
Sport und Recht

Sicherheit im Sport

5. Tagungsband

Herausgegeben von:

OLIVER ARTER / MARGARETA BADDELEY

Beiträge von:

MARC ENGLER

ANDRÁS A. GUROVITS KOHLI

ULRICH HAAS / JULIA JANSEN

PETER W. HEERMANN

OLIVER KÄLIN

JAN KLEINER

MARKUS H. F. MOHLER



Stämpfli Verlag AG Bern • 2008

Sorgfalt und Verantwortlichkeit beim Anbieten von Risikoaktivitäten

OLIVER KÄLIN

Inhaltsverzeichnis

Sorgfalt und Verantwortlichkeit beim Anbieten von Risikoaktivitäten	225
1. Einleitung	226
2. Der Entwurf für ein Bundesgesetz über das Bergführerwesen und das Anbieten von Risikoaktivitäten	227
2.1 Übersicht	227
2.2 Anwendungsbereich des Entwurfs und Begriff der Risikoaktivität...	228
2.3 Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortlichkeit	229
2.4 Sorgfaltspflicht nach Art. 3 des Entwurfs.....	230
2.5 Tritt das Gesetz je in Kraft?	231
3. Zwischenergebnis	231
4. Schaden, Genugtuung und Berechnung	232
4.1 Körperverletzung.....	232
4.2 Tod eines Teilnehmers	234
4.3 Genugtuung	235
5. Ansprüche des Teilnehmers aus Vertrag	236
6. Ansprüche des Teilnehmers aus Delikt.....	241
7. Sorgfaltspflicht des Anbieters	243
8. Einwilligung des Verletzten, Selbstverschulden und Handeln auf eigene Gefahr	247
9. Versicherungsfragen	249
10. Strafrechtliche Verantwortlichkeit	253
11. Fazit.....	254
Literaturverzeichnis	255

1. Einleitung

Canyoning¹, River-Rafting², Bungee-Jumping³ und Hochgebirgstouren sind Beispiele von Sportarten mit erhöhtem Risikopotential, für die seit einigen Jahren ein neuer Markt entstanden ist⁴. Dass es dabei – wenn auch nicht nur – darum geht, einen „Kick“ erleben zu wollen, darauf lassen diverse Werbeanzeigen im Internet schliessen⁵. Ereignen sich aber Unfälle, enden diese meist mit schweren Verletzungen oder mit dem Tod von Teilnehmenden⁶.

1999 erregte ein Canyoning-Unfall im Berner Oberland internationales Aufsehen, als am 27. Juli 1999 21 Menschen einer Canyoning-Gruppe den Tod fanden, als sie im Saxetbach von einer Flutwelle überrascht wurden⁷. Ein Jahr später sorgte ein Unfall beim Bungee-Jumping in Stechelberg (ebenfalls Berner Oberland) für Schlagzeilen, als am 3. Mai 2000 ein Bungee-Jumper aus einer Kabine der Transportseilbahn Stechelberg–

¹ Als Canyoning bezeichnet man das Begehen von Schluchten (engl. Canyon – Schlucht) im Abstieg. Hindernisse werden kletternd, abseilend, springend, rutschend oder schwimmend überwunden. Je nach Gelände und Wasserstand sind spezifische Techniken und Materialien erforderlich (Allgemeine Richtlinien zum Canyoning, 1, abrufbar im Internet unter http://www.baspo.admin.ch/internet/baspo/de/home/politik00/politik00f.Par.0014.DownloadFile.tmp/0%20allgCanyoningRichtl_06.pdf; siehe auch: <http://de.wikipedia.org/wiki/Canyoning>).

² Als Rafting (engl. Raft – Floss) bezeichnet man das Befahren von Fliessgewässern mit Schlauchbooten, die mehreren Personen (mind. 2 nebeneinander) Platz bieten. Je nach Wasserstand und Flussbett sind spezifische Techniken und Materialien erforderlich (Allgemeine Richtlinien zum Rafting, 1, abrufbar im Internet unter http://www.baspo.admin.ch/internet/baspo/de/home/politik00/politik00f.Par.0003.DownloadFile.tmp/0%20AllgRaftingRichtl_06.pdf; siehe auch <http://de.wikipedia.org/wiki/Rafting>).

³ Der Begriff Bungee-Jumping (engl. to jump – springen) bezeichnet eine Sportart, bei der man sich mit einem Gummiseil festgebunden von einer Plattform oder hohen Gebäuden (z.B. Brücken oder speziellen Kränen) im freien Fall in die Tiefe stürzt und nur durch ein elastisches Seil, das am Körper des Springers und an der Absprungplattform befestigt ist, abgedehnt wird und dann auspendelt (<http://de.wikipedia.org/wiki/Bungee-Springen#Unf.C3.A4lle>).

⁴ BBl 2007, 1498.

⁵ Z.B. durch das Eintippen der Worte „Bungee Jumping Kick“ in der Internetsuchmaschine „Google“; siehe auch STIFFLER, Rz. 13.1.

⁶ Statistiken über Unfälle bei Risikoaktivitäten existieren – soweit gesehen – noch nicht. Es existieren aber Statistiken über Sportunfälle allgemein (http://www.bfu.ch/forschung/statistik/statistik_2004/BFU04_dt_32_33.pdf; siehe auch die Unfallstatistik UVG 2006 der SUVA, im Internet unter <http://www.unfallstatistik.ch/d/publik/unfstat/pdf/Ts06.pdf>, 37).

⁷ Dazu BGE 128 V 305 betreffend Ansprüche der Anbieter (Veranstalter) gestützt auf das Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG).

Mürren (Sprungpunkt 100 Meter) sprang, befestigt an einem Gummiseil, dessen Länge für einen Sprungpunkt von 180 Metern ausgerichtet war⁸.

Vor dem Hintergrund dieser beiden Unfälle wurde im Juni 2000 eine parlamentarische Initiative eingereicht, welche vom Bund forderte, er solle ein Rahmengesetz für kommerziell angebotene Risikoaktivitäten im Freien sowie für das Bergführerwesen schaffen. Der Zweck der Initiative bestand darin, die Sicherheit der Teilnehmenden zu verbessern⁹. Der Entwurf für ein „Bundesgesetz über das Bergführerwesen und das Anbieten von Risikoaktivitäten“ liegt heute vor¹⁰. Neben dem Entwurf existiert ein zugehöriger Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 1. Dezember 2006¹¹ sowie eine Stellungnahme des Bundesrats vom 14. Februar 2007¹².

2. Der Entwurf für ein Bundesgesetz über das Bergführerwesen und das Anbieten von Risikoaktivitäten

2.1 Übersicht

Der Entwurf für ein Bundesgesetz über das Bergführerwesen und das Anbieten von Risikoaktivitäten besteht aus sieben Abschnitten: Der erste Abschnitt regelt den Geltungsbereich des Gesetzes (Art. 1 und 2). Der zweite Abschnitt beschreibt die Sorgfaltspflicht, die ein Anbieter einer Risikoaktivität anzuwenden hat (Art. 3). Der dritte Abschnitt regelt die Bewilligung für das Ausüben einer dem Entwurf unterstellten Aktivität (Art. 4 bis 13). Die Abschnitte vier bis sieben enthalten eine Naturschutzbestimmung zugunsten der Kantone, Strafbestimmungen, eine Bestimmung betreffend die Möglichkeit des Bundes zur Unterstützung von privatrechtlichen juristischen Personen mit dem Zweck, die Sicherheit der dem Gesetz unterstellten Risikoaktivitäten zu verbessern sowie Schlussbestimmungen.

⁸ SCHMID, PETER: Mit zu langem Seil in den Tod gesprungen / The victim's rope was too long, Berner Oberland News vom 15. Mai 2000, abrufbar unter <http://www.beo-news.ch/MAI2000/Jumpmo.htm>.

⁹ BBl 2007, 1500.

¹⁰ BBl 2007, 1527.

¹¹ BBl 2007, 1497.

¹² BBl 2007, 1537.

2.2 Anwendungsbereich des Entwurfs und Begriff der Risikoaktivität

Der Entwurf nennt in Art. 1 (Geltungsbereich) unter Abs. 1 das Führen und Begleiten von Personen in Fels-, Gletscher-, Bach- oder Flussgebieten sowie abseits markierter Pisten, wo ein erhöhtes Risiko durch Gefahren wie anschwellende Wassermassen, Stein- und Eisschlag oder Lawinen besteht oder wo mit Abstürzen oder mit Abrutschen zu rechnen ist. In Abs. 2 zählt der Entwurf konkret auf: die Tätigkeit als Bergführer oder Bergführerin, das Führen von Gästen abseits markierter Pisten durch Schneesportlehrer oder Schneesportlehrerinnen, Canyoning, River-Rafting, Bungee-Jumping. Im Bericht der Expertenkommission wird die Aufzählung als abschliessend empfohlen, da es sich um einen erheblichen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit handle¹³. Art. 2 des Entwurfs gibt dem Bundesrat die Kompetenz, weitere Aktivitäten dem Bundesgesetz zu unterstellen. Gemäss dem Bericht der Expertenkommission soll vermieden werden, dass der Geltungsbereich zu breit gefasst wird, da der Entwurf gerade nicht sämtliche Aktivitäten erfassen sollte, die gegebenenfalls risiko- oder gefahrenträchtig sein können, wie z.B. Schneesport allgemein, Tauchen, Segeln, Surfen oder Motorsport¹⁴.

Die Bestimmungen sollen nur für die Aktivitäten gelten, die im Entwurf unter Art. 1 Abs. 2 aufgeführt sind. Zudem gelten die Bestimmungen nur dann, wenn die Aktivitäten *gewerbsmässig* angeboten werden (Art. 1 Abs. 1). Unter den Begriff des Anbieters (im Sinne des Entwurfs) fällt damit jede Person, welche gewerbsmässig¹⁵ die Teilnahme an Risikoaktivitäten anbietet¹⁶.

Der Begriff „Risikoaktivität“ besteht im geltenden Recht (noch) nicht. Der Entwurf enthält keine Definition, ebenso wenig der Bericht der Expertenkommission. Der Bericht hält aber fest, dass es sich bei Risikoaktivitäten um Aktivitäten handelt, bei denen ein erhöhtes Risiko- oder Gefahrenpotential besteht, weil sie sich in Fels-, Gletscher-, Bach- oder Flussgebieten oder abseits von markierten Pisten abspielen, wo zum Bei-

¹³ BBI 2007, 1512 f.

¹⁴ BBI 2007, 1514.

¹⁵ Keine Rolle spielt, ob es sich um einen Haupterwerb oder nur um eine gelegentliche Erwerbstätigkeit handelt (BBI 2007, 1512).

¹⁶ Zum Begriff des „Veranstalters“ siehe ARTER/SCHWEIZER, 20 f. Siehe auch PHBSportR/SUMMERER, 4. Teil Rz. 51, zum deutschen Veranstalterbegriff und seiner Bedeutung im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten (z.B. Fernsehübertragungsrechten).

spiel mit anschwellenden Wassermassen oder mit Abrutschen oder Abstürzen zu rechnen ist oder wo die Gefahr von Stein- bzw. Eisschlag oder Lawinen besteht. Unerheblich sei dabei, ob es sich um eine Naturgefahr handelt oder ob die Gefahr von Menschenhand (z.B. Wasserüberlauf bei Kraftwerken) geschaffen wurde. In jedem Fall würden die Aktivitäten besondere Kenntnisse oder besondere Sicherheitsvorkehrungen verlangen¹⁷.

Die allgemeine Formulierung der Risikoaktivität unter Art. 1 Abs. 1 ist verwirrend, wenn zugleich in Art. 1 Abs. 2 die Risikoaktivitäten abschliessend aufgezählt werden.

Art. 1 Abs. 1 könnte jedoch herangezogen werden, wenn eine mit einer in Art. 1 Abs. 2 aufgezählten Risikoaktivität sehr verwandte Aktivität zu beurteilen ist, wie z.B. das „Snow-Rafting“¹⁸. Dies stünde aber im Gegensatz zur gewollten abschliessenden Aufzählung und im Gegensatz zum Gedanken, dass das Gesetz nicht sämtliche Aktivitäten erfassen will, die gegebenenfalls risiko- oder gefahrenträchtig sein können¹⁹.

2.3 Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortlichkeit

Für die zivilrechtliche Haftung sind der erste Abschnitt (Geltungsbereich des Entwurfs: Kommt das Gesetz überhaupt zur Anwendung?) und der zweite Abschnitt (Sorgfaltspflicht: Hat der Anbieter seine Sorgfaltspflicht verletzt?) massgebend. Ein neuer Haftungstatbestand wird durch das Gesetz aber nicht geschaffen, was bedeutet, dass weiterhin die Bestimmungen der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung des OR zur Anwendung gelangen.

Durch das Einführen einer Bewilligungspflicht für das gewerbsmässige Anbieten von Risikoaktivitäten (Art. 4) sollen Polizeigüter wie namentlich Leib und Leben präventiv vor den Gefahren und Risiken geschützt werden, die mit den vom Gesetz erfassten Aktivitäten verbunden sind²⁰. Nachdem sich ein Unfall aber ereignet hat, spielt die Bewilligung des Anbieters für die Frage nach seiner Haftung keine Rolle mehr. Wesentlich

¹⁷ BBI 2007, 1512.

¹⁸ „Snow-Rafting“ meint Schlaubootfahrten auf Skipisten und wird von der SUVA als absolutes Wagnis qualifiziert (siehe hinten Fussnote 165).

¹⁹ Siehe oben unter demselben Titel sowie BBI 2007, 1514.

²⁰ BBI 2007, 1514.

bleibt allein, ob der Anbieter seiner Sorgfaltspflicht genügend nachgekommen ist.

Betreffend die strafrechtliche Verantwortlichkeit enthält der Entwurf lediglich eine Bestimmung (Art. 15) für den Fall, dass Risikoaktivitäten ohne Bewilligung angeboten werden oder dass unrichtige Angaben gemacht werden, um die Bewilligung zu erhalten. Wird ein Teilnehmer²¹ verletzt, sind daher die Tatbestände nach dem StGB zu prüfen.

2.4 Sorgfaltspflicht nach Art. 3 des Entwurfs

Art. 3 Abs. 1 enthält eine allgemeine Umschreibung der Sorgfaltspflicht, welche ein Anbieter aufzuwenden hat. Der Anbieter muss alle Massnahmen treffen, „*die nach der Erfahrung erforderlich, nach dem Stand der Technik möglich und nach den gegebenen Verhältnissen angemessen sind, damit Leben und Gesundheit der Teilnehmerinnen und Teilnehmer nicht gefährdet werden*“²². Art. 3 Abs. 2 enthält eine nicht abschliessende²³ Aufzählung einzelner Pflichten des Anbieters²⁴. Die Umschreibung der Sicherheitsanforderungen orientiert sich an der Gerichtspraxis zum allgemeinen Gefahrensatz und zählt daher in Art. 3 Abs. 2 eine ganze Reihe von konkreten Pflichten auf, die in der Praxis zum Gefahrensatz entwickelt worden sind. Der Gefahrensatz ist eine Rechtsfigur aus dem Haftpflichtrecht²⁵, der besagt, dass immer dort eine Pflicht zum Ergreifen von Schutzmassnahmen besteht, wo ein gefährlicher Zustand geschaffen oder unterhalten wird²⁶. Einfaches Anwendungsbeispiel ist die Verkehrssicherungspflicht einer Skipiste als eine vertragliche Schuld- und Nebenpflicht²⁷. Bei den im Expertenbericht zitierten Bundesgerichtsentscheiden handelt es sich im Übrigen nicht um Zivil-, sondern um Strafrechtsentscheide²⁸, was bestätigt, dass der Gefahrensatz sowohl im Zivilrecht wie auch im Strafrecht anzuwenden ist²⁹.

²¹ Vorliegend wird jede Person als Teilnehmer betrachtet, die sich in irgendeiner Art und Weise aktiv an der Risikoaktivität beteiligt (siehe ARTER, 46).

²² BBI 2007, 1528.

²³ „insbesondere“ (BBI 2007, 1528).

²⁴ BBI 2007, 1528.

²⁵ Der Gefahrensatz kommt bei der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung zur Anwendung (siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 2797 und REY, Rz. 756a).

²⁶ Etwa REY, Rz. 753; BasK-SCHNYDER, N 18 zu Art. 41 OR.

²⁷ BK-BREHM, N 51a zu Art. 41 OR.

²⁸ BBI 2007, 1514 mit Hinweis auf BGE 129 IV 119 = Pra 2003, Nr. 165 (Schlauchbootunfall im Wallis; Verletzung der Sorgfaltspflicht eines Sportorganisations der

Im Entwurf fliesst der Gefahrensatz in die Formulierung der Sorgfaltspflicht ein. Die daraus resultierenden einzelnen und in Art. 3 Abs. 2 aufgeführten Sorgfaltspflichten sollen aber nicht zu unerfüllbaren Anforderungen heranwachsen³⁰.

2.5 Tritt das Gesetz je in Kraft?

Der Bundesrat beantragte dem Parlament in seiner Stellungnahme vom 14. Februar 2007, auf die Gesetzesvorlage nicht einzutreten, mit der Begründung, zusammengefasst, dass die bestehenden bundesrechtlichen Vorschriften im Straf- und Zivilrecht bereits ausreichende Sorgfaltspflichten enthalten. Es bestünden zudem rechtliche Grundlagen auf kantonaler Ebene, eine Selbstregulierung der Branchenverbände und z.B. für Schneesportlehrer und Schneesportlehrerinnen ein eidgenössischer Fachausweis³¹.

Der Nationalrat indes votierte für das Gesetz, sandte den Entwurf aber zur Überarbeitung an die Expertenkommission zurück. Anschliessend wird der Entwurf wieder zur materiellen Beratung in den Nationalrat gelangen³².

3. Zwischenergebnis

Im Hinblick auf die zivilrechtliche Haftung und die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Anbieters bei Verletzungen von Teilnehmern ergeben sich aus dem Entwurf weder neue Haftungs- noch Straftatbestände. Die diesbezüglich geltende gesetzliche Regelung bliebe auch nach dem Inkrafttreten des Entwurfs unverändert.

Da der Entwurf aber für Fragen der Haftpflicht und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zugleich als eine Bestandesaufnahme des geltenden

sportliche Leiter empfiehlt, die nicht über die notwendigen Bewilligungen verfügen); Pra 1996, Nr. 212 (Nichtanseilen einer Gruppe von Berggängern bei Begehung eines Gletschers bei Neuschnee ist eine Sorgfaltspflichtverletzung); BGE 118 IV 130 (unsorgfältige Routenwahl eines Bergführers bei Lawinengefahr im Engadin).

²⁹ In BGE 121 IV 10 E. 3a wird der Gefahrensatz als „allgemeiner Rechtsgrundsatz“ bezeichnet. Siehe auch den Verweis bei REY, Rz. 756a.

³⁰ BBI 2007, 1514.

³¹ BBI 2007, 1539.

³² „Der Bund soll riskante Sportarten regeln“, NZZ vom 13.6.2007, 16.

Rechts betrachtet werden kann, ist nachfolgend die geltende Rechtslage bei Unfällen anlässlich von Risikoaktivitäten vor dem Hintergrund des Entwurfs genauer zu untersuchen.

4. Schaden, Genugtuung und Berechnung

Die Haftung für Sportunfälle ist grundsätzlich den rechtlichen Normen der Verschuldenshaftung unterworfen³³. Das bedeutet, dass bei einer Sportverletzung dieselben Haftpflichtvoraussetzungen erfüllt sein müssen wie bei einer Verletzung, die keinen Zusammenhang zu einer Sportart aufweist. Es spielt daher keine Rolle, ob man Risikoaktivitäten als Sportarten bezeichnet³⁴. Wird ein Teilnehmer bei der Ausübung einer Risikoaktivität verletzt, richten sich der Schaden und seine Berechnung nach Art. 46 OR, unabhängig davon, ob sich der Haftpflichtanspruch auf einen Vertrag stützt oder nicht (Art. 99 Abs. 3 OR)³⁵. Stirbt der Teilnehmer, richten sich Schaden und Schadensberechnung nach Art. 45 OR³⁶. Zusammengefasst ist beim Personenschaden Ersatz für die wirtschaftlichen Nachteile zu leisten, welche die Verletzung oder die Tötung eines Menschen nach sich ziehen³⁷.

4.1 Körperverletzung

Bei Körperverletzung fallen als Schaden gemäss Art. 46 OR in Betracht: Erwerbsausfall, Haushaltschaden, Heilungskosten, Rentenschaden, Pflege- und Betreuungsschaden³⁸. Für den Erwerbsausfall ist zwischen vorübergehender und dauernder Arbeitsunfähigkeit zu unterscheiden. Ist die Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt des Urteils bereits behoben, lässt sich der Erwerbsausfall konkret berechnen und ergibt sich aus der Differenz zwi-

³³ BK-BREHM, N 221 zu Art. 41.

³⁴ Bei Sportverletzungen wird jedoch der Verschuldensmassstab verschieden angelegt, was bedeutet, dass ein Verschulden nur dann vorliegt, wenn der Verletzte vernünftigerweise ein solches Verhalten des Fehlbaren nicht hätte erwarten müssen (BK-BREHM, N 221 zu Art. 41 OR; siehe auch ROBERTO, Rz. 92).

³⁵ BasK-SCHNYDER, N 1 zu Art. 46 OR; ROBERTO, Rz. 640.

³⁶ BasK-SCHNYDER, N 1 zu Art. 45 OR; der Haftpflichtanspruch steht den Erben zu bzw. sogenannten Reflexgeschädigten nach Abs. 3 („Versorgerschaden“, dazu BasK-SCHNYDER, N 7 ff. zu Art. 45 OR und hinten unter „4.2 Tod eines Teilnehmers“).

³⁷ BK-BREHM, N 76 zu Art. 41 OR; BasK-SCHNYDER, N 11 zu Art. 41 OR.

³⁸ REY, Rz. 229 ff.; SCHAETZLE, Rz. 9.27 ff.

schen dem Einkommen, das der Verletzte erzielt hätte, und dem tatsächlich erzielten Einkommen³⁹. Ist im Urteilszeitpunkt die Arbeitsunfähigkeit noch nicht behoben, muss zusätzlich der künftige Schaden berechnet werden, analog zur Schadensberechnung bei dauernder Arbeitsunfähigkeit. Dabei ergibt sich der Erwerbsausfall aus der Differenz zwischen dem Valideneinkommen (was der Verletzte ohne Unfall verdient hätte) und dem Invalideneinkommen, das er bis zum Zeitpunkt des Urteils erzielt hat und zumutbarerweise noch erzielen wird⁴⁰. Da der künftige Schaden aber noch nicht eingetreten ist, ist im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und damit auf statistische Erfahrungswerte abzustellen⁴¹.

Für die Berechnung des Haushaltsschadens ist massgebend, ob sich die Gesundheitsbeeinträchtigung des Verletzten auf die Haushaltsführung auswirkt⁴². Ist dies zu bejahen, muss der Haushaltsschaden auch dann ersetzt werden, wenn keine tatsächliche Vermögenseinbusse entsteht⁴³. Muss eine Haushaltshilfe angestellt werden, so ist ihr Bruttolohn der Haushaltsschaden⁴⁴.

Der Rentenschaden (der praktisch nur bei Invalidität Bedeutung erlangt) meint die kleinere Rentenleistung, die ihrerseits durch die reduzierte Leistung des verletzten Erwerbstätigen und dem dadurch bewirkten kleineren Lohn verursacht wird⁴⁵. Der Rentenschaden beginnt demzufolge mit dem Eintritt in das Rentenalter und besteht in der Einbusse von Altersrenten, welche durch die Einkommensverminderung des Verletzten ausgelöst wird⁴⁶.

Unter Pflege- und Betreuungsschaden wird der Schaden verstanden, den eine Person dadurch erleidet, dass sie nicht mehr für sich selbst sorgen kann und damit auf die Betreuung Dritter angewiesen ist, wobei diese

³⁹ REY, Rz. 236; dies entspricht der Differenztheorie (siehe etwa KOLLER, § 48 Rz. 57); ROBERTO, Rz. 657: „konkrete Verhältnisse“.

⁴⁰ SCHAETZLE, Rz. 9.29; zum Problem beim Verlust eines paarigen Organs ROBERTO, Rz. 666; BK-BREHM, N 101 ff. zu Art. 46 OR.

⁴¹ SCHAETZLE, Rz. 9.44 f.; BK-BREHM, N 51a zu Art. 46 OR.

⁴² SCHAETZLE, Rz. 9.34.

⁴³ Pra 1995, Nr. 172. Es handelt sich beim Haushaltsschaden somit um einen normativen Schaden (REY, Rz. 305).

⁴⁴ SCHAETZLE, Rz. 9.35. Der Stundenaufwand kann im Einzelfall festgesetzt werden (REY, Rz. 271). Ein Stundenlohn von CHF 25 stellt dabei die untere Grenze dar, wobei den kantonalen Gerichten ein grosser Ermessensspielraum zukommt (REY, Rz. 271a mit Hinweisen; siehe ausführlich dazu ZR 2003, Nr. 36).

⁴⁵ BK-BREHM, N 108 zu Art. 46 OR; REY, Rz. 260.

⁴⁶ BGE 126 III 41 E. 3; BGE 113 II 345 E. 1b/aa.

Betreuung durch Angehörige übernommen wird⁴⁷. Die Schadenshöhe wird normativ festgelegt, auch wenn ein Angehöriger den wirtschaftlichen und entschädigungspflichtigen Dienst unentgeltlich und demnach im Rahmen einer Schenkung erbringt⁴⁸.

4.2 Tod eines Teilnehmers

Stirbt der Teilnehmer bei einem Unfall, so geht der Haftpflichtanspruch für die Todesfallkosten auf die Erben über⁴⁹. Er umfasst gemäss Art. 45 Abs. 1 OR die durch die Tötung entstandenen Kosten. Darunter fällt neben den im Gesetz erwähnten Bestattungskosten sowie den Kosten für die versuchte Heilung und die Nachteile der Arbeitsunfähigkeit nach Art. 45 Abs. 2 OR insbesondere der Versorgerschaden, den nach Art. 45 Abs. 3 OR jene Personen einklagen können, welche durch die Tötung ihres Versorgers einen Schaden erlitten haben⁵⁰. Als Versorger wird eine Person dann qualifiziert, wenn sie eine andere Person regelmässig unterstützt hat, um ihre Existenz mindestens teilweise sicherzustellen. Dabei ist nicht massgebend, ob den Versorger eine gesetzliche oder vertragliche Unterstützungspflicht getroffen hat, sondern vielmehr ist allein auf die tatsächlich geleistete Unterstützung abzustellen⁵¹. Für die Berechnung des Versorgerschadens ist die mutmassliche Höhe und Dauer der Unterstützungsleistungen (die der Versorger erbracht hätte, wenn er noch leben würde) nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu schätzen⁵².

⁴⁷ KOLLER, § 49 Rz. 14. Die psychisch und physisch sehr anstrengende Betreuung eines Schwerverletzten durch Angehörige fällt nicht mehr unter die zumutbare Betreuung gemäss Art. 163 bzw. 276 ZGB (BGE 4C.412/1998 [23.06.1999] E. 3; auszugsweise abgedruckt in Pra 1999, Nr. 171: Es ging um eine vom kantonalen Gericht nach Art. 42 Abs. 2 OR vorgenommene Schätzung des Werts der Betreuungsleistung [E. 3]).

⁴⁸ BK-BREHM, N 14g ff. zu Art. 46.

⁴⁹ BK-BREHM, N 21 zu Art. 45 OR; BasK-SCHNYDER, N 1 und N 4 zu Art. 45 OR.

⁵⁰ Der Schadenersatzanspruch entsteht bei den Personen, die ihren Versorger verloren haben, direkt (BasK-SCHNYDER, N 7 zu Art. 45; ROBERTO, Rz. 106).

⁵¹ Detailliert REY, Rz. 288 ff.

⁵² Detailliert REY, Rz. 292 ff., betreffend die Höhe Rz. 294 ff., betreffend die Dauer Rz. 300 ff. Der Ersatz für den Versorgerschaden wird meist in einer einmaligen Kapitalsumme ausbezahlt und nicht in einer Rente (REY, Rz. 304). Illustrativ zur Berechnung des Versorgerschadens eines Jugendlichen, dessen Studiendauer noch ungewiss ist: BGE 65 II 250 E. 3a und b. Zur Anrechnung einer Erbschaft auf den Versorgerschaden: SCHWENZER, Rz. 15.19.

Da es vielfach jüngere Menschen sind, die an einer Risikoaktivität teilnehmen und die (noch) niemanden zu versorgen haben, kann die Schadenssumme bei der Tötung eines Teilnehmers viel geringer ausfallen als bei einer Verletzung.

4.3 Genugtuung

Nach Art. 47 OR⁵³ kann der Richter bei der Tötung eines Menschen oder bei einer Körperverletzung dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen. Der Zweck der Genugtuungssumme besteht darin, dass durch eine schadenersatzunabhängige Summe ein gewisser Ausgleich geschaffen wird für den erlittenen physischen und/oder seelischen Schmerz⁵⁴. Dem Genugtuungsgedanken steht entgegen, „dass seelisches Leid durch Geld überhaupt nicht aufgewogen werden kann.“⁵⁵. Dennoch handelt es sich bei einer Genugtuungssumme wahrscheinlich um das am ehesten geeignete Ausgleichsmittel für einem anderen zugefügtes Leid. Bei einer Körperverletzung ist eine Genugtuung jedenfalls dann zuzusprechen, wenn der Verletzte unter starken Schmerzen leidet oder wenn er infolge der Verletzungen längere Zeit im Spital verbringen oder sich mehreren Operationen unterziehen muss⁵⁶. Die Voraussetzung für die Zahlung einer Genugtuung sind entweder eine Verletzung⁵⁷ oder ein seelischer Schmerz, wobei der Schmerz „bedeutend“ sein muss⁵⁸. Bei einer Tötung ist den Angehörigen, zu denen der Getötete enge familiäre Beziehungen unterhielt, eine angemessene Genugtuung zuzusprechen⁵⁹. Die Frage, was angemessen ist,

⁵³ Der sowohl innerhalb wie auch ausserhalb des ausservertraglichen Haftpflichtrechts zur Anwendung gelangt (BK-BREHM, N 16 zu Art. 47).

⁵⁴ BK-BREHM, N 9 zu Art. 47; ROBERTO, Rz. 910.

⁵⁵ BGE 65 II 250 E. 4. Nach Art. 47 OR ist nur eine Geldsumme als Genugtuung möglich (SIDLER, Rz. 10.39).

⁵⁶ REY, Rz. 456; ROBERTO, Rz. 915.

⁵⁷ Im Zusammenhang mit Verletzungen bei Risikoaktivitäten weniger im Vordergrund, aber ebenfalls genugtuungsauslösend kann eine Krankheit sein (z.B. eine Lebensmittelvergiftung durch verdorbene Esswaren in einem Gastronomiebetrieb oder auch die Ansteckung mit dem HIV-Virus) (BK-BREHM, N 13a zu Art. 47 OR).

⁵⁸ BK-BREHM, N 14a zu Art. 47.

⁵⁹ REY, Rz. 457; ROBERTO, Rz. 916. Entscheidendes Bemessungskriterium der Genugtuung ist die Intensität der durch den Tod zerstörten Beziehung (SIDLER, Rz. 10.64).

muss nach dem Einzelfall beantwortet werden. Der angemessene Betrag lässt sich nicht errechnen, sondern bloss abschätzen⁶⁰.

5. Ansprüche des Teilnehmers aus Vertrag

Schreibt sich ein Teilnehmer bei einem Anbieter für einen Bungee-Jump, eine River-Rafting- oder eine Canyoning-Tour ein, oder meldet er sich mündlich an⁶¹, und nimmt der Anbieter die Anmeldung entgegen, kommt zwischen dem Anbieter und dem Teilnehmer ein Vertrag zustande. Die Vertragsparteien sind der Anbieter, welcher die Risikoaktivität „anbietet“, und der Teilnehmer, welcher die Risikoaktivität ausüben will.

Dabei kann es sich beim Anbieter um eine natürliche Person handeln, welche zugleich den Teilnehmer selbst begleitet, oder um eine juristische Person, die dem Teilnehmer eine Begleitperson (Hilfsperson) zur Verfügung stellt. Die Begleitperson ihrerseits steht mit dem Anbieter in einem Vertragsverhältnis, meist in einem Arbeitsvertragsverhältnis.

Wird ein Teilnehmer beim Ausüben einer Risikoaktivität verletzt, so steht ein vertraglicher Anspruch des Teilnehmers gegen den Anbieter im Vordergrund. Vorab stellt sich die Frage, um was für einen Vertrag es sich dabei handelt.

Unter der Annahme, dass Schweizer Recht anwendbar ist⁶², spielt es für die Qualifikation des Vertrags keine Rolle, ob es sich um einen Vertrag über die Teilnahme an einer Bergtour, an einem Canyoning, River-Rafting oder Bungee-Jumping handelt. In allen Fällen bietet der Anbieter ein Ereignis an, das von ihm organisiert wird. Der Anbieter stellt im Normalfall auch die Ausrüstung zur Verfügung (z.B. unter anderem das Gummiseil beim Bungee-Jumping), was aber nicht notwendigerweise der Fall

⁶⁰ Z.B. BGE 112 II 131 E. 2; BGE 123 III 306 E. 9b = Pra 1997, Nr. 170 E. 9b; BGE 6S.232/2003 (17.05.2004) E. 2.1 = Pra 2004, Nr. 144 E. 2.1; BGE 104 II 259 E. 5 = Pra 1979, Nr. 73 E. 5. Siehe SIDLER, Rz. 10.41 ff. und die Beispiele bei ROBERTO, Rz. 927 f.

⁶¹ Es sind keine Formerfordernisse zu beachten.

⁶² Auf den meisten Vertragsdokumenten von Anbietern in der Schweiz werden sich Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln finden. Gerichtsstandsklauseln sind nur gültig, wenn der Vertrag nicht als Konsumentenvertrag nach Art. 22 Abs. 2 GestG qualifiziert wird. Fraglich kann vor allem sein, ob ein Vertrag über das Anbieten einer Risikoaktivität, z.B. eine River-Rafting-Tour, eine Leistung des *üblichen Verbrauchs* darstellt (dazu GestG-GROSS, N 124 und N 163 zu Art. 22).

ist (z.B. wird der Teilnehmer auf den meisten Bergtouren seine Ausrüstung zumindest grösstenteils selbst mitbringen)⁶³.

Der Vertrag über das Anbieten einer Risikoaktivität kann mit einem Sportlehrervertrag verglichen werden, gestützt auf welchen der Sportlehrer dem Sportschüler eine bestimmte sportliche Technik und Taktik vermitteln und ihn vor jeweiligen Gefahrensituationen schützen soll. Der Sportlehrervertrag wird betreffend das Tätigwerden des Sportlehrers als Auftrag qualifiziert⁶⁴, ebenso ein Vertrag über in Gruppen geführte Ski- und Snowboardtouren⁶⁵. Die auftragsrechtlichen Normen stehen daher auch beim Vertrag über die Teilnahme an einer Risikoaktivität im Vordergrund.

Der Anspruch des Teilnehmers (oder seiner Angehörigen) gegen den Anbieter basiert somit auf Art. 398 OR, welcher auf die Sorgfaltspflicht des Beauftragten abstützt⁶⁶. Kämen die auftragsrechtlichen Bestimmungen nicht zur Anwendung, stützte sich der Anspruch gegen den Anbieter insbesondere auf Art. 97 OR.

Die Haftpflichtvoraussetzungen sind: Schaden, Kausalzusammenhang, Rechtswidrigkeit und Verschulden⁶⁷. Wird ein Teilnehmer beim Ausüben einer Risikoaktivität verletzt, liegt grundsätzlich eine Schlechterfüllung des Vertrags seitens des Anbieters vor, es sei denn, der Teilnehmer habe seine Verletzung selbst verursacht, womit es am Kausalzusammenhang fehlte⁶⁸. Bei Dienstleistungsverträgen besteht die Schlechterfüllung meist in einem Sorgfaltsverstoss⁶⁹, was die Rechtswidrigkeit begründet⁷⁰. Das Verschulden wird bei der Schlechterfüllung eines Vertrags nach Art. 97 Abs. 1 OR vermutet. Die Unterscheidung zwischen der Rechtswidrigkeit und dem Verschulden kann zuweilen Schwierigkeiten bereiten. Das Bundesgericht hielt im Zusammenhang mit der Haftung eines Arztes fest, dass der Eintritt einer Verletzung die tatsächliche Vermutung begründet, dass

⁶³ Z.B. können beim Canyoning mietrechtliche Elemente vorhanden sein, da der Anbieter den Teilnehmern Helm und Schwimmweste für die Dauer der Aktivität überlässt. Ist eine Verletzung auf mangelhaftes Material zurückzuführen, können die mietrechtlichen Bestimmungen anwendbar sein (Art. 259e OR, analog zu Art. 97 OR [siehe BasK-WEBER, N 1 zu Art. 259e OR]).

⁶⁴ PHBSportR/SUMMERER, 3. Teil Rz. 54a.

⁶⁵ STIFFLER, Rz. 13.31.

⁶⁶ BasK-WEBER, N 24 ff. zu Art. 398 OR.

⁶⁷ Etwa ROBERTO, Rz. 39 f.; SCHWENZER, Rz. 50.01.

⁶⁸ Dazu hinten unter „8. Einwilligung des Verletzten, Selbstverschulden und Handeln auf eigene Gefahr“.

⁶⁹ BasK-WIEGAND, N 31 zu Art. 97 OR.

⁷⁰ ROBERTO, Rz. 40; SCHWENZER, Rz. 50.04.

nicht alle gebotenen Vorkehren getroffen worden sind und somit eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt⁷¹.

Vom Geschädigten somit zu beweisen sind neben dem Schaden und der Kausalität die Vertragsverletzung⁷², welche bei Dienstleistungsverträgen mit dem Nachweis des Sorgfaltsverstosses erbracht wird⁷³. Wird also ein Teilnehmer bei der Durchführung der Risikoaktivität verletzt, haftet der Anbieter dann, wenn er die Risikoaktivität nicht sorgfältig genug durchgeführt hat⁷⁴. Gelingt dieser Nachweis, ist die Möglichkeit der Exkulpation des Schuldners kaum mehr möglich⁷⁵, was bewirkt, dass der Anbieter nur dann nicht haftet, wenn es sich um einen Zufall oder um Drittverschulden handelt⁷⁶ (wobei dann auch der Beweis des Teilnehmers bzw. seiner Angehörigen betreffend die Sorgfaltspflichtverletzung kaum gelungen wäre).

Betreffend den geforderten Kausalzusammenhang ist zwischen dem natürlichen und dem adäquaten Kausalzusammenhang zu unterscheiden. Der natürliche Kausalzusammenhang betrifft die Beziehung zwischen Schadensursache(n) und dem tatsächlichen Schaden, wobei zu seiner Feststellung die „conditio-sine-qua-non“-Formel verwendet wird⁷⁷. Ein natürlicher Kausalzusammenhang ist dann adäquat im Sinne der Haftungsvoraussetzung, wenn die betreffende Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Tatsache allgemein begünstigt erscheint⁷⁸. Der vom Gläubiger zu beweisende Kausalzusammenhang wird kaum je unklar sein, wenn sich der Teilnehmer während des Ausübens der Risikoaktivität verletzt oder er stirbt.

Geht der Gläubiger gestützt auf Art. 398 OR vor, müssen ebenfalls ein Schaden sowie eine Sorgfaltspflichtwidrigkeit vorliegen und ein Kausalzusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Scha-

⁷¹ BGE 120 II 248 E. 2c.

⁷² BasK-WIEGAND, N 60 zu Art. 97 OR; die Schadensermittlung bereitet bei Hobbysportlern kaum spezifische Schwierigkeiten, anders bei Berufssportlern (STIFFLER, Rz. 13.77 f.).

⁷³ BasK-WIEGAND, N 62 zu Art. 97 OR.

⁷⁴ Zur Sorgfaltspflichtverletzung siehe hinten unter „7. Sorgfaltspflicht des Anbieters“.

⁷⁵ BasK-WIEGAND, N 43 zu Art. 97 OR.

⁷⁶ Siehe BasK-WIEGAND, N 42 zu Art. 97 OR.

⁷⁷ Statt aller REY, Rz. 518: Es wird danach gefragt, ob der Schaden auch eingetreten wäre, wenn sich der betreffende Umstand nicht verwirklicht hätte. Siehe BGE 123 III 110 E. 3a: „naturwissenschaftlicher Ursachenbegriff“.

⁷⁸ Statt aller REY, Rz. 525 mit Nachweisen.

denseintritt gegeben sein⁷⁹. Das Verschulden wird beim Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung wie bei Art. 97 OR vermutet⁸⁰.

Zusammengefasst ergeben sich dieselben Haftungsvoraussetzungen unabhängig davon, ob sich der Anspruch auf Art. 97 OR oder Art. 398 OR abstützt. Die Qualifikation eines Vertrags über das Anbieten von Risikoaktivitäten spielt für Haftungsfragen somit kaum je eine Rolle.

Ist der Anbieter beim Ausüben der Risikoaktivität selbst nicht dabei, z.B. weil der Anbieter eine juristische Person ist, und ist ein Tourenführer für das Ausüben der Risikoaktivität verantwortlich, so gilt der Tourenführer als Hilfsperson des Anbieters, und vertragliche Ansprüche gegen den Anbieter richten sich nach Art. 101 OR⁸¹. Der in diesem Zusammenhang entwickelte Begriff der „hypothetischen Vorwerfbarkeit“⁸², wonach zu prüfen ist, ob die Handlung der Hilfsperson dem Schuldner auch dann vorzuwerfen wäre, wenn der Schuldner sie selbst vorgenommen hätte, bleibt im Zusammenhang mit Risikoaktivitäten m.E. unbeachtlich, da der Teilnehmer erwarten kann, dass der Anbieter entweder selber über die nötige Sachkunde verfügt oder er eine sachkundige Hilfsperson schickt⁸³.

Eine Wegbedingung der Haftung im Rahmen des zwingenden Art. 100 OR⁸⁴ ist nach herrschender Lehre auch bei der Anwendbarkeit von Art. 398 OR möglich⁸⁵. In der Lehre wird aber die Meinung vertreten, dass die Haftung für Körperschäden nicht ausgeschlossen werden kann, mit der Begründung, die körperliche Integrität stelle ein so hohes Rechtsgut dar, dass jeder Haftungsausschluss nach Art. 20 Abs. 1 OR sittenwidrig und damit nichtig ist⁸⁶. Dasselbe gilt auch für den Tod, da einerseits

⁷⁹ BasK-WEBER, N 30 zu Art. 398 OR.

⁸⁰ BGE 4C.186/1999 (18.07.2000) E. 3; BGE 120 II 248.

⁸¹ Leicht abweichend die Regelung des Art. 399 Abs. 2 OR, wonach der Beauftragte (der Anbieter) bei befugter Substitution bloss für gehörige Sorgfalt in Auswahl und Instruktion haftet (BGE 112 II 347 E. 2a); dazu auch BUCHER, 352.

⁸² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 2884.

⁸³ Siehe BasK-WIEGAND, N 14 zu Art. 101 OR.

⁸⁴ BK-WEBER, N 61 zu Art. 100 OR.

⁸⁵ Explizit offengelassen in BGE 124 III 155 E. 3c. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 2839; BasK-WEBER, N 35 zu Art. 398 OR; HONSELL, 320. A.M. BasK-WIEGAND, N 6 zu Art. 100 OR.

⁸⁶ SCHWENZER, Rz. 24.14 mit Nachweisen. Siehe auch Art. 57 Vorentwurf Haftpflichtrecht: „Vereinbarungen, welche die Haftung bei Tötung oder bei Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person oder bei Einwirkung auf die Umwelt wegbedingen oder beschränken, sind nichtig.“ und Kurzkommentar des Bundesamtes für Justiz zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts vom 9. Oktober 2000, 27.

niemand rechtsgültig in seinen eigenen Tod einwilligen⁸⁷ und die Haftung daher nicht rechtsgültig ausschliessen kann, und zudem der massgebende Haftpflichtanspruch bei den Erben entsteht⁸⁸. Die Unterzeichnung eines sogenannten „Waivers“ hat folglich im Hinblick auf Körperschäden und Tod keine Gültigkeit⁸⁹.

Anders verhält es sich betreffend Sachschäden⁹⁰: Gemäss Art. 100 OR kann die Haftung für leichte Fahrlässigkeit⁹¹ wegbedungen werden. Dabei ist zu beachten, dass die Haftungsbeschränkung (insbesondere in einem Waiver) so deutlich sein muss, dass der unterzeichnende Teilnehmer sie nicht übersehen kann⁹². Ein allgemeingültiges Abgrenzungskriterium zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit gibt es überdies nicht, da die Beurteilung des objektiv geforderten Durchschnittsverhaltens von den gegebenen Umständen des Einzelfalls abhängt, und der Richter über einen weiten Ermessensspielraum verfügt⁹³. Grob fahrlässig handelt, wer gegen die elementarsten Vorsichtsgebote verstösst, deren Beachtung jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen hätte einleuchten müssen⁹⁴. M.a.W. muss die verkehrübliche Sorgfaltspflicht besonders erheblich verletzt werden⁹⁵. Im Gegensatz dazu ist leichte Fahrlässigkeit eine geringfügige Unvorsichtigkeit, eine augenblickliche Unachtsamkeit oder eine kleine Fehlüberlegung, und die dadurch bewirkte Schadenszufügung nur leicht vorwerfbar⁹⁶.

Betreffend die Haftung für Hilfspersonen kann der Anbieter seine Haftung gemäss Art. 101 Abs. 2 OR⁹⁷ sogar ganz ausschliessen⁹⁸. Bezüglich

⁸⁷ ROBERTO, Rz. 90.

⁸⁸ Art. 45 Abs. 3 OR.

⁸⁹ Somit auch nicht betreffend leichte Fahrlässigkeit. Dem entspricht die Überlegung, dass der Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit nichtig ist, wenn sie der Natur des Geschäfts widerspricht (BUCHER, 348, Fussnote 77; BasK-WIEGAND, N 6 zu Art. 100 OR; SCHWENZER, Rz. 24.07).

⁹⁰ Schäden an Material des Teilnehmers wie Ausrüstung, Kleider, Sehhilfen etc.

⁹¹ Worunter „leichtes Verschulden“ zu verstehen ist (vgl. BUCHER, 347). Zulässig ist die Wegbedingung der Haftung auch für mittlere Fahrlässigkeit (BGE 4C.411/1999 [04.02.2000] E. 2b [italienisch]).

⁹² BK-WEBER, N 78 zu Art. 100; SCHWENZER, Rz. 24.02.

⁹³ BK-WEBER, N 98 zu Art. 100 OR.

⁹⁴ BK-BREHM, N 197 zu Art. 41 OR; REY, Rz. 857; BasK-SCHNYDER, N 49 zu Art. 41 OR; TRECHSEL, Komm., N 23 zu Art. 18 StGB mit dem Hinweis, dass der Begriff im Strafrecht keine Bedeutung hat.

⁹⁵ BK-WEBER, N 95 zu Art. 100 OR.

⁹⁶ BK-WEBER, N 96 zu Art. 100 OR.

⁹⁷ Im Gegensatz zu Art. 100 OR ist Art. 101 OR dispositives Recht (BK-WEBER, N 38 zu Art. 101 OR), mit Ausnahme von Abs. 3 (BK-WEBER, N 169 zu Art. 101 OR).

Risikoaktivitäten äussern sich weder der Entwurf noch der Bericht der Expertenkommission dazu, ob und wie weit Haftungsausschlüsse möglich sein sollen. Tritt der Entwurf in Kraft, und damit die Bewilligungspflicht⁹⁹, kann man sich vor dem Hintergrund der extensiven Auslegung des Begriffs „obligatorisch konzessioniertes Gewerbe“¹⁰⁰ überdies fragen, ob das Anbieten von Risikoaktivitäten nicht bereits darunter fällt, so dass ein Ausschluss der Haftung für leichtes Verschulden nicht mehr möglich ist¹⁰¹. In jedem Fall aber gelten ohnehin erhöhte Sorgfaltsanforderungen für Berufsbetriebe, in denen staatliche Befähigungsausweise abgegeben werden¹⁰².

Die Wegbedingung der Haftung bezieht sich nach der herrschenden Lehre in jedem Fall aber nur auf die vertragliche Haftung des Geschäftsherrn (des Anbieters) für die Hilfsperson, nicht auf die ausservertragliche Haftung der Hilfsperson selbst¹⁰³.

6. Ansprüche des Teilnehmers aus Delikt

Wird ein Teilnehmer beim Ausüben einer Risikoaktivität verletzt, kann er (neben einem vertraglichen Anspruch) auch einen Anspruch gestützt auf Art. 41 OR gegen den Anbieter geltend machen¹⁰⁴. War beim Ausüben der Risikoaktivität eine Begleitperson anwesend (z.B. ein Tourführer), kann der Teilnehmer diese Begleitperson direkt gestützt auf Art. 41 OR ebenfalls ins Recht fassen.

Ist der Teilnehmer der Auffassung, dass die Begleitperson für den Schaden verantwortlich ist, so stützt sich der ausservertragliche Anspruch gegen den Anbieter auf Art. 55 OR. Zwischen Ansprüchen nach Art. 55 OR und Ansprüchen nach Art. 101 OR besteht Anspruchskonkurrenz¹⁰⁵.

Die Voraussetzungen der Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR sind Schaden und Kausalzusammenhang (gleich wie bei der vertraglichen Haftung).

⁹⁸ SCHWENZER, Rz. 24.05; BUCHER, 351.

⁹⁹ Art. 4 des Entwurfs (BBI 2007, 1529).

¹⁰⁰ Art. 100 Abs. 2, Art. 101 Abs. 3 OR.

¹⁰¹ BK-WEBER, N 171 und N 173 zu Art. 101 OR.

¹⁰² BK-WEBER, N 116 ff. zu Art. 99 OR.

¹⁰³ BasK-WIEGAND, N 16 zu Art. 101 OR; BK-WEBER, N 167 zu Art. 101 OR.

¹⁰⁴ Es liegt Anspruchskonkurrenz vor (BasK-WIEGAND, N 15 zu Einl. zu Art. 97–109 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 2927 ff.; BasK-WEBER, N 30 zu Art. 398 OR).

Siehe die Gegenüberstellung bei BUCHER, 326.

¹⁰⁵ BasK-SCHNYDER, N 4 zu Art. 55 OR; ROBERTO, Rz. 337.

Unter beiden Bestimmungen muss das Verhalten des Haftpflichtigen ausserdem schuldhaft und widerrechtlich gewesen sein¹⁰⁶. Im Unterschied zur vertraglichen Haftung wird das Verschulden des Haftpflichtigen aber nicht vermutet und hat daher als Haftpflichtvoraussetzung vom Geschädigten bewiesen zu werden. Kein Verschulden nachzuweisen hat der Geschädigte bei einer Haftung nach Art. 55 OR, da es sich um eine Kausalhaftung handelt¹⁰⁷.

Der Schaden wie auch der Kausalzusammenhang werden bei einer Verletzung oder Tötung eines Teilnehmers analog zu den Ausführungen zum vertraglichen Anspruch stets vorliegen, es sei denn, der Teilnehmer habe den Unfall selbst herbeigeführt. Die Widerrechtlichkeit ist im ausservertraglichen Haftpflichtrecht durch die Verletzung oder Tötung des Teilnehmers gegeben, da ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt wurde¹⁰⁸.

Das Verschulden nach Art. 41 Abs. 1 OR ist gegeben bei Vorsatz oder bei (grober oder leichter) Fahrlässigkeit¹⁰⁹. Bei Unfällen bei Risikoaktivitäten wird die Frage nach der Fahrlässigkeit im Vordergrund stehen. Die Fahrlässigkeit ist ein objektiv zu messender Mangel an Sorgfalt, wobei auf eine objektivisierte geforderte Sorgfalt abgestellt wird, die unter den gegebenen Umständen erwartet werden kann und muss¹¹⁰. Somit ist auch für die ausservertragliche Haftpflicht auf die Sorgfaltspflichtverletzung abzustellen. Im Gegensatz zu der vertraglichen Haftung gehört die Frage nach der Sorgfaltspflichtverletzung aber nicht zur Widerrechtlichkeit, sondern zum Verschulden¹¹¹.

In diesem Zusammenhang ist der Gefahrensatz zu erwähnen, der besagt, dass, wer einen Zustand schafft, der andere schädigen könnte, verpflichtet ist, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichts-

¹⁰⁶ Die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit entspricht bei einer Haftung aus Vertrag der Vertragswidrigkeit (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 2906; BUCHER, 341: „Vertragsverletzung“).

¹⁰⁷ BK-BREHM, N 32 zu Art. 55 OR; differenziert, wenn auch ohne Änderung im Resultat, ROBERTO, Rz. 296.

¹⁰⁸ Vorliegend die körperliche Integrität (Leib) oder das Leben; weitere absolut geschützte Rechtsgüter sind z.B. die Persönlichkeit (d.h. das Recht auf psychische Integrität), das Eigentum und der Besitz (REY, Rz. 686 ff.; ROBERTO, Rz. 103).

¹⁰⁹ BasK-SCHNYDER, N 45 und N 48 zu Art. 41 OR; REY, Rz. 834: „Als objektiv schuldhaft ist ein Verhalten zu bezeichnen, das vom unter den gegebenen Umständen angebrachten Durchschnittsverhalten (d.h. demjenigen des 'sorgfältigen Normalbürgers' in der entsprechenden Situation) abweicht“.

¹¹⁰ REY, Rz. 843; BasK-SCHNYDER, N 48 zu Art. 41 OR.

¹¹¹ Siehe Kasuistik bei BK-BREHM, N 202 ff. zu Art. 41 OR.

massnahmen zu treffen¹¹². Aus dem Gefahrensatz fliesst die Verkehrssicherungspflicht als vertragliche Nebenpflicht zwischen den Vertragsparteien¹¹³ und gilt damit auch zwischen Anbieter und Teilnehmer einer Risikoaktivität. Das Bundesgericht hat betreffend eine Unterlassung entschieden, dass der Gefahrensatz beim Verschulden von Bedeutung sei und nicht bei der Widerrechtlichkeit¹¹⁴. Damit wird unterstrichen, dass in der ausservertraglichen Haftpflicht die Verletzung einer Sorgfaltspflicht zum Verschulden gehört¹¹⁵. Im Resultat spielt dies freilich kaum eine Rolle. In jedem Fall hat der Geschädigte die Sorgfaltspflichtverletzung zu beweisen. Die Frage nach der Haftung des Anbieters entscheidet sich auch unter Art. 41 OR danach, ob eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen wurde.

Die Wegbedingung der (mit der vertraglichen Haftung konkurrierenden) ausservertraglichen Haftung des Schuldners (des Anbieters) ist für Sachschäden im Rahmen von Art. 100 OR nach der herrschenden Lehre ebenfalls möglich¹¹⁶, wird aber von der Haftungsbeschränkungsklausel nicht grundsätzlich miterfasst¹¹⁷. Der Anbieter tut daher in jedem Fall gut daran, die ausservertragliche Haftung explizit auszuschliessen. Im Fall der Geschäftsherrenhaftung erfasst der vertragliche Haftungsausschluss für die Haftung des Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 Abs. 2 OR aber nicht zugleich auch die ausservertragliche Haftung des Erfüllungsgehilfen. Diese kann nicht ausgeschlossen werden, was aber nicht unbestritten ist¹¹⁸.

7. Sorgfaltspflicht des Anbieters

Besteht zwischen den Parteien ein Vertrag, so bedeutet die Sorgfaltspflichtverletzung einen Verstoß gegen die vertraglich geschuldete und

¹¹² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 2798; REY, Rz. 753 mit Hinweisen; siehe vorne unter „2.4 Sorgfaltspflicht nach Art. 3 des Entwurfs“.

¹¹³ REY, Rz. 756a.

¹¹⁴ BGE 124 III 297 E. 5b.

¹¹⁵ Dazu BK-BREHM, N 201 zu Art. 41 OR, der festhält, dass jede Verletzung des Gefahrensatzes ein Verschulden bedeutet, selbst wenn der Gefahrensatz irrtümlicherweise der Widerrechtlichkeit zugeordnet wird.

¹¹⁶ Siehe die Übersicht über die Lehrmeinungen in BREHM, N 230b f. zu Art. 41 OR. Das Bundesgericht hat die Frage – soweit gesehen – noch nicht geklärt.

¹¹⁷ BK-WEBER, N 49 zu Art. 100 OR. Die Haftung für Körperschäden kann indes nicht ausgeschlossen werden (SCHWENZER, Rz. 24.14).

¹¹⁸ BasK-WIEGAND, N 16 zu Art. 101 OR mit Hinweisen; BK-WEBER, N 167 zu Art. 101 OR.

nach Berufsstandards gebotene Sorgfalt¹¹⁹. Im Rahmen des ausservertraglichen Haftpflichtrechts handelt unsorgfältig, wer den objektiv festgelegten Verhaltensanforderungen nicht nach kommt¹²⁰.

Für den Anbieter einer Risikoaktivität bedeutet dies, dass er vor dem Hintergrund von drohenden vertraglichen wie auch von ausservertraglichen Ansprüchen alle Massnahmen treffen muss, die nach der Erfahrung erforderlich, nach dem Stand der Technik möglich und nach den gegebenen Verhältnissen angemessen sind, damit Leben und Gesundheit der Teilnehmerinnen und Teilnehmer nicht gefährdet werden¹²¹. Das Bundesgericht hielt betreffend das Mass der Sorgfalt in einem Fall fest, in welchem eine Skitourengruppe von einer Lawine verschüttet wurde: „Pour apprécier le degré de diligence, le juge doit comparer le comportement qu'a eu l'auteur à celui qu'une personne raisonnable et réfléchie aurait tenu pour nécessaire dans les circonstances du cas.“¹²². Das Bundesgericht bejahte die Sorgfaltspflichtverletzung eines Lehrers auf einer Bergwanderung mit Schülern, wobei ein Schüler auf einem Schneefeld ausgerutscht und tödlich verunglückt ist und führte aus, dass der „verantwortliche Leiter eines Lagers oder einer Tour grundsätzlich verpflichtet ist, Gefahren möglichst zu vermeiden, oder dann, wenn ein Gefahrenzustand entsteht, alles Zumutbare zu tun, damit sich die Gefahr nicht verwirklicht“¹²³.

Hingewiesen sei auf die vorne¹²⁴ erwähnten Entscheide zum Gefahrensatz, welche für den Entwurf betreffend die Sorgfaltspflicht massgebend waren. Dem entspricht wiederum die Ausformulierung der Sorgfaltspflicht in Art. 3 Abs. 1 des Entwurfs. Die den Anbieter treffende Sorgfaltspflicht nach geltendem Recht ist die gleiche wie diejenige nach Art. 3

¹¹⁹ BasK-WIEGAND, N 43 zu Art. 97 OR.

¹²⁰ ROBERTO, Rz. 221. Fahrlässigkeit ist die rechtlich missbilligte Unsorgfalt (BK-BREHM, N 196 zu Art. 41 OR; REY, Rz. 849). Es ist von einem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff auszugehen.

¹²¹ Art. 3 Abs. 1 des Entwurfs (BBI 2007, 1528); siehe vorne unter „2.4 Sorgfaltspflicht nach Art. 3 des Entwurfs“.

¹²² BGE 4C.257/2002 E. 4.3 (28.08.2003). Verletzung der Sorgfalts- und Schutzpflichten in casu verneint.

¹²³ BGE 122 IV 303 E. 3a.

¹²⁴ Siehe vorne unter „2.4 Sorgfaltspflicht nach Art. 3 des Entwurfs“, sowie Fussnote 28.

des Entwurfs¹²⁵. In erster Linie massgebend ist dabei die Verkehrssicherheit für die Teilnehmer¹²⁶.

All die abstrakten Formulierungen zur Bestimmung der Sorgfaltspflicht helfen jedoch nicht darüber hinweg, dass es auf den Einzelfall ankommt, ob der Anbieter genügend sorgfältig gehandelt hat. Da die Haftung für Körperschäden nicht ausgeschlossen werden kann¹²⁷, spielt es überdies keine Rolle, ob die Sorgfaltspflichtverletzung auf leichte oder grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen ist.

In einem Fall fiel ein Skitourist in eine Gletscherspalte und verletzte sich tödlich. Das Graubündner Kantonsgericht erachtete eine Sorgfaltspflichtverletzung des Bergführers als gegeben, der auf einem stark zerklüfteten Gletscher, der mit einer noch nicht verfestigten, Anzeichen von Spalten verdeckenden dünnen Schneeschicht bedeckt war, auf das Anseilen verzichtet hatte¹²⁸. Eine Sorgfaltspflichtverletzung nahm das Kantonsgericht Graubünden ebenfalls an bei einem Bootsführer beim Befahren eines Flusswehrs auf der Inn, wobei der Bootsführer drei Boote im Konvoi in das Wehr einfahren liess und sich darauf beschränkte, das Wehr zuvor aus einer Distanz von 50 Metern zu besichtigen, was ihm nicht erlaubte, die Rücklaufzone einzusehen¹²⁹.

Das Kantonsgericht Graubünden verneinte hingegen die Sorgfaltspflichtverletzung wegen mangelhafter Signalisation einer gefährlichen Stelle bei einer Schlauchbootsfahrt auf dem Vorderrhein¹³⁰. Auch keine Verletzung der Sorgfaltspflicht nahm das Graubündner Kantonsgericht im Fall eines Leiters einer Snowboardgruppe von Jugendlichen bei einer gemeinsamen Talabfahrt an, bei der ein Jugendlicher die Piste eigenmächtig verliess und sich bei einem Sturz verletzte¹³¹. Ebenso verneint wurde die Sorgfaltspflicht eines Verantwortlichen eines Schneesportwochenendes anlässlich eines Unfalls eines Teilnehmers, der auf einem aufgeblasenen Lastwagenschlauch auf dem Schnee über einen Abhang hinunterrutschte

¹²⁵ Siehe Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf (BB1 2007, 1538), wo darauf hingewiesen wird, dass sämtliche Anbieter von Risikoaktivitäten gemäss bundesrechtlichen Vorschriften bereits alle Vorsichtsmassnahmen zum Schutz der Teilnehmer zu treffen haben.

¹²⁶ Betreffend die Verkehrssicherungspflichten des Veranstalters siehe ARTER/SCHWEIZER, 45.

¹²⁷ Siehe vorne unter „5. Ansprüche des Teilnehmers aus Vertrag“.

¹²⁸ PKG 1995 Nr. 29.

¹²⁹ PKG 1997 Nr. 23.

¹³⁰ PKG 1993 Nr. 36, mit dem Hinweis, dass in casu selbst bei unsorgfältiger Signalisation der Kausalzusammenhang mit dem Tod des Schlauchbootpassagiers gefehlt hätte.

¹³¹ PKG 1995 Nr. 44.

(Snowtubing) und sich über die klare Weisung der anwesenden Leiter (durch Zurufe aus nächster Nähe) hinwegsetzte¹³². Ebenfalls verneint wurde die Sorgfaltspflichtverletzung des Bergführers, der für die Überquerung einer Schlucht durch eine Reisegruppe verantwortlich war. Jede Person wurde dabei mittels Klettergurt, Karabinern und Flachbandschlinge an einer Rolle befestigt, die auf einem über die Schlucht gespannten Seil lag, und so von einer Seite zur anderen befördert. Ein Teilnehmer stürzte ab¹³³. Das Gericht führte aus, gestützt auf eine Expertenmeinung, dass der Unfall auf eine Querlage des Anseilkarabiners in den beiden Metallringen des Anseilgurtes und auf eine gleichzeitig ungünstige Lage der Flachbandschlinge zurückzuführen sei. Dabei habe aber die Art und Weise, wie der Bergführer den Beschwerdeführer angeseilt habe, dem zu diesem Zeitpunkt üblichen Sicherheitsstandard entsprochen. Der Bergführer habe zudem zum fraglichen Zeitpunkt nicht speziell darauf achten müssen, wie er den Karabiner in die beiden Metallringe einhängte, da bis anhin Unfälle dieser Art nicht bekannt waren¹³⁴.

Bestehen für eine Risikoaktivität Richtlinien, sind diese heranzuziehen¹³⁵. Für Canyoning hat eine Arbeitsgruppe des Bundesamts für Sport (BASPO) in den Jahren 2000 und 2001 – als Reaktion auf den Unfall im Saxetbach – BASPO-Richtlinien für das Canyoning ausgearbeitet¹³⁶. Ana-

¹³² Kantonsgericht Graubünden, Entscheid vom 22. November 2006, BK 06 45, Schneesportunfall in C. zum Nachteil von X.: „(...) wenn einzelne Kinder nicht gehorchten und sich über ihnen zugerufene und wahrgenommene Warnungen hinwegsetzten, kann es den Leitern nicht zum Vorwurf reichen, wenn sich aus dieser Situation heraus ein Unfall ereignete.“ Das Durchführen des Snowtubings mit Kindern per se wurde nicht als Sorgfaltspflichtverletzung qualifiziert.

¹³³ „Anschließend begab sich A. nach Anweisung des Bergführers in Startposition und begann mit dem Übersetzen. Dabei hielt er sich mit beiden Händen an der Verbindungsschlinge fest. Nach ungefähr sieben Metern stürzte A. direkt in die Schlucht, wo er nach 20 Meter freiem Fall auf der mit wenig Schnee bedeckten Eisfläche des gefrorenen Flusses aufprallte, diese durchbrach und schliesslich im Wasser zum Liegen kam.“ Der Verunfallte erlitt dabei mehrere Knochenbrüche (Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden vom 24. November 2003, BK 03 49, Sportunfall).

¹³⁴ Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden vom 24. November 2003, BK 03 49, Sportunfall.

¹³⁵ Siehe STIFFLER, Rz. 13.6.

¹³⁶ BBl 2007, 1503. Im Internet abrufbar unter: http://www.baspo.admin.ch/internet/baspo/de/home/politik00/politik00f.Par.0014.DownloadFile.tmp/0%20allgCanyoningRichtl_06.pdf, insbesondere die Pflichten des Anbieters und der Canyoning-Führer unter den Ziffern 5. und 6.3.

loge Richtlinien bestehen für das River-Rafting¹³⁷, nicht hingegen für das Bungee-Jumping¹³⁸. Für Bergführer und Bergführerinnen sowie für Schneesportlehrer existieren kantonale Regelungen¹³⁹.

8. Einwilligung des Verletzten, Selbstverschulden und Handeln auf eigene Gefahr

Bei der Ausübung einer Risikoaktivität stellt sich die Frage, wie weit der Teilnehmer durch das Teilnehmen an der Aktivität selbst entweder in eine mögliche Verletzung einwilligt, auf eigene Gefahr handelt oder ihm ein Selbstverschulden anzulasten ist.

Generell gilt, dass wenn ein Verletzter zuvor in die Schädigung eingewilligt hat, es an der Rechtswidrigkeit und damit an einer Haftungsvoraussetzung fehlt¹⁴⁰. Die Einwilligung des Verletzten rechtfertigt eine Schädigung freilich jedoch nur, wenn sie nicht gegen Gesetz oder die guten Sitten verstösst und somit vor Art. 20 Abs. 1 OR standhält¹⁴¹. In seine eigene Tötung beispielsweise kann niemand rechtsgültig einwilligen¹⁴². Im Zusammenhang mit Risikoaktivitäten liegt eine Einwilligung des Teilnehmers, verletzt zu werden, aber ohnehin nicht vor, was allgemein für jede Aktivität gilt, in der sich der Geschädigte zwar einer (möglichen) Schädigung aussetzt, sie aber zu vermeiden versucht¹⁴³. Beim Durchführen einer Risikoaktivität soll die Verletzung des Teilnehmers ja gerade

¹³⁷ Im Internet abrufbar unter: http://www.baspo.admin.ch/internet/baspo/de/home/politik00/politik00f.Par.0003.DownloadFile.tmp/0%20AllgRaftingRichtl_06.pdf, insbesondere die (Sorgfalts-)Pflichten des Anbieters und des Rafting-Führers unter Ziffer 6.3.

¹³⁸ Vgl. dazu die erwähnten „safety guidelines“ in einem Entscheid des Missouri Court of Appeals (USA), *Hatch vs. V.P. Fair Foundation Inc.*, 990 S.W.2d. 126, 131 (Mo. App. 1999), wonach eine sechsköpfige Crew vorgesehen ist, die Kontrollperson mindestens 25 Jahre alt sein muss, eine Checkliste für das Material bestehen soll, welche täglich durchgegangen werden muss, sowie ein täglicher Testsprung vorab vorgesehen ist.

¹³⁹ BBl 2007, 1538.

¹⁴⁰ BK-BREHM, N 63a zu Art. 41 OR.

¹⁴¹ SCHWENZER, Rz. 16.10.

¹⁴² ROBERTO, Rz. 90. Daher auch das Verbot der aktiven Strebhilfe (Art. 114 StGB). In diesen Zusammenhang wird bei schweren Körperverletzungen, bei welchen die Schranken von Art. 20 OR überschritten werden, von einer unechten Einwilligung gesprochen (BK-BREHM, N 7 zu Art. 44). Siehe auch vorne unter „5. Ansprüche des Teilnehmers aus Vertrag“.

¹⁴³ BK-BREHM, N 63c zu Art. 41.

vermieden werden¹⁴⁴. Überdies käme eine Einwilligung ohnehin nur bei vorsätzlichen Verletzungen in Betracht, nicht bei fahrlässigen, da es sich dabei um ungewisse künftige Ereignisse handelt¹⁴⁵.

Liegt ein schweres Selbstverschulden (oder Mitverschulden) des Verletzten vor, welches adäquate Ursache des eingetretenen Schadens ist, führt dies zum Ausschluss der Haftung des mutmasslich Haftpflichtigen¹⁴⁶. Gemäss bundesrechtlicher Rechtsprechung unterbricht aber nur ein grobes Selbstverschulden den adäquaten Kausalzusammenhang¹⁴⁷. Bei einer Risikoaktivität wäre ein grobes Selbstverschulden anzunehmen, wenn ein Teilnehmer entgegen den Weisungen des Tourenleiters gehandelt hat¹⁴⁸⁻¹⁴⁹. Liegt hingegen ein nicht schweres Selbstverschulden vor, so kann dieses als Hauptanwendungsfall von Art. 44 OR zu einer Minderung des Schadenersatzes führen¹⁵⁰.

Ebenfalls zu einer Reduktion nach Art. 44 OR und bei Sportverletzungen am ehesten zu berücksichtigen ist das sogenannte „Handeln auf eigene Gefahr“¹⁵¹. Dabei nimmt der Sportler bzw. der Teilnehmer zwar eine Gefahr auf sich, willigt damit aber nicht in eine Schädigung ein¹⁵². Zwar muss der Teilnehmer zufallsbedingte und leicht fahrlässig verursachte Verletzungen in Kauf nehmen¹⁵³, hingegen darf er dennoch davon ausgehen, dass der Anbieter bzw. Tourenleiter alle Massnahmen trifft, Verletzungen des Teilnehmers zu vermeiden¹⁵⁴. Bei einem Canyoning können z.B. Schürfungen anfallen, die der Teilnehmer auf sich zu nehmen hat. Beim Bungee-Jumping z.B. soll der Teilnehmer aber darauf vertrauen

¹⁴⁴ Anders verhält es sich bei Kampfsportarten, bei denen die Verletzung des Gegners/Teilnehmers gerade Ziel ist (ROBERTO, Rz. 92; BK-BREHM, N 12 zu Art. 44 sieht darin eine extreme Form von Handeln auf eigene Gefahr).

¹⁴⁵ ROBERTO, Rz. 91.

¹⁴⁶ REY, Rz. 560; BK-BREHM, N 19a zu Art. 44, N 139 ff. zu Art. 41.

¹⁴⁷ BGE 121 III 358 E. 5 (Skifahrer fiel gegen einen ungepolsterten Baumstrunk und wurde querschnittgelähmt; er klagte gegen die Liftbetreiberin). Leichtes Selbstverschulden unterbricht den adäquaten Kausalzusammenhang dagegen nicht (BK-BREHM, N 138 zu Art. 41 OR).

¹⁴⁸ Siehe z.B. BGE 4C.258/2000 (30.11.2000) (französisch): Ein Skifahrer geriet von der Piste ab und verunfallte tödlich.

¹⁴⁹ Der Kausalzusammenhang wird ebenfalls unterbrochen, wenn der Geschädigte die Möglichkeit gehabt hätte, die Schädigung zu vermeiden, sie jedoch bewusst hinnimmt (BGE 98 II 23 E. 3. = Pra 1972, Nr. 120 E. 3).

¹⁵⁰ BK-BREHM, N 16 zu Art. 44.

¹⁵¹ BK-BREHM, N 11 zu Art. 44; siehe auch SCHWENZER, Rz. 16.10.

¹⁵² BK-BREHM, N 9 zu Art. 44; SCHWENZER, Rz. 16.11.

¹⁵³ BK-BREHM, N 11 zu Art. 44 OR.

¹⁵⁴ Siehe STIFFLER, Rz. 13.85.

können, dass die Länge des Gummiseils korrekt berechnet und das Seil selbst in einwandfreiem Zustand ist¹⁵⁵. Geschieht ein Unfall aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung des Anbieters oder seiner Hilfsperson, ist eine Reduktion nach Art. 44 OR fehl am Platz, sofern sich der Teilnehmer seinerseits sorgfältig verhalten hat¹⁵⁶.

Liegen die Voraussetzungen des Art. 44 Abs. 1 OR vor, kann das Gericht die Ersatzpflicht des Schädigers nach Ermessen ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden. Beim Handeln auf eigene Gefahr kommt der völlige Ausschluss des Schadenersatzes indes kaum in Betracht¹⁵⁷.

9. Versicherungsfragen

Wird ein Anbieter gegenüber einem Teilnehmer (oder dessen Angehörigen) haftbar und steht die Höhe des Schadens fest (Schadensberechnung), hat das Gericht zu bestimmen, in welchem Umfang der Schädiger tatsächlich Ersatz zu leisten hat (Schadenersatzbemessung), wobei dem Gericht nach Art. 43 Abs. 1 OR ein Ermessen zukommt¹⁵⁸. Dabei berücksichtigt das Gericht – nach Gesetzeswortlaut – sowohl die Umstände als auch die Grösse des Verschuldens. Weitere Reduktionsgründe ergeben sich allenfalls aus Art. 44 OR¹⁵⁹. Für den vom Anbieter zu ersetzenden Schaden wird – beim Vorhandensein einer entsprechenden Police¹⁶⁰ – die Haftpflichtversicherung einspringen.

Daneben wird der Teilnehmer ebenfalls gegen (Nichtbetriebs-)Unfall versichert sein, entweder obligatorisch als Arbeitnehmer oder freiwillig

¹⁵⁵ Beim ersten „Rebound“ nach dem Bungee-Sprung wird der Springer meist wieder so hoch geschleudert, dass die Möglichkeit einer Seilberührung besteht. Das kann zu Abschürfungen, Prellungen oder Striemen führen. Für solche Verletzungen haftet der Anbieter kaum, insbesondere wenn er den Teilnehmer instruiert, die Unterarme vor das Gesicht zu halten.

¹⁵⁶ Zu den Pflichten des Teilnehmers bei Canyoning- und Rafting-Touren siehe die Richtlinien der Fachkommission Canyoning, Ziffer 7.3: „Die Teilnehmer an Canyoning-Touren haben die Weisungen des Veranstalters und der Canyoning-Führer zu befolgen“ (zitiert oben in Fussnote 136); ebenso für das Rafting ebenfalls in Ziffer 7.3 der entsprechenden Richtlinien (zitiert oben in Fussnote 137).

¹⁵⁷ SCHWENZER, Rz. 16.17 f.

¹⁵⁸ SCHWENZER, Rz. 16.01; BUCHER, 348 f.

¹⁵⁹ Siehe oben unter „8. Einwilligung des Verletzten, Handeln auf eigene Gefahr und Selbstverschulden“.

¹⁶⁰ Gemäss Ziffer 10.1 der Canyoning-Richtlinien (oben Fussnote 136) haben sich Anbieter und Canyoning-Führer „ausreichend“ gegen Haftpflicht zu versichern. Dasselbe gilt für das Rafting (ebenfalls Ziffer 10 der Richtlinien [oben Fussnote 137]).

als Selbständigerwerbender¹⁶¹. Im Bereich der Unfallversicherung hält Art. 39 UVG aber fest, dass der Bundesrat „aussergewöhnliche Gefahren und Wagnisse“ bezeichnen kann, welche in der Versicherung der Nichtbetriebsunfälle zu Leistungskürzungen führen. In Art. 50 UVV wird ein Wagnis definiert als eine Handlung, mit der sich der Versicherte einer besonders grossen Gefahr aussetzt, ohne die Vorkehrungen zu treffen oder treffen zu können, die das Risiko auf ein vernünftiges Mass beschränken¹⁶². Geht ein Versicherter also in seiner Freizeit einem gefährlichen Hobby nach, muss er bei einem Unfall mit Leistungskürzungen rechnen. Zu der Frage, was ein Wagnis ist, gibt es eine reichhaltige Rechtsprechung, wobei zwischen absoluten und relativen Wagnissen unterschieden wird¹⁶³: Ein absolutes Wagnis liegt vor, in welchem unabhängig von der Ausbildung, den Vorkehrungen, der Ausrüstung oder den Fähigkeiten des Versicherten die Schadensfolgen von der Versicherung nicht übernommen werden müssen. Bei gefährlichen Sportarten gelten solche als absolute Wagnisse, die wettkampfmässig betrieben werden und bei denen es auf die Geschwindigkeit ankommt¹⁶⁴. Ein relatives Wagnis ist eine Schwierigkeit, bei der man sich jedoch fragen muss, ob der Versicherte nicht im entscheidenden Zeitpunkt alle erforderlichen Voraussetzungen in Bezug auf die persönlichen Fähigkeiten, die Eigenschaften und die Vorkehrungen erfüllt hat, um die Schwierigkeiten zu bewältigen und so die Gefahren auf ein vernünftiges Mass reduzieren konnte¹⁶⁵. Zu den relativen Wagnissen zählt das Bundesgericht u.a. das Höhlentauchen¹⁶⁶ oder das Deltafliegen¹⁶⁷. Betreffend Canyoning hat das Bundesgericht in BGE 125 V 312 festgehal-

¹⁶¹ Art. 1a bzw. Art. 4 UVG.

¹⁶² Gemäss Art. 50 Abs. 1 UVV werden bei einem Nichtbetriebsunfall, der auf ein Wagnis zurückgeht, die Geldleistungen um die Hälfte gekürzt und in besonders schweren Fällen verweigert.

¹⁶³ BGE 112 V 44 = Pra 1987, Nr. 223 (Automobil-Bergrennen als absolutes Wagnis); siehe auch BGE 113 V 222 (ebenfalls Automobil-Bergrennen).

¹⁶⁴ BGE U 187/99 (05.03.2001) E. 2.a: Motocross-Rennen, Auto-Bergrennen, Karting-Rennen. Ebenso Boxwettkämpfe und wettkampfmässiges Thaiboxen (BGE U 122/06 [19.09.2006] E. 2.2).

¹⁶⁵ BGE 112 V 44 = Pra 1987, Nr. 223 Erw. 2.a. Siehe dazu auch die Liste der SUVA <http://www.suva.ch/home/suvaliv/wagnisse.htm>: Im Gegensatz zu River-Rafting wird das Snow-Rafting (Schlauchbootfahrten auf Skipisten) als absolutes Wagnis qualifiziert, ebenso „Hydrospeed“- oder „Riverboogie“-Fahrten (Wildwasserfahrten bäuchlings auf einem Schwimmbob liegend).

¹⁶⁶ BGE 96 V 100 (relatives Wagnis in casu bejaht).

¹⁶⁷ BGE 104 V 19 = Pra 1979, Nr. 43.

ten, dass eine Tour mit einem Schwierigkeitsgrad von C2¹⁶⁸ (mässig schwierig) ebenfalls nur ein relatives Wagnis darstelle¹⁶⁹. Selbst wenn im Übrigen einer Tour kein Wagnischarakter zukommt, bleibt zu prüfen, ob eine Einzelhandlung oder ein Handlungsabschnitt Wagnisse darstellen^{170,171}.

Übernimmt die Unfallversicherung des Teilnehmers einen Teil des Schadens, wobei es sich insbesondere um Heilungskosten handelt, ist dieser Betrag von der Schadenersatzleistung des Anbieters (bzw. seiner Haftpflichtversicherung) abzuziehen¹⁷². Zum Schaden des Teilnehmers gehören damit die Heilungskosten (in einem üblichen Ausmass), die nicht von seiner Kranken- oder UVG-Versicherung übernommen werden¹⁷³. Versicherungsleistungen muss sich der Verunfallte somit grundsätzlich anrechnen lassen, und der Versicherer erhält ein Regressrecht gegen den Schädiger¹⁷⁴. Jedoch erfasst die Anrechnung nur kongruente (d.h. gleichartige) Leistungen¹⁷⁵. Beispielsweise besteht für Heilungskosten Kongruenz¹⁷⁶, nicht aber beispielsweise zwischen einer Genugtuung und einer IV-

¹⁶⁸ Die Skala gemäss Fachliteratur reicht von C1 (unschwierig) bis C6 (extrem schwierig) (BGE 125 V 312 Erw. 3.a).

¹⁶⁹ In casu verneint.

¹⁷⁰ Offengelassen, ob Kajakfahren im Wildwasser ein Wagnis darstellt; als relatives Wagnis wurde ein Kanusprung von einer Brücke in die Aare qualifiziert (BGE U 122/06 [19.09.2006]).

¹⁷¹ Vgl. dazu Hatch vs. V.P. Fair Foundation Inc. (zitiert in Fussnote 138): Ein Bungee-Jumping-Teilnehmer (Hatch) sprang von einem Kran auf einem Volksfest rund 50 Meter in die Tiefe, wobei das Seil nicht gesichert war. Das Gericht hielt fest, entgegen anderen Entscheiden, wonach es sich beim Bungee-Jumping nicht um eine von Natur aus gefährliche Aktivität handle, „because the evidence indicated that bungee jumping could be done safely“ und „if there is a safe way to perform the activity, it is not inherently dangerous“, dass dies nicht allgemein gelte und es sich im konkreten Fall um eine gefährliche Aktivität handelte, u.a. da die Betreiberin der Anlage selbst auf ihrem Waiver ausführte, dass es sich beim Bungee-Jumping um eine von Natur aus gefährliche Aktivität handle.

¹⁷² Ob dies nun eine Frage nach der Schadensberechnung oder der Schadenersatzbemessung ist, kann – da im Resultat irrelevant – offenbleiben. Vertretbar ist m.E. beides.

¹⁷³ SCHAETZLE, Rz. 9.38. Dazu gehören auch Selbstbehalte, höhere Prämien usw. Ebenso gehören dazu einmalige oder wiederkehrende Kosten für Prothesen und Hilfsmittel (BK-BREHM, N 15 zu Art. 46 OR).

¹⁷⁴ Z.B. Art. 72–75 ATSG, wonach der Versicherer Leistungen erbringt und ihm dafür ein Rückgriffsrecht gegen den Schadenersatzpflichtigen zusteht; Art. 72 VVG ebenfalls betreffend das Regressrecht des Versicherers für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen.

¹⁷⁵ Siehe Art. 74 Abs. 1 ATSG: „Die Ansprüche gehen für Leistungen gleicher Art auf den Versicherungsträger über.“

¹⁷⁶ Art. 74 Abs. 2 lit. a ATSG.

Rente¹⁷⁷. Wird eine Integritätsentschädigung nach UVG ausgerichtet (Art. 24 UVG), ist diese eine zur Genugtuung kongruente Leistung (Art. 74 Abs. 2 lit. e ATSG), so dass der Genugtuungsanspruch des Geschädigten im Umfang der Höhe der Integritätsentschädigung auf den Versicherer übergeht (Art. 74 Abs. 1 ATSG)¹⁷⁸.

Im Bereich der privaten Personenversicherung hingegen kommt Art. 96 VVG zur Anwendung, wonach bei einer Summenversicherung¹⁷⁹ (z.B. private Taggeldversicherung) der Anspruch des versicherten Geschädigten nicht auf den Versicherer übergeht (da der Anspruch gegen den Versicherer kein Schadenersatzanspruch ist), so dass es zu einer Kumulation der Ansprüche gegen den privaten Haftpflichtversicherer und den Schädiger kommt¹⁸⁰. Der Verunfallte muss sich also z.B. seinen Taggeldanspruch nicht auf seinen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Schädiger anrechnen lassen¹⁸¹.

Das Bundesgericht hat jedoch in BGE 128 III 34 E. 3c festgehalten, dass jede (privat)versicherte Leistung der Kürzung unterliegt, auch eine Summenversicherung¹⁸². Zu beachten ist Art. 14 VVG, wobei die Versicherungsleistung nur bei grober Fahrlässigkeit reduziert werden darf (Art. 14 Abs. 2 und 3 VVG). Dabei kommt es – diesmal für den Teilnehmer – darauf an, ob er sich sorgfältig verhalten hat. Eine Leistungskürzung per se wegen Teilnahme an einer – von einem gewerbsmässigen Anbieter durchgeführten – Risikoaktivität gibt es, soweit gesehen, nicht¹⁸³.

¹⁷⁷ KOLLER, § 50 Rz. 25; KIESER, N 2 zu Art. 74 ATSG.

¹⁷⁸ Dazu SIDLER, Rz. 10.36 ff.

¹⁷⁹ Bei einer Summenversicherung kann die Versicherungssumme zwischen Versichertem und Versicherer frei vereinbart werden. Der Versicherer verpflichtet sich, im Versicherungsfall exakt die vereinbarte Leistung zu erbringen. Insofern unterscheidet sich die Summenversicherung von der Schadensversicherung, bei der sich der Versicherer zum Ersatz des jeweils entstandenen Schadens verpflichtet (abgesehen von Selbstbehalt oder sonstigen Abzügen) (siehe BGE 128 III 34 E. 3.b). Das im Todesfalls durch Unfall geschuldete Kapital ist eine typische Summenleistung (BGE 128 III 34 E. 3.a).

¹⁸⁰ Illustrativ bereits BGE 65 II 250.

¹⁸¹ BK-BREHM, N 66 zu Art. 51; KOLLER, § 50 Rz. 25 und Beispiel in Rz. 26.

¹⁸² Konkret ging es um einen bei einem Autounfall Verletzten, der das Spital entgegen ärztlicher Empfehlung gleichentags wieder verliess (siehe Art. 61 VVG). Kürzungen sind daher auch möglich bei Gefahrerhöhung mit Zutun des Versicherten (Art. 28 VVG) und bei der Verletzung von vertraglichen Obliegenheiten (Art. 29 VVG).

¹⁸³ In jedem Fall aber zu beachten sind die konkreten Vertragsbestimmungen der Versicherung.

10. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Wird ein Teilnehmer verletzt oder getötet, sind die Strafrechtsbestimmungen des Titels über strafbare Handlungen gegen Leib und Leben zu prüfen. Wird ein Teilnehmer getötet, wird meist (und einzig) die fahrlässige Tötung (Art. 117 StGB) in Frage kommen. Die eventualvorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB) ist jeweils aber auch zu prüfen¹⁸⁴. In Frage kommen kann auch Unterlassung der Nothilfe (Art. 128 StGB). Wird ein Teilnehmer verletzt, steht die fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 StGB) im Vordergrund¹⁸⁵.

Fahrlässig handelt, wer die Folge seines Handelns aus pflichtwidriger Unvorsicht nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrigkeit ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist (Art. 12 Abs. 3 StGB).

Sorgfaltswidrig kann jedoch nur ein Verhalten sein, dessen negativen Folgen für den Täter nach seinen individuellen Fähigkeiten zumindest voraussehbar waren¹⁸⁶. Das Bundesgericht führte aus, dass eine Handlungsweise des Täters dann sorgfaltswidrig ist, wenn er zum Zeitpunkt der Tat aufgrund der Umstände sowie seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte erkennen können und müssen und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten hat¹⁸⁷. Obwohl der zivilrechtliche Verschuldensbegriff und damit auch der Begriff der Fahrlässigkeit im Zivil- und im Strafrecht nicht deckungsgleich sind¹⁸⁸, scheinen die strafrechtliche Pflichtwidrigkeit mit der zivilrechtlichen Sorgfaltspflichtverletzung weitgehend übereinzustimmen¹⁸⁹. So wird auch im Strafrecht bezüglich der situationsbezogenen Bemessung der Sorgfaltspflicht auf Sorgfaltsregeln abgestellt, falls solche

¹⁸⁴ Zur Abgrenzung von Eventualvorsatz (formuliert in Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB) und bewusster Fahrlässigkeit (im Zusammenhang mit einem Autounfall) siehe BGE 6S.280/2006 (21.01.2007) E. 4.

¹⁸⁵ Siehe SCHERRER, 31. Bei schweren Schädigungen wird der Täter von Amtes wegen verfolgt (Art. 125 Abs. 2 StGB).

¹⁸⁶ STRATENWERTH/WOHLERS, N 10 zu Art. 12 StGB; BasK-JENNY, N 79 f. zu Art. 18 StGB; TRECHSEL, N 36 zu Art. 18 StGB.

¹⁸⁷ BGE 130 IV 7 E. 3.2. TRECHSEL, N 28a zu Art. 18 StGB.

¹⁸⁸ Insbesondere im Bereich der Fahrlässigkeit (REY, Rz. 806).

¹⁸⁹ So verweist der Bericht betreffend die Sorgfaltspflicht nur auf Strafsentscheide (BBl 2007, 1514 insb. Fussnote 39).

irgendwo festgehalten sind¹⁹⁰. Für das Canyoning und das Rafting sind damit – wie im Zivilrecht – die Richtlinien massgebend¹⁹¹.

Das Strafrecht erfasst in erster Linie nur natürliche Personen. Zwar kann nach Art. 102 StGB auch ein Unternehmen bestraft werden, dies jedoch erst dann, wenn das Verbrechen oder das Vergehen „wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann“¹⁹².

11. Fazit

Unabhängig davon, ob der Entwurf über das Bundesgesetz über das Bergführerwesen und das Anbieten von Risikoaktivitäten je in Kraft treten wird, ergeben sich haftungsrechtlich bei der Verletzung oder der Tötung eines Teilnehmers keine Änderungen der bestehenden Rechtslage. Ebenso wenig ändert sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit. Betreffend die Verantwortlichkeit des Anbieters schafft der Entwurf keine neuen (zivilrechtlichen) Anspruchsgrundlagen. Ausser im Zusammenhang mit der Bewilligung schafft der Entwurf auch keine neuen strafrechtlichen Tatbestände¹⁹³. Die zivilrechtliche Haftung wie auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Anbieters von Risikoaktivitäten richten sich danach, ob den verantwortlichen natürlichen Personen eine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann.

¹⁹⁰ BasK-JENNY, N 88 zu Art. 18 StGB; SCHERRER, 34.

¹⁹¹ STIFFLER, Rz. 13.6; für die Richtlinien siehe oben Fussnoten 136 und 137.

¹⁹² Art. 102 Abs. 1 StGB.

¹⁹³ Entwurf, Art. 15 (BBl 2007, 1534).

Literaturverzeichnis

- ARTER, OLIVER: Der Zuschauer im Sport, in: ARTER, OLIVER (Hrsg.): Sport und Recht, 2. Tagungsband, Bern 2005, 31.
- ARTER, OLIVER/SCHWEIZER, EVA: Verantwortlichkeit des Veranstalters von Sportanlässen, in: ARTER, OLIVER (Hrsg.): Sport und Recht, Bern 2004, 17.
- BUCHER, EUGEN: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988.
- BREHM, ROLAND (BK-BREHM): Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung der unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, Bern 2006.
- FRITZWEILER, JOCHEN/PFISTER, BERNHARD/SUMMERER, THOMAS (PHBSportR/BEARBEITER): Praxishandbuch Sportrecht, München 1998.
- GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCHMID, JÖRG/REY, HEINZ: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Zürich 2003.
- HONSELL, HEINRICH: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 2006.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, (Art. 1–529 OR), Basel/Frankfurt am Main 2007.
- KIESER, UELI: ATSG-Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zürich 2003.
- KOLLER, ALFRED: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1 (Grundlagen des Obligationenrechts und Entstehung der Obligation) und Band 2 (Erfüllung und Nichterfüllung der Obligationen), Bern 2006.
- MÜLLER THOMAS/WIRTH, MARKUS (Hrsg.) (GestG-BEARBEITER): Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I (Art. 1–110 StGB), Basel 2003.
- REY, HEINZ: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 2003.
- ROBERTO, VITO: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002.
- SCHAETZLE, MARC: Der Schaden und seine Berechnung, in: MÜNCH, PETER/GEISER, THOMAS (Hrsg.): Schaden – Haftung – Versicherung, Basel/Genf/München 1999, 401.
- SCHERRER, DOROTHE: Strafrechtliche Sanktionen nach Sportverletzungen, *causa sport* 2006, 31.
- SCHWENZER, INGBORG: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2006.
- SIDLER, MAX: Die Genugtuung und ihre Bemessung, in: MÜNCH, PETER/GEISER, THOMAS (Hrsg.): Schaden – Haftung – Versicherung, Basel/Genf/München 1999, 445.
- STIFFLER, HANS-KASPAR: Sportunfall, insbesondere Skiunfall, in: MÜNCH, PETER/GEISER, THOMAS (Hrsg.): Schaden – Haftung – Versicherung, Basel/Genf/München 1999, 631.
- STRATENWERTH, GÜNTER/WOHLERS, WOLFGANG: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007.
- TRECHSEL, STEFAN: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zürich 1997.