir l'existence d'une faute pour omission. Il convient pourtant de rappeler l'existence d'une nouvelle disposition prévue par l'avant-projet, qui en la matière donne au tribunal la liberté d'appréciation et d'administration[593]

2.4.3 Responsabilité pour les auxiliaires (art. 49 et 49a AP)

2.4.3.1 La situation actuelle

A l'instar des législations étrangères[594], le droit suisse institue une responsabilité particulière à l'encontre de la personne qui recourt aux services d'autrui dans son propre intérêt. L'art. 55 al. 1 CO énonce en effet que l'employeur est responsable du dommage causé par ses travailleurs et ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire. Cette disposition a repris, sans modification majeure, l'art. 62 de l'ancien CO. A l'origine, on y voyait une responsabilité aquilienne avec présomption de faute. Dès le début du siècle, le TF s'est pourtant mis à interpréter la preuve libératoire dans un sens objectif[595]. La raison de cette évolution tient sans doute à l'absence - jusqu'en 1933 - d'une réglementation régissant spécialement la responsabilité du détenteur de véhicule à moteur[596]. Depuis des décennies, la nature juridique de la responsabilité prévue à l'art. 55 CO n'est plus discutée[597]. Autrement dit, l'obligation faite à l'employeur de réparer le préjudice causé à un tiers ne dépend pas d'une faute de sa part (ni d'ailleurs d'une faute de l'auxiliaire), mais de la seule violation - présumée - d'un devoir de diligence. Cette obligation appartient à la catégorie des responsabilités objectives simples[598]. Le fait de rattachement réside dans une situation déterminée, où une personne exerce sur une autre un certain pouvoir, dont elle retire un intérêt. D'où la nécessité d'un rapport de subordination entre l'une et l'autre, qui le plus souvent est de

---

591 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.2.3, p. 59. Cf. aussi art. 12 CP.

592 Werro F., op. cit. (n. 567), p. 158 s.

593 Cf. art. 56*c* AP, infra 2.9.4.2.

594 Cf. par exemple art. 1384 al. 1 et 5 CC français, art. 2049 CC italien, art. 1315 ABGB, § 831 BGB.

595 ATF 34 II 270.

596 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 20, N. 2.

597 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 20, N. 2 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 31 s. ad art. 55 CO ; ATF 90 II 90 ; ATF 95 II 97 ; ATF 97 II 223.

598 Cf. supra 2.4.1.

nature économique. Ce rapport peut être basé sur le droit public, en la forme d'une activité qui ne relève pas de la puissance publique, au sens de l'art. 43*a* AP. Il peut être de droit privé, fondé ordinairement sur un contrat de travail, voire exceptionnellement sur un mandat, un contrat d'agence ou un bail, ou encore sur une simple relation de fait[599]. C'est dire que la notion d'employeur (et par conséquent celle d'auxiliaire) ne saurait se définir pour elle-même, mais seulement par rapport à une situation déterminée. Ce qui est déterminant, c'est le pouvoir conféré à l'employeur de donner à l'auxiliaire des instructions et de pratiquer sur lui une surveillance. Il est à cet égard sans importance que ce pouvoir soit exercé directement par l'employeur (par lui-même comme personne physique ou, lorsqu'il s'agit d'une personne morale, par ses organes) ou indirectement par le truchement d'intermédiaires, tel le fondé de pouvoir d'une compagnie d'assurance ou le contremaître d'une entreprise de construction.

La sévérité de la responsabilité instituée à l'art. 55 CO s'explique par diverses raisons. On fait traditionnellement valoir qu'en utilisant les services d'un tiers, l'employeur accroît les risques que son activité représente pour autrui, ce qui est discutable quand l'auxiliaire est choisi pour sa compétence particulière. On avance également que, d'un point de vue patrimonial, l'auxiliaire serait le plus souvent en peine de répondre des conséquences financières de ses actes dommageables, ce qui est contestable dans tous les cas - et ce sont les plus nombreux - où la responsabilité personnelle de l'auxiliaire est couverte par l'assurance de l'entreprise qui l'emploie. En réalité, l'argument prépondérant est d'ordre économique et se rapporte au sujet même de la responsabilité. Il repose sur l'idée généralement bien comprise que la personne qui recourt à un tiers pour exécuter telle activité doive *a priori* en supporter elle-même les conséquences[600]. En clair, le chef d'imputation de la responsabilité réside dans la justification d'une compensation des coûts et des profits.

S'agissant de l'application de l'art. 55 CO, la jurisprudence a posé des exigences de plus en plus sévères à la preuve de la diligence objective, en particulier à la preuve du devoir d'instructions (jugé d'ailleurs souvent *ex post*, et non *ex ante* comme il se devrait)[601]. Dans deux arrêts rendus il y a une dizaine d'années, qui se prononçaient sur la responsabilité de l'employeur-producteur, le TF est allé si loin qu'il en vient pratiquement à priver la personne recherchée de toute faculté libératoire[602]. Pour lui, il ne suffit plus que l'employeur établisse qu'il a choisi de manière judicieuse ses auxiliaires, qu'il les a surveillés correctement et qu'il leur a donné les instructions nécessaires, mais il doit au surplus prouver qu'il a veillé à une organisation rationnelle de son entreprise. En ce qui concerne en particulier la fourniture de produits, il est tenu d'établir qu'il a procédé à un contrôle final susceptible de supprimer les défauts ou que, si ce

---

599 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 20, N. 64 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 7 s. ad art. 55 CO et les références jurisprudentielles citées.

600 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 20, N. 11 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 97.

601 Cf. par exemple ATF 95 II 107 ; ATF 96 II 32 s. Cf. aussi Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 49 ad art. 55 CO.

602 ATF 110 II 462 ss ; ATF 14 mai 1985, publié in JT 1986 I 571 ss.

contrôle ne peut être exigé de lui, il a opté pour un mode de fabrication qui exclut les défauts et donc les risques de préjudices à des tiers. Cette jurisprudence a donné lieu à de multiples critiques[603]. Celles-ci n'ont pas tellement visé l'objectif atteint qui, en l'absence à l'époque d'une législation ad hoc, avait pour effet d'assurer une meilleure protection du consommateur ou de l'utilisateur d'un produit défectueux. Les critiques ont plutôt touché la manière - quasi prétorienne - d'atteindre l'objectif en question, par une sollicitation extrême, voire excessive, du texte contenu à l'art. 55 al. 1 CO. A suivre le TF, cette disposition oblige l'employeur à répondre dès qu'il a commis un auxiliaire à l'exécution d'un travail, la survenance d'un dommage durant ce travail faisant présumer une organisation défaillante. Une telle interprétation revient à "absolutiser le caractère causal de sa responsabilité"[604], à en faire une sorte de responsabilité pour le résultat ou, plus concrètement, une responsabilité du fait de l'organisation. S'agissant de la preuve libératoire, cette interprétation conduit à gommer la différence entre les solutions prévues aux art. 55 et 101 CO[605]. Pour ce qui touche notamment les personnes morales, elle aboutit pratiquement à supprimer la distinction entre l'acte de l'organe et celui de l'auxiliaire, par le fait que la violation du devoir de diligence pourrait finalement être imputable à l'entreprise même si l'exécution du travail - notamment la fabrication ou la distribution du produit - n'avait pas été confiée à un auxiliaire[606].

2.4.3.2 Propositions de réforme

Au cours de ce siècle, l'art. 55 CO a certainement perdu de son importance. Cette évolution tient d'une part à l'introduction de dispositions spéciales instituant une responsabilité objective - peu importe alors que le comportement du sujet ou celui de son auxiliaire soit à l'origine du dommage, ce qu'énonce expressément l'art. 51 AP. Elle tient d'autre part au fait que la responsabilité personnelle de l'auxiliaire est souvent couverte par l'assurance de l'entreprise ; le cas échéant, la question de la responsabilité de l'employeur ne se pose guère. Il n'empêche que la règle prévue à l'art. 55 CO garde incontestablement sa raison d'être, eu égard à sa signification très symbolique qu'on exprime parfois par l'image du "bras prolongé"[607]. A cela s'ajoute sa vocation de mettre en oeuvre une responsabilité pour le fait d'autrui dans tous les cas où une clause spéciale de responsabilité objective ne trouve pas application. Aujourd'hui déjà, la norme est donc à la fois générale et subsidiaire.

Les auteurs de l'avant-projet suggèrent de maintenir la règle traditionnelle de l'art. 55 al. 1 CO, en renonçant à la terminologie qui évoque trop étroitement le contrat de travail ("employeur", "travailleurs", "travail") et en adoptant une formulation plus explicite de la preuve libératoire. Ils proposent au surplus d'an-

---

603 Cf. notamment Gauch P., in : DC 1986, p. 67 s. ; Chaudet F., in : JT 1986 I 568 ss ; Widmer P., in : recht 1986, p. 50 ss.

604 Chaudet F., op. cit. (n. 603), p. 569.

605 Keller A., op. cit. (n. 10), p. 150 s. Cf. aussi supra 2.2.2.5.

606 Gauch P., op. cit. (n. 603), p. 68 ; Keller A., op. cit. (n. 10), p. 151.

607 Cf. supra 2.4.3.1.

crer dans la loi, en parallèle, le principe d'une responsabilité du fait de l'organisation, qui serait plus rigoureuse mais applicable aux seules personnes qui exploitent une entreprise comportant des activités de nature économique ou professionnelle. D'une certaine manière, le nouveau Code civil néerlandais opère également une distinction de ce genre[608]. A cet effet, les art. 49 et 49*a* AP régissent l'un et l'autre la responsabilité pour les auxiliaires, sous la forme de deux clauses générales qui se différencient notamment par la personne tenue à réparation et par les exigences plus ou moins sévères qui sont mises à la preuve libératoire. Dans l'une et l'autre hypothèses, il s'agit d'une responsabilité objective simple, qui suppose la violation - présumée - d'un devoir de diligence[609].

Les raisons qui fondent l'introduction d'une clause générale de responsabilité du fait de l'organisation sont multiples. Elles avaient déjà été prises en compte par la Commission d'étude[610]. Il y a d'abord le constat que la règle instituant la responsabilité de l'employeur remonte à une époque où, hormis le cas de quelques grandes manufactures, la production et la distribution de biens et de services étaient principalement artisanales et agricoles. Dans sa teneur actuelle, l'art. 55 CO vise essentiellement le comportement personnel de l'employeur. Il est mal adapté à la structure actuelle de la plupart des entreprises, caractérisée à la fois par la concentration poussée des pouvoirs de décisions et par la division spécialisée du travail. La dérive jurisprudentielle que cette disposition a récemment connue est à cet égard symptomatique de son inadéquation à s'appliquer correctement dans le domaine économique[611]. A ce constat factuel s'ajoutent des opinions doctrinales influentes. Celles-ci se sont notamment exprimées lors du congrès des juristes suisses tenu à Neuchâtel en 1967, qui avait pour thème l'unification du droit de la responsabilité civile. Gilliard préconisait la suppression de la preuve libératoire réservée à l'employeur, dont le maintien "apparaît incompatible avec les exigences de la vie moderne"[612]. Jäggi proposait l'introduction d'une véritable responsabilité du fait de l'organisation ("Organisationshaftung")[613]. Il relevait qu'à côté des risques techniques résultant de certaines activités, il faut mettre en exergue la complexité organisationnelle des entreprises, qui justifie également un régime de responsabilité objective. Dans une entité organisée, en effet, la faute a souvent tendance à s'évaporer. La victime a même parfois des difficultés à attribuer le fait dommageable à tel ou tel membre de l'organisation, comme dans le cas par exemple d'une émission de télévision diffamatoire. Il paraît dès lors légitime qu'elle

---

608 Art. 170 s. du Livre 6 entré en vigueur le 1er janvier 1992.

609 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 17, N. 1 ss ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 43. Cf. aussi supra 2.4.1.

610 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.1, p. 55 et 3.4, p. 69 ss.

611 Cf. supra 2.4.3.1.

612 Gilliard F., op. cit. (n. 32), p. 296.

613 Jäggi P., in : RDS 1967 II 754 ss. Le terme "Organisationshaftung" ou "Haftung für Organisationsverschulden" apparaît aussi dans la littérature étrangère ; cf. ainsi von Bar C., Deliktsrecht, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, II, Cologne 1981, p. 1706 s. et 1716 ss ; Koziol H., Österreichisches Haftpflichtrecht, II, 2ème éd., Vienne 1984, p. 375 ss. Cf. aussi ATF 110 II 462.

puisse s'en prendre à la personne qui exploite l'entreprise, selon un principe déjà admis en droit public dans les systèmes modernes qui réglementent la responsabilité de l'Etat[614]. En somme, c'est comme si l'organisation générait en elle-même un risque (l'inévitable défaillance humaine) qui serait par son intensité comparable à un risque d'une autre nature (l'inévitable défaillance technique) créé par certaines activités auxquelles on rattache une responsabilité objective aggravée. D'où l'opinion avancée en doctrine d'admettre résolument une "responsabilité pour risque d'organisation" ; cette responsabilité ferait abstraction du défaut, lequel "ne serait qu'une forme de matérialisation externe du risque global"[615].

La Commission d'étude n'a pas voulu aller si loin[616]. Elle craignait qu'une responsabilité strictement causale en la matière soit trop sévère pour les petites et moyennes entreprises. Elle voyait en outre d'un bon oeil que la responsabilité du fait de l'organisation obéisse au même régime juridique que celle des produits. En conclusion, elle proposa la création d'une responsabilité objective simple, avec preuve libératoire. Cette responsabilité serait fondée sur l'organisation, plus précisément sur un défaut objectif de l'organisation. Conscients qu'une distinction entre les petites et moyennes entreprises d'une part et les grandes entreprises d'autre part n'était ni opportune ni même possible, les auteurs de l'avant-projet se sont finalement ralliés à la proposition de la Commission d'étude. Ils optent pour la création d'une clause générale de responsabilité pour les auxiliaires, qui s'applique aux entreprises comportant des activités de nature économique ou professionnelle, toutes catégories et formes confondues. En ce sens, l'art. 49*a* AP constitue indubitablement une innovation, qui est à mettre en parallèle avec la nouvelle clause générale de responsabilité pour risque (art. 50 AP). Sur le fond, il codifie, mais aussi généralise la jurisprudence rendue sous l'empire de l'actuel art. 55 CO, en l'étendant, au-delà de la production et de la distribution des biens, aux activités de services fournis par les entreprises. Cette orientation correspond d'ailleurs à une tendance générale du droit européen, qui s'est récemment concrétisée dans une proposition de directive de la Commission de l'Union européenne sur la responsabilité du prestataire de services[617]. Au plan interne, l'art. 49*a* AP contribuera à l'unification du droit de la responsabilité, dans la mesure où il se rapproche de la règle contractuelle prévue à l'art. 101 CO et des régimes de responsabilité institués par le droit public.

2.4.3.3 La responsabilité pour les auxiliaires : en général (art. 49 AP)

Selon l'art. 49 AP, la personne qui recourt à un auxiliaire est tenue de réparer le dommage causé par ce dernier dans l'accomplissement de sa tâche, à moins de prouver qu'elle a pris, dans le choix, dans l'instruction et dans la surveillance de cet auxiliaire, toutes les mesures appropriées pour éviter la surve-

---

614 Cf. supra 2.2.3.1.

615 Widmer P., Responsabilité du fait des produits et responsabilité du fait de l'organisation, in Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Bâle 1992, p. 353 s.

616 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.4, p. 69 ss.

617 Cf. J.O.C.E., N° C 12/8 du 18 janvier 1991.

nance du dommage. Cette disposition reprend, dans le principe, la règle énoncée aujourd'hui à l'art. 55 al. 1 CO. Elle en limite pourtant le champ d'application aux préjudices qui n'ont pas été causés dans le cadre d'une "entreprise comportant des activités de nature économique ou professionnelle", selon les termes de l'art. 49*a* AP. En se sens, le critère de délimitation entre les art. 49 et 49*a* AP est négatif.

Le sujet de la responsabilité instituée à l'art. 49 AP est la personne qui recourt aux services d'autrui pour l'accomplissement d'une tâche exécutée dans son propre intérêt. Selon les limites posées plus haut, cette tâche sera souvent liée à l'activité domestique, comme peut l'être le travail confié à une aide familiale, à un jardinier ou à un adolescent qu'on envoie par exemple faire une course avec un cyclomoteur, ou encore à un ami chargé de transporter du mobilier lors d'un déménagement. Cette tâche sera également en rapport avec une activité de loisirs, telle peut l'être l'organisation d'un concert par des musiciens non professionnels ou la préparation d'une équipe par l'entraîneur d'un club de football amateur. Cette tâche pourra enfin être en relation avec toute autre activité qui ne s'inscrit pas dans le cadre d'une entreprise comportant des activités de nature économique ou professionnelle, comme c'est le cas d'une réunion politique mise sur pied par un parti ou du ramassage du papier par les enfants d'une école communale[618]. Encore faut-il qu'il existe entre la personne recherchée et l'auxiliaire un rapport de subordination, peu importe la durée de ce rapport, peu importe aussi sa nature juridique (contractuelle, familiale, purement factuelle)[619].

S'agissant des conditions de la responsabilité, l'art. 49 AP exige évidemment la réunion de celles dites générales, soit le dommage, l'illicéité et le rapport de causalité (entre l'acte de l'auxiliaire et le dommage)[620]. La faute n'en est pas une. Si néanmoins une faute - considérée comme additionnelle[621] - peut être reprochée au sujet de la responsabilité, elle ne saurait conduire à une réduction des dommages-intérêts du fait de sa légèreté[622]. Elle jouera cependant un rôle quand la victime se voit imputer un motif de réduction de l'indemnité (sa propre faute, par exemple) ; dans cette éventualité, ce motif pèsera moins lourdement que si la personne recherchée - ou son auxiliaire - n'avait pas commis de faute ; autrement dit, il y a lieu d'opérer une compensation partielle des fautes[623]. Aux trois conditions générales s'ajoute une quatrième, qui est spécifique : l'auxiliaire doit avoir causé le dommage "dans l'accomplissement de sa tâche". Cette condition s'interprète extensivement de nos jours. Néanmoins, une simple relation de temps et de lieu ne suffit pas. Il faut un rapport de connexité fonctionnel, selon l'expression utilisée dans l'application de l'art. 55 al. 1

---

618 Spiro K., Zur Haftung für Schülerunfälle, in : Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Bâle 1985, p. 356.

619 Cf. supra 2.4.3.1.

620 Cf. supra 2.3.1. Cf. aussi Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 20, N. 97 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 36 ad art. 55 CO.

621 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 20, N. 31.

622 ATF 97 II 228.

623 ATF 88 II 135 ; ATF 116 II 428.

CO comme dans celle de l'art. 101 al. 1 CO[624]. Ce rapport peut exister quand bien même l'auxiliaire s'est écarté des instructions reçues ou même a pris une initiative malheureuse[625]. Le cas échéant, la violation du devoir de diligence est présumée.

Le sujet de la responsabilité est habilité à se libérer s'il prouve qu'il a pris, dans le choix, dans l'instruction et dans la surveillance de l'auxiliaire, toutes les mesures appropriées pour éviter la survenance du dommage. Les auteurs de l'avant-projet ont jugé qu'il était utile que la clause générale de responsabilité pour les auxiliaires précise expressément les trois devoirs classiques de diligence, afin de souligner la différence entre la preuve libératoire traditionnelle énoncée à l'art. 49 AP et celle plus sévère prévue à l'art. 49*a* AP. Pour le reste, il suffit de renvoyer aux principes qui ont été dégagés de l'application de l'art. 55 al. 1 CO. On rappellera que la diligence de la personne recherchée s'apprécie à la fois concrètement, en considération notamment de la nature de la tâche confiée et des aptitudes de l'auxiliaire, et objectivement, par référence au modèle de la catégorie sociale en cause. A cet égard, il n'y a pas lieu de tenir compte ici de la situation individuelle de la personne recherchée, en particulier de motifs d'excuse subjectifs, comme l'extrême fatigue, la maladie ou même l'incapacité de discernement. De tels motifs ne peuvent en effet entrer en ligne de compte que pour l'appréciation de la faute[626]. Le principe est déjà admis aujourd'hui[627].

Dans le droit actuel, l'employeur est également habilité à se libérer s'il établit que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire (art. 55 al. 1 *in fine* CO). Cette preuve libératoire est liée à la causalité juridique. Elle révèle que l'application de la règle est subordonnée à l'existence d'un double rapport de causalité : entre l'acte de l'auxiliaire et le dommage d'une part (ici, le rapport doit être prouvé) ; entre la violation du devoir de diligence et le dommage d'autre part (là, le rapport est présumé). Autrement dit, le défaut de diligence doit être causal du préjudice. Il devient sans objet dans le cas où le préjudice serait de toute façon survenu. Ainsi en est-il lorsque le fait dommageable était objectivement imprévisible, engendré par une cause extérieure qui a joué un rôle prépondérant, ou lorsque l'auxiliaire a agi de manière correcte[628]. Cette dernière précision démontre que l'application de la norme suppose que l'auxiliaire se soit écarté sans raison valable du comportement "standard" qu'on était en droit d'attendre d'une personne avisée ; en bref, il doit avoir commis une faute objective. Si tel n'était pas le cas, le rapport de causalité entre la violation du devoir de diligence imputable à l'employeur et le dommage ne serait juridique-

---

624 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 20, N. 88 ss ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 103 s. ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 21 ss ad art. 55 CO ; ATF 90 II 17 ; ATF 98 II 292.

625 ATF 95 II 106.

626 Cf. art. 48*a* AP, supra 2.4.2.2.

627 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 20, N. 3 et 125 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 105 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 46 ad art. 55 CO.

628 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 20, N. 107 et 146 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 93 ss ad art. 55 CO.

ment plus significatif[629]. Ces considérations ont amené la doctrine à reconnaître que la seconde preuve libératoire de l'art. 55 al. 1 CO est inutile, parce qu'elle va de soi et qu'elle est en fait déjà couverte par la preuve de la diligence[630]. Les auteurs de l'avant-projet proposent d'y renoncer.

2.4.3.4 La responsabilité pour les auxiliaires : dans les entreprises (art. 49a AP)

Selon l'art. 49*a* AP, la personne qui, pour exploiter une entreprise comportant des activités de nature économique ou professionnelle, recourt à un ou plusieurs auxiliaires, est tenue de réparer le dommage causé dans le cadre de ces activités, à moins de prouver que l'organisation de l'entreprise était apte à éviter la survenance du dommage. Cette disposition institue une responsabilité du fait de l'organisation dans les entreprises, qui est plus rigoureuse que la responsabilité pour les auxiliaires prévue par la clause générale de l'art. 49 AP. Elle réserve cependant une preuve libératoire.

Le sujet de la responsabilité instituée à l'art. 49*a* AP est la personne qui exploite une entreprise comportant des activités de nature économique ou professionnelle et qui, à cet effet, recourt aux services d'un ou de plusieurs auxiliaires. Il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale, y compris d'une corporation ou d'un établissement de droit public[631]. La notion d'entreprise suppose une structure, dans laquelle s'insère, ne serait-ce qu'occasionnellement, le rapport caractéristique de subordination qui lie le sujet de la responsabilité et l'auxiliaire[632]. C'est dire que l'art. 49*a* AP ne trouve en principe pas application quand le fait dommageable est l'oeuvre d'un entrepreneur individuel qui travaille seul (un artisan, par exemple). Quant à la notion d'activités de nature économique ou professionnelle, elle sera entendue extensivement, d'une part en raison de la complexité qu'entraîne sa qualification[633], d'autre part du fait de l'objectif que poursuit l'art. 49*a* AP d'assurer une meilleure protection à la victime. De manière générale, cette notion n'implique aucunement que l'entreprise doive s'inscrire au registre du commerce. Elle ne suppose pas non plus forcément l'exercice d'une activité purement et pleinement économique ou professionnelle, ce double critère pouvant, selon les circonstances, s'appliquer cumulativement ou alternativement. Ainsi l'exigence d'une activité de nature économique est certes réalisée dans le cas des entreprises qui épousent une forme commerciale et visent à faire des profits, mais aussi dans le cas d'une fondation qui gère un restaurant et des chambres pour des étudiants ou même d'une association à but idéal qui utilise régulièrement - c'est-à-dire non occasionnellement - des moyens économiques pour y tendre,

---

629 Keller A., op. cit. (n. 10), p. 150 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 41 ad art. 55 CO.

630 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 20, N. 153 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 92 ad art. 55 CO ; von Tuhr A./Peter H., op. cit. (n. 51), p. 449 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 106.

631 Cf. supra 2.2.3.

632 Cf. supra 2.4.3.1. et 2.4.3.3.

633 Cf. ATF 90 II 336 s.

comme c'est le cas d'une institution de bienfaisance qui organise des manifestations (kermesses, loteries, spectacles) et collectes publiques pour obtenir des fonds. De même, l'exigence d'une activité de nature professionnelle est réalisée par l'activité typique que déploient un syndicat de travailleurs, une caisse-maladie ou une collectivité publique. Peuvent de ce fait tomber sous le coup de l'art. 49*a* AP toutes sortes d'entités organisées, comme le sont une compagnie d'assurance ou un chantier naval, une société exploitant une banque de données ou un parking collectif, une entreprise agricole ou de presse, un club de football qui engage des joueurs professionnels et organise des rencontres[634], un laboratoire de recherches, un hôpital ou un cabinet médical[635].

Pour ce qui touche les conditions de la responsabilité, il y a lieu de renvoyer aux développements apportés plus haut dans le commentaire de l'art. 49 AP[636], sous deux réserves. La première réserve regarde la condition spécifique de l'obligation de réparer : il faut, mais il suffit, que le dommage soit causé "dans le cadre des activités de l'entreprise". Autrement dit, un rapport de connexité fonctionnel avec une activité de l'entreprise n'est pas exigé ; une simple relation de temps et de lieu (critères cumulés) est suffisante. Cette condition est réalisée lorsque, par exemple, l'ouvrier d'un peintre en bâtiment dérobe le porte-monnaie d'un travailleur de l'entrepreneur général sur un chantier de construction qui occupe l'auteur et la victime. Cette condition n'est en revanche pas réalisée quand l'employé d'une entreprise de construction utilise une des installations sans droit et en dehors des heures de travail[637]. La *ratio legis* découle de la volonté d'élargir autant que possible le champ d'application de la norme. Au fond, elle se justifie par le fait que l'exécution d'une activité de nature économique ou professionnelle par l'auxiliaire augmente le risque que des tiers soient lésés, même de manière délictueuse dans le pire des cas. Il paraît équitable que la personne qui exploite l'entreprise assume *a priori* un tel risque, elle qui est habilitée à prendre des mesures pour le réduire ou le supprimer et qui au surplus est censée retirer un profit du travail fourni par l'auxiliaire. La seconde réserve concerne le fondement de la responsabilité. Ce fondement est l'organisation comme telle de l'entreprise ; plus précisément, c'est le défaut d'organisation, compte tenu de la nature objective simple de la responsabilité instituée à l'art. 49*a* AP[638]. Il implique un fait - au sens large - qui se rapporte à l'organisation de l'entreprise. Tel n'est pas le cas quand le

---

634 La question de l'introduction d'une responsabilité spéciale de la personne qui organise une manifestation de masse sans caractère économique a été examinée lors des travaux de la Commission d'étude ; cf. Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.4.4, p. 72 et VI/1.2, p. 163 ss ; cf. aussi supra 1.2.2.3.1.

635 Dans une certaine mesure, une réponse est ainsi donnée aux interventions parlementaires (cf. Annexe au présent Rapport), qui réclament en ce domaine une responsabilité objective (Question Longet n° 86.704 du 8 octobre 1986, BO CN 1986, p. 2098, et Initiative parlementaire Grendelmeier n° 87.221 du 5 mars 1987, BO CN 1988, p. 867), ainsi qu'aux critiques qui reprochaient à la Commission d'étude de ne pas avoir spécialement examiné cette question (cf. notamment Günter P.Y., La responsabilité du médecin en Suisse, RSJ 1993, p. 98 et 116).

636 Cf. supra 2.4.3.3.

637 ATF 20.958 s.

638 Cf. supra 2.4.3.2.

dommage résulte du seul comportement du chef de l'entreprise, qui ne touche aucunement l'organisation en tant que telle (comme par exemple le médecin qui pose un faux diagnostic). Tel est le cas en revanche lorsque le défaut d'organisation découle du comportement d'un auxiliaire, qui cause un dommage à un tiers en s'écartant objectivement et sans raison valable du modèle de sa catégorie[639] (comme par exemple l'ouvrier couvreur, qui lâche par mégarde une tuile sur un passant). Mais le défaut d'organisation peut aussi se rapporter à la défectuosité technique d'une installation liée d'une manière ou d'une autre à l'organisation de l'entreprise. Ainsi en est-il quand l'installation est fabriquée ou est utilisée dans la production de biens. Dans cette dernière éventualité, la responsabilité visée ici prend l'allure d'une responsabilité pour les choses (même non dangereuses), comme le constatait déjà la Commission d'étude[640]. Le champ d'application de la norme s'en trouve opportunément élargi. L'art. 49*a* AP permettra en effet d'appréhender la réparation de dommages qui ne résultent pas forcément du comportement d'un auxiliaire de l'entreprise. Il couvrira également les dommages qui ne tombent pas sous le coup de la législation spéciale régissant la responsabilité du fait des produits. Il en va ainsi par exemple lorsqu'un produit défectueux n'a pas été mis en circulation (art. 5 al. 1 lit. a LRFP) ou lorsqu'il provoque des dégâts à des choses utilisées à des fins commerciales ou professionnelles (art. 1 al. 1 lit. b LRFP *a contrario*)[641].

S'agissant enfin des preuves, la personne lésée devra établir que son dommage a été causé dans le cadre d'une activité de l'entreprise recherchée. En revanche, elle ne sera pas tenue de prouver le défaut d'organisation, c'est-à-dire le comportement objectivement fautif de telle ou telle personne liée d'une manière ou d'une autre à l'entreprise - qu'il s'agisse d'un organe ou d'un auxiliaire -, ni la défectuosité technique d'une installation. Cette présomption - simple - se fonde sur le texte de la règle en cause (... "à moins de" ...). Comme à l'actuel 55 CO, qui suppose la violation présumée d'un devoir de diligence, elle trouve une justification dans la nature juridique de la responsabilité et dans le souci d'épargner à la victime de devoir établir un défaut d'organisation dans une entreprise qu'elle n'est pas censée connaître[642]. C'est en somme comme si la survenance d'un dommage résultant de l'activité de l'entreprise apparaissait comme un indice significatif d'un défaut d'organisation.

La personne responsable en vertu de l'art. 49*a* AP peut se libérer en prouvant que l'organisation de l'entreprise était apte à éviter la survenance du dommage. Elle devra tout d'abord établir que les trois devoirs classiques de diligence, qui constituent en quelque sorte le seuil des exigences dans la relation particulière avec l'auxiliaire, ont été respectés - pour autant, évidemment, que le fait dommageable soit attribuable à un auxiliaire. Cela implique d'apporter la preuve que le choix de l'auxiliaire a été judicieux (compte tenu notamment de sa per-

---

639 Cf. supra 2.4.3.3.

640 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.4.1, p. 70.

641 On citera à titre d'exemple l'arrêt dit de la "friteuse" électrique vendue à un restaurateur, dont le mauvais fonctionnement du thermostat avait provoqué un incendie du bâtiment abritant l'établissement (ATF 90 II 86).

642 Widmer P., op. cit. (n. 615), p. 356.

sonnalité et de ses aptitudes, ainsi que de la nature du travail confié)[643], que les instructions nécessaires ont été fournies (y compris la mise à disposition des moyens d'exécution, tels les outils, machines, matériaux, plans, modes d'emploi)[644] et qu'une surveillance efficace a été exercée (ce qui englobe en particulier la vérification que les instructions données ont été suivies)[645]. La preuve libératoire nécessite au surplus de démontrer que l'organisation de l'entreprise, comme telle (c'est-à-dire dans sa globalité et dans ses structures) était exempte de défaut. Cela oblige la personne recherchée à établir que l'exploitation de l'entreprise est conforme à l'autorisation délivrée et respecte les prescriptions administratives, que la division verticale et horizontale du travail est rationnelle, qu'un système général et au besoin sectoriel d'information du personnel est pratiqué, que le processus de fabrication et de distribution des produits ou de fourniture des services offre une sécurité maximale ou sinon fait l'objet d'un contrôle final, que la défectuosité technique affectant telle installation ne pouvait être décelée au regard des connaissances du moment, bref que toutes les mesures qu'on était en droit d'attendre raisonnablement d'elle pour éviter la survenance d'un dommage ont été prises.

2.4.3.5 Rapports avec d'autres dispositions

La responsabilité de la personne tenue en vertu de l'art. 49 ou de l'art. 49*a* AP n'exclut pas celle de l'auxiliaire selon l'art. 48 AP. Dans le droit actuel, l'art. 55 al. 2 CO confère à l'employeur qui a indemnisé la victime une prétention récursoire contre l'auteur du dommage. Pour la doctrine dominante[646], ce recours résulte des dispositions sur le concours d'actions (art. 51 al. 2 CO). L'art. 55 al. 2 CO est superflu. En conséquence, les auteurs de l'avant-projet suggèrent de renoncer à cette règle. Ils soulignent également qu'ils n'ont pas retenu une thèse de la Commission d'étude, qui proposait que la victime doive s'en prendre exclusivement à la personne responsable en vertu de l'art. 49 ou de l'art. 49*a* AP, selon le système de canalisation prévu dans les régimes modernes de responsabilité de l'Etat[647]. Les raisons tiennent d'une part au fait que l'action contre l'auxiliaire est rare en pratique et d'autre part au motif qu'une brèche dans le principe du concours de responsabilités péjorerait de manière injustifiée les droits de la personne lésée.

Dans le droit actuel, on admet que l'art. 55 al. 1 CO constitue une norme générale, qui est d'application subsidiaire par rapport aux dispositions qui instituent une responsabilité objective[648]. Il devrait en aller de même à l'avenir pour les art. 49 et 49*a* AP. En particulier, l'art. 49*a* AP cède le pas à l'art. 50 AP, lorsque

---

643 ATF 67 II 27 ; ATF 80 II 251.

644 ATF 97 II 224 s. ; ATF 102 II 85 s.

645 ATF 72 II 263 s. ; ATF 110 II 461.

646 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 98 ; Keller M./Gabi S., op. cit. (n. 51), p. 164 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 108 ad art. 55 CO et les réf. cit..

647 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.4.6, p. 73 s.

648 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 20, N. 1 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 98 ss ad art. 55 CO.

le dommage est dû à la réalisation du risque caractérisé d'une activité spécifiquement dangereuse exploitée dans une entreprise. Il paraît inutile de poser ce principe dans la loi[649].

2.4.4 Responsabilité pour risque (art. 50 AP)

2.4.4.1 L'évolution jusqu'à nos jours

Comme on a eu l'occasion de le montrer dans l'introduction[650], le droit suisse de la responsabilité civile s'est développé essentiellement sur trois voies, dont deux sont principalement jurisprudentielles.

La première voie est celle de la responsabilité aquilienne classique fondée sur la faute. Ce principe est resté le critère prédominant - du moins sous un aspect doctrinal et théorique ; mais son évolution, à partir de la fin du XIXème siècle, a été caractérisée (comme dans la plupart des systèmes comparables) par une très nette tendance à apprécier de façon toujours plus sévère les devoirs de diligence qui en constituent la base. L'élément déterminant de cette évolution est l'objectivation progressive de la notion même de faute. Ce courant a entraîné une désagrégation de la délimitation entre faute et illicéité[651], qui se manifeste notamment dans le triomphe du "*Gefahrensatz*" *(principe du danger créé)*[652] - un concept d'ailleurs très proche des "*Verkehrssicherungspflichten*" du droit allemand[653] comme de la "*duty of care*" en common law[654]. D'autre part, l'érosion du fondement subjectif a été renforcée par la théorie de la causalité adéquate dans la mesure où celle-ci prend comme point de départ le "pronostic objectif rétrospectif"[655] ; et c'est bien dans ce sens qu'elle est appliquée par le TF.

Tous ces différents "expédients", conjugués avec une tendance générale à faciliter la preuve jusqu'à en renverser le fardeau de manière plus ou moins dissimulée, visent finalement le même but ou procèdent du même souci : obte-

---

649 Cf. Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.4.1, p. 69 et 3.4.5, p. 72 s.

650 Supra 1.1.

651 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 134 ss et 142 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 43 ad art. 41 CO ; Giger H., Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrechts, Fribourg 1982, p. 369 ss ; Fellmann W., Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, RDS 1987 I p. 339 ss ; Weber R.H., Sorgfaltswidrigkeit - quo vadis?, RDS 1988 I p. 39 ss. Cf. aussi supra 2.4.2.1.

652 Supra 1.1.1.2 et 2.3.3.3 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 26 ss ; Brehm R. op. cit. (n. 51), n. 51 ad art. 41 CO ; Deschenaux/Tercier, op. cit. (n. 51), p. 75 s. ; Widmer P., Gefahren des Gefahrensatzes, op. cit. (n. 17), p. 289 ss.

653 Kötz H., Deliktsrecht, 4ème éd., Francfort 1988, n. 232 ss ; Furgler K.J., Die Verkehrssicherungspflicht im schweizerischen Haftpflichtrecht, thèse Fribourg 1978.

654 Markesinis B.S./Deakin S.F., Tort law, 3ème éd., Oxford 1994, p. 76 ss ; Weir T., A casebook on tort, 7ème éd., Londres 1992, p. 12 ss et 29 ss ; Zweigert K./Kötz H., Einführung in die Rechtsvergleichung, 2ème éd., Tübingen 1984, vol. II, p. 347 ss ; Tunc A., op. cit. (n. 83), p. 63 ss.

655 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 76 s ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 122 ad art. 41 CO ; Widmer P., Standortbestimmung , op. cit. (n. 17), p. 320 s. ; supra 1.1.1.2.

nir, sur la base de la responsabilité pour faute, des résultats socialement satisfaisants dans un monde empreint du progrès technique et toujours plus complexe. Afin d'atteindre cet objectif, on admet la réparation des préjudices provoqués par les risques accrus résultant d'une telle évolution, et cela même dans des cas où l'imputation du dommage n'aurait plus été possible si l'on s'en était tenu à une notion subjective de la faute fondée sur un reproche individuel à l'encontre de la personne responsable.

La deuxième voie est étroitement liée à la première. C'est celle qui prend son essor à partir des normes particulières de responsabilité instituées par le Code civil et le Code des obligations et que l'on a l'habitude de rassembler sous la dénomination de *responsabilités causales simples, ordinaires ou atténuées (einfache, gewöhnliche, milde Kausalhaftungen)*[656]. Il s'agit notamment de la responsabilité du chef de famille (art. 333 CC), de celle du propriétaire d'immeuble (art. 679 CC), de l'employeur (art. 55 CO), du détenteur d'animal (art. 56 CO) et du propriétaire d'ouvrage (art. 58 CO)[657]. La parenté de ces normes avec la responsabilité pour faute est le plus sensible dans les trois dispositions qui prévoient, dans des termes presque identiques, une preuve libératoire en faveur de la personne responsable. Le chef de famille, l'employeur et le détenteur d'animal peuvent en principe échapper à la responsabilité, en démontrant qu'ils ont pris toutes les mesures et observé toute la diligence commandées par les circonstances (dans la surveillance et l'éducation des mineurs ou animaux qui dépendent d'eux, et, s'agissant de l'employeur, dans le choix, l'instruction et le contrôle des auxiliaires ainsi que dans l'organisation rationnelle de son entreprise)[658]. Tout comme les responsabilités des propriétaires d'immeuble et d'ouvrage (où la relation avec la faute est moins visible parce que dissimulée sous l'exigence d'un *excès du droit de propriété* ou d'un *vice de construction ou défaut d'entretien*), ces trois responsabilités fondées sur la diligence objective sont aujourd'hui considérées comme des responsabilités causales, c'est-à-dire indépendantes de toute faute, aussi bien de celle de la personne désignée comme responsable que de l'auteur immédiat du dommage.

Or, cette qualification nouvelle ne remonte qu'à une époque plus ou moins récente[659]. En ce qui concerne plus particulièrement la responsabilité du chef de famille, ce n'est même qu'en 1977 que le TF a admis formellement que l'art. 333 CC instituait une responsabilité causale[660]. A l'origine, les trois hypothèses

---

656 Oftinger K./Stark E.W. op. cit. (n. 27), II/1, § 17, N. 1 ss ; Keller A., op. cit. (n. 10), p. 37 ss ; Deschenaux/Tercier, op. cit. (n. 51), p. 43 et 96 ss. Cf. supra 1.2.2.1.3 et 2.4.1 et infra 3.1.

657 A cette liste, il faut maintenant ajouter la responsabilité spéciale prévue à l'art. 39 de la nouvelle Loi sur la radioprotection (RS 732.0) ainsi que la responsabilité du fait des produits (RS 221.112.944).

658 Cf. supra 2.4.3.1.

659 Sur la métamorphose de l'art. 55 CO, cf. supra 2.4.3.1 et n. 595 et 596.

660 ATF 103 II 24. Cette reconnaissance du caractère objectif de la responsabilité du chef de famille est d'ailleurs motivée essentiellement par la similitude structurelle que présente l'art. 333 CC avec les art. 55 et 56 CO. Et le TF a de plus insisté sur le fait que cette "nouvelle conception" ne devait pas avoir de conséquences pratiques sur l'appréciation

de responsabilité étaient comprises comme des variétés spécifiques de la responsabilité aquilienne, qui s'en distinguaient uniquement par un renversement du fardeau de la preuve. Cependant, comme on vient de le voir, le renversement du fardeau de la preuve est un des facteurs contribuant à la dérive de la faute subjective vers la faute objectivée, ce qui permet de constater que l'évolution dans le domaine des responsabilités causales simples suit en fait la même trajectoire qu'en matière de responsabilité pour faute. Simplement, en partant de dispositions qui consacraient d'emblée une notion de violation présumée de devoirs de diligence déjà très standardisés, cette évolution aboutit à une forme de responsabilité encore plus éloignée du concept traditionnel de la faute - au point même de faire perdre toute importance au problème de la capacité ou de l'incapacité de discernement de la personne responsable. Ce qui reste est une responsabilité dont on pourrait tout au plus voir l'élément caractéristique dans une "irrégularité", élément dont la Commission d'étude a cependant refusé d'admettre qu'il puisse constituer un fondement suffisant de responsabilité sans faute[661]. La quasi-identité du régime de la responsabilité aquilienne objectivée et de celui des responsabilités causales simples est d'ailleurs patente dans l'idée qui a également fait l'objet de discussions au sein de la Commission d'étude et qui aurait consisté à admettre une *responsabilité à raison du fait illicite*[662]. Sous l'aspect du droit comparé, une telle conception revient pratiquement à celle du droit français (art. 1382 CCF), qui ne distingue pas entre faute et illicéité et dont la notion de faute est purement objective[663].

La troisième voie de l'évolution - qui, ici, nous intéresse en premier lieu - est celle du développement des *responsabilités à raison du risque* (ou *pour risque*), appelées aussi *responsabilités causales aggravées (Gefährdungshaftungen)*[664]. Ses débuts remontent à la deuxième moitié du XIXème siècle, et - comme c'est le cas en Suisse - cette brèche dans le dogme de la faute a souvent eu pour origine l'apparition du chemin de fer[665]. On s'est rendu compte

---

(relativement indulgente) de la diligence due par le chef ou la cheffe de famille (ibidem, p. 27, cons. 4) ; cf. supra 1.2.2.3.

661 Rapport, op. cit. (n. 39), III/3.2, p. 25 s. et V/3.1, p. 53 s. ; Keller A., op. cit. (n. 10), p. 38. Supra 1.2.2.1.3 et 2.4.1.

662 Rapport, op. cit (n. 39), III/3.1, p. 23, où il est d'ailleurs précisé qu'une telle responsabilité s'assimilerait pratiquement à la responsabilité causale simple et où l'on constate également que *un pas moins radical (mais dans la même direction) pourrait être fait en généralisant le renversement du fardeau de la preuve relative à la faute.*

663 Viney G., Traité de droit civil (dir. Ghestin J.), vol. IV: Les obligations / La responsabilité: Conditions, Paris 1982, n. 22 ss et 439 ss ; Chabas F., Leçons de droit civil (Mazeaud H. + L./Mazeaud J./Chabas F.), II/1, Obligations / Théorie générale, 8ème éd., Paris 1991, n. 424 ss (spéc. 448). Ceci explique en même temps pourquoi le législateur français a pu admettre sans trop de difficultés que *"Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation"* (art. 489-2 CCF), tandis que notre avant-projet restreint l'actuelle responsabilité des personnes incapables de discernement selon l'art. 54 al. 1 CO à des cas exceptionnels (cf. art. 48*b* AP et supra 2.4.2.3.).

664 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p.43 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 24, N. 1 ss ; Keller A., op. cit. (n. 10), p. 40 ss, Widmer P., Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, op. cit. (n. 17), p. 417 ss.

665 Oftinger K., Hundert Jahre Gefährdungshaftung in der Schweiz, RSJ 1975, p. 215 s.

qu'à la longue on ne pourrait plus sérieusement maîtriser de tels problèmes qualitativement nouveaux en s'inspirant du raisonnement du Tribunal d'appel de Munich qui, en 1861, s'était tiré d'affaire en admettant que *le fait d'exploiter une entreprise de chemin de fer en utilisant des locomotives constitue nécessairement et indissolublement un comportement fautif*[666]. A cette première hypothèse de responsabilité objective sont venues s'ajouter, au fil du progrès technique, une série d'autres responsabilités spéciales, à commencer par celle imposée aux exploitants d'entreprises électriques (1902), en passant par les véhicules à moteur (1932/1958), pour aboutir - à l'état actuel -, *aux entreprises et installations qui présentent un danger particulier pour l'environnement* (1995)[667].

Toutefois, et nonobstant le fait que dans la réalité juridique quotidienne et du point de vue de son importance pratique, la responsabilité objective en matière de circulation routière dépasse, à elle seule et de loin, les cas de responsabilité fondée sur la faute, les normes instituant une responsabilité pour risque continuent à être considérées, tant par la doctrine que par la jurisprudence, comme des exceptions strictement délimitées par rapport au principe général de la responsabilité aquilienne. Il n'est pas exagéré de dire que cette conception de règle et d'exceptions constitue, en droit suisse - comme du reste en droit allemand[668] - un véritable axiome que l'on a jamais éprouvé le besoin de justifier et qui n'a jamais été sérieusement mis en cause ; imprégnés qu'ils étaient de ce principe inébranlable, ni les auteurs ni les tribunaux n'ont osé même songer à s'aventurer sur le chemin de l'analogie[669]. C'est ainsi que dans de nombreux cas où l'on est confronté à une activité qui comporte des dangers quantitativement et qualitativement équivalents à ceux qui ont donné lieu à une responsabilité pour risque dans telle ou telle loi spéciale, mais qui n'est pas directement couverte par une de ces dispositions particulières, on est forcé de recourir à des solutions de fortune. On appliquera donc l'art. 41 CO en construisant une faute objectivée pour les besoins de la cause. Ou bien on se débrouillera en faisant appel à l'une ou l'autre responsabilité causale simple, dont l'énoncé des faits est suffisamment large pour appréhender - avec plus ou moins de torsions et d'artifices - la situation de l'espèce. La jurisprudence (notamment celle relative à l'art. 679 CC et aux art. 55 et 58 CO) offre un riche éventail d'exemples de ce genre. Dans certains cas toutefois, aucune alternative n'est disponible, et

---

666 Seuffert's Archiv 14 (1861) n° 208, p. 354 ss (trad. par les auteurs du Rapport) ; cf. aussi, pour un pendant helvétique, ATF 47 II 408. Pourtant, l'ATF 82 II 25 ss (30) est encore très proche de cette façon de voir les choses, dans la mesure où le TF admet que même un skieur expérimenté peut faire une chute, mais qu'il n'est exempt de reproche que tant qu'il ne met personne en danger.

667 Supra 1.1.1 et 1.2.2.2. Pour une vue d'ensemble des responsabilités réglées dans les lois spéciales, cf. infra 4. A noter que dans la récente Loi sur la radioprotection, le législateur a opté pour une responsabilité causale simple (cf. à ce sujet supra n. 657, infra 4.2.47).

668 Cf. Magnus U., Einheitliches Schadenersatzrecht - Reformüberlegungen für das österreichische Haftpflichtrecht, in: Verhandlungen des zwölften Österreichischen Juristentages, vol. II/1, Vienne 1994, p. 28.

669 Widmer P., Standortbestimmung, op. cit. (n. 17), p. 294 ss ; idem, Fonction et évolution... , op. cit. (n. 17), p. 425 et 435.

c'est alors que se manifestent toute l'inégalité et toute l'injustice inhérentes à ce système[670].

La réforme se doit donc d'innover notamment sous cet aspect précis. A l'instar de la Commission d'étude[671], les auteurs de l'avant-projet estiment le moment venu d'admettre que toutes ces différentes hypothèses de responsabilité pour risque, qui se sont développées ci et là, par soubresauts législatifs au gré de l'actualité et apparemment sans aucun rapport entre elles, relèvent en réalité d'une idée unique et d'un principe commun qui devraient permettre de leur reconnaître un fondement uniforme. Ils pensent qu'accepter cette idée à la fin du XXème siècle n'est pas plus révolutionnaire que la synthèse opérée voici presque deux siècles par les créateurs et rédacteurs du Code Napoléon, lorsqu'ils ont fondu les nombreuses actions distinctes du droit romain dans une clause générale de la responsabilité pour faute[672].

2.4.4.2 La clause générale comme élément essentiel de la réforme - but et fonction

L'idée qui est à la base d'une clause générale de la responsabilité pour risque est d'introduire dans le Code une disposition suffisamment large et souple pour permettre au juge d'éviter le traitement inégal, et par là même injuste, de situations présentant des caractéristiques comparables à celles qui, dans le droit en vigueur, ont déjà été appréhendées par des dispositions spéciales prévoyant une responsabilité causale. Il s'agit en effet d'ouvrir la voie de manière à permettre au juge - dans une démarche très proche de celle à laquelle l'autorise le fameux art. 1 al. 2 et 3 CC[673] - d'admettre de raisonnables analogies qui lui étaient jusqu'à présent soi-disant "interdites". Le fait de légitimer ce développement jurisprudentiel de la responsabilité causale ne doit pas être considéré comme une "fuite" du législateur devant sa responsabilité, mais comme la conséquence logique du constat que ce législateur n'est tout simplement pas en mesure de suivre l'évolution et de garantir un système cohérent en rallongeant au coup par coup la série des lois spéciales.

L'objection la plus fréquente à laquelle se heurte l'idée d'une clause générale évoque notamment une mise en péril de la sécurité du droit. Elle ne paraît cependant guère pertinente : la sécurité juridique n'est en effet pas mieux sauvegardée dans un système qui, en raison de ses lacunes, contraint constamment le juge à recourir à des expédients et artifices divers et variés pour parvenir à un résultat équitable, un système où la notion de faute n'a plus de sens tangible et où les hypothèses de responsabilité causale simple perdent leurs contours par l'application abusive qui en est faite.

La solution proposée n'a d'ailleurs pas la prétention d'abroger et de remplacer toutes les dispositions spéciales qui, au cours de plus d'un siècle d'évolution,

---

670 ATF 114 II 376 (résumé dans JT 1989 I 711 s.): "Faucheuse à lames rotatives".

671 Rapport, op. cit. (n. 39), III/3.3, p. 26 ss, et V/3.3.1, p. 60 ss.

672 Widmer P., Fonction et évolution ..., op. cit. (n. 17), p. 435.

673 Meier-Hayoz A., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, I, Einleitung, art. 1-10 CC, Berne 1966, n. 346 ss ad art. 1 CC.

ont partiellement comblé les lacunes et ont, par là même, préparé le terrain à l'adoption de la clause générale. Ces normes serviront, au contraire, de points de repère au juge appelé, dans un cas concret, à déterminer le régime de responsabilité approprié. C'est ce que l'on a appelé, dans la discussion allemande relative à la clause générale[674], *la Petite Solution*, par opposition à la *Grande Solution* qui n'aurait laissé subsister que la norme générale en considérant ses concrétisations dans le droit positif comme superflues. Telle qu'elle est conçue dans le présent avant-projet et selon les recommandations de la Commission d'étude[675], la clause générale n'est qu'un moyen de sanctionner une compétence du juge, sans laquelle le droit de la responsabilité civile ne réussit plus à remplir convenablement ses fonctions. Etant intégrée dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile, cette clause est aussi censée fonctionner de la même façon par rapport à la législation spéciale : c'est-à-dire que celle-ci ne devra contenir - à part l'énoncé des faits qui justifie une hypothèse particulière de responsabilité pour risque (tel que par exemple l'art. 58 al. 1 LCR ou l'art. 3 LRCN) - que les dispositions indispensables pour régler cette variante particulière de responsabilité et qui sont rendues nécessaires en raison justement de la spécificité de la situation que l'on veut appréhender (telles que, par exemple, les dispositions de la LRCN sur la canalisation de la responsabilité [art. 3 al. 6] ou sur le rôle de la Confédération [art. 12 ss])[676]. D'ailleurs, et c'est en principe le cas de toute clause générale, sa vocation est dans un certain sens "transitoire"[677] ; on veut dire par là qu'elle sert essentiellement à combler des lacunes manifestes et qu'elle peut successivement se rendre elle-même superflue au fur et à mesure où le droit positif prendrait la relève en codifiant (sur la base d'une jurisprudence consolidée) de nouvelles hypothèses de responsabilité pour risque. Ces dernières pourraient ensuite à leur tour servir de termes de comparaison pour de nouvelles analogies.

Cette conception apparaît d'ailleurs nettement dans les al. 2 et 3 de l'art. 50 AP : à la fin du deuxième alinéa, les lois spéciales existantes sont expressément mentionnées comme éléments de comparaison, tandis que le troisième alinéa en réserve l'application lorsque les conditions particulières qu'elles envisagent sont réunies. Dans ce dernier cas, il est clair que les dispositions spéciales priment par rapport à la clause générale.

---

674 Will M. R., Quellen erhöhter Gefahr, Munich 1980, p. 267 ss ; Strickler Hp., Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel ?, Berne/Stuttgart 1983, p. 127 ss ; Schlüchter F., Haftung für gefährliche Tätigkeit und Haftung ohne Verschulden (Das italienische Recht als Vorbild für das schweizerische ?), Berne/Stuttgart 1990, p. 321 ss.

675 Supra 1.2.2.1.3.

676 Supra 1.2.2.1.4.

677 Merz H., op. cit. (n. 477), n. 42 ad art. 2 CC, parle dans ce contexte de *fonction de transition ("Durchgangsfunktion")* de la clause générale de la bonne foi.

2.4.4.3 Activité dangereuse et risque caractérisé - les éléments constitutifs du fait de rattachement

Toutes les hypothèses de responsabilité pour risque contenues dans la législation spéciale ont pour dénominateur commun le fait de se rattacher à une situation de risque qualifié plus ou moins nettement définie et engendrée par l'exercice d'une activité particulièrement dangereuse. L'art. 50 al.1 AP tend à généraliser cette approche, en utilisant les termes *activité spécifiquement dangereuse*, dont le *risque caractérisé* se réalise dans l'événement dommageable.

C'est à bon escient que la disposition se réfère - à l'instar de l'art. 2050 du Code civil italien[678] - à une *activité dangereuse* et non à des choses ou des objets dangereux, et cela pour deux raisons :

– D'abord, parce qu'il existe des activités qui sont dangereuses par leur nature même, et non pas uniquement en raison des objets ou des substances dont on se sert pour les exercer. L'ordre juridique suisse actuel connaît déjà un exemple d'une telle activité qui fait l'objet d'une responsabilité pour risque : c'est la chasse, pour laquelle une responsabilité causale existe à la charge de celui qui - comme l'exprime opportunément la loi - *pratique la chasse*[679], et non à celle du propriétaire ou gardien d'un fusil ou du détenteur d'un chien. On peut en imaginer d'autres, tel que le génie civil[680] ou certains types d'activités sportives[681].

  Il doit cependant s'agir d'un risque essentiellement matériel et technique lié à ces activités. Le risque organisationnel, qui se manifeste par exemple dans la production en masse de biens de consommation ou de certains services (comme ceux des médias, des banques etc.) n'entre pas en considération dans le contexte de l'art. 50 AP ; il constitue en revanche le fondement de la responsabilité du fait des produits, et il peut engendrer une responsabilité aux termes de l'art. 49*a* AP[682]. La nature particulière du risque envisagé à l'art. 50 AP ressort d'ailleurs aussi de la norme correspondante relative aux dommages réparables (art. 45 al. 3 AP), ainsi que de la référence déjà mentionnée aux lois spéciales existantes[683].

– Le second motif du rattachement de la responsabilité pour risque à une activité plutôt qu'aux choses ou substances dangereuses, réside dans le fait que la Commission d'étude et les auteurs de l'avant-projet ont voulu éviter les difficultés auxquelles donnent inévitablement lieu les *responsabilités du*

---

678 Schlüchter F., op. cit. (n. 674), p. 113 ss.

679 Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et des oiseaux sauvages du 20 juin 1986 (LChP ; RS 922.0), art. 15 al. 1.

680 Expressément mentionné dans l'ATF 64 II 254 ss (260) et prévu comme fait de rattachement pour un domaine restreint - celui de la "construction d'installations de chemin de fer" - dans la Loi fédérale sur la responsabilité des entreprises de chemin de fer ... du 28 mars 1905 (LRespC ; RS 221.112.742). Cf. aussi Gilliard, op. cit. (n. 32), p. 309 ; Schlüchter F., op. cit. (n. 674), p. 301.

681 A propos du ski comme activité dangereuse, cf. Schlüchter F., op. cit. (n. 674), p. 308 ss.

682 Supra 2.4.3.4.

683 Supra 2.4.4.2.

fait des choses ; elles contraignent en effet le législateur (et la jurisprudence) à construire un lien subjectif entre la chose et la personne responsable, en se référant soit à un droit réel (propriété, possession), qui souvent s'avère être un critère trop formel pour justifier une imputation adéquate[684], soit à une notion aussi vague que celle de "la garde" (art. 1384 CCF), dont l'extrême flexibilité réduit à zéro la sécurité juridique déjà assez précaire en cette matière.

On rencontre d'ailleurs les mêmes problèmes avec la notion de "détenteur" ; s'il est vrai que la jurisprudence a, dans son ensemble, correctement interprété ce terme dans le cadre de la LCR[685], on ne peut pas en dire autant en ce qui concerne la même expression dans le cadre de l'art. 56 CO. Par rapport à cette dernière disposition (que seule la preuve libératoire - le plus souvent illusoire, d'ailleurs - empêche de qualifier de responsabilité pour risque), il existe manifestement une tendance à considérer comme détentrice - et donc comme responsable - la personne qui a le pouvoir physique immédiat sur la chose[686] ; or, ceci ne correspond nullement au critère d'imputation approprié à une responsabilité objective. En effet - même si le caractère dangereux de l'activité en question découle principalement de l'utilisation de certaines *substances, instruments ou énergies* particulièrement difficiles à maîtriser (cf. art. 50 al. 2 AP) - , ce n'est pas en premier lieu et pas nécessairement l'auteur direct du dommage, tel que le travailleur manipulant la substance ou la machine en question qui devrait en assumer la responsabilité, mais la personne qui détient les leviers de l'entreprise : celle qui contrôle l'activité dangereuse, tant sous l'aspect de l'organisation que du point de vue économique, et qui en tire principalement profit. L'avant-projet parle à cet égard de la "personne qui *exploite* une activité ..."[687].

Pour justifier le recours à la clause générale de la responsabilité pour risque, l'activité dont le risque caractérisé s'est réalisé dans un atteinte à l'intégrité de personnes ou de choses, doit être *spécifiquement dangereuse*. Cette notion est définie par l'al. 2 de l'art. 50 AP. Elle comporte des *éléments objectif et subjectif*. L'élément objectif est constitué par un danger d'une intensité nettement supérieure à celle du "risque normal" que comprend toute activité humaine. Cette intensité peut relever de facteurs quantitatifs ou qualitatifs ou d'une combinaison des deux. C'est ce que l'avant-projet exprime par la tournure *susceptible ... de causer de fréquents ou de graves dommages* (c'est-à-dire que ces dommages peuvent être relativement limités mais fréquents, comme en matière de circulation routière ; ils peuvent aussi être rares ou très rares, mais potentiellement extrêment graves, tels que les dommages nucléaires ; ils peuvent enfin être relativement rares mais aussi relativement graves, comme les dommages résultant d'accidents de chemin de fer ou d'avion).

Le caractère spécifiquement dangereux d'une activité doit évidemment s'apprécier de façon générale et abstraite : ce n'est pas parce que - dans des cir-

---

684 Exemple particulièrement illustratif en ce qui concerne l'art.679 CC: ATF 104 II 15 ss (19).

685 Infra 2.4.4.5.

686 Cf. p. ex. ATF 104 II 23 ss.

687 Cf. infra 2.4.4.4.

constances extraordinaires et dont il est improbable qu'elles se reproduiront - une activité en soi anodine a causé un dommage considérable, qu'on la soumettra une fois pour toutes au régime de la responsabilité objective ; inversement, le fait que - grâce à un heureux hasard - une activité intrinsèquement dangereuse n'ait produit que de rares accidents relativement bénins, ne devra pas empêcher le juge de la qualifier selon son réel potentiel dommageable.

Dans ce sens, la "spécificité" du danger est également caractérisée par un élément subjectif qui se détermine lui-aussi par rapport à une "normalité" : cette fois en relation avec la capacité de l'être humain de maîtriser le risque. Cet élément subjectif se réfère donc aux aptitudes[688] physiques et notamment psychiques et intellectuelles qui devraient - normalement - permettre à une personne d'éviter la survenance d'un dommage. Pour qu'une responsabilité objective à raison du risque se justifie, l'activité en question doit comporter un risque inhérent et foncièrement inévitable ; c'est-à-dire qu'il doit être impossible de le conjurer entièrement, même en faisant preuve de toute la diligence raisonnablement exigible et en adoptant les mesures de sécurité les plus perfectionnées. Il existe donc entre la responsabilité fondée sur la faute et la responsabilité objective un rapport dialectique dans ce sens que la seconde ne se justifie qu'au delà des limites de la première. Et c'est même des confins extrêmes de la responsabilité subjective que part l'al. 2 de l'art. 50 AP, puisqu'il prend comme mesure *la diligence qu'on peut exiger d'une personne spécialisée* (dans le domaine d'activité en question). Ce n'est que lorsqu'il est statistiquement établi ou hautement probable que l'activité envisagée ne peut s'exercer sans que ne se produisent des dommages en dépit de la diligence supérieure d'une personne particulièrement avisée et formée dans la discipline concernée, qu'il est légitime - mais en même temps nécessaire - de la soumettre à un régime de responsabilité objective. Comme on l'a vu, le danger spécifique et inévitable peut être dû soit à la nature même d'une activité déterminée (à la rapidité avec laquelle elle se déroule, à la dépense de forces particulières qu'elle exige ou au fait qu'elle s'exerce dans des conditions spécialement difficiles ou périlleuses), soit aux propriétés dangereuses des substances (toxiques, inflammables, explosives, corrosives etc.) ou des appareils et énergies dont elle implique l'utilisation.

De cette description des conditions qui doivent être réunies pour que l'on puisse admettre un *danger spécifique*, il découle aussi que ce *danger doit être connu ou du moins perceptible* dans sa potentialité, selon les connaissances scientifiques de l'époque à laquelle débute l'activité en question. En termes négatifs, cela signifie que la clause générale de la responsabilité pour risque ne constitue pas une base suffisante pour admettre une responsabilité englobant les *risques de développement ;* l'introduction d'une telle responsabilité doit rester réservée au seul législateur (qui devrait d'ailleurs également s'en abstenir, car elle apparaît quoiqu'il en soit exorbitante[689]). En tout état de cause, les

---

688 C'est le terme employé par l'art. 48*a* al. 2 AP pour définir la "négligence" ; supra 2.4.2.2.

689 Du moins si l'on admet que "l'orbite" de la responsabilité civile ne peut être que celle du droit privé. Les risques de développement sont des risques généraux de civilisation, et ils doivent dès lors être supportés par la société dans son ensemble, c'est-à-dire par les systèmes collectifs de sécurité sociale.

véritables risques de développement sont extrêmement rares. Il ne saurait par exemple en être question en ce qui concerne les nouvelles techniques biochimiques et génétiques car, si les risques élevés que comporte cette technologie ne sont pas connus de façon concrète et détaillée, le fait qu'ils existent ne fait comme tel pas l'ombre d'un doute ; c'est même l'ignorance quant à leur intensité et leur étendue qui en est l'élément le mieux connu et qui les fait apparaître comme particulièrement redoutables.

La responsabilité pour risque ne couvre pas n'importe quel dommage pouvant résulter de l'exercice d'une activité dangereuse ; comme le précise l'al. 1 de l'art. 50 AP, elle ne s'applique qu'au dommage *dû à la réalisation du risque caractérisé*. Ainsi, si - par exemple dans le cadre d'une opération de déchargement - l'employé d'une usine d'explosifs laisse tomber une caisse de dynamite sur les pieds d'un passant sans que le contenu n'explose, la responsabilité de son employeur ne sera pas engagée en vertu de l'art. 27 LExpl, car le dommage subi par le passant du seul fait du choc de la caisse n'a rien affaire avec le risque caractérisé de l'activité impliquant l'utilisation de matières explosives ou d'engins pyrotechniques. Par *risque caractérisé* il faut donc entendre celui qui est typique du *danger spécifique* inhérent à l'activité en question. La notion de *risque caractérisé* correspond à celle de *"Betriebsgefahr"* sur laquelle il existe une riche jurisprudence, notamment en matière de circulation routière où la responsabilité objective du détenteur n'est engagée que pour les dommages ayant leur origine dans *l'emploi du véhicule*[690]. Dans le même sens, il faudra déterminer pour chaque cas d'espèce si et dans quelle mesure le dommage, dont la réparation est demandée, a sa cause dans la réalisation du risque caractérisé de telle ou telle activité qualifiée de spécifiquement dangereuse selon les critères qui viennent d'être exposés. Il s'agit en effet d'accorder la portée de la responsabilité avec le fait de rattachement correspondant à son fondement. Le risque caractérisé constitue ainsi le facteur décisif pour établir si et jusqu'à quel point il existe entre l'activité en cause et le dommage un lien de causalité typique, propre à rendre la responsabilité adéquate. C'est en fonction de ce facteur également que devra être résolue la question de savoir si une éventuelle cause d'exonération est intervenue avec une intensité suffisante pour écarter le lien de causalité juridique entre le danger spécifique visé et le dommage (art. 47 et 47*a* AP) ; de même il sera déterminant pour fixer l'étendue de la réparation (art. 52 AP) et pour attribuer les parts de responsabilité en cas de collision (art. 53*a* AP) ou dans les rapports internes entre coresponsables (art. 53*c* AP).

Il convient enfin de rappeler que la notion de risque caractérisé est aussi à la base de la *conception restrictive du dommage réparable*, que l'avant-projet propose de généraliser pour l'ensemble des responsabilités objectives rattachées au risque ; c'est ainsi que l'art. 45 al. 3 AP prévoit que - sauf disposition contraire expresse (et pour laquelle le législateur devra pouvoir invoquer des motifs pertinents) - seuls les dommages résultant d'atteintes à l'intégrité des personnes, aux choses et à l'environnement seront couverts. Ces atteintes sont en effet celles qui sont typiquement provoquées par les risques caractéri-

---

690 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 344 ss (aperçu de la jurisprudence, N. 365) ; Keller A., op. cit. (n. 10), p. 265 ss ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 4 et 5 ad art. 58 LCR ; Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), n. 932 ss.

sés tels que les envisagent la clause générale pour risque et les différentes normes de même souche dispersées dans le législation spéciale[691].

2.4.4.4 Domaine d'application de la clause générale de la responsabilité pour risque

Comme cela a été indiqué plus haut, la clause générale de la responsabilité pour risque doit servir avant tout à appréhender des activités et des situations comportant un risque qualifié et caractérisé mais qui ne sont justement pas (ou pas encore) couvertes par la législation spéciale. Celle-ci ne sera en effet jamais à même de s'adapter à l'évolution scientifique et technique avec une rapidité suffisante pour éviter des clivages juridiques injustifiés et injustes, ou le recours à des constructions inappropriées et nuisibles à la cohérence du système.

Un des domaines dans lequel jusqu'ici les lacunes ont été les plus sensibles est certainement celui des *dommages causés à l'environnement*. Il est vrai que ces lacunes ont été en grande partie comblées par la nouvelle norme de responsabilité objective stricte, qui a été introduite à l'art. 59*a* LPE ; cette disposition est calquée sur l'art. 69 anc. LEaux, qu'elle a d'ailleurs absorbée en lui donnant un champ d'application élargi : au lieu de ne se rapporter qu'au risque de pollution des eaux, la nouvelle responsabilité s'étend à toute *entreprise ou installation qui présente un danger particulier pour l'environnement*[692]. Cette conception correspond à celle déjà adoptée par la Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement[693]. On dispose ainsi d'un régime de responsabilité adéquat pour assurer la réparation de dommages causés par des accidents tels que ceux de Seveso, de Bhopal et de Schweizerhalle, sans devoir abuser de certaines hypothèses de responsabilité objective simple comme c'est le cas des art. 679 CC, 55 et 58 CO. Vu sous ce nouvel angle, des immissions de fluor endommageant des cultures d'arbres fruitiers, ou des effluents contenant des sulfates qui attaquent le béton[694], seraient considérés comme effets typiques d'activités écotoxiques, et non comme des simples "excès du droit de propriété" ; les pollutions de l'air, de l'eau ou du sol provoquées par un incendie dans un dépôt de produits agrochimiques pourraient réaliser le risque intrinsèque de la production ou de l'utilisation de ces substances, sans qu'il faille à tout prix rechercher la violation d'un devoir d'instruction ou de surveillance chez l'employeur, ou l'existence d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien affectant le dépôt en tant que "ouvrage".

Cependant, c'est précisément face à une disposition aussi extensive que l'art. 59*a* LPE qu'on réalise pleinement le caractère artificiel et incongru du critère qui continue à en restreindre le champ d'application ; en effet, la nouvelle responsabilité objective aggravée ne pourra être invoquée que lorsqu'il s'agira de

---

691 Supra 2.3.2.1 *in fine* et 2.4.4.3.

692 Supra 1.1.2.2 et n. 42.

693 Convention de Lugano du 21 juin 1993, cf. supra n. 387.

694 ATF 81 II 442 ss ; ATF 109 II 304 ss.

réparer un dommage causé par le biais d'une atteinte à l'environnement. Or, il n'existe aucune raison valable pour que l'intégrité physique soit mieux protégée, ou pour qu'un régime de responsabilité plus incisif s'applique lorsqu'une personne a été intoxiquée par de l'air ou de l'eau pollués que lorsque celle-ci est directement empoisonnée après avoir consommé un aliment avarié ou respiré des gaz d'échappement d'un engin ou d'un véhicule non soumis à une responsabilité pour risque (tel qu'un bateau à moteur, par exemple). Et une telle différence de régime paraît encore moins compréhensible lorsqu'il s'agit d'un dommage purement matériel. Dès lors, il reste - même en dehors des préjudices soi-disant écologiques ou *écologiquement transfigurés* - un vaste domaine dans lequel le juge pourra faire usage de la clause générale pour parvenir à une imputation objective adéquate, lorsqu'une activité à risque cause un dommage.

En parcourant la jurisprudence, on peut énumérer toute une série d'activités ou de situations où la clause générale aurait pu s'appliquer, en lieu et place notamment de la responsabilité fondée sur les art. 55 et 58 CO :

- au tir dans un stand (ATF 16, 812 ; cf. également ATF 70 II 215 ; ATF 71 II 107) ;
- à l'utilisation de chaudières (ATF 63 II 143), de cuves ou bouilloires dans lesquelles se produisent des réactions chimiques (ATF 72 II 311) ou de chauffes-eau fonctionnant au gaz (ATF 57 II 104 ; ATF 117 II 50) ;
- à toutes sortes d'accidents dus à différentes machines qui ne correspondaient souvent pas à la notion classique d'*ouvrage* comme *installation rattachée au sol d'une manière stable,* telles que batteuses (ATF 47 II 425 ; ATF 72 II 255) ; autres machines agricoles (ATF 57 II 61 ; ATF 60 II 38 ; ATF 77 II 308 ; RSJ 1944, p. 147, n° 88) ; téléphériques et remontées mécaniques (ATF 56 II 278 ; ATF 60 II 218, RJB 1947, p. 443) ; divers moteurs et engins (ATF 27 II 578 ; ATF 32 II 63 ; RSJ 1981, p. 96, n° 19) ; ascenseurs (ATF 32 II 63 ; ATF 35 II 421 ; ATF 41 II 687 ; ATF 91 II 201 ; RSJ 1919/1920, p. 131, n° 27) ; grues (ATF 96 II 27) ;
- à une station d'essence (ZR 1955, p. 26).

On pourra en outre s'inspirer de la réglementation de droit administratif existant dans le cadre de la législation sur la protection des travailleurs[695] et de celle relative à la prévention des accidents professionnels dans le cadre de la sécurité sociale[696], en partant de l'idée que les activités qualifiées de particulièrement risquées du point de vue de la sécurité du travail doivent aussi être considérées comme dangereuses à l'égard des tiers[697].

---

695 Ordonnance III d'exécution de la Loi sur le travail / Hygiène et prévention des accidents dans les entreprises industrielles (RS 822.113).

696 Cf. les différentes branches pour lesquelles il existe des dispositions particulières : RS 832.311 - 314.

697 Cf. aussi Widmer P., Gefahren des Gefahrensatzes, op. cit. (n. 17), p. 296 s.

Dans la jurisprudence italienne relative à l'art. 2050 CCI[698], on trouve, mises à part les activités qui, en droit suisse, seraient déjà couvertes par des lois spéciales (telles que la chasse, la production et l'utilisation d'explosifs et d'engins pyrotechniques ou l'exploitation d'usines ou d'installations électriques), les exemples suivants :

- production et distribution de bonbonnes de gaz liquide ;
- exploitation de téléphériques, télésièges et skilifts ;
- chantiers et travaux de génie civil ;
- certaines activités agricoles, notamment celles impliquant l'utilisation de machines ;
- exploitation d'installations dangereuses, telles que piscines, stades ou parcs d'attraction ;
- diverses activités sportives comportant des risques techniques (équitation, courses d'automobiles et de kart) ; le caractère dangereux des courses cyclistes ainsi que du ski est controversé ; une décision de 1951 qui avait qualifié de dangereux le jeu de boules *(boccia)* est restée isolée.

Il est intéressant de noter que la jurisprudence et la doctrine dominantes en Italie ont jusqu'ici constamment refusé d'appliquer l'art. 2050 CCI à l'activité médicale[699]. Les auteurs de l'avant-projet pensent également que les mesures diagnostiques et thérapeutiques normales ne peuvent être qualifiées d'activités dangereuses au sens de la clause générale ; tout au plus pourraient-elles être prises en compte sous l'aspect du risque d'organisation, lorsqu'elles s'intègrent dans l'exploitation d'un hôpital, d'un centre médical ou d'une permanence pouvant être considéré comme une entreprise au sens de l'art. 49*a* AP. Cette opinion ne tire pas sa justification d'une exclusion *a priori* des professions dites "libérales" du domaine d'application de l'art. 50 AP ; elle se base plutôt sur la considération que le risque typique de *l'art médical* - c'est-à-dire sa nature plus ou moins aléatoire - n'est qualitativement pas assimilable au risque technique que vise la clause générale proposée. Le discours pourra évidemment être différent dans la mesure où l'activité médicale en question s'exercerait au moyen d'énergies, d'appareils ou de substances présentant en eux-mêmes un risque caractérisé, qui n'est pas couvert par l'art. 39 LRaP[700].

2.4.4.5 Le fondement de la responsabilité pour risque : critère d'imputation et détermination de la personne responsable

L'art. 50 al. 1 AP pose le principe de la responsabilité pour risque en désignant comme responsable *la personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse*. Ces termes (que l'on retrouve d'ailleurs dans la Convention européenne sur la réparation des dommages causés à l'environnement[701]) ont été

---

698 Schlüchter F., op. cit. (n. 674), p. 171 ss.

699 Schlüchter F., op. cit. (n. 674), p. 211 ss.

700 Supra 1.1.2.2 *in fine* et n. 667 ; infra 4.2.47.

701 Supra 2.3.2.2.5 et n. 387 et 693.

choisis - en dépit du fait qu'il est malaisé de les rendre correctement en allemand - parce qu'ils permettent le mieux de mettre en valeur le fondement de la responsabilité pour risque. La responsabilité doit en effet être attribuée à la personne (physique ou morale) qui a le contrôle de l'activité dangereuse, tant du point de vue de l'organisation que sous l'aspect économique. C'est elle aussi qui a le pouvoir et les moyens de minimiser le risque en favorisant la prévention et en établissant un dispositif de sécurité, qui négocie normalement les contrats d'assurance et qui, d'autre part, tire principalement profit de l'activité.

En parlant de *l'exploitant*, on vise en principe la même personne que celle que la LCR et d'autres lois spéciales appellent le *détenteur*[702], tout en faisant mieux ressortir ce qui constitue le véritable critère d'imputation : selon cette conception, la responsabilité est en effet la contrepartie du privilège accordé à l'exploitant d'exercer une activité comprenant un degré de risque qui, normalement, devrait entraîner son interdiction. L'ordre juridique libéral tolère la création d'un tel risque dans la mesure où l'activité qui l'implique répond à des fins raisonnables de nature économique ou même de pur agrément[703] ; mais le prix à payer en compensation de ce privilège est précisément l'assujettissement à une responsabilité indépendante de la faute une fois que le risque s'est réalisé. On a ainsi pu dire que ces activités étaient *excusées par l'ordre juridique*[704], dans ce sens que leur exercice n'est pas considéré *a priori* comme un comportement fautif[705].

La responsabilité à raison du risque est donc par définition un régime qui ne peut s'appliquer qu'aux activités dangereuses dont l'exercice est en principe licite. Une activité *inutilement dangereuse* tombe en revanche sous le coup de la responsabilité pour faute parce que, précisément, elle ne répond pas à une besoin social raisonnable auquel l'ordre juridique pourrait donner son aval. Il en va de même pour une activité en soi licite, mais qui serait exercée sans les autorisations nécessaires ou dans le non-respect de certaines conditions préalables ou encore de charges que l'autorité aurait imposées à l'exploitant. Or, il serait évidemment choquant que, dans un cas de ce genre, on écarte la responsabilité objective sous prétexte que l'activité était illicite et qu'on oblige par conséquent la personne lésée à prouver la faute de l'auteur du dommage (même si telle preuve, dans ce genre de circonstances, ne devrait pas être difficile à apporter). C'est la raison pour laquelle l'avant-projet précise à l'art. 50 al. 1 AP que la clause générale s'applique *même s'il s'agit d'une activité tolérée par l'ordre juridique* ; à plus forte raison s'appliquera-t-elle lorsqu'il s'agira d'une activité illicite. L'applicabilité du régime de responsabilité pour risque se détermine donc de manière purement objective, eu égard au seul fait qu'il s'agit

---

702 A noter que l'art.64 LA parle de *l'exploitant de l'aéronef* et que le texte correspondant dans la version allemande utilise l'expression *"Halter des Luftfahrzeugs",* tandis que *l'exploitant d'une installation nucléaire* (art.3 LRCN) devient en allemand "der *Inhaber einer Kernanlage*" ; dans la LPE (art.59*a*), le "*Inhaber eines Betriebs oder einer Anlage, mit denen eine besondere Gefahr für die Umwelt verbunden ist"* apparaît en revanche en français comme "*le détenteur d'une entreprise ou d'une installation...*".

703 ATF 64 II 254 ss (260) ; cf. supra n. 679.

704 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 24, N. 22 ss.

705 Supra 2.4.4.1, n. 666.

d'une activité spécifiquement dangereuse. La violation d'une condition ou prescription à laquelle son exercice est subordonné sera toutefois prise en considération - au même titre que la violation d'un devoir de diligence quelconque - sous l'aspect de la faute additionnelle (art. 51*a* AP)[706].

L'idée d'*exploitation* et celle sous-jacente de la compensation entre risque et profit suggèrent tout naturellement que la responsabilité pour risque est principalement une *responsabilité destinée aux entreprises* ; en allemand, cette supposition est encore renforcée par le fait que les termes *"Unternehmung"* et *"Betrieb"* sont pratiquement synonymes et que le rapprochement avec la notion de *"Betriebsgefahr"* s'impose de manière quasi automatique. Pour la grande majorité des cas, cette façon de voir les choses est en effet exacte. Mais la présence d'une entreprise, comprise comme unité d'organisation *comportant des activités de nature économique ou professionnelle,* n'est pas une condition pour que la responsabilité pour risque puisse s'appliquer, contrairement à ce qui est prévu en matière de responsabilité pour les auxiliaires (art. 49*a* AP)[707]. Le minimum d'organisation économique et infrastructurelle que suppose par exemple l'utilisation d'un véhicule à moteur, même si le détenteur ne s'en sert que pour des promenades dominicales ou pour ses vacances, ou l'exercice de la chasse ou d'un sport dangereux comme pures occupations de loisirs, et le profit ou la satisfaction purement immatériels qu'on en retire, suffisent à justifier l'imputation objective propre à la responsabilité pour risque.

2.4.5 Dispositions communes en matière de responsabilité objective (art. 51 et 51a AP)

2.4.5.1 Observations liminaires

Ces deux dispositions sur la *responsabilité vicariante* et sur la *faute additionnelle* sont formellement nouvelles, mais elles consacrent des principes solidement ancrés dans la jurisprudence et dans la doctrine. Leur emplacement systématique s'explique par le fait qu'elles trouvent leur champ d'application principal dans le contexte de la responsabilité pour risque ; en effet, la Commission d'étude les avait toutes deux intégrées dans son chapitre sur la clause générale de la responsabilité pour risque[708]. Les auteurs de l'avant-projet entendent cependant souligner leur portée générale, puisque les règles qu'elles établissent peuvent également s'appliquer aux hypothèses de "responsabilité causale simple" dans la mesure où celles-ci seront maintenues. C'est notamment le cas de la responsabilité du chef de famille (art. 333 CC), du propriétaire foncier (art. 679 CC), du détenteur d'un animal (art. 56 CO actuel)[709], du propriétaire d'un

---

706 Infra 2.4.5.2.

707 Supra 2.4.3.4.

708 Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.3.6 et V/3.3.7, p. 67 s.

709 Infra 3.3.

ouvrage (art. 58 CO actuel)[710], et de celle du producteur au sens de la nouvelle loi sur la responsabilité du fait des produits[711].

2.4.5.2 La responsabilité accessoire du fait d'autrui (art. 51 AP)

Lorsqu'une responsabilité se rattache, non au comportement individuel d'une personne, mais à un état de fait ou à une situation objectivement défini - comme c'est le cas de la responsabilité pour risque et des autres hypothèses de responsabilité indépendante d'une faute -, elle implique automatiquement une responsabilité du sujet concerné (de l'exploitant de l'activité dangereuse, du propriétaire d'ouvrage ou du producteur au sens de la LFRP) pour les faits de toutes les personnes qui contribuent à la réalisation du risque caractérisé ou de n'importe quel autre état de fait dont il répond[712]. Le comportement de celles-ci, pourvu qu'elles agissent légitimement dans la sphère d'influence de la personne responsable, n'est alors - dans un premier temps[713] - pas pris en compte comme un fait personnel, mais comme élément intégrant du fait de rattachement objectif.

C'est ce principe - en soi incontesté, mais exprimé de manière peu cohérente et parfois même trompeuse dans le droit en vigueur[714] - que veut rappeler l'art. 51 AP. Il veut en particulier préciser très clairement que la responsabilité de la personne recherchée pour le fait d'autrui est engagée indépendemment de toute faute de l'auteur immédiat du dommage, contrairement à ce que pourrait par exemple faire croire l'art. 58 al. 4 LCR qui semble exiger *la faute du conducteur et des auxiliaires au service du véhicule*. Le terme d'*auxiliaire* est d'ailleurs inexact dans ce contexte, car il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une personne qui est en position subordonnée par rapport au sujet responsable. Toute personne - quels que soient sa situation et ses rapports juridiques avec la personne responsable - qui est *au service de l'activité dangereuse* (pour paraphraser la tournure utilisée dans la LCR) et dont l'exploitant accepte la présence dans sa sphère d'influence, fait partie du complexe de faits auquel se rattache la responsabilité. Ce n'est que lorsqu'une personne s'est immiscée dans les affaires du sujet responsable contre la volonté (expresse ou tacite) de celui-ci qu'elle pourra être considérée comme un tiers.

Comme on vient de l'exposer, la responsabilité accessoire du fait d'autrui convient en principe à toutes les hypothèses de responsabilité objective, aggravée ou simple. Il est cependant évident que cette règle ne peut avoir de fonction autonome dans le cadre de la responsabilité générale pour les auxiliaires (art. 49 et 49*a* AP, art. 55 CO actuel), où le fait de se servir d'un autre pour ses acti-

---

710 Infra 3.4.

711 LRFP du 18 juin 1993, RS 221.112.944.

712 Stark E.W., op. cit. (n. 31), p. 52 ss.

713 Cette réserve indique que dans un deuxième temps, c'est-à-dire sous l'aspect du concours de responsabilités (art. 53*b* et 53*c* AP), une faute individuelle de l'auxiliaire engage bien entendu aussi sa responsabilité personnelle sur la base de l'art. 48 AP (art. 41 CO actuel).

714 Stark E.W., op. cit. (n. 31), p. 52 ss.

vités constitue déjà en soi le fait de rattachement caractéristique[715]. Dans ce cas, la *responsabilité vicariante* n'est plus accessoire, mais s'impose à titre principal. Le droit suisse - tant celui en vigueur que celui de la réforme ici proposée - n'admet pas de "preuve libératoire décentralisée"[716]

2.4.5.3 La faute additionnelle (art. 51a AP)

Que la faute des personnes ayant contribué à la réalisation du risque ou d'un autre fait de rattachement soit sans importance pour fonder et déclencher la responsabilité objective de l'exploitant, du propriétaire ou détenteur (pas plus d'ailleurs que la faute propre de ce dernier) ne signifie pas pour autant qu'elle est entièrement négligeable. Cette question s'est déjà posée lorsqu'il s'agissait d'expliquer l'application du régime de responsabilité pour risque à des activités dangereuses ne bénéficiant pas de "l'absolution" de l'ordre juridique, et dont l'exercice constituerait dès lors (en général ou dans le cas d'espèce) une violation - régulièrement fautive - d'un devoir de diligence[717].

On peut en effet établir, sur le rôle de la faute dans le contexte de la responsabilité objective, une règle générale en partant des considérations suivantes : si une personne est responsable d'un préjudice en vertu d'une norme instituant une responsabilité objective et si cette même personne ou d'autres dont elle répond (art. 49 et 49*a* ainsi que art. 51 AP) ont commis des fautes qui ont contribué à la survenance du dommage, on est en présence d'un *cas particulier de cumul de responsabilités*[718]. Le plus souvent, ce cumul n'aura pas d'effet tangible puisque, conformément à un principe fondamental du droit suisse de la responsabilité, la réparation ne peut en aucun cas dépasser la valeur de la perte qu'elle est censée compenser. Il n'est donc pas question, dans des cas de ce genre, d'allouer aux victimes des dommages-intérêts "majorés" en fonction de la pluralité des chefs de responsabilité qu'elles pourraient invoquer. Il est en revanche généralement admis qu'une ou plusieurs fautes imputables à la personne qui répond en principe objectivement et indépendemment de tout reproche subjectif d'un événement dommageable déterminé, peuvent entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de fixer l'étendue de la réparation au-dessous du montant maximum du dommage. Cette situation peut notamment se présenter là où la réparation devrait en principe être réduite pour faute concomitante de la victime ou, plus rarement, en raison d'un cas fortuit qui a contribué à la réalisation du dommage. On admet alors que les *fautes additionnelles* puissent dans une certaine mesure neutraliser les facteurs qui - s'il fallait tenir compte uniquement du fondement objectif de la responsabilité - joueraient en défaveur

---

715 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p.86 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 3, N. 68 ; II/1, § 17, N. 4 *in fine*, et § 20, N. 1.

716 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 20, N. 73 ; Honsell H., op. cit. (n. 51), § 13/3, p. 95.

717 Supra 2.4.4.5.

718 Infra 2.6.2.

de la personne lésée[719]. Le tribunal, tenu de fixer l'étendue de la réparation *en fonction de toutes les circonstances*[720], peut alors faire peser dans la balance tous les éléments qui grèvent la position du responsable dans le sens de la causalité "proportionnée" (*"haftungsausfüllende Kausalität"*)[721].

Parallèlement, la faute additionnelle peut jouer un rôle en cas de collision de responsabilités, c'est-à-dire *lorsque plusieurs personnes se causent réciproquement un dommage* (art. 53*a* AP)[722], ainsi que lorsqu'il s'agit de répartir un dommage causé à un tiers entre plusieurs coresponsables solidaires (art. 53*c* al. 1 AP)[723]. Dans toutes ces hypothèses, les fautes additionnelles constituent des circonstances aggravantes pour la personne à laquelle elles peuvent être imputées. Ceci vaut d'ailleurs dans les deux sens : une faute additionnelle du côté de la victime qui doit se laisser imputer un risque ou une situation objectifs peut aussi affaiblir sa situation et, par conséquent, améliorer celle du ou des responsables.

Il convient cependant de souligner que cette conception n'a rien à voir avec la hiérarchie des chefs de responsabilité que semble établir l'art. 51 al.2 CO. Selon cette disposition, la faute serait le critère d'imputation qui pèserait le plus lourd dans la balance de sorte que, si cette "règle"[724] était strictement appliquée, le ou les coresponsables à la charge desquels une faute - fût-elle des plus légères - pourrait être retenue, devraient toujours supporter l'ensemble du dommage. L'avant-projet de réforme veut, au contraire, éliminer cette discrimination de la faute par rapport aux autres critères d'imputation et poser les différents fondements de la responsabilité sur un pied d'égalité[725]. La faute additionnelle ne doit pas absorber les autres chefs de responsabilité, mais simplement s'y ajouter comme une circonstance parmi d'autres[726]. De ce point de vue, il faudra donc modifier et atténuer une disposition comme celle de l'art. 59 al.1 LCR qui consacre aujourd'hui déjà le principe de la "faute additionnelle", mais le fait d'une manière exorbitante (cf. infra 4.2.35). Interprétée à la lettre, cette disposition aurait pour effet d'exclure toute exonération du détenteur dès que la moindre faute de sa part ou d'une personne dont il est responsable aurait *contribué à l'accident.* Dans certaines situations, la faute additionnelle pourra effectivement produire un tel résultat ; on peut cependant imaginer d'autres configurations, où une faute légère du responsable "objectif" ou de ses auxiliaires n'aura pas suffisamment d'intensité pour évincer une cause exté-

---

719 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 139 et 264 s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 5, N. 5 et 6, et § 9, N. 28 ss ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 79, 251 et 256 s. ; Keller A., op. cit. (n. 10), p. 97 et 352 ss ; Rapport, op. cit. (n. 39), V/3.3.7, p. 67 s.

720 Art. 43/44 CO. Cf. également art. 52 AP (infra 2.5.2).

721 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 3, N. 20.

722 Infra 2.6.3.

723 Infra 2.6.4.4.

724 L'art. 51 al. 2 CO est en effet ainsi libellé : "Le dommage est, dans la règle, supporté en premier lieu par celle des personnes dont l'acte illicite l'a déterminé ...".

725 Infra 2.6.4.4.

726 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 9, N. 12 ss.

rieure absolument "prépondérante", telle que peut la représenter une force majeure ou le fait de la victime ou d'un tiers (art. 47*a* AP) [727].

2.5 Fixation de la réparation (art. 52 et 52a AP)

2.5.1 Observations générales

Le processus classique de la responsabilité civile implique deux démarches principales, dont la distinction chronologique se justifie pour des raisons essentiellement pratiques. La première démarche touche le principe même de la responsabilité. Elle revient à se demander si les conditions en sont réunies, notamment s'il existe un chef d'imputation qui, par application d'une norme légale, fonde la personne lésée à reporter le poids de la réparation sur un tiers. Le cas échéant, la seconde démarche consiste à procéder à la fixation des dommages-intérêts, autrement dit à déterminer l'étendue et le mode de la réparation. Cette question est aujourd'hui réglée par les art. 43 et 44 CO, qui ont une portée générale[728]. La plupart des lois fondant une responsabilité objective y renvoient, dans des formulations diverses[729]. Certaines dispositions spéciales comprennent en la matière des règles particulières, comme celles qui permettent de prendre en compte le revenu exceptionnellement élevé dont jouissait la victime (art. 62 al. 2 LCR, 7 al. 2 LRCN, 4 LRespC).

Suivant la proposition de la Commission d'étude[730], les auteurs de l'avant-projet ne voient pas de raison de modifier radicalement la réglementation régissant la fixation de la réparation. Tout au plus jugent-ils utile d'en généraliser la portée, mais aussi d'en actualiser l'énoncé, notamment pour tenir compte de l'essor de la responsabilité pour risque et du développement de l'assurance. Par ailleurs, ils sont d'avis qu'il est opportun de clarifier la systématique légale. A cet effet, l'avant-projet distingue l'étendue de la réparation d'une part (art. 52) et le mode de réparation d'autre part (art. 52*a*), cette dernière question devant logiquement se résoudre postérieurement à celle de savoir si et dans quelle mesure une indemnité est due. Pour le reste, la plupart des solutions dégagées de l'application des dispositions actuelles garderont à l'avenir leur valeur. De façon générale, il faut rappeler que le tribunal doit disposer en ce domaine d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC). Comme c'est le cas aujourd'hui des art. 43 et 44 CO[731], il appliquera d'office les règles commentées ici.

---

727 Supra 2.3.4.5. Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 443 ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 1.3 ad art. 59 LCR ; Widmer P., op. cit. (n. 563), N. 25, p. 1095.

728 Oftinger K., op. cit., (n. 28), p. 263 ; Rusconi B., op. cit. (n. 554), p. 541.

729 Cf. par exemple art. 62 al. 1 LCR, 36 al. 1 LIE, 79 LA, 7 al. 1 LRCN (qui exclut l'application de l'art. 44 al. 2 CO), 11 al. 1 LRFP. Cf. sur ce point Oftinger K./Stark E.W., op.cit. (n. 27), I, § 7, N. 9.

730 Rapport, op. cit. (n. 39), V/7, p. 97 ss.

731 ATF 111 II 161.

2.5.2 Etendue de la réparation (art. 52 AP)

Dans le droit actuel, la question de l'étendue de la réparation est de manière générale régie par les art. 43 al. 1 et 44 CO. En dépit de leur titre marginal et des formulations différentes touchant le pouvoir d'appréciation du juge, ces dispositions poursuivent en réalité le même but : permettre de proportionner l'obligation d'indemnisation en fonction de certaines circonstances. Ainsi en est-il quand il se justifie que le dommage ne soit pas réparé dans son intégralité, autrement dit que la réparation soit répartie entre la personne responsable et celle lésée ou un tiers[732]. La réglementation légale mentionne de façon non exhaustive les circonstances susceptibles d'être prises en considération, soit la légèreté de la faute (art. 43 al. 1 CO) ou la gêne (art. 44 al. 2 CO) de la personne responsable ou encore le fait que la victime ait consenti à la lésion ou y ait contribué par une faute ou un fait qui lui est imputable, comme peut l'être la prédisposition constitutionnelle ou le risque inhérent à telle activité (art. 44 al. 1 CO). S'agissant de ces circonstances, on parle souvent de facteurs de réduction, dans la mesure où elles permettent de réduire l'indemnité théorique maximale correspondant au dommage total et donc d'écarter l'alternative inadmissible que constituerait l'application du principe du "tout ou rien".

Comme le constatait la Commission d'étude[733], la question de l'étendue de la réparation est liée à celles de l'illicéité et de la causalité juridique. En effet, une même circonstance, par sa nature, peut à la fois être un motif d'exclusion de l'illicéité et un facteur de réduction des dommages-intérêts (par exemple, le consentement ou l'acceptation du risque par la victime)[734]. Elle peut aussi constituer un motif d'interruption de la causalité et un facteur de réduction de l'indemnité (par exemple, la force majeure ou le simple cas fortuit ; la faute grave ou légère de la victime). Autrement dit, la même cause concurrente, dont ne répond pas la personne recherchée, pourra suivant les circonstances conduire à l'exonération totale ou partielle. Tout dépend en fin de compte de l'intensité de la cause considérée, qui se mesure au regard du chef d'imputation de la responsabilité[735]. En somme, le fondement de la responsabilité (y compris sa portée normative) détermine non seulement le principe de la réparation, mais aussi son étendue[736]. Ce constat avait amené la Commission d'étude à se demander s'il ne serait pas judicieux d'intégrer les dispositions régissant les motifs exonératoires à la réglementation relative à la fixation des dommages-intérêts. Les auteurs de l'avant-projet ont finalement répondu par la négative, pour des considérations à la fois pratiques et systématiques. Ils demeurent pourtant conscients que la question touchant l'existence de l'obligation de répa-

---

732 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 261 ; Rusconi B., op. cit. (n. 554), p. 556 ss. Par tiers, on entend ici notamment l'assureur social, l'assureur privé de dommages ou l'employeur tenu de verser des prestations en vertu de la loi ou d'un contrat, à l'exclusion de libéralités (ATF 97 II 266). Cette question touche autant le calcul du dommage que la fixation des dommages-intérêts.

733 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.2, p. 48 ss et V/7.2, p. 99 s.

734 Cf. supra 2.3.3.4.

735 Cf. supra 2.3.4.5.

736 Widmer P., op. cit. (n. 241), not. ch. 4, 5, 6, 8 et 9 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 243.

rer et celle concernant l'étendue de la réparation obéissent fondamentalement à la même problématique juridique.

Aux termes de l'art. 52 al. 1 AP, le tribunal fixe l'étendue de la réparation d'après les circonstances ; il tient notamment compte de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé imputables tant à la personne responsable qu'à la personne lésée, ainsi que des mesures prises par cette dernière pour écarter ou réduire le dommage. Cette disposition reprend le principe général posé à l'art. 43 al. 1 CO, en conférant au tribunal un large pouvoir d'appréciation. Elle mentionne, à titre exemplatif, quelques circonstances susceptibles d'être prises en considération. Parmi ces circonstances, il y a, comme dans le droit actuel, la gravité de la faute de la personne responsable, mais aussi l'intensité du risque caractérisé imputable à cette dernière (que ce soit en vertu de la clause générale prévue à l'art. 50 AP ou d'une disposition spéciale). Cette référence est formellement nouvelle. Elle reflète, dans ce contexte aussi, l'idée d'un parallélisme entre les deux principaux chefs d'imputation de la responsabilité[737].

S'agissant des circonstances entrant en ligne de compte ici, il est usuel d'opérer une distinction tripartite, selon qu'elles sont liées à la personne responsable, ou qu'elles sont imputables à la personne lésée, ou encore qu'elles sont extérieures aux parties. Suivant cette distinction, on se bornera à quelques observations, en renvoyant pour le surplus aux solutions susceptibles de garder leur signification à l'avenir. Pour ce qui touche les circonstances liées à la personne responsable, la gravité de la faute commise par elle constitue un facteur d'appréciation classique. Assez fréquemment, et notamment dans les cas d'accidents causés par des enfants[738], la légèreté de la faute de l'auteur conduit à la réduction des dommages-intérêts, sans qu'il faille exclure qu'une faute moyenne, voire exceptionnellement une faute grave, ne puisse jamais aboutir à un tel résultat[739]. *A priori*, c'est bien l'idée d'une responsabilité proportionnée à son fondement qui s'impose, et la remarque vaut autant pour la responsabilité pour faute que pour la responsabilité pour risque et même pour les responsabilités objectives simples fondées sur la violation d'un devoir de diligence. Dans chacune de ces hypothèses, le tribunal est en effet habilité à graduer l'étendue de la réparation, selon la gravité de la faute (subjective dans la responsabilité aquilienne, objective dans les responsabilités causales simples) ou selon l'intensité du risque caractérisé (par exemple, en fonction du poids et de la vitesse du véhicule automobile impliqué dans l'accident)[740]. En ce qui concerne en particulier les responsabilités objectives, la légèreté de la faute commise par la personne responsable ou par un auxiliaire ne saurait en elle-

---

737 Cf. art. 41 al. 2 ch. 1 et 3 AP ; supra 2.1.

738 ATF 82 II 31 ; ATF 90 II 13 ; ATF 104 II 188.

739 Brehm R., L'étendue des dommages-intérêts, in : Die Verantwortlichkeit im Recht, II, Zurich 1981, p. 505 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 79 ad art. 43 CO ; *contra* : Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 244.

740 Widmer P., op. cit. (n. 241), ch. 4.2, 5 et 9.3 ; Rusconi B., op. cit. (n. 554), p. 544. Dans ce contexte, on peut d'une autre manière parler en terme de rapport de causalité plus ou moins intense ; cf. Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 53 s. ad art. 43 CO.

même constituer un motif de réduction de l'indemnité[741]. La faute peut néanmoins jouer un rôle comme faute additionnelle en cas de fait concurrent (notamment de faute) imputable à la personne lésée. Dans une telle éventualité, la réparation est réduite dans une moindre mesure que ne le justifierait le fait concurrent considéré pour lui-même. Il en résulte une certaine neutralisation - ou une compensation partielle - des facteurs d'appréciation en cause[742]. Parmi les circonstances appartenant à la sphère de la personne responsable, on citera enfin l'acte de complaisance ou le service rendu gratuitement ou en échange d'une modique rémunération à la victime (art. 99 al. 2 CO). En dépit de la suppression en 1975 de l'art. 59 al. 3 LCR, ce motif de réduction devrait pouvoir être invoqué, certes de manière restrictive, en cas de transport automobile[743].

S'agissant des circonstances attachées à la personne lésée - qui est d'ailleurs tenue de se faire imputer le comportement de ses auxiliaires[744] -, elles représentent les facteurs d'atténuation de la responsabilité qui sont le plus fréquemment invoqués en pratique. Elles sont certes opposables à la victime, mais aussi, en cas de décès, à ses héritiers et aux personnes privées d'un soutien[745]. Encore faut-il qu'il existe un rapport de causalité juridique entre le fait considéré - la faute concomitante par exemple - et le dommage. Tel est le cas lorsque ce fait a contribué de manière déterminante (et non de manière manifestement prépondérante, au sens de l'art. 47*a* AP) à la survenance de l'atteinte ou à l'aggravation du dommage. Son influence sur l'étendue de la réparation dépend du fondement de la responsabilité et des autres causes concurrentes qui ont pu jouer un rôle dans la réalisation du préjudice. Parmi les faits qui sont opposables à la personne lésée, il convient de citer en premier lieu les chefs d'imputation fondant la responsabilité aquilienne et la responsabilité objective, notamment la faute et le risque caractérisé. Dans le droit actuel, on admet depuis longtemps que le détenteur d'un animal ou celui d'un véhicule automobile doive à ce titre supporter une part de son dommage[746]. La doctrine

---

741 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 41 ad art. 43 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 7, N. 12a.

742 Rusconi B., op. cit. (n. 554), p. 544 ; Keller A., op. cit. (n. 10), p. 291 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 246 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 35 ad art. 44 CO ; ATF 91 II 223 ; ATF 116 II 737. Cf. aussi supra 2.4.5.3.

743 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 55 ss ad art. 43 CO ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 4.6 ad art. 59 LCR ; *contra* : Keller A., op. cit. (n. 10), p. 282. Dans l'ATF 117 II 619, le TF ne se prononce pas sur la portée de l'abrogation de l'art. 59 al. 3 LCR ; mais il refuse de considérer comme acte de complaisance du détenteur le fait de confier son véhicule à un membre de la famille pour une visite à des proches.

744 Rusconi B., op. cit. (n. 554), p. 548 s. ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 42 ad art. 44 CO ; Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 164 s. ; ATF 99 II 200 s., où le TF applique par analogie l'art. 58 al. 4 LCR au détenteur subissant un dommage à son véhicule, alors qu'il lui aurait suffi de se référer à l'art. 44 al. 1 CO.

745 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 165 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 5 ad art. 44 CO ; ATF 91 II 224.

746 Cf. par exemple ATF 85 II 247 ; ATF 108 II 57.

attribue au principe une portée générale[747]. Mais d'autres faits, dont répond la personne lésée, sont aptes à entrer en ligne de compte. Il peut s'agir du comportement objectivement fautif de la victime incapable de discernement au moment de l'accident[748]. Il peut s'agir aussi du consentement de la victime, pourvu qu'il ne constitue pas un motif justificatif propre à exclure l'illicéité, au sens de l'art. 46*a* al. 2 AP[749] ; ainsi en serait-il par exemple d'un patient qui, régulièrement informé, se soumet volontairement à une expérience médicale inutilement risquée. Il peut s'agir également de l'acceptation du risque, que la jurisprudence examine en général sous l'angle de la faute concomitante, quand la victime s'est volontairement ou par négligence exposée à un danger concret qui excède la mesure ordinaire[750]. Comme quelques auteurs l'ont souligné, une telle interprétation s'accommode mal avec la pratique de sports collectifs, pour lesquels il n'y a pas de raison pertinente d'écarter la simple acceptation du risque par les participants, même si aucun reproche subjectif ne peut leur être adressé[751]. La prédisposition constitutionnelle enfin, qu'elle soit d'origine physique ou psychique, représente un facteur qui a le caractère d'un cas fortuit personnel[752]. Elle est propre à influer sur la fixation de l'indemnité, comme d'ailleurs aussi sur le calcul du dommage, ce qui entraîne des conséquences différentes sur le droit préférentiel de la victime et l'action récursoire de l'assureur social[753].

Dans le droit actuel, la victime d'une atteinte à sa personne et à ses biens est tenue de prendre les mesures qu'on peut raisonnablement exiger d'elles pour écarter ou réduire le dommage. En somme, elle se comportera comme si elle ne pouvait demander réparation à un tiers. Suivant les exemples déjà cités[754], elle devra ainsi se soumettre à une opération chirurgicale ou installer un toit de fortune sur un bâtiment partiellement détruit. Ce devoir est une incombance. Il est fondé sur les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). Sa violation est assimilée à une faute concomitante, au sens de l'art. 44 al. 1 CO, qui justifie une

---

747 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 329 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 247 ; Rusconi B., op. cit. (n. 554), p. 551 s ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 37 ss ad art. 44 CO ; Widmer P., op. cit. (n. 241), ch. 6.2 et 11.4. Sur le risque caractérisé comme motif exonératoire, cf. supra 2.3.4.5.

748 Ce facteur de réduction est aujourd'hui admis par application analogique de l'art. 54 CO ; cf. Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 166 et 271 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 40 ad art. 44 CO ; ATF 60 II 44. Pour les auteurs de l'avant-projet, il pourrait aussi constituer un motif d'exonération ; cf. supra 2.3.4.5 et réf. cit. en n. 550.

749 Cf. supra 2.3.3.4. ; cf. aussi Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 6 ss ad art. 44 CO.

750 ATF 97 II 229 et réf. cit. Cf. aussi Oftinger K., op. cit., (n. 28), p. 160 ss.

751 Stark E.W., Das sogenannte Handeln auf eigene Gefahr, RSJ 1954, p. 25 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 11 ad art. 44 CO.

752 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 280 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 55 ad art. 44 CO ; ATF 113 II 89 ss. Cf. aussi supra 2.3.4.5.

753 Cf. Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 58 ad art. 44 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 3, N. 95 ss.

754 Cf. supra 2.3.2.4.

réduction proportionnelle de l'indemnité[755]. Un tel principe est inscrit au § 254 al. 2 BGB. Compte tenu de son importance, les auteurs de l'avant-projet proposent de l'ancrer dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile. A cet égard, la règle posée à l'art. 52 al. 1 *in fine* AP se distingue de celle prévue à l'art. 45*f* al. 1 AP. Cette dernière disposition fonde à l'encontre de la personne responsable une créance en réparation d'un poste du dommage, à savoir le paiement des frais résultant de mesures de prévention et de sauvegarde. D'une certaine manière, le droit pour la victime de prendre les mesures en question peut dépasser l'obligation qui lui est faite d'écarter ou de réduire le dommage[756].

Certaines circonstances enfin, qui sont propres elles aussi à influer sur l'étendue de la réparation, ne relèvent pas de la sphère de l'une ou de l'autre des parties. Tel est le cas fortuit, dans le sens d'un fait se produisant indépendamment de tout comportement humain[757]. Ainsi en est-il de la chute d'une pierre qui se détache d'un rocher pour tomber sur un véhicule[758]. La prise en compte d'un tel facteur de réduction dépend - encore une fois - du fondement de la responsabilité. Dans les responsabilités objectives aggravées, on ne devrait l'admettre que restrictivement : le sujet répond en effet de tous les faits qui, même dus au hasard, sont en relation (normative) avec le risque en cause, comme le détenteur d'une automobile qui circule sur une chaussée verglacée[759]. Quant au fait, singulièrement à la faute, imputable à un tiers[760], le TF est d'avis qu'il s'agit d'une circonstance qui, exceptionnellement, peut atténuer la faute de la personne responsable et donc réduire l'obligation de réparer de cette dernière. Dans une jurisprudence récente, il a considéré cette éventualité comme "théorique", de peur que soit sinon vidé de son contenu le principe du concours de responsabilités (ou de la solidarité passive)[761]. En réalité, l'éventualité de la "connexité des fautes", comme on l'appelle parfois, paraît reposer sur une fausse prémisse. La faute, en tant que reproche moral subjectif, se pèse de manière individuelle, par rapport à celui ou à celle qui l'a commise. Si la négligence de la personne recherchée est qualifiée de légère, ce n'est pas l'effet d'une réduction qui serait due au comportement d'un tiers, mais c'est le résultat d'une appréciation qui s'opère au vu de l'ensemble des circonstan-

---

755 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 159, 255, 266 s. ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 245 s. ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 50 s. ad art. 44 CO et réf. cit.

756 Cf. supra 2.3.2.4.

757 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 247. Cf. aussi ATF 89 I 497.

758 ATF 95 II 635.

759 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 278 s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 7, N. 36 ; ATF 98 II 43 ss.

760 Pour autant que ce fait ne constitue pas un motif exonératoire au sens de l'art. 47*a* AP ; cf. supra 2.3.4.5.

761 ATF 112 II 144 et réf. cit. Cf. sur ce point les opinions réservées de la doctrine récente : Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 81 ss ad art. 43 CO ; Keller A., op. cit. (n. 10), p. 130 s.

ces[762]. Autre est la question de l'étendue de la solidarité dans les rapports externes[763].

La réglementation qui régit l'étendue de la réparation est complétée par l'art. 52 al. 2 AP. Cette disposition se justifie par des considérations sociales. Elle prévoit que le tribunal peut, à titre exceptionnel, tenir compte de la situation économique des parties, notamment du fait qu'elles sont couvertes ou non par une assurance. La règle s'inspire de l'actuel art. 44 al. 2 CO, qui permet une réduction équitable des dommages-intérêts lorsque la réparation exposerait le débiteur à la gêne. Encore faut-il que ce dernier ne doive se laisser imputer une faute grave[764].

L'application de l'art. 44 al. 2 CO est relativement rare. La raison tient évidemment à la présence fréquente d'un assureur qui couvre la responsabilité de la partie défenderesse et garantit ainsi sa solvabilité[765]. Si tel n'est pas le cas, il y a lieu d'examiner l'ensemble des circonstances, et en premier la capacité financière de la personne responsable (notamment ses possibilités de gain et ses perspectives de recours contre des tiers)[766]. Il convient également de prendre en considération les conditions économiques et sociales de la victime[767]. D'ailleurs, quelques lois spéciales prévoient expressément que l'indemnité peut être réduite lorsque la personne lésée jouissait d'un revenu particulièrement élevé[768]. Aux dires de la doctrine, cette règle a une portée générale[769]. En pratique, elle est restée lettre morte[770].

L'art. 52 al. 2 AP est formulé de façon générale. Il permet au tribunal de tenir compte de la situation économique (aisée ou précaire) de chacune des parties, notamment du fait qu'elles sont ou non au bénéfice d'une assurance[771]. S'agissant de la personne responsable, l'application de la norme n'est plus subordonnée à l'absence d'une faute grave, compte tenu de l'élargissement de la responsabilité objective dans le droit futur. Il n'empêche que cette disposition

---

762 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 243 ; Widmer P., op. cit. (n. 241), ch. 7.

763 Cf. art. 53*b* al. 2 AP, infra 2.6.4.3.

764 ATF 108 II 427.

765 ATF 104 II 188 ; ATF 111 II 303, qui précise que l'art. 44 al. 2 CO protège le responsable, et non son assureur.

766 ATF 90 II 15 ; ATF 100 II 338.

767 ATF 104 II 188.

768 Art. 4 LRespC, 62 al. 2 LCR, 7 al. 2 LRCN.

769 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 248 ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 509 s.

770 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 63 ad art. 43 CO ; cf. aussi Rusconi B., op. cit. (n. 554), p. 555 s., qui souligne le caractère paradoxal de la règle ; ainsi que Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 7, N. 63.

771 Par assurance, on entend ici l'assurance de la responsabilité civile couvrant la personne responsable et l'assurance de sommes souscrites par la personne lésée, à l'exclusion de l'assurance sociale ou de l'assurance privée de dommage, dont les prestations entrent dans le calcul du préjudice et pour lesquelles l'assureur est subrogé dans les droits de la victime à l'encontre du tiers responsable.

se singularise par son caractère exceptionnel. La raison en est que le droit de la responsabilité civile est en lui-même inadéquat à pondérer les inégalités sociales et qu'il ne vise d'ailleurs pas à satisfaire des impératifs de justice distributive[772]. D'où la systématique de la réglementation régissant l'étendue de la réparation, qui distingue clairement les facteurs d'appréciation touchant le fondement de la responsabilité civile (art. 52 al. 1 AP) de ceux qui lui sont étrangers et qui, de ce fait, ont valeur d'exception (art. 52 al. 2 AP).

2.5.3 Mode de réparation (art. 52a AP)

La réparation du dommage s'opère ordinairement en espèces. Ce mode est le plus courant, eu égard à la valeur universelle de l'argent et aux facilités d'exécution qu'offre ce genre de dette. En pratique, la réparation en nature est rarement possible ; elle n'entre en ligne de compte que dans des circonstances exceptionnelles, notamment quand les parties sont liées par un rapport contractuel ou de voisinage[773]. Rien n'empêche a priori la combinaison de plusieurs modes de réparation, comme dans le cas d'une atteinte par voie de presse, où la victime se voit accorder, à côté d'une indemnité pécuniaire, un droit de réponse ou de rectification[774].

Lorsque le dommage consiste dans une perte de gain ou de soutien future, la réparation en espèces peut se faire sous la forme d'une prestation unique (un capital) ou périodique (une rente temporaire ou viagère), voire sous une forme combinée[775]. Sur ce point, le juge exerce librement son pouvoir d'appréciation (art. 43 al. 1 CO). De l'avis de la doctrine dominante, il n'est pas lié par les conclusions des parties[776]. Cette opinion est partagée par le TF[777]. Le plus souvent, la jurisprudence donne la préférence à l'indemnisation en capital, même quand la personne lésée demande une rente[778]. On y voit une multitude d'avantages censés contrebalancer largement les inconvénients. Le versement d'un capital met un terme au litige de façon définitive et prévient ainsi le risque d'une névrose de revendication chez la victime. Il place cette dernière à l'abri d'une péjoration de la situation économique de la personne responsable. Il lui

---

772 Widmer. P., op. cit. (n. 241), ch. 12.2. ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 63 ss ad art. 43 CO ; Brehm R., op. cit. (n. 739), p. 519 ss.

773 ATF 100 II 142 s. ; ATF 107 II 139 s. ; ATF 110 II 185 ss.

774 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 21 ad art. 43 CO.

775 Pour un exemple, cf. ATF 116 II 87 ss. Cf. aussi art. 9 LRespC.

776 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 7 ad art. 43 CO ; Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 217, qui se réfère à l'art. 9 LRespC en lui attribuant une portée générale ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 513.

777 ATF 117 II 625 s.

778 ATF 112 II 121 ss (129) ; ATF 117 II 611 ss (625 s.) ; BJM 1986, p. 148 ss. Pour un exemple - exceptionnel - d'indemnisation sous forme de rente, cf. ATF 89 II 159. Sur cette question, cf. notamment Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 8 ss ad art. 43 CO ; Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 217 ss ; Stauffer W./Schaetzle T. et M., Barwerttafeln, 4ème éd., Zurich 1989 - Tables de capitalisation, traduction par Giovannoni P., Zurich 1990, n. 583 ss.

permet également de supporter les frais d'une formation ou d'un reclassement professionnel, en complétant de façon opportune les prestations périodiques octroyées par les assurances sociales. Enfin, il compense les effets de la dévalorisation monétaire, par l'application d'un taux de capitalisation relativement bas (aujourd'hui : 3,5 %), ainsi que par la possibilité de placements intéressants. Pour ce qui touche l'indemnisation sous forme de rentes, elle constitue indéniablement le mode de réparation le plus approprié. La perte de gain ou de soutien future ne se manifeste en effet pas en une seule fois, mais au fil du temps et au gré d'évolutions possibles. Ce mode de réparation présente cependant l'inconvénient de perpétuer le litige et d'en compliquer le règlement, notamment lorsque les prestations périodiques des assurances sociales font l'objet de révision (en raison par exemple de la modification du taux d'invalidité de l'assuré)[779].

Les auteurs de l'avant-projet entendent maintenir le principe suivant lequel le mode de réparation se détermine d'après les circonstances. Comme la Commission d'étude[780], ils regrettent pourtant que l'application qu'en fait aujourd'hui la jurisprudence conduise systématiquement à rejeter la demande d'allocation de rente formulée par la victime, et cela même si la partie défenderesse ne s'y oppose pas. Il peut en effet y avoir de bonnes raisons d'opter pour ce mode d'indemnisation, quand par exemple l'ayant droit a une espérance de vie ou d'activité réduite, qu'il pourvoit à son seul entretien ou qu'il risque de dilapider le capital[781], sans compter l'hypothèse où la personne responsable se trouve dans l'impossibilité matérielle de payer une somme globale et unique. A l'inverse, de bons arguments peuvent justifier l'indemnisation sous forme d'un capital, lorsque par exemple le montant litigieux est réduit par le fait que le dommage est en grande partie couvert par les assurances sociales, ou que la victime se propose de procéder à un investissement judicieux à des fins professionnelles ou qu'elle assure l'entretien de tiers[782].

Toutes ces raisons plaident en faveur d'une règle qui limite le pouvoir du juge d'apprécier librement le mode de réparation du dommage. En ce sens, l'art. 52*a* al. 1 AP précise que le tribunal ne doit s'écarter des conclusions de la personne lésée que pour des motifs pertinents[783]. Il va presque sans dire que l'efficacité d'une telle règle ne saurait être garantie que si la jurisprudence admet que la dépréciation de la monnaie - un phénomène constant - doit être prise en compte dans la réparation des dommages futurs et qu'en conséquence les

---

779 Cf. art. 41 LAI, 22 al. 1 LAA, 26 al. 1 LAM ; cf. aussi Stauffer W./Schaetzle T. et M., op. cit. (n. 778), n. 601 ss.

780 Rapport, op. cit. (n. 39), V/7.1, p. 97.

781 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 16 ad art. 43 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 6, N. 215 ss ; Zen Ruffinen P., Le mensonge du nominalisme ou quelques réflexions sur l'indexation des rentes alimentaires et des rentes indemnitaires, in : Hommage à Raymond Jeanprêtre, Neuchâtel 1982, p. 154.

782 BJM 1986, p. 153.

783 Dans ce sens, Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 240 ; Stauffer W./Schaetzle T. et M., op. cit. (n. 778), n. 580, qui soulignent que rien n'empêche les parties de convertir un capital en une rente et inversément.

rentes à long terme doivent être indexées[784]. Ce pas a été franchi dans le droit de la famille[785], mais non encore dans le domaine de la responsabilité civile où les juges ne cessent de vanter les avantages de la capitalisation[786]. On fait valoir également que l'indexation entraîne des effets inflationnistes et que son application soulève des difficultés, notamment dans le calcul des réserves d'assurance[787]. On rétorque que ces difficultés ont été surmontées à l'étranger et que le principe de l'adaptation des prestations périodiques en fonction de l'évolution des prix est pratiqué de longue date dans les assurances sociales[788].

L'art. 43 al. 2 CO subordonne l'allocation d'une rente à la condition que le débiteur soit astreint à fournir des sûretés, comme peut l'être une garantie bancaire, un gage, un cautionnement ou une assurance de rentes sur la tête de la victime. Les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que la règle est trop rigide et que l'octroi d'une rente peut se justifier quand bien même il n'est pas opportun ni même réaliste d'obliger la personne responsable à fournir une sûreté. Tel est notamment le cas lorsque cette dernière est assurée[789]. Aussi est-il préférable que le tribunal dispose sur ce point d'un pouvoir de libre appréciation (art. 52*a* al. 2 AP).

2.6 Pluralité de responsabilités (art. 53 à 53c AP)

2.6.1 Présentation de l'avant-projet

Sous le titre marginal "pluralité de responsabilités", l'avant-projet distingue différentes catégories de cas où plusieurs chefs d'imputation fondant une obligation de réparer peuvent entrer en ligne de compte. Il s'agit du cumul et de la collision de responsabilités, qui ne font pas l'objet d'une réglementation dans le droit commun actuel, ainsi que du concours de responsabilités, régi aujourd'hui par les dispositions générales prévues aux art. 50 et 51 CO. Dans toutes ces hypothèses, un principe fondamental demeure omniprésent, suivant lequel la réparation due à la victime ne saurait jamais dépasser le montant du dommage subi.

---

784 Dans ce sens, Merz H., op. cit. (n. 477), n. 209 ad art. 2 CC ; Zen Ruffinen P., op. cit. (n. 781), p. 153 ss ; Bussy A., La dépréciation de la monnaie et son influence sur le mode d'indemnisation et le calcul des dommages-intérêts en matière extra-contractuelle, Genève 1974, p. 33 ss.

785 ATF 100 II 245 ss.

786 Cf. les décisions citées supra en n. 778 ; dans chacun de ces litiges, la personne lésée demandait l'octroi d'une rente indexée.

787 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 10 ad art. 43 CO ; Szöllösy P., Der Richter und die Teuerung, RJB 1976, p. 39 s. ; ATF 90 II 447.

788 Cf. réf. cit. supra en n. 784.

789 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 89 ad art. 43 CO.

2.6.2 Cumul de responsabilités (art. 53 AP)

Lorsqu'une personne cause un dommage à autrui, elle peut devoir parfois en répondre à plus d'un titre. Tel est le cas s'il est possible de lui opposer à la fois la clause générale de responsabilité pour faute et une disposition fondant une responsabilité objective, ou alors deux dispositions de ce type[790]. La question du choix de la norme à appliquer se pose. Elle n'est pas seulement théorique, dans la mesure où, dans le droit actuel comme dans l'avant-projet, certaines normes excluent de leur champ d'application la réparation des "dommages purement économiques"[791]. Sans compter que, suivant les cas, les modalités de l'action (en matière de for ou de prescription par exemple) font l'objet de dispositions particulières. En termes généraux, la question revient à se demander si le principe de l'exclusivité ou celui de l'alternativité (ou du concours) prévaut. Dans le premier cas, un chef de responsabilité exclut l'autre. Dans le second cas, l'un ou l'autre chef de responsabilité peut être retenu. La réponse est l'affaire du tribunal. C'est lui qui d'office (*jura novit curia*) décide quelle règle s'applique aux faits établis par les parties, sans être lié par les moyens juridiques invoqués par celles-ci[792]. Le Code actuel ne lui fournit aucune indication particulière.

De manière générale, la doctrine dominante préconise aujourd'hui l'application du principe de l'exclusivité, à tout le moins lorsque la victime est habilitée à se prévaloir de la clause de responsabilité prévue à l'art. 41 CO et d'une clause spéciale fondant une responsabilité objective. On explique que les normes fondant une obligation de réparer indépendante de la faute ont un champ d'application spécifique et que, dans cette mesure, elles l'emportent sur la responsabilité aquilienne qui n'est que subsidiaire. On y voit une application du principe général *lex specialis derogat legi generali*[793]. Sous réserve des rapports entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle[794], le TF n'a guère posé en la matière de lignes directrices. Dans des cas d'espèce, il semble s'être rallié au principe de l'exclusivité. Ainsi a-t-il jugé que la faute commise par le propriétaire d'un ouvrage devait être considérée comme additionnelle[795], rejetant ainsi implicitement le concours entre l'art. 41 et l'art. 58 CO que certains prônent[796]. De même a-t-il refusé le droit à la réparation du "dommage purement économique" d'une entreprise, qui avait subi une perte d'exploitation à la suite de la rupture par un tracteur automobile d'une conduite électrique appartenant à un tiers ; le motif avancé était que le champ d'application de la

---

790 Cf. sur ce point les larges possibilités offertes par l'art. 11 al. 2 LRFP.

791 Cf. supra 2.3.2.1. et art. 45 al. 3 AP.

792 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 478 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 13, N. 5 ; ATF 70 II 217 ; art. 63 al. 3 OJ.

793 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 479 ss ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 266 ss.

794 Cf. supra 2.2.2.1.

795 ATF 108 II 55 ss, approuvé par Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 21 ; cf. aussi ATF 25.04.1986, in JT 1986 I 412 s.

796 Von Tuhr A./Peter H., op. cit. (n. 51), p. 459 ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 553.

responsabilité du détenteur recherché est réglé exclusivement par l'art. 58 al. 1 LCR, qui limite la réparation aux dommages corporels et matériels[797]. Cette sentence n'a pas manqué de soulever des critiques. On a relevé que la solution eût été différente - ce qui ne se justifie guère - si le véhicule impliqué n'était pas tombé sous le coup de la LCR ou si l'action avait été dirigée contre l'employé qui le conduisait ; dans l'un et l'autre cas, les règles du droit commun auraient été applicables (art. 41 et 55 CO)[798]. On a également sérieusement mis en doute que l'art. 58 al. 1 LCR puisse avoir pour effet d'exclure l'application de dispositions générales qui permettent l'indemnisation de dommages qu'il ne couvre pas. Kramer observe avec raison que la réponse au problème posé doit résulter de l'interprétation systématique et téléologique des normes en cause. Or, il serait déconcertant qu'une règle spéciale fondant une responsabilité causale aggravée, qui par définition tend à améliorer la situation juridique de la victime, conduise finalement à la péjorer[799]. D'ailleurs, même les défenseurs du principe de l'exclusivité y attribuent une portée relative. Selon eux, "la loi spéciale ne devrait avoir le pas sur la règle générale que dans la mesure où elle aggrave les conditions de la responsabilité"[800].

Les auteurs de l'avant-projet approuvent les critiques adressées à l'arrêt Rathgeb et les réserves posées au principe de l'exclusivité. Fondamentalement, ce principe exprime certes une valeur propre ; et il gardera tout son sens dans le nouveau droit de la responsabilité civile. Mais il devra céder la place au principe de l'alternativité lorsque l'application d'une norme générale est plus favorable à la victime. On pense notamment aux clauses fondant la responsabilité pour faute (art. 48 AP) et la responsabilité pour les auxiliaires (art. 49 et 49*a* AP) qui, contrairement aux responsabilités pour risque, ne contiennent pas de limites à la réparation de certains dommages[801]. Rien à l'avenir ne devrait donc empêcher la victime d'un "dommage purement économique" résultant de l'exercice d'une activité spécifiquement dangereuse de se prévaloir aussi des clauses générales susmentionnées. D'où la règle prévue à l'art. 53 AP, qui commande au tribunal d'appliquer les dispositions permettant de procurer à la personne lésée une réparation optimale. L'expression "cumul de responsabilités" comme titre marginal s'explique pour deux raisons. Tout d'abord, cette expression est utilisée ici et là en doctrine pour appréhender l'hypothèse où une personne répond d'un même dommage en vertu de différents chefs de responsabilités[802]. Elle se différencie des deux autres catégories de pluralités de responsabilités, soit la collision de responsabilités d'une part (art. 53*a* AP) et

---

797 ATF 106 II 77 s., Rathgeb.

798 Giovannoni P., Note sur la responsabilité en cas de dommage purement économique, RSA 1980, p. 279.

799 Kramer E.A., op. cit. (n. 340), p. 130 s.

800 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 268, ainsi que p. 144, 149 et 267. Cf. aussi Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 479.

801 Cf. art. 45 al. 3 AP, supra 2.3.2.1.

802 Brehm R., Le recours de l'assureur contre un tiers responsable en vertu d'un contrat, RSA 1965/1966, p. 69 ; Savatier R., Traité de la responsabilité civile en droit français, I, 2ème éd., Paris 1951, p. 192 ss.

le concours de responsabilités d'autre part (art. 53*b* et 53*c* AP). Par ailleurs, l'expression signifie que chaque disposition fondant dans le cas d'espèce une obligation de réparer peut être applicable, si les conditions sont réunies. On ne saurait évidemment en déduire que le tribunal appliquera forcément toutes les dispositions en cause. Si l'une d'elles garantit à la victime une réparation optimale (notamment la réparation intégrale), il est inutile de vérifier si une autre disposition peut éventuellement entrer en ligne de compte. Quant à la réserve de l'art. 53 *in fine* AP, elle vise les cas où la loi prévoit expressément le principe de l'exclusivité. Ainsi en est-il de l'art. 3 al. 6 LRCN, qui dans le domaine nucléaire impose la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant de l'installation ou sur les autres personnes désignées par la loi.

2.6.3 Collision de responsabilités (art. 53a AP)

Au sens strict, il y a collision (ou rencontre) de responsabilités lorsque plusieurs personnes se causent réciproquement un dommage. Dans une telle éventualité, chaque personne impliquée est à la fois responsable et lésée. Cette question n'est aujourd'hui pas réglée par le droit commun ; elle fait en revanche l'objet de dispositions spéciales, au demeurant discutables[803]. Fondamentalement, elle est étroitement liée au problème plus général de la fixation de l'étendue de la réparation : il s'agit en fin de compte de proportionner l'obligation de réparer en fonction des circonstances . En cas de collision de responsabilités, il faut pourtant se garder de fixer l'indemnisation de chaque victime de manière indépendante, au risque sinon d'aboutir à des solutions incohérentes[804]. Il convient bien plus de répartir les responsabilités par une comparaison réciproque des facteurs d'appréciation. Chaque personne en cause doit être considérée pour les autres comme un tiers - pour autant qu'elle n'ait pas la qualité d'auxiliaire ; le fait qui lui est imputable affecte dans la même mesure sa position de victime. Ainsi, dans le cas d'un accident entre un détenteur de véhicule et un cycliste, l'un et l'autre fautif, ce dernier qui, en raison de la gravité de sa faute, se voit imputer une responsabilité de 50 %, garde à sa charge la moitié de son dommage ; simultanément, il est tenu de réparer dans la même proportion le préjudice subi par le détenteur, qui répond du risque inhérent de son véhicule et d'une violation fautive d'une règle de circulation routière. On ne saurait donc compenser les chefs d'imputation de la responsabilité dans le sens d'une neutralisation pure et simple. Une telle solution irait à l'encontre du principe de la causalité et donc de l'idée même de responsabilité ; elle pourrait au surplus conduire à des résultats choquants en cas de dommages de gravité nettement différente[805].

Suivant les propositions de la Commission d'étude[806], les auteurs de l'avant-projet renoncent à énoncer dans la loi les principes rappelés ci-dessus. Ils sont pourtant d'avis qu'il est utile que le Code pose en la matière une règle géné-

---

803 Art. 61 LCR, 31 LIE. Cf. sur ce point, Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 9, N. 9.

804 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 250 ss.

805 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 319 ss ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 9, N. 16 ss. Cf. aussi supra 2.5.2. et réf. cit. en n. 742.

806 Rapport, op. cit. (n. 39), V/8, p. 101 s.

rale. Comme l'art. 52 al. 1 AP qui régit l'étendue de la réparation, l'art. 53*a* AP laisse au tribunal un large pouvoir d'appréciation. Pour fixer l'indemnité due à chaque personne impliquée, ce dernier tiendra compte de toutes les circonstances, notamment de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé qui leur sont imputables. Cela signifie que les deux principaux chefs d'imputation de la responsabilité sont sur le même pied. En d'autres termes, lorsqu'une norme fondant une responsabilité pour risque est applicable, il n'y a a priori pas de raison d'accorder une importance prépondérante à la faute, ni d'opérer une distinction selon la nature du dommage, comme le fait de manière injustifiée l'art. 61 al. 1 et 2 LCR. Par ailleurs, il n'y a pas lieu de préciser que les règles régissant la solidarité trouvent éventuellement application, ainsi que l'énonce inutilement l'art. 61 al. 3 LCR.

2.6.4 Concours de responsabilités (art. 53b et 53c AP)

2.6.4.1 Présentation du système actuel

En droit suisse, la responsabilité plurale est soumise au régime du concours ou de la solidarité passive (au sens large). Selon ce régime, la victime dispose d'une créance en réparation du dommage contre chaque personne responsable. Elle est habilitée à actionner à son gré l'une ou l'autre, plusieurs d'entre elles ou toutes ensemble, simultanément ou successivement. La réparation par l'une d'elles libère les autres à due concurrence. Quant à la répartition finale de la dette solidaire, elle intervient dans le cadre d'un règlement interne.

De l'avis général, la solidarité est l'institution la plus adéquate à régir les cas de responsabilité plurale et à prendre en compte la situation juridique des parties qui y sont impliquées[807]. S'agissant de la victime, il est équitable qu'elle ne subisse pas le désavantage qui résulterait de la division de la prétention contre les personnes tenues à réparation. Au contraire, il est logique que chacune de ces dernières puisse *a priori* - dans la mesure de sa responsabilité individuelle - être recherchée "pour le tout". D'une part, ce principe découle de la conception du droit suisse en cas de pluralité de codébiteurs. Le créancier dispose, non pas d'une créance contre tous, comme dans le système de la corréalité, mais de plusieurs créances indépendantes contre chacun d'eux. Ces créances concourent pour éviter le cumul et donc l'enrichissement injustifié de la victime[808]. D'autre part, le principe de la responsabilité "pour le tout" résulte de la théorie de la causalité adéquate, qui s'applique de longue date à la causalité juridique[809]. Selon cette théorie, une cause partielle peut être adéquatement causale de tout le dommage. Autrement dit, une personne répond sans égard au fait que d'autres causes, notamment le fait de tiers, aient concouru au résultat final[810]. Certes, notre droit de la responsabilité civile connaît quelques

---

807 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 337 ss ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 277 s. ; ATF 89 II 122 s. ; ATF 93 II 133.

808 Von Tuhr A./Escher A., op. cit. (n. 282), p. 297 ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 836 s.

809 Cf. supra 2.3.4.3 et 2.3.4.4.

810 Engel P., op. cit. (n. 51), p. 561 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 277 s. ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 32 ad art. 50 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 10, N. 1, 10 et 11 ; nuancés : Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 337 et ATF 97 II 415.

dérogations au principe de la solidarité. Sous réserve de l'art. 96 LCA qui, propre à l'assurance de personnes, est en marge du système, il faut signaler l'art. 3 al. 6 LRCN, qui canalise la responsabilité vers l'exploitant de l'installation nucléaire ou vers d'autres personnes désignées par la loi. Les motifs de cette règle sont spécifiques au droit nucléaire. Ils tiennent à la volonté d'accorder une protection juridique plus efficace à la victime d'irradiations, mais aussi à la détermination de ne pas entraver le développement de l'industrie nucléaire, notamment en "immunisant" dans une certaine mesure les fournisseurs de services et de matériel[811]. Le droit de la tutelle connaît par ailleurs des exceptions à la solidarité, qui s'expliquent pour des raisons historiques aujourd'hui dénuées de signification[812]. De telles dérogations ne parviennent pas à battre en brèche le principe de la responsabilité "pour le tout".

On distingue depuis longtemps deux formes de solidarité, parfaite et imparfaite. Cette distinction remonterait au 19e siècle[813]. Elle n'est pas nettement consacrée par la loi. Selon l'art. 143 al. 2 CO, la solidarité passive ne se présume pas : elle est voulue par les parties ou résulte de la loi. Cette disposition ne fournit aucun critère de distinction entre deux formes de solidarité. Sous réserve d'une stipulation, elle renvoie simplement aux normes qui réglementent la responsabilité de plusieurs personnes, sans préciser dans quels cas leurs rapports seront soumis à la solidarité parfaite, dans quels autres cas à la solidarité imparfaite[814]. Les art. 50 et 51 CO régissent d'une manière générale la responsabilité plurale. Ils ne donnent pas non plus la raison d'être de la distinction. L'art. 50 al. 1 CO prévoit la responsabilité solidaire des personnes qui ont causé un dommage par une faute commune. Il se réfère à l'institution réglementée aux art. 143 ss CO. Quant à l'art. 51 CO - introduit "à la sauvette" en 1911[815] -, il ne traite que du partage interne de la dette, dans les cas où plusieurs personnes sont tenues en vertu de causes différentes. Il sous-entend la responsabilité de chacune d'elles "pour le tout", sans quoi la règle sur les recours serait sans objet.

La doctrine classique et la jurisprudence utilisent un critère de distinction purement formel, qu'elles tirent de l'art. 143 al. 2 CO. Elles considèrent que les cas de responsabilité plurale ne sont soumis à la solidarité parfaite et régis par les art. 144 ss CO que si - sous réserve d'une éventuelle convention des parties - une disposition légale le prévoit expressément. Ainsi en est-il de l'art. 50 al. 1 CO. Sinon, c'est le régime de la solidarité imparfaite (ou concours de prétentions au sens strict) qui trouve application, comme dans les hypothèses de l'art.

---

811 FF 1980 I 181, 184 s. On retrouve cette règle dans d'autres droits nationaux, ainsi qu'en droit international comme notamment dans la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, in FF 1980 I 227.

812 Cf. art. 428 al. 2, 429 al. 1 et 2 CC. Cf. aussi Delessert A., La responsabilité des autorités tutélaires en droit suisse, Lausanne 1931, p. 63 ss. Les auteurs de l'avant-projet proposent l'abrogation de ces dispositions ; cf. 4.2.15.02.

813 Jansen G., Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen, Fribourg 1973, p. 33 ss.

814 Corboz B., La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, Genève 1974, p. 27 ss.

815 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 5 ad art. 51 CO.

51 CO[816]. Le critère de distinction entre les deux formes de solidarité est donc normatif, et non analytique. En d'autres termes, le tribunal n'a pas à rechercher, dans la cause qu'il tranche, s'il existe un élément communautaire justifiant la solidarité parfaite. Cette compétence n'appartient qu'au législateur[817]. Quant aux conséquences de la distinction, elles se manifestent dans les rapports externes et internes. Ainsi le TF n'admet l'effet interruptif général de la prescription (art. 136 al. 1 CO) et la subrogation (art. 149 al. 1 CO) qu'en cas de solidarité parfaite. Il n'autorise en principe une personne responsable à opposer à la victime un motif personnel de réduction des dommages-intérêts qu'en cas de solidarité imparfaite.

De très nombreux auteurs critiquent la distinction entre solidarité parfaite et imparfaite[818]. Ils en proposent l'abolition *de lege ferenda*, voire parfois *de lege lata*. Cette distinction est ressentie comme une complication inutile, qui entraîne des effets sans grande importance pratique. Au surplus, elle ne repose pas sur un fondement valable. Le législateur ne dispose pas d'un critère sûr pour décider quelles hypothèses seront soumises à la solidarité parfaite, quelles autres à la solidarité imparfaite. Il a parfois prévu la solidarité (parfaite) dans des cas où l'élément communautaire - qui serait caractéristique de l'institution - fait défaut. Ainsi en est-il de l'art. 60 al. 1 LCR.

2.6.4.2 Principes de l'avant-projet

Suivant les opinions doctrinales mentionnées plus haut[819] et les conclusions de la Commission d'étude[820], les auteurs de l'avant-projet proposent de supprimer la distinction entre la solidarité parfaite et imparfaite en faveur d'un régime unifié. La responsabilité plurale doit à l'avenir être régie par le principe du concours et, sous réserve de quelques dérogations justifiées, être soumise aux règles applicables aux obligations solidaires (art. 143 ss CO). Sur ce point, il est sans importance que les responsables aient causé le dommage ensemble par une faute commune ou qu'ils en répondent séparément en vertu de causes différentes. Peu importe aussi sur quel fondement repose l'obligation de réparer. Une solution unitaire à vocation générale s'impose. Elle est dans l'intérêt de la clarté et de la sécurité juridique. Elle a d'ailleurs déjà été retenue dans certaines lois spéciales, comme la LCR (art. 60 al. 1 et 61 al. 3).

---

816 Oser H./Schönenberger W., op. cit. (n. 51), Vorbemerkungen zu Art. 143-150 CO, n. 8, ainsi que n. 2 et 6 ad art. 143 CO ; Becker H., op. cit. (n. 51), n. 1 ad art. 50 CO ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 561 et 565 ; ATF 55 II 314 ; ATF 89 II 122 s. ; ATF 93 II 333 ; ATF 104 II 229 ss ; ATF 115 II 45 ss.

817 Corboz B., op. cit. (n. 814), p. 40 ss, 121.

818 Von Tuhr A./Escher A., op. cit. (n. 282), p. 319 ss ; Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 338 s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 10, N. 14 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 279 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 22 ad art. 51 CO ; Corboz B., op. cit. (n. 814), p. 51 ss et 121 s. ; Merz H., Obligationenrecht, SPR VI/I, Bâle 1984, p. 103 ss, Droit des obligations, DPS VI/I, Fribourg 1993, p. 83 ss.

819 Cf. supra 2.6.4.1. et réf. cit. en n. 818.

820 Rapport, op. cit. (n. 39), V/9, p. 102 s.

D'un point de vue systématique, l'avant-projet distingue les rapports externes (art. 53*b*) et internes (art. 53*c*). S'agissant des rapports externes, l'art. 53*b* al. 1 pose le principe de la solidarité, alors que l'art. 53*b* al. 2 en limite l'étendue, tranchant ainsi une controverse tenace du droit actuel[821]. Quant aux rapports internes, l'art. 53*c* al. 1 dispose que la répartition de la dette solidaire doit se faire en fonction de toutes les circonstances ; l'art. 53*c* al. 2 précise que la personne qui aura réparé le dommage au-delà de sa part est habilitée à recourir contre les autres responsables, tout en étant subrogée aux droits de la victime.

La question du maintien de l'art. 136 al. 1 CO se pose. Selon cette disposition, la prescription interrompue contre l'un des codébiteurs solidaires l'est également contre les autres. La règle est atypique. Elle donne à penser qu'il n'existe qu'un rapport obligationnel entre le créancier et les débiteurs, ce qui n'est pas conforme au régime de la solidarité[822]. Elle trouve sa justification dans l'idée d'une "représentation réciproque" des codébiteurs[823], mais également dans le souci d'éviter au créancier la complication d'accomplir plusieurs actes interruptifs de prescription pour sauvegarder ses droits. Son caractère exceptionnel a jusqu'ici conduit la doctrine classique et la jurisprudence à en restreindre l'application aux cas de solidarité parfaite[824]. Certains auteurs proposent l'abolition de l'art. 136 al. 1 CO[825]. Ils y voient une brèche inadmissible dans le système de la solidarité. Ils font également valoir que la règle peut se révéler sévère pour la personne qui est recherchée après coup par la victime, sans avoir su que la prescription avait été interrompue contre un autre responsable. A cela on rétorquera que cette situation peut aussi se présenter lors de l'action récursoire, qui connaît son propre délai de prescription ordinaire[826]. A cet égard, on soulignera que l'effet de surprise ne devrait guère se produire à l'avenir, puisque l'art. 55*c* al. 2 AP commande à la partie qui est recherchée d'aviser les personnes qu'elle tient pour coresponsables[827]. On rappellera aussi que la règle posée à l'art. 136 al. 1 CO est avantageuse pour la victime et qu'elle est prévue dans des dispositions spéciales qui, comme l'art. 83 al. 2 LCR, régissent des cas de solidarité imparfaite. Toutes ces raisons militent en faveur du maintien de l'art. 136 al. 1 CO[828].

Comme cela a déjà été dit, l'art. 50 al. 1 CO est appelé à être remplacé par une norme générale instituant une régime unique de solidarité. Corollairement, il

---

821 Cf. infra 2.6.4.3.

822 Cf. supra 2.6.4.1.

823 Engel P., op. cit. (n. 51), p. 844.

824 Oser H./Schönenberger W., op. cit. (n. 51), n. 2 ad art. 136 CO ; Becker H., op. cit. (n. 51), n. 4 ad art. 136 CO ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 563 et 819 ; ATF 104 II 232 s. ; ATF 115 II 45 s.

825 Corboz B., op. cit. (n. 814), p. 59 ss ; Guhl T./Merz H./Koller A., Das schweizerische Obligationenrecht, 8ème éd., Zurich 1991, p. 300.

826 Cf. art. 55*c* al. 1 AP ; cf. aussi Gilliard F., Topologie de la solidarité imparfaite, in : Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Fribourg 1977, p. 291.

827 Cf. infra 2.8.7.

828 Cf. dans ce sens le Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/9, p. 104.

s'impose de supprimer aussi l'art. 50 al. 3 CO[829]. Cette règle constitue une exception. Elle restreint la responsabilité de la personne qui, après la survenance du fait dommageable, recèle des biens dérobés par l'auteur ; celle-ci ne répond qu'à concurrence de leur valeur. A vrai dire, l'art. 50 al. 3 CO est inutile, en ce sens que la solution prévue résulte de l'application des principes généraux fondant l'obligation de réparer, notamment de la causalité juridique[830].

2.6.4.3 Solidarité dans les rapports externes (art. 53b AP)

Selon l'art. 53*b* al. 1 AP, lorsque plusieurs personnes répondent du dommage subi par un tiers, elles sont solidairement tenues de le réparer. Cette disposition pose le principe de la solidarité en cas de responsabilité plurale. Sauf dérogation[831], elle renvoie implicitement à la réglementation applicable aux obligations solidaires (art. 144 à 149 CO).

Dans les rapports externes, le principe signifie que la victime est habilitée à demander réparation à tous les responsables conjointement, mais aussi à chacun d'eux en particulier. En ce sens, la solidarité présuppose la responsabilité de la personne recherchée ; elle est rompue lorsque cette dernière invoque avec succès un motif libératoire, tel un motif justificatif en vertu de l'art. 46*a* AP[832], le fait imputable à un tiers selon l'art. 47*a* AP[833] ou la preuve de la diligence d'après les art. 49 et 49*a* AP[834].

Dans ce contexte encore se pose la question de savoir si et dans quelle mesure le coresponsable actionné a le devoir ou le droit de se prévaloir d'un facteur de réduction de l'indemnité. La réponse dépend du moyen soulevé. S'il s'agit d'une exception commune, comme peut l'être une circonstance attachée à la victime (par exemple une faute ou une prédisposition constitutionnelle), la personne recherchée est tenue de l'opposer à cette dernière, au risque sinon de devoir réparer le dommage que subiraient les autres coobligés (art. 145 al. 2 CO). S'il s'agit au contraire d'une exception personnelle, comme peut l'être une circonstance liée au responsable recherché (par exemple la légèreté de la faute ou la faible intensité du risque qui lui est imputable, la gêne à laquelle l'exposerait la réparation complète), la situation juridique est aujourd'hui incertaine. Un courant majoritaire de la doctrine est partisan d'une appréciation individualisée de la responsabilité, à tout le moins dans les cas de solidarité imparfaite[835]. Il admet que le codébiteur actionné soit habilité à invoquer des

---

829 Cf. Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/9, p. 103.

830 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 66 et 70 ad art. 50 CO.

831 On pense notamment à l'art. 53*c* al. 1 AP, qui déroge au principe du partage à parts égales prévu à l'art. 148 al. 1 CO.

832 Cf. supra 2.3.3.4.

833 Cf. supra 2.3.4.5.

834 Cf. supra 2.4.3.3. et 2.4.3.4.

835 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 345 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 10, N. 33 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 283 ; Jansen G., op. cit. (n. 813), p. 77 ss ; Corboz B., op. cit. (n. 814), p. 78 ss ; Hirsch A., RDS 1967 II p. 781 ss ; Keller M./Landmann V., Haftpflichtrecht. Ein Grundriss in Tafeln, 2ème éd., Zurich 1980,

motifs personnels de réduction des dommages-intérêts. Autrement dit, la solidarité ne peut pour lui s'étendre qu'à concurrence du montant dont il serait tenu s'il était seul responsable. Elle ne saurait conduire à ce qu'il doive payer davantage par le fait que des tiers répondent à côté de lui. D'autres auteurs au contraire préconisent une application du principe de la responsabilité "pour le tout" qui irait au-delà de la responsabilité individuelle de la personne recherchée[836] ; pour eux, les exceptions personnelles ne doivent être prises en considération qu'au moment du partage interne ; la notion de solidarité serait vidée de son contenu si, dans chaque cas, il fallait apprécier de manière individualisée la responsabilité de la personne recherchée ; pratiquement, la victime serait contrainte d'agir contre tous ceux appelés à répondre.

Le TF n'a jusqu'ici pas tranché catégoriquement la controverse. Ses décisions en la matière touchent essentiellement des cas de solidarité imparfaite au sens de l'art. 51 CO et ne concernent que la prise en compte de la faute comme facteur de réduction des dommages-intérêts. Dans une ancienne jurisprudence, le TF avait admis que la faute concurrente d'un tiers puisse faire apparaître celle de la partie défenderesse comme moins grave et donc conduire à une diminution de la réparation due par cette dernière[837]. Plus récemment, il a considéré cette possibilité comme exceptionnelle, voire seulement théorique, de peur que soit sinon rendue illusoire la solidarité passive[838].

Les auteurs de l'avant-projet se sont déjà exprimés sur la manière critiquable de poser le problème de la connexité des fautes[839]. De façon plus générale, ils regrettent que la jurisprudence fédérale fasse preuve en ce domaine d'une si grande retenue ; ils approuvent l'opinion doctrinale majoritaire. De même qu'il n'existe aucun motif d'avantager un coresponsable solidaire par le fait que d'autres sont tenus à réparation à côté de lui, il n'y a aucune raison de le désavantager en lui interdisant d'opposer à la victime des causes personnelles de réduction. C'est à tort qu'on objecte que la partie défenderesse est suffisamment protégée par le jeu des recours. Cette protection ne lui est pas assurée. Au contraire, il incombe logiquement à la personne lésée de se retourner vers les autres responsables lorsque son action ne lui a pas permis d'obtenir l'intégralité de l'indemnité. Le nier aboutirait au résultat autant paradoxal qu'inéquitable que le débiteur recherché soit condamné à payer davantage parce que des tiers répondent à côté de lui. La responsabilité solidaire deviendrait curieusement une sorte de responsabilité pour le fait d'autrui[840]. Et la solidarité passive s'en trouverait dénaturée. Celle-ci remplit certes une fonction de garantie. Mais elle trouve ses limites dans les principes mêmes qui fondent l'obligation de réparer. Pour chacun des codébiteurs, elle n'existe et donc ne s'étend qu'au

---

Tableaux 120b et 122. Des décisions cantonales vont dans ce sens ; cf. RSJ 1982, p. 380 ; BJM 1991, p. 135.

836 Gilliard F., op. cit. (n. 32), p. 263 ss ; Merz H., op. cit. (n. 818), SPR VI/I, p. 107 ss, DPS VI/I, p. 87 ss ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 40 ss ad art. 50 CO, n. 29 ad art. 51 CO.

837 ATF 59 II 43 s. ; ATF 59 II 369 s. ; ATF 89 II 123.

838 ATF 93 II 322 s. ; ATF 112 II 143 s.

839 Cf. supra 2.5.2. et réf. cit. en n. 761 et 762.

840 Hirsch A., RDS 1967 II p. 785 ; Corboz B., op. cit. (n. 814), p. 89 ss.

montant de la réparation dont il serait tenu s'il était seul responsable. C'est la solution que prévoit l'art. 53*b* al. 2 AP. Elle avait déjà été préconisée par la Commission d'étude[841]. Elle a d'ailleurs été retenue sous une formulation quelque peu différente au nouvel art. 759 CO, qui régit la responsabilité solidaire dans la société anonyme[842].

2.6.4.4 Solidarité dans les rapports internes (art. 53c AP)

La répartition interne de la dette solidaire vise à déterminer qui en définitive supporte le poids de la réparation. Elle peut intervenir selon deux modes : soit dans le procès principal quand la victime a actionné toutes les personnes responsables ; soit par le biais du recours qu'exerce postérieurement le débiteur qui a réparé le dommage au-delà de sa part. Dans les rapports internes, la solidarité - qui vise à protéger la personne lésée - n'existe plus. Le principe découle du texte même de l'art. 148 CO[843] ; il vaut quand bien même la partie demanderesse à l'action récursoire est subrogée aux droits de la victime. Si l'un des coresponsables est insolvable, sa part constitue pour les autres une charge supplémentaire ; elle sera partagée au *pro rata* de leur responsabilité individuelle (art. 148 al. 3 CO par analogie). Quant à la personne lésée, elle n'a aucun droit d'intervenir dans la répartition interne, qui obéit à ses propres règles[844].

La réglementation générale des obligations solidaires contient des dispositions qui régissent les rapports entre codébiteurs. L'art. 148 al. 1 CO pose le principe du partage de la dette. L'art. 148 al. 2 CO fonde le droit de recours de celui des coobligés qui a payé au-delà de sa part. L'art. 149 al. 1 CO précise que ce dernier est, le cas échéant, subrogé aux droits du créancier. La jurisprudence en restreint aujourd'hui l'application aux cas de solidarité parfaite[845].

Quelques règles du droit de la responsabilité civile déterminent la répartition interne de la réparation ; elles permettent au tribunal de déroger au principe du partage à parts égales que pose l'art. 148 al. 1 CO. Il s'agit des deux normes générales prévues aux art. 50 al. 2 et 51 CO, ainsi que de dispositions spéciales, comme par exemple l'art. 759 al. 3 CO ou l'art. 60 al. 2 LCR. L'art. 50 al. 2 CO régit la répartition de la dette solidaire entre des coresponsables qui ont

---

841 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.2.3, p. 51 et V/9, p. 103.

842 Cette disposition a été considérablement modifiée lors de la procédure parlementaire ; cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision du droit des sociétés anonymes, du 23 février 1983, FF 1983 II 757, notamment 871 ss et 966 ; BO CN 1985, p. 1788 s. ; 1990, p. 1389 ss ; 1991, p. 852 ss, 1108 ; BO CE 1988, p. 525 s. ; 1991, p. 76 s., 471 ; LF du 4 octobre 1991, en vigueur depuis le 1er juillet 1992. Cf. aussi les exemples cités par Rusconi B., Responsabilité solidaire selon l'art. 759 CO, in : Le nouveau droit des sociétés anonymes, Lausanne 1993, p. 495 s., ainsi que ATF 123 III 325 où, sur ce point, le TF parle de "solidarité différenciée".

843 Cf. notamment le titre marginal et la référence à la "part" que chaque codébiteur doit assumer. Cf. aussi le texte de l'art. 53*c* AP.

844 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 286 ; ATF 86 II 252 s. ; ATF 89 II 123.

845 ATF 115 II 47 s. Cf. aussi Becker H., op. cit. (n. 51), n. 2 ad art. 149 CO ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 569 et 844 s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 10, N. 16.

causé le dommage par une faute commune. Il laisse au juge un pouvoir d'appréciation. C'est la gravité des fautes respectives qui constitue le critère déterminant. Quant à l'art. 51 CO, il traite de la répartition de la réparation entre des personnes tenues en vertu de causes différentes. L'al. 1 renvoie à l'application par analogie de l'art. 50 al. 2 CO. L'al. 2 prévoit un ordre hiérarchique, selon lequel le dommage devrait être supporté *dans la règle* d'abord par le responsable *ex delicto*, ensuite par le responsable *ex contractu*, enfin par le responsable *ex lege*. Le TF a pendant longtemps considéré qu'il ne fallait déroger à cette norme "qu'avec une grande circonspection"[846]. Bon nombre d'auteurs critiquent la règle et l'application qui en est faite. On relève que l'art. 51 a été introduit inopinément dans le Code de 1911, sans profonde réflexion sur le sens de la "cascade"[847]. On souligne aussi que cette disposition doit être comprise comme une directive qui ne lie pas le tribunal[848]. On ajoute enfin que son application devrait tenir compte de l'évolution du droit de la responsabilité depuis le début du siècle, notamment de l'introduction des responsabilités causales aggravées. Il est aberrant de privilégier les personnes qui répondent objectivement du risque que fait courir à autrui telle activité spécifiquement dangereuse et de transférer systématiquement sur le responsable aquilien la charge finale de la réparation[849]. Dans une jurisprudence récente, le TF a semblé montrer une certaine sympathie pour ce courant d'opinion, qui laisse entrevoir une relativisation de l'ordre hiérarchique prévu à l'art. 51 al. 2 CO. Il déclare en effet qu'il faut "se garder de tout schématisme et résister à la tentation de définir *in abstracto* des critères de répartition qui imposeraient une rigidité que le législateur n'a pas prévue"[850]. Il n'empêche que la pratique n'a jusqu'ici pas fait preuve de la souplesse préconisée par notre plus haute instance. Ce constat conduit les auteurs de l'avant-projet à suivre les conclusions de la Commission d'étude[851] et à proposer une règle générale en la matière qui, à l'instar du nouvel art. 759 al. 3 CO, donne au tribunal un large pouvoir d'appréciation. Ainsi l'art. 53*c* al. 1 AP énonce-t-il qu'entre personnes coresponsables, la réparation sera répartie en fonction de toutes les circonstances, notamment de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé qui sont imputables à chacune d'elles. Comme l'art. 53*a* AP qui régit la collision de responsabilités, cette disposition met donc sur le même pied les deux principaux chefs d'imputation fondant une obligation de réparer[852]. Cela signifie que lorsqu'une norme instituant une responsabilité pour risque est applicable, il n'y a *a priori* pas de raison d'accorder une importance prépondérante à la faute imputable à

---

846 ATF 76 II 392.

847 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 5 ad art. 51 CO et réf. cit.

848 Bugnon H., L'action récursoire en matière de concours de responsabilité civile, Fribourg 1982, p. 71 ss.

849 Widmer P., op. cit. (n. 8), p. 287 ss ; cf. aussi Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 358 ss.

850 ATF 116 II 649, qui se réfère à l'ATF non publié du 5 mai 1987, Michaud et consorts c/ Confédération suisse ; cf. aussi Stark E.W., Zwei neuere Entscheidungen des Bundesgerichtes zur Regressordnung von Art. 51 Abs. 2 OR, RJB 1992, p. 221 ss.

851 Cf. Rapport, op. cit. (n. 39), V/9, p. 105.

852 Cf. art. 41 al. 2 ch. 1 et 3 AP ; supra 2.1.

l'un des coresponsables, comme le fait à tort l'art. 60 al. 2 LCR. Pour le reste, il suffit de renvoyer au commentaire de l'art. 52 AP qui règle l'étendue de la réparation[853].

Selon l'art. 53*c* al. 2 AP, la personne qui aura réparé le dommage au-delà de sa part a un droit de recours contre les autres responsables ; à cet effet, elle est subrogée aux droits de la personne lésée. Le recours est le mode ordinaire de répartition interne de la dette solidaire. Il est dans la logique de la solidarité passive (cf. art. 148 al. 2 CO). Il donne au codébiteur qui a désintéressé la victime une créance personnelle. Cette créance confère une prétention propre, et non dérivée, qui est soumise exclusivement aux règles de partage[854]. Du point de vue procédural, le recours est mis en oeuvre par une action récursoire, indépendante de celle de la personne lésée. Cette indépendance se manifeste notamment par le fait que la décision rendue dans le procès principal ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée dans les rapports entre coresponsables[855].

L'art. 53*c* al. 2 AP énonce que la personne qui a un droit de recours contre les autres coresponsables est subrogée aux droits de la victime. Cette disposition reprend la règle posée à l'art. 149 al. 1 CO, que le TF n'applique aujourd'hui qu'aux cas de solidarité parfaite[856]. Dans le cadre d'une solution unifiée, cette règle doit avoir une vocation générale[857]. Tout d'abord, et à l'instar de l'art. 136 al. 1 CO[858], l'art. 149 al. 1 CO fait partie de la réglementation générale qui régit la solidarité passive. Au surplus, la subrogation renforce le droit de recours. En effet, le responsable qui a désintéressé la victime acquiert *ex lege* les droits de cette dernière, avec leurs accessoires ; il est habilité à les exercer quand il se retourne contre les autres[859]. Or il paraît équitable d'avantager le codébiteur qui a réparé le dommage au-delà de sa part et qui supporte le risque des recours contre des personnes ne répondant pas envers lui de manière solidaire. Certes, il ne faut pas exagérer l'utilité pratique de la subrogation[860]. Celle-ci pourra être avantageuse quand la partie demanderesse à l'action récursoire bénéficie des sûretés qui garantissent la créance principale[861].

---

853 Cf. supra 2.5.2.

854 Cf. Corboz B., op. cit. (n. 814), p. 68 ; Bugnon H., op. cit. (n. 848), p. 77.

855 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 291 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 10, N. 83 ; ATF 57 II 522 ; question laissée ouverte dans ATF 93 II 333 ss et les références doctrinales citées.

856 Cf. supra les réf. cit. en n. 845.

857 Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/9, p. 104 ; dans ce sens : Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 340 ; Corboz B., op. cit. (n. 814), p. 73 ss et 115.

858 Cf. supra 2.6.4.2.

859 Von Tuhr A./Escher A., op. cit. (n. 282), p. 316 ss ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 569 s. et 614 s.

860 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 56 ad art. 50 CO ; Gilliard F., op. cit. (n. 826), p. 291.

861 S'agissant du droit de gage prévu à l'art. 60 LCA, cf. infra 2.7.4.2.1.

2.7 Responsabilité civile et assurance privée (art. 54 à 54i AP)

2.7.1 Introduction

Il arrive fréquemment que le fait dommageable donnant naissance à une créance en réparation contre la personne responsable fonde simultanément une prétention contre un tiers. Ce dernier est le plus souvent un assureur. Il peut s'agir d'un assureur de responsabilité civile, contre lequel la victime est habilitée à intenter une action directe en vertu d'un droit légal *sui generis*[862]. Il peut s'agir aussi d'un autre assureur privé, de choses ou de personnes, appelé à intervenir sur la base d'un contrat conclu par la personne lésée, voire par une autre personne. Il peut s'agir également d'un assureur social, tenu par la législation fédérale ou cantonale de verser des prestations à la suite d'une atteinte à la vie ou à la santé. Il peut s'agir enfin d'une autre institution d'assurance, telle une caisse-maladie ou une caisse de pensions, à laquelle est affiliée la victime. Comme on le constate, le rapport juridique qui autorise la personne lésée à s'en prendre à l'assureur varie par son fondement (légal, contractuel, statutaire) et par sa nature (droit public ou droit privé).

La pluralité de prétentions de la victime du dommage à l'encontre de la personne responsable (ou de celle qui assure cette dernière) d'une part, et à l'encontre d'un assureur (autre que celui qui couvre la personne responsable) d'autre part, n'est pas réglée de façon uniforme par notre ordre juridique. Plusieurs principes peuvent trouver application[863] :

- Le principe du cumul permet à l'ayant droit de faire valoir ses prétentions tant à l'encontre de la personne responsable qu'à l'encontre de l'assureur, sans interférence d'une créance sur l'autre. Suivant les circonstances, ce principe peut conduire à une surindemnisation. Il est implicitement admis par l'art. 96 LCA, quand la personne lésée est au bénéfice d'une assurance de personnes ou, selon la terminologie moderne, d'une assurance de sommes qui garantit le versement de prestations fixées à l'avance en cas d'atteinte à la vie et à l'intégrité physique ou psychique.
- Le principe de la subrogation fait passer les droits de la victime contre la personne responsable à l'assureur, jusqu'à concurrence des prestations allouées. Il évite la surindemnisation de la personne lésée, tout en lui garantissant, en règle générale, un droit préférentiel à la réparation pour les postes du dommage couverts par l'assurance. Le principe de la subrogation est prévu par les règles régissant la plupart des assurances fédérales[864] et cer-

---

862 Brehm R., Le contrat d'assurance responsabilité civile, 2ème éd., Bâle 1997, n° 601 et réf. cit.

863 Maurer A., Cumul et subrogation dans l'assurance sociale et privée. Contribution à l'harmonisation de la législation. Rapport du groupe de travail institué par la Société suisse de droit des assurances, Berne 1976, p. 9 ss (édition allemande : Kumulation und Subrogation in der Sozial- und Privatversicherung, Berne 1975) ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 11, N. 1 ss.

864 Cf. art. 41 LAA, 48ter LAVS, 52 al. 1 LAI, 67 al. 1 LAM, 79 al. 1 LAMal.

taines caisses de pensions fédérales[865] ; il est institué également par l'art. 72 al. 1 LCA, qui octroie un droit de subrogation limité à l'assureur de dommages, lorsque la personne responsable est tenue en raison d'un acte illicite fautif ; dans les autres cas, l'assureur n'est habilité à exercer un recours contre le tiers responsable que dans les limites de l'art. 51 al. 2 CO[866].

– Le principe de l'imputation autorise la personne responsable à déduire de l'indemnité les prestations versées au lésé par l'assureur ; dans cette mesure, elle est déchargée de l'obligation de réparer. Ce principe fait règle dans les systèmes étrangers qui ont supprimé le droit de subrogation de l'assureur social. En Suisse, il s'applique lorsque l'assureur de dommages n'est pas habilité à recourir contre le tiers responsable ; il est également expressément prévu dans quelques lois fondant une responsabilité objective aggravée (art. 62 al. 3 LCR, 13 al. 1 LRespC, 9 al. 2 LRCN), en ne visant toutefois que les prestations d'assurances privées, dont la personne responsable a payé tout ou partie des primes[867].

– Le principe de la subsidiarité permet à l'assureur de refuser de verser les prestations auxquelles il est tenu, si et dans la mesure où une personne répond du dommage causé à l'assuré. Ce principe est souvent prévu dans les statuts et règlements des caisses-maladie et des institutions de prévoyance professionnelle. Son application peut entraîner des consé-quences pénibles pour la personne lésée. D'où la faculté, voire l'obligation, qu'a l'assureur de verser des avances à la victime, à charge pour celle-ci de céder les droits qu'elle a contre le tiers tenu à réparation. La portée d'une telle cession est depuis longtemps discutée. La jurisprudence considère que les caisses-maladie et les institutions de prévoyance - même celles dépendant du droit public - doivent être assimilées à des responsables contractuels et soumises à l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO ; en conséquence, la cession prévue par les statuts ou règlements est inopérante si elle a pour effet d'y déroger, et cela peu importe la teneur de l'art. 26 OPP2[868].

Parmi les principes exposés ci-dessus, celui qui permet le cumul de prétentions contre la personne responsable d'une part et contre l'assureur d'autre part occupe une place particulière. Cette particularité tient à la nature même de l'assurance de sommes, dont les prestations dépendent, non de l'existence d'un dommage effectif, mais de la seule survenance de l'événement assuré, tel le décès ou l'invalidité. Inscrit dans la loi au début du siècle (art. 96 LCA), le principe du cumul exprime une volonté politique qui, par le biais de l'assurance privée, tend à encourager la prévoyance personnelle. En dépit du développe-

---

865 Cf. art. 14 de l'Ordonnance concernant la Caisse fédérale d'assurance du 2 mars 1987, RS 172.222.1 et art. 14 des Statuts de la Caisse de pensions et de secours des CFF du 10 mars 1987, RS 172.222.2.

866 Cf. art. 54 AP, infra 2.7.3.1.

867 Cf. art. 54*i* AP, infra 2.7.5.

868 ATF 104 II 189 ; ATF 107 II 495 ; ATF 115 II 26 s. et les références doctrinales citées. S'agissant de l'art. 26 OPP2 (RS 831.441.1), il dispose que l'institution de prévoyance peut, si son règlement le prévoit, exiger de celui qui demande des prestations de survivants ou d'invalidité qu'il lui cède ses droits envers le tiers responsable du dommage jusqu'à concurrence du montant des prestations qu'elle doit.

ment des assurances sociales, ce principe conserve aujourd'hui une valeur intrinsèque indéniable[869]. Il doit continuer de s'appliquer aux assurances qui, conclues sous la forme d'assurances de sommes, couvrent les risques d'atteintes à la vie et à l'intégrité physique et psychique de la personne humaine.

S'agissant des autres principes - la subrogation et le recours, l'imputation, la subsidiarité et la cession -, ils visent tous, à des degrés divers et selon des modalités différentes, à coordonner le droit de la responsabilité civile et celui des assurances privées et sociales, dans le but notamment d'éviter la surindemnisation de la personne lésée. Un tel objectif est lié à la fonction réparatrice que remplissent les réglementations en cause. Mais force est de constater que, prises dans leur ensemble, ces réglementations constituent un système qui, faute de reposer sur un concept global, reste hybride. Dans la pratique, il en résulte des solutions disparates, des risques de surassurance et de surindemnisation, un fonctionnement complexe. Ce constat est surtout manifeste en cas de décès ou d'invalidité de la victime, lorsqu'à côté de la personne responsable plusieurs assureurs sociaux sont appelés à intervenir. Les raisons qui expliquent cette situation insatisfaisante sont multiples. Ces raisons sont tout d'abord liées à l'évolution législative du droit de la responsabilité civile, qui s'est réalisée en dehors du droit commun du CO par des règles spéciales générant des solutions divergentes[870]. Qu'on pense ici aux diverses dispositions qui régissent l'assurance qu'est tenue de conclure la personne exerçant une activité à risques, comme le détenteur d'un véhicule automobile ou l'exploitant d'une installation nucléaire. Ces raisons touchent également le domaine des assurances privées, qui dans les faits a connu un essor considérable, mais dont certaines branches ne sont pas appréhendées de manière adéquate par une législation aujourd'hui partiellement dépassée[871]. Qu'on songe à la problématique que pose la qualification des assurances couvrant les risques d'atteintes à la santé et ses effets sur la responsabilité civile[872]. Les raisons expliquant la situation actuelle concernent enfin le secteur des assurances sociales, dont les diverses réglementations ne reposent pas sur un concept défini, mais s'inscrivent davantage dans un développement pragmatique au fil des décennies[873]. D'un point de vue systématique, il en résulte une diversité qui nuit à la cohésion et empêche une application homogène[874].

Personne ne saurait aujourd'hui nier que le système juridique qui régit la réparation des préjudices par le biais de dommages-intérêts dus par le responsable

---

869 Maurer A., op. cit. (n. 863), p. 89 ; Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/10.1, p. 108.

870 Cf. supra 1.1.

871 Gauch P., Das VVG - Alt und Revisionsbedürftig, Strassenverkehrsrecht -Tagung, Fribourg 1990 ; Tercier P., La LCA : ombres et lumières, Journées de droit de la circulation routière, Fribourg 1990.

872 Cf. ATF 104 II 47 ss. Cf. aussi Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 11, N. 14.

873 Maurer A., op. cit. (n. 162), p. 7.

874 Rapport de la Commission du Conseil des Etats au Projet de LF sur la Partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), FF 1991 II 229 ss.

et de prestations versées par un ou plusieurs assureurs, doit faire l'objet d'une meilleure harmonisation, de manière à satisfaire à deux objectifs majeurs : d'une part, éviter la surindemnisation de la victime (notamment par le principe de la subrogation de l'assureur) ; mais d'autre part aussi lui accorder une réparation complète (notamment par le principe du droit préférentiel)[875]. A cette fin, il s'impose de généraliser et, dans la mesure du possible, d'unifier les normes de coordination entre les divers régimes applicables. Selon l'orientation voulue par le législateur, les rapports entre le droit de la responsabilité civile et celui des assurances privées doivent être régis par le Code des obligations, précisément par la Partie générale du droit de la responsabilité civile[876]. Quant aux rapports entre le droit de la responsabilité civile et le droit des assurances sociales, ils seront réglés par la loi sur la Partie générale du droit des assurances sociales, dont le Projet est actuellement soumis à l'examen des Chambres fédérales[877]. A cet égard, il est hautement regrettable que la prévoyance professionnelle ait été exclue du champ d'application du Projet de loi[878], contrairement à la proposition de la Société suisse de droit des assurances[879]. D'une part, on s'accorde à affirmer que la prévoyance professionnelle, compte tenu de ses objectifs, constitue une branche des assurances sociales[880]. D'autre part, et plus particulièrement en raison du caractère indemnitaire des prestations obligatoires d'invalidité et de survivants prévues par la LPP, il s'impose de mettre les institutions de prévoyance sur le même pied que les autres assureurs sociaux, en leur octroyant notamment un droit de subrogation intégral contre la personne responsable. Cette opinion, qui était celle de la Commission d'étude[881], est partagée par de nombreux auteurs[882]. Si le législateur du droit des assurances sociales ne devait pas en tenir compte lors de la réforme en cours et voulait ainsi reporter l'examen de la question à une révision

---

875 Schaer R., op. cit. (n. 122), p. 17 ss, 147 ss.

876 Cf. art. 54 à 54*i* AP, infra 2.7.2. à 2.7.5.

877 Cf. Rapport de la Commission du Conseil des Etats, op. cit. (n. 874), notamment p. 238 ss (aspects fondamentaux du Projet) et p. 260 ss (règles de coordination, en particulier les art. 79 à 82 sur la subrogation de l'assureur).

878 Rapport de la Commission du Conseil des Etats, op. cit. (n. 874), p. 238 s. et 242 ; cf. aussi art. 1 du Projet. Dans son avis du 17 avril 1991, le Conseil fédéral considère cette exclusion comme une "lacune" (FF 1991 II 891). Dans son avis approfondi du 17 août 1994, il confirme son point de vue (FF 1994 V 905 s.).

879 Rapport sur une Partie générale du droit suisse des assurances sociales et projet de loi, Berne 1984, p. 25 s.

880 Rapport de la Commission du Conseil des Etats, op. cit. (n. 874), p. 230 et 242. Cf. aussi Beck P., Regress der Vorsorgeeinrichtung auf haftpflichtige Dritte, RSA 1992, p. 179 ; ATF 20.03.1990, SZS 1990, p. 305, où le TFA admet que l'institution de prévoyance qui recourt contre la personne responsable forme avec l'AVS une communauté de créanciers selon l'art. 79^{quater} al. 3 RAVS.

881 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/2.1.2, p. 168 s.

882 Nef U. Ch., Die Leistungen der beruflichen Vorsorge in Konkurrenz zur anderen Versicherungsträgern sowie haftpflichtigen Dritten, SZS 1987, p. 31 ; Beck P., op. cit. (n. 880), p. 184 ss ; Maurer A., op. cit. (n. 162), p. 226 ; Schaer R., Hard cases make bad law oder OR 51/2 und die regressierende Personalvorsorgeeinrichtung, in : recht 1991, p. 14 s., 18 s.

ultérieure de la LPP[883], la situation actuelle perdurerait encore longtemps, avec ses disparités injustifiables selon que l'institution de prévoyance bénéficie d'un droit de subrogation intégral - comme certaines caisses de pensions fédérales - [884] ou d'un droit de recours limité en application des règles du CO ; selon aussi qu'elle renonce, si son règlement le lui permet, à se retourner contre la personne responsable, avec pour effet d'avantager sans raison valable la victime assurée[885].

2.7.2 Présentation de l'avant-projet

Le droit des assurances privées est essentiellement régi par la Loi sur le contrat d'assurance, adoptée le 2 avril 1908. Cette loi opère une distinction bipartite - formellement discutable -[886] entre l'assurance contre les dommages (art. 48 à 72) et l'assurance des personnes (art. 73 à 96). Le principe indemnitaire, qui veut que le sinistre ne soit pas une source d'enrichissement pour l'ayant droit, ne s'applique qu'à l'assurance de dommages (art. 72)[887]. En pratique, on distingue les assurances selon que l'objet assuré est une personne, une chose ou un patrimoine. Et plutôt que d'assurance de personnes, on parle d'assurance de sommes lorsque la couverture garantit en cas d'atteinte à la vie ou à l'intégrité de l'individu le versement de prestations en espèces fixées à l'avance, indépendamment de l'existence d'un dommage effectif. Cette caractéristique justifie le principe du cumul de prétentions, posé à l'art. 96 LCA[888]. De ce point de vue, la question de la qualification des différentes branches d'assurances est évidemment essentielle[889].

Lorsque le fait dommageable donnant naissance à une créance en réparation contre la personne responsable fonde simultanément une prétention contre un assureur privé, trois types de rapports juridiques peuvent entrer en ligne de compte,

- selon que la personne lésée est au bénéfice d'une assurance de dommages ;
- selon que la personne responsable est couverte par une assurance de responsabilité civile ;

---

883 Cf. à ce sujet la proposition de la Commission du Conseil des Etats, FF 1991 II 242, 287.

884 Cf. supra n. 865.

885 Cet avantage n'est aujourd'hui pas "injustifié", au sens des art. 34 al. 2 LPP et 24 al. 2 OPP2 ; cf. sur ce point, Maurer A., op. cit. (n. 162), p. 227 ; Bossard R./Daxelhoffer H./Jaeger B., Der Rückgriff im Überblick, in : Das Verschulden, par Schaer R./Duc J.-L./Keller A., Bâle 1992, p. 300.

886 Kuhn M., Grundzüge des schweizerischen Privatversicherungsrechts, Zurich 1989, p. 63 ; Tercier P., op. cit. (n. 871), p. 12 s.

887 Cf. infra 2.7.3.

888 Cf. supra 2.7.1.

889 Maurer A., Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3ème éd., Berne 1995, p. 427 ss ; Kuhn M., op. cit. (n. 886), p. 63 ss ; Viret B., Droit des assurances privées, 3ème éd., Zurich 1991, p. 155 ss.

– selon que la victime peut prétendre aux prestations d'une assurance financée par la personne responsable.

Dans le droit actuel, ces diverses relations juridiques sont appréhendées de manière incomplète par des dispositions disséminées dans le CO (notamment à l'art. 51), dans la LCA (en particulier aux art. 60 et 72), ainsi que dans des lois spéciales fondant une responsabilité pour risque (comme aux art. 63 ss LCR qui règlent l'assurance obligatoire couvrant la responsabilité du détenteur d'un véhicule automobile). Ces dispositions, lorsqu'elles prennent directement en compte l'intervention d'un assureur, n'ont souvent qu'un champ d'application sectoriel ; elles laissent apparaître des lacunes et donnent lieu à des solutions disparates. Suivant les propositions de la Commission d'étude[890], les auteurs de l'avant-projet sont convaincus que les art. 41 ss CO doivent réglementer de façon systématique les différents rapports entre la responsabilité civile et l'assurance privée, soit l'assurance de dommages (art. 54 à 54*b* AP), l'assurance de responsabilité civile (art. 54*c* à 54*h* AP) et l'assurance au profit d'autrui (art. 54*i* AP). Les raisons tiennent au fait que les règles de l'avant-projet s'inspirent souvent des dispositions générales régissant le concours de responsabilités (art. 53*b* et 53*c* AP)[891], et qu'elles ont elles-mêmes une vocation générale à s'appliquer, compte tenu de l'importance, sinon de l'omniprésence, de l'assurance privée dans la réparation des dommages. Il devrait en résulter un meilleur fonctionnement du système (notamment par la généralisation du droit de subrogation de l'assureur). Il devrait en découler également une amélioration de la situation juridique de la personne lésée (en particulier par la généralisation du droit d'action directe contre l'assureur de responsabilité civile, ainsi que du droit préférentiel à la réparation pour les postes du dommage couverts par l'assurance).

2.7.3 Rapports avec l'assurance de dommages (art. 54 à 54b AP)

2.7.3.1 La situation actuelle

Les art. 54 à 54*b* AP régissent les rapports entre la responsabilité civile et l'assurance de dommages, soit l'assurance qui compense une diminution effective du patrimoine de l'assuré - qu'il s'agisse du preneur d'assurance lui-même ou d'un tiers au profit de qui l'assurance est conclue. L'assurance visée ici a pour objet une chose ou une personne, pourvu que dans ce dernier cas elle n'ait pas la forme d'une assurance de sommes[892]. S'agissant de l'assurance de la responsabilité civile, ses rapports avec le droit de la responsabilité sont appréhendés par les art. 54*c* à 54*h* AP.

Dans le droit actuel, ce sont les art. 72 LCA et 51 CO qui règlent les rapports entre l'assureur de dommages et le tiers responsable. La victime dispose de prétentions concurrentes contre l'un et l'autre. C'est dire qu'elle doit se laisser imputer les prestations d'assurance sur la créance qu'elle a contre la personne

---

890 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.1, p. 106 ss.

891 Cf. supra 2.6.4.

892 Cf. supra 2.7.2. Cf. aussi Maurer A., op. cit. (n. 889), p. 417 s. et 420 s. ; ATF 104 II 47 ss ; ATF 119 II 364 s.

responsable. Lorsque, comme c'est le cas le plus fréquent, l'assureur indemnise en premier la personne lésée, il peut recourir - par subrogation aux droits de celle-ci - contre l'auteur de l'acte illicite fautif (art. 72 al. 1 LCA). En revanche, il ne saurait se retourner contre la personne qui répond de manière objective sans avoir commis de faute[893]. Il faut voir dans cette limite une application de l'art. 51 al. 2 CO. Quant au recours contre la personne tenue en vertu d'un contrat, il n'est ouvert que si cette dernière répond d'une faute grave (qu'il s'agisse d'une faute personnelle ou de celle d'un auxiliaire)[894]. Le TF fonde cette jurisprudence restrictive sur les art. 51 al. 1 et 50 al. 2 CO, qui réservent le pouvoir d'appréciation du juge. Il fait valoir que le législateur, en adoptant l'art. 51 CO postérieurement à l'art. 72 LCA, n'a pas voulu améliorer la situation de l'assureur. Il se demande au surplus pourquoi celui-ci devrait être habilité à se retourner contre la personne qui, répondant de la violation d'un contrat, n'a pas commis de faute grave, alors que l'art. 14 al. 4 LCA lui interdit de réduire ses prestations en cas de faute légère de l'assuré. Cette jurisprudence a donné lieu à une abondante littérature[895].

Si les règles posées aux art. 72 al. 1 LCA et 51 CO se rapportent, en partie, au même objet, elles ne concordent pas parfaitement, ce qui nuit à la cohérence du système[896]. L'art. 72 al. 1 LCA est une disposition spéciale et rigide, qui octroie à l'assureur un droit de recours renforcé par une subrogation limitée, soustrait au pouvoir d'appréciation du juge. Quant à l'art. 51 CO, il s'agit d'une disposition générale et flexible, qui accorde à l'assureur un droit de recours de nature propre, soumis à l'appréciation du tribunal. Il résulte du droit applicable aujourd'hui que l'assureur qui a payé ses prestations ne dispose que d'un recours limité contre la personne responsable. Dans certaines circonstances, cette dernière profite donc de l'existence - en soi fortuite - d'une assurance financée par la victime, qui devient ainsi une sorte d'assurance "pour le compte d'autrui". Une telle situation est insatisfaisante et mérite correction. A cette fin, et suivant les thèses de la Commission d'étude[897], les auteurs de l'avant-projet proposent en la matière une réglementation unitaire, incluse dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile. Cette réglementation prend logiquement en compte les normes qui régissent le concours de responsabilités dans les rapports internes (art. 53*c* AP)[898], étant précisé - et cela justifie des solutions spécifiques - que l'assureur n'est pas un responsable comme les autres, en ce sens qu'il est tenu à réparation sans avoir causé le dommage. C'est le contrat d'assurance qui fonde son obligation, et non une violation d'un

---

893 ATF 107 II 496 ; ATF 115 II 26.

894 ATF 80 II 253 ss ; ATF 93 II 353 ; corollaire : si la personne tenue en vertu d'un contrat a été recherchée en premier lieu par la victime, elle a un recours contre l'assureur si une faute grave ne lui est pas imputable (ATF 114 II 344 s.).

895 Cf. Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 108 ss ad art. 51 CO et les réf. cit.

896 Maurer A., op. cit. (n. 863), p. 91 ; Oswald H., Leistungskollisionen in der Privat- und Sozialversicherung, RSA 1973/1974, p. 132 s. ; Chaudet M. H., Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage, thèse Lausanne 1966, p. 79 ss.

897 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.1, p. 107 s.

898 Cf. supra 2.6.4.4.

devoir contractuel ou un chef d'imputation lié à un fait illicite. A cet effet, l'avant-projet pose le principe de la subrogation intégrale de l'assureur aux droits de la victime contre la personne responsable (art. 54 AP), en mettant des limites à la fois générales et particulières à l'exercice du droit de recours (art. 54*a* et 54*b* AP). Cette nouvelle réglementation rendra sans objet les al. 1 et 3 de l'actuel art. 72 LCA. Quant à l'al. 2, les auteurs de l'avant-projet y voient une norme de responsabilité particulière qui, pouvant tomber demain sous le coup de la clause générale de responsabilité pour faute (art. 48 AP), paraît superflue[899]. En conséquence, ils proposent que l'art. 72 LCA contienne à l'avenir une simple règle de renvoi, selon laquelle le recours de l'assureur est régi par les dispositions du CO sur la Partie générale du droit de la responsabilité civile, en particulier par les art. 54 à 54*b* AP.

2.7.3.2 Principe (art. 54 AP)

Lorsque, pour le même dommage, la victime peut faire valoir une créance en réparation contre le tiers qui en est responsable et contre l'assureur qui en couvre les conséquences, elle dispose de prétentions concurrentes. Le paiement par l'un des codébiteurs libère l'autre à concurrence de l'indemnité versée. Le règlement interne de la dette solidaire s'opère par le biais du recours.

Dans la très grande majorité des cas, c'est l'assureur qui le premier procède à l'indemnisation[900]. L'art. 54 al. 1 AP se fonde sur cette hypothèse et dispose que la personne lésée doit se laisser imputer les prestations qu'elle a reçues de l'assureur sur la créance en réparation qu'elle a contre la personne responsable. Il faut voir dans cette règle une application du principe général de l'imputation en avantages, que les auteurs de l'avant-projet n'ont pas jugé nécessaire d'inscrire en tant que tel dans la loi[901]. Ce principe vise à empêcher la surindemnisation de la victime ; à cet effet, il oblige cette dernière à déduire du montant du préjudice les avantages que lui procure le fait dommageable, en particulier - et c'est le cas le plus important en pratique - les prestations faites par un assureur[902]. L'imputation des prestations d'assurance trouve également une justification dans le fait que la personne responsable est exposée au recours de l'assureur.

L'art. 54 al. 2 AP prévoit que, dès le paiement de ses prestations, l'assureur est subrogé aux droits de la personne lésée contre la personne responsable pour les postes identiques du dommage couverts. En d'autres termes, l'assureur acquiert de plein droit les prétentions de la victime contre le tiers, quel que soit le fondement de la responsabilité de ce dernier. Le cas échéant, il est habilité à exercer ces prétentions par la voie du recours, mais en fonction des circonstances (art. 54*a* AP) et dans les limites du droit préférentiel de la personne lésée (art. 54*b* AP). C'est une subrogation (ou cession) légale dont il s'agit,

---

899 Cf. infra 2.7.3.2. et 2.7.3.3.1.

900 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 378 ; Chaudet M. H., op. cit. (n. 896), p. 18.

901 Cf. supra 2.3.2.1. et la réf. cit. en n. 336.

902 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 178 ss, 376 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 219 ss.

identique dans son principe à celle que prévoient l'actuel art. 72 al. 1 LCA ou l'art. 53*c* al. 2 AP. Elle n'est donc pas subordonnée à une forme particulière ou à une déclaration de l'ayant droit. Elle s'opère *ex lege*.

Le principe de l'imputation des prestations d'assurance d'une part (art. 54 al. 1 AP) et celui de la subrogation de l'assureur d'autre part (art. 54 al. 2 AP) sont le corollaire l'un de l'autre. Le premier vise à empêcher l'enrichissement de la personne lésée ; le second tend à éviter que la personne responsable ne profite indûment de l'existence d'une assurance et soit ainsi pratiquement exonérée d'une obligation qui lui incombe. Ces deux principes trouvent leur fondement dans la nature même de l'assurance de dommages[903], mais aussi dans la relation tripartite - qui implique un concours de responsabilités au sens large - entre les personnes concernées. De manière plus générale, ils sont conformes à l'économie et à la philosophie du droit de la responsabilité civile ; l'assurance ne saurait en modifier et falsifier les règles de fond.

L'art. 54 al. 2 AP subroge l'assureur aux droits de la victime contre la personne qui répond du dommage, peu importe le chef d'imputation fondant la responsabilité de cette dernière. Par rapport à l'actuel art. 72 al. 1 LCA, cette règle est nouvelle, dans la mesure où elle prévoit, au profit de l'assureur, une subrogation intégrale, et non plus seulement une subrogation limitée aux prétentions découlant d'actes illicites causés fautivement. Plusieurs raisons justifient une telle solution. Il faut mentionner en premier lieu la volonté de mettre l'assureur privé sur le même pied que l'assureur social, dans le but d'harmoniser autant que possible le droit de la responsabilité civile et celui des assurances sociales[904]. A cela s'ajoute la volonté d'appliquer aux rapports entre l'assureur de dommages et le tiers responsable les mêmes principes qui régissent les rapports internes en cas de concours de responsabilités, soit la répartition de la dette solidaire en fonction des circonstances et le recours, sous forme de subrogation, de la personne coresponsable qui a réparé le dommage au-delà de sa part[905]. Il convient encore de souligner que la subrogation intégrale permet d'éviter que la présence d'un assureur ne profite indûment à la personne responsable et, suivant les cas, modifie la répartition interne de la réparation. Il y a lieu enfin de relever que, dans une économie de marché, les recettes découlant des recours de l'assureur devraient normalement influencer le tarif des primes et donc profiter à la communauté des assurés[906]. Ce dernier argument, il est vrai, mérite d'être nuancé, dans la mesure où l'assureur de dommages se retourne souvent contre un autre assureur - celui qui couvre la responsabilité de la personne tenue à réparation - , de sorte qu'il en résulte en fin de compte un effet compensatoire généralisé.

---

903 Koenig W., Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3ème éd., Berne 1967, p. 287 ; Chaudet M. H., op. cit. (n. 896), p. 19.

904 Cf. supra 2.7.1.

905 Cf. art. 53*c* AP, supra 2.6.4.4. Cf. aussi art. 54*a* AP, infra 2.7.3.3.

906 Dans ce sens, Maurer A., op. cit. (n. 889), p. 59 s. ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 121 ad art. 51 CO. Cet avis n'est pas unanimement partagé ; cf. notamment Chaudet M. H., op. cit. (n. 896), p. 20 et ATF 80 II 247 s.

L'assureur peut se prévaloir de la subrogation prévue à l'art. 54 al. 2 AP à une double condition. Premièrement, il doit avoir alloué à la personne lésée des prestations prévues par le contrat d'assurance ; le versement de libéralités à bien plaire ne saurait ici entrer en ligne de compte. Deuxièmement, la personne lésée doit disposer contre le tiers responsable d'une prétention en réparation qui se rapporte au même objet. Cette limite s'inscrit dans la logique du concours de prétentions ; elle signifie, suivant une formule utilisée de longue date et reprise dans le texte proposé, que l'assureur n'est subrogé que pour les postes identiques du dommage couverts[907]. Ainsi, pour prendre des exemples touchant la détérioration de véhicules, il n'y a pas d'identité des postes - et donc pas de subrogation de l'assureur-casco - pour l'indemnité contractuelle compensant une valeur vénale majorée d'une automobile, ou encore pour la perte de gain consécutive à la privation d'un camion durant les réparations, qui est régulièrement exclue de ce genre de couverture.

La subrogation de l'assureur s'opère de plein droit au moment du paiement - effectif - des prestations d'assurance. La règle est logique. Elle correspond à celle posée à l'art. 53*c* al. 2 AP et à la réglementation générale qui régit le recours, en cas de solidarité passive (art. 148 al. 2 et 149 al. 1 CO). Elle diverge en revanche de la solution adoptée en droit des assurances sociales, qui prévoit que la subrogation se produit dès la survenance de l'éventualité assurée[908]. Une telle dérogation s'explique par le statut de l'assurance sociale et par l'objectif que celle-ci poursuit. Elle se justifie également par le fait qu'en cas de décès et d'invalidité, l'assureur alloue le plus souvent des rentes périodiques ; la subrogation au moment du versement des prestations d'assurance compliquerait sérieusement l'exercice du recours.

Quant aux effets de la subrogation prévue à l'art. 54 al. 2 AP, ils sont soumis - comme c'est le cas des art. 149 CO et 72 al. 1 LCA - aux dispositions sur la cession de créance, à l'exception de celle qui touche la garantie (art. 173 al. 2 CO)[909] :

- A concurrence des prestations versées et dans les limites fixées par la loi (art. 54 al. 2 et 54*b* AP), l'assureur devient titulaire de la créance en réparation, avec les sûretés et les privilèges qui sont attachés à celle-ci (comme par exemple l'inopposabilité des exceptions par l'assureur de la responsabilité civile directement actionné[910]).
- La personne responsable, dans la même mesure, est libérée envers la victime ; et si, n'ayant pas eu connaissance de la subrogation, elle indemnise

---

907 Koenig W., op. cit. (n. 903), p. 288 ; Maurer A., op. cit. (n. 889), p. 419 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 302 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 11, N. 43.

908 Cf. art. 41 LAA, 79 Projet LPGA (cf. supra n. 874).

909 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 379 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 11, N. 15 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 303. A relever pourtant que l'exercice de l'action récursoire obéit en partie à ses règles propres, pour ce qui touche notamment la division de la créance en cas de pluralité de coresponsables (cf. infra 2.7.3.3.1) et la prescription (cf. infra 2.8.7.).

910 ATF 119 II 290 ss. Cf. aussi Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 11, N. 16.

de bonne foi cette dernière, elle est libérée aussi à l'égard de l'assureur (art. 167 CO).

– La personne lésée, dans la même mesure également, perd tout droit à réparation envers le tiers responsable, et donc toute faculté d'en disposer. A cet égard, l'actuel art. 72 al. 2 LCA rend responsable l'ayant droit de tout acte qui compromettrait le recours de l'assureur. Sont notamment visés les cas où la victime a renoncé à sa créance en réparation, ou l'a cédée à un tiers, ou a vilipendé les sûretés, ou encore n'a pas fourni à l'assureur les moyens lui permettant d'exercer l'action récursoire (art. 170 al. 2 CO)[911]. Pour les auteurs de l'avant-projet, cette disposition - au demeurant de faible importance pratique - est superflue. En effet, la personne lésée qui entrave le droit de recours de l'assureur et rend ainsi inefficace la subrogation, adopte un comportement contraire à un devoir contractuel ou au principe de la bonne foi, au sens de l'art. 46 al. 2 AP[912]. Si une faute lui est imputable, elle répond du dommage ainsi causé à l'assureur (art. 48 AP)[913].

2.7.3.3 Recours de l'assureur (art. 54a et 54b AP)

2.7.3.3.1 En général (art. 54a AP)

En cas de concours de responsabilités, la répartition interne de la réparation obéit à ses propres règles. Elle est en principe soustraite à la volonté de la victime. La personne responsable qui a réparé le dommage au-delà de sa part a une créance récursoire contre les autres. Cette créance lui confère un droit propre, et non un droit dérivé. La subrogation renforce ce droit ; elle ne l'exclut pas[914].

Dans le droit actuel, les art. 72 LCA et 51 CO régissent de manière complexe et relativement rigide le principe et l'étendue du recours de l'assureur[915]. Les auteurs de l'avant-projet proposent de les remplacer par une réglementation unitaire, qui donne au tribunal un large pouvoir d'appréciation. L'art. 54*a* al. 1 AP dispose que l'assureur peut exercer son droit de recours contre la personne responsable conformément aux dispositions sur le concours de responsabilités (art. 53*c* AP). Cette norme met l'assureur sur le même pied qu'un coresponsable ordinaire. Elle signifie que si la subrogation de l'assureur aux droits de la personne lésée est par principe intégrale (ou illimitée), le recours de ce dernier contre le tiers responsable est selon les cas variable, c'est-à-dire fixé en fonction des "circonstances", suivant le critère général mentionné à l'art. 53*c* al. 1

---

911 Maurer A., op. cit. (n. 889), p. 422 s. ; Chaudet M. H., op. cit. (n. 896), p. 43.

912 Cf. supra 2.3.3.3.

913 Cf. supra 2.4.2.1.

914 Von Tuhr A./Escher A., op. cit. (n. 282), p. 316 ss ; Corboz B., op. cit. (n. 814), p. 68 ss. Cf. aussi supra 2.6.4.4.

915 Cf. supra 2.7.3.1.

AP[916]. Les circonstances dont il est question sont donc celles qui, de manière générale, permettent de déterminer l'étendue de la réparation[917]. Il s'agit notamment des faits dont répondent les personnes responsables et lésées, en particulier la gravité de la faute et l'intensité du risque caractérisé imputables à chacune d'elles. De ce point de vue, et cela vaut aujourd'hui comme demain, la subrogation et le droit de recours de l'assureur ne sauraient péjorer la situation des parties au rapport de base : ni celle de la victime qui peut se prévaloir d'un droit préférentiel à la réparation (art. 54*b* AP)[918], ni celle du tiers responsable qui est habilité à opposer les exceptions et objections qu'il avait contre la personne lésée[919]. De même, il y a lieu de rappeler que la solidarité n'existe plus dans les rapports internes, quand bien même l'assureur est subrogé aux droits de la victime. Le principe découle du texte de l'art. 148 CO et se fonde sur la nécessité pratique de répartir une fois pour toutes le poids de la réparation entre les codébiteurs[920]. Il en résulte que l'assureur est tenu de diviser sa créance récursoire et de s'en prendre à chaque coresponsable pour sa part. La solution est différente dans le droit des assurances sociales, qui permet à l'assureur subrogé de se prévaloir de la solidarité. Une telle solution se justifie par l'objectif que poursuivent les assurances sociales, mais aussi par le fait que la subrogation s'opère à la survenance de l'éventualité assurée, sans qu'on puisse parler au sens propre de concours de prétentions[921].

Dans le droit actuel, l'art. 72 al. 3 LCA énonce en substance que la subrogation s'éteint et que l'assureur n'est pas habilité à exercer son recours, si le dommage est dû à la faute légère d'une personne qui fait ménage commun avec l'ayant droit ou des actes de laquelle celui-ci est responsable. Cette disposition doit être mise en rapport avec l'art. 14 al. 3 et 4 LCA. Elle ne s'applique donc que lorsque le tiers tenu à réparation n'a pas commis de faute grave. Elle trouve une justification dans la proximité des relations entre la personne lésée et la personne responsable, qu'une action récursoire de l'assureur pourrait compromettre[922]. Un "privilège de recours" analogue en faveur de proches de l'assuré est également prévu en droit des assurances sociales[923]. De l'avis des auteurs de l'avant-projet, la règle posée à l'art. 72 al. 3 LCA est trop stricte dans ses conditions et trop étroite dans son contenu. Elle doit être remplacée par une norme plus générale, qui laisse au juge un pouvoir d'appréciation.

---

916 Contrairement à ce que laisse entendre le Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), thèse 510-2, p. 108, ce n'est pas la subrogation, mais le recours qui est fonction des circonstances.

917 Cf. art. 52 al. 1 AP, supra 2.5.2.

918 Cf. infra 2.7.3.3.2.

919 Cf. par exemple ATF 80 II 250.

920 Cf. supra 2.6.4.4.

921 Frésard-Fellay G., Subrogation, droit d'action directe et solidarité, RSA 1994, p. 57 ss ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 11, N. 6. Cf. aussi le Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), VI/2.1.4, p. 169 s .

922 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 387 ; Chaudet M. H., op. cit. (n. 896), p. 33 s.

923 Cf. art. 44 LAA (qui actuellement prévoit aussi un privilège de responsabilité), art. 48ter LAVS (ATF 117 II 614 ss), art. 82 al. 1 Projet LPGA (FF 1991 II 264 et supra n. 874).

Cette norme permettra de prendre en compte, dans la fixation de la créance récursoire de l'assureur, d'autres facteurs que ceux qui concernent des relations familiales et contractuelles privilégiées. D'où l'énoncé de l'art. 54*a* al. 2 AP, selon lequel le tribunal peut réduire l'étendue du recours lorsque des circonstances particulières le justifient, notamment la proximité des rapports entre la personne responsable et la personne lésée. A titre d'exemples, on citera le cas où l'auteur de l'acte dommageable a détérioré par inadvertance un objet lors d'une visite chez l'assuré ; le cas aussi où il a causé un préjudice en rendant un service gratuit[924] ; le cas enfin où il a lui-même participé au financement de l'assurance, comme le locataire d'un véhicule couvert par une garantie casco[925].

2.7.3.3.2 Droit préférentiel de la personne lésée (art. 54b AP)

Dans l'assurance de dommages, on admet de longue date, suivant l'adage *nemo subrogat contra se*, que la subrogation de l'assureur ne saurait porter préjudice à l'assuré[926]. Un tel préjudice pourrait se produire lorsque la personne responsable est habilitée à réduire l'étendue de la réparation et que le dommage subi par la victime n'est pas complètement couvert par les prestations de l'assureur (en raison d'une franchise ou d'une sous-assurance, par exemple). D'où le principe que l'assureur ne peut recourir contre le tiers tenu à réparation que si la personne lésée n'en subit aucun préjudice. Cela revient à reconnaître à cette dernière un droit prioritaire à l'indemnisation pour la part du dommage non couverte par l'assurance. Le principe est depuis 1958 inscrit à l'art. 88 LCR, qui a été introduit essentiellement pour limiter le droit de recours de la CNA fondé sur l'art. 100 LAMA[927]. D'abord circonscrit à la réparation des dommages découlant d'accidents de la circulation routière[928], il a vu peu après son champ d'application s'étendre à tout le domaine de la responsabilité civile[929]. Il est aujourd'hui expressément énoncé dans la plupart des lois réglementant l'assurance sociale[930].

---

924 Cf. art. 99 al. 2 CO ; cf. aussi Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 125 ad art. 51 CO.

925 Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/10.1, p. 107. Cf. aussi Schaer R., Der eingeschränkte Regress des Schadensversicherers auf den ermächtigten Benutzer, in : Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995 (A. Koller, éd.), St-Gall 1995, p. 102 ss.

926 Roelli H./Jaeger C., Kommentar zum schweizerischen VVG, II, Berne 1932, n. 38 ad art. 72 LCA ; Maurer A., op. cit. (n. 889), p. 419 ; Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 377 et 392 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 11, N. 85 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 136 ad art. 51 CO ; Schaer R., op. cit. (n. 122), p. 247.

927 ATF 93 II 415. La LAMA a été abrogée lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle LAMal (RS 832.10).

928 ATF 93 II 423.

929 ATF 96 II 361 ss.

930 Art. 42 al. 1 LAA ; art. 48^{quater} al. 1 LAVS ; art. 68 al. 1 LAM ; art. 80 al. 1 Projet LPGA (cf. supra n. 874).

Suivant la Commission d'étude[931], les auteurs de l'avant-projet constatent qu'il n'existe aucune raison de remettre en cause le principe du droit préférentiel (*Quotenvorrecht*) de la personne lésée. Ils observent au contraire que ce principe est équitable et qu'il se situe dans la logique des règles qui régissent les rapports entre la responsabilité civile et les assurances - privées ou publiques - compensant des dommages ; sa portée est donc générale[932]. Aussi jugent-ils nécessaire que le Code renferme une norme qui affirme ce principe, libellée dans une formulation analogue à celle prévue dans la législation des assurances sociales. L'art. 54*b* al. 1 AP dispose que l'assureur ne peut exercer son droit de recours contre la personne responsable que dans la mesure où les prestations qu'il a allouées, jointes à l'indemnité due par cette personne, excèdent le montant du dommage. En d'autres termes, cette disposition limite la créance récursoire de l'assureur, de manière à sauvegarder la prétention de la victime à la réparation complète du dommage. Cette prétention prioritaire sur le solde non couvert par l'assurance peut s'exercer même si le titulaire peut se voir reprocher une faute grave[933]. Mais, dans tous les cas, elle ne portera que sur les postes identiques du dommage[934].

Les art. 48^{quater} al. 2 LAVS et 42 al. 2 LAA tempèrent, dans leur champ d'application respectif, le principe du droit préférentiel de la personne lésée. Ils énoncent que si l'assureur a réduit ses prestations parce que l'événement assuré a été causé par une faute grave, les droits de l'assuré et de ses survivants passent à l'assureur dans la mesure correspondant au rapport entre les prestations d'assurance et le dommage[935]. Une telle règle a été introduite en 1977, lors de la 9ème révision de l'AVS. Elle pose le principe du partage proportionnel (*Quotenteilung*) de l'indemnité due par le tiers responsable entre l'assureur social et la victime assurée. Elle tend à éviter que celle-ci puisse compenser, par le biais du droit préférentiel, la réduction des prestations d'assurance, au risque que cette réduction ne soit vidée de sa substance, c'est-à-dire ne devienne "illusoire"[936].

Les auteurs de l'avant-projet constatent que le principe du partage proportionnel se fonde sur des considérations d'équité sociale qui, dans des circonstances qui restent rares, justifient que la victime garde à sa charge une part du dommage. Suivant l'opinion de la Commission d'étude[937], ils attribuent à ce

---

931 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.4, p. 110 s.

932 Cf. les auteurs cités supra en n. 926.

933 ATF 93 II 422 ; ATF 104 II 310, qui précise qu'une faute propre ne saurait porter préjudice à l'ayant droit que si elle est assez grave pour que les prétentions en dommages-intérêts soient inférieures à la partie du dommage non couverte par l'assurance.

934 Cf. 2.7.3.2. et les réf. cit. en n. 907. Cf. aussi Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 140 ad art. 51 CO.

935 Pour des exemples, cf. Stein P., Probleme des Regressrechts der AHV/IV gegenüber dem Haftpflichtigen und die Stellung des Geschädigten, in Festschrift Assista 1968-1978, Genève 1979, p. 319 ss ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 1, 3, 4 ad art. 88 LCR.

936 Message du CF concernant la 9ème révision de l'AVS du 7 juillet 1976, FF 1976 III 67. Cf. aussi Maurer A., op. cit. (n. 863), p. 71 s.

937 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.4, p. 110 s.

principe une valeur générale. En conséquence, ils proposent de l'ancrer dans le Code, tout en en restreignant l'application aux seuls cas où la personne lésée a contribué à la survenance ou à l'aggravation du dommage par une faute intentionnelle ou en commettant intentionnellement un crime ou un délit. Sur ce point, l'art. 54*b* al. 2 AP est en harmonie avec les art. 65 et 68 al. 2 LAM[938] et avec l'art. 80 al. 2 du Projet de loi sur la Partie générale du droit des assurances sociales[939]. Ces textes s'inspirent de normes de droit international liant la Suisse, soit l'art. 32 § 1 lit. d et e de la Convention de l'Organisation internationale du travail n°128 concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants du 29 juin 1967[940], ainsi que l'art. 68 lit. e et f du Code européen de sécurité sociale du 16 avril 1964[941]. A cet égard, l'art. 54*b* al. 2 AP vise de manière plus limitée que la solution projetée en droit des assurances sociales les cas où la victime encourt un reproche subjectif grave, soit lorsqu'elle a contribué à la survenance et à l'aggravation du dommage en commettant intentionnellement un crime ou un délit au sens du droit pénal (ce qui exclut les délits perpétrés par négligence comme l'homicide de l'art. 117 CP ou les lésions corporelles de l'art. 125 CP) ou en commettant une faute intentionnelle au sens du droit civil (ce qui exclut la négligence grave)[942].

Compte tenu des exigences qu'il pose, l'art. 54*b* al. 2 AP devrait rester d'application exceptionnelle, et cela pour deux raisons principales. D'une part, la personne recherchée sera souvent en mesure de s'exonérer, en invoquant l'art. 47*a* AP. D'autre part, l'assureur sera le plus souvent en droit de se prévaloir de l'art. 14 al. 1 LCA et déclarer ne pas être lié dans les cas où le sinistre a été causé intentionnellement par le preneur d'assurance ou l'ayant droit. Il n'empêche qu'en dépit de cette dernière disposition, l'assureur pourra parfois tout de même, pour un motif ou un autre, verser des prestations réduites dans une telle hypothèse. Il convient en effet de se rappeler que l'art. 14 al. 1 LCA n'est pas de droit impératif ; les parties sont donc libres de définir la notion d'événement dommageable - singulièrement d'accident - et prévoir que l'assureur est lié quelle que soit la cause du sinistre, et donc également lorsque le dommage a été provoqué intentionnellement[943]. Au surplus - et c'est la seconde hypothèse visée à l'art. 54*b* al. 2 AP -, il n'est pas exclu que la personne assurée, en commettant intentionnellement un crime ou un délit, puisse être victime d'un dommage imputable à un tiers, mais sans qu'elle ne se fasse reprocher une faute intentionnelle dans la survenance du sinistre. On citera ici l'exemple d'un voleur qui, en forçant la porte du bâtiment, reçoit sur la tête une tuile tombée

---

938 RS 833.1.

939 FF 1991 II 188 s., 203, 250 s.

940 En vigueur pour la Suisse depuis le 13 septembre 1978 (RO 1978 II 1493).

941 En vigueur pour la Suisse depuis le 17 septembre 1978 (RO 1978 II 1518).

942 Dans ce sens, cf. l'Avis approfondi du Conseil fédéral du 17 août 1994 (FF 199 V 914 s. et 938).

943 Carron B., La loi fédérale sur le contrat d'assurance, Fribourg 1997, p. 44, n. 125, p. 45, n. 128 ; Maurer A., op. cit. (n. 889), p. 360. ATF 29 novembre 1973, VAS XIII, n° 26 ; cf. aussi VAS XV, n° 24.

du toit. De telles considérations, même si elles évoquent des éventualités rares, donnent pourtant leur raison d'être à la règle posée à l'art. 54*b* al. 2 AP.

Dans le droit des assurances sociales, l'application du principe du partage proportionnel permet à l'assureur de se retourner contre le tiers responsable dans la mesure correspondant au rapport entre les prestations d'assurance et le dommage[944]. Comme l'a souligné Stein[945], une telle clé de répartition est critiquable, en ce sens que l'assureur peut parfois bénéficier d'un droit de recours pour une part du dommage qu'il n'aurait de toute façon pas couverte (en cas de sous-assurance ou de franchise) ; cette anomalie a pour effet d'étendre de manière injustifiée sa prétention récursoire. Aussi les auteurs de l'avant-projet proposent-ils un autre mode de calcul du partage proportionnel. Cette solution est également préconisée par le Conseil fédéral dans la révision en cours du droit des assurances sociales[946]. Elle implique de prendre comme base de calcul les prestations maximales (c'est-à-dire, non réduites) prévues par le contrat d'assurance, et non les prestations qui, ayant fait l'objet d'une réduction, ont été effectivement allouées. A cet effet, l'art. 54*b* al. 2 AP dispose que l'assureur peut exercer son droit de recours dans la mesure où les prestations maximales prévues par le contrat, jointes à l'indemnité due par la personne responsable, excédent le montant du dommage. D'une certaine manière, on peut parler d'un "droit préférentiel pondéré" accordé à la personne lésée. Dans certaines circonstances, il est vrai, et notamment lorsque l'indemnité due par la personne responsable est très réduite, l'application de la règle proposée aura pour effet de réduire à néant le recours de l'assureur et, par voie de conséquence, le partage proportionnel. Cet effet possible n'a pas échappé aux auteurs de l'avant-projet, qui précisent que le but de l'art. 54*b* al. 2 AP n'est pas d'ouvrir dans tous les cas un recours à l'assureur, mais bien d'éviter que ce dernier puisse bénéficier d'une prétention récursoire injustifiée.

L'art. 54*b* al. 3 AP dispose que si seule une partie de l'indemnité due par la personne responsable peut être obtenue, la personne lésée a un droit prioritaire sur cette partie. Cette disposition s'inspire de la solution adoptée en droit des assurances sociales[947] et s'applique aux deux hypothèses prévues aux al. 1 et 2 de l'art. 54*b* AP. Elle donne à la victime une sorte de droit préférentiel à être indemnisée, lorsque le tiers responsable est insolvable ou que sa couverture d'assurance est insuffisante[948].

2.7.4 Rapports avec l'assurance de responsabilité civile (art. 54c à 54h AP)

---

944 Cf. art. 48^{quater} al. 2 LAVS, 42 al. 2 LAA, 68 al. 2 LAM, 80 al. 2 Projet LPGA (cf. supra n. 874). Cf. aussi supra n. 935 s.

945 Stein P., op. cit. (n. 935), p. 323. Cf. aussi Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/10.4, p. 110 ; Rusconi B., Le recours de l'assureur dans la LAA, Publication juridique du TCS, Genève 1984, p. 32.

946 FF 1994 V 938.

947 Art. 48^{quater} al. 3 LAVS, 42 al. 3 LAA, 68 al. 3 LAM, 80 al. 3 Projet LPGA (cf. supra n. 874).

948 Maurer A., Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Berne 1985, p. 557 s.

2.7.4.1 Introduction

L'assurance de responsabilité civile est celle que contracte une personne dans le but de se couvrir contre les pertes patrimoniales découlant de prétentions en réparation soulevées par un tiers. Elle peut être conclue pour le propre compte du preneur d'assurance, mais aussi pour le compte d'autrui, c'est-à-dire d'une personne qui lui est liée d'une manière ou d'une autre, comme le sont le conducteur par rapport au détenteur de véhicule à moteur ou les membres de la communauté domestique par rapport au chef de famille[949].

Outre les frais de défense contre des prétentions injustifiées, l'assurance couvre les conséquences pécuniaires de la responsabilité de la personne assurée. En d'autres termes, l'objet de l'assurance est le patrimoine de la personne assurée, et non celui de la victime, même si le droit d'action directe qu'accordent à cette dernière certaines dispositions spéciales relativise le principe. En ce sens, l'assurance de responsabilité civile est une assurance de patrimoine, suivant la trilogie que propose la doctrine[950]. Elle est soumise dans une large mesure à la réglementation qui régit l'assurance de dommages (art. 48 ss LCA)[951].

A l'encontre de l'assureur, la créance de la personne assurée consiste, à concurrence de la somme prévue par le contrat, soit au remboursement du montant des dommages-intérêts versés à la victime, soit à la libération de l'obligation de satisfaire cette dernière[952]. En pratique, c'est ce second terme de l'alternative qui prévaut : l'assureur procède lui-même à la réparation du dommage subi par la personne lésée, en s'acquittant directement en mains de celle-ci, comme d'ailleurs la loi le lui permet (art. 60 al. 1, 2ème phrase LCA). Ce faisant, l'assureur éteint la dette de la personne assurée, en agissant au nom et pour le compte de celle-ci[953]. Simultanément, il éteint aussi le droit de gage légal de la victime sur la créance qu'a contre lui la personne assurée (art. 60 al. 1, 1ère phrase LCA). Ce droit, qui est soumis à la réglementation régissant le gage sur les créances (art. 899 ss CC)[954], vise à éviter que la personne assurée ne dilapide la prestation d'assurance destinée à la victime, mais surtout qu'en cas de faillite, sa prétention à l'encontre de l'assureur ne tombe purement

---

949 Maurer A., op. cit. (n. 889), p. 538 ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 35 ss ; ATF 91 II 232 s. : le cas échéant, il y a coexistence de plusieurs assurances, fondées sur un seul et même contrat.

950 Cf. supra 2.7.2.

951 Maurer A., op. cit. (n. 889), p. 528 ss, 535 s. ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 3, 16 ss, 181 ss, 375 ss ; Stark E.W./Schraner H., Assurance de responsabilité civile, FJS 440, Genève 1972, p. 1 ; ATF 91 II 232 s.

952 Maurer A., op. cit. (n. 889), p. 540 s.

953 C'est généralement le contrat d'assurance qui confère à l'assureur le pouvoir de représenter la personne assurée, en particulier le pouvoir de mener les pourparlers et de transiger avec le tiers lésé ; cf. Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 389 et les réf. cit.

954 En dérogation à la règle de l'art. 906 al. 2 CC, l'art. 60 al. 1, 2ème phrase LCA autorise pourtant l'assureur à s'acquitter directement en mains de la victime, sans le consentement de la personne assurée.

et simplement dans la masse[955]. Par son effet réel, le droit de gage renforce la situation juridique de la personne lésée, comme d'ailleurs celle de l'assureur privé de dommages ou de l'assureur social qui lui est éventuellement subrogé[956]. En revanche, il ne confère pas une prétention directe en réparation du dommage à l'encontre de l'assureur, ni ne prive ce dernier de se prévaloir des objections et exceptions dérivant de la LCA ou du contrat d'assurance, qu'il pourrait opposer à la personne assurée[957].

Fondées sur des considérations sociales, quelques dispositions particulières prévoient un droit d'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité civile. Ainsi en est-il de l'art. 113 CO, qui constitue un cas particulier de stipulation pour autrui parfaite en faveur du travailleur frappé d'un préjudice dont répond l'employeur, pourvu qu'il ait contribué au moins pour la moitié au paiement des primes[958]. Ainsi en est-il surtout de lois spéciales instituant pour la plupart une responsabilité pour risque couverte par une assurance obligatoire. Dans ces cas-là, compte tenu notamment du fait que les objections et exceptions légales et contractuelles ne peuvent être opposées à la victime, l'assurance devient à l'égard de celle-ci un instrument de protection efficace. Dans une certaine mesure, elle prend le caractère d'une assurance en faveur d'autrui[959], avec le corollaire que c'est l'assureur qui, en fin de compte, supporte le risque de l'insolvabilité de la personne responsable assurée.

Dans le droit actuel, les rapports entre la responsabilité civile et l'assurance qui couvre celle-ci sont régis de manière incomplète par des dispositions éparses. Ces dispositions ont leur siège dans le CO (art. 113), dans la LCA (notamment art. 60) ou dans des lois spéciales instituant une obligation d'assurance à l'encontre du sujet de la responsabilité (en particulier art. 63 ss LCR). Suivant l'opinion de la Commission d'étude, les auteurs de l'avant-projet jugent nécessaire que la Partie générale du droit de la responsabilité civile appréhende ce domaine de façon systématique. Ils prennent en considération le fait que la plupart des cas donnant lieu à réparation sont couverts par un assureur de responsabilité civile qui, le plus souvent, intervient en première ligne dans le règlement du litige. Ils veulent également tenir compte de solutions ayant fait leurs preuves dans l'application de lois spéciales, notamment dans celle de la LCR. De manière générale, il devrait en résulter une amélioration de la situation de la victime[960].

L'avant-projet régit tout d'abord deux types de rapports juridiques impliquant l'assureur de responsabilité civile : d'une part, les rapports avec la personne lésée, soit le droit d'action directe conféré à cette dernière (art. 54*c* AP) et la situation en cas de couverture d'assurance insuffisante (art. 54*d* et 54*e* AP) ; d'autre part, les rapports avec d'autres coresponsables, qui sont posés en ter-

---

955 Maurer A., op. cit. (n. 889), p. 543 ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 410, 571, 582.

956 ATF 84 II 402. Cf. supra 2.7.1. et 2.7.3.

957 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 456 s. ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 169, 563, 568.

958 Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 591 s.

959 ATF 69 II 169 ; Koenig W., op. cit. (n. 903), p. 517.

960 Cf. supra 2.7.2.

mes de recours (art. 54*f* AP). Quant aux rapports avec la personne assurée, ils sont prioritairement soumis à la LCA et au contrat d'assurance lui-même. L'avant-projet régit également la question de l'obligation d'assurance de responsabilité civile. Le principe est posé à l'art. 54*g*, sous la forme d'une norme fondant une délégation de compétence au Conseil fédéral. Les effets sont réglés à l'art. 54*h* ; cette disposition reprend les solutions consacrées en la matière par les lois spéciales actuelles instituant une obligation d'assurance, soit le droit de recours de l'assureur contre la personne assurée, corollaire de l'inopposabilité à la victime des objections et exceptions découlant de la LCA ou du contrat d'assurance.

2.7.4.2 Rapports entre l'assureur et la personne lésée (art. 54c à 54e AP)

2.7.4.2.1 Le droit d'action directe de la personne lésée (art. 54c AP)

Dans le droit actuel, comme cela a déjà été souligné, plusieurs lois spéciales prescrivant une obligation d'assurance accordent à la personne lésée un droit d'action directe contre l'assureur. Certaines de ces lois fondent une responsabilité pour faute[961] ; la plupart d'entre elles instituent une responsabilité pour risque[962]. Le droit d'action directe contre l'assureur ne repose pas sur le contrat d'assurance[963]. De l'avis général, il est fondé sur la loi. Il s'agit d'un droit légal *sui generis*, par lequel la personne lésée acquiert, dès la survenance du fait dommageable, une prétention propre sur la prestation d'assurance. Il n'en demeure pas moins que le droit d'action directe est dans un rapport de connexité fonctionnelle avec le contrat d'assurance, dans la mesure où son étendue est limitée par la somme d'assurance convenue entre l'assureur et le preneur[964].

Dans l'application du droit d'action directe, les lois spéciales mentionnées ci-dessus interdisent à l'assureur d'opposer à la victime les exceptions découlant de la LCA ou du contrat d'assurance ; mais elles autorisent aussi logiquement l'assureur à se retourner contre la personne assurée, dans la mesure où il aurait été habilité à refuser ou à réduire ses prestations en vertu de la LCA ou du contrat d'assurance[965]. Ces trois institutions (droit d'action directe, inopposabilité des exceptions, prétention récursoire de l'assureur) forment un système homogène. Sans privilégier la personne responsable, ce système protège la

---

961 Art. 33 al. 1 LNI ; art. 70 al. 7 LCR et art. 37 OAV.

962 Art. 65 al. 1 LCR ; art. 37 al. 1 LITC ; art. 19 al. 1 LRCN ; art. 16 al. 2 LChP. La LA (art. 70) et la LRaP (art. 31 lit. d) prescrivent une obligation d'assurance sans prévoir d'action directe.

963 Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 1.1 ad art. 65 LCR ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 601 ; ATF 69 II 169.

964 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 30 s., 150 et 157 ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 601 ; Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 290 s. ; Wyniger Ch., Die Rechte Dritter gegenüber dem Versicherer, RSA 1970/1971, p. 140.

965 Art. 65 al. 2 et 3 LCR ; art. 37 al. 2 et 3 LITC ; art. 19 al. 2 et 20 al. 1 LRCN ; art. 16 al. 3 et 4 LChP ; art. 33 al. 2 et 34 al. 1 LNI.

victime du préjudice en lui garantissant le paiement de sa créance en réparation[966]. Il est appliqué à satisfaction en Suisse depuis 1933[967]. *De lege ferenda*, il doit être généralisé à toutes les responsabilités pour lesquelles une obligation d'assurance est prescrite par la loi[968].

En cas d'assurance facultative, l'art. 54*c* AP habilite la personne lésée à intenter contre l'assureur une action directe dans les limites de la couverture d'assurance et sous réserve des objections et exceptions que l'assureur peut lui opposer en vertu soit de la LCA, soit du contrat d'assurance lui-même. Cette règle avait été retenue comme variante par la Commission d'étude[969]. Pour les auteurs de l'avant-projet, elle se justifie par le fait qu'elle concorde avec la pratique des règlements de sinistres ; au surplus, elle est propre à améliorer la situation juridique de la victime. Dans les contrats d'assurance de responsabilité civile - et cela vaut autant en cas d'assurance obligatoire que d'assurance facultative[970] - le preneur s'interdit en général de reconnaître sa responsabilité, de procéder à un paiement à titre de réparation ou encore de conclure une transaction portant sur l'issue du litige. C'est au contraire l'assureur qui s'arroge le droit de mener les pourparlers et de transiger avec la partie adverse, au besoin de conduire le procès intenté par celle-ci[971]. Une telle pratique, dictée par l'adage "qui paie commande", peut certes apparaître comme une atteinte à l'autonomie de la personne assurée. Elle ne devrait pourtant guère nuire aux intérêts de cette dernière. On ne saurait en tout cas nier que l'institution généralisée du droit d'action directe incitera toujours l'assureur à "sortir du bois" et permettra souvent à la victime de se trouver en face d'un débiteur avisé et solvable, sans risque de conflits d'intérêts lorsque la personne responsable lui est liée par un rapport de famille ou de travail. Les auteurs de l'avant-projet sont conscients que le droit pour l'assureur d'opposer les exceptions (au sens large) affaiblira, voire réduira à néant en certaines circonstances, l'avantage de l'action directe. Il faut y voir une conséquence qui se situe dans la logique, mais aussi dans l'économie de l'assurance de responsabilité civile. Ce n'est que lorsqu'elle est rendue obligatoire que cette assurance prend une dimension sociale qui justifie la généralisation du principe de l'inopposabilité des exceptions.

S'agissant de son étendue, le droit d'action directe contre l'assureur dépend tout d'abord de la responsabilité encourue. En d'autres termes, la victime n'est habilitée à faire valoir que la prétention qu'elle pourrait soulever contre la personne responsable. Quant à l'assureur, il ne saurait jamais lui payer davantage

---

966 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 26 et § 26, N. 28 et 152 ; Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 291 ; ATF 119 II 292.

967 Année d'entrée en vigueur de la LF du 15 mars 1932 sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles (art. 49 s., ancien RS 7, p. 593).

968 Cf. art. 54*g* et 54*h* AP, infra 2.7.4.4. ; cf. aussi Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/10.7.2, p. 114.

969 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.7.2, p. 115 s.

970 Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 562.

971 Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 347 ss et 558.

que ce que cette dernière aurait dû verser[972]. Mais il peut parfois devoir payer moins. Tel est le cas d'une part lorsque le montant de la créance en réparation de la personne lésée excède les limites de la couverture d'assurance[973]. Tel est le cas d'autre part quand l'assureur est fondé à opposer des objections et exceptions découlant soit de la LCA, soit du contrat d'assurance. Ainsi établira-t-il, à titre d'objections, que le contrat d'assurance n'existe pas ou est nul pour un motif ou un autre, ou encore que l'exécution de la prestation d'assurance a déjà eu lieu. A titre d'exceptions, il excipera de la violation par le preneur d'assurance de ses devoirs à la conclusion du contrat (art. 4 ss LCA) ou en cours d'exécution (art. 20, 28 s., 38 LCA) ; il pourra se prévaloir aussi de la faute grave de la personne assurée dans la survenance du sinistre (art. 14 al. 2 LCA), d'une clause d'exclusion du risque ou d'une franchise contractuelle.

Le droit institué à l'art. 54*c* AP permet à la personne lésée de rechercher directement l'assureur de responsabilité civile, au besoin par une action judiciaire. Ce dernier peut donc être partie au procès. Il ne devient pas pour autant sujet de la responsabilité encourue par la personne assurée, ni représentant de celle-ci[974]. C'est une sorte de garant, un débiteur dont le montant de la dette est déterminé à la fois par la prétention de la victime résultant du droit de la responsabilité civile et par celle de l'assuré dérivant du contrat d'assurance. D'où la faculté accordée à la personne lésée d'être renseignée sur la police d'assurance, notamment sur l'existence et le contenu de la couverture, comme on l'admet dans l'exercice du droit de gage légal prévu à l'art. 60 LCA[975]. Cela ne signifie pas qu'elle acquiert la qualité d'ayant droit, au sens de la LCA[976].

Le droit d'action directe contre l'assureur n'est pas lié à la personne de la victime, mais à la créance de celle-ci en réparation du dommage. La doctrine dominante et le TF y voient un droit accessoire ou de préférence, qui passe au nouveau créancier en cas de cession ou de subrogation[977]. Il en découle que le coresponsable (au sens de l'art. 53*c* al. 2 AP), ou l'assureur de dommages (au sens de l'art. 54 al. 2 AP), ou encore l'assureur social qui est subrogé aux droits de la personne lésée, sont également habilités à s'en prendre à l'assureur couvrant la personne responsable.

Le droit d'action directe contre l'assureur ne prive pas son titulaire de rechercher le responsable assuré, de manière cumulative, alternative ou successive. Selon l'opinion dominante actuelle, qui se réfère presque exclusivement au droit de la circulation routière, il s'agit d'un cas de concours de prétentions ou

---

972 Maurer A., op. cit. (n. 889), p. 548.

973 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 167 et 178.

974 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 160 et 172 ; Frésard-Fellay G., op. cit. (n. 921), p. 56.

975 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 179 ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 557 et 604 ; VAS V, n° 294.

976 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 176 ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 612.

977 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 162 ; Keller M./Gabi S., op. cit. (n. 51), p. 156 ; Frésard-Fellay G., op. cit. (n. 921), p. 55 ; ATF 119 II 293 s.

d'actions, soumis au régime de la solidarité imparfaite[978]. Brehm, non sans raison, doute qu'il faille dans ce cas parler de solidarité proprement dite, puisque les codébiteurs en cause ne répondent pas du même dommage[979]. Il n'en demeure pas moins que la victime est habilitée à actionner à son choix le responsable et son assureur, en tout cas à concurrence du montant maximum dû par ce dernier, et que le paiement par l'un d'eux libère l'autre dans la mesure de la somme allouée. Ces principes sont ceux qui régissent le concours de responsabilité dans les rapports externes, qui seuls sont significatifs ici[980]. Par ailleurs, il y a lieu de souligner que la controverse n'a aucune importance pratique, compte tenu notamment de l'art. 83 al. 2 LCR sur l'effet général de l'interruption de la prescription à l'égard du responsable et de son assureur. Or, l'avant-projet prévoit non seulement de généraliser cette règle, mais encore d'en étendre la portée à la renonciation, à l'empêchement et à la suspension de la prescription (art. 55*a* al. 3 et 55*b* AP)[981].

Reste encore à se demander si la généralisation de l'action directe prévue à l'art. 54*c* AP fondera demain le maintien des deux dispositions générales qui aujourd'hui régissent les rapports entre la personne lésée et l'assureur de responsabilité civile (art. 60 LCA et 113 CO). S'agissant de l'art. 60 LCA, qui est peu invoqué en pratique, il trouvera toujours une justification à l'avenir, dans la mesure où la victime pourra en toutes circonstances s'en prendre exclusivement à la personne responsable, en dépit de la présence d'un assureur. Le cas échéant, il paraît aussi équitable qu'elle puisse garantir sa prétention par le droit de gage légal sur la créance de l'assuré à l'égard de l'assureur[982]. Quant à l'art. 113 CO, il part d'une hypothèse qui ne se vérifie plus en pratique, où le travailleur aurait contribué au moins pour la moitié au paiement des primes de l'assurance de responsabilité civile conclue par l'employeur. Et même si cette condition devait être réalisée, il faudrait se rendre à l'évidence que la généralisation de l'assurance obligatoire contre les accidents à tous les travailleurs rend pratiquement sans objet l'institution prévue à l'art. 113 CO. Sans compter que les contrats d'assurance couvrant la responsabilité des entreprises excluent en général les prétentions des salariés en réparation de dommages matériels[983]. Il se justifie dès lors de biffer l'art. 113 CO et de soumettre l'éventuelle action du travailleur lésé contre l'assureur couvrant la responsabilité civile de l'employeur à la règle générale instituée à l'art. 54*c* AP.

---

978 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 170 ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 1.7 ad art. 65 LCR ; Wyniger Ch., op. cit. (n. 964), p. 140 ; Châtelain R., L'action directe contre l'assureur de responsabilité civile d'un détenteur de véhicule automobile, thèse Lausanne 1961, p. 118 ; ATF 90 II 190 ; ATF 106 II 253.

979 Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 613, 634 et 636 où l'auteur parle de "quasi-solidarité".

980 Cf. supra 2.6.4.3.

981 Cf. infra 2.8.5. et 2.8.6.

982 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 172 ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 605 ss ; Kindler W., Die Haft- und Versicherungspflicht des Automobilhalters, RDS 1933, p. 197 ; VAS VIII, n° 243.

983 Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 591 ss.

2.7.4.2.2 La situation en cas de couverture d'assurance insuffisante (art. 54d et 54e AP)

Les art. 54*d* et 54*e* AP visent le cas où, suite au même fait dommageable, la couverture d'assurance de responsabilité civile ne suffit pas à payer les indemnités dues à plusieurs personnes lésées. Dans cette éventualité, la question est de savoir comment se répartit la somme que tient à disposition l'assureur, étant entendu qu'en cas de découvert, les victimes conservent le droit de rechercher la personne responsable.

Sous réserve de quelques modifications formelles, les art. 54*d* et 54*e* AP s'inspirent très largement des règles prévues aux art. 66 LCR et 38 LITC. L'idée est de généraliser ces règles, qui trouvent leur justification dans l'institution même de l'action directe, peu importe que l'assurance ait été conclue de manière obligatoire ou non[984]. Si l'assurance est facultative, la couverture peut être insuffisante, non seulement parce que la somme d'assurance fixée par le contrat est inférieure au montant total des créances des lésés, mais aussi parce que l'assureur est habilité à opposer à ceux-ci les objections et exceptions au sens de l'art. 54*c* AP, par exemple la faute grave de la personne responsable. Le cas échéant, la question de l'affectation de la couverture d'assurance disponible se pose en des termes identiques. Et la réponse implique une solution qui privilégie une répartition équitable.

Dans l'hypothèse envisagée, l'art. 54*d* al. 1 AP pose le principe de la réduction proportionnelle des prétentions des personnes lésées. Ce sont les prétentions justifiées qui sont prises en considération, en capital et intérêts. La part de l'indemnité due à chacune des victimes est réduite dans la proportion où la couverture d'assurance à disposition se trouve par rapport au montant total des indemnités[985]. C'est une sorte d'état de collocation qui doit être dressé[986].

A cet effet, l'art. 54*d* al. 2 AP prévoit qu'à la demande d'une personne lésée qui a intenté l'action contre l'assureur[987], mais aussi à la demande de ce dernier, le tribunal saisi impartit aux personnes lésées un délai pour se joindre à la procédure. Simultanément, celles-ci sont averties des conséquences d'une abstention, en ce sens que, le cas échéant, il sera procédé à la répartition proportionnelle sans tenir compte de leurs prétentions respectives (art. 54*d* al. 3 AP). Ces règles visent à éviter que l'assureur, qui aurait indemnisé une victime, ne doive payer davantage que le montant de la couverture disponible, pour le cas où d'autres s'en prendraient à lui après coup. A cet égard, il est dans son intérêt de rechercher activement les personnes susceptibles d'élever avec succès des prétentions à son encontre. Dans cette éventualité, la répartition proportion-

---

984 Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/10.5, p. 111 s.

985 Pour des exemples et la formule mathématique de la réduction proportionnelle, cf. Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 186 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 298 ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 1.3 et 1.4 ad art. 66 LCR.

986 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 182.

987 Il ne s'agit pas forcément de celle qui a intenté l'action en premier lieu, comme le disent à tort les art. 66 al. 2 LCR et 38 al. 2 LITC.

nelle peut aussi intervenir par transaction extrajudiciaire[988]. Les auteurs de l'avant-projet sont conscients que ces règles, comme on le constate déjà aujourd'hui[989], peuvent soulever des difficultés pratiques, notamment en cas de conflit de compétences positif. Ils sont d'avis qu'il n'incombe pas au législateur fédéral de poser des normes en la matière. Le sens des règles en question commande à l'évidence l'instauration de dispositions cantonales de procédure qui favorisent l'instance unique, envisagée ici comme un préalable nécessaire à la réalisation du droit privé fédéral.

Aux termes de l'art. 54*e* AP, l'assureur qui, ignorant l'existence d'autres prétentions, a versé de bonne foi à une personne lésée une indemnité supérieure à la part lui revenant est, jusqu'à concurrence de cette somme, libéré à l'égard des autres personnes lésées. Pour se prévaloir de cette disposition, l'assureur doit prouver sa bonne foi, au sens de l'art. 3 CC et, en particulier, de l'art. 167 CO. Concrètement, il est tenu d'établir qu'il a fait preuve de diligence pour identifier les personnes lésées - notamment en exerçant le droit que lui confère l'art. 54*d* al. 2 AP - et pour déterminer l'ampleur des dommages subis par elles[990]. Sinon, il court le risque de devoir payer le montant versé en trop à une victime, en plus de la couverture d'assurance[991].

2.7.4.3 Recours de l'assureur contre des coresponsables (art. 54f AP)

Lorsque plusieurs personnes sont tenues du même dommage, leur obligation à l'égard de la victime est régie par le principe de la solidarité. Dans les rapports internes, la question de la répartition de la dette solidaire se pose le plus souvent en termes de recours (art. 50 al. 2 et 51 CO, art. 53*c* al. 2 1ère phrase AP). C'est dire que le coresponsable qui a réparé le dommage au-delà de sa part, a une prétention récursoire contre les autres ; à cet effet, selon la règle générale de l'avant-projet, il est subrogé aux droits de la personne lésée (art. 53*c* al. 2, 2ème phrase AP)[992].

Dans le droit actuel, les rapports entre l'assureur de responsabilité civile et les coresponsables (autres que la personne assurée) ne sont pas directement régis par une disposition générale. S'agissant de l'art. 51 CO, il n'est pas applicable, car il règle les recours entre des personnes tenues envers la victime. Or, l'assureur ne s'oblige qu'à l'égard de l'assuré responsable. Quant à l'art. 72 LCA, il n'est pas non plus directement applicable, parce qu'il se fonde sur l'hypothèse où c'est la personne lésée qui est assurée. Or, à la différence de

---

988 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 188 et 192 ; Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 296 s.

989 Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 2.4. ad art. 66 LCR ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 189.

990 Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 2.5 ad art. 66 LCR ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 193.

991 Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 2.7 ad art. 66 LCR ; Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 297.

992 Cf. supra 2.6.4.4.

l'assurance ordinaire de dommages - et singulièrement de l'assureur de choses -, l'assureur de responsabilité civile ne couvre pas le préjudice de la victime, mais la perte résultant pour l'assuré de la réparation due à cette dernière[993]. Dans ce cas, comme le constatait le TF il y a déjà quelques décennies, "il n'y a pas concours de responsabilités entre l'assureur et les tiers responsables, mais bien entre ces derniers et l'assuré. C'est donc entre eux que l'obligation de réparer le dommage doit être répartie et l'existence d'une assurance-responsabilité civile ne peut exercer aucune influence sur cette opération. Si l'assureur répare le préjudice, il ne fait que prendre la place de l'assuré jusqu'à concurrence du montant qu'il a payé ... et il est subrogé à tous les droits qu'a l'assuré contre les tiers responsables"[994]. Ces considérations ont conduit le TF à appliquer à l'assureur de responsabilité civile l'art. 72 LCA par analogie, mais sans limiter la subrogation aux seules prétentions contre les auteurs d'actes illicites commis fautivement. En ce sens, le principe a une portée générale. Il recueille l'approbation de la doctrine unanime. Il trouve sa raison d'être dans le souci d'éviter un enrichissement injustifié de la personne responsable assurée, qui pourrait se produire si elle conservait une prétention récursoire contre d'autres tiers tenus à réparation tout en étant couverte par un assureur[995].

Les auteurs de l'avant-projet jugent nécessaire d'ancrer ce principe dans le Code, sous la forme d'une norme qui s'applique indistinctement à l'assurance de responsabilité civile facultative et obligatoire, comme cela est déjà admis aujourd'hui[996]. Cette norme, dans la mesure du possible, doit concorder d'une part avec les dispositions qui régissent le concours de responsabilités dans les rapports internes (art. 53*c* AP), d'autre part avec les dispositions qui règlent les rapports entre l'assureur de dommages et le tiers responsable (art. 54 à 54*b* AP). Une telle exigence implique que soient notamment pris en compte trois principes : la répartition interne de la dette en fonction des circonstances (art. 53*c* al. 1 et 54*a* AP), le renforcement du recours par la subrogation (art. 53*c* al. 2 et 54 al. 2 AP) et le droit préférentiel de la personne lésée (art. 54*b* AP)[997].

Selon l'art. 54*f* al. 1 AP, l'assureur est subrogé au droit de recours de la personne assurée contre d'autres coresponsables dès le paiement de l'indemnité à la personne lésée et à concurrence du montant versé. Autrement dit, et pour autant que les conditions de la subrogation soient remplies, l'assureur acquiert de plein droit les prétentions récursoires du responsable assuré ; il prend la place de ce dernier dans le jeu des recours. Encore faut-il qu'il ait indemnisé la victime, en tout ou en partie. Encore faut-il également que son assuré ait eu une créance récursoire contre l'un ou l'autre coresponsable. Le cas échéant,

---

993 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 460 ; Maurer A., op. cit. (n. 889), p. 417 s. ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 683 et 685 ; Chaudet M. H., op. cit. (n. 896), p. 45 s.

994 ATF 79 II 408.

995 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 460 s ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 299 ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 683, 684 et 695 ; Chaudet M. H., op. cit. (n. 896), p. 46 s ; Oswald H., op. cit. (n. 896), p. 133, qui expressément appelle de ses voeux l'introduction d'une règle en la matière.

996 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 460 ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 687 ; ATF 116 II 647.

997 Cf. supra notamment 2.6.4.4., 2.7.3.2. et 2.7.3.3. Cf. aussi Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/10.2, p. 108 s.

l'assureur devient *ex lege* titulaire de cette créance, en bénéficiant des sûretés et privilèges qui lui sont attachés, mais en supportant aussi le risque de recours contre des personnes qui, envers lui, ne répondent plus solidairement[998]. Quant au montant de la prétention récursoire, il est déterminé par les dispositions qui régissent la répartition interne de la dette solidaire ; il est donc fonction des "circonstances", suivant le critère posé à l'art. 53*c* al. 1 AP[999]. Les circonstances en question sont celles qui, de manière générale, permettent de fixer l'étendue de la réparation. Il s'agit notamment de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé imputables aux responsables.

L'art. 54*f* al. 2 AP pose une limite à la prétention récursoire de l'assureur de responsabilité civile contre un tiers tenu à réparation. Il dispose en effet que l'assureur ne peut exercer son droit de recours que dans la mesure où il n'en résulte aucun préjudice pour la personne lésée. Cela signifie que cette dernière dispose d'un droit prioritaire à être indemnisée lorsque son dommage n'a pas été complètement réparé par l'assureur couvrant l'un des coresponsables (par exemple en cas d'exclusion partielle de garantie, de somme d'assurance insuffisante ou de franchise contractuelle). La disposition n'est pas nouvelle. Elle est prévue expressément dans des lois spéciales, comme à l'art. 34 al. 2 LNI ou à l'art. 20 al. 2 LRCN, mais aussi à l'art. 88 LCR qui est rédigé en des termes plus généraux[1000]. Les auteurs de l'avant-projet jugent nécessaire d'inscrire une telle règle dans le Code, en dépit de la portée générale qu'on attribue au principe du droit préférentiel de la personne lésée[1001]. Il y a d'ailleurs lieu de préciser que, dans ce cas, ce droit ne dérive pas à proprement parler de la subrogation ; contrairement à l'hypothèse prévue à l'art. 54 al. 2 AP, qui régit le recours de l'assureur ordinaire de dommages, l'assureur de responsabilité civile n'est en effet ici pas subrogé à la créance en réparation de la victime, mais à la prétention récursoire de la personne assurée. Il n'en demeure pas moins que dans le cas où cette dernière a dû supporter elle-même une part de la réparation (par exemple en cas d'exclusion partielle de la garantie, de somme d'assurance insuffisante ou de franchise contractuelle), elle bénéficie également d'un droit préférentiel à être remboursée dans le recours qu'elle exerce à l'encontre d'un coresponsable[1002]. Dans une telle éventualité, l'adage *nemo subrogat contra se* trouve directement application.

---

998 Cf. supra 2.7.3.3.1.

999 Cf. supra 2.6.4.4.

1000 L'assurance de responsabilité civile est un assureur exerçant un droit de recours, au sens de l'art. 88 LCR ; dans ce sens, cf. Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 692 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 724 et § 26, N. 236 ; Egger H., Der Einfluss des Art. 88 SVG auf den Regress der Versicherer, Berne 1968, p. 75. A préciser que l'art. 34 al. 2 LNI a été ajouté au cours des travaux parlementaires par référence à l'art. 88 LCR (BO CE 1975, p. 455, proposition Amstad).

1001 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 139 ad art. 51 CO ; Schaer R., op. cit. (n. 122), p. 245 ss, n° 715 à 722 ; Gilliard F., op. cit. (n. 826), p. 292. Cf. aussi supra 2.7.3.3.2. et les réf. cit. en n.926.

1002 Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 689 à 693.

2.7.4.4 Obligation d'assurance (art. 54g et 54h AP)

2.7.4.4.1 Le principe (art. 54g AP)

Dans le droit actuel, bon nombre de lois spéciales, notamment celles instituant une responsabilité pour risque, prévoient l'obligation pour le sujet de la responsabilité de conclure une assurance[1003]. D'autres lois donnent au Conseil fédéral la compétence de prescrire l'obligation d'assurance[1004]. La *ratio legis* repose sur des considérations sociales, en particulier sur le souci de renforcer la protection juridique de la personne lésée. Et cette protection est réellement efficace lorsque, comme c'est presque toujours le cas, l'obligation d'assurance est complétée par un droit d'action directe de la victime et par l'interdiction faite à l'assureur recherché d'opposer à cette dernière les objections et exceptions légales et contractuelles[1005].

Pour les auteurs de l'avant-projet, il s'impose que le futur droit de la responsabilité civile contienne une norme générale qui pose le principe de l'assurance obligatoire et fonde une délégation de compétence au Conseil fédéral. La justification d'une telle norme trouve déjà appui sur le principe de la légalité ; il paraît en effet légitime que l'obligation d'assurance, en tant que dérogation au principe de la liberté contractuelle, trouve ses assises dans un texte élevé au rang de loi générale[1006]. Cette justification repose également sur des motifs de politique juridique : il est opportun qu'il appartienne au gouvernement - ou à l'autorité d'exécution désignée par lui - de décider si, à quelles conditions et dans quelle mesure la responsabilité d'une personne qui exerce une activité déterminée doit être couverte par une assurance. Car une telle décision est dictée par des considérations sociales, mais aussi par des facteurs techniques et économiques, comme la dangerosité de l'activité en cause ou l'offre du marché de l'assurance. La norme fondant la délégation de compétence trouve enfin sa raison d'être dans la volonté d'instaurer une règle parallèle à la clause générale de responsabilité pour risque (art. 50 AP). Il peut en effet être légitime de contraindre la personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse, mais non appréhendée par une loi spéciale instituant une responsabilité pour risque, à conclure une assurance obligatoire[1007]. Il n'en demeure pas moins qu'il ne saurait suffire que telle ou telle activité soit spécifiquement dangereuse, pour que le Conseil fédéral puisse en subordonner l'exercice à la conclusion d'une assurance de responsabilité civile. Aux termes de l'art. 54*g*

1003 Cf. art. 63 LCR (cf. aussi art. 70 al. 2, 71 al. 2 et 72 al. 4 LCR, art. 16 LF sur les entreprises de trolleybus du 29 mars 1950, RS 744.21) ; art. 31 LNI (cf. aussi art. 8 Ordonnance sur les yachts suisses naviguant en mer du 15 mars 1971, RS 747.321.7) ; art. 16 al. 1 LChP ; art. 11 ss LRCN ; art. 35 LITC ; art. 70 s. LA (avec la réserve d'une autre garantie) ; art. 31 lit. d LRaP. Cf. aussi art. 21 Ordonnance sur l'octroi de concessions aux téléphériques du 8 novembre 1978, RS 743.11 ; art. 11 al. 3 lit. a Ordonnance sur les téléphériques servant au transport de personnes sans concession fédérale et sur les téléskis du 22 mars 1972, RS 743.21.

1004 Cf. art. 59*b* LPE.

1005 Cf. supra 2.7.4.1. et 2.7.4.2.1. Cf. infra 2.7.4.4.2.

1006 Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/10.7.1, p. 113.

1007 Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/10.7.1, p. 114.

AP, il faut encore que l'activité soit, en vertu du droit fédéral, soumise à autorisation ou à surveillance, comme l'est aujourd'hui la conduite d'un véhicule automobile, l'exploitation d'une installation nucléaire ou l'exercice de la chasse, mais non pas la pratique du ski ou l'utilisation d'une tondeuse à gazon. La nécessité d'un critère formel sûr se justifie au regard des contraintes administratives - notamment de police - qu'implique l'obligation d'assurance. Pour le reste, la disposition proposée laisse logiquement le Conseil fédéral déterminer les conditions de l'assurance et fixer le montant minimal de la couverture. Dans chaque cas, il lui incombera en particulier de mentionner les personnes qui sont soumises à l'obligation d'assurance et celles qui en sont dispensées (par exemple, art. 63 al. 1 et 73 al. 1 LCR) ; de définir l'étendue de la couverture et les risques et prétentions qui peuvent en être exclus (par exemple, art. 63 al. 2 et 3 et 64 LCR) ; de prescrire une obligation pour l'assureur de communiquer à l'autorité d'exécution l'existence, la suspension et la cessation de la couverture (par exemple, art. 68 LCR) ; d'octroyer le droit à l'exploitant de l'activité de fournir des sûretés équivalentes (par exemple, art. 70 ss LA).

2.7.4.4.2 Les effets : exceptions et recours (art. 54h AP)

Dans le droit actuel, la plupart des lois spéciales prescrivant une obligation d'assurance de responsabilité civile prévoient non seulement le droit d'action directe contre l'assureur, mais encore l'interdiction faite à ce dernier d'opposer à la victime les exceptions découlant du contrat d'assurance ou de la LCA. Par ailleurs, les lois en question permettent logiquement à l'assureur de se retourner contre le preneur d'assurance ou l'assuré responsable, dans la mesure où il aurait été autorisé à refuser ou à réduire ses prestations d'après le contrat d'assurance ou la LCA[1008].

Comme déjà dit, ces trois institutions (action directe de la victime, inopposabilité des exceptions, recours de l'assureur) constituent un système homogène qui garantit à la personne lésée une protection efficace de son droit à réparation, sans pour autant privilégier la personne responsable. Ce système fonctionne à satisfaction depuis des décennies. Les auteurs de l'avant-projet proposent de le généraliser à toutes les responsabilités pour lesquelles, en raison des motifs exposés plus haut, une obligation d'assurance est prescrite[1009].

L'art. 54*h* al. 1 AP pose le principe de l'inopposabilité des exceptions découlant de la LCA ou du contrat d'assurance. Il précise expressément que ce principe vise aussi les objections que pourrait soulever l'assureur à l'encontre de la victime, ce qui est déjà admis dans le droit actuel[1010]. A cet égard, le champ d'application matériel de la règle est large. Il comprend tous les moyens juridiques liés aux rapports internes entre le responsable assuré et l'assureur, qui permettraient à ce dernier de refuser, de réduire ou de différer sa prestation[1011].

1008 Cf. supra 2.7.4.2.1. et notamment les réf. cit. en n. 961, 962 et 965.

1009 Cf. supra 2.7.4.4.1. Cf. aussi 2.7.4.2.1.

1010 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 205.

1011 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 198 ; Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 292 n. 1662.

Par l'effet de l'art. 100 al. 1 LCA, il faut y englober les moyens tirés de l'application des dispositions générales du CO[1012]. Ainsi l'assureur ne sera pas habilité à se prévaloir des vices du consentement (art. 23 ss CO) ou de la réticence commise par le preneur d'assurance lors de la conclusion du contrat (art. 6 LCA). Il ne pourra non plus exciper de la violation de devoirs contractuels par la personne assurée (art. 20, 28 s., 38 LCA) ou de la faute grave imputable à celle-ci dans la survenance du sinistre (art. 14 al. 2 LCA). Il lui sera enfin interdit de soulever des exceptions découlant du contrat lui-même, comme celles liées à une franchise ou à une exclusion du risque[1013]. L'assureur sera pourtant habilité à objecter que la prétention de la victime excède le montant de la couverture[1014], quel qu'en soit , le cas échéant, le minimum légal obligatoire[1015]. L'assureur sera aussi autorisé à opposer à la personne lésée les exceptions découlant du contrat d'assurance, qui se rapportent à des prétentions que certaines lois spéciales permettent d'exclure de la couverture, comme le font aujourd'hui les art. 63 al. 3 LCR ou 32 LNI. Par ailleurs, il pourra également opposer à la victime les moyens dont aurait pu se prévaloir l'assuré responsable s'il avait été lui-même recherché et qui concernent la responsabilité comme telle. On pense notamment ici aux motifs justificatifs propres à exclure l'illicéité de l'atteinte au sens de l'art. 46*a* AP[1016] ou aux facteurs exonératoires susceptibles "d'interrompre" le rapport de causalité au sens de l'art. 47*a* AP[1017]. On pense également aux circonstances entrant en ligne de compte dans la fixation de l'étendue de la réparation au sens de l'art. 52 AP[1018], sauf à celle touchant la précarité de la situation économique du responsable assuré[1019].

Comme déjà dit, le principe de l'inopposabilité des exceptions renforce le droit d'action directe de la personne lésée. Plus concrètement, il garantit à cette dernière le paiement de sa créance en réparation[1020]. Indirectement, le principe profite à tout cessionnaire, en particulier à l'assureur social ou à l'assureur

---

1012 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 205 ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 620 s.

1013 Pour des exemples d'exceptions et objections que l'assureur ne peut opposer à la victime, cf. Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 568 et 617 s. ; Maurer A., op. cit. (n. 889), p. 548 ss ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 207 ; Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 292 s. n. 1663 ss.

1014 Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 631.

1015 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 200 ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 622 s.

1016 Cf. supra 2.3.3.4.

1017 Cf. supra 2.3.4.5.

1018 Cf. supra 2.5.2.

1019 Cf. supra 2.5.2., en particulier les n. 765 et 771 ; cf. aussi Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 629.

1020 Cf. supra 2.7.4.2.1. et les réf. cit. en n. 966.

privé de dommages (art. 54 al. 2 AP) qui peut se prévaloir d'un droit de subrogation[1021].

L'art. 54*h* al. 2 AP dispose que, pour le montant de l'indemnité versée à la personne lésée, l'assureur a un droit de recours contre le preneur d'assurance ou l'assuré dans la mesure où il aurait été habilité à refuser ou à réduire ses prestations en vertu soit de la LCA, soit du contrat d'assurance lui-même. La règle confère un droit propre à l'assureur. Ce droit apparaît pourtant comme le corollaire et le complément du droit d'action directe de la victime contre l'assureur et de l'interdiction faite à ce dernier de lui opposer les objections et exceptions découlant de la LCA ou du contrat d'assurance. Comme aujourd'hui, on peut donc y voir un effet indirect (*Reflexwirkung*) du paiement effectué par l'assureur en mains de la personne lésée ou, en d'autres termes, un effet du rapport entre assureur et victime sur le rapport entre assureur et assuré[1022]. On peut y voir également un instrument qui permet de réajuster l'équilibre du contrat d'assurance : d'une part, replacer l'assureur dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait été habilité à opposer à la victime les exceptions légales et contractuelles ; d'autre part, ne pas soustraire le responsable assuré aux conséquences civiles des faits dont il répond. Mais c'est l'assureur qui, en fin de compte, supporte le risque d'insolvabilité de celui-ci.

Le droit de recours conféré à l'assureur trouve son fondement dans la loi, puisqu'il complète deux institutions (le droit d'action directe d'une part, l'inopposabilité des exceptions d'autre part) qui sont elles-mêmes fondées sur la loi[1023]. Il est pratiquement inutile et juridiquement contestable d'y voir une prétention en restitution d'un enrichissement illégitime (art. 62 CO)[1024]. En effet, pour le montant de la créance récursoire, le paiement de l'assureur à la victime n'est pas dénué de cause légitime ; il repose sur la loi[1025]. En dépit de son fondement légal, le droit de recours de l'assureur n'est pas sans rapport avec le contrat d'assurance. Tout d'abord, le moyen qui aurait permis à l'assureur de refuser ou de réduire ses prestations peut résulter du contrat lui-même. Par ailleurs, il est loisible aux parties de convenir que, pour telle exception (celle tirée de la faute grave de la personne responsable par exemple), l'assureur renoncera à exercer sa créance récursoire ou au contraire réclamera la totalité de la prestation versée à la personne lésée[1026].

La partie défenderesse à l'action récursoire est soit le preneur d'assurance (celui qui a conclu le contrat pour son propre compte et/ou pour le compte

---

1021 ATF 119 II 293 ss ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 200 ; Frésard-Fellay G., op. cit. (n. 921), p. 55 ss.

1022 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 214 ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 3.1 ad art. 65 LCR ; Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 298 n. 1680 ; ATF 91 II 230, qui parle de "Reflexwirkung" ; ATF 1er février 1968 in VAS XIII, n° 85.

1023 Cf. supra 2.7.4.2.1.

1024 Dans ce sens, Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 651 s.

1025 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 214 et FN 376.

1026 Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 298 n. 1681 ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 3.3 ad art. 65 LCR ; ATF 92 II 252.

d'autrui), soit l'assuré (celui pour le compte de qui le contrat a été conclu). En bref, il s'agit de la personne qui peut se faire imputer le fait - le plus souvent, la faute grave au sens de l'art. 14 al. 2 LCA - qui aurait justifié la suppression ou la réduction de la prestation d'assurance. A cet égard, il convient d'attribuer une portée générale à la jurisprudence que le TF a développée pour l'assurance obligatoire prescrite par la LCR[1027]. Selon cette jurisprudence, qui a trouvé l'approbation de la doctrine majoritaire[1028], il y a lieu de distinguer l'assurance de responsabilité civile du détenteur de véhicule automobile et celle du conducteur ; bien que ces deux assurances soient fondées sur un seul et même contrat, elles diffèrent par leur objet et par la personne de l'ayant droit ; aussi le comportement de ces personnes doit-il être jugé chacun pour lui-même. Cela signifie que le recours de l'assureur pour faute grave ne saurait s'adresser qu'à l'auteur de la faute, dans la plupart des cas alternativement au preneur d'assurance ou à l'assuré, parfois cumulativement (mais non solidairement) à l'un et à l'autre[1029].

L'assureur ne peut exercer son droit de recours qu'à concurrence du montant de l'indemnité versée à la personne lésée et dans la mesure où il aurait été habilité à refuser ou à réduire ses prestations soit en vertu de la LCA, soit en vertu du contrat lui-même. Le moment déterminant est, non pas celui du fait dommageable, mais celui du paiement de l'indemnité à la victime. Suivant l'objection ou l'exception invoquée, la créance récursoire portera sur la totalité de l'indemnité (en cas d'absence de couverture "interne") ou sur une partie. N'ayant pas le caractère de dommages-intérêts, cette créance ne saurait comme telle faire l'objet d'une réduction en fonction des critères posés à l'art. 52 AP[1030]. Mais elle pourrait être diminuée pour un autre motif. Tel sera le cas, cela va presque sans dire, lorsque l'assureur a versé à la victime un montant qui ne lui était pas dû, par exemple quand il a omis de lui opposer un fait dont celle-ci répond[1031]. Tel sera le cas également lorsque le recours de l'assureur porte préjudice à la personne lésée. Ainsi en est-il quand le dommage de cette dernière excède la couverture d'assurance. Dans une telle éventualité, la victime dispose d'un droit préférentiel à être complètement indemnisée par le responsable. Le principe est déjà posé aujourd'hui dans quelques lois spéciales, comme à l'art. 34 al. 2 LNI, à l'art. 20 al. 1 LRCN ou à l'art. 88 LCR qui est rédigé en termes généraux[1032]. Il convient de lui attribuer une portée géné-

---

1027 ATF 91 II 231 ss.

1028 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 227 ; Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 657 ; Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 303 n. 1696. Cf. les critiques de Keller M., Schuldhafte Herbeiführung des befürchteten Ereignisses durch Hilfspersonen des Versicherungsnehmers unter besonderer Berücksichtigung der Motorfahrzeug - Haftpflicht - Versicherung, RSJ 1974, p. 1 ss, 105 ss.

1029 Sur cette question, cf. notamment Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 654 ss.

1030 Brehm R., op. cit. (n. 862), n° 673.

1031 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, N. 231 ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 3.6 ad art. 65 LCR ; Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 300 n. 1688.

1032 Il est unanimement admis que l'art. 88 LCR s'applique au recours de l'assureur de responsabilité civile fondé sur l'art. 65 al. 3 LCR ; cf. Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit.

rale[1033]. Les auteurs de l'avant-projet jugent néanmoins nécessaire d'en rappeler ici l'application, compte tenu que le recours de l'assureur de responsabilité civile contre le preneur d'assurance ou l'assuré ne repose pas sur une subrogation dans les droits de la personne lésée.

2.7.5 Rapports avec une assurance au profit d'autrui (art. 54i AP)

La réglementation de l'assurance de personnes pose à l'art. 96 LCA le principe du cumul de prétentions. La victime au bénéfice d'une telle assurance - qui garantit en général le versement de prestations fixées à l'avance en cas d'atteinte à la vie et à l'intégrité physique ou psychique - est habilitée à faire valoir ses droits contre l'assureur et contre le responsable. Suivant les circonstances, il en résulte une surindemnisation de la personne lésée[1034].

Le principe du cumul de prétentions connaît une dérogation qui, sous des formulations diverses, est prévue dans quelques lois spéciales fondant une responsabilité pour risque (art. 13 al. 1 LRespC, 62 al. 3 LCR, 9 al. 2 LRCN). Ces règles trouvent application lorsque la personne responsable a financé en totalité ou en partie une assurance au profit d'autrui. Tel est par exemple le cas du détenteur qui souscrit une assurance dite "occupants" contre les accidents au profit du conducteur et des passagers du véhicule. Dans une telle éventualité, les prestations versées par l'assureur à la victime sont déduites de l'indemnité due par la personne responsable proportionnellement à sa part de primes. La *ratio legis* repose sur l'idée que l'obligation de cette dernière de réparer le dommage est éteinte dans la mesure où elle y a déjà contribué par la conclusion d'une assurance facultative dont elle a payé les primes. En d'autre termes, le principe du cumul n'est pas défendable lorsque la personne tenue à réparation est la même que celle qui a conclu et financé une assurance au profit de la victime. Si le responsable se trouve ainsi déchargé, celle-ci ne subit aucun préjudice, puisqu'elle reçoit en tout cas le montant auquel elle peut prétendre[1035]. A cela s'ajoute la tendance, qui se manifeste depuis des années en droit de la responsabilité civile, à limiter les cas de surindemnisation par l'institution de règles sur l'imputation, le recours et la subrogation[1036].

Une telle argumentation emporte la conviction. Sa valeur est d'ailleurs générale[1037]. Elle conduit les auteurs de l'avant-projet, suivant la Commission d'étude[1038], à inscrire dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile

---

(n. 437), p. 301 n. 1691 ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 3.8 ad art. 65 LCR ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 26, n. 425.

1033 Cf. supra 2.7.4.3. et les réf. cit. en n. 1001.

1034 Cf. supra 2.7.1.

1035 ATF 97 II 273.

1036 ATF 117 II 620 ; cf. aussi supra 2.7.1.

1037 Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 137 n. 1205 ; ATF 65 II 259 ss. Cf. aussi Rusconi B., op. cit. (n. 554), p. 558 s., qui pose le problème dans le cadre des "circonstances" à prendre en considération, au sens de l'actuel art. 43 al. 1 CO.

1038 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.6, p. 112 s.

le principe de l'imputation proportionnelle des prestations d'assurance. L'art. 54*i* AP dispose, comme le fait l'art. 9 al. 2 LRCN qui se limite à l'assurance contre les accidents, que le principe ne s'applique qu'à l'assurance non obligatoire. Il réserve ainsi implicitement le droit des assurances sociales[1039]. Il ne précise pas, ce qui est inutile, que l'assurance visée ici est forcément une assurance de personnes ; en cas d'assurance de dommage, en effet, le cumul n'est pas possible : l'imputation est la règle, comme l'énonce l'art. 54 al. 1 AP[1040]. Pour le reste, il suffit de s'en remettre aux solutions qu'a dégagées la jurisprudence dans l'application de l'art. 62 al. 3 LCR. On pense ici notamment à la question des effets de l'imputation à l'égard des autres personnes responsables du dommage[1041].

Comme le font dans le droit actuel les art. 62 al. 3 LCR et 9 al. 2 LRCN, l'art. 54*i* AP laisse les parties au contrat d'assurance libres d'exclure totalement ou partiellement l'imputation des prestations versées par l'assureur. Cette réserve, faut-il le souligner, touche le contrat d'assurance de personnes, souscrit facultativement par le sujet de la responsabilité, et non le contrat couvrant la responsabilité civile de ce dernier.

2.8 Prescription (art. 55 à 55c AP)

2.8.1 Une institution indispensable

Bien qu'elle soit souvent invoquée à titre préjudiciel, la prescription extinctive (ou libératoire) n'en est pas moins une institution de droit matériel. Elle a un caractère général. Elle permet au débiteur de paralyser l'action du créancier, par voie d'exception et pour motif d'écoulement du temps. En dépit de la place qu'elle occupe dans la Partie générale du CO (art. 127 ss), la prescription n'éteint pas l'obligation. Autrement dit, elle n'affecte pas l'existence de la créance, mais son exercice. Prescrite, la créance subsiste comme obligation imparfaite.

Ce sont à la fois des motifs d'intérêts public et privé qui fondent la *ratio legis* de l'institution[1042]. L'intérêt public commande que le créancier ne soit pas habilité à invoquer indéfiniment son droit en justice, pour des raisons qui touchent à la fois la sécurité juridique (notamment l'administration des preuves) et la "paix sociale" (en particulier la nécessité de mettre fin une fois pour toutes aux litiges). Quant à l'intérêt privé, c'est prioritairement celui du débiteur (ou de ses héritiers) qui est significatif, qu'on ne saurait plonger indéfiniment dans l'incertitude de prétentions oubliées ou douteuses. Mais l'intérêt du créancier n'est pas absent, pour qui l'échéance d'un délai, dans lequel il doit faire valoir sa

---

1039 Art. 41 LAA, 48ter LAVS, 52 al. 1 LAI, 67 al. 1 LAM, où l'imputation est la règle.

1040 Cf. supra 2.7.3.2.

1041 ATF 97 II 274 ss. Cf. aussi Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 1.13 ad art. 62 LCR ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 306 et l'exemple cité.

1042 Spiro K., op. cit. (n. 138), I, § 3 à 20 ; Schwander W., Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, Winterthur 1963, p. 2 s. ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 796 s. ; ATF 90 II 437 s.

réclamation en justice, peut jouer un rôle stimulant. En bref, la prescription est une institution indispensable.

2.8.2 Présentation du système légal

Les dispositions générales régissant la prescription ont pour siège les art. 127 à 142 CO. A priori, elles s'appliquent à toutes les actions du droit civil, y compris à celles du droit de la responsabilité civile. Dans ce domaine pourtant, le législateur a institué de nombreuses règles particulières qui, pour la plupart, dérogent au délai ordinaire décennal de l'art. 127 CO. Parmi ces règles, il y a lieu de distinguer celles générales posées à l'art. 60 CO et d'autres qui sont prévues le plus souvent dans des lois spéciales.

L'art. 60 CO comprend trois alinéas et prévoit trois délais de prescription :

- un délai ordinaire (ou relatif) d'un an dès la connaissance du dommage et de la personne qui en est l'auteur (al. 1) ;
- un délai subsidiaire (ou absolu) de dix ans dès le fait dommageable (al. 1) ;
- un délai extraordinaire qui correspond à celui - plus long - de l'action pénale si le fait dommageable constitue un acte punissable (al. 2).

Quant à l'al. 3, il octroie une exception imprescriptible à la personne lésée qui a été incitée à contracter une dette lors de la commission du fait dommageable illicite.

L'art. 60 CO s'applique aux actions fondées sur la responsabilité pour faute prévue par la clause générale de l'art. 41 CO ou par une disposition spéciale renvoyant au droit commun (exemple : art. 9 al. 3 LCD). Il s'applique également aux actions fondées sur une responsabilité objective simple (sauf à celles découlant de lois spéciales qui comportent des règles particulières en la matière : art. 40 LRaP, art. 9 et 10 LRFP). Il s'applique enfin à certaines actions fondées sur une responsabilité objective aggravée, par renvoi de la loi spéciale aux dispositions du CO (exemples : art. 27 al. 1 LExpl ; art. 15 al. 2 LChP).

De nombreuses règles dérogent au régime institué à l'art. 60 CO. Elles appartiennent parfois au droit commun, mais avant tout à des lois spéciales, notamment à celles fondant une responsabilité objective pour risque. Ces dérogations concernent surtout les délais, selon les cas leur durée, leur point de départ, leur nature même.

Plusieurs dispositions spéciales reprennent le régime du triple délai prévu à l'art. 60 al. 1 et 2 CO. Ainsi en va-t-il par exemple de l'art. 83 al. 1 LCR et de l'art. 39 al. 1 LITC. Certaines dérogations regardent la longueur du délai ordinaire (exemples : art. 83 al. 1 LCR, deux ans ; art. 10 al. 1 LRCN et art. 9 LRFP, trois ans ; art. 760 al. 1 CO, cinq ans). D'autres dérogations se rapportent à la durée du délai subsidiaire (exemples : art. 68 al. 2 LA, trois ans ; art. 40 LRaP, trente ans).

Plusieurs dispositions spéciales s'écartent de la définition du point de départ du délai subsidiaire donnée par l'art. 60 al. 1 CO. Selon les cas, le *dies a quo* correspond au "jour de l'accident" (art. 83 al. 1 LCR), au "jour où le sinistre s'est produit" (art. 39 al. 1 LITC), au "jour où le dommage a été causé" (art. 68 al. 2 LA), à "l'événement dommageable" mais aussi au moment auquel cesse l'in-

fluence prolongée qui est à l'origine du dommage (art. 10 al. 1 LRCN), sans parler d'autres règles particulières comme celles en matière de tutelle (art. 454 et 455 CC).

Quelques dispositions spéciales instituent un délai unique de prescription ; ainsi en va-t-il de l'art. 37 LIE (deux ans "à partir du jour où le dommage a été causé") et de l'art. 14 al. 1 LRespC (deux ans "à partir du jour de l'accident"). Dans ces cas, la règle de la prescription pénale plus longue est inapplicable ; et l'exception peut être opposée à brève échéance à la victime, quand bien même celle-ci n'avait pas encore connaissance de son dommage[1043].

Quelques dispositions spéciales prévoient des délais de péremption, et non de prescription, ce qui signifie que la personne lésée doit absolument exercer sa prétention dans le délai imparti, sous peine de déchéance acquise de plein droit et constatée d'office par le juge[1044]. Il s'agit de l'art. 10 al. 1 LRCN (trente ans pour le délai subsidiaire), et de l'art. 10 al. 1 LRFP (dix ans pour le délai subsidiaire, dont le point de départ est la mise en circulation du produit défectueux). On citera également l'art. 29 al. 1 de la Convention de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international[1045].

Il y a lieu enfin de relever une grande diversité dans les renvois que font certaines lois spéciales aux dispositions générales du CO et, dans le domaine du droit de la responsabilité civile, ce sont surtout les art. 134 à 142 qui sont significatifs. Tantôt le renvoi est global (exemple : art. 83 al. 4 LCR), tantôt il est limité (exemple : art. 37 LIE, qui ne mentionne que l'interruption de la prescription). Parfois, il n'y a aucun renvoi, comme dans la LRCN ou la LRFP.

En guise de bilan, le constat est évident que le système régissant la prescription des actions en réparation du dommage en matière extracontractuelle est complexe et hétérogène. Sous réserve de l'action récursoire en cas de concours de responsabilités, il convient certes d'admettre que le régime juridique est complet : il est fondé sur les normes générales posées à l'art. 60 CO - complétées par les dispositions ordinaires du CO - qui trouvent application lorsqu'une règle spéciale n'y déroge pas. Il faut cependant regretter que ce régime se caractérise par une diversité excessive de solutions différentes, ce qui nuit à son bon fonctionnement[1046]. Cette diversité, pour ne pas dire cet hétéroclisme[1047], ne se justifie guère, dans la mesure où, le plus souvent, il n'existait pas de motifs pertinents de ne pas apporter les mêmes réponses aux mêmes problèmes. Les raisons qui expliquent cette situation déplorable sont à la fois générales et particulières. Celles générales tiennent tout autant à la

---

1043 Schwander W., op. cit. (n. 1042), p. 61 ; ATF 84 II 208 s.

1044 Sur la distinction entre prescription et péremption et ses effets controversés, cf. notamment Bucher E., op. cit. (n. 294), §25 II 2 ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 798 s. ; Spiro K., op. cit. (n. 138), II § 371-379, 397-402, 422-426 ; ATF 93 II 369 ; ATF 110 II 389 s. ; ATF 113 II 121.

1045 RS 0.748.410.

1046 Cf. Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 7 ; Spiro K., Zur Reform der Verjährungsbestimmungen, in : Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, Baden-Baden 1986, p. 618 ; Schwander W., op. cit. (n. 1042), p. 80s.

1047 Gilliard F., op. cit. (n. 32), p. 232.

brièveté du délai d'un an de la prescription ordinaire prévue à l'art. 60 al. 1 CO (lors de l'élaboration du Code de 1881, il avait été question de cinq ans[1048]) qu'à la multiplication des lois spéciales qui ont trop souvent produit, de manière inconsidérée, des solutions différenciées. Quant aux raisons particulières qui expliquent la disparité du système, elles résident dans la volonté affichée ici et là par le législateur de privilégier, au nom d'un soi-disant intérêt public, un règlement rapide de la réclamation. Tel est vraisemblablement le cas des art. 37 LIE et 14 al. 1 LRespC, qui prévoient de façon draconienne un délai unique de deux ans à compter du fait dommageable[1049]. Dans d'autres lois spéciales, on a opté pour une règle qui était en harmonie avec celle de conventions et de directives internationales. Ainsi le délai subsidiaire très bref de trois ans de l'art. 68 al. 2 LA est celui institué par l'ancienne Convention de Rome pour l'unification de certaines règles relatives aux dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface[1050]. Par ailleurs, le caractère péremptoire du délai subsidiaire de l'art. 10 al. 1 LRFP correspond à celui de l'art. 11 de la Directive européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux[1051]. Il en va de même du délai subsidiaire de l'art. 10 al. 1 LRCN, qui s'inspire de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire[1052]. A cela s'ajoutait la volonté du législateur suisse de formuler précisément jusqu'à quel moment les réclamations devaient être faites à l'exploitant nucléaire ou à son assureur et à partir de quel moment elles devaient être adressées à la Confédération pour être couvertes par le Fonds spécial en cas de préjudices se manifestant tardivement (art. 13 LRCN) ; à cet effet, l'institution d'un délai de péremption était à même de créer une "véritable césure par rapport à la période de réparation des dommages différés"[1053].

2.8.3 Les objectifs principaux de la réforme

Comme déjà énoncé, la prescription est une institution indispensable. Personne ne songe sérieusement à la remettre en cause, en tant que telle. Cela dit, la première question posée au législateur de la révision du droit de la responsabilité civile est celle de savoir si, en ce domaine, une réglementation spéciale se justifie, qui déroge en partie aux dispositions ordinaires des art. 127 ss CO. La réponse de la Commission d'étude avait été catégoriquement affirmative[1054]. Elle allait d'ailleurs dans le sens de solutions législatives adoptées

---

1048 Schwander W., op. cit. (n. 1042), p. 80.

1049 Schwander W., op. cit. (n. 1042), p. 55 ss.

1050 Convention du 29 mai 1933, signée mais non ratifiée par la Suisse, qui a été remplacée par la Convention de Rome du 7 octobre 1952 relative aux dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface, signée mais non ratifiée par la Suisse.

1051 Directive du Conseil des Communautés européennes du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (85/374/CEE).

1052 Convention du 29 juillet 1960, signée mais non ratifiée par la Suisse. Cf. supra n. 47.

1053 FF 1980 I 190.

1054 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.3, p. 119 s.

dans un bon nombre de pays européens. Les auteurs de l'avant-projet s'y rallient sans hésiter. Ils sont convaincus que la spécificité du droit de la responsabilité civile requiert ici le recours à des notions *ad hoc*. Ils pensent notamment à la nécessité du double délai de prescription, ordinaire et subsidiaire, et à l'obligation qui en résulte de fixer de façon différenciée le point de départ de chacun d'eux, selon la fonction qu'ils remplissent[1055]. A cet égard, le critère de l'exigibilité posé à l'art. 130 al. 1 CO pour le *dies a quo* de la prescription ordinaire est mal adapté à la créance réparatoire de la personne lésée et à la créance récursoire du coresponsable qui a payé plus que sa part. En conclusion, il s'impose que la Partie générale du droit de la responsabilité civile contienne une réglementation spécifique sur la prescription. Cette réglementation ne saurait reprendre sans modifications les solutions du droit actuel, notamment celles de l'art. 60 CO, qui font l'objet de critiques et qui laissent apparaître des lacunes. De manière générale, elle devrait répondre à deux objectifs majeurs, l'un et l'autre orientés vers l'élargissement des droits de la personne lésée : d'une part, réaliser l'unification du système ; d'autre part, améliorer son fonctionnement.

S'agissant du premier objectif, on notera que, depuis longtemps, des voix s'élèvent de toutes parts pour critiquer l'excessive diversité des dispositions régissant la prescription des actions de la responsabilité civile et pour revendiquer en la matière une unification à la fois formelle et matérielle[1056]. Cette revendication a pris valeur de postulat[1057]. L'objectif d'unification peut être atteint par une extension de l'applicabilité de la règle posée à l'art. 60 al. 1 CO au plus grand nombre de cas, de façon à éviter autant que possible une prolifération de normes exceptionnelles. Une telle exigence passe logiquement par un allongement des délais généraux (ordinaire et subsidiaire), ce qui semble-t-il correspond aujourd'hui à l'opinion dominante[1058]. L'objectif d'unification ne dispense cependant pas le législateur d'examiner si et dans quelle mesure des dérogations exceptionnelles à la norme générale de prescription trouvent une justification. A priori, deux types de motifs devraient ici entrer en ligne de compte. Les premiers concernent la spécificité de la responsabilité en cause, plus précisément la particularité du fait de rattachement et des préjudices potentiels. Ainsi paraît-il opportun d'instituer de plus longs délais de prescription pour les actions dirigées contre des personnes exerçant une activité susceptible de provoquer des dommages différés, comme ceux causés par des irradiations nucléaires ou par des rayonnements ionisants. Souvent, de telles lésions commencent à se manifester longtemps après le fait dommageable. Ainsi, un cancer sur deux apparaît plus de 25 ans après l'irradiation nucléaire, ce qui justifie un délai subsidiaire (de péremption) de 30 ans institué par la

---

1055 Cf. infra 2.8.4.

1056 Gilliard F., op. cit. (n. 32), p. 232 ; Stark E.W., op. cit. (n. 31), p. 93 et 104 ss ; Spiro K., op. cit., (n. 138), p. 683 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 200 ; Conseil fédéral, Réponse écrite à la Motion Crevoisier du 19 juin 1980 (80.429) et au Postulat Ziegler du 19 juin 1980 (80.476), p. 4.

1057 Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/11.2, p. 119 et V/11.4 p. 121.

1058 Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/11.4, p. 120 s.

LRCN[1059]. Quant au second type de motifs pouvant fonder des exceptions à la norme générale, ils sont de nature plus politique et se rapportent à l'opportunité, voire à l'obligation, d'harmoniser les règles de droit interne avec celles du droit international, en particulier dans le domaine des transports[1060].

Pour ce qui touche le second objectif majeur de la réforme, il vise à améliorer le régime de la prescription en droit de la responsabilité civile. Aux yeux des auteurs de l'avant-projet, cet objectif peut se réaliser par divers moyens, en particulier :

- par l'allongement des délais généraux, au sens de l'art. 55 AP[1061] ;
- par la suppression de la règle prévue aujourd'hui à l'art. 60 al. 2 CO, qui est d'application complexe et qui perdra une grande partie de son utilité à l'avenir[1062] ;
- par le déplacement de la norme instituée à l'art. 60 al. 3 CO dans les dispositions régissant les vices du consentement[1063] ;
- par l'introduction de règles spécifiques sur la renonciation par la personne responsable ou son assureur à invoquer l'exception de prescription selon l'art. 55*a* AP[1064] ;
- par l'instauration d'une disposition spéciale (art. 55*b* AP) complétant les art. 134 et 135 CO et par la modification de l'art. 134 al. 1 CO[1065] ;
- enfin, par l'institution d'une réglementation régissant spécifiquement la prescription des différentes actions récursoires (art. 55*c* AP), une question qui, de nos jours, n'est pas appréhendée spécialement par le Code[1066].

2.8.4 Prescription de l'action en réparation du dommage

2.8.4.1 Principe (art. 55 AP)

2.8.4.1.1 Le maintien du double délai

Le droit suisse de la responsabilité civile pose à l'art. 60 al. 1 CO le système du double délai de prescription (ordinaire et subsidiaire). Ce système est reproduit dans certaines lois spéciales, comme à l'art. 83 al. 1 LCR. L'art. 60 al. 2 CO

1059 L'art. 40 LRaP prévoit aussi un délai (de prescription) de 30 ans. Cf. FF 1980 I 190 ; 1988 II 228 ss ; Stark E.W., op. cit. (n. 31), p. 104 ; ATF 106 II 134.

1060 Cf. Conseil fédéral, Réponse à la Motion Leuenberger du 5 février 1985 (85.321), p. 3, au sujet de la responsabilité du transporteur aérien.

1061 Cf. infra 2.8.4.1.4.

1062 Cf. infra 2.8.4.2.

1063 Cf. infra 2.8.4.3 et 4.2.0.0.1.

1064 Cf. infra 2.8.5.

1065 Cf. infra 2.8.6.

1066 Cf. infra 2.8.7.

relatif à l'application de la prescription pénale plus longue n'en constitue qu'une modalité.

Certaines législations étrangères connaissent un délai général de droit commun qui s'applique également à la prescription des actions délictuelles. Tel est le cas par exemple de la France[1067]. D'autres législations prévoient des dispositions de droit commun qui s'appliquent uniquement aux actions en responsabilité civile. Tantôt, le délai est unique, comme en Italie[1068] ; tantôt, il est double, comme en République fédérale d'Allemagne et en Autriche[1069].

Suivant la proposition de la Commission d'étude[1070], les auteurs de l'avant-projet préconisent le maintien du double délai de prescription. Comme tel, ce système ne fait pas l'objet de critiques fondamentales et - sous réserve de la question de la durée et de celle des dommages différés qui seront examinées plus bas[1071] - il paraît bien fonctionner en pratique. Compte tenu de la fonction spécifique de chacun des délais, ce système satisfait aux motifs d'intérêts public et privé qui fondent la *ratio legis* de la prescription[1072]. Sa généralisation entraînera l'élimination de normes atypiques du droit actuel (art. 37 LIE et 14 al. 1 LRespC), qui s'en tiennent à un délai unique et qui ont pu conduire à des résultats choquants[1073].

2.8.4.1.2 La justification du délai ordinaire (art. 55 al. 1 AP)

Le délai ordinaire de prescription est relativement court (un an selon l'art. 60 al. 1 CO, trois ans d'après l'art. 55 al. 1 AP). Il a pour but d'inciter la victime à faire valoir à brève échéance sa réclamation, afin d'éviter que la personne responsable et son assureur ne restent durablement dans l'incertitude. La créance en réparation du dommage ne repose en effet généralement pas sur la volonté déclarée du débiteur ; le risque qu'elle soit contestée est donc souvent plus grand que lorsque ce dernier a causé le préjudice en n'exécutant pas une prestation promise dans un contrat[1074] ; d'où la brièveté du délai.

Le délai ordinaire court à partir d'un point de départ subjectif. Le *dies a quo* est différé jusqu'au moment psychologiquement favorable et logiquement adéquat où la victime peut agir en connaissance de cause, c'est-à-dire en connaissance du dommage d'une part et du responsable d'autre part. S'agissant de la notion de "connaissance du dommage", elle est aujourd'hui interprétée à juste titre dans un sens favorable à la personne lésée. Celle-ci connaît son dommage lorsqu'elle apprend, quant à son existence, sa nature et ses éléments, les cir-

---

1067 Art. 2262 CCF : trente ans.

1068 Art. 2947 CCI : cinq ans, sauf prescription pénale plus longue.

1069 §852 BGB ; §1489 ABGB : trois ans et trente ans.

1070 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.7.1, p. 122 s.

1071 Cf. infra 2.8.4.1.4.

1072 Cf. supra 2.8.1 et infra 2.8.4.1.2 et 2.8.4.1.3.

1073 Cf. ATF 84 II 208 ss.

1074 Spiro K., op. cit. (n. 138), p. 676.

constances propres à fonder et à motiver une action en justice[1075]. C'est dire qu'elle doit être en mesure de chiffrer, ne serait-ce qu'approximativement, les conséquences pécuniaires du fait dommageable. Ainsi, lorsque le dommage est matériel, le point de départ de la prescription sera le jour où la victime reçoit le devis ou la facture des réparations de la chose, ou encore le rapport d'expertise[1076]. Et quand le dommage est corporel, notamment en cas d'incapacité de travail, ce jour sera celui où l'expert indique le taux d'invalidité[1077]. Certes, on pourrait regretter que le *dies a quo* puisse être parfois imprécis[1078]. Mais il s'agit d'un "défaut" intrinsèque à la notion même de prescription relative. Et comme Spiro le souligne[1079], le critère de la connaissance du dommage devrait être actuellement plus pratique, compte tenu du développement de la technique et des moyens d'investigation. Quant au second critère permettant de déterminer le point de départ de la prescription ordinaire - un critère cumulatif que personne ne conteste en tant que tel - l'art. 60 al. 1 CO mentionne la connaissance de "l'auteur" du dommage. La notion est manifestement trop étroite, dans la mesure où elle se réfère essentiellement au sujet de la responsabilité pour faute. Aussi, les auteurs de l'avant-projet proposent-ils une formulation plus large, qui reprend celle énoncée à l'art. 10 al. 1 LRCN. Par référence au dommage, l'art. 55 al. 1 AP désigne ainsi "la personne qui en assume la responsabilité ou la couverture". Il englobe donc la personne qui est l'auteur du fait dommageable, mais aussi celle qui en répond de manière objective, ainsi que l'assureur qui couvre la responsabilité et contre lequel, aux termes de l'avant-projet, une action directe peut être intentée (art. 54*c* et 54*h* AP).

2.8.4.1.3 La justification du délai subsidiaire (art. 55 al. 2 AP)

Le délai subsidiaire de prescription est relativement long (dix ans selon l'art. 60 al. 1 CO, vingt ans d'après l'art. 55 al. 2 AP). Il ne s'applique en principe que pour autant que la victime n'ait pas eu connaissance du dommage et de la personne qui en assume la responsabilité ou la couverture[1080]. On le qualifie parfois aussi de délai "absolu" ; l'affirmation mérite une nuance, en ce sens que la jurisprudence admet aujourd'hui que, à l'instar du délai ordinaire, il puisse également faire l'objet d'un acte interruptif[1081]. Le délai subsidiaire se justifie pour des raisons de sécurité et d'équité. Il s'impose que la loi fixe un laps de temps, à l'échéance duquel la personne responsable et son assureur ne soient plus tenus de donner suite à une éventuelle prétention de la victime. On ne

---

1075 Spiro K., op. cit. (n. 138), p. 894 s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 351 ; ATF 96 II 41 ; ATF 111 II 58.

1076 ATF 111 II 58 s.

1077 ATF 93 II 502 s.

1078 Gilliard F., op. cit. (n. 32), p. 233 et 235.

1079 Spiro K., op. cit. (n. 138), p. 80.

1080 Il faut réserver le cas où la connaissance de ces éléments intervient peu avant l'échéance ; cf. sur ce point Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 202 s. et l'exemple cité.

1081 ATF 112 II 232 s. et les réf. cit. Cf. aussi ATF 123 III 219.

saurait en effet exiger de ces derniers qu'ils conservent des moyens de preuves pendant des décennies. Par ailleurs, comme le constatait la Commission d'étude[1082], "on ne peut pas reporter indéfiniment sur les générations futures les conséquences d'actes dommageables qui se manifestent tardivement". C'est finalement le propre de la prescription de mettre une limite temporelle aux réclamations judiciaires.

La prescription subsidiaire court à compter d'un point de départ objectif qui est "le jour où le fait dommageable s'est produit" (art. 60 al. 1 CO, 41 al. 2 AP)[1083]. Le TF et la doctrine majoritaire interprètent cette notion strictement, dans le sens du fait - imputable à la personne responsable - qui est à l'origine de l'atteinte aux droits de la victime. Il en résulte que parfois le délai peut s'écouler et même - exceptionnellement - arriver à échéance indépendamment de la connaissance qu'a la personne lésée de l'existence même de sa prétention[1084]. Tel est le cas lorsqu'il y a dissociation entre l'acte ou l'omission imputables à la personne responsable et l'atteinte aux droits de la victime[1085]. Ainsi pourrait-il en être lors d'une émanation radioactive contaminant un individu ou d'une pollution de l'environnement naturel par un produit toxique. Un courant minoritaire de la doctrine veut remédier à ce genre d'éventualités, en définissant le *dies a quo* de la prescription subsidiaire par l'atteinte portée aux droits de la victime (à son intégrité physique, par exemple)[1086]. Cette proposition ne convainc pas, dans la mesure où elle a pour effet de "subjectiviser" le point de départ de la prescription subsidiaire et de créer ainsi une certaine confusion avec celui de la prescription ordinaire. Or, la sécurité juridique oblige ici à poser un critère aussi précis que possible, qui soit dans la moindre mesure sujet à interprétation. Cet argument déterminant incite les auteurs de l'avant-projet à suivre l'opinion de la Commission d'étude, qui préconisait le maintien de la solution actuelle, et cela même si, dans des cas rares, la prescription peut courir à l'insu de la victime. A cet égard, il y a lieu de souligner que l'éventualité, où le délai arrive à échéance sans que la personne lésée n'ait eu connaissance de son droit à réparation, ne devrait plus guère survenir à l'avenir, et cela pour deux raisons. D'une part, l'art. 55 al. 2 AP précise que le point de départ de la prescription subsidiaire est le jour où le fait dommageable se produit ou a cessé de se produire. Par rapport à l'art. 60 al. 1 CO, cette précision est formellement nouvelle, bien qu'elle soit déjà exprimée dans des lois spéciales (par exemple, à l'art. 10 al. 1 *in fine* LRCN) et qu'elle soit admise de manière générale par la jurisprudence[1087]. Elle va dans l'intérêt de la victime lorsque l'acte attribuable à la personne responsa-

---

1082 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.7.2.2, p. 125 ; cf. aussi Schwander W., op. cit. (n. 1042), p. 23 s.

1083 D'autres formulations, sans grandes conséquences pratiques, sont utilisées dans des lois spéciales ; cf. sur ce point supra 2.8.2.

1084 ATF 106 II 136 ss ; ATF 119 II 219 s. ; Spiro K., op. cit. (n. 138), p. 78 ; von Tuhr A./Peter H., op. cit. (n. 51), p. 439 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 366.

1085 Pour un exemple, cf. ATF 106 II 134.

1086 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 203 et l'avis de droit cité dans l'ATF 106 II 136 ss ; cf. aussi Merz H., RJB 1962, p. 467 ss et 1982, p. 137.

1087 ATF 93 II 503 ; ATF 96 II 41. Cf. aussi Schwander W., op. cit. (n. 1042), p. 24 s.

ble se situe dans une évolution continue ou fractionnée dans le temps (en cas d'émanations de déchets polluants, par exemple). D'autre part, et surtout, l'art. 55 al. 2 AP fait passer le délai subsidiaire de dix à vingt ans.

2.8.4.1.4 L'allongement des délais

Dans le droit actuel de la responsabilité civile, la norme générale de l'art. 60 al. 1 CO institue des délais ordinaire d'un an et subsidiaire de dix ans. Certaines règles spéciales prévoient des délais différents[1088]. En comparaison des systèmes juridiques étrangers, les délais de prescription de notre législation sont très brefs. Cette brièveté donne à penser que l'intérêt public, qui est une composante de la *ratio legis* de l'institution, prédomine aux yeux du législateur suisse. Cela conduit quelques auteurs à se satisfaire du *statu quo*[1089]. Mais pour la doctrine majoritaire, le droit helvétique fait montre ici d'une trop grande sévérité. C'est surtout le délai ordinaire d'un an qui est l'objet de critiques[1090]. Souvent, la personne lésée ne s'attend pas à une échéance aussi proche, eu égard surtout aux expertises de plus en plus fréquentes et à la nécessité accrue de formuler rigoureusement les demandes en justice, avec à l'appui l'indication des moyens de preuves. A cela s'ajoute que le point de départ de la prescription ordinaire reste subjectif et donc susceptible de prêter parfois à discussion ; cette éventualité est propre à surprendre le justiciable, en certaines circonstances. Ces constatations conduisent les auteurs de l'avant-projet à proposer que le délai ordinaire de prescription soit porté à trois ans[1091]. Une telle solution est déjà prévue aujourd'hui dans des lois spéciales[1092]. Elle correspond à la législation de pays voisins, comme la République fédérale d'Allemagne et l'Autriche[1093], ainsi qu'à la Directive européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux[1094], que certains considèrent, dans une perspective d'unification, comme l'expression d'une norme européenne à vocation générale[1095].

Le délai général de prescription subsidiaire est également jugé trop bref[1096]. On le constate notamment en cas d'invalidité frappant des enfants ou de préjudi-

---

1088 Cf. supra 2.8.2.

1089 Cf. par exemple Schwander W., op. cit. (n. 1042), p. 81.

1090 Gilliard F., op. cit. (n. 32), p. 233 et 235 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 202 ; Rusconi B., RDS 1967 II p. 762 ; von Büren B., op. cit. (n. 51), p. 426, n. 65 ; ATF 105 Ib 14.

1091 La Commission d'étude hésitait entre deux et trois ans ; cf. Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.7.2.1, p. 123.

1092 Art. 10 al. 1 LRCN ; art. 40 LRaP ; art. 9 LRFP.

1093 §852 BGB ; §1489 ABGB.

1094 Art. 10 al. 1 de la Directive du 25 juillet 1985, citée supra en n. 1051.

1095 Von Bar C., Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1994, p. 227.

1096 Cf. la Motion Crevoisier (80.429) et le Postulat Ziegler (80.476) du 19 juin 1980, ainsi que la Réponse du Conseil fédéral suite à l'ATF 106 II 134 Stich.

ces causés par des produits nocifs (comme de l'amiante ou certains médicaments) ou des déchets toxiques (comme de la dioxine). Souvent, les lésions corporelles peuvent se manifester plus de dix ans après l'événement qui se trouve à leur origine. C'est une raison suffisante pour porter le délai subsidiaire de prescription à vingt ans. A cet égard, les auteurs de l'avant-projet renoncent à proposer un délai de trente ans, que n'excluait pas la Commission d'étude[1097]. D'une part, ils considèrent un tel délai comme excessif, compte tenu de la fonction que la prescription subsidiaire remplit[1098]. D'autre part, ils prennent en compte les critiques émises à ce sujet en Allemagne[1099], ainsi que la solution du nouveau Code civil néerlandais, qui institue justement un délai de vingt ans[1100]. Ils sont pourtant favorables à réserver des dispositions spéciales prévoyant un délai supérieur, lorsque l'exercice de certaines activités typées sont propres à provoquer des dommages différés spécifiques, comme c'est le cas aujourd'hui de l'exploitation de l'énergie nucléaire ou de rayonnements ionisants[1101] ou comme ce sera le cas demain en matière de protection de l'environnement[1102]. Il est vrai que la multiplicité de telles dispositions spéciales pourrait conduire à se demander si, par souci d'unification, il ne serait finalement pas préférable de porter carrément le délai subsidiaire à trente ans. *A priori*, les auteurs de l'avant-projet n'y sont pas farouchement opposés.

Ainsi que le constatait la Commission d'étude, l'allongement des délais de prescription entraînera de multiples effets positifs[1103]. En particulier, il permettra d'élargir le champ d'application de la responsabilité civile dans un sens favorable à la victime ; d'unifier les délais et, en partie, de les harmoniser avec ceux de droits étrangers et européen ; d'améliorer le fonctionnement du système, en évitant des actes interruptifs de prescription et en favorisant des règlements transactionnels ; enfin, de réduire l'enjeu de controverses, comme celle qui touche le point de départ de la prescription subsidiaire en cas de dommages différés. Sans compter que la structure même de l'institution ne s'en trouvera pas modifiée.

2.8.4.2 La suppression de la règle appliquant le délai de l'action pénale

L'art. 60 al. 2 CO prévoit que si les dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique à l'action civile. Cette disposition se retrouve, par-

---

1097 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.7.2.2, p. 125.

1098 Cf. supra 2.8.4.1.3.

1099 Dannemann G./Karatzenis F./Thomas G., op. cit. (n. 138), p. 719 et 724.

1100 Art. 310 (3.11.13), Livre 3 NBW.

1101 Cf. art. 10 al. 1 LRCN ; art. 40 LRaP ; FF 1980 I 190 ; FF 1988 II 229 ss.

1102 Suite à une motion dite "Gen-Lex", qui porte sur le génie génétique dans le domaine non humain (96.3363), le Conseil fédéral a élaboré un avant-projet de loi qui modifie notamment la LPE récemment révisée : l'art. 59*c* al. 2 prévoit un délai de prescription subsidiaire de 30 ans.

1103 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.7.2.3, p. 126 s.

fois sous des formulations différentes, dans le droit commun (exemples : art. 760 al. 2 CO, art. 455 al. 2 CC) ou dans des lois spéciales (exemples : art. 83 al. 1 LCR, art. 39 al. 1 LITC). Le droit autrichien connaît une norme de cette nature (d'application limitée aux infractions pénales commises intentionnellement, §1489 ABGB), mais non le droit allemand. La *ratio legis* repose sur l'idée qu'il serait peu compréhensible que la victime soit privée d'une réclamation judiciaire contre l'auteur du fait dommageable, "tant que celui-ci demeure exposé à une poursuite pénale, qui est généralement plus lourde de conséquences pour lui"[1104]. D'où le principe que l'action civile ne saurait se prescrire avant que l'action pénale soit elle-même prescrite. A cet égard, c'est le délai ordinaire de l'art. 70 CP qui est déterminant, qui prévoit, selon le type de peines, des durées de vingt ans, de dix ans ou de cinq ans. Le cas échéant, la règle pénale trouve application, mais seulement pour le point de départ (qui coïncide avec la commission de l'acte punissable) et la durée de la prescription. Pour le surplus, les dispositions civiles restent applicables, notamment celles relatives à l'interruption[1105]. Cela signifie que l'action civile peut se prescrire après l'extinction de l'action pénale[1106]. En pratique, la jurisprudence a étendu la portée de l'art. 60 al. 2 CO. Ainsi, le TF considère que cette règle s'applique aussi bien au délai ordinaire qu'au délai subsidiaire[1107]. Il juge que la prescription pénale peut aussi toucher l'action civile dirigée contre une personne morale appelée à répondre d'un acte punissable de ses organes[1108].

L'application de la règle posée à l'art. 60 al. 2 CO soulève de nombreuses difficultés en pratique[1109]. L'abondance de la jurisprudence et le nombre de controverses qu'a suscitées cette disposition en témoignent. Les problèmes surgissent notamment quand l'auteur du fait dommageable n'a pas été poursuivi sur le plan pénal ; le juge civil est alors embarrassé à déterminer *in abstracto* la punissabilité de son comportement. Il en va de même lorsque l'action pénale est ouverte, mais qu'elle reste suspendue ou qu'elle s'éteint avant le jugement criminel, en cas de non-lieu ou de retrait de la plainte par exemple[1110]. Il en va de même quand la compétence du juge pénal saisi était limitée (aux contraventions, par exemple)[1111]. Cette multitude de griefs est propre à affecter l'efficacité de la règle. A cela s'ajoute que l'allongement des délais de prescription, tel qu'il est proposé ici, fera perdre à cette règle une très grande partie de son utilité. Face à un tel constat, qui ne saurait non plus ignorer l'extrême facilité

1104 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 204 ; cf. aussi Schwander W., op. cit. (n. 1042), p. 26.

1105 ATF 96 II 43 s.

1106 Scyboz G., Deux rapports de l'action en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral avec l'action pénale : les art. 53 et 60 al. 2 CO, in : Die Verantwortlichkeit im Recht, I, Zurich 1981, p. 643.

1107 ATF 106 II 215.

1108 ATF 112 II 188 ss.

1109 Spiro K., op. cit. (n. 1046), p. 624.

1110 Scyboz G., op. cit. (n. 1106), p. 640.

1111 ATF 112 II 83 ss.

qu'il y a en droit suisse à interrompre la prescription, les auteurs de l'avant-projet jugent que la norme prévue à l'art. 60 al. 2 CO n'aura à l'avenir plus guère sa raison d'être. Suivant la proposition de la Commission d'étude[1112], ils en proposent la suppression.

2.8.4.3 L'exception dérivant d'un acte illicite (art. 60 al. 3 CO)

L'art. 60 al. 3 CO dispose que si l'acte illicite a donné naissance à une créance contre la partie lésée, celle-ci peut en refuser le paiement lors même que son droit d'exiger la réparation du dommage serait atteint par la prescription. Cette disposition a surtout une signification lorsqu'un contrat a été conclu sous l'empire d'un dol ou d'une crainte fondée ; le cas échéant, il est frappé d'invalidité[1113]. La partie qui en est victime n'est pas obligée (art. 28 al. 1, 29 al. 1 CO). Encore faut-il qu'elle le déclare dans l'année. A défaut, la loi présume par une fiction la ratification (art. 31 al. 1 CO). Toutefois, si le créancier (auteur du dol ou de la crainte fondée, donc de l'acte illicite) exige l'exécution de la prestation, le débiteur (lésé) est habilité à la refuser en vertu de l'art. 60 al. 3 CO. Ce faisant, ce dernier "exerce, sous forme d'exception, l'action aquilienne"[1114]. Cette exception est imprescriptible.

L'art. 60 al. 3 CO est d'application très restreinte, car sa portée est limitée. En effet, aussi longtemps que le délai prévu à l'art. 31 al. 1 CO n'est pas écoulé, la victime d'un dol ou d'une crainte fondée n'est pas débitrice ; elle n'est donc pas habilitée à exercer le droit que lui confère l'art. 60 al. 3 CO, soit refuser le paiement[1115]. Mais cette disposition n'est pas davantage applicable quand la personne lésée a ratifié le contrat vicié, expressément ou par acte concluant (en l'exécutant, par exemple). Dans cette dernière éventualité, ce ne peut être l'acte illicite qui peut faire naître une créance valable, mais bien la ratification ; le débiteur perd ainsi le droit d'invoquer la disposition en cause[1116]. L'art. 60 al. 3 CO trouve en revanche application quand la victime du dol ou de la crainte fondée a laissé s'écouler le délai annal de l'art. 31 al. 1 CO, sans déclarer invalider et sans ratifier. Le cas échéant - de toute évidence rare -, elle conserve le droit de faire valoir en tout temps, par voie d'exception, l'acte illicite, qui consiste souvent dans une *culpa in contrahendo*[1117].

Comme cela a déjà été dit, l'art. 60 al. 3 CO est de portée réduite. Et sa rédaction est malheureuse, en ce sens que ce n'est pas l'acte illicite qui peut donner naissance à une créance contre la victime, mais le contrat[1118]. Il n'empêche

---

1112 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.8, p. 128 s.

1113 ATF 114 II 142 s.

1114 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 206 ; cf. aussi ATF 84 II 625.

1115 Grisel A., L'exception perpétuelle dérivant d'un acte illicite, in : Recueil de travaux offert à la Société suisse des juristes, Neuchâtel 1946, p. 91.

1116 Grisel A., op. cit. (n. 1115), p. 110 ; Guhl T./Merz H./Kummer M., Das schweizerische Obligationenrecht, 7ème éd., Zurich 1980, p. 179 ; ATF 66 II 160 s.

1117 Oser H./Schönenberger W., op. cit. (n. 51), n. 16 ad art. 60 CO ; ATF 84 II 625 ; ATF 106 II 349.

1118 Grisel A., op. cit. (n. 1115), p. 99.

qu'on reconnaît à cette règle une raison d'être et une valeur intrinsèque générale[1119]. Les auteurs de l'avant-projet proposent de l'intégrer à la réglementation régissant les vices du consentement, en particulier à l'art. 31 al. 3 CO[1120]. Cette disposition pourrait ainsi à l'avenir avoir la teneur suivante : "Si le contrat conclu sous l'empire d'un dol ou d'une crainte fondée a donné naissance à une créance contre la personne lésée, celle-ci peut se prévaloir en tout temps de l'invalidité par voie d'exception. En cas de ratification, elle conserve le droit de demander la réparation de son dommage" (cf. infra 4.2.0.0.1).

2.8.5 Renonciation à la prescription (art. 55a AP)

En règle générale, le débiteur et le créancier sont libres de déroger aux règles régissant la prescription. Ainsi n'est-il pas rare que les parties à un litige conviennent de prolonger le délai en cours ou que celle qui est actionnée renonce à se prévaloir de la prescription. De telles conventions sont fréquentes dans le domaine de la responsabilité civile. Elles dispensent la personne recherchée - sujet de la responsabilité ou assureur - de reconnaître une obligation de réparer. Elles épargnent à la victime d'entreprendre des actes de poursuite dans le seul but d'interrompre la prescription de sa créance. Elles permettent aux parties de mener les pourparlers transactionnels dans un climat plus serein. Leur liberté en la matière n'est pourtant pas totale. Elle souffre une double restriction, qui a été posée par la jurisprudence. D'une part, le TF considère que, selon l'art. 129 CO, les dérogations conventionnelles à la réglementation de la prescription ne peuvent toucher les délais institués aux art. 127 et 128 CO. D'autre part, il juge que la prolongation éventuelle du délai ne saurait dépasser la durée du délai général ordinaire prévu à l'art. 127 CO[1121]. Il résulte de cette jurisprudence que les délais de prescription fixés dans le droit de la responsabilité civile peuvent être conventionnellement prolongés, mais pas au-delà d'une durée de dix ans.

Aux termes de l'art. 142 CO, le juge ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. Il incombe donc au débiteur de soulever l'exception. Celui-ci est évidemment habilité à y renoncer ; il est également habilité à déclarer y renoncer. Une telle déclaration est pourtant limitée quant à sa validité et à sa portée. Tout d'abord, l'art. 141 al. 1 CO considère comme nulle toute renonciation anticipée à la prescription. Interprétée *a contrario*, cette disposition ne fait pas obstacle à une déclaration de renonciation à la prescription acquise ou en cours (pour la partie du délai qui est déjà expirée)[1122]. Le cas échéant, la déclaration peut équivaloir soit à une interruption, soit à une prolongation con-

---

1119 Gauch P./Schluep W.R./Tercier P., op. cit. (n. 51), I, n. 531 ; Grisel A., op. cit. (n. 1115), p. 93 s.

1120 Cf. Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/11.9, p. 130 ; Gilliard F., op. cit. (n. 32), p. 228 ; Guhl T./Merz H./Kummer M., op. cit. (n. 1116), p. 179.

1121 ATF 99 II 188 s. Cf. aussi Schwander W., op. cit. (n. 1042), p.3 ; von Tuhr A./Escher A., op. cit. (n. 282), p. 217.

1122 ATF 99 II 189 ss ; Bucher E., op. cit. (n. 294), p. 447 ; Spiro K., op. cit. (n. 138), p. 849.

ventionnelle du délai ; mais, dans tous les cas, elle ne saurait porter sur une durée supérieure à dix ans[1123].

En doctrine comme en pratique, il n'est guère contesté que la liberté des parties de déroger aux dispositions régissant la prescription ne saurait être sans borne. A cet égard, la règle générale posée à l'art. 141 al. 1 CO, qu'on retrouve dans des législations étrangères[1124], est pleinement justifiée. Appliquée au droit de la responsabilité civile, elle signifie qu'une personne ne peut jamais renoncer valablement à invoquer la prescription avant que le fait dommageable - dont elle pourrait répondre - ne se soit produit ou ait cessé de se produire. Pour ce qui touche en revanche la prescription en cours ou acquise, les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que le droit de la responsabilité civile doit contenir quelques règles spécifiques qui complètent l'art. 141 al. 1 CO. Plusieurs raisons fondent une telle proposition. Il y a tout d'abord le fait que les déclarations de renonciation à la prescription sont fréquentes dans le domaine de la responsabilité civile, notamment quand un assureur est recherché[1125]. Il y a ensuite la particularité du double délai de prescription, qui n'est guère prise en compte dans les conventions passées entre parties, avec la conséquence que la portée de la déclaration de la personne recherchée n'est pas toujours transparente[1126]. A cela s'ajoutent les cas où la déclaration ne fixe aucune échéance, laissant croire à tort à la victime qu'elle pourra faire valoir son droit en tout temps, ou qu'à tout le moins le délai a été interrompu[1127].

L'insécurité actuelle commande donc l'instauration en la matière d'une réglementation claire et pratique. Cette réglementation doit poser le principe déjà admis aujourd'hui que la prolongation conventionnelle de la prescription ne saurait être indéfinie, compte tenu de la fonction que remplit l'institution[1128]. Elle doit aussi mettre des limites temporelles précises aux déclarations de renonciation et prendre en compte le double délai de prescription prévu à l'art. 55 AP. Ainsi l'art. 55*a* al. 1 AP dispose que la personne responsable peut, par une déclaration expresse, renoncer à invoquer la prescription pour une durée de 20 ans au maximum, à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire ; dès l'échéance de ce délai, la renonciation ne vaut plus que pour une durée de trois ans au maximum. L'art. 55*a* al. 2 AP ajoute qu'à défaut de limite temporelle, la renonciation vaut pour une durée de trois ans. En d'autres termes, cela signifie que la renonciation portera au plus sur une durée correspondant à celle de la prescription subsidiaire si elle est exprimée

---

1123 ATF 99 II 192 ss ; ATF 112 II 233 ; Bucher E., op. cit. (n. 294), p. 448 ; Spiro K., Der Verzicht auf die laufende Verjährung, in : Festschrift für K.H. Neumayer, Baden-Baden 1985, p. 551 s., qui se montre restrictif sur l'effet interruptif d'une renonciation à la prescription.

1124 Cf. art. 2220 CCF et 2937 CCI.

1125 ATF 112 II 233.

1126 ATF 99 II 192 s.

1127 Avec Spiro, op. cit., (n. 1123), p. 551 s., il faut se montrer restrictif sur l'effet interruptif d'une déclaration de renonciation à la prescription ; tel ne peut être le cas que si l'auteur sait qu'il a une dette envers la personne lésée, qu'il déclare reconnaître d'une manière ou d'une autre.

1128 Cf. supra 2.8.1.

le jour du fait dommageable, mais sinon sur une durée inférieure, comme ce sera le cas le plus souvent. Si la prescription subsidiaire est acquise, la renonciation vaudra au plus pour la durée correspondant à celle de la prescription ordinaire. Et si aucune limite n'a été fixée, c'est cette durée qui sera prise en considération.

La réglementation proposée ne subordonne pas la validité de la renonciation à une forme particulière. Mais elle exige de l'auteur qu'il fasse une déclaration expresse, c'est-à-dire énoncée oralement ou par écrit en termes explicites. Cette exigence se justifie notamment par le fait que la victime du dommage doit être au clair sur la volonté de la personne qu'elle recherche, compte tenu des conséquences de l'acte juridique en cause. On ne saurait dans une telle éventualité s'accommoder d'une renonciation tacite, voire présumée.

La renonciation à la prescription peut être le fait du responsable comme de son assureur. L'art. 55*a* al. 3 AP en déduit que la déclaration par l'un vaut à l'encontre de l'autre, et vice versa. Cette disposition contredit les règles générales des art. 141 al. 2 et 146 CO, qui régissent les obligations solidaires. Elle trouve ici sa raison d'être pour des raisons à la fois pratiques et logiques. D'une part, une telle règle dispense la victime de devoir entreprendre de multiples actes interruptifs de prescription, dans le seul but de sauvegarder ses droits. D'autre part, elle prend en compte le fait que la personne lésée est habilitée à agir directement contre le responsable, mais aussi contre l'assureur qui le couvre (art. 54*c* AP), l'un et l'autre de ces codébiteurs étant liés par un rapport contractuel préexistant au fait dommageable[1129]. Enfin, l'art. 55*a* al. 3 AP est en harmonie avec l'art. 55*b* AP, qui règle justement dans un sens réciproque les effets de la prolongation des délais de prescription à l'encontre de la personne responsable et de son assureur[1130].

2.8.6 Prolongation des délais (art. 55b AP et 134 al. 1 ch. 7 nouveau CO)

Certaines circonstances ont pour effet d'empêcher le délai de prescription de courir, ou de le suspendre s'il a déjà commencé à courir (art. 134 CO). Elles relèvent pour la plupart de rapports particuliers liant le débiteur au créancier, lorsque ce dernier est peu enclin à faire valoir sa prétention. Par ailleurs, certains actes dits interruptifs ont pour effet de mettre à néant la prescription et de faire courir un nouveau délai (art. 137 al. 1 CO). De tels actes peuvent émaner du débiteur ou du créancier (art. 135 CO ; cf. aussi art. 138 CO). De manière générale, ces causes d'empêchement, de suspension et d'interruption de la prescription entraînent une prolongation des délais de prescription, mais en principe uniquement à l'encontre du débiteur. Pour les auteurs de l'avant-projet, la portée du principe doit être élargie dans le droit de la responsabilité civile, lorsque la personne recherchée est couverte par une assurance[1131]. D'où l'art. 55*b* AP, qui dispose que l'empêchement, la suspension et l'interruption de la

---

1129 Cf. ATF 89 II 420.

1130 Cf. infra 2.8.6.

1131 Cf. aussi Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/11.10, p. 130.

prescription à l'encontre de la personne responsable vaut à l'encontre de son assureur, et vice versa. S'agissant de l'interruption, la règle est déjà prévue dans certaines lois spéciales (art. 83 al. 2 LCR, 39 al. 2 LITC, 10 al. 4 LRCN). Elle a été introduite dans notre ordre juridique lors de l'élaboration de la LCR en 1958, pour des raisons pratiques, en particulier pour éviter que la victime d'un accident de circulation routière doive accumuler les actes interruptifs de prescription ou subisse les conséquences d'une omission de l'interruption à l'encontre de l'assureur du détenteur de véhicule à moteur[1132]. A cela s'ajoute le motif que, suivant la conception dualiste de la solidarité, l'art. 136 al. 1 CO ne s'applique pas au simple concours d'actions[1133]. Dans ces circonstances, et même si l'avant-projet renonce à la distinction entre solidarité parfaite et imparfaite[1134], il est opportun qu'une règle générale du droit de la responsabilité civile étende à l'assureur les effets que l'art. 136 al. 1 CO attache à la solidarité, en y englobant les autres causes de prolongation de la prescription que sont l'empêchement et la suspension. Comme déjà dit à propos de la renonciation à la prescription, une telle règle s'inscrit logiquement dans la généralisation du droit d'action directe contre l'assureur[1135].

Suite aux discussions au sein de la Commission d'étude, les auteurs de l'avant-projet se sont demandé si les moyens de prolonger la prescription devaient être facilités *de lege ferenda*. Ainsi fallait-il par exemple proposer que les délais puissent être suspendus ou interrompus par une simple réclamation[1136] ou par une sommation écrite[1137] du créancier au débiteur, voire par une formule notifiée judiciairement[1138]? En fin de compte, de telles propositions n'ont pas été retenues, d'une part en raison de la multitude de moyens interruptifs de la prescription dans le droit actuel, que la jurisprudence interprète plutôt largement[1139], d'autre part par le fait que l'allongement des délais dans le droit futur aura pour effet d'améliorer sur ce point la situation de la personne lésée. Sans compter qu'il paraît judicieux que l'interruption de la prescription par le créancier soit marquée d'un certain formalisme officiel, comme il en va aujourd'hui des actes prévus à l'art. 135 ch. 2 CO.

En revanche, les auteurs de l'avant-projet ne tolèrent pas l'éventualité que la prescription puisse survenir durant une instance judiciaire. Cette éventualité est certes exceptionnelle, compte tenu qu'en principe tout acte judiciaire des par-

---

1132 BO CE 1958, p. 129.

1133 ATF 106 II 253 ; cf. supra 2.6.4.2.

1134 Cf. supra 2.6.4.2.

1135 Cf. supra 2.8.5.

1136 Cf. art. 46 al. 2 LF sur le transport public du 4 octobre 1985, RS 742.40 : la réclamation à l'entreprise suspend la prescription.

1137 Cf. art. 2943 al. 4 CCI (combiné avec art. 1219) et art. 317 (3.11.17) du nouveau Code civil néerlandais.

1138 Proposition de la Commission d'étude, destinée à corriger les effets négatifs qu'une poursuite peut avoir sur le crédit du débiteur. Cf. Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.10.2, p. 131.

1139 Bucher E., op. cit. (n. 294), p. 463 ss ; Gauch P./Schluep W.R./Tercier P., op. cit. (n. 51), II, n. 2075 ss.

ties et chaque ordonnance ou décision du juge interrompt le délai (art. 138 al. 1 CO). Néanmoins, elle est possible, comme l'a révélé un arrêt fédéral rendu en 1980[1140], qui a eu le mérite d'émouvoir des dizaines de parlementaires et le CF lui-même[1141]. On a souligné à cette occasion que le justiciable qui ouvre régulièrement un procès civil est en droit d'attendre que sa demande soit examinée et, durant l'instance, il doit se sentir à l'abri du risque de la prescription. Il est pour lui incompréhensible que l'action puisse être écartée pour ce motif, notamment lorsque c'est l'affaire du juge de faire avancer la procédure. Sur ce point, le TF a déjà attiré l'attention du législateur[1142]. D'une certaine manière, ce dernier en a tenu compte dans la LRFP, qui prévoit que la péremption décennale n'intervient pas si un procès contre le producteur est en cours[1143]. Mais le problème dépasse à l'évidence le cadre de la responsabilité civile et mérite une solution générale. C'est pourquoi les auteurs de l'avant-projet, suivant la Commission d'étude[1144], proposent l'introduction d'une disposition dans le Code qui précise que la prescription ne court pas dès l'ouverture du procès jusqu'à sa clôture. A cet effet, il suffit de compléter l'art. 134 al. 1 CO d'un chiffre 7 prévoyant une nouvelle cause d'empêchement et de suspension de la prescription libellée ainsi : "Tant que dure un procès dont la créance fait l'objet" (cf. infra 4.2.0.0.6).

2.8.7 Prescription de l'action récursoire (art. 55c AP)

Dans le droit actuel, la question de la prescription de l'action récursoire n'est pas réglée par une disposition générale. Quelques lois spéciales prévoient des solutions qui ne sont pas uniformes et qui ne précisent pas si le recours du coresponsable ou de l'assureur privé qui a indemnisé la victime est aussi soumis à la prescription subsidiaire[1145]. Le TF refuse de leur attribuer une portée générale[1146]. Pour le reste, les propositions doctrinales en la matière expriment une diversité déroutante[1147]. Quant à la jurisprudence, elle a manqué de fermeté[1148] et ce n'est que récemment qu'elle a posé des principes propres à sécuriser le justiciable[1149].

1140 ATF 106 II 34 ss. Cf. aussi ATF 123 III 216 s., où le TF admet que la prescription court et, éventuellement, peut échoir pendant la procédure de recours en réforme.

1141 Cf. Motion Leuenberger M. (80.590) du 8 décembre 1980 et la réponse écrite du CF.

1142 ATF 86 II 346.

1143 Cf. art. 10 al. 2 LRFP et FF 1992 V 422. Cf. aussi § 211 BGB.

1144 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.10.1, p. 131.

1145 Art. 83 al. 3 LCR ; art. 39 al. 3 LITC ; art. 10 al. 2 LRCN ; art. 34 al. 3 LNI qui ne vise que le recours de l'assureur.

1146 ATF 115 II 49 s.

1147 Cf. notamment l'exposé de Bugnon H., op. cit. (n. 848), p. 137 ss.

1148 Cf. en particulier les ATF 55 II 123 s. et 89 II 123.

1149 ATF 115 II 48 ss.

La question de la prescription de l'action récursoire touche essentiellement les délais, et surtout leur point de départ. Les réponses qui y ont été apportées sont liées à la nature même de la prétention en cause. Un courant d'opinions minoritaire part du principe que la partie demanderesse à l'action récursoire exerce la créance qu'avait la personne lésée à l'encontre de la partie défenderesse[1150]. Le point de départ de la prescription de la créance principale coïnciderait avec celui de la prescription de la créance récursoire. Dans certaines circonstances, celle-ci pourrait être donc prescrite avant même que la prétention qui la fonde soit exigible[1151]. Un courant d'opinions majoritaire présuppose que la créance récursoire confère un droit propre à celui qui l'exerce. Pour certains auteurs, il en résulterait que la prescription doit courir dès que la créance est devenue exigible au sens de l'art. 130 al. 1 CO, soit au jour où la victime a été désintéressée[1152] ; quant à la durée du délai, ce serait celle de la prescription de l'action de la victime contre le débiteur de la prétention récursoire qui serait déterminante[1153]. C'est pour une solution semblable qu'a opté le législateur aux art. 83 al. 3 LCR et 39 al. 3 LITC. Ces dispositions précisent que l'action récursoire se prescrit par deux ans à partir du jour où la prestation a été complètement effectuée et le responsable connu ; elles sont en revanche muettes sur la prescription subsidiaire, qui devrait pouvoir être invoquée par la partie défenderesse[1154]. Pour d'autres auteurs en revanche, le rapport juridique en cause serait un cas d'enrichissement illégitime ou de gestion d'affaires sans mandat, qui justifierait ici l'application de l'art. 67 CO ; le point de départ de la prescription ordinaire coïnciderait avec la connaissance du droit de recours[1155]. Sans adopter la théorie de ces auteurs, le TF est arrivé récemment à une solution qui en est proche. Il a en effet jugé que l'action récursoire ne prenait naissance qu'à partir du moment où le responsable a indemnisé la victime, mais le délai de la prescription ordinaire pouvait s'écouler dès que ce dernier connaissait son droit de recours. Le TF a précisé que l'action récursoire était également soumise à la prescription subsidiaire de l'art. 60 al. 1 CO[1156].

La situation actuelle reflète sans nul doute une insécurité juridique. A vrai dire, il est difficile de poser en la matière une solution dogmatique qui soit pleinement satisfaisante, car la problématique liée à la prescription de l'action récur-

---

1150 Cf. notamment ATF 55 II 123 s. ; cf. aussi les réf. cit. par Bugnon H., op. cit. (n. 848), p. 139.

1151 Schwander W., op. cit. (n. 1042), p. 40 s.

1152 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 355 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 388 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 56 et 64 ad art. 50 CO, n. 141 ad art. 51 CO ; Schwander W., op. cit. (n. 1042), p. 40 ; Gilliard F., op. cit. (n. 826), p. 292.

1153 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 356 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 389 ; Oser H./Schönenberger W., op. cit. (n. 51), n. 10 ad art. 60 CO. A noter que certains auteurs veulent appliquer le délai ordinaire de l'art. 127 CO ; cf. à ce sujet, Bugnon H., op. cit. (n. 848), p. 140 s. et les réf. cit.

1154 Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n.5.3 ad art. 83 LCR ; Bugnon H., op. cit. (n. 848), p. 142.

1155 Spiro K., op. cit. (n. 138), p. 731 s. ; Bugnon H., op. cit. (n. 848), p. 144 s.

1156 ATF 115 II 48 ss.

soire est complexe. Cette complexité tient tout d'abord à la nature même du concours de responsabilités, en particulier au fait que la prétention récursoire associe deux créances à l'encontre de la même personne : d'une part, celle qu'aurait eue la victime, d'autre part, celle qu'a le débiteur qui a indemnisé cette dernière et qui souvent peut se prévaloir de la subrogation[1157]. Cette complexité tient aussi à l'existence du double délai de prescription, qui caractérise le droit de la responsabilité civile.

Comme la Commission d'étude[1158], les auteurs de l'avant-projet sont convaincus de la nécessité d'une réglementation spécifique en ce domaine, qui dispense d'un détour par les dispositions régissant l'enrichissement illégitime. Cette réglementation doit se fonder sur le principe que le titulaire de la prétention récursoire agit en vertu d'un droit propre, et que le régime de la prescription doit obéir à ses propres règles. Un tel principe est conforme aux normes qui gouvernent le concours de responsabilités et le recours de l'assureur privé[1159]. Il n'est pas contredit par la subrogation du recourant aux droits de la victime ; car la subrogation renforce le droit de recours, elle ne l'exclut pas[1160]. Cela suffit à se distancer de la solution préconisée jadis par le TF[1161], mais mise en doute plus tard[1162], qui faisait coïncider le *dies a quo* de la prescription (ordinaire) de la prétention récursoire avec celui de la prescription de la prétention principale. Il pouvait en résulter que la créance était prescrite avant d'avoir été exigible et que l'interruption était impraticable parce que la dette n'existait pas encore[1163]. On ne saurait non plus s'en remettre à la jurisprudence adoptée récemment par le TF, pour qui le point de départ de la prescription ordinaire de l'action récursoire correspond au jour où le titulaire a connaissance de son droit de recours[1164]. Une telle solution a le tort de dissocier le moment de la naissance de l'action récursoire (celui de la réparation du dommage de la victime) et le moment où la prescription de cette action commence à courir (celui où son titulaire connaît son droit de recours). Il en résulte que la prescription peut s'écouler avant même que la créance soit née, quand par exemple la personne lésée tarde à demander réparation d'un dommage non contesté, et que le coresponsable recherché sait qu'il pourra recourir contre d'autres[1165].

De lege ferenda, les auteurs de l'avant-projet proposent de généraliser la règle aujourd'hui prévue par les art. 83 al. 3 LCR et 39 al. 3 LITC. Une telle proposition comprend l'avantage d'intégrer au droit commun une solution éprouvée et

---

1157 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 292.

1158 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.11, p. 133 s.

1159 Cf. supra 2.6.4.4., 2.7.3.3.1., 2.7.4.3. et 2.7.4.4.2.

1160 Von Tuhr A./Escher A., op. cit. (n. 282), p. 316 ss ; Corboz B., op. cit. (n. 814), p. 68 ss.

1161 ATF 55 II 123 s.

1162 ATF 89 II 123.

1163 Bugnon H., op. cit. (n. 848), p. 143 ; Schwander W., op. cit. (n. 1042), p. 40 s.

1164 ATF 115 II 48 ss.

1165 Cf. sur point Schwander W., op. cit. (n. 1042), p. 41.

pratique, qui repose sur un texte "clair et précis"[1166] et qui englobe de manière uniforme les différentes hypothèses d'actions récursoires, selon que le titulaire est un responsable (au sens de l'art. 53*c* al. 2 AP), un assureur de dommages (au sens de l'art. 54*a* al. 1 AP) ou un assureur de responsabilité civile (au sens des art. 54*f* et 54*h* al. 2 AP). Cette solution doit pourtant être complétée, de manière à mieux prendre en considération les intérêts des personnes susceptibles d'être l'objet d'un recours. A cet effet, il est nécessaire que la loi précise que l'action récursoire est également soumise à la prescription subsidiaire, mais aussi qu'elle oblige la personne recherchée par la victime à aviser ceux qu'elle tient pour coresponsables.

L'art. 55*c* al. 1 AP régit le principe de la prescription de l'action récursoire, en mentionnant les dispositions du Code auxquelles il s'applique. Il reprend le régime du double délai institué à l'art. 55 AP, de manière à tenir compte, dans les rapports internes également, de la *ratio legis* de la prescription et de la situation de chacune des parties. Dans sa première phrase, il énonce que l'action récursoire se prescrit par trois ans à compter du jour où la réparation a été complètement exécutée et où la personne coresponsable est connue. Cette disposition est finalement en harmonie avec la règle générale prévue à l'art. 130 al. 1 CO. Mais le moment de l'exigibilité - et de la naissance - de la créance récursoire, et donc le point de départ de la prescription ordinaire, est doublement précisé : d'une part, par le fait que la victime a été complètement indemnisée (c'est la date du paiement effectif qui est déterminante, et non celle du jugement ou de la transaction)[1167], d'autre part par le fait que la partie demanderesse à l'action récursoire a connaissance de la partie défenderesse (ce qui signifie que le *dies a quo* peut être différent s'il y a plusieurs coresponsables impliqués). Dans l'hypothèse où la réparation a lieu sous forme de rentes, la règle posée à l'art. 131 CO est applicable ; il paraît inutile que le droit de la responsabilité civile le rappelle. Quant à la durée du délai, il est opportun de s'en tenir à celle prévue à l'art. 55 al. 1 AP, selon le principe déjà admis aujourd'hui[1168]. En dépit du fait que la créance récursoire est en principe indépendante de la créance principale, elle n'est tout de même pas sans rapport avec elle, ce qui justifie sur ce point une harmonie systématique. Ce même motif fonde que la prescription subsidiaire court comme celle de la créance de la victime contre la personne responsable, c'est-à-dire par 20 ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire (art. 55*c* al. 1, 2ème phrase AP). Dans son principe, une telle solution est déjà admise de nos jours. Elle est conforme au fondement même de la prescription : au terme d'une période facilement déterminable, il s'impose que la personne impliquée dans la survenance d'un fait dommageable ou ses héritiers puissent se sentir à l'abri de prétentions juridiques.

1166 Bugnon H., op. cit. (n. 848), p. 147.

1167 Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n.5.2 ad art. 83 LCR ; Gilliard F., op. cit. (n. 826), p. 291 s.

1168 Cf. art. 83 al. 1 et 3 LCR, 39 al. 1 et 3 LITC. Cf. aussi Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 356 ; Schwander W., op. cit. (n. 1042), p. 41. Réservé : Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 143 ad art. 51 CO.

En cas de concours d'actions, le règlement interne de la dette entre codébiteurs peut entraîner des conséquences désavantageuses pour celui d'entre eux qui apprend tardivement qu'il sera l'objet d'une prétention récursoire. On pense notamment à la perte de moyens de preuves propres à l'exonérer, tout ou en partie, de sa responsabilité. D'où la proposition de la Commission d'étude d'obliger la personne recherchée par la victime à en aviser ceux qu'elle tient pour coresponsables[1169]. Un tel avis permettrait utilement à ces derniers de consulter un mandataire et d'annoncer le cas à leur assureur, de faire valoir leurs arguments en temps utile, de participer à une transaction. Derrière cette proposition, il y a l'idée que les codébiteurs forment une communauté d'intérêts, qui implique que chacun d'eux agisse conformément aux règles de la bonne foi.

L'art. 55*c* al. 2 AP oblige la personne recherchée en réparation - par une simple réclamation ou par une action judiciaire - à en aviser ceux qu'elle tient pour coresponsables. A cet effet, elle doit avoir des indices sérieux - mais non forcément une certitude - que d'autres personnes sont susceptibles d'entrer en ligne de compte dans la réparation du dommage. Cela suppose que ces personnes aient été identifiées.

La sanction de l'inobservation de l'incombance prévue à l'art. 55*c* al. 2 AP touche la prescription ordinaire de l'action récursoire : celle-ci s'écoulera, non à compter du point de départ fixé à l'art. 55*c* al. 1 AP, mais déjà à partir du jour où la personne recherchée aurait dû donner l'avis conformément aux règles de la bonne foi. Sur ce point, les auteurs de l'avant-projet s'écartent de la solution suggérée par la Commission d'étude qui, en cas de défaut d'avis, voulait appliquer la prescription de la prétention principale. Mais une telle sanction serait trop sévère pour celui qui n'est pas assisté d'un mandataire ou d'un assureur. Certes, le point de départ de la prescription défini à l'art. 55*c* al. 2 AP peut paraître un peu flou. Dans tous les cas, le juge sera bien inspiré d'appliquer cette norme de manière souple, dans un sens favorable au créancier de l'action récursoire.

2.9 Procédure et preuves (art. 56 à 56h AP)

2.9.1 Observations générales

Dans le domaine de la responsabilité civile, la très grande majorité des litiges se résolvent par un règlement transactionnel entre les parties. Dans les autres cas, la personne lésée est habilitée à faire valoir son droit à réparation par une action en justice devant la juridiction étatique compétente, sous réserve de la soumission du litige à un arbitre. L'action en réparation du dommage est personnelle, patrimoniale ou non selon l'intérêt juridique atteint ; elle est condamnatoire et, le plus souvent, pécuniaire. L'action est civile, en ce sens qu'elle relève de la compétence des tribunaux civils ; fait exception l'action jointe intentée par la partie civile devant le juge pénal qui est appelé à se prononcer sur l'infraction commise par la personne responsable ; fait également exception l'action en réparation intentée contre une collectivité publique en application du droit public fédéral ou du droit public cantonal au sens de l'art. 43*a* AP.

[1169] Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.11, p. 133 s.

De manière générale, il incombe à la partie demanderesse de justifier d'un intérêt juridique et de sa qualité à agir en réparation. Ces conditions, comme celles touchant la péremption et la prescription ou la qualité pour défendre, se déterminent selon le droit de fond.

S'agissant de la mise en oeuvre du droit d'action, elle est assurée par les règles de la procédure civile. Par leur nature généralement formaliste et impérative, ainsi que par leur vocation à régir l'organisation judiciaire et le fonctionnement de la justice, ces règles sont traditionnellement rangées dans le droit public[1170]. L'art. 64 al. 3 Cst. (cf. art. 122 al. 2 de la Cst. révisée) confirme la compétence des cantons en la matière. Toutefois, et même si l'unification du droit procédure se fait encore attendre, on admet de longue date que la Confédération est également compétente pour édicter les dispositions de procédure nécessaires à l'application effective et uniforme du droit privé fédéral[1171]. On parle parfois de droit public accessoire ou de droit civil formel. Il s'agit en tout cas de droit fédéral qui, à l'instar de principes constitutionnels en la matière, comme ceux inscrits aux art. 4 Cst. (cf. art. 8 de la Cst. révisée) et 59 Cst. (non repris dans la Cst. révisée), a le pas sur le droit cantonal. Ainsi un canton ne saurait prescrire qu'un procès civil s'instruira selon la maxime des débats si une norme fédérale, telle celle prévue à l'art. 56*c* AP, pose le principe de la maxime inquisitoriale[1172].

Dans le droit actuel, bon nombre de règles fédérales régissent des questions de procédure. Pour ne s'en tenir qu'au droit de la responsabilité civile, on citera par exemple l'art. 42 al. 2 CO sur la preuve du dommage et le pouvoir d'appréciation du juge, l'art. 84 LCR sur le for de l'accident en matière de circulation routière ou encore l'art. 27 LRCN sur la fixation des frais et dépens judiciaires dans le procès mettant en cause l'exploitant d'une installation nucléaire. Suivant les propositions de la Commission d'étude, les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que l'introduction de certaines règles de procédure dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile répond à une réelle nécessité. Ces règles, dont quelques-unes présentent d'ailleurs à certains égards un caractère de droit matériel, sont pour la plupart déjà connues de la législation fédérale actuelle, que ce soit du droit commun ou de lois spéciales, de sorte que l'empiétement sur le droit cantonal sera faible. En fait, c'est le plus souvent la généralisation de solutions aujourd'hui en vigueur dans tel ou tel domaine particulier qui est préconisée. Ainsi, les art. 56 et 56*a* AP définissent le for des actions en réparation et récursoire[1173] ; l'art. 56*b* AP délimite les rapports entre le procès pénal et le procès civil[1174] ; les art. 56*c* et 56*d* AP régissent l'appréciation, l'ad-

---

1170 Knapp B., op. cit. (n. 150), n. 8 ad art. 64 Cst. ; ATF 62 II 352.

1171 Knapp B., op. cit. (n. 150), n. 37 ss ad art. 64 Cst. ; Huber H., op. cit. (n. 328), n. 105 ss ad art. 6 CC ; Saladin P., Bund und Kantone, RDS 1984 II p. 504 ss ; Didisheim R., La notion de droit civil fédéral, thèse, Lausanne 1973, p. 216 ss ; ATF 84 II 495 ; ATF 107 III 116.

1172 Knapp B., op. cit. (n. 150), n. 58 ss, 74 ss ad art. 64 Cst. ; Huber H., op. cit. (n. 328), n. 47 ad art. 6 CC ; ATF 108 II 340.

1173 Cf. notamment art. 84 LCR, 40 LITC, 67 LA, 39 al. 1 LNI, 19 LRespC, 24 al. 1 LRCN ; cf. infra 2.9.2.

1174 Cf. art. 53 CO ; cf. infra 2.9.3.

ministration et le fardeau des preuves[1175] ; l'art. 56*e* AP fonde le principe de l'action en constatation de droit[1176] ; les art. 56*f* et 56*g* AP règlent l'avance et la fixation des frais et dépens judiciaires[1177] ; l'art. 56*h* AP enfin donne compétence au tribunal de condamner la partie défenderesse à verser des paiements anticipés[1178].

D'une manière ou d'une autre, toutes ces règles sont en rapport de connexité étroit avec le droit matériel de la responsabilité civile. Elles sont nécessaires à son exécution et en assurent l'application uniforme sur tout le territoire de la Confédération. Tantôt, elles rendent plus efficace le fonctionnement du procès en responsabilité civile, comme les dispositions qui définissent le for judiciaire ou qui déterminent le régime des preuves. Tantôt, elles améliorent la situation de la personne lésée, comme les normes qui confèrent à cette dernière l'action en constatation de droit ou la prétention à des paiements anticipés. Pour le reste, le droit judiciaire des cantons restera applicable, notamment pour la désignation des autorités compétentes ou la fixation de la procédure à suivre.

2.9.2 For (art. 56 et 56a AP)

2.9.2.1 Introduction

Dans le droit actuel de la responsabilité civile, le Code des obligations ne contient pas de règle sur la compétence territoriale des tribunaux. L'action en réparation du dommage doit en principe être intentée au for du domicile ou du siège social de la partie défenderesse, selon les dispositions prévues par le droit cantonal. Dans les rapports obligationnels, l'art. 59 al. 1 Cst. (non repris dans la Cst. révisée) garantit ce for au débiteur solvable. Une telle garantie a une portée intercantonale, mais non intracantonale.

En revanche, bon nombre de lois spéciales fondant une responsabilité prévoient en la matière des règles particulières. D'une manière ou d'une autre, ces règles attribuent en général la compétence au juge du lieu où l'acte illicite a été commis. Elles s'appliquent à la fois dans les rapports intercantonaux et intracantonaux[1179]. Ainsi, plusieurs lois instituent un for alternatif, soit au tribunal du domicile de la partie défenderesse, soit au tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit[1180]. Certaines lois prévoient que le *forum delicti commissi* est spécial ou subsidiaire[1181], d'autres qu'il est général, comme l'art. 84 LCR qui donne la compétence au juge du lieu de l'accident, mais en réservant celle

---

1175 Cf. art. 42 al. 2 CO, 26 al. 1 LRCN ; cf. infra 2.9.4.

1176 Cf. notamment art. 28a al. 1 ch. 3 CC ; cf. infra 2.9.5.

1177 Cf. art. 27 LRCN ; cf. infra 2.9.6.

1178 Cf. art. 28 LRCN ; cf. infra 2.9.7.

1179 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 207.

1180 Cf. art. 19 LRespC, 39 al. 1 LNI, 67 LA, 40 LITC. Cf. aussi art. 75 al. 1 lit. a LF sur les brevets d'invention du 25 juin 1954 (RS 232.14), art. 64 al. 1 LF sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (RS 231.1), art. 58 al. 1 LF sur la protection des marques du 28 août 1992 (RS 232.11).

1181 Cf. art. 12 al. 1 et 2 LCD, 10 al. 2 et 3 LCart.

du juge du domicile de l'une des personnes responsables ou du siège de l'assureur si toutes les victimes donnent leur consentement[1182]. Quant à l'art. 28*b* CC, il accorde à la personne lésée le droit d'agir à son domicile ou à celui du défendeur.

Dans les rapports internationaux, il y a lieu de mentionner tout d'abord les art. 129 ss LDIP, qui posent des règles de compétence en matière d'actes illicites. A côté de dispositions particulières en cas de dommage nucléaire (art. 130 LDIP) et d'action directe contre l'assureur (art. 131 LDIP) - sans oublier celles régissant la propriété intellectuelle (art. 109 LDIP) - l'art. 129 al. 1 LDIP institue le for du domicile du défendeur et, à défaut de domicile (ou de résidence habituelle ou d'établissement) en Suisse, le for du lieu de l'acte ou du résultat (al. 2). Quant à l'art. 129 al. 3 LDIP, il dispose que si plusieurs défendeurs peuvent être recherchés en Suisse et si les prétentions sont essentiellement fondées sur les mêmes faits et les mêmes motifs juridiques, l'action peut être intentée contre tous devant le même juge compétent. A ces dispositions, il convient d'ajouter les normes de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Lugano le 16 septembre 1988[1183]. Ces normes érigent le principe du for alternatif, la victime d'un acte illicite pouvant à son choix saisir le tribunal de l'Etat où le défendeur a son domicile (art. 2) ou le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit (art. 5 ch. 3)[1184]. On mentionnera enfin les règles de traités internationaux qui régissent tel ou tel domaine particulier, notamment les multiples conventions réglementant les transports[1185]. Ces règles sont et resteront à l'avenir réservées (art. 44 AP).

Les auteurs de l'avant-projet jugent nécessaire que la Partie générale du droit de la responsabilité civile prévoie des solutions qui dérogent au principe du for ordinaire du domicile de la partie défenderesse. Comme cela est déjà admis aujourd'hui[1186], de telles dérogations se justifient par l'intérêt d'une application unitaire du droit matériel, notamment par le souci de prévenir des conflits de compétence intercantonale, mais également par la spécificité de l'action qui

---

1182 Cf. aussi art. 24 al. 1 LRCN.

1183 RS 0.275.11. Cette Convention a été approuvée par l'Assemblée fédérale le 14 décembre 1990 et elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1992. Le Protocole n° 1 relatif à certains problèmes de compétence, de procédure et d'exécution prévoit à l'art. 1bis une réserve pour la Suisse, qui cessera de produire ses effets au 31 décembre 1999 (RO 1991 III 2464).

1184 Cf. FF 1990 II 292 et 297 s. Pour la compétence en matière d'assurances, cf. les art. 7 ss de la Convention.

1185 Art. 28 al. 1 de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international du 12 octobre 1929 (ancien RS 13.656) ; selon l'art. 75 al. 1 LA, le Conseil fédéral a déclaré cette réglementation applicable également au transport national (cf. art. 12 al. 1 du Règlement de transport aérien du 3 octobre 1952, RS 748.411). Art. 52 § 1 et 2 des Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des voyageurs et des bagages (CIV ; cf. RO 1985.522). Art. 56 § 1 des Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises (CIM ; cf. RO 1985.545). Art. 31 al. 1 de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route du 19 mai 1956 (CMR ; cf. RO 1970.851).

1186 Knapp B., op. cit. (n. 150), n. 37 ad art. 59 Cst.

tend à la réparation du préjudice. A cet effet, l'avant-projet pose aux art. 56 et 56*a* une double règle. L'art. 56 est une règle de principe, qui appréhende *a priori* toutes les actions en responsabilité civile, y compris les actions récursoires. Quant à l'art. 56*a*, il s'agit d'une règle particulière, qui ne s'applique qu'aux actions intentées contre plusieurs personnes susceptibles d'être recherchées. Comme on le verra, ces règles respectent le principe de l'unité du for, qui s'impose dans le domaine de la responsabilité civile.

2.9.2.2 Principe (art. 56 AP)

En droit privé, et de manière générale, la définition de la compétence *ratione loci* peut obéir à plusieurs critères différents. Certains critères sont subjectifs, en ce sens qu'ils tendent à prendre en compte prioritairement l'intérêt de l'une ou de l'autre des parties à pouvoir soumettre le litige au tribunal du lieu d'un des domiciles. D'autres critères sont objectifs, qui se justifient par des raisons liées avant tout à l'établissement des preuves et à la sécurité juridique. D'autres critères encore peuvent être de nature mixte, en permettant l'institution d'un for alternatif.

Pour ce qui touche la fixation de la compétence territoriale en droit de la responsabilité civile, les auteurs de l'avant-projet sont convaincus que le recours à un critère objectif s'impose, qui prenne en compte le lieu de commission de l'acte illicite. Mais ils sont aussi d'avis que la solution retenue ne saurait être exclusive : au regard des victimes, elle doit offrir une certaine flexibilité, tout en satisfaisant à l'exigence de clarté. Cette double préoccupation se traduit dans l'avant-projet par l'institution d'un for alternatif, soit un for général au lieu où le fait dommageable s'est produit (art. 56 al. 1), et un for spécial au domicile de l'une des personnes recherchées ou au siège social de l'un des assureurs, moyennant le consentement de toutes les personnes qui ont encore une prétention à faire valoir (art. 56 al. 2).

S'agissant du for général, la Commission d'étude était favorable à adopter et généraliser la règle prévue à l'art. 84 LCR et, le cas échéant, à porter son choix sur le lieu de l'accident, considéré en la matière comme le for le plus adéquat[1187]. C'est à ce lieu en effet que la constatation de l'état de faits est la plus aisée ; au surplus, la concentration des demandes en réparation devant le même tribunal évite le risque de décisions contradictoires. Sans nullement contester ces arguments, qui d'ailleurs conservent leur valeur dans la solution proposée ici, les auteurs de l'avant-projet optent pour le lieu où le fait dommageable s'est produit. Ce critère paraît en effet plus adéquat pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il est déjà aujourd'hui retenu dans certaines lois spéciales et correspond à la règle prévue dans le droit international privé (art. 129 al. 2 LDIP) et dans la Convention de Lugano (art. 5 ch. 3)[1188] ; il contribue ainsi à l'unification du système qui régit la réparation des préjudices. Ensuite, le critère retenu appréhende le champ d'application même de la responsabilité civile, comme en témoigne l'intitulé du Chapitre II du Titre premier du CO, tel que

---

1187 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.1.3.1, p. 138.

1188 Cf. supra 2.9.2.1.

l'avant-projet le propose. Ce n'est donc pas seulement "l'accident"[1189] qui est visé à l'art. 56 al. 1 AP, mais tout fait qui, en application d'une norme d'imputation, est susceptible de fonder une obligation d'indemnisation ; il peut aussi s'agir d'une escroquerie, d'un acte de concurrence déloyale, d'une atteinte à l'honneur, de l'utilisation illicite d'une invention brevetée ou de la maladie contractée par l'absorption d'un produit défectueux. En certaines circonstances, et suivant l'interprétation qui a été faite en droit international, la notion de fait dommageable pourra se rapporter autant à l'acte qu'au résultat. Ainsi en ira-t-il par exemple lors de la pollution d'une rivière, où il peut y avoir dissociation entre la cause de la contamination de l'eau et les effets dommageables que subissent les tiers. Le cas échéant, ces derniers seront habilités à agir à un lieu ou à l'autre, le tribunal saisi le premier devant avoir la compétence exclusive[1190].

L'art. 56 al. 1 AP s'appliquera à l'action en réparation du dommage de la victime contre la personne responsable ou son assureur, mais également à l'action récursoire entre personnes coresponsables (art. 53*c* al. 2 AP), y compris à l'action récursoire de l'assureur de dommages contre le responsable (art. 54*a* al. 1 AP) et de l'assureur de responsabilité civile contre des coresponsables (art. 54*f* AP) ou contre le preneur d'assurance ou l'assuré (art. 54*h* al. 2 AP)[1191].

L'art. 56 al. 1 AP institue un for unique au lieu où le fait dommageable s'est produit. Ce for est général, en ce sens qu'une présomption générale de compétence *ratione loci* lui est attribuée. Mais il n'est pas pour autant exclusif, dans la mesure où la loi prévoit des règles dérogatoires. Selon les cas, ces dérogations se justifient par le caractère international de l'événement dommageable (et ici, il faut rappeler, comme le fait l'art. 44 AP, que les traités internationaux sont réservés[1192]), par la juridiction devant laquelle l'action en réparation est intentée (on pense à l'action civile jointe au procès pénal) et par la particularité de l'état de faits (lorsque par exemple le préjudice découle de l'exploitation de l'énergie nucléaire)[1193]. Mais des dérogations à la norme générale peuvent aussi être justifiées par l'intérêt des parties - singulièrement par celui des victimes - à faire trancher le litige par un autre tribunal que celui du lieu où le fait dommageable s'est produit. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la règle prévue à l'art. 56 al. 2 AP ; cette règle reprend en substance celle posée à l'art. 84, 2ème phrase LCR, en instituant un for spécial facultatif.

1189 La notion "d'accident" est ici plus large qu'en droit des assurances sociales où elle se limite aux atteintes au corps humain ; cf. art. 9 al. 1 OLAA (RS 832.202) et art. 4 al. 1 Projet LPGA (FF 1991 II 183 et supra n. 874).

1190 Cf. le Message du Conseil fédéral du 21 février 1990 sur la Convention de Lugano (FF 1990 II 297 s. et les réf. cit.). A noter que l'art. 129 al. 2 LDIP mentionne expressément le "lieu de l'acte ou du résultat" ; il en va de même du droit de la propriété intellectuelle (cf. supra les réf. cit. en note 1180).

1191 Dans ce sens, à propos de l'art. 84 LCR : Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 789 ss ; *contra* : Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 247, n. 1528.

1192 Cf. supra 2.9.2.1.

1193 Cf. Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/12.1.3.2, p. 140.

L'art. 56 al. 2 AP dispose qu'avec le consentement de toutes les personnes qui ont encore une prétention à faire valoir, l'action peut également être intentée devant le tribunal du domicile de l'une des personnes recherchées ou devant celui du siège social de l'un des assureurs, qu'il s'agisse d'un assureur de dommages ou d'un assureur de responsabilité civile. La faculté offerte par cette disposition peut être utile à la victime lorsqu'elle est domiciliée au même lieu qu'un des responsables ou lorsqu'une procédure tendant à l'établissement de preuves à futur ou à l'octroi de mesures provisoires a déjà été ouverte à ce lieu. Encore faut-il, dans l'hypothèse où il y a pluralité de demandeurs potentiels, que la partie intéressée ait au préalable recueilli le consentement de tous ceux qui ont encore une prétention à faire valoir : à défaut, elle court le risque de se faire soulever un déclinatoire de compétence à titre préjudiciel. De même, convient-il de préciser que celui qui donne son consentement à l'ouverture de la procédure à l'un des fors spéciaux prévus à l'art. 56 al. 2 AP, est lié par sa manifestation de volonté. En d'autres termes, il ne sera pas habilité à agir lui-même à un autre for. Comme l'admettent déjà aujourd'hui la doctrine et la jurisprudence à propos de l'art. 84 LCR, cet effet canalisateur vise à sauvegarder le principe de l'unité du for[1194]. En cas d'application de l'art. 56 al. 2 AP, ce principe peut d'ailleurs conduire à ce que l'une des personnes responsables doive se défendre à un for qui n'est ni celui du lieu où le fait dommageable s'est produit, ni celui de son domicile ou de son siège social.

Avec le consentement de toutes les personnes concernées et sous réserve du droit de procédure, il y a lieu d'admettre la validité d'une clause de prorogation ou arbitrale stipulant un autre for que ceux prévus à l'art. 56 AP[1195].

Les auteurs de l'avant-projet ont connaissance d'un Projet récent de loi fédérale sur les fors, qui, en matière d'actes illicites, prévoit une solution alternative selon le modèle de la Convention de Lugano[1196]. En l'état des travaux législatifs menés de part et d'autre, ils entendent pourtant défendre leur proposition qui n'exclut pas le for du domicile de la personne défenderesse, mais qui donne la priorité, sous la forme d'une règle générale, au for du lieu où le fait dommageable s'est produit. En droit de la responsabilité civile, ce lieu apparaît en effet comme un for naturel, dans la mesure où, en maintes circonstances, l'événement qui est à l'origine du préjudice est localisé et ouvre souvent la voie à une enquête ou une sentence pénale ou administrative, ce qui facilite la constatation des faits dans le procès en réparation. Il suffit pour s'en convaincre de penser aux dommages qui résultent des très nombreux accidents du travail, de la circulation routière ou de la construction immobilière. Nonobstant ces considérations, les auteurs de l'avant-projet ne s'opposeraient pas farouchement à une solution qui reprendrait fidèlement en droit interne le principe du for purement alternatif institué par la Convention de Lugano.

1194 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 803 ss ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 2.6 ad art. 84 LCR ; ATF 113 II 356 ss.

1195 *Contra* : Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 804.

1196 Cf. art. 26 du Projet du CF, in : FF 1999 II 2625 ss, not. 2646.

2.9.2.3 En cas de pluralité de personnes recherchées (art. 56a AP)

L'art. 56*a* AP est une règle de compétence particulière. Il complète les dispositions prévues à l'art. 56 AP et, comme elles, il vise à satisfaire à l'exigence de l'unité du for en droit de la responsabilité civile. Il ne s'applique qu'aux actions en réparation du dommage ou récursoires qui peuvent être intentées - simultanément ou successivement - contre plusieurs personnes susceptibles d'être recherchées, pourvu que les prétentions soient essentiellement basées sur les mêmes faits. Le cas échéant, la procédure doit avoir lieu devant le même tribunal compétent, au sens de l'art. 56 AP ou d'une loi spéciale[1197]. Et le tribunal saisi le premier se voit attribuer la compétence exclusive.

La règle posée à l'art. 56*a* AP est déjà connue dans le droit de la propriété intellectuelle[1198] et dans le droit international privé[1199]. Elle institue un for de connexité pour les parties défenderesses, qui tend à faire obstacle à l'ouverture de procès parallèles dans une cause impliquant plusieurs personnes. A cet effet, elle donne le droit, mais aussi l'obligation au créancier qui veut actionner plusieurs débiteurs de le faire devant le même juge. Dans une telle éventualité, les défendeurs doivent se laisser opposer la compétence du juge saisi (en premier)[1200].

Dans le domaine de la responsabilité civile, l'art. 56*a* AP permettra, mais également fera devoir à la victime qui entend procéder à la fois contre le responsable et son assureur - ce qui peut être utile si ce dernier est habilité à soulever une exception au sens de l'art. 54*c* AP -, d'agir devant le même tribunal compétent. Il en résultera que l'action ne pourra être introduite contre le responsable au lieu où le fait dommageable s'est produit (au sens de l'art. 56 al. 1 AP) et contre l'assureur au lieu de son siège social (au sens de l'art. 56 al. 2 AP). Le cas échéant, l'exception d'incompétence en raison du lieu pourrait être soulevée, la question de la litispendance devant s'apprécier selon le droit de procédure cantonal. La règle trouvera donc son utilité en cas de pluralité de coresponsables. Mais elle devrait être efficace aussi en cas de causalité alternative, lorsque plusieurs personnes peuvent être impliquées dans un événement dommageable qui est fractionné dans le temps ou qui s'est manifesté en des lieux différents. On pense par exemple à la pollution d'une rivière, dans laquelle plusieurs entreprises chimiques ont déversé des déchets toxiques.

L'application de l'art. 56*a* AP est subordonnée à la condition que les prétentions contre les personnes susceptibles d'être recherchées soient essentiellement basées sur les mêmes faits. Autrement dit, il faut qu'il existe une "connexité suffisante"[1201] entre les faits fondant les diverses prétentions, peu im-

---

1197 Imhoff-Scheier A.C./Patocchi P.M., L'acte illicite et l'enrichissement illégitime dans le nouveau droit international privé suisse, Zurich 1990, p. 33.

1198 Art. 75 al. 2 LF sur les brevets d'invention du 25 juin 1954, RS 232.14 ; art. 64 al. 2 LF sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992, RS 231.1 ; art. 58 al. 2 LF sur la protection des marques du 28 août 1992, RS 232.11.

1199 Art. 129 al. 3 LDIP.

1200 Imhoff-Scheier A.C./Patocchi P.M., op. cit. (n. 1197), p. 34.

1201 Bucher A., Les actes illicites dans le nouveau droit international privé suisse, in : Le nouveau DIP suisse, Lausanne 1988, p. 110.

porte que ces faits visent l'origine de l'événement dommageable ou son résultat. Une telle condition est par exemple réalisée dans l'hypothèse de l'effondrement de la dalle en béton d'un bâtiment, à la construction de laquelle ont oeuvré un ingénieur, un architecte et un entrepreneur de génie civil. Une telle condition n'est en revanche pas réalisée quand, dans une autre hypothèse de construction, le maître d'oeuvre peut imputer un défaut de l'ouvrage à l'entrepreneur et un dépassement du devis consécutif à l'oubli d'un poste à l'architecte. A cet égard, les auteurs de l'avant-projet ne voient pas de raison suffisante de reprendre à l'art. 56*a* AP l'exigence supplémentaire que posent l'art. 129 al. 3 LDIP et les dispositions correspondantes du droit de la propriété intellectuelle ; suivant cette exigence, les prétentions du demandeur doivent aussi être essentiellement fondées sur "les mêmes motifs juridiques". Une telle restriction ne trouve guère de justification ; la *ratio* de la règle de compétence en question commande au contraire la fixation d'un champ d'application aussi large que possible.

2.9.3 Rapports avec le procès pénal (art. 56b AP)

Il arrive fréquemment qu'un seul et même fait imputable à faute constitue à la fois une infraction pénale qui soit punissable et un délit civil qui donne lieu à réparation. En dépit de l'unicité du fait susceptible de fonder l'une et l'autre actions, force est de constater que le droit pénal et le droit civil reposent sur des concepts et objets dissemblables, qu'ils se caractérisent par des règles de procédure distinctes, qu'ils conduisent à des sanctions différentes[1202]. Ce constat a amené les législateurs modernes à consacrer le principe de l'indépendance du juge civil, tant à l'égard du droit pénal qu'à l'égard de la juridiction pénale. Ce principe était déjà exprimé dans le Code de 1881. Il est posé à l'art. 53 CO, selon une formulation et une systématique discutables. On lui attribue une valeur fondamentale[1203].

S'agissant de l'indépendance par rapport au droit pénal, le principe est inscrit à l'art. 53 al. 1 *in initio* CO, qui énonce que le juge n'est point lié par les dispositions du droit criminel en matière d'imputabilité. Cette règle est rédigée de façon trop étroite. Elle signifie que le tribunal saisi d'une action en responsabilité civile décide librement certes si le défendeur était capable de discernement et s'il a commis une faute, mais aussi si l'acte est juridiquement causal du dommage et illicite, par exemple s'il était justifié par la nécessité ou la légitime défense. La *ratio legis* est historique. Au 19ème siècle, la norme visait prioritairement à préserver le droit privé - en voie d'unification - des législations pénales qui restaient de la compétence des cantons, et cela jusqu'en 1942. Mais en prescrivant au juge civil d'appliquer "son droit" et de l'interpréter de manière autonome, l'art. 53 al. 1 *in initio* CO ne fait que rappeler une règle qui dogmati-

---

1202 Von Tuhr A./Peter H., op. cit. (n. 51), p. 436 ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 571 s. ; Scyboz G., op. cit. (n. 1106), p. 621.

1203 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 211 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 3, 10 à 13 ad art. 53 CO ; Scyboz G., op. cit. (n. 1106), p. 625 ss.

quement va de soi et qui aujourd'hui n'a plus de raison d'être[1204]. Les auteurs de l'avant-projet proposent d'en faire l'économie.

Pour ce qui touche l'indépendance par rapport à la juridiction pénale, l'art. 53 CO ajoute que le juge n'est pas lié non plus par l'acquittement prononcé au pénal, pour décider s'il y a eu faute commise ou si l'auteur de l'acte illicite était capable de discernement ; l'al. 2 précise que le jugement pénal ne lie pas davantage le juge civil en ce qui concerne l'appréciation de la faute et la fixation du dommage. Cette disposition, on le constate, exprime le principe de l'indépendance, non de manière générale, mais sur quelques points particuliers, et notamment sur la question de la faute de l'auteur. Pour ces points-là, il ne saurait donc y avoir autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, peu importe à cet égard que le prononcé ait conduit à un acquittement ou à une condamnation[1205]. S'agissant d'autres points que ceux mentionnés à l'art. 53 CO, et l'on pense ici à la constatation des faits et aux conditions générales de la responsabilité que sont l'illicéité et la causalité, on ne saurait déduire *a contrario* que le tribunal civil serait lié par la juridiction répressive. Pour que tel soit le cas, il faudrait que le droit cantonal de procédure civile le précise[1206]. Or, en pratique, peu de législateurs cantonaux ont fait usage de cette compétence, et la tendance s'affiche vers l'autonomie complète des juridictions, en Suisse comme à l'étranger[1207].

Compte tenu de ce constat, et en dépit du fait que la Commission d'étude n'a pas jugé utile de se prononcer à ce sujet, les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que la Partie générale du droit de la responsabilité civile doit affirmer clairement et sans restriction l'indépendance du tribunal civil par rapport à la justice répressive. La liberté, en effet, "constitue le principe premier de toute activité juridictionnelle"[1208], qui ne saurait être a priori restreinte par l'autorité d'une décision rendue antérieurement dans un contexte différent. Quoiqu'en pensent certains[1209], l'inscription d'un tel principe dans la loi s'impose, dans la mesure où son application est nécessaire à l'exécution uniforme du droit fédéral.

1204 Scyboz G., op. cit. (n. 1106), p. 625 ss ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 211.

1205 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 156 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 212 ; ATF 77 II 306 ; *contra* : von Tuhr A./Peter H., op. cit. (n. 51), p.437.

1206 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 156 s. ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 212 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 3, 5 et 23 ss ad art. 53 CO ; Scyboz G., op. cit. (n. 1106), p. 623 et 627 s. ; ATF 107 II 158 s. (dans cet arrêt, le TF a considéré qu'à défaut de règle cantonale, la jurisprudence pouvait admettre un effet de la chose jugée au pénal sur le civil en ce qui concerne la matérialité des faits ou le caractère illicite de l'acte). Sur cette question, certains auteurs sont plus nuancés, comme Guldener M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3ème éd., Zurich 1979, p. 384 s.

1207 Engel P., op. cit. (n. 51), p. 574 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 212 ; Scyboz G., op. cit. (n. 1106), p. 621 et les réf. cit.

1208 Scyboz G., op. cit. (n. 1106), p. 621 ; dans ce sens également Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 35 ad art. 53 CO.

1209 Ainsi von Büren B., op. cit. (n. 51), p. 270.

A l'avenir, le tribunal saisi d'une action en réparation du dommage devrait donc être libre d'appliquer le droit fédéral en toute indépendance. Il ne saurait plus être lié en aucune manière par un jugement pénal rendu antérieurement : ni par les considérants relatifs à la matérialité des faits et à leur interprétation juridique, ni par le dispositif condamnant ou acquittant l'auteur de l'acte dommageable. En ce sens, l'art. 56*b* AP est en harmonie avec l'art. 56*c* AP, qui prône la liberté du juge d'apprécier et d'administrer librement les preuves[1210]. Il serait évidemment erroné d'en déduire que le procès criminel ne saurait jamais exercer quelque influence sur le tribunal civil. Ce dernier, comme aujourd'hui déjà[1211], sera toujours habilité à prendre en considération, voire à retenir purement et simplement, des constatations de faits de la juridiction pénale, qu'il s'agisse par exemple de l'inspection locale par un magistrat instructeur, d'un témoignage sur le déroulement de l'accident, d'une expertise médicale sur la capacité de discernement de l'auteur ou encore d'un rapport officiel attestant la défectuosité d'un produit. Le tribunal civil pourra également bien sûr s'écarter de telles constatations, si des motifs pertinents le justifient.

2.9.4 Preuves (art. 56c et 56d AP)

2.9.4.1 Introduction

Le syllogisme judiciaire consiste à appliquer une règle de droit à une situation concrète[1212]. Il implique que le juge acquière au préalable la connaissance de cette situation. A cet effet, il "doit parvenir, à l'aide d'une série de procédés et avec la coopération des parties, à une certaine représentation des faits de la cause, qu'il aura à comparer aux prévisions de la règle applicable. Les procédés dont il s'agit tendent à la constatation des faits et ressortissent essentiellement à la preuve"[1213].

Le juge connaît et applique le droit d'office *(jura novit curia)* ; en revanche, il est généralement moins libre dans la reconstitution des faits, en raison du principe dominant de la maxime des débats. Suivant ce principe, il incombe aux parties de fournir au tribunal les bases de sa décision. Il leur revient notamment d'établir l'existence des faits pertinents et contestés, à l'exception de ceux qui sont notoires. Il est vrai que certaines règles cantonales de procédure et quelques dispositions fédérales, comme l'art. 26 al. 1 LRCN dans le domaine de la responsabilité civile, atténuent la portée du principe, en ordonnant au juge d'établir d'office les faits déterminants. Suivant les cas, la maxime inquisitoriale se justi-

---

1210 Cf. infra 2.9.4.

1211 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 29 et 35 ad art. 53 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 212 ; ATF 101 Ia 356 ; ATF 108 II 426.

1212 Deschenaux H., op. cit. (n. 477), p. 221.

1213 Deschenaux H., op. cit. (n. 477), p. 222. Cf. aussi Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 223 N 1 ; Guldener M., op. cit. (n. 1206), p. 318.

fie pour des raisons d'intérêt public ou de protection sociale d'une des parties[1214].

Les règles régissant les preuves ressortissent à la procédure. Elles sont donc de la compétence des cantons pour les procès ouverts devant leurs tribunaux. Mais la législation fédérale contient en ce domaine des dispositions qui, le plus souvent, tendent à garantir l'application uniforme du droit de fond[1215]. Il y a tout d'abord lieu de citer les trois normes générales prévues aux art. 8 à 10 CC. L'art. 8 CC traite du fardeau de la preuve pour les rapports juridiques soumis au droit fédéral. Il fonde le principe que, sauf disposition légale contraire (notamment sauf disposition posant une présomption), chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. A défaut de preuve, que le fait incriminé ne soit pas établi ou qu'il reste douteux, la partie qui l'a allégué en supporte les conséquences[1216]. L'art. 9 CC constitue une règle légale qui détermine la force probante des titres publics (registres et actes authentiques) : les faits constatés dans ces titres sont tenus pour prouvés, sauf si l'inexactitude en est établie. Quant à l'art. 10 CC, il limite le pouvoir des cantons de prescrire des formes probantes pour les actes juridiques régis par le droit fédéral[1217].

S'agissant en particulier de l'appréciation des preuves, la plupart des lois cantonales de procédure énoncent le principe de la libre appréciation, même si certaines d'entre elles contiennent encore quelques reliquats du système de preuves légales[1218]. Au surplus, bon nombre de dispositions de droit privé fédéral prescrivent expressément au juge d'apprécier librement les preuves. On mentionnera en particulier ici l'art. 42 al. 2 CO, qui s'applique au dommage[1219], de même que les art. 20 LRespC, 38 LIE, 86 LCR et 26 al. 1 LRCN. Dans ces cas, le juge n'est pas lié par les règles cantonales limitant les moyens de preuves ou déterminant leur force probante[1220].

Suivant les propositions de la Commission d'étude[1221], les auteurs de l'avant-projet tiennent à inscrire le principe de la libre appréciation des preuves dans la partie générale du droit de la responsabilité civile (art. 56*c* al. 1 AP). Mais ils entendent aller plus loin, en proposant que le droit futur donne d'une part au

---

1214 Kummer M., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung (art. 1 à 10 CC), Berne 1966, I.1, n. 10 ss ad art. 8 CC ; Deschenaux H., op. cit. (n. 477), p. 224 ss ; Brönimann J., Gedanken zur Untersuchungsmaxime, RJB 1990, p. 343 ss.

1215 Kummer M., op. cit. (n. 1214), n. 48 ad art. 8 CC ; Deschenaux H., op. cit. (n. 477), p. 219 et 230.

1216 Deschenaux H., op. cit. (n. 477), p. 228 ; ATF 119 II 305 s.

1217 Deschenaux H., op. cit. (n. 477), p. 263 s.

1218 Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 235 N. 62 ss ; Stark E.W., op. cit. (n. 31), p. 100. Le principe de la libre appréciation est également admis en droit fédéral de procédure, lorsque le TF statue en juridiction unique (cf. art. 95 al. 2 OJ et 40 LPCF, RS 273).

1219 Cf. infra 2.9.4.3.

1220 Deschenaux H., op. cit. (n. 477), p. 227 ; Kummer M., op. cit. (n. 1214), n. 24 ad art. 8 CC ; Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 235 ss N. 62 ss ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 2.1 ad art. 86 LCR.

1221 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.2, p. 142.

tribunal le pouvoir d'administrer d'office les preuves qu'il juge nécessaires (art. 56*c* al. 2 AP), qu'il allège d'autre part les exigences mises au fardeau de la preuve (art. 56*d* AP). De telles règles sont nécessaires à l'exécution uniforme du droit matériel fédéral, avec lequel elles sont en connexité évidente. Elles devraient également rendre plus efficace le fonctionnement du procès en réparation du dommage et améliorer la situation juridique de la personne lésée. Elles s'inscrivent dans les objectifs de la réforme entreprise.

2.9.4.2 Liberté d'appréciation et d'administration des preuves (art. 56c AP)

L'art. 56*c* al. 1 AP pose le principe de la libre appréciation des preuves ou, énoncé en des termes plus généraux, de l'intime conviction. Cette disposition confère au tribunal le pouvoir de décider librement si tel fait allégué existe, qu'il ait été admis, qu'il soit notoire ou qu'il ait été établi par preuve. Un tel pouvoir n'est pas discrétionnaire : il impose au juge de motiver sa décision lorsqu'il retient tel moyen de preuve, par exemple un témoignage plutôt qu'un autre[1222]. En ce sens, le pouvoir de libre appréciation conféré au juge apparaît comme la corrélation procédurale de son pouvoir de dire le droit, et de son devoir de le dire en connaissance de cause[1223]. Comme cela a déjà été souligné[1224], le principe posé à l'art. 56*c* al. 1 AP est aujourd'hui largement admis dans les lois de procédure, et il est exprimé ici et là en droit de fond, comme aux art. 42 al. 2 CO ou 86 LCR. On lui attribue d'ailleurs une portée générale dans le domaine de la responsabilité civile[1225], et parfois au-delà[1226]. Il y a plusieurs décennies déjà, le TF reconnaissait que, "dans les procès en dommages-intérêts, seule la libre investigation et la libre appréciation de toutes les circonstances permet au juge de prononcer en pleine connaissance de cause et, partant, de rendre un jugement à tous égards juste et équitable"[1227].

Le principe inscrit à l'art. 56*c* al. 1 AP donne au tribunal le pouvoir de décider librement si une preuve est rapportée ou non, sans être lié par aucune règle de procédure en la matière. Autrement dit, le pouvoir d'appréciation du juge ne saurait être restreint par les lois cantonales instituant des preuves légales[1228]. En particulier, le juge ne sera pas lié par des règles limitant les moyens de preuves (qui, par exemple, nieraient toute valeur à la déposition d'un plaideur ou excluraient la capacité de tester de certaines personnes en raison de leur parenté avec l'une des parties ou de leur âge). Le juge ne sera pas lié non plus

---

1222 Guldener M., op. cit. (n. 1206), p. 321.

1223 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 497 ; Kummer M., op. cit. (n. 1214), n. 70 ad art. 8 CC.

1224 Cf. supra 2.9.4.1.

1225 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 209 ; Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 498.

1226 Pour la Commission d'étude, in : Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.2, p. 142, le principe de la libre appréciation des preuves a une valeur générale en droit privé. Pour Gilliard, op. cit. (n. 32), p. 244, il devrait être promu au rang constitutionnel.

1227 ATF 54 II 196.

1228 Cf. supra les réf. cit. en n. 1220.

par des règles accordant une force probante accrue à tel ou tel moyen (par exemple, à la production d'un rapport de police ou au témoignage d'une personne assermentée)[1229]. Enfin, le juge pourra dans ce contexte prendre également en considération l'attitude des plaideurs durant la procédure, et singulièrement celle du défendeur appelé à collaborer à l'administration des preuves[1230].

Dans le procès civil, il incombe normalement aux parties de fournir au tribunal les bases de sa décision. Celles-ci ont notamment la charge d'alléguer les faits et, à l'appui, de proposer des moyens de preuves. On trouve pourtant dans les lois de procédure cantonales, et même en droit privé fédéral, des règles qui, par application du principe de la maxime inquisitoriale, ordonnent au juge d'établir d'office les faits. En droit des obligations, ce principe est notamment inscrit dans les dispositions qui régissent le contrat de travail (art. 343 al. 4 CO) et le bail (art. 274*d* al. 3 CO), ainsi qu'à l'art. 26 al. 1 LRCN. La *ratio legis* repose sur des raisons qui, selon les cas, touchent l'intérêt public ou la protection sociale d'une des parties au litige[1231].

La Commission d'étude s'est demandée si l'institution de la maxime inquisitoriale s'imposait aussi dans le droit de la responsabilité civile. Elle relevait notamment que l'avantage d'un tel système consisterait dans le fait que la victime d'un dommage pourrait être moins encline à déclencher une procédure pénale contre l'auteur dans le seul but d'obtenir des preuves à bon compte. Mais la Commission d'étude soulignait également que la pratique de la maxime inquisitoriale n'avait pas toujours donné de bons résultats dans le domaine des assurances sociales[1232]. Cet argument l'a conduit à préconiser en la matière une solution nuancée, prévoyant que le tribunal puisse au besoin, mais sans y être obligatoirement tenu en toutes circonstances, établir d'office les faits pertinents de la cause. Une telle solution est déjà instituée dans un bon nombre de lois de procédure cantonales[1233]. D'une certaine manière, on peut parler de maxime inquisitoriale facultative : au stade de l'instruction, la maîtrise du procès est partagée entre le juge et les plaideurs ; en d'autres termes, ces derniers sont en quelque sorte soumis à un régime de "liberté surveillée"[1234].

Les auteurs de l'avant-projet approuvent une telle proposition. Ils sont d'avis que l'octroi au tribunal du pouvoir de procéder de sa propre initiative - mais non évidemment de façon arbitraire - aux investigations nécessaires à l'appréciation du litige peut être le gage d'un jugement en responsabilité civile "juste et équitable"[1235]. Une telle compétence est surtout justifiée quand la recherche de la vérité matérielle obéit à un intérêt public significatif ou à des intérêts privés qui

---

1229 Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 2.1 ad art. 86 LCR.

1230 Guldener M., op. cit. (n. 1206), p. 322 ; ATF 119 II 306.

1231 Cf. supra 2.9.4.1. et les réf. cit. en n. 1214.

1232 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.3, p. 142 s.

1233 Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 240 N.83.

1234 Habscheid W., Droit judiciaire privé suisse, 2ème éd., Genève 1981, p. 357.

1235 ATF 54 II 196, déjà cité.

méritent une protection particulière. Tel est le cas par exemple lorsque le fait qui est à l'origine du dommage est susceptible de se répéter, que le procès met en présence de multiples plaideurs, que le bien atteint est l'environnement naturel, ou encore que la victime, en raison de son état physique ou psychique, n'est plus en mesure de contribuer à l'établissement des faits. Tel est le cas également lorsqu'il est à craindre que des moyens de preuve décisifs disparaissent.

Dans de telles éventualités, le tribunal saisi doit pouvoir disposer d'un pouvoir d'investigation, sans être lié par une loi cantonale qui prescrirait que le procès doit en tout cas s'instruire selon la maxime des débats[1236]. En particulier, il doit être habilité de son propre chef à susciter des allégations sur un point déterminé et à administrer des moyens de preuve (un témoignage par exemple) non requis par les parties, ou même interdits par le droit de procédure (comme peut l'être la production d'une bande magnétique enregistrant une conversation). Le tribunal doit pouvoir également ordonner des preuves complémentaires (l'établissement d'un rapport de police par exemple), et exiger des plaideurs qu'ils collaborent activement à la reconstitution des faits (ouverture à l'inspection du juge d'une unité de fabrication confidentielle appartenant au producteur défendeur). A cet égard, on ne saurait déduire du principe posé à l'art. 56*c* al. 2 AP que l'art. 8 CC risque à l'avenir d'être vidé de son contenu dans le domaine de la responsabilité civile. En dépit de son pouvoir d'investigation, la juridiction saisie ne pourra en règle générale retenir un "fait" non prouvé. Et, dans cette hypothèse, l'échec de la preuve pèsera sur celle des parties qui a allégué le "fait en question"[1237].

2.9.4.3 Fardeau de la preuve et présomption de fait (art. 56d AP)

L'art. 56*d* AP régit le fardeau de la preuve dans le procès en responsabilité civile. Tout en rappelant la règle générale instituée à l'art. 8 CC (al. 1), il pose des présomptions de fait destinées à alléger la charge de la preuve (al. 2 et 3) ; ces présomptions devraient profiter surtout à la partie demanderesse.

Selon l'art. 56*d* al. 1 AP, la preuve du dommage et celle du rapport de causalité incombent à la personne qui demande réparation. A l'instar de l'actuel art. 42 al. 1 CO - qui ne mentionne que le dommage -, cette disposition confirme le principe posé à l'art. 8 CC. Elle impose à la victime - au risque sinon de voir son action être rejetée - d'établir les faits constitutifs de la norme de responsabilité qu'elle invoque[1238]. La victime doit notamment apporter la preuve de l'existence d'un rapport de causalité entre le fait de rattachement (le comportement de l'auteur dans la responsabilité pour faute, le risque imputable à la personne désignée dans la responsabilité pour risque) et le dommage. En

---

1236 Cf. Knapp B., op. cit. (n. 150), n. 77 ad art. 64 Cst. Cf. aussi supra 2.9.1.

1237 Deschenaux H., op. cit. (n. 477), p. 228 et 233.

1238 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 208 s. ; Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 228 N. 33 s. ; Deschenaux H., op. cit. (n. 477), p. 238 s. ; ATF 119 II 305.

règle générale, c'est une preuve stricte qui est exigée ; une simple vraisemblance ne suffit pas[1239].

S'agissant du dommage, la personne lésée en prouvera non seulement l'existence, mais aussi le montant exact, si cela est possible. Le moment du calcul est celui de la transaction entre les parties ou du jugement qui peut encore connaître les faits[1240]. Quant à la causalité, la victime établira que le fait de rattachement a constitué une cause nécessaire ("naturelle") du dommage, autrement dit qu'il est logiquement et scientifiquement attribuable à la personne recherchée, sans devoir démontrer qu'il doit juridiquement lui être attribué. La question de la causalité juridique est en effet un point de droit ; elle implique un jugement de valeur du tribunal et ne saurait donc faire l'objet d'une preuve[1241]. Il en va de même de l'illicéité et de la faute, qui sont des conditions de la responsabilité relevant du droit, et non du fait ; elles ne peuvent donc être constatées, mais seulement être admises ou rejetées par le juge saisi[1242].

L'art. 56*d* al. 1 AP régit la question du fardeau de la preuve en s'adressant uniquement à la partie demanderesse à l'action en réparation. S'agissant de la partie défenderesse, le principe posé à l'art. 8 CC lui est sans autre applicable si elle entend plaider sa libération. A cet effet, elle établira par exemple l'existence d'un fait destructeur tel la prescription, ou l'existence d'un fait dirimant, comme peut l'être un motif justificatif (au sens de l'art. 46*a* AP) susceptible d'exclure l'illicéité du fait dommageable, ou un motif exonératoire (au sens de l'art. 47*a* AP) propre à écarter la causalité juridique admise *prima vista*[1243].

Il est des circonstances où il est malaisé pour la personne lésée d'établir les faits constitutifs de sa demande en réparation. Cette difficulté peut toucher le fait dommageable lui-même, et singulièrement la preuve du rapport de cause à effet avec le préjudice. Tel est le cas par exemple lorsque le déroulement d'un accident n'est pas connu dans tous ses détails[1244] ou lorsque le dommage résulte de l'effet de propriétés physiques ou chimiques conjugé à des facteurs naturels[1245]. Dans de telles circonstances, la jurisprudence tempère la stricte

---

1239 Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 226 N. 24 ; Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 499 ; Deschenaux H., op. cit. (n. 477), p. 228 et 233.

1240 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 5 ss ad art. 42 CO.

1241 Widmer P., La responsabilité du fait des services. Essai de synthèse, Colloque de l'Association internationale des sciences juridiques (Lausanne 1993), Paris 1994, p. 174 ; Schweizer P., La preuve de la causalité, Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile (Genève 1990), Zurich 1991, p. 172 ss. Cf. aussi supra 2.3.4.2. à 2.3.4.4.

1242 Widmer P., op. cit. (n. 1241), p. 172 ; Kummer M., op. cit. (n. 1214), n. 243 ad art. 8 CC. Cf. aussi supra 2.2.2.5 et 2.3.3.3.

1243 Deschenaux H., op. cit. (n. 477), p. 240 s. ; Kummer M., op. cit. (n. 1214), n. 244 ad art. 8 CC ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 209.

1244 ATF 101 II 137 : accident de circulation routière ; ATF 90 II 232 s. : accident résultant de l'utilisation d'une essoreuse industrielle ne disposant de dispositif de sécurité nécessaire.

1245 ATF 109 II 312 : émissions fluorées provenant d'une usine de fabrication d'aluminium, qui contribue à causer des dégâts à des abricotiers ; ATF 119 Ib 342 s. : travaux de sondage souterrains qui provoquent des fissures à un barrage.

répartition du fardeau de la preuve. Elle se contente d'une preuve *prima facie*, qu'il s'agisse d'une certaine vraisemblance[1246] ou même d'une preuve par indices[1247] ; une simple possibilité ne suffit en revanche pas[1248]. Ce tempérament jurisprudentiel est approuvé par la doctrine[1249]. Il est particulièrement significatif lorsque le fait dommageable consiste dans une omission. Dans une telle éventualité, le juge est obligé de comparer le résultat effectif et le résultat hypothétique qui, selon toute vraisemblance, serait survenu si la personne recherchée s'était conformée à la loi. A cet effet, il se fonde sur l'expérience générale de la vie[1250].

La difficulté de la preuve peut aussi toucher le préjudice. A cet égard, l'art. 42 al. 2 CO dispose que lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Selon la doctrine et la jurisprudence, cette disposition trouve application quand les preuves nécessaires du dommage - dans son montant, mais aussi dans son existence même - font défaut ou qu'on ne saurait attendre de la victime qu'elle les fournisse, soit qu'il en découlerait une atteinte inadmissible à sa personnalité (à sa vie privée ou au secret de ses affaires, par exemple), soit qu'il en résulterait des frais excessifs[1251]. Ainsi en va-t-il souvent en cas de préjudices futurs consécutifs à une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique, au crédit, aux droits de la propriété intellectuelle ou de la concurrence économique[1252].

Suivant les propositions de la Commission d'étude[1253], les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que la règle régissant l'appréciation du dommage, dont le montant exact ne peut être établi, doit être reprise dans le droit futur (art. 56*d* al. 2 AP). Mais ils préconisent aussi, en s'inspirant des principes de la jurisprudence actuelle, que la loi pose à l'avenir, en termes généraux, une présomption de fait destinée à alléger la stricte répartition du fardeau de la preuve[1254]. Cette présomption devrait trouver application si la preuve ne peut être établie avec certitude ou si on ne peut raisonnablement en exiger l'administration de la per-

---

1246 ATF 90 II 232 s. : "simple vraisemblance" ; ATF 119 Ib 342 : "probabilité convaincante" ; ATF 113 Ib 424 et 107 II 430 : "überwiegende Wahrscheinlichkeit".

1247 ATF 109 II 312.

1248 ATF 113 Ib 424 ; ATF 119 Ib 342 ; ATF 120 II 250 s.

1249 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 80 s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 3, N. 35 et 36 ; Kummer M., op. cit. (n. 1214), n. 211 ad art. 8 CC ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 117 et 119 ad art. 41 CO.

1250 ATF 115 II 447. Cf. supra 2.3.4.2.

1251 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 176 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 209 s. ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 47 ad art. 42 CO ; ATF 81 II 55 ; ATF 95 II 501 ; ATF 97 II 218.

1252 Cf. les exemples jurisprudentiels cités par Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 63 ad art. 42 CO et Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 3.4.3. ad art. 86 LCR.

1253 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.4, p. 143 ss.

1254 Sur la notion de présomption de fait (ou de l'homme), cf. Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 232 ss N. 50ss ; Habscheid W., op. cit. (n. 1234), p. 425.

sonne à qui elle incombe. En telle occurrence, l'art. 56*d* al. 2 AP permet au tribunal de se contenter d'une "vraisemblance convaincante" ; mais il lui donne également le pouvoir de fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance.

L'art. 56*d* al. 2 AP s'appliquera à la partie défenderesse au procès en responsabilité civile, lorsqu'elle allègue un fait libératoire, qu'elle ne peut prouver avec certitude, comme par exemple le consentement ou la faute grave de la victime. Mais il devrait surtout profiter à la partie demanderesse chargée d'établir l'existence des conditions de la réparation, notamment celle du dommage et du rapport de causalité. A cet égard, il convient de souligner que cette disposition n'écarte pas la maxime des débats, comme cela est déjà admis aujourd'hui pour l'art. 42 al. 2 CO[1255]. Dans la règle, il incombera donc à la personne lésée qui entend se prévaloir de l'art. 56*d* al. 2 AP de démontrer, dans la mesure du possible, que les conditions d'application sont réunies et, sous réserve de l'art. 56*c* al. 2 AP, de fournir au tribunal les éléments factuels lui permettant de rendre sa décision[1256]. Ainsi devra-t-elle par exemple rendre vraisemblable que l'atteinte à l'intégrité physique dont elle a été victime est le plus souvent susceptible de causer l'invalidité partielle permanente qui la frappe.

S'agissant de la vraisemblance du fait en cause, le tribunal l'appréciera selon l'expérience générale de la vie. C'est dire qu'il sera habilité à en déterminer de cas en cas la mesure[1257]. Dans certaines circonstances, il sera autorisé à fonder sa conviction sur des seuls indices, pourvu qu'ils soient suffisamment significatifs. Ainsi le fait qu'un ouvrage ou qu'un produit ait provoqué une atteinte à la santé de la partie demanderesse peut constituer un indice sérieux de l'existence d'un défaut propre à engager la responsabilité du propriétaire de l'ouvrage (au sens de l'art. 58 CO ou de l'art. 61 AP) ou du fabricant du produit (au sens de l'art. 1 LRFP)[1258]. Dans tous les cas, le critère de la vraisemblance exige que le fait en cause ait pu survenir ou puisse exister avec une vraisemblance convaincante. Cela signifie que, comme dans le droit actuel[1259], le tribunal ne saurait jamais se contenter d'une simple possibilité, au risque sinon de rendre une décision arbitraire et de mettre en péril la sécurité du droit.

C'est surtout pour la question de la preuve de la causalité que la règle posée à l'art. 56*d* al. 2 AP devrait à l'avenir démontrer son efficacité. Dans le cas en effet où le fait imputable à la personne recherchée ne peut être établi avec certitude, mais que son rôle dans la chaîne causale apparaît suffisamment vraisemblable, la loi donnera expressément au tribunal le pouvoir de fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance. Cela revient à admettre qu'en la matière, la décision du juge ne doit pas forcément conclure à une solution alternative absolue en termes de "tout ou rien", mais elle peut éven-

---

1255 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 176 s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 6, N. 33 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 52 ad art. 42 CO.

1256 Cf. supra 2.9.4.2.

1257 Guldener M., op. cit. (n. 1206), p. 323.

1258 Deschenaux H., op. cit. (n. 477), p. 246 et les exemples jurisprudentiels cités. Cf. aussi ATF 120 II 250 s.

1259 Cf. supra les réf. cit. en n. 1248.

tuellement aussi conduire à une responsabilité partielle. En fin de compte, la *ratio legis* s'apparente à celle de l'actuel art. 43 al. 1 CO, selon lequel le juge détermine l'étendue de la réparation d'après les circonstances et la gravité de la faute[1260].

La règle prévue à l'art. 56*d* al. 2 AP permettra sans aucun doute d'apporter des réponses adéquates aux questions complexes que posent les cas de causalité hypothétique, et singulièrement ceux de causalité alternative. Dans de tels cas aujourd'hui, la victime du dommage supporte le plus souvent l'échec de la preuve, en raison de l'appréciation individuelle de la causalité par rapport à chaque défendeur[1261]. En d'autres termes, elle pâtit de la présence de plusieurs "responsables possibles", ce qui paraît injuste[1262]. Pour corriger cette situation, certains préconisent une application extensive des dispositions régissant la solidarité, comme le permet le § 830 al. 1 2ème phrase BGB[1263]. Les auteurs de l'avant-projet préfèrent une réponse législative qui, à certaines conditions, allège le fardeau de la preuve et donne au juge un pouvoir d'appréciation lui permettant de trouver, de cas en cas, des solutions appropriées. Ainsi, dans l'hypothèse où il s'avère que deux entreprises chimiques peuvent avoir pollué une rivière, sans qu'il soit établi laquelle y a effectivement déversé des déchets toxiques, le tribunal doit avoir la faculté de fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance, et à défaut d'indices significatifs, de condamner chacune des défenderesses à indemniser les victimes par moitié[1264]. Et dans une autre hypothèse où un même produit défectueux est fabriqué par plusieurs entreprises, dont on ne sait laquelle est impliquée dans l'atteinte à la santé de la partie demanderesse, le tribunal doit pouvoir fixer l'étendue des dommages-intérêts par rapport à la part du marché de chaque défenderesse, comme deux cours américaines l'ont fait dans la fameuse affaire du "DES"[1265].

La compétence donnée au tribunal de fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance pourrait aussi s'exercer quand il existe un rapport de cause à effet statistiquement constaté entre le fondement de la responsabilité en cause et la fréquence des préjudices, sans qu'il soit possible, dans une situation particulière, d'établir la causalité. Ainsi, dans l'hypothèse où une éma-

---

1260 Widmer P., op. cit. (n. 1241), p. 176 s.

1261 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 82 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 3, N. 39 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 145 ad art. 41 CO.

1262 Guillod O./Leuba A., Causalité alternative et responsabilité du fait des produits : un pour tout, tous pour un, Revue européenne de droit privé, 1994, p. 454.

1263 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 82 FN 27 ; cf. aussi ATF 42 II 474 s.

1264 Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/12.4, p. 144.

1265 Sindell v. Abott Laboratories, 607 P. 2d 924 (Cal. 1980) : réparation proportionnelle à la part de marché ; Martin v. Abott Laboratories, 689 P. 2d 368 (Wash. 1984) : réparation égale à la part de marché. Dans un litige semblable, la Cour suprême des Pays-Bas a conclu à une responsabilité solidaire totale (arrêt du 9 octobre 1992, X et consorts c/ Bayer Nederland B.V. et Brocacef B.V.) ; on pourrait ausi concevoir une responsabilité solidaire limitée au total des parts de marché des entreprises défenderesses. Sur ces questions, cf. Guillod O./Leuba A., op. cit. (n. 1262), p. 458 ss. Cf. aussi Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/12.4, p. 144.

nation radioactive touchant une région conduit à une augmentation d'affections cancéreuses de 20 %, il n'apparaît pas inéquitable que l'exploitant de l'installation nucléaire incriminé indemnise dans une telle proportion les victimes qui ont développé un cancer durant la période critique[1266]. Le même raisonnement peut être opéré dans les cas de responsabilité médicale, quand par exemple le patient décède à la suite d'une opération aléatoire, mais dont il pouvait raisonnablement escompter des chances de survie si le médecin n'avait pas violé de manière fautive son devoir de diligence. Dans une telle éventualité, rien ne devrait empêcher le juge de fixer la réparation du dommage en fonction du critère dit de la "perte d'une chance", tel qu'il a été notamment développé en droit français et en droit anglo-américain[1267].

Selon les termes de l'art. 56*d* al. 3 AP, lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le tribunal l'estime équitablement en considération des circonstances et du cours ordinaire des choses. Cette disposition reprend presque mot à mot la règle prévue à l'actuel art. 42 al. 2 CO, qui a été brièvement exposée plus haut[1268]. Elle donne au juge un pouvoir d'appréciation quand la stricte preuve du montant du dommage ne peut être rapportée, notamment en cas d'atteinte se manifestant durablement. Elle ne dispense pas la victime de fournir au tribunal les éléments factuels, voire les indices lui permettant de forger sa conviction[1269].

Le sens de la référence aux "mesures prises par la partie lésée", dont il est question à l'art. 42 al. 2 CO, est aujourd'hui discuté. Brehm observe avec raison que ce facteur doit intervenir, non dans le calcul du dommage, mais dans la fixation de la réparation[1270]. L'art. 52 al. 1 AP en fait expressément mention[1271].

2.9.5 Action en constatation de droit (art. 56e AP)

Un dommage est réparable s'il est certain, autrement dit si la créance en réparation est liquide (déterminée dans son principe et estimable dans son montant). C'est toujours le cas du dommage actuel, déjà intervenu au moment du jugement qui, selon la procédure, peut encore connaître des faits nouveaux. C'est souvent le cas du dommage futur, pourvu qu'il apparaisse comme la con-

---

1266 Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/12.4, p. 144 s. Cf. aussi Keller A., Haftpflichtrecht - Quo vadis, RDS 1994, p. 339.

1267 Guillod O., Le consentement éclairé du patient, Neuchâtel 1986, p. 83 ; Stark E.W., Die "perte d'une chance" im schweizerischen Recht, in Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile (Genève 1990), Zurich 1991, p. 101 ss ; Weir T., Loss of a chance - compensable in tort ? The Common law, in Colloque précité, p. 111 ss ; Chabas F., La perte d'une chance en droit français, in Colloque précité, p. 131 ss ; Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/12.4, p. 144. Cf. aussi la décision de l'Obergericht de Zurich du 17 novembre 1988, RSJ 1989, p. 119 ss.

1268 Cf. supra et les réf. cit. en n. 1251 et 1252.

1269 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 210 ; ATF 97 II 218.

1270 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 55 s. ad art. 42 CO.

1271 Cf. supra 2.5.2.

séquence probable - et non seulement hypothétique - d'un état de fait actuel ; en telle occurrence, la jurisprudence a posé le principe de l'appréciation non différée et définitive du préjudice[1272]. De manière générale, et notamment en matière d'invalidité permanente chez les enfants, cette jurisprudence a été jugée trop rigide[1273] ; quant à la règle autorisant le juge à réserver dans ces cas-là la révision de sa décision (art. 46 al. 2 CO), elle est pratiquement inefficace et devrait à l'avenir être abrogée[1274].

Il est des circonstances où le fait dommageable produit des effets qui évoluent dans le temps. On pense par exemple à certaines atteintes, généralement graves, à l'intégrité physique ou psychique, à l'environnement naturel ou à la concurrence économique. Dans de telles éventualités, la victime se trouve souvent dans l'impossibilité d'estimer le préjudice global qu'elle subit, et par conséquent, de formuler une demande en dommages-intérêts définitive à l'encontre du tiers responsable. Et l'incertitude cède le pas à l'insécurité juridique lorsque la responsabilité de la personne recherchée est, dans son principe même, discutable ou contestée. Le risque existe alors que des moyens de preuve disparaissent ou que la prescription soit opposable à la créance en réparation en dépit de l'allongement des délais[1275]. Pour remédier à cette situation inquiétante, la victime pourra, suivant les cas, introduire plusieurs actions partielles en dommages-intérêts, ou une action en constatation de droit qui, si elle est déclarée bien-fondée, sera suivie d'une demande - judiciaire ou non - en réparation du dommage.

Dans le domaine de la responsabilité civile - mais le principe a une portée générale -, on admet que la personne lésée soit habilitée à introduire une action réparatoire partielle, limitée aux postes du préjudice qui sont certains (avec pour effet d'interrompre la prescription pour le seul montant réclamé)[1276]. Encore faut-il que les postes en question soient clairement définis dans le mémoire introductif d'instance, comme l'a jugé récemment le Tribunal supérieur du canton de Zurich[1277]. Ainsi en est-il lorsque la victime de graves lésions corporelles circonscrit sa demande au remboursement des frais de traitement, en se réservant d'agir par la suite en compensation des conséquences encore incertaines de l'incapacité permanente de travail. De l'avis majoritaire, une telle réserve doit être insérée dans le dispositif du jugement, au risque sinon que l'action ultérieure ne se heurte à l'exception de la chose jugée.

Dans la situation décrite plus haut, la personne lésée est également habilitée à introduire une action en constatation de droit. De manière générale, cette

---

1272 ATF 86 II 45 ss ; ATF 95 II 262 s.

1273 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 222, FN 297 ; Wessner P., op. cit. (n. 361), p. 167 ss et les réf. cit.

1274 Cf. supra 2.3.2.2.3.

1275 Cf. supra 2.8.4.1.4.

1276 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 222 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 151 ad art. 46 CO ; Wessner P., op. cit. (n. 361), p. 173 ; Guldener M., op. cit. (n. 1206), p. 192, n. 4 ; RSJ 1963, p. 58, n° 18 ; RSJ 1965, p. 138, n° 77.

1277 Plaidoyer, 2/95, p. 59 s.

action tend à faire constater par le juge l'existence (ou l'inexistence) d'un droit subjectif ou d'un rapport juridique. Elle est reconnue depuis longtemps par la doctrine et la jurisprudence ; elle est prévue expressément par plusieurs dispositions spéciales, qui appartiennent tantôt au droit de procédure (art. 25 PCF et certaines lois cantonales), tantôt au droit de fond (de la personnalité, art. 28*a* al. 1 ch. 3 et 29 al. 1 CC ; de la propriété intellectuelle, art. 74 LBI et 61 LDA ; de la concurrence, art. 9 al. 1 lit. c LCD et 8 al. 1 lit. a LCart)[1278]. L'action déclaratoire générale peut être intentée dans tous les cas où elle est nécessaire à l'application du droit privé fédéral ; son admissibilité relève exclusivement du droit fédéral[1279]. Elle est subordonnée à l'existence d'un intérêt - juridique ou de fait - majeur ("ein erhebliches Interesse"). En règle générale, cette condition fait défaut lorsque la partie demanderesse est en mesure de soulever des prétentions pécuniaires[1280]. La jurisprudence a pourtant quelque peu relativisé ce principe. Malgré la possibilité d'une action condamnatoire, elle admet l'action déclaratoire si l'existence du droit invoqué est contestée ou incertaine, ou lorsque l'exécution de prestations futures dépend de sa seule constatation[1281]. Ces conditions s'appliquent à la responsabilité civile dans les cas où le préjudice ne peut être chiffré et lorsque le principe même de la réparation est litigieux ou que la victime devrait limiter provisoirement l'action en exécution à une partie du dommage pour le motif qu'elle serait dans l'impossibilité d'évaluer ses autres prétentions[1282]. En dépit de cette ouverture, le TF continue de se montrer très sévère dans l'appréciation de l'intérêt de la personne lésée à prendre des conclusions déclaratoires. Dans un arrêt rendu il y a quelques années, il a répété que le juge devait rejeter de telles conclusions - et donc renvoyer le demandeur à formuler une demande en dommages-intérêts - même si les conséquences de lésions corporelles pouvaient encore évoluer et que le préjudice n'était pas estimable avec certitude[1283].

Il faut déplorer que la pratique fasse une place si étroite à l'action générale en constatation de droit, en particulier dans le domaine de la responsabilité civile. Dans des éventualités qui ne sont pas exceptionnelles, et notamment en cas d'atteintes graves et prolongées à l'intégrité physique d'un individu, à la concurrence économique ou à l'environnement naturel, cette action est en effet susceptible de présenter de multiples avantages, qui ont été soulignés par plusieurs auteurs[1284]. Tout d'abord, elle offre la faculté d'obtenir un jugement sur l'existence du rapport juridique litigieux, qui pourra fonder ultérieurement la

---

1278 Tercier P., op. cit. (n. 393), n. 776 ss ; Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 171 N. 20 et p. 172 N. 24.

1279 ATF 92 II 108 ; ATF 110 II 354 ss. Cf. aussi Guldener M., op. cit. (n. 1206), p. 207.

1280 ATF 96 II 131 ; ATF 110 II 357 ; ATF 120 II 22.

1281 ATF 84 II 692 ; ATF 96 II 131 ; ATF 97 II 375 s. Cf. aussi Guldener M., op. cit. (n. 1206), p. 209 s. ; Habscheid W., op. cit. (n. 1234), p. 245.

1282 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 222 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 6, N. 15 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 149 ad art. 46 CO ; Wessner P., op. cit. (n. 361), p. 173 ; ATF 99 II 174 ; ATF 114 II 255.

1283 ATF 114 II 255 ss.

1284 Cf. supra les réf. cit. en n. 1282.

prétention en réparation, lorsque celle-ci sera chiffrable. Cela est propre à sécuriser la personne lésée, en lui sauvegardant notamment des moyens de preuve. Par ailleurs, l'action déclaratoire dispense la victime d'établir les faits touchant la détermination du dommage et l'étendue de sa réparation, et par conséquent de devoir surestimer ses prétentions pécuniaires lorsque la situation est encore incertaine ou conjecturale ; on épargne ainsi des frais et dépens judiciaires disproportionnés. Au surplus, l'action a pour effet d'interrompre la prescription du droit qu'elle tend à faire constater pour un montant illimité[1285]. Enfin, l'action déclaratoire peut contribuer à faire cesser une atteinte existante ou à prévenir une atteinte future en certaines circonstances.

Un tel constat conduit les auteurs de l'avant-projet, à l'instar de la Commission d'étude[1286], à proposer l'introduction d'une disposition formellement nouvelle, qui reconnaisse expressément à la personne lésée la faculté de faire constater judiciairement son droit à réparation. L'introduction d'une règle de cette nature dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile se justifie par le fait que, dans ce domaine, il n'est pas rare que le litige ne porte que sur le principe de l'obligation d'indemniser, alors que l'évolution du préjudice est encore incertaine[1287]. En telle occurrence, il paraît nécessaire que la loi permette à la victime, comme le fait l'art. 56*e* AP, d'obtenir un jugement déclaratoire, à des conditions clairement exprimées, c'est-à-dire lorsque la responsabilité est en tout ou en partie contestée et qu'il n'est pas possible d'estimer l'évolution future du dommage. Ces conditions étant remplies, la partie demanderesse n'aura plus à prouver un intérêt majeur à la constatation anticipée du droit à réparation, comme la jurisprudence l'exige sévèrement aujourd'hui ; dans une telle éventualité, cet intérêt sera présumé de façon irréfragable.

Certes, on pourrait se demander si l'art. 28 al. 1 ch. 3 CC ne serait pas propre à remplir la fonction que les auteurs de l'avant-projet veulent attribuer à l'art. 56*e* AP. Mais on relèvera que l'art. 28 al. 1 ch. 3 CC a un champ d'application différent et, à tout le moins, plus restrictif que l'art. 56*e* AP, puisqu'il se limite aux actions en constatation du caractère illicite d'une atteinte à un droit de la personnalité, et non de toute atteinte fondant une obligation de réparer. On notera encore que l'art. 56*e* AP permettra de faire à l'avenir l'économie de la règle prévue à l'art. 46 al. 2 CO, qui autorise le juge à réserver, pendant un délai péremptoire de deux ans, la révision du jugement, s'il ne lui est pas possible de déterminer avec une certitude suffisante les suites des lésions corporelles. Cette règle, comme cela a déjà été mentionné, est inadéquate et s'est révélée en pratique inefficace[1288].

Si les auteurs de l'avant-projet veulent quelque peu élargir l'admissibilité de l'action en constatation de droit dans le domaine de la responsabilité civile, ils n'en demeurent pas moins convaincus que cette action doit rester subsidiaire par rapport à l'action condamnatoire en réparation. Sinon, le risque existerait

---

1285 Engel P., op. cit. (n. 51), p. 818 ; von Tuhr A./Escher A., op. cit. (n. 282), p. 227 ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n.7.5 ad art. 83 LCR ; ATF 119 II 340 ; ZR 1966, p. 269.

1286 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.5, p. 146.

1287 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 195.

1288 Cf. supa 2.3.2.2.3.

que le juge ne devienne une sorte de consultant[1289]. A cet effet, l'application de l'art. 56*e* AP est subordonnée à des conditions. Pour s'en prévaloir, la partie demanderesse sera tout d'abord tenue d'établir que la personne recherchée conteste en tout ou en partie sa responsabilité. Cette exigence l'obligera à fournir la preuve - à tout le moins, la vraisemblance au sens de l'art. 56*d* al. 2 AP - des faits liés aux conditions de la responsabilité (singulièrement la preuve du fait dommageable imputable à la partie défenderesse et de la causalité avec le dommage, lequel doit être établi dans son existence, mais non dans son ampleur). Au surplus, la partie demanderesse sera également tenue de prouver qu'il lui est pour l'heure impossible d'estimer l'évolution future du dommage. Cette condition d'application de l'art. 56*e* AP suppose donc une situation où le dommage frappant la victime évolue encore, lorsque par exemple l'acuité visuelle d'un individu grièvement blessé à la tête diminue progressivement ou qu'un biotope naturel atteint par une source de pollution chimique se dégrade peu à peu. De cette situation, il faut distinguer le cas visé à l'art. 56*d* al. 3 AP (qui reprend l'actuel art. 42 al. 2 CO), où le dommage est définitivement survenu, sans que son montant exact puisse être établi (par exemple, en cas de vol d'un objet d'art)[1290]. Il faut également distinguer le cas où, postérieurement à un jugement entré en force, un fait nouveau survient, qui peut ouvrir la voie à un procès en révision[1291].

S'agissant des conclusions que prendra la personne lésée, elles tendront à faire constater le droit à la réparation considéré comme un tout ; elles ne sauraient porter sur un fait ou seulement sur une condition de l'obligation de réparer prise isolément (la seule causalité juridique, par exemple)[1292]. L'action elle-même pourra être introduite en tout temps, mais elle le sera ordinairement que si le délai de prescription ou de péremption de l'action en réparation du dommage n'est pas échu. Elle rendra superflue l'action générale en constatation de droit reconnue par la jurisprudence[1293]. En revanche, rien ne devrait empêcher la personne désignée comme responsable par la victime d'introduire une action déclaratoire négative, aux conditions admises en pratique[1294]. Elle devrait alors se prévaloir d'un intérêt digne de protection à faire constater l'inexistence du rapport juridique en cause, donc l'inexistence de la prétention alléguée par la victime du dommage. Compte tenu des intérêts en présence et à l'instar de la solution qui existe dans le droit de la personnalité[1295], les auteurs de l'avant-projet n'ont pas jugé utile d'inscrire expressément une telle prérogative dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile.

Quant au jugement en constatation du droit à la réparation, il ne saurait faire l'objet d'exécution forcée, car il n'oblige pas la partie défenderesse (sauf pour

---

1289 Guldener M., op. cit. (n. 1206), p. 209.

1290 Cf. supra 2.9.4.3.

1291 Cf. Wessner P., op. cit. (n. 361), p. 174 et les réf. cit.

1292 Guldener M., op. cit. (n. 1206), p. 208 ; Tribunal cantonal Fribourg, 1954, p.166.

1293 Tercier P., op. cit. (n. 393), n. 786.

1294 ATF 110 II 355 ; ATF 120 II 22 ss.

1295 Tercier, op. cit. (n. 393), n. 781 ss, notamment 789.

les points du dispositif qui touchent les frais et dépens judiciaires)[1296]. Mais il pourra ouvrir la voie ultérieurement à une action condamnatoire en dommages-intérêts, sans que la personne lésée ne se fasse opposer avec succès l'exception de chose jugée.

2.9.6 Frais et dépens (art. 56f et 56g AP)

2.9.6.1 Situation en droit actuel

Le service de la justice civile occasionne des frais à l'Etat et aux justiciables. Les frais judiciaires (au sens strict, soit les émoluments proprement dits et les débours)[1297] couvrent - partiellement - le fonctionnement du procès ; ils sont dus à l'Etat et peuvent faire l'objet d'avances en cours d'instance. Ils se distinguent des frais que supportent les parties pour défendre leurs droits en justice, principalement les frais qu'engendre l'intervention d'un avocat ; on parle généralement de dépens, qui peuvent donner lieu à une créance d'indemnisation en faveur de l'une ou de l'autre des parties.

Dans le droit actuel, la fixation et la répartition des frais judiciaires et des dépens sont exclusivement régies par les règles de procédure, que celles-ci soient de droit fédéral (en particulier les art. 149 à 160 OJ) ou de droit cantonal[1298]. Ces règles sont loin d'être uniformes. Elles dégagent pourtant quelques principes généraux. S'agissant des frais judiciaires, la plupart des lois de procédure prévoient que chaque partie - mais spécialement celle qui se porte demanderesse - peut devoir faire des avances et au besoin fournir des sûretés, sous peine que le procès ne soit paralysé ou la demande considérée comme retirée[1299]. Pour ce qui touche la fixation définitive des frais en question, elle est décidée par le juge suivant un tarif qui se base sur l'importance de la procédure, mais qui souvent permet de prendre en considération divers facteurs pondérateurs, comme la valeur litigieuse, l'ampleur et la difficulté du procès, la façon de procéder des parties, ainsi que leur situation financière (art. 153*a* al. 1 OJ). Quant à la prise en charge des frais judiciaires, elle incombe ordinairement à la partie qui succombe, tout en étant répartie proportionnellement si aucune des parties n'a entièrement obtenu gain de cause (art. 156 al. 1 et 3 OJ)[1300]. Des principes analogues s'appliquent aux dépens ; en règle générale, et à défaut de gain total du procès, chaque plaideur est tenu d'indemniser

---

1296 Guldener M., op. cit. (n. 1206), p. 211.

1297 Schaad P., Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozessordnung, in : Zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts/Les grandes lignes d'un code de procédure civile suisse, in : Unification de la procédure civile, Bâle 1969, p. 74 et 181.

1298 ATF 117 II 396 et les références doctrinales et jurisprudentielles citées. Cf. aussi Stein P., op. cit. (n. 434), p. 643 s.

1299 Cf. par exemple art. 150s. OJ. Cf. aussi Schaad P., op. cit. (n. 1297), p. 75 s. et 182 s. ; Habscheid W., op. cit. (n. 1234), p. 297 ; Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 263 N. 31 s.

1300 Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 262 N. 24 s. ; Schaad P., op. cit. (n. 1297), p. 74 et 181 ; cf. aussi par exemple § 64 al. 2 Zivilprozessordnung Zurich.

l'autre dans la mesure où il succombe, les créances réciproques étant compensées à concurrence du montant de la plus faible (art. 159 al. 2 et 3 OJ)[1301].

Les principes de la procédure civile, qui régissent la fixation et la répartition des frais et dépens, prêtent à discussion, de manière générale certes, mais en particulier pour ce qui touche leur mise en oeuvre dans le domaine de la responsabilité civile. C'est surtout le critère du gain du procès qui prête le flanc à la critique, dans la mesure où son application peut conduire à des résultats inéquitables. Ainsi en est-il par exemple lorsque la partie gagnante a provoqué des frais inutiles ou lorsque la partie perdante a été amenée de bonne foi à procéder. D'ailleurs, bon nombre de lois de procédure, déjà aujourd'hui, permettent au juge de tenir compte de telles circonstances et de s'écarter ainsi d'une application rigide du principe selon lequel la répartition des frais et dépens s'opère au *pro rata* de l'acceptation ou du rejet des conclusions des parties[1302].

Sur ce point, une solution souple s'impose particulièrement dans le procès en responsabilité. Ce genre de procès, en effet, tire souvent en longueur, dans la mesure où son issue dépend fréquemment du résultat d'une expertise, du prononcé d'une sentence pénale ou de la décision d'octroi d'une rente d'un assureur social. Une telle situation est propre à plonger les justiciables dans l'incertitude, d'autant que, dans ce domaine, bon nombre de questions sont laissées à l'appréciation du juge. Ainsi, une divergence minime dans l'estimation de l'invalidité permanente de la victime ou de la faute ou du risque caractérisé imputable à cette dernière, peut conduire à des différences considérables entre les conclusions des parties et la décision du tribunal. S'agissant spécialement de la personne lésée, on observe qu'elle est maintes fois contrainte de surestimer en toute bonne foi sa prétention pécuniaire, notamment dans les hypothèses où le montant exact du dommage n'est pas chiffrable. Il en résulte que si elle obtient gain de cause sur le principe de la réparation, elle succombera souvent sur le montant réclamé, avec la conséquence injuste qu'elle aura à supporter une part des frais de la procédure et à verser une indemnité de dépens à la personne responsable. D'où l'opinion soutenue par plusieurs auteurs que, sur ce point et dans ce genre de procédure, le juge ne doive pas être lié par le critère du gain du procès, mais puisse aussi tenir compte des circonstances qui ont donné lieu au litige (*Veranlassungsprinzip*)[1303]. Ce principe, dans une certaine mesure, est déjà aujourd'hui prévu dans des lois de procédure[1304]. Il a été notamment appliqué par des tribunaux saisis d'une action en

---

1301 Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 264 N. 35 ; Schaad P., op. cit. (n. 1297), p. 77 et 184.

1302 Cf. par exemple art. 156 al. 3 et 6 et 159 al. 3 et 5 OJ ; Habscheid W., op. cit. (n. 1234), p. 296 ; Schaad P., op. cit. (n. 1297), p. 74 et 181.

1303 Bucher E., Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrechts : Wo stehen wir heute im Vertragsrecht ?, RDS 1983 II p. 293 ; Stein P., op. cit. (n. 434), p. 658 s. ; Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), n. 966. Cf. aussi Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/12.6.1, p. 147.

1304 Cf. art. 156 al. 3 et 6 et 159 al. 3 et 5 OJ ; cf. aussi § 64 al. 3 Zivilprozessordnung Zurich, qui prend spécialement en compte l'hypothèse où le demandeur n'est pas en mesure de chiffrer sa prétention et sa demande a été admise sur le principe ; cf. également Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 262 N. 26.

réparation, lorsque le montant de la réclamation - difficilement chiffrable - était tant soi peu excessif[1305] ou lorsque la personne responsable s'était opposée à tort à la demande d'indemnité ou à une offre transactionnelle[1306].

De telles considérations incitent les auteurs de l'avant-projet, comme l'avait fait la Commission d'étude[1307], à introduire dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile une réglementation régissant les frais et dépens judiciaires, à l'exclusion des frais qui ont été engagés hors procédure par la personne lésée pour faire valoir sa prétention et qui, aux termes de l'art. 45*f* al. 2 AP, sont indemnisables en tant qu'autre poste du dommage[1308]. Cette réglementation nouvelle trouve sa justification dans les particularités déjà mises en évidence du procès en responsabilité civile et par la nécessité de donner au juge un large pouvoir d'appréciation, autant pour la répartition des avances de frais (art. 56*f* AP) que pour la fixation définitive des frais et dépens (art. 56*g* AP). En d'autres mots, ces dispositions tendent à empêcher que la prise en charge des frais judiciaires (au sens large) ne dissuade la partie qui en est débitrice de défendre ses droits en justice, et c'est bien évidemment la victime du préjudice qui est ici visée en priorité. C'est dire que les art. 56*f* et 56*g* AP ont pour objectif d'éviter que les normes régissant la réparation du dommage soient d'une certaine manière rendues inefficaces par l'effet de décisions touchant les frais judiciaires. En ce sens, ces dispositions apparaissent l'une et l'autre nécessaires à l'exécution du droit matériel de la responsabilité civile, dont elles visent à assurer l'application uniforme sur tout le territoire de la Confédération.

2.9.6.2 Avances de frais (art. 56f AP)

Aux termes de l'art. 56*f* AP, lorsque l'administration des preuves entraîne des frais, le tribunal peut répartir les avances nécessaires entre les parties, compte tenu notamment de la vraisemblance de leurs allégations et de leur situation économique. Cette règle s'appliquera dans les cas prévus par la plupart des lois de procédure, où le juge est habilité à requérir des avances de la partie qui occasionne des frais en début et en cours d'instance, le plus souvent la partie demanderesse, donc la victime du préjudice dans les procès en responsabilité civile. Sont visés ici les frais engendrés par l'administration des preuves, et non d'autres frais de procédure, comme la *cautio judicatum solvi* qui peut être exigée d'un plaideur insolvable ou domicilié à l'étranger[1309]. Le but de la règle est en effet de ne pas dissuader une personne de faire valoir ses droits en justice, par crainte du coût que nécessitera pour elle l'administration de tel ou tel moyen probatoire, notamment une expertise, comme cela peut par exemple être le cas lors de catastrophes écologiques ou d'atteintes graves à l'intégrité corporelle ou aux droits de la propriété intellectuelle ou de la concurrence économique. De ce point de vue, la règle devrait également trouver application

---

1305 SJ 1942, p. 133.

1306 RVJ 1986, p. 374 s. ; ATF 112 Ib 333.

1307 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.6.1, p. 146 ss.

1308 Cf. supra 2.3.2.4.

1309 Habscheid W., op. cit. (n. 1234), p. 298.

lorsque le tribunal, en vertu du pouvoir que lui confère la loi (art. 56*c* al. 2 AP), administre d'office une preuve qu'il juge nécessaire[1310].

L'art. 56*f* AP donne au tribunal le pouvoir de répartir les avances de frais nécessaires entre les parties. A cet effet, le juge prendra en considération les circonstances du procès, singulièrement la vraisemblance des allégations des parties (un facteur d'appréciation qui vise à prévenir des requêtes probatoires inconsidérées, voire abusives), mais aussi leur situation économique (un facteur d'appréciation qui tient compte que la partie défenderesse est souvent un assureur)[1311]. Mais rien ne doit empêcher le tribunal de prendre en considération d'autres circonstances, comme l'attitude des parties en cours d'instance, notamment celle rétive ou dilatoire de la personne recherchée.

2.9.6.3 Fixation des frais et dépens (art. 56g AP)

Selon l'art. 56*g* AP, le tribunal fixe les frais et dépens judiciaires en fonction des circonstances qui ont donné lieu au litige, sans être lié par des règles selon lesquelles le gain du procès est déterminant. Cette disposition confère au juge un pouvoir d'appréciation dans le calcul et la prise en charge des frais et dépens liés au procès en responsabilité civile. La *ratio legis* a été décrite plus haut[1312] ; dans une certaine mesure, elle correspond à celle qui fonde l'art. 45*f* al. 2 AP sur l'indemnisation des frais extrajudiciaires engagés de bonne foi par la personne lésée[1313].

Comme son texte le précise, l'art. 56*g* AP interdit au juge de se sentir lié par des lois de procédure qui accordent, en la matière, une importance décisive au gain du procès. De manière plus large et plus souple, la règle lui donne le pouvoir de prendre en considération l'ensemble des circonstances qui ont donné lieu au litige. Pour définir et répartir les frais et dépens judiciaires, il devra ainsi tenir compte de la quotité de la responsabilité imputable à la personne recherchée ; de la situation financière des plaideurs ; de la difficulté, voire de l'impossibilité, pour la victime de chiffrer son dommage ; des motifs que cette dernière avait de tenir la partie défenderesse pour responsable et d'ouvrir, mais aussi de poursuivre contre elle un procès ; de l'attitude des parties avant et durant la procédure, notamment lorsque celle qui est défenderesse s'est opposée manifestement à tort à une demande en réparation ou qu'elle a provoqué des frais inutiles en usant de moyens dilatoires ou superfétatoires.

2.9.7 Paiements anticipés (art. 56h AP)

Qu'ils aient lieu dans un cadre judiciaire ou non, il n'est pas rare que les litiges en responsabilité civile prennent beaucoup de temps à se résoudre. Ainsi en

---

1310 Sur cette question aujourd'hui controversée, cf. Vogel O., op. cit. (n. 151), p. 263 N. 32 et ATF 109 II 195 ss.

1311 L'art. 27 LRCN permet aujourd'hui déjà au juge de tenir compte de ce facteur dans la fixation des frais et dépens.

1312 Cf. supra 2.9.6.1.

1313 Cf. supra 2.3.2.4.

va-t-il notamment quand le dommage est difficile à estimer en raison de sa nature, de sa gravité et de son évolution, comme cela peut être le cas d'atteintes à l'intégrité corporelle, à la concurrence économique ou à l'environnement naturel. Dans de telles circonstances, l'issue du litige dépendra fréquemment du résultat d'une ou de plusieurs expertise(s), mais aussi du prononcé d'un jugement pénal ou de la décision d'octroi d'une rente par un assureur social. C'est dire que la personne lésée devra parfois attendre plusieurs années avant d'être indemnisée par le responsable. Les conséquences pourront être pour elle dramatiques lorsqu'elle ne bénéficie pas de prestations d'une assurance privée ou sociale.

Cette problématique a été prise en compte par le législateur ici et là, dans le droit de la filiation (art. 281 al. 2 et 283 CC), ainsi que dans des lois qui appréhendent d'une manière ou d'une autre la compensation de préjudices. Ainsi, l'art. 15 LAVI[1314] - une disposition jugée "indispensable" par le Conseil fédéral[1315] - permet d'octroyer une provision à titre d'indemnisation à la victime d'une infraction qui a un besoin urgent d'aide pécuniaire. De même, l'art. 77 du Projet de LF sur la Partie générale du droit des assurances sociales prévoit un système d'avances de prestations, lorsque les assureurs sociaux se disputent leur devoir d'intervention[1316]. Quant à l'art. 28 LRCN, il donne au tribunal le pouvoir d'accorder au lésé des avances qui ne préjugent en rien la décision finale, s'il y a lieu de prévoir que la procédure judiciaire durera un certain temps. Cette disposition est la seule de ce genre dans le droit de la responsabilité civile. Pour le reste, et suivant une jurisprudence constante, le juge du procès en réparation n'est pas habilité à allouer une indemnité à titre provisoire ; une règle de procédure cantonale qui le permettrait violerait le droit fédéral[1317]. Certes, il arrive qu'en pratique les assureurs de responsabilité civile versent des acomptes stipulés dans des conventions d'indemnisation provisoire[1318]. Ce faisant, ils prennent certains risques, non seulement de payer un montant supérieur à celui de l'indemnité fixée en définitive, mais aussi de subir ultérieurement la prétention récursoire d'un assureur subrogé à la victime (sauf accord préalable de ce dernier de renoncer à son droit pour le montant de l'acompte versé). D'un point de vue général, la situation est insatisfaisante, et les solutions pratiques tendant à y remédier paraissent incertaines.

Suivant les suggestions de la Commission d'étude[1319], qui trouvent appui sur des opinions doctrinales[1320], les auteurs de l'avant-projet proposent l'introduction d'une règle générale s'inspirant des solutions existant en la matière. A cet

---

1314 LF sur l'aide aux victimes d'infractions du 4 octobre 1991, RS 312.5.

1315 FF 1990 II 940 ; pour un cas d'application, cf. ATF 121 II 116.

1316 FF 1991 II 263.

1317 ATF 74 II 51 ss ; ATF 86 II 295 ; SJ 1980, p. 346. Cf. aussi Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 3.8 ad art. 86 LCR ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 210.

1318 Stark E.W., Revision des Strassenverkehrsgesetzes, RSJ 1969, p. 22.

1319 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.7, p. 149.

1320 Bussy A., Responsabilité civile automobile XXII, FJS 921a, p. 15 s. ; Stark E.W., op. cit. (n. 1318), p. 22 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 210.

effet, l'art. 56*h* AP permet au tribunal de condamner la partie recherchée - la personne désignée comme responsable ou son assureur - à verser à la victime des paiements anticipés qui ne préjugent en rien la décision finale. Le tribunal disposera d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de prendre en considération les circonstances du cas. Il vérifiera notamment que les conditions d'application matérielles de la norme sont réunies. D'une part, la personne lésée aura rendu vraisemblable le bien-fondé de sa prétention, au besoin en se prévalant des dispositions qui allègent les exigences mises au fardeau de la preuve (art. 56*d* AP)[1321] ; *a fortiori* cette condition est réalisée - et il est inutile de le préciser dans la loi - lorsque la responsabilité de la personne recherchée a été reconnue par elle ou constatée par le juge (art. 56*e* AP). D'autre part, la personne lésée aura établi que sa situation économique justifie l'octroi d'avances ; ainsi en est-il notamment dans l'éventualité où elle ne bénéficie pas de prestations d'assurances privées et sociales couvrant les conséquences du fait dommageable et qu'elle ne dispose pas de revenus ou de fortune lui permettant de remédier à la précarité de sa situation (ou alors qu'on ne peut attendre d'elle qu'elle entame sa fortune, par exemple qu'elle vende une modeste maison familiale). Tant en ce qui concerne la décision de principe d'allouer une indemnisation provisoire que la fixation du montant de l'indemnité et des modalités de paiement, le juge prendra en compte divers facteurs touchant aussi bien la personne lésée (notamment sa situation sur le marché de l'emploi ou le fait qu'elle ait été victime d'un acte de concurrence déloyale, ou encore la durabilité des effets de l'atteinte dommageable) que la personne recherchée (notamment sa capacité économique et son attitude dans la procédure). De ce point de vue, il est raisonnable d'escompter que le versement d'avances à la victime du dommage puisse contribuer à accélérer le règlement des litiges.

A première vue, la règle prévue à l'art. 56*h* AP pourrait faire craindre que la personne recherchée, qui est condamnée à payer, avant même d'avoir été en mesure de faire valoir tous ses arguments, se trouve ainsi placée dans une situation défavorable, voire préjudiciable. Mais il ne faut pas méconnaître que les paiements en cause ne devront aucunement préjuger de la décision finale, ce que précise le texte légal à l'intention des juges. Et si, dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, il s'avère que le montant des avances excède celui des dommages-intérêts auxquels a droit la victime en fin de compte, la personne responsable sera évidemment habilitée à répéter le "trop-payé" selon les dispositions régissant l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO). Il n'en demeure pas moins que l'application de l'art. 56*h* AP pourrait être problématique quand la personne lésée est au bénéfice d'une assurance sociale. Le cas échéant, l'assureur est subrogé aux droits de l'assuré dès la survenance de l'éventualité assurée[1322]. La personne recherchée par la victime, disposée ou condamnée à lui faire des avances, pourrait alors légitimement redouter de devoir s'acquitter une seconde fois de la dette lors de l'exercice de la prétention récursoire par l'assureur. C'est dire que, dans une telle hypothèse, l'art. 56*h* AP ne fonctionnera correctement que si une coordination est réalisée entre le droit de la responsabilité civile et celui des assurances sociales. La Commission

---

1321 Cf. supra 2.9.4.3.

1322 Cf. art. 41 LAA, 48ter LAVS, 52 LAI, 67 LAM, 79 Projet LPGA (cf. supra n. 874).

d'étude a fait des propositions allant dans ce sens à l'intention des instances législatives oeuvrant à l'élaboration de la Partie générale du droit des assurances sociales[1323].

La Commission d'étude avait évoqué la possibilité que le Code révisé oblige l'Etat, à l'instar de l'art. 293 al. 2 CC, à régler le versement d'avances, lorsque la personne recherchée n'est pas en mesure de satisfaire à ses dettes[1324]. Les auteurs de l'avant-projet renoncent à proposer l'introduction d'une telle règle. D'une part, ils observent que, dans la plupart des cas, la personne prise à partie par le lésé est un assureur, donc *a priori* un débiteur solvable. D'autre part, ils considèrent qu'une telle obligation relève de la politique sociale et qu'elle n'a pas sa place dans le droit de la responsabilité civile, même si ce droit se veut à l'avenir davantage protecteur des intérêts des victimes. A cela s'ajoute le fait que des règles de droit public, comme celles régissant les assurances sociales ou l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), permettent déjà aujourd'hui - à des conditions restrictives et dans une mesure souvent limitée il est vrai - d'atténuer à brève échéance les conséquences économiques d'atteintes à l'intégrité physique ou psychique.

2.10 Conventions restrictives de responsabilité (art. 57 et 58 AP)

2.10.1 Introduction

En principe, et compte tenu de la fonction essentielle du droit de la responsabilité civile, la prétention de la victime à la réparation du dommage doit être garantie par des normes de caractère impératif. Autrement dit, l'espace laissé en ce domaine à la liberté contractuelle doit *a priori* être restreint à une dimension socialement acceptable, au risque sinon que la personne lésée soit amenée ou tentée, au gré des circonstances, à renoncer à ses droits à l'égard de tiers, et se trouve ainsi systématiquement "laissée pour compte" sur le plan civil[1325].

Depuis plus d'un siècle, par des dispositions générales ou spéciales, le législateur a affiché sa détermination de circonscrire en ce domaine l'autonomie de la volonté. Sans parler des limites générales posées par le droit commun, Oftinger[1326] nous rappelle en effet qu'une des toutes premières lois spéciales - celle sur la responsabilité civile des fabricants de 1881/1887[1327] - contenait déjà des restrictions aux clauses de responsabilité et d'indemnisation. Par la suite, au fil des décennies, d'autres dispositions sectorielles ont vu le jour.

En accord avec les propositions de la Commission d'étude, les auteurs de l'avant-projet jugent indispensable que les art. 41 ss CO contiennent sur ce point une réglementation spécifique, à vocation générale. Cette réglementation

---

1323 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/2.2, p. 171 s. ; cf. aussi supra 1.2.2.2.5.5.

1324 Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.7, p. 150.

1325 Cf. supra 1.2.2.1.2, 1.2.2.2.5.2 et 1.2.2.2.6. Cf. aussi Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/13.2, p. 153.

1326 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 462 s.

1327 Art. 10, in : ROLF V.510 et art. 9 al. 2, in : ROLF X.196 ; supra 1.1.1.1., n. 9.

appréhendera deux sortes de conventions susceptibles d'être préjudiciables à la victime : il s'agit d'une part des conventions exclusives ou limitatives de responsabilité antérieures à la survenance du fait dommageable (art. 57 AP) ; il s'agit d'autre part des conventions d'indemnisation manifestement insuffisante postérieures à la survenance du fait dommageable (art. 58 AP). Par souci d'unification, ces règles s'appliqueront en principe à toutes les responsabilités, quel que soit leur fondement. S'agissant de leur contenu, les art. 57 et 58 AP reprennent, souvent en les généralisant, les solutions du droit actuel.

Pour le reste, et conformément aux conclusions de la Commission d'étude[1328], les auteurs de l'avant-projet ne jugent pas nécessaire de réglementer les déclarations unilatérales d'exclusion de responsabilité ou d'autres conventions touchant d'une manière ou d'une autre la responsabilité civile. On pense notamment ici aux conventions stipulées avant la survenance du fait dommageable, qui étendent la responsabilité d'un partenaire contractuel au-delà des exigences légales ; on songe aussi aux conventions passées entre les coresponsables après la survenance du fait dommageable, qui modifient la répartition interne de la dette solidaire.

2.10.2 Exclusion ou limitation de la responsabilité (art. 57 AP)

Il n'est pas rare que les parties au contrat - c'est évidemment l'hypothèse de loin la plus courante - conviennent de déroger au régime légal de la responsabilité civile, pour le cas où l'une d'elles aurait à répondre envers l'autre. Ainsi, l'un des partenaires déclare vouloir n'assumer qu'une responsabilité restreinte (à un certain montant, à certains postes du dommage, à certains faits dommageables, à une certaine durée)[1329], voire être libéré de toute responsabilité. Ces clauses limitent ou excluent l'obligation de réparer à l'avance, c'est-à-dire avant la survenance d'un fait dommageable, à tout le moins avant que la victime n'ait eu connaissance de l'existence d'un dommage. Elles sont généralement stipulées par écrit et figurent souvent dans des conditions générales préalablement formulées. Elles sont parfois convenues en échange d'un prix bas, ou d'un risque élevé, ou encore d'une prestation supplémentaire du partenaire qui peut se prévaloir de la clause.

Il n'est guère besoin de démontrer que les clauses limitant ou excluant la responsabilité sont susceptibles d'être gravement préjudiciables à la personne lésée. Aussi n'est-il pas étonnant que plusieurs lois spéciales déclarent nulles ce genre de clauses, et cela sans exceptions[1330]. Pour les autres domaines que ceux spécialement appréhendés par ces lois, la liberté des parties de modifier le régime légal applicable n'est pas sans bornes. Elle est en effet restreinte par l'art. 8 LCD, qui régit les conditions générales abusives, mais qui est d'application très limitée, ainsi que par certaines dispositions du droit commun.

1328 Rapport, op. cit. (n. 39), V/13.1, p. 150 s. et les réf. cit.

1329 Cf. Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 464 s.

1330 Cf. art. 16 LRespC, 39 LIE, 87 al. 1 LCR, 8 al. 1 LRCN, 8 LRFP. Ces règles, à plus forte raison, valent pour les déclarations unilatérales limitatives ou exclusives de responsabilité ; cf. sur ce point Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 464 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 12, N. 6 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 213.

Il s'agit d'une part des art. 100 et 101 CO, selon lesquels le débiteur ne peut se libérer par avance de sa responsabilité que pour une faute légère (sous réserve des cas de l'art. 100 al. 2 CO) ou pour la faute d'un de ses auxiliaires (sous réserve des cas de l'art. 101 al. 3 CO). Il s'agit d'autre part des art. 27 CC et 19 al. 2 et 20 CO, en vertu desquels un engagement qui limite excessivement la liberté personnelle est contraire aux moeurs et donc nul. Selon un courant d'opinions, tel pourrait être le cas de la renonciation anticipée à demander réparation d'un préjudice corporel[1331].

Dans le contexte envisagé ici d'un cumul (ou concours) de responsabilités, une question reste aujourd'hui controversée. Elle revient à se demander si une clause restrictive de responsabilité - supposée valable - produit ses effets sur le plan extracontractuel. La doctrine majoritaire l'admet, en faisant valoir que si tel n'était pas le cas, la clause serait pratiquement souvent vidée de son contenu[1332]. Certains sont d'avis qu'on ne peut, sans autre examen, donner une réponse affirmative à la question posée ; en cas de doute, il faut procéder à une interprétation de la volonté des parties[1333]. Un courant minoritaire de la doctrine nie qu'une convention exclusive ou limitative de responsabilité s'applique à l'action délictuelle en dommages-intérêts. Il invoque l'inadmissibilité à s'exonérer par avance des conséquences d'un acte illicite, ainsi que l'indépendance des actions[1334]. Quant au TF, ce n'est que récemment qu'il s'est rallié à l'opinion dominante, en admettant l'effet général de l'exclusion conventionnelle de la responsabilité[1335].

Lors de ses travaux, la Commission d'étude a constaté que la question des conventions restrictives de responsabilité avait en pratique une importance considérable, et qu'elle soulevait des problèmes épineux et controversés. Elle a exprimé l'avis que cette question méritait une réponse législative qui, suivant la tendance observée en Suisse et à l'étranger[1336], devrait conduire à limiter dans une certaine mesure la validité de tels accords. A cet effet, elle a proposé plusieurs variantes plus ou moins restrictives, qui ont été exposées plus haut[1337].

Les auteurs de l'avant-projet sont pleinement convaincus de la nécessité d'une réglementation spécifique au droit de la responsabilité civile. Cette réglementation résoudrait la controverse actuelle sur l'effet au plan délictuel des restric-

---

1331 Tercier P., op. cit. (n. 185), p. 265 ss ; Lörtscher T., Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, thèse Zurich 1977, p. 221 s.

1332 Becker H., op. cit. (n. 51), n. 4 Vorbem. Art. 41-61 CO ; Bucher E., op. cit. (n. 294), p. 337 s.

1333 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 489 s. ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 213.

1334 Cavin P., La vente-L'échange-La donation, in : Traité de droit privé suisse, VII.1.1., Fribourg 1978, p. 111 ; Perrin J.-F., La limitation de la responsabilité civile en droit suisse, SJ 1973, p. 211.

1335 ATF 107 II 168 ; ATF 111 II 480 ; ATF 120 II 61.

1336 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 468 et les réf. cit. ; Ghestin J. (dir.), Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990, Paris 1991 (diverses contributions).

1337 Cf. supra 1.2.2.2.6.1. ; cf. aussi Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/13.2, p. 153 ss.

tions conventionnelles à l'obligation de réparer. Elle s'appliquerait sans autre aux responsabilités résultant de la violation positive d'un contrat, selon le principe posé à l'art. 42 AP, mais également à toute responsabilité consécutive à l'inexécution d'un contrat, en vertu de la règle-renvoi désormais élargie de l'art. 99 al. 3 CO[1338].

Sur le fond, les auteurs de l'avant-projet s'inspirent des propositions de la Commission d'étude, tout en renonçant d'emblée à la solution la plus radicale qui est retenue aujourd'hui dans certaines lois spéciales et qui consiste à déclarer nulles, sans aucunes exceptions, les clauses excluant ou limitant la responsabilité. Ils sont en effet conscients qu'une telle solution, même si elle présente l'avantage de la clarté et de la simplicité, se heurterait à des griefs péremptoires, d'ordre politique et économique. Aussi préconisent-ils une réglementation différenciée suivant la nature du bien atteint. On retrouve ici l'idée d'une hiérarchie des biens juridiques, dont certains, comme l'intégrité corporelle, sont dignes de la protection juridique la plus complète en raison de la valeur sociale qui leur est attribuée[1339].

L'art. 57 AP s'applique à n'importe quelle hypothèse fondant une obligation de réparer et son alinéa 1 dispose que toute convention excluant ou limitant par avance la responsabilité pour une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne ou pour une atteinte à l'environnement est nulle. Les biens juridiques visés ici sont à proprement parler existentiels à l'homme et à la vie terrestre. Une valeur supérieure leur est reconnue par l'ordre juridique, depuis longtemps pour ce qui touche la vie et l'intégrité physique de l'individu, plus récemment en ce qui concerne l'environnement naturel[1340]. Il paraît logique que cette reconnaissance trouve un prolongement en droit de la responsabilité civile, et qu'en cas d'atteinte, les effets dommageables puissent *a priori* toujours donner lieu à réparation, sans que la victime se fasse opposer avec succès une déclaration de renonciation antérieure. D'ailleurs, compte tenu du caractère indéterminé de ce genre d'atteintes, la personne qui fait une telle déclaration est le plus souvent dans l'impossibilité d'évaluer la portée de son engagement, ce qui fait sérieusement douter de la validité du consentement. En doctrine, une telle argumentation a peu à peu fait son chemin, en Suisse comme à l'étranger[1341]. Elle a encore trouvé une concrétisation expresse tout récemment sur le plan législatif ; l'art. 16 al. 1 de la LF sur les voyages à forfait du 18 juin 1993 dispose en effet que la responsabilité pour les dommages corporels résultant de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat ne peut pas être limitée par convention[1342].

S'agissant des autres atteintes que celles visées à l'art. 57 al. 1 AP, les auteurs de l'avant-projet partent du principe - qui est exprimé en termes généraux à l'art. 19 al. 1 CO - que les parties au rapport juridique sont libres d'exclure ou

---

1338 Cf. supra 2.2.2.3 et 2.2.2.4.

1339 Cf. supra 2.3.2.1. et 2.3.3.3.

1340 Cf. supra 2.3.2.2.5.

1341 Tercier P., op. cit. (n. 185), p. 265 ss et les réf. cit..

1342 RS 944.3.

de limiter conventionnellement l'obligation de réparer de l'une d'elles. Pourtant, ils sont d'avis que, même pour ce genre d'atteintes, la liberté contractuelle ne saurait être donnée sans restrictions. Il est en effet des cas où il serait contraire au sentiment de la justice que la victime potentielle d'un préjudice renonce par convention au bénéfice de la loi, et cela même si cette renonciation est circonscrite à la réparation des dommages matériels et purement économiques. En ce sens, l'art. 57 al. 2 AP énonce qu'une telle convention est nulle dans quatre hypothèses, qui toutes constituent déjà aujourd'hui des restrictions légales à l'autonomie de la volonté, en dépit de formulations et de conditions d'application quelque peu différentes :

a. *Lorsque l'auteur du dommage a commis une faute grave.* L'hypothèse est visée à l'art. 100 al. 1 CO. Dans le texte proposé, il n'est pas nécessaire de mentionner le dol, qui entre dans le concept de faute grave et n'a pas ici de signification propre. Il n'est pas non plus indispensable de préciser qu'une clause excluant ou limitant l'obligation de réparer en cas de faute légère n'est admissible que si le débiteur répond d'une faute, et non pas lorsqu'il est tenu d'une responsabilité objective. Une telle interprétation trouve une justification logique, en ce sens que la responsabilité objective fait par définition abstraction de la faute ; la prise en compte de la faute - fût-elle seulement légère - de l'auteur du fait dommageable pour restreindre son obligation d'indemniser irait à l'encontre du but essentiel que visent les dispositions fondant une responsabilité purement causale[1343]. Une telle interprétation trouve également une justification systématique, dans la mesure où certaines lois instituant une responsabilité objective excluent sans aucune exception les clauses restreignant l'obligation de réparer[1344]. A ces motifs s'ajoute encore le principe rappelé ci-dessus, selon lequel la prétention de la victime à la compensation du dommage doit être garantie dans une très large mesure par des normes de caractère impératif, et cela d'autant plus lorsque la responsabilité est déconnectée de la faute et découle donc directement de la loi[1345].

b. *Lorsque la personne lésée se trouve au service de la personne responsable.* L'hypothèse est aujourd'hui posée à l'art. 100 al. 2 CO (ainsi qu'à l'art. 101 al. 3 CO), qui donne au juge un pouvoir d'appréciation. Pour les auteurs de l'avant-projet, cette réserve est inconciliable avec la *ratio* et le caractère impératif de la règle ; il convient ici d'y renoncer.

c. *Lorsque la responsabilité découle d'une activité soumise à autorisation ou concédée par l'autorité*. L'hypothèse est de nos jours prévue à l'art. 100 al. 2 CO (ainsi qu'à l'art. 101 al. 3 CO) ; on admet qu'elle vise non seulement les activités résultant d'une "industrie concédée", mais plus largement toutes celles qui sont autorisées officiellement[1346]. Ici aussi, et pour la même

---

1343 Yung W., La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé suisse, in : Etudes et articles, Genève 1971, p. 151 s.

1344 Cf. supra les réf. cit. en n. 1330.

1345 Cf. supra les réf. cit. en n. 1325 ; cf. aussi dans ce sens Deutsch E., Allgemeines Haftungsrecht, 2ème éd., Cologne/Berlin/Bonn/Munich 1996, p. 390 ss.

1346 Stauder B., Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Droit suisse, Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990, Paris 1991, p. 117.

raison que celle décrite plus haut, il se justifie de supprimer le pouvoir d'appréciation du juge. D'ailleurs, et à plus forte raison, la restriction en cause devrait s'appliquer par analogie aux cas où la personne qui exerce l'activité visée par la présente disposition a exclu ou limité unilatéralement sa responsabilité en édictant un règlement, ainsi que le précisent depuis longtemps l'art. 16 LRespC et l'art. 39 LIE[1347].

d. *Lorsque la clause figure dans des conditions générales préimprimées*. L'hypothèse est visée spécialement dans le droit du bail à l'art. 256 al. 2 lit. a CO et, sous la forme d'une règle générale, à l'art. 8 LCD ; cette disposition, en posant comme condition que la clause préformulée doive être de nature à induire le consommateur en erreur, est d'application trop restrictive, comme la doctrine quasi unanime l'a relevé, et ainsi que l'inanité de la jurisprudence en témoigne[1348]. Compte tenu de cette critique et du caractère généralement onéreux des clauses restrictives de responsabilité, les auteurs de l'avant-projet proposent un texte simplifié et qui, à l'instar de l'art. 256 al. 2 lit. a CO, ait en la matière une portée plus étendue que celle de l'art. 8 LCD. Ce faisant, et comme cette dernière disposition le prévoit, ils renoncent à limiter la portée de la restriction légale aux seules clauses touchant les consommateurs ; en outre, ils tiennent à rappeler qu'aujourd'hui comme demain, rien n'empêchera les parties de restreindre la responsabilité de l'une d'elles par une clause spécialement discutée, mais évidemment dans les limites de la loi.

Pour chacune des hypothèses prévues à l'art. 57 al. 2 AP, la justification d'une restriction à l'autonomie de la volonté est différente : pour la première hypothèse, c'est la manière inexcusable dont la personne responsable a causé l'acte dommageable, au mépris des intérêts de la victime ; pour la deuxième et la troisième hypothèses, c'est la position dominante d'un cocontractant, dont on présume qu'il peut profiter pour imposer à l'autre une renonciation anticipée à ses droits ; pour la quatrième hypothèse, c'est la façon dont la convention a été conclue, au moyen d'une formule préimprimée, établie unilatéralement par une partie et utilisée généralement dans le contexte d'un contrat d'adhésion. Pour toutes ces hypothèses, en fin de compte, c'est bien la volonté de mieux protéger la personne lésée - souvent la partie faible au rapport juridique - qui légitime ici des limitations apportées à la liberté contractuelle.

Par l'effet de la règle-renvoi de l'art. 99 al. 3 CO, dont le texte est modifié et la portée étendue[1349], la réglementation proposée à l'art. 57 AP conduit à la suppression des dispositions actuelles prévues aux art. 100 et 101 al. 2 et 3 CO. S'agissant en particulier de l'art. 100 al. 3 CO, dont il n'est pas question plus haut, il réserve des dispositions particulières de la LCA. A vrai dire, cette réserve n'a pas sa place dans le droit de la responsabilité civile, car elle vise des clauses qui limiteraient l'obligation de l'assureur d'exécuter sa prestation

---

1347 Cf. sur ce point Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 12, N. 6.

1348 Cf. Dessemontet F., Le contrôle judiciaire des conditions générales, in : La nouvelle LCD, Lausanne 1988, p. 69 ss ; Baudenbacher C., Was soll noch Art. 8 UWG ?, SAG 1987, p. 114 ; Stauder B., op. cit. (n. 1346), p. 125 s. Cf. aussi ATF 117 II 332 ; SJ 1992, p. 170 ; cf. pourtant ATF 119 II 445 ss.

1349 Cf. supra 2.2.2.4.

contractuelle, notamment en cas de faute légère de l'ayant droit (art. 14 al. 4 combiné avec art. 98 LCA). Elle ne touche en revanche pas les clauses restrictives de responsabilité consécutives à la violation d'une obligation du contrat d'assurance[1350].

2.10.3 Transaction (art. 58 AP)

Dans le domaine de la responsabilité civile, la très grande majorité des cas se résolvent par un règlement transactionnel, qui le plus souvent est passé entre la victime et l'assureur de la personne responsable. En pratique, ce règlement intervient par la conclusion d'une "convention d'indemnisation" ou par la signature d'une "quittance pour solde de compte", que le TF qualifie de transaction extrajudiciaire, soit "d'acte destiné à mettre un terme à l'incertitude touchant un rapport de droit moyennant des concessions réciproques"[1351]. Il faut y voir un contrat innommé qui, en cas de vice, peut être attaqué par les moyens classiques du droit commun, c'est-à-dire par l'art. 20 CO en cas d'illicéité ou de contrariété aux moeurs, par l'art. 21 CO en cas de lésion, par les art. 23 ss CO en cas de vices du consentement et par l'art. 2 al. 2 CC en cas d'abus manifeste de droit[1352]. L'une et l'autre des parties à la transaction sont habilitées à se prévaloir de ces moyens, par exemple la victime qui a ignoré une complication imprévisible de son état de santé ou le responsable qui a signé une reconnaissance de responsabilité erronée. Le moyen devrait être en principe invoqué par voie de procédure en cas de transaction judiciaire, lorsque celle-ci a donné lieu à une décision qui met fin au procès et bénéficie de l'autorité de la chose jugée[1353].

Plusieurs lois spéciales complètent les règles générales par une disposition qui permet à la victime du dommage d'annuler toute convention fixant une indemnité manifestement insuffisante (art. 17 LRespC, 87 al. 2 LCR, 8 al. 2 LRCN). Tel est le cas lorsqu'il existe une disproportion évidente - appréciée globalement, c'est-à-dire sans distinguer le dommage patrimonial et le tort moral - entre l'indemnité convenue et celle à laquelle le lésé aurait droit. A cet égard, il y a lieu de tenir compte du mode de liquidation du litige, rapide et dénué des aléas inhérents à un procès. Quant aux motifs de l'insuffisance de l'indemnité, ils pourront résider dans un mauvais calcul du préjudice ou une appréciation erronée de la responsabilité[1354]. Le cas échéant, la victime sera en droit d'annuler la transaction dans le délai péremptoire d'un an (art. 87 al. 2 LCR) ou

---

1350 Wiegand W., in : Obligationrecht, I, 2ème éd., Bâle 1996, n. 12 ad art. 100 OR et les réf. cit.

1351 ATF 111 II 350. Cf. aussi Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 12, N. 18 s.

1352 Cf. sur ce point Gauch P., Der aussergerichtliche Vergleich, in : Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von W.R. Schluep, Zurich 1988, p. 19 ss ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 3 ad art. 87 LCR ; Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 474 ss ; ATF 99 II 372 ; ATF 105 II 277 s.

1353 ATF 105 II 277 s. et les réf. cit. ; ATF 110 II 46 ss.

1354 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 470s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 12, N. 24 ss ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 2.5 ad art 87 LCR ; ATF 99 II 372 s.

de trois ans (art. 8 al. 2 LRCN) à compter de la conclusion, avec effet de faire renaître ses droits[1355].

Les dispositions spéciales en question concrétisent le principe posé à l'art. 21 CO en cas de lésion, abstraction faite de l'élément subjectif. Elles ont généralement été bien accueillies par la doctrine[1356]. A côté de leur aspect préventif, elles permettent en effet à la victime de rétablir l'équilibre contractuel. Il est pourtant regrettable que le TF, dans les rares arrêts portés à notre connaissance, ait fait montre d'autant de sévérité[1357]. L'argument de logique formelle, selon lequel une règle d'exception est d'application restrictive, est contestable, en tout cas lorsque la disposition en question vise à protéger spécialement les intérêts d'une partie, comme c'est le cas ici[1358].

Comme la Commission d'étude[1359], les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que la règle prévue aujourd'hui aux art. 17 LRespC, 87 al. 2 LCR et 8 al. 2 LRCN est susceptible de rendre de bons et justes services. Mais il n'y a aucune raison valable de ne pas la généraliser à l'avenir, ni aucun motif pertinent de ne pas unifier les délais d'annulation[1360]. De même, il se justifie d'en élargir quelque peu le champ d'application.

Selon l'art. 58 AP, toute convention qui, postérieurement à la survenance du fait dommageable, stipule une renonciation à toute réparation ou qui fixe une indemnité manifestement insuffisante, peut être invalidée dans le délai d'une année à partir du jour où la personne lésée pouvait raisonnablement se rendre compte de son erreur. Il s'agit là d'un cas particulier d'erreur sur les motifs, mais en l'occurrence l'erreur n'a pas à être essentielle, au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO ; elle peut aussi être invoquée par la personne lésée, lors même que le point sur lequel elle porte n'aurait pas été spécialement discuté par les parties à la transaction.

Comme on le constate, le texte proposé appréhende largement n'importe quelle convention passée entre la victime et le responsable (ou son assureur) après la survenance du fait dommageable. Ainsi qu'on l'admet aujourd'hui, il pourra s'agir d'une transaction judiciaire ou extrajudiciaire, d'une quittance pour solde de compte ou d'une renonciation à demander réparation (dans le sens

---

1355 L'art. 17 LRespC ne fixant pas de délai, c'est celui de l'art. 14 LRespC qui s'applique ; Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 473 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 12, N. 40.

1356 Gauch P., op. cit. (n. 1352), p. 23 s. ; Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 2.1 ad art. 87 LCR ; Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 265 N. 1579 ; *contra* Merz H., in : RJB 1975, p. 104 s.

1357 Cf. par exemple ATF 99 II 372 ss, où l'indemnité représentant en gros les deux tiers de celle à laquelle la victime aurait eu droit "dans la meilleure des hypothèses" n'a pas été jugée insuffisante. Cf. aussi ATF 109 II 348 s., ainsi que Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 12, N. 42.

1358 Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 268 N. 1588 ; Meier-Hayoz A., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, I, Einleitung, Art. 1-10 CC, Berne 1966, n. 191 ad art. 1 CC.

1359 Rapport, op. cit. (n. 39), V/14, p. 155.

1360 Une solution sur ce point différente dans le domaine nucléaire ne trouve pas de justification.

d'une remise de dette au sens de l'art. 115 CO)[1361]. S'agissant de la sanction, l'art. 58 AP parle en terme d'invalidation, et non plus d'annulation, et cela pour se conformer à la théorie de l'invalidité qui est applicable aujourd'hui en matière de vices du consentement[1362]. Il prévoit un délai - péremptoire - d'un an, non plus dès le jour de la conclusion de la transaction, mais dès le jour où la personne lésée pouvait raisonnablement se rendre compte de son erreur. La relativisation du point de départ du délai en cause tend d'une part à favoriser la situation juridique de la victime, mais aussi à coordonner la solution avec celle qui est applicable en matière de vices du consentement (art. 31 al. 2 CO) ; la formulation quelque peu différente vise à rendre attentive la victime au devoir particulier de diligence que commande ici le principe de la bonne foi (art. 3 CC)[1363].

S'agissant du moment déterminant auquel le tribunal doit se placer pour juger si les conditions matérielles de la règle sont remplies, et si notamment l'indemnité convenue était manifestement insuffisante, la question est aujourd'hui controversée. Pour une partie de la doctrine, qui veut améliorer la position de la personne lésée, ce moment doit être celui du jugement en invalidation[1364]. Pour le TF, ce moment est celui de la conclusion de la transaction[1365]. Pour les auteurs de l'avant-projet, cette dernière thèse emporte la conviction. Comme le TF le souligne à propos de l'art. 87 al. 2 LCR, "la comparaison qu'implique cette disposition entre l'indemnité convenue et l'indemnité justifiée doit porter sur des éléments comparables, c'est-à-dire considérés à la même date"[1366]. Il y va de la sécurité juridique. Il en résulte que la victime qui se prévaut de l'art. 58 AP ne peut qu'invoquer des faits qui existaient au moment de la transaction, soit des circonstances connues, censées être connues ou prévisibles. Elle ne saurait en revanche alléguer des faits qui se sont produits postérieurement à la conclusion de la transaction, soit des circonstances qui étaient inconnues des parties et n'entraient pas dans leurs prévisions (exemple : le lésé développe une infirmité imprévisible ou meurt, de manière surprenante, des suites de l'accident). Dans une telle éventualité, la victime n'est pas admise à se plaindre d'une erreur, dans la mesure où une personne ne peut se tromper que sur ce

---

1361 Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), n. 2.2 et 3.1 ad art. 87 LCR ; Schaffhauser R./Zellweger J., op. cit. (n. 437), p. 265 N. 1580 ; Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 469 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 12, N. 21. S'agissant de l'invalidation d'une transaction judiciaire, le TF a admis que le droit cantonal de procédure puisse y poser des conditions particulières (notamment formelles et temporelles), pourvu que celles-ci ne fassent pas obstacle à l'application du droit fédéral (ATF 110 II 46 ss et les réf. doctrinales citées, qui démontrent que la question est aujourd'hui controversée).

1362 Selon la théorie de l'invalidité (Ungültigkeitstheorie), le contrat invalidé ne développe aucun effet dès le départ ; cf. sur ce point ATF 114 II 142 s., et les réf. cit.

1363 La Commission d'étude n'avait pas envisagé cette solution ; cf. Rapport, op. cit. (n. 39), V/14, p. 156.

1364 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 472 ; Schaffhauser R./Zellweger R., op. cit. (n. 437), p. 266 N. 1582.

1365 ATF 99 II 372 ; ATF 109 II 348 s. Dans ce sens également : Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 12, N. 32.

1366 ATF 99 II 372.

qu'elle connaît, ou sur ce qu'elle prévoit avec un certain degré de certitude. Elle ne sera pas démunie de moyens juridiques pour autant. Ainsi sera-t-elle en droit d'invoquer une modification essentielle des circonstances, au sens de la *clausula rebus sic stantibus* ou de la théorie de l'imprévision, qu'on déduit des règles de la bonne foi (art. 2 CC)[1367]. Et si, au moment de la transaction, elle a renoncé à élever d'autres prétentions à l'encontre du responsable, comme cela se fait souvent, la personne lésée pourra arguer que sa déclaration ne visait que les droits dont elle se savait titulaire, ou dont elle envisageait l'acquisition comme une possibilité, en conformité du principe de la confiance. Le cas échéant, elle n'aura même pas à attaquer la transaction conclue antérieurement. Il lui suffira d'élever des prétentions nouvelles, sous réserve de l'exception de prescription que lui opposerait la personne recherchée en réparation[1368].

1367 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 476 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 12, N. 55 ; ATF 99 II 372.

1368 Oftinger K., op. cit. (n. 28), p. 474 s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), I, § 12, N. 46 ss ; ATF 100 II 45.

3 Dispositions spéciales de l'avant-projet (art. 59 à 61a)

3.1 Présentation du système

3.1.1 En général

Suivant la classification tripartite qu'on opère traditionnellement, on distingue aujourd'hui la responsabilité découlant d'un comportement fautif, les responsabilités objectives aggravées rattachées à un risque spécifique et les responsabilités objectives simples liées à une situation impliquant un devoir particulier de diligence[1369]. Dans le droit actuel, les responsabilités objectives reposent toutes sur des dispositions spéciales. Suivant les cas, ces dispositions sont comprises dans le Code civil (comme aux art. 333 ou 679), dans le Code des obligations (comme aux art. 55, 56 ou 58) ou encore dans des lois spéciales[1370].

A l'avenir, et nonobstant l'introduction de deux nouvelles clauses générales, le système suisse de la responsabilité ne sera pas, comme tel, modifié de façon radicale. Il en résulte que subsisteront des hypothèses spéciales fondant une obligation de réparer, qui sont justifiées par leur spécificité propre, mais aussi par la conception dite de la *Petite Solution* retenue pour le régime de la responsabilité pour risque[1371]. Cela est vrai en tout cas pour les responsabilités objectives aggravées. Quant aux responsabilités objectives simples, la Commission d'étude s'est interrogée si, en raison de leur nature hybride, elles devaient encore avoir leur place dans notre législation ; en d'autres termes, si elles ne seraient pas demain tout simplement couvertes, suivant les circonstances, par l'une ou l'autre des clauses générales, à défaut d'une disposition spéciale applicable[1372]. Pour leur part, les auteurs de l'avant-projet n'étaient pas loin d'en proposer l'abrogation. Ils y ont finalement renoncé, compte tenu que, pour la plupart, les dispositions en question sont profondément ancrées dans la tradition juridique helvétique, et qu'en général leur application ne soulève pas en pratique de grandes difficultés.

L'option ainsi choisie ne saurait pourtant être interprétée comme un refus de tout changement en matière de responsabilités objectives simples. Tout d'abord, il faut rappeler que l'art. 55 CO verra son champ d'application être généralisé à l'avenir (art. 49 et 49*a* AP)[1373]. Ensuite, il est proposé que la preuve libératoire de la diligence, prévue dans la loi sur la radioprotection (art. 39 al. 1), soit abrogée[1374]. Par ailleurs, si les règles posées aux art. 333 et 679

1369 Cf. supra 1.2.2.1.3.

1370 Cf. infra 4.2.

1371 Cf. supra 2.4.4.2.

1372 Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), III/3.2, p. 25 s. ; cf. aussi supra 1.2.2.1.3 et 1.2.2.3.1.

1373 Cf. supra 2.4.3.2.

1374 Cf. supra 1.1.2.2, infra 4.2.47.

CC doivent pouvoir subsister en l'état et à leur emplacement[1375], les autres hypothèses de responsabilités objectives instituées aux art. 54 à 59 CO sont toutes, d'une manière ou d'une autre, touchées par la réforme. Ainsi, la norme exprimée à l'art. 54 CO est désormais conçue comme une exception à la responsabilité pour faute et, comme c'est le cas de l'art. 55 CO, elle est rangée dans les dispositions générales (art. 48*b* AP)[1376]. Quant aux règles régissant la responsabilité du détenteur d'animal (art. 56 et 57 CO) et du propriétaire d'ouvrage (art. 58 et 59 CO), elles sont corrigées pour mieux prendre en considération leur fondement et les analogies nécessaires avec les nouvelles clauses générales de responsabilité indépendantes de la faute. Enfin, les dispositions spéciales s'enrichissent de deux normes de responsabilité objective formellement nouvelles, qui l'une et l'autre instituent une obligation de réparer pour fait licite[1377].

En ce qui concerne l'ordonnance des articles dans le Code, les auteurs de l'avant-projet jugent opportun d'opérer une subdivision en deux sous-chapitres, suivant qu'il s'agit de dispositions générales ou spéciales. Certes, il est de ce point de vue légitime de regretter que les dispositions spéciales en la matière continuent d'être disséminées dans le Code civil, dans le Code des obligations et dans des lois spéciales. Il faut y voir une conséquence du refus de créer un "Code de la responsabilité civile", qui aurait regroupé l'ensemble des normes réglementant la réparation des dommages[1378]. A cela s'ajoute la volonté de maintenir, autant que possible, l'emplacement des dispositions en question parmi les règles qui régissent leur état de fait particulier (par exemple, l'autorité domestique pour l'art. 333 CC, ou la tenue du registre du commerce pour l'art. 928 CO).

3.1.2 En particulier

Suivant l'option et l'ordonnance systématiques décrites ci-dessus, le second sous-chapitre du Chapitre II du Titre premier du Code régissant les obligations résultant de faits dommageables comprend six dispositions spéciales.

Ces dispositions sont spéciales, soit parce qu'elles dérogent à une condition générale, en instituant des cas de responsabilité pour fait licite (état de nécessité, art. 59 AP ; exercice du droit de propriété, art. 59*a* AP), soit parce qu'elles se rattachent à un état de fait particulier (fait d'un animal détenu, art. 60 et 60*a* AP ; détention d'un ouvrage, art. 61 et 61*a* AP). Les responsabilités en question sont d'une manière ou d'une autre déjà consacrées dans le droit actuel. Leur application est pour chacune d'entre elles indépendante d'une faute de la personne désignée comme responsable. C'est dire que les principes généraux

---

1375 Les auteurs de l'avant-projet renoncent notamment à proposer une "toilette" formelle de l'art. 333 CC, qui consisterait en particulier à définir le sujet de la responsabilité, non plus comme le "chef de famille", expression vieillotte, mais comme le "détenteur de l'autorité domestique". Cf. sur ce point Wessner P., La responsabilité du chef de famille et l'égalité des époux, Neuchâtel 1981, p. 122 s.

1376 Cf. supra 2.4.2.3.

1377 Cf. infra 3.2.

1378 Cf. supra 1.2.2.1.4.

applicables aux responsabilités objectives, notamment ceux qui sont posés aux art. 51 et 51*a* AP, leur sont applicables[1379].

3.2 Responsabilités en cas de faits licites (art. 59 et 59a AP)

3.2.1 Introduction

Suivant les suggestions de la Commission d'étude[1380], les auteurs de l'avant-projet proposent d'intégrer aux Dispositions spéciales du Code révisé deux hypothèses de responsabilité pour fait licite. La première est exprimée en termes généraux : comme l'actuel art. 52 al. 2 CO, elle appréhende des faits dommageables dont peut répondre une personne qui a agi en état de nécessité (art. 59 AP). La seconde se rattache en particulier à l'exercice de la propriété foncière ; elle vise les faits dommageables dont peut répondre le propriétaire d'un fonds qui, en exerçant son droit sans violer une injonction ou une interdiction de l'ordre juridique, cause à son voisin des nuisances excessives (art. 59*a* AP) ; il s'agit de la codification d'une jurisprudence que le TF a instauré il y a une trentaine d'années.

Les règles prévues aux art. 59 et 59*a* AP présentent des caractéristiques communes, qui justifient leur proximité systématique[1381]. Comme déjà dit, elles fondent l'une et l'autre une obligation de réparer qui est indépendante de la faute. Au surplus, elles accordent toutes deux un pouvoir d'appréciation au tribunal, qui touche autant le principe de l'indemnisation que son montant éventuel. Enfin, et surtout, elles constituent des exceptions au principe, selon lequel seuls peuvent donner lieu à réparation les faits dommageables illicites, c'est-à-dire les faits qui portent atteinte à un droit protégé par l'ordre juridique, sans que l'auteur puisse invoquer à son profit un motif justificatif. Un tel principe est doublement exprimé dans l'avant-projet. D'une part, il découle de la norme fondamentale d'imputation pour les trois chefs de responsabilité généraux (art. 41 al. 2 AP). D'autre part, il résulte de l'inscription, dans la loi, de l'illicéité en tant que condition générale de l'obligation de réparer (voir le titre marginal se rapportant aux art. 45 à 47*a* AP, et donc en particulier aux art. 46 et 46*a*)[1382].

Les faits dommageables appréhendés aux art. 59 et 59*a* AP ne sont pas illicites, quand bien même ils entraînent des conséquences dommageables pour les tiers. Ils sont au contraire licites, parce qu'ils représentent l'exercice d'un droit subjectif jugé supérieur dont le titulaire est habilité à se prévaloir. Dans de tels cas en effet, et au terme d'une pesée d'intérêts, le législateur accorde la préférence au droit d'agir de l'auteur de l'atteinte par rapport au droit de la victime de ne pas en subir les conséquences. Ainsi en va-t-il par exemple en cas

---

1379 Cf. supra 1.3.5.3, 2.4.5.1 et 2.4.5.2.

1380 Rapport, op. cit. (n. 39), III/3.2, p. 25 s.

1381 Il est vrai qu'il pourrait aussi paraître opportun que la règle proposée à l'art. 59*a* suive celle de l'art. 679 CC, dont elle s'inspire, et devienne ainsi un nouvel art. 679*a* CC.

1382 Cf. à ce sujet 2.1.1, 2.3.1 et 2.3.3.

d'exercice d'une servitude ou de légitime défense[1383]. S'agissant pourtant des faits en question ici, et lors même qu'ils sont tolérés, voire formellement autorisés par l'ordre juridique, en raison de leur nécessité, il paraît justifié qu'ils permettent d'ouvrir la voie à une indemnisation équitable, lorsqu'en certaines circonstances, et notamment au regard de l'atteinte éprouvée, l'intérêt de la victime est particulièrement digne de protection. En ce sens, les art. 59 et 59*a* AP sont des normes d'équité, comme il en existe d'autres fondant aussi des cas de responsabilité pour fait licite, en particulier dans la réglementation des droits réels[1384].

On rappellera enfin que la Commission d'étude avait discuté la possibilité d'introduire dans le droit fédéral une autre norme d'équité fondant une responsabilité pour fait licite. Cette norme aurait institué, à la charge des collectivités publiques, une obligation de réparer les dommages consécutifs à l'exercice licite de la puissance publique. Elle aurait pu se limiter à l'indemnisation du tort moral et des préjudices résultant d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique[1385]. Une telle réglementation est déjà aujourd'hui prévue dans de nombreuses lois cantonales régissant la responsabilité publique. Elle appréhende notamment les dommages causés à la suite du recours à la force publique[1386].

Les auteurs de l'avant-projet jugent inopportun d'introduire une telle mesure d'équité dans les dispositions du droit fédéral réglementant la responsabilité civile. Ils observent que la question de savoir si et dans quelle mesure une collectivité publique peut être appelée à répondre d'actes résultant de l'exercice licite de la puissance publique est éminemment politique. Quoiqu'il en soit, la réponse ne saurait être générale, au risque sinon d'entraver l'activité étatique dans son ensemble. Elle ne peut être que sectorielle, limitée à certaines tâches de puissance publique susceptibles de mettre gravement en danger les intérêts de tiers, comme c'est le cas par exemple d'une intervention policière réprimant une manifestation de rue. En bref, la réponse législative appartient prioritairement aux collectivités publiques, certes à la Confédération, mais surtout aux cantons, puisque, à ce stade, la question n'est juridiquement significative et éventuellement contraignante que pour eux. On rappellera à cet égard que, selon l'art. 43*a* al. 1 AP, les cantons sont habilités à édicter des dispositions dérogatoires au droit fédéral de la responsabilité civile pour les dommages causés dans l'exercice de la puissance publique. Cette réserve se justifie, compte tenu de la mission de l'Etat et des tâches spécifiques qui lui sont confiées, notamment en matière de respect de l'ordre public et d'administration de la justice[1387]. Dans le prolongement, il paraît logique qu'il leur appartienne

---

1383 Desax M., Haftung für erlaubte Eingriffe, Fribourg 1977, p. 11 et 31 ss. Cf. aussi Ender T., Die Verantwortlichkeit des Bauherrn für unvermeidbare übermässige Bauimmissionen, Fribourg 1995, p. 117 s.

1384 Desax M., op. cit. (n. 1383), p. 61ss.

1385 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.3, p. 45 s.

1386 Cf. par exemple § 12 et 13 Haftungsgesetz, 14 septembre 1969, Zurich ; §5 Haftungsgesetz, 13 septembre 1988, Lucerne ; art. 11 et 12 Loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents, 10 mai 1978, Valais.

1387 Cf. supra 2.2.3.4.

de décider en toute souveraineté d'instaurer une responsabilité qui irait au-delà de ce qu'imposent les art. 41 ss du Code révisé, lorsque le fait dommageable entre dans l'exercice de la puissance publique, mais n'est pas illicite dans la mesure où il est commandé par le droit public[1388].

3.2.2 Etat de nécessité (art. 59 AP)

Selon l'art. 52 al. 2 CO, le "cas de nécessité" peut être défini comme le droit pour une personne de porter atteinte aux biens d'autrui pour se préserver ou préserver un tiers d'un dommage ou d'un danger imminent. Suivant les circonstances, l'auteur de l'atteinte peut être tenu de réparer le dommage subi par la victime. Sous l'angle du droit pénal, l'acte commis en état de nécessité n'est pas punissable (art. 34 CP).

L'atteinte portée par nécessité aux biens d'autrui est voulue par son auteur ; elle est donc intentionnelle[1389]. Elle est licite, en ce sens qu'elle trouve une justification dans la sauvegarde d'un intérêt jugé prépondérant à celui qui est lésé. Elle peut malgré cela conduire l'auteur à devoir indemniser la victime, en totalité ou en partie. On voit dans l'art. 52 al. 2 CO une norme d'équité fondant une responsabilité pour fait licite[1390], à l'instar d'autres dispositions de ce genre dans les domaines de la propriété foncière (art. 701 CC) et de l'aviation (art. 64 al. 2 lit. a LA). Le caractère exceptionnel des règles en question a amené la jurisprudence à poser des conditions strictes à leur application.

La responsabilité prévue à l'art. 52 al. 2 CO suppose tout d'abord l'existence d'une menace de danger pour l'auteur de l'atteinte ou pour un tiers. Le danger peut mettre en péril tout bien juridique appartenant aux personnes visées, leur vie et leur intégrité corporelle, et tout autre droit attaché à leur personnalité, mais aussi leur patrimoine, et notamment leurs choses. Mais faut-il également que le danger soit imminent, et impossible à détourner autrement, comme le précisent les art. 701 al. 1 CC et 34 CP[1391]. Tel est le cas, au regard de la jurisprudence, lorsqu'un individu pose un barrage pour détourner des eaux de pluies exceptionnelles se déversant vers un village habité, provoquant des dégâts à des terrains voisins[1392] ; mais non lorsqu'une société de téléphérique déclenche une avalanche par une charge explosive, qui a pour effet de détériorer des bâtiments, et cela dans l'unique but de reprendre l'exploitation des installations, et non pour préserver les skieurs d'un préjudice (les pistes avaient été fermées à la pratique du ski)[1393]. Dans ce dernier cas, il ne s'agit plus d'un fait dommageable justifié par un état de nécessité, mais il s'agit d'un acte illicite

---

1388 Cf. art. 46*a* al. 1 AP et supra 2.3.3.4.

1389 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 36 ad art. 52 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 302 ; ATF 100 II 129.

1390 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 291, 294, 299 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 75.

1391 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 47 ad art. 52 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 75.

1392 DC 1994, p. 109, n° 225.

1393 ATF 96 II 177.

fautif[1394]. Il en va de même évidemment lorsque c'est l'auteur de l'atteinte qui, par intention ou négligence, crée lui-même le danger[1395].

La responsabilité prévue à l'art. 52 al. 2 CO suppose également que l'atteinte aux biens d'autrui soit proportionnée au danger existant ou menaçant. C'est dire qu'elle doit être de moindre importance "en comparaison du dommage ou du danger qu'il s'agit de prévenir", ainsi que le précise l'art. 701 al. 1 CC. En ce sens, la doctrine majoritaire considère qu'un fait dommageable n'est justifié par un état de nécessité que s'il lèse les biens matériels d'un tiers, mais non sa vie, ou son intégrité physique, ou encore un autre droit de sa personnalité[1396]. Cette opinion semble être partagée par la jurisprudence[1397]. Elle se fonde notamment sur la différence rédactionnelle entre l'art. 52 al. 1 CO (qui, en cas de légitime défense, permet une atteinte à la personne et aux biens) et l'art. 52 al. 2 CO (qui, en cas de nécessité, justifie une atteinte aux seuls biens). Pour un courant minoritaire de la doctrine, la règle en question ici doit pouvoir s'appliquer largement, même dans les cas où l'atteinte touche l'intégrité physique d'autrui ; l'art. 52 al. 2 CO autorise en effet l'auteur agissant par nécessité à porter atteinte au patrimoine d'une autre personne ; or, et mis à part le tort moral, le dommage consécutif à des lésions corporelles constitue, comme tout autre dommage, une diminution du patrimoine de la victime[1398]. Les auteurs de l'avant-projet se rangent dans le courant d'opinion majoritaire et, comme cela sera précisé plus bas, ils proposent une modification rédactionnelle de la règle, qui soit susceptible de lever toute équivoque sur son champ d'application.

Lorsque les conditions d'application sont réunies, l'art. 52 al. 2 CO donne au juge le pouvoir de déterminer équitablement le montant de la réparation due par l'auteur de l'atteinte. Le juge dispose, en la matière, d'un pouvoir d'appréciation au sens de l'art. 4 CC, qui lui permet de se prononcer autant sur le principe que sur la mesure de l'indemnisation[1399]. En toute hypothèse, il prendra en compte l'ensemble des circonstances de l'affaire, comme les intérêts en présence - et singulièrement la nécessité de sauvegarder des vies humaines -, les comportements des personnes impliquées, le caractère urgent et exceptionnel

---

1394 Cf. aussi ATF 100 II 127 ss : cas d'un employé de la voirie du canton des Grisons, qui déclenche artificiellement une avalanche pour protéger une route, en se croyant à tort en état de nécessité à la suite d'une erreur excusable.

1395 Cf. art. 34 al. 1 CP ; cf. aussi Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 46 ad art. 52 CO.

1396 Von Tuhr A./Peter H., op. cit. (n. 51), p. 422 s. et n. 103 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 42 ss ad art. 52 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 75 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 16, N. 290, 297, 299.

1397 Selon le TF, l'art. 52 al. 2 CO s'applique aux atteintes aux biens mobiliers d'autrui, et l'art. 701 CC aux atteintes à la propriété immobilière ; il précise que la notion d'état de nécessité doit néanmoins être interprétée de manière uniforme (ATF 100 II 125 et les réf. cit.).

1398 Landmann V., Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht, Zurich 1975, p. 102 ; Desax M., op. cit. (n. 1383), p. 44 s.

1399 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 51 ad art. 52 CO.

de la situation, le dommage subi par la victime et sa couverture éventuelle par une assurance[1400].

Dans le droit actuel, le fait d'agir par nécessité est considéré comme un motif justificatif, c'est-à-dire comme une circonstance qui est propre à exclure l'illicéité de l'atteinte[1401]. On parle aussi de condition négative de l'illicéité. En elle-même, la règle posée à l'art. 52 al. 2 CO n'est guère discutée, et même si, par la force des choses, elle ne trouve en pratique qu'une très faible application, personne ne songe à la remettre en question. Les auteurs de l'avant-projet sont également d'avis que cette règle gardera à l'avenir sa raison d'être. Pourtant, et suivant la suggestion de la Commission d'étude[1402], ils proposent d'en faire une hypothèse particulière de responsabilité pour fait licite. Cette proposition se fonde sur une double raison. D'une part, il est utile de distinguer l'état de nécessité, qui en principe ne libère pas l'auteur de l'atteinte dommageable, des motifs justificatifs comme le consentement de la victime ou la légitime défense, qui ont pour effet d'exclure toute obligation de réparer. D'autre part, il est opportun que la loi régisse côte à côte cette responsabilité spéciale et celle de même nature qui est prévue à l'art. 59*a* AP en cas d'exercice du droit de propriété.

Pour le reste, il n'y a pas de raison de modifier radicalement la teneur et la formulation de la règle posée à l'art. 52 al. 2 CO. Cette règle paraît avoir donné satisfaction et sa flexibilité se justifie au regard de la diversité possible des cas d'application et du large pouvoir d'appréciation qu'il s'agit ici de conférer au tribunal. Certes, il faut tout de même souligner que le titre marginal de la version française du texte proposé se réfère à "l'état de nécessité", et non plus au "cas de nécessité", dans le but d'assurer une correspondance exacte avec la version allemande comme avec l'art. 34 CP. Par ailleurs, il y a lieu de relever que la règle précise quels biens d'autrui peuvent être atteints par nécessité, soit les choses et d'autres droits patrimoniaux[1403], mais non, *a contrario*, la vie ou l'intégrité corporelle. Par cette précision rédactionnelle, les auteurs de l'avant-projet entendent lever l'ambiguïté qui découle du texte actuel et la controverse qui s'y rapporte. A cet effet, ils se fondent sur le principe de la proportionnalité qui domine l'application de la règle en cause, mais aussi sur l'idée déjà exprimée à plusieurs reprises d'une hiérarchie entre les biens juridiques[1404]. Certains biens, et parmi eux avant tout les droits de la personnalité, sont dignes de la protection la plus complète, en raison de la valeur sociale supérieure qui leur est reconnue. Ils ne sauraient donc jamais être sacrifiés au nom d'un état de nécessité.

1400 Cf. notamment Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 54 ss ad art. 52 CO ; DC 1994, p. 109, n° 225 ; ATF 100 II 130 ss.

1401 Cf. supra 2.3.3.4.

1402 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.3, p. 45 ; cf. aussi 1.2.2.1.8.

1403 On vise ici par exemple le cas du travailleur qui abandonne temporairement son emploi pour porter secours à un tiers en danger.

1404 Cf. supra 2.3.2.1 (formes et catégories de dommages), 2.3.3.3 (définition de l'illicéité), 2.10.2 (exclusion et limitation de la responsabilité).

3.2.3 Exercice du droit de propriété (art. 59a AP)

Aux termes de l'art. 641 al. 1 CC, "le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi". S'agissant de la propriété foncière, certaines limites - de plus en plus nombreuses - sont fixées par le droit public de la Confédération et des cantons, en particulier par les règles qui régissent l'aménagement du territoire, la protection de l'environnement, l'expropriation, la santé publique ou la police des constructions[1405]. Mais d'autres restrictions sont posées par le droit privé, et singulièrement par la réglementation sur les rapports de voisinage (art. 684 ss CC) ; ces dernières dispositions définissent "les limites de la tolérance que se doivent les voisins eu égard à l'usage local, à la situation et à la nature des immeubles" (art. 684 al. 2 CC).

Selon l'art. 679 CC, "celui qui est atteint ou menacé d'un dommage parce qu'un propriétaire excède son droit, peut actionner ce propriétaire pour qu'il remette les choses en l'état ou prenne des mesures en vue d'écarter le danger, sans préjudice de tous dommages-intérêts". Outre les actions en cessation et en prévention de trouble, cette disposition permet au voisin qui est entravé dans l'utilisation, la jouissance ou l'exploitation de son fonds, et qui subit de ce fait un préjudice, de réclamer une indemnisation au propriétaire qui excède son droit. La qualité pour agir appartient au propriétaire d'un immeuble voisin, mais aussi à celui qui en a la possession en vertu d'un droit réel limité ou d'un droit personnel, d'un bail par exemple[1406]. A cet égard, le fonds voisin n'est pas nécessairement contigu à celui du propriétaire en cause. Il peut en être plus ou moins éloigné[1407]. Quant au sujet de la responsabilité, il s'agit du propriétaire du fonds qui est à l'origine des nuisances ; selon la jurisprudence, il peut s'agir aussi de toute personne qui exerce sur le fonds incriminé une maîtrise effective, comme le titulaire d'un droit réel restreint ou même le locataire ou le fermier[1408].

La responsabilité instituée à l'art. 679 CC suppose un excès dans l'exercice du droit de propriété, soit une violation des limites que la loi pose au droit de propriété, qu'il s'agisse des limites fixées par le droit fédéral (art. 684 ss CC) ou par le droit cantonal (réservé par les art. 686 et 688 CC). L'excès doit avoir pour origine un comportement humain, comme peuvent l'être la construction d'un ouvrage provoquant un éboulement de terrain ou des émanations polluantes en tout genre. Pour en juger, il faut se baser sur les circonstances concrètes du cas. Plus précisément, il convient d'examiner l'ampleur des nuisances subies par la victime et de vérifier si, objectivement, elles dépassent le seuil de tolérance dont les voisins doivent faire preuve en l'espèce, au regard des conditions locales et des intérêts en cause[1409]. Si les nuisances sont jugées excessives, l'atteinte qu'elles portent au droit du voisin est par là même

---

1405 Cf. notamment la réserve de l'art. 702 CC.

1406 ATF 83 II 379 s. ; ATF 114 II 232 ; ATF 119 II 415.

1407 Cf. par exemple ATF 109 II 304 : propriétaires de vergers d'abricotiers lésés par des émissions fluorées provenant d'une usine de production d'aluminium.

1408 ATF 104 II 18 ss ; ATF 111 II 237 s.

1409 ATF 119 II 416 et les réf. cit.

illicite et propre à engendrer l'obligation de réparer. Autrement dit, la règle posée à l'art. 679 CC sanctionne l'excès, voire "l'abus du droit de propriété"[1410], et cela indépendamment d'une faute de la personne qui exerce le droit[1411].

Comme cela est notoire, la réalisation de grands travaux visant la construction, la transformation ou la rénovation d'immeubles, en particulier en milieu urbain, est susceptible de créer des nuisances de tous genres au voisinage : émanations de bruit et de poussière, vibrations du sol, circulation de camions, restrictions de passage dues aux installations de chantier. Ces nuisances sont propres à incommoder la vie des passants et des habitants du lieu, mais aussi à inquiéter les commerçants qui, en raison des restrictions d'accès à leurs locaux, voient leur chiffre d'affaires baisser. Face à cette problématique, la jurisprudence du TF a évolué.

Dans un arrêt rendu en 1957[1412], notre Cour suprême a admis que le propriétaire foncier engage sa responsabilité en vertu des art. 679 et 684 CC, lorsque les installations du chantier de construction entraînent pour les voisins des inconvénients excessifs. Le cas échéant, l'exercice du droit de propriété est jugé illicite, et cela quand bien même les installations de chantier sont techniquement nécessaires et les travaux indispensables. Cette décision a fait l'objet de critiques, touchant en particulier l'admission de la condition d'illicéité[1413].

Le TF a été sensible à ces critiques. En 1965, il a modifié son opinion dans le célèbre arrêt Tanner[1414], qui a été confirmé à plusieurs reprises[1415]. En bref, cette jurisprudence se résume ainsi : lorsqu'une construction entraîne des immissions inévitables (d'autres mesures seraient techniquement impossibles ou financièrement disproportionnées) mais excessives (pour les voisins, les inconvénients dépassent largement par leur nature, leur intensité et leur durée ce qui peut normalement être admis dans l'exploitation d'un immeuble), le propriétaire peut devoir indemniser les tiers lésés, à la condition qu'ils subissent un dommage important. En telle occurrence, la responsabilité ne découle pas directement de l'application de l'art. 679 CC. Cette disposition en effet, comme cela a été rappelé plus haut, sanctionne un excès du droit de propriété. Or, on ne saurait prétendre que le propriétaire excède son droit quand il exécute des travaux de construction nécessaires et appropriés sur son immeuble. Dans ces circonstances, il agit au contraire conformément à la loi, et d'ailleurs, il sera souvent au bénéfice d'une autorisation d'entreprendre et éventuellement d'empiéter sur le domaine public. Les nuisances inévitables qui s'ensuivent ne sont donc pas illicites, et quand bien même elles sont objectivement excessives, elles doivent être tolérées par les voisins ; en contrepartie, il est équitable que

---

1410 ATF 44 II 36.

1411 ATF 119 II 416 ; Werro F., Les immissions de la construction, in : Journées du droit de la construction, Fribourg 1997, I, p. 64 ss ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 15.

1412 ATF 83 II 375, 381ss.

1413 Cf. notamment Liver P., in : RJB 1959, p. 22.

1414 ATF 91 II 100.

1415 Cf. notamment ATF 14 novembre 1986, SJ 1987, p. 145 ; ATF 114 II 230.

ces derniers puissent être indemnisés lorsque le préjudice subi est important. Et le TF de préciser que, dans une telle éventualité, la règle posée à l'art. 679 CC n'est pas directement applicable, mais seulement par l'effet du comblement d'une lacune, au sens de l'art. 1 al. 2 CC.

Notre haute Cour souligne encore que sa jurisprudence est en harmonie avec des dispositions du Code civil, qui font également dépendre de la reconnaissance des droits particuliers (spécialement de pénétrer dans la sphère juridique d'autrui) l'obligation de dédommager le lésé (art. 674 al. 3 : empiétement ; art. 691 : conduites ; art. 694 : passage ; art. 710 : fontaines). A propos de ces cas, on parle parfois "d'expropriation de droit privé", par analogie à "l'expropriation de droit public". A certaines conditions en effet, et notamment en cas de préjudice grave, spécial et imprévisible, les droits de voisinage attachés à la propriété foncière peuvent faire l'objet d'une procédure d'expropriation et donner lieu à indemnisation[1416]. Encore faut-il, selon la jurisprudence, que la construction ou l'exploitation d'un immeuble appartenant au patrimoine administratif de l'Etat provoque des immissions excessives et inévitables (ou qu'on ne saurait éviter sans frais excessifs) et que le maître de l'ouvrage soit au bénéfice du droit d'expropriation pour les travaux en cause[1417].

La jurisprudence instaurée dans l'arrêt Tanner a pour effet de créer un nouveau cas de responsabilité objective du propriétaire foncier. Ce cas se distingue de l'hypothèse posée à l'art. 679 CC, en ce sens que l'obligation de réparer, tout en étant soumise à des conditions sévères - et singulièrement à l'existence d'un dommage important -, n'est plus subordonnée à l'exercice illicite du droit de propriété. Au surplus, et quand bien même les immissions consécutives aux travaux entrepris sont objectivement excessives, le voisin lésé n'est plus admis à se prévaloir du droit à la cessation et à la prévention du trouble. Une réserve sera faite pour les immissions qui portent atteinte aux droits de la personnalité du voisin, spécialement à sa santé. En telle occurrence, l'atteinte est en principe illicite et n'a pas à être tolérée. A cet égard, il est significatif de constater que les demandes qui ont suscité la jurisprudence discutée ici visaient toutes la réparation de dommages purement économiques, notamment une perte de gain commerciale.

Même si elle a suscité des réserves, voire des critiques, quant à sa motivation, cette jurisprudence a généralement reçu l'approbation de la doctrine[1418]. On observe notamment que la solution retenue a le mérite de concilier un conflit d'intérêts que ne permet pas de résoudre la réglementation prévue aux art. 679 et 684 CC. S'agissant de cette réglementation, le législateur est en effet parti

---

1416 Cf. en droit fédéral l'art. 5 de la LF sur l'expropriation du 20 juin 1930, RS 711. Les cantons ne connaissent pas tous l'expropriation de droit public des droits de voisinage.

1417 ATF 91 II 286 ss ; ATF 113 Ib 37 ; ATF 114 II 236 ; ATF 119 II 414 s. Cf. aussi Ender T., op. cit. (n. 1383), p. 251 ss ; Zufferey J.B., Les immissions de la construction, in : Journées du droit de la construction, Fribourg 1997, I, p. 90 ss.

1418 Cf. ainsi Liver P., in : RJB 1967, p. 1 ss ; Meier-Hayoz A., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV.1.2, Grundeigentum II (art. 680-701 ZGB), 3ème éd., Berne 1978, n. 222 ss ad art. 684 CC ; Tercier P., La protection contre les nuisances liées à des travaux de construction, DC 1987, p. 82 s. ; Keller A., op. cit. (n. 10), p. 205 ; Desax M., op. cit. (n. 1383), p. 168ss, qui mentionne les solutions étrangères, notamment allemande et française, qui convergent avec la jurisprudence posée par le TF.

de l'idée que les travaux d'envergure entrepris sur un immeuble pouvaient entrer dans deux catégories de cas, au regard des nuisances causées au voisinage : soit les immissions sont excessives, mais évitables, ce qui permet au juge de les interdire et éventuellement de condamner le propriétaire à réparation ; soit les immissions ne sont pas excessives, ce qui oblige les voisins à les tolérer sans contrepartie. N'entre *a priori* pas dans la prévision du législateur la troisième catégorie de cas visée ici : celle où les travaux, justifiés dans leur objectif et appropriés dans leur exécution, provoquent des nuisances excessives, mais inévitables pour les tiers. Autrement dit, les art. 679 et 684 CC n'appréhendent pas directement la situation particulière où une personne est contrainte "d'abuser temporairement de son droit de propriété pour pouvoir en faire usage"[1419]. Il s'agit d'une lacune improprement dite, lorsque la loi en vigueur ne donne pas satisfaction dans un secteur déterminé et ne fournit qu'une solution apparente[1420]. Le comblement impose alors au juge de prendre équitablement en compte les intérêts opposés du propriétaire foncier d'une part, et de son voisin d'autre part. C'est ce que fait le TF, en concédant au premier le droit de mener à chef les travaux de construction, mais en octroyant au second le droit à recevoir un dédommagement équitable. En ce sens, l'indemnisation due au voisin doit être interprétée comme la compensation adéquate du privilège reconnu au propriétaire de pénétrer dans la sphère juridique d'autrui.

A l'appui de la jurisprudence posée par le TF dans l'arrêt Tanner, il convient également de rappeler que la solution retenue se trouve en harmonie avec les normes du droit civil qui régissent l'état de nécessité et les cas d'expropriation privée, mais aussi avec les dispositions fédérales et cantonales réglementant l'expropriation des droits de voisinage pour des motifs d'intérêt public. En bref, cette solution obéit à une nécessité pratique, fournit une réponse équitable au conflit d'intérêts en question et s'inscrit harmonieusement dans le système du droit suisse. Pour les auteurs de l'avant-projet qui sur ce point aussi suivent la Commission d'étude[1421], il se justifie d'y donner une assise légale. Une telle proposition se fonde sur des raisons touchant à la fois la spécificité de l'état de fait en cause et le souci d'assurer autant que possible la sécurité du droit. Tout d'abord, on constate que la règle prévoit une responsabilité objective particulière du propriétaire foncier, qui est exceptionnelle dans la mesure où elle est rattachée à un fait licite. Par ailleurs, on observe que la problématique liée au fondement et à la motivation de la règle est aujourd'hui loin de faire l'unanimité en doctrine. Il s'impose donc de saisir l'opportunité de la réforme en cours pour ancrer cette règle dans le Code révisé.

L'art. 59*a* AP est une disposition formellement nouvelle, mais elle reprend dans ses grandes lignes la jurisprudence posée en la matière dans l'arrêt Tanner et confirmée, avec des précisions, dans des espèces ultérieures[1422]. C'est dire

---

1419 Werro F., op. cit. (n. 1411), p. 69 ; cf. aussi Desax M., op. cit. (n. 1383), p. 168 s.

1420 ATF 114 II 237 ; Meier-Hayoz A., op. cit. (n. 1418), n. 222 ss ad art. 684 CC ; Ender T., op. cit. (n. 1383), p. 119 ss.

1421 Rapport, op. cit. (n. 39), V/2.2.1.3, p. 45.

1422 Cf. supra n. 1414 et 1415.

qu'on peut se référer largement aux considérants des décisions en cause et à l'abondante littérature qui s'y rapporte[1423].

L'art. 59*a* AP fonde une responsabilité particulière qui se rattache à l'exercice licite de la propriété foncière. Il ne s'applique pas lorsque les nuisances excessives pour le voisinage résultent de la violation par le propriétaire d'une injonction ou d'une interdiction de l'ordre juridique. Tel est le cas lorsque ces nuisances sont permanentes, ou sont évitables sans inconvénients ou frais excessifs. Tel est le cas aussi lorsque ces nuisances portent atteinte aux droits de la personnalité de voisins, et singulièrement à leur intégrité physique ou psychique (émanations toxiques, par exemple). Le cas échéant, l'atteinte est illicite ; elle n'a donc pas à être tolérée par la personne lésée. Cette dernière pourra demander au tribunal d'en ordonner la cessation et de condamner le propriétaire à devoir réparer le dommage patrimonial, et pourquoi pas le tort moral, subi (art. 28 ss, 679 et 684 CC)[1424] ; dans cette éventualité, elle aura en principe droit à une indemnisation totale[1425]. On relèvera encore que si les immissions dommageables proviennent d'une activité spécifiquement dangereuse pour l'environnement, la norme de responsabilité spéciale prévue dans la LF sur la protection de l'environnement pourrait aussi trouver application[1426].

L'application de l'art. 59*a* AP est subordonnée à l'existence de nuisances excessives, mais inévitables, et entraînant un dommage important pour les voisins. Comme dans le droit actuel, il faut admettre que des nuisances sont inévitables, lorsque d'autres mesures d'exploitation - et notamment de construction - d'un immeuble seraient techniquement impossibles ou financièrement disproportionnées. Et les nuisances sont excessives quand, pour les voisins, elles dépassent largement par leur nature, leur intensité et leur durée, ce qui peut normalement être admis dans l'exercice de la propriété foncière. Il pourra s'agir d'immissions positives (exemple : des trépidations ou des émanations de bruit ou de poussière), mais aussi d'immissions négatives résultant de la seule présence de l'ouvrage en cause (exemple : la privation du soleil ou une entrave à l'accès d'un magasin voisin)[1427]. Pour juger du caractère excessif de nuisances, il faudra tenir compte de l'ensemble des circonstances. La violation des normes de droit public fixées pour la protection de l'environnement, en particulier celles qui posent les valeurs limites d'immission, constituera désormais un indice utile pour le juge civil[1428]. Il conviendra également de mettre en balance les intérêts en présence : d'une part, l'intérêt du voisin à ne pas subir des inconvénients excessifs (qu'on pense à une clinique qui accueille des patients

---

1423 Cf. notamment les références bibliographiques dans la thèse de Ender, op. cit. (n. 1383), et les contributions des Journées du droit de la construction, I, Fribourg 1997, p. 61 pour l'édition française et p. 55 pour l'édition allemande.

1424 Cf. Ender T., op. cit. (n. 1383), p. 164 ss ; Steinauer P.H., Les droits réels, II, 2ème éd., Berne 1994, n° 1898 ; Werro F., op. cit. (n. 1411), p. 65.

1425 Tercier P., op. cit. (n. 1418), p. 84.

1426 Zufferey J.B., op. cit. (n. 1417), p. 96, qui se réfère à l'actuel art. 59*a* LPE. Cf. infra 4.2.45 pour les propositions de modification de cette loi.

1427 Werro F., op. cit. (n. 1411), p. 102 ; ATF 114 II 236.

1428 Zufferey J.B., op. cit. (n. 1417), p. 81 ss, not. p. 92 et 95.

ayant besoin de calme) ; d'autre part l'intérêt du propriétaire à exécuter des travaux (ne serait-ce que pour entretenir son immeuble et l'adapter à l'urbanisation moderne). On admet aujourd'hui que le seuil de tolérance doit être plus élevé si la construction ou la transformation d'un bâtiment répond à un intérêt public[1429].

S'agissant du sujet de la responsabilité, l'art. 59*a* AP désigne le propriétaire foncier. Toutefois, comme dans le droit actuel, il y a lieu d'admettre que toute personne qui exerce sur le fonds incriminé une maîtrise effective puisse être recherchée en application de cette règle (par exemple le superficiaire ou même le locataire)[1430]. Il pourra s'agir aussi d'une collectivité publique. Tel sera toujours le cas si l'immeuble fait partie du patrimoine financier de l'Etat. Tel pourra être aussi le cas si l'immeuble appartient au patrimoine administratif de l'Etat, sauf s'il s'agit de travaux de construction pour lesquels le maître de l'ouvrage est au bénéfice d'un droit d'expropriation ; en telle occurrence, ce sera la législation fédérale ou cantonale régissant l'expropriation des droits de voisinage qui trouvera application[1431].

A lire l'art. 59*a* AP, la qualité pour agir en réparation appartient au voisin. Ici aussi, la notion doit s'interpréter au regard du droit actuel[1432]. Elle englobera toute personne qui exerce sur un immeuble voisin un droit de possession (en vertu d'un droit réel restreint ou d'un droit personnel). Ce critère devrait exclure celui qui subit des nuisances excessives, mais qui n'a avec le fonds en cause qu'une relation fortuite ou momentanée[1433]. En revanche, il n'est pas exigé que ce fonds soit contigu à celui incriminé ; il peut en être éloigné. C'est finalement le critère de la causalité qui permettra de déterminer le cercle des victimes.

Lorsque les conditions d'application en sont réunies, l'art. 59*a* AP donne au tribunal le pouvoir de déterminer équitablement le montant de la réparation due par le propriétaire recherché. Le tribunal disposera en la matière d'un pouvoir d'appréciation, au sens de l'art. 4 CC, qui lui permettra de se prononcer autant sur le principe de l'indemnisation que sur le montant.

En toute hypothèse, le juge prendra en considération l'ensemble des circonstances de l'espèce, et singulièrement les intérêts en présence (compte tenu de l'usage local et de la situation et de la nature des immeubles), l'ampleur des nuisances (en particulier leur intensité et leur durée), le comportement des parties (notamment, pour le propriétaire, la manière d'exécuter les travaux, et pour le voisin, les mesures prises pour diminuer le préjudice). Le juge prendra en compte également l'avantage spécial que le voisin lésé retirera à coup sûr de la construction, comme cela peut être le cas d'un artisan qui profite de l'installation d'un grand centre commercial à proximité[1434].

1429 Werro F., op. cit. (n. 1411), p. 67 ; ATF 14 novembre 1986, SJ 1987, p. 153.

1430 Cf. supra les références ad n. 1408.

1431 ATF 113 Ib 37 ; ATF 119 II 414 s. ; Zufferey J.B., op. cit. (n. 1417), p. 98 ; Ender T., op. cit. (n. 1383), p. 247.

1432 Cf. supra les références ad n. 1406 et 1407.

1433 ATF 104 II 18.

1434 Cf. ATF 14 novembre 1986, SJ 1987, p. 153.

Par ailleurs, le tribunal se rappellera que le dommage doit être important ; il pourra ainsi renoncer à prononcer la réparation de "cas-bagatelles"[1435]. Au surplus, il devra laisser à la charge du voisin la part de nuisances correspondant à la marge de tolérance que le propriétaire était en droit d'attendre de lui[1436]. C'est dire que l'indemnisation ne saurait jamais être complète.

3.3 Responsabilité du fait d'un animal (art. 60 et 60a AP)

3.3.1 La réglementation actuelle

Selon l'art. 56 al. 1 CO, en cas de dommage causé par un animal, la personne qui le détient est responsable, si elle ne prouve pas qu'elle l'a gardé et surveillé avec toute l'attention commandée par les circonstances ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire. Cette disposition prévoit en la matière une réglementation spéciale, qui est comparable à celle d'autres législations étrangères[1437]. Sa construction est proche de l'art. 55 CO[1438]. Conçue à l'origine comme une responsabilité aquilienne avec renversement du fardeau de la preuve de la faute, on y voit aujourd'hui une responsabilité objective simple (ordinaire, atténuée) fondée sur la violation présumée d'un devoir particulier de diligence[1439]. Une responsabilité sévère se justifie en ce domaine pour des considérations d'équité : l'animal est certes juridiquement une "chose", mais c'est une chose vivante que son instinct peut inciter, de manière imprévisible et dangereuse, à causer des préjudices à autrui. Il paraît dès lors juste que la personne qui le détient dans son intérêt en assume les conséquences dommageables[1440].

Le sujet de la responsabilité est le détenteur, c'est-à-dire la personne qui exerce "la maîtrise effective sur l'animal et qui se trouve en mesure de prêter l'attention requise sur lui"[1441]. La notion de détention est matérielle. Elle ne se confond pas forcément avec la propriété ou la possession[1442]. Mais elle ne peut logiquement porter que sur des animaux susceptibles d'être détenus, c'est-à-dire sur des animaux domestiques ou, dans une certaine mesure en tout cas,

---

1435 Cf. sur ce point Schmid J., Bauimmissionen - ein Problem des öffentlichen und des privaten Rechts, in : Baurechtstagung, Freiburg 1997, I, p. 83.

1436 Tercier P., op. cit. (n. 1418), p. 84 ; ATF 91 II 107.

1437 Cf. par exemple art. 1385 CCF, art. 2052 CCI, § 834 s. BGB, § 1320 ABGB.

1438 Cf. supra 2.4.3.

1439 Cf. supra 1.1.1.2, 1.1.2.3, 1.2.2.1.3, 2.4.4.1 et 3.1.1.

1440 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 4 et 31 ad art. 56 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 21, N. 24 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 114 s. ; ATF 102 II 235.

1441 ATF 110 II 138.

1442 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 5 et 14 ad art. 56 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 21, N. 23 et 24 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 116 s. ; ATF 104 II 25 ; ATF 110 II 138 ; ATF 115 II 245.

domestiqués (ce qui peut inclure des animaux sauvages, mais non le gibier en liberté)[1443].

Comme cela a déjà été rappelé plus haut, la responsabilité instituée à l'art. 56 al. 1 CO est fondée sur la violation présumée d'un devoir particulier de diligence. En d'autres termes, le détenteur répond *a priori* du fait de l'animal, même si aucun reproche subjectif ne peut lui être adressé. Pourtant, il est habilité à renverser la présomption de responsabilité qui pèse sur lui. A cet effet, il établira que l'animal a été gardé et surveillé avec toute l'attention commandée par les circonstances, compte tenu notamment de son espèce, de son caractère et de ses antécédents, mais aussi de sa fonction ou de son mode d'utilisation, sans oublier les conditions locales et temporelles qui ont marqué la survenance du fait dommageable[1444]. L'analyse de la jurisprudence en la matière démontre que les tribunaux ont posé de longue date des exigences strictes à la preuve libératoire, avec une tendance à l'objectivation de plus en plus poussée de la diligence requise[1445].

A l'instar de l'art. 55 al. 1 CO, l'art. 56 al. 1 CO accorde au détenteur d'animal recherché une preuve libératoire alternative. Il lui permet en effet d'établir que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire. Comme cela a déjà été souligné à propos de la responsabilité pour les auxiliaires[1446], cette seconde exception ressortit à la question de la causalité juridique. Plus précisément, elle révèle que l'application de la norme de responsabilité est subordonnée à l'existence d'un double rapport de causalité : d'une part, entre le fait de l'animal et le dommage (ce rapport-ci doit être prouvé par la victime) ; d'autre part, entre la violation du devoir de diligence et le dommage (ce rapport-là est présumé). Il en découle que le défaut de diligence n'est juridiquement pas significatif dans les cas où le préjudice serait de toute façon survenu ; ainsi en est-il lorsque le dommage était objectivement imprévisible, engendré par une cause extérieure qui a joué un rôle prépondérant. Ainsi en est-il également lorsque l'animal, connu jusque-là pour sa docilité et sa gentillesse est, de lui-même, pris d'un soudain accès d'agressivité. Suivant l'opinion dominante, cette seconde preuve libératoire est en fait superflue : d'une part, elle confirme inutilement la nécessité de l'existence d'un rapport de causalité entre la violation de la diligence et le dommage ; d'autre part, elle est le plus souvent absorbée par la preuve de la diligence que peut faire valoir le détenteur actionné[1447].

1443 Pour le dommage causé par le gibier ou consécutif à l'exercice de la chasse, cf. Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 21, N. 14 et 69 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 5 ad art. 56 CO.

1444 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 56 ss ad art. 56 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 118 s.

1445 Cf. notamment ATF 67 II 28 s. ; ATF 85 II 245 s. ; ATF 102 II 235 ; ATF 110 II 139. Cf. aussi Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 52 ad art. 56 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 21, N. 86. Cf. également supra 1.1.1.2, 1.1.2.3, 1.2.2.1.3.

1446 Cf. supra 2.4.3.3.

1447 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 85 ss ad art. 56 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 20, N. 153 et § 21, N. 97 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 106 s. et 119.

La norme de responsabilité instituée à l'art. 56 al. 1 CO est complétée par deux autres règles. La première figure à l'art. 56 al. 2 CO : elle réserve le recours du détenteur dans le cas où l'animal a été excité soit par un tiers, soit par un animal appartenant à autrui. La seconde règle se trouve à l'art. 57 CO : elle accorde notamment au possesseur d'un immeuble un droit de rétention sur l'animal qui cause un dommage sur cet immeuble, en garantie de l'indemnité qui peut lui être due (al. 1) ; elle impose aussi au possesseur lésé de prendre sans retard les mesures nécessaires pour découvrir et aviser le propriétaire de l'animal (al. 2).

3.3.2 Les propositions de réforme

3.3.2.1 Introduction

Comme cela a déjà été mentionné plus haut[1448], les auteurs de l'avant-projet - certes, après des hésitations - proposent de maintenir sous la forme de clauses spéciales les hypothèses qui, dans le droit actuel, fondent une responsabilité objective simple. Cette proposition, on le rappelle, s'appuie sur plusieurs arguments. D'une part, les responsabilités en question se caractérisent par une spécificité propre ; elles sont ancrées dans la tradition juridique helvétique et ont acquis, de ce fait, une sorte de légitimité[1449]. D'autre part, leur application ne soulève en général pas de grandes difficultés. Ce constat est valable aussi pour la responsabilité du détenteur d'animal.

Toutefois, la réglementation des art. 56 et 57 CO ne saurait subsister telle quelle à l'avenir. La réforme entreprise doit être l'occasion d'une adaptation, qui prenne en compte l'évolution du droit de la responsabilité civile ainsi que les principes généraux posés aux art. 41 ss du Code révisé. A cet effet, les auteurs de l'avant-projet proposent que la responsabilité du détenteur d'animal devienne une véritable responsabilité pour risque, ce qui aura notamment pour effet de supprimer les exceptions libératoires prévues aujourd'hui à l'art. 56 al. 1 *in fine* CO. Ils suggèrent également que la règle récursoire de l'art. 56 al. 2 CO soit abrogée et que celle qui, à l'art. 57 CO, accorde un droit de rétention sur l'animal, subisse quelques modifications rédactionnelles mineures.

3.3.2.2 Principe (art. 60 AP)

L'opinion est aujourd'hui largement répandue dans la doctrine comme dans la jurisprudence que l'animal présente comme tel un danger pour son entourage : son instinct peut en effet l'inciter, d'une manière imprévisible et incontrôlable, à causer des dommages à autrui[1450]. Les auteurs de l'avant-projet partagent cette opinion. Ils sont pourtant de l'avis qu'il s'impose d'en tirer les conséquences sur le plan de la responsabilité civile. Ils observent en effet que la détention d'un animal constitue en général une activité (au sens large) faisant courir pour

---

1448 Cf. supra 3.1.1.

1449 Cf. supra 1.2.2.3.1.

1450 Cf. notamment Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 4 ad art. 56 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 21, N. 9 ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 541 ; ATF 67 II 28 ; ATF 102 II 235 ; ATF 104 II 25.

les tiers des risques qui sont loin d'être négligeables. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à l'abondante jurisprudence rendue en application de l'art. 56 CO[1451]. Bien plus, les risques en question sont inhérents à la détention de l'animal. C'est dire qu'ils sont susceptibles de se concrétiser même si, par son espèce ou son caractère, l'animal est inoffensif ou docile, même si également les mesures de surveillance adéquates ont été prises. En conséquence est-il équitable que la personne qui détient l'animal dans son intérêt - cet intérêt fût-il purement affectif - doive supporter les conséquences dommageables éventuelles, et cela sans pouvoir se libérer par la preuve de la diligence. La justification d'une responsabilité objective stricte réside ici dans la compensation du privilège d'exercer une activité spécifiquement dangereuse, une activité qui est tolérée par l'ordre juridique, et même parfois formellement autorisée lorsqu'il s'agit d'animaux sauvages[1452]. En ce sens, la *ratio legis* est analogue à celle qui fonde la nouvelle clause de responsabilité pour risque (art. 50 AP)[1453]. Elle est comparable aussi à celle qui a conduit le législateur suisse à instituer depuis plus d'un siècle de nombreuses responsabilités objectives aggravées, même si celles-ci se rattachent à des risques d'autres natures que celui que représente l'animal comme tel. A cet égard, on notera que le droit français connaît depuis longtemps en ce domaine une responsabilité objective stricte (art. 1385 CCF)[1454].

L'admission en droit suisse d'une responsabilité pour risque du fait de l'animal détenu entraînera plusieurs conséquences. Tout d'abord, et logiquement, le détenteur recherché ne sera plus admis à opposer à la victime les exceptions libératoires prévues à l'art. 56 al. 1 *in fine* CO[1455]. Mais rien en revanche ne l'empêchera, comme déjà aujourd'hui d'ailleurs, de se prévaloir d'un motif exonératoire lié à la causalité juridique, tel que le permet expressément l'art. 47*a* AP. Par ailleurs, l'application de l'art. 60 AP sera limitée à la réparation de dommages "résultant d'une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, aux choses ou à l'environnement". En ce sens, cette règle reprend le principe général posé à l'art. 45 al. 3 AP. On rappellera que la limitation de la réparation à certaines catégories de dommages trouve ici une justification dans la notion même de responsabilité pour risque. De telles responsabilités se rattachent en effet à des activités spécifiquement dangereuses, non pas tellement pour les intérêts purement patrimoniaux de tiers, mais surtout pour les hommes et les choses, y compris pour l'environnement naturel, c'est-à-dire pour des biens d'une valeur jugée supérieure[1456]. Mais il faut garder

---

1451 Cf. ainsi Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 60 ss ad art. 56 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 21, N. 96.

1452 Cf. art. 6 LF sur la protection de la nature et du paysage, RS 455 ; art. 38 ss de l'Ordonnance d'exécution, RS 455.1.

1453 Cf. supra 1.2.2.1.3 ; 2.4.4.3.

1454 Le Tourneau Ph./Cadiet L., Droit de la responsabilité civile, Paris 1996, N. 3750 ; Mazeaud H., L. et J./Tunc A., Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, 6ème éd., II, Paris 1970, N. 1302 ss ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 25, N. 5.

1455 Cf. supra 3.3.1.

1456 Cf. supra 2.3.2.1. Cf. aussi § 833 BGB.

à l'esprit que la victime d'un dommage purement économique dû au fait d'un animal ne sera pas privée de se prévaloir de la clause de responsabilité pour faute (art. 48 AP) ou de toute autre norme, si les conditions d'application en sont réunies[1457].

Enfin convient-il de préciser que les principes généraux en matière de responsabilités objectives, notamment ceux posés aux art. 51 et 51*a* AP, seront naturellement applicables à la norme révisée[1458]. Pour le reste, le juge pourra s'inspirer des solutions qui ont été dégagées par la jurisprudence sous l'empire de l'actuel art. 56 CO. On rappellera ainsi, comme l'exprime d'ailleurs le titre marginal de l'art. 60 AP, que la responsabilité en cause est engagée pour le fait d'un animal. A cet effet, l'animal doit donc avoir agi de son propre mouvement, en obéissant à son propre instinct, peu importe qu'il n'y ait pas eu de contact direct avec la personne lésée[1459]. Tel ne sera pas le cas par exemple lorsque l'animal est incité à agresser une personne ou un autre animal[1460]. Quant au sujet de la responsabilité, il s'agit comme aujourd'hui de la personne - physique ou morale - qui détient l'animal, c'est-à-dire de la personne qui exerce un pouvoir sur l'animal et qui a la faculté de prendre les mesures adéquates pour minimiser le risque qu'il représente et donc la survenance de préjudices[1461]. Cette personne peut certes être propriétaire de l'animal, mais elle pourra aussi en être locataire ou fermier, dépositaire ou usufruitier. Encore faut-il, dans ces dernières éventualités, que celui qui exerce la maîtrise effective sur l'animal en retire aussi un intérêt, fût-il exclusivement affectif. De ce point de vue, les auteurs de l'avant-projet regrettent, avec une partie de la doctrine[1462], que le TF ait parfois admis la détention en cas de simple garde momentanée de l'animal[1463]. Ils sont d'avis que la conception nouvelle de la responsabilité en cause devrait conduire à revaloriser le critère de l'intérêt par rapport à celui de la maîtrise. Cette remarque, à l'évidence, n'exclut pas que dans certaines circonstances, la détention soit alternative ou cumulative (conjointe)[1464]. Tel pourrait être le cas, par exemple, lorsqu'un cheval de monte est utilisé pour la promenade par son propriétaire et par un locataire durable.

Dans le droit actuel, l'art. 56 al. 2 CO réserve au détenteur recherché un droit de recours dans les cas où l'animal a été excité, soit par un tiers, soit par un animal appartenant à autrui. Cette règle n'exclut pas d'autres actions récursoi-

---

1457 Cf. supra 2.3.2.1. Cf. aussi art. 53 AP, supra 2.6.2.

1458 Cf. supra 1.3.5.3, 2.4.5.1, 2.4.5.2 et 3.1.3.

1459 Cf. ATF 102 II 232.

1460 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 117.

1461 Cf. supra les observations sur la notion de sujet de la responsabilité au sens de la clause générale de l'art. 50 AP (2.4.4.5) et sur la notion de détenteur d'animal dans le droit actuel (3.3.1 et les réf. cit. en n. 1442).

1462 Cf. notamment Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 15 ad art. 56 CO ; Keller A., op. cit. (n. 10), p. 164 ; Fellmann W., Der Tierhalter - Begriff oder Typus. Einige Gedanken zur Auslegung des Art. 56 OR, RSJ 1987, p. 340 ss.

1463 Cf. ATF 104 II 25 ss.

1464 Engel P., op. cit. (n. 51), p. 542 s. ; Fellmann W., op. cit. (n. 1462), p. 340 ss.

res, contre un codétenteur par exemple, ou encore contre l'auxiliaire fautif à qui la garde de l'animal avait été confiée. En réalité, toutes ces hypothèses sont appréhendées par les dispositions générales qui régissent le concours de responsabilités[1465]. Aussi la règle récursoire prévue à l'art. 56 al. 2 CO est-elle inutile et, comme cela a été proposé pour l'art. 55 al. 2 CO[1466], elle doit être abrogée.

3.3.2.3 Droit de rétention (art. 60a AP)

Dans le droit actuel, l'art. 56 CO est complété par l'art. 57 CO, qui appréhende le cas où des animaux appartenant à autrui causent un dommage sur un immeuble. Le cas échéant, le possesseur de l'immeuble - ou l'un de ses auxiliaires[1467] - est habilité à s'emparer des animaux et à les retenir en garantie de l'indemnité qui peut lui être due ; il a même le droit de les tuer, si cette mesure est justifiée par les circonstances (art. 57 al. 1 CO). Ces droits forment un tout et leur exercice est dominé par le principe de la proportionnalité. Ils appartiennent au possesseur de l'immeuble, c'est-à-dire à la personne qui en a la "maîtrise effective", au sens de l'art. 919 al. 1 CC. Il peut s'agir certes du propriétaire, mais aussi du locataire ou du fermier par exemple. On voit dans l'hypothèse visée à l'art. 57 al. 1 CO un cas particulier de défense personnelle conférant un droit de rétention légal au possesseur lésé[1468]. Ce droit permet à ce dernier de garantir sa créance en réparation. Son exercice présuppose que les animaux - qui selon le texte légal doivent être la propriété d'un tiers[1469] - aient causé un dommage sur l'immeuble ; sinon ils doivent être chassés ; en ce sens, l'art. 57 al. 1 CO n'ouvre pas en lui-même la voie de mesures préventives[1470].

Quant à l'art. 57 al. 2 CO, il oblige le possesseur lésé d'aviser sans retard le propriétaire des animaux et, s'il ne le connaît pas, de prendre les mesures nécessaires pour le découvrir. L'omission d'un avis peut éventuellement donner lieu au paiement de dommages-intérêts[1471].

La réglementation posée à l'art. 57 CO vise une situation particulière qui, de toute évidence, ne soulève guère de litiges en pratique. La doctrine en recom-

---

1465 Dans ce sens, Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 90 s. ad art. 56 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 115 ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 544 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), § 21, N. 98 s.

1466 Cf. supra 2.4.3.5.

1467 ATF 77 IV 196.

1468 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 5 ad art. 57 CO ; Landmann V., op. cit. (n. 1398), p. 135 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 75 et 114 ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 21, N. 17.

1469 Cf. art. 57 al. 2 CO ; les préjudices dus au gibier n'entrent pas dans le champ d'application de la règle.

1470 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 21, N. 17 ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 498 ; ATF 78 IV 83.

1471 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 18 ad art. 57 CO ; Landmann V., op. cit. (n. 1398), p. 136.

mande d'ailleurs une application restrictive[1472]. Aussi les auteurs de l'avant-projet se sont demandés si cette réglementation spéciale devait survivre à la révision entreprise, et si notamment son champ d'application n'était pas en fait couvert par d'autres normes. Ils observent que le possesseur d'une chose menacé par l'animal d'autrui peut agir par les moyens qu'offre la protection de la possession (art. 926 ss CC). Le droit de défense prévu à l'art. 926 CC lui permet en particulier de chasser l'animal intrus, peu importe que ce dernier ait causé un dommage ou non[1473]. Par ailleurs, s'il est contraint par les circonstances de blesser ou de tuer l'animal pour se préserver ou préserver un tiers d'un danger ou d'un dommage imminent, il faut y voir un cas de nécessité[1474] ; l'art. 59 AP en fait une hypothèse particulière de responsabilité pour fait licite[1475]. Quant au devoir d'avis au propriétaire de l'animal, il découle du principe général de la bonne foi ; suivant les circonstances, le cas pourra tomber dans la situation de la personne qui trouve une chose perdue, dont la réglementation prévoit notamment l'information du propriétaire (art. 720 al. 1 CC), la garde avec le soin nécessaire (art. 721 al. 1 CC) et le remboursement des frais encourus (art. 722 al. 2 CC). En telle occurrence, rien ne devrait empêcher non plus l'application des dispositions sur la gestion d'affaires (art. 419 ss CO)[1476].

Le droit de rétention sur l'animal en garantie de l'indemnité qui peut être due au possesseur de l'immeuble n'est en revanche couvert par aucune autre norme que l'art. 57 al. 1 CO. L'art. 895 CC n'est ici pas applicable, car il est subordonné à la condition que le créancier qui exerce le droit de rétention en question se trouve en possession de la chose avec le consentement du débiteur. Quant à l'art. 700 CC, il permet aussi au possesseur d'un immeuble d'exercer un droit de rétention sur l'animal d'un tiers qui s'est échappé ; mais ce droit garantit l'indemnité qui est due pour les frais de recherche et d'enlèvement de l'animal, à l'exclusion de celle qui couvre le préjudice causé directement par ce dernier[1477].

Ce constat conduit les auteurs de l'avant-projet à proposer le maintien de la règle posée à l'art. 57 CO, en dépit de sa faible importance pratique et du fait que son champ d'application se recoupe en partie avec d'autres normes. A cet égard, il y a lieu de souligner que le droit de rétention légal réservé ici au possesseur d'un immeuble trouve plusieurs justifications. Il lui permet certes de garantir sa créance en réparation, mais il vise aussi à éviter que les animaux échappés ne causent des préjudices plus considérables[1478]. Par ailleurs,

---

1472 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 10 ad art. 57 CO.

1473 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 21, N. 17 ; Steinauer P.H., Les droits réels, I, 2ème éd., Berne 1990, n° 313 ss.

1474 Landmann V., op. cit. (n. 1398), p. 35 ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 498.

1475 Cf. supra 3.2.2.

1476 Landmann V., op. cit. (n. 1398), p. 135 s.

1477 Meier-Hayoz A., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV.1.3.II, Das Sachenrecht, 3ème éd., Berne 1975, n. 7, 29 et 36 s. ad art. 700 CC ; Steinauer P.H., op. cit. (n. 1424), n° 1935 ss ; ATF 80 II 221 ss.

1478 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 6 ad art. 57 CO.

l'exercice du droit en question constitue pour le possesseur lésé un moyen de sauvegarder des preuves ; cela peut être particulièrement utile, compte tenu du fait que des animaux échappés sont par définition enclins à prendre la fuite.

On pourrait enfin se demander si la règle prévue à l'art. 57 CO ne devrait pas se borner à régir la prérogative véritablement significative qui est conférée au possesseur lésé, c'est-à-dire le droit de rétention sur l'animal intrus. Néanmoins, il s'avère en fin de compte que cette règle forme un tout, en édictant utilement une série de comportements imprégnés des principes de la proportionnalité et de la bonne foi. Il paraît donc opportun de la maintenir telle quelle, sous réserve de quelques modifications formelles mineures[1479].

3.4 Responsabilité pour les ouvrages (art. 61 et 61a AP)

3.4.1 La réglementation actuelle

Aux termes de l'art. 58 al. 1 CO, le propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage répond du dommage causé par des vices de construction ou par le défaut d'entretien. Cette disposition institue une responsabilité pour les choses, plus précisément une responsabilité pour les ouvrages liés au sol qui sont défectueux. Selon l'opinion actuelle, il s'agit d'une responsabilité objective simple (ordinaire, atténuée). Elle est fondée sur la violation d'un devoir particulier de diligence, sans que le propriétaire recherché ne soit admis à opposer à la victime une preuve libératoire spécifique[1480]. Le propriétaire peut être tenu à réparation, même s'il prouve qu'aucun reproche ne peut lui être adressé ou qu'il a pris les soins commandés par les circonstances ; même s'il établit qu'il ignorait le défaut de l'ouvrage ou que celui-ci résulte d'un cas fortuit (exemple : le gel rend glissant un escalier) ou est dû à la faute d'un auxiliaire (exemple : le concierge de l'immeuble ne prend aucune mesure pour combattre le verglas sur l'escalier). Ce sont des considérations d'équité qui justifient la sévérité de la responsabilité prévue à l'art. 58 al. 1 CO, eu égard à l'avantage et au profit que peut retirer le propriétaire de l'ouvrage et au danger que celui-ci fait courir à autrui lorsqu'il est affecté d'un défaut de construction ou d'entretien[1481]. On rencontre d'ailleurs des règles comparables dans des ordres juridiques étrangers[1482]. Ces règles révèlent, il est vrai, des différences notables sur l'objet et le sujet de la responsabilité, ainsi que sur les moyens libératoires qu'est en droit d'invoquer ce dernier[1483].

1479 Ainsi, le titre marginal de l'art. 60*a* AP porte la mention technique "Droit de rétention". A l'al. 1, le terme "réparation", généralement utilisé dans l'avant-projet, remplace le mot "indemnité".

1480 Cf. notamment Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 1, 16 et 62 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 120 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 55 ad art. 58 CO ; Werro F., DC 1996, p. 50 ; ATF 69 II 398 s. ; ATF 121 III 450 s. Cf. aussi supra 1.2.2.1.3 et 3.1.1.

1481 Oftinger K./Stark E. W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 2 et 4 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 120 ; ATF 121 III 450.

1482 Cf. notamment art. 1384 al. 1 et 2 et 1386 CCF ; art. 2051 et 2053 CCI ; § 836 ss BGB ; § 1319 et 1319a ABGB.

1483 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 5 ss.

Le sujet de la responsabilité instituée à l'art. 58 al. 1 CO est le "propriétaire" de l'ouvrage. Dans une jurisprudence qui a été posée en 1980[1484] et confirmée tout récemment[1485], le TF en déduit qu'il s'agit de la personne que les droits réels désignent en cette qualité. C'est dire qu'en règle générale la qualité pour défendre appartient au propriétaire du fonds où l'ouvrage est construit ou est fixé. C'est dire aussi que le "propriétaire", au sens de l'art. 58 al. 1 CO, ne saurait être assimilé au "possesseur" d'un immeuble (art. 57 CO), au "détenteur" d'une chose (art. 56 CO, art. 58 LCR) ou à "l'exploitant" d'une installation (art. 27 LIE). Il ne saurait donc en principe être locataire ou fermier de l'immeuble, ni bénéficiaire d'une servitude[1486].

Il est pourtant des cas où le sujet de la responsabilité prévue à l'art. 58 al. 1 CO n'est pas le propriétaire du fonds où se trouve l'ouvrage. Certaines exceptions au principe sont légales et résultent des dispositions sur les droits réels. D'autres exceptions sont jurisprudentielles et trouvent une justification dans la nécessité de faire parfois abstraction du critère formel de la propriété pour prendre en considération la maîtrise effective exercée sur la chose et le but auquel l'ouvrage est affecté.

S'agissant des exceptions légales, elles sont constituées par les dérogations au principe de l'accession (art. 667 CC). Elles permettent éventuellement d'engager la responsabilité du propriétaire de l'ouvrage défectueux, et non celle du propriétaire du fonds. Ainsi en est-il en cas de constructions mobilières non inscrites au registre foncier (art. 677 CC) ou de constructions que leur propriétaire a érigées sur le fonds d'autrui, en étant au bénéfice d'une concession ou d'un droit réel restreint (art. 674, 675 et 779, 676 et 691 CC)[1487].

Pour ce qui touche les exceptions jurisprudentielles, on rappellera que le TF a depuis longtemps admis que le propriétaire de "tout autre ouvrage" (selon les termes de l'art. 58 al. 1 CO) puisse dans certaines circonstances n'avoir aucun droit réel sur le fonds où la chose se trouve. Ainsi en a-t-il jugé dans des cas où l'ouvrage était une machine ou une installation fixée au sol, comme un treuil[1488], une essoreuse[1489], une ligne électrique[1490] ou un échafaudage[1491]. Par ailleurs, on sait que, selon une jurisprudence constante, les collectivités publiques peuvent se voir imputer la responsabilité prévue à l'art. 58 al. 1 CO pour les ouvrages qui leur appartiennent et qui sont affectés à des buts d'utilité

1484 ATF 106 II 201.

1485 ATF 121 III 448 ; ATF 123 III 309.

1486 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 25 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 5 et 13 ad art. 58 CO ; De Luze J.J., Le propriétaire du bâtiment ou de l'ouvrage au sens de l'art. 58 CO, thèse, Lausanne 1979, p. 32.

1487 De Luze J.J., op. cit. (n. 1486), p. 32 s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 27 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 5 ad art. 58 CO ; ATF 106 II 206.

1488 ATF 77 II 310.

1489 ATF 90 II 227.

1490 ATF 94 II 153.

1491 ATF 96 II 359.

générale, comme les routes et les chemins ouverts à la circulation[1492]. Or, le TF a parfois retenu la responsabilité en cause à la charge d'une collectivité, en faisant abstraction du critère formel de la propriété. Tel a été le cas lorsque la collectivité exerçait sur l'ouvrage une maîtrise qui était comparable à la propriété sur une chose, mais qui trouvait sa source dans le droit public. Ainsi a-t-il été jugé qu'une commune répondait en vertu de l'art. 58 al. 1 CO d'un chemin public inscrit au registre foncier comme servitude grevant le fonds d'un particulier ; la raison en était qu'elle avait construit l'ouvrage et en disposait, et qu'en conséquence elle devait veiller à son entretien[1493]. Dans un arrêt récent, le TF a également reconnu la responsabilité d'une commune selon l'art. 58 al. 1 CO, en raison du défaut du robinet d'évacuation d'eau qu'elle avait fait installer sur un immeuble appartenant à un particulier ; l'arrêt précise que la collectivité en cause, bien que non propriétaire de l'immeuble et du robinet litigieux, était titulaire de l'approvisionnement public en eau et qu'elle détenait en fait seule la libre disposition sur les conduites et les installations attenantes[1494].

Certes, le TF n'a pas manqué de relever à plusieurs reprises, et cela encore tout récemment, que le sujet de la responsabilité résultant de la propriété d'un ouvrage est en principe défini par la propriété de la chose, et que les exceptions à ce principe concernent des cas particuliers[1495]. Il a souligné qu'une extension de la responsabilité à d'autres personnes que celles que les droits réels désignent en qualité de propriétaire ne pouvait être admise qu'avec retenue. Notre cour suprême invoque à cet égard la simplicité du critère formel de désignation du sujet de la responsabilité, mais aussi la clarté du texte légal et la sécurité du droit. Une partie de la doctrine d'ailleurs met en exergue de tels arguments pour critiquer implicitement ou expressément les tempéraments apportés par la jurisprudence fédérale[1496]. Une autre partie de la doctrine approuve au contraire cette jurisprudence, certains auteurs proposant même une extension de la qualité pour défendre à toute personne qui est au bénéfice d'une servitude, lorsque le propriétaire de l'immeuble n'est pas en mesure d'en assurer l'entretien[1497]. Et, comme nous le verrons plus bas, certains auteurs vont jusqu'à préconiser le recours à un critère matériel pour qualifier le sujet de la responsabilité.

Quel que soit le critère de qualification du sujet de la responsabilité prévue à l'art. 58 al. 1 CO, on s'accorde à admettre que la notion d'ouvrage doit être

---

1492 ATF 98 II 42 ss ; ATF 116 II 648 ss ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 104 ss et les réf. cit.

1493 ATF 91 II 286. Cf. aussi ATF 51 II 209 s. pour le défaut d'un trottoir ouvert au public et construit sur le fonds d'un particulier, mais placé sous la surveillance d'une collectivité.

1494 ATF 121 III 451 ss.

1495 ATF 106 II 204 ; ATF 121 III 451 ; ATF 123 III 309.

1496 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 75, 106 et 109 ; Guhl Th./Merz H./Koller A., Das schweizerische Obligationenrecht, 8ème éd., Zurich 1991, p. 195 ; de Luze J.J., op. cit. (n. 1486), p. 57 ss ; Engel P., op. cit. (n. 51), p. 546.

1497 Rey H., op. cit. (n. 51), p. 215, N. 1071 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 9 ss ad art. 58 CO. Plus réservés : Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 122 ; Keller A., op. cit. (n. 10), I, p. 175 s.

entendue de manière large. Cette notion comprend certes les bâtiments, comme le texte légal l'énonce, mais aussi les constructions et installations techniques créées et aménagées par l'homme et liées au sol de manière durable, directement ou indirectement[1498]. On y englobe les parties intégrantes et les accessoires de bâtiments, comme les caves, canalisations, escaliers, ascenseurs ou échelles fixes, ainsi que toutes sortes de constructions et installations (exemples : chalet, piscine, échafaudage, chauffe-eau au gaz, téléphérique de montagne, batteuse à grain, essoreuse, treuil à moteur)[1499]. La jurisprudence a précisé que la notion d'ouvrage doit être comprise dans un sens fonctionnel, c'est-à-dire selon la fonction qu'il remplit en lui-même, mais aussi à l'égard des usagers. La notion peut donc même s'étendre à des éléments qui sont la propriété de tiers, comme cela a déjà été souligné plus haut. C'est finalement la destination de l'ouvrage qui déterminera les éléments dont il se compose, et cela sans égard aux droits réels[1500].

Selon les termes de l'art. 58 al. 1 CO, le propriétaire de l'ouvrage répond du dommage "causé par des vices de construction ou par le défaut d'entretien". A vrai dire, ces deux faits de rattachement de la responsabilité entrent dans la notion générale de "défaut" : le vice de construction représente un défaut initial, et le défaut d'entretien n'est rien d'autre qu'un défaut subséquent[1501]. Pour juger si un ouvrage est défectueux, les tribunaux se réfèrent à la fonction qu'il remplit et au but qui lui est assigné ; en effet, un ouvrage n'a pas à être adapté à un usage contraire à sa destination. Le propriétaire est donc en droit d'escompter que les tiers en feront une utilisation raisonnable. C'est dire qu'il ne répond pas des dommages que les lésés auraient pu éviter avec un minimum de prudence[1502]. Il en résulte que la jurisprudence considère comme défectueux l'ouvrage qui n'offre pas une sécurité suffisante et qui met en danger les tiers qui en font un usage conforme à sa destination. Le propriétaire qui crée ce danger, ou le tolère, même à son insu, viole son devoir de diligence.

Pour apprécier la diligence requise, le juge se place d'un point de vue objectif. Il prend en considération les circonstances concrètes du cas, notamment la nature de l'ouvrage et les mesures de sécurité qu'exigeait son affectation. A cet effet, il tient compte des possibilités techniques offertes au propriétaire, mais aussi de leur coût, qui doit rester proportionné aux intérêts des usagers et au

---

1498 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 26 ss ad art. 58 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 36 ss ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 124 ; ATF 106 II 103 ; ATF 121 III 449.

1499 Sur la casuistique, cf. notamment Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 45 ss ad art. 58 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 93 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 124 s.

1500 ATF 106 II 203. Cf. aussi Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 9 ad art. 58 CO ; Tercier P., DC 1994, p. 102.

1501 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 126.

1502 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 73 s. et 81 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 127 s. ; ATF 117 II 400.

but de l'ouvrage[1503]. Le respect ou la violation de prescriptions de police constitue sans doute un facteur d'appréciation intéressant, mais il faut se garder d'y attribuer une portée décisive[1504]. En toute hypothèse, le juge se rappellera que le devoir de diligence imposé au propriétaire s'apprécie d'autant plus sévèrement que l'ouvrage est accessible au public, et qu'il présente des risques élevés auxquels la technique permet de parer sans grands frais[1505].

Dans le droit actuel, la norme de responsabilité instituée à l'art. 58 al. 1 CO est complétée par deux autres règles. La première se trouve à l'art. 58 al. 2 CO ; elle réserve le recours du propriétaire d'ouvrage tenu à réparation contre les personnes responsables envers lui de ce chef. La seconde règle figure à l'art. 59 CO : elle accorde à la personne menacée d'un dommage provenant du bâtiment ou de l'ouvrage d'autrui une action préventive ; plus précisément, elle lui donne le droit d'exiger du propriétaire qu'il prenne les mesures nécessaires pour écarter le danger (al. 1). Quant à l'al. 2, il réserve les règlements de police concernant la protection des personnes et des propriétés.

3.4.2 Les propositions de réforme

3.4.2.1 Introduction

Comme cela a déjà été dit à plusieurs reprises[1506], les auteurs de l'avant-projet proposent de maintenir sous la forme de clauses spéciales les hypothèses qui, dans le droit actuel, fondent une responsabilité objective simple. Les raisons justifiant une telle proposition sont de double nature. D'une part, les responsabilités en question se caractérisent par une spécificité propre ; elles appartiennent à la tradition juridique de notre pays, au point d'avoir acquis, selon les termes déjà utilisés, "une sorte de légitimité"[1507]. D'autre part, la mise en oeuvre des règles en cause ne soulève guère de difficultés majeures. Ce constat vaut aussi pour la norme instituant la responsabilité du propriétaire d'ouvrage. Il est vrai que cette norme, davantage que d'autres de ce genre, pose quelques problèmes de délimitation. On observe en effet que certains cas jugés en vertu de l'art. 58 al. 1 CO auraient pu l'être en application d'autres dispositions. On pense ici à celles prévues à l'art. 679 CC ou à l'art. 55 CO ou dans une loi spéciale, comme celle qui traite de la responsabilité de l'exploitant d'une installation électrique (art. 27 LIE). Mais cela ne suffit pas à remettre en question la raison d'être de la réglementation des art. 58 et 59 CO.

Toutefois, cette réglementation ne saurait subsister sans modification. Une adaptation est nécessaire, qui prenne en compte l'évolution, et donc la réforme, du droit de la responsabilité civile en général, et en particulier les prin-

---

1503 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 55 ss ad art. 58 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 78 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 126 ss ; ATF 116 II 424 ; ATF 117 II 400.

1504 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 75 ss ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 127 ; ATF 91 II 208.

1505 ATF 116 II 424 ; ATF 117 II 400 ; Werro F., DC 1996, p. 50.

1506 Cf. supra 3.1.1 et 3.3.2.1.

1507 Cf. supra 1.2.2.3.1.

cipes qui régissent les responsabilités objectives. A cet effet, les auteurs de l'avant-projet suggèrent que le sujet de la responsabilité soit désigné à l'avenir par référence à un critère matériel : il s'agira de la personne qui détient l'ouvrage (art. 61 al. 1 AP), celle qui en est propriétaire devant répondre à titre solidaire s'il n'y a pas identité entre l'une et l'autre (art. 61 al. 2 AP). Par ailleurs, s'il se justifie que la responsabilité en question subsiste en la forme d'une responsabilité objective simple, il convient que le législateur de la réforme en tire toutes les conséquences : en ce sens, le texte légal doit exprimer l'idée que la violation du devoir de diligence imputable au sujet est présumée, lorsque l'ouvrage est la cause d'un préjudice. Il en découle qu'il n'incombera désormais plus au demandeur de devoir prouver le défaut de l'ouvrage, lorsqu'il exige réparation, mais qu'il reviendra logiquement au défendeur d'établir qu'aucun défaut n'est à l'origine du dommage, s'il entend se libérer. Enfin, les auteurs de l'avant-projet proposent que deux règles complémentaires soient abrogées, en raison de leur inutilité : il s'agit d'une part de l'art. 58 al. 2 CO, d'autre part de l'art. 59 al. 2 CO. Quant à la norme prévue à l'art. 59 al. 1 CO, qui accorde une action préventive à la personne qui est menacée par un ouvrage dangereux, elle subira quelques modifications rédactionnelles mineures.

3.4.2.2 Principe (art. 61 AP)

Selon l'art. 61 al. 1 AP, la personne qui détient un bâtiment ou un autre ouvrage répond du dommage causé par celui-ci, à moins de prouver qu'aucun défaut de construction ou d'entretien n'en est à l'origine. Cette disposition, comme cela vient d'être précisé, institue une responsabilité objective simple fondée sur la violation présumée d'un devoir particulier de diligence. Il en découle que son application est indépendante d'une faute de la personne désignée comme responsable, et que celle-ci peut devoir répondre même si elle ignorait le défaut de l'ouvrage[1508]. Il en découle également que les principes généraux régissant les responsabilités objectives, notamment ceux qui sont posés aux art. 51 et 51*a* AP, lui sont sans autre applicables.[1509]

En soi, et sous réserve de la qualification du sujet de la responsabilité, la *ratio legis* de la règle prévue à l'art. 61 al. 1 AP est identique à celle de l'art. 58 al. 1 CO. Aujourd'hui, comme demain, ce sont des considérations d'équité qui fondent la sévérité de l'obligation de réparer, compte tenu de l'avantage, voire du profit qui peut être retiré d'un ouvrage, et du danger que celui-ci fait courir à autrui lorsqu'il est défectueux. Cette dernière observation ne saurait semer la confusion et donner à penser que la responsabilité en question n'est finalement qu'une application du concept de responsabilité pour risque. En elle-même, la détention ou la propriété d'un ouvrage ne représente pas une "activité spécifiquement dangereuse", au sens de la clause générale de responsabilité pour risque (art. 50 AP), ou à l'instar par exemple de la détention d'un véhicule automobile (art. 58 al. 1 LCR) ou même de la détention d'un animal (art. 60

1508 Cf. supra 3.4.1.

1509 Cf. supra 1.3.5.3, 2.4.5.1, 2.4.5.2 et 3.1.2.

AP)[1510]. C'est le "défaut de construction ou d'entretien", selon les termes plus synthétiques de la norme révisée, qui rend l'ouvrage dangereux pour les tiers, lorsque les mesures adéquates pour le prévenir ou l'éliminer ne sont pas prises[1511]. Le défaut constitue ainsi le fait de rattachement de la responsabilité instituée à l'art. 61 al. 1 AP. Même très objectivée, cette responsabilité reste néanmoins fondée sur la violation présumée d'une norme de comportement commandant une diligence particulière[1512].

Dans ce contexte, les auteurs de l'avant-projet tiennent à rappeler que, pour des raisons liées essentiellement à la sécurité juridique, ils se sont gardés de proposer l'institution d'une responsabilité générale du fait des choses. Cette volonté s'est clairement exprimée dans la définition de la clause générale de responsabilité pour risque (art. 50 AP)[1513]. Elle se manifeste à nouveau ici, dans la mesure où le champ d'application matériel de l'art. 61 al. 1 AP se limite, comme celui de l'art. 58 al. 1 CO, aux bâtiments et aux autres ouvrages, soit à des constructions et installations techniques liées au sol de manière durable[1514]. La notion d'ouvrage, même si elle est en elle-même large et interprétée de manière extensive, reste pourtant circonscrite par le critère de la liaison au sol[1515]. Aussi la responsabilité du détenteur d'un ouvrage ne risque pas de connaître la dérive observée en droit français pour la responsabilité du gardien d'une chose (art. 1384 al. 1 CCF). C'est dire aussi que les enseignements qu'on peut tirer aujourd'hui de la jurisprudence sur la définition de l'ouvrage comme sur celle des défauts conserveront demain toute leur valeur. Tout au plus regrettera-t-on que le TF fasse de nos jours une application si restrictive de l'actuel art. 58 al. 1 CO aux ouvrages qui ne sont pas achevés[1516]. Car, même en construction ou en réparation, un bâtiment ou une route est et reste un ouvrage. C'est, dans un cas donné, au stade de l'appréciation de la diligence requise du défendeur, qu'il faudra prendre en considération l'état inachevé de l'ouvrage pour juger de son caractère défectueux. A cet effet, il s'agira de tenir compte de l'affectation de l'ouvrage, de l'usage qui en était fait durant les travaux de construction ou de réparation, ainsi que des mesures de sécurité qu'il s'imposait alors de prendre[1517].

S'agissant encore du champ d'application de la norme révisée, les auteurs de l'avant-projet se sont demandé s'il ne devait pas être limité à la réparation de dommages résultant d'une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, aux choses ou à l'environnement, suivant le principe général

---

1510 Cf. supra 3.3.2.2.

1511 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 4.

1512 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1 § 19, N. 1 et 16 ; Werro F., DC 1996, p. 50.

1513 Cf. 2.4.4.3.

1514 Cf. supra 3.4.1 et les réf. cit. en n. 130.

1515 Cf. à ce sujet Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n.27), II/1, § 19, N. 11 et 12.

1516 ATF 108 II 185 s. ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 48 et 53 ad art. 58 CO.

1517 Dans ce sens, Werro F., DC 1996, p. 50 ; cf. aussi Guhl Th./Merz H./Koller A., op. cit. (n. 1496), p. 194.

posé pour les responsabilités pour risque (art. 45 al. 3 AP)[1518]. Car l'ouvrage défectueux est avant tout dangereux pour les hommes et les choses, y compris pour l'environnement naturel, et non pas tellement pour les intérêts purement patrimoniaux de tiers[1519]. D'ailleurs, l'obligation de diligence qui pèse sur le détenteur ou le propriétaire d'ouvrage se résout essentiellement en une obligation de sécurité. Néanmoins, les auteurs de l'avant-projet renoncent à introduire ici une telle limitation, en raison de la nature juridique de la responsabilité en cause et par souci de garantir autant que possible la cohérence du système.

Pour ce qui touche le sujet de la responsabilité du fait d'un bâtiment ou d'un autre ouvrage, les auteurs de l'avant-projet proposent qu'il soit en principe désigné à l'avenir par le critère matériel de la détention, et non plus par celui formel de la propriété[1520]. Plus précisément, l'art. 61 AP permettra à la victime de s'en prendre à la personne qui détient l'ouvrage défectueux, mais il ne la privera pas d'actionner aussi la personne qui en est propriétaire, dans l'hypothèse où il n'y a pas identité entre l'une et l'autre ; le cas échéant, détenteur et propriétaire répondront solidairement. La norme révisée, sans péjorer en aucune manière la situation du lésé, aura pour effet principal d'éviter que l'action en réparation ne soit obligatoirement "canalisée" vers le propriétaire de l'ouvrage, comme cela est le cas aujourd'hui en règle générale. Cette nouveauté se justifie pour des raisons d'équité et de cohérence du système. Elle élargit une voie ouverte en pratique et qui a reçu l'approbation d'une partie de la doctrine.

Tout d'abord, il y a lieu de rappeler que, dans le droit actuel, le sujet de la responsabilité est le propriétaire de l'ouvrage, soit en principe la personne que les droits réels désignent en cette qualité. Il s'agit le plus souvent du propriétaire du fonds où l'ouvrage est construit ou est fixé. Mais, comme cela a été précisé plus haut[1521], le principe est tempéré par de nombreuses exceptions prévues par la réglementation des droits réels ou admises par la jurisprudence. Ainsi, dans le cas d'une construction mobilière élevée sur le fonds d'autrui (exemple : une baraque, art. 677 CC), ou dans le cas d'une installation fixée au sol (exemple : un échafaudage), la qualité pour défendre appartient au propriétaire de la chose, même s'il n'a aucun droit réel sur l'immeuble où celle-ci se trouve. De même, aux yeux du TF, lorsqu'une collectivité publique exerce sur un ouvrage une maîtrise qui est comparable à la propriété sur une chose, elle peut être appelée à répondre selon l'art. 58 al. 1 CO, bien que formellement elle ne soit propriétaire, ni de l'ouvrage lui-même, ni du fonds auquel celui-ci est lié. On constate donc que le TF admet souvent que le sujet de la responsabilité puisse ne pas être le titulaire des droits réels sur l'immeuble auquel l'ouvrage est lié ; et que parfois, il fait purement et simplement abstraction du critère de la pro-

---

1518 Cf. supra 2.3.2.1. Ce principe, on le rappelle, a été logiquement repris à l'art. 60 AP qui régit la responsabilité du fait d'un animal ; cf. supra 3.3.2.2.

1519 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 16.

1520 La Commission d'étude avait suggéré l'examen de la question, mais sans prendre position ; cf. Rapport, op. cit., (n. 39), V/3.2, p. 26.

1521 Cf. supra 3.4.1.

priété, quand par exemple la collectivité publique recherchée disposait en fait de l'ouvrage défectueux et veillait à son entretien.

Plusieurs cours cantonales se sont elles aussi parfois affranchies du critère formel de la propriété pour qualifier le sujet de la responsabilité prévue à l'art. 58 al. 1 CO. Ainsi le Tribunal supérieur du canton de Zurich a attribué la qualité pour défendre à une association sportive qui avait construit une piste de bob, et non au propriétaire du fonds, pour le motif que c'est elle qui exploitait la piste durant l'hiver, et qui devait donc prendre les mesures de précautions adéquates pour assurer la sécurité des spectateurs[1522]. Le même raisonnement a été fait par le Tribunal cantonal du Valais pour un club de hockey sur glace qui organisait des matchs sur un terrain propriété d'une commune[1523]. Dans une affaire récente, le Tribunal cantonal de Fribourg devait examiner la question de la responsabilité de l'Etat comme propriétaire d'une route en construction ; or, il n'a pas fondé l'application de l'art. 58 al. 1 CO sur le critère de la propriété, mais sur celui de la souveraineté, à laquelle il a rattaché le devoir d'entretien. Ce faisant, commente Werro, le tribunal "a implicitement élargi la qualité pour défendre de l'art. 58 CO à d'autres personnes que le propriétaire ... ; il semble admettre que la qualité pour défendre peut être reconnue au détenteur de l'ouvrage"[1524]. Cet auteur approuve la décision des juges fribourgeois. Il souligne qu'elle est dans la ligne de la jurisprudence fédérale (notamment de l'arrêt du 21 novembre 1995[1525]) et conforme au système général des responsabilités objectives.

D'autres auteurs marquent également ici leur préférence pour l'application d'un critère matériel, à tout le moins dans les cas où le propriétaire de l'ouvrage n'est pas en mesure d'en assurer la sécurité et l'entretien[1526]. Certains ne manquent d'ailleurs pas de relever que la position restrictive du TF en ce domaine tranche curieusement avec celle qu'il a adoptée dans l'application de l'art. 679 CC[1527]. Cette dernière disposition, on le sait, désigne aussi le "propriétaire" comme sujet de la responsabilité. Il s'agit en principe du propriétaire du fonds qui est à l'origine des nuisances excessives. Mais, selon la jurisprudence, il peut s'agir aussi de toute personne qui exerce sur le fonds incriminé une maîtrise effective, comme le titulaire d'un droit réel restreint ou même le locataire ou le fermier[1528]. A propos de cette jurisprudence, soit dit en passant, le TF n'hésite pas à déclarer qu'elle a connu une "évolution remarquable" ("eine bemerkenswerte Entwicklung")[1529].

1522 ZR 1957, no 101, p. 206 s.

1523 RVJ 1980, p. 197 et 210.

1524 DC 1996, p. 50.

1525 ATF 121 III 448, cité plus haut (cf. supra 3.4.1).

1526 Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 122 ; Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 12 et 15 ad art. 58 CO ; Keller A., op. cit. (n. 10), I, p. 173 ss. Cf. aussi les avis plus catégoriques de Tercier P. (DC 1994, p. 102 s.) et de Werro F. (DC 1996, p. 50).

1527 Tercier P., DC 1994, p. 102 s. ; Widmer P., PJA 1996, p. 625 s.

1528 ATF 104 II 18 ss ; ATF 111 II 237 s.

1529 ATF 106 II 205.

Suivant le courant doctrinal mentionné plus haut, les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que la jurisprudence actuelle se montre trop restrictive dans la qualification du sujet de la responsabilité en question. Certes, ils ne nient pas que le critère formel de la propriété présente à première vue le double avantage de la simplicité et de la clarté. Mais ce critère est trop rigide, et il est artificiel dans les cas où le propriétaire ne dispose pas de l'ouvrage, et n'a donc pas prise sur d'éventuels défauts qui l'affectent. Dans ces cas, la canalisation forcée de l'action réparatoire vers le propriétaire formel peut conduire à des résultats inéquitables et contribuer inutilement à accroître les procès récursoires[1530]. Mais elle est en désaccord également avec le concept qui régit l'imputation de l'obligation de réparer dans les responsabilités objectives.

Dans ce genre de responsabilités, en effet, la qualité pour défendre est généralement définie par un critère de fait. Elle est d'ordinaire reconnue à la personne qui remplit les conditions matérielles de la norme applicable, c'est-à-dire à celle qui est à même de prendre les mesures nécessaires pour éviter la survenance de préjudices. Dans le droit actuel, il s'agit par exemple du détenteur d'un véhicule (art. 58 al. 1 LCR) ou d'un animal (art. 56 al. 1 CO), et il n'en ira pas différemment demain. Il peut s'agir aussi de l'exploitant d'une activité spécifiquement dangereuse, comme c'est le cas en matière d'énergie nucléaire (art. 3 LRCN), en matière de transport par conduites (art. 33 LITC) ou en matière d'installations électriques (art. 27 LIE). C'est également un critère matériel qui désignera à l'avenir le sujet dans les deux nouvelles clauses générales de responsabilités objectives (art. 49*a* et 50 AP)[1531].

S'agissant de la responsabilité pour les bâtiments et autres ouvrages défectueux, il s'impose que la qualité pour défendre appartienne en principe à la personne - physique ou morale - qui en exerce la maîtrise effective. C'est, avant toute autre, cette personne qui est apte à assurer le sécurité et l'entretien de l'ouvrage, et donc à prévenir les défauts ou y remédier. C'est cette personne qui, par ailleurs, est censée tirer un avantage, voire un profit, de l'ouvrage. Il est vrai que, dans la plupart des cas, le propriétaire formel de l'ouvrage remplira ces conditions. Mais dans d'autres cas, il pourra s'agir d'autres personnes qui lui sont liées d'une manière ou d'une autre, comme le titulaire d'une servitude, le fermier ou le locataire. Le cas échéant, et précisément lorsque l'ouvrage se trouve dans leur sphère de responsabilité ("Verantwortungsbereich"), pour reprendre les termes très significatifs du TF[1532], il est logique et équitable que le nouvel art. 61 al. 1 AP leur soit opposable.

Il est possible que, dans certaines circonstances, la victime d'un dommage causé par un ouvrage ne parvienne pas à définir la personne qui le détient. Ou alors pourrait-elle le faire, mais seulement au prix d'investigations considérables. On pense ici par exemple au cas où l'ouvrage litigieux est l'objet d'un bail portant sur une partie du bâtiment[1533], ou d'une servitude non inscrite au regis-

---

1530 Werro F., DC 1996, p. 50.

1531 Cf. supra 2.4.3.4 et 2.4.4.5.

1532 ATF 121 III 453.

1533 Comme dans l'ATF 106 II 201.

tre foncier, qui autorise son bénéficiaire à exploiter une installation[1534]. Une telle éventualité engendre l'incertitude chez la personne lésée, et crée le risque que cette dernière se fasse opposer en justice le défaut de légitimation passive de la personne recherchée. D'où la règle prévue à l'art. 61 al. 2 AP, qui permet à la victime d'agir également contre le propriétaire de l'ouvrage, c'est-à-dire contre celui qui, dans la majorité des cas, peut être facilement identifié par son inscription au registre foncier. Cette dernière caractéristique fonde la *ratio legis*. Lorsqu'en effet l'ouvrage n'appartient pas à la personne qui le détient, la norme révisée ne saurait faire abstraction du critère formel de la propriété pour déterminer la qualité pour défendre à l'action réparatoire, au risque sinon de péjorer les droits de la victime. Celle-ci au contraire verra dans un tel cas sa situation être améliorée par l'institution d'un régime de solidarité passive. C'est dire que les dispositions sur le concours de responsabilités trouveront application (art. 53*b* et 53*c* AP, 143 ss CO). Le plus souvent, le propriétaire recherché devrait disposer d'un droit de recours intégral contre le détenteur de l'ouvrage. Mais rien n'empêchera que l'un et l'autre soient actionnés conjointement, ou que celui d'entre eux qui est seul poursuivi appelle l'autre en cause.

La règle complémentaire posée à l'art. 61 al. 2 AP est analogue à celle que connaissent les dispositions régissant la responsabilité des exploitants d'installations de transport par conduites (art. 33 al. 1 LITC) et d'installations nucléaires (art. 3 al. 4 LRCN). Ces dernières dispositions toutefois, au-delà de l'objectif de protéger les victimes, visent surtout à éviter que la loi ne soit détournée, et plus précisément que le propriétaire des installations en question constitue une société d'exploitation dotée de faibles moyens financiers, dans le but de se soustraire à sa responsabilité[1535].

Dans le droit actuel, la personne lésée qui invoque l'art. 58 al. 1 CO à l'encontre d'un propriétaire est tenue d'établir qu'elle a subi un dommage, dont la cause réside dans le défaut de l'ouvrage. Autrement dit, il lui incombe de fournir la preuve du défaut de construction ou d'entretien[1536]. La jurisprudence a tenu à préciser que cette preuve ne résulte pas du simple fait que l'accident a été causé par un ouvrage[1537].

Il est indéniable que la preuve du défaut de l'ouvrage peut être parfois difficile, voire impossible, à apporter. Ainsi en est-il lorsque la construction ou l'installation en cause a été détruite (dans le cas d'un incendie, par exemple) ou que le défaut ne s'est manifesté que passagèrement (dans le cas de la formation de verglas sur un escalier, par exemple). Il arrive alors que le juge, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, se contente d'une preuve *prima facie*, et qu'il admette l'existence d'un défaut sur la base d'une simple vraisemblance, en se

---

1534 Comme dans l'ATF 121 III 448.

1535 FF 1962 II 817 ; FF 1980 I 207. Cf. aussi Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/3, § 29, N. 123 ; Tercier P., op. cit. (n. 213), p. 157.

1536 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 54 et 80 ad art. 58 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 87 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 121 ; ATF 108 II 186 ; ATF 123 III 311.

1537 ATF 63 II 100 ; ATF 123 III 311.

référant à l'expérience générale de la vie[1538]. Le juge aura d'ailleurs la faculté d'exiger du défendeur qu'il collabore à l'administration des preuves ; en cas de refus, rien ne l'empêcherait d'en tirer des conséquences[1539]. Toutefois, selon l'opinion dominante, ces tempéraments ne sauraient conduire à un renversement du fardeau de la preuve du défaut à la charge du propriétaire actionné, ni donc à une présomption de responsabilité à son encontre[1540].

Les auteurs de l'avant-projet contestent cette opinion. Ils jugent qu'elle n'est pas conforme à la nature juridique de la responsabilité en question. Celle-ci, comme cela a déjà été rappelé, est fondée sur la violation présumée d'un devoir particulier de diligence[1541]. Il s'agit d'une caractéristique propre aux responsabilités objectives simples, qui les distingue de la responsabilité pour faute. Certaines clauses spéciales expriment d'ailleurs clairement la présomption qui pèse sur le sujet de la responsabilité, par l'énoncé d'une preuve libératoire apte à renverser cette présomption. Ainsi en est-il des art. 333 al. 1 CC et 55 al. 1 CO dans le droit actuel. Ainsi en sera-t-il des art. 49 et 49*a* AP dans le droit révisé[1542]. Aussi se justifie-t-il que, comme ces dernières dispositions et selon la formulation qu'elles contiennent, l'art. 61 AP énonce expressément cette idée. Une première raison s'inscrit dans la nécessité d'assurer autant que possible la cohérence du système. Une seconde raison réside dans le souci d'épargner à la victime de devoir établir le défaut d'un ouvrage, qui se situe dans la sphère de responsabilité d'un tiers. C'est comme si la survenance d'un dommage causé par un ouvrage apparaissait comme un indice significatif d'un défaut.

Selon l'art. 61 al. 1 AP, le détenteur ou le propriétaire d'ouvrage recherché est habilité à renverser la présomption qui pèse sur lui et à apporter la preuve libératoire de sa diligence. Plus précisément, il peut prouver qu'aucun défaut de construction ou d'entretien - au sens défini plus haut[1543] - n'est à l'origine du dommage. A cet effet, il établira notamment que l'ouvrage a été construit et équipé de manière à assurer une sécurité suffisante pour l'usage auquel il était destiné. Il pourra évidemment aussi s'exonérer en prouvant que la cause du dommage ne réside pas dans l'ouvrage ou dans un défaut qui l'affecterait, mais dans un fait qui ne lui est pas imputable et qui a contribué de manière manifestement prépondérante à l'accident (art. 47*a* AP).

A l'avenir, la norme de responsabilité proposée à l'art. 61 AP posera inévitablement quelques problèmes de délimitation, comme il en va déjà aujourd'hui de l'art. 58 CO[1544]. Ces problèmes peuvent toucher les rapports entre cette norme et d'autres dispositions qui, en vigueur de nos jours, ne seront pas

---

1538 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 80 et 81 ad art. 58 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 91 ; ATF 93 II 232 s. ; ATF 100 II 356.

1539 ATF 119 II 306.

1540 Cf. les réf. cit. supra en n. 1538.

1541 Cf. supra 3.4.1 et 3.4.2.2.

1542 Cf. supra 2.4.3.4.

1543 Sur la notion de défaut, cf. supra 3.4.1.

1544 Cf. supra 3.4.2.1.

abrogées par la réforme entreprise. Sans oublier la clause générale de responsabilité pour faute (art. 41 CO, 48 AP), on pense de prime abord à l'art. 679 CC[1545]. A cet égard, et à l'instar de la solution qui prévaut aujourd'hui[1546], il conviendra d'admettre l'application concurrente des règles en question, lorsque le défaut de l'ouvrage fixé ou construit sur un fonds constitue un excès dans l'exercice du droit de propriété immobilière. Mais des problèmes de délimitation pourront également concerner les rapports entre la règle désormais prévue à l'art. 61 AP et les nouvelles clauses générales de responsabilité. S'agissant de la clause de responsabilité pour les auxiliaires dans les entreprises (art. 49*a* AP), il y a en effet lieu de rappeler que le fait de rattachement de l'obligation de réparer pourra aussi se rapporter à la défectuosité technique d'une installation, liée d'une manière ou d'une autre à l'organisation de l'entreprise[1547]. Ainsi en sera-t-il dans les cas où une installation fixée au sol est utilisée dans la production de biens (une machine-outil, par exemple) ou dans la prestation de services (une tribune accueillant des spectateurs lors d'une manifestation sportive, par exemple). Quant à la clause générale de responsabilité pour risque (art. 50 AP), point n'est besoin de démontrer qu'une "activité spécifiquement dangereuse", au sens de cette dernière disposition, pourra être exploitée dans un bâtiment ou un autre ouvrage, et, suivant les circonstances, rendre celui-ci défectueux. Ainsi en sera-t-il par exemple de la fabrication de produits chimiques dangereux dans une cuve industrielle ou de l'utilisation d'un chauffe-eau fonctionnant au gaz dans une habitation[1548]. En de telles hypothèses, la règle régissant le cumul de responsabilités devrait en principe trouver application (art. 53 AP). Il pourrait en résulter un rétrécissement de la portée de la norme spéciale instituant une responsabilité pour les ouvrages. Celle-ci retrouverait ainsi son champ d'application "naturel", après avoir été parfois sollicitée de manière abusive dans le but - avoué ou non - de combler les lacunes du droit actuel. La sécurité juridique et la cohérence du système y trouveront sans doute leur compte[1549].

Dans le droit actuel, l'art. 58 al. 2 CO réserve le recours du propriétaire d'ouvrage tenu à réparation "contre les personnes responsables envers lui de ce chef". S'agissant de ces personnes, on pense en particulier à celles qui ont participé à la construction de l'ouvrage ou qui veillent à son entretien, comme peuvent l'être par exemple un architecte ou un entrepreneur, un gérant ou un concierge d'immeuble. Mais on peut penser aussi à d'autres tiers, comme un locataire ou le vendeur de l'immeuble. Le plus souvent, on le constate, il s'agit de personnes qui sont contractuellement liées au propriétaire de l'ouvrage[1550]. On s'accorde unanimement à admettre aujourd'hui que cette règle récursoire

---

1545 Cf. supra 3.1.1 et 3.2.3.

1546 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 148 s. ad art. 58 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 15 s.

1547 Cf. supra 2.4.3.4.

1548 Cf. supra 2.4.4.4.

1549 Cf. supra 2.4.4.1, 2.4.4.2 et 2.4.4.4.

1550 Von Tuhr A./Peter H., op. cit. (n. 51), p. 459 s. ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 97 s.

n'a pas de portée autonome et qu'elle est donc superflue. Elle est couverte en réalité par les principes régissant le concours de responsabilités (art. 50 et 51 CO)[1551]. Il n'en ira pas différemment demain (cf. art. 53*b* et 53*c* AP). Aussi s'impose-t-il d'abroger la règle instituée à l'art. 58 al. 2 du Code actuel, comme cela avait déjà été proposé pour l'art. 55 al. 2 CO[1552] et l'art. 56 al. 2 CO[1553].

3.4.2.3 Mesures préventives (art. 61a AP)

Dans le droit actuel, la norme de responsabilité instituée à l'art. 58 CO est complétée par la règle de l'art. 59 CO. Cette règle accorde à la personne menacée d'un dommage provenant du bâtiment ou de l'ouvrage d'autrui le droit d'exiger du propriétaire qu'il prenne les mesures nécessaires pour écarter le danger (al. 1). Quant à l'al. 2, il réserve les règlements de police concernant la protection des personnes et des propriétés.

L'art. 59 al. 1 CO prévoit une action en prévention du trouble (ou de l'atteinte), comme on la connaît dans d'autres domaines, qu'il s'agisse par exemple de la réglementation régissant la personnalité (art. 28*a* ch. 1 CC) ou la propriété foncière (art. 679 CC)[1554]. Pour s'en prévaloir avec succès, la partie demanderesse n'a pas besoin de prouver une faute du propriétaire en cause. Il lui suffit d'établir qu'elle est menacée d'un dommage provenant du bâtiment ou de l'ouvrage incriminé, et qu'on peut raisonnablement exiger de la partie défenderesse qu'elle prenne les mesures nécessaires pour écarter le danger. La menace doit être réelle, peu importe qu'elle soit directe (lorsque par exemple un bâtiment risque de s'écrouler) ou indirecte (lorsque par exemple une grosse machine de chantier provoque des trépidations)[1555]. Pour certains auteurs, qui mettent en relation les art. 58 et 59 CO, le danger doit trouver sa source dans un défaut de l'ouvrage[1556]. Pour d'autres, une telle condition n'est pas exigée ; ils fondent leur opinion sur une interprétation littérale (*a contrario*), mais aussi téléologique de l'art. 59 al. 1 CO, qui vise la prévention des risques que peut faire courir l'ouvrage à autrui, peu importe leur cause[1557]. Cette opinion convainc. Elle ouvre la voie à une application large de la norme en question, en

---

1551 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 231 ad art. 58 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 97 ; de Luze J.J., op. cit. (n. 1486), p. 28 ss et 61.

1552 Cf. supra 2.4.3.5.

1553 Cf. supra 3.3.2.2.

1554 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 20 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 193 s. ; ATF 98 II 324.

1555 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 14 ss ad art. 59 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 194.

1556 Ainsi : Becker H., op. cit. (n. 51), n. 4 ad art. 59 CO ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 194.

1557 Ainsi : Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 17 ss ad art. 59 CO ; Schoop A., Die Mangelhaftigkeit des Werkes als Voraussetzung der Haftung des Werkeigentümers nach schweizerischem Recht, thèse, Berne 1941, p. 77 ; ATF 24 II 102, où le TF déclare expressément que la règle fait "abstraction de la cause du danger" ; il est vrai que dans des arrêts postérieurs (ATF 98 II 324 et ATF 100 II 137 s.), le TF énonce, mais en termes généraux, que les conditions de la responsabilité sont identiques aux art. 58 et 59 CO.

particulier dans des hypothèses où un bâtiment, parfaitement construit et entretenu, menace de s'écrouler par l'effet d'un tremblement de terre ou de l'incendie provoqué par un pyromane. Il n'en demeure pas moins que, dans la plupart des cas, le danger proviendra d'un défaut de l'ouvrage. C'est à tout le moins le constat que permet de dégager l'examen de la maigre jurisprudence en la matière. Le plus souvent en effet, les mesures que le propriétaire est condamné à prendre tendent à remédier à un défaut de construction ou d'entretien de l'ouvrage, comme il en va de caniveaux d'une route qui sont insuffisants à détourner l'eau charriant des éboulis[1558], ou de conduites fissurées qui n'absorbent plus de fortes pluies et menacent de s'écrouler[1559].

La règle posée à l'art. 59 al. 1 CO n'a de toute évidence qu'une faible importance pratique[1560]. Cela est dû sans doute à la bonne qualité des bâtiments et autres ouvrages en Suisse, et également aux mesures préventives prises par les autorités dans des cas flagrants[1561]. Mais cela tient sans doute aussi à l'analogie entre les états de fait appréhendés par l'art. 59 al. 2 CO et l'art. 679 CC[1562]. Selon cette dernière disposition, celui qui est menacé d'un dommage par l'excès d'un droit de propriété foncière peut actionner le propriétaire pour qu'il prenne les mesures en vue d'écarter le danger. L'action préventive suppose donc que le défendeur viole les limites que la loi pose au droit de propriété, notamment les limites de tolérance que se doivent les voisins (au sens des art. 684 ss CC). Ainsi en est-il par exemple lorsque l'excès réside dans la construction d'un ouvrage risquant de provoquer un éboulement de terrain[1563]. Un tel constat a amené les auteurs de l'avant-projet à se demander, comme ils l'avaient fait pour l'art. 57 CO[1564], si l'art. 59 al. 1 CO a encore une raison d'être. Mais, à l'analyse, ils observent que cette disposition a une portée plus large que celle de l'art. 679 CC, et qu'en dépit de recoupements possibles entre les deux normes, elle est susceptible de conserver une utilité spécifique à l'avenir. S'agissant du champ d'application matériel, l'art. 679 CC permet de prévenir des dommages pouvant résulter de l'excès du droit de propriété d'un immeuble. Quant à l'art. 59 al. 1 CO, il vise la prévention de préjudices ayant pour origine un ouvrage, certes un bâtiment, et donc un immeuble, mais aussi toute construction et installation technique créée et aménagée par l'homme et liée au sol de manière durable, comme peut l'être un échafaudage, un téléphérique de montagne ou encore un treuil à moteur[1565]. Pour ce qui touche le champ d'application personnel, la qualité pour agir en vertu de l'art. 679 CC

1558 ATF 100 II 137 s.

1559 DC 1994, p. 103.

1560 Cf. Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 5 ad art. 59 CO.

1561 Cf. par exemple ATF 98 II 324.

1562 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 6 ad art. 59 CO ; Thilo E., La responsabilité du propriétaire d'un bâtiment ou d'un autre ouvrage en raison d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien, JT 1946 I 260.

1563 Cf. supra 3.2.3.

1564 Cf. supra 3.3.2.3.

1565 Cf. supra 3.4.1 et les réf. cit. en n. 1498 et 1499.

appartient au propriétaire d'un immeuble voisin et à celui qui en a la possession selon un droit réel limité ou selon un droit personnel[1566]. Quant à l'art. 59 al. 1 CO, la qualité pour agir est certes reconnue au voisin immobilier[1567], mais aussi à toute personne qui pourrait subir un dommage provenant de l'ouvrage d'autrui. Il peut s'agir de l'usager régulier d'un bâtiment ou d'un chemin, par exemple du facteur postal ; il peut s'agir également du passant qui, par hasard, se trouve en contact direct ou indirect avec l'ouvrage dangereux. Le cercle des ayants droit est donc illimité[1568]. En conclusion se justifie-t-il de maintenir la règle prévue à l'art. 59 al. 1 CO, tout en lui faisant subir quelques modifications formelles mineures.

La première modification proposée concerne le titre marginal de la règle (art. 61*a* AP). Les auteurs de l'avant-projet suggèrent de substituer à l'expression "mesures de sûreté" une autre plus significative, "mesures préventives", qui exprime clairement que cette disposition ne trouve application qu'avant l'éventuelle survenance d'un préjudice, comme cela est d'ailleurs admis aujourd'hui[1569]. Une seconde modification apparaît comme une conséquence obligée de la révision de la règle prévue à l'art. 61 AP[1570]. La qualité pour défendre à l'action en prévention de l'atteinte doit à l'évidence appartenir à la personne qui détient l'ouvrage et à celle qui en est propriétaire, lorsqu'il y a dualité entre l'une et l'autre. Quant aux mesures que la partie défenderesse peut être astreinte à prendre, il incombera, comme dans le droit actuel, au juge d'en décider le genre et l'étendue, selon son pouvoir d'appréciation[1571]. Mais, contrairement à ce que semble considérer le TF aujourd'hui[1572], il n'y a *a priori* pas de raison valable d'ouvrir l'application de la règle aux seules mesures urgentes, pourvu que ces mesures soient nécessaires.

On ajoutera pour clore que si le détenteur ou le propriétaire de l'ouvrage refuse de prendre les mesures ordonnées par le tribunal, la partie demanderesse sera habilitée à en exiger l'exécution forcée, selon les dispositions du droit cantonal[1573]. En cas d'atteinte imminente, elle pourra également demander le remboursement des frais résultant de mesures prises de bonne foi à titre préventif (art. 45*f* AP)[1574]. On pense ici par exemple aux dépenses supportées pour consolider un talus qui menace de s'ébouler sous l'effet de l'inondation provenant d'une construction voisine.

1566 ATF 83 II 379 s. ; ATF 114 II 232 ; ATF 119 II 415.

1567 Le cas échéant, l'application cumulative des règles en cause est possible ; en ce sens : Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 10 ad art. 59 CO.

1568 Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 7 et 11 ad art. 59 CO ; Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 16 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 194.

1569 ATF 98 II 324.

1570 Cf. supra 3.4.2.2.

1571 Schoop A., op. cit. (n. 1557), p. 79 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p.194.

1572 ATF 98 II 324.

1573 Schoop A., op. cit. (n. 1557), p. 76.

1574 Cf. supra 2.3.2.4.

Dans le droit actuel, l'art. 59 al. 2 CO réserve les règlements de police concernant la protection des personnes et des propriétés. Sont essentiellement visées ici les prescriptions cantonales régissant la police des constructions et du commerce. Mais sont également significatives dans ce contexte les dispositions pénales qui érigent en infractions des comportements liés à la propriété et à la détention d'ouvrages et susceptibles de mettre en danger les personnes et les choses (notamment art. 227 ss CP)[1575]. La réserve spéciale, dont il est question ici, n'a en fait de sens que par rapport au droit public cantonal. Elle est impropre et, de façon déclarative, elle ne fait que rappeler la compétence des cantons de légiférer en matière de droit public (pour autant que la Confédération n'ait pas elle-même légiféré dans le domaine considéré)[1576]. En ce sens, l'art. 59 al. 2 n'a pas de portée autonome par rapport à la règle générale posée à l'art. 6 CC. Il est superflu et doit donc être abrogé[1577].

1575 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/1, § 19, N. 20 ; Deschenaux H./Tercier P., op. cit. (n. 51), p. 127.

1576 Deschenaux H., op. cit. (n. 477), p. 11 ss et 20.

1577 Dans ce sens : Brehm R., op. cit. (n. 51), n. 20 ad art. 59 CO.

4 Répercussions de la réforme sur le reste de la législation fédérale et adaptation des actes législatifs correspondants

4.1 Remarques préliminaires et indications terminologiques

Les auteurs de l'avant-projet ont renoncé à uniformiser complètement la terminologie dans les nombreuses dispositions de la législation fédérale qui utilisent d'une quelconque manière des expressions reprises dans l'avant-projet de révision. Un tel processus risquerait d'avoir un effet de dominos dans tous les domaines du droit fédéral. Comme jusqu'à présent, il sera aussi à l'avenir du ressort de la jurisprudence d'interpréter pour chaque cas d'application concret les dispositions correspondantes et par là même de dégager le sens des expressions qui y sont utilisées ; elle pourra toutefois s'inspirer du style et de l'esprit des nouvelles règles contenues aux art. 41 ss CO et de la législation accessoire ayant fait l'objet d'une adaptation.

C'est pour cette raison qu'il n'est proposé des modifications rédactionnelles que dans les cas où une disposition doit de toute manière être adaptée pour des motifs ayant trait au droit de fond (exemple : "personne lésée" au lieu de "lésé" aux art. 19 et 20 LRCF).

Il faut tout de même attirer l'attention sur quelques aspects terminologiques d'une importance particulière : l'avant-projet désigne de manière nouvelle le fait générateur de responsabilité et la cause de la naissance de l'obligation de réparer par "fait dommageable", là où le texte en vigueur emploie l'expression "acte illicite" (dans le titre du chapitre) ; le but est de réunir sous un terme générique en sus de la responsabilité classique pour faute, d'une part les responsabilités objectives, mais d'autre part aussi les éléments constitutifs de la responsabilité en cas de - ou malgré un - fait licite (art. 59 et 59*a* AP). Là où des modifications étaient de toute manière nécessaires, les renvois aux "règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites" ont été reformulés en conséquence ; ils auront à l'avenir la teneur suivante : "Pour le reste..." [ou "Sauf dérogation expresse dans la présente loi], la responsabilité est régie par les dispositions [du Code des obligations] sur la Partie générale du droit de la responsabilité civile". Dans les cas où l'on rencontre encore l'ancienne formulation (comme par exemple à l'art. 19 al. 3 CC ou à l'art. 567 al. 3 CO), cette dernière doit également être comprise dans ce sens large.

Un autre exemple est constitué par le terme "réparation (Ersatzleistung)" que l'avant-projet utilise comme terme générique pour désigner toutes les sortes de compensations (autant des préjudices patrimoniaux que moraux), alors que le droit en vigueur parle sans critère de distinction - exception faite de la "réparation morale (Genugtuung)" - tantôt de "réparation", tantôt de "dommages-intérêts" (Schadenersatz)" ou aussi (p. ex. à l'art. 28*f* al. 1 *in fine* CC) "d'indemnité"[1578].

1578 Au reste, la terminologie des versions française et allemande n'est pas uniforme ; ainsi, l'art. 46 al. 1 CO parle de "Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit", tandis que le texte français emploie pour le même passage l'expression "dommages-intérêts" ("Schadenersatz").

L'expression "dommage" est également utilisée par l'avant-projet dans un sens large qui comprend aussi bien les pertes économiques (dommage patrimonial) que le tort moral (art. 45 al. 1 AP). Dans le droit en vigueur, il existe un grand nombre de dispositions qui parlent de dommage dans l'un ou l'autre sens, alors qu'il est souvent fait allusion au dommage patrimonial, voire même parfois - comme par exemple aux art. 404 al. 2, 752 ss ou 1103 al. 3 CO - au "dommage purement économique" (cf. art. 45 al. 2 et 3 AP). Il y a tout de même des cas où le tort moral peut aussi tout à fait entrer en ligne de compte : ainsi pour le "dommage" dont il est question aux art. 333 al. 1 et 679 CC, mais aussi en droit des contrats (entre autres aux art. 208 al. 2 et 3, 259*e*, 321*e* CO). Il en va de même pour l'expression "préjudice", employée avant tout dans la version française, qui inclut dans certains cas le tort moral (ainsi à l'art. 28*c* al. 1 et 3 CC, où, dans la version allemande, il est question de "Nachteil"), tandis que dans d'autres cas il n'en est certainement pas ainsi (art. 770 al. 3 et 867 al. 2 CC ; art. 340 al. 2 et 1156 al. 3 CO).

4.2 Commentaire des diverses lois et dispositions

4.2.0 Autres dispositions du Code des obligations

4.2.001 Art. 31

La nouvelle formulation de l'al. 3 a pour but de reprendre et de rendre compréhensible l'idée jusqu'ici exprimée à l'art. 60 al. 3 CO de façon peu convaincante, tant par son emplacement que par sa rédaction ; selon cette disposition, l'exception découlant du fait qu'un contrat a été conclu sous l'empire d'un vice du consentement causé par un "acte illicite" (dol ou crainte fondée) est imprescriptible ; cette règle est combinée avec l'affirmation déjà contenue à l'actuel art. 31 al. 1 CO, qui veut que la ratification tacite d'un contrat conclu dans de telles circonstances laisse subsister la prétention en dommages-intérêts en raison d'une *culpa in contrahendo*. Cf. pour d'autres explications 2.8.4.3 ci-dessus.

4.2.002 Art. 97

En raison de l'harmonisation des normes de responsabilité dans le domaine extracontractuel et dans le domaine des violations dites "positives" du contrat (art. 42 AP), l'al. 1 est nouvellement formulé de telle sorte qu'il ne se réfère plus qu'au dommage découlant de l'inexécution proprement dite, c'est-à-dire aux cas d'inexécution provisoire ou définitive de la prestation. L'exécution désignée jusqu'ici comme "imparfaite", qui ne consiste pas seulement (négativement) en l'inexécution de la prestation, mais qui peut aussi conduire (positivement) à une atteinte à des biens juridiquement protégés (de façon absolue ou par des normes spéciales, dont aussi les normes contractuelles) du créancier, sera désormais régie par le régime général du droit de la responsabilité civile. Cf. pour d'autres explications 2.2.2.4 ci-dessus.

4.2.003 Art. 99

L'al. 3 de l'actuel art. 99 contient déjà un renvoi aux règles générales du droit de la responsabilité civile, qui doivent s'appliquer "par analogie" à la responsa-

bilité contractuelle. Tandis que les textes allemand et italien limitent ce renvoi aux dispositions sur l'étendue de la responsabilité ("Mass der Haftung ; misura della responsabilità"), la version française - "les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites" - fait apparaître ce renvoi comme global (cf. à ce sujet aussi supra 2.2.2.1). Cette dernière solution serait en soi conforme à la ligne directrice de la présente proposition de réforme. Etant donné toutefois qu'une unification partielle a déjà été réalisée par l'art. 42 AP et par la nouvelle formulation de l'art. 97 al. 1 CO, il ne peut plus être ici que question d'une application des règles générales du droit de la responsabilité civile à la responsabilité contractuelle proprement dite, respectivement à quelques cas particuliers de responsabilité contractuelle également réservés par l'art. 42 AP. Le renvoi ne vaut en revanche pas uniquement pour la "fixation de la réparation" (art. 52 et 52*a* AP) et ses modalités, mais également pour les conditions générales de la responsabilité que sont le dommage et le rapport de causalité, ainsi que pour la faute comme critère d'imputation. En plus de cela, le renvoi doit également valoir pour les règles sur la pluralité de responsabilités (art. 53 ss AP), sur les rapports avec l'assurance (art. 54 ss AP), ainsi que sur la procédure et les questions de preuves (art. 56 ss AP) ; les conventions restrictives de responsabilité (exclusion ou limitation de responsabilité et transaction), désormais réglées de manière générale dans la Partie générale (cf. les remarques ci-dessous concernant les art. 100 et 101 CO), sont évidemment également visées.

Pour des explications plus précises quant à la nouvelle formulation de l'art. 99 al. 3, cf. 2.2.2.4 ci-dessus.

4.2.004 Art. 100 et art. 101 al. 2 et 3

Dans ces dispositions, il est question de l'exclusion de la responsabilité, en d'autres termes des clauses dites "libératoires". Ces dernières sont régies exhaustivement par l'art. 57 AP (cf. supra les explications sous 2.10.2) et cette réglementation doit précisément s'appliquer à la responsabilité contractuelle, conformément à la nature de telles clauses. Les prescriptions correspondantes du chapitre sur les effets de l'inexécution peuvent en conséquence être abrogées.

> Il n'est en revanche pas proposé l'abrogation de la disposition de l'art. 101 al. 1 CO, qui règle le problème de la responsabilité spéciale "contractuelle" pour les auxiliaires (dits "auxiliaires de l'exécution"), même si cette question pourrait être discutée. Dans les faits, les différences existant selon l'opinion traditionnelle entre cette norme et son pendant extracontractuel à l'art. 55 CO (respectivement art. 49 et 49*a* AP) ont été largement nivelées par la jurisprudence. Cela vaut à tout le moins pour "l'avantage" prétendument octroyé à l'employeur en matière extracontractuelle de pouvoir se libérer de sa responsabilité en apportant avec succès la preuve de sa diligence : cette preuve libératoire n'est presque plus qu'un mythe depuis l'ATF 110 II 456 ss (arrêt concernant le défaut de l'armature d'une pièce en béton préfabriquée). Inversement, l'opinion que l'art. 101 introduit une responsabilité pour faute reposant sur un "manquement hypothétiquement reprochable" (imputation du comportement de l'auxiliaire au débiteur comme si ce dernier avait agi lui-même) et qu'il serait pour cette raison atténué est aussi purement théorique ; une telle opinion vaut d'autant moins que cette construction n'est pas possible et ne doit pas être possible précisément dans le cas aujourd'hui le plus important, à savoir lorsque l'auxiliaire dispose de connaissances professionnelles supérieures à celles de son employeur.

Une différence pratique notable réside cependant dans le fait que, dans le cadre d'un engagement contractuel, l'employeur-débiteur doit également répondre pour les auxiliaires de l'exécution qui ne lui sont pas à proprement parler subordonnés (comme p. ex. les sous-traitants indépendants), alors qu'en matière extracontractuelle ceux-ci peuvent être poursuivis directement et séparément en tant qu'entrepreneurs indépendants. Il n'est cependant pas à exclure que la nouvelle responsabilité du fait de l'organisation selon l'art. 49*a* AP - qui fait répondre le sujet indépendamment de toute faute pour tous les défauts d'organisation - puisse conduire ici aussi à une harmonisation des deux formes de responsabilité pour fait d'autrui.

4.2.005 Art. 113

On peut renoncer à la disposition spéciale de l'art. 113 CO, étant donné que le droit d'action directe de la personne lésée contre l'assureur de responsabilité civile de la personne responsable est généralisé par l'art. 54*c* AP ; cette règle doit s'appliquer de manière générale (c'est-à-dire aussi dans le rapport "employeur-employé" ; cf. 2.7.4.2.1 supra), sans poser la condition limitative qui veut que le travailleur potentiellement lésé doive avoir payé la moitié des primes à l'assureur de responsabilité civile de l'employeur.

4.2.006 Art. 134 al. 1

Une conséquence choquante de la réglementation en vigueur sur la prescription consiste en ce qu'une prétention en dommages-intérêts (comme d'ailleurs d'autres prétentions aussi) peut se prescrire au cours d'un procès, dont fait justement l'objet cette prétention et qui est peut-être mené de manière dilatoire ou hésitante par l'instance saisie (cf. supra 2.8.6 *in fine*).

C'est pour cette raison qu'en réponse à une intervention parlementaire[1579], il est proposé une correction par l'adjonction d'un nouveau chiffre 7 à l'art. 134 al. 1 CO ; cette nouvelle disposition étend l'empêchement et la suspension de la prescription au cas et au laps de temps pendant lequel "dure" un procès dont la créance exposée à la prescription fait l'objet, c'est-à-dire tant que le procès est pendant ou que le jugement n'est pas exécutoire.

Compte tenu de la nouvelle réglementation de la prescription dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile, qui s'applique selon l'art. 42 AP désormais aussi aux cas de violations positives du contrat, on aurait naturellement pu se poser la question s'il n'aurait pas également fallu examiner et modifier, respectivement prolonger, les délais dans le domaine de l'inexécution (art. 127 et 128 CO). En référence au nouveau délai de prescription absolue en droit de la responsabilité civile, il paraîtrait naturel de doubler le délai de prescription ordinaire de dix ans tel qu'il est prévu à l'art. 127 CO. Les auteurs de l'avant-projet sont toutefois d'avis qu'une telle proposition dépasserait le cadre de leur mandat.

4.2.006^{bis} Art. 321e al. 2

Etant donné qu'à l'art. 48*a* AP, la négligence est décrite précisément selon le modèle de l'art. 321*e* al. 2 CO et qu'elle est en conséquence "resubjectivisée" de manière générale (cf. supra 2.4.2.2), on peut se demander si une disposition spéciale parallèle est encore nécessaire en droit du contrat de travail. Les auteurs de l'avant-projet plaident en faveur du maintien de la norme ; celle-ci est en effet

---

1579 Postulat Leuenberger M. (P. 80.590 du 17.12.1982).

imprégnée de la réputation d'être un privilège - voulu - en faveur du travailleur ou de la travailleuse, et auquel il pourrait devenir politiquement délicat de porter atteinte. Indépendamment de cela, ce maintien se justifie également en raison de la référence particulière au "risque professionnel", ce dernier représentant le critère spécifiquement adapté au contrat de travail en vue de l'appréciation subjective de la diligence. Dans ce contexte, il est encore une fois à relever que la mesure subjective de la diligence peut entraîner non seulement une atténuation de la responsabilité mais également son aggravation, lorsque le travailleur ou la travailleuse - ou dans le cadre de l'art. 398 al. 1 CO le ou la mandataire - dispose de connaissances professionnelles particulières. L'art. 321*e* al. 2 CO conduit dans de telles circonstances à une "responsabilité de spécialiste ou d'expert", au sens du § 1299 de l'ABGB autrichien.

4.2.007 Art. 759

Cette disposition, qui traite de la responsabilité solidaire de plusieurs personnes responsables en droit de la société anonyme, a été remaniée lors de la dernière révision de ce domaine (en vigueur depuis le 1er juillet 1992, respectivement le 1er juillet 1993) ; le but était d'aller à l'encontre de la tendance, perceptible dans la jurisprudence, d'assimiler la responsabilité solidaire à la responsabilité pour la totalité de la réparation, notamment dans des cas d'insolvabilité d'une société et de ses gérants ou de son conseil d'administration responsables, où il s'agissait de se retourner contre l'organe de révision en règle générale encore solvable.

Cette extension de la solidarité, à laquelle le nouveau droit de la société anonyme cherche à répondre en limitant le principe à la mesure de la responsabilité personnelle de chaque coresponsable, est cependant un problème général, que la Partie générale du droit de la responsabilité civile doit réglementer dans le même sens que le nouvel art. 759 CO mais de façon globale (cf. supra 2.6.4.3). Cette même idée est exprimée de façon légèrement différente et - de l'avis des auteurs de l'avant-projet - plus claire à l'art. 53*b* al. 2 AP par la formulation selon laquelle, pour chacune des personnes coresponsables, la solidarité "s'étend au montant de la réparation dont elle serait tenue si elle était seule responsable" ; c'est pourquoi elle n'a plus besoin d'être répétée dans le droit de la société anonyme.

L'al. 2 de l'actuel art. 759 n'a été ajouté que lors des débats parlementaires et, selon l'avis des auteurs de l'avant-projet, il exprime une évidence à laquelle il peut être sereinement renoncé.

L'al. 3 ne fait que répéter le principe général ancré à l'art. 53*c* al. 1 AP sur la répartition interne du dommage entre coresponsables solidaires ; il est par conséquent superflu.

4.2.008 Art. 760

Cette disposition prévoit à l'al. 1 un délai spécial de prescription relatif de cinq ans pour la responsabilité en droit de la société anonyme ; elle a été reprise sans modification de l'ancien droit de la société anonyme lors de la révision de 1991. On ne trouve guère de précisions dans la doctrine expliquant pourquoi il a été prévu, en droit de la société anonyme - alors que le point de départ de la prescription est identique à celui de l'art. 60 al. 1 CO ("connaissance du dommage, ainsi que de la personne responsable") - un délai de prescription cinq

fois plus long qu'en droit de la responsabilité civile ordinaire ; une explication peu convaincante serait qu'au vu de la nature incertaine de la responsabilité en ce domaine - entre responsabilité contractuelle et délictuelle - on ait simplement choisi une valeur moyenne entre un et dix ans. Quoi qu'il en soit, une solution spéciale pour le droit de la société anonyme ne semble plus guère nécessaire en regard de la prolongation générale à trois ans du délai de prescription relatif, qui est de toute manière prévue par la révision (art. 55 al. 1 AP). En ce qui concerne le délai de prescription absolu courant dès le moment où le fait dommageable s'est produit - plus précisément, selon l'art. 55 al. 2 AP, "à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire" -, la réforme en prévoit le doublement ; ici de même, il n'y a aucune raison de conserver une autre solution en droit de la société anonyme. La disposition devient par conséquent superflue. Pour des explications plus détaillées sur la nouvelle réglementation de la prescription, cf. supra 2.8.4.1.

L'al. 2 de l'art. 760 CO est une norme parallèle à l'art. 60 al. 2 CO (effets sur le plan civil d'une prescription pénale de plus longue durée), qui n'est pas repris dans le nouveau droit (cf. les explications correspondantes, supra 2.8.4.2). Cette règle doit par conséquent également être abrogée.

4.2.009 Art. 918

Il s'agit ici de la disposition du droit de la société coopérative parallèle à l'art. 759 CO, qui régit la responsabilité solidaire de plusieurs personnes responsables en droit de la société anonyme. Elle est à abroger pour les raisons exposées plus haut : les art. 53*b* et 53*c* AP règlent la question de manière générale et il n'y aucun motif de maintenir une solution particulière en droit de la société coopérative.

4.2.010 Art. 919

Sur ce point aussi, il existe un parallèle avec le droit de la société anonyme (art. 760 CO), et la nouvelle réglementation de la prescription (art. 55 ss AP) peut également être reprise sans difficultés particulières pour les prétentions en responsabilité du droit de la société coopérative. C'est pourquoi la disposition doit être abrogée.

4.2.011 Art. 928

Comme en matière d'état civil et de registre foncier (cf. ci-dessous 4.2.15.04), il est question ici d'un cas de responsabilité du canton prévue par le droit fédéral pour les dommages qui sont causés dans l'exécution de prescriptions de droit fédéral ayant trait à un registre. Comme les art. 42 et 955 CC le font dans leurs domaines respectifs, l'art. 928 décrète une responsabilité spéciale pour la tenue du registre du commerce. Il s'agit, selon le droit encore en vigueur, d'une responsabilité personnelle pour faute des préposés au registre du commerce et des membres des autorités de surveillance, qui est construite selon le modèle de l'ancienne responsabilité en cascade du droit de la tutelle (art. 426 ss CC). Le canton n'endosse qu'une responsabilité subsidiaire.

Au lieu de cela et parallèlement aux autres domaines du droit des registres, l'al. 1 de la proposition de révision décrète une responsabilité objective du canton, primaire et exclusive. Ce dernier répondra de tout dommage qui est causé "par la tenue du registre du commerce et par l'exécution d'autres tâches s'y rapportant". Contrairement au droit en vigueur, les personnes qui peuvent entrer en ligne de compte comme auteurs du dommage (le préposé au registre du commerce et son personnel auxiliaire, ainsi que les membres des autorités de surveillance) - et qui ne sauraient d'ailleurs être poursuivies directement par la personne lésée - ne sont pas mentionnées expressément ; seul est décrit le fait de rattachement ("la tenue du registre du commerce, etc."), dans le cadre duquel peut se réaliser le risque d'organisation du canton. A l'instar des art. 42, 426, 849 et 955 CC, la responsabilité présuppose l'illicéité du fait dommageable ; il s'agira dans la règle de la violation des devoirs de fonction des organes en cause, étant donné qu'une atteinte à des biens juridiquement protégés de manière absolue devrait en principe constituer ici l'exception (tout au plus une atteinte au crédit ou une entrave à la liberté de l'activité économique seraient concevables).

L'al. 2 limite le droit de recours du canton contre les personnes responsables - comme cela est usuel en droit de la responsabilité publique moderne - aux cas de violation intentionnelle ou par négligence grave de leurs obligations.

L'al. 4 contient le renvoi global habituel aux dispositions de la Partie générale.

4.2.11 Loi sur la responsabilité (LRCF)

4.2.11.01 Art. 3

L'al. 1 pose le principe de la responsabilité délictuelle de la Confédération envers les tiers : une responsabilité étatique, objective et primaire, pour le dommage qu'un fonctionnaire (au sens de l'art. 1 LRCF, c'est-à-dire sans distinction entre magistrats et organes, agents de la fonction publique au sens étroit et personnes externes exécutant des tâches de droit public) cause de manière illicite à un tiers dans l'exercice de sa fonction, soit en violation de son devoir de fonction.

A cette occasion, la traduction problématique de "widerrechtlich" par "sans droit" devrait être modifiée dans le texte français : elle donne l'impression que le législateur a voulu consacrer dans la loi la théorie dite de l'illicéité subjective[1580]. Il n'y a cependant aucune raison de ne pas s'adapter ici aussi à l'usage général de la langue et d'employer la tournure "causé par le fait illicite", conformément aux art. 41, 46 et 46*a* AP.

La modification matérielle par rapport au texte en vigueur jusqu'ici résulte de l'adaptation aux art. 43 et 43*a* AP : le régime spécial de la LRCF ne doit s'appliquer que pour l'activité "relevant de la puissance publique" (actuellement "dans l'exercice de [ses] fonctions") exercée par des fonctionnaires ; sans cela, c'est le droit ordinaire - privé - de la responsabilité civile qui s'applique, selon l'art. 3 LRCF en relation avec l'art. 43 AP (qui rend aussi l'actuel art. 11 LRCF

1580 A ce sujet, cf. supra 1.2.2.1.8 et 2.3.3.1.

superflu) ; demeurent réservées les dérogations contenues dans les lois spéciales, comme par exemple la LAAM (anciennement OM).

L'actuel al. 2 contient une réserve que le nouvel art. 43 AP érige désormais en principe général ; la disposition est par conséquent superflue.

En revanche, les al. 3 et 4 contiennent des réglementations qui concernent spécifiquement la responsabilité de fonctionnaires fédéraux et doivent pour cette raison être conservés. La même remarque vaut pour les dispositions complémentaires des art. 7 et 8 LRCF.

Il faut tout de même préciser la teneur de l'al. 3 (exclusion du droit d'action directe contre les fonctionnaires), en ce sens que le fait que le ou la fonctionnaire ait agit fautivement ou non en tant qu'auteur direct du dommage n'est pas significatif dans le rapport avec la personne lésée, contrairement à ce que suggère la teneur actuelle de la loi ("le fonctionnaire fautif", en français ; "Fehlbaren", en allemand).

4.2.11.02 Art. 4

L'actuel art. 4 est une reprise textuelle de l'art. 44 al. 1 CO. Le renvoi global de l'art. 9 révisé LRCF déclare également applicables entre autres les art. 46*a* al. 2, 47*a* et 52 AP, qui couvrent divers aspects des actuels art. 43 et 44 CO (fixation des dommages-intérêts en tenant compte de motifs justificatifs, de motifs d'exonération et de réduction). La disposition devient ainsi superflue.

4.2.11.03 Art. 5

Cette disposition correspond presque mot à mot aux actuels art. 45 et 46 CO qui définissent les postes du dommage réparable en cas de mort d'homme et de lésions corporelles. Le droit de la responsabilité étatique ne présente pas de particularités à cet égard, de telle sorte qu'il peut sans autre être renvoyé à la réglementation correspondante de l'AP (art. 45*a* et 45*b*) ; ce renvoi a lieu globalement dans le cadre de l'art. 9 révisé LRCF. L'art. 5 LRCF devient ainsi également sans objet.

4.2.11.04 Art. 6

Il n'y a aucune raison de définir les conditions de la réparation du tort moral différemment dans la LRCF que dans le reste du droit de la responsabilité civile ; la question est réglée exhaustivement par le renvoi complet à l'AP (art. 45*e*) que fait l'art. 9, de telle sorte qu'une disposition supplémentaire dans la LRCF n'est pas nécessaire.

La réglementation actuelle, qui semble s'inspirer du très critiqué art. 8 LRespC (cf. à ce sujet infra 4.2.16), a survécu malgré la modification rédactionnelle de l'art. 6 à l'occasion de la révision du droit de la protection de la personnalité (1983). Elle fait encore dépendre d'une faute du fonctionnaire - dans le cadre d'une responsabilité objective exclusive de la collectivité publique ! - la prétention à la réparation du tort moral. Dans une loi qui a joué un rôle de pionnier lors de la modernisation de la responsabilité de l'Etat, il y a près de cinquante

ans, cette réglementation est doublement anachronique ; c'est pourquoi elle doit aussi être abandonnée pour des raisons matérielles.

4.2.11.05 Art. 9

A l'al. 1, l'actuel renvoi aux dispositions du Code des obligations, limité aux "réclamations de la Confédération" contre des fonctionnaires (c'est-à-dire aux prétentions récursoires et en réparation du dommage causé directement à la Confédération) conformément aux art. 7 et 8, est remplacé par un renvoi global à la nouvelle Partie générale. Il s'agit d'une formule standard qui peut être reprise dans toutes les lois spéciales.

L'al. 2 de l'art. 9 contient une particularité qui privilégie les fonctionnaires responsables envers la Confédération par comparaison au droit ordinaire de la responsabilité ("contrairement à l'art. 50 du Code des obligations") ; en cas de concours de responsabilités, il ne leur est pas appliqué une responsabilité solidaire mais une responsabilité partielle (proportionnellement à leur faute respective). La question de savoir si l'on désire conserver ce privilège ou non est politique ; les auteurs de l'avant-projet s'abstiennent sur ce point de faire une proposition de réforme. De ce fait, la modification de la teneur de la disposition ne revêt qu'un caractère rédactionnel. On peut toutefois se demander si la nouvelle description du principe de la solidarité à l'art. 53*b* al. 2 AP (cf. supra 2.6.4.3) ne désamorce pas le problème, à tel point qu'on pourrait renoncer ici à une différenciation supplémentaire.

4.2.11.06 Art. 10

> L'al. 1 (dans sa teneur selon l'OJ révisée du 4 octobre 1991, en vigueur depuis le 1er janvier 1994) règle la procédure particulière tendant à faire valoir des prétentions contre la Confédération (comme aussi des prétentions de la Confédération contre des tiers) ; cette réglementation n'est pas touchée par la révision du droit de la responsabilité civile.

La proposition d'abroger l'al. 2 de cette disposition (entre-temps modifiée lors de la révision de l'OJ mentionnée plus haut), afin de décharger le TF de procès de première instance et d'administrations de preuves correspond à la thèse 512-3 de la Commission d'étude (Rapport, op. cit. (n. 39), V/12.1.3.3). La question de savoir si l'on désire aller plus loin dans ce sens dépend principalement de la révision en cours de l'OJ et de ses fondements constitutionnels. C'est pourquoi la question peut rester provisoirement ouverte.

4.2.11.07 Art. 11

L'art. 11 concerne les cas dans lesquels "la Confédération agit comme sujet de droit privé". Selon la règle ancrée au nouvel art. 43 AP, c'est - sous réserve d'exceptions expressément décrétées - toujours le cas lorsqu'il est question de responsabilité ; la question ne nécessite donc pas d'explication supplémentaire telle que la contient l'actuel art. 11 LRCF ; la disposition doit donc être abrogée.

L'exclusion du droit d'action directe contre le fonctionnaire auteur immédiat du dommage est déjà posée à l'art. 3 al. 3 et n'a plus besoin d'une mention parti-

culière à l'al. 2, parce que la distinction entre la responsabilité de droit privé et de droit public de la Confédération est en principe abandonnée.

Pour la même raison, l'al. 3 (renvoi au privilège interne de responsabilité des fonctionnaires selon les art. 7 et 9) devient également superflu.

4.2.11.08 Art. 19

Il ne s'agit en principe à l'al. 1 que d'adaptations rédactionnelles, qui sont rendues nécessaires par la modification des art. 3 et 9, ainsi que par la suppression des art. 4 à 6.

Dans la phrase introductive, l'exigence du dommage causé "sans droit" n'a plus besoin d'être mentionnée expressément ; elle est en effet énoncée comme condition générale à l'art. 3 al. 1, auquel la lettre a) renvoie expressément ; subsidiairement, le renvoi global de l'art. 9 al. 1, qui se réfère aussi à l'art. 41 al. 2 en relation avec l'art. 46 AP, conduit au même résultat.

Finalement, la rédaction de la lettre a) peut aussi être améliorée d'un point de vue linguistique : l'actuelle version donne l'impression que le "tiers" et le "lésé" sont deux sujets différents, ce qui n'est manifestement pas le cas ; pour cette raison, on peut renoncer à l'expression "du dommage causé à un tiers". Il ressort suffisamment de la confrontation des lettres a) et b) qu'il faut faire une distinction entre le dommage d'un tiers et celui que peut subir la Confédération.

4.2.11.09 Art. 20

Des corrections rédactionnelles mises à part, il s'agit ici de la reprise dans le domaine de la LRCF de la nouvelle réglementation de la prescription (art. 55 ss AP).

Au premier coup d'œil, il n'y a pas non plus sur ce point de raison impérative commandant un régime particulier, de telle sorte que les délais de l'al. 1 sont à adapter à ceux de l'art. 55 AP ; la même remarque vaut pour la nouvelle description du moment à compter duquel la prescription absolue, plus précisément la péremption, commence à courir. On pourrait également défendre une solution abrogeant complètement l'art. 20 al. 1, pour le motif que le renvoi global de l'art. 9 al. 1 révisé LRCF vaudrait aussi pour cette question. Les auteurs de l'avant-projet renoncent à une telle suppression pour deux raisons :

1) une distinction existe, quoique non fondamentale, dans le fait qu'au lieu de la prescription relative, la LRCF prévoit une péremption ;

2) en l'absence de l'introduction de l'al. 1, les al. 2 et 3 se trouveraient dans le vide d'un point de vue systématique ; ou alors, il faudrait chercher une systématique entièrement nouvelle, ce qui dépasserait le cadre de la réforme du droit de la responsabilité civile.

Pour le début du délai relatif, seule la "connaissance du dommage" était exigée jusqu'ici et non celle "de la personne qui en est l'auteur", probablement parce qu'il semblait évident que ce devait toujours être la Confédération. Cela ne va cependant pas forcément de soi ; la Confédération peut tout à fait entrer en ligne de compte comme personne tenue à réparation parallèlement à d'autres personnes, sans que ce fait ne soit déjà connu de la personne lésée. Dans ces

circonstances, il semble opportun de reprendre aussi à cet égard la formulation de l'art. 55 al. 1 AP.

4.2.11.10 Art. 21

Il s'agit de l'adaptation à la règle correspondante de l'art. 55*c* AP régissant la prescription de prétentions récursoires. Des raisons analogues à celles valant pour l'art. 20 parlent en faveur du maintien et de la reformulation de la disposition. Il est ici à relever que, par le renvoi de l'art. 9 al. 1 LRCF, l'art. 55*c* al. 2 s'applique également à l'action récursoire de la Confédération contre les personnes pour lesquelles elle est tenue de répondre sur le plan externe ; la Confédération a par conséquent le devoir d'avertir d'une possible action récursoire les débiteurs(trices) contre lesquel(le)s elle pourrait se retourner et qui lui sont connu(e)s, à défaut de quoi la prescription de sa prétention récursoire commencera à courir à compter du moment où l'avis omis aurait dû être donné.

D'un point de vue matériel et politique, on pourrait assurément se poser la question de savoir si l'on désire - même en présence d'une réglementation parallèle de la prescription dans la LRCF et dans le CO - conserver un certain privilège des fonctionnaires débiteurs de prétentions récursoires et en rester en conséquence au délai d'un an (pour la prescription relative). Cela n'est cependant pas impératif pour les auteurs de l'avant-projet, étant donné que le privilège essentiel réside déjà dans le fait que les fonctionnaires ne peuvent de toute manière être poursuivis qu'en cas de négligence grave ou de faute intentionnelle et qu'ils sont à l'abri d'actions directes de tiers lésés.

4.2.11.11 Art. 23

La question matérielle qui vient d'être abordée pour l'art. 21 se pose de manière analogue pour la disposition de l'al. 1, qui traite de prétentions en réparation directes de la Confédération contre des fonctionnaires, respectivement contre des organes ou employés d'institutions au sens de l'art. 19 LRCF. Cependant, l'intention de privilégier est sur ce point manifeste, à tout le moins en ce qui concerne la prescription absolue, pour laquelle le délai est inférieur de moitié - et même de trois quarts selon le nouveau droit - par rapport à celui du droit de recours de l'art. 21. C'est également la raison pour laquelle les auteurs de l'avant-projet hésitent ici à modifier la solution particulière de la LRCF ; ils s'en tiennent par conséquent à des adaptations rédactionnelles.

Si l'on supprime dans la Partie générale la prescription de l'actuel art. 60 al. 2 CO (cf. supra 2.8.4.2), l'al. 2 est également à abroger. On pourrait certes argumenter, en regard du très court délai de l'al. 1, qu'il faudrait au moins réserver le cas d'une infraction pénale grave. De l'avis des auteurs de l'avant-projet, ces raisons n'ont pas suffisamment de poids pour maintenir cette règle problématique et pour justifier une divergence par rapport à la Partie générale.

4.2.12 Procédure administrative (PA)

Art. 55

L'al. 4 de cette disposition comprend une norme de responsabilité spéciale pour les cas de retrait arbitraire de l'effet suspensif d'un recours et pour les cas de déni de justice ou de retard arbitraire lors d'une demande de restitution, à charge de la collectivité publique ou de l'établissement autonome au nom de qui l'autorité de recours correspondante a pris une décision (ou n'en a justement pas pris). Le but de cette norme est d'élever, par rapport au droit "normal" de la responsabilité de l'Etat, le seuil de l'illicéité au niveau de l'arbitraire, afin d'octroyer à l'autorité compétente une marge d'appréciation suffisante au moment de la pesée d'intérêts.

L'adaptation de cette prescription à la réforme du droit de la responsabilité civile ne correspond pas à une nécessité impérative ; on pourrait parfaitement soutenir l'opinion selon laquelle la Loi sur la responsabilité et partant, en vertu du nouveau renvoi global de l'art. 9 LRCF (cf. supra 4.2.11.05), la Partie générale du droit de la responsabilité civile, s'appliqueraient - comme jusqu'à présent et même sans renvoi particulier - aux détails et modalités de ce cas spécial de responsabilité de l'Etat. La Partie générale pourrait se révéler significative, lorsque par exemple une prétention en réparation du tort moral entre en ligne de compte dans le cadre de l'art. 55 al. 4 PA ; même une application arbitraire de l'effet suspensif ne doit pas forcément être fautive et pourrait désormais donner lieu à la compensation du tort moral. En regard de la particularité de la disposition et de son caractère dérogatoire, il se justifie de mettre en évidence dans le texte, par renvoi à la LRCF, que pour le reste, ce sont ici aussi les règles générales du droit de la responsabilité civile qui doivent s'appliquer.

4.2.13 Loi sur les marchés publics (LMP)

La Loi sur les marchés publics a été adoptée par le Parlement le 16 décembre 1994, en exécution de l'accord sur le GATT ratifié par la Suisse le 4 décembre 1995 (RS 0.632.231.422), et elle est entrée en vigueur le 1er janvier 1996. Elle règle l'adjudication de marchés publics et cherche ainsi à garantir l'égalité de traitement des soumissionnaires. Les contrats qui sont conclus avec les soumissionnaires sur la base d'une adjudication sont en principe soumis au droit privé.

La loi contient deux dispositions significatives en droit de la responsabilité : selon l'art. 34, la Confédération ou les adjudicateurs désignés à l'art. 2 LMP répondent à des conditions déterminées et dans une certaine mesure du dommage qu'ils causent par une décision non conforme au droit, tandis que l'art. 35 règle la procédure. Ces dispositions s'écartent en partie de la Loi sur la responsabilité (LRCF ; cf. supra 4.2.11).

> Art. 34
>
> Cette disposition pose à son al. 1 le principe de la responsabilité de la Confédération, respectivement des adjudicateurs, pour les dommages qui ont été causés dans le cadre de la procédure d'adjudication, par des décisions dont la non-con-

formité au droit[1581] a été constatée en procédure de recours selon les art. 32 al. 2 et 33 LMP par la commission de recours. En tant que norme spéciale, elle ne pose pas de problème et est en conséquence à reprendre telle quelle.

La divergence par rapport à la LRCF consiste en ce que seul l'intérêt négatif est réparable et que même ce dernier ne l'est que partiellement ("[les] dépenses nécessaires engagées par le soumissionnaire en relation avec les procédures d'adjudication et de recours"). Le législateur suisse a ainsi fait usage de la possibilité d'aménagement qui lui est octroyée par l'art. XX ch. 7 lit. c de l'accord GATT susmentionné. Cette réglementation n'est probablement pas euro-compatible[1582]. Mais elle est aussi contraire au principe du droit de la responsabilité (civile et publique), selon lequel (les cas de responsabilité pour risques mis à part, cf. art. 45 al. 3 AP) tout le dommage causé adéquatement, y compris le gain manqué, est réparable, pour autant qu'il existe une norme protectrice ; il en va de même du préjudice qui se présente sous la forme d'un dommage purement économique. Récemment, cette norme a été largement débattue au Conseil national. De toute évidence, elle a été voulue dans la formulation actuelle. De l'avis des auteurs de l'avant-projet, elle ne saurait être modifiée à si brève échéance sans nécessité.

L'al. 3 renvoie à la Loi sur la responsabilité pour toutes les questions de droit de la responsabilité non réglementées par la LMP (par exemple pour des prétentions en réparation fondées sur d'autres motifs que ceux prévus à l'art. 34 LMP ou pour le droit de recours contre des fonctionnaires et/ou employés des adjudicateurs etc.). De cette façon, il est ainsi indirectement (à savoir par le biais du nouvel art. 9 al. 1 LRCF, dans la teneur proposée plus haut ; cf. supra 4.2.11.05) renvoyé globalement à la Partie générale.

C'est pourquoi un renvoi supplémentaire exprès au Code des obligations n'est pas nécessaire.

Art. 35

Les al.s 1 et 2 contiennent des dispositions de procédure qui sont propres à l'objet de la réglementation de la LMP et doivent pour cette raison être maintenus.

4.2.14 Loi sur les fonctionnaires

Art. 48

Cette disposition n'est mentionnée ici que *pro memoria*, afin de rappeler que la Commission d'étude avait exigé (Rapport, op.cit., n. 39, p. 202) une adaptation des al.s 5 et 5bis (subrogation de la Caisse de pension de la Confédération), selon ses thèses concernant le rapport entre responsabilité civile et assurance sociale (notamment les thèses 62-1 et 62-2). Du point de vue de la systématique législative, ces adaptations sont à entreprendre dans le cadre de la Loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) actuellement soumis à l'examen du Parlement.

Pour le cas où cette loi ne devrait pas voir le jour dans un laps de temps prévisible et en perspective du projet de Loi sur le personnel de la Confédération, qui est en préparation (LPers ; cf. art. 26 du projet du 14 décembre 1998, FF 1999 II 1447 et 1471), il est proposé, en référence à l'acte législatif du droit des assurances

---

1581 Il est à relever que la version française de l'art. 34 al. 1 LMP rend le terme de "Rechtswidrigkeit" non pas par "illicéité" mais par "non-conformité au droit". Le texte français du Message (FF 1994 IV 1240 s.) parle même "d'actions illégales".

1582 Cf. Michel N., La réparation du préjudice du soumissionnaire évincé (De l'incompatibilité du droit suisse avec les directives communautaires), in : Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André-Junod, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, p. 279 ss.

sociales le plus récent (art. 79 LAMal ; cf. aussi ci-dessous 4.2.50), une disposition ayant le contenu suivant :

Art. X Subrogation

[1]La Confédération est subrogée, à concurrence du montant des prestations qu'elle verse, aux droits de l'employé ou de ses survivants à l'égard de tiers responsables de la maladie, de l'accident, de l'invalidité ou du décès de l'employé.

[2]La Confédération ne peut faire valoir de prétentions récursoires contre le conjoint de l'employé, contre ses parents en ligne ascendante ou en ligne descendante ou contre les personnes vivant en communauté domestique avec lui, que s'ils ont provoqué l'empêchement de travailler intentionnellement ou par suite d'une négligence grave.

[3]Pour le reste, les dispositions du Code des obligations sur le droit préférentiel du lésé par rapport au droit de recours de l'assureur s'appliquent par analogie.*

** RS 220, art. 54b.*

4.2.15 Code civil (CC)

4.2.15.01 Art. 46

Cette disposition (originairement art. 42 CC) a déjà été modifiée dans le cadre de la dernière révision du Code civil suisse (révision du droit de l'état civil, du mariage et du divorce) du 26 juin 1998[1583] ; selon les explications du Message[1584], elle s'inspire de l'art. 429*a* CC (responsabilité dans le domaine de la privation de liberté à des fins d'assistance) en tant que plus récente (1981) norme sur la responsabilité de l'Etat codifiée en droit fédéral. Le présent avant-projet s'efforce de trouver une formulation aussi uniforme que possible pour tous les cas de responsabilité du canton décrétée par le droit fédéral. Cette formulation doit en particulier pouvoir être utilisée aussi en matière de registre foncier et de registre du commerce (cf. ci-dessus 4.2.011).

L'al. 1 pose le principe d'une responsabilité directe et objective du canton pour tout dommage (dommage patrimonial ou tort moral) qui est causé par la tenue des registres concernés et par toutes les activités qui s'y rapportent. La définition du sujet de la responsabilité (ici : le canton) devrait faire partie - contrairement à la version issue de la révision du CC - des éléments constitutifs de base de l'al. 1, et il ne devrait pas seulement en être question en relation avec le droit de recours de l'al. 2.

La tournure "causé...par" met en évidence qu'un lien fonctionnel avec l'activité officielle concernée doit exister. Par ailleurs, on renonce consciemment - contrairement à la formulation du nouvel art. 46 mais en référence à la règle du droit du registre foncier de l'art. 955 al. 1 CC[1585] en vigueur depuis 1912 - à mentionner expressément les personnes qui agissent directement (c'est-à-dire les fonctionnaires, employés, membres d'autorités de surveillance, etc.) ; en effet, ces dernières n'ont pas, du point de vue de la responsabilité, à apparaître

---

1583 FF 1998 IV 3077 ss ; Message : FF 1996 I 1 ss.

1584 Loc. cit., ch. 212.2, p. 56.

1585 Cf. à ce sujet Widmer P., La révision du droit de la responsabilité civile vue sous l'angle de l'art. 955 du Code civil, in : RNRF 1995, p. 345 ss.

en tant qu'individus dans le rapport externe - c'est-à-dire vis-à-vis de la personne lésée - mais seulement en tant que "bras prolongé" de l'Etat dont elles réalisent le risque d'organisation. La responsabilité est "causale", c'est-à-dire indépendante de la faute des personnes agissant directement, respectivement de leurs supérieurs. En revanche, elle n'est opérante que pour les dommages causés "de manière illicite", c'est-à-dire pour ceux qui résultent d'une atteinte à un bien juridiquement protégé de façon absolue ou de la violation - au sens de l'art. 46 al. 2 AP - d'une injonction ou d'une interdiction de l'ordre juridique (devoir de fonction) ou du principe de la bonne foi[1586].

Une mention explicite de la prétention en réparation du tort moral, telle que la contient l'art. 46 al. 1 dans sa teneur du 26 juin 1998, est inutile. Par le fait que le canton est rendu responsable de "tout dommage" selon la formulation ici proposée, la réparation du tort moral est - pour autant que ses conditions (art. 45*e* AP) soient remplies - *eo ipso* incluse (cf. supra 4.1). On arriverait d'ailleurs au même résultat par le renvoi général du nouvel al. 4.

L'al. 2 réglemente le droit de recours de manière à ce qu'il ne soit admis - comme dans la Loi sur la responsabilité de la Confédération et de nombreuses lois cantonales sur la responsabilité - que lorsqu'une faute qualifiée (intention ou négligence grave) peut être mise à charge de la personne qui a causé le dommage. Cela correspond - sauf la mention du canton comme sujet de la responsabilité et de petites différences rédactionnelles - au nouvel art. 46 al. 2 CC dans sa teneur du 26 juin 1998.

L'al. 3 souligne - en référence à l'art. 3 al. 3 LRCF (cf. ci-dessus 4.2.11.01) - que la responsabilité du canton est exclusive. Certes, cette disposition pourrait à la rigueur être désignée comme principe général et par conséquent évident de la responsabilité étatique moderne ou être déduite de l'interprétation de la règle sur le droit de recours de l'al. 2, comme l'implique manifestement le texte de l'art. 46 al. 2 CC dans sa version du 26 juin 1998. Mais étant donné qu'il s'agit ici - comme aussi pour les art. 426, 849 et 955 CC, ainsi que pour les art. 5 LP et 928 CO[1587] - d'une responsabilité de l'Etat imposée par la Confédération aux cantons, il peut se justifier de mettre ce principe particulièrement en relief. Du point de vue pratique également, il est préférable de poser un tel principe plutôt que rappeler l'évidence qui veut que, pour les personnes exerçant des fonctions d'état civil et engagées par la Confédération, c'est la Confédération et non le canton qui est responsable et que, dans ce cas, c'est la Loi sur la responsabilité de la Confédération qui s'applique. Si la disposition de l'actuel al. 3 de l'art. 46 CC devait être ressentie comme indispensable, il faudrait alors introduire une norme analogue en droit du registre foncier et du registre du commerce, où il y a, au niveau fédéral également, des services chargés de fonctions de coordination et de surveillance correspondantes.

Finalement, l'al. 4 contient un renvoi global à la Partie générale du droit de la responsabilité civile. Cette dernière devrait de toute manière s'appliquer sur la base de la nouvelle règle de l'art. 43 AP ; malgré cela, une mention expresse

---

1586 Cf. supra 2.3.3.3.

1587 Cf. supra 4.2.011.

est recommandée, en regard de la configuration quelque peu spéciale du droit fédéral prescrivant une responsabilité étatique du canton.

4.2.15.01bis Art. 55 al. 2

Cette disposition ne change en apparence pas. Il vaut cependant la peine de mentionner ici que la nouvelle responsabilité du fait de l'organisation selon l'art. 49*a* AP supprime la distinction entre organe et auxiliaire, comme c'est déjà le cas aujourd'hui pour les responsabilités causales du CC et du CO, ainsi que de la législation spéciale, et comme cela sera le cas notamment pour la clause générale de responsabilité pour risque. S'agissant de la responsabilité d'une personne morale qui cause un dommage résultant d'un défaut d'organisation, dans l'exploitation d'une "entreprise comportant des activités de nature économique ou professionnelle", il n'importera à l'avenir plus de savoir quelle position occupe l'auteur direct du fait dommageable dans cette corporation.

4.2.15.02 Art. 426 à 430 ainsi que 454 et 455

Toutes les règles contenues jusqu'à présent en sept articles doivent être résumées ou remplacées par une seule disposition nouvelle sur la responsabilité en matière de tutelle et de protection des adultes ("Betreuungsrecht"). Cela conduit à l'abrogation des art. 427 à 430 CC et ainsi à la réduction du Chapitre IV du Titre onzième à un seul article. Cette proposition a déjà été évoquée par le Groupe d'experts pour la révision du droit suisse de la tutelle[1588] ; elle a en outre été anticipée en droit positif à l'art. 429*a* CC - comme cela a été mentionné à propos de l'art. 46 (anciennement 42) CC (cf. 4.2.15.01 ci-dessus) - concernant la privation de liberté à des fins d'assistance. Dans le cadre du présent avant-projet, on veille d'ailleurs à l'uniformité avec les dispositions parallèles (art. 42, 849 et 955 CC ainsi que l'art. 928 CO et l'art. 5 LP).

L'al. 1 introduit - au lieu de l'actuelle responsabilité personnelle en cascade des personnes exerçant une activité tutélaire et des organes de surveillance, ainsi qu'à titre subsidiaire des collectivités publiques impliquées - la responsabilité étatique primaire et objective du canton. Cette responsabilité existe - de manière analogue à ce qui a été exposé pour l'art. 46 CC - pour les dommages (dommages patrimoniaux ou tort moral) qui sont causés en relation fonctionnelle avec l'exécution de tâches du droit de la tutelle et de la protection des adultes.

En plus de cette causalité spécifiquement fonctionnelle - on pourrait également parler de la réalisation du risque "d'exploitation ou d'organisation" caractéristique à ce domaine - "l'illicéité" est aussi exigée comme condition supplémentaire ; cela implique, en référence à l'actuel art. 426 CC (pour autant qu'une atteinte à des attributs de la personnalité absolument protégés ou à des droits réels ne fonde *per se* l'illicéité) la violation des règles "d'une administration diligente" ; en relation avec la privation de liberté à des fins d'assistance, l'illicéité consistera (si ce n'est *a priori* en une atteinte à la personnalité) dans la "violation des devoirs de fonction" résultant d'une décision infondée (exemples : en

---

1588 Rapport de juillet 1995 du Groupe d'experts désigné par l'Office fédéral de la justice en perspective de la révision du droit de la tutelle, ch. II/1.6, p. 67 ss et thèses 1.5.6, p. 147.

cas d'abus du pouvoir d'appréciation, de contrariété avec les pièces du dossier ou de violation des règles de procédure).

L'al. 2 contient la règle classique des lois modernes de responsabilité en matière de droit de recours, règle selon laquelle la collectivité publique responsable ne doit pouvoir exercer de recours contre ses organes, fonctionnaires et autres personnes à qui sont confiées des tâches de droit public, que lorsqu'on peut leur faire un reproche grave. Leur activité ne doit pas se trouver sous l'épée de Damoclès permanente d'une action récursoire pour des fautes et erreurs que pourrait commettre aussi une personne fiable et consciencieuse exerçant la même fonction.

L'al. 3 confirme l'exclusivité de la responsabilité de l'Etat, c'est-à-dire l'exclusion du droit d'action contre l'individu qui a causé directement et personnellement le dommage ; le caractère fautif ou non du fait dommageable ne joue aucun rôle dans ce contexte.

L'al. 4 contient un renvoi général à la Partie générale du droit de la responsabilité civile pour toutes les modalités de la prétention en réparation. Les questions de la responsabilité de plusieurs organes de tutelle, jusqu'ici réglées aux art. 428 et 429, ne se posent plus de la même manière dans le cadre de la nouvelle responsabilité exclusive de l'Etat ; elles pourraient à la rigueur intervenir à l'occasion d'un recours du canton contre une pluralité de personnes responsables et seraient alors à résoudre selon les principes de l'art. 53*c* AP.

L'art. 430 CC attribue les cas de responsabilité de nature tutélaire au juge civil ; il ne peut être conservé dans le nouveau système, bien qu'il se situe en soi tout à fait dans la ligne de l'avant-projet, qui précisément ambitionne autant que possible une unification de la responsabilité de droit civil et de droit public ; on pourrait donc même songer à généraliser l'art. 430 CC, pour autant que cela ne soit pas considéré comme une intervention par trop considérable dans les compétences cantonales en matière d'organisation judiciaire et de procédure.

Il n'y a pas non plus de raison suffisante de réglementer la prescription dans le domaine de la responsabilité en droit de la tutelle (actuellement art. 454 et 455 CC) différemment des dispositions générales proposées aux art. 55 ss AP. Cela vaut pour la prescription relative, dont la condition de la "connaissance du dommage" (sous le nouveau régime, le responsable peut être facilement identifié) rendra en règle générale nécessaire la présence d'un compte final ; mais cette remarque s'applique aussi à la prescription absolue, pour laquelle c'est dorénavant la fin de la mesure tutélaire dommageable qui devra être considérée comme le moment "à compter duquel le fait dommageable a cessé de se produire" et pour laquelle il ne faudra plus se baser sur la remise du compte final. Cela semble également correspondre aux idées du Groupe d'experts de la révision du droit de la tutelle[1589]. L'abrogation de ces deux dispositions raccourcit aussi le Chapitre III du Titre douzième du CC, mais elle n'a pas d'autres répercussions d'un point de vue systématique, étant donné que l'art. 456 qui leur fait suite a déjà été abrogé lors de la révision de la LP en 1994 (cf. infra 4.2.28).

[1589] Cf. supra n. 1588 et le Rapport cité, II/1.6.1.5, p. 70 et thèse 1.5.6/4.

4.2.15.03 Art. 849

Cette disposition prévoit une responsabilité du canton pour l'estimation fautive de la valeur officielle de biens-fonds aux fins de constituer une lettre de rente. En raison du peu d'importance pratique de la lettre de rente, elle n'a guère été appliquée. Mais la doctrine part du principe qu'il s'agit ici d'une responsabilité étatique primaire, dépendante toutefois de la faute du fonctionnaire en cause. Cette dernière est à adapter au concept désormais généralement reconnu de la responsabilité cantonale (ci-dessus en matière de registre du commerce, d'état civil et de tutelle, ci-dessous pour la tenue du registre foncier et dans le cadre de la poursuite pour dettes et de la faillite). Le fait que le canton réponde doit être précisé de manière correspondante dans le titre marginal, où il est aujourd'hui question de responsabilité "de l'Etat" - tournure qui n'est pas univoque, du moins dans une loi fédérale.

L'al. 1 est formulé sur le modèle des dispositions correspondantes des art. 46 et 426 CC, toutefois avec une réminiscence de l'actuelle responsabilité pour violation de la diligence, en mentionnant "l'exécution défectueuse de l'estimation" comme fait de rattachement et comme élément d'illicéité. C'est toutefois un défaut d'organisation objectif qui est visé, par analogie à l'art. 49*a* AP ; une faute de la personne agissant directement ou de son supérieur n'est pas exigée.

L'al. 2 prévoit dans sa teneur actuelle un droit de recours illimité du canton contre le "fonctionnaire en faute". L'avant-projet de révision propose ici aussi une adaptation à la règle s'appliquant aujourd'hui de manière générale en droit de la responsabilité publique, selon laquelle la collectivité publique ne doit exercer une action récursoire contre ses fonctionnaires ou employés ou contre des personnes auxquelles elle fait appel en vue d'exécuter des tâches publiques, que si ceux-ci peuvent se faire imputer un reproche subjectivement grave (intention ou négligence grave).

L'al. 3 contient de nouveau l'exclusion du droit d'action directe contre la (les) personne(s) ayant commis l'erreur d'estimation.

Le nouvel al. 4 contient le renvoi global à la Partie générale du droit de la responsabilité civile, usuel dans toutes les dispositions parallèles.

4.2.15.04 Art. 955

L'art. 955 CC sur la responsabilité du canton pour les dommages qui sont causés par la tenue défectueuse du registre foncier a servi, malgré son âge avancé, de modèle aux auteurs de l'avant-projet pour tous les cas dans lesquels les cantons doivent, en plus de l'exécution de tâches fédérales liées au droit civil, endosser également la responsabilité pour les dommages survenant dans le cadre de telles activités. Par conséquent, la disposition ne fait matériellement l'objet que de modifications peu importantes.

A l'al. 1, qui pose le principe de la responsabilité, l'intervention est purement rédactionnelle : la teneur est adaptée à la formule standard déjà utilisée ci-dessus aux art. 46, 426 et 849 CC, et dans laquelle il n'est plus que question du canton responsable (au lieu de "canton-s" au pluriel) et où les tâches annexes

sont également prises en compte - au sens de la doctrine et de la jurisprudence[1590] - en plus de la "tenue du registre foncier" proprement dite.

En revanche, l'al. 2 s'écarte dans sa formulation actuelle de la réglementation du droit de recours usuellement restrictive, dans la mesure où ce dernier est ouvert au canton pour toute faute de l'agent ou de l'organe fautif. Dans le cadre de la révision, cette norme doit être adaptée aux dispositions parallèles correspondantes des art. 46, 426 et 849 CC, ainsi que de l'art. 928 CO et de l'art. 5 LP, qui limitent toutes le droit de recours aux cas de faute intentionnelle et de négligence grave selon le modèle de l'art. 7 LRCF.

L'al. 3 contient la reconnaissance expresse du principe de la responsabilité primaire et exclusive de l'Etat[1591] et remplace ainsi la réserve improprement dite superflue du texte actuel, selon laquelle les cantons peuvent exiger une garantie de leurs fonctionnaires et employés pour d'éventuelles prétentions récursoires.

L'al. 4 contient de nouveau le renvoi stéréotypé aux dispositions de la Partie générale.

4.2.16 Loi sur la responsabilité des chemins de fer (LRespC)

La LRespC est à abroger dans son intégralité. Elle est la plus ancienne loi de responsabilité civile du droit fédéral, car la teneur actuelle du 28 mars 1905 a remplacé la version originale du 1er juillet 1875, avec des modifications insignifiantes. Au cours de ces dernières années, la LRespC a fait l'objet de critiques croissantes[1592] et sa révision a été exigée par plusieurs interventions parlementaires[1593] ; d'un point de vue politique, cette exigence a même été l'une des premières raisons qui ont provoqué la révision totale et l'unification du droit de la responsabilité civile.

Est en particulier critiquée la réglementation selon laquelle il importe, pour déterminer le régime de responsabilité en cas de dommage matériel, de savoir si la personne lésée a également subi une lésion corporelle ; c'est à cette seule condition que s'applique uniformément la responsabilité pour risque ferroviaire ; sinon il faut prouver que l'entreprise a commis une faute (art. 11 LRespC). Une faute de l'entreprise ou de ses auxiliaires est également nécessaire pour l'allocation d'une indemnité pour tort moral (art. 8 LRespC).

Les motifs d'exclusion et libératoires à caractère pénal des art. 6 et 7 LRespC sont également étrangers au système ; une infraction pénale ou la contraven-

---

1590 Cf. en particulier Deschenaux H., Le registre foncier, in : DPS V.II.2, Fribourg 1983, § 12 II/1, p. 181 ss ; Steinauer P.-H., op. cit. (n. 1473), N. 608 ss ; Simonius P./Sutter Th., Schweiz. Immobiliarsachenrecht, Bd.I, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1995, § 7/5, n. 68, p. 215 s.

1591 Deschenaux H., op. cit. (n. 1590), § 12 I/2b, p. 177 s.

1592 Cf. p. ex. Keller A., op. cit. (n. 10), p. 220 ss, et plus récemment Gauch P., Die Haftpflicht der Eisenbahnen - Haftung nach Eisenbahnhaftpflichtgesetz, in : Journées du droit de la circulation routière 1998, Fribourg 1998.

1593 Postulat Cadruvi (P 10470) du 7.10.1970 ; question ordinaire Burgener (98.1051) du 27.4.1998.

tion à des prescriptions de police des chemins de fer peuvent, selon les circonstances, être appréciées comme faute concomitante et conduire à ce titre à la réduction des dommages-intérêts ou dans des cas exceptionnels - lorsque le risque ferroviaire est totalement relégué au second plan en tant que cause adéquate du dommage - à l'exonération complète. Cela mis à part, c'est-à-dire mis à part leur effet diminutif ou interruptif du rapport de causalité adéquate, les infractions de la personne lésée à des normes pénales ne sont pas significatives en droit de la responsabilité civile ; car il n'existe pas de règle générale selon laquelle seule la personne qui respecte la loi serait à même de faire valoir des droits[1594].

Pour le reste, la loi ne règle que des questions qui seront à l'avenir régies par la Partie générale du droit de la responsabilité civile. Cela vaut pour les postes du dommage réparable en cas de mort et de lésions corporelles (art. 2 et 3 LRespC = art. 45*a* et 45*b* AP), pour les critères de calcul et de fixation des dommages-intérêts (art. 12, 4 et 5 LRespC = art. 52 AP), le mode de réparation (art. 9 LRespC = art. 52*a* AP), le droit de recours contre les coresponsables (art. 18 LRespC = art. 53*c* AP), le rapport avec l'assurance (art. 13 LRespC = art. 54 ss AP, en particulier 54*i* AP), la prescription (art. 14 LRespC = art. 55 ss AP), l'exclusion ou la limitation de responsabilité et les transactions abusives (art. 16 et 17 LRespC = art. 57 et 58 AP), ainsi que les prescriptions relatives au for et à la procédure (art. 19, 20 et 22 LRespC = art. 56 ss AP).

Quelques-unes des dispositions sont en revanche désuètes ou superflues ; cela vaut notamment pour l'art. 15 LRespC (incessibilité des prétentions en cas de mort d'homme ou de lésions corporelles, qui appartiennent aux employés ou ouvriers de l'entreprise en vertu de la responsabilité des chemins de fer) et pour l'art. 21 LRespC, selon lequel une "responsabilité plus étendue" que celle prévue dans la loi peut être imposée par la concession ; le nouveau droit peut renoncer à cette possibilité - qui est de toute façon problématique dans une perspective constitutionnelle - parce que d'une part les limitations de responsabilité inadéquates de l'ancienne LRespC (notamment art. 6 et 7, 8 ainsi que 11) sont supprimées, et que d'autre part une responsabilité plus étendue que celle à raison du risque, très complète, est difficilement imaginable. Si, en plus des dommages corporels et matériels, le législateur désirait en revanche étendre l'obligation de réparer de l'entreprise de chemin de fer aux dommages purement économiques (p. ex. liés à un retard), il devrait alors le dire expressément (art. 45 al. 3 AP) ; il n'y a toutefois - excepté en droit des transports (cf. ci-dessous 4.2.37) - aucune raison particulière à cela.

C'est une nouvelle disposition de la Loi sur les chemins de fer (cf. ci-dessous 4.2.36) qui remplace la Loi sur la responsabilité des chemins de fer.

1594 Merz H., Communication à l'Assemblée de la Société suisse des juristes à Neuchâtel en 1967, RDS 1967 II 812, op. cit. (n. 21) ; Stark E.W., op. cit. (n. 31), p. 34 s.

4.2.17 Loi sur la responsabilité du fait des produits (LRFP)

Cette loi spéciale basée sur une Directive de la CE[1595] n'est mentionnée ici que *pro memoria*, notamment afin de justifier pourquoi aucune modification de cet acte législatif n'est prévue dans le cadre de la révision totale.

En effet, cette responsabilité ne s'intègre pas particulièrement bien dans le paysage du droit suisse de la responsabilité, même si elle présente dans sa structure de grandes similitudes avec la responsabilité pour les défauts d'ouvrages selon l'art. 58 CO[1596]. En particulier, les limitations quant à la réparation et à la couverture du dommage en cas d'atteinte aux choses (art. 1 al. 1 lit. b et art. 6 LRFP) sont problématiques. Du point de vue de la technique et de la systématique législatives, quelques adaptations devraient être entreprises en vue de l'harmonisation avec la Partie générale, telle qu'elle est proposée dans la présente révision.

Mis à part le fait que la LRFP suisse - à l'instar des actes de transposition de la plupart des pays européens - n'a guère acquis d'importance pratique en raison de ses désavantages par rapport au droit classique de la responsabilité civile (qui est expressément réservé à l'art. 13 de la Directive et à l'art. 11 de la LRFP), il ne semble pas judicieux de s'attarder sur cette loi, déjà pour la simple raison que la version définitive de la Directive, de laquelle s'inspire la copie "autonome" suisse, n'est pas encore fixée. Selon les art. 15 al. 2 et 16 al. 2 de cette Directive, la Commission aurait dû élaborer, à l'intention du Conseil de l'UE, un rapport sur les trois points pour lesquels le texte de 1985 laissait des possibilités de choix aux Etats membres : a) concernant l'application aux produits naturels et de la chasse ; b) concernant la prise en compte du risque dit "de développement" et c) concernant une limite supérieure chiffrée de responsabilité (actuellement au minimum 70 millions d'Euros). La Commission a certes présenté en décembre 1995 un rapport sur l'application de la Directive, dans lequel elle constate que tous les Etats membres - exception faite de la France[1597] - ont transposé ce texte dans leurs droits nationaux ; jusqu'à présent, elle n'a cependant déposé une proposition concrète de modification qu'en ce qui touche l'extension de la responsabilité aux "matières premières agricoles et aux produits de la chasse". Par une Directive du 10 mai 1999, cette proposition a été acceptée par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne[1598].

4.2.18 Loi sur le contrat d'assurance (LCA)

Les auteurs de l'avant-projet ont connaissance du fait qu'un remaniement fondamental de la LCA est prévu. Une procédure de consultation a été ouverte en septembre 1998, simultanément à celle visant à l'élaboration d'une nouvelle Loi sur la surveillance des institutions d'assurance privées ; elle a porté sur l'avant-projet d'une première révision partielle ; les dispositions de la LCA significatives du point de vue du droit de la responsabilité civile ne sont toutefois pas touchées par ce projet.

1595 Directive 85/374 du 25 juillet 1985.

1596 Pour une appréciation critique, cf. Widmer P., Grundlagen und Entwicklung der schweizerischen Produktehaftung(-en), op. cit. (n. 60).

1597 Rapport Com. (95) 617 final du 13 décembre 1995. L'acte législatif français de transposition a été adopté dans l'intervalle, le 19 mai 1998 (Loi No.98-389), en tant que complément au Code civil (nouveaux art. 1386-1 à 1386-18).

1598 Directive 1999/34/CE modifiant la Directive 85/374/CEE (not. l'art. 2), in : Journal officiel n° L 141 du 4 juin 1999, p. 20 s.

Cette situation justifie qu'un minimum de propositions de modifications soient apportées dans le cadre de la réforme commentée ici : celles qui résultent directement des dispositions de la Partie générale du droit de la responsabilité civile. A cet égard, l'avant-projet contient une importante nouveauté, à savoir dix articles (art. 54 à 54*i* AP), qui régissent les rapports entre responsabilité civile et assurance privée[1599]. L'adaptation de l'art. 72 LCA sur le droit de recours de l'assureur contre des tiers responsables est indispensable ; cette norme devient sans objet, en raison de la réglementation du rapport entre responsabilité civile et assurance de dommages aux art. 54 à 54*b* AP ; elle peut donc être remplacée par un simple renvoi au CO (cf. aussi art. 54*f* AP pour l'assurance de responsabilité civile). Une autre proposition concerne l'art. 46 LCA. Mis à part cela, les problèmes significatifs pour le droit de la responsabilité civile sont ici simplement signalés.

4.2.18.01[semel] Art. 14 al. 3

Dans le cadre de sa prise de position sur le privilège de responsabilité de l'art. 44 LAA[1600], la Commission d'étude s'est posée la question de savoir s'il ne fallait pas modifier la disposition de la LCA qui ne permet à l'assureur de réduire sa prestation, lorsque l'événement dommageable a été causé par une faute grave d'un proche ou d'un auxiliaire du preneur ou de l'ayant droit, que si ce dernier a violé gravement son devoir de diligence dans l'engagement ou la surveillance de l'auteur du dommage.

On aurait pu soutenir l'opinion qu'en cas de suppression du privilège de responsabilité des employeurs et des membres de la famille dans la LAA, il faudrait aussi permettre à l'assureur privé - sous réserve du droit préférentiel du lésé - une réduction, respectivement un recours, dans une mesure plus étendue.

La question de savoir si cette conséquence doit impérativement être tirée peut demeurer en suspens, puisque la Commission d'étude s'est décidée à maintenir au moins un privilège de recours pour les cas visés par l'art. 44 LAA (cf. aussi ci-dessous 4.2.50). Il n'y a par conséquent plus de raison immédiate de modifier l'art. 14 al. 3 LCA. Cette disposition est en particulier tout à fait compatible avec les propositions de l'avant-projet sur les rapports entre le droit de la responsabilité civile et l'assurance de responsabilité civile (en particulier art. 54*c* et art. 54*h* AP : exceptions de l'assureur contre le droit d'action directe du lésé en cas d'assurance de responsabilité civile non obligatoire ; recours contre le preneur d'assurance ou la personne assurée en cas d'assurance obligatoire). Il en va de même de la proposition de l'art. 54*a* al. 2 AP, qui remplace l'al. 3 abrogé de l'art. 72 LCA, et selon laquelle le juge peut réduire l'étendue du recours de l'assureur en tenant compte de relations personnelles de proximité ou d'un rapport de dépendance entre la personne responsable et la personne lésée (cf. infra concernant l'art. 72 al. 3 LCA).

4.2.18.01[bis] Art. 17 al. 3

Cette disposition présente un certain lien avec l'art. 54*i* AP (imputation proportionnelle des prestations d'assurance sur l'indemnité due par le responsable qui a financé [en partie] les primes) ; il n'en découle cependant aucune divergence ou contradiction entre les deux normes.

1599 Cf. supra 2.7.

1600 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/2.4.2, p. 176 s.

4.2.18.01ter Art. 60

On aurait pu proposer de supprimer cette disposition pour le motif que le droit de gage - qu'on ne fait de toute façon guère valoir dans la pratique - deviendrait superflu, puisque le droit d'action directe de la personne lésée contre l'assureur de responsabilité civile est prévu de manière générale (quoique sous réserve d'éventuelles exceptions) par la Partie générale du droit de la responsabilité civile (art. 54*c* AP). Cependant, certains cas d'application de ce moyen de garantie demeurent possibles, de telle sorte que les auteurs de l'avant-projet renoncent à proposer la suppression de la règle en question[1601].

4.2.18.02 Art. 46

La Commission d'étude s'était exprimée sur cette disposition, en ce sens qu'un examen lui paraissait indiqué en regard du manque de clarté quant au début du délai de prescription de deux ans[1602]. On pourrait ajouter à cela que le très court délai unique de deux ans ne correspond plus en tant que tel aux conceptions actuelles. Ce double constat ne justifierait cependant pas sans autre une anticipation de la révision annoncée de la LCA.

En revanche, les auteurs de l'avant-projet proposent un renvoi complémentaire aux dispositions de la Partie générale du droit de la responsabilité civile concernant la prescription des prétentions récursoires (art. 55*c* AP[1603]). Par le nouvel al. 1bis, il doit être mis en évidence (ce que le renvoi global de l'art. 100 al. 1 LCA ne garantit pas avec une certitude suffisante) que cette disposition s'appliquera également aux créances récursoires qui peuvent être fondées aussi bien sur des normes légales du droit de la responsabilité civile (art. 53*c* al. 2, 54*a* al. 1, 54*f* et 54*h* al. 2 AP) que sur le contrat d'assurance. La prescription spéciale de la Loi sur le contrat d'assurance doit ici céder le pas aux règles générales du droit de la responsabilité civile - comme c'est déjà le cas aujourd'hui pour le champ d'application de l'art. 83 al. 3 LCR[1604]. Cela aura pour conséquence que, jusqu'à l'adaptation de l'art. 46 al. 1 LCA aux nouvelles règles générales sur la prescription, deux régimes différents de prescription seront applicables à de telles prétentions, selon qu'elles sont fondées uniquement sur un contrat ou également sur des normes du droit de la responsabilité civile. Il faut cependant s'accommoder de cette situation transitoire dans l'intérêt de solutions cohérentes dans le cadre du droit de la responsabilité civile.

4.2.18.03 Art. 72

La règle de l'al. 1 actuel, selon laquelle les prétentions en réparation que l'ayant droit peut avoir contre des tiers en raison "d'actes illicites" passent à l'assureur, est remplacée - en accord avec les propositions de la Commission

---

1601 Cf. les explications à ce sujet supra 2.7.4.2.1 *in fine* et les développements correspondants de la Commission d'étude dans son Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.7.2.

1602 Rapport, op. cit. (n. 39), V/11.7.2.1 *in fine*, p. 124.

1603 Cf. à ce sujet les explications supra 2.8.7.

1604 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 770 ss.

d'étude[1605] - par un nouveau concept de répartition interne entre personnes responsables, respectivement entre personnes tenues de réparer (art. 54*a* en relation avec art. 53*c* AP) ; ce concept a pour effet qu'en versant ses prestations à la personne lésée, l'assureur est en principe subrogé aux droits de cette dernière contre des tiers responsables et qu'il peut exercer son droit de recours indépendamment du chef de responsabilité sur lequel se fonde l'obligation de réparer du débiteur récursoire. Cela doit en outre s'appliquer par analogie au droit de recours de l'assureur de responsabilité civile contre des coresponsables selon l'art. 54*f* AP et - sous les réserves qui y sont spécifiées - contre le preneur d'assurance ou l'assuré lui-même (art. 54*h* al. 2 AP).

D'un point de vue formel, cette adaptation se manifeste par un renvoi aux dispositions correspondantes de la Partie générale du droit de la responsabilité civile. Le renvoi global de l'art. 100 al. 1 LCA, qui se borne à déclarer que le contrat d'assurance est régi subsidiairement par le droit des obligations, ne semble en effet pas suffisant. Il s'agit ici, comme cela vient d'être exposé, de prétentions qui sont certes fondées sur le contrat d'assurance mais qui ont en plus une base juridique propre en droit de la responsabilité civile. Cependant, même si l'art. 100 al. 1 LCA constituait en soi un fondement suffisamment solide, la suppression pure et simple de l'art. 72 LCA (cf. les propositions suivantes concernant les al. 2 et 3) pourrait donner lieu à des malentendus.

On peut renoncer à l'al. 2 actuel, qui est de toute manière peu important en pratique. Le fait que l'ayant droit est tenu de préserver les intérêts de l'assureur subrogeant résulte d'ores et déjà du principe de la bonne foi et se concrétise dans le contrat d'assurance sous la forme d'une obligation contractuelle accessoire. Mais, même en l'absence d'un lien contractuel, une violation de cette obligation est illicite au sens de l'art. 46 al. 2 AP et peut fonder, en cas de faute, une obligation de réparer selon l'art. 48 AP.

L'actuel al. 3 sur l'exclusion du droit de recours de l'assureur dans les cas où une personne, avec laquelle l'ayant droit vit en communauté domestique ou pour laquelle il est responsable, a causé le dommage par une négligence légère, est remplacé par la réglementation flexible de l'art. 54*a* al. 2 AP[1606] ; elle devient ainsi sans objet.

4.2.19 Loi sur le droit d'auteur (LDA)

La nouvelle Loi sur le droit d'auteur du 9 octobre 1992, entrée en vigueur le 1er juillet 1993, contient - en particulier dans son chapitre sur les actions civiles, à l'instar des autres actes législatifs du domaine de la propriété intellectuelle - une série de dispositions importantes en matière de droit de la responsabilité civile.

> Une particularité est consacrée par l'art. 14 al. 3 : il prévoit une responsabilité objective de l'auteur d'une oeuvre, qui a exigé du propriétaire la remise d'un exemplaire - p. ex. pour une exposition - et qui n'est ensuite plus en mesure de le restituer. Cette règle, qui n'était pas comprise dans le projet du Conseil fédéral, a été

1605 Rapport, op. cit. (n. 39), V/10.1 et thèses 510-1 et 510-2. Concernant les art. 54 et 54*a* AP, cf. les explications supra 2.7.3.1 à 2.7.3.3.

1606 Cf. supra 2.7.3.3.1.

introduite au cours des débats parlementaires - toutefois sans discussion au plenum des deux conseils - manifestement dans un but de protection du propriétaire ; cette responsabilité sévère (qui est probablement inspirée de l'art. 306 al. 3 CO sur la responsabilité de l'emprunteur, bien que les conditions d'application n'en soient en fait pas remplies) vise vraisemblablement à créer une incitation, mais aussi une compensation à la remise de l'exemplaire de l'oeuvre selon les al. 1 et 2 de l'art. 14. De l'opinion des auteurs de l'avant-projet, une telle décision doit être respectée et la disposition par conséquent être maintenue telle quelle, même si la dérogation à la responsabilité pour faute semble ici discutable (cf. aussi infra concernant l'art. 77 al. 3 LDA).

S'agissant de l'art. 61 sur l'action en constatation, il suffit d'observer qu'il a un champ d'application matériel (avec la constatation "d'un droit ou d'un rapport juridique prévu par la présente loi") manifestement plus large que l'art. 56*e* AP, dans lequel il n'est question que du principe de l'existence d'une responsabilité dont l'étendue n'est pas encore déterminée ; sur ce point, il peut certes se produire des recoupements entre les deux prescriptions, mais non pas des contradictions qu'il aurait fallu écarter par une réserve.

L'art. 62 al. 2 contient un renvoi général au Code des obligations, qui ne correspond certes pas tout à fait, d'un point de vue rédactionnel, à la formule standard, telle qu'elle a été proposée ailleurs pour les règles concernant spécifiquement le droit de la responsabilité civile. Matériellement, il ne donne cependant lieu à aucune critique, de telle sorte qu'il peut être - comme dans le cas de l'art. 9 al. 3 LCD (cf. infra 4.2.26) - maintenu tel quel. Le renvoi vaut en particulier aussi pour les dispositions de la Partie générale du droit de la responsabilité civile qui décrètent une responsabilité objective ; ainsi en va-t-il notamment de l'art. 49*a* AP sur la responsabilité du fait de l'organisation.

Pour le reste, le renvoi est plus largement conçu, dans la mesure où, en plus des prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, il comprend également celles à la remise du gain, selon les règles sur la gestion d'affaires.

L'art. 64 touche le for. En regard du fait qu'il ne s'agit ici pas seulement de prétentions en responsabilité civile, et eu égard à la Loi sur les fors en préparation, il est sur ce point également renoncé à des propositions de modifications (dans le sens de l'art. 56 AP). L'al. 2 est pour le reste conforme à l'art. 56*a* AP.

En relation avec les interventions de l'Administration des douanes (art. 75 ss LDA) et avec l'art. 65 concernant les mesures provisionnelles, l'art. 77 al. 3 prévoit au surplus une obligation de la personne requérante de réparer le préjudice, pour le cas où les mesures ne sont pas ordonnées du tout ou qu'elles se révèlent infondées. La nature juridique de cette responsabilité n'est pas univoque. Tandis que la responsabilité pour des mesures provisionnelles infondées paraît s'inspirer de la règle de l'art. 28*f* al. 1 CC, applicable à la protection de la personnalité, elle est semble-t-il strictement objective pour les dommages liés à un retard dû à la rétention de marchandises par l'Administration des douanes[1607]. Les arguments d'équité invoqués suffisent-ils effectivement à fonder une responsabilité basée purement sur le résultat ? Cela semble discutable. Comme la Loi sur le droit d'auteur est également un acte législatif récent, la question peut cependant ici rester ouverte et la disposition inchangée.

4.2.20 Loi sur les topographies (LTo)

La Loi sur les topographies qui veut protéger, de façon analogue au droit d'auteur, les producteurs de structures tridimensionnelles de semi-conducteurs, est

---

1607 Troller K., Manuel du droit suisse des biens immatériels, 2e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, tome II, § 70, ch. 2.9.

datée du même jour que la LDA et est entrée en vigueur en même temps que cette dernière.

Sous le titre "Actions civiles", l'art. 10 se borne à renvoyer aux art. 61-66 LDA.

De même, l'art. 12 renvoie aux art. 75-77 LDA pour les interventions de l'Administration des douanes et ainsi implicitement à l'art. 77 al. 3 dont la critique vient d'être faite (cf. 4.2.19).

Ces dispositions ne nécessitent aucune modification dans le cadre de la réforme du droit de la responsabilité civile.

4.2.21 Loi sur la protection des marques (LPM)

La Loi sur la protection des marques est également récente ; sa révision totale a été votée par le Parlement le 28 août 1992 et est entrée en vigueur le 1er avril 1993. Les dispositions significatives en droit de la responsabilité civile sont à quelques détails près identiques à celles de la LDA (cf. ci-dessus 4.2.19)

Les voies de "droit civil" sont réglementées aux art. 52 ss LPM.

L'art. 52 concerne l'action en constatation. Les mêmes remarques que pour l'art. 61 LDA peuvent être faites.

L'art. 55 al. *2* contient un renvoi général au Code des obligations, donc aussi à la Partie générale du droit de la responsabilité civile, qui touche les prétentions en dommages-intérêts, en réparation du tort moral et en remise du gain. Cela signifie que - comme dans le cas de la Loi sur le droit d'auteur - l'art. 49*a* AP sur la responsabilité du fait de l'organisation peut aussi jouer un rôle dans le cadre de la Loi sur la protection des marques.

A propos de l'art. 58 concernant le for, il est renvoyé aux remarques relatives à l'art. 64 LDA.

4.2.22 Loi sur les dessins et modèles industriels (LDMI)

Cette loi datant de 1900, depuis lors plusieurs fois modifiée et adaptée à l'évolution des choses, est actuellement soumise à une révision totale, pour laquelle les actes législatifs les plus récents du droit de la propriété intellectuelle (LDA, LPM) servent de modèles. Dans ces circonstances, les auteurs de l'avant-projet n'estiment pas nécessaire de proposer une révision pour ainsi dire intérimaire des dispositions de droit de la responsabilité civile. Ils désirent tout de même attirer l'attention sur quelques points importants :

Les art. 24 à 26 mêlent les moyens de droit pénal et de droit civil. Une distinction est ici nécessaire. Concernant les prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral (ainsi que les prétentions à la remise du gain), on peut s'en tenir - comme dans la LDA et la LPM - à un renvoi général au Code des obligations, qui inclut la Partie générale du droit de la responsabilité civile.

L'art. 28*a* sur l'obligation du requérant de réparer le dommage résultant de mesures provisionnelles infondées n'a été introduit qu'en 1994, en vue de l'adaptation à l'accord TRIPS[1608]. Cette disposition devrait être adaptée aux règles correspondantes des actes législatifs parallèles les plus récents. A cette occasion, il faudrait examiner si le court délai de prescription d'un an dès le moment où les mesures provisoires sont devenues caduques, décrété par l'al. 2 de l'art. 28*a* (qui corre-

---

1608 Cf. le Message du Conseil fédéral au sujet des adaptations législatives nécessaires à la ratification de l'accord GATT/WTO (FF 1994 IV 1 ss, ch. 123.15, not. p. 1019).

spond actuellement au délai généralement applicable selon l'art. 60 al. 1 CO), ne pourrait pas être réglé par le renvoi général au CO et à la Partie générale du droit de la responsabilité civile, c'est-à-dire être abandonné au profit des délais de prescription prévus à l'art. 55 AP ; dans le cadre de la LDA et de la LPM, cela serait déjà réalisé par la formulation actuelle.

4.2.23 Loi sur les brevets d'invention (LBI)

Une révision complète de cette loi datant de 1954, partiellement modifiée en 1976 et 1994/95[1609] (avant tout en vue d'une adaptation à l'évolution internationale) doit être entreprise dans un avenir relativement proche - dès que le rapport entre le brevet national et le brevet européen, toujours plus fréquent, sera clarifié. En regard de cette situation, on pourrait se demander si quelques dispositions significatives par rapport au droit de la responsabilité civile ne devraient pas déjà être adaptées dans le cadre de la réforme discutée ici. Cependant, étant donné qu'il faut partir du principe que ce sont les révisions déjà effectuées de la LDA et de la LPM qui vont servir de modèles aux dispositions en question, le présent Rapport se limite à démontrer les points problématiques du droit actuel.

Comme l'art. 24 LDMI, l'art. 66 mêle les moyens de droit civil et pénal. Pour les prétentions civiles, il peut être remédié à cela lors de la révision imminente par un renvoi général au Code des obligations ; à cet effet, les art. 62 al. 2 LDA (cf. supra 4.2.19) et art. 55 al. 2 LPM (cf. supra 4.2.21) constituent les modèles. Ce renvoi aurait avant tout pour conséquence - mise à part la reprise des modalités de la réparation, qui rendrait par exemple superflu l'art. 73 al. 2 sur l'estimation du dommage par le juge -, qu'en droit des brevets également, la faute ne serait plus une condition absolue de la responsabilité, comme c'est actuellement le cas selon l'art. 73 al. 1 ; la responsabilité du fait de l'organisation selon l'art. 49*a* AP pourrait aussi s'appliquer.

A propos de l'art. 74 régissant l'action en constatation, on peut faire les mêmes remarques que celles qui ont été émises relativement aux art. 61 LDA et art. 52 LPM (cf. supra 4.2.19 et 4.2.21).

S'agissant du for de l'art. 75, c'est la nouvelle Loi sur les fors qui devrait fournir la solution nécessaire.

L'art. 80 règle la responsabilité du requérant pour le dommage causé par des mesures provisoires infondées de manière presque littéralement identique à l'art. 28*a* LDMI ; il peut être renvoyé aux remarques touchant cette disposition (cf. 4.2.22).

4.2.24 Loi sur la protection des obtentions végétales

Cette loi date de 1975 et doit être prochainement soumise à une révision avec la LBI. Le présent Rapport se limite à démontrer les points problématiques regardant le droit de la responsabilité civile ; pour le reste, il se base ici aussi sur le modèle des actes législatifs les plus récents du droit de la propriété intellectuelle (LDA, LPM), qui serviront de ligne directrice.

L'art. 37 al. 2, qui prévoit une responsabilité basée uniquement sur la faute, devrait être remplacé par un renvoi général au Code des obligations selon le modèle des art. 62 al. 2 LDA et art. 55 al. 2 LPM.

1609 RO 1977 1997 ss ; RO 1995 2606 ss ; RO 1995 2879 ss.

Pour l'action en constatation de l'art. 39, on peut faire les mêmes remarques que celles qui ont été émises relativement aux art. 61 LDA et art. 52 LPM.

En ce qui concerne les questions de for de l'art. 41 et de la responsabilité pour des mesures provisionnelles infondées selon l'art. 46, on renvoie aux remarques correspondantes à propos de la LDMI et à la LBI (cf. supra 4.2.22/23).

4.2.25 Loi sur la protection des données (LPD)

La Loi sur la protection des données de la Confédération a été votée par le Parlement en 1992 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1993.

Cet acte législatif ne contient pas de dispositions particulières sur la responsabilité[1610] ; toutefois, s'agissant des prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral contre des "privés" qui détiennent ou traitent des fichiers, l'art. 15 al. 1 renvoie en principe aux dispositions sur la protection de la personnalité (art. 28 ss CC, en particulier art. 28*a* al. 3 CC), et ainsi donc, à l'avenir, à la Partie générale du droit de la responsabilité civile. La répercussion la plus importante en pratique de la réforme du droit de la responsabilité civile sur la protection des données devrait être la reconnaissance expresse d'une responsabilité objective du fait de l'organisation dans les entreprises, au sens de l'art. 49*a* AP ; une telle responsabilité pourrait certes déjà être admise aujourd'hui par une application plus sévère de la responsabilité de l'employeur selon l'art. 55 CO, mais le TF n'a jusqu'ici pas eu l'occasion de tester l'application de la jurisprudence posée dans l'arrêt concernant le défaut de l'armature d'une pièce en béton préfabriquée (ATF 110 II 456 ; cf. supra 2.4.3.1) à des dommages qui auraient été causés par la création ou le traitement de produits immatériels.

Dans la mesure où il s'agit de traitement de données par des organes fédéraux (art. 16 ss LPD), la loi reste muette en ce qui concerne d'éventuelles prétentions en responsabilité ; l'art. 25 mentionne uniquement des prétentions en abstention et en constatation, en rectification, à la rigueur au blocage et à la destruction de données, ainsi qu'un droit à l'apposition d'une mention lorsque l'exactitude ou l'inexactitude de données ne peut pas être prouvée. Cela ne peut que signifier qu'il revient à la Loi sur la responsabilité de la Confédération (LRCF) de s'appliquer aux prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral ; c'est donc une responsabilité objective du fait de l'organisation, au sens de l'art. 3 LRCF, qui trouve application lors d'atteintes à la personnalité causées dans le cadre d'activités de traitement de données de la Confédération. Dès que la Loi sur la responsabilité aura été adaptée au nouveau droit de la responsabilité civile, conformément aux propositions du présent Rapport, c'est par conséquent ici aussi la Partie générale du CO - par le biais du renvoi du nouvel art. 9 al. 1 LRCF - qui réglera toutes les questions qui ne sont pas spécialement abordées dans la LRCF (cf. supra 4.2.11.05 ad art. 9 al. 1 LRCF). Une des répercussions importantes de cette adaptation sera que la condition de la faute du fonctionnaire qui a causé directement le dommage, toujours valable selon l'art. 6 LRCF, tombera pour les prétentions en réparation du tort moral ; or, de telles prétentions peuvent avoir une importance particulière dans le domaine de la protection des données.

Quelques particularités caractérisent la protection des données, et notamment la notion d'illicéité. Cette condition de la responsabilité est d'une part concrétisée par les prescriptions générales des art. 4 ss LPD, mais on remarquera que l'art. 4 al. 2 désigne expressément le principe de la bonne foi et son pendant en droit public, le principe de proportionnalité, comme ligne directrice pour le traitement de données ; sur ce point-là, la nouvelle règle de l'art. 46 al. 2 AP a été anticipée pour un domaine particulier et renforcée en tant que norme de comportement spécifique, également en l'absence de toute relation particulière préexistante (cf.

1610 Cf. à ce sujet entre autres Widmer P., Aspects de responsabilité civile, in : La nouvelle Loi fédérale sur la protection des données, CEDIDAC, Lausanne 1994, p. 179 ss.

supra 2.3.3.3, n. 477). D'autre part, la Loi sur la protection des données contient à l'art. 13 une série de motifs justificatifs particuliers qui, en complément aux art. 28 al. 2 CC et art. 46*a* AP, peuvent exclure toute responsabilité ou conduire à une réduction des prétentions en réparation.

Grâce à des renvois - explicites (art. 15 LPD) ou implicites (en ce qui concerne le droit public) - à la Partie générale du droit de la responsabilité civile, conçus en termes très généraux, la Loi sur la protection des données ne nécessite aucune adaptation ou modification particulières dans le cadre de la réforme discutée ici.

4.2.26 Loi contre la concurrence déloyale (LCD)

Cette loi, entrée en vigueur le 1er mars 1988 dans sa teneur du 19 décembre 1986 (et modifiée depuis à deux reprises, toutefois sans importance pour le droit de la responsabilité civile), est caractérisée par le fait qu'elle désigne, dans la clause générale de l'art. 2, les pratiques commerciales déloyales comme expressément illicites et qu'elle déclare réparables *ex lege* les dommages "purement économiques" résultant de telles pratiques (au sens de l'art. 46 al. 2 AP).

L'art. 9 al. 3 LCD crée un lien direct avec le droit de la responsabilité civile, en renvoyant au Code des obligations et ainsi notamment à la Partie générale du droit de la responsabilité civile (y compris la responsabilité du fait de l'organisation selon l'art. 49*a* AP) pour les prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral (ainsi que pour les prétentions à la remise du gain). Conformément à la limite que se sont imposés eux-mêmes les auteurs de l'avant-projet concernant les corrections purement rédactionnelles (cf. supra 4.1), ceux-ci proposent ici aussi de renoncer à une adaptation à la formule standard introduite d'habitude pour les normes de renvoi et de maintenir la disposition telle quelle.

4.2.27 Loi sur les cartels (LCart)

Tandis que l'ancienne Loi sur les cartels de 1985 limitait, à son art. 8, sous le titre "actions et qualité pour agir", les prétentions en dommages-intérêts aux cas d'entraves fautives à la concurrence (art. 8 al. 1 lit. d aLCart) et renvoyait à l'art. 49 CO pour les prétentions en réparation du tort moral (art. 8 al. 1 lit. e aLCart), la nouvelle loi du 6 octobre 1995 - entrée en vigueur le 1er juillet 1996 - ne contient plus qu'un renvoi général au Code des obligations à l'art. 12 al. 1 lit. b.

Cette disposition est tout à fait conforme aux intentions poursuivies par la réforme du droit de la responsabilité civile ; en effet, le renvoi vaut désormais de manière générale, c'est-à-dire qu'il déclare aussi applicables les dispositions de la Partie générale du droit de la responsabilité civile, qui décrètent - à l'instar notamment de l'art. 49*a* AP instituant la responsabilité du fait de l'organisation - une responsabilité objective. Il n'y a par conséquent aucune raison matérielle de modifier la disposition en question.

Ce qui frappe dans le nouvel art. 12 LCart par rapport à la teneur de l'art. 8 al. 1 lit. a aLCart, c'est le fait que la prétention en constatation de l'illicéité n'y est plus mentionnée. La raison de cette modification réside, selon les explications du Message du Conseil fédéral, dans le fait que la constatation de l'illicéité d'une mesure entravant la concurrence est désormais de la compétence exclusive de la Com-

mission de la concurrence[1611]. C'est pourquoi on pourrait se demander si le renvoi au Code des obligations et à la Partie générale du droit de la responsabilité civile ne devrait pas prévoir une réserve en relation avec l'art. 56*e* AP ; cette disposition contient une base légale générale de droit fédéral, qui octroie à la personne lésée - lorsque sa créance en dommages-intérêts est totalement ou partiellement contestée et lorsque l'étendue du dommage futur n'est pas encore prévisible - une prétention à la constatation du fait qu'une responsabilité existe quant à son principe (cf. à ce sujet ci-dessus ch. 2.9.5). Cependant, pour les auteurs de l'avant-projet, une telle réserve est superflue ; ils partent du principe que les deux actions en constatation ont pour objet des questions différentes : dans le premier cas, l'illicéité au sens du droit de la concurrence en tant que telle, dans le second, le principe de la responsabilité. Il semble en revanche clair que, dans le cadre d'une action en dommages-intérêts pour entrave illicite à la concurrence, l'illicéité de l'entrave doit au préalable avoir été constatée par la Commission de la concurrence.

4.2.28 Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)

La LP a été révisée par une novelle du 16 décembre 1994 qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1997. L'objet de la révision comprenait entre autres les dispositions sur la responsabilité (art. 5 à 7 aLP) ; celles-ci prévoyaient un système de responsabilité personnelle des fonctionnaires et employés, accompagnée d'une responsabilité subsidiaire du canton, et un droit de recours de ce dernier contre le fonctionnaire fautif (selon les cas, tenu à fournir des sûretés) et même contre sa circonscription électorale ; la prescription était réglementée spécialement, quoique matériellement en harmonie très étroite avec l'art. 60 al. 1 et 2 CO[1612].

Dans la nouvelle teneur de 1994, les art. 5 à 7 sont rassemblés sous le titre "D. Responsabilité". L'art. 5 pose le principe, c'est-à-dire une responsabilité étatique primaire et exclusive du canton, explicitement aussi pour le tort moral. L'art. 6 règle la prescription (de manière inchangée) et l'art. 7 fonde la compétence du TF en tant qu'instance unique pour connaître des actions en dommages-intérêts contre les autorités cantonales de surveillance supérieures ou les juges supérieurs en matière de concordat.

La révision totale du droit de la responsabilité civile reprend le principe de la responsabilité étatique cantonale primaire et exclusive également dans le domaine du droit de la poursuite pour dettes et de la faillite, et adapte simplement sa formulation aux dispositions parallèles (art. 42, 426, 849 et 955 CC ; art. 928 CO).

4.2.28.01 Art. 5

L'al. 1 pose le principe de la responsabilité directe et objective du canton pour tout dommage (dommage patrimonial et/ou tort moral) qui est causé par l'exercice d'une fonction d'exécution de la LP et par l'exécution d'autres tâches y relatives. Il faut donc ici aussi qu'il y ait un lien fonctionnel avec l'activité con-

---

1611 FF 1995 I 472 ss, ch. 241, not. p. 581 à 583. Cf. aussi l'art. 15 LCart.

1612 Cf. par exemple Amonn K., Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5e éd., Berne 1993, § 5 N. 27, p. 52 ; 6e éd., Berne 1997 (Ammon K./Gasser D.), § 5 N. 21, p. 34.

cernée ; il faut pour ainsi dire que le "risque d'exploitation" propre à la LP se soit réalisé.

Contrairement à la nouvelle teneur de 1994, on renonce ici volontairement à énumérer individuellement les personnes exerçant une activité (c'est-à-dire les préposés et employés, leurs auxiliaires, les membres des administrations spéciales de la faillite, les commissaires, les liquidateurs, les autorités de surveillance et judiciaires ainsi que la police). Comme cela a déjà été expliqué pour l'art. 46 CC (cf. supra 4.2.15.01), ces personnes n'ont pas, sous le nouveau régime de responsabilité, à apparaître dans le rapport externe - c'est-à-dire par rapport à la personne lésée - en tant qu'individus ; elles n'agissent que comme organes de l'Etat. EIles ne réalisent pas primairement leur propre risque personnel mais - pour autant qu'elles œuvrent dans le cadre de leur fonction officielle ou quasi-officielle - le risque d'organisation de la collectivité publique. La responsabilité est donc indépendante de la faute des personnes agissant directement, respectivement de leurs supérieurs. Toutefois, dans ce contexte également, elle ne doit intervenir que pour les dommages causés "de manière illicite", c'est-à-dire pour les dommages qui résultent soit de l'atteinte à un bien juridiquement protégé de façon absolue (p. ex. un droit de la personnalité économique : réputation ou crédit commercial), soit - au sens de l'art. 46 al. 2 AP - de la violation d'une injonction ou d'une interdiction de l'ordre juridique (devoir de fonction) ou du principe de la bonne foi.

L'al. 2 règle de manière uniforme en droit fédéral ce que le texte actuel (révisé en 1994) réserve, à l'al. 3, au droit cantonal, à savoir le droit de recours du canton contre les personnes qui ont directement causé le dommage. Ainsi, un canton aurait été libre de concevoir sa prétention récursoire indépendamment de toute faute - en tant que "responsabilité causale" de l'auxiliaire envers la collectivité publique. Il n'y a pas de raison de permettre une telle solution dans le domaine de l'exécution forcée, alors que les normes de responsabilité de l'Etat limitent partout le droit de recours aux cas de faute grave (faute intentionnelle ou négligence grave). C'est pourquoi la solution proposée dans les dispositions parallèles citées à diverses occasions est reprise ici également.

L'al. 3 décrète en toute logique l'exclusion du droit d'action contre la ou les personnes qui ont causé directement le dommage. Le principe est déjà consigné à l'al. 2 de la LP révisée de 1994 ; il s'agit en conséquence uniquement d'une adaptation terminologique et systématique.

La nouvelle teneur de l'al. 4 contient le renvoi stéréotypé complet à la Partie générale, au lieu de la réglementation superflue (parce que prévue de manière générale à l'art. 45*e* AP) sur la réparation du tort moral,

4.2.28.02 Art. 6

Cette disposition spéciale sur la prescription est absorbée par les art. 55 ss AP et peut par conséquent être abrogée.

Il n'y a pas de raison de prévoir, pour les prétentions en responsabilité découlant de la LP, d'autres délais de prescription que ceux qui doivent, à quelques rares exceptions près (par exemple en cas de dommage d'origine nucléaire ou de dommage dû à des rayons ionisants), s'appliquer partout. Il n'est pas non plus nécessaire de définir spécialement le point de départ du délai, en ce sens

qu'il n'est pas besoin de connaître l'auteur du dommage en tant qu'individu ; l'art. 55 al. 1 AP a le même effet par la formulation "connaissance de la personne qui en assume la responsabilité ou la couverture". L'al. 1 devient ainsi superflu.

La prolongation de la prescription civile par la prescription pénale, telle que la prévoit l'al. 2 (de manière analogue à l'art. 60 al. 2 CO) a été purement et simplement supprimée dans l'avant-projet. Les arguments exposés à ce sujet (cf. supra 2.8.4.2) valent aussi pour le domaine de la LP.

4.2.28.02bis Art. 7

> Il s'agit ici d'une prescription spéciale sur la compétence exclusive du TF pour juger de prétentions en responsabilité contre des autorités cantonales supérieures de surveillance ou judiciaires ; par ce moyen, c'est manifestement l'indépendance (par rapport au canton) du tribunal qui doit être garantie pour de tels cas. En regard des efforts consentis en vue de décharger le TF, cette attribution de compétence s'intègre mal dans le paysage de la réforme de la justice. Matériellement, elle dépasse toutefois le cadre de la révision du droit de la responsabilité civile ; des propositions éventuelles de modification devraient être examinées dans le processus de la révision de l'OJ, qui est en cours.

Seule la nécessité d'une adaptation de la numérotation de la note marginale résulte des modifications dont il est question ici (suppression de l'art. 6).

4.2.29 Loi sur le droit international privé

La Loi sur le droit international privé, entrée en vigueur le 1er janvier 1989, contient diverses dispositions qui concernent le droit de la responsabilité civile. C'est avec les prescriptions de la Section 3 du Chapitre 9 (droit des obligations), sous le titre "actes illicites" (selon la terminologie de l'avant-projet : "faits dommageables"), qu'existe le lien matériel le plus étroit : les art. 129 à 142 règlent de manière générale des questions ayant trait à la compétence directe *ratione loci* et au droit applicable ; certaines hypothèses particulières sont réglées par des dispositions spéciales. En outre, la section 4 du même chapitre, qui contient les "dispositions communes" pour le chapitre "droit des obligations", est importante ; il en va ainsi des art. 143 et 144 LDIP[1613] sur le concours de prétentions et le droit de recours, et de l'art. 148 sur la prescription.

Il faut aussi mentionner l'art. 2 al. 1 LDIP, dont la réserve générale en faveur des traités internationaux a servi de modèle à l'art. 44 AP. Ont une portée particulière du point de vue du droit de la responsabilité civile (outre les nombreux accords bilatéraux sur la reconnaissance mutuelle et l'exécution de jugements), d'une part la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Conv-Lug ; RS 0.275.1), d'autre part - pour le domaine des accidents de la circulation routière - la Convention de la Haye (RS 0.741.31), à laquelle l'art. 134 LDIP renvoie expressément.

[1613] Cf. à ce sujet ATF 118 II 102.

Il faut constater des divergences par rapport à l'avant-projet (art. 56 AP), avant tout dans le domaine des fors (spécialement à l'art. 129 al. 1 LDIP) ; mais, à ce sujet, la LDIP ne s'accorde pas non plus avec la Conv-Lug (art. 5 ch. 3 et 4). C'est pourquoi on pourrait être tenté de saisir l'occasion de la réforme du droit de la responsabilité civile pour tendre à des règles les plus uniformes possibles et pour proposer des modifications qui correspondent à la LDIP. Les auteurs de l'avant-projet y renoncent : d'une part parce que la priorité du for du domicile du défendeur devra de toute façon être examinée dans le cadre de la révision de la Constitution, mais aussi en relation avec l'élaboration d'une Loi sur les fors (cf. à ce sujet supra 2.9.2.2) ; d'autre part parce que, pour le droit interne, ce ne sont pas forcément les mêmes points de vue qui sont déterminants que ceux qui sont valables pour les cas ayant un lien avec l'étranger. Pour le reste, il y a déjà une concordance étroite concernant le for subsidiaire selon l'art. 129 al. 2 LDIP (cf. art. 56 al. 1 AP) et concernant le principe d'attraction ancré à l'al. 3 de cette disposition (cf. art. 56*a* AP) ; la même remarque vaut également pour la règle de l'art. 131 sur le droit d'action directe contre l'assureur (cf. art. 56 al. 2 AP).

S'agissant des prescriptions sur le droit applicable à des hypothèses particulières de responsabilité, il n'y a pas de souhaits de révision qui soient connus. Que l'exclusion des "punitive damages" dans le cadre de la responsabilité du fait des produits (art. 135 al. 2 LDIP) soit ponctuellement remise en question ne devrait, à l'heure actuelle, guère suffire à rendre politiquement acceptable une modification correspondante de cette disposition.

4.2.30 Loi sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI)

La Loi du 18 novembre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions, à laquelle l'impulsion a été donnée par une Convention du Conseil de l'Europe (RS 0.312.5) et au niveau national par une initiative populaire (initiative dite "du Beobachter") - retirée ensuite en raison du contre-projet généreux du Parlement - est entrée en vigueur le 1er janvier 1993. Elle complète le droit de la responsabilité civile dans les cas où celui-ci subit en règle générale un échec, soit parce que l'auteur de l'infraction pénale, qui est également civilement responsable, reste inconnu, soit parce qu'il est sans ressources et qu'en conséquence les prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral n'aboutissent à rien. Dans de tels cas, l'Etat, c'est-à-dire le canton (cf. art. 1, 3, 11 et 18 LAVI), doit, en plus d'une aide médicale, psychologique, sociale et juridique, accorder également une aide matérielle (art. 11 à 17 LAVI). Ce soutien est subsidiaire par rapport à d'autres indemnités ; en conséquence, le canton est subrogé à concurrence de ses prestations aux droits correspondants de la victime contre d'autres personnes civilement responsables ou tenues à une prestation (art. 14 LAVI).

Vue sous le seul angle du droit de la responsabilité civile, la Loi sur l'aide aux victimes d'infractions est problématique, dans la mesure où elle va à l'encontre du principe selon lequel on a à supporter soi-même les dommages qui ont été causés par un cas fortuit mais aussi par des personnes irresponsables ou qui ne peuvent être poursuivies pour une autre raison, sous réserve de la couverture d'assurances privées ou sociales. Les prétentions en dédommagement ou en réparation du tort moral prévues par la LAVI conduisent à un certain "privilège" des victimes d'infractions pénales par rapport à d'autres personnes lésées ; on pense par exemple à des cas d'accidents ou de maladies sans implication de tiers, mais aussi à des faits dommageables (ne relevant pas du droit pénal) causés par des auteurs inconnus ou irresponsables, sur lesquels les victimes ne peuvent répercuter leur dommage (résiduel). Il est d'autre part

vrai que ce traitement privilégié est justifié par le caractère particulièrement grave des faits dommageables pris en compte par la LAVI. C'est pourquoi, du point de vue du droit de la responsabilité civile, force est de considérer cette loi comme un acte législatif qui, dans une certaine mesure, remplit une fonction complémentaire, mais qui aussi, en raison de sa structure (de droit public) et de sa philosophie spécifique, n'a en fait pas sa place dans l'édifice des systèmes ordinaires de compensation du dommage.

> Si l'on suit cette opinion et que l'on considère en outre que la loi n'a encore guère eu le temps de faire ses preuves dans la pratique ou de faire ressortir ses défauts, on peut défendre une attitude d'abstention de révision à son égard. Sinon, c'est avant tout l'étrange droit préférentiel de l'Etat (art. 14 al. 2 LAVI) et le très court délai de péremption de 2 ans à compter de la date de l'infraction (art. 16 al. 3 LAVI) qui devraient être examinés[1614]. La première des deux dispositions est en contradiction manifeste avec la tendance générale qui accorde le droit préférentiel (aussi en relation avec l'assurance sociale) à la personne lésée (cf. art. 54*b* al. 1 AP)[1615] ; de même, il y a pour la prescription une tendance à la prolongation des délais ressentis comme trop courts (cf. art. 55 AP), une tendance qui devrait être d'autant prise en compte qu'il s'agit ici d'un cas de péremption.

4.2.31 Loi sur l'armée et l'administration militaire (LAAM)

La Loi sur l'armée et l'administration militaire du 3 février 1995 a remplacé la Loi sur l'organisation militaire (OM) de 1907, le 1er janvier 1996. Ce dernier acte législatif contenait déjà, à ses art. 22 ss, des dispositions sur la responsabilité de la Confédération pour les dommages militaires ainsi que sur la responsabilité des militaires, unités et états-majors envers la Confédération. Ces dispositions avaient été introduites en 1967 dans le cadre d'une révision de l'OM et conçues en référence à la LRCF de 1958 (cf. supra 4.2.11). Déjà à l'époque, la loi faisait une distinction : l'art. 22, en tant que "responsabilité causale simple", ne posait certes pas la faute comme condition, mais en revanche l'illicéité au sens d'illicéité par le comportement (violation de devoirs de service), tandis que l'art. 23 fondait une responsabilité à raison du risque militaire spécifique[1616]. La nouvelle LAAM a repris l'ancien concept à quelques détails près. A cette occasion, les deux dispositions de responsabilité jusque-là distinctes, d'une part pour les dommages qui sont causés à des tiers par des militaires pris individuellement, mais dans l'exercice de leur activité de service (jusque-là art. 22 OM), et d'autre part pour ceux (exclusivement corporels et matériels) qui sont causés par la troupe dans le cadre d'exercices militaires et d'autres tâches "dangereuses" (jusque-là art. 23 OM), ont été réunies au nouvel art. 135 LAAM. Cela a aussi eu pour conséquence certaines modifications matérielles.

1614 Egalement dans ce sens : Stein P., in : Gomm P./Stein P./Zehntner D., Kommentar zum Opferhilfegesetz, Berne 1995, N. 29 ss ad art. 16 LAVI.

1615 La justification du Message du Conseil fédéral, selon laquelle il s'agit d'appliquer de manière conséquente le principe de subsidiarité et d'éviter une inégalité de traitement entre les ayants droit, ne satisfait que moyennement (FF 1990 II 909 ss, ch. 212.14 ad art. 14, p. 941).

1616 Cf. le Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1966 concernant la réorganisation du Département militaire et la modification de la Loi sur l'organisation militaire (FF 1966 II 387 ss, not. 431). A propos de la responsabilité selon les art. 22 ss OM, cf. avant tout Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/3, § 32.

La nouvelle LAAM a rassemblé les dispositions de responsabilité dans un chapitre 5 indépendant d'un point de vue systématique et qui porte le titre à consonance pléonastique de "responsabilité pour les dommages". Les auteurs de l'avant-projet proposent - comme ailleurs[1617] - de s'en tenir au titre "responsabilité" (à la rigueur "responsabilité civile").

Les art. 136 à 140 ainsi que l'art. 142 LAAM, qui se justifient en tant que prescriptions spéciales dans le contexte spécifiquement militaire, ne font l'objet d'aucune modification[1618].

4.2.31.01 Art. 135

Dans sa teneur actuelle, l'al. 1 reprend certes de l'OM la division en responsabilité pour risque (lit. a) et responsabilité causale simple, respectivement "responsabilité du fait de l'organisation" selon le modèle de la LRCF (lit. b), mais il les assemble sous le toit commun d'une phrase introductive qui cite, à juste titre, l'illicéité comme condition de responsabilité pour les deux cas ; le Message du CF fournit à cet égard des explications quelque peu contradictoires[1619]. L'ancienne distinction des catégories de dommages a également été abandonnée ; sur ce point, le CF explique qu'en cas de dommage purement économique, l'illicéité ne peut de toute façon être admise que s'il y a violation d'une norme protectrice correspondante. Mais en fin de compte on ne voit plus l'importance pratique de la distinction entre responsabilité à raison du risque et responsabilité du fait de l'organisation ; le CF expose d'ailleurs que "la différence entre les deux formes de responsabilité est de peu d'importance pratique" ; selon lui, elle peut à la rigueur jouer un rôle en cas de collision de responsabilités.

Les auteurs de l'avant-projet proposent de suivre l'approche du concept qui a, à juste titre, été le point de départ de la nouvelle LAAM et de réaliser l'unification de la "responsabilité militaire" de manière conséquente. Ainsi, une responsabilité unifiée de la Confédération pour les risques techniques et d'organisation qui sont encourus dans l'exploitation militaire voit le jour. Le renvoi général à la Partie générale du droit de la responsabilité civile - et par conséquent notamment aussi à l'art. 45 al. 3 AP - a pour effet que la responsabilité de la Confédération reste en principe limitée au dommage corporel et matériel, pour autant que ce dernier puisse être imputé à la réalisation du risque militaire caractéristique au sens d'un risque physique ; le dommage purement économique ne serait pris en considération que dans les cas où l'illicéité, au sens d'illicéité par le comportement selon l'art. 46 al. 2 AP, est réalisée et qu'une

---

1617 Cf. p. ex. le Titre quatrième de la LPE révisée (infra 4.2.45).

1618 Cf. supra 1.2.2.1.4.

1619 FF 1993 IV 1 ss, not. p. 123 ss. A en croire les développements de la p. 124 s., dans le cadre de la simple responsabilité pour "irrégularité" de la lit. b, l'illicéité ne doit être donnée, en cas de dommages corporels ou matériels, que lorsque ceux-ci ont été causés par un "comportement contraire au droit" ; il y a là une contradiction avec l'affirmation exprimée quelques lignes auparavant, selon laquelle l'illicéité est en principe toujours donnée dans le cadre de la responsabilité à raison du risque, puisqu'il est porté atteinte à des biens juridiquement protégés de façon absolue. A ce sujet cf. supra 2.3.3.3.

faute additionnelle de la personne responsable, d'après l'art. 51*a* AP, entre en ligne de compte. Ainsi, et au regard de l'art. 53 AP (cumul de responsabilités), on peut atteindre exactement le résultat visé par l'art. 135 LAAM, tel qu'il est expliqué par le Message, d'une manière théoriquement soutenable.

Du point de vue rédactionnel, la disposition est mise en harmonie avec l'art. 3 al. 1 LRCF (cf. supra 4.2.11.01). En particulier dans le texte français, la traduction ambiguë de "widerrechtlich" par "sans droit" est corrigée et remplacée par : "par le fait illicite de ...".

On peut renoncer à l'actuel al. 2. Cette disposition sur les motifs d'exonération recoupe la règle générale de l'art. 47*a* AP, auquel le nouvel al. 4 renvoie également.

L'al. 2 reformulé reprend, en l'exprimant un peu plus précisément, le principe de la priorité des lois spéciales (en pratique notamment de la responsabilité selon la LCR)[1620].

A l'al. 3, la règle sur l'exclusion du droit d'action directe de tierces personnes lésées contre le militaire pris individuellement, qui correspond à l'art. 3 al. 3 LRCF (cf. supra 4.2.11.01), est également adaptée à cette dernière disposition quant à sa rédaction. L'emplacement systématique après l'al. 2 met en évidence que la "canalisation" de la responsabilité sur la Confédération vaut aussi lorsque - au sens de l'al. 2 - d'autres dispositions de responsabilité civile que celle de l'art. 135 al. 1 LAAM ont vocation à s'appliquer dans le contexte d'une activité liée au service militaire.

L'al. 4 est nouveau quant à sa forme, mais matériellement, il ne fait qu'absorber et étendre le renvoi au CO déjà contenu à l'actuel art. 141 al. 1. Il faut désormais le comprendre dans le sens d'une application générale subsidiaire ("Pour le reste...") des dispositions de la Partie générale - comme c'est le cas pour d'autres catégories de la responsabilité étatique (cf. l'art. 9 LRCF, ou les art. 46 al. 4, 426 al. 4, 849 al. 4 et 955 al. 4 CC, ou encore l'art. 928 al. 4 CO) - ainsi que pour les autres hypothèses spéciales de responsabilité. L'actuelle énumération détaillée des normes applicables est inutile. Elle ne servait en principe qu'à exclure formellement aussi les prescriptions du CO, qui n'auraient de toute manière pas été adaptées à la responsabilité de la Confédération pour des raisons matérielles (comme les art. 43 al. 2 et 44 al. 2 ainsi que l'art. 61 CO) ou qui auraient de toute façon été évincées par des dispositions expresses de la LAAM (comme l'art. 50 al. 2 et 3 ou l'art. 60 CO).

4.2.31.02 Art. 141

L'actuel al. 1 peut être biffé pour les raisons qui viennent d'être exposées au sujet de l'al. 4 de l'art. 135.

1620 A propos des problèmes qui se posent à ce sujet, cf. Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/3, § 32, N. 115 ss.

4.2.31.03 Art. 143

Dans sa teneur actuelle, la disposition sur la prescription prévoit, aussi bien pour le rapport entre une tierce personne lésée et la Confédération que pour le rapport entre la Confédération et les militaires ou les formations, des délais de prescription relatifs d'un an (conformément à l'art. 60 al. 1 CO) et des délais absolus de 5 ans (divergents de l'art. 60 al. 1 CO). Les dérogations aux règles générales et à celles sur la responsabilité de l'Etat (art. 20 ss LRCF) ne peuvent guère se justifier[1621].

C'est pourquoi les auteurs de l'avant-projet proposent, à l'al. 1, une réglementation qui s'inspire de l'art. 55 AP. On pourrait en soi aussi s'en tenir à un renvoi à la Partie générale (cf. art. 135 al. 4 supra). Mais étant donné qu'aucune modification n'est proposée pour l'al. 2 (cf. les explications au paragraphe suivant) et que la suppression de l'al. 1 aurait des répercussions sur la cohérence interne de la disposition prise dans son ensemble, il y a lieu de renoncer à une telle solution (comme pour l'art. 20 al. 1 LRCF ; cf. supra 4.2.11.09). Ainsi que cela a été exposé au sujet de l'art. 20 LRCF, il semble ici également opportun d'exiger pour le début du délai relatif, cumulativement à la "connaissance du dommage", celle "de la personne qui en assume la responsabilité ou la couverture", parce que la Confédération peut sans autre entrer en ligne de compte comme responsable en plus de tiers, sans que ce fait ne doive être d'emblée connu de la personne lésée. Pour le reste, en cas de responsabilité de l'Etat, la connaissance de la personne du responsable implique aussi la connaissance du service ou de l'instance auxquels on doit s'adresser pour faire valoir sa prétention (cf. à ce sujet la deuxième phrase de l'al. 4 de l'art. 143, ainsi que l'art. 142 LAAM et l'art. 168 OAA[1622]).

> En soi, l'al. 2 (en comparaison des art. 21 et 23 LRCF) est problématique. Contrairement à la LRCF, la LAAM ne distingue pas les prétentions originaires directes des prétentions récursoires de la Confédération contre des militaires ou des formations. C'est pourquoi le privilège (pour le délai relatif par rapport à la nouvelle durée de 3 ans, pour le délai absolu déjà par rapport à l'actuel délai de 10 ans) - jugé manifeste et compréhensible à l'art. 23 LRCF (cf. 4.2.11.10) - englobe également les actions récursoires. Selon le principe en vertu duquel des modifications ne sont suggérées que lorsqu'elles s'imposent, les auteurs de l'avant-projet renoncent cependant ici à une proposition correspondante.

L'al. 3 contient la règle correspondant à l'actuel art. 60 al. 2 CO sur la prolongation de la prescription civile en cas d'acte punissable, dont l'abrogation est proposée de manière générale (cf. supra 2.8.4.2). Il en découle que la disposition doit aussi être supprimée dans la LAAM.

L'actuel al. 4 contient un renvoi spécial aux règles du Code des obligations sur l'interruption de la prescription (art. 135 à 138 CO) et l'applicabilité de la maxime de disposition à l'invocation de la prescription (art. 142 CO), règles qui ne pourraient être applicables qu'indirectement - et encore - en vertu du renvoi général à la Partie générale du droit de la responsabilité civile (ici le nouvel art. 135 al. 4 LAAM). C'est pourquoi, et compte tenu aussi de la "particularité militaire" mentionnée à la deuxième phrase, la disposition doit être maintenue.

1621 Cf. Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/3, § 32, N. 372 ss.

1622 Ordonnance sur l'administration de l'armée, RS 510.301.

4.2.32 Loi sur la protection civile (LPCi)

La loi totalement révisée sur la protection civile du 17 juin 1994 est entrée en vigueur le 1er janvier 1995. Dans le Message y relatif[1623], concernant le chapitre 9 et les art. 58 à 63, il est exposé que ces dernières dispositions ont été adaptées à la nouvelle Loi sur l'armée et sur l'administration militaire (cf. supra 4.2.31), à la nouvelle Loi sur l'assurance militaire et au Code des obligations, en réaction à une critique émanant de la jurisprudence du TF (ATF 114 Ia 199). Les modifications suivantes sont ici proposées :

4.2.32.01 Art. 58

L'al. 1 intègre, dans sa teneur actuelle, la preuve exonératoire pour force majeure ainsi que pour faute de la victime et de tiers directement au principe de la responsabilité. Comme l'al. 2 de l'art. 135 LAAM (cf. supra 4.2.31), cette partie de phrase ("à moins qu'ils [c'est-à-dire la Confédération, les cantons et les communes] ne prouvent, ...") est inutile en regard de la validité générale de l'art. 47*a* AP (auquel il est renvoyé par le nouvel al. 1 de l'art. 61 LPCi).

> Le principe de la responsabilité solidaire de la Confédération, des cantons et des communes, qui pourrait en soi aussi être déduit de l'art. 53*b* AP (en relation avec le nouvel al. 1 de l'art. 61 LPCi), est posé à l'al. 2. La deuxième phrase contient toutefois une particularité pour la répartition interne qui s'écarte de l'art. 53*c* AP (renvoi au taux des subventions fédérales selon l'art. 55 al. 1 lit. a LPCi) et qui justifie le maintien de la disposition.

L'al. 3 contient le principe de la responsabilité étatique exclusive dans les rapports externes, ce qui exclut un droit d'action directe contre l'auteur du dommage. Comme à l'art. 135 LAAM (cf. supra 4.2.31), cette disposition est toutefois à déplacer systématiquement en fin d'article, à l'al. 6, afin d'englober toutes les variantes de responsabilité de la Confédération, des cantons et des communes pour les faits dommageables causés dans le cadre d'activités liées au service de protection civile (voir l'actuel al. 6, nouvellement 5).

Les actuels al. 4 et 5 restent inchangés quant à leur contenu et à leur teneur en tant que nouveaux al. 3 et 4.

Le nouvel al. 5 (actuel al. 6) - qui traite de la priorité des dispositions de responsabilité spécifiques - est adapté quant à sa rédaction à l'art. 135 al. 2 LAAM (cf. supra 4.2.31).

Le nouvel al. 6 contient - comme évoqué ci-dessus - le principe de la canalisation de la responsabilité sur les collectivités publiques, seules attaquables dans les rapports externes (cf. art. 135 al. 3 LAAM).

4.2.32.02 Art. 61

Cette disposition figurait jusqu'ici sous le titre "détermination des dommages-intérêts (Bemessung der Entschädigung)". Dans le cadre de la révision totale du droit de la responsabilité civile, un renvoi général à la Partie générale du droit de la responsabilité civile est introduit dans toute la législation spéciale

---

1623 FF 1993 III 785 ss, not. p. 828.

(comme au nouvel al. 4 de l'art. 135, qui remplace l'ancien al. 1 de l'art. 141 LAAM). Ainsi, la limitation du renvoi aux principes du CO sur le calcul du dommage et la fixation de la réparation - telle que la contient l'actuel art. 61 al. 1 LPCi - devient caduque. Le titre de l'article doit par conséquent être conçu de manière plus large.

L'al. 1 reprend la formule standard du renvoi à la Partie générale du droit de la responsabilité civile en tant que réglementation subsidiairement applicable de manière générale. La tournure "Pour le reste ... ", qui est proposée là où ce renvoi peut être intégré comme alinéa séparé directement à la norme qui pose le principe (cf. art. 135 al. 4 LAAM ou aussi - comme autre exemple - art. 46 al. 4 CC ; cf. supra 4.2.15.01), doit ici (comme pour l'art. 9 al. 1 LRCF, cf. supra 4.2.11.05) être formulée de manière un peu plus explicite ("Sauf dérogation expresse dans la présente loi, ...").

L'al. 2 correspond à l'al. 1 (actuel al. 2) de l'art. 141 LAAM (cf. supra 4.2.31) ; il prescrit la prise en considération de certains critères de fixation de la réparation qui sont spécifiquement liés au service militaire, respectivement à la protection civile ; de tels critères pourraient certes aussi être déduits sans autre des règles générales des art. 52, 53*a* et 53*c* al. 1 AP, mais ils peuvent tout à fait être concrétisés ici pour des motifs de "psychologie législative" et être ainsi maintenus.

4.2.32.03 Art. 63

Cette disposition sur la prescription est une reproduction conforme de l'art. 143 LAAM (cf. supra 4.2.31) ; elle est pour cette raison adaptée de la même manière.

4.2.33 Loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN)

La LRCN de 1983 a regroupé dans un acte législatif séparé les dispositions de responsabilité pour les installations destinées à l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire, autrefois intégrées à la Loi sur l'énergie atomique (LEA)[1624]. Cette loi a par ailleurs simultanément supprimé l'ancienne limitation chiffrée (calquée sur le droit international) de la responsabilité de l'exploitant d'une installation nucléaire[1625]. Du point de vue de la révision du droit de la responsabilité civile, la LRCN est le cas classique d'une loi spéciale dont l'existence se justifie compte tenu des particularités de la matière (cf. supra 1.3.1). Malgré cela, elle doit être adaptée aux dispositions de la Partie générale sur tous les points pour lesquels des "particularités nucléaires" ne s'imposent pas. En ce qui concerne la terminologie, cet objectif ne sera toutefois pas toujours mis en œuvre de manière conséquente. Par exemple, le sujet de la responsabilité continuera à être désigné dans la version allemande (art. 2 al. 7 LRCN) par "Inhaber" de l'installation nucléaire (ou de l'autorisation de transport) et non par "Betreiber" (selon l'art. 50 AP ; cf. supra 2.4.4.5), bien que les deux termes aient matériellement la même signification. La version française, qui désigne le sujet de responsabilité par "exploitant d'une installation nucléaire", ne devrait

---

1624 RS 732.0.

1625 Cf. à ce sujet le Message concernant la LRCN (FF 1980 I 172 ss, ch. 121.3, p. 181 ss) et supra 1.1.2.2, n. 44.

pas être modifiée sur ce point, étant donné qu'elle est en accord avec la nouvelle terminologie.

4.2.33.01 Art. 3

Dans le domaine de la responsabilité nucléaire, la Partie générale du droit de la responsabilité civile du CO joue aussi son rôle de réglementation applicable à titre subsidiaire. Cela est réalisé par le renvoi général usuel qui est énoncé à un nouvel al. 7 de cet article, une disposition qui pose le principe de la responsabilité (en relation avec la définition du "dommage d'origine nucléaire" à l'art. 2 al. 1 LRCN).

4.2.33.02 Art. 4

L'art. 4 LRCN pose, en matière de dommage d'origine nucléaire, un principe de droit administratif. Ce principe tend à répercuter sur l'exploitant de l'installation nucléaire ou sur le détenteur de l'autorisation de transport les coûts engendrés par les mesures que prend l'autorité compétente pour écarter ou réduire un danger imminent ou qui s'est déjà concrétisé. Une telle disposition est à mettre en parallèle avec l'ancien art. 8 LPEP et l'actuel art. 59 LPE (cf. infra 4.2.45) ; dans les nouvelles versions, la répercussion des coûts n'est plus prévue - ainsi que c'est encore le cas dans la LRCN - de manière facultative, mais elle y est impérativement prescrite en ce sens que "les coûts sont mis à la charge de celui qui en est la cause".

La proposition des auteurs de l'avant-projet va encore plus loin : la prise en charge des coûts ne doit pas seulement être impérativement prévue, mais elle doit être extraite du contexte administratif et être aménagée comme véritable responsabilité (civile) de l'exploitant de l'installation nucléaire ou du transporteur envers la collectivité publique, qui doit supporter des frais à la suite de mesures de prévention et de réduction du dommage. Le rapprochement des droits de la responsabilité civile et publique (cf. art. 43 et 43*a* AP et supra 2.2.3) ne doit pas toucher seulement la légitimation passive mais aussi la légitimation active de la collectivité publique, de manière à ce que les dépenses occasionnées par les mesures qu'elle prend dans l'intérêt public, puissent être répercutées, en qualité de dommage, sur la personne responsable du risque et de son éventuelle réalisation (en l'espèce, le titulaire de l'installation nucléaire ou le détenteur de l'autorisation de transport). Il doit ainsi avant tout être mis fin à la controverse infructueuse sur la distinction entre "perturbateur par situation" et "perturbateur par comportement"[1626], qui ne devrait de toute façon guère jouer de rôle dans le domaine de l'énergie nucléaire et de sa responsabilité canalisée. Malgré cela, le passage du système du "principe du pollueur-payeur" du droit public à celui d'une responsabilité "civilisée" basée sur une imputation plausible se justifie ici aussi.

1626 Widmer P., Perspektiven einer Umwelthaftung - Möglichkeiten und Grenzen, in : Ergänzungen (Wissenschaftl. Tagung anlässlich der Einweihung des Ergänzungsbau der Hochschule St. Gallen), Berne/Stuttgart 1990, p. 591 ss (600 s.) ; idem, op. cit. (n. 204), p. 385 ss (401) ; idem, op. cit. (n. 1585), p. 345 ss (348 s. avec des indications supplémentaires à la n. 11).

4.2.33.02^{bis} Art. 5 et 6

L'art. 5 limite à son al. 1 les motifs d'exonération - tels qu'ils sont décrits de manière générale à l'art. 47*a* AP (cf. supra 2.4.3.5) - à la seule faute concomitante ; il exige de plus, pour une "interruption" totale du rapport de risque adéquat, un acte intentionnel de la victime : la responsabilité de l'exploitant d'une installation, respectivement du transporteur, n'est donc écartée que lorsque la prétention en dommages-intérêts de la victime est qualifiée tout simplement d'abusive.

Cette divergence par rapport aux règles générales - la force majeure et la faute de tiers n'entrent pas ici en ligne de compte comme motifs d'exonération - se justifie en regard du risque d'exploitation extrêmement élevé d'une centrale nucléaire. En face d'un tel danger, il n'y a pas de force naturelle qui pourrait être "majeure" et évincer le risque nucléaire en termes de responsabilité civile. Raison de plus pour que le comportement d'une ou de plusieurs personnes n'y parvienne pas, même s'il devait être grossièrement fautif ou découler d'activités de guerre ou terroristes. C'est pourquoi la responsabilité est canalisée sur l'exploitant de l'installation nucléaire ou le détenteur de l'autorisation de transport (cf. la limitation des droits de recours des personnes responsables contre les coresponsables à l'art. 6 LRCN). Rien ne doit être changé à cela.

On aurait éventuellement pu songer à éliminer l'al. 2 de l'art. 5 ; cet alinéa ne présente pas et ne doit d'ailleurs pas présenter d'originalité par rapport à la règle générale sur la fixation de la réparation (art. 52 AP ; cf. supra 2.5.2) ; le renvoi global du nouvel al. 7 de l'art. 3 conduirait en soi au même résultat. Le rapport entre l'exonération totale à l'al. 1 et l'exonération partielle en cas de faute concomitante concurrente dont il est question ici est cependant si étroit qu'il faut renoncer à une suppression.

4.2.33.03 Art. 7

Cette disposition contient un renvoi au Code des obligations limité à la fixation de l'indemnité et aux conditions de la réparation du tort moral. D'une part, l'application de l'art. 44 al. 2 CO (réduction de l'indemnité en cas de gêne du débiteur de la réparation) y est exclue (à l'al. 1), mais d'autre part, une réduction équitable de l'indemnité "lorsque la victime du dommage jouissait d'un revenu exceptionnellement élevé" est autorisée (à l'al. 2, comme c'est le cas à l'art. 62 al. 2 LCR ; cf. infra 4.2.35.05).

La norme en question peut être abrogée dans son ensemble. Le renvoi (de toute façon trop étroit) à la Partie générale du droit de la responsabilité civile est contenu au nouvel al. 7 de l'art. 3 et la "prise en compte de la situation économique des parties" est prévue de manière générale à l'art. 52 al. 2 AP (cf. supra 2.5.2 *in fine*). Cette dernière règle met également en évidence qu'elle ne peut se comprendre que comme une prescription d'exception, le cas échéant applicable à l'une comme à l'autre des parties. En conséquence, on ne pourrait tenir compte du revenu (ou de la fortune) exceptionnellement élevé d'une personne lésée que dans des circonstances très particulières. Et il ne devrait guère venir à l'idée, même du plus fantaisiste des avocats - avant tout en regard du réseau d'assurances intervenant aux côtés du responsable et du règlement des grands sinistres - de plaider le risque de gêne et donc la réduction de la réparation due par l'exploitant ou le transporteur (en règle générale, une personne morale).

4.2.33.04 Art. 8

Cette disposition est la reproduction de l'art. 87 LCR (cf. infra 4.2.35.17), qui est généralisé par les art. 57 et 58 AP (cf. supra 2.10) : il y est question, d'une part de l'inadmissibilité des clauses (*pro futuro*) dites limitatives et exclusives de responsabilité (al. 1) et, d'autre part, de l'invalidation de transactions indemnitaires manifestement inéquitables qui sont conclues postérieurement à la survenance d'un fait dommageable (al. 2).

Le renvoi global de l'art. 3 al. 7 (nouveau) LRCN est aussi suffisant sur ce point, de telle sorte qu'on peut renoncer à l'actuel art. 8 LRCN.

4.2.33.05 Art. 9

L'al. 1 reprend la réglementation de l'art. 80 LCR, qui réserve les prétentions découlant de l'assurance-accidents obligatoire. La règle vaut de manière générale dans le domaine des assurances sociales, dont la subrogation et le droit de recours doivent aussi être réglés de manière générale dans la future Loi fédérale sur la Partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; cf. supra 2.7.1, n. 877). Les dispositions spéciales dans les diverses lois de responsabilité civile seront ainsi superflues. De toute façon, le privilège de responsabilité de l'art. 44 LAA, qui est également mentionné ici, devrait être abrogé et remplacé par un simple privilège de recours (cf. supra 1.2.2.3.2 *in fine*, n. 210 et 2.7.3.3.1, n. 923 ; cf. aussi infra 4.2.50). De ce point de vue aussi, la prescription de l'art. 9 al. 1 LRCN n'est plus d'actualité.

De son côté, l'al. 2 contient une règle susceptible d'être généralisée et qui a été influencée par l'art. 62 al. 3 LCR, et même déjà par l'art. 13 al. 1 LRespC : lorsque la personne responsable a versé des primes à une assurance non obligatoire en faveur de la personne lésée, les prestations de cette assurance doivent être imputées dans une proportion correspondante à l'obligation de réparer. L'art. 54*i* AP érige cette norme en principe général (cf. supra 2.7.5). Le renvoi qu'opère le nouvel art. 3 al. 7 LRCN dispense de l'énoncer ici.

4.2.33.06 Art. 10

Les règles de la LRCN sur la prescription et la péremption sont à adapter autant que possible - c'est-à-dire en tenant compte des spécificités de ce domaine, en particulier du problème des dommages différés (art. 13 LRCN) - aux règles générales des art. 55 ss AP (cf. supra 2.8). Cette particularité doit conduire, selon les auteurs de l'avant-projet, au maintien de l'art. 10 LRCN, sans égard à la concordance ou non des délais avec ceux de la Partie générale du droit de la responsabilité civile.

La teneur actuelle de l'al. 1 fixe le délai de prescription relatif, c'est-à-dire s'écoulant à compter du jour de la connaissance du dommage et de la personne responsable ou de celle qui en assume la couverture, à trois ans, en dérogation à l'art. 60 al. 1 CO. Cela doit rester inchangé aussi dans le nouveau droit, et cela même si le délai de prescription (relatif) général de l'art. 55 al. 1 AP devait être fixé de manière définitive à un laps de temps plus court (au lieu des trois ans proposés par l'avant-projet). De même, la durée de 30 ans doit être conservée pour le délai absolu, qui dépasse d'un tiers le délai de 20 ans à

compter de la cessation de l'atteinte dommageable proposé à l'art. 55 al. 2 AP. Il n'y a en revanche aucune raison impérieuse de prévoir ici de façon exceptionnelle une péremption au lieu de la prescription absolue (qui est susceptible d'interruption et de renonciation en vertu de l'art. 55*a* AP) ; cela se justifie d'autant moins que la Loi sur la radioprotection de 1991, qui prévoit des délais de même durée, s'en tient aussi à une prescription (cf. infra 4.2.47.02).

A l'al. 2, il ne s'agit que d'une adaptation conséquente à la règle générale sur la prescription des prétentions récursoires (art. 55*c* al. 1 AP). En soi, on pourrait renoncer à répéter cette règle spécialement pour la LRCN. Cependant, deux raisons parlent en défaveur de la suppression : d'une part, le lien étroit avec l'al. 1, qui doit en tout cas être maintenu ; d'autre part, le principe généralement suivi dans le présent avant-projet, qui impose la plus grande retenue à proposer des modifications ne s'avérant pas absolument nécessaires.

4.2.33.07 Art. 16bis (nouveau)

La proposition d'introduire une nouvelle disposition, pour des raisons de systématique, à la fin de la section sur la couverture par la Confédération, est simplement la conséquence de l'abrogation de deux autres normes, à savoir les art. 19 et 20 LRCN (cf. infra 4.2.33.08).

Y sont réglées les questions du droit d'action directe du lésé, de l'inopposabilité des exceptions et du droit de recours, qui étaient jusqu'ici traitées aux art. 19 et 20, à la fois pour les prétentions contre des assureurs privés au sens de l'art. 11 LRCN et pour celles contre la Confédération (art. 12 ss. LRCN). S'agissant de l'assurance privée, une telle réglementation dans les dispositions spéciales de la LRCN, en plus des prescriptions générales des art. 54*c* ss AP (cf. supra 2.7.4.2 à 2.7.4.4), est inutile. En revanche, une disposition qui garantit l'application analogique des art. 54*c*, 54*f* et 54*h* AP aux prétentions dirigées contre la Confédération et au droit de recours de la Confédération contre des assurés ou des preneurs d'assurance, est nécessaire dans la LRCN. Il s'agit d'une application par analogie, parce qu'il n'y a pas de contrat d'assurance (de droit privé), au sens usuel du terme, entre la Confédération et les exploitants d'installations, respectivement les détenteurs d'autorisation de transport assurés, et parce que, en conséquence, la Confédération ne peut pas invoquer directement la Loi sur le contrat d'assurance[1627].

4.2.33.08 Art. 19 et 20

La question du droit d'action directe du lésé contre l'assureur (ou la Confédération), ainsi que celles liées à l'inopposabilité des exceptions et au droit de recours sont - dans la mesure où il s'agit de l'assurance privée - réglées aux art. 54*c* ss AP également pour le domaine de la LRCN, de telle sorte que les dispositions correspondantes de cette loi peuvent être abrogées.

[1627] Cf. à ce sujet Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/3, §29, N. 542 ss, en particulier N. 581 ss.

Pour ce qui est de la couverture par la Confédération, une norme sur l'application analogique de ces principes est maintenue, mais placée ailleurs pour des raisons de systématique (cf. supra au sujet du nouvel art. 16bis LRCN).

4.2.33.09 Art. 26

Sous le titre "principes applicables à la procédure", l'actuel art. 26 LRCN traite de divers problèmes :

L'actuel al. 1 pose d'abord les maximes inquisitoriale et d'office (par opposition à la maxime de disposition usuelle dans le procès civil). Cela présuppose l'applicabilité du principe de la libre appréciation des preuves qui est aussi mentionné de manière expresse. De plus, la maxime d'office est explicitée, en ce sens que le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties, mais est tout de même tenu de donner à ces dernières la possibilité de prendre position, lorsqu'il entend statuer au-delà des conclusions du plaignant. Sur ce dernier point, la LRCN va également au-delà des propositions exprimées à l'art. 56*c* AP (cf. supra 2.9.4.1 et 2.9.4.2) ; la question de la justification d'une telle particularité dans le domaine nucléaire se pose dès lors. Dans le Message, il est exposé qu'ainsi le lésé qui réclame moins que ce à quoi il a droit voit sa situation améliorée"[1628]. C'est cependant davantage une déclaration d'intention qu'une motivation. Même dans la doctrine, on cherche une telle motivation en vain. Dans ces circonstances, il est proposé de renoncer à cette réglementation singulière aussi dans la LRCN, et donc de se contenter des principes de procédure posés dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile. C'est pourquoi l'al. 1 peut être abrogé dans son intégralité.

En revanche, l'al. 2 doit être maintenu. L'institution de la "dénonciation d'instance" (expression aussi proposée pour le nouveau titre) semble appropriée et n'est prévue que dans quelques codes de procédure cantonaux[1629].

4.2.33.10 Art. 27

Cette disposition sur la fixation des frais judiciaires et des dépens correspond par son but à la règle générale - conçue plus largement - des art. 56*f* et 56*g* AP (cf. supra 2.9.6), qui est applicable en vertu de l'art. 3 al. 7 (nouveau) LRCN ; c'est pourquoi elle peut ici être abandonnée.

4.2.33.11 Art. 28

De même, la disposition sur les "avances" est superflue ; elle ne fait que répéter ce qui est prévu de manière générale à l'art. 56*h* AP, dont les conditions d'application sont énoncées de manière plus claire (cf. supra 2.9.7).

1628 FF 1980 I 212, ch. 225 *in fine*.

1629 Vogel O., op. cit. (n. 151), N. 64e/f.

4.2.34 Loi sur les installations électriques (LIE)

La Loi sur les installations électriques du 24 juin 1902 contient les plus anciennes dispositions de responsabilité du droit suisse actuellement en vigueur. La responsabilité causale de l'exploitant d'une installation électrique prévue aux art. 27 ss LIE correspond, en tant que responsabilité pour risque, au modèle de l'ancienne Loi sur la responsabilité des chemins de fer (cf. supra 4.2.16). Le principe de responsabilité de l'art. 27 LIE peut être repris, moyennant quelques adaptations matérielles et terminologiques au concept de la clause générale de l'art. 50 AP ; les dispositions restantes - exception faite de l'actuel art. 28 al. 1, qui prévoit une réglementation spéciale pour les installations exploitées par plusieurs entrepreneurs, et du singulier art. 32 - deviennent superflues en raison d'un renvoi global à la Partie générale du droit de la responsabilité civile.

4.2.34.01 Art. 27

A l'al. 1, les actuels fait de rattachement et principe de responsabilité sont repris avec les adaptations suivantes :

- Le sujet de la responsabilité est désigné par "exploitant" de l'installation, en accord avec la terminologie de la clause générale de l'art. 50 AP ("Betreiber" au lieu de "Betriebsinhaber" dans la version allemande, la version française ne subissant pas de modification à ce sujet). Ce que l'on entend par là d'un point de vue matériel est exposé en détail ci-dessus (cf. 2.4.4.5 : la personne qui doit répondre est celle qui a la maîtrise de l'installation sous tension, qui l'utilise à ses risques et périls, en créant et entretenant ainsi les dangers spécifiques liés à une telle activité.
- Il n'est plus mentionné expressément que la responsabilité en matière d'électricité s'applique de la même façon pour les installations à faible ou fort courant privées ou publiques ; cela ressort sans autre (en vertu du renvoi de l'al. 2) de la disposition générale de l'art. 43 AP et est de surcroît prévu expressément à l'art. 43*a* al. 2 AP pour les installations exploitées par des cantons ou des communes.
- On a également renoncé à mentionner expressément les motifs d'exonération classiques (force majeure, faute de tiers ou du lésé), qui s'appliquent en principe à tous les domaines selon l'art. 47*a* AP (et également, en vertu du renvoi exprès de l'al. 2, au domaine de la responsabilité en matière d'électricité). Il faut tenir compte du fait que la singulière extension de l'exonération en raison de la simple "négligence" d'un tiers est supprimée, de même que la différenciation guère justifiable, selon laquelle n'importe quelle faute d'une tierce personne mais seulement une faute (particulièrement) "lourde" de la personne lésée peut interrompre le rapport de causalité adéquate. Dans tous les cas, la cause externe doit présenter une intensité "supérieure" par rapport au risque caractéristique du courant électrique pour conduire à une exonération (cf. supra 2.3.4.5) ; il doit s'agir d'une atteinte qui, selon l'art. 47*a* AP, "a contribué de manière manifestement prépondérante à la survenance du dommage ou à son aggravation" au regard du risque d'exploitation imputable au responsable.
- La nouvelle version ne parle plus exclusivement de dommage corporel, auquel est ensuite assimilé le dommage matériel à l'al. 2 de la disposition

actuelle. Que seules ces deux catégories de dommages sont en principe réparables (mis à part ceux qui résultent d'atteintes à l'environnement), dans le cadre d'une responsabilité pour risque, ressort de manière générale de l'art. 45 al. 3 AP, qui est de nouveau applicable en vertu du renvoi de l'al. 2. Ainsi, les dommages résultant de "perturbations de l'exploitation" continuent d'être exclus dans la mesure où ils constituent des "dommages purement économiques" ; ils devraient en revanche être réparés lorsqu'il s'agit de conséquences immédiates de lésions corporelles ou de dommages matériels. De cette façon, on remédie aussi à l'actuelle incertitude concernant la portée de l'art. 27 al. 2 LIE[1630].

– L'harmonisation du texte français avec le texte allemand et avec l'art. 1 LIE dans les versions des deux langues concernant l'ordre de la mention "d'installation électrique à faible ou à fort courant" (jusqu'ici "installation électrique à fort ou à faible courant") est de nature purement rédactionnelle.

Il faut déjà noter ici que deux autres limitations du champ d'application matériel sont abrogées par le biais de la suppression des art. 29 et 41 LIE (cf. infra 4.2.34.03 et 34.13) :

– Selon l'art. 29 LIE qui, dans sa version allemande, correspond à la volonté du législateur, l'indemnisation des dommages matériels provenant d'un incendie causé par l'exploitation d'une installation électrique est réglée par les dispositions du Code fédéral des obligations. A cet égard, les versions française et italienne laissent entendre que tout dommage résultant d'une telle cause serait touché par cette disposition, ce qui est faux. A l'avenir, la responsabilité pour risque de l'art. 27 LIE doit s'appliquer également à la réparation de dommages matériels découlant de l'incendie dans une installation électrique, dans la mesure où ils sont le résultat de la réalisation du risque inhérent. L'exonération de l'exploitant, telle qu'elle avait été prévue par le législateur de l'époque pour des raisons de politique économique, et notamment des motifs protectionnistes, ne correspond plus, selon la doctrine unanime, ni aux réalités ni aux idées actuelles ; elle doit donc être supprimée[1631].

– La limitation du champ d'application de la "responsabilité causale en matière d'électricité", qui découle en droit actuel de l'exclusion expresse des "installations intérieures" (art. 41 en relation avec l'art. 16 LIE), doit également être abandonnée. Mis à part les problèmes délicats et inutiles de délimitation qui en résultent, cette exception ne semble plus non plus au goût du jour du point de vue de la politique juridique[1632].

L'al. 2 est abrogé quant à son contenu actuel (pour les raisons qui viennent d'être mentionnées) ; il est remplacé par le renvoi global stéréotypé à la Partie

---

1630 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/3, § 28, N. 108 ss.

1631 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/3, § 28, N. 119 ss ; Keller A., op. cit. (n. 10), p. 208 s.

1632 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/3, § 28, N. 14 ss ; Keller A., op. cit. (n. 10), p. 208 s. et 210.

générale du droit de la responsabilité civile, qui contient les réponses générales pour toutes les questions réglées aux actuels art. 30, 31 et 33 à 39 LIE.

4.2.34.02 Art. 28

La réglementation contenue à l'actuel al. 1 est maintenue en tant qu'alinéa unique (moyennant quelques adaptations terminologiques qui résultent de la nouvelle désignation de "l'exploitant", surtout dans la version allemande), bien qu'on puisse se demander si la solution ne devrait pas découler ici aussi de la définition de "l'installation électrique" (c'est-à-dire du risque d'exploitation) et de "l'exploitant", ainsi que des principes généraux régissant le concours de responsabilités (art. 53*b* AP)[1633]. En revanche, pour le cas où une réglementation spéciale serait voulue, la question se pose de savoir si celle-ci trouverait véritablement une justification suffisante par la particularité de son objet même ("si l'installation électrique se subdivise en plusieurs parties..."). Les auteurs de l'avant-projet ne se permettent pas de porter un jugement à ce sujet.

L'al. 2 ne règle pas le droit de recours de l'exploitant d'une installation contre un autre différemment de ce qui résulterait de la norme générale de l'art. 53*c* AP (en vertu du renvoi de l'art. 27 al. 2 nouveau LIE) ; il doit donc être abrogé.

4.2.34.03 Art. 29

Les dégâts matériels dus au feu causé par des installations électriques doivent aussi être couverts, selon le nouveau droit, par la responsabilité pour risque de l'art. 27 al. 1, s'ils résultent de la réalisation du danger caractéristique (court-circuit, projection d'étincelles, etc.) d'une telle installation (cf. supra 4.2.34.01 concernant l'art. 27 LIE). C'est pourquoi, cette règle d'exception - dont, rappelons-le, les versions française et italienne ne correspondent pas à la volonté du législateur - doit être abandonnée.

4.2.34.04 Art. 30

Le but de cette disposition est de poser une règle spéciale pour le droit de recours entre exploitants de plusieurs installations, dont le "contact" a causé un dommage (pour lequel ils sont responsables solidairement dans les rapports externes, déjà en vertu des principes généraux et de l'art. 53*b* AP) : sous réserve de "la faute" d'un exploitant, le dommage est supporté par tous les intéressés "par fractions égales". Cependant, selon le nouveau droit, toutes les circonstances doivent ici - comme partout ailleurs - être prises en considération en vue de la répartition interne des quotes-parts du dommage, pas seulement et pas avant tout la faute (personnelle ou à mettre à la charge d'éventuels auxiliaires) d'un exploitant, mais notamment aussi les risques d'exploitation différents - courant fort ou faible - dans l'une ou l'autre des installations[1634] (cf. supra 2.6.4.4 et infra 4.2.35.03 au sujet de l'art. 60 LCR).

1633 Keller A., op. cit. (n. 10), p. 213, semble défendre cette opinion.

1634 Dans ce sens également Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/3, § 28, N. 94 ss.

Cette disposition est à biffer, d'une part parce qu'elle est superflue, d'autre part parce qu'elle constitue une divergence injustifiée par rapport aux principes généraux.

4.2.34.05 Art. 31

Il s'agit d'une norme sur la collision de responsabilités qui - mis à part l'accent porté sur la "faute" d'un des exploitants - correspond à l'art. 53*a* et peut pour cette raison être abrogée.

4.2.34.05bis Art. 32

Cette prescription n'est pas en soi une disposition de responsabilité : elle prévoit une obligation pour l'exploitant d'installations électriques d'aviser de tout dommage corporel et des dommages matériels d'importance une autorité locale compétente, qui mènera une enquête et dénoncera l'accident par la voie hiérarchique au DFTCE (actuellement DETEC), en passant par le gouvernement cantonal. Malgré son rattachement à la loi abrogée de 1877 sur le travail dans les fabriques, la disposition est semble-t-il toujours en vigueur ; les auteurs de l'avant-projet ne savent pas si elle est encore effectivement appliquée. Si elle ne devait plus avoir de signification pratique, une abrogation devrait être envisagée pour ce motif.

4.2.34.06 Art. 33

L'invocation de la force majeure (cf. 4.2.34.01 au sujet de l'art. 27 al. 1, 3ème paragraphe) doit être exclue, lorsque le dommage aurait pu être évité par l'observation de prescriptions de sécurité. Il s'agit d'une évidence absolue, qui résulte directement de la définition de la force majeure comme événement objectivement (et subjectivement) inévitable. La disposition est superflue.

4.2.34.07 Art. 34

Cette disposition pose à l'al. 1 pour le domaine de la responsabilité en matière d'électricité le principe de la "responsabilité accessoire du fait d'autrui", qui s'applique à toutes les responsabilités causales selon les principes généraux et en vertu de l'art. 51 AP ; le droit de recours mentionné à l'al. 2 correspond également aux règles générales (art. 53*c* al. 2 AP).

C'est pourquoi la norme en question peut être abrogée dans son intégralité.

4.2.34.08 Art. 35

Cet article prévoit un motif libératoire spécial dit "pénal" ; il permet à l'exploitant de refuser sa responsabilité lorsque la personne lésée s'est mise en contact avec l'installation de manière illicite ou par la contravention intentionnelle à des prescriptions et avertissements. Une telle règle contredit - comme les art. 6 et 7 LRespC (cf. supra 4.2.16.1 et n.1594) - un principe fondamental de notre droit de la responsabilité civile[1635] ; elle doit par conséquent être supprimée.

[1635] Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/3, § 28, N. 147 ss (155).

4.2.34.09 Art. 36

Cette disposition contient, en plus d'un renvoi - maintenant prévu de manière générale au nouvel al. 2 de l'art. 27 LIE - au Code des obligations pour la fixation de la réparation (al. 1), des règles sur le mode de réparation en cas d'invalidité (al. 2), ainsi que la possibilité d'une réserve de révision ultérieure (al. 3) ; ces prescriptions sont inutiles au regard des règles générales des art. 45*b* et 52*a* (cf. supra 2.3.2.2.3 et 2.5.3) ainsi que de l'art. 56*e* AP (cf. supra 2.9.5).

4.2.34.10 Art. 37

La disposition sur la prescription très restrictive - qui prévoit un délai unique de 2 ans à compter du jour "où le dommage a été causé" - est à abroger au profit des règles générales des art. 55 ss AP (cf. supra 2.8.4).

4.2.34.11 Art. 38

Le principe de la libre appréciation des preuves est prévu à l'art. 56*c* al. 1 AP pour tout le domaine du droit de la responsabilité civile ; une répétition dans la loi sur les installations électriques est superflue.

4.2.34.12 Art. 39

Les exclusions ou limitations de responsabilité unilatérales au moyen de règlements ou de publications sont illicites de manière générale. L'exclusion de responsabilité par convention est réglée de manière uniforme par l'art. 57 AP pour tout le droit de la responsabilité civile (cf. supra 2.10.1/2), de telle sorte qu'il n'y a pas non plus besoin d'une disposition spéciale dans la Loi sur les installations électriques.

4.2.34.13 Art. 41

L'exclusion des installations intérieures du champ d'application de la responsabilité selon l'art. 27 LIE est supprimée (cf. les explications sous 4.2.34.01 au sujet de l'art. 27 al. 1 *in fine*).

4.2.35 Loi sur la circulation routière (LCR)

La Loi sur la circulation routière du 19 décembre 1958 est issue d'une révision totale de la Loi sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles de 1932 (LA) qui avait introduit, après une genèse mouvementée, la responsabilité objective du détenteur de véhicule à moteur et l'obligation de s'assurer. Les dispositions - révisées sur quelques points en 1975, 1980 et 1995[1636] - relativement détaillées du Titre quatrième intitulé "responsabilité civile et assurance" peuvent être considérées comme le prototype d'une loi moderne de responsabilité civile ; elles ont souvent joué un rôle de modèle pour la législation édictée

---

1636 A propos des révisions de 1975 et 1980, cf. Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 2 ss.

depuis lors. Cela vaut aussi à certains égards pour la révision totale et l'unification du droit de la responsabilité civile, telle qu'elle est maintenant engagée.

On a déjà signalé à diverses reprises qu'une "nouvelle" disposition découle de la généralisation d'une règle contenue dans la LCR[1637]. A l'inverse, cela signifie que le titre de la LCR sur le droit de la responsabilité civile et de l'assurance peut être considérablement raccourci, notamment de toutes les dispositions qui figurent désormais en tant que règles généralement applicables dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile[1638].

Il en résulte une restructuration systématique du Titre quatrième de la LCR : le Chapitre premier sur la "responsabilité civile" ne contient plus que les principes de la responsabilité et la délimitation du champ d'application. L'actuel art. 62, qui renvoie au CO pour ce qui est des modalités de la responsabilité, est remplacé par un renvoi global à la Partie générale du droit de la responsabilité civile, qui est nouvellement intégré au Chapitre cinquième "dispositions communes" ; cela est logique, dans la mesure où la Partie générale contient désormais aussi des dispositions sur le rapport entre la responsabilité civile et l'assurance, qui fait l'objet des Chapitres deuxième et quatrième.

4.2.35.01 Art. 58

Cette disposition se réduit à un seul alinéa, où l'actuel fait de rattachement de la responsabilité à raison du risque est repris dans une formulation légèrement modifiée. On retrouvera la même formule dans d'autres actes législatifs qui doivent être révisés de manière correspondante (p. ex. dans la Loi sur la navigation intérieure ; cf. infra 4.2.41.02).

– En ce qui concerne la désignation du sujet de la responsabilité, on aurait pu songer à reprendre de la clause générale le terme "exploitant", qui est synonyme de celui de "détenteur" (cf. supra 2.4.4.5, n. 702) ; toutefois, le principe selon lequel les textes et concepts existants ne doivent être modifiés que pour des raisons impératives, a été suivi ici aussi, afin d'éviter des problèmes d'interprétation et d'inutiles jeux de devinettes sur les implications matérielles de modifications dues à des raisons purement rédactionnelles.

– La description limitative des catégories de dommages réparables (dommage corporel et matériel) a été supprimée, puisqu'elle est énoncée de manière générale pour les responsabilités à raison du risque à l'art. 45 al. 3 AP - avec toutefois un élargissement aux dommages causés à l'environnement, ce qui pourrait conduire à une extension correspondante du champ d'application de la responsabilité objective du détenteur de véhicule à moteur. En ce sens, l'opinion, selon laquelle les dommages d'intoxication provoqués par les gaz d'échappement (notamment le CO^2) pourraient aussi être couverts, serait

---

1637 Cf. p. ex. : AP art. 43 (73 LCR), 47*a* (59 al. 1 LCR), 51 (58 al. 4 LCR), 52 al. 2 (62 al. 2 LCR), 53*a* (61 al. 1 LCR), 53*c* al. 1 (60 al. 2 LCR), 54*b* al. 1 et 54*f* al. 2 (88 LCR), 54*d* (66 LCR), 54*i* (62 al. 3 LCR), 55*c* (83 al. 3 LCR), 56*c* al. 1 (86 LCR), 57 et 58 (87 al. 1 et 2 LCR).

1638 A propos de la fonction de modèle de la LCR et des diverses adaptations, cf. Widmer P., op. cit. (n. 563), N. 21 ss, p. 1094 ss.

défendable. En pratique cela n'entre assurément en ligne de compte qu'en cas de faits dommageables accidentels et aigus.

– Le fait de rattachement typique reste l'exploitation du véhicule à moteur. La responsabilité objective pour risque n'est adéquate que si et dans la mesure où le dommage est causé par la réalisation des risques caractéristiques d'un tel véhicule (cf. aussi les explications au sujet du nouvel art. 59 al. 1, infra 4.2.35.02). Cela est mis en évidence par l'emprunt rédactionnel à la formulation de la clause générale[1639] (art. 50 al. 1 AP : "La personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse est tenue de réparer le dommage dû à la réalisation du risque caractérisé que celle-ci comporte, …"). S'il est parlé de "risque" caractérisé au singulier, c'est d'un risque global qu'il est question, risque qui peut se manifester de différentes manières sous la forme de risques individuels encore plus spécifiques. Leur caractéristique commune se réfère au concept d'emploi dit "technico-mécanique"[1640] ; selon la jurisprudence du TF, cette exigence est remplie lorsque l'accident dommageable, considéré dans son ensemble, est dû à la réalisation du risque spécifique résultant de l'utilisation des organes mécaniques (moteur, phares, etc.) du véhicule à moteur[1641]. Il est en outre essentiel qu'il s'agisse de processus qui soient en relation avec la fonction du véhicule - la locomotion. (Au sujet de la responsabilité pour des accidents de la circulation non liés à l'emploi d'un véhicule, cf. infra 4.2.35.02 concernant l'art. 59 al. 1 dans sa nouvelle teneur).

Les al. 2 et 3 sont abrogés, plus précisément transférés sous le titre "cas particuliers" à l'art. 59 nouvellement formulé.

L'al. 4 peut également être abrogé en toute sérénité. Cette disposition contient un principe juste, mais elle le formule de manière inexacte, en donnant l'impression que la "responsabilité accessoire du fait d'autrui" comprise *eo ipso* dans la responsabilité du détenteur, comme dans toute responsabilité objective, dépend d'une "faute du conducteur et des auxiliaires au service du véhicule". Ce malentendu ne peut plus se produire en cas d'application directe de l'art. 51 AP (en vertu du renvoi général du nouvel art. 82 LCR)[1642].

4.2.35.02 Art. 59

Cette disposition se réduit à deux alinéas, qui reprennent inchangés les cas particuliers réglés aujourd'hui à l'art. 58 al. 2 et 3. L'al. 3, qui prévoyait la course

---

1639 Cf. également les dispositions parallèles des art. 40b (nouveau) LCdF, cf. 4.2.36 infra, et 30a (nouveau) LNI, cf. 4.2.41.02 infra.

1640 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 344 ss ; au sujet du problème particulier de l'intoxication par des gaz d'échappement, cf. N. 359.

1641 ATF 97 II 161 ss, (en particulier cons. 3, p. 164 ss et les indications quant à la genèse de l'art. 58 al. 1 LCR ; cf. la traduction, en résumé, de l'arrêt précité in : SJ 1972, p. 128 et JT 1972 I 446 ss ; cf. plus récemment également l'arrêt de la "faucheuse" : ATF 114 II 376 ss (378 s.).

1642 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 130 et 150 ; Widmer P., op. cit. (n. 563), N. 24, p. 1095.

"de complaisance" comme motif spécial d'atténuation, a déjà été abrogé par la révision de 1975[1643]. Quant aux règles d'exception de l'al. 4, elles sont transférées au nouvel art. 60, dont le contenu actuel se retrouve sous une forme généralisée aux art. 53*b* et 53*c* AP.

L'al. 1, dans sa teneur actuelle, peut être abrogé : d'une part, l'art. 47*a* AP règle la question de l'exonération de manière uniforme pour tout le droit de la responsabilité civile ; d'autre part, il n'y a pas, dans le domaine de la responsabilité pour la circulation routière, de particularités qui empêcheraient l'application de l'un des trois motifs classiques d'exonération[1644]. Le deuxième principe implicitement contenu à l'actuel art. 59 al. 1, selon lequel une faute additionnelle du responsable à raison du risque est à prendre en considération de telle manière que, selon les circonstances, elle neutralise et empêche une exonération (considérée sous le seul aspect de l'emploi du véhicule), est posé de manière générale à l'art. 51*a* AP ; il n'a par conséquent pas besoin d'être répété ici.

Deux incohérences sont en outre écartées par l'abrogation matérielle de cet alinéa. La première consiste dans le fait qu'il y a dans le droit actuel, cumulativement aux motifs d'exonération - que l'on pourrait qualifier de conditions de responsabilité "positivement négatives" -, aussi des exigences "négativement négatives" ; selon ces exigences, l'exonération du détenteur devrait être sans autre exclue, en raison d'une faute de sa part ou d'une personne dont il répond - même la faute la plus légère -, ou en raison d'une défectuosité du véhicule. Il va de soi qu'une défectuosité du véhicule (pour autant qu'elle soit une cause concurrente du fait dommageable) fait partie du risque typique imputable au détenteur[1645]. En revanche, on ne peut en aucun cas exclure d'emblée une situation dans laquelle la faute causale d'un tiers ou de la victime soit à tel point prépondérante qu'une exonération puisse être admise, et cela malgré une faute légère du détenteur.

La deuxième incohérence consiste en un renversement exorbitant du fardeau de la preuve, qui présume la faute additionnelle (cumulativement au fondement de la responsabilité causale pour risque) et impose au détenteur la *probatio diabolica* que ni lui-même ni l'un de ses auxiliaires au sens large n'ont commis la moindre faute[1646].

Le nouvel al. 1 régit la responsabilité du détenteur pour les accidents de la circulation "causé[s] par un véhicule automobile qui n'est pas à l'emploi" (art. 58 al. 2 actuel). Il s'agit de la combinaison d'une responsabilité pour faute du

---

1643 La "complaisance", comme aujourd'hui d'ailleurs, peut cependant constituer une "circonstance", au sens de l'art. 52 AP ; le principe est posé en termes généraux à l'art. 99 al. 2 CO. Cf. aussi Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/3, § 25, N. 579 ss.

1644 En pratique, la "force majeure" ne joue plus guère de rôle : cf. Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 433 ss.

1645 On pourrait imaginer à la rigueur une faute particulièrement grave du producteur automobile ou du garagiste, qui aurait pour effet d'interrompre le rapport de causalité adéquate. Opinion contraire avec des références à d'autres avis doctrinaux : Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 370.

1646 Cf. Widmer P., op. cit., (n. 563), N. 24, p.1095 et dans le même sens Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 432 et 444 ss.

détenteur et d'une responsabilité causale simple pour la faute d'auxiliaires (au sens de l'art. 51 AP, en référence ici à l'emploi du véhicule dans la circulation routière), ou d'une responsabilité pour l'existence d'un défaut ("une défectuosité") du véhicule, pourvu que ces causes aient contribué à causer ou à aggraver le dommage. Cette disposition est pour ainsi dire le négatif et simultanément le complément nécessaire à la responsabilité pour risque construite sur un concept d'exploitation "technico-mécanique" relativement étroit en droit suisse (contrairement au concept d'exploitation "de la mise en circulation" usuel par exemple en Autriche et en Allemagne ; il est vrai qu'en droit allemand, la responsabilité causale est quelque peu tempérée par le motif libératoire de "l'événement imprévisible").

Les auteurs de l'avant-projet partent du principe qu'il faut conserver cette conception traditionnelle du droit suisse (avant tout en vue d'une délimitation claire de la responsabilité à raison du risque selon l'art. 58 et des analogies à opérer à la rigueur avec la clause générale), bien que la responsabilité pour les véhicules qui ne sont pas à l'emploi n'ait guère joué de rôle jusqu'à présent en pratique. On aurait en soi pu discuter d'une suppression de cette disposition, que ce soit parce que l'on élargirait le concept d'emploi au sens de la mise en circulation ou simplement parce que l'on se contenterait, en cas d'événements dommageables "non liés à l'emploi", d'appliquer l'art. 49*a* AP pour les cas de responsabilité d'entreprise et, pour le reste, les art. 48 et 48*a* AP sur la responsabilité pour faute[1647]. Rien n'empêcherait non plus d'envisager, selon les circonstances, un concours d'actions (art. 53*b* AP) avec des prétentions découlant de la loi sur la responsabilité du fait des produits, pour autant qu'une "défectuosité du véhicule à moteur" entre en ligne de compte comme cause (concurrente) du dommage.

L'actuel al. 2 règle un cas de causalité adéquate partielle : lorsque l'exonération - c'est-à-dire l'interruption ou l'élimination complète du risque d'emploi du véhicule et d'éventuels autres chefs de responsabilité à charge du détenteur - n'est pas possible en raison du manque d'intensité de la cause extérieure, la prise en compte de ce facteur concurrent (comme motif dit "de réduction") peut se faire dans le cadre de la fixation de la réparation. La disposition en vigueur ne mentionne dans ce contexte que la faute du lésé. Il est juste que la faute d'un tiers n'entre pas en considération comme motif de réduction, en vertu du principe de la solidarité ; mais une réduction en raison d'un cas fortuit concurrent (une force majeure pour ainsi dire "inférieure") ne saurait être exclue *a priori*. L'art. 52 AP contient les critères généraux de fixation de la réparation ; il rend donc superflue la règle contenue à l'art. 59 al. 2 puisque, en raison du renvoi global de l'art. 82 nouveau LCR, il permet de prendre en compte un tel facteur.

Le nouvel al. 2 reprend la responsabilité du détenteur pour les dommages de tierces personnes ayant prêté assistance lors d'un accident de circulation routière (art. 58 al. 3 actuel). Non seulement, la règle ne doit pas être modifiée, mais elle aurait même pu être intégrée en tant que principe général à la Partie générale. On y a renoncé, pour le motif que l'on parvient à des résultats com-

---

1647 A ce sujet Widmer P., op. cit., (n. 563), N. 24, p. 1095. Cf. aussi la critique de cette disposition in : Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/2, § 25, N. 379 ss.

parables par l'application des dispositions sur la gestion d'affaires sans mandat (art. 422 CO). Assurément, on pourrait retourner cet argument en faveur d'une suppression de l'actuel art. 58 al. 3 LCR ; on s'abstiendra pourtant d'une telle proposition, de nouveau par respect du principe qui veut limiter les modifications du droit en vigueur au minimum nécessaire.

Enfin, l'al. 4 est formellement abrogé ; son contenu matériel est dorénavant placé à l'art. 60 qui devient ainsi libre.

4.2.35.03 Art. 60

Dans sa teneur actuelle, cette disposition a servi de modèle aux art. 53*b* et 53*c* AP (concours de responsabilités, solidarité et droit de recours). En vertu du renvoi général de l'art. 82 (nouveau), ces règles désormais généralisées s'appliquent aussi dans le domaine de la LCR, de telle sorte qu'elles peuvent être ici supprimées.

La nouveauté introduite par ces normes générales, c'est qu'il doit être mis un terme définitif à la prépondérance reconnue - d'abord par la jurisprudence du TF, *contra legem* jusqu'en 1975[1648], ensuite dès la révision de 1975, par le législateur lui-même - au motif d'imputation de la faute en cas de répartition du dommage entre plusieurs responsables (cf. supra 2.6.4.4). La teneur souple et neutre de l'art. 53*c* al. 1 AP permettrait au juge de reprendre l'idée de l'al. 3 de l'art. 60 initial LCR, supprimé lors de la révision de 1975 et, selon les circonstances, d'exonérer totalement une personne coresponsable "seulement en raison d'une faute "[1649].

L'article ainsi "devenu libre" est nouvellement occupé par les prescriptions d'exception régissant les dommages matériels actuellement contenues à l'art. 59 al. 4. Dans la formulation actuelle, c'est le Code des obligations qui est déclaré applicable. D'un point de vue de la législation spéciale, il semble cependant plus logique de choisir une formulation négative qui limite le champ d'application de la LCR concernant de tels dommages et qui met en évidence que dans les cas des lit. a et b "la présente loi (précisément la LCR) ne s'applique pas". Au bout du compte, c'est également le Code qui trouvera application, à savoir les règles de la Partie générale du droit de la responsabilité civile, qui sont également déterminantes en matière contractuelle (art. 42 AP). Dans les faits, il s'agit ici régulièrement de cas classiques de "violation positive du contrat" ; le cas échéant, pour certaines relations contractuelles, ce sont toutefois également des dispositions spéciales qui pourront s'appliquer (p. ex. l'art. 447 CO dans le domaine du contrat de transport).

Dans sa nouvelle teneur, l'al. 1 comprend les dispositions contenues à l'actuel art. 59 al. 4 .

1648 Le "leading-case" de cette jurisprudence "réactionnaire" était l'ATF 99 II 93 ss, dans lequel le TF a fait front à ses détracteurs au moyen d'arguments qui ignoraient purement et simplement le passage du modèle de la responsabilité pour faute à celui de la responsabilité à raison du risque. A propos de cet aspect de la révision de 1975, cf. également Oftinger K., Hundert Jahre Gefährdungshaftung in der Schweiz, in : RSJ 1975, p. 215 s.

1649 Cf. à ce sujet Widmer P., op. cit. (n. 8), p. 269 ss.

La lettre a) touche les relations entre le détenteur et un éventuel propriétaire différent du véhicule, pour les dommages causés à ce dernier (il peut en particulier s'agir de relations de bail ou de prêt de longue durée). La responsabilité s'apprécie selon les règles générales du Code des obligations, c'est-à-dire selon les art. 41 ou 97 CO (dans le nouveau droit toutefois, de manière unifiée, selon l'art. 48, éventuellement l'art. 49*a* AP), à la rigueur selon les dispositions spéciales du type contractuel correspondant. La réflexion est manifestement analogue à celle concernant la limitation posée à l'art. 1 al. 2 LRFP : seuls les dommages causés par le véhicule (respectivement par le produit), et non ceux causés à l'objet dommageable lui-même, doivent être couverts par la responsabilité causale spéciale ; cette considération convainc encore mieux pour la responsabilité à raison du risque que pour celle rattachée à un défaut, laquelle implique l'idée d'un reproche (objectivé).

La lettre b) concerne les objets transportés par le véhicule, pour lesquels il n'y a pas de raison non plus de s'écarter des règles générales de responsabilité du Code des obligations ; l'exception à l'exception - à savoir que la responsabilité selon la LCR s'applique - est constituée par les choses emportées par les passagers du véhicule. A cet égard, les bagages n'ont plus besoin d'être mentionnés spécialement comme exemple, parce qu'ils jouent avant tout un rôle dans le cadre du droit public des transports auquel s'applique la réserve de l'al. 2 qui suit.

Au nouvel al. 2 figure désormais la réserve du droit public des transports, qui a été introduite en 1985 par un renvoi exprès à la loi sur le transport public.

4.2.35.04 Art. 61

L'art. 53*a* AP (collision de responsabilités) constitue une généralisation de l'art. 61 al. 1 LCR et s'applique donc à l'hypothèse prévue par cette dernière disposition, par l'effet de la règle-renvoi du nouvel art. 82 LCR. La norme devient ainsi superflue.

Ce qui est voulu ici, c'est une règle plus ouverte - comme pour le rapport entre l'art. 53*c* AP et l'art. 60 LCR - qui n'évalue pas *a priori* d'une manière différente les circonstances à prendre en considération pour la répartition du dommage et qui, en particulier, n'octroie pas d'une façon ou d'une autre une prépondérance à la faute par rapport au risque comme élément de rattachement déterminant. La renonciation au traitement spécial du dommage matériel à l'al. 2 est également voulue. L'argumentation selon laquelle les risques inhérents à l'emploi des véhicules devraient être compensés entre détenteurs ne saurait convaincre[1650] ; comme par rapport aux tiers (qui peuvent aussi avoir à répondre de tels risques en cas de collision), tous les éléments de causalité doivent être mis en balance avec le poids qui leur revient dans le cas d'espèce, au sens de l'art. 53*a* AP. L'égalité de traitement des détenteurs et des tiers, en soi conforme à la logique interne de la responsabilité causale en matière de circulation

---

1650 A propos de la critique de l'art. 61 al. 2 LCR, cf. Keller A., op. cit. (n. 10), p. 294 s. ; Merz H., Probleme des Haftpflichtrechts nach SVG, in : Rechtsprobleme des Strassenverkehrs, Berner Tage für die Jurist. Praxis 1974, Berne 1975, p. 101 ss (108 s.).

routière, s'était déjà imposée dans un autre contexte (exonération en raison de la faute d'un tiers)[1651] ; elle doit désormais être réalisée de manière générale.

Dans cette perspective, l'al. 3 correspond également à une évidence : la règle posée à l'art. 53*b* al. 1 AP s'applique aussi entre détenteurs, c'est-à-dire aux rapports entre plusieurs détenteurs en tant que responsables d'une part et un détenteur en tant que lésé d'autre part.

4.2.35.05 Art. 62

En droit actuel, cette disposition contient, à l'al. 1, un renvoi au Code des obligations, qui est toutefois limité aux modalités de la réparation et aux conditions de la compensation du tort moral. C'est un renvoi général à la Partie générale du droit de la responsabilité civile qui s'impose à l'avenir, mais qui doit être placé correctement d'un point de vue systématique dans le dernier (cinquième) Chapitre du Titre quatrième, les "dispositions communes" (art. 82 dans sa nouvelle teneur ; cf. infra 4.2.35.14). C'est pourquoi la disposition doit ici être abrogée.

L'al. 2, superflu, est aussi laissé de côté. La prise en compte, lors de la fixation de la réparation, de la situation économique des parties - de l'auteur du dommage comme du lésé - est prévue de manière générale à l'art. 52 al. 2 AP, même si elle doit rester exceptionnelle, comme cela est précisé expressément. Le principe est applicable aussi dans le domaine de la LCR en vertu du renvoi global du nouvel art. 82.

L'al. 3 est également à supprimer. La règle, selon laquelle les prestations d'une assurance au profit de la personne lésée cofinancée par la personne responsable doivent être imputées sur l'obligation de réparer de cette dernière, proportionnellement à sa participation aux primes, a été généralisée à l'art. 54*i* AP ; elle déploie donc ses effets dans la LCR en vertu du renvoi global (art. 82).

> L'art. 63 peut demeurer inchangé. Il pose le principe de l'assurance obligatoire, fixe l'étendue de la couverture personnelle et les exclusions admissibles ; ces dernières viennent d'être révisées, pour être adaptées au droit de l'UE : désormais, les prétentions du détenteur contre des personnes dont il a à répondre selon l'art. 58 al. 4 (nouvellement : art. 51 AP) - notamment contre le conducteur du véhicule - sont également couvertes par l'assurance de responsabilité civile obligatoire, pour autant qu'il s'agisse de dommages corporels ; en d'autres termes, l'exclusion des prétentions du détenteur contre ses propres auxiliaires n'est plus admissible que pour les dommages matériels[1652].

1651 Par l'arrêt 95 II 344 ff. (cons. 6, p. 350 s.) le TF avait abandonné, en 1969 déjà, son ancienne jurisprudence, selon laquelle le détenteur d'un autre véhicule à moteur ne pouvait pas être considéré comme un "tiers" sous l'angle de l'art. 59 al. 1 LCR.

1652 Nouvelle teneur de l'art. 63 al 3 lit. a LCR selon la Loi fédérale du 23 juin 1995 (RO 1995 5462), en vigueur depuis le 1er janvier 1996 ; cf. à ce sujet le Message in : FF 1995 I 49 ss. L'art. 63 al. 2 a également été modifié dans le cadre de cette réforme, afin de fixer clairement la couverture territoriale minimale de l'assurance obligatoire des véhicules à moteur. D'autres modifications concernent les art. 74, 76, 76a et 79 LCR, qui ne sont pas touchés par la révision totale du droit de la responsabilité civile.

4.2.35.06 Art. 64

Cette norme de délégation, qui donne mandat au Conseil fédéral de fixer la couverture minimale, peut être abrogée ; une telle compétence résulte déjà de manière générale, pour toutes les assurances obligatoires décrétées par le droit fédéral, de l'art. 54*g* AP (cf. supra 2.7.4.4.1), qui est applicable à la LCR en vertu du renvoi global de l'art. 82 (nouveau).

4.2.35.07 Art. 65

Le principe du droit d'action directe fixé à l'al. 1 est posé de manière générale dans la Partie générale du droit de la responsabilité civile (art. 54*c* AP) ; il s'applique aussi pour le domaine de la LCR. Le nouveau droit prévoit l'action directe également dans les cas où il s'agit d'assurances facultatives, sous réserve toutefois d'éventuelles exceptions qui résultent du contrat d'assurance ou de la Loi sur le contrat d'assurance (cf. supra 2.7.4.2.1). En revanche, lorsqu'il y a une obligation d'assurance - comme pour la circulation routière -, de telles exceptions ne peuvent pas être opposées au lésé ; ce principe - tel qu'il est énoncé à l'actuel al. 2 de l'art. 65 LCR - est également posé par la Partie générale pour tous les domaines où la personne potentiellement responsable est soumise à une obligation de s'assurer (art. 54*h* al. 1 AP ; cf. supra 2.7.4.4.2). Finalement, le droit de recours de l'assureur contre le preneur d'assurance ou la personne assurée, prévu à l'al. 3, est un cas d'application de l'art. 54*h* al. 2 AP, qui règle cette question de manière uniforme pour tous les cas d'assurance de responsabilité civile obligatoire.

Cette disposition est ainsi superflue dans son intégralité et peut être supprimée.

4.2.35.08 Art. 66

L'art. 66 contient des règles pour le cas où, dans le cadre d'une assurance obligatoire, la couverture disponible ne suffit pas à satisfaire toutes les prétentions d'une pluralité de personnes lésées. Ces règles ont aussi été reprises et généralisées dans la Partie générale. Cela vaut tout d'abord pour les al. 1 et 2, qui fixent le principe de la réduction proportionnelle des diverses prétentions ainsi que la procédure destinée à identifier le cercle des ayants droit (cf. les trois alinéas de l'art. 54*d* AP et supra 2.7.4.2.2).

La conséquence de la procédure qui vient d'être mentionnée est que les lésés, qui n'ont pas annoncé leur prétention dans le délai imparti, ne peuvent plus la faire valoir, pour autant que l'assureur ait versé ses prestations de bonne foi - c'est-à-dire par ignorance excusable de prétentions de tiers - et ait ainsi épuisé la somme d'assurance. Cette règle, jusqu'ici placée à l'al. 3 de l'art. 66 LCR, figure désormais à l'art. 54*e* AP.

Ainsi, cette disposition peut aussi être intégralement abrogée.

4.2.35.08^{bis} Art. 67 et 68

Les art. 67 et 68 contiennent des prescriptions régissant les répercussions du changement de détenteur sur l'assurance, ainsi que la suspension et la cessation

de cette dernière ; elles sont spécialement conçues pour la pratique de l'assurance de responsabilité civile des véhicules à moteur et doivent par conséquent être maintenues telles quelles.

La même remarque vaut pour l'art. 69 :

4.2.35.09 Art. 69

Cette norme traite de l'application de la responsabilité civile des véhicules à moteur et de l'assurance correspondante aux remorques et aux véhicules automobiles remorqués. Seul le renvoi de l'al. 3 à l'art. 64 - abrogé - nécessite une correction pour une raison purement systématique.

En outre, la formulation de la deuxième phrase de l'al. 4 doit être adaptée à celle du nouvel art. 60 : il s'agit d'une limitation du champ d'application de la LCR.

4.2.35.10 Art. 70

Dans cette disposition, qui concerne la responsabilité et l'obligation d'assurance des cyclistes, les al. 3 et 7 peuvent être biffés. L'al. 3 correspond à l'art. 64 qui est abrogé, tandis que l'al. 7 renvoie aux art. 65 et 66 qui sont également supprimés.

4.2.35.10^{bis} Art. 71

L'art. 71 règle la responsabilité de l'entrepreneur de la branche automobile, en particulier du garagiste ; il s'agit d'un prescription spéciale typique du domaine de la LCR qui doit être maintenue inchangée.

Il en va de même d'un point de vue matériel de la prescription spéciale sur les courses de vitesse :

4.2.35.11 Art. 72

Seul le renvoi aux art. 65 et 66, qui n'existeront plus, doit être abrogé dans la dernière phrase de l'al. 4.

4.2.35.11^{bis} Art. 73

On pourrait en soi renoncer à l'art. 73, dans la mesure où il répète, dans le domaine de la circulation routière, le principe général de l'art. 43 AP, selon lequel les collectivités publiques de tout niveau sont dans la règle (et selon l'art. 43*a* al. 2 AP notamment pour les responsabilités à raison du risque) soumises aux normes de responsabilité du droit civil (cf. supra 2.2.3). Le maintien de cette règle se justifie cependant en raison de l'exception à l'obligation de s'assurer qu'elle décrète.

4.2.35.11^{ter} Art. 74

L'art. 74 sur les véhicules étrangers, révisé en 1995, ne subit aucune modification.

4.2.35.11quater Art. 75

En revanche, s'agissant de l'art. 75 sur les véhicules utilisés sans droit, modifié en 1975, la question se pose si l'al. 2 (droit de recours) est encore nécessaire en plus des règles générales des art. 53*c* et 54*f* AP. Pour des raisons de cohérence, les auteurs de l'avant-projet optent pour son maintien.

4.2.35.11quinquies Art. 76 et 76a

Les art. 76 et 76*a*, dans leur nouvelle teneur de 1995, doivent également être conservés[1653].

4.2.35.11sexies Art. 77

L'art. 77 contient des règles sur la responsabilité des cantons et de la Confédération pour les dommages causés par des véhicules à moteur ou des cycles qui, bien que munis de plaques de contrôle, ne sont pas assurés. Il s'agit d'une disposition spécifique de la LCR, qui doit être maintenue. On pourrait à la rigueur déduire une telle règle des dispositions sur la responsabilité publique de la Confédération et de la plupart des cantons ; sa particularité réside tout de même dans le fait qu'elle décrète, en tant que norme de droit fédéral - comme par exemple dans le droit des registres - une responsabilité étatique des cantons chargés de l'exécution.

(*Pro memoria* : l'art 78 sur l'assurance-accidents des conducteurs de motocyclettes a été abrogé par la nouvelle LAA de 1981[1654].)

4.2.35.11septies Art. 79

La règle de réciprocité de l'art. 79 doit également être maintenue, et cela bien qu'elle ait été tempérée par la dernière révision de 1995 (il n'est plus question que "d'égalité de traitement" au lieu "d'équivalence"), mais pas totalement abandonnée, contrairement aux suggestions de la doctrine[1655].

4.2.35.12 Art. 80

Cette disposition résulte de la révision de la LAA de 1981[1656] ; elle règle le rapport entre les prétentions concurrentes d'un lésé, d'une part en vertu de la LCR contre le responsable et son assureur, et d'autre part selon la LAA contre l'assureur-accidents obligatoire. Elle sera superflue, si le rapport entre le droit des assurances sociales et le droit de la responsabilité civile est clarifié de manière générale dans le sens prévu par le projet d'une Partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; cf. supra 2.7.1, n. 874 et 877). Des dispositions spéciales dans les diverses lois de responsabilité civile seront ainsi sans objet. Pour le reste, le privilège de responsabilité de l'art. 44 LAA, également mentionné ici, devrait de toute façon être abrogé et remplacé par un simple privi-

---

1653 Cf. n. 1652 supra.

1654 Loi sur l'assurance-accidents (LAA ; RS 832.20) du 20 mars 1981.

1655 Bussy A./Rusconi B., op. cit. (n. 370), N. 1 ad Art. 79 LCR ; Widmer P., op. cit. (n. 563), N. 32 *in initio*, p. 1097.

1656 Cf. supra n. 1654.

lège de recours (cf. supra 1.2.2.3.2 *in fine*, n. 210 et 2.7.3.3.1, n. 923, ainsi que 4.2.50 infra).

4.2.35.13 Art. 81

Lors de la dernière révision de la Loi sur l'assurance militaire[1657], cette disposition spéciale, qui désavantage la victime d'un accident de la circulation couverte par l'assurance militaire par rapport à d'autres ayants droit à réparation selon la LCR, n'a été adaptée que d'un point de vue terminologique. La Commission d'étude avait proposé, en harmonie avec un postulat Gautier[1658], la suppression de cette règle[1659]. Les auteurs de l'avant-projet se rallient à cette proposition.

4.2.35.14 Art. 82

Cette disposition répond actuellement à la question (dans sa teneur "Swisslex" de 1993[1660]) de l'admission des entreprises d'assurance, en tant qu'assureurs de responsabilité civile selon la LCR, et réserve la reconnaissance d'assurances étrangères. D'un point de vue matériel, elle n'est pas touchée par la révision totale du droit de la responsabilité civile (cf. infra 4.2.35.19 au sujet de l'art. 88).

En revanche, et pour des raisons systématiques, il y a lieu d'insérer le renvoi global à la Partie générale du droit de la responsabilité civile à la première disposition du Chapitre cinquième ("dispositions communes"). Il s'appliquera à toutes les questions qui ne font pas l'objet d'une réglementation spéciale par le biais d'une disposition expresse dans la LCR elle-même (cf. p. ex. la formule parallèle à l'art. 3 al. 7 LRCN, cf. supra 4.2.33.01, et à l'art. 27 al. 2 LIE, supra 4.2.34.01).

4.2.35.15 Art. 83

La norme de prescription singulière de la LCR - du moins concernant le délai relatif de deux ans - peut être abrogée. En vertu du renvoi global de l'art. 82 nouvellement formulé, les dispositions correspondantes de la Partie générale (art. 55 à 55*c* AP) sont déclarées applicables ; il n'y a pas de raison qui parle en faveur d'une réglementation spéciale dans le domaine de la circulation routière. Pour le reste, on soulignera que l'al. 3 de l'art. 83 LCR a influencé la règle posée à l'art. 55*c* al. 1 AP sur la prescription de l'action récursoire[1661].

1657 LAM/RS 833.1, teneur du 19 juin 1992.

1658 N 88.738 du 15 décembre 1988.

1659 Rapport, op. cit. (n. 39), VI/2.5 et thèse 62-8.

1660 RO 1993 IV 3330 s.

1661 Cf. à ce sujet ci-dessus 2.8.7.

4.2.35.16 Art. 84

Cette disposition sur le for est en tous les cas superflue. Soit c'est la règle de l'art. 56 AP (en principe : for du lieu de l'accident avec la possibilité, moyennant l'accord de tous les intéressés, de déterminer un autre for au domicile, respectivement au siège de l'une des personnes impliquées ou des entreprises d'assurance), du reste inspirée[1662] directement de l'art. 84 LCR, qui s'appliquera, par l'effet du renvoi général prévu à l'art. 82 nouvellement formulé. Soit la disposition sera abrogée et remplacée par une règle correspondante de la Loi sur les fors qui est en préparation[1663].

(*Pro memoria* : l'art. 85 LCR a déjà été abrogé par la nouvelle LDIP.)

4.2.35.17 Art. 86

Il s'agit ici aussi d'une prescription qui a servi de modèle à une règle générale de la Partie générale (art. 56*c* al. 1 AP) et qui devient donc elle-même superflue : la libre appréciation des preuves doit s'appliquer - si ce n'est à l'ensemble du droit privé pour des motifs de répartition constitutionnelle des compétences[1664] - au moins à tout le droit de la responsabilité civile.

4.2.35.18 Art. 87

Cette disposition traite en deux alinéas de deux phénomènes d'interventions contractuelles en droit de la responsabilité ; ces phénomènes doivent être réglementés de manière uniforme pour tout le droit de la responsabilité civile dans la Partie générale. La règle en question peut donc être supprimée.

Les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité sont déclarées nulles à l'al. 1. Ce problème est réglé de manière générale à l'art. 57 AP, qui est également applicable dans le domaine de la LCR en vertu du renvoi général de l'art. 62 (nouvellement art. 82).

L'al. 2 prévoit l'annulabilité des conventions d'indemnisation manifestement insuffisantes. La règle correspond à l'art. 58 AP, toutefois à la différence que le délai d'annulation ne commence pas à courir à compter du jour de la conclusion de la convention mais - par référence à l'art. 31 al. 2 CO - à compter du jour où la personne a raisonnablement pu se rendre compte de l'insuffisance de l'indemnisation et donc de son erreur[1665].

1662 Cf. Widmer P., op. cit. (n. 563), N. 34, p. 1097.

1663 Cf. le Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996 (FF 1997 I 524, ch. 231.62, n. 85). Cf. aussi le Projet et Message de la Loi fédérale sur les fors en matière civile du 18 novembre 1998 (FF 1999 II 2591, not. art. 27 et p. 2627 s. et 2646) ; l'abrogation de l'art. 84 LCR est proposée (p. 2653).

1664 Cf. Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/12.2 et thèse 512-5.

1665 Cf. supra 2.10.3.

4.2.35.19 Art. 88

Cette disposition sur le droit préférentiel du lésé a influencé l'art. 54*b* AP. En vertu du renvoi global de l'art. 82 LCR dans sa nouvelle teneur, la règle générale s'appliquera aussi à la responsabilité civile en matière de circulation routière, de telle sorte que la norme spéciale actuelle peut être abrogée.

Ainsi, l'art. 88 sera désormais le siège de la règle régissant l'admission des institutions d'assurance, qui figure aujourd'hui à l'art. 82 LCR.

> Les normes de délégations des al. 1 et 2 de l'art. 89, sur lesquelles se basent en particulier les prescriptions de l'Ordonnance sur l'assurance des véhicules (OAV)[1666], demeurent inchangées. Il en va de même de l'al. 3 concernant l'annulabilité de décisions cantonales.

4.2.36 Loi sur les chemins de fer (LCdF)

Chapitre IV^{bis} et art. 40*b* (nouveau)

Comme dans de nombreux autres actes législatifs de droit administratif sur les moyens de transport (cf. art. 58 ss LCR), les énergies (cf. art. 27 ss LIE), les substances dangereuses (cf. art. 27 LExpl) ou plus récemment aussi sur les activités dangereuses pour l'environnement (art. 59*a* LPE), la disposition de responsabilité civile pour l'exploitation de chemins de fer peut être intégrée à la loi fédérale correspondante. Du point de vue systématique, l'emplacement qui s'y prête le mieux se situe entre le Chapitre IV (plans, construction et exploitation) et le Chapitre V (prestations particulières en faveur des administrations publiques). C'est pourquoi les auteurs de l'avant-projet proposent d'introduire, dans un nouveau Chapitre IV^{bis}, sous le titre "responsabilité civile", une seule et unique disposition, selon le modèle de l'art. 27 LExpl. Dans ce contexte, il faut tenir compte de la séparation des transports et de l'infrastructure prévue par la réforme des chemins de fer et dont l'effet se répercutera aussi sur la responsabilité civile[1667]. La nouvelle disposition est donc divisée en quatre alinéas : le principe de la responsabilité (al. 1), la désignation du sujet de la responsabilité lorsque l'exploitant du trafic n'est pas le même que l'exploitant de l'infrastructure (al. 2), la réserve en faveur des dispositions spéciales du droit du transport (al. 3 ; cf. infra 4.2.37) ainsi que le renvoi à la Partie générale du CO (al. 4).

L'al. 1 pose le principe de la responsabilité - en référence à la formulation de la clause générale de la responsabilité pour risque (art. 50 AP) - de la même manière que pour les autres cas de responsabilité de cette nature.

Ce principe désigne la source de risque typique qui doit être prise en compte, concrétisée sous une forme adaptée à l'exploitation ferroviaire. Il précise en outre que la responsabilité causale s'applique (uniquement) pour les dommages qui se présentent comme la réalisation du risque caractérisé lié à cette activité, c'est à dire le risque d'exploitation spécifique (cf. à ce sujet 2.4.4.3). C'est une orientation nouvelle - du moins en comparaison de l'interprétation actuellement dominante de la LRespC - en ce sens que le risque d'exploitation,

---

1666 RS 741.31.

1667 Message sur la réforme des chemins de fer du 13 novembre 1996 (FF 1997 I 853 ss, ch. 123.43, p. 870). Cf. également RO 1998 2835 ss.

bien qu'il constitue indubitablement le fait de rattachement qui lui seul justifie la responsabilité objective, n'était pas considéré comme une condition impérative de la responsabilité ferroviaire par le TF[1668]. Ce sera à la jurisprudence de préciser si la "construction de chemins de fer" doit aussi à l'avenir (comme actuellement en vertu de l'art. 1 LRespC) faire partie du risque d'exploitation[1669]. Une telle extension du champ d'application, qui visait avant tout à l'origine à la protection des cheminots, n'a certes plus la même signification à l'ère de l'assurance-accidents obligatoire généralisée. En outre, il ne semble pas impensable qu'on en arrive à soumettre la construction en tant que telle à une responsabilité à raison du risque (de la construction) en vertu de la clause générale de l'art. 50 AP ; cela se justifierait tout à fait, précisément en cas de constructions exigeantes - comme le sont souvent les lignes de chemin de fer - et avant tout en cas d'accidents dont sont victimes des tiers[1670].

Le champ d'application matériel de la responsabilité pour risque selon la Loi sur les chemins de fer est cependant modifié sur d'autres points. D'une part, les entreprises (concessionnaires) de navigation par bateau n'y sont plus soumises : elles seront à l'avenir appréhendées par une disposition correspondante de la Loi sur la navigation intérieure (cf. infra 4.2.41). D'autre part, la responsabilité à raison du risque ferroviaire ne s'appliquera désormais plus seulement aux chemins de fer circulant sur des voies ferrées, mais en principe à tous les moyens de locomotion analogues, qu'ils soient soumis à une obligation de concession ou non. Cela concerne notamment les téléphériques et les téléskis au sens des ordonnances correspondantes. De tels moyens de transport ne sont certes pas couverts par la définition l'art. 1 LCdF mais, par exemple, les ordonnances en question[1671] se basent aujourd'hui déjà aussi sur l'art. 97 LCdF, qui autorise le Conseil fédéral à édicter les dispositions d'exécution. Il semble opportun de prévoir expressément ici une telle extension du champ d'application de la Loi sur les chemins de fer et de ne pas se contenter d'un recours à la clause générale prévue à l'art. 50 AP ; à cet égard, on n'oubliera pas que les installations de transport concessionnaires ont été jusqu'à présent soumises à la LRespC en vertu de l'art. 5 al. 1 LTV[1672] (précédemment art. 3 al. 2 LSP, cf. art. 24 LRespC). Il serait en revanche illogique de continuer à faire dépendre le régime de responsabilité de l'existence d'une concession[1673].

1668 Pour plus de détails à ce sujet : Oftinger K./Stark E.W., op. cit.(n. 27), II/3, § 27, N. 90 ss ; cf. également Keller A., op. cit. (n. 10), p. 224 s.

1669 La réglementation actuelle est critiquée par exemple par Keller A., op. cit. (n. 10), p. 226.

1670 Concernant l'application du droit de la responsabilité civile à la construction de manière générale : Gilliard F., op. cit.(n. 32), § 13, p. 309, qui mentionne expressément l'art. 1 LRespC.

1671 Ordonnance sur les installations de transport à câbles (RS 743.12) et Ordonnance sur les téléphériques servant au transport de personnes sans concession fédérale et sur les téléskis (RS 743.21) ; cf. aussi le concordat concernant les installations de transport par câbles et skilifts sans concession fédérale (RS 743.22).

1672 Loi fédérale du 18 juin 1993 sur le transport de voyageurs et les entreprises de transport par routes (RS 744.10).

1673 Cf. notamment Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/3, § 27, N. 21 n. 47.

L'al. 2 reprend le nouvel art. 25 LRespC issu de la réforme des chemins de fer. Selon cette disposition, la responsabilité est canalisée sur l'entreprise qui exécute la prestation de transport pour les accidents d'exploitation (liés au trafic), lorsque cette entreprise n'est pas identique à celle qui met l'infrastructure à disposition (accès au réseau)[1674]. Pour des raisons de systématique, les deux alinéas de l'art. 25 LRespC sont réunis en un seul ; la réserve du droit de recours est donc introduite dans une seconde phrase.

On aurait toutefois pu imaginer une variante fondant une responsabilité solidaire des deux entreprises impliquées en faveur de la personne lésée, comme elle est prévue par l'art. 3 al. 4 LRCN (cf. supra 4.2.33) pour le rapport entre exploitant et propriétaire d'une installation nucléaire.

L'al. 3 contient la réserve en faveur des dispositions divergentes régissant le transport public, auquel s'applique également - pour autant que le droit international soit en jeu - la réserve générale de l'art. 44 AP. Sont visés notamment les art. 19 (colis à main), 23 (bagages) et 39 (transport de marchandises) LTP. Une réserve effective n'est assurément nécessaire qu'en ce qui concerne les dommages matériels causés autrement que par la réalisation du risque d'exploitation caractéristique. Les dommages corporels ne sont pas pris en compte par la Loi sur le transport public, et les dommages purement économiques ne sont de toute façon pas réparables dans le domaine des responsabilités à raison du risque, en vertu de l'art. 45 al. 3 AP (pour plus de détails concernant la Loi sur le transport public, cf. infra 4.2.37).

L'al. 4 contient le renvoi général aux dispositions du Code des obligations sur la Partie générale du droit de la responsabilité civile (art. 41 à 58 CO) ; la formulation correspond à celle qui a déjà été employée dans les diverses prescriptions sur la responsabilité des cantons dans le CC et le CO (cf. supra 4.2.15 et 4.2.011).

4.2.37 Loi sur le transport public (LTP)

La Loi sur le transport public touche le transport de personnes, de bagages et de marchandises par des entreprises de transport public, c'est-à-dire en règle générale par des entreprises de chemin de fer, de téléphérique, de téléski mais aussi de navigation (cf. infra 4.2.41). En ce qui concerne le transport de personnes, la LTP ne règle cependant la responsabilité de l'entreprise que pour les dommages dus à un retard (art. 17 LTP) ; pour les dommages corporels en tant que tels (mort d'homme et lésions corporelles), c'est le renvoi de l'art. 5 LTV à la LRespC et à la LCR qui s'applique. C'est dire qu'il en résulte des incompatibilités et des répétitions avec le nouveau droit de la responsabilité civile, avant tout pour les dispositions sur le dommage matériel.

1674 Cf. supra n. 1667. Pour les accidents de construction ferroviaire, c'est l'entreprise disposant de l'infrastructure qui devrait répondre en premier lieu - pour autant qu'elle puisse encore être attaquée (cf. supra n. 1669 concernant l'al. 1) ; à ce sujet aussi : Gauch P., op.cit. (n. 1592), p. 8, n. 48.

4.2.37.01 Art. 19

L'al. 2 confirme pour les colis à main la réglementation de l'art. 11 LRespC , qui constitue un des motifs principaux de l'abrogation de cette loi (cf. supra 4.2.16). La règle doit par conséquent également être abrogée. La première phrase (responsabilité pour faute de l'entreprise) concernant les dommages causés aux colis à main, qui ne sont pas à mettre sur le compte de la réalisation du risque caractéristique d'exploitation, pourrait à la rigueur être maintenue (comme cela avait été évoqué au sujet de l'art. 40b al. 2 LCdF ; cf. supra 4.2.36) ; il n'y a cependant pas de raison de privilégier ici l'entreprise de transport par rapport à d'autres entreprises, qui sont soumises à la responsabilité pour les auxiliaires selon l'art. 49*a* AP et qui ne peuvent se libérer que par la preuve d'une organisation d'exploitation adéquate.

L'al. 3 crée également un privilège difficilement justifiable concernant la responsabilité du voyageur envers l'entreprise : ce dernier se voit imposer une forme de responsabilité causale, dont il ne peut s'exonérer que par une preuve libératoire plus ou moins classique : la faute concomitante (suffisamment intense) de l'entreprise concernée, la faute d'un tiers ainsi que "l'événement imprévisible", forme légèrement tempérée de la force majeure empruntée au droit allemand. Selon l'avis des auteurs de l'avant-projet, il faut appliquer aux voyageurs du transport public les mêmes règles qu'aux "mortels" ordinaires, c'est-à-dire en règle générale la responsabilité pour faute des art. 48 et 48*a* AP, avec une répartition ordinaire du fardeau de la preuve (rendu plus flexible selon les art. 56*c* et 56*d* AP). C'est pourquoi l'actuel al. 3 de l'art. 19 LTP doit aussi être abrogé.

4.2.37.02 Art. 23

L'al. 2 de cette disposition prévoit que l'entreprise est "déchargée" de sa responsabilité pour le transport de bagages, si la preuve d'une faute concomitante de la personne lésée ou un "événement imprévisible" - cette fois-ci du point de vue de l'entreprise de transport - peut être rapportée. Cette disposition est superflue : elle ne fait que répéter la règle fondamentale de l'art. 47*a* AP sur l'exonération - et encore, elle le fait de façon incomplète ; d'autre part, elle est problématique, dans la mesure où elle diverge de cette règle fondamentale par le concept d'événement imprévisible". Cela entraîne son abrogation.

> L'al. 3 contient une réglementation relativement compliquée prévoyant une présomption de causalité en défaveur de l'entreprise de transport, qui est toutefois renversée dans certaines circonstances déterminées par l'ordonnance d'application[1675]. Etant donné qu'il semble s'agir ici d'une spécificité propre au droit du transport public, apparemment influencée par le droit international, et qu'elle ne contrevient pas de façon flagrante aux principes généraux du droit de la responsabilité civile, les auteurs de l'avant-projet ne proposent pas formellement son abrogation.

[1675] Art. 16 de l'Ordonnance sur le transport public (OTP ; RS 742.401).

4.2.37.03 Art. 39

L'al. 2 constitue la disposition parallèle à l'al. 2 de l'art. 23 LTP pour le transport de marchandises ; il doit être abrogé pour les mêmes raisons.

S'agissant de l'al. 3, on peut faire également les mêmes réflexions que pour l'al. 3 de l'art. 23.

Art. 40 à 48

Ces dispositions se situent dans un Chapitre 4 distinct sous le titre "dispositions communes sur la responsabilité" et sont réparties en deux sections, "principes" et "exercice des droits" ; elles méritent encore d'être examinées de façon plus détaillée quant à leur compatibilité avec la Partie générale et quant à leurs divergences qui seraient justifiées par les spécificités du droit du transport public. Des doutes subsistent par exemple sur la nécessité de maintenir l'art. 40 (responsabilité pour les auxiliaires, y compris les camionneurs officiels) par rapport aux art. 49*a* AP et 101 CO ; ces mêmes doutes existent aussi concernant le maintien de l'art. 42 al. 1 (nullité des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité, sous réserve des cas mentionnés à l'al. 2) par rapport à l'art. 57 AP, ou touchant le maintien des dispositions sur la péremption et la prescription (art. 45 et 46) par rapport aux art. 55 ss AP.

Les auteurs de l'avant-projet renoncent à soumettre ici des propositions concrètes ; ils se bornent à mentionner les problèmes qui devront être résolus en temps voulu, en collaboration avec les entreprises et services concernés.

4.2.38 Loi sur le transport de voyageurs (LTV)

La Loi sur le transport de voyageurs a été votée en tant que partie du "paquet Swisslex", suite au rejet du traité de l'EEE ; elle a pour but principal l'adaptation du droit suisse au droit de l'UE, dans le domaine de l'octroi de concessions à des entreprises ayant pour but le transport de personnes et de marchandises. Elle contient toutefois une disposition sur la responsabilité civile, laquelle a remplacé et complété l'art. 3 al. 2 de la Loi sur le Service des postes (LSP ; actuellement Loi sur la poste/LPO ; RS 783.0 ; cf. infra 4.2.44.01), qui renvoyait jusqu'à présent à la LRespC. Cette disposition (art. 5) doit être adaptée d'une part aux nouvelles règles sur la responsabilité des entreprises de chemin de fer, de téléphérique et de téléski et d'autre part aux normes sur la responsabilité des entreprises de navigation.

Art. 5

Le renvoi de l'actuel al. 1 à la Loi sur la responsabilité des chemins de fer (qui doit être abrogée ; cf. supra 4.2.16) est remplacé par un renvoi correspondant, d'une part à la Loi sur les chemins de fer (nouvel art. 40*b* LCdF ; cf. supra 4.2.36) et d'autre part à la Loi sur la navigation intérieure (nouvel art. 30*a* LNI ; cf. infra 4.2.41).

L'al. 2, qui contient déjà à l'heure actuelle un renvoi parallèle à la Loi sur la circulation routière, peut demeurer inchangé.

4.2.39 Loi sur les trolleybus

La responsabilité pour les trolleybus est actuellement soumise à un régime dualiste. Selon l'art. 15 al. 1 et 2 de la loi régissant ce type de véhicules, c'est la LCR qui s'applique aux dommages (corporels et matériels) qui sont causés "par suite de l'emploi d'un trolleybus". En revanche, s'agissant des dommages

causés par "l'exploitation d'une installation électrique ou par l'effet du courant électrique sur le véhicule", c'est la LIE qui trouve application. Les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que ce régime hybride - inévitablement lié à de nombreuses difficultés de délimitation - s'intègre mal dans le paysage de la nouvelle réglementation de la responsabilité pour risque, qui se rattache à une "activité spécifiquement dangereuse" (art. 50 al. 1 AP) constituant une unité organisationnelle et économique. Dans ce système, les éléments constitutifs spéciaux (ne) sont en fait (plus que) des concrétisations du principe formulé abstraitement dans la clause générale - et non (plus) des normes individuelles sporadiques qui pourraient ou devraient être combinées *ad hoc* selon le contexte. Le dualisme de la LCR et de la LIE n'a en outre plus guère de sens, étant donné que les modalités de la responsabilité sont de toute manière unifiées dans le CO par la Partie générale et que la question d'une éventuelle invocation plus favorable de l'un ou de l'autre acte législatif ne devrait ainsi plus se poser.

De cette analyse de la situation résulte l'alternative suivante : ou l'abrogation pure et simple de la réglementation spéciale sur la responsabilité pour les trolleybus, de telle sorte que cette dernière relèverait de la clause générale (selon les cas par analogie à la LCR ou à la LIE), ou alors l'introduction d'une responsabilité à raison du risque "autonome" pour les trolleybus (et les gyrobus[1676]). Les auteurs de l'avant-projet optent en faveur de la deuxième solution, pour des raisons de continuité et parce que l'art. 16 de la Loi sur les trolleybus - une disposition régissant l'assurance obligatoire, dont le maintien est nécessaire - serait sinon comme suspendu dans le vide.

4.2.39.01 Art. 15

Cette disposition contient dans sa teneur actuelle d'une part les deux faits de rattachement parallèles que sont "l'emploi d'un trolleybus" et "l'exploitation d'une installation électrique", y compris les renvois correspondants à la LCR et à la LIE, et d'autre part une disposition sur le for.

Dans sa nouvelle teneur, l'al. 1 est la reproduction du nouvel art. 40*b* LCdF[1677]. Il décrit le fait de rattachement comme étant "l'exploitation d'une entreprise de trolleybus", plus précisément la réalisation des risques caractéristiques liés aux activités afférentes à cette exploitation. Les risques en question peuvent aussi bien résulter de la locomotion (masse x accélération) qu'être liés à la propulsion électrique et aux installations (lignes aériennes, etc.) qui sont nécessaires à cet effet. "L'exploitant" doit répondre dans les deux cas, indépendamment de sa propre faute ou de la faute de ses organes ou auxiliaires. Etant donné qu'il s'agit d'une responsabilité à raison du risque, l'art. 45 al. 3 AP s'applique. Cette règle limite l'obligation de réparer notamment aux dommages corporels et matériels, comme le font actuellement l'art. 58 al 1 LCR, l'art. 27 LIE et l'art. 1 LRespC (en relation avec l'art. 11).

1676 Cf. l'ACF du 28 août 1953 sur les entreprises de gyrobus, RS 744.212.

1677 Supra 4.2.36.

Est introduite au nouvel al. 2 - comme dans les autres actes législatifs pour lesquels le droit du transport public joue un rôle - une réserve correspondante par le biais d'un renvoi exprès à la Loi sur le transport public. La formulation choisie correspond à celle qui a déjà été employée pour la responsabilité des entreprises de chemin de fer (cf. supra 4.2.36 ad art. 40*b* nouveau LCdF ; cf. également infra 4.2.41 ad art. 30*a* nouveau LNI et supra 4.2.35.03 ad art. 60 al. 2 nouveau LCR ; au sujet de la Loi sur le transport public et de la Loi sur le transport de voyageurs, cf. supra 4.2.37 et 4.2.38).

La disposition sur le for de l'actuel al. 3 doit être abrogée eu égard à l'art. 56 AP, respectivement à la nouvelle Loi sur les fors, qui est en préparation[1678].

4.2.39.02 Art. 16

Cette disposition sur l'assurance obligatoire doit tout d'abord être formellement adaptée en ce qui concerne le renvoi à la LCR (le texte actuel se réfère encore à l'ancienne LA). Mais elle peut en même temps être formulée plus clairement pour ce qui est de la question de l'assurance minimale.

4.2.40 Loi sur les installations de transport par conduites (LITC)

La Loi sur les installations de transport par conduites ne prévoit une responsabilité à raison du risque découlant de l'exploitation de conduites que dans la mesure où des combustibles ou des carburants liquides ou gazeux y sont transportés. Cette responsabilité à raison du risque s'applique par analogie aux dommages causés par une installation "qui n'est pas en exploitation", si l'une des conditions alternatives suivantes est en plus remplie :

– l'installation présente un défaut ou

– l'installation a fait l'objet d'une manipulation défectueuse.

Le concept de la LITC est bizarre dans la mesure où - comme la LCR - cette loi distingue les accidents d'exploitation de faits dommageables non liés à l'exploitation, tout en soumettant les trois hypothèses mentionnées plus haut au même principe de responsabilité (responsabilité à raison du risque)[1679]. D'autre part - bien qu'elle ait manifestement pour but d'appréhender en premier lieu le risque inhérent aux combustibles ou carburants liquides ou gazeux en tant que tels - la LITC ne couvre qu'une partie des risques liés à l'utilisation de telles substances[1680]. En effet, si ces substances ne sont pas transportées dans des conduites, elles n'entrent pas en ligne de compte comme fait de rattachement d'une responsabilité causale, ou alors seulement dans le cadre d'autres faits de rattachement, comme par exemple l'emploi de véhicules, la propriété d'un immeuble ou d'un ouvrage, dans lequel de telles substances sont utilisées, ou encore dans l'hypothèse de la responsabilité de l'employeur. Sous le nouveau droit, ces formes d'utilisation de combustibles ou de carburants liquides ou à

1678 Supra n. 1663.

1679 Oftinger K./Stark E.W., op.cit. (n. 27), II/3, § 30, N. 104 ss.

1680 Oftinger K./Stark E.W., op.cit. (n. 27), II/3, § 30, N. 5 ss.

l'état gazeux relèveraient sans aucun doute de la clause générale régissant la responsabilité pour risque (art. 50 AP). On peut donc également de ce point de vue se poser la question s'il est judicieux de conserver les dispositions spéciales de la LITC. En fait, une réponse affirmative ne devrait logiquement s'imposer que si l'on désirait prévoir de manière générale une responsabilité à raison du risque pour les *pipe-lines*, c'est-à-dire indépendamment de la substance transportée, par exemple en raison des risques liés à la pression ou à d'autres propriétés de telles conduites.

Cette question se pose d'autant qu'il faudra de toute façon abroger les art. 34 et 37 à 40 qui ne font que répéter des règles générales. Les auteurs de l'avant-projet partent du principe que le maintien des dispositions en cause - dans le sens de la *Petite Solution* (cf. supra 2.4.4.2) - a de meilleures chances d'être accepté que leur suppression ; mais ils peuvent tout aussi bien se faire à l'idée de laisser la responsabilité pour les installations de transport par conduites se fondre dans la clause générale sur la responsabilité pour risque (art. 50 AP).

4.2.40.01 Art. 33

Cette disposition contient le principe de la responsabilité : elle décrète une responsabilité à raison du risque. Dans la nouvelle teneur, il ne doit plus être fait de distinction entre accidents d'exploitation et accidents non liés à l'exploitation ; cela signifie que les dommages qui n'ont aucun rapport avec les risques caractérisés des installations de transport par conduites, ou plutôt avec ceux des combustibles et carburants transportés, ne sont plus du tout couverts par la loi spéciale. D'autre part, l'exploitant doit en principe répondre de tout risque particulier et typique qui se rapporte à l'exploitation, au sens le plus large, de l'installation. La formule est presque la même que celle qui a été employée au nouvel art. 27 al. 1 LIE (cf. supra 4.2.34.01). Un défaut de l'installation, qui n'est plus mentionné spécialement, fait aussi partie du risque global. Il en va de même d'une manipulation défectueuse due à l'exploitant lui-même ou à ses auxiliaires. Il s'agit d'un cas d'application de la "responsabilité accessoire pour le fait d'autrui", qui est ancrée de manière générale à l'art. 51 AP.

L'al. 1 décrit le fait de rattachement comme étant l'exploitation d'une installation de transport par conduites (en ne visant toutefois que les installations qui servent au transport des combustibles et carburants mentionnés à l'art. 1 LITC), plus précisément les "activités" qui sont en rapport avec l'exploitation d'une telle installation.

– Le sujet de la responsabilité est "l'exploitant" ("Betreiber"), conformément à la nouvelle formulation de l'art. 50 AP (cf. également l'art. 40*b* nouveau LCdF et l'art. 27 nouveau LIE) ; dans la version allemande, le concept est intentionnellement plus large que celui d'(Anlage-)"Inhaber" employé jusqu'à présent et pour lequel la maîtrise effective directe sur l'installation constitue le critère prépondérant[1681] ; sur ce point, la version française ne subit pas de modification. Il en découle que, comme dans le domaine ferroviaire ou nucléaire, ce sera ici désormais "l'exploitant" qui sera le sujet de la responsabilité ; est visée la personne qui maîtrise l'entreprise incriminée du point de

---

1681 Oftinger K./Stark E.W., op.cit. (n. 27), II/3, § 30, N. 65 ss.

vue économique et organisationnel et qui la dirige à son profit et à ses risques.

– La responsabilité solidaire du propriétaire de l'installation, qui n'est pas identique à l'exploitant, est maintenue (comme à l'art. 3 al. 4 LRCN).

L'al. 2 règle la question de l'exonération d'une manière qui diverge de la règle générale (art. 47*a* AP) : la force majeure n'est admise comme motif d'exonération que si elle apparaît sous la forme de "cataclysmes naturels de caractère exceptionnel"[1682], la faute de tiers (plus largement, le comportement de tiers) ne l'est que si elle apparaît sous la forme de "faits de guerre" ; à cet égard, un acte de belligérance ne constituerait pas ici une cause exonératoire si on le qualifiait plutôt de cas de force majeure. Si on désire maintenir cette description restrictive des possibilités d'exonération, l'al. 2 doit également être conservé. Mais il sera débarrassé - comme pour l'art. 59 al. 1 LCR (cf. supra 4.2.35.02, n. 1645 et 1646) - de conditions ("négativement négatives") supplémentaires inutiles (absence de toute faute du sujet de la responsabilité et de ses auxiliaires, renversement du fardeau de la preuve) ; la prise en compte de la "faute additionnelle" est prévue de manière générale à l'art. 51*a* AP.

La règle de l'actuel al. 3, prévoyant que les dommages causés à la matière transportée sont exclus du champ d'application de la loi, peut être déplacée à l'art. 34 qui devient libre. L'al. 3 contiendra désormais le renvoi global à la Partie générale du droit de la responsabilité civile (en remplacement du renvoi de l'actuel art. 34 qui n'est que partiel).

4.2.40.02 Art. 34

Cette disposition contient une limitation du champ d'application de la LITC, selon laquelle les dommages causés à la matière transportée ne sont pas couverts par la responsabilité à raison du risque (actuel art. 33 al. 3). Elle a toutefois été reformulée (en référence à la nouvelle teneur de l'art. 60 al. 1 LCR).

> Les art. 35 et 36 LITC, qui transposent la norme générale de l'art. 54*g* AP sur l'assurance obligatoire dans le domaine des installations de transport par conduites, sont en revanche maintenus.

4.2.40.03 Art. 37

Cette prescription sur le droit d'action directe du lésé correspond aux règles générales des art. 54*c* et 54*h* AP, qui s'appliquent aussi à la responsabilité pour les installations de transport par conduites en vertu du renvoi global du nouvel art. 33 al. 3 LITC ; elle devient par conséquent superflue.

4.2.40.04 Art. 38

Cette disposition traite des problèmes qui surviennent lorsque plusieurs lésés sont touchés par un fait dommageable et que la couverture d'assurance ne

---

1682 On peut douter du fait qu'il y ait là véritablement un élément qualifié par rapport au concept de la force majeure "ordinaire".

suffit pas à satisfaire toutes les prétentions. Elle est parallèle à l'art. 66 LCR ; cette dernière norme lui a servi de modèle et elle est généralisée aux art. 54*d* et 54*e* AP. En conséquence, et par le renvoi du nouvel art. 33 al. 3 LITC, ces deux nouvelles dispositions déploient sans autre leurs effets dans le domaine du transport par conduites ; l'art. 38 peut donc être abrogé.

4.2.40.05 Art. 39

Il n'y a pas de raison de conserver, en matière de responsabilité pour les installations de transport par conduites, des dispositions sur la prescription qui dérogent aux règles générales des art. 55 ss AP. Cet article peut par conséquent également être supprimé.

4.2.40.06 Art. 40

Cette disposition met un for alternatif à disposition de la personne lésée qui fonde une prétention sur la LITC : l'action peut être intentée soit au lieu où le sinistre s'est produit - ce qui correspond au principe général de l'art. 56 AP ("lieu où le fait dommageable s'est produit") -, soit au siège de l'exploitant défendeur.

On pourrait discuter de la question de savoir si cette faculté alternative (qui correspond pour ainsi dire au for naturel du "débiteur solvable") doit être conservée dans l'intérêt des lésés. Par souci d'unification, les auteurs de l'avant-projet plaident pour son abrogation ; ils le font le coeur d'autant plus léger que le projet de Loi sur les fors au niveau fédéral[1683] prévoit également une telle abrogation.

4.2.41 Loi sur la navigation intérieure (LNI)

Dans sa teneur actuelle, la Loi sur la navigation intérieure ne contient pas de norme de responsabilité particulière, mais seulement des dispositions instituant une assurance obligatoire. De nos jours, ce sont les dispositions de la LRespC qui s'appliquent aussi à l'exploitation des entreprises de bateaux à vapeur, en vertu de l'art. 24 (cf. supra 4.2.16). Etant donné que la responsabilité ferroviaire sera à l'avenir réglée dans la Loi sur les chemins de fer, une solution correspondante s'impose pour la navigation intérieure, qui sera ancrée dans la loi réglementant ce domaine.

Concernant les voies d'eau situées sur le territoire des cantons, la LNI prévoit en outre, à son art. 5 al. 2, une responsabilité de ces derniers pour les dommages qui sont à mettre sur le compte de défauts d'entretien. Cette disposition contient aussi un renvoi au droit des obligations qui, d'un point de vue formel et rédactionnel, doit être adapté au nouveau droit.

1683 Supra n. 1663.

4.2.41.01 Art. 5

S'agissant des détails touchant la responsabilité des cantons pour l'entretien des voies d'eau, l'al. 2, deuxième phrase, renvoie au droit des obligations. Ce renvoi est à adapter à la formule standard usuelle dans l'avant-projet (cf. supra 4.2.11.05 relatif à l'art. 9 al. 1 LRCF).

4.2.41.02 Art. 30a (nouveau)

Cette nouvelle disposition reprend l'actuelle responsabilité à raison du risque ferroviaire, au sens de l'art. 24 LRespC, dans une formulation adaptée à la navigation motorisée. Elle entraîne toutefois une extension de la responsabilité objective désormais ancrée dans la LNI à tous les bateaux à moteur - également à ceux qui ne sont pas exploités par des entreprises concessionnaires - lorsque le risque caractérisé que comporte l'emploi de tels véhicules se concrétise par un dommage. Les bateaux qui ne sont pas propulsés par un moteur restent soumis à la responsabilité pour faute, à la rigueur également à la responsabilité de l'employeur ou du fait de l'organisation.

En ce sens, l'al. 1 formule le principe de la responsabilité en référence à la Loi sur la circulation routière, en désignant le "détenteur" comme sujet de responsabilité. Dans le cas d'entreprises concessionnaires, il est toutefois clair que - conformément à l'art. 40*b* LCdF (cf. supra 4.2.36) - c'est en principe "l'exploitant de l'entreprise" qui devra être considéré comme détenteur.

L'al. 2 contient la réserve en faveur de dispositions divergentes du droit du transport public (conformément à l'al. 2 de l'art. 40*b* LCdF ; cf. supra 4.2.36).

Dans ce contexte, il faut en outre rappeler la réserve générale en faveur du droit international de l'art. 44 AP ; elle acquiert une signification aussi pour la navigation intérieure, notamment concernant la navigation sur le Rhin, par exemple par le biais de la Convention de Strasbourg du 4 novembre 1988 sur la limitation de la responsabilité en navigation intérieure[1684], approuvée par un Arrêté fédéral du 22 mars 1996, ratifiée le 21 mai 1997 (toutefois sous trois importantes réserves) et entrée en vigueur le 1er septembre de la même année.

L'al. 3 renvoie, par la formule standard déjà connue, à la Partie générale du droit de la responsabilité civile du CO, en tant que réglementation supplétive et subsidiaire. Le renvoi ne s'applique ici assurément pas qu'aux modalités de la responsabilité ; il signifie également que les faits dommageables causés par des bateaux, pour lesquels le risque particulier de la propulsion motorisée présupposé par l'al. 1 n'existe pas (ou par des bateaux dont ce risque ne s'est pas réalisé *in concreto*) sont couverts par la responsabilité pour faute, à la rigueur par la responsabilité pour les auxiliaires (art. 48 et 48*a*, respectivement 49 et 49*a* AP).

4.2.41.03 Art. 33 et 34

Ces deux prescriptions règlent des modalités de l'obligation de s'assurer posée à l'art. 31 (droit d'action directe et droit de recours), qui sont régies de manière

---

1684 RS 0.747.206 ; cf. RO 1998 1000 ss.

uniforme pour toutes les assurances obligatoires dans la Partie générale (art. 54*c* et 54*h* AP) ; les normes en question peuvent être abrogées.

4.2.41.04 Art. 39

Cette disposition concerne le for et fonde la compétence *ratione loci* alternativement au lieu de l'accident ou à celui du domicile du défendeur. Elle correspond à l'art. 84 LCR et, sur le principe, désormais aussi à l'art. 56 al. 1 AP ; toutefois, dans les deux derniers cas cités, le for du lieu où le fait dommageable s'est produit est exclusif, mais la possibilité d'une convention contraire est réservée, moyennant accord de tous les intéressés. En cas "d'actes illicites", l'art. 26 du projet de Loi fédérale sur les fors (cf. supra n. 1663) prévoit, en plus du for du domicile ou du siège du défendeur, le for - alternatif - du lieu de l'acte ou celui du résultat (qui en cas d'accident sont identiques). En conséquence, l'art. 39 deviendra en toute hypothèse superflu ; il doit donc être abrogé.

4.2.42 Loi sur la navigation maritime (LNM)

La Loi sur la navigation maritime revendique, en matière de responsabilité civile (comme sous d'autres aspects), un statut particulier. Elle est en effet dans une très large mesure influencée par le droit international et dépend de celui-ci ; dans ce domaine, un Etat sans accès à la mer tel que la Suisse est particulièrement exposé à la pression de l'harmonisation internationale de l'ordre juridique. Cela s'est vérifié précisément en matière de responsabilité civile : il s'est avéré impossible de maintenir dans le contexte international la responsabilité à raison du risque (art. 48 al. 1, première phrase LNM) qui avait été prévue à l'origine (dans la première version de 1953). Celle-ci a dû être remplacée en 1965[1685] par une responsabilité de l'armateur pour la faute de ses auxiliaires avec renversement du fardeau de la preuve, inspirée de la Convention internationale du 23 septembre 1910 pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage[1686]. Bien qu'il s'agisse d'un régime de responsabilité tout à fait particulier (comparable dans une certaine mesure à la responsabilité pour les auxiliaires de l'exécution de l'art. 101 CO), il doit être maintenu dans l'intérêt de l'uniformité internationale du droit, ce qui est du reste acceptable dans la mesure où cette réglementation est la plupart du temps appliquée en dehors du territoire de la Suisse. Il en va de même de la règle, rare pour un ordre juridique tel que le nôtre - qui admet le concours des responsabilités délictuelle et contractuelle -, selon laquelle la prétention extracontractuelle ne peut en aucun cas être plus étendue que la prétention contractuelle ; or cette dernière prétention est souvent limitée par le droit du transport (art. 48 al. 1, deuxième phrase LNM). Les dispositions de l'art. 49 LNM (limitation de la responsabilité) sont également conditionnées par le droit international[1687]. Sur ce

---

1685 Modification du 14 décembre 1965, RO 1966 1503 ss ; cf. aussi le Message du 14 mai 1965, FF 1965 II 303 ss (313 ss).

1686 RS 0.747.363.1.

1687 Cf. not. les conventions mentionnées à l'art. 49 al. 1 et al. 1bis LNM (RS 0.747.331.53 ; 0.814.291 ; 0.814.291.1).

point, l'art. 50 octroie au Conseil fédéral une compétence d'édicter des ordonnances d'application.

Dans ces circonstances, les auteurs de l'avant-projet proposent de se contenter, dans le cadre de la révision totale du droit suisse de la responsabilité civile, d'une adaptation purement formelle de la LNM. Cette adaptation prend la forme d'un renvoi global à la Partie générale, fortement tempéré par les nombreuses dispositions spéciales de droit national et international.

> L'art. 48 al. 1 qui pose, à sa première phrase, le principe de la responsabilité de l'armateur pour la faute présumée des membres de l'équipage et d'autres auxiliaires se trouvant à bord, demeure inchangé pour les raisons mentionnées dans l'introduction. Cela vaut aussi pour la disposition de la deuxième phrase, selon laquelle c'est la prétention contractuelle qui détermine, ou plutôt limite l'étendue de la responsabilité en cas de concours de prétentions extracontractuelle et contractuelle.

Le renvoi global à la Partie générale du droit de la responsabilité civile est ajouté à l'al. 2. Il s'agit de la même formule que celle qui a été utilisée par exemple dans la LCR et dans la LITC[1688] ; dans le cadre de la LNM, elle doit toutefois être affaiblie par une réserve expresse en faveur du droit international. Cette réserve n'est certes rien d'autre que le rappel explicite de la norme générale de l'art. 44 AP, qui de son côté ne fait que poser le principe reconnu en droit international public de la primauté des traités internationaux sur le droit national ; en regard des circonstances particulières, et pour signifier aux milieux intéressés que l'on prend au sérieux leur appréhension quant à une Suisse faisant cavalier seul en matière de droit de la navigation maritime, une mention spécifique de cette réserve peut ici se justifier.

La première phrase du texte actuel de l'al. 2 devient superflue, parce que les règles générales des art. 53*b* et 53*c* AP sur le concours de responsabilités sont en principe applicables ; du reste, par ce biais, la solution inéquitable du droit actuel, qui semble octroyer un droit de recours inconditionnel à l'armateur - en particulier indépendamment de sa propre faute - peut être évitée.

En revanche, la deuxième phrase reprend la réglementation du rapport entre l'armateur en tant que locataire et le propriétaire du navire (en cas de "bareboat-charter"), qui diverge du CO : dans le cadre d'une action récursoire, le propriétaire ne peut être rendu responsable que des dommages qui sont à mettre sur le compte d'une violation de l'obligation de remettre le navire "en bon état de navigabilité" (art. 92 al. 1 LNM).

> L'al. 3, qui renvoie, pour les dommages dus à la pollution par des hydrocarbures, à la Convention correspondante de 1969 et aux protocoles additionnels qui s'y rapportent[1689], reste inchangé.

1688 Cf. supra 4.2.35.14 (nouvel art. 62 LCR) et 4.2.40.01 (nouvel art. 33 al. 3 LITC).

1689 RS 0.814.291 ; au sujet de la modification la plus récente, cf. l'Arrêté fédéral du 11 décembre 1995, RO 1998 1015 et 1031 ss. Par l'Arrêté fédéral du 11 décembre 1995, le Conseil fédéral a aussi été habilité à ratifier la Convention internationale de 1971 portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (RS 0.814.292) ; elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 2 octobre 1996.

4.2.43 Loi sur l'aviation (LA)

Dans le domaine de l'aviation, c'est également le droit international qui domine. Ce constat s'applique en premier lieu à la responsabilité civile pour le transport aérien, mais aussi dans un certaine mesure à la responsabilité de l'exploitant de l'aéronef pour les dommages causés par un aéronef en vol aux personnes et aux biens qui se trouvent à la surface terrestre. C'est en priorité la Convention dite de Varsovie de 1929/1955[1690], ainsi que son grand nombre de protocoles additionnels et accords complémentaires, qui s'appliquent à la responsabilité du transporteur aérien ; la responsabilité de l'exploitant d'un aéronef pour les dommages causés à la surface est fortement inspirée de la Convention de Rome(/Bruxelles) de 1933/1938, certes signée, mais non ratifiée par la Suisse. La LA a été assez profondément révisée en 1993[1691] ; les aspects ayant trait au droit de la responsabilité civile et de l'assurance n'ont toutefois été touchés qu'accessoirement, et avant tout dans le domaine du transport aérien.

Bien que la Suisse ne soit pas liée par des règles internationales concernant la responsabilité de l'exploitant d'un aéronef pour les dommages causés à la surface, elle les a reprises dans une large mesure, parfois même littéralement, à l'exception de la limitation du montant réparable. Cela explique en particulier la présence d'une lapalissade telle que celle de l'art. 64 al. 1, selon lequel l'exploitant est tenu à réparation (seulement) "s'il est établi que le dommage existe et qu'il provient de l'aéronef". En relation avec la révision totale du droit de la responsabilité civile, quelques modifications et adaptations sont proposées pour ce domaine ; en revanche, les auteurs de l'avant-projet s'imposent en droit du transport aérien la même retenue que celle déjà affichée en matière de droit de la navigation maritime (cf. supra 4.2.42).

4.2.43.01 Art. 64

Le principe de la responsabilité est formulé d'une façon nouvelle à l'al. 1 ; plus précisément, il est adapté aux dispositions parallèles (comme par exemple au nouvel art. 30*a* LNI[1692] ou à l'art. 58 LCR révisé[1693]), ainsi qu'à la clause générale de l'art. 50 AP. Le fait de rattachement déterminant est ici également "l'emploi" de l'aéronef, qui est à assimiler au "vol" défini à l'al. 3. La référence à la réalisation des risques caractérisés exprime de manière compréhensible et précise ce que la disposition actuelle, empruntée à la Convention de Rome, pose de manière compliquée dans la proposition déjà citée ; cela signifie en particulier que, pour les dommages que cause un aéronef par un mouvement indépendant d'une manoeuvre de décollage ou d'atterrissage, ce n'est pas la responsabilité selon la LA qui s'applique, mais éventuellement celle de la LCR

1690 RS 0.748.410.

1691 Loi fédérale du 18 juin 1993, en vigueur depuis le 1er janvier 1995 (RO 1994 3010 ss) ; cf. aussi le Message correspondant du 20 novembre 1991, FF 1992 I 587 ss ; d'autres révisions non significatives du point de vue du droit de la responsabilité civile ont été entreprises en 1997 (RO 1997 2465) et 1998 (RO 1998 2566).

1692 Cf. supra 4.2.41.02.

1693 Cf. supra 4.2.35.01.

ou celle rattachée à un état de fait prévu par le Code des obligations (art. 41 ou 55 dans le droit actuel, art. 48 et 48*a* ou 49*a* AP dans le droit futur)[1694].

La description limitative des catégories de dommages réparables (dommage corporel et matériel) peut être abandonnée - comme pour la nouvelle formulation de l'art. 58 LCR (cf. supra 4.2.35.01) -, étant donné que l'art. 45 al. 3 AP la prévoit de manière générale pour les responsabilités à raison du risque. Aux catégories susmentionnées s'ajoutent les dommages causés à l'environnement, qui justement dans le domaine du trafic aérien, peuvent se révéler particulièrement importants.

> Dans ses deux lettres, l'al. 2 appréhende des états de fait qui pourraient en soi être couverts et réglementés par les dispositions générales du droit de la responsabilité civile. La LA déroge dans les deux cas aux règles de la Convention de Rome en faveur du lésé. On pourrait donc se sentir relativement libre d'abroger ou de modifier ces dispositions. Toutefois, eu égard aux implications internationales, les auteurs de l'avant-projet renoncent à proposer ici des modifications.
>
> - La lettre a) exprime une évidence, dans la mesure où elle inclut les dommages causés par des objets tombant de l'aéronef ; un tel fait est manifestement couvert par le risque d'exploitation typique de l'aéronef "en vol". La particularité et l'éventuelle divergence par rapport à l'art. 59 AP (art. 52 al. 2 de l'actuel CO) réside dans le fait que le jet de lest, même s'il est réglementaire ou s'il a lieu en état de nécessité, entraîne impérativement une responsabilité ; selon les règles citées du droit actuel comme du nouveau droit, cela pourrait être douteux en cas de dommage matériel, car la responsabilité pour les faits dommageables imputables à un état de nécessité est laissée au pouvoir d'appréciation du juge ("Kann-Vorschrift").
> - La règle de la première phrase de la lettre b) est aussi superflue ; elle énonce un cas d'application de la "responsabilité accessoire du fait d'autrui" selon l'art. 51 AP. Elle est toutefois significative en tant qu'introduction à la deuxième phrase ; celle-ci prévoit une limitation de la responsabilité pour le cas où la personne qui, se trouvant à bord, a causé le dommage ne fait pas partie de l'équipage de l'aéronef. Cette limitation est en soi contraire au principe du droit suisse, selon lequel une responsabilité est soit illimitée (quant à son montant), soit injustifiée (quant à son principe) ; la question de savoir si elle est ici aussi - comme dans d'autres domaines du droit (international) du transport - politiquement admissible, doit être résolue par les autorités de la navigation aérienne ou éventuellement par le Parlement[1695].
>
> L'al. 3 demeure également inchangé (description du champ d'application matériel, plus précisément de l'expression "en vol").

4.2.43.02 Art. 64a (nouveau)

Il s'agit ici d'une des rares dispositions devant être créées en raison de l'introduction d'une Partie générale du droit de la responsabilité civile.

Cela est nécessaire, compte tenu que l'actuelle LA ne dit mot des motifs d'exonération, et que ce silence est généralement interprété comme une réglementation qui se veut délibérément restrictive, en ce sens que, pour le moins, la force majeure et la faute (ou le comportement) d'un tiers ne sont pas propres à

1694 Keller A., op. cit. (n. 10), p. 243 s.

1695 La Convention de Rome garantirait même une libération complète, si le détenteur apportait la preuve de sa diligence.

exonérer la personne responsable[1696]. On pourrait également parvenir à ce résultat par une application du principe de la causalité adéquate ; cela reviendrait à admettre qu'il n'y a pas de facteurs externes - que ce soient des forces naturelles ou des interventions humaines - qui revêtent une intensité suffisante à reléguer à l'arrière-plan le risque d'exploitation de l'aéronef en vol, dans le sens d'une "interruption du rapport de causalité"[1697]. Une telle interprétation aurait été possible, à tout le moins aussi longtemps qu'il n'y avait pas de réglementation générale des motifs d'exonération. Toutefois, étant donné que l'art. 47*a* prévoit désormais, en tant que norme générale, la prise en considération de la force majeure, de la faute d'un tiers ou de la victime, il semble judicieux que la loi en question mentionne expressément les dérogations spécifiques. Cela est réalisé ici par une disposition qui s'inspire de l'art. 5 LRCN[1698] : seule la faute concomitante entre en ligne de compte comme motif d'exonération (al. 1) et comme motif de réduction (al. 2), et cela seulement si elle revêt une forme qualifiée ; plus précisément, la faute doit être intentionnelle pour entraîner l'exonération obligatoire ; et la négligence doit être grave pour justifier une réduction de la réparation, laissée à l'appréciation du juge. La négligence grave peut cependant aussi aboutir au refus de toute prétention dans des cas extrêmes.

4.2.43.02^{bis} Art. 65

L'art. 65 sur l'usage illégitime d'un aéronef doit être maintenu tel quel, si l'on est d'avis que la limitation de la responsabilité quant à son montant (qui constitue tout de même une nette amélioration pour la personne lésée par rapport à la preuve libératoire en faveur de l'exploitant, telle que prévue par la Convention de Rome) doit être conservée - comme dans le cadre de l'art. 64 al. 2 lit. b LA. A nouveau, il n'appartient pas aux auteurs de l'avant-projet de décider de cette question.

4.2.43.03 Art. 66

Cette disposition sur la responsabilité solidaire de plusieurs exploitants d'aéronefs, dont les appareils causent ensemble un dommage à la surface de la terre par une collision, ne contient pas de particularités par rapport aux règles générales des art. 53*b* et 53*c* AP ; elle peut par conséquent être abrogée.

4.2.43.04 Art. 67

Il n'y a pas non plus de raison particulière de conserver en droit (national) de l'aviation une prescription sur le for, qui diverge de l'art. 56 AP, respectivement

---

1696 La faute de "l'usager illégitime" est expressément imputée solidairement à l'exploitant par l'art. 65 LA, toutefois avec une limitation de la responsabilité à concurrence du montant de la garantie obligatoire à fournir.

1697 Keller A., op. cit. (n. 10), p. 241 : "Wer sich in die Gewalt der Höhe begibt, kann sich nicht wohl auf höhere Gewalt… berufen".

1698 Cf. supra 4.2.33.02^{bis}.

de la future Loi fédérale sur les fors[1699] ; c'est pourquoi cette disposition doit également être abrogée.

4.2.43.05 Art. 68

Les très courts délais de prescription de l'actuelle LA sont repris de la Convention de Rome. Il n'y a cependant ici pas non plus de raison objective suffisante (exception faite de la réglementation internationale qui n'est pas impérative pour la Suisse) de déroger aux règles de la Partie générale (art. 55 ss AP). En particulier, l'argument selon lequel il faut obliger la personne lésée à faire valoir rapidement ses prétentions, au risque sinon d'épuisement de la couverture d'assurance, n'est pas très convaincant : la prescription vise en premier lieu à protéger le débiteur ; le fait de vouloir en fixer les modalités dans l'intérêt du créancier, et en plus de telle façon que cela conduise à en raccourcir les délais, est pour le moins étrange. Et dans la mesure où la réglementation spéciale doit se révéler profitable au seul débiteur - pour ainsi dire en guise de compensation à la responsabilité sévère qu'il assume - elle n'est sur ce point aussi plus guère adaptée à la réalité actuelle[1700]. Il en résulte que cette disposition doit être supprimée.

4.2.43.06 Art. 69

Cette réserve du droit contractuel a été justifiée à l'époque par le fait que logiquement (sic !) "la responsabilité causale stricte ne doit exercer ses effets qu'en faveur des tiers étrangers au service de la navigation aérienne"[1701]. Cette logique ne correspond plus aux conceptions actuelles. Mis à part le fait que la responsabilité contractuelle pour les dommages corporels et matériels sera désormais soumise aux règles générales du droit de la responsabilité civile en vertu de l'art. 42 AP, les limitations contractuelles de la responsabilité doivent dans tous les cas s'en tenir au cadre posé à l'art. 57 AP[1702]. Pour le reste, dans la mesure où les rapports juridiques réservés visent essentiellement des contrats de travail, ce ne sont pas les normes contractuelles qui s'appliquent effectivement, mais en premier lieu les dispositions de la LAA sur l'assurance-accidents (cf. infra concernant l'art. 77 LA). Il est tout à fait inconcevable que le régime de la responsabilité à raison du risque puisse être écarté par convention - par exemple au profit d'une simple responsabilité pour faute. C'est pourquoi cette disposition peut également être abrogée.

1699 Cf. supra 4.2.35.16 au sujet de l'art. 84 LCR et la note 1663 s'y rapportant.

1700 Cf. les explications concernant l'art. 51 du projet de LA dans le Message correspondant du Conseil fédéral du 23 mars 1945, FF 1945 I 325 ss (347). Le problème de la couverture d'assurance insuffisante est pour le reste également réglé de manière générale dans la Partie générale : art. 54*d* et 54*e* AP.

1701 Message du Conseil fédéral (qui vient d'être cité à la n. 1700), p. 349.

1702 Cf. supra 2.10.2.

4.2.43.06bis Art. 70 à 74

Les art. 70 à 74 (ce dernier dans sa teneur de 1994[1703]) sur l'obligation d'assurance et celle de fournir une garantie de risques sont spécifiquement adaptés à la responsabilité civile en matière d'aviation et demeurent par conséquent inchangés.

4.2.43.06ter Art. 131 OSAv

L'exclusion du droit d'action directe de la personne lésée contre l'assureur de l'exploitant d'un aéronef, ancrée à l'art. 131 al. 2 de l'Ordonnance sur l'aviation[1704], est contraire à l'art. 54*c* en relation avec l'art. 54*h* AP ; elle est par conséquent très problématique. En fait, le problème est double : il y a d'une part le fait que la personne lésée est désavantagée dans l'exercice de ses droits ; d'autre part, et cela touche le principe de la hiérarchie des normes, il est discutable qu'une règle légale générale soit écartée par une exception contenue dans une ordonnance (cf. aussi à ce sujet les remarques qui suivent concernant l'art. 79 LA ; infra 4.2.43.09).

C'est pourquoi les auteurs de l'avant-projet proposent l'abrogation de la première partie de l'art. 131 al. 2, dont la nouvelle teneur serait :

"Le lésé possède, pour le montant des dommages-intérêts qui lui sont dus, un droit de gage sur les prétentions de l'exploitant à l'égard de l'assureur"[1705].

4.2.43.06quater Art. 75 à 76a

Les dispositions des art. 75 à 76*a* sur le droit de transport aérien et la responsabilité correspondante, fortement influencées par le droit international, ont été modifiées dans le cadre de la révision de 1993[1706]. En conséquence, elles ne doivent en principe pas être touchées par la réforme dont il est ici question, même si elles contredisent les principes fondamentaux du droit suisse de la responsabilité civile sur quelques points (avant tout sur la limitation de la responsabilité quant à son montant). On peut tout de même de nouveau se demander s'il ne faudrait pas aussi prévoir une réglementation différente pour les concessionnaires suisses (dans le trafic de ligne) et les détenteurs d'autorisations (en dehors du trafic de ligne) et, de la même façon qu'on leur a imposé des sommes d'assurance minimales plus élevées[1707], appliquer aux vols internes les délais de prescription ordinaires du CO (art. 55 AP), au lieu du délai de péremption de deux ans qu'institue la Convention de Varsovie[1708].

1703 Cf. supra n. 1691.

1704 RS 748.01.

1705 Au sujet du droit de gage de l'art. 60 LCA, cf. supra 4.2.18.01ter.

1706 Supra n. 1691.

1707 Art.109a et 117a OSAv (RS 748.01).

1708 Cf. dans ce sens le postulat du Conseil national (motion Leuenberger) du 21 juin 1985 (BO CN 1985 I 1242 ss) et la prise de position du Conseil fédéral à ce sujet dans le Message du 20 novembre 1991 (cité supra, n. 1691), p. 613 s.

4.2.43.07 Art. 77

Cette disposition, qui réserve les prétentions découlant de l'assurance-accidents obligatoire, peut être supprimée pour les raisons déjà mentionnées au sujet des règles parallèles prévues aux art. 9 LRCN[1709] et 80 LCR[1710].

4.2.43.08 Art. 78

Par analogie à l'abrogation de l'art. 81 LCR[1711], il est proposé de supprimer également cette disposition sur l'application exclusive de l'assurance militaire.

4.2.43.09 Art. 79

Le renvoi au Code des obligations déjà contenu dans cet article est remplacé par un renvoi global à la Partie générale du droit de la responsabilité civile ; il est formulé de façon analogue à celui prévu dans la Loi sur la navigation maritime[1712], un domaine qui est également fortement influencé par le droit international. A cet égard, il n'est plus nécessaire de mentionner expressément les articles concernés (64-78), parce qu'il est *a priori* clair qu'il s'agit des règles sur le droit de la responsabilité civile et de l'assurance et qu'il ne peut s'agir que de ces règles. On peut aussi renoncer à la réserve en faveur du droit réglementaire ("... de même que les prescriptions édictées par le Conseil fédéral pour leur exécution ..."), qui est superflue sinon douteuse d'un point de vue constitutionnel.

4.2.43.09^{bis} Art. 106

Pro memoria : l'art. 106, qui décrète l'applicabilité de la LA aux aéronefs militaires, reste inchangé.

4.2.44.00 Poste et télécommunications - Remarques préliminaires

Le domaine de la poste et des télécommunications est en train d'être profondément modifié. Le 21 août 1997, le délai référendaire applicable aux nouvelles lois fédérales régissant ce domaine s'est écoulé sans avoir été utilisé. L'ancienne Loi sur l'organisation des PTT et la Loi sur le Service des postes ainsi que l'ancienne Loi sur les télécommunications ont été abrogées et remplacées par quatre nouveaux actes législatifs : une Loi sur la poste (LPO), une Loi sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la poste (LOP), une nouvelle Loi sur les télécommunications (LTC) et une Loi sur l'entreprise de télécommunications (LET)[1713].

1709 Cf. supra 4.2.33.05.

1710 Cf. supra 4.2.35.12, n. 1656.

1711 Cf. supra 4.2.35.13, n. 1657.

1712 Cf. supra 4.2.42.

1713 Loi sur la poste (RO 1997 2452 ss, RS 783.0/LPO) ; Loi sur l'organisation de la Poste (RO 1997 2465 ss, RS 783.1/LOP) ; Loi sur les télécommunications (RO 1997 2187 ss,

Pour ce qui est de la responsabilité de ses organes et de son personnel, la nouvelle entreprise "La Poste Suisse" - établissement autonome de droit public et doté de la personnalité juridique, qui doit assurer le trafic postal et celui des paiements - reste en principe soumise à la Loi sur la responsabilité (art. 16 al. 2 LOP) ; cette dernière est cependant adaptée à quelques détails près au droit (privé) de la responsabilité civile, selon les propositions exposées plus haut[1714]. Pour le reste, "les relations juridiques de la Poste avec sa clientèle sont régies par les législations sur la poste et sur les transports publics" (art. 16 al. 1 LOP). Cela signifie d'une part que la Poste peut régler les conditions de ses prestations en matière de trafic postal et des paiements dans des "Conditions générales (CG)", c'est-à-dire en principe dans un cadre de droit privé (art. 11 al. 1 et 3 LPO). Du point de vue de la responsabilité, certaines libertés lui sont octroyées, afin de lui permettre de lutter à armes égales avec la concurrence ; cependant, les restrictions générales aux limitations et exclusions de responsabilité (art. 57 AP) doivent être respectées (art. 11 al. 2 lit. a LPO ; cf. infra 4.2.44.01). Par ailleurs, pour le secteur des transports, ce sont les dispositions de la Loi sur le transport public, de la Loi sur le transport des voyageurs (cf. supra 4.2.37 et 4.2.38) et des lois régissant les divers moyens de transport, comme par exemple la LCR (cf. supra 4.2.35), qui s'appliquent.

S'agissant du domaine des télécommunications, la LET renvoie de manière générale au droit privé pour les relations juridiques avec la clientèle et pour la responsabilité. Elle exclut expressément l'application de la Loi sur la responsabilité (cf. infra 4.2.44.02).

4.2.44.01 Loi sur la poste (LPO)

La nouvelle Loi sur la poste du 30 avril 1997 est entrée en vigueur le 1er janvier 1998. En ce qui concerne la responsabilité, elle contient quelques particularités touchant des limitations à l'obligation de réparer ; pour le surplus, "les dispositions du droit privé sont applicables" (art. 11 al. 3 LPO).

Art. 11

L'al. 2 de cette disposition doit d'une part être révisé quant à sa rédaction, d'autre part être adapté d'un point de vue matériel aux règles générales proposées sur les exclusions et les limitations de responsabilité (art. 57 AP).

L'al. 2 décrète, à sa lettre a), que la Poste peut, dans ses Conditions générales, limiter ou exclure (de manière générale) sa responsabilité, d'une part pour les envois postaux non inscrits et d'autre part pour les dommages causés par une faute légère (d'un organe ou d'un auxiliaire). Il n'y a rien à redire contre les restrictions de responsabilité en cas d'endommagement ou de perte d'envois postaux non inscrits, ni du reste en cas de préjudices causés par une faute légère, pour autant que les clauses en question ne s'appliquent pas aux dommages corporels (art. 57 al. 1 AP). Assurément, la Poste se voit concéder un

---

RS 784.10/LTC) ; Loi sur l'entreprise de télécommunications (RO 1997 2480 ss, RS 784.11/LET).

1714 Cf. supra 4.2.11 (cf. notamment les explications concernant l'art. 9 al. 1 révisé LRCF, 4.2.11.05).

privilège aussi pour les dommages matériels et purement économiques, dans la mesure où, sans cela, la clause exclusive ou limitative de responsabilité intégrée à des Conditions générales serait nulle en vertu de l'art. 57 al. 2 ch. 4 AP.

En outre, une petite erreur rédactionnelle doit être corrigée ; elle consiste en ce que, selon le texte allemand, la poste peut *"beschränken oder ausschliessen"* sa responsabilité (dans cet ordre, c'est-à-dire que la limitation partielle est mentionnée avant la limitation totale), tandis que le texte français lui permet *"(de) se soustraire en tout ou partie".* En toute logique, aucun de ces ordres n'est plus convaincant que l'autre ; c'est pourquoi il y a lieu de proposer une adaptation de la règle à l'art. 57 AP *("Toute convention excluant ou limitant ..." / "Vereinbarungen, welche die Haftung ... wegbedingen oder beschränken ...")*.

4.2.44.02 Loi sur l'entreprise de télécommunications (LET)

La Loi sur l'entreprise de télécommunications du 30 avril 1997, qui (à l'exception d'une disposition sur les rapports de service des collaborateurs) est entrée en vigueur le 1er janvier 1998, se contente, en ce qui concerne la responsabilité, d'un renvoi général au droit privé.

Art. 18

Selon l'al. 2 de cette disposition, la responsabilité de l'entreprise, de ses organes et de son personnel est régie "par les dispositions du droit privé". Tandis que le renvoi général au "droit privé" peut être admis tel quel à l'al. 1 pour ce qui est des "relations juridiques de l'entreprise avec sa clientèle", il doit être concrétisé, concernant la responsabilité, par un renvoi à la Partie générale du droit de la responsabilité civile, selon la formule employée de manière générale dans les lois spéciales.

4.2.45 Loi sur la protection de l'environnement (LPE)

La Loi sur la protection de l'environnement a été révisée pour la dernière fois par un acte législatif du 21 décembre 1995[1715], qui est entré en vigueur le 1er juillet 1997. L'accent principal a été justement mis sur la responsabilité civile[1716] qui, jusque-là, n'était pas spécifiquement réglementée. Une responsabilité à raison du risque pour les entreprises et installations "qui présente[nt] un danger particulier pour l'environnement" a été introduite à l'art. 59*a* al. 1 LPE, selon le modèle de l'art. 69 de la Loi sur la protection des eaux également révisée en 1993. Le détenteur répond "des dommages résultant des atteintes que la réalisation de ce danger entraîne". Un art. 59*b* LPE, également nouveau, délègue au Conseil fédéral la compétence de réglementer la garantie de cette responsabilité et l'habilite en outre à prévoir des mesures particulières en relation avec la fermeture de décharges (art. 59*b* lit. e). Finalement, il faut mentionner que

---

1715 RO 1997 II 1155 ss. Une autre modification effectuée en relation avec une révision de la Loi sur la protection des eaux concernant l'élimination des eaux usagées et des déchets date du 21 juin 1997 (RO 1997 2243 ss.) ; elle est sans importance du point de vue du droit de la responsabilité civile.

1716 Message du Conseil fédéral du 7 juin 1993, FF 1993 II 1337 ss, not. 1441 ss, ch. 8.

l'art. 59 LPE, qui pose le principe de droit administratif de la répercussion des frais résultant de mesures de sécurité ou du rétablissement de l'état antérieur, est nouvellement formulé comme règle impérative - et non plus seulement comme prescription facultative ("Kann-Vorschrift") - à l'intention de l'autorité.

La nouvelle responsabilité à raison du risque selon la LPE révisée (qui a également englobé la responsabilité plus spécifique de la Loi sur la protection des eaux) se rapproche fortement de la clause générale de responsabilité pour risque proposée dans l'avant-projet. Le fait de rattachement, qui parle "d'entreprises et d'installations" présentant un danger pour l'environnement, et l'imputation au "détenteur" de ces "entreprises ou installations" couvrent - en matière d'environnement - un éventail aussi large que celui de l'activité spécifiquement dangereuse de l'art. 50 AP[1717]. La différence réside seulement dans le fait que le risque caractérisé des entreprises et installations visées par la LPE doit être typiquement écologique, et que la responsabilité objective pour l'environnement ne s'applique que si un dommage est causé par une "atteinte" - c'est-à-dire par une atteinte à l'environnement[1718]. Un empoisonnement, dont une personne serait victime en raison du contact direct avec des matières ou organismes toxiques présentant un danger pour l'environnement, ne relèverait donc pas de l'art. 59*a* LPE, s'il n'entraînait pas véritablement une pollution, une nuisance ou un changement pour l'air, l'eau ou le sol.

Cette restriction est en soi artificielle ; elle a rapidement conduit à des difficultés lorsqu'il s'est agi d'introduire, par une nouvelle révision de la Loi sur la protection de l'environnement, dans le cadre du programme dit "Gen-Lex", une responsabilité (à raison du risque) spécifique pour les dommages qui pourraient être causés par des organismes génétiquement modifiés et/ou pathogènes ; malgré la description très large de l'atteinte (cf. n. 1718), on redoute aussi dans ce domaine que des dommages puissent être causés directement, c'est-à-dire sans passer par l'intermédiaire de l'environnement. C'est pourquoi diverses formulations ont été considérées, mais elles souffrent toutes du fait que le rapport avec la protection de l'environnement, qui va de soi d'un point de vue systématique, doit être établi de manière assez artificielle, si tant est qu'il puisse être maintenu[1719].

Ce constat conforte les auteurs de l'avant-projet dans leur intention déjà évoquée de présenter, pour les effets de la Partie générale sur la LPE, au moins en tant que variante (variante A) un modèle qui s'écarte de l'idée directrice de la *Petite Solution*. Selon ce modèle, cette loi ne devrait plus contenir de norme

---

1717 Cf. supra 2.4.4 ; cf. aussi 1.1.2.2.

1718 Selon l'art. 7 al. 1 révisé LPE, les "atteintes" sont définies comme "les pollutions atmosphériques, le bruit, les vibrations, les rayons, les pollutions des eaux et les autres interventions dont elles peuvent faire l'objet, les atteintes portées au sol, les modifications du matériel génétique d'organismes et les modifications de la composition naturelle de biocénoses qui sont dus à la construction ou à l'exploitation d'installations, à l'utilisation de substances, d'organismes ou de déchets ou à l'exploitation des sols".

1719 Dans la dernière version disponible (juillet 1999), on propose d'introduire un nouvel al. 1bis à l'art. 59*a* LPE, qui ne se réfère plus du tout à l'environnement: "Le détenteur d'une entreprise ou d'une installation qui présente un danger particulier en raison de l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés ou pathogènes répond des dommages que la réalisation de ce danger entraîne".

de responsabilité spécifique, compte tenu que les principes généraux posés aux art. 48 ss AP sont suffisants et qu'en particulier la responsabilité pour risque de l'art. 50 AP couvre aussi (mais pas seulement) les activités écologiquement toxiques[1720]. L'actuel Titre quatrième de la Loi sur la protection de l'environnement se réduirait ainsi à la seule disposition sur la garantie.

Comme alternative plus traditionnelle (variante B), une proposition est en revanche faite de discuter d'un concept qui reste dans la ligne de la *Petite Solution*[1721]. Ce concept maintient l'actuel art. 59*a* pour ainsi dire en tant que "clone" de la clause générale de l'art. 50 AP, mais spécifique à l'environnement.

Dans la première variante, on propose aussi de "privatiser" le principe de droit administratif de la répercussion des frais ; plus précisément, l'autorité aurait l'obligation de faire valoir sa prétention en réparation fondée sur le droit civil, tendant au remboursement des frais résultant de mesures de sauvegarde et de restauration de l'état antérieur. Par ce biais, la responsabilité peut également dans ce domaine être déterminée selon les critères usuels d'imputation, et la tentative désespérée et insatisfaisante en pratique de distinguer entre "perturbation par comportement, par situation ou par découverte" peut être enterrée[1722]. La deuxième variante conserve aussi sur ce point le concept actuel.

VARIANTE A

4.2.45.A01 Art. 59

Cette actuelle disposition sur le principe de droit administratif de répercussion des frais (appelée aussi "exécution d'office anticipée") est modifiée, en ce sens que l'autorité ne peut ou ne doit plus recouvrer sa prétention en réparation contre n'importe quel "perturbateur" par une décision et une éventuelle procédure administrative y faisant suite. Elle est au contraire tenue en vertu de la loi de faire valoir une demande en dommages-intérêts de droit civil, qui sera fondée sur un des chefs de responsabilité applicables (en particulier les art. 48 et 48*a*, 49 et 49*a* ou 50 AP, éventuellement une clause spéciale), en relation avec les art. 45*d* et 45*f* AP. Il doit ainsi être garanti qu'en cas de prétentions en réparation des pouvoirs publics, ce n'est pas un principe du pollueur-payeur diffus et indifférencié qui trouvera application[1723], mais des critères de responsabilité et d'imputation politiquement reconnus. Toutefois, cette disposition doit aussi s'appliquer dans les cas où, par exemple, un propriétaire foncier provoque, sur son propre immeuble, une atteinte dont il ne pourrait pas être tenu pour civilement responsable, dans la mesure où il n'aurait causé de dommage qu'à lui-même[1724]. C'est pourquoi, dans le cadre de l'art. 59 LPE reformulé selon la

---

1720 Cf. supra 1.2.2.3.1 avant la n. 203.

1721 Cf. supra 2.4.4.2, n. 674.

1722 Cf. supra 4.2.33.02 et la n. 1626 s'y rapportant.

1723 Widmer P., Intervention au Congrès de la Société suisse des juristes à Flims en 1989, RDS 1989 II, p. 553 ss.

1724 Cf. art. 45*d* al. 2 AP et supra 2.3.2.2.5 *in fine*.

variante A, le concept de "verantwortliche Person" de la version allemande doit être compris dans un sens large (qui ne se limite pas à la personne "civilement" responsable) ; la teneur française "responsable" recouvre les deux significations.

4.2.45.A02 Art. 59a

Dans la variante A, cette prescription reprend le texte de l'actuel art. 59*b* sur la garantie. Ce dernier terme devient en même temps le nouveau titre du quatrième Titre, tandis que l'ancien

4.2.45.A03 Art. 59b

devient ainsi sans objet et peut donc être abrogé.

VARIANTE B

Dans cette variante, la formulation du principe de la responsabilité à l'art. 59*a* al. 1 LPE, ainsi que la forme du renvoi au Code des obligations, sont les seules à changer par rapport au droit actuel. Le nouveau renvoi rend par la même occasion superflues les dispositions sur l'exonération, la prééminence des dispositions plus sévères ainsi que la responsabilité des collectivités publiques. D'un point de vue formel, on peut invoquer, comme motif du maintien d'une disposition de responsabilité spécifique à l'environnement, la mise en oeuvre conséquente de la *Petite Solution* par rapport à la clause générale de l'art. 50 AP ; d'un point de vue matériel, c'est un élément quelque peu psychologique qui parle en faveur de ce maintien, à savoir le contenu particulièrement symbolique de la responsabilité en question ; celle-ci vient d'être introduite - par la révision de 1995 - et elle souligne aussi par sa dimension préventive un but politique prioritaire de cette fin de 20^{e} siècle et du début du 21^{e} siècle.

4.2.45.B01 Art. 59a

L'al. 1 contient le principe de la responsabilité qui est reformulé, en référence à l'art. 50 AP, et qui ne contient plus l'élément restrictif de "l'atteinte". Dans cette variante, on pourrait certes aussi maintenir une telle restriction, étant donné que la clause générale de responsabilité pour risque servira en quelque sorte de "ramassoire" pour les cas qui ne seraient pas couverts par la LPE, en l'absence d'une atteinte à l'environnement ; l'option d'y renoncer fait clairement apparaître la disposition comme une simple concrétisation de la clause générale ; cette clause, il est vrai, montre en la matière la voie à la politique de l'environnement.

> L’al. 2 reprend tel quel le texte actuel, qui explicite la notion d’entreprises et installations présentant un danger particulier pour l'environnement. Cette disposition est en elle-même inutile, mais compte tenu qu'elle a été introduite à l'initiative du Parlement lors de la récente révision de la loi, elle est peu susceptible d'être modifiée.

L’al. 3 contient une des formules usuelles de renvoi, selon laquelle la Partie générale du droit de la responsabilité civile du CO est déclarée applicable pour

toutes les questions non réglées par la LPE ; elle remplace l'actuelle énumération des dispositions applicables prévue à l'al. 4.

C'est aussi la raison pour laquelle les actuels al. 3 à 6 deviennent superflus. Cela vaut notamment pour les motifs d'exonération (actuel al. 3) prévus de manière générale à l'art. 47*a* AP, ainsi que pour l'applicabilité de la responsabilité de droit civil aux collectivités publiques de tous niveaux (actuel al. 6), qui est ancrée de manière générale (pour la responsabilité à raison du risque) aux art. 43 et 43*a* al. 2 AP. On peut également renoncer à l'al. 5, qui renvoie à l'art. 3 LPE réservant les dispositions plus sévères d'autres lois fédérales, en particulier celles de la LRCN dans le domaine nucléaire ; il s'agit de questions ayant trait au cumul ou au concours de responsabilités, qui sont réglées de manière générale aux art. 53 ss AP.

Art. 59*b*

Dans cette variante, cette norme reste également inchangée d'un point de vue systématique.

4.2.46 Loi sur la protection des eaux (LEaux)

La responsabilité à raison du risque (art. 69) a été introduite dans la Loi sur la protection des eaux révisée de 1991 en lieu et place de l'ancienne responsabilité à raison du résultat de l'art. 36 aLPEP[1725]. Elle a été absorbée par le nouvel art. 59*a* de la Loi sur la protection de l'environnement révisée en 1995[1726], auquel elle a servi de modèle (cf. supra 4.2.45) ; elle a par conséquent été abrogée.

En revanche, l'art. 54, qui prévoit "le principe de droit administratif de répercussion des frais" pour les mesures de prévention et de réparation des dommages - comme l'art. 59 LPE, bien que dans une formulation légèrement différente - a été maintenu. La disposition de la LPE - pour autant qu'on désire la conserver en tant que telle[1727] - couvre cependant aussi le domaine de la protection des eaux, de telle sorte qu'on peut ici renoncer à une répétition[1728].

4.2.47 Loi sur la radioprotection (LRaP)

Le Parlement a introduit, dans un Chapitre 4 sous le titre "responsabilité civile", une forme de responsabilité hybride dans la Loi sur la radioprotection du 22

1725 Cf. supra 1.1.2.2.

1726 LPE (dans sa teneur du 21 décembre 1995, RO 1997 1155 ss, Annexe ch. 2).

1727 Dans la variante A concernant l'adaptation de la LPE (4.2.45.A01 supra), il est proposé de reformuler l'art. 59, et de prévoir l'obligation pour l'autorité de se faire dédommageer selon le droit civil par la personne responsable.

1728 Le Message sur la révision de la LPE (FF 1993 II 1337 ss) ne s'exprime étonnamment pas à ce sujet ; à la p. 1394 (ch. 42 ad art. 59), il est simplement expliqué que l'art. 59 LPE doit être adapté à la formulation impérative de l'art. 54 LEaux. Il n'y est pas question du fait que la disposition parallèle de la LEaux devient superflue - comme dans le cas de la responsabilité (Message p. 1445 ; ch. 82 concernant les modifications du droit en vigueur).

mars 1991, entrée en vigueur le 1er octobre 1994[1729]. Selon l'art. 39 al. 1, "celui qui exploite des installations ou exerce des activités qui impliquent un danger dû à des rayonnements ionisants" peut rapporter la preuve libératoire qu'il a "pris toutes les précautions pour éviter le dommage".

Même s'il n'y a pas encore de jurisprudence en la matière, on peut prédire avec une grande certitude que la preuve libératoire (à l'instar des cas visés aux art. 55 et 56 CO) restera lettre morte, parce que la survenance du dommage sera en règle générale considérée comme la preuve que "toutes les précautions" n'ont justement pas été prises en vue de l'éviter. Ou alors, la preuve objective de la diligence sera appliquée comme cause d'exonération ordinaire (propre à interrompre le rapport de causalité adéquate) dans les cas de force majeure ou de faute grave de la victime ou d'un tiers, ainsi qu'il devrait en être normalement pour toute responsabilité à raison du risque (et, dans le nouveau droit, en application de la règle générale de l'art. 47*a* AP).

Pour les auteurs de l'avant-projet, il n'y a aucun doute sur le fait que l'utilisation de rayonnements ionisants représente une "activité spécifiquement dangereuse", au sens de la clause générale de l'art. 50 AP. Le Parlement a ici cherché un soi-disant compromis pour des raisons politiques[1730], notamment en guise de concession envers les professions médicales. C'est une véritable responsabilité à raison du risque qui est objectivement la mieux adaptée à ce fait de rattachement[1731], et qui sera proposée ci-après ; en effet, comme cela vient d'être démontré et comme cela pourrait être étayé par la jurisprudence sur la responsabilité de l'employeur et du détenteur d'animaux, la pilule calmante de la preuve de la diligence n'apparaît dans ce contexte que comme un pur *placebo*.

4.2.47.01 Art. 39

L'al. 1 contient (comme le nouveau titre du chapitre l'exprime aussi) le principe de la responsabilité qui est formulé dans les termes d'une responsabilité à raison du risque, en référence à la clause générale de l'art. 50 AP. Cela a en particulier pour conséquence que la preuve libératoire ("à moins qu'il ne prouve...") tombe. A l'avenir, les règles générales sur les motifs d'exonération s'appliqueront (art. 47 et 47*a* AP). La nouvelle formulation fait d'autre part ressortir plus distinctement que la responsabilité en question n'est opérante que pour les dommages dus à la réalisation des risques caractérisés consécutifs à l'utilisation de rayonnements ionisants ; la délimitation par rapport à la responsabilité régie par la Loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire est cependant expressément mentionnée à l'al. 3.

1729 Cela malgré l'avertissement de la Commission d'étude, qui désirait autant que possible éviter la création de responsabilités causales "simples" ou "atténuées" ; cf. le Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), III/3.2, p. 25.

1730 Cette question n'a pas été effectivement débattue au plenum des deux conseils ; au Conseil des Etats, le rapporteur a confondu pêle-mêle les concepts de responsabilité causale aggravée et simple - en se référant expressément à la révision totale du droit de la responsabilité civile à venir (BO CN 1990 1573 ; CE 1990 1058).

1731 Dans le même sens aussi: Keller A., op. cit. (n. 10), p. 317.

L'actuel al. 2 sur la responsabilité solidaire de plusieurs responsables est supprimé parce que superflu ; ce sont les règles générales des art. 53*b* et 53*c* AP qui s'appliquent en vertu du renvoi général de l'al. 4.

> En revanche, l'actuel al. 3 concernant la délimitation par rapport à la Loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire (cf. supra 4.2.33) est à maintenir, inchangé, en tant qu'al. 2[1732].

Le nouvel al. 3 contient la formule usuelle de renvoi à la Partie générale du droit de la responsabilité civile, en y associant une référence à la réserve de l'al. 2. La Partie générale doit en effet s'appliquer à toutes les questions pour lesquelles la loi spéciale ne prévoit pas expressément une dérogation (cf. infra au sujet de l'art. 40).

4.2.47.02 Art. 40

Cette disposition prévoit des délais de prescription spéciaux, adaptés aux dommages différés qui sont à redouter en cas d'exposition à des rayonnements ionisants. Etant donné qu'on ne sait pas à quoi ressembleront en définitive les délais de prescription relatifs et absolus prévus à l'art. 55 AP pour l'ensemble du droit de la responsabilité civile, cette règle spéciale doit provisoirement être maintenue (comme l'art. 10 LRCN ; cf. supra 4.2.33.06). Elle est simplement adaptée à la terminologie de la Partie générale quant à sa rédaction ; à cet égard, il faut saisir l'occasion de condenser le titre inutilement exhaustif (par rapport au titre du chapitre).

4.2.48 Loi sur les denrées alimentaires (LDAl)

La Loi sur les denrées alimentaires, totalement révisée en 1992, contient dans la Section 2 du Chapitre 7 intitulée "voies de droit" un art. 57 portant le titre "responsabilité civile (Haftung)". Selon cette disposition, la collectivité publique ("die Körperschaft" dans la version allemande) répond sans faute du dommage que ses autorités ont causé de manière illicite ("widerrechtlich") dans l'exécution de la LDAl, et cela dans les quatre cas spécialement décrits.

Selon le Message du Conseil fédéral[1733], il s'agit d'une énumération exhaustive d'états de faits, pour lesquels une réglementation uniforme est nécessaire, en regard des disparités des lois cantonales sur la responsabilité et également dans le but de garantir une protection suffisante aux lésés. Cette prescription est censée - bien que cela ne ressorte pas explicitement de sa formulation - exclure l'action directe contre des agents fautifs. En revanche, les lois cantonales sur la responsabilité doivent s'appliquer aux modalités de l'obligation de réparer (étendue, réparation du tort moral, prescription, etc.) et dans les cas de responsabilité qui ne sont pas couverts par les états de faits expressément énumérés.

1732 Cf. art. 1 al. 2 LRCN et le Message du 17 février 1988 concernant la Loi sur la radioprotection (FF 1988 II 189 ss, not. 227 ss, ch. 25 : responsabilité civile et assurance).

1733 FF 1989 I 849 ss, not. p. 925.

Sans égard à ce dualisme peu convaincant des principes et modalités de la responsabilité en fonction des réglementations cantonales en la matière, cette disposition semble superflue en regard de l'avant-projet. Elle l'est dans la mesure où c'est soit la Loi sur la responsabilité (LRCF ; cf. supra 4.2.11) et de ce fait aussi la Partie générale du droit de la responsabilité civile en vertu du renvoi général de l'art. 9 al. 1 LRCF - pour autant que le dommage soit causé par une autorité fédérale -, soit la loi cantonale correspondante - pour autant qu'une autorité cantonale soit responsable - qui trouvera application. Cependant, la loi cantonale devra dans tous les cas prévoir une responsabilité primaire et objective de l'Etat selon l'art. 43*a* AP, de sorte que la protection minimale visée par l'art. 57 LDAI est de toute façon garantie.

En conséquence, l'art. 57 LDAI peut être abrogé.

4.2.49 Loi sur le service civil (LSC)

La Loi sur le service civil du 6 octobre 1995 est entrée en vigueur de manière échelonnée les 1er juin et 1er octobre 1996 ; elle contient un Chapitre 7 consacré à la "responsabilité civile", qui est en partie la reproduction des dispositions de la Loi sur l'armée et l'administration militaire (LAAM ; cf. supra 4.2.31) et de la Loi sur la responsabilité (LRCF ; cf. supra 4.2.11). Elle règle la responsabilité de la Confédération envers l'établissement d'affectation, celle de l'établissement d'affectation envers les tiers et envers la personne en service, ainsi que la responsabilité de la personne en service elle-même. Comme dans les domaines de l'administration et militaire (art. 3 al. 3 LRCF et art. 135 al. 3 LAAM), un droit d'action directe des tiers contre la personne en service est exclu ; un droit d'action directe ainsi qu'un droit de recours de la Confédération contre de telles personnes est limité aux cas de négligence grave ou de faute intentionnelle.

Comme pour la LAAM, les auteurs de l'avant-projet proposent de condenser le titre et de le formuler de façon plus concise, à savoir "responsabilité" en français (au lieu de "responsabilité civile") et "Haftung" en allemand (au lieu de "Haftung für Schäden"). Les autres modifications résultent de l'adaptation à la Partie générale ou du renvoi à cette dernière.

4.2.49.01 Art. 52

Cette disposition règle la responsabilité de la Confédération pour les dommages que la personne en service cause à l'établissement d'affectation "dans l'accomplissement de ses obligations", en agissant en quelque sorte comme un auxiliaire détaché. La Confédération répond à concurrence du montant dont serait tenue la personne en service si elle était travailleuse de droit privé de l'établissement d'affectation, c'est-à-dire selon l'art. 321*e* CO. Comme les art. 48 et 48*a* AP reprennent de toute façon le modèle de l'art. 321*e* CO pour décrire la faute, et spécialement la négligence, on peut se demander si un tel renvoi est encore vraiment nécessaire ; on parviendrait en soi au même résultat si l'on prévoyait une responsabilité de la Confédération envers l'établissement d'affectation pour la faute de la personne en service. Cela s'appliquerait aussi bien à la responsabilité extracontractuelle qu'à la responsabilité contractuelle, au sens de l'art. 42 AP. Il est cependant important, d'un point de vue de

la didactique législative, de démontrer explicitement le parallèle qui existe avec les rapports de travail de droit privé, de telle sorte que cette disposition mérite en principe d'être maintenue. La nouvelle rédaction proposée explicite mieux ce parallèle et souligne en outre l'unité des responsabilités contractuelle et délictuelle concurrentes, en renvoyant de manière générale au Code des obligations.

4.2.49.02 Art. 53

Dans cette prescription, il est question des dommages que la personne en service cause à des tiers en tant qu'auxiliaire (contractuel ou délictuel) de son établissement d'affectation.

> En vertu de l'al. 1 inchangé, c'est en principe l'établissement d'affectation qui répond de tels dommages en sa qualité d'employeur, selon les circonstances en vertu de l'art. 55 ou de l'art. 101 CO (ou de l'art. 49*a* AP).

L'al. 2 contient deux cas exceptionnels, dans lesquels la Confédération doit répondre au lieu de l'établissement d'affectation, à savoir :

- d'une part lorsque l'établissement d'affectation est lui-même une personne morale de droit public et que les normes de responsabilité qui lui sont applicables ne prévoient pas à son encontre une action directe, comme il en va (encore) dans quelques lois cantonales sur la responsabilité ;
- d'autre part dans les cas où, en raison du privilège de responsabilité selon l'art. 44 al. 2 LAA (cf. infra 4.2.50), il n'existe pas non plus de droit d'action directe contre l'établissement d'affectation.

Ces deux cas exceptionnels sont toutefois éliminés par la réforme du droit de la responsabilité civile : le premier par l'art. 43*a* AP, qui prescrit un standard minimal pour la législation cantonale sur la responsabilité, dont fait partie le droit d'action directe contre la personne morale en cause ; le deuxième cas tombe parce le "privilège de responsabilité de l'employeur" dans la LAA devrait se réduire à un simple privilège de recours[1734]. Cet alinéa devient ainsi sans objet et peut être abrogé.

L'al. 3 concerne l'action récursoire de l'établissement d'affectation contre la Confédération. Il va de soi que l'établissement en question doit avoir réparé le dommage selon l'al. 1 pour pouvoir faire valoir un droit de recours ; cela n'a pas besoin d'être dit expressément. Pour le reste, la rédaction de l'alinéa est adaptée à celle de l'art. 52 LSC, qui traite aussi du parallèle avec la responsabilité du travailleur en vertu du Code des obligations.

1734 Cette révision de l'art. 44 al. 2 LAA devrait en principe être réalisée dans le cadre de la Partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), dont le projet est pendant par devant le Parlement depuis 1991. Mais, dans cette attente, une modification correspondante est également proposée dans le cadre de la révision du droit de la responsabilité civile (cf. infra 4.2.50).

4.2.49.02bis Art. 54

L'art. 54 demeure inchangé et n'est mentionné ici que *pro memoria*. Il est toutefois précisé que la réserve en faveur de l'assurance militaire doit encore être examinée dans le cadre des débats sur le projet de LPGA[1735].

4.2.49.03 Art. 55

Une modification rédactionnelle du titre de la version française est proposée : s'agissant de la personne en service, il doit ici aussi être question simplement de "responsabilité", au lieu de "responsabilité civile".

4.2.49.04 Art. 57

Cet article contient à son al. 1, sous le titre "principes régissant la responsabilité civile", un renvoi très sélectif aux dispositions du Code des obligations sur la fixation de la réparation, sur les postes du dommage en cas de mort d'homme et de lésions corporelles, sur la réparation du tort moral, la solidarité et le droit de recours ainsi que sur les motifs justificatifs et le rapport avec le droit pénal.

L'al. 2 paraphrase l'art. 43 al. 1 CO ; il prévoit que si la personne en service est tenue pour responsable, sa situation individuelle, ses antécédents dans le cadre du service civil et les circonstances particulières de l'affectation doivent être pris en compte dans la fixation de la réparation.

De l'avis des auteurs de l'avant-projet, l'al. 1 peut être abrogé et remplacé par un renvoi général à la Partie générale du droit de la responsabilité civile, qui est cependant placé avantageusement, d'un point de vue systématique, à la fin du chapitre (nouvel art. 61 LSC).

En présence d'un tel renvoi, qui vise en particulier aussi les art. 48*a* et 52 AP, l'al. 2 n'a également plus de signification propre ; il peut en conséquence aussi être supprimé.

4.2.49.04bis Art. 58

Cet article contient des dispositions de procédure spécifiques, qui tiennent compte du caractère (de droit public) particulier du service civil et de la responsabilité qui s'y rattache. Les dispositions en question ne sont en principe pas touchées par la réforme du droit de la responsabilité civile. Il faut tout de même remarquer au passage - parce que le problème se pose également dans le cadre de l'art. 59 LSC - qu'il faudrait sans doute examiner l'attribution de compétences aux directions générales et d'arrondissement des PTT et CFF, suite à leur "privatisation" et séparation (poste et services de télécommunications).

4.2.49.05 Art. 59

Cette disposition établit à son al. 1 des règles spéciales en matière de prescription, aussi bien pour les prétentions en réparation dirigées contre la Confédération que pour celles de cette dernière contre d'autres responsables. A cet

---

1735 Cf. supra n. 1734. Cf. aussi le Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), VI/2.5.

égard, le délai de prescription relatif d'un an correspond à celui de l'actuel art. 60 al. 1 CO, tandis que le délai absolu est réduit de moitié et fixé à cinq ans. Cette réglementation des délais est la même que celle que prévoit l'art. 23 LRCF pour les prétentions en dommages-intérêts de la Confédération contre des fonctionnaires (cf. supra 4.2.11.11). Il est à se demander si le parallèle est convaincant - à tout le moins pour les prétentions de l'établissement d'affectation contre la Confédération. Les auteurs de l'avant-projet veulent faire une différence entre les prétentions contre la Confédération et celles de la Confédération contre d'autres intéressés. De leur avis, il n'y a aucune raison d'établir, pour les prétentions contre la Confédération, une réglementation différente de celle prévue dans la nouvelle version de l'art. 21 LRCF (cf. supra 4.2.11.10) et qui est en harmonie avec l'art. 55 AP (3 et 20 ans). Dans la mesure où il s'agit au contraire de prétentions en réparation de la Confédération contre l'établissement d'affectation ou contre la personne en service, on peut à la rigueur défendre une règle octroyant un certain privilège à ces responsables et admettre ainsi un parallèle avec l'art. 23 LRCF. S'agissant de la durée des délais, les auteurs de l'avant-projet reprennent la réglementation de l'actuel art. 59 al. 2 LSC, mais sans être pleinement convaincus de son opportunité.

L'actuel al. 2 régit la prolongation des délais en fonction du droit pénal éventuellement applicable. Il correspond à l'art. 60 al. 2 CO, qui doit être supprimé purement et simplement, selon l'avis des auteurs de l'avant-projet et auparavant de la Commission d'étude (cf. supra 2.8.4.2)[1736]. C'est dire que l'actuel al. 2 de l'art. 59 LSC doit aussi être supprimé ; la place qu'il laisse ainsi libre pourra être désormais occupée par la règle dissociée de l'al. 1, qui traite de la prescription de prétentions de la Confédération contre d'autres responsables.

Dans sa nouvelle teneur, l'al. 1 ne contient plus que les règles sur la prescription de prétentions qui sont dirigées contre la Confédération. Ces règles correspondent à celles de l'art. 55 AP et sont également formulées en référence à cette disposition.

L'al. 2 réglemente la prescription de prétentions qui émanent de la Confédération et prévoit pour celles-ci un délai de prescription relatif d'un an et un délai absolu de cinq ans (en référence à l'art. 23 LRCF).

Un nouvel al. 3 reprend l'actuel art. 61 al. 2 LSC ; s'agissant de l'interruption de la prescription, cette norme assimile une demande écrite en réparation à une "action", au sens des art. 135 ss CO, si elle est adressée aux PTT, CFF (cf. sur ce point la remarque faite au sujet de l'art. 58 LSC ci-dessus) et au Conseil des EPF, ainsi qu'au Département fédéral des finances.

4.2.49.06 Art. 60

Dans cette disposition, il est question de la prescription des droits de recours, d'une part de celui de l'établissement d'affectation contre la Confédération (cf. art. 53 al. 3 LSC), d'autre part de celui dont peut bénéficier la Confédération contre une personne en service (art. 55 al. 2 LSC).

1736 Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), V/11.8 et thèse 511-6.

Selon l'al. 1 de la version actuelle, ce sont les règles de responsabilité auxquelles est soumis l'établissement d'affectation, c'est-à-dire des dispositions de droit privé ou de droit public, qui s'appliquent à la prescription de prétentions récursoires de l'établissement d'affectation contre la Confédération. Or, cette question n'est réglementée nulle part de manière générale dans le droit privé - à l'exception de dispositions spéciales telles que l'art. 83 al. 3 LCR. C'est précisément la raison pour laquelle l'avant-projet pose désormais une règle particulière à cet effet (art. 55*c* AP). Cette dernière généralise la solution de l'art. 83 al. 3 LCR. En vertu du renvoi de l'art. 9 LRCF, elle s'applique en principe aussi dans le domaine de la responsabilité de droit public de la Confédération, et il n'y pas de raison à ce qu'une autre solution s'impose lorsqu'une loi cantonale sur la responsabilité trouve application. Le renvoi global à la Partie générale du droit de la responsabilité civile, selon la nouvelle formulation de l'art. 61 LSC, est suffisant pour parvenir à un tel résultat.

L'al. 2 de l'art. 60 régit actuellement la question de la prescription de prétentions récursoires de la Confédération contre la personne en service. Une solution parallèle à l'art. 21 LRCF se justifie. Or cette dernière disposition a été adaptée à la règle générale de l'art. 55*c* AP (cf. supra 4.2.11.10). En conséquence, le renvoi général au CO prévu au nouvel art. 61 LSC est ici aussi suffisant.

Dans ces circonstances, l'art. 60 LSC peut être abrogé dans son intégralité.

4.2.49.07 Art. 61

Dans sa teneur actuelle, cette disposition contient des règles spéciales sur l'interruption et l'invocation de la prescription, qui se résument, d'un point de vue matériel (al. 1), à un renvoi au Code des obligations (art. 135 à 138 et 142). Il y a lieu de remplacer ce renvoi ponctuel par un renvoi global à la Partie générale du droit de la responsabilité civile et ainsi aussi aux dispositions du Code des obligations qui règlent les modalités de la prescription et son invocation.

L'actuel al. 2 de l'art. 61 règle, spécialement dans le cadre de la LSC, l'interruption de la prescription, en assimilant à une action, au sens des dispositions du CO, la demande écrite en réparation adressée à l'autorité compétente ; comme déjà dit (cf. supra 4.2.49.05), cette règle figure désormais au nouvel al. 3 de l'art. 59 LSC ; elle peut donc être ici abandonnée.

L'art. 61 LSC ne se compose ainsi plus que d'un seul alinéa, qui reprend la formule standard du renvoi à la Partie générale du droit de la responsabilité civile déjà plusieurs fois utilisée (cf. p. ex. : art. 9 al. 1 LRCF, supra 4.2.11.05 ; art. 61 al. 1 LPCi, supra 4.2.32.02). Dans la mesure où l'interruption et l'invocation de la prescription sont concernées, ce renvoi doit aussi viser indirectement les art. 135 à 138 et l'art. 142 CO, car il ne fait pas de doute que ces dispositions sont également applicables à la prescription de prétentions en responsabilité extracontractuelle.

4.2.50 Loi sur l'assurance-accidents (LAA)

La Loi sur l'assurance-accidents de 1981 a repris, à son art. 44, la règle de l'ancienne Loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (art. 129 LAMA), déjà contestée à l'époque. Selon cette règle, un droit d'action (directe) de l'assuré (pour le dommage non couvert par l'assurance sociale) contre son conjoint, ses parents en ligne ascendante ou descendante ainsi que contre les personnes vivant en communauté domestique avec lui n'est ouvert que dans la mesure où ces personnes ont causé le dommage intentionnellement ou par négligence grave. La même règle s'applique - en cas d'accident professionnel - au droit d'action (directe) contre l'employeur, les membres de sa famille et les travailleurs de son entreprise (c'est-à-dire contre les collègues de travail de la personne lésée).

Ce privilège dit "de la famille et de l'employeur" a été depuis longtemps l'objet de controverses et d'interventions parlementaires qui tendaient à son abrogation[1737]. La Commission d'étude s'est également ralliée à ce postulat, en proposant de réduire le privilège de responsabilité à un simple privilège de recours (tel qu'envisagé par les ATF 117 II 609 ss et 112 II 167 ss dans l'application de l'art. 48ter, 2^{e} phrase LAVS et de l'art. 52 al. 1 LAI). Cette proposition a été faite après que la Commission avait constaté avec stupeur que la règle posée à l'art. 44 al. 2 LAA était reprise telle quelle dans le Projet de loi sur une Partie générale du droit des assurances sociales[1738]. Suite à ce Projet émanant d'une initiative parlementaire, le Conseil fédéral a rendu un "Avis approfondi" le 17 août 1994. Il propose un texte qui mérite approbation et qui est ici repris[1739].

Les auteurs de l'avant-projet sont certes toujours d'avis qu'une telle réglementation, compte tenu de sa vocation générale, doit être intégrée à la Partie générale du droit des assurances sociales et qu'elle y trouvera un emplacement adéquat d'un point de vue systématique. Etant donné toutefois que le traitement de ce dossier par le Parlement s'avère plutôt lent et qu'il existe un lien de connexité très étroit avec le droit de la responsabilité civile, il se justifie d'insérer sur ce point une proposition dans le présent avant-projet et de tenter d'imposer une solution - qui n'est plus guère contestée - tendant au remplacement du privilège de responsabilité par un simple privilège de recours.

4.2.51 Loi sur la chasse (LChP)

La responsabilité selon l'art. 15 LChP est un exemple significatif de responsabilité strictement objective : d'une part, elle représente une des plus anciennes expressions de ce principe de responsabilité[1740] ; d'autre part, elle constitue le

---

1737 Cf. p. ex. Keller A., op. cit. (n. 10), p. 451 ss ; le même, Haftpflicht im Privatrecht, II, op. cit. (n. 51), p. 233 s, ainsi que plus récemment: Rumo-Jungo A., Haftpflicht und Sozialversicherung, Fribourg 1998, n. 380 ss. Au sujet des interventions parlementaires, cf. aussi supra 1.2.2.3.2 ainsi que la liste figurant en annexe.

1738 Rapport de la Commission d'étude, op. cit. (n. 39), VI/2.4 et thèse 62-7.

1739 FF 1994 V 897 ss, 938 s. ad art. 82 du Projet de LPGA ; cf. aussi la proposition de la Commission du CN de la sécurité sociale et de la santé, FF 1999 IV 4167 (4310 ss).

1740 L'ancienne Loi sur la chasse de 1925 contenait déjà une disposition correspondante à son art. 13.

modèle d'une responsabilité pour risque, qui ne se rattache pas au pouvoir sur une personne ou à la détention d'un animal ou d'une chose, mais - comme la clause générale de l'art. 50 AP - à une activité qui comporte en tant que telle un risque non totalement maîtrisable. Cette responsabilité est également intéressante, en ce sens qu'elle n'est manifestement pas liée à une profession ou à une exploitation au sens étroit, mais qu'elle s'inscrit en premier lieu dans des activités de loisirs[1741] ; cela montre que les responsabilités pour risque peuvent tout à fait entrer en ligne de compte dans le domaine - toujours plus important - des activités non professionnelles. Outre l'option de la *Petite Solution*, toutes les caractéristiques propres à la responsabilité pour la chasse justifient son maintien dans la LChP. De même, l'obligation d'assurance de l'art. 16 doit être maintenue ; l'al. 1 qui en pose le principe est toutefois suffisant ; quant aux al. 2 à 4, ils contiennent des règles qui sont déjà prévues dans la Partie générale (art. 54*c* et 54*h* AP).

Des dispositions de responsabilités se trouvent également aux art. 12 et 13 (dommages causés par la faune sauvage) ainsi qu'à l'art. 23 (dommages-intérêts en cas de délit de chasse). Les auteurs de l'avant-projet ne voient aucune raison de toucher à la substance de ces prescriptions, qui renvoient en partie à la compétence législative des cantons. Mais il va de soi qu'ici aussi c'est la Partie générale du droit (fédéral) de la responsabilité civile qui doit s'appliquer aux modalités de l'obligation de réparer ; sur ce point, l'art. 23, 2ème phrase, sera adapté quant à sa rédaction.

4.2.51.01 Art. 15

L'al. 1 pose le principe de responsabilité de manière si concise, mais en même temps si précise qu'il convient de renoncer à l'adapter rédactionnellement à la clause générale de l'art. 50 AP, ainsi que cela est proposé pour d'autres lois spéciales ; il faut toutefois saisir l'occasion d'introduire une formulation moderne et neutre quant à son genre (et à consonance moins inspirée du droit pénal), en remplaçant "celui qui" par "la personne qui [pratique la chasse...]". Malgré cela, l'art. 15 al. 1 LChP sera également interprété et compris selon l'esprit de la clause générale, de façon à ce que la responsabilité s'applique à tous les dommages (à l'exception des dommages purement économiques, cf. art. 45 al. 3 AP) qui sont dus à la réalisation des risques caractéristiques de la chasse. Ainsi en est-il par exemple du préjudice résultant d'un accident de la circulation causé par le gibier pourchassé[1742].

On peut discuter de la question de savoir si le dommage qui pourrait être causé par des mesures "prises à titre individuel" en vue de se protéger du gibier, au sens de l'art. 12 al. 3 LChP, tombe aussi sous le coup de l'art. 15. On pense par exemple aux atteintes que subiraient des personnes et des choses à la suite de tirs sur des oiseaux ou par le fait d'un garde-chasse ou de surveillants (art. 43*a* AP). Si l'on ne veut pas appliquer directement l'art. 15 LChP[1743], une

---

1741 Sur ce point, il existe un parallèle manifeste avec le sport ; on serait tenté de dire, avec d'autres formes de sport.

1742 Cf. Keller A., op. cit. (n. 10), p. 320, avec d'autres exemples.

1743 Keller A., loc.cit.

analogie sur la base de l'art. 50 AP semble en tout cas appropriée pour toute "pétarade" impliquant des armes de poing et qui est de nature similaire à la chasse.

S'agissant de l'al. 2, qui renvoie aux principes généraux et aux modalités du droit de la responsabilité civile, il ne nécessite également qu'une adaptation rédactionnelle.

4.2.51.02 Art. 16

Dans la version française, le titre de l'article - comportant un pluriel infondé ("assurances"), qui fait défaut dans la version allemande - doit être corrigé.

L'obligation de s'assurer de l'actuel al. 1 doit bien entendu être conservée ; l'adaptation rédactionnelle concerne ici de nouveau la désignation neutre quant à son genre de la personne soumise à l'assurance obligatoire ; elle peut être réalisée par la simple suppression du pronom "tous" ("alle"), qui est de toute façon redondant.

L'actuel al. 2 fonde un droit d'action directe contre l'assureur ; celui-ci est prévu de manière générale par l'art. 54*c* AP, qui est déclaré applicable par le renvoi du nouvel art. 15 al. 2 LChP. La règle est ici par conséquent superflue.

Les al. 3 et 4 actuels correspondent aux règles générales de l'art. 54*h* al. 1 et 2 AP sur l'inopposabilité des exceptions et le droit de recours de l'assureur ; ils peuvent également être abrogés.

4.2.51.03 Art. 23

Le renvoi (très général) au CO dans la deuxième phrase est simplement adapté quant à sa rédaction à la nouvelle teneur des art. 41 ss CO et limité aux règles du droit de la responsabilité civile.

4.2.52 Loi sur la pêche (LPêche)

Une norme de responsabilité propre fait défaut à la Loi sur la pêche (révisée en 1991), bien que celle-ci contienne une section intitulée "responsabilité civile" qui se compose du seul art. 15. Cette disposition est surtout significative pour le calcul du dommage (al. 2) ; l'al. 3 prévoit en outre une affectation spéciale des dommages-intérêts et prescrit que le rétablissement des espèces de poissons touchées doit avoir lieu le plus rapidement possible. On peut s'étonner du fait que les principes de la responsabilité de la Loi sur la pêche n'aient pas été examinés en 1995 simultanément à la révision de la LPE, au cours de laquelle la règle de responsabilité de l'art. 69 LEaux a été abrogée[1744]. Dans ce sens, l'al. 1 revêt uniquement le caractère d'une introduction aux deux alinéas qui suivent.

[1744] Cf. supra 4.2.45 et 4.2.46.

Art. 15

L'al. 1, qui se limite à un simple renvoi aux "dispositions du droit fédéral régissant la responsabilité", peut être abandonné si les deux alinéas qui suivent sont également supprimés, comme cela est proposé. Il va de soi qu'en cas de dommages causés à des eaux exploitées en vue de la pêche et au peuplement de poissons, ce sont les dispositions communes de responsabilité qui trouvent application.

L'al. 2 oblige à prendre en considération la diminution de la capacité de rendement des eaux affectées lors du calcul du dommage. A l'origine, cette disposition avait pour but de corriger une jurisprudence du TF insatisfaisante (ATF 90 II 147), qui avait considéré le dommage consécutif à l'intoxication de poissons par des produits chimiques comme non réparable, compte tenu qu'une *res nullius* était touchée. Les auteurs de l'avant-projet sont d'avis que le résultat voulu peut être atteint par une application combinée des art. 45*c* et 45*d* AP (dommage matériel et dommage à l'environnement) : dans la mesure où de l'eau et son contenu sont touchés en leur qualité de composantes de l'environnement, une perte de rendement constitue un poste du préjudice réparable. Ainsi, une règle correspondante expresse dans la législation sur la pêche n'est pas indispensable.

L'al. 3 prévoit l'affectation spéciale des dommages-intérêts. Le principe résultera à l'avenir de l'application de la règle générale posée à l'art. 45*d* al. 2 AP, ce qui est évident lorsque c'est la collectivité publique qui est créancière de l'indemnité (principe de la légalité) ; dans le cas où ce sont des organisations privées de protection de l'environnement qui ont qualité pour agir, le principe est subordonné à la condition qu'elles aient déjà effectivement pris ou au moins préparé les mesures correspondantes. Il ne se justifie pas de maintenir la disposition en raison de la seule prescription d'ordre, vague et difficile à exécuter, qui veut que le rétablissement en l'état antérieur doit avoir lieu "le plus rapidement possible" (ce qui sera en règle générale dans le propre intérêt des personnes lésées ou des personnes ou institutions chargées des mesures de restauration).

4.2.53 Loi sur le contrôle des métaux précieux (LCMP)

Cet acte législatif datant de 1933 contient deux dispositions importantes de droit de la responsabilité civile, qui n'ont pas été modifiées dans le cadre de la révision partielle de 1994[1745] ; on peut renoncer à ces dispositions.

4.2.53.01 Art. 38

Cette disposition se trouve dans le Chapitre V de la loi, traitant de "l'organisation", sous le titre marginal "attributions (des bureaux de contrôle)". Son al. 4 décrète une responsabilité de la Confédération ou du canton concerné - selon qu'il s'agit d'une exécution défectueuse du bureau central (cf. art. 35 et 36 LCMP) ou d'un bureau de contrôle cantonal - pour les "dommages qui résultent d'une exécution défectueuse du service". Cette responsabilité est subsidiaire

---

1745 FF 1993 II 997 ss ; RO 1995 3102 ss.

dans la mesure où elle ne doit être opérante que si "les agents fautifs ne sont pas en mesure de réparer".

Au niveau du droit fédéral, cette prescription est dépassée depuis un certain temps par la Loi sur la responsabilité ; cette loi prévoit une responsabilité objective de la Confédération pour ses fonctionnaires et employés, qui exclut le droit d'action directe de la personne lésée contre des agents fédéraux et qui n'admet un droit de recours contre ces derniers qu'en cas de négligence grave ou de faute intentionnelle[1746] ; mis à part le fait qu'on peut se demander si un droit d'action directe contre les agents se justifie davantage dans le domaine du contrôle des métaux précieux que dans d'autres domaines, une mention spéciale de cette responsabilité dans la LCMP est superflue. Dans la mesure où une responsabilité (étatique) du canton entre en ligne de compte, ce sont - sous réserve de l'art. 43*a* AP - les dispositions cantonales correspondantes qui s'appliquent ; sur ce point également, un renvoi dans la LCMP est superflu.

4.2.53.02 Art. 40

L'al. 3 doit aussi être abrogé : cette prescription est tout d'abord confuse, dans la mesure où, dans la version allemande, elle semble prévoir une responsabilité causale individuelle des essayeurs-jurés ; ces derniers "répondent de tout dommage causé par leur faute ou par leur négligence dans l'exercice de leur activité". Il faut toutefois relever que la faute n'est pas mentionnée comme condition de la responsabilité dans la version allemande. Mais même si on voulait déduire, dans cette version, une telle faute des termes "fehlerhaft oder unsorgfältig", une divergence subsisterait par rapport au reste du droit de la responsabilité de l'Etat, par le fait qu'une négligence seulement légère serait suffisante à fonder une obligation de réparer. Or, il n'y a aucune raison d'appliquer dans le domaine du contrôle des métaux précieux des critères plus sévères que dans d'autres domaines. Le renvoi à l'art. 38 al. 4 perd sa raison d'être au même titre que la règle prévue à l'art. 40 al. 3 LCMP.

4.2.54 Loi sur les substances explosibles (LExpl)

A l'époque, la norme de responsabilité de l'art. 27 LExpl n'a été introduite qu'au cours des débats parlementaires[1747]. Mais, comme la responsabilité de la Loi sur la protection des eaux de cinq ans son aînée, elle n'a guère été appliquée en pratique[1748]. Afin de mettre en oeuvre de manière conséquente la *Petite Solution*[1749], les auteurs de l'avant-projet proposent de conserver cette norme spéciale, toutefois dans une formulation adaptée à celle de la clause générale

---

1746 Cf. supra 4.2.11.

1747 Cf. le Message du Conseil fédéral du 20 août 1975 (FF 1975 II 1301 ss) et le BO CE 1976, p. 170, ainsi que le BO CN 1976, p. 952 s. Selon Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/3, § 31, N. 9 ss, cette norme revêt un caractère accidentel, ce qui ressort aussi du fait qu'on s'est contenté d'une seule disposition. La justification politique d'une responsabilité à raison du risque dans ce domaine n'est toutefois pas contestée.

1748 Cf. supra 1.1.2.2 et 4.2.46.

1749 Cf. supra 2.4.4.2.

de l'art. 50 AP ; cela conduit à une extension du champ d'application et élimine par la même occasion certains problèmes de délimitation[1750].

Il faut tout d'abord modifier le titre quelque peu singulier de la section ("dispositions concernant la responsabilité"), dont le pluriel convient ici d'autant moins que cette section dans son intégralité ne se compose que d'un seul article.

L'art. 27 al. 1 pose le principe de la responsabilité qui, en référence à la clause générale de l'art. 50 AP, ne décrète plus une simple responsabilité pour une entreprise ou une installation, mais désigne le fait de rattachement de manière générale par "une activité impliquant l'utilisation de matières explosibles, d'engins pyrotechniques ou de poudre de guerre". De cette façon, il n'importe en principe plus de savoir - comme en matière de responsabilité du détenteur de véhicule à moteur - si l'activité dangereuse est exercée à des fins commerciales et professionnelles ou simplement par plaisir. Comme aujourd'hui, une certaine limitation résulte cependant de la désignation du sujet de la responsabilité comme "exploitant (Betreiber)" de l'activité concernée. Le père de famille qui, le 1er août, tire un feu d'artifice pour ses enfants n'est pas "exploitant" au sens de la LExpl ; le sont en revanche, la commune ou l'établissement de restauration qui le font ou le font faire dans le cadre d'une fête nationale officielle[1751]. La définition de l'activité dangereuse elle-même est aussi simplifiée : toute "utilisation" de substances explosibles suffit, indépendamment du fait qu'il s'agisse de la "fabrication", de "l'entreposage" ou d'une autre "utilisation". Le transport est également une forme "d'utilisation" de substances explosibles ; l'art. 3 al. 2 LExpl exclut toutefois expressément leur "acheminement à l'intérieur du pays par voie postale, ferroviaire, routière, aérienne, lacustre et fluviale" du champ d'application matériel de la loi[1752]. Une éventuelle correction de cette limitation - qui par rapport aux responsabilités selon la LCdF, LNI, LCR ou LA, devrait avoir pour conséquence un cumul de responsabilités à résoudre selon l'art. 53 AP - dépasse le cadre de la présente révision, mais pourrait tout à fait se justifier.

Afin d'écarter tout doute possible qui pourrait résulter de la description apparemment différente du champ d'application matériel aux art. 1 al. 1 et 27 al. 1 LExpl[1753], la "poudre de guerre" est également mentionnée expressément dans la norme de responsabilité, en plus des substances explosibles et des engins pyrotechniques.

Finalement, une limitation absolue du risque caractéristique à l'explosion, telle que la prévoit le texte actuel, est également supprimée par la nouvelle formulation. Pour autant qu'une toxicité prononcée ou d'autres dangers spécifiques soient propres à certaines substances explosibles ou à certains engins pyrotechniques, ils pourraient conduire même sans explosion à l'admission d'une

---

1750 Pour une critique générale vue sous cet angle, cf. avant tout Tercier P., Une nouvelle règle de responsabilité: l'art. 27 de la Loi sur les explosifs, RSJ 1980, p. 341 ss.

1751 ATF 70 II 215 ss. Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n 27), II/3, § 31, N. 21.

1752 A ce sujet Tercier P., op. cit. (n. 1750), ch. 3.2.3/2, p. 346.

1753 La rédaction actuelle de l'art. 27 al. 1 LExpl est incomplète, dans la mesure où il faut tout d'abord relire la deuxième phrase de l'al. 1 de l'art. 1 pour disposer d'une présentation claire des substances auxquelles s'applique la responsabilité à raison du risque.

responsabilité selon l'art. 27 LExpl[1754]. Ce dernier peut être compris dans sa nouvelle formulation comme, par exemple, l'art. 2 al. 1 lit. a LRCN, qui désigne comme dommage d'origine nucléaire les atteintes dommageables qui sont causées par "les propriétés dangereuses, notamment radioactives, toxiques, détonnantes ou autres propriétés" de substances nucléaires. En revanche, l'incongruité critiquée à juste titre dans la doctrine, selon laquelle des explosions ne sont pas soumises à la responsabilité à raison du risque lorsqu'elles sont causées par des substances explosibles autres que celles qui sont expressément appréhendées par la LExpl[1755], n'est pas écartée directement par l'art. 27 (même pas par la nouvelle teneur selon l'AP) ; elle sera levée à l'avenir par une application analogique de la clause générale de l'art. 50 AP.

La deuxième phrase de l'al. 1 renvoie aux normes générales sur les actes illicites ; elle devient indépendante et prend la place de la règle aujourd'hui posée à l'al. 2, qui doit être abrogée.

L'al. 2 de la version actuelle de l'art. 27, qui réserve les motifs classiques d'exonération, devient superflu, étant donné que cette question est réglée de manière générale aux art. 47 et 47*a* AP. Un renvoi général à la Partie générale du droit de la responsabilité civile, correspondant à celui que contient l'actuel al. 1, deuxième phrase, est suffisant.

L'actuel al. 3 doit également être abrogé, parce que l'extension du champ d'application personnel de la responsabilité aux collectivités publiques de tous niveaux est aussi prévue dans la Partie générale (art. 43 et 43*a* AP).

4.2.55 Loi sur les voyages à forfait (LVF)

La Loi sur les voyages à forfait fait partie du paquet Swisslex, qui a été repris du programme Eurolex, et représente une transposition "autonome" de la Directive de l'UE N°90/314 du 13 juin 1990. Cet enracinement dans le droit européen commande d'observer une certaine retenue à l'égard de modifications qui ne seraient souhaitables que dans le cadre de la révision du droit suisse de la responsabilité civile. Il n'en est pas moins proposé deux modifications.

4.2.55.01 Art. 14

Cette disposition pose, dans le domaine du voyage à forfait, le principe de la responsabilité de l'organisateur ou du détaillant envers le consommateur, mais le fondement en reste obscur[1756]. Ce qui importe avant tout, c'est que les exclu-

---

1754 La solution est différente en droit actuel: Tercier P., op. cit. (n. 1750), ch. 3.3, p. 346, ainsi que Keller A., op. cit. (n. 10), p. 307.

1755 Oftinger K./Stark E.W., op. cit. (n. 27), II/3, § 31, N. 36.

1756 Tandis que Frank R., Kurzkommentar zum PauRG, Zurich 1994, N. 4 et 21 ad art. 14 LVF, conclut à une responsabilité causale en raison du défaut de mention de la faute, Roberto V., Basler Kommentar - Obligationenrecht I, 2e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, N. 5 ad art. 14/15 LVF, déduit des possibilités de libération de l'art. 15 al. 1 qu'il doit s'agir d'une responsabilité pour faute avec un renversement du fardeau de la preuve, donc d'une variante de la responsabilité contractuelle générale selon l'art. 97 CO. Ne

sions de responsabilités en vertu de clauses dites "de détaillant" ne sont plus admissibles. Dans la mesure où il s'agit d'une responsabilité pour les auxiliaires de l'exécution - les prestataires de services - on est en présence d'une concrétisation de la règle de l'art. 101 al. 1 CO ; dans ce contexte, des entrepreneurs indépendants (sous-traitants) peuvent aussi être considérés comme auxiliaires, tandis que cela serait en principe exclu dans le rapport extracontractuel (art. 55 CO).

> En soi, l'al. 1 serait superflu en regard des normes générales des art. 49*a* AP et 101 al. 1 CO. Il peut toutefois se révéler opportun, dans un acte législatif au consumérisme prononcé et par égard pour les partenaires européens, d'ancrer explicitement le principe de responsabilité dans la loi spéciale ; en conséquence, proposition est faite de maintenir la règle posée à l'art. 14 al. 1 LVF.

En revanche, en prévoyant que l'entrepreneur général responsable envers le consommateur a un droit de recours contre le prestataire de service fautif, l'al. 2 exprime une pure évidence, qui correspond du reste à la règle générale de l'art. 53*c* AP. C'est pourquoi cette disposition peut être éliminée et faire place ainsi au renvoi global à la Partie générale qui s'appliquera - sous réserve de dérogations expresses dans la LVF (comme par exemple l'art. 16 al. 2) - également (mais pas seulement) aux questions liées au droit de recours.

> On pourrait en principe renoncer aussi à l'al. 3 : il répète la réserve générale en faveur du droit international prévue à l'art. 44 AP. En raison du lien avec le droit européen et parce que la réserve a ici - particulièrement eu égard au droit du transport - une grande importance pratique, il peut cependant sembler opportun de la maintenir expressément dans la LVF, et cela également dans le cadre de la réforme du droit de la responsabilité civile.

4.2.55.02 Art. 15

Dans cette disposition, il est question de motifs qui peuvent exonérer totalement ou partiellement l'organisateur ou le détaillant de voyages à forfait de leur responsabilité. La modification matérielle de l'al. 1, qui sera motivée ci-dessous, fournit l'occasion de corriger de manière correspondante le titre marginal de l'article et de remplacer le mot "exceptions" par le terme technique consacré, à savoir "exonération".

L'al. 1 est formulé de manière équivoque dans la mesure où, dans les circonstances prévues aux lit. a à c, il semble n'exonérer l'organisateur ou le détaillant que totalement ; en d'autres termes, il paraît exclure la simple réduction de la réparation au sens des art. 43 et 44 CO ou de l'art. 52 AP, et cela même si les circonstances en question n'ont été que des causes partielles du dommage. Il n'y a cependant pas de raison d'admettre ici l'application du principe du "tout ou rien", qui est étranger au droit suisse[1757]. De tels doutes doivent être levés par la formulation selon laquelle le responsable ne répond pas "... dans la mesure où ..." ; cette formulation correspond à celle de l'art. 41 al. 1 AP ("Une

---

prennent pas position: Tercier P., Les contrats spéciaux, 2e éd., Zurich 1995, N. 4782 et Honsell H., Schweiz. Obligationenrecht. Besonderer Teil, 4e éd., Berne 1997, § 40/2, p. 395.

1757 Du même avis Tercier P., op. cit. (n. 1756), N. 4786.

personne est tenue de réparer le dommage causé à autrui dans la mesure où le fait dommageable peut lui être imputé en vertu de la loi").

(L'al. 2 n'est pas directement significatif en droit de la responsabilité. S'il vient en aide au consommateur, l'organisateur ou le détaillant peut, selon les circonstances, prétendre à une indemnisation sur la base de la gestion d'affaires sans mandat).

4.2.55.02bis Art. 16

L'al. 1 sanctionnant de nullité les clauses exclusives de responsabilité pour les dommages corporels correspond au principe général de l'art. 57 al. 1 AP ; compte tenu de ce que cette dernière règle est applicable en vertu du renvoi général prévu au nouvel art. 14 al. 2 LVF, il pourrait être supprimé. Etant donné toutefois que l'al. 2 contient une dérogation à l'art. 57 AP et qu'il n'aurait plus aucun point d'attache en l'absence de l'al. 1, il est recommandé de maintenir ce dernier.

Contrairement à l'al. 2, l'art. 57 al. 2 AP prévoit que les conventions exclusives ou limitatives de responsabilité sont nulles aussi pour les dommages autres que corporels lorsqu'elles sont stipulées dans des Conditions générales préimprimées. La LVF ne connaît pas une telle restriction et, en regard de la situation de concurrence entre les organisateurs et détaillants de voyages à forfait suisses et européens, il semble peu judicieux de vouloir défavoriser les nationaux précisément sur ce point, par le biais d'une "autonomie" démonstrative en matière de transposition. C'est pourquoi cette disposition n'est pas non plus touchée.

4.2.56 Loi sur les fonds de placement (LFP)

L'actuelle LFP date de 1994 et a remplacé un acte législatif correspondant de 1966[1758]. Elle contient un Chapitre 8 sur la "responsabilité" ("Verantwortlichkeit" dans la version allemande). Dans l'intérêt d'une terminologie uniforme (qui ne doit pas être impérativement adaptée à celle du droit de la société anonyme), les auteurs de l'avant-projet proposent d'intituler à l'avenir le chapitre "Haftung" dans la version allemande.

4.2.56.01 Art. 65

L'al. 1 de cette norme prévoit une responsabilité pour faute (avec renversement du fardeau de la preuve) des personnes physiques ou morales pour toutes les violations de leurs obligations en rapport avec "l'exploitation" ou la surveillance d'un fonds de placement ; cette responsabilité fonctionne donc en pratique comme la responsabilité contractuelle selon l'art. 97 CO, mais elle est opérante indépendamment du fait que la personne responsable se trouve liée ou non par un rapport contractuel à l'investisseur lésé. Sur ce point, il s'agit d'un cas particulier (par rapport à l'art. 41 CO), qui est manifestement voulu et qui ne doit en conséquence pas être touché par la réforme.

De même, l'al. 2 s'écarte de la règle ordinaire régissant la responsabilité pour les auxiliaires - du moins pour autant qu'une responsabilité extracontractuelle selon l'art. 55 CO ou l'art. 49*a* AP entre en ligne de compte - dans la mesure où une obligation de répondre du fait d'autrui est imposée de manière générale (et pas uniquement dans le contexte contractuel, à l'instar de l'hypothèse prévue à l'art. 101 al. 1 CO). Cette responsabilité est mise à la charge du sujet, non seulement pour les auxiliaires qui lui sont subordonnés, mais encore pour les "personnes qui agissent en son nom", donc aussi, selon les circonstances, pour les "sous-traitants" indépendants non susceptibles d'être instruits. Il faut partir du principe que cette

---

1758 FF 1993 I 189 ss ; RO 1994 2523 ss.

réglementation spéciale est voulue par le législateur, afin d'apporter un contrepoids aux risques jugés manifestement très élevés des fonds de placement ; elle doit par conséquent être reprise.

Le contenu actuel de l'al. 3 prévoit l'exclusion des restrictions à la responsabilité ; il devient superflu, étant donné qu'il s'agit d'un cas réglé de manière générale à l'art. 57 al. 2 ch. 3 AP (jusqu'ici à l'art. 100 al. 2 et à l'art. 101 al. 3 CO), à savoir le cas d'une activité autorisée ou concédée "par l'autorité" (cf. art. 10 LFP). Afin de garantir l'application de cette norme, la place laissée libre par sa suppression peut être utilisée pour le renvoi aux règles générales du droit de la responsabilité (à la Partie générale, selon les termes nouvellement utilisés) ; jusqu'alors, ce renvoi faisait défaut dans la LFP, ou plutôt, il n'y était qu'implicitement contenu.

4.2.56.02 Art. 66

Cet article doit être abrogé pour des raisons identiques : les règles générales sur la solidarité et le droit de recours (art. 53*b* et 53*c* AP) s'appliquent en vertu du renvoi général du nouvel art. 65 al. 3 LFP.

4.2.56.02bis Art. 67

S'agissant de la prescription de prétentions en dommages-intérêts découlant de la LFP, l'art. 67 prévoit un *dies a quo* spécifiquement adapté à la situation des fonds de placement, à savoir le "jour du remboursement d'une part". Cette construction est particulière aussi dans la mesure où le délai d'un an, courant à compter de ce moment a, en plus du délai "normal de 10 ans" - qui commence à courir à compter "du jour où le dommage s'est produit" - un caractère pour ainsi dire absolu. On est ainsi en présence d'une forme de renversement du modèle de l'art. 55 AP (actuel art. 60 al. 1 CO). Ici aussi, la spécificité de la réglementation parle en faveur de son maintien.

4.2.56.02ter Art. 68

Cette disposition sur le for doit être régie par La loi sur les fors, qui est actuellement soumise à l'examen du Parlement ; elle doit donc disparaître de la LFP[1759].

4.2.57 Loi sur les banques (LB)

La Loi sur les banques de 1934 a été soumise à une révision substantielle en 1994[1760] ; à cette occasion, les dispositions du Chapitre XIV "responsabilité et dispositions pénales" n'ont pas été touchées. Les auteurs de l'avant-projet en déduisent que le législateur a estimé qu'il n'y avait pas lieu de faire des modifications dans ce domaine et que les particularités des prescriptions des art. 39 à 43 LB (fortement inspirées du droit de la société anonyme) devaient en conséquence être conservées. C'est pourquoi les propositions de révision se limitent à deux dispositions (art. 44 et 45 LB), pour lesquelles les caractéristiques

---

1759 Cf. les réf. cit. supra n. 1663, et not. l'art. 33 du Projet et le Message (FF 1999 II 2631 et 2647).

1760 FF 1993 I 825 ss ; RO 1995 246 ss.

propres au domaine bancaire ne justifient pas de solutions spéciales. Les règles générales peuvent ainsi s'appliquer aux problèmes qui y sont appréhendés. Dans ce contexte, on aurait à la rigueur pu se demander s'il ne faudrait pas mettre cela en évidence par un renvoi exprès à la Partie générale du droit de la responsabilité civile ; toutefois, l'application à la responsabilité bancaire des règles générales du CO régissant la réparation des préjudices est aujourd'hui si évidente qu'un renvoi explicite ne s'impose pas[1761].

A l'origine, une simple proposition de correction rédactionnelle de l'art. 38 al. 1 LB devait être faite, qui touchait l'adaptation à la réglementation de l'art. 43*a* AP de la réserve équivoque en faveur des "prescriptions de droit cantonal sur la responsabilité civile" en relation avec les banques cantonales[1762]. Or, la récente révision de la Loi sur les banques du 22 avril 1999 a abrogé cette disposition[1763]. Les auteurs de l'avant-projet n'ont sur ce point rien d'autre à proposer ; tout au plus se demandent-ils si, suite à une telle intervention, les al. 2 et 3, qui contiennent en fait des évidences, sont véritablement encore nécessaires.

4.2.57.01 Art. 44

Cette disposition se réfère au concours de prétentions contre une pluralité de responsables, c'est-à-dire à la solidarité et au droit de recours qui en découlent. Sur ce point, il est surprenant que la révision du droit de la société anonyme et la nouvelle formulation délibérée de l'art. 759 CO ne se soient pas répercutées sur la LB. A cet égard, la révision du droit de la société anonyme a servi avant tout à imposer le véritable concept de solidarité, en réponse à une interprétation exagérément extensive du TF[1764] ; or, compte tenu de la divergence désormais patente entre la teneur de l'art. 759 CO et celle de l'art. 44 LB, il est douteux que cette dernière disposition puisse toujours être interprétée à la lumière de la jurisprudence fédérale récemment réorientée[1765]. Ce qui est toutefois déterminant, c'est que les art. 53*b* et 53*c* AP prévoient désormais une réglementation générale, qui rend superflue une disposition spéciale dans la LB (comme du reste en droit de la société anonyme), et cela d'autant plus que la réglementation proposée correspond à l'interprétation préconisée par la doctrine récente majoritaire.

1761 Bodmer D./Kleiner B./Lutz B., Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zurich 1976 - 1997, N. 1 Vorbem. ad art. 38-49.

1762 Bodmer D./Kleiner B./Lutz B., Kommentar, op. cit. (n. 1761), N. 1 ad art. 38 LB.

1763 RO 1999 2407 ; Message et Projet in : FF 1998 III 3349 ss, ch. 26, p. 3376 s. et 3413.

1764 Cf. supra 2.6.4.3 et la n. 842 s'y rapportant ainsi que 4.2.007 concernant l'art. 759 OR.

1765 Bodmer D./Kleiner B./Lutz B., Kommentar, op. cit. (n. 1761), N. 2 ad art. 44 LB (version de juin 1997) et les références citées.

4.2.57.02 Art. 45

Cette disposition sur la prescription n'est plus nécessaire non plus, au regard de l'art. 55 AP. Elle peut - tout comme l'art. 760 CO et pour les mêmes raisons[1766] - être abrogée.

1766 Au sujet de l'art. 760 CO cf. supra 4.2.008.

ANNEXE

DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE. INTERVENTIONS PARLEMENTAIRES DEPUIS 1970

EA = Question ordinaire

I = Interpellation

M = Motion

P = Postulat

Pa. Iv. = Initiative parlementaire

P 10470	Unification du droit en matière de responsabilité civile (N 7.10.70, Cadruvi)
P 11534	Réparation en cas d'inconscience (E 19.9.73, Dillier)
P 76.427	Loi sur les toxiques (N 23.3.1977, Cavelty)
P 76.433	Fabrication des produits chimiques. Dangers (N 14.12.76, Carobbio)
P 79.407	Responsabilité du fait des produits (N 26.9.79, Neukomm)
P 80.429	Maladies professionnelles. Prescription (N 19.6.81, Crevoisier)
P 80.476	Accidents du travail. Prescription (N 19.6.81, Ziegler-Genf)
P 80.590	Prescription durant un procès en cours (N 17.12.82, Leuenberger)
P 81.492	Barrages. Responsabilité civile des propriétaires (N 18.12.81, Vannay)
Ad 83.227	Accidents professionnels. Responsabilité de l'employeur (N 20.12.85, Commission du Conseil national ; E 6.10.86)
P 84.434	Indemnisation des victimes d'actes de violence criminels (E 6.6.84, Hänsenberger)
P 85.321	Transporteurs aériens. Responsabilité (N 21.6.85, Leuenberger)
I 85.535	I Dirren du 16.9.85. Barrages et usines électriques. Responsabilité (N)
P 86.141	Protection de l'environnement. Responsabilité civile (N 19.6.87, Uchtenhagen)

P 86.171	Loi sur l'électricité. Dispositions sur la responsabilité civile (N 20.3.87, Bühler-Tschappina)
86.704	EA Longet du 8.10.86, Droit médical. Responsabilité (N)
P 86.818	Industrie chimique. Loi sur la responsabilité civile (N 20.3.87, Groupe AdI/PEP)
P 86.911	Service des PTT. Responsabilité de la Confédération (N 1.10.87, Dirren)
P 86.981	Catastrophes écologiques. Responsabilité civile (N 20.3.87, Weder-Basel)
P 86.992	Atteintes à l'environnement. Modification du droit (N 20.3.87, Fetz)
P(I) Ad 87.046	Responsabilité civile en matière nucléaire. Questions d'indemnisation (N 6.10.87, Commission du Conseil national)
P Ad 87.221	Responsabilité civile du personnel médical (N 23.6.88, Commission de la sécurité sociale du Conseil national)
P 88.521	Sols pollués. Réglementation des dommages (N 7.10.88, Ulrich)
88.693	EA Hildbrand du 23.6.88. Barrages. Assurance-responsabilité civile (N)
P. 88.738	Suppression de l'article. 81 LCR (E 15.12.88, Gautier)
88.847	I Danioth du 13.12.88, Transport de marchandises dangereuses par la route et par le rail (E)
88.867	I Flückiger du 9.3.89, Primes RC autos. Moyens d'enrayer l'augmentation des coûts (E)
89.408	I Oehler du 16.3.89. Transport de marchandises dangereuses dans le Rheintal (N)
89.1008	EA Carobbio du 1.2.89. Substances dangereuses. Ordonnance sur l'entreposage
89.247	Pa. Iv. Responsabilité du fait du produit (Neukomm), du 6.12.1989
90.509	I Seiler Rolf du 5.6.1990. Transport de matières dangereuses (N)
P Zu 88.203	Chimie et environnement (N 30.1.92, Commission de la santé publique et de l'environnement du Conseil national)
P 91.3306	Garages-parkings. Responsabilité civile des exploitants (N 20.3.92, Keller)
P (8) zu 92.037	Programme de législature 1991-1995, Objectif 36 (minorité de la Commission du Conseil national [von Felten, Bodenmann, Haering Binder, Hafner Rudolf, Hubacher])
Pa. Iv. 92.437	L'animal, être vivant (Loeb François), 24.8.1992

M 93.3027	Responsabilité civile illimitée des exploitants d'installations hydro-électriques (N 16.12.92, Commission du Conseil national de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie, 90.203 ; E 16.6.93)
P 93.3250	Responsabilité du fait des produits. Exonération réciproque de la responsabilité de l'importateur (N 3.6.93 Commission du Conseil national 89.247 [93.125])
M 93.3249	Responsabilité civile lors de "grands sinistres" (N 3.6.93, Commission du Conseil national 89.247 ; S 9.12.93)
Pa. Iv. 94.427	LAA et réductions en cas de négligence grave lors d'accidents non professionnels (Suter, 7.10.1994)
P 94.2574	Loi sur l'aide aux victimes d'infractions. Délai de péremption (N 24.3.95, Goll)
P 96.3106	Responsabilité civile de l'organe de révision des caisses de pension (N 21.6.96, Rechsteiner Rudolf)
P 96.3533	Acompte en cas d'action pécuniaire (N 13.12.96, Ostermann)
P 96.3551	Action en responsabilité contre les autorités de surveillance LPP (N 10.12.96, CEP CFP CN)
P 96.3543	Action en responsabilité contre les autorités de surveillance LPP (E 5.12.96, CEP CFP CE)
	[même teneur que P. 96.3551]
P 96.3617	LPP. Responsabilité des organes (N 20.6.97, Gross Jost)
98.1051	EA Burgener du 27. 4. 1988, Loi fédérale sur la responsabilité civile des entreprises de chemin de fer et de bateaux et de la Poste Suisse (LRespC). Révision?