

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR  
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

*Herausgegeben von Peter Gauch*

341

---

MIRCO ANDEREGG

# Der Ersatz von Schadenabwehrkosten

Eine Analyse zum Recht  
der unerlaubten Handlungen

# Inhaltsverzeichnis

Dank	VII
Inhaltsübersicht	IX
Literaturverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>1. Kapitel</b>	
<b>Grundlagen, Problemstellung und These</b>	<b>5</b>
<b>I. Der «Böschungsfall» des Bundesgerichts als Ausgangspunkt</b>	<b>5</b>
<b>II. Begriffliches und die vier Arten von Gefahrslagen</b>	<b>7</b>
1. Drei Grundbegriffe	7
A. Der Begriff der Gefahrslage	7
B. Der Begriff des Angriffs	8
C. Der Begriff der Schadenabwehr	9
2. Vier Arten von Gefahrslagen	10
A. Die abstrakte Gefahr: Alltägliche Risiken	10
B. Die konkrete Gefahr: Eine bestimmbare Bedrohung	11
C. Die Rechtsgutverletzung: Die Bedrohung verwirklicht sich	12
D. Der Eintritt des Schadens und der immateriellen Unbill	13
3. Tabellarische Darstellung der Gefahrslagen	14
<b>III. Die Kritik am Urteil im «Böschungsfall»</b>	<b>14</b>
1. Die Kritik an dieser Rechtsprechung im Schrifttum	15
A. Unmittelbare Rechtsgutgefährdung gleich Verletzung?	15
B. Schadenabwehr gleich Schadenminderung?	16
2. Eigene Stellungnahme	19
<b>IV. Die These: Schadenabwehrkosten müssen ersatzfähig sein</b>	<b>23</b>
	XI

1.	Die Interessengegensätze bei der Schadenabwehr	23
	A. Die Interessen der Beteiligten	23
	a) Die Interessen des Bedrohten	24
	b) Die Interessen des Angreifers	26
	c) Die Interessen der Gemeinschaft der Versicherungsnehmer	28
	B. Die Interessenkonflikte	29
2.	Argumente für eine beschränkte Ersatzfähigkeit von Schadenabwehrkosten	31
	A. Schadenabwehr und ökonomische Effizienz	31
	a) Zwei Grundkonzepte der ökonomischen Analyse des Rechts und ein Beispiel	32
	b) Das COASE-Theorem und seine Relativierung	36
	c) Analyse von drei Regelungsansätzen zur Schadenabwehr	38
	aa) Die «Laissez-faire»-Regel	39
	bb) Die Bedrohtenregel	41
	cc) Die Zumutbarkeitsregel	42
	d) Fazit	43
	B. Das Problem des Ausgleichs von immaterieller Unbill	44
	a) Die Hilflosigkeit des Rechts gegenüber Verletzungen der körperlichen Integrität	45
	b) Das wirksamste Mittel: Die Abwehr der Gefahr	47
	C. Nachteile durch die bloße konkrete Bedrohung	48
3.	Lösungswege im Überblick	49
	A. Anknüpfungspunkte innerhalb der Widerrechtlichkeit	49
	a) Die Ausdehnung des Widerrechtlichkeitsbegriffs	50
	aa) Die widerrechtliche Verletzung absoluter Rechte in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	51
	bb) Die Kritik der Lehre an dieser Konzeption	53
	cc) Die Widerrechtlichkeit der konkreten Gefährdung von absoluten Rechten	55
	b) Die Suche nach einer Schutznorm	57
	B. Die Schaffung einer Generalklausel	59
	C. Die Feststellungsklage als weiterer Lösungsweg?	60
V.	Zwischenergebnis	62

## **2. Kapitel**

### **Der Umgang mit konkreten Gefahren im Schweizer Recht** 65

#### **I. Nur Fragmentarisches im Privatrecht** 66

1. Anspruch sowohl auf Schadenabwehr als auch auf Kostenersatz (Art. 679 Abs. 1 ZGB) 67
  - A. Die gemeinsamen Voraussetzungen der Ansprüche 67
    - a) Der persönliche Geltungsbereich 68
    - b) Der Angriff: Eine Überschreitung des Eigentumsrechts 69
    - c) Die drohende Rechtsgutverletzung 71
  - B. Die möglichen Ansprüche 73
    - a) Der Anspruch auf Schadenabwehr 73
    - b) Der Anspruch auf Ersatz der Abwehrkosten 74
  - C. Zusammenfassung 74
2. Anspruch auf Schadenabwehr ohne Kostenersatz 75
  - A. Der Unterlassungsanspruch im Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ff. ZGB) 75
    - a) Der persönliche Geltungsbereich 76
    - b) Der Angriff: Ein bevorstehender Eingriff in die Persönlichkeitsrechte 77
    - c) Die drohende Rechtsgutverletzung 78
    - d) Die Rechtsfolge 79
    - e) Zusammenfassung 80
  - B. Der Anspruch auf Schutz gegen drohenden Schaden im Recht der Haftung des Werkeigentümers (Art. 59 Abs. 1 OR) 81
    - a) Der persönliche Geltungsbereich 83
    - b) Der Angriff: Eigentum an einem mangelhaften Werk 83
    - c) Die drohende Rechtsgutverletzung 84
    - d) Die Rechtsfolge 87
    - e) Zusammenfassung 88
3. Anspruch auf Kostenersatz bei GoA und Recht auf Schadenabwehr durch Notwehr und Notstand 89
  - A. Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag zur Abwehr eines Schadenersatzanspruchs des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn 89
    - a) Der Tatbestand der echten GoA 91
      - aa) Eine Geschäftsbesorgung für einen andern 91
      - bb) Durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten 93
      - cc) Notwendige und nützliche Verwendungen des Bedrohten 94

b) Die Rechtsfolgen	95
c) Die Bedeutung der GoA für die Schadenabwehr	96
B. Die Kosten aus Notwehr und Notstand	98
a) Gemeinsamkeiten von Notwehr und Notstand	100
aa) Gefahr für eigene Rechtsgüter	100
bb) Abwehr dieser Gefahr durch Eingriff in fremde Rechtsgüter	104
cc) Wahrung der Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die fremden Rechtsgüter	105
dd) Rechtsfolge: Rechtfertigung des Eingriffs	105
b) Besonderheiten der Notwehr	105
c) Besonderheiten des Notstands	106
d) Die Abwälzung von Kosten aus Notwehr- und Notstandshandlungen auf den Angreifer	110
<b>II. Schadenminderungsobliegenheiten und Schadenabwehr: Parallelen und Unterschiede</b>	111
1. Ansprüche auf Ersatz von Schadenminderungskosten	112
A. Die Ausgangslage bei der Schadenminderungsobliegenheit	112
B. Die Rechtsfolgen	114
a) Bei Erfüllung der Obliegenheit	114
b) Bei Nichterfüllung der Obliegenheit	116
C. Die Abgrenzung zur Schadenabwehr	117
2. Schadenabwehr im Versicherungsvertragsrecht	117
A. Mitwirkung bei der Herbeiführung des Versicherungsfalles	118
B. Der Ersatz der sogenannten Rettungskosten	120
a) Die Ausgangslage	121
b) Weisungen des Versicherers	123
c) Die Rechtsfolgen	124
aa) Bei Erfüllung der Obliegenheit	124
bb) Bei Nichterfüllung der Obliegenheit	125
3. Würdigung	126
<b>III. Gefahrenabwehr und Kostenersatz im Verwaltungsrecht</b>	126
1. Die Voraussetzungen der polizeilichen Gefahrenabwehr	127
2. Die polizeiliche Gefahrenabwehr durch Realakte	130
3. Die Abwälzung der Kosten der Gefahrenabwehr auf den Urheber der Gefahr	132
4. Würdigung	133

<b>IV. Zwischenergebnis</b>	135
<b>3. Kapitel</b>	
<b>Ein Blick ins Ausland und in drei Normierungsprojekte</b>	139
<b>I. Schadenabwehr im deutschen und im französischen Recht</b>	139
1. Im deutschen Recht	140
A. Die deutsche Verschuldenshaftung in groben Zügen	140
B. Kostenersatz für Schadenabwehr im deutschen Recht	142
C. Fazit	147
2. Im französischen Recht	147
A. Die französische Verschuldenshaftung in groben Zügen	148
B. Kostenersatz für Schadenabwehr im französischen Recht	150
C. Fazit	153
<b>II. Schadenabwehr in Normierungsprojekten</b>	154
1. Im Vorentwurf zur Haftpflichtrechtsrevision	155
2. Im OR 2020	157
3. Im Draft Common Frame of Reference	160
<b>III. Zwischenergebnis</b>	162
<b>4. Kapitel</b>	
<b>Die Schaffung einer Generalklausel als bevorzugter Lösungsweg</b>	163
<b>I. Bausteine einer Generalklausel</b>	164
1. Die hypothetische Widerrechtlichkeit	164
2. Ein Haftungsgrund	166
3. Der Kausalzusammenhang: Gefährdung und Abwehrmassnahmen	167
A. Eine konkrete Gefährdung von Rechtsgütern: Der Kausalzusammenhang	167
a) Die Individualisierbarkeit des Angreifers	168
b) Die Identifizierbarkeit der Bedrohung	169
c) Der erwartete Schaden	170
B. Die Verhältnismässigkeit der Schadenabwehrmassnahmen	173
a) Die Erforderlichkeit der Massnahmen	176
aa) Die Erforderlichkeit der Schadenabwehr	176

bb) Die Erforderlichkeit der konkreten Massnahmen	177
b) Die Verhältnismässigkeit i.e.S. der Massnahmen	177
4. Der Schaden	180
A. Zum Schadensbegriff	180
B. Die Einordnung der Schadenabwehrkosten	182
C. Fazit	184
<b>II. Die Ausgestaltung der Rechtsfolge</b>	<b>184</b>
<b>III. Ausformulierter Vorschlag einer Generalklausel</b>	<b>186</b>
1. Der Vorschlag	186
2. Die Begründung dieses Vorschlags	186
A. Die systematische Einordnung der Norm	186
B. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale	188
a) «Wer in einer Weise, die geeignet ist, eine Schadenersatzpflicht zu begründen, ...»	188
b) «...die Rechte eines andern erheblich gefährdet, ...»	189
c) «...der Kosten [...] welche der Bedrohte für angemessene Abwehrmassnahmen aufwendet...»	190
C. Die Rechtsfolge: «... wird diesem zum Ersatz [...] verpflichtet...»	191
<b>5. Kapitel</b>	
<b>Zusammenfassung und Ausblick</b>	<b>193</b>
<b>I. Die Ergebnisse dieser Arbeit</b>	<b>193</b>
<b>II. Ausblick</b>	<b>195</b>
Sachregister	197