

Dokument	HAVE 2020 S. 353
Autor	Arnold F. Rusch, Angelo Schwizer
Titel	Haftung, Versicherung und Schadenabwälzung bei urteilsunfähigen Personen
Seiten	353-362
Publikation	Haftung und Versicherung
Herausgeber	Verein Haftung und Versicherung
ISSN	1424-926X
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

HAVE 2020 S. 353

Haftung, Versicherung und Schadenabwälzung bei urteilsunfähigen Personen

Arnold F. Rusch^{*}/Angelo Schwizer^{**}

Wie sollen Heime vorgehen, wenn urteilsunfähige Personen – Kinder, geistig Behinderte, Demenzkranke – Schäden verursachen? Wer urteilsunfähig ist, haftet gerade nicht. Lassen sich die Schäden vertraglich abwälzen? Oder müssen die Versicherungen der urteilsunfähigen Schädiger für die Schäden aufkommen, weil aufgrund der Versicherung die Billigkeitshaftung greift? Dieser Artikel widmet sich den Grundlagen und will für den Alltag praktische Hinweise zu Vertragsgestaltung und Anspruchsdurchsetzung aufzeigen.

Comment les foyers d'accueil doivent-ils procéder lorsque des personnes incapables de discernement – enfants, handicapés mentaux, patients atteints de démence – causent des dommages ? L'incapable de discernement n'est tout simplement pas responsable. La réparation des dommages peut-elle relever d'une obligation contractuelle ? Ou bien les compagnies d'assurance des auteurs incapables de discernement doivent-elles intervenir parce que l'assurance couvre la responsabilité selon l'équité ? Cette contribution est consacrée aux principes essentiels et vise à fournir des conseils pratiques et concrets sur la rédaction des contrats et la manière de faire valoir les prétentions.

I. Einleitung

Wer haftet, wenn eine psychisch erkrankte Person im Wahn das Anstaltsmobiliar zu Kleinholz verarbeitet oder eine demenzkranke Heimbewohnerin mit der Adventskerze ihr Zimmer anzündet? Wo die Urteilsfähigkeit im Sinne des [Art. 16 ZGB](#) fehlt, kommt es zu keiner Haftung aus Delikt oder Vertrag, weil die relevanten Normen ein Verschulden voraussetzen ([Art. 41, 97 OR](#)). Naheliegend ist es, bei Urteilsunfähigen auf die Billigkeitshaftung im Sinne des [Art. 54 Abs. 1 OR](#) auszuweichen oder im Heimvertrag eine generelle Schadenabwälzung vorzusehen.

Zuerst richten wir den Fokus auf die Grundlagen der Billigkeitshaftung (unten II.A.), um gestützt darauf eine Lösung vorzuschlagen (unten II.B.). Sodann konkretisieren wir anhand eines Fallbeispiels aus dem Alltag die Theorie: Wer haftet, wenn ein Bewohner einer psychiatrischen Klinik im Wahn einen Angestellten verletzt, was eine längere Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat? Wer haftet, wenn er dem Heim und anderen

* Rechtsanwalt, Prof. Dr., LL.M., Universität St. Gallen.

** Rechtsanwalt, Dr., Schwizer Rechtsanwälte AG, Gossau SG.



Mitbewohnern Schaden (Gebäude, Gegenstände, Vermögen) zufügt (unten III.)? Schliesslich fassen wir unsere Ergebnisse zusammen (unten IV.).

II. Grundlagen der Billigkeitshaftung nach [Art. 54 Abs. 1 OR](#)

Gemäss [Art. 54 OR](#) kann der Richter aus Billigkeit eine nicht urteilsfähige Person, die Schaden verursacht hat, zu *teilweisem* oder *vollständigem* Ersatz verurteilen (Abs.1). Hat jemand vorübergehend die Urteilsfähigkeit verloren und in diesem Zustand Schaden angerichtet, so ist er hierfür ersatzpflichtig, wenn er nicht nachweist, dass dieser Zustand ohne sein Verschulden eingetreten ist (Abs.2). Die folgenden Überlegungen gehen einzig auf den ersten Absatz ein, zumal sich in vielen Fällen vorübergehender Urteilsunfähigkeit diese auf eine vorbestehende Krankheit zurückführen lässt – insbesondere bei Personen in Heimen. Wer sich aufgrund einer psychischen Krankheit mit Medikamenten oder Drogen in den Zustand der Urteilsunfähigkeit versetzt, kann dafür meist nichts. Wenn sich ein Alkoholiker in die Urteilsunfähigkeit trinkt, geschieht dies gerade aufgrund der Alkoholsucht und damit ohne Verschulden.¹

A. Haftungsvoraussetzungen

Der Haftungstatbestand von [Art. 54 Abs. 1 OR](#) knüpft an die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Widerrechtlichkeit, Kausalität und Verschulden) an, wobei sich mit Bezug auf das *Verschulden* eine Besonderheit ergibt. Zusätzlich wird *Billigkeit* vorausgesetzt:

–Das Verschulden hat eine *objektive* und eine *subjektive* Seite: Die Frage nach der Abweichung von einem Durchschnittsverhalten bildet die objektive und die Frage nach der Urteilsfähigkeit die sub-

HAVE 2020 S. 353, 354

jektive Seite des Verschuldens.² [Art. 54 Abs. 1 OR](#) lässt die objektive Seite «unverändert», dagegen die subjektive Seite fallen. Nach der Verhaltensunrechtstheorie fällt das Verschulden gänzlich weg, da es dort nur noch um die Urteilsfähigkeit geht und die Widerrechtlichkeit sich aus dem Verhaltensunrecht ergibt.³

–[Art. 54 OR](#) lässt die Deliktsfähigkeit als Haftungsvoraussetzung nur dann fallen, wenn dies die Billigkeit gebietet. Durch die schuldlose Schadensverursachung ist der Schädiger mit dem Geschädigten schicksalhaft verbunden und soll, sofern dies als *billig* erscheint, den Schaden mittragen.⁴ Naturgemäss ist jeweils nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden (Ermessensentscheid; [Art. 4 ZGB](#));⁵ der Richter muss die *gesamte konkrete Situation* würdigen.⁶ Als Ausnahmeregel eignet sich die Billigkeitshaftung nicht für eine extensive Anwendung.⁷

Lehre und Praxis haben einige «Standardkriterien» für die Beurteilung der Haftung von urteilsunfähigen Schädigern herausgearbeitet. Vorwiegend erfolgt der Billigkeitsentscheid unter pekuniären Gesichtspunkten, d.h. der finanziellen Situation der Beteiligten zum Urteilszeitpunkt, unter Einbezug von möglicherweise bestehenden Versicherungsverhältnissen.⁸ Weiter kann namentlich die *Mitverantwortung* des *Geschädigten* oder eines *Dritten* relevant sein. Präzisierungen:

–Ein urteilsunfähiger Schädiger soll ersatzpflichtig sein, wenn er wohlhabend ist und der Geschädigte in bescheidenen Verhältnissen lebt. Im umgekehrten Fall wird eine Ersatzpflicht abgelehnt. Für den Fall von guten finanziellen Verhältnissen auf beiden Seiten wird zum einen vertreten, dass eine Haftung entfallen soll, zum anderen, dass eine Schadensaufteilung vorzunehmen sei. In beidseitig bescheidenen Verhältnissen wird grundsätzlich eine Billigkeitshaftung abgelehnt.⁹

¹ So hat auch das Kantonsgericht Waadt ein Verschulden in einem Fall verneint, bei dem eine medikamentensüchtige Frau zu viele Beruhigungsmittel zu sich genommen hat und in diesem Zustand den Gashahn des Hauses geöffnet hat, vgl. [BGE 103 II 330 E. 4a](#).

² [BGE 116 Ia 162 E. 2c](#); die Billigkeitshaftung dispensiert nur von der subjektiven Seite des Verschuldens und erfordert nach wie vor die objektive Seite des Verschuldens, vgl. BK [OR](#)-Brehm, Art. 54 N 17.

³ Vito Roberto, *Haftpflichtrecht*, 2. Aufl., Bern 2018, N 04.08, 07.01, 07.36.

⁴ Karl Oftinger/Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd. II/1, 4. Aufl., Zürich 1995, § 18 N 7 m.w.H.

⁵ Oftinger/Stark (Fn. 4), § 18 N 7 m.w.H.

⁶ BK [OR](#)-Brehm, Art. 54 N 15; vgl. auch Stephanie Hrubesch-Millauer, *Der Billigkeitsentscheid nach [Art. 4 ZGB](#), [ZBJV](#) 2013, 469 ff.*

⁷ Vgl. BK [OR](#)-Brehm, Art. 54 N 10.

⁸ Vgl. Oftinger/Stark (Fn. 4), § 18 N 58 ff. m.w.H.; BK [OR](#)-Brehm, Art. 54 N 15 ff.

⁹ Vgl. BK [OR](#)-Brehm, Art. 54 N 20 ff., m.w.H. Einzelne Autoren bringen hier jedoch grundsätzliche Bedenken an: Ein Gerichtshof sei keine Behörde der Wohltätigkeit, sondern – wie das Wort es bereits andeute – dazu bestimmt, ohne

–«Nach heute gesicherter Lehre und Rsp. ist in die Billigkeitserwägungen deshalb auch das Bestehen einer Haftpflichtversicherung zugunsten des Urteilsunfähigen mit einzubeziehen (...).»¹⁰ Das klingt vordergründig einmal vernünftig. Wenn die urteilsunfähige Person für den Schaden versichert ist, ist es billig, dass sie trotz Urteilsunfähigkeit haftet und der Geschädigte nicht auf seinem Schaden sitzen bleibt. Hätte der urteilsunfähige Schädiger jedes Jahr Geld in der Höhe der Versicherungsprämie auf die Seite gelegt, würde ein Richter aus Billigkeit die Haftung angesichts des geäußerten Vermögens zulassen, was die Gleichbehandlung zwischen der Versicherung und dem Vermögen verdeutlicht.¹¹ Bei gründlicherer Überlegung kommt man dennoch ins Stocken. Wie soll jemand eine Versicherungsleistung beanspruchen können, wenn er gar nicht haftet? Der Versicherer soll nur Schäden decken, für die man auch haftet – das ist das *Trennungsprinzip* zwischen Haftung und Deckung.¹² Wenn jemand haftet, weil er eine Versicherung hat, dann stellt dies die Dinge auf den Kopf. Die Ver-

HAVE 2020 S. 353, 355

sicherung begründet in dieser Konstellation eine *Kausalhaftung* – dogmatisch unerhört,¹³ weil der Versicherer ein Risiko tragen muss, das er nie abdecken wollte.¹⁴ Unter Billigkeit Gesichtspunkten – und deren Berücksichtigung schreibt das Gesetz in [Art. 54 OR](#) vor – wirkt dieses Ergebnis dennoch überzeugend.¹⁵ Man kann heute grundsätzlich davon ausgehen, dass der Versicherungsvertrag solche Ansprüche miterfasst, die ihre Entstehung oder Höhe ihm selbst verdanken. Denn trotz konstanter Rechtsprechung und überwiegender Lehrmeinung schliessen Versicherer – soweit ersichtlich – in ihren AVB die Deckung für im Zustand der Urteilsunfähigkeit angerichtete Schäden nicht ausdrücklich aus.¹⁶

Unterschied des Standes und des Vermögens Recht zuzuteilen (Franz von Zeiller, zit. in: Ferdinand Kerschner, Vermögen und Haftung – unter besonderer Berücksichtigung des Versicherungsschutzes, in: Stefan Perner et al. [Hrsg.], Festschrift für Attila Fenyves, Wien 2013, 225 ff., 227).

- 10 BSK [OR](#) I-Kessler, Art. 54 N 8, m.w.H.; BK [OR](#)-Brehm, Art. 54 N 28; Jean-Pierre Heller/Pascal Oberson, Die Haftung des Familienhauptes nach [Art. 333 Abs. 1 ZGB](#) sowie die Billigkeitshaftung nach [Art. 54 Abs. 1 OR](#), in: Stephan Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, 37 ff., 81; Heinz Rey/Isabelle Wildhaber, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2018, N 972; Hardy Landolt, Haftung für rechtmässige Schadenverursachung, [HAVE 2014, 3 ff.](#), 11; [BGE 103 II 330 E. 4b.dd.](#)
- 11 Dieser Gedanke bei Gerhard Wagner, Münchener Kommentar, 7. Aufl., München 2017, [§ 829 BGB](#) N 20 (zit. MK-Wagner): «*Unter dem Gesichtspunkt der Fähigkeit zur Risikoabsorption sind Selbstversicherung durch Bildung eines Haftungsvermögens und Marktversicherung durch Einkauf von Versicherungsschutz gleichwertig, und folglich sollten sie auch im Rahmen des § 829 gleich behandelt werden. Andernfalls wäre die Billigkeitshaftung zu verneinen, wenn ein im Übrigen vermögensloser Durchschnittsverdiener eine Haftpflichtversicherung abschliessen und nach zwanzig Jahren schadenfreien Verlaufs im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit ein Delikt begehen würde, hingegen zu bejahen, wenn derselbe Akteur über zwanzig Jahre lang Beträge in Höhe der Versicherungsprämien auf ein Sparkonto einzahlen würde. – Dies kann nicht richtig sein, und deshalb sind freiwillige wie obligatorische Haftpflichtversicherungen sowohl im Rahmen der Haftungsbegründung als auch im Rahmen des Haftungsumfangs zu berücksichtigen.*» In betragsmässiger Hinsicht ist dem allerdings zu entgegen, dass die ersparten Versicherungsprämien niemals die Höhe des Versicherungsschutzes erreichen werden (vgl. Kerschner [Fn. 9], 234).
- 12 So Entscheid des OGER ZH vom 10. Dezember 1976, publiziert in: ZR 1977, 246, 247 f.: «*Der Auffassung des Kantonsgerichtes Freiburg und des deutschen Bundesgerichtshofes, dass das Bestehen einer Haftpflichtversicherung nicht anspruchsbegründend sein könne, ist beizupflichten. Die Haftpflichtversicherung kommt erst zum Zuge, wenn eine Haftpflicht bereits zu bejahen ist. Nähme man an, ihre Existenz rechtfertige die Billigkeitshaftung, würde ein Umstand vorausgesetzt, der logisch nicht Voraussetzung sein kann*»; Maximilian Fuchs, Versicherungsschutz und Versicherbarkeit als Argumente bei der Schadensverteilung, AcP 1991, 318 ff., 338; Helmut Koziol, Kinder als Täter und Opfer: Kernfragen rechtsvergleichend betrachtet, in: Stephan Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, 89 ff., 104 f.
- 13 Jean Guinand, La responsabilité des personnes incapables de discernement, in: Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier (Hrsg.), Le centenaire du Code des obligations, Freiburg 1982, 397 ff., 409: «*S'il fallait admettre que la récente jurisprudence du Tribunal fédéral doit être interprétée dans le sens d'une condamnation de l'incapable chaque fois qu'il a contracté une police d'assurance responsabilité civile, force serait alors de considérer l'article 54 CO comme constitutif d'une responsabilité causale aggravée, à tout le moins à concurrence de la somme assurée.*»
- 14 Jürgen Oechsler, in: Staudinger [BGB](#), Berlin 2018, § 829 N 52 (zit. Staudinger-Oechsler): «*Die abweichende Sichtweise des Bundesgerichtshofs in diesem Punkt beinhaltet dabei mehr als nur die Durchbrechung eines Prinzips im Ausnahmefall; sie führt zu einer Änderung des vom Versicherer übernommenen Risikos (...). Nach dem Versicherungsvertrag soll dieser nämlich nur dann eintreten, wenn ein Haftungsanspruch gegenüber dem Haftpflichtigen begründet ist. In den einschlägigen Konstellationen besteht aber zunächst weder ein Anspruch aufgrund der §§ 823 bis 826 [BGB](#) noch aus [§ 829 BGB](#). Dass der Anspruch damit gerechtfertigt wird, es bestünde eine Versicherung für den Fall, dass die Voraussetzungen der [§§ 823 ff. BGB](#) bzw. des [§ 829 BGB](#) vorlägen, bürdet dem Versicherer ein neues Risiko auf: Er muss nun auch dafür einstehen, dass er mit dem Schädiger einen Versicherungsvertrag geschlossen hat!*»
- 15 BK [OR](#)-Brehm, Art. 54 N 29; Walter Fellmann/Andrea Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012, N 705.
- 16 Es scheint, dass für viele Versicherer die Haftungsfälle Deliktsunfähiger bisher kein wirklich erhebliches

Versichert ist die gesetzliche Haftpflicht, welche – wie ausgeführt – herrschender Auffassung nach den Einbezug der Versicherung in den Haftungstatbestand verlangt.¹⁷ Sofern sich Haftpflichtversicherer auf einen Versicherungsvertrag mit einer urteilsunfähigen Person einlassen oder den Versicherungsschutz für den Fall von im Zustand der Urteilsunfähigkeit verursachten Schäden nicht ausdrücklich ausschliessen, werden sie im Schadensfall grundsätzlich leistungspflichtig. Dies entspricht auch dem berechtigten Deckungsinteresse.

–Die Billigkeitsprüfung berücksichtigt auch, ob der *Geschädigte eine Versicherung* (konkret: z.B. Sachversicherung [u.a. gegen Feuer, Wasser, Glasbruch] oder Vermögensverlustversicherung [u.a. gegen Betriebsunterbruch, Nutzungsausfall]) hat. Nach der allgemeinen Meinung soll die Versicherung des Geschädigten im Rahmen ihrer Deckung alleine für dessen Schaden aufkommen. Die Billigkeitshaftung steht für den von der Versicherung ungedeckten Schaden,¹⁸ nicht aber für den Regress des Versicherers oder anderer Haftpflichtiger auf den versicherten Urteilsunfähigen offen.¹⁹

–Hat der *Geschädigte selber* einen Haftungsgrund zu vertreten (z.B. Mitverschulden, Betriebsgefahr) oder ein *Dritter* für den vom Urteilsunfähigen verursachten Schaden (auch) einzustehen (z.B. aufgrund von [Art. 333 ZGB](#), [Art. 55 OR](#) oder einer anderen Haftungsnorm), dann soll im Regelfall zugunsten des Schädigers entschieden werden und seine Haftung wegfallen.²⁰

Die Bejahung der Billigkeitshaftung führt nicht automatisch zu einer vollumfänglichen Ersatzpflicht. Die Billigkeit und die Berücksichtigung der Umstände gemäss [Art. 43 und 44 OR](#) können zu einer reduzierten Entschädigung führen.²¹

B. Typische Lebenssachverhalte

Die vorstehenden Ausführungen sind – aufgrund der Natur von [Art. 54 Abs. 1 OR](#) als Norm des Deliktrechts – ausschliesslich im Kontext eines vertraglich nicht geregelten Zufallskontakts erfolgt. Entsprechend

HAVE 2020 S. 353, 356

isoliert stehen die «Standardkriterien» zur Beurteilung der Billigkeitshaftung da. Nun soll sich der Fokus von den «Laborbedingungen» auf konkrete Lebenssachverhalte richten. Dazu gehören neben Vorfällen im Rahmen eines reinen Zufallskontakts zwischen Schädiger und Geschädigtem auch Konstellationen, in denen zwischen diesen eine freiwillige Beziehung besteht oder der Geschädigte den Schädiger gegen Entgelt und im Wissen um dessen zumindest mögliche Urteilsunfähigkeit vertraglich übernommen hat.

Finanzierungs- und damit Prämienproblem gewesen sind (vgl. Kerschner [Fn. 9], 236 f.). Die AVB machen Leistungen meist einzig davon abhängig, dass die Handlung bei einer urteilsfähigen Person eine gesetzliche Haftpflicht begründen würde, vgl. Internet: <www.mobiliar.ch/sites/default/files/avb-hausrat-minima.pdf> Ziff. A2.1, besucht am 5.6.2020.

¹⁷ Zu diesen Gedanken Kerschner (Fn. 9), 236.

¹⁸ [BGE 103 II 330 E. 4](#); Urteil des BGer [4C.195/2004 vom 7. September 2004 E. 4.3](#); Heller/Oberson (Fn. 10), 81 f.; BK [OR-Brehm](#), Art. 54 N 39.

¹⁹ Urteil des Cour d'appel FR vom 25. April 1967, publiziert in: [SJZ 1969 241–244 Nr. 128 E. 3](#); Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 2. Februar 1965 E. 1b, publiziert in: [BJM 1966, 84](#).

²⁰ Vgl. BSK [OR I-Kessler](#), Art. 54 N 9 m.w.H. Inspiriert dürfte diese Auffassung von den entsprechenden Regelungen in unseren Nachbarländern ([§ 829 BGB](#), [§ 1308 ff. ABGB](#)) sein, welche in diesen Fällen eine Billigkeitshaftung des Urteilsunfähigen negieren; vgl. Urteil des HGer ZH [HG170078](#) vom 5. Oktober 2018 E. 5.4.5: «Weiter ist zu berücksichtigen, dass gemäss überzeugender, in der Literatur zunehmend vertretener Auffassung die Billigkeitshaftung des Urteilsunfähigen voraussetzt, dass keinerlei weitere Ersatzpflichtige belangt werden können. Eine Haftung nach [Art. 54 OR](#) scheidet demgemäss grundsätzlich aus, wenn irgendeine andere Haftung greift. Gemäss dieser Meinung ist [Art. 51 OR](#) bei der Prüfung einer Billigkeitshaftung nach [Art. 54 Abs. 1 OR](#) nicht anwendbar; es besteht keine Anspruchskonkurrenz (BSK [OR I-Kessler](#), Art. 54 Rz 9; Fellmann/Kottmann, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I, 2012, Rz 723). Die Ersatzpflicht einer anderen Person macht eine Billigkeitshaftung des Urteilsunfähigen überflüssig, es sei denn, alle anderen Haftpflichtigen wären im Gegensatz zum Urteilsunfähigen finanziell nicht oder viel weniger in der Lage, ihre Schadenersatzpflicht zu erfüllen (BK-Brehm, [Art. 54 OR](#) Rz 38; Fellmann/Kottmann, a.a.O., Band I, 2012, Rz 724; Honsell/Isenring/Kessler, *Haftpflichtrecht*, 5. Auflage, 2013, § 16 Rz 6; vgl. auch [BGE 71 II 225](#)). Eine solche Konstellation liegt hier allerdings nicht vor. Diese Überlegungen sprechen im Übrigen zusätzlich für die Haftpflicht der Beklagten»; vgl. [BGE 71 II 225 E. 6](#): «Es lässt sich nicht bestreiten, dass in Fällen, wo der Schaden durch Zahlungen Dritter zum grossen Teil gedeckt werden kann, das Bedürfnis nach der Zusprechung eines Ersatzes auf Grund von [Art. 54 Abs. 1 OR](#) gering ist.»

²¹ BK [OR-Brehm](#), Art. 54 N 42 ff.



1. Reiner Zufallskontakt

Im ersten Fall treffen sich zwei Leute auf der Strasse. Die urteilsunfähige, aber haftpflichtversicherte Person zerstört dabei die Brille der anderen Person, die dieses Verhalten nicht vorhersehen konnte. Dies entspricht dem klassischen Anwendungsfall der Billigkeitshaftung gemäss [Art. 54 Abs. 1 OR](#), die zu einer Durchbrechung des Trennungsprinzips führt (oben II.A.).

Ist die geschädigte Person gegen die von der urteilsunfähigen Person angerichteten Schäden versichert (Hausratversicherung), mindert dies die Notwendigkeit einer Billigkeitshaftung.²² Die Rechtsprechung hat – wie dargelegt – prinzipiell nur den von der Versicherung des Geschädigten nicht gedeckten Teil der Billigkeitshaftung unterworfen.²³ Nun wirkt es aber unbillig und dogmatisch verfehlt, die Schadensversicherung des Geschädigten zur Entlastung des Schädigers zu beanspruchen. Der Geschädigte schliesst und bezahlt die Versicherung prinzipiell nicht zur Entlastung des Schädigers.²⁴ Folgerichtig lehnt die Rechtsprechung eine Reduktion der Billigkeitshaftung auch bei verschuldeter Unterversicherung des Geschädigten ab.²⁵ Ebenso folgerichtig kann nach neuer bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Schadensversicherer des Geschädigten Regress gegen Kausalhaftpflichtige nehmen, folglich auch gegen eine aus Billigkeit haftende Person ([Art. 72 VVG](#)).²⁶ Diese Rechtsprechungsänderung erfolgte gerade mit dem Argument, niemand schliesse eine Versicherung zur Entlastung des Schädigers ab.²⁷ Fazit: Unseres Erachtens gebietet die Billigkeit in Abweichung zur h.L. und zur Rechtsprechung häufig gerade die volle Haftung der haftpflichtversicherten urteilsunfähigen Person.

2. Vertraglicher Kontakt ohne zu erwartende Schädigung durch Urteilsunfähige

Nehmen wir an, ein Garagist wartet das Fahrzeug eines Kunden. Wie verhält es sich, wenn der haftpflichtversicherte Kunde in einer psychischen Ausnahmesituation plötzlich die Einrichtung der Garage zerstört? Oder der Garagist aufgrund eines psychischen Anfalls die Wartung nicht durchführt, worauf der Kunde das Fahrzeug nicht wie geplant weiterverkaufen kann und dabei einen Schaden erleidet?

Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre beschränkt sich das Anwendungsgebiet von [Art. 54 OR](#) nicht auf das ausservertragliche Haftpflichtrecht, sondern erstreckt sich auf das Vertragsrecht.²⁸ Dagegen lehnt der andere Teil der Lehre die vollumfängliche Anwendung des [Art. 54 OR](#) auf Vertragsverhältnisse ab. Insbesondere die Anwendung auf die *cic* weckt Bedenken, da urteilsunfähige Personen nicht schärfer als urteilsfähige Personen haften sollten – das Risiko des nichtigen Vertragsschlusses würde sich dann auf die urteilsunfähige Person verschieben.²⁹ Das deutsche Pendant in [§ 829 BGB](#) schränkt die Billigkeitshaftung auf unerlaubte Handlungen ein.³⁰ Es stützt sich auf den richtigen Gedanken, dass man sich im Gegensatz zum vorher besprochenen Zufallskontakt «aus freien Stücken auf den schuldunfähigen Schädiger eingelassen hat».³¹ Dieser Gedanke ist auch für die Schweiz richtig und angesichts der fehlenden Einschränkung im Gesetzestext zumindest im Rahmen der Billigkeitsprüfung zu berücksichtigen.

Zumindest vertretbar scheint deshalb die Ansicht, dass der Verzugsfall für den Garagisten folgenlos bleibt, da es um ein rein vertragsrechtliches Problem geht ([Art. 102 ff. OR](#)). Auch die Zerstörung des Garageninventars führt nach dieser Ansicht zu keiner Haftung der urteilsunfähigen Person. Der richtige deutsche Gedanke, wonach sich der Garagist freiwillig auf den urteilsunfähigen Schädiger eingelassen hat,

²² Vgl. die Angaben in Fn. 18.

²³ Urteil des Cour d'appel FR vom 25. April 1967 E. 4, publiziert in: [SJZ 1969, 241](#); [BGE 103 II 330 E. 4](#); vgl. Fellmann/Kottmann (Fn. 15), N 707.

²⁴ Dieser Gedanke bei [BGE 144 III 209 E. 2.4](#). Dogmatisch kann sich auch keine Entlastung des Schädigers durch das Vorliegen einer Versicherung des Geschädigten ergeben, denn mit der Bezahlung durch den Versicherer entsteht die Regressmöglichkeit gemäss [Art. 72 VVG](#).

²⁵ [BGE 103 II 330 E. 4b.dd.](#)

²⁶ Vgl. [BGE 144 III 209 E. 2.6](#).

²⁷ [BGE 144 III 209 E. 2.2 und 2.4](#).

²⁸ Vgl. z.B. [BGE 55 II 35](#); [BGE 102 II 226 E. 2b](#); BK [OR-Becker](#), in: Hermann Becker, Berner Kommentar, Band IV, [Art. 1–183 OR](#), 2. Aufl., Bern 1945, Art. 54 N 11; BK [OR-Brehm](#), Art. 54 N 49 f.

²⁹ Vgl. BSK [OR I-Kessler](#), Art. 54 N 2 m.w.H. Eine Anwendung von [Art. 54 Abs. 1 OR](#) auf die *cic* würde im Ergebnis bedeuten, dass der Urteilsunfähige trotz seiner Urteilsunfähigkeit haftet, was den Schutz vor rechtsgeschäftlicher Bindung ([Art. 18 ZGB](#)) aushöhlt.

³⁰ Vgl. die Angaben zur Entwicklung der Rechtsprechung in [BGE 102 II 226 E. 2a und 2b](#).

³¹ Staudinger-Oechsler (Fn. 14), § 829 N 18.



greift auch hier, selbst wenn zusätzlich zur Vertragsverletzung aufgrund der Eigentumsverletzung Widerrechtlichkeit vorliegt.³²

HAVE 2020 S. 353, 357

Passender dazu scheint die Vorgabe, die das Regressrecht vorgibt. Muss der private Schadensversicherer des Geschädigten aufkommen, kann er *nach Ermessen des Gerichts* auf eine aus Vertrag haftpflichtige Person Rückgriff nehmen. Unpassend daran ist lediglich, dass die Gerichte bislang den Regress ermessensweise nicht zulassen, wenn die vertragshaftpflichtige Person nur ein leichtes Verschulden trifft, was gerade bei der vorliegenden Konstellation des urteilsunfähigen Schädigers der Fall ist – es liegt gar kein Verschulden vor.³³ Die neue Rechtsprechung lässt den Regress auch bei leichtem Verschulden³⁴ und wie gezeigt auch gegen Kausalhaftpflichtige zu.

In diesem Fall sollte man [Art. 54 Abs. 1 OR](#) ermessensweise anwenden, indem man eine *Schadensaufteilung* vornimmt: Verfügen Schädiger und Geschädigter über einen Versicherungsschutz (Haftpflichtversicherung bzw. Betriebsversicherung), sind beide gleich geeignet, das Risiko der Schädigung durch den Kunden zu tragen. Schon der Kniff des Einbezugs der Haftpflichtversicherung des urteilsunfähigen Schädigers in die Billigkeitsprüfung weckt indes, wie wir oben gezeigt, dogmatische Bedenken. Diese lassen sich im vorliegenden Fall dadurch abschwächen, dass der Richter die Versicherung des Geschädigten – dogmatisch nicht weniger fragwürdig – zur Entlastung des Schädigers einsetzt. Die dogmatisch doppelt fragwürdige Vorgehensweise erzielt dann mit einer gewissen Logik wieder richtige Resultate. Beide Interessen lassen sich im vorliegenden Fall mit einer Schadensaufteilung zwischen den Versicherern versöhnen.

3. Vertraglicher Kontakt im Wissen um das Schädigungspotenzial

Spielt es bei der Billigkeitsprüfung eine Rolle, dass das Heim die Betreuung der permanent oder zeitweilig urteilsunfähigen Person gegen Entgelt und im Wissen um deren zumindest mögliche Urteilsunfähigkeit vertraglich übernommen hat? Die Antwort ist klar: Der Richter muss bei der Billigkeitsprüfung die *gesamte konkrete Situation* würdigen (oben II.A.). Hinzu kommt, dass sich eine Billigkeitshaftung als Ausnahme nicht für eine extensive Anwendung eignet.³⁵ Wer mit Schädigungen durch urteilsunfähige Kunden rechnen muss, kann eine Billigkeitshaftung durch die Versicherer der Schädiger nur schlecht in seine Kalkulation aufnehmen.

³² Staudinger-Oechsler (Fn. 14), § 829 N 18: «Diese Ungleichbehandlung lässt sich nur mit der Überlegung erklären, dass beim Rechtsgeschäft, insbesondere beim Vertrag, der Geschädigte sich aus freien Stücken auf den schuldunfähigen Schädiger eingelassen hat (...). In diesen Fällen hält das Gesetz also eine Kompensation für entbehrlich. Daraus folgt, dass der Anwendungsbereich des [§ 829 BGB](#) über seinen Wortlaut hinaus eingeschränkt werden muss (teleologische Reduktion): Überall dort, wo sich der Geschädigte freiwillig auf den Schädiger einlässt, bedarf es eines Ausgleichs nach [§ 829 BGB](#) ebensowenig wie beim Rechtsgeschäft. Dazu zählen insbesondere diejenigen Fälle, in denen die Vertragspflichtverletzung des Schuldunfähigen einen Deliktstatbestand i.S.d. [§§ 823–826 BGB](#) erfüllt (...); a.M. MK-Wagner (Fn. 14), § 829 N 6: «Im Fall der Konkurrenz vertraglicher und deliktischer Haftung folgt jeder Anspruch seinen eigenen Regeln, so dass sich die Billigkeitshaftung gemäss § 829 für den Deliktsanspruch begründen lässt. Es besteht kein Anlass, den durch die §§ 823 ff. gewährleisteten Rechtsgüterschutz ausgerechnet dann zurückzunehmen, wenn Schädiger und Geschädigter miteinander in einer Vertragsbeziehung stehen.»

³³ Urteil des BGer [4C.92/2007 vom 31. Juli 2007 E. 3.1](#); Urteil des BGer [4C.148/2001 vom 6. Juni 2002 E. 5.2](#); [BGE 114 II 342 E. 3](#); [BGE 80 II 247 E. 5](#).

³⁴ Urteil des HGer ZH [HG160139](#) vom 2. Oktober 2018 E. 2.4.2.1: «Der Ansatz des Bundesgerichts lässt sich – entgegen der Meinung der Beklagten (act. 39) – noch weiterentwickeln und zwar in Bezug auf den Regress von Schadenversicherern auf aus Vertrag haftende Personen. Der Umstand, dass der Schadenversicherer nicht mehr als eine aus Vertrag haftende Person im Sinne von [Art. 51 OR](#) gilt, muss auch diesbezüglich das richterliche Ermessen beeinflussen: Täte er das nicht, so wäre es nun plötzlich schwieriger auf aus Vertrag Haftende als auf Kausalhaftpflichtige Regress zu nehmen. Dies kann aufgrund der sich in der (nicht anwendbaren) Regresskaskade widerspiegelnden Grundwertung des Gesetzgebers und in Anbetracht der Bedeutung der Verschuldenskomponente nicht sein. Konsequenterweise ist deshalb auch der Regress der Schadenversicherer auf aus Vertrag haftende Personen zu erleichtern und diesen bereits bei leichtem Verschulden – dieses ist nötig, damit überhaupt der vertragliche Haftungstatbestand erfüllt ist (...) – zuzulassen.»

³⁵ BK [OR](#)-Brehm, Art. 54 N 10.



Beansprucht eine urteilsunfähige Person Hilfeleistungen in einer Pflege- oder Wohn Einrichtung, dann besteht zwischen ihr und dem Heim ein *Betreuungsvertrag*.³⁶ Gegen Entgelt hat das Heim dem Bewohner Wohnraum zu überlassen, seine ärztliche Versorgung sicherzustellen, ihn zu betreuen und gegebenenfalls zu pflegen. All diese Leistungen, besonders die Betreuung im Sinne der Sorge um die Sicherheit des Bewohners und der körperliche Pflege, haben entsprechend dem Gesundheitszustand zu erfolgen.³⁷ Die Betreuungsleistung als klassische auftragsrechtliche Dienstleistung ([Art. 394 ff. OR](#)) stellt bei urteilsunfähigen Personen offensichtlich den Hauptinhalt des Betreuungsvertrages dar.³⁸

Im Falle einer Schädigung durch einen urteilsunfähigen Heimbewohner ist daher jeweils zu untersuchen, ob sich bei ausreichender Betreuung der Schaden hätte verhindern lassen oder nicht. M.a.W. geht es um die Frage einer möglichen Aufsichts- bzw. Sorgfaltspflichtverletzung (Selbstverschulden) seitens des Heims ([Art. 398 Abs. 2 OR](#)). Für den Fall, dass dem Heim eine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen ist, kann die Billigkeitshaftung nicht greifen. Generell steht ein Selbstverschulden der Billigkeitshaftung ent-

HAVE 2020 S. 353, 358

gegen (oben II.A.). Zudem befindet sich der urteilsunfähige Schädiger namentlich deshalb unter der Obhut des Heims, um durch gehörige Betreuung Eigen- und Drittschäden möglichst zu verhindern (oben II.A.).³⁹ Dieses Ergebnis harmonisiert mit den Prinzipien von *law & economics*, wonach der *cheapest risk avoider* den Schaden tragen soll; hier also das Heim, da der Urteilsunfähige sich dafür selbstredend nicht eignet. In einer solchen Konstellation erwiese es sich also als absolut unbillig, den urteilsunfähigen Schädiger zu verpflichten.

Lässt sich dem Heim kein Sorgfaltsvorwurf machen oder hätte es den Schaden selbst mit adäquater Betreuung nicht verhindern können, erachten wir es ebenfalls als sachgerecht, den urteilsunfähigen Schadensverursacher zu entlasten und den Schaden vom Heim und dessen Versicherer tragen zu lassen:

–Zunächst gilt es dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es wohl unmöglich ist, die Bewohner so zu überwachen, dass jede Schädigung unterbleibt. Ein Heim muss stets mit Schädigungen rechnen. Von Urteilsunfähigen angerichtete Schäden gehören zum Betriebsrisiko des Heims.

–Sodann greift hier im Gegensatz zu den vermeidbaren Schäden das Prinzip des *cheapest insurer*.⁴⁰ Allgemeiner muss man sich dann fragen, wer sich als Träger des Risikos besser eignet. Bleiben die Schäden an den Heimen und ihren Versicherern hängen, führt dies zu einer Verteuerung der Versicherungsprämien und später zu einer Abwälzung der erhöhten Kosten auf alle Insassen. Sind Versicherungs- oder Schadenskosten bereits im Entgelt für die Betreuung einkalkuliert, spricht dies deutlich gegen die Billigkeitshaftung der Urteilsunfähigen.⁴¹ Effizienz- und Gerechtigkeitsüberlegungen sprechen dafür, die Heime und ihre Versicherer zahlen zu lassen. Sie können erstens Schädigungen durch optimale Betreuung verhindern. Kommt es – wie hier – dennoch zu einer Schädigung, kann sich das Heim zweitens besser als der Insasse versichern: Privathaftpflichtversicherer sind kaum an Haftpflichtversicherungen für Urteilsunfähige interessiert und lehnen den Vertragsabschluss mit dem Vorsorgebeauftragten ([Art. 360 ff. ZGB](#)) oder der Beistandsperson ([Art. 390 ff. ZGB](#)) des Urteilsunfähigen ab.⁴²

³⁶ Die Terminologie zum Vertrag zwischen Bewohner und Heim war zumindest bis zum Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts (vgl. [Art. 382 ZGB](#)) höchst uneinheitlich (vgl. Peter Breitschmid/Daniel Steck/Caroline Wittwer, Der Heimvertrag, [FamPra.ch 2009, 867 ff.](#), 867 f.).

³⁷ Vgl. Sandra Hotz, Der Betreuungsvertrag, [FamPra.ch 2016, 815 ff.](#), 826 f. Auffallend ist, dass der praktisch immer bedeutsamer werdende Betreuungsvertrag, welcher zahlreiche Rechtsfragen mit sich bringt, bisweilen stiefmütterlich behandelt wird.

³⁸ Überwiegender Auffassung nach handelt es sich beim Betreuungsvertrag um einen Innominatvertrag; [Art. 382 ZGB](#) regelt das Vertragsverhältnis inhaltlich nicht umfassend (Hotz [Fn. 37], 839 m.w.H.).

³⁹ In Österreich ist im Gesetz ausdrücklich verankert, dass die Billigkeitshaftung nach § 1310 ABGB nur subsidiär in Betracht kommt, nämlich wenn der Schaden vom Geschädigten nicht veranlasst (d.h. der Geschädigte das schädigende Verhalten nicht herausgefordert hat; § 1308 ABGB) oder die Schädigung nicht auf eine Pflichtverletzung des Aufsichtspflichtigen (d.h. eine schuldhaftige Unterlassung der nötigen Obsorge; § 1309 ABGB) zurückzuführen ist (vgl. z.B. Ernst Karner, § 1310 N 1, § 1308, N 3, § 1309 N 1, in: Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB, 3. Aufl., Wien/New York 2010).

⁴⁰ Zu diesen Gedanken siehe Fuchs (Fn. 12), 342.

⁴¹ Dieser Gedanke bei [BGE 114 II 342 E. 3](#): «Cette solution se justifierait d'autant plus en l'espèce qu'il est raisonnable d'admettre, selon l'expérience générale de la vie, que le loyer tient compte du contrat d'assurance-casco et des primes y afférentes», und bei Fuchs (Fn. 12), 336; vgl. auch Urteil des OLG Köln 4 U 62/66 vom 20. Juni 1967, publiziert in: NJW 1968, 751.

⁴² Anzumerken ist jedoch einerseits, dass in der Praxis in Einzelfällen Versicherungen teilweise auf Verlangen von Vorsorgebeauftragten bzw. Beistandspersonen für von urteilsunfähigen Schäden verursachten Personen in



–Schliesslich eignet sich die Billigkeitshaftung als Sondernorm nicht für eine serielle Anwendung im Alltag, schon gar nicht, wenn Schädiger und Geschädigter in einer vertraglichen Verbindung stehen. Die Heime sind gehalten, sich auf diese Situation einzustellen. Sie benötigen eine Haftpflichtversicherung für diejenigen Fälle, die sich auch mit sorgfältiger Betreuung der Insassen nicht verhindern lassen, und eine Schadensversicherung für den eigenen erlittenen Schaden, unabhängig von einer Sorgfaltspflichtverletzung. Sie können nicht auf eine institutionalisierte Billigkeitsprüfung zu ihren Gunsten zählen.

C. Einzelfragen

1. Deckungsausschlüsse in der Versicherung des Geschädigten

Wenn das Heim eine Schadenversicherung abschliesst, dann will es wohl gerade, dass diese sämtliche durch urteilsunfähige Personen verursachten Schäden deckt. Enthalten die Vertragsbestimmungen ausgerechnet für solche Fälle einen Deckungsausschluss, dann weckt dies Erinnerungen an den berühmten Entscheid zum *collision damage waiver*. Der Automobilist hat eine Vollkaskoversicherung gewählt, weil er gemäss seinen Deckungserwartungen einen umfassenden Schutz wollte. Das vollmundige Versprechen nahmen die AGB jedoch gleich wieder zurück, indem sie die Deckung auf unverschuldete Unfälle beschränkte. Diesen Deckungsausschluss erachtete das Bundesgericht als überraschend und ungewöhnlich.⁴³

Ein gleiches Verdikt erging zu einem Deckungsausschluss der Betriebshaftpflichtversicherung für Leiharbeiter: *«Die Betriebshaftpflichtversicherung werde zum Zweck geschlossen, den Betrieb vor Haftungsrisiken zu schützen, die mit seiner unternehmerischen Tätigkeit verbunden sind und an die Substanz gehen können. Dazu gehöre auch die Haftung für Unfälle von Temporärangestellten, für welche dem Einsatzbe-*

HAVE 2020 S. 353, 359

*trieb das Haftungsprivileg nach Art. 44 Abs. 2 a UVG gerade nicht zustehe. Die Absicherung gegen dieses Haftungsrisiko gehöre mithin zu den berechtigten Deckungserwartungen des Versicherungsnehmers im Rahmen einer Betriebshaftpflichtversicherung. Deren Ausschluss laufe der Natur einer solchen Versicherung entgegen.»*⁴⁴

Ein Deckungsausschluss für von urteilsunfähigen Schädigern verursachte Schäden würde wie in den beiden zitierten Fällen den berechtigten Deckungserwartungen widersprechen und wäre deshalb ungewöhnlich.

2. Vorwurf der Nicht- oder Unterversicherung?

Es stellt sich die Frage, ob man einem Heim den Vorwurf machen kann, wenn es sich *nicht oder nicht genügend versichert hat*. Kommt jemand, der sich nicht oder nicht genügend versichern lässt, seiner Sorgfaltspflicht noch genügend nach? Um diese Frage zu beantworten, müssen wir zwei unterschiedliche Konstellationen auseinanderhalten:

– *Urteilsunfähiger Heimbewohner schädigt das Heim*: Eine erste Antwort lässt sich aus dem Faktum ableiten, dass die Versicherung, die den Schaden des Geschädigten übernimmt, dies nicht zur Entlastung des Schädigers tut (oben II.B.1.). Eine Versicherung kann ihrerseits gegen den Schädiger vorgehen, was deutlich gegen eine Versicherungspflicht zugunsten des Schädigers spricht.⁴⁵ Wenn ein Haus im Rahmen der obligatorischen Gebäudeversicherung unter ungenügendem Versicherungsschutz steht, kann der

beschränktem Umfang aufkommen. Andererseits bieten Versicherungen Kollektivlösungen für die Privathaftpflicht von Heiminsassen an; der Versicherer ist in diesen Fällen meist Privathaftpflichtversicherer der Insassen und Betriebs-/Betriebshaftpflichtversicherer des Heims in Personalunion.

⁴³ [BGE 119 II 443 E. 1b.](#)

⁴⁴ Urteil des BGer [4A 187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.2, 5.4.2.](#)

⁴⁵ Dieser Gedanke bei Fuchs (Fn. 12), 320; Beat Zirlick, Freizeichnung von der Deliktshaftung, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht (ASR), Band 681, Bern 2003, 297 f.: *«Da nach der hier vertretenen Ansicht schon eine bestehende Versicherung auf Seiten des Geschädigten nur in Ausnahmefällen zu Gunsten des Schädigers berücksichtigt werden darf, ist bei Nicht-Versicherung trotz Üblichkeit und erst recht bei blosser Möglichkeit zur Versicherung äusserste Zurückhaltung angebracht. Denn der Schädiger soll nicht davon profitieren können, dass sich der Gläubiger durch eigene Opfer (Prämienzahlung) gegen ein Risiko hätte versichern können, das nach Gesetz der Schuldner zu tragen hat.»*



Schädiger, der das Haus im Rahmen einer vertraglichen Beziehung zerstört, für sich nichts daraus ableiten. Das Versicherungsobligatorium bezweckt kaum je den Schutz des Schädigers.⁴⁶

Diese Überlegungen stossen an Grenzen, wenn sich die gefährliche Situation antizipieren lässt, wie dies bei Heimen der Fall ist. Wer im Markt Dienstleistungen anbietet, die sich überdurchschnittlich häufig an urteilsunfähige Personen richten, muss sich darauf einstellen und kann nicht auf eine permanente Billigkeitshaftung der Schädiger zu seinen Gunsten zählen. Ein Heim ist unvorsichtig, wenn es sich für eine alltägliche Situation nicht versichert. Im Ergebnis schafft dies eine Versicherungspflicht des Heims, zugunsten seiner Mitarbeiter, zugunsten des Heims selbst und zugunsten der Insassen, indem deren Haftpflichtversicherung vor der Deckung von Billigkeitshaftungen verschont bleibt.

–*Urteilsunfähiger Heimbewohner schädigt einen anderen Heimbewohner*: Es ist denkbar, dass man bei Üblichkeit der Versicherung eine Haftung aus *culpa in contrahendo* bejaht, sofern der Vertragspartner es unterlassen hat, über die fehlende Versicherung aufzuklären.⁴⁷ Ein Beispiel kann dies anschaulich darstellen: Ein urteilsunfähiger Heimbewohner fügt einem anderen Heimbewohner eine Verletzung zu. Bejaht man die Üblichkeit einer Haftpflichtversicherung des Heims für die Schädigung Dritter durch ihre Insassen, müsste das Heim den Insassen auf den diesbezüglich fehlenden Versicherungsschutz hinweisen.

3. Schadenabwälzungsklauseln

Kann ein Heim vertraglich vorsehen, dass der Insasse für alle von ihm verursachten Schäden aufzukommen habe? Dies führt *in extremis* dazu, dass der Insasse Schäden übernehmen muss, die das Heim im Rahmen der Beaufsichtigung gerade hätte verhindern müssen. Selbst wenn die Schädigung mit ordentlicher Betreuung nicht hätte verhindert werden können, muss der Insasse Schäden übernehmen, auf deren Entstehung er mangels Verschuldens gerade keinen Einfluss hatte.

Diese Konstellation erinnert stark an die Schadenabwälzungsklauseln der Banken. Diese sahen früher vor, dass der Kunde den aus Legitimationsmängeln entstandenen Schaden trägt, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft. Die dazu einschlägigen bundesgerichtlichen Lösungsansätze wenden auf die Schadenabwälzung [Art. 100 OR analog](#) an.⁴⁸ Da Heime meist über eine Polizeibewilligung verfügen, dürfte insbesondere [Art. 100 Abs. 2 OR](#) im Fokus des Interesses stehen. Der Richter kann die vorgesehene Freizeichnung oder Abwälzung des Schadens auch für leichtes Verschulden als nichtig betrachten. Die Konstellation der Schadenszufügung ist bei einem Heim jedoch anders beschaffen als bei einer Bank. Bei der Bank verursachen Dritte den Schaden – meist durch *hacking*, *skimming* oder *phishing*. Bei den Heimen verursachen die Bewohner den Schaden im Zustand der Urteilsunfähigkeit selber. Dies spricht jedoch nicht für eine erweiterte Abwälzungsmöglichkeit im Rahmen vor-

HAVE 2020 S. 353, 360

formulierter Bestimmungen, denn die urteilsunfähigen Kunden sollen nach der gesetzlichen Konzeption gerade nur ausnahmsweise haften, nämlich wenn es die Billigkeit gebietet, und nicht, weil es die AGB standardmässig so vorsehen.

Im Übrigen kann man sich fragen, ob vorliegend eine Schadenabwälzungsklausel – zumindest mit Bezug auf durch gehörige Betreuung vermeidbare Schäden – alternativ nicht auch als Verpflichtungsausschluss von einem Kerninhalt des Leistungsprogramms des Heims, der Wahrnehmung der Betreuung der möglicherweise urteilsunfähigen Personen, betrachtet werden kann. Bejaht man dies, müsste man in der Konsequenz negieren, dass sich das Heim und der Bewohner tatsächlich jemals binden wollten ([Art. 1 ff. OR](#)). Da es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt und das Heim die Schadenabwälzungsklausel erst im Schadensfall anrufen wird, wird sich dies allerdings kaum jemals ernsthaft vorbringen lassen. Vielmehr ähneln solche Klauseln daher einem im Auftragsrecht verpönten Ausschluss der im Rahmen der Vertragserfüllung aufzuwendenden Sorgfalt, da die Verhaltensmaxime der sorgfältigen Erbringung der geschuldeten Leistung nicht relativierungsfähig ist.⁴⁹

⁴⁶ Anders Fuchs (Fn. 12), 331.

⁴⁷ Urteil des BGH VII ZR 107/15 vom 2. Juni 2016, N 10–13, publiziert in: NJW-RR 2016, 859.

⁴⁸ Urteil des BGer [4A 379/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.3.1](#); Urteil des BGer [4A 54/2009 vom 20. April 2009 E. 1, je m.w.H.](#); dazu ausführlich Arnold F. Rusch, Schadenabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, [SZW 2012, 439 ff.](#), 440 f.

⁴⁹ Vgl. BK [OR-Weber](#), in: Rolf H. Weber, Berner Kommentar, Band VI, [Art. 97–109 OR](#), Bern 2000, Art. 100 N 43 ff.



Sieht das Heim die Schadenabwälzung in den AGB vor, kommt zusätzlich das AGB-Korrektiv zur Anwendung. Das erhebliche Missverhältnis im Sinne des [Art. 8 UWG](#) liegt dann in der Tatsache, dass das Heim für eine Kernpflicht des entgeltlichen Vertrags nicht mehr eintreten will. Für den Insassen bedeutet dies, dass er ausgerechnet für Handlungen haftbar wird, für deren Vermeidung er das Heim aufgesucht hat bzw. dort untergebracht worden ist. Insoweit haben die Heime diese Risikosphäre bedeutend besser im Griff.⁵⁰ Hinzu kommt, dass eine Kausalhaftung für Schäden unangemessen und dem Obligationenrecht fremd ist. Es liegt insoweit eine dem verschuldensorientierten Leitbild des Obligationenrechts widersprechende Haftung vor.⁵¹ Eine institutionalisierte Billigkeitshaftung der Insassen und ihrer Versicherungen widerspricht ebenso dem gesetzlichen Leitbild, das die Billigkeitshaftung nur als Ausnahme verstanden wissen will.

III. Anwendungsfall

A. Sachverhalt

Der zwanzigjährige Anton ist seit Geburt geistig behindert. Mitten in der Nacht überschwemmt er sein Zimmer. Als sein Betreuer Josef im Flur das austretende Wasser bemerkt und Anton aufsucht, rastet dieser völlig aus, indem er zuerst den Betreuer mit seiner Tischlampe niederschlägt, alsdann mit dieser ins Nachbarzimmer von Mitbewohner Franz stürmt und dort herumwütet. Die Überflutung beschädigt die Bodenbeläge auf der ganzen Etage des Heims. Josef erleidet einen Armbruch und ist während eines Monats arbeitsunfähig. Franz bleibt selber unversehrt, jedoch gehen verschiedene persönliche Gegenstände in die Brüche. Aufgrund aufwändiger Renovationsarbeiten muss das Heim während eines Monats schliessen und die Bewohner fremdplatzieren.

Anton verfügt über eine Privathaftpflichtversicherung. Das Heim hat einerseits eine Betriebsversicherung, welche das Inventar, die nicht von der Gebäudeversicherung gedeckten Schäden am Gebäude und den Betriebsunterbruch abdeckt, und andererseits eine Betriebshaftpflichtversicherung. Betreuer Josef ist obligatorisch gegen das Risiko Unfall ([Art. 1a UVG](#))

HAVE 2020 S. 353, 361

versichert. Mitbewohner Franz hat eine Hausratversicherung.

⁵⁰ Zu diesem Gedanken der Beherrschbarkeit Rusch (Fn. 48), 442; vgl. Urteil des BGH XI ZR 128/90 vom 23. April 1991 E.II.2b, publiziert in: NJW 1991, 1886; vgl. Urteil des BGH XII ZR 100/91 vom 1. April 1992 E. 1a, publiziert in: NJW 1992, 1761: «Dass der Mieter nicht nur mit der Unfallhaftung, sondern auch mit der Haftung für Schäden belastet wird, die von der Bekl. verursacht oder gar infolge (einfacher) Fahrlässigkeit verschuldet sind oder die auf dritte Personen zurückgehen, deren Einwirkung auf die Anlage er nach dem Mietvertrag nicht verhindern kann, ist bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen und spricht für die Unangemessenheit der Risikoabwälzung.»

⁵¹ Dieser Gedanke beim Urteil des LG Dortmund 8 O 115/87 vom 14. Juli 1987, N 17: «Die Klausel Nr. 5) verstösst gegen § 9 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 1 AGBG, § 276 BGB. Zutreffend legt der Kläger diese Bestimmung dahin aus, dass mit der beanstandeten Klausel eine verschuldensunabhängige Schadensersatzverpflichtung des Heimbewohners festgeschrieben wird. Die Klausel stellt somit eine Gefährdungshaftung des Altenheimbewohners für sich, seine Gäste und von ihm beauftragte Personen dar. Darin liegt eine unangemessene Benachteiligung der Heimbewohner; denn eine verschuldensunabhängige Haftung widerspricht der grundlegenden gesetzlichen Werbung des § 276 BGB. Gefährdungstatbestände sind nur zulässig, wenn sie eigens durch Gesetz begründet werden. Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Unzutreffend ist der Hinweis der Beklagten, die Klausel betreffe nicht in jedem Falle die Heimbewohner; denn als Gegenstand einer vertraglichen Regelung zwischen dem Heimbewohner und der Beklagten kann diese Norm auf dritte Personen nicht angewendet werden; dem Gesetz ist nämlich ein Vertrag zu Lasten dritter Personen fremd.» Die Klausel lautete wie folgt: «Für Schäden, die der Heimbewohner, seine Gäste und von ihm beauftragte Personen in und am Heim verursachen, ist Schadensersatz zu leisten»; vgl. Gregor Thüsing, Heimvertrag, in: Friedrich Graf von Westphalen/Gregor Thüsing (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 39. Aufl., München 2017, N 38: «Haftungserweiterungen zu Lasten des Heimbewohners sind am Maßstab des § 307 BGB zu beurteilen. Klauseln, die eine verschuldensunabhängige Haftung begründen, verstossen im Regelfall gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, es sei denn, sie sind ausnahmsweise durch höherrangige Interessen des Heimträgers gerechtfertigt oder die Benachteiligung für den Heimbewohner wird durch Gewährung anderer rechtlicher Vorteile kompensiert. Unwirksam sind Klauseln, die den Heimbewohner für alle von seinen Gästen oder von ihm beauftragte Personen verursachte Schäden haften lassen»; Harry Schmidt, in: Peter Ulmer/Hans Erich Brandner/Horst-Diether Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, 12. Aufl., Köln 2016, Heimverträge, N 5: «AGB sind unwirksam, wenn sie den Bewohner für alle Schäden seiner Gäste oder der von ihm beauftragten Personen haften lassen wollen (...); vgl. Urteil des BGH VIII ZR 38/90 vom 15. Mai 1991 E. 5, publiziert in: NJW 1991, 1750; Urteil des KG Kart U 5068/96 vom 28. Mai 1997 E. 4, publiziert in: NJW 1998, 829.

B. Liquidation Schadensposten Bodenbelag und Betriebsausfall (Heim)

Es kommt nach hier vertretener Auffassung nicht darauf an, ob sich das Heim den Vorwurf gefallen lassen muss, Anton unzureichend betreut zu haben oder nicht. So oder anders kann das Heim diese erlittenen Schadensposten nicht über [Art. 54 Abs. 1 OR](#) auf Anton abwälzen, weil sich die Billigkeitshaftung für eine serielle Anwendung nicht eignet und mit Schäden durch Heimbewohner im Rahmen des Geschäftsmodells zu rechnen ist (oben II.A. und II.B.3.). Haftet Anton nicht, kann die Versicherung des Heims – hier wäre es die Betriebsversicherung – auch nicht Regress nehmen oder die Subrogation anrufen.⁵²

C. Liquidation Heilbehandlung und Erwerbsausfall (Betreuer Josef)

Betreuer Josef hat einen klassischen (Berufs-)Unfall ([Art. 4 ATSG](#), [Art. 7 Abs. 1 lit. a UVG](#)) erlitten. Demzufolge übernimmt die Unfallversicherung die Heilbehandlungskosten ([Art. 10 UVG](#)). Der einmonatige Erwerbsausfall ist via Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers ([Art. 324a OR](#)) bzw. UV-Taggelder ([Art. 16 f. UVG](#)) abgedeckt.

Aufgrund von [Art. 72 Abs. 1 ATSG](#) kann der Unfallversicherer im Umfang der erbrachten Leistungen (Taggelder, Heilbehandlungskosten) gegenüber dem Haftpflichtigen Regress nehmen. Ebenso kann der Arbeitgeber für die geleistete Lohnfortzahlung (Lohn während der Karenztage [[Art. 16 Abs. 2 UVG](#)] und das allfällige Delta zwischen der dem Arbeitnehmer arbeitsvertraglich zugesicherten Lohnfortzahlung und den UV-Taggeldern) regressieren ([Art. 51 Abs. 2 OR](#) analog).⁵³ Im vorliegenden Fall sind wir jedoch der Ansicht, dass weder der Unfallversicherer noch das Heim Anton belangen können, weil Anton gegenüber dem geschädigten Josef aus Billigkeit nicht haftet.⁵⁴ Josef hat mit dem Heim einen Arbeitsvertrag in Kenntnis der Tatsache geschlossen, dass es mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Schädigung durch Insassen kommen wird. Wiederum gilt auch hier, dass sich die Billigkeitshaftung nicht für eine serielle Anwendung eignet. Zudem hat der Unfallversicherer das Risiko solcher Schädigungen durch den Abschluss des Versicherungsvertrags mit dem Heim und dieses durch den Abschluss des Betreuungsvertrags mit Anton übernommen.

Wie verhält es sich aber, wenn das Heim den Vorfall durch eine schlechte Organisation mitverschuldet hat? In solchen Fällen haften theoretisch der haftpflichtversicherte Anton ([Art. 54 OR](#)) und das Heim ([Art. 328 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR](#))⁵⁵ gegenüber Josef in unechter Solidarität ([Art. 51 Abs. 1 OR](#)). Denkbar wäre auch eine Haftung des Heims aus [Art. 333 ZGB](#). Der Unfallversicherer kann nur bei Absicht und Grobfahrlässigkeit des Heims auf dieses zurückgreifen ([Art. 75 Abs. 2 ATSG](#)). Bei leichtem Verschulden des Heims und bei bejahter Haftung⁵⁶ des urteilsunfähigen Anton müsste sich der Unfallversicherer das Regressprivileg auch beim Regress gegen Anton entgegenhalten lassen: Eine Schadensaufteilung gemäss [BGE 144 III 319 E. 5.5.1–5.6](#)⁵⁷ wäre in diesem Fall denkbar.

Für die Genugtuung gelten dieselben Grundsätze wie für den Schadenersatz.⁵⁸

⁵² Roland Brehm lehnt einen Regress der Versicherer gegen die aus [Art. 54 OR](#) haftende Person generell ab, vgl. BK [OR-Brehm](#), Art. 54 N 39–41; zu Regress und Subrogation des Gebäudeversicherers anhand eines Beispiels aus dem Kanton St. Gallen siehe Urteil des HGer ZH [HG160139](#) vom 2. Oktober 2018 E. 2.4.2.2. Hätte Anton anstelle des Wasserschadens einen Brandschaden verursacht, käme die Gebäudeversicherung ins Spiel, welche – so z.B. in den Kantonen St. Gallen und Zürich – den Regress nur bei Vorliegen eines Verschuldens zulässt (Art. 51 Abs. 1 GVG SG und dazu Urteil des HGer ZH [HG160139](#) vom 2. Oktober 2018 E. 2.4.2.3; § 72 Abs. 1 GebVG ZH).

⁵³ [BGE 126 III 521 E. 2b](#).

⁵⁴ Vgl. Heller/Oberson (Fn. 10), 83: «*Verschiedentlich wird die Gewährung eines Rückgriffsrechtes eines Dritthaftpflichtigen, bei dem der Geschädigte den ganzen Schaden geltend gemacht hat, gegenüber dem urteilsunfähigen Schädiger postuliert, sofern der Dritthaftpflichtige in bescheideneren finanziellen Verhältnissen lebt als der Urteilsunfähige. Dies erscheint im Lichte des Ausnahmecharakters von [Art. 54 Abs. 1 OR](#) wenig opportun. Die Wohltat der Haftung aus Billigkeit sollte nicht auf Personen erweitert werden, die nicht vom Urteilsunfähigen direkt geschädigt worden sind*»; ebenso BK [OR-Brehm](#), Art. 54 N 39–41; offener Ghislaine Frésard-Fellay, Assurance sociale et solidarité, [REAS 2003, 143 ff.](#), 145: «*D'autres limitations du droit de recours de l'assureur social sont prévues aussi par la loi. Il s'agit notamment du droit préférentiel du lésé et du principe de la concordance temporelle et matérielle. A contrario les limitations du droit de recours de l'assureur social, invoquées ici ou là, dépourvues de base légale doivent être considérées comme arbitraires. Il s'agit en particulier du refus d'allouer à l'assureur social subrogé des intérêts du dommage ou des intérêts moratoires. De même le refus de reconnaître le droit de recours de l'assureur social contre un responsable tenu en vertu de l'équité (par ex. art. 422 al. 1 CO).*»

⁵⁵ BSK [OR](#) I-Portmann/Rudolph, Art. 328 N 10.

⁵⁶ Wir lehnen eine Billigkeitshaftung des Urteilsunfähigen bei Vorliegen eines Heimverschuldens ab (vgl. II.A.).

⁵⁷ Zur Tragweite dieses Urteils vgl. Urteil des BGer [4A_397/2019 vom 1. Juli 2020 E. 7.4](#) und Nicola Moser, Wichtige Urteile im Haftpflichtrecht, [HAVE 2020, 181 ff.](#), 202 ff.

⁵⁸ Urteil des BGer [6B_768/2018 vom 13. Februar 2019 E. 3.1.1, m.w.H.](#); Urteil des Zivilgerichts BS vom 2. Februar



D. Liquidation Schadensposten Mobilier (Mitbewohner Franz)

Wie ist die Rechtslage, wenn die Hausratversicherung den Schaden von Mitbewohner Franz deckt? Für das zerstörte Mobilier haftet Anton aus Billigkeit ([Art. 54 OR](#)), sofern er versichert ist. Der Regress des privaten Schadenversicherers erfolgt nach neuer bundesgerichtlicher Rechtsprechung gestützt auf [Art. 72 VVG](#) auch

HAVE 2020 S. 353, 362

gegen Kausalhaftpflichtige,⁵⁹ nach unserer Ansicht mit einer Schadensaufteilung zwischen der Haftpflichtversicherung des Anton und der Schadensversicherung des Franz. Der Grund für die Schadensaufteilung liegt im Argument, dass niemand eine Versicherung zur Entlastung des Schädigers abschliesst und bezahlt (vgl. II.B.1.). Diese Überlegung muss sich auf Regress und Subrogation übertragen.

Trifft das Heim eine Mitverantwortung, ist die Billigkeitshaftung Antons nicht angezeigt (vgl. II.A.). Vielmehr haftet das Heim gegenüber Franz aus Vertragsverletzung und aus [Art. 333 ZGB](#).⁶⁰ Der Regress der Hausratversicherung richtet sich dann in vollem Umfang auf die vertragliche Haftung⁶¹ oder die Kausalhaftung⁶² des Heims gemäss [Art. 333 ZGB](#).

IV. Schlusswort

Nicht nur das Vorliegen eines Vertrags zwischen der geschädigten Person und dem urteilsunfähigen Schädiger, sondern auch die neue bundesgerichtliche Regressordnung zwingen zu einer Neubeurteilung der Situation. Das Argument, wonach niemand zur Entlastung des Schädigers eine Versicherung abschliesst und bezahlt, verdient bei der Beurteilung der Haftung und des Regresses besondere Berücksichtigung. Ebenso wichtig ist das Argument, dass die Berufung auf die Billigkeitshaftung nicht offensteht, wenn sich die geschädigte Person im Wissen um das Schadenspotenzial auf eine vertragliche Beziehung mit dem Heim oder der urteilsunfähigen Personen direkt eingelassen hat. Es gilt eben *trau, schau, wem!* – wer sich auf urteilsunfähige Personen einlässt, hat vorzusorgen.

1965 E. 2, publiziert in: [BJM 1966, 84](#); gl.M. BK [OR](#)-Brehm, Art. 54 N 14; a.M. BK [OR](#)-Becker, Art. 54 N 13.

⁵⁹ [BGE 144 III 209 E. 2.6.](#)

⁶⁰ Geschädigter im Sinne des [Art. 333 ZGB](#) kann auch ein Hausgenosse sein, vgl. BSK [ZGB](#) I-Wildhaber, Art. 333 N 8.

⁶¹ Gemäss den Überlegungen im Urteil des HGer ZH [HG160139](#) vom 2. Oktober 2018 E. 2.4.2.2.

⁶² BSK [ZGB](#) I-Wildhaber, Art. 333 N 3.