

Fuhrer/Kieser/Weber (Hrsg.)

Mehrspuriger Schadenausgleich

Mit Beiträgen zum Haftpflicht-, Sozialversicherungs-
und Privatversicherungsrecht

Des différentes voies menant à la réparation du dommage

Avec des contributions en droit de la responsabilité
civile, en droit des assurances sociales et privées

DIKE 

Fuhrer/Kieser/Weber (Hrsg.)

Mehrspuriger Schadenausgleich

**Mit Beiträgen zum Haftpflicht-, Sozialversicherungs-
und Privatversicherungsrecht**

Des différentes voies menant à la réparation du dommage

**Avec des contributions en droit de la responsabilité
civile, en droit des assurances sociales et privées**

DIKE 

© 2022 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03891-317-7
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag
zum persönlichen Gebrauch zur Verfügung gestellt.

*Die Beiträge sind zwischen dem Sommer 2019 und dem Sommer 2021 entstanden.
Les contributions ont été rédigées entre l'été 2019 et l'été 2021.*

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2022 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen

ISBN 978-3-03891-317-7

www.dike.ch



© 2022 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03891-317-7
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag
zum persönlichen Gebrauch zur Verfügung gestellt.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Avant-Propos	VII
Autorinnen- und Autorenverzeichnis	XVII
Kapitel 1: Haftpflichtrecht	1
Genügt das geltende Recht? <i>Thomas Geiser</i>	5
Verfassungskonformes Haftungsrecht – eine gelebte Realität? <i>Hardy Landolt</i>	20
Abschied vom Ausgleich? Ein Kontrapunkt. <i>Leander D. Loacker</i>	50
Rechtswidrigkeit <i>Vito Roberto/Jürg Fisch</i>	67
Les conditions de la responsabilité pour acte illicite selon le projet OR CO 2020 <i>Christine Chappuis</i>	88
Die Gefährdungshaftung: Ausnahme zur Regel? <i>Corinne Widmer Lüchinger</i>	96
Der Allgemeine Teil des Gefährdungshaftungsrechts <i>Shirin Grünig</i>	116
Staatshaftung – Das OR als Minimum <i>Volker Pribnow/Sarah Eichenberger</i>	142
Mit Art. 97 Abs. 1 OR ringen <i>Hubert Stöckli</i>	165
Soft Law im Haftpflichtrecht <i>Barbara Klett/Dominique Müller</i>	176
Haftpflichtrecht im Zeichen der Digitalisierung <i>Walter Fellmann</i>	206
Gedanken zur Systematisierung der Haftungsfolgen <i>Bernhard Stehle</i>	221

Le tort moral en cas de dommages de personne : une pratique surannée <i>Alexandre Guyaz</i>	242
Bemessung oder (ein bisschen mehr) Berechnung von immateriellen Schäden – was wäre möglich? <i>Christian Huber/Paul Schultess</i>	258
Echte und unechte Solidarität: kritische Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichts <i>Frédéric Krauskopf</i>	284
Ist das neue Verjährungsrecht im Haftpflichtrecht angemessen? <i>Isabelle Wildhaber/Sevda Dede</i>	298
Kapitel 2: Sozialversicherungsrecht	313
Woher soll die AHV die Einnahmen beziehen? Ein Blick auf Erwerbseinkommen und Kapitalertrag <i>Marco Reichmuth</i>	318
Le rôle de la solidarité pour le droit des assurances sociales <i>Anne-Sylvie Dupont</i>	336
Wen schützt das Sozialversicherungsrecht? <i>Bettina Hummer</i>	356
Grundprinzipien: Verortung und Stellenwert der Eigenverantwortung im Sozialversicherungsrecht <i>Kurt Pärli/Nathalie Flück</i>	374
Welchen Stellenwert soll die Abdeckung des Risikos des Todes im Sozialversicherungsrecht haben? <i>Marc Hürzeler</i>	453
Die Verwandlung der Krankenversicherung Über (vermeintliche) Gestaltungsprinzipien der Sozialversicherung <i>Philipp Egli</i>	461
Die berufliche Vorsorge: eine Sozialversicherung? <i>Basile Cardinaux</i>	479
Ein Krankentaggeld für alle (Arbeitnehmenden) <i>Volker Pribnow/Sarah Eichenberger</i>	503
Soll die berufliche Vorsorge nach denselben Prinzipien wie die 1. Säule gestaltet werden? <i>Hans-Ulrich Stauffer</i>	530

La maternité et le droit des assurances sociales <i>Stéphanie Perrenoud</i>	549
Das bisschen Haushalt ... <i>Eva Slavik</i>	573
Leistungsbemessung: Sollen sozialversicherungsrechtliche Leistungen gekürzt werden können? Und weshalb (nicht)? <i>Kaspar Gehring</i>	587
Faktische Lebensgemeinschaft im Zivil- und im Sozialversicherungsrecht – Parallelen und Unterschiede <i>Alexandra Jungo/Lars Hochstein</i>	609
Familie im Sozialversicherungsrecht <i>Susanne Bollinger</i>	629
Datenschutz: Soll die Sozialversicherung pauschalere Leistungen vorsehen, um weniger Daten zu benötigen? <i>Ursula Uttinger</i>	642
Kapitel 3: Privatversicherungsrecht	655
Ist der Versicherungsbegriff noch zeitgemäss? <i>David Mösch</i>	658
Merkmale des privaten Versicherungsvertrages <i>Matthias-Christoph Henn</i>	688
Versicherungstätigkeit im Ausland (?) <i>Pascal Grolimund</i>	708
Das Konzept des internetbasierten Vertriebs für Jedermann-Versicherungen <i>Hans-Peter Schwintowski</i>	720
Bedeutung der Versicherung für das Haftpflichtrecht <i>Jürg Nef</i>	732
Der Schadenfall im Rahmen der Haftpflichtversicherung – Rechte und Pflichten der Parteien und die Folgen von deren Verletzung <i>Christian Imhof/Massimo Pergolis</i>	748
Ausgewählte Aspekte im Umgang mit Rechtsschutzversicherungen <i>Thierry Luterbacher</i>	776
Vertragsänderung und -neuabschluss (am Beispiel des Versicherungsvertrags) <i>Clemens von Zedtwitz/Riccardo Maisano</i>	802

Die Principles of Reinsurance Contract Law 2019 (PRICL 1.0) – Transparenz und Einheitlichkeit im Rückversicherungsvertragsrecht? <i>Helmut Heiss/Oliver D. William</i>	816
Zur Entwicklung des Versicherungsvertragsrechts in der Schweiz <i>Stephan Fuhrer</i>	838
Kapitel 4: Übergreifende Themen	861
Der Invaliditätsbegriff im Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungsrecht – Gemeinsamkeiten, Unterschiede und wünschbare Annäherungen <i>Max B. Berger</i>	864
Unklare Beschwerdebilder – Ist die Rechtsprechung bisher gut vorgegangen? <i>Sebastian Reichle</i>	887
Schadenminderungspflicht: Gemeinsamkeiten und Unterschiede in den verschiedenen Schadenausgleichssystemen <i>Hardy Landolt</i>	903
Zumutbarkeit – Gedanken aus medizinischer Sicht <i>Jörg Jeger</i>	937
Leistungskoordination: Sollen für die verschiedenen Koordinationsebenen analoge Koordinationsgrundsätze gelten? <i>Thomas Ackermann</i>	965
Überentschädigung durch Haftpflicht- und Versicherungsleistungen <i>Adrian Rothenberger</i>	978
Le droit préférentiel de la personne lésée : encore et toujours <i>Ghislaine Frésard-Fellay</i>	1004
Beweisrechtliche Unterschiede zwischen Haftpflicht- und Sozialversicherungsprozess und ihre Folgen <i>Daniel Summermatter/Noémie Zürcher</i>	1014
Blick auf die Beweismittel im Sozialversicherungsrecht – Wie sieht das schlüssige Beweisverfahren aus? <i>Massimo Aliotta</i>	1037
Der Regressprozess <i>Thomas Bittel</i>	1056
Rolle und Bedeutung des Anwalts, Spielräume und Fallstricke <i>Markus Schmid</i>	1075

Der Fall ist abgeschlossen – oder doch nicht? Verfahrensrechtliche Fragen rund um den sogenannten Fallabschluss in der Unfallversicherung <i>Andrea Pfeiderer</i>	1091
Welchen Beitrag leisten die Gerichte zur Effektivität des Rechtsschutzes im Sozialversicherungsrecht? <i>Thomas Flückiger</i>	1105
Wie sehr kann die Partei das Gerichtsverfahren beeinflussen? <i>Miriam Lendfers</i>	1131
Wie viel Verfahrenshilfe braucht die unbeholfene Partei? <i>Hans-Jakob Mosimann</i>	1145
Steuert das Steuerrecht das Sozialversicherungsrecht? Fragmente einer Prüfung anhand der Limitierung der Kapitalbezüge <i>Peter Lang</i>	1160
Versicherungsleistungen – Steuerfolgen <i>Adrian Rufener</i>	1172
Kapitel 5: Social und Future Talk	1199
Vom idealen Haftpflichtrecht – Träume eines juristischen Schwärmers <i>Pierre Widmer</i>	1202
Europäisches Haftpflichtrecht, Illusion oder Notwendigkeit? <i>Helmut Koziol</i>	1212
Konzerne und Grundrechte <i>Philip Stolkin</i>	1226
Das Unrecht als Bedingung der kulturellen Evolution <i>Atilay Ileri</i>	1258
Et si on parlait ouvertement de valeurs ? Un essai sur la place désirable du politique et du culturel dans l'enseignement du droit privé <i>Franz Werro</i>	1286

Soft Law im Haftpflichtrecht

Barbara Klett/Dominique Müller

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	178
II.	Begriffsdefinitionen	179
	1. Normen sind nicht gleich Normen	179
	1.1 Begriff der Norm	179
	1.2 Kategorien von Normen	179
	2. Begriffe «Stand der Technik», «Stand von Wissenschaft und Technik»	182
III.	Verbindlichkeit von Soft Law in der Schweiz	183
	1. Verbindlichkeit durch vertragliche Abrede	183
	2. Verbindlichkeit durch Verweise des Gesetzgebers	184
	3. Verbindlichkeit durch Gesetzesauslegung	186
IV.	Soft Law im Haftpflichtrecht	187
	1. Soft Law zur Bestimmung der Sicherheit bei Produkten	187
	1.1 Anforderungen an Produkte	187
	1.2 Haftung	189
	2. Soft Law zur Bestimmung von Sorgfaltspflichten im Vertragsverhältnis	190
	2.1 Sorgfaltspflicht im Auftragsverhältnis	191
	2.2 Sorgfaltspflicht im Werkvertragsverhältnis	192
	3. Soft Law bei der Definition von Verhaltenspflichten, Gefahrensatz und Sorgfaltspflichten im Sport- und Freizeitbereich	194
	4. Soft Law zur Bestimmung von Sorgfaltspflichten von Gesellschaftsorganen	196
	4.1 Definition der Corporate Governance	196
	a) Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance	197
	b) Bedeutung von Corporate Governance im Haftpflichtrecht	198
	4.2 Compliance und E-Compliance	198
	a) Corporate Social Responsibility (CSR)	199
	b) Internationale Bekämpfung der Geldwäscherei	201
V.	Fazit	202

Literaturverzeichnis

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009; BÜHLER CHRISTOPH, «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance»: Anpassungsbedarf im Spiegel der internationalen Entwicklung, in: Fleischer Holger/Kalss Susanne/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2012, Hamburg/Wien/Zürich 2013, 1 ff. (zit. BÜHLER, Corporate Governance); BÜHLER ROLAND, Definition des Produktfehlers im Produktehaftpflichtgesetz, AJP 1993 1425 ff. (zit. BÜHLER, Produktfehler); BÜHLER THEODOR, Bedeutung der technischen Vorschriften und Normen für das Haftpflicht- und das Strafrecht, AJP 2018 1186 ff. (zit. BÜHLER, Technische Vorschriften); DERS., Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Teilband V/2d, Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZHK OR-BÜHLER); BÜTLER MICHAEL, Gefahrensatz und Verkehrssicherungspflichten, in: Klett Barbara (Hrsg.), HAVE Haftung am Berg, Zürich/Basel/Genf 2013, 35 ff.; FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992; FELL-

MANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012; FISCHER DANIEL, Organisation und Haftung im Aktienrecht, AJP 2020 271 ff.; FURRER ANDREAS, Produktsicherheit, Produkthaftung und technische Normung in der Schweiz, in: Fellmann Walter/Furrer Andreas (Hrsg.), Produktsicherheit und Produkthaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen, Bern 2011, 1 ff.; GASSER URS/HÄUSERMANN DANIEL, E-Compliance, Konzept, Merkmale, Aufgaben und organisatorische Auswirkungen, in: Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 9. Tagungsband, Bern 2007, 71 ff.; GASSMANN ROCHUS, Vorbemerkungen zu Art. 9–11 GwG, in: Fischer Willi/Luterbacher Thierry (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016; GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019; GEISSER GREGOR, Die Konzernverantwortungsinitiative, Darstellung, rechtliche Würdigung und mögliche Umsetzung, AJP 2017 943 ff.; GUSTINETTI HENZ TANJA, Corporate-Governance-Regulierung in der Schweiz – eine Übersicht, in: Tarolli Schmidt Nadia (Hrsg.), Corporate Governance – Pflicht oder Kür?, Basel/Zürich 2011; HERZOG-ZWITTER IRIS, § 11, Sorgfaltspflichtverletzung im Allgemeinen, in: Landolt Hardy/Herzog-Zwitter Iris (Hrsg.), Arzthaftungsrecht, Handbuch zum Arzthaftungsrecht und elektronische Datenbank mit ca. 1400 Arzthaftungsentscheiden, frei recherchierbar nach Stichworten, Zürich/St. Gallen 2014, 253 ff.; HESS HANS-JOACHIM, Prinzipien und Rechtswirkungen der technischen Normung, in: Fellmann Walter/Furrer Andreas (Hrsg.), Produktsicherheit und Produkthaftung: Die Schonzeit für Hersteller, Importeur und Händler ist vorbei!, Bern 2012, 1 ff. (zit. HESS, Technische Normung); DERS., Stämpfli Handkommentar, Produkthaftungsgesetz (PrHG), 3. Aufl., Bern 2016 (zit. SHK PrHG-HESS); DERS., Stämpfli Handkommentar, Produktsicherheitsgesetz (PrSG), Bern 2010 (zit. SHK PrSG-HESS); HOFSTETTER KARL, Konzernverantwortungsinitiative und Geschäftsherrenhaftung, SJZ 2019 271 ff.; HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE, Bundesgesetz über die Produkthaftung, in: Fischer Willi/Luterbacher Thierry (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. HaftpflichtKomm PrHG-HOLLIGER-HAGMANN); DIES., Bundesgesetz über die Produktsicherheit, in: Fischer Willi/Luterbacher Thierry (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. HaftpflichtKomm PrSG-HOLLIGER-HAGMANN); HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-AUTOR/IN); KLETT BARBARA, Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess, in: Dupont Anne-Sylvie/Heiss Helmut/Krauskopf Frédéric (Hrsg.), HAVE, Jahrbuch SGHVR 2019, Zürich 2019, 5 ff.; KLETT BARBARA/BIELMANN YVES, Produktsicherheit und Warenverkehr – Aktuelle Entwicklungen, S & R 2014 79 ff.; KLETT BARBARA/MÜLLER DOMINIQUE, Rechtsentwicklung zum PrHG und PrSG, HAVE 2018 438 ff.; KOLLER ALFRED, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Bern 1998; KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., Bern 2016; LEHMANN PETER, Kommentierung von Art. 363 ff. OR, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Obligationenrecht, Basel 2014; LOISTL ALEXANDER, Technische Normen und Good Practices im Haftpflichtrecht, LeGes 2006 75 ff.; LUTERBACHER THIERRY, Kommentierung von Art. 754 ff. OR, in: Fischer Willi/Luterbacher Thierry (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016; MÜLLER ROLAND, § 21, Unsorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandats – aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in: Weber Stephan/Münch Peter (Hrsg.), Haftung und Versicherung, Beraten und Prozessieren im Haftpflicht- und Versicherungsrecht, 2. Aufl., Basel 2015, 983 ff.; NÄF FRANCESCO, Soft Law und Gewaltenteilung, AJP 2015 1109 ff.; NATTERER GARTMANN JUDITH/KAISER MARTIN/STÖCKLIN REGULA, Sportunfallprävention aus rechtlicher Sicht, Jusletter vom 25.3.2013; PEYER PATRIK, § 43, Hauptaufgaben des Verwaltungsrates, in: Fischer Willi/Drenckhan Helke/Gwelessiani Michael/Theus Simoni Fabiana (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, Basel 2014, 526 ff.; STUDER CHRISTOPH, § 44, 46–51, in: Fischer Willi/Drenckhan Helke/Gwelessiani Michael/Theus Simoni Fabiana (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, Basel 2014, 597 ff., 627 ff.; WIDMER

LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK PrHG-AUTOR/IN); DIES. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK OR I-AUTOR/IN); WYSS LUKAS, Technische Normen und Vorschriften im Spannungsfeld zwischen Haftpflicht- und Produktesicherheitsrecht, AJP 2006 53 ff.

I. Einleitung

Traditionell stammt das Institut des Soft Law aus dem Völkerrecht, wo Soft Law als rechtlich nicht bindende Übereinkünfte, Resolutionen, Empfehlungen, Leitlinien oder Absichtserklärungen verstanden wird. Aufgrund der Unverbindlichkeit wird keine völkerrechtliche Verantwortung des betreffenden Staates ausgelöst, wenn diese Normen nicht eingehalten werden. Man spricht daher auch von Bestimmungen mit «weicher» Verbindlichkeit, d.h. Normen, die keine rechtliche Bindewirkung erzeugen, aber trotzdem rechtlich relevant sind, sei es rechtsstützend oder rechtsergänzend.¹

Soft Law ist auch im schweizerischen Rechtssystem allgegenwärtig, wird jedoch meistens nicht als Soft Law bezeichnet. Oft wird von *Normen* gesprochen, geläufig sind aber auch Begriffe wie *Empfehlungen sachkundiger Stellen*, *Standards*, *Leitfäden*, *Vereins-/Verbandsrecht* oder *Vorgaben von Behördenseiten*. Es handelt sich oft um Regelungen, die einen gewissen technischen Standard definieren und branchenspezifisch meistens grosse Bedeutung haben. Obwohl Soft-Law-Normen keine Gesetze sind, tragen sie dennoch zur Rechtssicherheit bei. Technische und branchenspezifische Normen sind ein wichtiges Instrument bei Entwicklung, Gebrauch oder Anwendung von Gütern, Bauwerken und Dienstleistungen. Sie werden von den Gerichten zur Auslegung von unbestimmten Gesetzesbegriffen beigezogen und bilden einen Massstab bei der Bestimmung der haftpflichtrechtlichen Sorgfalt oder technischen Mängelfreiheit.

Dieser Beitrag setzt sich mit den bestehenden Soft-Law-Normen im Schweizer Recht, deren Anwendung und Bedeutung auseinander. Der Fokus liegt dabei auf der rechtlichen Bedeutung von Soft Law im Haftpflichtrecht. Bevor die Auswirkungen des Einhaltens bzw. Nichteinhaltens einer Norm diskutiert werden können, ist vorab der Begriff der Norm zu definieren.

¹ NÄF, 1110.

II. Begriffsdefinitionen

1. Normen sind nicht gleich Normen

1.1 Begriff der Norm

Der Begriff der «Norm» ist nicht geschützt, weshalb er in unterschiedlichen Kontexten vorkommt und der Begriff selber noch keine Aussage über die Verbindlichkeit enthält. Die Europäische Norm (EN)² definiert in der SN EN 45020 «Normung und damit zusammenhängende Tätigkeiten – Allgemeine Begriffe» eine Norm wie folgt: «Eine Norm ist ein Dokument, das mit Konsens erstellt und von einer anerkannten Institution angenommen wurde. Es legt für die allgemeine und wiederkehrende Anwendung Regeln, Leitlinien oder Merkmale für Tätigkeiten oder deren Ergebnisse fest, wobei ein optimaler Ordnungsgrad in einem gegebenen Zusammenhang angestrebt wird.»

Normen lassen sich demnach als Regeln zusammenfassen, die in fast allen Gebieten im modernen Wirtschafts- und Alltagsleben bestehen. Sie können Qualitäts- und Mindestanforderungen im Bereich von Produkten, Verfahren, Messmethoden, Prozessen, Dienstleistungen oder Technik definieren und damit zum Schutz der Umwelt, der Bevölkerung in der Freizeit und auch am Arbeitsplatz dienen.

Normen entstehen im Zusammenspiel verschiedener Interessengruppen (Behörden, Wissenschaftler, Hersteller, Anwender, Konsumenten usw.), die auf Basis technischer und wirtschaftlicher Lösungen Standards im Einvernehmen definieren. Es handelt sich demnach nicht um das Werk einer einzelnen Interessengruppe, die nur ihr eigenes Ziel verfolgt. Eine Norm wird zum Zeitpunkt der Veröffentlichung von einer Mehrheit repräsentativer Fachleute als Wiedergabe des *Standes der Technik* angesehen, basierend auf den gesicherten Erkenntnissen aus Wissenschaft, der Technik und den Erfahrungen.

Durch Normierungen erfolgt auch eine Vereinheitlichung von Methoden, Terminologien, Schnittstellen (Kompatibilität) und Standards. Dies erleichtert die Verständigung und Zusammenarbeit in der Wirtschaft, Wissenschaft und Technik und fördert den internationalen Warenverkehr. Die wirtschaftlich-gesellschaftliche Selbststeuerung/Selbstverwaltung wird dadurch gestärkt.

Die Anwendung von Normen ist grundsätzlich freiwillig. Bindend werden Normen aber dann, wenn sie Gegenstand von Verträgen zwischen Parteien sind oder der Gesetzgeber ihre Einhaltung zwingend vorschreibt.

1.2 Kategorien von Normen

In Bezug auf die Verbindlichkeit von Normen sind terminologisch im technischen Bereich die folgenden drei Kategorien zu unterscheiden:

² Europäische Normen werden von einem der drei europäischen Normungsgremien verabschiedet: Europäisches Komitee für Normung (CEN), Europäisches Komitee für elektrotechnische Normung (CENELEC) und Europäisches Institut für Telekommunikationsnormen (ETSI). Siehe https://europa.eu/youreurope/business/product-requirements/standards/standards-in-europe/index_de.htm (Abruf 15.4.2021).

Technische Vorschriften sind rechtlich verbindliche Vorgaben des Gesetzgebers auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe, die zwingend einzuhalten sind (siehe beispielsweise die Definition in Art. 3 lit. b des Bundesgesetzes über technische Handelshemmnisse, THG³). Gesetze und Verordnungen des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden mit einem Regelungsgegenstand technischer Natur können als technische Vorschriften bezeichnet werden. Beispielsweise definiert die Rohrleitungssicherheitsverordnung⁴ die minimalen Sicherheitsanforderungen an die Anlage und an die Betreiber (Art. 3 RLSV) oder die Lärmschutz-Verordnung⁵ verweist auf die SIA-Norm 181 vom 1. Juni 2006 (Art. 31a Abs. 1 lit. b LSV).

Zahlreiche Vorschriften finden sich auch im Planungs- und Baurecht. In der Schweiz setzt sich das Planungs- und Baurecht aus Erlassen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden zusammen. Der Bund hat die Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung im Bereich der Baugesetze. Er hat sich bei der Gesetzgebung auf Grundsätze zu den Zielvorstellungen und Planungsinstrumenten zu beschränken. Das Bundesgesetz über die Raumplanung⁶ und die dazugehörige Verordnung⁷ beinhalten die Ziele der Raumplanung für die ganze Schweiz. Die konkrete Umsetzung ist im Wesentlichen Aufgabe der Kantone, die wiederum einen Teil der Aufgaben den Gemeinden übertragen können. Die Kantone können Gesetze oder Verordnungen vorsehen, welche technische Vorschriften beinhalten. Der Kanton Zürich hat beispielsweise gestützt auf das kantonale Planungs- und Baugesetz die Besonderen Bauverordnungen I und II⁸ erlassen, welche technische Vorschriften in Bezug auf Bauten festhalten und spezifizieren.

(Harmonisierte) technische Normen sind von privatrechtlichen Organisationen erlassene Normen, welche in der Regel in einem mehrstufigen, formellen und öffentlichen Verfahren von den Gremien einer staatlich anerkannten Normenorganisation erarbeitet und beschlossen werden.⁹ In Art. 3 lit. c THG werden technische Normen als nicht rechtsverbindliche, durch norm-schaffende Gremien aufgestellte Regeln, Leitlinien und Merkmale, welche insbesondere die Herstellung, Beschaffenheit, Eigenschaften, Verpackung oder Beschriftung von Produkten oder die Prüfung oder Konformitätsbewertung betreffen, definiert.

In der Schweiz organisiert die Schweizerische Normen-Vereinigung (SNV) die Normungsarbeit und vertritt die Schweizer Interessen in der europäischen und der internationalen Normung. Anerkannte Normen werden in Normenkomitees der folgenden Organisationen erarbeitet und publiziert: Schweizer Normungsorganisationen: CES (Comité Electrotechnique Suisse); Europäische Normungsorganisationen: CEN (Comité Européen de Normalisation), CENELEC (Comité Européen de Normalisation Electrotechnique), ETSI (European Telecommunications Standards Institute); Internationale Normungsorganisationen: ISO (International Organization for Standardization), IEC (International Electrotechnical Commission).

³ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51).

⁴ Verordnung vom 4. April 2007 über Sicherheitsvorschriften für Rohrleitungsanlagen (RLSV; SR 746.12).

⁵ Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV; SR 814.41).

⁶ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG; SR 700).

⁷ Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1).

⁸ Besondere Bauverordnung I vom 6. Mai 1981 (BBV I; LS 700.21); Besondere Bauverordnung II vom 26. August 1981 (BBV II; LS 700.22).

⁹ BÜHLER, Technische Vorschriften, 1188; HaftpflichtKomm PrSG-HOLLIGER-HAGMANN, Art. 6 N 1.

Die internationale Normenorganisation ISO definiert die technische Norm als eine technische Spezifikation bzw. ein anderes Dokument, das der Öffentlichkeit zugänglich ist, in Zusammenarbeit mit allen interessierten Kreisen und mit deren Konsens oder allgemeiner Billigung aufgestellt wird, sich auf die vereinten Ergebnisse von Wissenschaft, Technik und Erfahrung stützt, den grössten Nutzen der Allgemeinheit zum Ziel hat und von einem qualifizierten Gremium auf nationaler, regionaler oder internationaler Ebene angenommen wurde.¹⁰

Anerkannte Normen werden nach festgelegten Grundsätzen und Verfahrensregeln erarbeitet. Wegen ihrer bewährten Prozesse verfügt die Normung über hohe Legitimation und ist kartellrechtlich unbedenklich.¹¹

Diese Normenorganisationen sind nicht befugt, Rechtsetzung zu betreiben, womit den technischen Normen grundsätzlich der Charakter der Rechtsverbindlichkeit oder der Charakter einer Rechtsnorm fehlt. Allerdings wird in Gesetzen oder Verordnungen und auch in EU-Richtlinien regelmässig auf Normen verwiesen, weshalb Normen in derartigen Fällen durchaus rechtliche Auswirkungen haben können. Ein direkter Verweis auf eine explizit genannte Norm findet sich beispielsweise in der Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge¹² in Art. 163 Abs. 4 lit. a: «Für hydraulische Anhängerbremsen gelten folgende Anforderungen: a. Der Steuerleitungsanschluss muss der Norm ISO 5676, 1983, «Traktoren und Maschinen für die Land- und Forstwirtschaft; hydraulische Kupplungen; Bremskreis» entsprechen; [...]»

Rechtliche Auswirkungen entstehen auch, wenn Normen den Status von anerkannten Regeln der Technik haben, was im Baubereich gemäss schweizerischem Bundesgericht grundsätzlich vermutet wird.¹³ Technische Normen werden daher auch oft als «anerkannte Regeln der Technik» bezeichnet.¹⁴ Anerkannt sind die technischen Regeln dann, wenn sie von der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig erkannt wurden, feststehen und sich nach einer klaren Mehrheitsmeinung der fachkompetenten Anwender, denen sie bekannt sind, in der Praxis bewährt haben.¹⁵

Bei technischen Normen unterscheidet man weiter zwischen harmonisierten und nicht harmonisierten Normen. Die *harmonisierten Normen* stellen eine spezielle Kategorie von europäischen Normen dar, welche im Auftrag der EU-Kommission von den privatrechtlich organisierten europäischen Normenorganisationen CEN, CENELEC und ETSI erlassen und als sog. EN im Amtsblatt der EU veröffentlicht werden. Die harmonisierten Normen sind technische Empfehlungen zur Ausfüllung der in den Richtlinien enthaltenen wesentlichen technischen Anforderungen. Die Erfüllung harmonisierter Normen führt zu einer Beweisvermutung für die Konformität eines Produkts oder eines Verfahrens. Die technischen Anforderungen können vom Hersteller auch auf andere technische Weise erfüllt werden. Allerdings trifft ihn dann die Beweislast der Konformität.¹⁶

¹⁰ <https://www.iso.org/fr/standards.html> (Abruf 15.4.2021).

¹¹ <https://www.snv.ch/de/ueber-normen/wer-schreibt-die-normen.html> (Abruf 15.4.2021).

¹² Verordnung vom 19. Juni 1995 über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (VTS; SR 741.41).

¹³ Dazu hinten IV.2.

¹⁴ Definition in Art. 3 lit. c THG; HaftpflichtKomm PrSG-HOLLIGER-HAGMANN, Art. 6 N 1.

¹⁵ GAUCH, N 846.

¹⁶ SHK PrHG-HESS, Art. 4 N 46 f.; siehe zur Konformität und Produkthaftung auch hinten IV.1.

Regelwerke von Branchenfachverbänden sind private Regelwerke, die von Branchenfachverbänden in Eigenregie herausgegeben werden, um primär für ihre Mitglieder technische Regelungen vorzugeben. Eine rechtliche Verbindlichkeit besteht nicht. Da die Fachorganisationen das Wissen der Branche besitzen und bei der Erarbeitung eines Werks regelmässig auch externe Fachleute aus der Wissenschaft beteiligt sind, werden diese Regelwerke der Branchenverbände häufig ebenfalls als Ausdruck anerkannter Regeln der Technik betrachtet. Ihre Anwendung ist jedoch im Grundsatz freiwillig. Die technischen Anforderungen können auch auf andere Weise erfüllt werden, sofern die Alternative im Hinblick auf die angestrebten Schutzziele gleichwertig ist.

Regelwerke von Branchenfachverbänden sind beispielsweise die SIA-Normen¹⁷, die Normen des Schweizerischen Vereins des Gas- und Wasserfaches SVGW oder die FIS-Regeln¹⁸.

Die praktische Bedeutung von Normen ist gross. Aktuell gibt es in der Schweiz rund 26'000 Normen, wobei nur 1000 reine Schweizer Normen sind und der Rest europäische (Kennzeichnung: EN) oder internationale (Kennzeichnung: ISO) Normen darstellt.¹⁹

2. Begriffe «Stand der Technik», «Stand von Wissenschaft und Technik»

In den Gesetzen und Verordnungen wird regelmässig die Terminologie «Stand der Technik» bzw. «anerkannte Regeln der Technik» und «Stand der Wissenschaft und Technik» verwendet. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe sind vorab zu definieren.

Der Stand der Technik bzw. anerkannte Regeln der Technik entsprechen dem zu einem bestimmten Zeitpunkt entwickelten Stadium der technischen Möglichkeiten, basierend auf gesicherten Erkenntnissen von Wissenschaft, Technik und Erfahrung.²⁰ Es ist ein technischer (Mindest-)Standard, der zur Erfüllung der vorherrschenden Sicherheitserwartungen notwendig, geeignet und zweckdienlich zu sein hat und den technologischen Wandel miteinbezieht. Das Stadium der technischen Möglichkeiten basiert auf den aktuellen gefestigten Erkenntnissen von Wissenschaft, Technik und Erfahrung.²¹ Technische Regeln gelten als anerkannt, wenn sie von der Wissenschaft oder von den einschlägigen Fachkreisen als theoretisch richtig anerkannt worden sind und sich in der Praxis bewährt haben. Die Regeln müssen dabei nicht völlig unangefochten und nicht zwingend schriftlich niedergelegt sein.²²

Der Stand der Technik betrifft die in der jeweiligen Branche bereits realisierten technischen Möglichkeiten. Der Begriff *Stand von Wissenschaft und Technik* ist umfassender. Er bezieht auch wissenschaftlich-theoretische Erkenntnisse mit ein, welche die technisch-naturwissenschaftliche Praxis nicht erreicht haben. Es wird nicht nur der Standard der in der Theorie vorliegenden Forschungsergebnisse der Technik einbezogen, sondern auch die Erkenntnisse an-

¹⁷ Dazu hinten IV.2.2.

¹⁸ Dazu hinten IV.3.

¹⁹ <https://www.snv.ch/de/ueber-normen/was-ist-eine-norm.html> (Abruf 15.4.2021).

²⁰ BSK PrHG-FELLMANN, Art. 5 N 16; SHK PrSG-HESS, Art. 3 N 27; BGer, 4A_428/2007, 2.12.2008, E. 3.1.

²¹ HaftpflichtKomm PrSG-HOLLIGER-HAGMANN, Art. 3 N 10.

²² BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 364 N 8.

derer wissenschaftlicher Disziplinen als der Technik. Man spricht auch von sog. «gefestigtem Wissen», welches auf wissenschaftlichen Erkenntnissen von Forschungsanstalten, Universitäten oder technischen Hochschulen beruhen kann. Die Erkenntnisse müssen jedenfalls gesichert, theoretisch plausibel und wissenschaftlich nachvollziehbar sein und ein Mindestmass an Publizität ist erforderlich. Die Branchenüblichkeit begründet den Stand der Wissenschaft und Technik nicht, sie kann ihm jedoch entsprechen.²³

Der Stand der Wissenschaft und Technik wird beispielsweise im Zusammenhang mit der Produkthaftung nach objektiven Kriterien bestimmt, nicht nach dem Wissensstand eines einzelnen Herstellers. Als massgebender Wissensstand hat der Stand im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des konkret infrage stehenden Produkts zu gelten. Dass zuvor bereits Produkte der gleichen Serie in Verkehr gebracht wurden, ist nicht massgeblich. Das Wissen muss zu diesem Zeitpunkt zugänglich gewesen und von der betreffenden wissenschaftlichen Gemeinschaft anerkannt worden sein.²⁴

Die Begriffe «Stand der Technik» und «Stand der Wissenschaft und Technik» haben in verschiedenen Rechtsgebieten eine zentrale haftpflichtrechtliche Rechtswirkung, worauf im Folgenden eingegangen wird.

III. Verbindlichkeit von Soft Law in der Schweiz

Allgemein verbindliche Rechtskraft haben nur Gesetze und Verordnungen, welche aufgrund der hoheitlichen Rechtsetzungskompetenz des Staates entstehen. Im Gegensatz zu einer gesetzlichen Norm, die in einem definierten staatlichen Verfahren zustande kommt, muss Soft Law nicht zwingend in einem bestimmten Verfahren entstehen.

Zur Verbindlichkeit von Soft Law kann es durch unterschiedliche Handlungen kommen. In Frage kommen die vertragliche Abrede von Parteien, Verweise des Gesetzgebers oder die Beachtung von Soft Law im Rahmen der Auslegung von Gesetzen.

1. Verbindlichkeit durch vertragliche Abrede

Soft Law wird in Verträgen regelmässig als Vertragsbestandteil vereinbart und wird so zum verbindlichen Vertragsinhalt. In Verträgen im Bauwesen sind Verweise auf die einschlägigen SIA-Normen branchenüblich, bei technischen Verträgen verweisen die Parteien regelmässig auf technische Vorschriften und bei Verträgen über die Herstellung oder Lieferung von Produkten auf die einschlägigen Normen, die Anforderungen an gewisse Produkte/Produktgruppen definieren. Durch solche Verweise können die Eigenschaften einer Sache und die zu erbringende Leistung klar umschrieben werden.

Durch die Aufnahme in den Vertrag wird eine Norm zwischen den Vertragsparteien verbindlich und definiert den zu liefernden Standard, die Beschaffenheit einer Kaufsache oder eines Werkes oder die anzuwendende Sorgfalt bei der Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung.

²³ SHK PrSG-HESS, Art. 3 N 27, 29 f.

²⁴ BGE 137 III 226 E. 4 f.

Die Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Normen kann eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellen und bei einem Schaden oder einer Abweichung der vereinbarten Eigenschaft haftpflichtrechtliche Folgen nach sich ziehen. Sie kann beispielsweise eine Mängelhaftung bzw. Gewährleistungsansprüche des Käufers auslösen (Art. 197 ff. OR²⁵).

Aber auch ohne ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien können Normen in Verträgen die zugesicherte oder vorauszusetzende Beschaffenheit definieren. Der Richter wird sich nämlich im Streitfalle auf technische Normen abstützen, um zu entscheiden, was die eine oder andere Vertragspartei bezüglich der geforderten Leistung oder eines Produkts erwarten durfte.²⁶

2. Verbindlichkeit durch Verweise des Gesetzgebers

Die Schweizer Rechtsordnung kennt sowohl direkte als auch indirekte Verweise auf Soft-Law-Normen, wie z.B. (direkte) Verweise auf technische Normen in der Lärmschutz-Verordnung (Art. 31a und Art. 32 verweisen auf die SIA-Norm 181) oder in der Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (Art. 163 Abs. 4 lit. a verweist auf die Norm ISO 5676, 1983) oder (indirekte) Verweise durch unbestimmte Rechtsbegriffe auf die anzuwendende Sorgfalt gemäss dem «Stand der Technik»²⁷ etc. (z.B. Art. 4 VEMV²⁸). Die gesetzliche Bestimmung, die auf eine Norm verweist, ist selber hinsichtlich des geregelten Inhalts nicht abschliessend. Der vollständige Regelungsinhalt wird erst durch die auf diese Weise verknüpften Bestimmungen abgebildet. Ein solcher Normenverweis bietet sich insbesondere dann an, wenn eine Norm umfangmässig zur Übernahme in einen Rechtserlass nicht geeignet ist oder wenn sich der Regelungsgegenstand weiterentwickelt und Änderungen ausgesetzt ist. Ausserdem ist der Inhalt einer Norm für die betroffenen Branchen regelmässig besser zugänglich und geniesst eine höhere Akzeptanz als ein Gesetz oder eine Verordnung.

Eine besondere Bedeutung kommt der technischen Normung auch im Recht der Europäischen Union (EU) zu, wo sich das Konzept des *New Approach* durchgesetzt hat. Dieses zeichnet sich durch eine Verknüpfung zwischen Gesetzgebung und Normierung aus. Dabei sind bei technischen Gesetzen im Text nur allgemeine Vorgaben zu grundlegenden Anforderungen bezüglich Sicherheit, Gesundheit und Umweltschutz enthalten. Der Staat begnügt sich unter dem New-Approach-Prinzip demnach mit Vorschriften zu den grundlegenden Anforderungen (meistens Sicherheitsanforderungen), denen die in Verkehr gebrachten Erzeugnisse genügen müssen. Für die Konkretisierung der materiellen Anforderungen können technische Normen herangezogen werden, welche unter bestimmten Voraussetzungen vermutungsweise den anzuwendenden Sicherheitsmassstab festlegen. Solche harmonisierten Normen der EU werden von europäischen Normungsorganisationen aufgrund eines von der EU-Kommission erteilten Mandates erarbeitet.²⁹

²⁵ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

²⁶ LOISTL, 75.

²⁷ Dazu hinten IV.

²⁸ Verordnung vom 25. November 2015 über die elektromagnetische Verträglichkeit (VEMV; SR 734.5).

²⁹ BGE 143 II 518 E. 5.6.1; HESS, Technische Normung, 2 ff., 5.

Sowohl das PrSG³⁰ als auch das THG bezwecken eine Harmonisierung der schweizerischen Produktvorschriften mit denjenigen der EU.³¹ Durch die Übernahme der EG-Richtlinien in das PrSG wurde auch das Prinzip des New Approach eingeführt.³² Weil die Schweiz ihre technischen Vorschriften auf diejenigen ihrer wichtigsten Handelspartner abstimmt und die Schweizer Normen zumindest teilweise unverändert von internationalen und regionalen Normierungsorganisationen übernommen werden, finden harmonisierte Normen durch Verweisung im Schweizer Recht auch in der Schweiz Anwendung.³³

Nach dem New-Approach-Prinzip, welches in der Schweiz und der EG gleichermaßen gilt, werden die Produkte nicht mehr vor dem Inverkehrbringen durch eine staatliche Stelle auf ihre Sicherheit geprüft. Vielmehr beschränken sich die staatlichen Behörden nur noch auf nachträgliche Stichprobenkontrollen.³⁴

Die rechtlichen Vorgaben können durch die Hersteller und Inverkehrbringer gemäss dem New-Approach-Prinzip durch die Anwendung der technischen Normen eingehalten werden. Mit der Beachtung der technischen Normen geht die Konformitätsvermutung, d.h. die Vermutung, dass die gesetzlich verlangten sicherheitstechnischen Anforderungen erfüllt sind, einher.³⁵ Art. 5 Abs. 2 PrSG statuiert dazu die Vermutung, wonach ein Produkt, das nach den technischen Normen hergestellt ist, die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt. Nach Art. 6 PrSG bezeichnet das zuständige Bundesamt die Normen, im Einvernehmen mit dem SECO. Nach Möglichkeit ist auf international harmonisierte technische Normen zurückzugreifen (Art. 6 Abs. 2 PrSG).

Harmonisierte technische Normen finden beispielsweise durch Verweise im Rahmen der Medizinprodukteverordnung³⁶ Anwendung. Gestützt auf Art. 4 Abs. 3 MepV werden durch Swissmedic technische Normen bezeichnet, die geeignet sind, die grundlegenden Anforderungen an Medizinprodukte im Sinne von Art. 4 Abs. 2 MepV zu konkretisieren. Es handelt sich dabei um europäisch harmonisierte Normen, die im Auftrag der Europäischen Kommission sowie der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) von den Europäischen Normungsausschüssen CEN und CENELEC erlassen worden sind. Die Normen werden im Normenverzeichnis im Bundesblatt durch Swissmedic veröffentlicht. Die Texte dieser Normen können bei der Schweizerischen Normen-Vereinigung bezogen werden. Ein Beispiel einer harmonisierten technischen Norm im Bereich der Medizinprodukte ist die EN ISO 5840 Herz- und Gefässimplantate – Herzklappenprothesen (ISO 5840:2005).³⁷

In Bezug auf die Bauprodukte bestimmt das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) nach Anhörung der mitbetroffenen Bundesämter und der Eidgenössischen Kommission für Bau-

³⁰ Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Produktesicherheit (PrSG; SR 930.11).

³¹ BBl 2008 7407, 7408.

³² BBl 2008 7407, 7414.

³³ BGE 143 II 518 E. 5.6.1; HaftpflichtKomm PrSG-HOLLIGER-HAGMANN, Art. 10 N 1; SHK PrSG-HESS, Art. 4 N 15 ff.; https://www.economiesuisse.ch/sites/default/files/dossier_pdf/dossopol_Europa_20040510.pdf (Abruf 15.4.2021).

³⁴ BBl 2008 7407, 7421.

³⁵ HaftpflichtKomm PrSG-HOLLIGER-HAGMANN, Art. 10 N 1; SHK PrSG-HESS, Art. 5 N 16.

³⁶ Medizinprodukteverordnung vom 17. Oktober 2001 (MepV; SR 812.213).

³⁷ Fundstelle im EU-Amtsblatt 2011/C 242/02.

produkte gestützt auf Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Bauprodukte³⁸ sowie auf die Art. 14 und 15 Abs. 1, 2 und 5 der Verordnung über Bauprodukte³⁹, welche harmonisierten technischen Normen geeignet sind, die Leistung von Bauprodukten in Bezug auf ihre wesentlichen Merkmale zu bewerten und die Bauprodukte auf ihre Leistungsbeständigkeit zu überprüfen. Die Normen werden im Normenverzeichnis des Bundesamtes für Bauten und Logistik jeweils im Bundesblatt publiziert. Die Texte dieser Normen können ebenfalls bei der Schweizerischen Normen-Vereinigung bezogen werden. Ein Beispiel einer harmonisierten technischen Norm im Bereich der Bauprodukte ist die SN EN 16034:2014 Türen, Tore und Fenster – Produktnorm, Leistungseigenschaften – Feuer- und/oder Rauchschutzeigenschaften.

3. Verbindlichkeit durch Gesetzesauslegung

Soft Law kommt regelmässig auch ohne Parteivereinbarung zur Anwendung, weil es abstrakte Rechtsbegriffe konkretisiert oder definiert.

Der Gesetzgeber verwendet in den Gesetzen und Verordnungen regelmässig unbestimmte Rechtsbegriffe wie «anerkannte Regeln der Technik», «Stand der Technik»⁴⁰ «Stand der Wissenschaft und Technik»⁴¹, «anerkannte Regeln der Baukunde»⁴², «anerkannte Regeln der Technik»⁴³ sowie «gebotene Sorgfalt»⁴⁴ und verweist damit indirekt auf technische Regeln und technische Normen. Es handelt sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die den zentralen Regelungsgehalt einer gesetzlichen Vorschrift ausmachen, sog. Generalklauseln. Sie sind wertausfüllungsbedürftig und fordern daher das Urteil des Rechtsanwenders in einer vom Gesetzgeber gestellten, aber nicht beantworteten Frage.⁴⁵

Dem Gesetzgeber fehlt teilweise aufgrund der Technizität der Materie das nötige Fachwissen, weshalb unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden. Die Verwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe bringt den Vorteil, dass das Gesetz dynamisch bleibt und mit dem schnellen Fortschritt der Technik und Wissenschaft mithalten kann.

Durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe überlässt der Gesetzgeber dem Rechtsanwender einen Spielraum bzw. eine Wertungsmöglichkeit. Der Rechtsanwender muss den unbestimmten Rechtsbegriff mit Inhalt füllen. Dazu können technische Normen der Normierungsorganisationen zur Definition oder Konkretisierung im Rahmen der Auslegung hinzugezogen werden und der Lückenfüllung dienen. Im Bauwesen wird der gesetzlich geschuldete Stand der Technik oder die einzuhaltenden anerkannten Regeln der Baukunde beispielsweise mit-

³⁸ Bundesgesetz vom 21. März 2014 über Bauprodukte (BauPG; SR 933.0).

³⁹ Verordnung vom 27. August 2014 über Bauprodukte (BauPV; SR 933.01).

⁴⁰ Z.B. Art. 328 Abs. 2 OR; Art. 3 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 4 PrSG.

⁴¹ Z.B. Art. 30 Abs. 4 GTG (Bundesgesetz vom 21. März 2003 über die Gentechnik im Ausserhumanbereich; SR 814.91); Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG.

⁴² Z.B. Art. 229 StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937; SR 311.0).

⁴³ Z.B. Art. 5 Abs. 1 SBV (Verordnung vom 14. März 1994 über Bau und Betrieb von Schiffen und Anlagen öffentlicher Schifffahrtsunternehmen; SR 747.201.7).

⁴⁴ Z.B. Art. 55 und 56 OR; Art. 3 GSchG (Bundesgesetz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer; SR 814.20).

⁴⁵ KRAMER, 72, 75.

hilfe der technischen SIA-Normen ermittelt.⁴⁶ Und zur Beurteilung der geforderten Sorgfalt bei Haftungsfragen bei Schneesportunfällen werden vom Bundesgericht regelmässig die FIS-Regeln beigezogen.⁴⁷

Von den Gerichten wird Soft Law damit hilfsweise zur Auslegung, Lückenfüllung oder zur Beurteilung von sorgfaltswidrigem oder sorgfaltspflichtgemäsem Verhalten hinzugezogen, womit dem rechtlich nicht verbindlichen Soft Law rechtliche Wirkung und Verbindlichkeit zukommt.

IV. Soft Law im Haftpflichtrecht

Das Haftpflichtrecht wird durch die Normensituation massgeblich beeinflusst, indem Soft Law regelmässig als sicherheitstechnischer Massstab durch den Gesetzgeber oder aufgrund der Parteiabrede herangezogen wird. Technische Normen gewinnen zunehmend an Bedeutung, da sie regelmässig einen zwingenden technischen Mindeststandard und anwendbare Sorgfaltspflichten definieren. Die Beachtung der technischen Normen begründet regelmässig die tatsächliche Vermutung, dass dem Stand der Technik nachgelebt und die anerkannten Regeln der Technik wie auch die Sorgfaltspflichten eingehalten werden. Diese Vermutung kann allerdings durch den Beweis des Gegenteils oder durch die Darlegung besonderer Umstände widerlegt werden.⁴⁸

1. Soft Law zur Bestimmung der Sicherheit bei Produkten

Bei der Produktesicherheit sind das Produktesicherheitsgesetz (PrSG) und das Produktheftpflichtgesetz (PrHG)⁴⁹ grundlegend. Während das PrSG regelt, wann ein Produkt als sicherheitskonform zu erachten ist, enthält das PrHG Haftungsbestimmungen für den Fall, dass ein Produkt Körper- oder Sachschäden verursacht.⁵⁰ Soft Law ist im Zusammenhang mit sowohl der Produktesicherheit als auch der Produktheftung von Bedeutung.

Normen definieren im Bereich der Produktesicherheit Qualitäts- und Mindestanforderungen und liefern anerkannte Lösungen zum Schutz der Konsumenten, der Bevölkerung wie auch der Umwelt. Sie dienen auch der Sicherheit am Arbeitsplatz und in der Freizeit. Sie schaffen zudem Klarheit über die Eigenschaften von Produkten und führen zu vereinheitlichten Prüfmethoden, was die Verständigung in Wirtschaft, Technik und Wissenschaft erleichtert.

1.1 Anforderungen an Produkte

Produkte dürfen nach dem PrSG nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie bei normaler oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit der Benutzer und Dritter nicht oder nur geringfügig gefährden (Art. 3 Abs. 1 PrSG). Davon darf immer

⁴⁶ BGer, 4A_428/2007, 2.12.2008, E. 3.1; dazu hinten IV.2.

⁴⁷ BGE 117 IV 415 E. 5b; 106 IV 350 E. 3a; BGer, 4A_206/2014, 18.9.2014, E. 4.4; dazu hinten IV.3. WYSS, 72.

⁴⁹ Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produktheftpflicht (PrHG; SR 221.112.944).

⁵⁰ Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Produktesicherheit vgl. KLETT/MÜLLER, 438 ff.

dann ausgegangen werden, wenn das Produkt den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen genügt, die vom Bundesrat in den branchenspezifischen, einschlägigen Gesetzen und Verordnungen festgelegt werden (z.B. Arzneimittelverordnung⁵¹; Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände⁵²; Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung⁵³; Maschinenverordnung⁵⁴; Bauproduktegesetz und -verordnung⁵⁵).⁵⁶

Sind solche Anforderungen für ein Produkt nicht gesetzlich verankert, muss das Produkt dem Stand des Wissens und der Technik entsprechen (Art. 3 Abs. 2 PrSG). Beim Stand des Wissens und der Technik handelt es sich um anerkannte technische Regeln, die grundlegende Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen definieren. Sie können sich aus Soft Law ergeben.

Werden bei der Entwicklung, Konstruktion und beim Inverkehrbringen die für ein bestimmtes Produkt geltenden technischen Normen eingehalten, gilt die Vermutung, dass ein Produkt die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt (Art. 5 Abs. 2 PrSG).⁵⁷ Diese Sicherheitsvermutung gilt aber nicht für jene Aspekte des Produkts, die von der technischen Norm nicht erfasst sind.⁵⁸ Die Sicherheitsvermutung hat eine Beweislastumkehr zur Folge.⁵⁹ Wird ein Produkt nicht nach diesen technischen Normen hergestellt, trägt der Hersteller die Verantwortung und die Beweislast, dass das Produkt mindestens denselben Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen entspricht.⁶⁰

Diese Konformitätsvermutung gilt aber nicht absolut, wie das Bundesgericht in einer Serie von Urteilen im Jahr 2017 im Zusammenhang mit der Marktüberwachung nach PrSG statuierte.⁶¹ Der Bundesrat regelte in der Maschinenverordnung durch Verweis auf die Maschinenrichtlinie der EU die Anforderungen für das Inverkehrbringen von Maschinen. Die konkreten Anforderungen ergeben sich dabei aus den europäischen harmonisierten technischen Normen. Nachdem sich mehrere tragische Unfälle im Zusammenhang mit Schnellwechseinrichtungen für Bagger ereignet hatten, verbot die SUVA mehreren Schweizer Unternehmen das Inverkehrbringen von Schnellwechseinrichtungen. Die SUVA begründete dies damit, dass von den Schnellwechseinrichtungen, obwohl sie den in Europa harmonisierten technischen Normen entsprächen, Gefährdungen durch die fehlerhafte oder unvollständige Verriegelung in Kombination mit einem Fehlverhalten des Maschinenführers ausgingen, die durch technische Lösungen zu beheben seien. Die gegen die Verfügung erhobenen Beschwerden wurden vom Bundesverwaltungsgericht jedoch gutgeheissen und die Verbote aufgehoben. Das Bundesgericht beurteilte daraufhin die Funktion der SUVA im Zusammenhang mit der Produktesicherheit im Rahmen der Marktüberwachung. Auf die von der SUVA eingereichte Be-

⁵¹ Verordnung vom 21. September 2018 über die Arzneimittel (VAM; SR 812.212.21).

⁵² Art. 7 LMG (Bundesgesetz vom 20. Juni 2014 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände; SR 817.0).

⁵³ Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 16. Dezember 2016 (LGV; SR 817.02).

⁵⁴ Verordnung vom 2. April 2008 über die Sicherheit von Maschinen (MaschV; SR 819.14).

⁵⁵ Bundesgesetz vom 21. März 2014 über Bauprodukte (BauPG; SR 933.0); Verordnung vom 27. August 2014 über Bauprodukte (BauPV; SR 933.01).

⁵⁶ KLETT/BIELMANN, 81.

⁵⁷ Dazu ausführlich FURRER, 14 ff., sowie sogleich IV.1.2.

⁵⁸ SHK PrSG-HESS, Art. 5 N 16; HaftpflichtKomm PrSG-HOLLIGER-HAGMANN, Art. 5 N 5.

⁵⁹ SHK PrSG-HESS, Art. 5 N 17; HaftpflichtKomm PrSG-HOLLIGER-HAGMANN, Art. 5 N 6; KLETT, 38.

⁶⁰ HaftpflichtKomm PrSG-HOLLIGER-HAGMANN, Art. 5 N 7.

⁶¹ BGE 143 II 518; BGer, 2C_75/2016, 2C_76/2016, 10.4.2017; 2C_77/2016, 2C_78/2016, 10.4.2017.

schwerde hin bestätigte das Bundesgericht die Rechtmässigkeit der Verfügungen der SUVA.⁶² Das Bundesgericht bestätigte, dass die SUVA die gesetzliche Konformitätsvermutung widerlegen kann und Verkaufsverbote für Maschinen verhängen darf, die den in der EU harmonisierten technischen Normen entsprechen, wenn sie im Rahmen der Marktüberwachung feststellt, dass das Produkt die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nicht erfüllt.⁶³ Die Konformitätsvermutung hat damit keine absolute Geltung.

1.2 Haftung

Der Hersteller haftet im Falle eines Schadens durch ein Produkt, wenn dieses fehlerhaft ist, d.h. nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist (Art. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 PrHG). Bei den «berechtigten Sicherheitserwartungen», die ein Dritter bei der Benutzung des Produktes hat, handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der von der Rechtsprechung nach den Umständen des Einzelfalles zu füllen ist.⁶⁴

Zur Bestimmung der gebotenen Sicherheitserwartungen greifen die Gerichte unmittelbar auf den geltenden öffentlich-rechtlichen Sicherheitsstandard zurück. Daneben haben technische Vorschriften und technische Normen sowie der Stand der Wissenschaft im Zusammenhang mit der Beurteilung der berechtigten Erwartung eine zentrale Bedeutung.⁶⁵ Der Konsument darf insbesondere darauf vertrauen, dass der Hersteller diese Vorschriften einhält und damit einen Mindeststandard bzw. eine Basissicherheit gewährleistet.⁶⁶ Es genügt aber nicht, dass ein Hersteller nationale, EU- oder ISO-Normen erfüllt, wenn die technische Entwicklung bereits darüber hinausgegangen ist.⁶⁷

Bei der Entwicklung von chemischen oder pharmazeutischen Produkten bemessen sich die Sorgfaltspflichten nach dem Stand der entsprechenden Wissenschaft. Bei der Entwicklung technischer Produkte sind diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, welche nach dem jeweiligen Stand der Technik möglich sind. Im Konstruktionsbereich ist mit der technisch-wissenschaftlichen Entwicklung Schritt zu halten.⁶⁸

Hat ein Hersteller sein Produkt nach den anerkannten wissenschaftlichen Entwicklungen und technischen Normen, die auf das konkrete Produkt anwendbar, anerkannt und branchenüblich sind, hergestellt und ist diese Produktionsweise von der Allgemeinheit wie auch von staatlichen Stellen akzeptiert, gilt die Anscheinsvermutung. Es spricht demnach der Anschein dafür, dass das Produkt die berechtigten Sicherheitserwartungen erfüllt.⁶⁹ Ein vollständiges Einhalten

⁶² BGE 143 II 518 E. 10.

⁶³ BGE 143 II 518 E. 5 ff.

⁶⁴ BGE 133 III 81 E. 3; BSK PrHG-FELLMANN, Art. 4 N 2; FELLMANN/KOTTMANN, N 1141.

⁶⁵ BSK PrHG-FELLMANN, Art. 4 N 27; FELLMANN/KOTTMANN, N 1170; HaftpflichtKomm PrHG-HOLLIGER-HAGMANN, Art. 4 N 2; SHK PrHG-HESS, Art. 4 N 34 ff.; BGer, 4A_365/2014, 5.1.2015, E. 9.

⁶⁶ FELLMANN/KOTTMANN, N 1170.

⁶⁷ SHK PrHG-HESS, Art. 4 N 34 ff.

⁶⁸ BÜHLER, Produktfehler, 1428 f.; HaftpflichtKomm PrHG-HOLLIGER-HAGMANN, Art. 4 N 26 ff.; SHK PrHG-HESS, Art. 4 N 36.

⁶⁹ BSK PrHG-FELLMANN, Art. 4 N 27; SHK PrHG-HESS, Art. 4 N 9 ff.; BGer, 4A_365/2014, 5.1.2015, E. 9.

der technischen Normen kann für die Haftung des Herstellers nach dem PrHG gegenüber dem Konsumenten als Entlastungs- und damit Haftungsausschlussgrund bedeutend sein.⁷⁰

Zu beachten gilt allerdings, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften keine abschliessende Konkretisierung des Standes der Technik bzw. der Wissenschaft darstellen. Im Einzelfall kann eine höhere Sicherheit erforderlich sein.⁷¹ Grund dafür ist unter anderem der lange Zeitabschnitt, bis eine Norm entwickelt und veröffentlicht werden kann.⁷² Die Hersteller sind daher gehalten, eigenverantwortlich zu prüfen, welche Gefahren im Einzelfall entstehen und wie sie abgewendet werden können.⁷³

Fehlerhaft ist ein Produkt immer dann, wenn es nicht die Sicherheit bietet, welche unter Berücksichtigung aller Umstände erwartet werden darf (Art. 4 Abs. 1 PrHG). Zu berücksichtigen sind die Art und Weise, wie ein Produkt dem Publikum präsentiert wird, der Gebrauch, mit dem vernünftigerweise gerechnet werden kann, und der Zeitpunkt des Inverkehrbringens. Der Produktfehler ist damit regelmässig auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Herstellers zurückzuführen.⁷⁴ Ein Produkt, das eine verbindliche Sicherheitsvorschrift nicht erfüllt, ist nicht automatisch auch fehlerhaft i.S.d. PrHG. Ein Verstoss gegen eine Vorschrift des PrSG oder die Nichterfüllung von technischen Normen oder Vorschriften kann aber ein Indiz oder sogar der Beweis für die Fehlerhaftigkeit des Produkts sein.⁷⁵

In BGE 133 III 81 präziserte das Bundesgericht den Fehlerbegriff gemäss PrHG und äusserte sich zur Beweislastverteilung und zu den Beweisanforderungen. Das Bundesgericht hielt dabei hinsichtlich der Beweiserbringung fest, dass ein Anspruchsteller nicht die Ursache des Mangels zu beweisen habe, sondern dass es genüge, wenn er aufzeige, dass das Produkt die berechtigten Sicherheitserwartungen der Allgemeinheit nicht erfülle. Wenn es im Zusammenhang mit dem Gebrauch eines Produktes zu einem Unfall kommt, ist demnach der Geschehensablauf, der zum Unfall geführt hat, grundsätzlich mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen.⁷⁶

2. Soft Law zur Bestimmung von Sorgfaltspflichten im Vertragsverhältnis

Soft Law hat in der Praxis auch im Zusammenhang mit der Haftung im Vertragsverhältnis, insbesondere bei der Haftung nach Auftrag (Art. 394 ff. OR) und Werkvertrag (Art. 363 ff. OR), eine zentrale Bedeutung. Nach Auftragsrecht richten sich beispielsweise die Verträge mit Freiberuflern, namentlich Beratungen durch Ärzte, Anwälte, Treuhänder, Unternehmensberater, Architekten und Ingenieure. Nach Werkvertragsrecht sind insbesondere die Verträge mit Unter-

⁷⁰ HESS, Technische Normung, 22.

⁷¹ HaftpflichtKomm PrSG-HOLLIGER-HAGMANN, Art. 5 N 6; SHK PrHG-HESS, Art. 4 N 9 ff.; SHK PrSG-HESS, Art. 5 N 17.

⁷² HESS, Technische Normung, 22 f.

⁷³ HaftpflichtKomm PrSG-HOLLIGER-HAGMANN, Art. 5 N 6; SHK PrHG-HESS, Art. 4 N 9 ff.; SHK PrSG-HESS, Art. 5 N 17.

⁷⁴ KLETT/BIELMANN, 84.

⁷⁵ FELLMANN/KOTTMANN, N 1170; HaftpflichtKomm PrHG-HOLLIGER-HAGMANN, Art. 4 N 10; KLETT/BIELMANN, 84.

⁷⁶ BGE 133 III 81 E. 4.

nehmen im Bauwesen zu beurteilen. In der Praxis finden sich häufig auch gemischte Verträge. Bei Architektenarbeiten können beispielsweise gewisse Arbeiten den Regeln des Werkvertrags unterstellt werden, wie z.B. das Erstellen von Ausführungsplänen oder Kostenvorschlägen, allenfalls sogar das Ausarbeiten von Bauprojekten. Andere Aufgaben wie Arbeitsvergebung und Bauaufsicht stellen hingegen einen Auftrag dar.⁷⁷

Die Haftung des Architekten, des Planers, des Ingenieurs und des Unternehmers, aber auch des Arztes oder des Anwalts bei Ausführung eines Auftrags- oder Werkvertrages ergibt sich aus der Verletzung der Vertragspflichten sowie aus einer übergeordneten Treupflicht des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber/Besteller.⁷⁸ Im Einzelnen lassen sich die Sorgfaltspflichten wie folgt darstellen:

2.1 Sorgfaltspflicht im Auftragsverhältnis

Der Beauftragte verpflichtet sich im Auftragsverhältnis gemäss Art. 394 Abs. 1 OR, «die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen». Der Beauftragte hat damit gewisse Dienstleistungen im Hinblick auf ein bestimmtes Resultat und unter Wahrung grösstmöglicher Sorgfalt zu erbringen, ohne dabei einen Erfolg zu schulden.⁷⁹ Der Beauftragte wird seinem Auftraggeber ersatzpflichtig, wenn er ihn durch unsorgfältige oder treuwidrige Besorgung des Auftrags schädigt.⁸⁰

An das Wirken des Beauftragten ist ein abstrakter Sorgfaltsmassstab anzulegen, objektiviert betrachtet im Lichte des berufsspezifischen Durchschnittsverhaltens. Die das Sorgfaltsmass bestimmenden objektivierten Faktoren ergeben sich aus der Art und Schwierigkeit der vertragsgemäss zu verrichtenden Arbeit und der dazu erforderlichen Fachkenntnis des Beauftragten (Regeln der Kunst). An den Spezialisten dürfen hohe Anforderungen gestellt werden.⁸¹ Die Anforderungen können unter anderem in fachspezifischen Regelwerken kodifiziert sein.

Als Freiberufler hat beispielsweise der Arzt für die sorgfältige Ausführung zu sorgen und mit seinem Wissen und Können auf einen erwünschten Erfolg hinzuwirken, unabhängig davon, ob er als Beauftragter des Patienten oder aufgrund des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses als Beamter tätig ist.⁸² Er schuldet dem Patienten nicht die Wiederherstellung der Gesundheit, sondern lediglich eine darauf ausgerichtete Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst (Art. 394 Abs. 1 OR). Ein Handeln, das objektiv betrachtet einem medizinischen Fehlverhalten gleichkommt, weil der begangene Fehler einem anderen behandelnden Arzt mit dem gleichen Ausbildungsgrad und auch zu erwartenden Wissensstand – wie dem die Sorgfaltspflicht verletzenden Arzt – schlichtweg und nach der gängigen Lebenserfahrung nicht unterlaufen würde, wird als Behandlungsfehler bezeichnet.⁸³

Zur Beurteilung eines Fehlverhaltens eines Arztes bzw. des Einhaltens der Regeln der ärztlichen Kunst dienen unter anderem die Erkenntnisse der Wissenschaft, welche sich wissen-

⁷⁷ BGE 110 II 380 E. 2.

⁷⁸ BGE 96 II 58 E. 1.

⁷⁹ BGE 127 III 357 E. 1b.

⁸⁰ BGE 127 III 357 E. 1b; 119 II 456 E. 2.

⁸¹ BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 398 N 27.

⁸² BGE 120 Ib 411 E. 4a.

⁸³ BGE 120 II 248 E. 2c.

schaftlichen Beiträgen, Empfehlungen von Fachgesellschaften und Fachpublikationen entnehmen lassen.⁸⁴

Das Bundesgericht anerkennt, dass in der Medizin die wissenschaftlichen Ergebnisse voneinander abweichen und die wissenschaftlichen Meinungen verschieden sein können. Der objektiv betrachtete Stand der Wissenschaft berechtigt den Arzt, sich zwischen verschiedenen möglichen Therapien oder Massnahmen zu entscheiden. Das Gericht hat im Streitfall nicht die Richtigkeit der entgegengesetzten medizinischen Ansicht zu bestimmen, sondern nur dann eine Pflichtverletzung zu bejahen, wenn eine Diagnose, eine Therapie oder ein sonstiges ärztliches Vorgehen nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand nicht mehr als vertretbar erscheint und damit ausserhalb der objektivierten ärztlichen Kunst steht.⁸⁵

Regelwerke von Ärzteverbänden, Empfehlungen von Fachgesellschaften und Fachpublikationen wie z.B. die Leitlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie (SGPP), der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie (SGVP) sowie der deutschen Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF), die die Grundanforderungen definieren, den aktuellen Stand der Erkenntnisse beinhalten und insofern die Sorgfaltspflicht festlegen, gehören im weiteren Sinne auch zum Soft Law. Sie werden vom Bundesgericht daher auch regelmässig hinzugezogen.⁸⁶

2.2 Sorgfaltspflicht im Werkvertragsverhältnis

Im Gegensatz zu dem beim Auftrag geschuldeten sorgfältigen Tätigwerden schuldet der Unternehmer beim Werkvertrag ein Werk, d.h. einen körperlichen oder unkörperlichen Leistungserfolg.⁸⁷

Architekten, Planer, Ingenieure und Unternehmer treffen bei der Ausführung eines Werkvertrages Sorgfaltspflichten, welche sich primär aus dem Gesetz ergeben (regelmässig aus dem Werkvertragsrecht gem. Art. 363 ff. OR). Beispielsweise wird in Art. 365 Abs. 2 OR die sorgfältige Behandlung des gelieferten Stoffes vorausgesetzt, in Art. 365 Abs. 3 OR die Anzeigepflicht statuiert und in Art. 369 OR die Abmahnungspflicht gesetzlich festgehalten.

Welches Mass an Sorgfalt im konkreten Fall zumutbar ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei die bestehenden und generell zu befolgenden Verhaltensregeln oder Usanzen bei der Bestimmung des Sorgfaltsmasses herangezogen werden können.⁸⁸ Die Sorgfaltspflichten richten sich nach den zur Zeit der Vertragsabwicklung anerkannten Regeln der Technik bzw. der Baukunde.⁸⁹ Technische Regeln gelten als anerkannt, wenn sie von der Wissenschaft oder von den einschlägigen Fachkreisen als theoretisch richtig anerkannt worden sind und sich nach der klaren Mehrheit der (für die Anwendung in Betracht kommenden) Fachleute in der Praxis bewährt haben.⁹⁰ Soweit die Regelwerke unter repräsentativer Mit-

⁸⁴ BGE 130 IV 7 E. 3.3; BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 386; HERZOG-ZWITTER, N 777.

⁸⁵ BGE 120 Ib 411 E. 4a.

⁸⁶ BGE 143 V 95 E. 3.3; 141 V 281 E. 5.1.2.

⁸⁷ BGE 110 II 380 E. 2; 109 II 37.

⁸⁸ GAUCH, N 840 ff.

⁸⁹ BGE 117 II 261; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 364 N 7; GAUCH, N 842; BGer, 4A_273/2017, 14.3.2018, E. 3.2.2.

⁹⁰ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 364 N 8; BGer, 4A_428/2007, 2.12.2008, E. 3.1; dazu vorne II.2.

wirkung führender Fachkräfte ausgearbeitet wurden, spricht eine natürliche Vermutung dafür, dass ihre technischen Vorgaben anerkannte Regeln der Technik sind. Diese Vermutung gilt jedoch nur für den Zeitpunkt, zu welchem das Regelwerk herausgegeben wurde.⁹¹ Die Vermutung kann sodann entkräftet werden, wofür vor Gericht bereits der blosse Gegenbeweis genügt und nicht das Gegenteil bewiesen werden muss.⁹² Namentlich kommen die technischen Normen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins SIA, kurz SIA-Normen, als anerkannte Regeln der Baukunde infrage.⁹³

Der SIA erarbeitet Normen, Ordnungen, Richtlinien, Empfehlungen und Dokumentationen für die schweizerische Bauwirtschaft. Die SIA-Normen haben für ihre Vereinsmitglieder gemäss SIA-Statuten⁹⁴ verbindliche Wirkung. Demnach verpflichten sich die Verbandsmitglieder, ihre berufliche und ethische Verantwortung gegenüber den Auftraggeberinnen und Auftraggebern, der Gesellschaft und der Umwelt wahrzunehmen, die vom Verein diesbezüglich aufgestellten Ordnungen, Richtlinien, Normen und Empfehlungen einzuhalten und mögliche Interessenkonflikte offenzulegen (Art. 7 SIA- Statuten).

Die SIA-Ordnungen 102 (Architekten und Architektinnen) und 103 (Bauingenieure und Bauingenieurinnen) regeln beispielsweise die Sorgfaltspflicht von Architekten, Bauingenieuren und Planern einheitlich. Den beauftragten Architekten, Bauingenieur und Planer bzw. die Bauleitung trifft eine allgemeine Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 364 Abs. 1 OR; auch Art. 1.2.1 der SIA-Ordnungen 102/103 2014), die sich in verschiedenen Einzelpflichten niederschlägt.

Der Beauftragte handelt sorgfältig, wenn er die zur Zeit der Vertragsabwicklung anerkannten Regeln der Baukunde beachtet. Dieser Grundsatz ist in Art. 1.2.1 der SIA-Ordnungen 102/103 2014 ausdrücklich verankert. Er gilt aber grundsätzlich auch dort, wo die SIA-Ordnungen nicht in den Vertrag einbezogen wurden.⁹⁵

Die SIA-Normen können von den Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart oder auch stillschweigend übernommen werden. Ob vorgeformte Vertragsinhalte Ausdruck der Verkehrsauffassung oder -übung sind, muss im Einzelfall geprüft werden.⁹⁶ Verweisen die Parteien auf ein technisches Regelwerk, kommen diese Normen zur Anwendung. Vorbehältlich anderer Anhaltspunkte ist daraus aber nicht abzuleiten, dass die Vereinbarung die Vertragspartner von der Einhaltung anderweitiger anerkannter technischer Regeln dispensiert. Unter Vorbehalt einer anderen Abrede gehen also die anerkannten Regeln der Technik dem übernommenen Regelwerk vor. Dies gilt insbesondere auch in Fällen, in denen bei Vertragsabschluss auf ein Regelwerk verwiesen wurde, das zum massgeblichen Zeitpunkt der Vertragsabwicklung überholt ist.⁹⁷

⁹¹ GAUCH, N 840 ff., 850 f.

⁹² GAUCH, N 851.

⁹³ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 364 N 9; KUKO OR-LEHMANN, Art. 364 N 4; BGer, 4A_428/2007, 2.12.2008, E. 3.1.

⁹⁴ https://www.sia.ch/fileadmin/content/bilder/SIA_allg/Statuten_100_d_2014.pdf (Abruf 15.4.2021).

⁹⁵ BGE 93 II 311 E. 2b; BK OR-KOLLER, Art. 363 N 271; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 364 N 7; BGer, 4A_428/2007, 2.12.2008, E. 3.2.2; ZHK OR-BÜHLER, Art. 364 N 37.

⁹⁶ BGer, 4C.261/2005, 9.12.2005, E. 2.3.

⁹⁷ GAUCH, N 852.

Sind die SIA-Normen von den Vertragsparteien nicht vereinbart worden, können sie als Auslegungshilfe, beispielsweise zur Ermittlung der in der Branche üblichen Sorgfaltspflichten oder Gepflogenheiten, beigezogen werden, vorausgesetzt, es handelt sich bei diesen Normen um anerkannte Regeln der Technik.

3. Soft Law bei der Definition von Verhaltenspflichten, Gefahrensatz und Sorgfaltspflichten im Sport- und Freizeitbereich

Im Haftpflichtrecht können die Verletzung von Verhaltens- oder Sorgfaltspflichten wie auch unterlassene Schutzmassnahmen bei der Schaffung eines gefährlichen Zustandes (sog. Gefahrensatz) eine Haftung nach sich ziehen. Soft-Law-Bestimmungen kommt im Rahmen der Beurteilung der einschlägigen Verhaltens- oder Sorgfaltspflichten bzw. der notwendigen Schutzpflichten in verschiedenen Bereichen des Alltagslebens und der Freizeit eine zentrale Bedeutung zu.

Soft-Law-Bestimmungen bestehen beispielsweise im Sport- und Freizeitbereich. Es dominieren insbesondere private Vereins- und Verbandsregeln, wie auch Empfehlungen von sachkundigen Stellen. Die Empfehlungen von sachkundigen Stellen widerspiegeln sich in Sport- und Spielregeln sowie Richtlinien.⁹⁸ Es handelt sich dabei um Verhaltensempfehlungen, denen Soft-Law-Charakter zukommt. Der Zweck dieser Soft-Law-Bestimmungen besteht vorwiegend in der Unfallprävention.

Bei der Beurteilung der zivilrechtlichen oder sogar der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Nachgang zu einem Sportunfall kann das Gericht zur Prüfung des sorgfältigen oder haftungsbegründenden sorgfaltswidrigen bzw. strafbaren Verhaltens die Verhaltensregeln als Massstab der zu beachtenden Sorgfalt hilfsweise heranziehen.

Vom Bundesgericht werden bei Haftungsbeurteilungen bei Schneesportunfällen regelmässig die FIS-Regeln beigezogen.⁹⁹ Es handelt sich dabei um Verhaltensregeln der Fédération Internationale de Ski, welche 1967, aufgrund der starken Zunahme des Pistenfahrens, beschlossen wurden. Sie bestehen aus zehn Regeln und bezwecken die Verhütung sowohl von Kollisions- als auch von Selbstunfällen.

Bei Schneesportunfällen ist regelmässig auch eine Haftung von Bergbahnbetreibern zu prüfen. Nach dem Gefahrensatz hat derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, die zur Vermeidung eines Schadens nötigen Schutzmassnahmen zu treffen. Der Gefahrensatz knüpft an eine Gefahrenquelle mit eigenem Schädigungspotential an. Die Beurteilung der Verkehrssicherungspflichten hängt von den Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Als Massstab zieht das Bundesgericht die Richtlinien für Anlage, Betrieb und Unterhalt von Schneesportabfahrten (SKUS)¹⁰⁰ und die Richtlinien über die Verkehrssicherungspflicht für Schneesportanlagen der Kommission Rechtsfragen Schneesportanlagen von Seilbahnen Schweiz (SBS-Richtlinien,

⁹⁸ NATTERER GARTMANN/KAISER/STÖCKLIN, 2 f.

⁹⁹ BGE 117 IV 415 E. 5b; 106 IV 350 E. 3a; BGer, 4A_206/2014, 18.9.2014, E. 4.4.

¹⁰⁰ http://www.skus.ch/skus_d/frame.html (Abruf 15.4.2021).

ehemals SVS-Richtlinien)¹⁰¹ heran.¹⁰² Das Bundesgericht bemerkt dabei, dass, obwohl diese Richtlinien kein objektives Recht darstellen, sie eine wichtige Konkretisierungsfunktion im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung der Verkehrssicherungspflicht erfüllen.¹⁰³ Die konkreten Umstände im Einzelfall können aber auch einen höheren als den in den genannten Richtlinien vorgesehenen Sicherungsstandard erfordern.¹⁰⁴ Das Bundesgericht stellt dabei fest, dass das Vorliegen einer atypischen oder besonders grossen Gefahr für Leib und Leben die Voraussetzung für eine ausnahmsweise und punktuelle Erweiterung der Verkehrssicherungspflichten bildet. Beispielsweise besteht eine Pflicht zur klaren Kennzeichnung des Pistenrandes bei aussergewöhnlichen oder besonders grossen Gefahren auf Pistennebenflächen oder wenn die Möglichkeit besteht, dass auch vorsichtige Pistenbenützer ungewollt in den Einzugsbereich dieser (ausserhalb der Piste liegenden) Gefahrenstelle geraten können.¹⁰⁵

Für Skitourenleiter und Bergführer sehen die Regeln des Eidgenössischen Instituts für Schnee- und Lawinenforschung (EISLF)¹⁰⁶ Verhaltenspflichten vor. Das EISLF hat insbesondere Erläuterungen (Interpretationshilfe II) für das Schweizerische Lawinenbulletin herausgegeben, die dazu dienen, die genaue Bedeutung der Aussagen der jeweiligen Lawinenbulletins zu erfassen, und dazu Verhaltensregeln definieren. Das Bundesgericht geht davon aus, dass diese Regeln jedem patentierten Bergführer bekannt sind. Da sie zudem hohe fachliche Anerkennung geniessen, können sie gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung als Massstab für die durch einen Bergführer auf einer Skitour zu beachtende Sorgfalt herangezogen werden.¹⁰⁷

Im landwirtschaftlichen Umfeld sind die Empfehlungen der Beratungsstelle für Unfallverhütung in der Landwirtschaft (BUL) zu Themen wie Maschinen, Elektrizität, Kindersicherheit, Wanderwege, Tierhaltung etc. zu beachten. Die BUL ist als selbständige Stiftung konzipiert, die als Fachorganisation die Aufgabe übernommen hat, die Arbeitssicherheit auf landwirtschaftlichen Betrieben zu fördern und Unfälle zu reduzieren.¹⁰⁸ Das Bundesgericht anerkennt, dass die BUL für den Erlass einschlägiger Empfehlungen kompetent ist und diese das Mass der Sorgfalt konkretisiert.¹⁰⁹

Auch die Beratungsstelle für Unfallverhütung (BFU)¹¹⁰ forscht und berät als Kompetenzzentrum, damit sich in der Schweiz weniger folgenschwere Unfälle im Strassenverkehr, zu Hause, in der Freizeit und beim Sport ereignen. Sie legt durch ihre Fachdokumentationen, Präventionsmassnahmen und Forschungsberichte den Massstab an Sorgfaltspflichten fest.

¹⁰¹ <https://www.seilbahnen.org/de/Branche/Recht> (Abruf 15.4.2021).

¹⁰² BGE 130 III 193 E. 2.3 mit Hinweisen; BÜTLER, 55 ff.; BGer, 4A_206/2014, 18.9.2014, E. 3.3; 4C.54/2004, 1.7.2004, E. 2.3.

¹⁰³ BGE 130 III 193 E. 2.3 mit Hinweisen; BGer, 4A_206/2014, 18.9.2014, E. 3.3; 4C.54/2004, 1.7.2004, E. 2.3.

¹⁰⁴ BGE 130 III 193 E. 2.4.3.

¹⁰⁵ BGE 130 III 193 E. 2.4.3.

¹⁰⁶ <https://www.slf.ch/de/index.html> (Abruf 15.4.2021).

¹⁰⁷ BGE 118 IV 130 E. 3a; 98 IV 168 E. 4d; 91 IV 117 E. 4.

¹⁰⁸ <https://www.bul.ch/> (Abruf 15.4.2021).

¹⁰⁹ BGE 131 III 115 E. 2.3.

¹¹⁰ <https://www.bfu.ch/de> (Abruf 15.4.2021).

4. Soft Law zur Bestimmung von Sorgfaltspflichten von Gesellschaftsorganen

Das OR statuiert im Aktienrecht die gesetzlichen Eckpfeiler (Art. 620 ff. OR), namentlich die zwingenden Anforderungen an die Organisation einer Aktiengesellschaft und die Aufteilung der Kompetenzen zwischen dem Verwaltungsrat und der Generalversammlung. Dem Verwaltungsrat obliegt die Oberleitung und die Oberaufsicht über das Unternehmen, was u.a. die Verantwortung für die Rechnungslegung, die Finanzkontrolle und die Finanzverantwortung beinhaltet. Daraus ergibt sich auch die Pflicht, ein wirksames, internes Kontrollsystem zu unterhalten. Andererseits bestehen Pflichten, welche die Transparenz gewährleisten sollen. Verwaltungsratsmitglieder haben Anspruch auf Auskunft und Einsicht in die Belange der Gesellschaft, haben aber auch verschiedene Offenlegungs- und Informationspflichten gegenüber den Aktionären und Anlegern.

Neben den gesetzlichen Vorgaben bestehen in den Gesellschaften gesellschaftsautonome Regeln zur Strukturierung der Position und der Tätigkeit des Verwaltungsrats, die in Statuten und Reglementen festgehalten werden. Sie stellen die Rahmenbedingungen dar, die sich die Gesellschaft bzw. der Verwaltungsrat selbst innerhalb der gesetzlichen Grundlagen gibt.

Daneben sind auch die in der Geschäftswelt und in den verschiedenen Branchen entwickelten Standards massgebend, welche die «best practices» wiedergeben. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die sog. «Corporate Governance»-Grundsätze und -Regeln von Bedeutung.

4.1 Definition der Corporate Governance

Es gibt keine einheitliche gesetzliche Definition von «Corporate Governance». Es handelt sich somit nicht um einen eigentlichen Rechtsbegriff. Corporate Governance bezeichnet die Gesamtheit der auf die Aktionärsinteressen ausgerichteten Grundsätze und Regeln, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz der Führung auf oberster Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Leitung und Kontrolle anstreben.¹¹¹ Zentrales Thema der Corporate Governance ist das Verhältnis zwischen Aktionären als Eigentümern, dem Verwaltungsrat und der operativen Geschäftsführung. Die Basis für das mit einer guten Corporate Governance angestrebte «ausgewogene Verhältnis von Führung und Kontrolle» bilden die rechtlichen Pflichten und unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 OR). Diese Gesetzesbestimmung deckt im Kern bereits sehr viele der im Rahmen der Corporate-Governance-Diskussion postulierten Anliegen ab.¹¹²

Neben verbindlichen Corporate-Governance-Bestimmungen, die sich auch ausserhalb des Aktienrechts, im Steuerrecht, im Sozialversicherungsrecht, im Börsengesetz, in FINMA-Rundschreiben wie auch im Strafrecht und im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, finden, bestehen auch unverbindliche, als Soft Law ausgestaltete Regeln.¹¹³ In der Schweiz sind der «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» – der Leitfaden des Wirtschaftsdachverbands Economiesuisse – und die Corporate-Governance-Richtlinien der Schweizer Börse Six Swiss Exchange am weitesten verbreitet.

¹¹¹ BÖCKLI, § 14 N 25; PEYER, N 43.28.

¹¹² PEYER, N 43.29.

¹¹³ FISCHER, 273 f.

a) Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance

Beim Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance handelt es sich um Standards, die von Economiesuisse im Jahre 2002 in Absprache mit weiteren Verbänden und der SIX für die Tätigkeit des Verwaltungsrates definiert worden sind.¹¹⁴ Erarbeitet wurde der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance von einem Arbeitsausschuss bestehend aus Wirtschaftsanwälten, Vertretern der Börse, Banken und Leitern von grösseren Unternehmen und Wirtschaftsverbänden, mit dem Ziel, grösseren Publikumsgesellschaften einen Leitfaden an die Hand zu geben, der die Grundsätze der guten Schweizer Corporate Governance umschreibt.¹¹⁵

Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance gibt den Unternehmen Empfehlungen für die Ausgestaltung ihrer Corporate Governance und vermittelt über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende Informationen und gewährleistet ihre organisatorische Flexibilität.¹¹⁶

Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance genießt in der Wirtschaft und in den Verbänden eine breite Abstützung. Es haben bereits namhafte Organisationen Unterstützungserklärungen abgegeben.¹¹⁷ Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance richtet sich primär an Publikumsgesellschaften, hält aber auch explizit fest, dass «auch nicht kotierte volkswirtschaftlich bedeutende Gesellschaften [...] dem «Swiss Code» zweckmässige Leitideen entnehmen» können.¹¹⁸ Daher werden viele Vorschläge des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance in einer grossen Zahl von nicht kotierten Gesellschaften zumindest teilweise umgesetzt.¹¹⁹ Denn obwohl die Interessenlage in einer KMU in einigen Punkten von derjenigen in einer Publikumsgesellschaft abweicht, sind die sehr offen formulierten Vorschläge des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance für viele KMU fruchtbar und können gewinnbringend umgesetzt werden.¹²⁰ Es wurde auch bereits von verschiedenen Kreisen versucht, spezifische, auf KMU zugeschnittene Corporate-Governance-Regelwerke zu entwickeln.¹²¹ Es konnte sich jedoch bisher keines dieser Regelwerke in der Praxis durchsetzen. Es ist zu beobachten, ob die Gerichte diese Regelwerke als Grundlage anerkennen werden oder nicht.

¹¹⁴ <https://www.economiesuisse.ch/de/publikationen/swiss-code-best-practice-corporate-governance> (Abruf 15.4.2021).

¹¹⁵ GUSTINETTI, 6.

¹¹⁶ BÜHLER, Corporate Governance, 7.

¹¹⁷ Z.B. ASIP (Schweizerischer Pensionskassenverband), ethos (Schweizerische Anlagestiftung für nachhaltige Entwicklung), die Schweizerische Bankiervereinigung, der Schweizerische Arbeitgeberverband, der Schweizerische Gewerbeverband, der Schweizerische Verband für Interne Revision, der Schweizerische Versicherungsverband SVV, scienceindustries, die Schweizer Stiftung SWIPRA (Swiss Proxy Advisor), SwissHoldings (Verband der Industrie- und Dienstleistungskonzerne in der Schweiz), Swissmem, Treuhand-Kammer und Vereinigung der privaten Aktiengesellschaften, siehe dazu Trägerschaft Swiss Code of Best Practice, 4.

¹¹⁸ Ziff. 2.1 N 3 SCBP.

¹¹⁹ BÖCKLI, § 14 N 311, 350 ff.

¹²⁰ PEYER, N 43.29 f.

¹²¹ PEYER, N 43.30.

b) Bedeutung von Corporate Governance im Haftpflichtrecht

Die Empfehlungen des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance stellen kein objektives Recht dar. Sie setzen aber auch ohne zwingende gesetzliche Geltung Standards für die Verwaltungsratsstätigkeit.¹²² Obwohl die Regeln des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance über Gestaltung und Tätigkeit der Organe einer Aktiengesellschaft letztlich nur eine Meinungsäusserung einer privaten Organisation darstellen, beeinflusst dieses Regelwerk die Erwartungen, welche die Aktionäre gegenüber dem Verwaltungsrat haben.

Die Haftung von Gesellschaftsorganen setzt (a) einen Schaden, (b) eine Pflichtverletzung, (c) ein Verschulden und schliesslich (d) einen Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der Pflichtverletzung voraus (Art. 754 OR). Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn gegen eine Norm verstossen wurde, die nach ihrem Zweck vor dem eingetretenen Schaden schützen soll. Pflichtwidrig ist die Verletzung von Bestimmungen, welche das Vermögen der Gesellschaft, der Aktionäre oder der Gläubiger schützen (z.B. Art. 670 ff., 678, 680, 716–717, 725, 957 ff. OR).¹²³

In der Lehre ist umstritten, ob der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance auch den Massstab definiert, der bei der Beurteilung der Sorgfaltspflicht von Verwaltungsräten anzuwenden ist und dessen Nichteinhaltung zu einer haftungsauslösenden Sorgfaltspflichtverletzung führt.¹²⁴

Aufgrund der breiten Abstützung von einigen Normen des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance wird in der Lehre teilweise die Ansicht vertreten, dass sie einen allgemein anerkannten Standard wiedergeben, dessen Einhaltung von allen Verwaltungsräten im Sinne des Soft Law erwartet werden kann. Zu beachten ist aber, dass die Regelwerke der Corporate Governance keine Organisationsvorschriften, sondern Umsetzungsvorschläge enthalten. Die Gesellschaften dürfen und sollen, sofern die Umstände es erfordern, andere Lösungen anwenden. Ausserdem zielen viele Vorschläge und Vorgaben der Corporate Governance nicht einen Mindeststandard an, sondern eine «best practice», die bereits oberhalb des Minimums liegt.¹²⁵

4.2 Compliance und E-Compliance

Compliance bedeutet die Einhaltung von Gesetzgebung, Branchenstandards, Statuten, Weisungen usw. sowie ethisches Verhalten der Unternehmung. Compliance hat überdies eine organisatorische Dimension und bezeichnet in diesem Sinne die Gesamtheit aller von einer Unternehmung getroffenen Massnahmen, die darauf abzielen, Regelverstösse durch die Unternehmung, ihre Organe und Mitarbeiter zu verhindern.

Die Organisation der Compliance obliegt als Teil der Oberaufsicht (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR) dem Verwaltungsrat. Die Umsetzung der Compliance erfolgt durch das operative Ma-

¹²² BÜHLER, Corporate Governance, 4.

¹²³ KUKO OR-LEHMANN, Art. 754 N 15 ff.; MÜLLER, § 21 N 70 ff.

¹²⁴ *Ablehnend*: BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 26; BÜHLER, Corporate Governance, 4; HaftpflichtKomm-LUTERBACHER, Art. 754 OR N 34; *ehrer bejahend*: BÖCKLI, § 18 N 153 ff.; FISCHER, 274; STUDER, N 44.21.

¹²⁵ BÖCKLI, § 18 N 156.

nagement (Delegation im Sinne von Art. 716b OR). Informations- und Kommunikationstechnologie und Recht sind in der Unternehmenspraxis eng miteinander verzahnt.

Im Zusammenhang mit der elektronischen Kommunikation hat sich der neue Compliance-Bereich «E-Compliance» entwickelt. Die E-Compliance befasst sich primär mit den Themen Sicherheit, Datenschutz, Konsumentenschutz und Immaterialgüter-, insbesondere Urheberrecht, dem sog. «Content Governance». Es geht um das Management der Risiken an der Schnittstelle von Recht, Technologie und Markt und damit um die Bewältigung der durch die Digitalisierung verursachten Veränderungen im Rechtssystem durch die einzelne Unternehmung.¹²⁶

Der Verwaltungsrat hat gestützt auf Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 5 OR auch für eine angemessene IT-Governance zu sorgen. Er lässt zweckmässige elektronische Führungsinstrumente einrichten und muss die Grundsätze der Informationsbewirtschaftung festlegen. Er hat zudem ein IT-Konzept auszuarbeiten und für die Sicherstellung der Informationssicherheit zu sorgen.¹²⁷

Mit der Dynamisierung des Rechts, der Internationalität und dem schnellen Wandel im IT-Bereich geht eine Rechtsunsicherheit einher. Diese Rechtsunsicherheit sowie die hohe Technizität der Regelungsmaterie haben dazu beigetragen, dass Soft Law in der Form von internationalen Standards, Verhaltenskodizes und «Best Practice Models» entstanden sind. Diese sind im Rahmen der E-Compliance zu berücksichtigen. Soft Law betrifft unterschiedliche Materien und alle Ebenen der elektronischen Kommunikation. Die IT-Sicherheit wird beispielsweise durch ISO-Standards BS 7799/ISO 17799 sowie OECD Guidelines for the Security of Information Systems and Networks und die OECD Guidelines for Cryptography Policy geregelt. Weitere Regelwerke von Interessenverbänden bestehen für den Datenschutz, die freiwillige Inhaltskontrolle der Online-Intermediäre und Records Management.¹²⁸ Auch diese können als Soft Law herangezogen werden.

a) Corporate Social Responsibility (CSR)

In der jüngsten Zeit wird auch die Corporate Social Responsibility (CSR) als Teil der Compliance einer Unternehmung verstanden.¹²⁹ Bei der CSR geht es um die Frage, ob und in welcher Hinsicht Publikumsgesellschaften eine soziale und ökologische Verantwortung haben und bejahendenfalls worin eine solche besteht und ob in dieser Hinsicht gesetzgeberische Massnahmen vorzusehen sind.¹³⁰ CSR operiert in einem globalen Kontext an der Schnittstelle von Wirtschaft, Recht und Politik. In der Schweiz spricht man neben CSR häufig auch von gesellschaftlicher Verantwortung von Unternehmen, verantwortungsvolle Unternehmensführung oder Nachhaltigkeit des Unternehmens.

Bisher bestehen keine gesetzlichen Pflichten für eine CSR. Nach der heute gültigen Rechtslage darf für die Schweiz nach wie vor davon ausgegangen werden, dass aus den CSR-Regeln wie z.B. der «UN Guiding Principles on Business and Human Rights» (auch «Ruggie Principles») keine Sorgfaltspflicht abgeleitet werden kann.

¹²⁶ GASSER/HÄUSERMANN, 71 ff.

¹²⁷ GASSER/HÄUSERMANN, 82 ff.

¹²⁸ GASSER/HÄUSERMANN, 88 f.

¹²⁹ FISCHER, 276 f.

¹³⁰ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 26a.

Mit der gesellschaftlichen Verantwortung von Organisationen befasst sich auch der ISO 26000 Leitfaden zur gesellschaftlichen Verantwortung von Organisationen (2010). Er regelt «die Verantwortung einer Organisation für die Auswirkungen ihrer Entscheidungen und Aktivitäten auf die Gesellschaft und die Umwelt durch transparentes und ethisches Verhalten, das zur nachhaltigen Entwicklung, Gesundheit und Gemeinwohl eingeschlossen, beiträgt, die Erwartungen der Anspruchsgruppen berücksichtigt, anwendbares Recht einhält und im Einklang mit internationalen Verhaltensstandards steht, in der gesamten Organisation integriert ist und in ihren Beziehungen gelebt wird». Der ISO-Leitfaden gibt Orientierung und Empfehlungen, wie sich Organisationen jeglicher Art verhalten sollten, damit sie als gesellschaftlich verantwortlich angesehen werden können. Es handelt sich nicht um eine zertifizierte ISO-Norm. Ihre Einhaltung ist freiwillig.

Im April 2015 wurde die sog. Konzernverantwortungsinitiative¹³¹ lanciert, die Unternehmen mit Sitz in der Schweiz zur Respektierung der Menschenrechte und Umweltstandards weltweit verpflichtet und eine entsprechende Haftung einführen wollte.¹³² Die Volksinitiative war inspiriert von den UNO-Leitprinzipien und sah als Grundkonzept eine unternehmerische Respektierungsverantwortung sowie eine entsprechende Sorgfaltsprüfungspflicht vor, die im Verletzungsfall mit einem Haftungsinstrument verbunden werden sollte.¹³³ Die Volksinitiative wurde am 29. November 2020 vom Schweizer Stimmvolk abgelehnt und ein indirekter Gegenvorschlag lanciert. Nach Umsetzung des indirekten Gegenvorschlags, der systematisch im Obligationenrecht (OR) eingegliedert wird, sollen gewisse Unternehmen verpflichtet werden, jedes Jahr einen Bericht mit Informationen zu nicht-finanziellen Belangen zu erstellen (neuArt. 964^{bis} OR, neuArt. 964a ff. OR).¹³⁴ Die Regelung über die nichtfinanzielle Berichterstattung basiert auf der EU-Richtlinie 2014/954 zur CSR-Berichterstattung der Europäischen Union, wurde aber an das Schweizer Recht angepasst. Die Berichterstattungspflicht umfasst namentlich die Themenbereiche Umwelt (insbesondere die CO₂-Ziele), Soziales, Arbeitnehmerbelange, Menschenrechte und Korruptionsbekämpfung. Zusätzlich zur nicht-finanziellen Berichterstattung führt der Gegenvorschlag in den Bereichen «Konfliktmineralien» und «Kinderarbeit» eine Sorgfalts- und Berichterstattungspflicht ein.¹³⁵ Die Sorgfalts- und die Berichterstattungspflicht beziehen sich auf die Lieferkette des Unternehmens, die Bewertung von Risiken in der Lieferkette und die Erstellung eines Risikomanagementsystems. Die Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz in den Bereichen Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten sowie Kinderarbeit (VSoTr)¹³⁶ regelt, welche Unternehmen diese neuen Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten erfüllen müssen sowie die Ausnahmen, konkreti-

¹³¹ Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt».

¹³² BBl 2015 3245 ff.; 2017 6335 ff.

¹³³ GEISSER, 945; HOFSTETTER, 276.

¹³⁴ Es ist kein Referendum ergriffen worden, womit die neuen Regelungen voraussichtlich 2022 in Kraft treten werden mit einer Umsetzungsfrist von einem Jahr seit der Inkraftsetzung.

¹³⁵ Die Normen orientieren sich an der Verordnung (EU) 2017/821 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Festlegung der Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochrisikogebieten (Verordnung (EU) 2017/821 über Konfliktmineralien) und am Child Labor Due Diligence Act der Niederlande.

¹³⁶ Dazu Erläuternder Bericht zur Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz in den Bereichen Mineralien und Metalle aus Konfliktgebieten sowie Kinderarbeit (VSoTr), undatiert, in Vernehmlassung geschickt am 14.4.2021.

siert die einzelnen Sorgfaltspflichten und nennt die massgebenden international anerkannten Regelwerke.

Bei den Sorgfaltspflichten handelt es sich um Bemühens- und nicht um Erfolgspflichten. Bei Nichteinhaltung sind keine Sanktionen vorgesehen. Einzig die Verletzung der Berichtserstattungspflicht kann mit Busse bestraft werden (neuArt. 325^{ter} StGB). Eine Haftung der Unternehmen (wie sie die Konzernverantwortungsinitiative vorgesehen hätte) wird nicht eingeführt. Die qualitativen Inhalte der Bemühenspflichten lassen sich nach den massgeblichen nationalen, europäischen oder internationalen Regelwerken wie bspw. den Leitsätzen der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) oder den UNO-Leitprinzipien, die weiterhin als Soft Law gegenüber den Schweizer Unternehmen gelten, ableiten.

b) Internationale Bekämpfung der Geldwäscherei

Unter Geldwäscherei versteht man das Einschleusen von Geldern aus illegalen Tätigkeiten in den legalen Geldkreislauf.

Die Schweiz verfügt über eine strenge Regulierung zur Verhinderung der Geldwäscherei. In der Schweiz ist die Geldwäscherei ein strafrechtliches Delikt (Art. 305^{bis} StGB), welches von den Strafbehörden geahndet wird. Darüber hinaus schreibt das Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung¹³⁷ im Finanzsektor den Finanzintermediären die Einhaltung von Sorgfalts- und Meldepflichten bei ihren Kundengeschäften vor. Zu diesem Gesetz hat die FINMA eine konkretisierende GwG-Verordnung erlassen.¹³⁸

Als wichtigste Grundlage für die internationalen Bemühungen im Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung haben sich die 49 Empfehlungen der Financial Action Task Force on Money Laundering FATF (Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux GAFI) durchgesetzt. Diese umfassen 40 Empfehlungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung und 9 Spezialempfehlungen zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung.

Die FATF ist eine intergouvernementale Vereinigung, deren Zweck in der Entwicklung und Förderung von Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung liegt. Sie umfasst 32 Länder, darunter die Schweiz, und zwei internationale Organisationen (Europäische Kommission, Gulf Cooperation Council). Zu den Mitgliedern gehören die grösseren Finanzzentren von Europa, Nord- und Südamerika sowie Asien und Afrika. Das Sekretariat der FATF ist bei der OECD (Organisation for Economic Cooperation and Development) angesiedelt, die FATF ist jedoch nicht Teil der OECD.

Über die FATF und ein Netz von regionalen Gremien haben sich weltweit rund 150 Länder zur Einhaltung der FATF-Empfehlungen verpflichtet. In regelmässigen Abständen führt sie sog. «mutual evaluations» durch. Dabei werden die legislativen und operativen Massnahmen der

¹³⁷ Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (GwG; SR 955.0).

¹³⁸ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 3. Juni 2015 über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (GwV-FINMA; SR 955.033.0).

Mitgliedsländer geprüft. Nötigenfalls werden Massnahmen ergriffen, um die Umsetzung der Empfehlungen durchzusetzen.¹³⁹

Die FATF verfasst auch Best Practices sowie Geldwäschereitypologien. Alle diese Regelungen fallen formell unter «soft law», bilden also kein unmittelbar bindendes Recht. Die Weltbank, der Internationale Währungsfonds und der Sicherheitsrat der UNO haben sie aber als internationale Standards anerkannt.

Zur Beurteilung des Massstabs der Sorgfaltsanforderungen zur Haftungsbeurteilung können die Grundlagen in der GwG-Verordnung der FINMA und deren Konkretisierung in Selbstregulierungen und Reglementen¹⁴⁰ zugezogen werden.¹⁴¹

V. Fazit

Soft Law ist nach wie vor ein breiter Begriff, der weder einheitlich und klar definiert noch geschützt ist. Darunter können zahlreiche Regelwerke subsumiert werden. Der vorliegende Beitrag hat die breite Anwendung von Soft Law in verschiedenen Rechtsgebieten aufgezeigt und dargelegt, dass Soft Law branchenspezifisch grosse Bedeutung haben kann. Die Gerichte ziehen Soft Law regelmässig zur Auslegung von unbestimmten Gesetzesbegriffen bei. Soft Law dient insbesondere der Bestimmung der gebotenen Sorgfalt oder des Standes der Technik oder Wissenschaft, wodurch Soft Law namentlich im Haftpflichtrecht eine zentrale Bedeutung hat und zur Rechtssicherheit beiträgt.

Mit der wachsenden Globalität und dem grenzüberschreitenden Warenverkehr hat die internationale Anerkennung von Normen aus verschiedenen Urheberschaften ausserhalb der staatlichen Gesetzgebungsverfahren eine wichtige Bedeutung. Diese spiegelt sich in den zahlreichen international anerkannten Normen wider, welche auch künftig zunehmende Bedeutung für die Beurteilung von Haftungsfragen erlangen werden.

Vor dem Hintergrund der ständigen Entwicklung und der teilweise sehr hohen technischen Komplexität kann der geltende Stand der Technik und Wissenschaften in den Gesetzen nur ungenügend abgebildet werden. Aufgrund der langwierigen gesetzgeberischen Prozesse hinkt das Gesetz der ständigen Weiterentwicklung in vielen technischen Bereichen hinterher. Das aus der EU stammende Prinzip des New Approach hat dieses Problem erkannt und entsprechend gehandelt. Durch die harmonisierten Normen kann der fortlaufenden Entwicklung Rechnung getragen werden, ohne dass ständige Gesetzesänderungen notwendig sind. Die Normen bieten Herstellern, Inverkehrbringern und Auftraggebern Anhaltspunkte zur Ausübung ihres Verhaltens, insbesondere in Bezug auf die einzuhaltenden Sorgfaltspflichten.

¹³⁹ <https://www.finma.ch/FinmaArchiv/gwg/d/themen/bekaempfung/index.php> (Abruf 15.4.2021).

¹⁴⁰ Z.B. Selbstregulierung wie VSB 08 oder Reglement SRO SCV bzw. Reglement SRO-SVV.

¹⁴¹ HaftpflichtKomm-GASSMANN, Vorbemerkungen zu Art. 9–11 GwG N 4.

«Mehrspuriger Schadenausgleich» – ein anspruchsvolles Vorgehen, das im schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht gesetzlich vorgegeben ist. Sozialversicherungs-, Privatversicherungs- und Haftpflichtrecht sind eng miteinander verbunden. Begriffe werden analog – oder eben nicht analog – verwendet. Kausalitäten müssen je bestimmt werden. Überentschädigungsberechnungen sind in allen drei Bereichen notwendig.

Oft fehlt die Gesamtschau – sowohl in der Rechtsetzung als auch in der Rechtsanwendung. Der vorliegende Sammelband greift die relevanten Fragen auf, und zwar in grundsätzlicher Form und mit Bezug auf die tägliche Praxis. Die Autorinnen und Autoren stellen Fragen und gehen ihnen auf den Grund. Die Herausbergerschaft verbindet die Beiträge mit eigenen Überlegungen. Damit liegt ein grosser, wichtiger Band vor, der die bisherige Entwicklung zusammenfasst und sie für die Zukunft anwendet.

Mit Beiträgen von:

Ackermann Thomas	Grolimund Pascal	Laubscher Sebastian	Schultess Paul
Aliotta Massimo	Grünig Shirin	Lendfers Miriam	Schwintowski Hans-Peter
Berger Max B.	Guyaz Alexandre	Loacker Leander D.	Slavik Eva
Bittel Thomas	Heiss Helmut	Luterbacher Thierry	Stauffer Hans-Ulrich
Bollinger Susanne	Henn Matthias- Christoph	Maisano Riccardo	Stehle Bernhard
Cardinaux Basile	Hochstein Lars	Mösch David	Stöckli Hubert
Chappuis Christine	Huber Christian	Mosimann Hans-Jakob	Stolkin Philip
Dede Sevda	Hummer Bettina	Müller Dominique	Summermatter Daniel
Dupont Anne-Sylvie	Hürzeler Marc	Nef Jürg	Uttinger Ursula
Egli Philipp	Ileri Atilay	Pärli Kurt	von Zedtwitz Clemens
Eichenberger Sarah	Imhof Christian	Pergolis Massimo	Weber Stephan
Fellmann Walter	Jeger Jörg	Perrenoud Stéphanie	Werro Franz
Fisch Jürg	Jungo Alexandra	Pfleiderer Andrea	Widmer Pierre
Flück Nathalie	Kieser Ueli	Pribnow Volker	Widmer Lüchinger Corinne
Flückiger Thomas	Klett Barbara	Reichle Sebastian	Wildhaber Isabelle
Frésard-Fellay Ghislaine	Koziol Helmut	Reichmuth Marco	William Oliver D.
Fuhrer Stephan	Krauskopf Frédéric	Roberto Vito	Zürcher Noémie
Gehring Kaspar	Landolt Hardy	Rothenberger Adrian	
Geiser Thomas	Lang Peter	Rufener Adrian	
		Schmid Markus	

ISBN 978-3-03891-317-7



9 783038 913177