

---

## Verschuldensfähigkeit und Verschulden

Überlegungen aus Anlass der Kritik am "Entscheid Regotz"  
(BGE 102 II 365)

### I. Geschäftsfähigkeit und Deliktsfähigkeit; Mündigkeit und Urteilsfähigkeit

Innerhalb der Regelung der *Handlungsfähigkeit* wird vom schweizerischen Gesetzgeber (wie der Sache nach in der einen oder anderen Form ausnahmslos auch von den ausländischen Rechtsordnungen) unterschieden die *Geschäftsfähigkeit* einerseits, die *Deliktsfähigkeit* andererseits. Die Zuerkennung der "Fähigkeit" rechtswirksamen Handelns wird in den beiden Fällen von jeweils unterschiedlichen Voraussetzungen abhängig gemacht, die im Falle der Geschäftsfähigkeit regelmässig "strenger" angelegt sind als bei der Deliktsfähigkeit; in der Schweiz ist als Voraussetzung der Deliktsfähigkeit einer Person lediglich deren *Urteilsfähigkeit* statuiert, während die Geschäftsfähigkeit zusätzlich *Mündigkeit* verlangt, von welchem Erfordernis nur in Sonderbereichen – umschrieben in ZGB Art. 19 – dispensiert wird.

Das Mündigkeitserfordernis stellt ein *formales* Element dar, über dessen Vorliegen oder Fehlen kaum Ungewissheit aufkommen kann. Umgekehrt liegen indessen die Verhältnisse bei der *Urteilsfähigkeits-Voraussetzung*, lässt sich deren Vorliegen doch nur *bewertend* ermitteln. Zwingende Ableitung anhand vorgegebener Kriterien ist zwar wohl in eindeutigen Fällen möglich; es bleiben jedoch genug andere Fälle, bei denen die Entscheidung nur aufgrund einer auf schwankender Grundlage sich bewegenden Beweisabnahme und bewertender Beurteilung der ermittelten Fakten möglich ist. Dabei sind die Bewertungsmaßstäbe als solche nur ansatzweise objektiv zu fassen und zu beschreiben; letztlich bleibt ein entscheidender Anteil der massgeblichen Entscheidfaktoren in das richterliche Ermessen gestellt. Und es ist auch keineswegs zum vornherein auszuschliessen, dass die für und gegen die Annahme der Urteilsfähigkeit sprechenden Argumente sich die Waage halten, damit von der Sache her betrachtet sowohl eine Entscheidung i. S. eines Ja oder eines Nein gleichermassen möglich ist, aber auch jede der beiden Entscheidungen gleichermassen das sachlich Angemessene teilweise verfehlen muss.

Nicht nur in ihren Voraussetzungen, sondern auch hinsichtlich der *sachlogisch möglichen Rechtsfolgen* sind *Geschäftsfähigkeit* und *Deliktsfähigkeit* verschieden:

Im Rahmen der *Geschäftsfähigkeit* können Rechtsgeschäfte nur entweder gültig oder ungültig sein; daher kann auch die Geschäftsfähigkeit nur bejaht oder verneint werden, während ein Drittes, eine "verminderte" Geschäftsfähigkeit, infolge der Natur der Sache nicht in Betracht fällt. Das führt dann zu den hinlänglich bekannten Problemfällen, in denen der Richter gezwungen ist, die Testierfähigkeit (als erbrechtlichen Sonderfall der Geschäftsfähigkeit) eines Testators entweder zu bejahen oder zu verneinen, obwohl das Beweisergebnis fragwürdig, die Bewertung der erhobenen Fakten weitestgehend dem persönlichen Ermessen des Richters anheimgegeben ist<sup>1</sup>. Auch wenn der Richter nach allem ehrlicher Weise nur feststellen dürfte, dass eine Urteilsfähigkeit zwar nicht voll, wohl aber in herabgesetztem Umfang vorhanden gewesen sei, ist er gezwungen, sich für volle Urteilsfähigkeit (Testamentsgültigkeit) oder aber volle Urteilsunfähigkeit als deren Gegenstück zu entscheiden<sup>2</sup>.

Bei der *Deliktsfähigkeit* liegen die Verhältnisse genau umgekehrt; da die an sie geknüpfte Rechtsfolge (Schadenersatzanspruch) nicht bloss bejaht oder verneint werden kann, sondern *quantitativer Abstufung* zugänglich ist, besteht auch kein sachlogischer Zwang zur Bejahung oder Verneinung der Sanktionsvoraussetzung. Deliktsfähigkeit als Haftungsvoraussetzung im Rahmen der Verschuldenshaftung bedeutet nicht mehr und nicht weniger als *Verschuldensfähigkeit*, d. h. die Feststellung des Vorliegens der subjektiven Voraussetzungen, unter denen das objektiv festgestellte Verschulden dem Handelnden zugerechnet werden muss und dieser mit den daran geknüpften Rechtsnachteilen belastet werden darf. Unter dem Gesichtspunkt des Haftungs-Ausschlussgrundes des *Selbstverschuldens* des Geschädigten wird die Urteilsfähigkeit nicht nur im Rahmen von Verschuldenshaftung, sondern auch bei verschuldensunabhängiger Haftung bedeutsam, ist aber auch im letzteren Fall nichts anderes als Verschuldensfähigkeit.

---

<sup>1</sup> Nicht nur mag die Testamentserrichtung Jahrzehnte zurückliegen und das Beweisergebnis über den dazumaligen Geisteszustand des Testators ein unklares, widersprüchliches Bild ergeben. Die Sache selbst ist mit Ungewissheiten belastet: Sollen die erwiesenen Elemente des Zerfalls (Momente des Verwirrtseins, Ausfälle im Frischgedächtnis usw.) den Ausschlag geben oder aber umgekehrt die Tatsache, dass in manchem (und vielleicht gerade in den bei der Testamentserrichtung massgeblichen Gesichtspunkten) Urteilskraft und Willensbildung erhalten gewesen zu sein scheinen? Nicht zu sprechen von der Ungewissheit, von welchem Punkte an (bei grundsätzlich erhaltener Urteilskraft) altersbedingte Persönlichkeitsveränderungen Urteilsunfähigkeit bedeuten sollen.

<sup>2</sup> Beweislastregeln im eigentlichen Sinn dürfen hier wohl nicht den Ausschlag geben: Die Tatsache, dass derjenige, der Urteilsunfähigkeit behauptet, beweisbelastet ist (vgl. dazu E. BUCHER, Komm. ZGB 16 N. 125), erlaubt zwar, bei unklarem Beweisergebnis zugunsten der Urteils-(Handlungs-)fähigkeit und damit für die Gültigkeit des streitigen Rechtsgeschäfts zu entscheiden, gibt indessen keine Regel für die Bewertung der erhobenen Fakten in Grenzfällen. (Mit dieser Grundsatzfeststellung soll nicht geleugnet sein, dass die Grenzziehung zwischen Ungewissheit des Beweisergebnisses einerseits und dessen materiellrechtlicher Ambivalenz andererseits praktisch nicht leicht, in Einzelfällen wiederum nur schwer ohne Willkür möglich sein wird.)

Da in der Schweiz – anders als nach BGB und den meisten ausländischen Rechtsordnungen – im Rahmen der Verschuldenshaftung volle Ersatzpflicht nicht bei jedem (auch geringfügigen) Verschulden eintritt, sondern gemäss Art. 43/I OR eine gewisse Schwere voraussetzt, während leichte Verschuldensformen die Möglichkeit der Verurteilung zu Teilersatz eröffnen, hängt die Haftung insgesamt vom Umfang des Verschuldens ab. Daher muss grundsätzlich in jedem Fall nicht nur das Vorliegen von Verschulden im allgemeinen festgestellt, sondern dessen Schwere (oder "Grösse") überprüft werden. Sind Abweichungen vom Grundsatz voller Haftung infolge Geringfügigkeit des Verschuldens bloss die Ausnahme, liegen die Verhältnisse beim *Selbstverschulden* genau umgekehrt. Dieses lässt nur im Falle besonderer Schwere die Haftung des Schädigers völlig entfallen<sup>3</sup>; im Regelfall "gewöhnlichen" Verschuldens erfolgt bloss eine anteilmässige Herabsetzung der Haftung<sup>4</sup>.

Das Gesagte soll zeigen, dass im Zusammenhang der Prüfung der Haftung im Rahmen der Verschuldenshaftung (und erst recht im Rahmen der Feststellung des Selbstverschuldens als Haftungs-Reduktionsgrund) es nicht darum geht, die Verschuldensfrage zu bejahen oder zu verneinen, sondern vielmehr die Aufgabe gestellt ist, den "Umfang", die "Schwere" oder wie man immer die quantitative Abstufung des Verschuldens nennen mag, zu ermitteln. Diese Aufgabenstellung wirkt nun auch auf die subjektive Voraussetzung des Verschuldens, die Feststellung der Verschuldensfähigkeit (d. h. Urteilsfähigkeit i. S. von ZGB 16) zurück: Die Schwere des Verschuldens kann nicht ohne Blick auf das Mass der *Verschuldensfähigkeit* (Urteilsfähigkeit) beurteilt werden; diese tritt als selbständiger bestimmender subjektiver Faktor gleichberechtigt neben das Verschulden selber, das in traditioneller Dogmatik "objektiv" zu verstehen ist (unten Zif. VII). Zwischenstufen der Urteilsfähigkeit können und müssen durch entsprechende Graduierung des Verschuldens berücksichtigt werden; zur Klarstellung der Verhältnisse empfiehlt sich die Einführung der Vorstellung einer graduell abgestuften (z. B. "herabgesetzten") Urteilsfähigkeit. Während unter vergleichbaren Verhältnissen im Strafrecht die Verschuldensfähigkeit (hier "Zurechnungsfähigkeit" genannt) mit Selbstverständlichkeit

---

<sup>3</sup> Vgl. SVG (BG über den Strassenverkehr vom 19.12.1958; SR 741.01) Art. 59/I: Haftungsausschluss im Falle von "*grobem Verschulden*" des Geschädigten.

<sup>4</sup> Die unterschiedliche Berücksichtigung des Umstandes, dass nicht volles, sondern bloss "herabgesetztes" Verschulden vorliegt, ist in der Verschiedenheit des Ausgangspunktes begründet. Gleichgewichtiges Verschulden und Selbstverschulden schliesst Haftung nicht aus. Auch heute wohl noch zutreffend PGB § 1841 ("In allen andern Fällen einer gemeinsamen Verschuldung des Schädigers und des Beschädigten haben sie den Schaden gemeinsam je nach Massgabe der Schuld, im Zweifel zu gleichen Teilen zu tragen.") und § 1840 ("Hat der Beschädigte Teil an der Verschuldung und fällt ihm selbst grobe, dem Schädiger nur eine leichte Fahrlässigkeit zur Last, so wird jener jedes Entschädigungsanspruchs verlustig."). Vgl. zum Grundsätzlichen unten Ziff. 9.

in diesem Sinne verstanden und daher eine Verminderung in allen denkbaren graduellen Abstufungen als Strafmilderungsgrund berücksichtigt wird, bietet der Wortlaut des ZGB (Art. 12-19) keine Grundlage, von einer "verminderten" Urteilsfähigkeit auszugehen; es ist wohl die im Zusammenhang der Geschäftsfähigkeit gegebene Zwangsläufigkeit des "Alles-oder-Nichts", das die Betrachtungsweise eines kontradiktorischen Gegensatzes zwischen Urteilsfähigkeit und deren Negation in unkritischer Verallgemeinerung auch auf die Deliktsfähigkeit durchschlagen lässt.

## II. Vorschlag der Anerkennung graduell abgestufter Verschuldensfähigkeit und der "Entscheid Regotz"

Der Schreiber hat im Rahmen der Kommentierung des Handlungsfähigkeitsrechts<sup>5</sup> Mitte der siebziger Jahre den Vorschlag gemacht, die Urteilsfähigkeit, soweit diese i. S. der Verschuldensfähigkeit zu beurteilen ist, nicht als kontradiktorischen Gegensatz zur Urteilsunfähigkeit zu verstehen, sondern i. S. der Anerkennung eines gleitenden Überganges zwischen beiden Begriffen die Vorstellung einer "beschränkten Urteilsfähigkeit" zuzulassen<sup>6</sup>.

Es wurde ausgeführt, "dass in Bereichen, wo die Urteilsfähigkeit als Verschuldensfähigkeit zu berücksichtigen ist ..., der sachlogisch gegebenen Möglichkeit gradueller Abstufung der Urteilsfähigkeit bereits im Grundsätzlichen (und nicht erst durch die Hintertür der Bemessung des Verschuldens) Rechnung getragen wird, was im Prozess insbesondere bedeutet, dass das Beweisverfahren ... nicht schematisch auf die Entscheidung "Urteilsfähigkeit: ja oder nein?", sondern auf eine differenzierende Qualifizierung des Zustandes hin angelegt werden soll"<sup>7</sup>. Der Schreiber konnte darauf hinweisen, dass die von ihm vorgeschlagene Betrachtungsweise sich bereits in der bisherigen Gerichtspraxis nachweisen lässt<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> E. BUCHER, Kommentar ZGB, Personenrecht, Art. 11-26, Bern 1976.

<sup>6</sup> Komm. ZGB Vorbem. vor Art. 12-19, N. 23/26 mit dem Hinweis, dass auch das Recht ausservertraglicher Schädigung eine Berücksichtigung von Mittelstufen fordert, in Art. 43/I OR wie auch in OR Art. 54, wo im Rahmen der Billigkeitshaftung des "Urteilsunfähigen" auch, "Reste von Urteilsfähigkeit" berücksichtigt werden dürften: Wenn man daher – was im Grundsätzlichen vom Schreibenden abgelehnt wird – im Falle erheblich herabgesetzter Urteilsfähigkeit diese verneint und damit jegliche Verschuldenshaftung abschneidet, kann man das beim Handelnden festgestellte "Restverschulden" gestützt auf OR 54 in eine partielle Haftung ummünzen.

<sup>7</sup> Komm. ZGB 16 N. 4a – Weitere Ausführungen zu dieser Frage noch etwa zu ZGB 19 in N. 394-402.

<sup>8</sup> Komm. ZGB 16, N. 4a in fine Hinweis auf BGE 72 II 204; im Rahmen der Beurteilung des *Selbstverschuldens* eines noch nicht ganz Achtjährigen, der an verbotener Stelle schlittelte und durch Kollision mit einer Eisenbahn verletzt wurde, stellt das Gericht fest, dass dem Knaben "nur eine beschränkte Urteilsfähigkeit beigemessen werden" könne, was zu einer Anspruchsreduktion infolge Selbstverschuldens um 25% führte.

Während das Abstellen auf "beschränkte Urteilsfähigkeit" in BGE 72 II 204 mehr beiläufigen Charakter hat, hat das *Bundesgericht* im "*Fall Regotz*" (BGE 102 II 365) zu der hier behandelten Frage zum erstenmal grundsätzliche Überlegungen angestellt. Zu beurteilen war, ob das *Selbstverschulden* der damals noch nicht ganz vierzehnjährigen Gymnasiastin Diana Regotz, die beim Aufspringen auf den bereits fahrenden Zug stürzte und unterhalb des Knies beide Beine verlor, als "grobes Selbstverschulden" zu qualifizieren sei, das die Haftung der Eisenbahn nach EHG ausschliesse. Die Vorinstanz hatte diese Frage bejaht und daher die Ersatzpflicht der Bahn verneint; die II. Zivilabteilung des Bundesgerichts gelangt indessen zu einer "Haftungsquote" der Geschädigten von einem Viertel, reduziert die Haftung demnach gestützt auf Selbstverschulden um 75%. Massgebend ist die Frage der "Grösse des Verschuldens", bei deren Beantwortung, nach dem Bundesgericht, "auch das *Mass der Urteilsfähigkeit* zu berücksichtigen" ist; es wird festgehalten, dass "eine *verminderte Urteilsfähigkeit* auch geeignet (sei), die Folgen allfälligen Selbstverschuldens des Geschädigten abzuschwächen" (Auszeichnung in beiden Fällen beigefügt). Es folgt der Hinweis, dass Selbstverschulden von Kindern generell milder beurteilt werde als jenes von Erwachsenen (mit Erwähnung von BGE 93 II 94/5, 66 II 200/201, 62 II 316/317; im Gegensatz dazu steht die unter vergleichbaren Umständen volle Verschuldensfähigkeit eines Erwachsenen wie z. B. statuiert in BGE 61 II 135). Zugrunde liegt offenkundig die Ansicht, dass bei sonst gleich zu gewichtendem "objektivem Verschulden" im Falle von (hier infolge Kindesalters) herabgesetzter Urteils- oder Verschuldensfähigkeit das Selbstverschulden geringer zu bemessen sei (alles p. 368). Bei der Beurteilung des Selbstverschuldens war konkret berücksichtigt worden, dass die Verunfallte sich verspätet hatte und durch die Angst bestimmt war, bei Verpassen des Zugs zu spät in die Schule zu kommen, woraus nach dem Bundesgericht resultiert, dass die "Urteilsfähigkeit im Zeitpunkt des Unfalls herabgesetzt war".

### III. Die eine "Quantifizierung" der Urteilsfähigkeit ablehnenden Stimmen

Der "Entscheid Regotz" und damit auch die genannten Ausführungen des Schreibenden, auf die sich das Bundesgericht stützt, haben in der Literatur seitens zweier Autoren vehemente Ablehnung erfahren.

#### a) HANS MERZ

In seiner Besprechung der Bundesgerichtspraxis<sup>9</sup> findet HANS MERZ: "Der Entscheid vermag weder im Ergebnis noch in der Begründung zu überzeugen" (p. 135).

---

<sup>9</sup> HANS MERZ, ZBJV 1978 134-136.

Vom "Umweg über eine 'verminderte Urteilsfähigkeit' " befürchte er Entwicklung zu "dogmatischer und methodischer Verwirrung"; "das Zivilrecht kennt nur das Vorhandensein oder das Fehlen der Urteilsfähigkeit". Bei deren Bejahung (und nur dann) ist das Verschulden zu prüfen, wobei "die ganze gleitende Skala vom groben zum leichten Verschulden zur Verfügung steht". – In seiner Kritik am Schreibenden (p. 136) greift er dessen N. 4a zu ZGB 16 (zitiert oben Fn. 7) auf und schreibt: "Um beim hier verwendeten Bild zu bleiben: Urteilsfähigkeit und Verschulden stehen zueinander nicht im Verhältnis von Vordertür und Hintertür, deren eine oder andere man benützen kann, um zur Bejahung der Haftpflicht zu gelangen. Es handelt sich vielmehr um zwei notwendigerweise nacheinander zu passierende Türen; zuerst ist das Vorhandensein der Urteilsfähigkeit zu prüfen und – im Falle der Bejahung – anschliessend das Verschulden. Dann ist es aber methodisch sinnvoll, nicht schon in der ersten Prüfung die Kriterien anzuwenden, die der zweiten vorbehalten sind. Das läuft schliesslich auf eine Verschmelzung der beiden Begriffe hinaus, die Sorgfaltspflicht als objektive Seite, die Urteilsfähigkeit als subjektive Seite eines neuen Verschuldensbegriffes."

b) PIERRE-A. WESSNER

Der hier behandelten Frage widmet PIERRE-A. WESSNER einen eigenen Aufsatz: "*Le discernement: Contre la notion de capacité restreinte en droit de la responsabilité civile*"<sup>10</sup>. Wie schon im Titel ausgedrückt, bekämpft der Verfasser die von ihm der "complicité du Professeur Bucher et du Tribunal fédéral" zugeschriebene Lehre. Auch er versteht die Deliktsfähigkeit (und damit, in vorliegendem Zusammenhang, die Urteilsfähigkeit) als *Verschuldensfähigkeit* (p. 34), diese wiederum als "aspect subjectif de la faute", die dem "devoir de diligence (Sorgfaltspflicht), désigné comme l'aspect objectif" gegenübergestellt wird (p. 335)<sup>11</sup>.

Damit wäre eigentlich der Weg zu einer gesamtheitlichen Betrachtung und einer einheitlichen Handhabung der subjektiven und objektiven Seite des Verschuldens geschaffen. Für WESSNER ist nicht dies wegleitend; seine Ansicht wird entscheidend von der Feststellung bestimmt, dass die Kodifikation

---

<sup>10</sup> PIERRE-A. WESSNER, SJZ 1983 333-338.

<sup>11</sup> Damit übernimmt *Wessner* die Gegenüberstellung der "objektiven Seite" und der "subjektiven Seite" des Verschuldens (so K. OFTINGER, Schweiz. Haftpflichtrecht, Bd. I, 4. A., Zürich 1975, 141) oder "subjektiven bzw. objektiven *Komponente*" des Verschuldens (so ROLAND BREHM, Berner Komm. Bd. VI/1/3/1, 1986, OR Art. 41, N. 169 ff.).

von einem kontradiktorischen Gegensatz zwischen Bejahung und Verneinung der Deliktsfähigkeit ausgeht und auch die Materialien keinen Anhaltspunkt für eine andere Betrachtungsweise abgeben ( p. 336). Daher: "la théorie développée par Bucher se heurte au système de la responsabilité délictuelle. La capacité de discernement ... est une condition préalable de la faute". Und weiter unten (immer p. 336): "La mise en œuvre de la responsabilité délictuelle implique donc un examen successif du discernement et de la faute." Folgt die von MERZ übernommene Behauptung, es würde mit der von diesen Autoren abgelehnten Auffassung das Risiko geschaffen "qu'un même facteur (dans l'arrêt Regotz, par exemple, le jeune âge de la victime et son empressement à prendre le train) soit doublement pris en compte, au niveau de la capacité de discernement, puis à celui de la faute". WESSNER beklagt die Vermischung beider Begriffe und glaubt, den Leser belehren zu müssen: "Car il peut y avoir discernement sans faute; mais le contraire n'est pas vraie" (p. 337, in initio)<sup>12</sup>.

Festzuhalten ist, dass im Ergebnis WESSNER keineswegs ablehnt, dass mangelnde Einsicht und Selbstdisziplin des Kindesalters als Herabsetzungsgründe der Ersatzpflicht (bzw. beim Ersatzanspruchs-Reduktionsgrund des Selbstverschuldens) berücksichtigt werden; der Entscheid Regotz wird von WESSNER – der sich hierin von MERZ unterscheidet – nicht im Ergebnis, sondern nur hinsichtlich der Begründung kritisiert. Vom Bundesgericht wird gesagt: "S'il voulait justifier la responsabilité des Chemins de fer fédéraux, il suffisait de considérer que l'empressement peu réfléchi de Diana Regotz, lié à son jeune âge, ne pouvait constituer un comportement gravement fautif. Cela revenait à admettre la capacité de discernement et à apprécier la faute d'après les critères qui lui sont propres".

#### IV. Sonstige literarische Stellungnahmen

Die vorstehend genannten Autoren MERZ und WESSNER sind die einzigen, die der hier aufgeworfenen Frage eine einlässliche Stellungnahme widmen; die übrigen literarischen Äusserungen sind nur beiläufiger Art.

Insgesamt *ablehnend*, wenn auch durchwegs ohne Begründung, sind die Stellungnahmen von DESCHENAUX / STEINAUER, DESCHENAUX / TERCIER, GUINAND und

---

<sup>12</sup> Unten (bei Fn. 46f.) wird zu zeigen sein, dass diese Feststellung, so banal sie ist, insofern am Problem vorbeigeht, als es in bestimmten Zusammenhängen (OR 54/I, ZGB 333) notwendig ist, auch im Falle von fehlender Verschuldensfähigkeit das Vorliegen (objektiven) Verschuldens festzustellen.

BREHM<sup>13</sup>. KELLER / GABI bezeichnen "Zwischenstufen reduzierter Urteilsfähigkeit" für "logisch nicht denkbar"<sup>14</sup>; andererseits scheint mir KARL OFTINGER eine neutrale Position zu vertreten bzw. zur hier aufgeworfenen Frage sich nicht zu äussern<sup>15</sup>. In *befürwortendem Sinne* äussern sich, durchwegs ohne einlässliche Begründung, ALFRED KELLER, MICHAEL RIEMER, EMIL STARK, ANDREAS BUCHER und FRANZ WERRO<sup>16</sup>. Der *Empfänger der vorliegenden Festgabe* ist in seinem "Grundriss des Personenrechts" deutlicher als die meisten der vorstehend genannten Autoren und schreibt, unter Hinweis auf den "Entscheid Regotz": "Sowohl im rechtsgeschäftlichen wie auch im deliktsrechtlichen Bereich kann eine Person zwar nur urteilsfähig oder urteilsunfähig sein. Während aber im Rahmen der Geschäftsfähigkeit der Eintritt der Rechtsfolgen nur generell bejaht oder verneint werden kann, ein Vertrag nur gültig oder ungültig sein kann, sind die Deliktsfolgen, wo sich der Umfang der Haftung u. a. nach der Grösse des Verschuldens richtet (Art. 43 OR), durchaus einer graduellen Abstufung fähig. Dementsprechend ist auch das Mass des Verschuldens und damit der Grad der Urteilsfähigkeit bei der Festlegung der Deliktsfolgen zu berücksichtigen<sup>17</sup>." Diese Formel kann wohl als abschliessende Zusammenfassung der durch das Bundesgericht geschaffenen gegenwärtigen Rechtslage gelten, der als solcher nichts beizufügen ist.

Insgesamt kann man feststellen, dass im Ergebnis kaum Stimmen hörbar werden, die zum vornherein eine Berücksichtigung des Kindesalters i. S. einer Herabsetzung des Verschuldens ablehnen würden, d. h. eine Haftungsbeschränkung unter diesem Gesichtspunkt bzw. eine Beschränkung des Selbstverschuldens als Grund der Herabsetzung des Ersatzanspruches nicht zulassen wollen, weshalb die diesbezügliche, in einer stattlichen Reihe von Entscheiden (BGE 62 II 316 f., 66 II 200 f., 72 II 204, 90 II 13 E. 5, 93 II 94 f., schliesslich der Fall Regotz sowie ihm nachfolgend BGE 104 II 185) sich

---

<sup>13</sup> DESCHENAUX / STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 2. A., Bern 1986, 63, N. 233a; DESCHENAUX / TERCIER, *Responsabilité Civile*, 2. A., Bern 1982, 80; JEAN GUINAND, *La responsabilité des personnes incapables de discernement*, 410 in "Hundert Jahre Schweiz. OR", Freiburg/CH 1982; ROLAND BREHM, (zit. Fn. 11), Art. 41, N. 172, wobei vor allem auffällt, dass der zuletzt genannte Verfasser im Rahmen der Kommentierung von OR 41 auf eine Begründung seines Standpunktes verzichtet, was um so erstaunlicher ist, als die von ihm übernommene Auffassung der Urteils- bzw. Deliktsfähigkeit als "subjektive Komponente des Verschuldens" eigentlich einladen würde, dieses subjektive Element, ebenso wie das objektive Gegenstück, als der graduellen Abstufung zugänglich zu betrachten.

<sup>14</sup> KELLER / GABI, *Haftpflichtrecht* (Bd. II Schweiz. Schuldrecht), Basel 1985, 61.

<sup>15</sup> K. OFTINGER, zit. oben Fn. 11, 154 ff.

<sup>16</sup> ALFRED KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, 4. A., Bern 1979, 76; MICHAEL RIEMER, *Bundesgerichtspraxis zum Personenrecht des ZGB*, Bern 1979, 33; EMIL STARK, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. A., Zürich 1988, 108, N. 500; ANDREAS BUCHER, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Basel / Frankfurt a.M. 1986, 38, N. 90; FRANZ WERRO, *La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité*, Fribourg 1986, 40 f., N. 200 ff.

<sup>17</sup> PEDRAZZINI, *Grundriss des Personenrechts*, 1. A., Bern 1982; identischer Text in PEDRAZZINI / OBERHOLZER, 2. A., 1985, 82/83 oder 3. A., 1989, 86.



niederschlagende einheitliche Bundesgerichtspraxis auch keine grundsätzliche Kritik erfährt. Geteilt sind die Meinungen lediglich in der Frage, in welche dogmatischen Formeln die hier besprochene Differenzierung zu kleiden sei, ob dies über die Vorstellung einer durch Kindesalter reduzierten Urteilsfähigkeit bzw. Verschuldensfähigkeit oder vielmehr über die Annahme herabgesetzten Verschuldens zu geschehen habe.

### **V. Die gestellte Aufgabe: Dogmatische "Konstruktion" infolge subjektiver Elemente herabgesetzter Haftung**

Beginnen wir mit einem Beispiel: Knaben im Alter zwischen sechs und vierzehn Jahren spielen die Apfelschuss-Szene; jeder ist bald Vater, bald Sohn Tell, und es kommt, wie es kommen muss (und der Leser auch bereits voraussieht): Während die meisten gar nichts treffen, einige vielleicht den Apfel, geht schliesslich der Pfeil in ein Auge, das, wie wir gerne annehmen, nicht gänzlich verloren ist, dessen Heilung aber Kosten verursacht. Wie steht es mit der Belangbarkeit des Schützen?

Die Deliktshaftung nach OR Art. 41, die hier allein betrachtet sei, setzt Verschulden des Haftpflichtigen, damit aber auch dessen Verschuldensfähigkeit voraus. Vom äusseren Handlungsablauf her sind die Haftungsvoraussetzungen klar gegeben: Jedermann weiss, dass das Schiessen mit nicht abgesicherten Pfeilen in Richtung von Gesichtern die Gefahr von Augenverletzungen in sich schliesst. Kann an den "objektiven" (d. h. von äusseren Umständen abhängigen, die Persönlichkeit des Handelnden ausser acht lassenden) Verschuldensvoraussetzungen nicht gezweifelt werden, liegt das Problem allein im "subjektiven" Bereich, der Persönlichkeit des Schützen und dessen Verschuldens-(Urteils-)fähigkeit.

Wenn wir uns vorerst über die haftpflichtrechtlichen Folgen der verschiedenen möglichen Varianten des Beispiels zu einigen suchen, ohne deren begrifflich-dogmatische "Konstruktion" überhaupt zu erwägen, glaube ich als unstreitig voraussetzen zu dürfen, dass der Schütze voll haftet, wenn dieser vierzehnjährig ist, nicht dagegen, wenn dem Sechsjährigen das Missgeschick des Fehlschusses passiert<sup>18</sup>. Diese beiden Beispiele vorbehaltlos gegebener bzw. fehlender Verschuldensfähigkeit (Deliktsfähigkeit, Urteilsfähigkeit) sind ohne Problem; hier interessieren allein die verbleibenden Varianten des Alters des Schützen zwischen sieben und dreizehn Jahren.

---

<sup>18</sup> Es versteht sich von selbst, dass hier nicht die beispielshalber genannten Jahreszahlen als solche diskutiert oder festgeschrieben werden sollen. Ebenso bleibt das allfällige Selbstverschulden des Opfers oder sonstige Nebenumstände (wie auch die eventuelle solidarische Mithaftung der übrigen Teilnehmer des Spiels oder des Familienhauptes nach ZGB 333) gänzlich ausser Betracht.

Von der Sachlogik her gesehen bieten sich zwei Lösungsmöglichkeiten an: Die *erste* geht dahin, zu fragen, von welchem Alter an Realitätsverständnis und Verantwortungsbewusstsein genügend entwickelt sind, um den Schützen mit einer Haftung zu belasten, ihm das objektiv als schuldhaft qualifizierte Verhalten zuzurechnen. In diesem Sinne wäre zu fragen, in welchem Alter der Sprung von Deliktsunfähigkeit zu Deliktsfähigkeit anzusetzen ist. Dies ist dem Grundsatz nach die Fragestellung des deutschen und wohl auch des österreichischen Rechts<sup>19</sup>.

Der übergangslose Sprung von völliger Freistellung von der Zurechnung des objektiv schuldhaften Verhaltens zu voller Zurechnung ist im BGB bedingt durch das Fehlen einer OR Art. 43/I entsprechenden Norm, welche eine graduelle Herabsetzung der Ersatzpflicht vorsieht, falls die "Grösse" des Verschuldens Haftung in vollem Umfang nicht rechtfertigt. In der sachlogisch zwangsläufig denkbaren Grenzsituation, in der die für und gegen die Annahme der Schuldzurechnungsfähigkeit sprechenden Argumente sich die Waage halten (z. B. für den Zehnjährigen, der sich altersmässig in der Mitte zwischen voller Zu- und Unzurechenbarkeit schuldhaften Verhaltens befindet), ist ein Entscheid ohne Willkür nicht möglich; da Sachargumente per definitionem nicht verfügbar sind, müsste man hier, wie auch im oben genannten Grenzfall der Geschäfts-(Testier-)fähigkeit, dem Richter eigentlich zum Münzwurf raten.

Die *zweite* Lösungsmöglichkeit geht dahin, zwischen altersbedingter Haftungsfreistellung (des Sechsjährigen) und voller Haftung (des Vierzehnjährigen) Zwischenstufen zuzulassen. Entscheidet man sich dafür, ergibt sich zwangsläufig eine Skala gleitender Übergänge. Wenn wir unser Beispiel in diesem Sinne ausbauen und dabei von allen weiterhin möglichen (und im gegebenen praktischen Einzelfall zweifellos gegebenen) zusätzlichen Gesichtspunkten abstrahieren, könnte man den Siebenjährigen mit einem Achtel der Haftung, den Zehnjährigen mit vier Achteln belasten, während die Haftung der übrigen entsprechend deren Jahrgang nach einer linearen Skala bemessen würde. Eine derartige Konzeption empfiehlt sich durch Vermeiden willkürlicher Sprünge von voller Haftung zu vollständiger Freistellung und umgekehrt; es kann allen Zwischenstufen des Entwicklungsstandes persönlicher Selbstverantwortung Rechnung getragen werden.

---

<sup>19</sup> BGB § 828/II sieht für die Altersgruppe der Sieben- bis Achtzehnjährigen eine (ins richterliche Ermessen gestellte) Befreiung von der Haftung vor, falls der Handelnde "nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat". Im Ergebnis ähnlich wohl das österreichische Recht, das zwar (anders als das BGB, wenn auch nicht so weitgehend wie OR Art. 43/I) eine Abstufung der Haftung nach der Schwere des Verschuldens kennt (ABGB § 1324), indessen wenigstens für den Regelfall die altersmässige Begrenzung der Deliktsfähigkeit schematisch auf 14 Jahre festlegt (ABGB § 153 mit Verweisung auf die Mündigkeit, die gem. ABGB § 21/II mit Vollendung des 14. Lebensjahres erreicht wird). Vgl. im übrigen H. KOZIOL, Österr. Haftpflichtrecht, Bd. I, 2. A., Wien 1980, 120 ff., sowie Kommentare zu ABGB § 21, § 152.

Ich gehe davon aus, dass in der Schweiz dieses zweite Modell im praktischen Ergebnis weitgehend akzeptiert ist<sup>20</sup>; ungeachtet der Frage, ob die Verschuldensfähigkeit oder aber das Verschulden selber als abgestuft betrachtet wird, sind keine Stimmen erkennbar, die im Grundsätzlichen eine, auf subjektive Gesichtspunkte in der Person des Haftenden begründete, Abstufung der deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit ablehnen, ein "Alles oder Nichts" der Haftung nach dem Vorbild unserer deutschsprachigen Nachbarn fordern würden. Die vorliegende Kontroverse bezieht sich daher allein auf die Frage der "Konstruktion" dieses Ergebnisses.

## VI. Was bedeutet als nicht abstufbar verstandene Urteilsfähigkeit?

### 1. Unbestimmtheit des Begriffs

Der Begriff der Urteilsfähigkeit entbehrt genauer Konturen, was nicht überraschen kann, da es sich um eine eigenständige Neuschöpfung des ZGB handelt, das hier nicht, wie anderswo, gemeinrechtliche Traditionen übernehmen konnte. Die Autoren, welche es für notwendig halten, den Begriff der Urteilsfähigkeit gegenüber umstürzlerischen Neuerungen zu verteidigen, unterlassen es ihrerseits, diesen Begriff zu präzisieren. Es stellt sich die Frage, wo im Apfelschuss-Beispiel die von ihnen postulierte Grenze zwischen Urteils-(Delikts-)fähigkeit und -unfähigkeit verlaufen soll.

### 2. Drei Möglichkeiten der Grenzziehung

In einer *ersten Variante* könnte man annehmen, dass die Urteilsfähigkeit beginnt, sobald ein Verschulden überhaupt – wenn auch bloss in minimalen Ansätzen – festgestellt werden kann: Nach dieser (hier als "*minimalisierte Urteilsfähigkeit*" bezeichneten) Definition wäre der Siebenjährige demnach bereits urteils- und verschuldensfähig (wenn auch in der nachherigen Prüfung der Schwere des Verschuldens bloss mit geringem Verschulden belastet). Als *zweite Variante* erscheint die Möglichkeit, irgendwo im Mittelfeld (z. B. dann, wenn sich die für und gegen die Annahme uneingeschränkter Urteilsfähigkeit sprechenden Momente die Waage halten, wie wir das beispielshalber für

---

<sup>20</sup> Vgl. statt vieler BGE 104 II 185, wo die Verschuldensfähigkeit von drei Neunjährigen als Schädiger und Geschädigte bzw. als Mitspieler bei einem Pfeilschiessen zur Beurteilung stand.

den Zehnjährigen angenommen haben,) die Grenze zwischen Bejahung und Verneinung der Urteilsfähigkeit anzusetzen. Oder als *dritte Variante* der Bejahung der Urteilsfähigkeit könnte schliesslich verlangt werden, dass ein "normales" Mass von Einsicht und Selbstverantwortung gegeben sei, während eine erhebliche Beschränkung der Verantwortungsfähigkeit (oder der Willenskraft, der Selbstbeherrschung, des Realitätsbezuges usw.) Urteilsfähigkeit zum vornherein ausschliessen würden; diesfalls könnte höchstens ("à la limite") der Vierzehnjährige als urteilsfähig gelten.

Wenn wir die zuletzt genannte *dritte Variante* betrachten, so schliesst sie die Haftung in dem hier betrachteten Bereich eingeschränkter Verschuldensfähigkeit aus; es gäbe nur die Haftung des für sein Verhalten uneingeschränkt und voll Verantwortlichen, während alle Schädiger die in wesentlichen, nicht bloss nebensächlichen Bezügen (infolge Jugendalters oder anderer Faktoren) nach unten von der Allgemeinnorm abweichen, als Urteilsunfähige gelten würden und von jeglicher Haftung (und umgekehrt auch von jeder Anspruchsreduktion infolge Selbstverschuldens) frei blieben. Im Falle der mittleren *zweiten Variante* müsste für die Grenzziehung eine Mittellösung gesucht werden, die anhand irgendwelcher (erst noch zu findender) Kriterien zu umschreiben wäre, in der Handhabung jedenfalls aber in besonders hohem Masse richterlichem Ermessen anheimgegeben wäre (beispielshalber sei hier angenommen, die Grenzziehung würde beim Alter von 10½ Jahren verlaufen, als dem Mittel zwischen 7 und 14). Für die Haftung würde sich ergeben, dass zwar für die als urteilsfähig erklärten (mehr als 10½ Jahre alten) Schädiger die Verantwortlichkeit dem Grundsatz nach gegeben wäre, jedoch im Hinblick auf Jugendlichkeit das Verschulden milder beurteilt würde, eine verhältnismässige Haftungsreduktion nach OR 43/I (bis vielleicht auf die Hälfte) zu erfolgen hätte, während die urteilsunfähigen (sc. hier: die weniger als 10½jährigen) von Haftung gänzlich freigestellt wären (es sei denn, sie würden unter OR Art. 54/I durch die "Hintertür" doch wieder in Haftung genommen). Ebenso wäre Selbstverschulden nur von der Zuerkennung der Urteilsfähigkeit an (hier: ab zehneinhalb Jahren) möglich, ein ganz geringes Selbstverschulden (wie z. B. in BGE 72 II 204 angenommen) wäre ausgeschlossen.

### 3. Möglich nur die Variante "minimalisierter Urteilsfähigkeit"

Immer nur vom praktischen Ergebnis her betrachtet (nach schweizerischer Auffassung bzw. nach Ansicht der hier genannten Autoren) scheidet die *dritte* (maximale) Variante (Haftung erst ab Erlangung uneingeschränkter Selbstverantwortung, d. h. mit Eintritt ins 15. Lebensjahr) zum vornherein aus; man ist sich einig, dass auch jüngere bereits dem Grundsatz nach (nicht bloss über OR Art. 54/I) in Haftung zu nehmen, bzw. mit Selbstverschulden

zu belasten sind. Die *zweite* (mittlere) Variante hätte den Vorteil, dass hier die Elfjährigen und älteren einer, wenn auch herabgesetzten, Haftung unterliegen würden. Die Sieben-, Acht- und Neunjährigen würden ihr dagegen vollständig entgehen (und auch mit Selbstverschulden nicht belastet werden). Da auch dies nicht zu befriedigen vermag, scheint als Möglichkeit allein das *zuerst* genannte Konzept ("*minimalisierte Urteilsfähigkeit*") zu verbleiben.

Welches ist nun in der hier gestellten Frage der Umschreibung des Urteilsfähigkeitsbegriffs die Position von MERZ und WESSNER? Eine Erörterung der hier aufgeworfenen Frage oder gar eine explizite Stellungnahme ist bei ihnen nicht zu finden; der Begriff der Urteilsfähigkeit, der "*capacité*", als dessen Verteidiger die genannten Autoren auftreten, bleibt bei ihnen unbestimmt, die Frage nach dem Verlauf der von ihnen postulierten scharfen Grenze zwischen Urteilsfähigkeit und -unfähigkeit nach den drei genannten der möglichen Lösungen unbeantwortet. Immerhin glaube ich aufgrund aller Äusserungen, dass im Grunde die *erste Variante* ("*minimalisierte*" Urteilsfähigkeit) vertreten wird. Stellt doch MERZ etwa fest, dass im Falle der Bejahung der Urteilsfähigkeit das Verschulden zu prüfen sei, "wobei ... die ganze gleitende Skala vom groben zum leichten Verschulden zur Verfügung steht" (a. a. O., p. 135), wobei offenkundig das Kindesalter als Anlass der Herabstufung des Verschuldens zu "leichtem Verschulden" verstanden wird, damit der bloss "leichten Verschuldens Fähige" noch als urteilsfähig gilt. Nicht anders kann aber auch der Standpunkt WESSNERS sein, der Kindesalter als Grund der Verschuldensminderung betrachtet, damit aber die betreffenden Altersgruppen (in unserem Schema die Siebenjährigen und älteren) noch als urteilsfähig einstufen muss ("... la faute de mineurs doués de discernement est traité avec d'avantage d'indulgence que celle d'adultes" – folgen Hinweise auf die Praxis, die im Hinblick auf "l'insouciance des enfants" die Haftung herabgesetzt hat).

#### 4. Inhaltslosigkeit der Figur "*minimalisierter Urteilsfähigkeit*"

Die im Falle des Festhaltens an der Nichtabstufbarkeit der Urteilsfähigkeit von der Sache her allein verbleibende, anscheinend unausgesprochen auch von MERZ und WESSNER zugrunde gelegte Lösung, die Urteilsfähigkeit als Verschuldensfähigkeit in ihren Anforderungen so weit zu reduzieren, dass jeglicher Rest von Verschuldensfähigkeit als Urteilsfähigkeit qualifiziert wird, um dann anschliessend, auf der Ebene des nachrangig zu prüfenden Verschuldens, die subjektiven Entlastungsgründe (Kindesalter usw.) zu berücksichtigen, ermöglicht in der Tat die anzustrebende Lösung, jeden Fall nach allen konkret gegebenen Umständen angemessen einzuordnen; insbesondere wird auch bei dieser Betrachtungsweise, obwohl sie eine graduelle Abstufung der Urteilsfähigkeit ablehnt, das unbefriedigende Springen von

Alles zu Nichts der Haftung bzw. des Selbstverschuldens vermieden, vielmehr in einem Bereich gradueller Übergänge in den faktischen Gegebenheiten auch eine entsprechende Abstufung der an die Fakten zu knüpfenden Folgen ermöglicht. Einwände erheben sich nur im Bereich des "Konzeptionellen", d. h. der Darstellungsweise. Werden die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit, hier als Voraussetzung der Deliktsfähigkeit verstanden, so weit herabgesetzt, dass auch bloss rudimentäre Einsicht und Verschuldensfähigkeit im "examen préalable" noch Bejahung der Urteilsfähigkeit erlauben, während die Berücksichtigung der Einsicht, Verschuldensfähigkeit und damit das Verschulden selber reduzierender Elemente wie Kindesalter erst bei der nachfolgenden Bestimmung des Verschuldens selber erfolgt, wird das Requisite der Deliktsfähigkeit seinerseits entbehrlich und der Begriff der Urteilsfähigkeit seines Inhalts und jeder praktischen Bedeutung entblösst; werden die die Verschuldens-(Urteils-)fähigkeit in Frage stellenden subjektiven Momente im Rahmen des Verschuldens selber geprüft, ist Notwendigkeit oder Nutzen eines "examen préalable" der Delikts-(Urteils-)fähigkeit nicht einzusehen. Die "These MERZ / WESSNER", die sich selber als Verteidigung der traditionellen Vorstellung der Urteilsfähigkeit gegenüber modernistischen Infragestellungen versteht, führt, wenn konsequent durchgeführt, zur Abschaffung des Erfordernisses der Deliktsfähigkeit und bedeutet, wenn zu Ende gedacht, im Rahmen des Deliktsrechts die Entbehrlichkeit der Vorstellung der Urteils- bzw. Verschuldensfähigkeit, da die subjektiven Momente im Zusammenhang des Verschuldens selber geprüft werden.

## **VII. Verschuldensbegriff für "subjektive Abstufung" nicht verfügbar**

Der *Verschuldensbegriff*, heute selbstverständliche zentrale Grösse innerhalb des Haftpflichtrechts, ist keineswegs so klar und in seinen Umrissen eindeutig abgegrenzt, wie man meinen könnte; insbesondere ist die Zulässigkeit der Berücksichtigung "subjektiver Gesichtspunkte" fraglich. Haftung unter der Verschuldensform der *Fahrlässigkeit*, die in vorliegendem Zusammenhang wohl allein interessiert, stellt die Endstufe einer langen Entwicklung dar<sup>21</sup>;

---

<sup>21</sup> In den Ursprüngen war Haftung, so vermuten viele, reine Erfolgshaftung, der gegenüber die Einschränkung auf *vorsätzliche* Schädigung (*dolus*) bereits eine grundlegende Änderung darstellte. In den Anfängen (und sachlogisch notwendig in Zeiten vor Entstehung einer Geldwirtschaft im modernen Sinne) hatten die Sanktionen Bussen-, nicht Schadenersatzcharakter. Vorsätzliche Verletzung wurde als allgemeiner Friedens- und Rechtsbruch verstanden, welche die Folgen der Rechts- und Friedlosigkeit auslösten, vor welchem Hintergrund wiederum Talionsprinzip und Bussenkataloge zivilisatorische Fortschritte darstellten.

Haftung für *culpa* oder für Verletzung der Pflicht der *diligentia* hier – mit allen Vorbehalten – unserem Fahrlässigkeitsbegriff gleichgestellt, war in der Klassik der römischen Antike anscheinend auf Sonderbereiche (vorab vertraglicher, oder vertragsähnlicher Natur – tutor, negotiorum gestor – ) beschränkt und erfuhr erst in der spätrömischen Zeit eine Ausweitung zu einem allgemeinen Haftungsprinzip<sup>22</sup>.

Dieser Haftungsgrundsatz ist in der Rezeptionszeit und dem Gemeinen Recht weiter verallgemeinert und fortentwickelt worden, wobei indes der Verschuldensbegriff den Charakter objektiver Sorgfaltspflichtverletzung beibehält und weiterhin subjektive Elemente nicht berücksichtigt; die diesbezügliche Korrektur ist der – mehr als ein Jahrtausend später als die Anfänge der Verschuldenshaftung sichtbar werdenden – Herausbildung von Verteidigungsmöglichkeiten, die aus Kindesalter, Geistesstörungen u. dgl. abgeleitet werden können, vorbehalten. Der Verschuldensbegriff selber abstrahiert aber weiterhin von derartigen Gesichtspunkten; Verschulden wird traditionell nach wie vor "objektiv" verstanden.

Dieser Stand "objektivierte[n] Verständnisses" des Verschuldens bestimmt aber auch noch die modernen Kodifikationen, mindestens jene des deutschen Sprachbereiches<sup>23</sup>.

Dies wird deutlich in *Deutschland* wie in *Österreich*, wo nicht nur, wie bereits festgestellt, eine Abstufung des Verschuldens i. S. von unserem Art. 43/I OR fehlt und damit ohnehin kein Raum für die Berücksichtigung von Herabsetzungsgründen besteht, sondern auch in der Literatur diesbezüglich Einhelligkeit zu bestehen scheint. Dies ergibt sich vor allem bei der Behandlung der Grenzbereiche zwischen (objektivem) Verschulden und (subjektiver) Verschuldensfähigkeit im Rahmen von persönlichen Ausnahmesituationen (wie auch im Fall Regotz verwirklicht): Die hier von einzelnen postulierte "Subjektivierung" des Verschuldens bedeutet keineswegs den Einbezug des Kindesalters in die Verschuldensprüfung, sondern lediglich die Berücksichtigung der (objektiv gegebenen) äusseren Situation (wie im Fall Regotz der gegebene

---

<sup>22</sup> Vgl. hierzu insbes. M. KASER, Röm. Privatrecht, 2. Abschn. (Nachklassische Entwicklung), München 1975, 346, 428; aus der Spezialliteratur KUNKEL, *Diligentia*, in SZ (Zeitschr. d. Savigny-Stiftung zur Rechtsgesch., Romanistische Abtl.) 45 (1925) 266-351 passim.

<sup>23</sup> Dies mag nicht in gleichem Masse für Lehre und Praxis zum *französischen Code Civil* gelten, wo die Haftungsvoraussetzung der "*faute*" nicht bloss objektive Momente der Unsorgfalt umfasst, sondern auch subjektive Verschuldensfähigkeit einschliesst. Aus der älteren Literatur, welche die Berücksichtigung von Kindesalter usw. nicht von der Prüfung der sonstigen Haftungsvoraussetzungen abtrennt und insbesondere den Begriff der "*capacité délictuelle*" noch nicht verwendet, vgl. z. B. POTHIER, *Traité des obligations*, N. 118, und K. S. ZACHARIÄ, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, Bd. II § 444 (hier zit. nach 3. A., Heidelberg 1827).

"psychologische Druck", den Zug nicht zu verfehlen). Dies sind Auffassungen, die indessen überwiegend auf Ablehnung stossen<sup>24</sup>.

Eine Tendenz zur "Subjektivierung" kann höchstens in dem Sinne festgestellt werden, dass man nach Bildungsgrad und auch nach Alter verschiedene Anforderungen an Sorgfalt u. dgl. stellt, d. h. Verschulden unter engeren oder weiteren Voraussetzungen annimmt (vgl. dazu auch unten bei Fn. 39).

Aber auch in der *Schweiz* wird traditionell und bis heute der Verschuldensbegriff dahin verstanden, dass bei der Beurteilung der Schwere des Verschuldens im Prinzip die subjektive Verschuldensfähigkeit ausser Betracht bleibt. Dies ist selbstverständlich in der Grundsatzentscheidung, wo der Urteilsfähigkeit/Deliktsfähigkeit diese Grenzziehung zufällt, gilt aber auch im Rahmen eventueller gradueller Herabstufung des Verschuldens i. S. von Art. 43/I OR, wo als Gründe der Beurteilung der "Grösse des Verschuldens" (sc. dessen Herabsetzung) Kindesalter u. dgl. nicht berücksichtigt werden. Die Haftpflicht-Spezialisten unterscheiden die Verschuldensformen Vorsatz und Fahrlässigkeit; im Rahmen der letzteren wird zwischen verschiedenen Stufen der Grösse bzw. Schwere unterschieden, ohne jedoch hiebei auf den Gesichtspunkt des Kindesalters Bezug zu nehmen<sup>25</sup>.

Eine Ausnahme macht allein BREHM in seiner im Jahre 1986 erschienenen (d. h. dem Entscheid Regotz wie auch den diesen kritisierenden beiden Veröffentlichungen zeitlich nachfolgenden) Kommentierung, der eine Abstufung (Herabsetzung) des Verschuldens unter dem Gesichtspunkt des Kindesalters zulässt und dieser Betrachtungsweise die gesamte in diesem Zusammenhang ergangene Judikatur des Bundesgerichts unterordnet<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Vgl. P. MERTENS in Münch. Komm. BGB (1. A., 1980), § 823, N. 43/44, A. ZEUNER in Soergel, Komm. BGB (1. A., 1985), § 823, N. 232 mit Hinweis auf BGHZ 24 21 ff., 27, wo explizit abgelehnt wird, dass (in Übertragung strafrechtlicher Grundsätze), "auch im Haftungsrecht stets unter dem Gesichtspunkt einer besonderen Schulprüfung an das Verhalten des Schädigers ein individueller, die besondere Persönlichkeitsartung berücksichtigender Beurteilungsmassstab anzulegen" sei.

<sup>25</sup> KARL OFTINGER (zit. Fn. 11), 138-153. ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, 1. A., (1970) und 2. A. (1971), 71-83; 3./4. A. (1978/1979), 76-87. MAX KELLER / VAL LANDMANN, Haftpflichtrecht, ein Grundriss in Tafeln, 2. A., Zürich 1980 (Tafel 52 unterteilt das "Verschulden" in "Objektive Seite: Abweichung vom Normalverhalten" einerseits, "Subjektive Seite: Urteilsfähigkeit" andererseits. Die hier allein interessierende "objektive Seite" enthält keinerlei Bezugnahme auf Kindesalter oder ähnliche Zustände). MAX KELLER / SONJA GABI (zit. Fn. 14), 52 ff., und bes. 56, wo es, nach Diskussion der Einwände gegen die "Objektivierung des Verschuldensbegriffs" heisst: "Die subjektiven Eigenschaften des Schädigers werden im Zusammenhang mit der Frage der Urteilsfähigkeit ausreichend berücksichtigt." EMIL STARK (zit. Fn. 16), N. 441-494a. DESCHENAUX / TERCIER (zit. Fn. 13), 78-86.

<sup>26</sup> R. BREHM (zit. Fn. 11), N. 170-181 zu OR 41 ("Subjektive Komponente des Verschuldens") und N. 77 zu OR 43 ("Urteilsfähige Kinder, die ein Verschulden trifft, können sich auf den Umstand des jugendlichen Alters und somit auf ein leichtes Verschulden berufen:" – folgt Hinweis auf die ergangenen BGE).



Sogar im Zusammenhang des Haftungs-Herabsetzungsgrundes leichten Verschuldens gestützt auf OR Art. 43/I wird das Kindesalter als Schuldreduktionsgrund von manchen Autoren nicht angeführt, was illustrieren mag, wie sehr "Verschulden" als ein grundsätzlich allein nach objektiven Gesichtspunkten zu bewertendes Fehlverhalten verstanden wird, in dem subjektive Momente nicht in Betracht fallen<sup>27</sup>.

*Ansatzweise* lässt sich eine "Subjektivierung des Verschuldensbegriffs" feststellen, wenn einzelne Autoren festhalten, dass je nach Alter verschieden hohe Anforderungen an die vom Einzelnen zu fordernde Sorgfalt (deren Verletzung das Verschulden ausmacht) zu stellen seien<sup>28</sup>. Zu beachten ist in des, dass diese Betrachtungsweise nicht eine echte "Subjektivierung" des Verschuldens und Zulassung von Zwischenstufen "reduzierter Verschuldensfähigkeit" bringt, sondern umgekehrt das objektiv verstandene, umfangmässig nicht abstufbare Verschulden dann eintreten lässt, wenn die –nach fallweise verschieden strengen Massstäben zu bemessende – Sorgfaltspflicht verletzt worden ist.

Die traditionelle Nichtberücksichtigung subjektiver Elemente im Rahmen der Prüfung des Verschuldens wird schliesslich durch das (heute überwiegend akzeptierte) Postulat der "Objektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffs" bzw. "*Objektivierung des Verschuldens*" illustriert<sup>29</sup>.

Ziel dieser Lehre ist es, das traditionelle "objektive" Verständnis des Verschuldens gegenüber neuzeitlichen Relativierungen abzusichern, insbesondere auszuschliessen, dass vom Schädiger nicht zu vertretende psychische Zustände (Aufregung, Ablenkung, Ermüdung usw., im "Fall Regotz" wohl die Angst, den Zug zu verpassen) als Verschuldensausschlussgründe berücksichtigt werden.

---

<sup>27</sup> Vgl. bes. K. OFTINGER (zit. Fn. 11), 263-265 (lit. a), MAX KELLER / SONJA GABI (zit. Fn. 14), 96/97, Ziff. 3, lit. a.

<sup>28</sup> K. OFTINGER (zit. Fn. 11), 146/7 bei A. 38; ähnlich vielleicht auch E. STARK (zit. Fn. 16), N. 487 f.; für Deutschland vgl. etwa A. ZEUNER (zit. Fn. 24), N. 232 zu § 823 BGB.

<sup>29</sup> Vgl. für die Schweiz: K. OFTINGER (zit. Fn. 11), 142-152, MAX KELLER / SONJA GABI (zit. Fn. 14), 55 f., CH. OSWALD, Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich, Zürich 1988, 61 ff., für Deutschland: A. ZEUNER (zit. Fn. 24), N. 232 zu § 823 BGB mit Hinweis auf BGHZ 24 21 ff., 27; P. MERTENS (zit. Fn. 24), N. 43 zu § 823 BGB; CH. V. BAR, Verkehrspflichten, Köln 1980, 137 f.

### VIII. Rechtfertigung des "Entscheidendes Regotz"

Hier soll die Frage, ob der Entscheid BGE 102 II 365 in Ergebnis richtig sei oder nicht, offen bleiben<sup>30</sup>; es geht allein um die Frage der "dogmatischen Konstruktion" des Problems<sup>31</sup>.

Nachdem einerseits das Aufspringen auf einen fahrenden Zug in allgemeiner Sicht (genau so wie das Schiessen mit Pfeilen in unserem Beispiel) ein Verschulden konstituiert, das überdies nach bisheriger Bundesgerichtspraxis so schwer zu gewichten ist, dass die Haftung der Eisenbahn entfällt (vgl. BGE 61 II 135), und nachdem andererseits die bald vierzehnjährige, bahngewohnte Gymnasiastin nicht als (schlechthin) urteilsunfähig betrachtet werden konnte, war die Aberkennung von Ersatzansprüchen infolge Selbstverschuldens unvermeidlich, wenn man nicht den vom Bundesgericht gewählten Weg der Berücksichtigung einer herabgesetzten Verschuldensfähigkeit der Geschädigten beschreiten wollte.

Der von WESSNER vorgeschlagene (wohl aber, wenn er nicht das Ergebnis missbilligen würde, auch von MERZ nicht abgelehnte) Weg, unter Bejahung der Urteilsfähigkeit im Hinblick auf das Kindesalter das Verschulden als vermindert zu betrachten, steht nur offen, wenn man – hier in klarem Gegensatz zur Rechtstradition, zur Sicht des historischen Gesetzgebers wie auch zur heute noch im Grundsatz herrschenden Ansicht – das Verschulden als unter subjektiven Gesichtspunkten wie Kindesalter für herabsetzbar hält. Das Bundesgericht hatte gute Gründe, nicht diesen Ausweg zu wählen, d. h. dem Verschuldensbegriff seine angestammte Struktur als eine, wenigstens dem Grundsatz nach, von subjektiven Gesichtspunkten unabhängige Grösse zu wahren. MERZ und WESSNER, die beide sich als Retter überlieferter Dogmatik verstehen, wenn sie eine Vorstellung graduell abstufbarer Urteilsfähigkeit ablehnen, müssen sich sagen lassen, dass sie mit ihrer "Subjektivierung des Verschuldensbegriffs", ohne es zu merken, ebenfalls – und wohl schwerwiegender – in festgefügte Begrifflichkeit eingreifen. Ohne "Subjektivierung" ist nicht auszukommen; die Frage ist allein, an welchem Ort dies mit dem geringsten Risiko unkontrollierbarer Ausuferung möglich ist.

---

<sup>30</sup> H. MERZ (zit. Fn. 9) lehnt den Sachentscheid als solchen ab; der Schreibende gesteht, dass er über das Ergebnis, der verunfallten Schülerin im Hinblick auf die Betriebsgefahr der Bahn einen Ersatzanspruch von wenigstens einem Viertel zu wahren, glücklich ist.

<sup>31</sup> Dass die Beantwortung dieser Frage nicht ergebnisbestimmend ist, bestätigt P.-A. WESSNER (zit. Fn. 10), der davon ausgeht, dass auch mit seiner Betrachtungsweise (und jener von MERZ) der Ersatzanspruch hätte zuerkannt werden können (sc. durch Annahme, das vorliegende Verschulden sei – da durch Kindesalter gemindert – nicht so schwer, um Haftung i. S. von EHG Art. 5 gänzlich auszuschliessen).

### IX. Verschuldensbegriff in "Selbstverschulden"

Verschulden des Schädigers als Haftungsvoraussetzung und (Selbst-)Verschulden des Geschädigten als Grund einer Ersatzanspruchs-Herabsetzung sind in der Handhabung verschieden, und insbesondere verschieden hinsichtlich der Berücksichtigung der Geringfügigkeit des Verschuldensgrades: Während eine Haftungsherabsetzung unter diesem Gesichtspunkt bei aller grundsätzlichen Bedeutung dieser Möglichkeit in der Praxis die Ausnahme darstellt, ist umgekehrt der gänzliche Verlust eines Ersatzanspruches infolge Selbstverschuldens eher die Ausnahme, der gegenüber ein infolge relativer Geringfügigkeit des Selbstverschuldens bloss teilweiser Anspruchsverlust sehr viel häufiger ist<sup>32</sup>.

Ein gleichgewichtiges Verschulden auf seiten des Schädigers wie des Geschädigten führt keineswegs, über die Vorstellung einer Verschuldenskompensation, zu einem Anspruchsverlust, sondern vielleicht zu dessen Halbierung, während Anspruchsverlust erst bei grobem Selbstverschulden, dem nur leichtes Schädiger-Verschulden gegenübersteht, eintreten sollte<sup>33</sup>.

Die Unterschiedlichkeit des Verschuldens, je nachdem es als haftungsbegründendes Schädigerverschulden oder als ersatzanspruchbeschränkendes Geschädigtenverschulden ("Selbstverschulden"; "Mitverschulden" oder "mitverursachendes Verschulden" in der Diktion der BGB-Doktrin) auftritt, ist im Grundsätzlichen bisher nur wenig beachtet worden<sup>34</sup>.

Das in der vorangehenden Ziff. 9 formulierte Prinzip der Unterwerfung des Verschuldens unter die "JA-NEIN-Alternative" hatte und hat Geltung im Rahmen des *haftungsbegründenden Verschuldens*, während im Bereich des Selbstverschuldens Abstufung des Verschuldens (bzw. dessen Wirkungen, des Anspruchsverlusts) möglicherweise nie gänzlich ausgeschlossen war, jedenfalls

---

<sup>32</sup> Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es verständlich, dass beispielsweise im BGB zwar keine OR Art. 43/I entsprechende Reduktionsmöglichkeit der Haftung besteht, wohl aber im Rahmen des Anspruchsreduktionsgrundes des Selbstverschuldens vorbehaltlos alle denkbaren Abstufungen des Verschuldens berücksichtigt werden können; keineswegs bedeutet Bejahung eines Verschuldens des Geschädigten den gesamthaften Verlust des Ersatzanspruches. Vgl. BGB § 254 und Literatur dazu.

<sup>33</sup> So die auch heute wohl noch wegweisenden Regeln von Zürich. PGB §§ 1840 und 1841 (vgl. Text oben Fn. 4), die ihrerseits auf das Preussische Landrecht zurückgehen (ALR I/6 §§ 18-21).

<sup>34</sup> Der massgebliche Unterschied bereits im Ansatzpunkt wird aber von H. KÖTZ (Deliktsrecht, 2. A., Frankfurt a.M. 1979, 244) erkannt: "Wer in vorwerfbarer Weise eine allgemeine Sorgfaltspflicht verletzt und dadurch einen *anderen* schädigt, verstösst gegen Gebote der Rechtsordnung. Dagegen verpflichtet die Rechtsordnung niemanden dazu, Schaden *von sich selbst* abzuwenden. Ist aber eine Selbstschädigung nicht rechtswidrig, so kann sie auch nicht in gleichem Sinne wie die Schädigung eines anderen 'schuldhaft' sein." Das ist grundlegend richtig und zeigt, dass etwa angetroffene Vorstellungen von "Selbsthaftung" oder "Mithaftung des Geschädigten" bereits im Ansatz verfehlt sind.

aber in den heutigen ausländischen Kodifikationen selbstverständlich ist<sup>35</sup>.

Unter diesem Aspekt lässt sich auch die von MERZ und WESSNER eingeführte Abstufung des Verschuldens insofern rechtfertigen, als im Ausgangspunkt ihrer Überlegungen der Entscheid Regotz steht, der auf die Frage des Selbstverschuldens ausgerichtet ist (auf welches die genannten Autoren allerdings ihre Theorie keineswegs beschränken).

### **X. Infragestellung der Urteilsfähigkeit als positive Gültigkeits- bzw. Zurechnungsvoraussetzung**

Die Überzeugung von der "logischen Unzulässigkeit" der Vorstellung einer "abstufbaren" Urteilsfähigkeit bestimmt nicht nur MERZ und WESSNER; auch andere Autoren, die durchaus Lösungen zuneigen, welche im Ergebnis eine Abstufung der Verschuldensfolgen bringen, scheinen sich über dieses logische Argument nicht hinwegsetzen zu können<sup>36</sup>.

Betrachtet man die Urteilsfähigkeit des Handelnden als "*Gültigkeitsvoraussetzung*" der von ihm vorgenommenen Handlungen, ist diese Position allerdings unangreifbar, das logische Argument nicht zu überwinden: Im Rahmen der Geschäftsfähigkeit ist diese (und mit ihr die Urteilsfähigkeit) Voraussetzung der Geltung der vorgenommenen Rechtsgeschäfte (was eine Abstufung der Folgen, und damit auch eine solche der Voraussetzungen, ausschliesst; vgl. auch oben Ziff. I). Aber auch die im Zusammenhang der Deliktsfähigkeit massgebliche Vorstellung der *Zurechnung* (Urteilsfähigkeit als "Zurechenbarkeit" des Verschuldens) fordert ein JA oder NEIN, während die Vorstellung einer "abgestuften" oder "teilweisen" Zurechnung grundsätzlich fremd ist.

Das genannte Verständnis der Handlungsfähigkeit und ihrer Elemente als positive Grössen, die Voraussetzung von Rechtswirkungen sind, hat ihren Ursprung im Rationalismus der Aufklärung; diese Betrachtungsweise muss, obwohl sie unstreitig jene des historischen Gesetzgebers ist und auch Vorzüge (Anschaulichkeit und Bequemlichkeit vor allen) aufweist, relativiert werden<sup>37</sup>. In den meisten Zusammenhängen scheint es richtiger, nicht die Urteilsfähigkeit als Gültigkeitsvoraussetzung, vielmehr die *Urteilsunfähigkeit*

---

<sup>35</sup> Vgl. BGB § 254; anschaulich ABGB § 1304: "Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismässig; und, wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt, zu gleichen Teilen."

<sup>36</sup> So insbesondere MAX KELLER / S. GABI, (zit. Fn. 14), 61 und R. BREHM (zit. Fn. 11), N. 172.

<sup>37</sup> Die Handlungsfähigkeit ist nur ein kleiner Ausschnitt aus einem viel weiteren Problembereich, in dem z. B. auch die Vorstellung der "Geltung" von Verträgen nach Korrektur ruft; vgl. dazu E. BUCHER, Für mehr Aktionendenken, in AcP 186 (1986) 1-73.

als *Gültigkeitshindernis* (die prozessual meist einredeweise geltend zu machen sein wird) zu betrachten. Dies wird einmal bereits deutlich im Gesetzeswortlaut, der (sowenig als die Doktrin) die positiven Elemente der Urteilsfähigkeit namhaft machen kann, sondern die Hinderungsgründe nennt (die allein Beweisthema sein können)<sup>38</sup>. Die vordergründig als herrschend sich darstellende Konzeption der Handlungsfähigkeit als Gültigkeits- oder Zurechnungsvoraussetzung liess sich auf der Ebene der Behauptungs- und Beweislast von jeher nicht verwirklichen: Ist die Urteilsfähigkeit eines Vertragspartners streitig, fällt nicht in Betracht, den Vertragspartner mit dem Beweis der Urteilsfähigkeit zu belasten (wie es im Falle einer materiellen Gültigkeitsvoraussetzung und Anspruchsgrundlage gegeben wäre; ZGB Art. 8); beweisbelastet ist derjenige, der seine eigene Urteilsunfähigkeit geltend macht, die ihrerseits als *rechtshindernder Einwendungstatbestand* verstanden wird. Dass man, bei der herkömmlichen Betrachtungsweise, nicht nur seine eigene Urteilsunfähigkeit, sondern auch jene seines Partners geltend machen kann, illustriert deutlich genug, dass man die Sache im Grunde verfehlt, wenn man nicht die Urteilsunfähigkeit ins Zentrum stellt und nicht das ganze Handlungsfähigkeitsrecht als ein System von dem Handlungsunfähigen (und nur ihm) zur Verfügung stehenden *Verteidigungsmöglichkeiten* betrachtet (als das es durchwegs im englischen, aber auch teilweise im romanischen Sprachbereich verstanden wird).

Orientiert man sich nicht an der Urteilsfähigkeit als einer *Haftungsvoraussetzung*, sondern geht man vom Begriff der *Urteilsunfähigkeit* als *Haftungsreduktionsgrund* aus, bereitet es keinerlei begriffliche Schwierigkeit, diese verteidigungsweise geltend zu machende Negativgrösse nicht bloss ganz oder gar nicht, sondern auch in graduellen Abstufungen zu berücksichtigen und entsprechend die Haftung zu bemessen; im Rahmen der hier gebotenen bewertenden Beurteilung laden die Urteilsunfähigkeit konstituierenden Elemente wie Kindesalter, Geistesschwäche, altersbedingter Persönlichkeitsabbau u. dgl. gerade dazu ein, bei Befunden, die ein Ergebnis im Mittelbereich zwischen Verschuldensfähigkeit und -unfähigkeit indizieren, die Haftungsreduktion entsprechend abgestuft anzusetzen<sup>39</sup>.

Sind wir hier dabei angelangt, der Urteilsfähigkeit als einer formalen Geltungs- bzw. Zurechnungsqualifikation die konstituierenden materialen Hinderungsfaktoren

---

<sup>38</sup> So mit aller Deutlichkeit der Text von ZGB Art. 16. In der Aussagestruktur identisch BGB § 104 (Geschäftsfähigkeit) und §§ 827/828 (Deliktsfähigkeit).

<sup>39</sup> Es ist nicht Zufall, dass Rechtsordnungen, die eine Abstufung des Verschuldens im Rahmen der Haftungsvoraussetzungen nicht zulassen (vgl. die Hinweise zu BGB und ABGB, oben Fn. 19 und 35), mit Selbstverständlichkeit eine Abstufung des Verschuldens anerkennen, wenn diese im *Rahmen des Selbstverschuldens* als Einrede- bzw. Einwendungstatbestand erscheint. Aus gleichem Grunde kann man aber die fehlende Verschuldensfähigkeit als abstuftbar betrachten, denn diese ist nichts anderes als eine Verteidigungsmöglichkeit gegenüber einer angesichts des objektiv vorliegenden Verschuldens im Grundsatz gegebenen Haftung.

(Kindesalter usw.) gegenüberzustellen, wird auch bewusst gemacht, dass der *Urteilsfähigkeitsbegriff*, als *Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit* einerseits, der *Delikts-(Verschuldens-)fähigkeit* andererseits betrachtet einen *anderen Charakter* hat: Während die *Geschäftsfähigkeit* (infolge fehlender Urteilsfähigkeit) insgesamt abzuerkennen ist, sobald die Gesamtpersönlichkeit in wesentlichen Teilbereichen Schwächen zeigt, welche es nicht mehr gestatten, den rechtsgeschäftlich Handelnden als voll selbstverantwortlich einzustufen und ihm die Folgen seiner Akte in voller Tragweite zuzuerkennen, muss umgekehrt im Zusammenhang der *Deliktsfähigkeit* Urteilsfähigkeit im Grundsatz selbst dann bejaht werden, wenn in überwiegenden Bereichen die Voraussetzungen der Selbstverantwortung fehlen, solange nur Reste von solcher feststellbar sind, die die Annahme eines "Restverschuldens" zulassen, das als solches eine – wenn auch stark herabgesetzte – Haftung (oder, im Falle des Selbstverschuldens, eine minimale Haftungsreduktion) auslösen soll. Der Begriff der Urteilsfähigkeit stellt daher keine einheitliche Grösse dar, sondern hat im Zusammenhang der Deliktsfähigkeit zum vornherein eine andere Struktur als im Rahmen der Geschäftsfähigkeit. Eine Übertragung von einem in den anderen Bereich, wie sie in der hier abgelehnten Betrachtungsweise vorliegt, ist daher nicht nur nicht zwingend, sondern zum vornherein fragwürdig.

## XI. Schlussfolgerungen

### *1. Die "Abstufbarkeit" des Verschuldens nach schweizerischem Recht (OR Art. 43/I) fordert Abstufbarkeit sämtlicher Verschuldensvoraussetzungen*

Es ist eine Besonderheit (und ganz offenkundig ein *Vorzug*) des schweizerischen Haftpflichtrechts gegenüber ausländischen Ordnungen, dass Verschulden (und die daran geknüpfte Haftung) nicht nur bejaht oder verneint werden kann, sondern dass eine quantitative Abstufung zugelassen (und gefordert) ist, dies entsprechend dem Gedanken "*des Gleichgewichts zwischen Schuld und Schadenersatzpflicht*"<sup>40</sup>.

Wird dadurch in der Schweiz – in klarem Gegensatz zu Deutschland und Österreich – nicht bloss die Feststellung des Verschuldens, sondern dessen Quantifizierung (Bestimmung dessen "Grösse", "Schwere" oder wie auch

---

<sup>40</sup> K. OFTINGER, der die Urheberschaft dieser damals neuartigen Konzeption insbesondere BLUNTSCHLI und JHERING zuerkennt (a. a. O., p. 263/264 bzw. oben), mit Hinweisen. Vgl. davon insbes. BGE 32 II 465, ebenfalls mit zahlreichen Hinweisen.

immer) gefordert, muss diese Gedankenoperation alle Elemente erfassen, die bei der Beurteilung des Verschuldens überhaupt eine Rolle spielen, d. h. neben der Bewertung des Verschuldens selber nach all den hier traditionell einflussenden Gesichtspunkten<sup>41</sup>, auch die *subjektiven Verschuldensvoraussetzungen*, darunter (neben den kasuell gegebenen persönlichen Umständen wie Aufregung u. dgl.) insbesondere die von der Persönlichkeitsstruktur Alter usw. abhängige *Verschuldensfähigkeit*. So sehr man sich über Einzelfragen streiten mag, besteht doch hinsichtlich des Grundsatzes (und hier insbesondere bezüglich des Kindesalters) Einigkeit<sup>42</sup>, dass derartige subjektive Faktoren nicht nur Verschulden überhaupt ausschliessen können (die traditionelle Verneinung der Urteilsfähigkeit), sondern auch als Verschuldensminderungsgründe zu berücksichtigen sind. Kontrovers ist lediglich, wie die subjektiven Faktoren "dogmatisch eingeordnet" werden sollen.

## 2. Die verschiedenen möglichen Betrachtungsweisen

Die *erste* der möglichen Lösungen besteht darin, von der Statuierung des Urteilsfähigkeits-Erfordernisses überhaupt abzusehen und die hier zur Diskussion stehenden Faktoren wie Kindesalter, Geistesschwäche usw. im Rahmen der Prüfung des Verschuldens als Verschuldens-Reduktionsfaktoren einfließen zu lassen. Auf dieser Linie liegt anscheinend zur Hauptsache heute noch die Tradition des französischen Code Civil<sup>43</sup>. Auf dieser Linie bewegt sich auch die von MERZ und WESSNER geforderte Betrachtungsweise, wenn man sich entschliesst, sie konsequent durchzuführen. Diese macht es im Ergebnis notwendig, einerseits die subjektiven Elemente im Rahmen der "Quantifizierung" des Verschuldens zu berücksichtigen, und andererseits den Urteilsfähigkeitsbegriff zu "minimalisieren" (d. h. bei Vorhandensein eines Rests von Verschuldensfähigkeit die Urteilsfähigkeit zu bejahen), damit aber diese Haftungsvoraussetzung eines selbständigen normativen Gehaltes zu berauben (oben Ziff. 8 lit. c).

Der genannten Möglichkeit steht gegenüber die andere *zweite* Lösung, welche die zu berücksichtigenden subjektiven Eigenschaften als gesonderte

---

<sup>41</sup> Absicht oder Fahrlässigkeit (mit der Zwischenstufe des Eventualvorsatzes), im Rahmen der Fahrlässigkeit das Ausmass der Unsorgfalt (Voraussehbarkeit bzw. Vermeidbarkeit der Schädigung) usw.

<sup>42</sup> In diesem Sinne insbes. eine reichhaltige und konstante Bundesgerichtspraxis (BGE 62 II 316 f., 66 II 200 f., 72 II 204, 90 II 13 E. 5, 93 II 94 f., 102 II 365, 104 II 185), die keiner grundsätzlichen Kritik begegnet ist.

<sup>43</sup> Diese Betrachtungsweise, in einfachen Problemstellungen ohne weiteres angängig, findet sich gelegentlich auch in der Schweiz (z. B. BGE 62 II 316: "Schwere seines Verschuldens wird – ... gemindert durch seine Jugend.").

Haftungsvoraussetzungen versteht, die ihrerseits als graduell abstufbar betrachtet werden<sup>44</sup>.

### 3. Würdigung

Die *erste* Lösung lässt die subjektiven Verschuldensvoraussetzungen im Verschulden selber aufgehen, womit der objektive Verschuldensbegriff, wie er im deutschen Sprachbereich wie auch der romanistischen Überlieferung traditionell ist, preisgegeben wird, während eine selbständige Prüfung der Urteilsfähigkeit infolge Einbezugs der subjektiven Gesichtspunkte in den Verschuldensbegriff entbehrlich wird. Die *zweite* Lösung kann für sich in Anspruch nehmen, sachlogisch verschiedenartige Dinge auseinanderzuhalten und gesonderter Betrachtung zugänglich zu machen: *Verschulden als vorwerfbares, objektives Fehlverhalten* einerseits, die *Verschuldensfähigkeit als persönliche Eigenschaften* des sich fehlerhaft Verhaltenden, die erst die Anlastung (Zurechnung) der rechtlichen Konsequenzen des Verschuldens rechtfertigt, andererseits. Wenn auch im Rahmen der ersten Lösung von der Fragestellung her sachgerechte Resultate nicht ausgeschlossen sind, verdient doch die zweite Lösung den Vorzug. Sie kann überdies beanspruchen, der – so oder anders Korrekturen unterworfenen – dogmatischen Konzeption des Gesetzes näher zu stehen als die von MERZ und WESSNER vertretene Gegenposition.

Die zweite Lösung ist wohl auch deshalb die allein weiter zu verfolgende, weil in grundlegenden Zusammenhängen unseres Haftpflichtrechts eine *gesonderte Betrachtung* des (objektiv verstandenen) Verschuldens einerseits, der subjektiven Verschuldensfähigkeit andererseits nicht zu entbehren ist:

Vorab gilt dies in der praktisch grundlegenden Frage der *Beweislastverteilung*: Unbestritten ist, dass das (als objektives Fehlverhalten verstandene) Verschulden vom anspruchserhebenden Geschädigten (oder das Selbstverschulden des Geschädigten vom belangten Schädiger) zu beweisen ist. Diese Beweislast umfasst indessen keineswegs auch den Nachweis der Verschuldens- oder Urteilsfähigkeit des Schuldhaften; vielmehr hat derjenige, der Fehlen oder Herabsetzung der Urteilsunfähigkeit geltend macht, dafür Beweis zu erbringen<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Dabei ist es zweckmässig, weniger die Urteils- bzw. Verschuldensfähigkeit ihrerseits als positive Voraussetzung der Zurechnung eines Verschuldens zu verstehen als vielmehr die fraglichen *Negativelemente* (Kindesalter u. dgl.) als *Faktoren* der Herabsetzung der subjektiven Verschuldensfähigkeit und damit des Verschuldens.

<sup>45</sup> Gegenüber diesem Grundsatz stellt m. E. der Entscheid BGE 105 II 210 nur scheinbar eine Ausnahme dar, obwohl dort (wohl obiter) die Urteilsfähigkeit (und nicht deren Fehlen) als beweisbedürftig bezeichnet wurde (p. 212/13). Erstens bestand angesichts jeglicher anderer Erklärung des Fehlverhaltens des Verunfallten und aufgrund bestimmter Indizien eine gewisse Vermutung für das Vorliegen einer (Urteilsfähigkeit bzw. Verschulden ausschliessenden) Bewusstseinsstörung. Sodann ist von grundlegender Bedeutung der Umstand, dass hier nicht haftungsbegründendes Verschulden in Frage steht (wo nach strengen Beweisregeln der Schädiger den Nachweis seiner Verschuldensunfähigkeit zu erbringen hätte), sondern *Selbstverschulden des Geschädigten*, wo m. E. nicht sich einfach in spiegelbildlicher Umkehrung die allgemeinen Haftungs- und Verschuldensregeln übertragen lassen (vgl. auch oben Ziff. 9). Hinsichtlich Selbstverschulden ist beweisbelastet der dem Grundsatz nach Haftpflichtige. M. E. ist hier Schematismus nicht am Platz: Bei Gefährdungshaftung (wie im genannten



Sodann ist in wichtigen Zusammenhängen das (objektive) Verschulden des Schädigers zu prüfen, selbst wenn dieser nicht verschuldensfähig (d. h. urteilsunfähig) ist: Im Falle der *Billigkeitshaftung* gemäss OR Art. 54/I ist trotz zum vornherein als feststehend angenommener Verschuldensunfähigkeit des Schädigers zu prüfen, ob sein Verhalten objektiv als schuldhaft qualifiziert werden kann; ist diese Frage zu verneinen, fällt zum vornherein ausser Betracht, den Schädiger haften zu lassen unter Bedingungen, die im Falle dessen Urteilsfähigkeit eine Haftung mangels objektiven Verschuldens nicht hätten eintreten lassen<sup>46</sup>. Das Gleiche wird auch angenommen bei der *Haftung des Familienhauptes* nach ZGB Art. 333: Die Verschuldensunfähigkeit des unmittelbar schädigenden Familiengenossen ist kein Haftungsbefreiungsgrund, muss daher aus den Betrachtungen ausgeschaltet werden. Andererseits wird kaum bestritten, dass es Voraussetzung der Haftung des Familienhauptes ist, dass der Schädiger sich objektiv schuldhaft verhalten hat, andernfalls eine unkontrollierbare und sachlich in keiner Weise zu rechtfertigende Ausweitung der Haftungsansprüche erfolgen würde aufgrund der blossen Tatsache, dass der Schädiger in einen Familienverband eingeordnet werden kann<sup>47,48</sup>.

---

BGE 105 II 210) oder auch im Rahmen der Verschuldenshaftung bei schwerem haftungsbegründendem Verschulden lässt sich immerhin noch vertreten, dass der zu seiner Entlastung Selbstverschulden behauptende Haftpflichtige in Sonderfällen wie dem vorliegenden nicht bloss die Beweislast für objektives Fehlverhalten des Geschädigten trage, sondern auch für das Fehlen von Verschuldensausschlussgründen, wie hier die Bewusstseinsstörung.

<sup>46</sup> In diesem Sinne OFTINGER / STARK, Schweiz. Haftpflichtrecht, Bd. 2: BT, 4. A. Zürich 1987, § 18, N. 46-48, 144 f., KELLER / GABI, (zit. Fn. 14), 59.

<sup>47</sup> So wohl die heute herrschende Auffassung. Vgl. OFTINGER / STARK, (zit. Fn. 46), § 22 N. 67-70, 444 f. mit zahlreichen Nachweisen.

Die in BGE 103 II 25 E. 3 getroffene Feststellung, dass die Haftung des Familienhauptes eine *Kausalhaftung* darstelle, kann nicht mehr besagen wollen, als dass *seitens des Familienhauptes* kein Verschulden vorausgesetzt sei; damit wird nicht das Erfordernis ausgeschlossen, dass die Schadenszufügung als solche widerrechtlich und überdies das Resultat eines objektiv als schuldhaft zu qualifizierenden Verhaltens des schädigenden Familiengenossen sei.

Nur als "Fussnote zur Fussnote" sei angemerkt, dass die theoretische Stellungnahme zugunsten einer "Kausalhaftung mit Exkulpationsmöglichkeit" nicht frei von Widersprüchen ist und eines erkennbaren sachlichen Anlasses entbehrt; wie meist, wenn von der "Natur" einer Institution gesprochen wird, ist die Fragestellung unklar, oder liegt gar ein blosser Streit um Worte vor. Auch hier – wie im Zusammenhang der Handlungsfähigkeit; vgl. die Bemerkungen oben Ziff. 10 und Anm. 37-39 – ist von Interesse weniger das positive Element der Anspruchsbegründung als vielmehr die den im Grundsatz Verantwortlichen zur Verfügung stehenden Verteidigungsmittel.

<sup>48</sup> Die vorstehende Feststellung betreffend die Haftung des Familienhauptes führt zwangsläufig zur Frage, ob nicht auch die *Geschäftsherrenhaftung* gemäss Art. 55 OR nach dieser Regel gehandhabt werden sollte, hat doch diese dieselben historischen Ursprünge wie die Haftung des Familienhauptes (Vorbild in der römischen Haftung des *pater familias* für Hauskinder und Sklaven); bis weit in die Neuzeit hinein wird das private Arbeitsrecht als Bestandteil des Familienrechts verstanden; es unterliegt ähnlichen sachlogischen Gesichtspunkten. Nun scheint allerdings hier die Praxis andere Wege zu gehen (dazu die Hinweise bei OFTINGER / STARK, (zit. Fn. 46), 320 und Anm. 320).

Diese Abweichung ist aber wohl anders zu erklären: Es soll damit im praktischen Ergebnis eine "Kausalhaftung im Unternehmen" eingeführt (insbesondere den grösseren Unternehmen der infolge der differenzierten Organisationsstruktur erleichterte Exkulpationsbeweis abgeschnitten) werden. Derartige (als solche berücksichtigungswürdige) Sonderfaktoren sollten nicht den Blick für das Grundsätzliche verstellen: Wäre etwa der Fall zu beurteilen, dass jemand auf der Strasse ohne Verschulden zu Fall

#### 4. Ergebnis

Es empfiehlt sich, weiterhin den Begriff des Verschuldens zu verstehen als objektives Fehlverhalten einerseits und davon zu unterscheiden die subjektiven Verschuldensvoraussetzungen des sich schuldhaft Verhaltenden andererseits. Letztere werden zweckmässigerweise als *Verschuldensfähigkeit* bezeichnet, die Voraussetzung der Berücksichtigung des Verschuldens zulasten des Haftenden darstellt. Dabei ist diese Verschuldensfähigkeit je nach dem Gewicht der diese in Frage stellenden Faktoren (Kindesalter, Geistesschwäche, fehlender Realitätsbezug, Kritiklosigkeit oder was auch immer) abzustufen; genau besehen müsste man, ins Negative gewendet, von *Gründen der Herabsetzung der Verschuldenszurechnung* sprechen, die fallweise in verschiedenem Ausmass verwirklicht sind.

Die sachlich wohlbegründete Besonderheit des schweizerischen Haftpflichtrechts macht es notwendig, bei leichtem Verschulden bloss eine Teilhaftung eintreten zu lassen (OR Art. 43/I), das objektive Verschulden nach der Grösse zu "gewichten"; erfordert wird parallel hiezu auch die Gewichtung der subjektiven Zurechenbarkeit des Verschuldens aufgrund von Faktoren, welche (wie Kindesalter) eine Beschränkung dieser Zurechnung erfordern. Diese so verstandene "subjektive Seite des Verschuldens" (Verschuldensfähigkeit) wird sogar im Ergebnis häufiger als herabgesetzt erscheinen und damit als Haftungs-Reduktionsgrund in Betracht fallen als das Verschulden im objektiven Sinn. In der Schweiz kann man im Rahmen des Deliktsrechts nicht bei der traditionellen der "Alles-oder-nichts-Urteilsfähigkeit" stehen bleiben, sondern muss eine "abstufbare" Urteils- bzw. Verschuldensfähigkeit begrifflich akzeptieren. Auf diese Weise wird, so scheint dem Schreibenden, der Wille des Gesetzes ohne Vorbehalte, und auf begrifflich-dogmatisch einfachste und sauberste Weise verwirklicht.

---

kommt und beim Sturz einen anderen Passanten verletzt, wäre schwer einzusehen, weshalb zwar der Schädiger (mangels Verschuldens) nicht belangt werden kann, wohl aber, wenn dieser Angestellter ist und sich beim Unglück auf einem Geschäftsgang befand, gestützt auf Art. 55 dessen Arbeitgeber (vgl. im übrigen dazu auch TH. BAUMS, Haftung für Verrichtungsgehilfen nach deutschem und schweizerischem Recht, in ES für Rud. Lukes, (Köln 1989, 623-638).