

Karin Müller  
Jörg Schwarz  
(Herausgeber)

# Auf zu neuen Ufern!

Festschrift für Walter Fellmann



Stämpfli Verlag



A. J. Williams

---

Karin Müller  
Jörg Schwarz  
(Herausgeber)

# **Auf zu neuen Ufern!**

**Festschrift für Walter Fellmann**



Stämpfli Verlag

---

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

#### Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2021  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

E-Book ISBN 978-3-7272-2875-9

Über unsere Online-Buchhandlung [www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com) ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-7808-2



---

# Inhaltsverzeichnis

Dank.....	IX
Vorwort.....	XI
Geleitwort.....	XV
Autorenverzeichnis.....	XVII

## Haftpflichtrecht und Versicherungen

JÜRIG-BEAT ACKERMANN

<b>Verhaltens- oder Erfolgstheorie im strafrechtlichen Verjährungsrecht</b> .....	3
---	---

ANNA CONINX

<b>Der Angriff eines Tiers im Strafrecht</b> .....	25
--	----

PHILIPP EGLI

<b>Fieht der Staat aus der Haftung?</b> .....	47
---	----

FRÉDÉRIC KRAUSKOPF / RAPHAEL MÄRKI

<b>Ist das neue Verjährungsrecht EMRK-konform?</b> .....	67
--	----

MARKUS SCHMID

<b>Zwei ausgewählte Fragen zum Regressprivileg des Arbeitgebers</b> .....	97
---	----

HUBERT STÖCKLI

<b>Abgesang auf die Werkeigentümerhaftung</b> .....	109
---	-----

ROLF. H. WEBER

<b>Online-Dienstleistungen im Versicherungsbereich</b> .....	123
--	-----

STEPHAN WEBER

<b>Was du uns wert bist</b> .....	137
-----------------------------------	-----

V

FRANZ WERRO / ARNAUD CONSTANTIN

<b>L'arrêt « Yasmin » et le droit européen de la responsabilité du fabricant .....</b>	<b>165</b>
--	------------

## **Vertragsrecht**

SUSAN EMMENEGGER / MARTINA REBER

<b>Auftragsrecht als Determinante des Strafrechts .....</b>	<b>185</b>
---	------------

PETER GAUCH

<b>Nichts.....</b>	<b>207</b>
--------------------	------------

STEPHAN HARTMANN

<b>«Leistungen des üblichen Verbrauchs» als Element des Konsumentenvertrags .....</b>	<b>227</b>
---	------------

THOMAS KOLLER

<b>Die Abwahl des UN-Kaufrechts (CISG) in Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....</b>	<b>241</b>
--	------------

## **Erbrecht und Sachenrecht**

PAUL EITEL

<b>Erblassergläubiger – Vermächtnisnehmer – Erbengläubiger: Überlegungen zu Art. 564 ZGB <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i>.....</b>	<b>263</b>
--	------------

BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER

<b>Die testamentarische Begünstigung eines behinderten Erben – insbesondere unter dem Aspekt der Anfechtung wegen Willensmängeln.....</b>	<b>281</b>
---	------------

ROLAND NORER / ELIAS HÖRHAGER

<b>Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen an Grundstücken: ÖREB-Kataster und Eingriffskumulation .....</b>	<b>309</b>
---	------------

AMÉDÉO WERMELINGER

<b>Der Verwalter von Stockwerkeigentum und das Coronavirus.....</b>	<b>325</b>
---	------------

## **VI**

## Gesellschaftsrecht

SIMON LEU

<b>Corporate Social Responsibility in der Schweiz</b> .....	343
---	-----

JOSIANNE MAGNIN

<b>Non-Compliance im Unternehmen als (verschärftes) Haftungsrisiko des Verwaltungsrates</b> .....	375
---	-----

KARIN MÜLLER

<b>Die Legitimation zur Geltendmachung von Ansprüchen aus einem Aktionärbindungsvertrag – Kritische Anmerkungen zu BGE 143 III 480</b> .....	391
--	-----

## Verfahrensrecht

LORENZ DROESE / DANIEL GIRSBERGER

<b>Was wäre wenn ... die Schweiz die Singapur-Konvention ratifizieren würde?</b> .....	421
--	-----

DAVID DÜRR

<b>Schweizerische Streitgenossenschaft contra Schweizerische Eidgenossenschaft</b> .....	451
--	-----

ANDREAS FURRER / JEREMIAS WARTMANN

<b>Beweisführung mit digitalen Daten</b> .....	467
--	-----

SEBASTIAN HESELHAUS

<b>Der Einfluss der Århus-Konvention auf die Entwicklung des allgemeinen Verfahrensrechts</b> .....	491
---	-----

TOMAS POLEDNA / MARTIN KAYSER

<b>Kommunikation zwischen Richtern und Anwälten</b> .....	507
---	-----

PAUL RICHLI

<b>Unsicherheiten und Fragwürdigkeiten im Rahmen von Administrativuntersuchungen</b> .....	525
--	-----

## **Anwaltsrecht**

FRANÇOIS BOHNET

**Die Tragweite der Vertraulichkeit von Vergleichsgesprächen,  
insbesondere im Falle einer erzielten Vergleichsvereinbarung** ..... 551

ANDREAS KELLERHALS / ANTOINE SCHNEGG

**Zur Freizügigkeit der Rechtsanwälte in der Schweiz  
unter Berücksichtigung des GATS**..... 563

ALFRED KOLLER

**Zwei grobe Anwaltsfehler und deren Folgen** ..... 573

MICHELE LUMINATI

**Lina Graf: erste Anwältin der Schweiz?** ..... 587

STEFAN MAEDER

**Anwaltliches Kreuzverhör im Strafprozess?** ..... 605

JÖRG SCHWARZ

**Die fachlichen Voraussetzungen für die Zulassung zum  
Anwaltspraktikum und zur Anwaltsprüfung** ..... 621

## **Arztrecht und Medizinrecht**

REGINA E. AEBI-MÜLLER

**Beweisfragen der hypothetischen Einwilligung im Arztrecht** ..... 637

THOMAS GÄCHTER / KERSTIN NOËLLE VOKINGER

**Verwaltungsräte in der Ärzte-AG** ..... 659

VAGIAS KARAVAS

**Don't ask, Don't tell** ..... 677

## **Publikationen**

Verzeichnis der Publikationen von Walter Fellmann..... 693

VIII

---

## Dank

Dank gebührt an erster Stelle den Autorinnen und Autoren, die mit ihren Beiträgen Walter Fellmann ehren und diese Festschrift ermöglicht haben.

Ein grosser Dank geht an die Mitarbeitenden am Lehrstuhl von Prof. Dr. Karin Müller, Universität Luzern, namentlich an Martina Ferrari für die organisatorische und administrative Unterstützung sowie die umsichtige Betreuung der Manuskripte, an RA Simon Leu, MLaw, für die sorgfältige Bereinigung der Beiträge und die Formatierung, sowie an Maike Jeschonnek, BLaw, und Livio Mühlebach, BLaw, für das sorgfältige Lektorat.

Ohne die grosszügige Unterstützung folgender Institutionen wäre die Herausgabe dieser Festschrift nicht möglich gewesen:

- Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Luzern
- Forschungskommission der Universität Luzern
- Helmuth M. Merlin Stiftung, Vaduz
- Stiftung für Rechtsausbildung, Luzern
- Schweizerischer Anwaltsverband
- Luzerner Anwaltsverband
- SwissLegal-Gruppe

Der Stämpfli Verlag AG, insbesondere Herrn Stephan Grieb und Frau Azmina Khimji, ist für die umsichtige Beratung bei der Konzeption dieser Festschrift, die sorgfältige Begleitung der Entstehung und ganz allgemein für die angenehme und konstruktive Zusammenarbeit zu danken.



---

## Vorwort

Walter Fellmann hat in Luzern die Schulen besucht und in Bern das Studium absolviert, das er im Jahre 1980 mit dem Lizentiat der Rechte abschloss. In der Folge erwarb er das Anwaltspatent (1981) und das Notariatspatent (1983) des Kantons Luzern. Im Jahre 1984 wurde er an der Universität Bern zum *doctor iuris* promoviert. Seine Dissertation verweist bereits auf eines der Haupttätigkeitsgebiete des Jubilars, nämlich das Haftpflichtrecht. Die Dissertation trägt den Titel «Zivilrechtliche Haftung öffentlich zugänglicher Tiersammlungen für Schädigungen durch Tiere».

Seit 1983 ist Walter Fellmann im Kanton Luzern als Anwalt tätig. Er war und ist mit Leib und Seele Anwalt und hat sich auch immer für die Anwaltschaft engagiert. Fragen des Anwaltsrechts waren Walter Fellmann stets ein grosses Anliegen. Als Aktuar und Mitglied des Vorstandes des Luzerner Anwaltsverbands (1993 bis 1995) war er massgebend an der Redaktion der letzten Landesregeln des kantonalen Anwaltsverbands (die bis zur Einführung der Schweizerischen Landesregeln in Kraft blieben) beteiligt. In den Jahren 1995 bis 1999 amtierte Walter Fellmann als Präsident des Luzerner Anwaltsverbands. Daneben hatte er sich auch um den Schweizerischen Anwaltsverband grosse Verdienste erworben. So war er nicht nur Mitglied des Organisationskomitees des ersten Anwaltskongresses, sondern auch mitverantwortlich für das Konzept und in den Anfängen auch für die Durchführung des wissenschaftlichen Teils des Kongresses. Heute ist er massgeblich für die Lehrgänge zum Fachanwalt Haftpflicht- und Versicherungsrecht verantwortlich.

Auch die Ausbildung junger Juristinnen und Juristen lag und liegt Walter Fellmann am Herzen. Dies zeigt sich in seinen Vorlesungen unter anderem zum Anwaltsrecht, die auch zu seinem viel beachteten Lehrbuch zum Anwaltsrecht führten. Im Jahre 1997 gehörte er zu den Gründern der Stiftung für Rechtsausbildung, deren Stiftungsrat er von 1997 bis 2006 angehörte. Das Engagement von Walter Fellmann für die Aus- und Weiterbildung der Juristen zeigt sich auch darin, dass er *Weiterbildung Recht*, die Weiterbildungsstelle der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern, aufgebaut hat und seit 2010 als deren Direktor amtiert. *Weiterbildung Recht* bietet neben «normalen» Tagungen insbesondere – seit einigen Jahren nicht nur in Luzern, sondern in Zusammenarbeit mit der Università della Svizzera italiana auch in Lugano – «Express-Fortbildungen» für Anwältinnen und Anwälte in allen die Anwaltschaft interessierenden Rechtsgebieten an.

Neben seiner Tätigkeit als selbstständiger Anwalt war Walter Fellmann von 1984 bis 1986 Vizepräsident der Schlichtungsbehörde für Miete und Pacht des Kantons Luzern und von 1986 bis 1991 nebenamtlicher Verwaltungsrichter in

der abgaberechtlichen Abteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern. Von 1993 bis 2005 war er zudem Ersatzmitglied der Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte (heute Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte) des Kantons Luzern und von 1997 bis 2006 Mitglied der Schiedskommission der Innerschweizer Handelskammer.

Walter Fellmann verfolgte nicht nur eine Anwaltskarriere, sondern auch eine akademische Karriere. Er habilitierte sich 1993 an der Universität Zürich mit dem Berner Kommentar zum einfachen Auftrag. Nach der Erteilung der *venia legendi* hielt Walter Fellmann an der Universität Zürich und teilweise in Vertretung von Peter Gauch an der Universität Freiburg Vorlesungen und Übungen zum Obligationenrecht. Er wurde im April 2000 von der Universität Zürich zum Titularprofessor ernannt. Auf Februar 2001 erfolgte die Wahl zum nebenamtlichen ausserordentlichen Professor für Schweizerisches und Europäisches Privatrecht an der neu gegründeten Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern. Walter Fellmann leistete einen grossen Beitrag an den Starterfolg und vor allem auch an die gesellschaftliche Verankerung und Akzeptanz der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in der Luzerner Gesellschaft. Auf den 1. April 2004 wurde er zum nebenamtlichen Ordinarius befördert, seit Februar 2011 ist er hauptamtlicher Ordinarius. Von 2007 bis 2015 amtegte Walter Fellmann als Mitglied der Fakultätsleitung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern.

Neben seinem Beruf als Anwalt und seiner Tätigkeit als akademischer Lehrer war Walter Fellmann in den Jahren 2002 bis 2015 Präsident der Schulkommission der Kantonsschule Alpenquai Luzern.

Walter Fellmann hat sich im Verlauf seiner Karriere mit vielen Rechtsgebieten befasst, was sich nicht nur im hier kurz skizzierten beruflichen Lebenslauf, sondern auch in Publikationen zu vielfältigsten juristischen Themenkreisen zeigt. Dementsprechend stammen die Beiträge dieser Festschrift auch aus verschiedensten Rechtsgebieten. Aber selbstverständlich haben sich auch bei Walter Fellmann im Verlaufe der Zeit Schwerpunkte seiner Tätigkeit herausgebildet. Er ist Privatrechtler und beschäftigt sich im Bereich des Privatrechts primär mit Schadens-, Vertrags- und Gesellschaftsrecht. Daneben ist er im Arztrecht tätig. Hinzu kommt – wie bereits erwähnt – aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit das Anwaltsrecht. In allen diesen Rechtsgebieten hat er zahlreiche Publikationen verfasst. Seine Publikationen sind Zeugnis einer humanistischen Grundhaltung und eines in jeder Hinsicht liberalen Geistes.

Walter Fellmann hat, so scheint es, eine unerschöpfliche Schaffenskraft. Er kann nicht nur den Anwaltsberuf und die Tätigkeit als Ordinarius an der Universität Luzern unter einen Hut bringen. Daneben publiziert er regelmässig, und zwar – trotz der Fülle seiner Publikationen – immer auf höchstem wissenschaftlichem Niveau. Auch wenn Walter Fellmann – man will es kaum glauben – mittlerweile

65 Jahre alt ist, was Anlass dieser Festschrift ist, hat er keinerlei Absicht, seiner beruflichen und akademischen Tätigkeit ein Ende zu setzen. Vielmehr widmet er sich immer wieder neuen Projekten, daher auch der Titel der Festschrift: «Auf zu neuen Ufern!»

In diesem Sinne ist diese Festschrift kein Abschluss, sondern bestenfalls eine Etappe. Wir können uns alle darauf freuen, Walter Fellmann in den nächsten Jahren weiterhin in seiner geliebten Tätigkeit zu erleben und seine Publikationen lesen zu dürfen.

Luzern, im Dezember 2020

Karin Müller und Jörg Schwarz



---

## Geleitwort

Diese Festschrift ist anlässlich seines 65. Geburtstags einem Kollegen gewidmet, der die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Luzern massgeblich geprägt hat. Dies nicht nur in Forschung und Lehre, sondern auch in den Bereichen Weiterbildung und Selbstverwaltung. Hier ist nicht der Raum, alle Verdienste von Prof. Walter Fellmann, die er sich während 20 Jahren als Mitglied der Fakultät und auch als Anwalt erworben hat, zu würdigen. Dies wird sicher in den vielen Beiträgen dieses Bandes geschehen. Deshalb beschränke ich mich an dieser Stelle darauf, diejenigen Leistungen zu betonen, die für die Entwicklung und Positionierung der Fakultät besonders wichtig waren und es immer noch sind.

Walter Fellmann ist Mitglied der «ersten Stunde» der Luzerner Rechtsfakultät bzw. einer ihrer Gründungsprofessoren. Seit dem Jahre 2001 forscht und lehrt er zum Schweizerischen und Europäischen Privatrecht und hat insbesondere die Lehrveranstaltungen zum Schadens- und Anwaltsrecht sowie zur Haftung der freien Berufe als feste Grössen und mit viel Strahlkraft im Curriculum etabliert. Dies neben seiner beliebten Vorlesung zum Medizinrecht im Zusammenwirken mit Prof. Regina E. Aebi-Müller. Die Vermittlung von Wissen – gerade auch mit Rücksicht auf seine reiche Praxiserfahrung – ist Walter Fellmann jedoch nicht nur ein Anliegen mit Blick auf die Studierenden der Rechtsfakultät, sondern auch im Rahmen der praxisgerechten Weiterbildung. Als Direktor von *Weiterbildung Recht*, der fakultätseigenen Weiterbildungsstelle, hat er die so genannten «Express-Fortbildungen» fachübergreifend zu einem echten Markenzeichen der Luzerner Rechtsfakultät entwickelt. Diese waren ursprünglich «nur» für die Luzerner Anwaltschaft gedacht, sind inzwischen aber permanent in den Terminkalendern der Juristinnen und Juristen aus der Zentralschweiz und aus dem Tessin verankert. Unter dem Dach von *Weiterbildung Recht* zeichnet Walter Fellmann zudem verantwortlich für die erfolgreiche Organisation und Durchführung diverser Tagungen, die in der gesamten Schweiz und darüber hinaus für Aufmerksamkeit gesorgt haben. Dies gilt allem voran für seinen «Luzerner Tag des Stockwerkeigentums», eine Tagung, die inzwischen zum 10. Mal von Luzern aus die Fachwelt in ihren Bann gezogen hat. Darüber hinaus hat Walter Fellmann als tiefgründiger Forscher ganze Rechtsgebiete mit seinen Beiträgen geprägt. Besonders erwähnenswert sind insoweit der Berner Kommentar zum einfachen Auftrag (1992) und derjenige zur einfachen Gesellschaft (2006), den er zusammen mit Prof. Karin Müller verfasst hat, sowie seine Monographie zum Anwaltsrecht (2. Aufl., 2017) und seine drei Bände zum Schweizerischen Haftpflichtrecht (2012 [zusammen mit Dr. Andrea Kottmann], 2013 und 2015).

Dass Aufbauleistungen kaum je im Alleingang geschehen können und sich Walter Fellmann stets als wahrer Teamplayer für die Entwicklung der Luzerner Rechtsfakultät eingesetzt hat, wird schon daraus sichtbar, dass er in den Jahren 2007 bis 2015 mit sehr viel Engagement als Mitglied der Fakultätsleitung gewirkt hat. Sein Teamgeist ist darüber hinaus auch in der Nachwuchsförderung spürbar und sichtbar geworden. Während seiner bisherigen Hochschulkarriere hat Walter Fellmann 39 Semester an der Universität Luzern unterrichtet und dabei für die Studierenden rund 1'645 Stunden im Hörsaal gestanden, mit zahlreichen Assistierenden und Hilfsassistierenden an seinem Lehrstuhl erfolgreich zusammengearbeitet und 6 Dissertationen als Erstgutachter sowie 11 Dissertationen als Zweitgutachter abgenommen.

Mit Blick auf das Erwähnte und auch alles das, was hier unerwähnt bleiben musste, bleibt mir nur, mich im Namen der gesamten Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern bei Walter Fellmann als einem allseits hoch geschätzten Kollegen für das zum Wohle der Fakultät und der einzelnen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter Geleistete zu bedanken. Für die Zukunft wünsche ich ihm und seiner Familie nur das Beste!

Prof. Andreas Eicker

Dekan

---

# Autorenverzeichnis

ACKERMANN JÜRIG-BEAT

Prof. Dr. iur., Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht,  
Leitender Direktor der Staatsanwaltsakademie, Universität Luzern

AEBI-MÜLLER REGINA E.

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung,  
Universität Luzern

BOHNET FRANÇOIS

Prof. Dr. iur., Professor für Zivilverfahrensrecht und Anwaltsrecht, LL.M.,  
Universität Neuenburg

CONINX ANNA

Ass.-Prof. Dr. iur., Assistenzprofessorin für Strafrecht und Strafprozessrecht,  
MJur (Oxford), Universität Luzern

CONSTANTIN ARNAUD

Dr. iur., Assistant-docteur, Université de Fribourg

DROESE LORENZ

Prof. Dr. iur., Professor für Zivilverfahrensrecht und Obligationenrecht,  
Universität Luzern

DÜRR DAVID

Prof. Dr. iur., em. Titularprofessor Universität Zürich, LL.M., Rechtsanwalt  
und Notar

EGLI PHILIPP

Dr. iur., Rechtsanwalt, Leiter des Zentrums für Sozialrecht an der ZHAW  
School of Management and Law, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern

EITEL PAUL

Prof. Dr. iur., Professor für Privatrecht, Universitäten Luzern und Freiburg,  
Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, Solothurn

EMMENEGGER SUSAN

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Privat- und Bankrecht, LL.M., Direktorin  
des Instituts für Bankrecht, Universität Bern

FURRER ANDREAS

Prof. Dr. iur., Professor für Privatrecht, Rechtsvergleichung, Internationales  
Privatrecht und Europarecht, Universität Luzern

GÄCHTER THOMAS

Prof. Dr. iur., Professor für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich

GAUCH PETER

Prof. em. Dr. iur. Dr. Dr. h.c., Universität Freiburg/Fribourg

GIRSBERGER DANIEL

Prof. Dr. iur., LL.M., Professor für Schweizerisches und Internationales Privat-, Wirtschafts- und Verfahrensrecht sowie Privatrechtsvergleichung, Universität Luzern, Mediator SAV/SWKM

GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA

Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinaria für Schweizerisches und Internationales Privatrecht sowie Privatrechtsvergleichung, Universität Luzern, Rechtsanwältin

HARTMANN STEPHAN

Prof. Dr. iur., Titularprofessor für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung, Universität Luzern, LL.M. (Michigan), Oberrichter im Kanton Aargau

HESELHAUS SEBASTIAN

Prof. Dr. iur., M.A., Ordinarius für Europarecht, Völkerrecht, Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung, Geschäftsleiter des Center for Law and Sustainability, Direktor der Lucerne Academy for Human Rights Implementation, Universität Luzern

HÖRHAGER ELIAS

MLaw und Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent, Universität Luzern

KARAVAS VAGIAS

Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Rechtssoziologie, Rechtstheorie und Privatrecht, Geschäftsführender Direktor Institut für Juristische Grundlagen – lucernauris, Universität Luzern

KAYSER MARTIN

Dr. iur., LL.M, Bundesverwaltungsgericht

KELLERHALS ANDREAS

Prof. Dr. iur., LL.M., Direktor Europa Institut an der Universität Zürich, Partner bei SwissLegal (Zürich) AG

KOLLER ALFRED

Prof. em. Dr. iur., em. Professor für Privat- und Handelsrecht, Universität St. Gallen, Rechtsanwalt in St. Gallen

XVIII

KOLLER THOMAS

Prof. em. Dr. iur. Dr. iur. h.c., em. Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, Rechtsanwalt, Universität Bern

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC

Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Privatrecht und Rechtsvergleichung, Direktor des Instituts für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Universität Bern

LEU SIMON

MLaw und Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent, Universität Luzern

LUMINATI MICHELE

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Institut für Juristische Grundlagen – lucernauris, Universität Luzern

MAEDER STEFAN

Ass.-Prof. Dr. iur, Assistenzprofessor für Straf- und Strafprozessrecht, Universität Luzern

MAGNIN JOSIANNE

Dr. iur., Rechtsanwältin, wissenschaftliche Oberassistentin, Universität Luzern, Schärer Rechtsanwälte Aarau

MÄRKI RAPHAEL

MLaw und Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Zivilistischen Seminar, Universität Bern

MÜLLER KARIN

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht, Universität Luzern

NORER ROLAND

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Öffentliches Recht und Recht des ländlichen Raums, Geschäftsleiter des Center for Law and Sustainability, Universität Luzern

POLEDNA TOMAS

Prof. Dr. iur., Titularprofessor, Universität Zürich, Rechtsanwalt

REBER MARTINA

MLaw, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Zivilistischen Seminar, Universität Bern

**RICHLI PAUL**

Prof. em. Dr. iur., em. Ordinarius für öffentliches Recht, Agrarrecht und Rechtsetzungslehre, Universität Luzern

**SCHMID MARKUS**

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Partner bei Schmid Herrmann, Basel

**SCHNEGG ANTOINE**

Lic. iur., LL.M., wissenschaftlicher Mitarbeiter Europa Institut, Universität Zürich

**SCHWARZ JÖRG**

Prof. Dr. iur., Titularprofessor für Privatrecht, Universität Luzern, Rechtsanwalt und Notar bei Tschümperlin Lötscher Schwarz AG, Luzern

**STÖCKLI HUBERT**

Prof. Dr. iur., MCL, Ordinarius für Zivil- und Handelsrecht, Direktor des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg

**VOKINGER KERSTIN NOËLLE**

Ass. Prof. Dr. iur. et Dr. med., LL.M., Assistenzprofessorin für Öffentliches Recht und Digitalisierung, Universität Zürich, Rechtsanwältin

**WARTMANN JEREMIAS**

MLaw, wissenschaftlicher Assistent, Universität Luzern

**WEBER ROLF H.**

Prof. Dr. iur., em. Professor für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich, Rechtsanwalt (Bratschi AG), Zürich

**WEBER STEPHAN**

Dr. h.c., Geschäftsführer Leonardo Productions AG, Dozent IRP-HSG Universität St. Gallen, Schriftleiter Zeitschrift HAVE

**WERMELINGER AMÉDÉO**

Prof. Dr. iur., Ordinarius, Universität Neuenburg und ehemaliger Dozent an der Universität Luzern

**WERRO FRANZ**

Prof. Dr. iur., Prof. à l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law Center

XX

---

# HAFTPFLICHTRECHT UND VERSICHERUNGEN



---

# Verhaltens- oder Erfolgstheorie im strafrechtlichen Verjährungsrecht

– zugleich ein Beitrag zur wesensfremden Abhängigkeit der zivilrechtlichen von der strafrechtlichen Verjährung\*

JÜRIG-BEAT ACKERMANN

## Inhaltsverzeichnis

I.	Zivilrechtliche Abhängigkeit vom Strafrecht – trotz markanter Wesensunterschiede .....	3
II.	Beginn der Verfolgungsverjährung heute .....	8
	A. Gesetz und Lehre – Geschichte und Gegenwart .....	8
	B. Bundesgericht .....	9
III.	Verhaltenstheorie vs. Erfolgstheorie .....	10
	A. Strafanspruch vs. Zivilanspruch .....	10
	B. «Widerstreitende» Theorien .....	10
	1. Theorien und stossende Ergebnisse .....	10
	2. Argumente pro Verhaltenstheorie .....	11
	3. Argumente pro Erfolgstheorie .....	13
	C. Zwei wichtige Sonderfälle .....	15
	1. Verjährung bei unbewusstem Erfolgsdelikt .....	15
	2. Verjährung beim «Hintereinander» von Zustandsdelikt/ Dauerdelikt und unechtem Unterlassungsdelikt .....	16
IV.	Abschliessende Theoriewürdigung – eine neue «Abhängigkeit» vom Haftpflichtrecht? .....	17
V.	Literaturverzeichnis .....	21

## I. Zivilrechtliche Abhängigkeit vom Strafrecht – trotz markanter Wesensunterschiede

Walter Fellmann und mich verbinden eine sehr freundschaftliche Kollegialität und unter anderem unser Interesse für das «Delikt». Fachlich verbindet uns

---

\* Frau Dr. iur. Doris Hutzler, LL.M., sei für die wertvolle inhaltliche Mithilfe in einer Frühphase dieses Textes herzlich gedankt.

speziell der kürzlich neuformulierte Art. 60 Abs. 2 OR<sup>1</sup>, und zwar auf ganz ungewöhnliche Weise. Was euphemistisch als «Scharniernorm» bezeichnet wird, schafft eine strenge Abhängigkeit des zivil- vom strafrechtlichen Verjährungsrecht. Dabei ist den jeweiligen Deliktsbegriffen im Wesentlichen nur gemeinsam, dass sie die Voraussetzungen definieren, an die rechtliche Folgen geknüpft werden. Der Zweck der jeweiligen Deliktsgesetze ist dagegen ein anderer: So hat das Strafrecht zunächst materiell-dogmatisch eine Entwicklung vom Erfolgs- zum Schuldstrafrecht sowie zur stärkeren Betonung des Handlungs- bzw. Verhaltens- gegenüber dem Erfolgsunrecht durchgemacht.<sup>2</sup> Die strafrechtlichen Deliktsgesetze sanktionieren regelmässig und primär ein genau bestimmtes *schuldhaftes Verhalten*. Dies verdeutlicht vor allem die Versuchsstrafbarkeit mit allen Versuchsformen und die stets an Bedeutung gewinnenden Tätigkeitsdelikte, insbesondere in Form der abstrakten Gefährdungsdelikte. Geprüft wird, vom Unternehmensstrafrecht mal abgesehen, ob ein Verhalten dem Individuum *persönlich zugerechnet (Unrecht) und zum Vorwurf (Schuld)* gemacht werden darf. Würde bis hierhin gedacht, müsste materiell-rechtlich alles für einen Verjährungsbeginn beim Verhalten sprechen. Das heutige Strafrecht ist indes nicht restlos erfolgsgelöst. Das zeigt etwa Art. 22 Abs. 1 StGB, welcher e contrario bei Eintritt des Erfolgs die Strafmilderung ausschliesst, und ganz besonders die Straflosigkeit des folgenlosen fahrlässigen Erfolgsdelikts.<sup>3</sup> Allgemein enthalten Erfolgsdelikte in der Regel auch höhere Strafandrohungen, was sich mit der Funktion des Strafrechts zur Regulierung des Vergeltungsbedürfnisses erklären lässt, das, «ob man das billigt oder nicht, auch von der Art und dem Ausmass des Deliktserfolges»<sup>4</sup> abhängt. Die positive Deliktsgesetzprüfung mündet schliesslich in die strafrechtliche Sanktion. Diese wird vollends nach «dem Verschulden des Täters» (Art. 47 StGB) zugemessen. Im Vordergrund dieses Strafzumessungsverschuldens stehen die Tat- und Täterkomponenten. Bei der Tatkomponente erwähnt Art. 47 StGB zwar zunächst die «Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes». Dabei wird allerdings nicht nur auf «das Ausmass des verschuldeten Erfolges», sondern bereits auf die Grösse der durch das Täterverhalten bewirkten Gefahr

---

<sup>1</sup> Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, § 10 N 3061 ff.; ferner VERDE, Verjährung, 65 ff., zur vorausgesetzten *Strafbarkeit* des Haftpflichtigen im Zusammenhang mit Art. 60 Abs. 2 OR, 71 ff., kurz zum heutigen Recht, 84 f.; eingehend zum geltenden Recht BERGAMIN, 35 ff.

<sup>2</sup> Gemäss PIETH, 22, 27, sollen sich im Spätmittelalter – unter Rückgriff auf die Vorarbeiten der Kanonisten im Hochmittelalter – an die Stelle der germanischen Erfolgshaftung (Früh-)Formen des Schuldprinzips weiter durchgesetzt, und 103, nach 1945 der Handlungsunwert vor den Erfolgsunwert geschoben haben.

<sup>3</sup> STRATENWERTH, AT I, § 3 N 24.

<sup>4</sup> STRATENWERTH, AT I, § 3 N 25.

des Erfolgseintritts abgestellt.<sup>5</sup> Die Normen des BT-StGB machen zudem deutlich, dass meist nicht die reine Verursachung des Erfolgs, sondern insbesondere die «Intensität des deliktischen Willens» und die «Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges von erheblicher Bedeutung» sind.<sup>6</sup> Dazu kommen die Täterkomponenten, die selbstredend vollkommen täterorientiert sind, ganz abgesehen von den zulässigen, spezialpräventiven Überlegungen.<sup>7</sup>

Anders der Zweck des zivilrechtlichen Delikts und damit des Haftpflichtrechts. Hier haftet der Schädiger primär für eine bestimmte *Folge* seines Verhaltens, die unfreiwillige Vermögenseinbusse des Geschädigten, den Schaden.<sup>8</sup> Es regelt den *Ersatz* von Schäden – den Schadenersatz. Im Vordergrund steht also der *Schaden der geschädigten Person*, nicht das konkrete, individuelle Verhalten (und Können) sowie die entsprechende Einstellung *der Täterperson gegenüber dem Recht*. Daran ändert im Grundsatz nichts, wenn man wie FELLMANN/KOTTMANN<sup>9</sup> etwa die Widerrechtlichkeit ausschliesslich als Verhaltensunrecht versteht. So wird zwar bei reinen Vermögensschäden die Verletzung von Verhaltensnormen (Schutznormen) verlangt, die sich vorab im Strafrecht finden.<sup>10</sup> Trotz dieser Strafrechtsnähe verlangt aber bereits die haftpflichtrechtliche Verschuldenshaftung beim Verschulden keine strafrechtliche Schuldprüfung, sondern vorab eine Vorsatz- und Fahrlässigkeitsbeurteilung (inkl. Urteilsfähigkeit)<sup>11</sup> – Voraussetzungen, die im Strafrecht unrechts-, nicht schuld-begründend wirken.<sup>12</sup> Während die Kausalhaftungen gar kein Verschulden voraussetzen,<sup>13</sup> ist selbst die Verschuldenshaftung von einem objektivierten Verschuldensbegriff bestimmt.<sup>14</sup> Dieser stellt auf ein Durchschnittsverhalten unter den gegebenen Umständen ab, was «dem Schutz des Geschädigten und der Praktikabilität des Haftpflichtrechts» dient. «Im Zivilrecht gehe es um einen wertenden Ausgleich widerstreitender Interessen und nicht um individuelle

<sup>5</sup> STRATENWERTH, AT II, § 6 N 19.

<sup>6</sup> WOHLERS, in: Wohlers/Gothenzi/Schlegel, Art. 47 N 9.

<sup>7</sup> Einlässlich STRATENWERTH, AT II, § 6 N 70 ff.

<sup>8</sup> Entsprechend stellen FELLMANN/KOTTMANN, § 2 N 70 ff., den Schaden in ihrer Darstellung an den Anfang.

<sup>9</sup> FELLMANN/KOTTMANN, § 2 N 334 ff.; vgl. auch VERDE, Widerrechtlichkeit, 1 ff.

<sup>10</sup> FELLMANN/KOTTMANN, § 2 N 341, die in der vorgehenden N 340 auch der Auffassung sind, dass das zivilrechtliche Deliktsrecht ähnlich dem Strafrecht einen selektiven Rechtsgüterschutz betreibe.

<sup>11</sup> FELLMANN/KOTTMANN, § 3 N 558 ff.; beim nunmehr überholten, reinen «psychologischen Schuldbegriff» war der Vorsatz und die Fahrlässigkeit auch im Strafrecht noch als Schuldform angesehen worden, vgl. STRATENWERTH, AT I, § 11 N 2.

<sup>12</sup> Ausgenommen die Urteilsunfähigkeit, soweit sie (teilweise) als Teil der strafrechtlichen Schuldfähigkeit aufgefasst werden kann.

<sup>13</sup> FELLMANN/KOTTMANN, § 1 N 23.

<sup>14</sup> FELLMANN/KOTTMANN, § 1 N 20: Auf die geistige und körperliche Verfassung des Schädigers «im Zeitpunkt des schädigenden Verhaltens, seine intellektuellen Fähigkeiten oder seine Ausbildung kommt es nicht an», eingehend § 3 N 532 ff.

Vorwerfbarkeit wie im Strafrecht.»<sup>15</sup> Unterschiede betreffen auch die Rechtsfolge: Die *Schadensberechnung* ist zunächst eine objektive und stellt selbst via die zusätzliche subjektive Methode<sup>16</sup> höchstens auf die Person des *Geschädigten* ab, nicht aber auf die Person des Haftpflichtigen, des Täters. Erst bei der *Schadenersatzbemessung* und einzig im Rahmen der Verschuldenshaftung kann leichtes Verschulden des Schädigers zur Reduktion der Ersatzpflicht führen.<sup>17</sup> Auch bei der Bemessung der Genugtuung ist die Schwere des (zivilrechtlichen) Verschuldens des Haftpflichtigen zu berücksichtigen.<sup>18</sup> Das Haftpflichtrecht ist also gesamthaft gesehen – diese Folgerung sei einem Strafrechtler erlaubt – verhaltens- und «täter-»indifferenter als das Strafrecht.<sup>19</sup>

Diese Überlegungen erklären auch, weshalb bis zur Verjährung der zivilrechtlichen Forderung im Grunde der volle Schadenersatz geschuldet ist; eine Reduktion des Schadensersatzes infolge Verfahrensdauer oder reinen Zeitablaufs wird nicht diskutiert. Im Strafrecht führt dagegen eine überlange Verfahrensdauer anerkanntermassen zur Strafmilderung, zumal die dadurch bewirkte Belastung für die beschuldigte Person untechnisch als «Bestrafung» bei der Strafzumessung einzurechnen ist.<sup>20</sup> Angenommen wird auch eine ganz allgemeine Strafmilderung infolge lang zurückliegender Tat,<sup>21</sup> ohne dass bereits ein Verfahren eröffnet wurde und werden konnte, zumal das gesellschaftliche Strafbefürfnis gegenüber dem Täter über die Zeit abnimmt. So bildet der Verjährungseintritt also nicht zwingend eine Schwarz-Weiss-Grenze. Zwar ist eine Reaktion auf ein Delikt bis zur Verjährung möglich, das Delikt wird aber infolge Zeitverstreichens als ein «Weniger» beurteilt, was zu einer Straf- und damit Rechtsfolgenmilderung führen kann.

Trotz dieser markanten Unterschiede besteht via Art. 60 Abs. 2 OR eine eigenartige, auch als unlogisch und widersprüchlich bezeichnete verjährungsrechtliche Abhängigkeit des zivilrechtlichen vom strafrechtlichen Deliktsrecht. Gemäss Vorentwurf sollte zwar auf Art. 60 Abs. 2 OR integral verzichtet werden. Dazu ist es aber – nach heftigen parlamentarischen Auseinandersetzungen – knapp nicht gekommen.<sup>22</sup> Die relative Verjährung wurde immerhin von einem auf drei Jahre und die absolute Verjährung bei Personenschäden von 10 auf 20

<sup>15</sup> Zu beiden Zitaten FELLMANN/KOTTMANN, § 3 N 570.

<sup>16</sup> FELLMANN/KOTTMANN, § 6 N 1343 ff., zur Berechnung des Personenschadens N 1488 ff., des Sachschadens N 2320 ff.

<sup>17</sup> FELLMANN/KOTTMANN, § 7 N 2418 ff., zur verschuldensunabhängigen Notlage des Ersatzpflichtigen N 2568 ff.

<sup>18</sup> FELLMANN/KOTTMANN, § 8 N 2658.

<sup>19</sup> Auch wenn das Strafrecht bei der Individualisierung selbstredend auch an Grenzen stösst; zum massgebenden sozialen Schuldbegriff STRATENWERTH, AT I, § 11 N 6.

<sup>20</sup> STRENG, N 613.

<sup>21</sup> Vgl. STRENG, N 614.

<sup>22</sup> Zur Gesetzgebungsgeschichte im Detail BERGAMIN, 35 ff.

Jahre erhöht. Ob damit den Verjährungsproblemen bei Spätschäden tatsächlich genügend begegnet wurde, wird allerdings bezweifelt.<sup>23</sup> Mit der Wendung «ungeachtet der vorstehenden Absätze frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung» hat der Gesetzgeber in Art. 60 Abs. 2 OR nunmehr immerhin klargestellt, dass die strafrechtliche Verjährungsfrist für die relative und die absolute zivilrechtliche Verjährungsfrist gilt.<sup>24</sup> «Die zivilrechtliche Verjährung kann sich demnach bis zum Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung nicht vollenden, unabhängig davon, ob und, gegebenenfalls, wann die geschädigte Person Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt».<sup>25</sup>

Das Bundesgericht hielt erst kürzlich an seiner haftpflichtrechtlichen Verjährungspraxis fest,<sup>26</sup> indem es den Abschluss des Verhaltens als Fristbeginn der gemäss Art. 60 Abs. 2 OR massgebenden strafrechtlichen Verfolgungsverjährung bestätigte. Zwar berücksichtigt es dabei die EGMR-Entscheidung Howald Moor gegen die Schweiz,<sup>27</sup> in welcher der Gerichtshof die zwingende Anwendung der altrechtlichen absoluten zehnjährigen Verjährungsfrist aufgrund der zeitlichen Verzögerung des Schadenseintritts bei Spätschäden als unverhältnismässig und damit als Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) sieht. Gemäss Bundesgericht schliesse das besagte EGMR-Urteil aber absolute Verjährungsfristen nicht per se aus, sondern enthalte lediglich den Hinweis, dass diese unter Berücksichtigung der Latenzzeit einer Schädigung festzulegen seien. Das Bundesgericht sah es deshalb nicht als unverhältnismässig an, «einen Anspruch, der erst rund 37 Jahre nach der letzten möglichen Schädigung geltend gemacht wurde, als verjährt zu betrachten und die Klage abzuweisen».<sup>28</sup>

Weder das neue Haftpflichtrecht mit seinen verlängerten Verjährungsfristen bei Personenschäden noch die kürzlich auch im Lichte der Howald-Rechtsprechung ergangenen Entscheide des Bundesgerichts vermögen den «Druck» aufs Strafrecht bzw. via Art. 60 Abs. 2 OR auf das Verfolgungsverjährungsrecht ganz abzumildern. Gerade in Fällen, in welchen die dreijährige relative Verjährungsfrist läuft, kann die längere strafrechtliche Verjährungsfrist relevant werden. Könnte für den strafrechtlichen Verjährungsbeginn gar auf den Erfolgseintritt abgestellt werden, wären für die geschädigten Personen und deren Vertretung ganz neue Wege offen.

---

<sup>23</sup> Vgl. KRAUSKOPF, 16.

<sup>24</sup> Zum Ganzen VERDE, Neues, 175 ff.

<sup>25</sup> BERGAMIN, 43 f.; i.E. ebenso VERDE, Neues, 176.

<sup>26</sup> BGER 4A\_554/2013 und 4A\_299/2013, beide vom 6. November 2019.

<sup>27</sup> Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Moor und andere gegen die Schweiz vom 11. März 2014.

<sup>28</sup> BGER 4A\_554/2013 vom 6. November 2019, E. 8, zitierte Stellen in E. 8.3.

Im Folgenden soll deshalb der Frage nachgegangen werden, ob auch der strafrechtliche Leitentscheid<sup>29</sup> zutreffend ist, in welchem der Beginn der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung erneut und wortgetreu gemäss Art. 98 lit. a StGB auf den Zeitpunkt der Tathandlung und nicht auf denjenigen des Erfolgsintritts festgelegt wurde. Auf dem Prüfstand stehen zwei Theorien: die Verhaltens- und die Erfolgstheorie.

## II. Beginn der Verfolgungsverjährung heute

### A. Gesetz und Lehre – Geschichte und Gegenwart

Die kantonalen Strafgesetze liessen die Verjährung in der Regel mit dem Tag der Begehung oder der Verübung beginnen. Zwar verzichteten einzig die Gesetze von St. Gallen und Solothurn ausdrücklich auf ein Abstellen auf den Erfolg, die anderen aber immerhin implizit. Einzelne Kantone stellten zudem auf die «sichere Kunde» von der begangenen Tat, auf die «Kenntnis» von der Tat und dem Täter bzw. das «Entdecken» des Verbrechens ab.<sup>30</sup> Im Vorentwurf 1908 zum Schweizerischen StGB von ZÜRCHER war diese «Kenntnis» zwar kein Kriterium mehr, dagegen wurde für den Beginn der Verjährung sehr breit einmal auf die Verhaltens- und einmal auf die Erfolgstheorie abgestellt.<sup>31</sup> Wörtlich heisst es in den entsprechenden Erläuterungen ohne weitere Begründung und zunächst doch eher überraschend: «Die Verjährungsfrist der Verbrechen beginnt mit dem Tage der Begehung. Also beim Erfolgsdelikt an dem Tage, da der Erfolg eingetreten (der Tod beim Tötungsdelikt), in allen anderen Fällen, insbesondere auch beim Versuch, am Tage, da der Täter gehandelt (...)».<sup>32</sup> Die zweite Expertenkommission entschied sich dann aber wohl für das Ende des strafbaren Verhaltens (Verhaltenstheorie) als den für den Verjährungsbeginn massgeblichen Zeitpunkt, obwohl der damalige Wortführer HAFTER sich in seinem Votum nicht recht festlegen, sondern die Verhaltens- und Erfolgstheorie in einer Bestimmung «verschmelzen» lassen wollte.<sup>33</sup> Der Entwurf 1918 stellte

---

<sup>29</sup> BGE 134 IV 297.

<sup>30</sup> Vgl. STOOSS, 439 ff.

<sup>31</sup> «Art. 59. (...) 2. Die Verjährung beginnt: am Tage, an dem der Täter die verbrecherische Tätigkeit ausführt; (...) wenn er den Erfolg des Verbrechens verursacht, am Tage, an dem dieser Erfolg eintritt; (...)» – abgedruckt im Protokoll der zweiten Expertenkommission zum Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Band I, April 1912, 401. So auch schon der VE 1896 (S. 42 ff., Art. 48 Abs. 2), und jener von 1903 (S. 22, Art. 55 § 2), vgl. SCHLATTER, 313. Anders noch VE 1894 (S. 32 ff., Art. 45 Abs. 2: «Tage der Begehung des Verbrechens»).

<sup>32</sup> ZÜRCHER, 106.

<sup>33</sup> Protokoll der zweiten Expertenkommission zum Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Band I, April 1912, 401 ff. und 409: «Mehrheit für Streichung des

dann jedenfalls auf die Verhaltenstheorie ab,<sup>34</sup> was HAFTER in seinem Lehrbuch von 1926 aufnahm.<sup>35</sup> Auch der heute geltende Normtext von Art. 98 lit. a StGB steht mit Blick auf den Wortlaut auf dem Boden der Verhaltenstheorie – so auch die h.L.<sup>36</sup>

## B. Bundesgericht

Das Bundesgericht hat sich in seinem bereits genannten Leitentscheid<sup>37</sup> auch bei Erfolgsdelikten für die Anwendung der Verhaltenstheorie entschieden, was dazu führt, dass die Verfolgbarkeit verjähren kann, bevor ein Erfolg (z.B. Verletzung, Tötung) – bei Fahrlässigkeitsdelikten gar die Strafbarkeit – eintritt.

Es macht aber bei der Teilnahme gewisse Zugeständnisse an die Erfolgstheorie.<sup>38</sup> Danach soll die Verjährung bei Anstiftung und mittelbarer Täterschaft nicht mit Abschluss der Anstiftungshandlung oder dem Einwirken auf den Tatmittler, sondern erst mit Eintritt des «Erfolges» (also der Ausführung der Tat durch den Angestifteten oder Tatmittler) beginnen.<sup>39</sup> Infolge Akzessorietät

---

3. Al. der Ziff. 2 nach Antrag Hafter». Hafter hielt in der Expertenkommission fest, dass er weder mit Bolli und Lang einverstanden sei (die beide ein Abstellen auf den Erfolgseintritt ablehnten). Er wollte vielmehr die Verhaltens- und Erfolgstheorie «verschmelzen» (Protokoll oben zit., 407). Im gutgeheissenen Text von Art. 59<sup>bis</sup> alt StGB ist dann aber nichts mehr von einer solchen Verschmelzung erkennbar. Für den Beginn der Verjährung wurde nur noch auf den Tag, «an dem der Täter die verbrecherische Tätigkeit ausführt», abgestellt.

<sup>34</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918, 127 f.

<sup>35</sup> HAFTER, 435.

<sup>36</sup> Vgl. WOHLERS, in: Wohlers/Godenzi/Schlegel, Art. 98 N 1; DONATSCH/TAG, 433 f.; ZURBRÜGG, BSK, Art. 98 StGB N 1 ff.; TRECHSEL/CAPUS, Art. 98 N 1 m.w.N.; STRATENWERTH, AT II, § 7 N 28; schon SCHULTZ, 248 zu Art. 71 Abs. 2; vgl. auch JOSITSCH/SPIELMANN, 190, 194.

<sup>37</sup> BGE 134 IV 297.

<sup>38</sup> Bei der Teilnahme i.e.S. verlangt die (limitierte) Akzessorietät neben der Teilnahmehandlung eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Haupttat, welche – selbst wenn nur eine gelockerte Kausalität verlangt wird – als Erfolg betrachtet werden kann. Deutlich schon SCHULTZ, 294: «Die Anstiftung ist ein Erfolgsdelikt»; 298: «Mithin ist die Gehilfenschaft ein Erfolgsdelikt»; ferner STRATENWERTH, AT I, § 13 N 123: «Erfolglose Teilnahme»; TRECHSEL/NOLL/PIETH, 218; DONATSCH/TAG, 160, 169; für Erfolgsdelikt wohl auch SEELMANN/GETH, 156. Dies kann freilich nicht für den Anstiftungsversuch (Art. 24 Abs. 2 StGB) und den Versuch der mittelbaren Täterschaft (sofern man die sog. «Einzellösung» vertritt) gelten, da es in diesen Fällen zu keiner Ausführung der Tat durch den unmittelbaren Täter kommt: Dort muss wiederum die Verhaltenstheorie gelten, da sonst die Verjährung nicht zu laufen beginnen könnte.

<sup>39</sup> BGE 120 IV 17, 22 ff.; 102 IV 79, 80 f.; 69 IV 62, 63 f.

muss dies auch für die Gehilfenschaft gelten: Für den Verjährungsbeginn ist auf das Verhalten des Haupttäters abzustellen.<sup>40</sup>

### **III. Verhaltenstheorie vs. Erfolgstheorie**

#### **A. Strafanspruch vs. Zivilanspruch**

In Art. 16 StPO ist vom «Strafanspruch» die Rede – ein oft verwendeter, missverständlicher Begriff. Er suggeriert eine nicht bestehende Nähe zum zivilrechtlichen Anspruch. Gemeint ist hingegen kein subjektives Recht (des Staates). Mit der Wendung «gleichmässige Durchsetzung des Strafanspruchs» in Art. 16 StPO wird vielmehr allgemein die Justizgewährungspflicht (auch Vollzugszwang) nach Art. 7 Abs. 1 StPO als notwendiges Gegenstück zum (staatlichen) Straf- bzw. Justizmonopol (Art. 2 Abs. 1 StPO) betont.<sup>41</sup> Danach darf und muss die Verfolgung und Beurteilung von Straftaten (nur) durch die dafür vorgesehenen, gesetzlich bestimmten (staatlichen) Strafverfolgungsbehörden erfolgen. Mit jeder Verletzung einer Strafnorm entsteht so gesehen das Monopolrecht und die Pflicht des Staates zur Verfolgung und Beurteilung der Tat. Nur dies ist mit «Strafanspruch» gemeint.

#### **B. «Widerstreitende» Theorien**

##### *1. Theorien und stossende Ergebnisse*

Die Verhaltenstheorie fixiert den Beginn der Verfolgungsverjährung auf das Ende des strafbaren Verhaltens, was bei Spätschäden (so z.B. in Bau-, AIDS- oder Asbestfällen) dazu führen kann, dass die Straftatverfolgung bereits verjährt ist, bevor die Straftat verfolgt werden kann. Die Erfolgstheorie dagegen lässt die Verjährungsfrist erst mit Eintritt des Erfolges eintreten. Sie kann prozessrechtlich also dazu führen, dass den Strafbehörden die Aufgabe übertragen wird, erst nach Jahrzehnten und deshalb aufgrund «brüchig gewordener Beweislage»<sup>42</sup> Beweis führen zu müssen.

---

<sup>40</sup> SCHLATTER, 314; vgl. auch BGE 102 IV 79, 80 f.

<sup>41</sup> Statt vieler SCHMID/JOSITSCH, N 353, ferner N 85 und N 178 ff.; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 3.

<sup>42</sup> LANGE, 240.

Weder der strafprozessuale Tatbegriff, die materiell-rechtlichen Vorgaben,<sup>43</sup> die Strafzwecke<sup>44</sup> noch die verschiedenen Theorien über das Wesen der Verjährung<sup>45</sup> führen beispielsweise in Deutschland zu einer eindeutigen Verjährungslösung.<sup>46</sup> Im Folgenden soll die Verhaltens- der Erfolgstheorie gegenübergestellt und dabei auch auf den schweizerischen Rechtshintergrund Bezug genommen werden.

## 2. *Argumente pro Verhaltenstheorie*

Der Wortlaut von Art. 98 lit. a StGB ist scheinbar klar, wenn man primär auf die *Tätigkeit* abstellt («... strafbare *Tätigkeit* ausführt ...»<sup>47</sup>). Das Nomen *Tätigkeit* spricht für die Verhaltenstheorie. Legt man den Fokus auf das Adjektiv *strafbare*, wäre jedenfalls bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten ein Abstellen auf die Erfolgstheorie nicht ausgeschlossen.<sup>48</sup> Zur Bedeutung des «Ausführens» später.<sup>49</sup> Das Bundesgericht arbeitet in seiner Leitentscheidung<sup>50</sup> jedenfalls mit einer über den Wortlaut hinausgehenden, für das Strafrecht doch bemerkenswerten Telos-Formel und prüft deshalb auch einige Argumente für die Erfolgstheorie, um schliesslich festzustellen, es gäbe keine Theorien-Präferenz.

Die Logik überzeugt auch im Recht. Als Hauptargument gegen die Verhaltenstheorie wird deshalb am Beispiel des fahrlässigen Erfolgsdelikts regelmässig vorgebracht, es sei ein innerer, logischer Widerspruch, den Strafanspruch vor seiner Entstehung untergehen zu lassen. Danach «Kann eine noch nicht begangene Straftat verjähren»<sup>51</sup>, will heissen, solange bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten der Erfolg noch nicht eingetreten ist. Vor dem Hintergrund der eingangs dargestellten Wesensunterschiede von Strafrecht und Haftpflichtrecht sowie der erfolgten Klarstellung des Begriffs «Strafanspruch» lässt sich den Vertretern dieser (scheinbaren) Logik (und der Erfolgstheorie) entscheidend entgegenhalten, sie würden die Sache viel zu sehr aus einer zivilrechtlichen

<sup>43</sup> Zu beiden die überzeugenden Klärungen nach deutschem Recht GLESS, Differenz, 692 ff.  
<sup>44</sup> Vgl. GLESS, Differenz, 697 ff.

<sup>45</sup> Ebenso BRUNS, 1258. Nach GLESS, Differenz, 690 f., soll Verjährung «Rechtsfrieden durch Strafverzicht herstellen», weil durch Zeitverlauf das Strafbedürfnis schwinde und die Beweislage schwächer werde. Ob der erst nach langer Zeit zu Tage tretende Erfolg/Schaden nicht seinerseits in einem Masse «friedensstörend» sei, dass an den Erfolg anzuknüpfen sei, obwohl «die Störung des Rechtsfriedens durch die Tathandlung verblasst sei», liesse sich allein nach dem Wesen der Verjährung nicht bestimmen.

<sup>46</sup> Anders aber nun GLESS, Zeit, 467 ff., insbes. 480 ff.

<sup>47</sup> Ebenso TRACHSEL, 84 m.w.N.; so auch das Bundesgericht: BGE 134 IV 297 E. 4.3.1.

<sup>48</sup> So JOSITSCH/SPIELMANN, 194; a.A. ZURGRÜGG, BSK, Art. 98 StGB N 6.

<sup>49</sup> Siehe hinten S. 17 f.

<sup>50</sup> BGE 134 IV 297, E. 4.3.1.

<sup>51</sup> GLESS, Differenz, 704; vgl. auch SCHMIDT, 127.

Optik betrachten.<sup>52</sup> Im Zivilrecht kann es Sinn machen, auf den Erfolg abzustellen: Ohne Schaden entsteht kein Schadenersatzanspruch, welchen der Geschädigte geltend machen kann. Deshalb wäre es möglicherweise unbillig, die Durchsetzbarkeit des Anspruchs infolge Verjährung zu verunmöglichen, bevor der Schaden eingetreten und der Anspruch überhaupt entstanden ist.<sup>53</sup> Bei der strafrechtlichen Verjährung entsteht dem Staat als Inhaber des Strafanspruchs dagegen kein materieller Schaden durch die Verjährung. Er *verliert* auch seinen Strafanspruch nicht, denn ein solcher ist ohne Erfolg beim fahrlässigen Erfolgsdelikt gar nicht erst entstanden.

Die Bedeutung des Handlungs- bzw. Verhaltensunrechts (samt innerer Einstellung als Teil der strafbaren Handlung) sowie die Kriterien der Strafvoraussetzungsschuld und der Strafzumessungsschuld zeigen,<sup>54</sup> wie sehr es im Strafrecht auf das Verhalten bzw. die Pflichtverletzung samt Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit sowie auf die (bei aller Generalisierung) doch recht täterindividualisierten Schuld (Schuldfähigkeit, Verbotskenntnis und Zumutbarkeit) der Täterperson im Zeitpunkt der Tatbegehung ankommt.<sup>55</sup> All diese Gesichtspunkte sprechen für einen Verjährungsbeginn ab Handlung.

Auch die dogmatischen Figuren der unvollendeten Straftat verlangen zumindest nach einem Ausgleich in Richtung Verhaltenstheorie. Zu denken ist an die Vorbereitungshandlungen und die Versuchstat (inkl. Rücktritt von einer Straftat).<sup>56</sup> Gleiches gilt für sämtliche (reine) Tätigkeitsdelikte, namentlich für die Unterkategorie der abstrakten Gefährdungsdelikte. Würde bei all diesen Delikten auf den Erfolg abgestellt, würden diese Taten nie verjähren, wenn kein Erfolg eintritt und kein entsprechendes Erfolgsdelikt statuiert wäre. Deshalb ist zutreffend die Rede von der «faktischen Unverjährbarkeit von Risikohandlungen».<sup>57</sup>

Wird die Handlung und der Erfolg als Einheit gesehen, weil sich das tatbestandsmässige Verhalten beim Erfolgsdelikt gerade im Erfolg realisiert,<sup>58</sup> könnte das Erfolgsunrecht ohne Handlungsunrecht allein nicht bestehen. Nach einer so verstandenen Verhaltenstheorie müssten die Verjährungsfristen so bemessen werden, dass im Zeitpunkt des Erfolgseintritts das Handlungsunrecht

---

<sup>52</sup> Ausgezeichnet BRUNS, 1260 m.H.; GLESS, Differenz, 705, spricht von «(...) an bestimmtes zivilrechtliches Denken angelehnte – Begriffsjurisprudenz».

<sup>53</sup> Vgl. auch BRUNS, 1260, unter Bezug auf KITZINGER, 213 ff.

<sup>54</sup> Siehe vorn S. 4 f.

<sup>55</sup> Allgemein dazu STRATENWERTH, AT I, § 2 N 7 sowie § 11 N 6.

<sup>56</sup> Zum Versuch HUGGENBERGER, 45.

<sup>57</sup> GLESS, Differenz, 692.

<sup>58</sup> Überzeugend WOLTERS/BECKSCHÄFER, 146.

bereits derart verblasst wäre, dass es unzumutbar erschiene,<sup>59</sup> die Einheit von Verhalten und Erfolg noch zuzurechnen.<sup>60</sup>

### 3. *Argumente pro Erfolgstheorie*

Im deutschsprachigen Raum sind Art. 98 lit. a StGB, das Schweizerische Bundesgericht sowie die hiesige h.L. mit ihrer allein auf der Verhaltenstheorie basierenden Lösung allein: Deutschland (Art. 78a dStGB<sup>61</sup> – dazu später), Österreich (§ 58 Abs. 1 öStGB<sup>62</sup>) und Liechtenstein (Art. 58 Abs. 1 liStGB, welcher der österr. Regelung entspricht) stellen wie selbstverständlich (auch) auf die Erfolgstheorie ab, was dort offenbar keine Schwierigkeiten bereitet.

Betont man die Zurechnung des Erfolgs, kommt man beim Erfolgsdelikt nicht um die Erfolgstheorie herum. Ein strafrechtliches Unrecht kann gerade beim fahrlässigen Erfolgsdelikt im Vorfeld des Erfolgseintritts nicht entstehen, denn der Versuch erfordert Vorsatz, welchen es beim Fahrlässigkeitsdelikt definitionsgemäss nicht gibt.<sup>63</sup> Fallen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt Verhalten und Erfolg zeitlich auseinander, entsteht daher im Gegensatz zum versuchten vorsätzlichen Erfolgsdelikt immer dann kein «Strafanspruch» bzw. Vollzugszwang, wenn der Erfolg erst nach Ablauf der Verjährungsfrist eintritt.<sup>64</sup> Tritt der Erfolg aber selbst beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt erst nach Ablauf der Verjährungsfrist ein (Fristbeginn: Verhalten), kann der Täter gar bei *dolus directus* nicht mehr verfolgt und bestraft werden – selbstredend auch nicht als vor Verjährungseintritt handelnder Versuchstäter. Verjährt ist das versuchte und vollendete Delikt. Je nach Bedeutung, die das Strafrecht dem Erfolgsunrecht einräumt, müsste also selbst beim Vorsatzdelikt (ggf. neben der Verhaltenstheorie) auf die Erfolgstheorie abgestellt werden.

---

<sup>59</sup> Unzumutbarkeit verstanden als Teil der verfassungsmässigen Verhältnismässigkeit.

<sup>60</sup> Zu nahen Überlegungen aus dem deutschen Zivilrecht WOLTERS/BECKSCHÄFER, 150; zur Würdigung siehe hinten S. 18 f.

<sup>61</sup> Art. 78a dStGB: «Die Verjährung beginnt, sobald die Tat beendet ist. Tritt ein zum Tatbestand gehörender Erfolg erst später ein, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkt.»

<sup>62</sup> § 58 Abs. 1 öStGB: «Tritt ein zum Tatbild gehörender Erfolg erst ein, nachdem die mit Strafe bedrohte Tätigkeit abgeschlossen worden ist, oder das mit Strafe bedrohte Verhalten aufgehört hat, so endet die Verjährungsfrist nicht, bevor sie entweder auch vom Eintritt des Erfolges ab verstrichen ist oder seit dem im § 57 Abs. 2 bezeichneten Zeitpunkt [= Ende des strafbaren Verhaltens] ihr Eineinhalbfaches, mindestens aber drei Jahre verstrichen sind.»

<sup>63</sup> Statt vieler vgl. STRATENWERTH, AT I, § 16 N 40.

<sup>64</sup> I.E. auch TRACHSEL, 78 f.

Prozessrechtlich wird gegen die Erfolgstheorie ins Feld geführt, dass die damit verbundene überlange Dauer seit der Tat die Beweis- und Verteidigungschancen verringern würde. Ob tatsächlich eine relevant geschwächte Beweis- bzw. Verteidigungslage vorliegt, ist freilich nur im konkreten Fall zu beurteilen und möglicherweise nicht von Systemrelevanz.<sup>65</sup> Die Erkenntnisse über den Erfolg können den Beweis oder die Verteidigung auch erleichtern.<sup>66</sup>

WALDER<sup>67</sup> als Befürworter einer teilweisen Hinwendung zur Erfolgstheorie ist jedenfalls für eine berichtigende Auslegung von Art. 98 lit. a StGB (früher Art. 71 Abs. 1 aStGB), da es «nicht annehmbar» sei, dass eine Handlung, die ganz unauffällig geschehen sein mag, sofort zu verjähren beginne und straflos bleibe, wenn der Erfolg erst später eintritt. Das Stichwort «berichtigende Auslegung» legt ein gedanklicher Ausflug nach Deutschland vor die Revision von 1975 nahe, mit welcher nach langen Jahren «berichtigender Auslegung» die Verjährung i.S. einer Mischlösung von Erfolgs- und Verhaltenstheorie mit dem noch heute geltenden § 78a dStGB neu geregelt wurde. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF bemerken dazu: «Diese dankenswert klare Vorschrift beseitigt schwere Mängel des bisherigen Rechts (§ 67 Abs. 4 a.F. [...]), die in der Praxis allerdings durch eine vernünftige, der heutigen gesetzlichen Regelung entsprechende Auslegung neutralisiert werden konnte. Jedenfalls war man sich schon bisher darüber einig, dass insbesondere bei fahrlässigen Taten die Verjährung nicht schon mit der Handlung, sondern erst mit dem Erfolg beginnt».<sup>68</sup> § 67 Abs. 4 alt dStGB lautete: «Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolges». Spontan würde man die Bestimmung der Verhaltenstheorie zuordnen.<sup>69</sup> Nach der damaligen, darauf bezogenen deutschen h.L.<sup>70</sup> würde der

<sup>65</sup> Vgl. aber GLESS, Differenz, 691 f., mit zusätzlichen interessanten Aspekten zur Beweisnot auf Seiten der beschuldigten Person.

<sup>66</sup> Vgl. auch JOSITSCH/SPIELMANN, 195.

<sup>67</sup> WALDER, 18; ebenso hinsichtlich des fahrlässigen Erfolgsdelikts *de lege ferenda* JOSITSCH/SPIELMANN, 194 ff.; TRECHSEL/CAPUS, Art. 98 N 1 («[...] Gesetzgeber [...] leider nicht gefolgt [...]).»

<sup>68</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 611.

<sup>69</sup> Vgl. dazu z.B. BRUNS, 1257 ff. m.H.

<sup>70</sup> Vgl. JESCHECK, 670 f.; MÖSL, § 67 N 2 f.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 611 f.; SCHMIDT, 127 f.; SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 67 N 4 ff.; SCHRÖDER, 31; WELZEL, 261 f. («Die Verjährung kann stets erst von dem Zeitpunkt zu laufen beginnen, an dem die Strafklage frühestens erhoben hätte werden können [...]. Von diesem Grundsatz aus ist § 67 Abs. 4 zu verstehen, wonach die Verjährung ohne Rücksicht auf den Erfolgseintritt vom Abschluss der Handlung ab beginnt, nämlich der Handlung als *strafbarer* Handlung! Wo also, wie bei der Fahrlässigkeit, die Strafbarkeit der Handlung u.U. lange nach dem Abschluss der Tätigkeit mit dem Eintritt des Erfolges beginnt, da beginnt auch die Verjährung vom Erfolgseintritt ab»); BRUNS, 1257; FRANK, § 67 Anm. II; LANGE, 240 m.w.N.

Wortlaut dem Sinn<sup>71</sup> der Verjährung sowie den allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber widersprechen; es sei geradezu ein «Ungedanke»,<sup>72</sup> wenn Straftaten vor ihrer Verfolgbarkeit verjähren würden; deshalb sei § 67 Abs. 4 alt dStGB berichtigend i.S.d. Erfolgstheorie auszulegen. Dies schaffe klare Verhältnisse und sei als das kriminalpolitisch richtige Ergebnis einer so verfehlten Gesetzesfassung vorzuziehen.<sup>73</sup> Als «Handlung» i.S. des § 67 Abs. 4 alt dStGB wurde daher das Verhalten, einschliesslich eines tatbestandsmässigen Erfolges verstanden;<sup>74</sup> als «Erfolg» i.S.d. § 67 Abs. 4 alt dStGB galten nur jene ausser-tatbestandlichen Umstände, die zu einer vollendeten und damit verfolgbaren Straftat hinzutreten und ihr den besonderen Charakter verleihen; so etwa bei den (in der Schweiz nunmehr unbekannt<sup>75</sup>) erfolgsqualifizierten Delikten (z.B. vorsätzliche Körperverletzung mit fahrlässiger Todesfolge), bei welchen der Erfolgseintritt für die Verjährung des Grunddelikts ohne Bedeutung ist.<sup>76</sup>

Selbst die damalige Rechtsprechung stellte (insbes. bei fahrlässigen Erfolgsdelikten) klar auf den Vollendungszeitpunkt und damit auf den Erfolgseintritt ab.<sup>77</sup>

## C. Zwei wichtige Sonderfälle

### I. Verjährung bei unbewusstem Erfolgsdelikt

Der BGH differenzierte 1957<sup>78</sup> zwischen bewusst (d.h. bewusst fahrlässig oder vorsätzlich) und unbewusst (d.h. unbewusst fahrlässig) begangenen Erfolgstaten. Bei den bewusst begangenen Straftaten sei auf den Erfolg abzustellen, bei

<sup>71</sup> Sinn und rechtspolitische Begründung der Verjährung sei neben der abnehmenden Beweisbarkeit der Tat insbesondere das durch Zeitablauf entfallende Sühnebedürfnis; dieses setze aber voraus, dass die Tat als strafbare Handlung überhaupt in Erscheinung getreten sei (SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 67 N 5; SCHRÖDER, 31).

<sup>72</sup> BINDING, 839; vgl. auch BGHSt 2 306, wobei «das durch den Zeitablauf allmählich erlöschende Vergeltungsbedürfnis» als kaum noch vertretene Rechtsauffassung betrachtet wird.

<sup>73</sup> MÖSL, § 67 N 3.

<sup>74</sup> MÖSL, § 67 N 2 m.w.N.

<sup>75</sup> Vgl. ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI, 11 f.

<sup>76</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 67 N 4 m.w.N.; JESCHECK, 670 m.w.N.

<sup>77</sup> BGHSt 16 208 f., 11 346 f., 11 119 ff. (anders nur für unbewusst fahrlässige Erfolgsdelikte, weil hier Verhalten und Erfolg nicht durch die Vorstellung des Täters zu einer Einheit verbunden seien); vgl. aber LG Stade, Urteil vom 11.11.1957, 12 KMs 4/97 (9), NJW 1958, 1311 f.

<sup>78</sup> Beschluss v. 18.12.1957, 4 StR 106/57, NJW 1958, 391 f.: Konkret ging es um den Anknüpfungspunkt des § 1 StraffreiheitsG 1954 (ein Amnestiegesetz) – dort wurde auf die «begangene» Straftat abgestellt; es galt zu klären, ob hierfür das Verhalten oder der Erfolg ausschlaggebend ist.

den unbewusst begangenen dagegen auf das (letzte) fahrlässige Verhalten: Bei bewusst begangenen Straftaten seien nämlich Verhalten und Erfolg mit dem Band der Tätervorstellung untrennbar verknüpft; der Erfolgseintritt sei in diesen Fällen für den Täter nicht zufällig. Im Falle der unbewussten Fahrlässigkeit seien dagegen Verhalten und Erfolg einzig durch das Band der Kausalität verknüpft, der Erfolg für den Täter immer zufällig, weshalb in solchen Fällen auf das Verhalten abzustellen sei.<sup>79</sup> Im Falle einer bewussten Fahrlässigkeit, die später unbewusst wird (weil der Täter die Sache im Laufe der Zeit vergisst), sei auf den Zeitpunkt abzustellen, bei welchem das Vergessen dem Täter nicht mehr vorgeworfen werden könne. SCHRÖDER<sup>80</sup> lehnt diese Unterscheidung des BGH zwischen bewusst und unbewusst begangenen Delikten ab: Der Erfolg sei bei allen Erfolgsdelikten und daher auch bei den unbewusst fahrlässig begangenen ein wesentlicher Bestandteil des Tatbestandes; es sei unmöglich, den Erfolg einmal für den Verjährungsbeginn ausschlaggebend zu erklären und einmal nicht.

## 2. *Verjährung beim «Hintereinander» von Zustandsdelikt/ Dauerdelikt und unechtem Unterlassungsdelikt*

Namentlich bei Spätschäden ist regelmässig das aktiv schädigende Verhalten (z.B. die [dauernde] Asbestexposition) vom Verhalten nach dem aktiv schädigenden Verhalten bis zum Erfolgseintritt zu unterscheiden (z.B. von der Nicht-Aufklärung über die gesundheitlichen Risiken von Asbest gegenüber den Betroffenen). Um den Verjährungsbeginn nach einem Zustands- oder Dauerdelikt mit Blick auf den später eintretenden Erfolg hinauszuschieben, wird diese Phase zu gern mit einem Unterlassungsdelikt «gefüllt». Genau hier setzen die Überlegungen RIKLINS<sup>81</sup> zum Verjährungsbeginn bei Art. 229 StGB an, der so lange ein Dauerdelikt annimmt, «als ein Zustand vorliegt, wo der Täter durch ein bestimmtes Tun anstelle des Unterlassens die Gefahrenlage ausschalten kann». Ab diesem Zeitpunkt, ist also bspw. das falsch errechnete Bauteil gebaut, laufe die Verjährung. «Zwar kann auch dann noch der Gefahrenzustand beseitigt werden, aber nicht mehr durch die gleichen Aktivitäten wie während der massgebenden Bauphase (z.B. durch Abreissen der Mauer).» Dies wird

---

<sup>79</sup> Diese Verknüpfung des Erfolgs mit dem Wissen oder Wollen sei bisher in ihrer grundsätzlichen Bedeutung noch nicht beachtet worden, so BRUNS, 1259.

<sup>80</sup> SCHRÖDER, 30.

<sup>81</sup> RIKLIN, 50 f.

freilich auch anders gesehen mit dem Argument, dass «der Täter stets zur Beseitigung der von ihm geschaffenen Gefahrenlage verpflichtet ist»<sup>82</sup>. Entsprechend sei die «zusätzliche» Unterlassungstat «ebenfalls» ein Dauerdelikt, das so lange anhalte, bis die Sorgfaltspflichtverletzung ent falle.<sup>83</sup> Inwieweit hier das Subsidiaritätsprinzip der Unterlassungsdogmatik<sup>84</sup> und die Konkurrenzform der mitbestraften Nachtat einzuflechten ist,<sup>85</sup> kann an dieser Stelle nicht weiter ausgeleuchtet werden. In jedem Fall aber führte dieses «Hintereinander» von Begehungs- und Unterlassungsdelikten zu einer Abschwächung der Konsequenzen, welche ein Abstellen auf die Verhaltenstheorie mit sich bringen kann.

#### IV. Abschliessende Theoriewürdigung – eine neue «Abhängigkeit» vom Haftpflichtrecht?

1. Die einleitend herausgearbeiteten Wesensunterschiede zwischen dem Zivil- und dem Strafrecht machen deutlich: Art. 60 Abs. 2 OR sollte ersatzlos gestrichen werden. Die darin statuierte Abhängigkeit lässt sich sachlich nicht begründen.<sup>86</sup> Das Strafrecht ist in besonderem Masse tater- und tatbezogen, was eine eigenständige Verjährungskonzeption hinsichtlich Beginn erfordert. Im Zivilrecht ist dagegen der durch die geschädigte Person erkannte oder erkennbare Schaden für die Verjährung besonders relevant,<sup>87</sup> wie es früher – offenbar zivilrechtlich angelehnt – noch einige kantonale Strafgesetze vorsahen.<sup>88</sup>

2. Verfolgt man eine rein strafrechtliche Perspektive, könnte für den Verjährungsbeginn zunächst auf den Zeitpunkt des Erfolgseintritts abgestellt werden. JOSITSCH/SPIELMANN argumentieren denn auch damit, dass der Wortlaut von Art. 98 lit. a StGB eine *strafbare* Tätigkeit für den Verjährungsbeginn voraussetzte. Bei Fahrlässigkeitsdelikten träte die *Strafbarkeit* der Tätigkeit aber erst mit Erfolgseintritt ein.<sup>89</sup> Das mag zutreffen, das Gesetz stellt aber ausdrücklich auf den Ausführungszeitpunkt der Tätigkeit ab («strafbare Tätigkeit *ausführt*»),

<sup>82</sup> BRUNS, 1261; vgl. auch LG Stade, Urteil vom 11.11.1957, 12 KMs 4/97 (9), NJW 1958, 1311 f.

<sup>83</sup> Zu den konkreten Beispielen BRUNS, 1262; GLESS, Differenz, 706, fragt sich zudem «ob bzw. unter welchen Umständen (...) eine strafbare Unterlassungsphase konstruiert werden dürfe»; vgl. auch ZURBRÜGG, BSK, Art. 98 StGB N 9.

<sup>84</sup> Vgl. ZURBRÜGG, BSK, Art. 98 StGB N 10.

<sup>85</sup> Vgl. ACKERMANN, BSK, Art. 49 StGB N 66; ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI, 19; nur angedeutet auch bei JOSITSCH/SPIELMANN, 192.

<sup>86</sup> So auch MOSER, 267, 291.

<sup>87</sup> Zum Erkennen der «Schädigung» auch JOSITSCH/SPIELMANN, 192.

<sup>88</sup> Siehe vorn S. 8.

<sup>89</sup> JOSITSCH/SPIELMANN, 194.

und dieser wird durch den Zeitpunkt der Strafbarkeit nicht verändert. Für WALDER wiederum steht Art. 1 StGB einer «berichtigenden Auslegung» in Richtung Erfolgstheorie schon deshalb nicht im Wege, weil das BGE bei bestimmten Erfolgsdelikten, so bei der Anstiftung und der Gehilfenschaft, bereits auf den Erfolg abstelle.<sup>90</sup> Dies trifft zwar zu.<sup>91</sup> Der Grund für diese Ausnahme liegt aber für das BGE in der Akzessorität von Teilnahme und Haupttat bzw. dem «subjektiv orientierten Teilnahmebegriff des Strafgesetzbuches». Jeder Tatbeitrag sei «bewusst und gewollt Teil des Ganzen, des gemeinsamen deliktischen Unternehmens».<sup>92</sup>

Dieser Gedanke einer Verjährungsklammer via die subjektive Tatseite erinnert an die aus dem deutschen Schrifttum bekannte Unterscheidung von bewusstem und unbewusstem Verhalten.<sup>93</sup> Beim bewussten Verhalten könne für den Verjährungsbeginn auf den Erfolg abgestellt werden, weil dieser vom Täter mitbedacht sei. Beim unbewussten Verhalten müsse demgegenüber als Verjährungsbeginn das letzte gefahrenbegründende Verhalten gelten, was, infolge des geringeren Unrechts- und Schuldgehalts der unbewussten Fahrlässigkeit<sup>94</sup> auch kriminalpolitisch vertretbar erscheine.<sup>95</sup> Dagegen lässt sich zunächst einwenden, dass die h.L. zum schweizerischen Recht zutreffend keinen Unrechts-Unterschied zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit macht.<sup>96</sup> Hinzu kommt der praktische Gesichtspunkt, wonach zur Unterscheidung von bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit ein aufwändiges Verfahren in Gang gesetzt werden müsste – vorab dann, wenn die Strafuntersuchung erst viele Jahre oder gar Jahrzehnte später eröffnet werden kann. Die Erfolgstheorie hätte weiter zur Folge, dass die Verjährung beim abgeschlossenen Versuch wohl korrigierend mit Abschluss der Versuchstätigkeit beginnen müsste, weil diese Tat sonst nie verjähren würde, mit der Konsequenz, dass die schwerere Versuchstat evtl. früher verjähre als die entsprechende Fahrlässigkeitstat.

3. Denkt man Art. 60 Abs. 2 OR hinweg, rückt zwar das strafrechtliche Handlungsunrecht unverdeckter hervor. Bei den Erfolgsdelikten haben neben der pflichtwidrigen Handlung (und dem daran wohl hauptsächlich anknüpfenden strafrechtlichen Vorwurf) auch der Erfolg (die Rede ist von «rechtserschütterndem Eindruck»<sup>97</sup>) möglicherweise eine gewisse Unrechts-Bedeutung. Fraglich

<sup>90</sup> WALDER, 18.

<sup>91</sup> Siehe vorn S. 9 f.

<sup>92</sup> Zum Ganzen BGE 102 IV 79, 81.

<sup>93</sup> Siehe vorn S. 15 f.

<sup>94</sup> Vgl. JOSITSCH/SPIELMANN, 192.

<sup>95</sup> In diesem Sinne BGH, Beschluss vom 18.12.1957 – 4 StR 106/57 (OLG Hamburg) und SCHRÖDER, 30 f.

<sup>96</sup> Statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 16 N 17.

<sup>97</sup> So GLESS, Zeit, 478.

bleibt, ob sich wissenschaftlich die Gleichrangigkeit von Handlungs- und Erfolgsunrecht, eine Einheit von ursächlicher Handlung und Erfolg oder eine Dominanz des Handlungsunrechts begründen lässt. Die Intuition setzt wohl zunächst beim ursächlichen Zusammenhang von Handlungs- und Erfolgsunrecht und damit an der Zurechnung an und fragt – dogmatisch übersetzt – ob nicht ab einem gewissen Zeitablauf zwischen Handlung und Erfolg ein Zurechnungshindernis anzunehmen sei, und zwar in der Weise, dass trotz Erfolgseintritt das ursächliche Handlungsunrecht so stark zurücksteht, dass es *unzumutbar* und damit unverhältnismässig erscheinen würde, die Straftat noch zu verfolgen.<sup>98</sup> Selbst wenn man im Grundsatz diese Unzumutbarkeit nach einem geräumten Zeitablauf bei bestimmten Straftaten bejahen könnte,<sup>99</sup> zu denken ist etwa an leichte oder geringfügige Fahrlässigkeit, ist damit für die konkrete zeitliche Beschränkung nichts gewonnen.

4. Was bleibt, ist die Suche nach Wertungsbezügen im Verjährungsrecht selbst. Für den Jubilar dürfte in diesem Zusammenhang ein in jüngerer Zeit diskutierter strafrechtlicher Wertungsbezug zu den zivilrechtlichen Verjährungsfristen besonders interessant sein, welche die «Abhängigkeit» in Art. 60 Abs. 2 OR geradezu auf den Kopf stellt. Der Ansatz basiert auf der Überlegung, wonach das verfolgbare strafrechtliche Unrecht «ein spezifisches «Mehr» im Vergleich zum schlichten Zivil- und Verwaltungsunrecht» voraussetzen soll.<sup>100</sup> Daher wird sehr allgemein nach den Gründen gefragt, weshalb die Zurechnung im Strafrecht nicht spätestens im Zeitpunkt enden soll, in dem auch im Zivilrecht die Haftung ausgeschlossen ist. Sähe das Zivilrecht die Folgen *eines Verhaltens* durch den Zeitablauf unter den Gesichtspunkten des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit als nicht mehr ausgleichsbedürftig an, könne es auch strafrechtlich nicht (mehr) verfolgbar sein. Andernfalls bedürfte es der Begründung, weshalb dieses Verhalten «unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten als noch besonders schwerwiegend, mithin strafwürdig zu bewerten» sei.<sup>101</sup> Trotz der eingangs dieses Beitrages herauskristallisierten besonderen Bedeutung des Schadens bzw. des Schadensausgleichs im Zivilrecht, ist dieser neuere Gedanke insoweit bemerkenswert, als er speziell am zivilrechtlichen Handlungsunrecht ansetzt und auf diese Weise mit dem Strafrecht vergleichbarer wird. Wie ebenfalls eingangs gezeigt, ist das Handlungsunrecht im Strafrecht aber anders konzipiert als im Haftpflichtrecht.<sup>102</sup> Zudem ist der Schaden im Zivilrecht nicht mit

<sup>98</sup> Siehe vorn S. 12 f.

<sup>99</sup> A.M. wohl GLESS, Zeit, 479, mit Verweis auf PUPPE; vgl. auch KUHLEN, 2/I N 73 m.H.

<sup>100</sup> WOLTERS/BECKSCHÄFER, 150.

<sup>101</sup> Zum Ganzen WOLTERS/BECKSCHÄFER, 150; am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung, allerdings eingeschränkter KUHLEN, 2/I N 73.

<sup>102</sup> Was auch die unterschiedlich langen Verjährungsfristen erklären könnte: 10 und 20 Jahre im Haftpflichtrecht, 7, 10, 15, 30 Jahre (Art. 97 Abs. 1 StGB), Unverjährbarkeit (Art. 101 StGB) und Spezialregelungen (Art. 97 Abs. 2–4 StGB) im Strafrecht.

dem Erfolg im Strafrecht gleichzusetzen.<sup>103</sup> Gegen den beschriebenen Beschränkungsansatz besteht freilich ein noch viel grundlegenderer Einwand: Das Strafrecht zielt nicht nur auf besonders schwere Rechtsverletzungen, sondern darf immer dann zur Anwendung kommen, wo die Mittel der anderen Rechtsgebiete versagen oder der Normverletzung (alleine) nicht gerecht werden.<sup>104</sup> Selbst im Vermögensstrafrecht, wo zur Lösung der Verjährungsfrage der Vermögensschaden als Erfolg z.B. nach Art. 146 StGB zum Schaden nach Art. 41 OR evtl. noch eine genügende Nähe aufweisen könnte, gelingt mit der «Androhung» auf Schadensausgleich allein die gewünschte präventive Wirkung nicht.<sup>105</sup>

Die Lösung ist wohl doch im Strafrechtssystem selber zu finden. Ein reines Abstellen auf den Erfolgseintritt, wie in Deutschland, kommt dogmatisch nicht in Betracht<sup>106</sup> – zu bedeutend ist nach dem Gesagten das Handlungsunrecht. Dem Grundsatz nach ist deshalb weiterhin auf den Zeitpunkt der tatbestandsmässigen Handlung abzustellen. Beim (fahrlässigen) Erfolgsdelikt wurden in der Vergangenheit immerhin schon mal zwei zusätzliche Arten von Verjährungsfristen diskutiert: eine relative ab Erfolgseintritt und eine absolute ab Ende der tatbestandsmässigen Handlung.<sup>107</sup> Damit wäre dem Postulat kompromisshaft Rechnung getragen, sowohl an der Handlung als auch am Erfolg anzuknüpfen. Zudem will der Ansatz beide Unrechte bzw. die Verhaltens- und die Erfolgstheorie mit dem der Verjährung zugrundeliegenden Verhältnismässigkeitsprinzip in Ausgleich bringen. Wie auch immer solche Kompromisse «an den Erfolg» aussehen, überspringen sie die sehr viel grundlegendere Frage danach, ob das schweizerische Strafrecht einem demokratischen, autoritären oder technokratischen Strafrechtsmodell folgt.<sup>108</sup> Im demokratischen Strafrechtsmodell gilt die Straftat primär «als eine Auflehnung gegen die gesellschaftliche Rechtsordnung»<sup>109</sup>; die – nicht selten – zufällige Folge, das Erfolgsunrecht, ist in diesem Modell nicht vorrangig unrechts-, sanktions- und verjährungsprägend. Für die Schweiz zeigt sich dieses Modell besonders gut an zwei für unsere Thematik wiederum zentralen Bestimmungen:<sup>110</sup> der fahrlässigen Körperverletzung nach Art. 125 StGB und der fahrlässigen Tötung nach Art. 117 StGB. Beide Delikte sind mit der gleichen Höchststrafe (drei Jahre

---

<sup>103</sup> Zur vielfältigen Gestalt des Erfolgs im Strafrecht STRATENWERTH/KUHLEN, § 8 N 10.

<sup>104</sup> Vgl. auch STRATENWERTH, AT I, § 3 N 14; DONATSCH/TAG, 4 f.

<sup>105</sup> Am Beispiel des Diebstahls DONATSCH/TAG, 4 f.

<sup>106</sup> Auch politisch nicht, vgl. BBl 2012, 9257 f. und 9269.

<sup>107</sup> Vgl. WALDER, 18 f.

<sup>108</sup> Zu dieser idealtypischen Unterscheidung STRENG, N 71 ff.

<sup>109</sup> STRENG, N 72; zum Vorsatz als «*qualitativ* gesteigerte Missachtung der rechtlichen Verhaltensnorm» STRATENWERTH, AT I, § 9 N 60 a.E.

<sup>110</sup> Zum «logischen» Hauptargument über die fahrlässigen Erfolgsdelikte gegen die Verhaltenstheorie siehe vorn S. 13 f.

Freiheitsstrafe) bedroht, was die weitgehende Unabhängigkeit vom Erfolgsunrecht verdeutlicht.<sup>111</sup> Zu einem solchen demokratischen Strafrechtsmodell passt die heutige Verjährungsregelung von Art. 98 lit. a StGB optimal, die für den Verjährungsbeginn an der Tätigkeit und damit am Handlungsunrecht ansetzt.<sup>112</sup> Für den entsprechenden Schadensausgleich gegenüber Geschädigten bei Spätfolgen ist das Zivilrecht zuständig.

## V. Literaturverzeichnis

- ACKERMANN JÜRIG-BEAT/VOGLER PATRICK/BAUMANN LAURA/EGLI SAMUEL, Strafrecht, Individualinteressen, Bern 2019 (zit. ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI)
- ACKERMANN JÜRIG-BEAT, Kommentierung zu Art. 49 StGB, in: Niggli Marcel A./Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–136 StGB, Basel 2019 (zit. ACKERMANN, BSK, Art. 49 StGB N ...)
- BERGAMIN CHRISTOF, Die längere strafrechtliche Verjährungsfrist nach Art. 60 Abs. 2 OR, in: Fellmann Walter (Hrsg.), Das neue Verjährungsrecht, Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern, 35–58 (zit. BERGAMIN)
- BINDING KARL, Handbuch des Strafrechts, Band 1, Leipzig 1885 (zit. BINDING)
- BRUNS HANS-JÜRIGEN, Wann beginnt die Verfolgungsverjährung beim unbewusst fahrlässigen Erfolgsdelikt?, NJW 1958, 1257–1262 (zit. BRUNS)
- DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS)
- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. DONATSCH/TAG)
- FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012 (zit. FELLMANN/KOTTMANN, § ... N ...)
- FRANK REINHARD, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Berlin 1931 (zit. FRANK, § ...)

---

<sup>111</sup> Überzeugend herausgearbeitet von NIGGLI/MAEDER, BSK, Art. 12 StGB N 16.

<sup>112</sup> Im Ergebnis früher – in Ablehnung des «dualistischen Unrechtsbegriffs» – noch primär für das «Schweizer StGB Modell» GLESS, Differenz, 707; anders nunmehr DIES., Zeit, 481 f.

- GLESS SABINE, «... hebt die Zeit sich selber auf» – Strafverfolgung in Spätschadensfällen, in: Paeffgen Hans-Ullrich/Böse Martin/Kindhäuser Urs/Stübinger Stephan/Verrel Torsten/Zaczyk Rainer (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, 467–482 (zit. GLESS, Zeit)
- DIES., Zeitliche Differenz zwischen Handlung und Erfolg – insbesondere als Herausforderung für das Verjährungsrecht, GA 2006, 689–707 (zit. GLESS, Differenz)
- HAFTER ERNST, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946 (zit. HAFTER)
- HUGGENBERGER ERNST, Die Verjährung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1949 (zit. HUGGENBERGER)
- JESCHECK HANS-HEINRICH, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1972 (zit. JESCHECK)
- JOSITSCH DANIEL/SPIELMANN SARAH, Die Verfolgungsverjährung bei fahrlässigen Erfolgsdelikten, AJP 2007, 189–196 (zit. JOSITSCH/SPIELMANN)
- KITZINGER FRIEDRICH, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht: Zugleich eine Betrachtung der Erscheinungsformen des Deliktes, München 1902 (zit. KITZINGER)
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Die Verjährung der Delikts- und der Vertragshaftung, in: Fellmann Walter (Hrsg.), Das neue Verjährungsrecht, Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern, 9–33 (zit. KRAUSKOPF)
- KUHLEN LOTHAR, Strafrechtliche Produkthaftung, in: Achenbach Hans/Ransiek Andreas/Rönnau Thomas (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2019, 113–153 (zit. KUHLEN, 2/I N ...)
- LANGE RICHARD, in: Kohlrausch Eduard/Lange Richard (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 43. Aufl., Berlin 1961 (zit. LANGE)
- MAURACH REINHART/GÖSSEL KARL H./ZIPF HEINZ, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5. Aufl., Karlsruhe 1978 (zit. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF)
- MOSER NICOLA, Die Verjährung von haftpflichtrechtlichen Forderungen bei einer Verletzung der körperlichen Integrität, Diss. Basel 2017 (zit. MOSER)
- MÖSL ALBERT, Leipziger Kommentar, Einleitung § 1–79, 1. Band, 9. Aufl., Berlin/New York 1974 (zit. MÖSL, § ... N ...)

- NIGGLI MARCEL/MAEDER STEFAN, Kommentierung zu Art. 12 StGB, in: Niggli Marcel A./Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–136 StGB, Basel 2019 (zit. NIGGLI/MAEDER, BSK, Art. 12 StGB N ...)
- PIETH MARK, Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl., Basel 2020 (zit. PIETH)
- RIKLIN FRANZ, Zum Straftatbestand des Art. 229 StGB (Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde), BR 1985, 44–51 (zit. RIKLIN)
- SCHLATTER ARNOLD, Die Verjährung, ZStrR 1947, 301–333 (zit. SCHLATTER)
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. SCHMID/JOSITSCH)
- SCHMIDT LUDWIG, Beginn der Verjährung der Strafverfolgung bei unechten Unterlassungsdelikten im Steuerstrafrecht, Juristische Rundschau (JR) 1966, 127–129 (zit. SCHMIDT)
- SCHÖNKE ADOLF/SCHRÖDER HORST (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl., München 1974, (zit. SCHÖNKE/SCHRÖDER, § ... N ...)
- SCHRÖDER HORST, Urteilsanmerkung zu BGH, Beschluss vom 18.12.1957, 4 StR 106/57, in: Juristenzeitung (JZ) 1959, 30–31 (zit. SCHRÖDER)
- SCHULTZ HANS, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Band I, 4. Aufl., Bern 1982 (zit. SCHULTZ)
- SEELMANN KURT/GETH CHRISTOPHER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Basel 2016 (zit. SEELMANN/GETH)
- STOOS CARL, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Basel/Genf 1892 (zit. STOOS)
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. STRATENWERTH, AT I, § ... N ...)
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006 (zit. STRATENWERTH, AT II, § ... N ...)
- STRATENWERTH GÜNTER/LOTHAR KUHLEN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2011 (zit. STRATENWERTH/KUHLEN)
- STRENG FRANZ, Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl., Stuttgart 2012 (zit. STRENG, N ...)
- TRACHSEL ELISABETH, Die Verjährung gemäss den Art. 70–75<sup>bis</sup> des schweizerischen Strafgesetzbuches, Diss. Zürich 1990 (zit. TRACHSEL)

- TRECHSEL STEFAN/CAPUS NADJA, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. TRECHSEL/CAPUS, Art. ... N ...)
- TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER/PIETH MARK, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Zürich 2017 (zit. TRECHSEL/NOLL/PIETH)
- VERDE MICHEL, Neues Jahrzehnt – neues Verjährungsrecht, AJP/PJA 2/2020, 171–186 (zit. VERDE, Neues)
- DERS., Die Verjährung nach Art. 60 Abs. 2 OR, HAVE 2018, 65–92 (zit. VERDE, Verjährung)
- DERS., Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht, in: Jusletter 18. April 2016 (zit. VERDE, Widerrechtlichkeit)
- WALDER HANS, Gutachten vom 12. November 1986 betr. Verjährung allfälliger strafbarer Handlungen im Zusammenhang mit dem Hallenbad-Unglück vom 9. Mai 1985 in Uster, Seftigen 1986 (zit. WALDER)
- WELZEL HANS, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969 (zit. WELZEL)
- WOHLERS WOLFGANG/GODENZI GUNHILD/SCHLEGEL STEPHAN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. WOHLERS, in: Wohlers/Godenzi/Schlegel, Art. ... N ...)
- WOLTERS GEREON/BECKSCHÄFER SEBASTIAN, Zeitliches Auseinanderfallen von Handlung und Erfolg – ein Problem der Zurechnungslehre, in: Putzke Holm et. al. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, FS Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, 141–153 (zit. WOLTERS/BECKSCHÄFER)
- ZURBRÜGG MATTHIAS, Kommentierung zu Art. 98 StGB, in: Niggli Marcel A./Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–136 StGB, Basel 2019 (zit. ZURBRÜGG, BSK, Art. 98 StGB N ...)
- ZÜRCHER EMIL J., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Bern 1914 (zit. ZÜRCHER)

---

# Der Angriff eines Tiers im Strafrecht

ANNA CONINX<sup>1</sup>

## Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung .....	25
II.	Problemstellung und These .....	26
III.	Begründung .....	28
A.	Die Notwehrlage .....	28
1.	Gibt es einen Angriff durch Unterlassen .....	28
2.	Unterlassen des Tierhalters als Angriff .....	30
3.	Auch bei fahrlässigem Unterlassen? .....	34
4.	Die Konsequenzen der Abgrenzung von Notstand und Notwehr beim Tierangriff .....	35
B.	Die Notwehrhandlung .....	37
1.	Problemstellung .....	37
2.	Die Stellung des Tiers im Recht: Eine Skizze .....	37
3.	Folgerungen für die Angemessenheit der Notwehrhandlung .....	40
IV.	Schluss .....	42
V.	Literaturverzeichnis .....	43

## I. Einleitung

In der Welt der Kinder ist die Unterscheidung von Tieren und Menschen verschwommen. Das liegt daran, dass in vielen Kinderbüchern und Filmen Tiere menschliche Züge annehmen. Es liegt aber auch daran, dass Kinder bereits früh grundlegende moralische Intuitionen haben und einen Gerechtigkeitsinn entwickeln.<sup>2</sup> Mein vierjähriger Sohn fragte mich kürzlich, weshalb wir Tiere essen, wenn sie uns doch gar nichts getan hätten. Demgegenüber hat er mich noch nie gefragt, ob sein Spielzeugauto Schmerzen empfindet, wenn es von seinem kleinen Bruder quer durchs Zimmer geschleudert wird. Kinder unterscheiden sehr stark zwischen lebenden und nicht lebenden Sachen, sie sehen Tiere viel näher bei den Menschen als bei den «Sachen». Tiere und Menschen sind lebend, Sachen sind nicht lebend.

---

<sup>1</sup> Mein herzlicher Dank gilt Prof. Dr. Martino Mona und RA Kimena Brog für präzise Hinweise und Kritik sowie für die Unterstützung bei der Recherche.

<sup>2</sup> Vgl. MIKHAIL, 174.

Im Recht wird die grundlegende Unterscheidung dagegen nicht zwischen lebenden Wesen und nicht lebenden Sachen, sondern zwischen Tieren und Menschen gezogen. Menschen besitzen als Rechtssubjekte Rechte und Pflichten; Tiere sind als Rechtsobjekte Gegenstand von Rechten und Pflichten. Diese grundlegende Unterscheidung von Mensch und Tier ist Ausdruck einer westlich geprägten Philosophietradition, in der die Vernunft- und Moralfähigkeit das zentrale Kriterium für die Rechtsfähigkeit ist. Zwar bestehen internationale und nationale Tierschutzgesetzgebungen, die Menschen im Umgang mit Tieren in die Pflicht nehmen. Am Grundsatz aber, dass Tiere im Gegensatz zu Menschen keine Rechtspersönlichkeit haben, hat sich nichts geändert.

Walter Fellmann hat also an seinen Hunden Ronja und Timmi dingliche Rechte, er kann seine Hunde insbesondere verschenken oder verkaufen. Seine Hunde wiederum können mangels Rechtspersönlichkeit weder rechtmässig noch rechtswidrig handeln. Machen sie – rein hypothetisch – das Blumenbeet von Walters Nachbarn kaputt oder greifen sie einen Menschen an, machen wir ihnen keinen rechtlichen Vorwurf. Vielmehr stellt sich die Frage – wiederum rein hypothetisch –, ob Walter ein Vorwurf gemacht werden kann, eben deshalb, weil es seine (lebenden) Sachen sind.

Ich möchte im folgenden Beitrag über ein paar grundsätzliche Fragen im Zusammenhang mit dem *strafrechtlichen* Umgang des Tierangriffs nachdenken und bitte den Jubilar mir nachzusehen, dass ich mich nicht zu den vielfältigen haftungsrechtlichen Fragen äussern werde.

## II. Problemstellung und These

Den nachfolgenden Überlegungen liegen folgende Fallkonstellationen zugrunde:

*Fall 1:* Der Hundehalter hetzt seinen Hund auf seinen verhassten Erzfeind, in der Absicht, diesen zu verletzen. Der Erzfeind tötet den attackierenden Hund mit einem Gewehrschuss.

*Fall 2:* Der Hundehalter geht mit seinem Hund im Wald spazieren und lässt diesen ohne Leine laufen. Plötzlich sieht er, wie sein Hund auf einen Spaziergänger zurennt. Er sagt sich, es werde schon nichts passieren. Als der Hund den Spaziergänger anspringen will, verletzt dieser das attackierende Tier mit einem Holzprügel.

Fraglich ist in beiden Fällen, wie das Verhalten des Hundehalters einerseits und das Verhalten des Erzfeindes bzw. des Spaziergängers andererseits strafrechtlich gewürdigt werden soll. Der erste Fall ist vergleichsweise einfach: Der Hun-

dehalter, der sein Tier auf einen anderen Menschen hetzt, greift diesen unmittelbar an; der Hund erscheint als Waffe des Hundehalters. Nach unbestrittener Meinung begründet dies eine Notwehrsituation i.S.v. Art. 15 StGB. Der Erzfeind («der Angegriffene») ist also ermächtigt, den Hund in «einer den Umständen angemessenen Weise» abzuwehren. Handelt es sich um einen Hund, der einem Menschen mittelschwere bis schwere Verletzungen zufügen kann, erscheint eine Tötung des Tiers als angemessen, zumal bei der Beurteilung der Angemessenheit der Abwehrhandlung grundsätzlich nicht «allzu subtile Überlegungen» angestellt werden dürfen.<sup>3</sup>

Im zweiten Fall ist die Antwort ungleich komplizierter. Hier setzt der Hundehalter seinen Hund nicht als Waffe ein, sondern *unterlässt* es, den Hund genügend zu sichern mit der Folge, dass das Tier *von sich aus* einen Menschen attackiert. Wir haben es also mit einem Unterlassungsdelikt zu tun. Im Unterschied zu *Fall 1* handelt der Hundehalter sodann nicht vorsätzlich, sondern *fahrlässig*. Fraglich ist, ob *Fall 2* ebenfalls als Angriff i.S.v. Art. 15 StGB zu interpretieren ist, oder ob es sich um eine Notstandskonstellation i.S.v. Art. 17 StGB handelt. Abstrakter formuliert geht es *erstens* um die Frage, ob ein Angriff i.S.v. Art. 15 StGB auch durch Unterlassen begründet werden kann, und *zweitens*, ob ein Angriff zwingend vorsätzlich sein muss oder auch eine fahrlässige Herbeiführung der Notwehrlage denkbar ist. Beide Fragen sind im Schrifttum umstritten.

Meine These lautet, dass der Tierangriff, sofern ein Mensch für das Tier verantwortlich ist und mindestens fahrlässig handelt, grundsätzlich eine Notwehrlage begründet. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Anforderungen an die Abwehrhandlung gestellt werden, insbesondere, unter welchen Voraussetzungen ein angreifendes Tier getötet werden darf. Mit Blick auf diesen zweiten Problemkomplex lautet meine These, dass dem Tierschutz bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 15 StGB angemessene Rechnung zu tragen ist. Damit verrechtlichen wir die intuitiv ersichtliche Tatsache, dass Tiere lebend sind und wir uns daher ihnen gegenüber viel mehr wie gegenüber Menschen verhalten sollten.

---

<sup>3</sup> Vgl. BGE 136 IV 49 E. 3.2 f. S. 51 m.w.H.; WOHLERS/PFLAUM, 298 f.

### III. Begründung

#### A. Die Notwehrlage

##### 1. Gibt es einen Angriff durch Unterlassen?

Ob eine Notwehrlage nicht nur durch ein Tun, sondern auch durch ein Unterlassen begründet werden kann, ist umstritten. Die herrschende Strafrechtslehre in der Schweiz spricht sich dafür aus,<sup>4</sup> und auch die Mehrheit der deutschen Strafrechtslehrer bejaht die Möglichkeit eines Angriffs durch Unterlassen.<sup>5</sup> Es gibt aber auch Stimmen, die der Meinung sind, ein Angriff könne *per se* nur durch aktives Tun, nicht aber durch Unterlassen begründet werden.<sup>6</sup>

Dezidiert gegen die Möglichkeit eines Angriffs durch Unterlassen äussern sich NIGGLI und GÖHLICH in der Neuauflage des Basler Kommentars: «Besteht keine Handlung, gegen die sich die Abwehr richten kann, so kann auch keine Notwehr bestehen.»<sup>7</sup> Der Angriff würde nicht dadurch festgestellt, dass ein Erfolg (aufgrund einer Garantenstellung) zugerechnet würde, sondern eine Handlung und wenn eben keine Handlung gegeben sei, könne auch kein Angriff vorliegen. Die Autoren plausibilisieren ihre These anhand des oft zitierten *Bademeisterfalls*: Der Bademeister, der pflichtwidrig untätig bleibt und einem Ertrinkenden nicht zu Hilfe eilt, würde keinen Angriff ausführen. Würde man sich den Bademeister nämlich wegdenken, würde der Schwimmer dennoch ertrinken. Deshalb könne ein Angriff nur bei aktivem Tun vorliegen.<sup>8</sup>

Bei der Notwehr geht es aber sehr wohl um Erfolgszurechnung. Eine Rechtfertigung durch Notwehr bedeutet nämlich, dass die Verletzung des Angreifers nicht dem Täter (d.h. dem Angegriffenen), sondern dem Angreifer zugerechnet wird. Dies deshalb, weil der Grund der Verletzung des Angreifers sein eigenes rechtswidriges (Vor-)Verhalten ist. Wir sagen dem Angreifer – etwas vereinfacht ausgedrückt – die Verletzung, die Dir jemand in einer Notwehrsituation zugefügt, hast Du Dir selbst zuzuschreiben, weil Du ihn eben angegriffen hast.

---

<sup>4</sup> SEELMANN, BSK-Art. 15 N 4; WOHLERS, fp, 376; STRATENWERTH, § 10 N 72; TRECHSEL/GETH, PK-Art. 15 N 5; SEELMANN/GETH, 78; DONATSCH/TAG, 231; «in Ausnahmefällen» TRECHSEL/NOLL/PIETH, 122; WOHLERS, HK-Art. 15 N 4; HURTADO POZO, N 420.

<sup>5</sup> Für den neusten Stand der deutschen Lehre vgl. die Monographie von STAHL, 53 m.w.H.

<sup>6</sup> NIGGLI/GÖHLICH, BSK-Art. 15 N 14; so insbesondere auch die ältere Lehre vgl. HAFTER, 145 m.w.H.

<sup>7</sup> NIGGLI/GÖHLICH, BSK-Art. 15 N 14; vgl. auch DIES., BSK-Art. 17 N 4.

<sup>8</sup> NIGGLI/GÖHLICH, BSK-Art. 15 N 14.

Was den *Bademeisterfall* angeht, hat das nichts mit dem Problem des «Angriffs» zu tun, vielmehr mit der grundsätzlichen und allseits bekannten Zurechnungsschwierigkeit beim Unterlassungsdelikt. Die Tatsache, dass der Schwimmer auch dann ertrinken würde, wenn man den Bademeister wegdenkt, ist Ausdruck der Eigenart des Unterlassungsdelikts: Es ist eben gerade kein Anwendungsfall der *conditio*-Formel. Bei Unterlassungsdelikten muss man vielmehr immer die hypothetische Handlung, die vom Garant aufgrund seiner Rechtsstellung erwartet werden darf, hinzudenken, um die Strafbarkeit zu begründen. Das Verhalten des Unterlassungstäters ist nie natürlich kausal (deshalb kann man ihn immer wegdenken), sondern man muss sich vielmehr fragen, ob die gebotene Handlung (also den Ertrinkenden zu retten), den Erfolg (Tod durch Ertrinken) abgewendet hätte. Deshalb sprechen wir im Fall von Unterlassungsdelikten von einer hypothetischen und nicht von einer natürlichen Kausalität.

Nun wird die Legitimität einer Strafbarkeit durch Unterlassen vereinzelt *per se* in Frage gestellt. In einer libertären Grundposition ist es nämlich nicht einsichtig, weshalb die Not des einen, die mit dem anderen überhaupt nichts zu tun hat, insofern er diese eben nicht verursacht hat, dazu führen soll, dass sich der andere strafbar macht, wenn er nicht hilft.<sup>9</sup> Dann wäre selbstredend auch eine Notwehr gegen einen Unterlassungstäter nicht zulässig, da seine Unterlassung nicht rechtswidrig ist. Wird aber die Möglichkeit einer Strafbarkeit durch Unterlassen nicht grundsätzlich negiert, erscheint es inkohärent, das Unterlassen des Bademeisters zwar als rechtswidrig zu qualifizieren und ihn allenfalls zu bestrafen, darin aber keinen Angriff erblicken zu wollen.<sup>10</sup>

Lässt der Bademeister, den Schwimmer ertrinken, obwohl er verpflichtet wäre, ihn zu retten, und er ihn auch retten könnte, dann ist das ein Angriff auf das Leben des Schwimmers. Würde jemand den Bademeister mit vorgehaltener Pistole zwingen, den Nichtschwimmer zu retten, würde er Notwehrhilfe leisten und wäre bezüglich der ausgesprochenen Drohung gerechtfertigt. Ob sich der Bademeister von dieser Drohung beeindruckt lässt, die Notwehrhilfe also im konkreten Fall *geeignet* ist, den Erfolg abzuwehren, betrifft die rechtliche Bewertung der Notwehrhandlung;<sup>11</sup> daraus lassen sich aber keine Rückschlüsse auf das Vorliegen einer Notwehrlage ableiten.<sup>12</sup> Eine Notwehrhandlung dürfte bei einem Unterlassungsdelikt regelmässig etwas komplexer sein, da sie geeignet sein muss, die unterbliebene Handlung zu fördern, was bei einer Verletzung oder Tötung gerade nicht der Fall sein dürfte. Das wird regelmässig bedeuten, dass ein Täter mit Gewalt oder Drohung zu einer Handlung gezwungen wird.

<sup>9</sup> Vgl. GAUTHIER, 203 f.

<sup>10</sup> So aber NIGGLI/GÖHLICH, BSK-Art. 15 N 14 «Dass das Verhalten (wegen seiner Garantstellung) als rechtswidriges Unterlassen qualifiziert wird, das ihn möglicherweise strafbar macht, ändert nichts daran, dass es keinen Angriff darstellt.»

<sup>11</sup> So auch DONATSCH/TAG, 232.

<sup>12</sup> So aber NIGGLI/GÖHLICH, BSK-Art. 15 N 15.

<sup>13</sup> So etwa im Fall des Landwirtes, der nicht verhindert, dass seine Kühe das aufwendig gestaltete Blumenbeet seines Nachbarn zertrampeln mit der Folge, dass der Nachbar dem Landwirt droht, die Kühe umzubringen.<sup>14</sup>

Ein Angriff durch Unterlassen ist auch in anderen Fällen denkbar: Eine Mutter, die ihr Kind nicht füttert, und es verhungern lässt, greift das Leben des Kindes unmittelbar an.<sup>15</sup> Gleich verhält es sich beim Gefängniswärter, der einen Häftling nach Absitzen der Strafe nicht rauslässt. Von ihm kann gesagt werden, er greife die Freiheit des Häftlings unmittelbar an.<sup>16</sup> Demgegenüber ist der zuweilen vorgebrachte Einwand, bereits *sprachlich* sei es nicht möglich, dass ein Angriff durch ein Unterlassen erfolgt,<sup>17</sup> nicht stichhaltig. Zwar mag es sein, dass wir in den Unterlassungskonstellationen *umgangssprachlich* nicht von einem «Angriff» sprechen würden. Das ist aber für die *rechtliche* Wertung unbeachtlich.

## 2. *Unterlassen des Tierhalters als Angriff*

Wird die grundsätzliche Möglichkeit eines Angriffs durch Unterlassen akzeptiert, ist es folgerichtig eine Notwehrsituation anzunehmen, falls ein Tier einen Menschen angreift, und der Angriff *rechtswidrig* ist. Dies ist – neben anderen Voraussetzungen – dann gegeben, wenn der Tierhalter eine Rechtspflicht zum Handeln trifft, also eine Garantenstellung begründet werden kann. KARL OFTINGER formulierte prägnant, dass Tiere wegen fehlender Rechtssubjektqualität zwar nicht selbst rechtswidrig handeln können, dies aber nichts daran ändere, dass der Angriff des Tiers – sofern es nicht freilebend ist – aus der Verantwortungssphäre des Tierhalters herrühre, weshalb diesem der Schaden, der durch das Tier angerichtet wird, zugerechnet wird.<sup>18</sup> In der Strafrechtslehre findet sich ebenfalls der Hinweis, dass im Fall des Angriffs durch einen Hund auf Notwehr erkannt werden soll, sofern den Hundehalter eine Garantenpflicht treffe und er das Tier nicht genügend beaufsichtigt habe.<sup>19</sup> Auch das Bundes-

---

<sup>13</sup> Vgl. TRECHSEL/NOLL/PIETH, 122.

<sup>14</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_495/2016 vom 16. Februar 2017; vgl. auch hinten III.A.2. und III.A.4, III.B.3.

<sup>15</sup> Vgl. TRECHSEL/NOLL/PIETH, 123.

<sup>16</sup> So auch STAHL, 65.

<sup>17</sup> Vgl. STAHL, 63 m.w.H.

<sup>18</sup> Vgl. OFTINGER/STARK, § 16 N 270.

<sup>19</sup> Vgl. STRATENWERTH, § 10 N 73; ebenso TRECHSEL/NOLL/PIETH, 122.

gericht erachtet in seiner jüngeren Rechtsprechung einen Angriff durch Unterlassen für *grundsätzlich* möglich, sofern eine entsprechende Garantenpflicht des Tierhalters bejaht werden kann.<sup>20</sup>

Diese Lehrmeinungen und Rechtsprechung stehen im Widerspruch zu einem älteren, oft zitierten Fall aus dem Jahr 1971, in dem zwei Bernhardiner einen alten Mann angegriffen haben. Das Bundesgericht stellte sich damals auf den Standpunkt, es könne nur auf Notwehr anerkannt werden, wenn der Täter das Tier hetze bzw. als Werkzeug benutze, während bei einem Tier, das aus eigenem Antrieb handle, Notstand (Art. 17 StGB) einschlägig sei.<sup>21</sup> Ähnlich die Autoren NIGGLI/GÖHLICH: «Fällt der Hund (...) den Dritten von sich aus an, so besteht dieselbe Situation, wie bei einem wilden, herrenlosen oder einem seinem Halter entlaufenen Hund (...) in allen diesen Fällen liegt keine Notwehr-, sondern eine Notstandssituation vor.»<sup>22</sup> Mehr noch: Die Autoren stellen sich auf den Standpunkt, dass sich die Notwehrsituation von der Notstandssituation überhaupt nur danach unterscheiden lässt, ob der Angriff durch ein Tun (dann Notwehr) oder ein Unterlassen (dann Notstand) erfolge.<sup>23</sup>

Der Abgrenzungsversuch von Notwehr und Notstand mittels Handlungsmodus überzeugt jedoch nicht. Vielmehr basieren Notwehr und Notstand auf unterschiedlichen Grundprinzipien. Dafür muss man sich vergegenwärtigen, wie begründet wird, dass die Verletzung eines Rechtsgutes in Notwehr bzw. Notstand nicht dem Täter (dem Angegriffenen bzw. dem Notstandstäter) zugerechnet wird. Eine Rechtfertigung infolge Notwehr setzt voraus, dass der Notwehrtäter, «ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht wird» (vgl. Art. 15 StGB). Die Verletzung der Rechtsgüter des Angreifers wird auf ein hier nicht näher zu konkretisierendes Verantwortungsprinzip gestützt.<sup>24</sup> Der Angreifer muss die Verteidigung dulden und darf sich nicht gegen die Abwehrhandlung wehren, weil er die Notwehrlage zu verantworten hat. Gänzlich anders ist die Begründung im Fall des Notstands: Hier liegt eben gerade kein rechtswidriges (Vor-)Verhalten desjenigen vor, der die Notstandshandlung erdulden muss. Das Notstandsoffer ist – im Gegensatz zum Angreifer im Falle der Notwehr – bei der Gefahrenverursachung *unbeteiligt*. Die Duldungspflicht des Notstandsoffers muss hier also jenseits von rechtswidrigem Verhalten erfolgen und gründet nicht auf dem Gedanken der Verantwortung, sondern auf dem Gedanken der Solidarität.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_495/2016 vom 16. Februar 2016 E. 2.2.1; 6B\_1084/2009 vom 29. Juli 2010.

<sup>21</sup> BGE 97 IV 73 E. 2. S. 74 f.

<sup>22</sup> NIGGLI/GÖHLICH, BSK-Art. 15 N 15.

<sup>23</sup> NIGGLI/GÖHLICH, BSK-Art. 15 N 15.

<sup>24</sup> Vgl. auch vorne III.A.1.

<sup>25</sup> Vgl. bereits CONINX, 19 ff.

Eine auf diese Weise vorgenommene Unterscheidung von Notwehr und Notstand, die auf den jeweils zugrundeliegenden Prinzipien fusst, hat überdies den Vorteil, dass auf die zuweilen vorgenommene Unterscheidung von Aggressivnotstand und Defensivnotstand<sup>26</sup> verzichtet werden kann.<sup>27</sup> Entweder handelt der Duldungspflichtige *rechtswidrig*; in diesen Fällen ist Notwehr einschlägig. Oder er handelt *nicht rechtswidrig*, dann ist Notstand gegeben. Demgegenüber überzeugt das aus dem deutschen Zivilrecht entnommene Konstrukt des Defensivnotstandes, der dann gegeben sein soll, wenn die abzuwehrende Gefahr aus dem «Herrschaftsbereich»<sup>28</sup> des Notstandopfers stammt,<sup>29</sup> nicht. Damit gehen viel weiter gehende Duldungspflichten des Notstandopfers einher: Bei einem Defensivnotstand soll der Notstandstäter bereits dann gerechtfertigt sein, wenn die Interessen des Duldungspflichtigen nicht «unverhältnismässig überwiegen»<sup>30</sup>, wogegen beim Aggressivnotstand ein deutliches Überwiegen der Interessen des Täters verlangt wird. Die alleinige organisatorische Zuständigkeit (die jedem Rechtssubjekt zukommt) und die bloss kausale, weder vorsätzliche noch fahrlässige Gefahrverursachung, stellen aber zu schwache Voraussetzungen dar, um im Sinne eines Defensivnotstandes jemanden zu verpflichten eine Rechtsgutverletzung zu dulden, ohne dass höherwertige Rechtsgüter geschützt werden. Will man aber die Duldungspflicht des Notstandopfers (in Anlehnung an die Duldungspflichten bei Vorliegen einer Notwehrlage) mit dem Gedanken der Verantwortung – und damit letztlich mit strafrechtlichen Zurechnungsüberlegungen – verbinden, muss wenigstens der Handlungsunwert eines Fahrlässigkeitsdelikts erfüllt sein.<sup>31</sup>

Für den Tierangriff bedeutet dies Folgendes: Steht ein Tier unter der Obhut eines Menschen und hat der Tierhalter nicht die nötige Sorgfalt walten lassen (kann ihm also mindestens ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden), liegt bei einem Tierangriff eine Notwehrlage vor. Er ist verantwortlich für den Angriff. Hat der Tierhalter dagegen alle notwendigen Vorkehrungen getroffen, und greift das Tier – bspw. der Hund – dennoch an, liegt Notstand vor. Dass der Notstandstäter die Gefahr, die vom Tier ausgeht, in einer den Umständen angemessenen Weise abwehren darf, liegt hier nicht daran, dass der Tierhalter für die Gefahr verantwortlich ist, sondern ist begründet in dessen Solidaritätspflicht gegenüber dem Mitmenschen, dem durch das Tier die Verletzung seines höherwertigeren Rechtsguts droht.

---

<sup>26</sup> Vgl. SEELMANN/GETH, 69 f.

<sup>27</sup> Siehe dazu ausführlich CONINX, 59 ff.

<sup>28</sup> MARTIN, 43; vgl. insb. auch PAWLIK, 323 f.

<sup>29</sup> IWANGOFF, 95; SEELMANN, BSK-Art. 17 N 10; SEELMANN/GETH, 70 f.

<sup>30</sup> SEELMANN/GETH, 70; SEELMANN, BSK-Art. 17 N 11; vgl. IWANGOFF, 97, 109 f.; MAIHOLD, 87 ff.; KÜHNBACH, 89; RENZIKOWSKI, 240.

<sup>31</sup> Vgl. HOYER, 95.

Ein Angriff durch Unterlassen kann nur dann rechtswidrig sein, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht.<sup>32</sup> Im Fall, dass ein Hund einen Spaziergänger attackiert, muss also zunächst eine Garantenpflicht des Tierhalters begründet werden. Sowohl auf bundes- als auch auf kantonaler Ebene finden sich die entsprechenden Bestimmungen, die eine Garantenpflicht aus Gesetz i.S.v. Art. 11 Abs. 2 lit. a StGB statuieren. Einschlägig ist zunächst die allgemein gehaltene Tierhalterhaftung in Art. 56 OR, wonach der Halter für den Schaden haftet, den das Tier anrichtet, sofern er nicht nachweist, «dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Tieres angewendet hat oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.» Die Garantenstellung ergibt sich aufgrund der grundsätzlichen Verpflichtung zur Verwahrung und Beaufsichtigung des Tiers. Das Bundesgericht nahm auf Art. 56 OR Bezug im Fall eines Angriffs durch eine Kuh und begründete die Garantenpflicht mit den sich aus der Tierhalterhaftung ergebenden Handlungspflichten.<sup>33</sup> Unverständlich ist vor diesem Hintergrund, weshalb das Bundesgericht in einem späteren Entscheid annahm, dass ein Landwirt grundsätzlich keine Garantenstellung gegenüber seinen Kühe hat, ohne dies allerdings näher zu begründen.<sup>34</sup>

Was Hunde im Speziellen angeht, statuiert die Tierschutzverordnung ausserdem eine allgemeine Garantenstellung für Hundehalter. Danach hat derjenige, der einen Hund «hält oder ausbildet (...) Vorkehrungen zu treffen, damit der Hund Menschen und Tiere nicht gefährdet.»<sup>35</sup> Sodann finden sich auch auf kantonaler Ebene einschlägige Erlasse, die eine Garantenstellung für Hundehalter normieren. So werden Hundehalter im Gesetz über das Halten von Hunden des Kantons Luzern verpflichtet, Hunde «so zu halten, dass der Schutz der Öffentlichkeit gewährleistet ist.»<sup>36</sup> Nebenbei sei bemerkt, dass die Frage nach der Verantwortlichkeit etwas komplizierter ist, wenn nicht der Hundehalter selbst, sondern seine Nachbarin den Hund spazieren führt und dieser unter ihrer Aufsicht einen Menschen anfällt. In diesem Fall müsste argumentiert werden, dass die kantonalen Bestimmungen nach Sinn und Zweck dahingehend ausgelegt werden, dass nicht nur dem Halter, sondern auch demjenigen, der einen Hund spazieren führt, die Pflicht auferlegt wird, das Tier ausreichend zu überwachen und insbesondere dafür zu sorgen, dass der Hund weder Menschen noch Tiere verletzt.<sup>37</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können Garantenpflichten sodann unabhängig davon, auf welchen Entstehungsgrund sie sich stützen,

<sup>32</sup> Vgl. STRATENWERTH, § 10 N 73.

<sup>33</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_1084/2009 vom 29. Juli 2010 E. 3.

<sup>34</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_495/2016 vom 16. Februar 2017 E. 2.2.1.; kritisch ebenso WOHLERS, fp, 376.

<sup>35</sup> Vgl. Art. 77 Tierschutzverordnung vom 23. April 2008 (TSchV; SR 455.1).

<sup>36</sup> § 12 des Gesetzes über das Halten von Hunden des Kantons Luzern vom 23. Oktober 1973 (SRL 848).

<sup>37</sup> Vgl. Urteil des Kantongerichts Graubünden vom 14.01.2016, SK 1 15 17, E. 6a m.w.H.

durch Delegation an Dritte übertragen werden bzw. von diesen übernommen werden.<sup>38</sup>

### 3. *Auch bei fahrlässigem Unterlassen?*

Verhindert jemand durch pflichtwidriges Unterlassen der Sorgfalt nicht, dass sein Hund einen anderen Menschen attackiert, dürfte der Hundehalter regelmässig nicht vorsätzlich, sondern bloss fahrlässig handeln. Entsprechend stellt sich die Frage, ob ein Angriff i.S.v. Art. 15 StGB auch durch fahrlässiges Unterlassen der Sorgfaltspflichten begründet werden kann.

Auch diese Frage ist umstritten. NIGGLI/GÖHLICH lehnen Notwehr bei Fahrlässigkeit grundsätzlich ab, sogar dann, wenn der Angriff in einem fahrlässigen Handeln besteht, und damit wohl erst recht bei einem Angriff, der durch fahrlässiges Unterlassen herbeigeführt wird. Ein fahrlässiger Angriff sei «nicht denkbar, weil fahrlässiges Handeln nicht gerichtet ist und damit der Definition des Angriffes widerspricht.»<sup>39</sup> Damit liefern die Autoren allerdings keine Begründung, sondern bestätigen nur ihre Definition von Angriff als ein «Handeln, das auf die Verletzung eines Rechtsgutes gerichtet ist».<sup>40</sup> Die Autoren argumentieren weiter, dass für den Fall, dass Notwehr gegen fahrlässiges Handeln anerkannt würde, die Grenze von Notstand und Notwehr verwischt würde.<sup>41</sup> Weshalb das so ist, erklären sie allerdings nicht.

Werden, wie oben dargelegt, Notstand und Notwehr hingegen danach unterschieden, ob der Duldungspflichtige (Angreifer/Notstandsoffer) für die rechtfertigende Sachlage verantwortlich ist, erscheint es folgerichtig, dass auch sein fahrlässiges Verhalten eine Notwehrlage begründen kann,<sup>42</sup> sei es in Form eines fahrlässigen Angriffs (jemand schießt mit seiner Pistole im Wald herum ohne die Folge seines Verhaltens zu bedenken oder ohne darauf Rücksicht zu nehmen), oder eines Angriffs durch fahrlässiges Unterlassen (jemand trifft keine Vorkehrungen, damit sein Hund Menschen und Tiere nicht gefährdet oder unterlässt es, seinen Hund mit aller nach den Umständen gebotenen Sorgfalt zu beaufsichtigen).

Überdies erscheint die Ausdehnung des Notwehrregimes auf solche fahrlässig herbeigeführten Angriffe sachgerecht: Die Garantenstellung des Hundehalters

---

<sup>38</sup> Vgl. BGE 141 IV 249 E. 1.4.1 S. 255; WOHLERS, HK-Art. 11 N 34.

<sup>39</sup> NIGGLI/GÖHLICH, BSK-Art. 15 N 23.

<sup>40</sup> NIGGLI/GÖHLICH, BSK-Art. 15 N 9.

<sup>41</sup> NIGGLI/GÖHLICH, BSK-Art. 15 N 23.

<sup>42</sup> Die Möglichkeit eines fahrlässigen Angriffs ebenfalls bejahend TRECHSEL/GETH, PK-Art. 15 N 8; TRECHSEL/NOLL/PIETH, 122; WOHLERS, fp, 376 f. Die Autoren äussern sich allerdings nur zum fahrlässigen Begehungsdelikt.

gründet auf dem Gedanken, dass Hunde bisweilen unberechenbar sind, also typische Gefahrenquellen darstellen.<sup>43</sup> Aufgrund dessen ist es Aufgabe des Hundehalters, seinen Hund ausreichend zu überwachen und dafür zu sorgen, dass Dritte nicht durch das Tier verletzt oder geschädigt werden. Hier passt die in der deutschen Lehre entwickelte Figur des Überwachungsgaranten.<sup>44</sup> Es erscheint nicht überzeugend, einerseits gesetzliche (Garanten-)Pflichten zu normieren, die darauf abzielen, dass Hundehalter ihre Hunde genügend überwachen, andererseits aber nur die vorsätzliche Missachtung dieser Pflichten als Angriff zu qualifizieren. Zwar dürfte ein durch Unterlassen herbeigeführter Angriff einer Tieres regelmässig *eventualvorsätzlich* begangen werden, etwa wenn der Hundehalter weiss, dass sein Hund bereits früher Menschen attackiert hat, und er ihn dennoch frei herumrennen lässt.<sup>45</sup> Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen dem Hundehalter bloss sorgfaltswidriges Verhalten vorgeworfen werden kann, etwa dann, wenn der Hund schon sehr lange keinen Menschen mehr angefallen hat oder es überhaupt das erste Mal ist, dass der Hund sich aggressiv verhält. Welche Sorgfalt an den Tag gelegt werden muss, ergibt sich für die Hunde wiederum aus den gesetzlichen Formulierungen der Hundegesetzgebung. So werden in der Verordnung über das Halten und Führen von Hunden die Pflichten des Hundehalters präzisiert und etwa festgehalten, dass Hunde «in Wäldern und an Waldrändern, an Seeufem, entlang von Ufergehölzen und Hecken sowie zur Nachtzeit im Freien (...) nicht unbeaufsichtigt gelassen werden» dürfen.<sup>46</sup> Sofern entsprechende Regelungen fehlen, ist – wie bei den Fahrlässigkeitsdelikten üblich – auf die Massfigur der besonnenen und gewissenhaften Person in der Situation des Täters abzustellen.<sup>47</sup>

#### 4. *Die Konsequenzen der Abgrenzung von Notstand und Notwehr beim Tierangriff*

Die dogmatische Einordnung des Tierangriffs als Fall von Notstand oder von Notwehr wirkt sich wesentlich auf den Umfang der Abwehrrechte des Angegriffenen aus. Bei der Notwehr sind weitreichendere Abwehrhandlungen erlaubt, eben deshalb, weil es um Verantwortung und nicht um Solidarität geht. Wird der Tierangriff als Fall des rechtfertigenden Notstands interpretiert, muss der Angegriffene dem Tier – sofern die Gefahr dadurch zuverlässig abgewendet werden kann – ausweichen oder er muss flüchten (sogenannter Grundsatz

<sup>43</sup> Vgl. Urteil des Kantongerichts Graubünden vom 14.01.2016, SK 1 15 17, E. 6a.

<sup>44</sup> Vgl. für die deutsche Lehre STAHL, 116 m.w.H.

<sup>45</sup> Vgl. auch WOHLERS, fp, 376 f.

<sup>46</sup> § 4 Verordnung über das Halten von Hunden des Kantons Luzern vom 10. Dezember 1973 (SRL 849).

<sup>47</sup> Vgl. BGE 126 IV 14.

der strikten Subsidiarität).<sup>48</sup> Die Notwehr hingegen ist gegenüber solchen Verteidigungsmitteln, die gar keine Abwehrhandlung darstellen, nicht subsidiär.<sup>49</sup> Sodann gelten unterschiedliche Massstäbe bei der Interessenabwägung: Beim rechtfertigenden Notstand müssen *deutlich überwiegende* Interessen gewahrt werden, während bei der Notwehr ein umgekehrter Proportionalitätsmassstab gilt: Das Abwehrmittel darf nicht in einem «offensichtlichen» respektive «unerträglichen» Missverhältnis zur Schwere des Angriffs stehen.<sup>50</sup> In einer Notwehrsituation darf also selbst ein Rechtsgut verletzt werden, das von höherem Wert ist als das durch den Angriff bedrohte.<sup>51</sup>

Richtet eine Kuhherde beim Nachbarn des Landwirts regelmässigen Schaden auf seinem Grundstück an, weil sie bei jedem Vorbeigehen die aufwendig bepflanzten Blumenbeete des Nachbarn zerstört, kommt es für den Umfang der Abwehrhandlung des Nachbarn wesentlich darauf an, ob das Verhalten der Kühe als Angriff i.S.v. Art. 15 StGB interpretiert wird oder als Gefahr i.S.v. Art. 17 StGB.<sup>52</sup> Im konkreten Fall stellte sich die Frage, ob sich der Nachbar, der dem Landwirt mit vorgehaltener Pistole drohte, die Tiere zu erschiessen, (u.a.) wegen Drohung (Art. 180 StGB) strafbar macht. Das Bundesgericht wertete diesen Fall fälschlicherweise als Notstand, weil es (ohne nähere Begründung) eine Garantienstellung des Landwirts für die Kühe verneinte.<sup>53</sup> Es argumentierte, entsprechend den strikten Vorgaben von Art. 17 StGB, der Nachbar hätte kein deutlich überwiegendes Interesse gewahrt, weshalb die Drohung unverhältnismässig gewesen sei.<sup>54</sup> Ebenso betonte das Bundesgericht, dass aufgrund der «absoluten Subsidiarität» der Notstandshandlung der Nachbar verpflichtet gewesen wäre, ein milderes Mittel zu ergreifen.<sup>55</sup> Hätte man den Fall hingegen richtigerweise als Notwehr interpretiert, ist der Fall alles andere als klar. Jedenfalls ist nicht ohne Weiteres ersichtlich, weshalb ein «unerträgliches» bzw. «offensichtliches Missverhältnis» zwischen dem angegriffenen Rechtsgut (Eigentum) und der Beeinträchtigung der Freiheit des Landwirts gegeben sein soll. Entscheidend dürften im Ergebnis Überlegungen zur Erforderlichkeit sein, ob also ein milderes Mittel zur Verfügung gestanden hätte,

---

<sup>48</sup> Vgl. DONATSCH/TAG, 242; SEELMANN/GETH, 69; STRATENWERTH, § 10 N 43; TRECHSEL/NOLL/PIETH, 127.

<sup>49</sup> Vgl. DONATSCH/TAG, 234; SEELMANN/GETH, 80; STRATENWERTH, § 10 N 76; TRECHSEL/NOLL/PIETH, 127.

<sup>50</sup> Vgl. DONATSCH/TAG, 234; SEELMANN/GETH, 80 f.; STRATENWERTH, § 10 N 77 f.; TRECHSEL/NOLL/PIETH, 127.

<sup>51</sup> Vgl. DONATSCH/TAG, 234 f.

<sup>52</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_495/2016 vom 16. Februar 2017; vgl. auch WOHLERS, fp, 377.

<sup>53</sup> Vgl. bereits vorne.

<sup>54</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_495/2016 vom 16. Februar 2017 E. 2.2.2.

<sup>55</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_495/2016 vom 16. Februar 2017 E. 2.2.2.

was angesichts der rudimentären Feststellungen des Bundesgerichtsentscheids nicht abschliessend beantwortet werden kann.<sup>56</sup>

## **B. Die Notwehrhandlung**

### *1. Problemstellung*

Geht man davon aus, dass das fahrlässig oder vorsätzlich ungenügend beaufichtigte Tier – bspw. der Hund, der einen Menschen angreift – einen rechtswidrigen Angriff darstellt, der eine Notwehrlage begründet, stellt sich die Frage, welche Abwehrhandlung angemessen ist. Fraglich ist insbesondere, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Angriff durch Töten oder Verletzen des Tiers abgewehrt werden darf.

Derjenige, der Notwehr übt, ist grundsätzlich dann gerechtfertigt, wenn er den Angriff in «einer den Umständen angemessenen Weise» abwehrt (Art. 15 StGB). Die Angemessenheit der Abwehrhandlung beurteilt sich nach den drei gängigen Gesichtspunkten der Verhältnismässigkeit, das heisst der Eignung, der Erforderlichkeit und der Proportionalität in einer Perspektive *ex ante*.<sup>57</sup> Zu suchen ist die richtige Mitte zwischen einer wirksamen Verteidigung, die rasch und in einem Zustand von Stress und Angst vollzogen wird, einerseits und einer übermässigen Selbsthilfe andererseits. Dabei wird dem Gericht bei der Interessenabwägung ein erheblicher Ermessensspielraum zugestanden.

Dass die Verletzung oder Tötung des Tiers angemessen ist, wenn das Tier einen Menschen attackiert und ihm schwere Verletzungen drohen, dürfte kaum bestritten sein. Schwieriger sind aber diejenigen Fälle, in denen nur geringfügige Verletzungen oder eine Verletzung von Eigentum – zum Beispiel die Zerstörung eines aufwendig bepflanzten Blumenbeetes – drohen. Obwohl Tiere zivilrechtlich grundsätzlich wie Sachen behandelt werden, ist der Tierschutz heute fester Bestandteil unserer Rechtsordnung und muss in der Abwägungsarchitektur des Notwehrrechts berücksichtigt werden. Die Substantiierung dieser These verlangt eine kurze Auseinandersetzung mit der Stellung des Tiers im Recht.

### *2. Die Stellung des Tiers im Recht: Eine Skizze*

Wie bereits einleitend bemerkt, unterscheidet das Zivilrecht scharf zwischen Mensch und Tier: Menschen sind als Rechtssubjekte Träger von Rechten und

---

<sup>56</sup> So auch WOHLERS, fp, 377 f.

<sup>57</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_779/2013 vom 17. März 2014 E. 1.1. und 1.3.; WOHLERS, HK-Art. 15 N 10;

Pflichten, während Tiere weiterhin im Wesentlichen Rechtsobjekte sind.<sup>58</sup> Diese Dichotomie passt zu einem kantianischen Rechtsverständnis, wonach die Vernunft und Moralfähigkeit für die Rechtsfähigkeit konstituierend ist.<sup>59</sup> Während Kant aber der Ansicht war, dass wir gegenüber Tieren keine Pflichten haben und ihnen keine Achtung schulden,<sup>60</sup> hat sich im Laufe des 20. Jahrhunderts die Überzeugung durchgesetzt, dass Tiere schutzbedürftig und schutzwürdig sind.<sup>61</sup> Mittlerweile haben sämtliche europäischen Rechtsordnungen Tierschutzgesetze normiert.<sup>62</sup> Am 1. Juli 1981 trat das erste schweizerische Tierschutzgesetz in Kraft,<sup>63</sup> in der Folge wurden verschiedene Verfassungsbestimmungen eingefügt, die den Tierschutz bezwecken,<sup>64</sup> die in einer Reihe von Detailvorschriften in verschiedenen Verordnungen konkretisiert wurden.<sup>65</sup> Das Bundesgericht hielt 1989 fest, dass Tiere *rechtlich* zwar nach wie vor als Sachen behandelt würden, sich aber die «Grundeinstellung» des Menschen zum Tier verändert habe und dass es ein *moralisches* Postulat darstelle, dass Tiere, «als lebende und fühlende Wesen», anders behandelt werden als leblose Dinge.<sup>66</sup> Ein Jahr später bestätigte das Bundesgericht diese Rechtsprechung, und hielt fest, dass Tiere «mehr als blosse Vermögenswerte» seien; vielmehr sei Tieren «ein nicht ohne weiteres zu ersetzender, eigenständiger Wert zuzuerkennen.»<sup>67</sup> Im Laufe der 1990er Jahre wurden verschiedene parlamentarische Vorstösse eingereicht, welche die Rechtsstellung des Tiers verbessern sollten.<sup>68</sup> 1992 wurde – international einzigartig – der Schutz der «Tierwürde» erstmals

---

<sup>58</sup> Vgl. statt vieler WETTLAUFER, 90 f.; vgl. auch <<https://www.tierimrecht.org/de/recht/rechtauskunfte/tiere-sind-keine-sachen/>> (zuletzt besucht am: 25. März 2020).

<sup>59</sup> STRUNZ, 80.

<sup>60</sup> Vgl. SCHNEIDER KAYASSEH, 6 f. m.w.H.; <<https://www.tierimrecht.org/de/recht/rechtauskunfte/tiere-sind-keine-sachen/>> (zuletzt besucht am: 25. März 2020).

<sup>61</sup> Vgl. BOLLIGER et al., 113; WETTLAUFER, 92.

<sup>62</sup> Vgl. BOLLIGER et al., 39; MICHEL, 594 ff.; vgl. auch <[http://www.tierschutz.com/publikationen/nutztiere/infothek/div/broschuere\\_tierschutz\\_grenze.pdf](http://www.tierschutz.com/publikationen/nutztiere/infothek/div/broschuere_tierschutz_grenze.pdf)> (zuletzt besucht am: 25. März 2020).

<sup>63</sup> Vgl. aTschG vom 9. März 1978; heute ist das TschG vom 16. Dezember 2005 massgebend (SR 455).

<sup>64</sup> Vgl. BOLLIGER et al., 49 ff.

<sup>65</sup> Mittlerweile existieren in der Verfassung neben der Präambel vier Bestimmungen, die Tiere betreffen: Art. 78–80, 120 BV; vgl. dazu WETTLAUFER, 94 f. m.w.H.

<sup>66</sup> BGE 115 IV 248 E. 5. S. 254.

<sup>67</sup> BGE 116 IV 364 E. 1. S. 366.

<sup>68</sup> Vgl. BOLLIGER/RÜTTIMANN, 65 ff.; Bericht der Kommission für Rechtsfragen StRat zur Parlamentarischen Initiative «Die Tiere in der schweizerischen Rechtsordnung», BBI 2002, 4164 ff., 4166; s. dazu auch die Stellungnahme des BR, BBI 2002, 5807.

auf Verfassungsstufe anerkannt,<sup>69</sup> und später als «fundamentales Grundprinzip» im Tierschutzgesetz verankert.<sup>70</sup> 2003 wurde im Zivilgesetzbuch ausdrücklich festgeschrieben, dass Tiere keine Sachen seien (Art. 641a ZGB). Allerdings betonte der Bundesrat, dass mit der Neuformulierung kein neuer rechtlicher Status für Tiere geschaffen wurde.<sup>71</sup> Vielmehr schreibt das Gesetz vor, dass die auf Sachen anwendbaren Regelungen, vorbehältlich anderer Regelungen, bei Tieren analog anwendbar seien.<sup>72</sup> Die analoge Anwendung von sachenrechtlichen Bestimmungen soll gewährleisten, dass Tiere nach wie vor Gegenstand von schuldrechtlichen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften sein können. In der Lehre wird allerdings zum Teil die Meinung vertreten, dass Tiere eine «neue besondere Kategorie von Rechtsobjekten» darstellen, die von Menschen und Sachen zu unterscheiden seien.<sup>73</sup> Dessen ungeachtet wird Art. 641a ZGB aber «in erster Linie» bloss «deklaratorischer Charakter» zugesprochen.<sup>74</sup> Dasselbe gilt für die strafrechtliche Parallelbestimmung von Art. 110 Abs. 3<sup>bis</sup> StGB.<sup>75</sup>

Was Tiere sind, wenn sie keine Sachen sind, und insbesondere, ob damit eine neue Kategorie von Rechtsobjekten geschaffen wurde, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden. Fest steht jedenfalls, dass der Gesetzgeber verdeutlicht, dass Tiere in ausgewählten Bereichen anders zu behandeln sind als gewöhnliche Sachen. Dies deshalb, weil sie fühlende Lebewesen sind, wobei entweder auf die Leidens- beziehungsweise Empfindungsfähigkeit der Tiere abgestellt wird (pathozentrischer Tierschutz) oder auf ihre blosser Existenz (bi-zentrischer Tierschutz).<sup>76</sup> Tiere haben danach zwar keine subjektiven Rechte, aber eigene schützenswerte Anliegen.<sup>77</sup> Insofern wirkt die deklaratorische Norm von Art. 641a ZGB.

Diese neuere rechtliche Entwicklung des Tiers fusst wesentlich auf naturwissenschaftlichen und moralphilosophischen Erkenntnissen hinsichtlich der kognitiven Fähigkeiten von Tieren. Studien haben gezeigt, dass die sogenannten

<sup>69</sup> Art. 120 Abs. 2 BV: «Der Bund erlässt Vorschriften über den Umgang mit Keim- und Erbgut von Tieren, Pflanzen und anderen Organismen. Er trägt dabei der Würde der Kreatur sowie der Sicherheit von Mensch, Tier und Umwelt Rechnung und schützt die genetische Vielfalt der Tier- und Pflanzenarten.»

<sup>70</sup> Vgl. BOLLIGER/RÜTTIMANN, 65.

<sup>71</sup> BBl 2002, 4168.

<sup>72</sup> Vgl. Art. 641a ZGB Abs. 1 «Tiere sind keine Sachen.», Abs. 2: «Soweit für Tiere keine besonderen Regelungen bestehen, gelten für sie die auf Sachen anwendbaren Vorschriften.»

<sup>73</sup> WOLF, OF-Art. 641a ZGB N 2; WOLF/WIEGAND, BSK-ZGB Art. 641a N 8.

<sup>74</sup> Vgl. WOLF, OF-Art. 641a ZGB N 2; WOLF/WIEGAND, BSK-ZGB Art. 641a N 8.

<sup>75</sup> Vgl. NIGGLI, BSK-Art. 110 Abs. 3<sup>bis</sup> N 3.

<sup>76</sup> Vgl. BOLLIGER et al., 31; WETTLAUFER, 113 ff.

<sup>77</sup> Vgl. BOLLIGER et al., 115.

statusrelevanten Fähigkeiten wie Kooperationsfähigkeit oder Kulturfähigkeit nicht nur dem Menschen zugeordnet werden können, sondern dass diese auch bei Primaten – allerdings in wesentlich abgeschwächter Form – vorhanden sind.<sup>78</sup> Darauf baut auch die Tierschutzgesetzgebung auf, die den Tieren zwar keine subjektiven Rechte zuspricht, aber Verhaltensvorschriften für Menschen im Umgang mit Tieren normiert, wobei sich Art. 4 TSchG wie eine «Mini-Charta» des Tierschutzes liest.<sup>79</sup> Die Verhaltensregeln verdeutlichen, dass Tiere zwar nach wie vor keine Rechtssubjekte, sondern Rechtsobjekte sind (insofern unterscheidet sich das Konzept der «Tierwürde» eben auch grundlegend von demjenigen der «Menschenwürde»), aber nicht gleichzusetzen sind mit übrigen Sachen wie einem Auto, einem Haus oder einem Blumenbeet.

### 3. *Folgerungen für die Angemessenheit der Notwehrhandlung*

Die Berücksichtigung des Tiers als lebendiges, empfindsames Rechtsobjekt wirkt sich auf die Interessenabwägung bei der Beurteilung der Angemessenheit der Notwehrhandlung aus. Der Tierschutz verlangt, dass man sich im Fall eines Tierangriffs von einem allgemeinen Eigentums- bzw. Vermögensbegriff, zu dem sämtliche Sachen – auch die lebenden – gehören, löst. Zwar ist die Verletzung bzw. Tötung eines fremden Tiers nach wie vor eine Sachbeschädigung;<sup>80</sup> es droht aber auch eine Bestrafung nach Tierschutzgesetz (vgl. Art. 26 TSchG). Wenn das Tierschutzgesetz festhält, bestraft werde, wer ein Tier *quält*, *misshandelt* oder *tötet*, steckt dahinter eine andere moralische Wertung als wenn wir sagen, eine Sache werde zerstört oder beschädigt; das Tier wird näher zum Menschen gerückt. Und es ist diese gedankliche Annäherung – wenn auch keine Gleichsetzung –, die wir leisten müssen, wenn wir uns überlegen, welche Abwehrhandlung angemessen ist, um einen Tierangriff abzuwehren.

Den Notwehrtäter trifft nicht nur eine moralische Pflicht, sondern auch eine rechtlich fundierte Pflicht, das Tier zu schonen. Zwar würde es meines Erachtens zu weit führen, im Fall des Tierangriffs *strikte Subsidiarität* zu verlangen, also vorauszusetzen, dass der Angegriffene im Fall eines Tierangriffs in jedem Fall ausweichen bzw. flüchten muss, sofern auch dadurch der Angriff abgewehrt werden kann. Kann sich der Angegriffene aber *ohne Weiteres* in sein Haus retten, um einer Hundeattacke zu entgehen, erscheint es unverhältnismäßig, wenn er das Tier dennoch verletzt oder sogar tötet. Warum soll das Tier leiden, nur weil der Halter es unterlassen hat, das Tier zu beaufsichtigen? Dies betrifft nicht nur den Fall, dass ein Hund einen Menschen attackiert, sondern

---

<sup>78</sup> WETTLAUFER, 124 m.w.H.

<sup>79</sup> Vgl. REUT, 247.

<sup>80</sup> Vgl. WEISSENBERGER, BSK-Art. 144 N 4.

auch diejenige Konstellation, in denen Tiere fremde Sachen beschädigen oder zerstören. In diesen Fällen wäre der Angegriffene gehalten, das Tier zunächst wegzujagen, im Fall von Kühen beispielsweise durch Lärm. Dabei werden höhere Anforderungen an die Abwehrhandlung gestellt als in gewöhnlichen Eigentum-versus-Eigentum-Konstellationen.

Nun könnte man versucht sein, zu argumentieren, dass *im Ergebnis* bei einem Tierangriff besser Notstand als Notwehr angenommen würde, weil die Notstandshandlung beim Notstand in deutlich engeren Grenzen zulässig ist, als die Abwehrhandlung bei der Notwehr.<sup>81</sup> Das Argument überzeugt aber aus zwei Gründen nicht. Erstens ist die korrekte Einordnung eines einzelnen Phänomens wichtig, um dem Anspruch eines möglichst widerspruchsfreien Systems von Grundsätzen – einer Dogmatik – gerecht zu werden. Zweitens richtet sich die Abwehr des Tierangriffs nicht zwingend gegen das Tier selbst. Anschaulich ist der bereits erwähnte Fall, in dem eine Kuhherde ein Blumenbeet mehrfach zerstörte und der Eigentümer dem Landwirt drohte, die Kühe zu erschiessen. In dieser Konstellation richtete sich die Drohung offensichtlich gegen den Landwirt als Halter der Tiere, was denn auch typisch ist für eine Unterlassenskonstellation, weil versucht wird, jemanden zu einem gewissen Verhalten (der gebotenen Handlung) zu zwingen. In diesen Fällen, in denen sich die Notwehrhandlung gegen den Tierhalter richtet, sollte das Abwehrrecht uneingeschränkt zum Tragen kommen.

Was die eingeschränkten Notwehrbefugnisse in Bezug auf die Verletzung oder Tötung des Tiers angeht, sei darauf verwiesen, dass Lehre und Rechtsprechung die Abwehrmöglichkeiten bei der Notwehr für verschiedene Fallgruppen nicht unerheblich einschränken. So werden unter dem Titel «sozialethische Einschränkungen des Notwehrrechts» in der deutschen Lehre verschiedene Fallgruppen diskutiert, bei denen striktere Vorgaben gelten sollen.<sup>82</sup> Es entspricht beispielsweise herrschender Lehre und Rechtsprechung, dass im Fall, dass der Angriff von einer schuldunfähigen Person ausgeht (z.B. einem Kind), der Angegriffene dem Angriff ausweichen bzw. flüchten muss und Bagatelleingriffe zu dulden hat.<sup>83</sup> Ebenso wird der Einsatz von gefährlichen Werkzeugen wie Messern, Beile und Schusswaffen nur unter restriktiven Voraussetzungen als verhältnismässige Abwehrmittel angesehen.<sup>84</sup> Die zuweilen zitierte «Schneidigkeit» des Notwehrrechts<sup>85</sup> wird also verschiedentlich relativiert. Ohne auf die Legitimität dieser unterschiedlichen Konstellationen vorliegend eingehen

---

<sup>81</sup> Vgl. vorne III.A.4.

<sup>82</sup> Vgl. umfassend SCHERENBERG; SEELMANN/GETH, 81; vgl. auch WOHLERS, JZ, 434 ff.

<sup>83</sup> Vgl. STRATENWERTH, § 10 N 80.

<sup>84</sup> Vgl. BGE 136 IV 49 E. 3.3 S. 52; eine kritische Würdigung dieser Rechtsprechung findet sich bei WOHLERS/PFLAUM, 301 ff.

<sup>85</sup> Vgl. bspw. STANGL, 129.

zu können, lässt sich allgemein festhalten, dass die Zulässigkeit der Abwehrhandlung auch dem Wandel der Zeit gebundenen Anschauungen unterliegen. Während die ältere Lehre etwa forderte, das Notwehrrecht sei einzuschränken, wenn Angreifer und Angegriffener in einer engen, meist familiären Beziehung stünden, wird dies – mit zunehmender Sensibilisierung für die Problematik der häuslichen Gewalt – heute zu recht kaum mehr vertreten.<sup>86</sup> Ebenso dürften Anliegen des Tierschutzes mittlerweile *common sense* sein, und es rechtfertigt sich, diese bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, um das Notwehrrecht in solchen Fällen einzuschränken.

#### IV. Schluss

Tiere sind Rechtsobjekte. Entsprechend kann die Attacke eines Hundes (oder eines sonstigen Tiers) nur dann eine Notwehrlage begründen, wenn der Tierangriff einem Menschen zugerechnet werden kann. Gänzlich unbestritten ist dies für den Fall, dass ein Tier gezielt zur Bedrohung fremder Rechtsgüter eingesetzt wird, wie in unserem *Fall 1*, in dem der Hundehalter seinen Kampfhund auf seinen verhassten Erzfeind hetzt. Dasselbe muss aber gelten, wenn der Hundehalter es unterlässt, seinen Hund mit der nötigen Sorgfalt zu überwachen bzw. zu sichern und dieser in der Folge einen anderen Menschen angreift oder sonstigen Schaden verursacht (*Fall 2*). Dabei spielt es auch keine Rolle, ob der Unterlassende vorsätzlich, eventualvorsätzlich oder fahrlässig handelte.

Unter dem Titel der Notwehr sind relativ weitgehende Abwehrhandlungen erlaubt, weshalb sich die Frage aufdrängt, unter welchen Umständen ein Tier getötet werden darf, und ob dies insbesondere auch zulässig ist, um einen Angriff auf das Eigentum abzuwehren. Ich habe aufgezeigt, dass obwohl Tiere zivilrechtlich nach wie vor wie Sachen behandelt werden, dem Tierschutz aber bei der Frage, ob die Notwehrhandlung angemessen ist, Rechnung zu tragen ist. Damit nähern wir uns grundlegenden moralischen Intuitionen an, dass mit lebenden und empfindenden Rechtsobjekten anders zu verfahren ist als mit leblosen Sachen.

---

<sup>86</sup> So auch NIGGLI/GÖHLICH, BSK-Art. 15 N 49; SEELMANN/GETH, 82; vgl. bereits WOHLERS, JZ, 434.

## V. Literaturverzeichnis

- BOLLIGER GIERI, Europäisches Tierschutzrecht, Tierschutzbestimmungen des Europarates und der Europäischen Union (mit einer ergänzenden Darstellung des schweizerischen Rechts), Zürich/Bern 2000 (zit. BOLLIGER)
- BOLLIGER GIERI/RÜTTIMANN ANDREAS, Rechtlicher Schutz und Tierwürde – Status quo und Zukunftsperspektiven, in: Ammann Christoph et al. (Hrsg.), Würde der Kreatur, ethische und rechtliche Beiträge zu einem umstrittenen Konzept, Zürich 2015, 65 (zit. BOLLIGER/RÜTTIMANN)
- BOLLIGER GIERI/RICHNER MICHELLE/RÜTTIMANN ANDREAS/STOHNER NILS, Schweizer Tierschutzstrafrecht in Theorie und Praxis, 2. Aufl., Zürich 2019 (zit. BOLLIGER et. al.)
- CONINX ANNA, Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand, Bern 2011 (zit. CONINX)
- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I – Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013 (zit. DONATSCH/TAG)
- HAFTER ERNST, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946 (zit. HAFTER)
- HOYER ANDREAS, Das Rechtsinstitut der Notwehr, in: Juristische Schulung 2/1988, 89 (zit. HOYER)
- HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal général, Zürich 2013 (zit. HURTADO POZO)
- GAUTHIER DAVID, *Morals by Agreement*, Oxford 1986 (zit. GAUTHIER)
- KÜHNBACH LENA, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, Dargelegt am Beispiel von Aggressivnotstand, Defensivnotstand, unterlassener Hilfeleistung und polizeilichem Notstand, Baden-Baden 2007 (zit. KÜHNBACH)
- MARTIN GIAN, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der «Haustyrannentötung», Zürich 2010 (zit. MARTIN)
- MICHEL MARGOT, Tierschutzgesetzgebung im Rechtsvergleich: Konzepte und Entwicklungstendenzen, in: Michel Margot et al. (Hrsg.), Tier und Recht, Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert, Zürich/Berlin 2012, 593 (zit. MICHEL)
- MIKHAIL JOHN, Some reflections on cognitive science and enlightenment rationalism, in: Goodmann Ryan et al. (Hrsg.), *Understanding social action, promoting human rights*, Oxford 2012, 160 (zit. MIKHAIL)
- IWANGOFF NICOLAI, Die Duldungspflichten im rechtfertigenden Notstand, Basel 2009 (zit. IWANGOFF)

- MAIHOLD HARALD, Folterknechte im Dienste des Rechtsstaats? – Zur Strafbarkeit der «Gefahrenabwehrfolter» nach schweizerischem und deutschem Recht, in: Mona Martino/Seelmann Kurt (Hrsg.): Grenzen des Rechtfertigenden Notstands, Zürich 2006 (zit. MAIHOLD)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Kommentar zu Art. 110 Abs. 3<sup>bis</sup> StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1–136 StGB, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. NIGGLI, BSK-Art.)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/GÖHLICH CAROLA, Kommentar zu Art. 15 und Art. 17 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1–136 StGB, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. NIGGLI/GÖHLICH, BSK-Art.)
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Bd., Besonderer Teil, 1. Teilbd., 4. Aufl., Zürich 1987 (zit. OFTINGER/ STARK)
- PAWLIK MICHAEL, Der rechtfertigende Notstand, Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Berlin 2002 (zit. PAWLIK)
- RENZIKOWSKI JOACHIM, Notstand und Notwehr, Berlin 1994 (zit. RENZIKOWSKI)
- REUT CHRISTOPH, Gedanken zum Transport von Schlachtvieh im Lichte des Tierschutzstrafrechts, ZStrR 134/2016, 247 (zit. REUT)
- SCHERENBERG CARL-FRIEDRICH, Die sozialetischen Einschränkungen der Notwehr, Frankfurt a. Main 2009 (zit. SCHERENBERG)
- SCHNEIDER KAYASSEH EVELINE, Haftung bei Verletzung oder Tötung eines Tieres – unter besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen und U.S.-Amerikanischen Rechts, Zürich 2009 (zit. SCHNEIDER KAYASSEH)
- SEELMANN KURT, Kommentar zu Art. 15 und Art. 17 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/ Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, JStGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. SEELMANN, BSK-Art.)
- SEELMANN KURT/GETH CHRISTOPHER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016 (zit. SEELMANN/GETH)
- STAHL ANDRÉ, Notwehr gegen Unterlassen, Münster 2015 (zit. STAHL)
- STANGL BENEDIKT, «Verhältnismäßige Notwehr», Untersuchung der Rechtsprechung zu Abwägungen bei der Auslegung des § 32 StGB, Hamburg 2013 (zit. STANGL)
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. STRATENWERTH)

- STRUNZ CATHERINE, Die Rechtsstellung des Tieres, insbesondere im Zivilprozess, Zürich 2002 (zit. STRUNZ)
- TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER/PIETH MARK, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Zürich 2017 (zit. TRECHSEL/NOLL/PIETH)
- TRECHSEL STEFAN/GETH CHRISTOPHER, Kommentar zu Art. 15, in: Trechsel Stefan/ Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. TRECHSEL/GETH, PK-Art.)
- WETTLAUFER LENKE, Mensch und Tier in Transzendierung, Eine rechtliche Auseinandersetzung mit der Bildung und Nutzung von Mensch-Tier-Mischwesen unter Einbeziehung biologischer, ethischer und christlich-theologischer Aspekte, Zürich 2018 (zit. WETTLAUFER)
- WEISSENBERGER PHILIPPE, Kommentar zu Art. 144, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. WEISSENBERGER, BSK-Art.)
- WOHLERS WOLFGANG, Einschränkungen des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse, in: Juristen Zeitung, 9/1999, 434 (zit. WOHLERS, JZ)
- WOHLERS WOLFGANG, Urteilsbesprechung von Nr. 30 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 16. Februar 2017 i.S.v. X gegen Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen und A. 6B\_495/2016, fp 6/2017, 374 (zit. WOHLERS, fp)
- WOHLERS WOLFGANG, Kommentar zu Art. 15, in: ders. et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. WOHLERS, HK-Art.)
- WOHLERS WOLFGANG/PFLAUM SONJA, Todesgefährliche Notwehr, in: Jositsch Daniel et al. (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, 297 (zit. WOHLERS/PFLAUM)
- WOLF STEPHAN, Kommentar zu Art. 641a ZGB, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. WOLF, OF-Art.)
- WOLF STEPHAN/WIEGAND WOLFGANG, Kommentar zu Art. 641a ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. WOLF/WIEGAND, BSK-Art.)



---

# Fieht der Staat aus der Haftung?

## Eine Miszelle zur medizinischen Staatshaftung

PHILIPP EGLI<sup>1</sup>

### Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	47
II.	Luzerner Fenstersturz-Fall .....	48
	A. Eine unglückliche Geschichte.....	48
	B. Einordnung .....	50
III.	Hintergründe der Staatshaftung.....	51
	A. Zweiteilung der Rechtsordnung.....	51
	B. Flucht des Staates aus dem Privatrecht.....	53
	C. Zwischen Privatisierung und Publifizierung.....	55
IV.	Gründe für die Staatshaftung .....	57
	A. Reibungsloses Funktionieren der Verwaltung.....	57
	B. Haftungsregime in regulierten Branchen.....	59
V.	Ausblick .....	61
VI.	Literaturverzeichnis .....	63

### I. Einleitung

An der medizinischen Staatshaftung<sup>2</sup> zeigt sich der Preis, den theoretisch ungelöste Fragen in der Praxis haben können: grosse Rechtsunsicherheit. Gleichzeitig bestätigt sich, «dass es nichts Praktischeres gibt als die Theorie» (FRITZ FLEINER). Am Beispiel einer unglücklichen Geschichte (Ziff. II) möchte ich hinter die Gründe der Abgrenzung von privater und staatlicher Haftung blicken (Ziff. III), um dann kurz auf die Gründe für die medizinische Staatshaftung

---

<sup>1</sup> Ich danke FABIAN GÄHWILER und SABINE STEIGER-SACKMANN für wertvolle Anregungen und Diskussionen.

<sup>2</sup> Die redaktionelle Betreuung des von WALTER FELLMANN und TOMAS POLEDNA herausgegebenen Tagungsbandes «Die Haftung des Arztes und des Spitals» (Zürich/Basel/Genf 2003) war meine erste Aufgabe als Hilfsassistent von WALTER FELLMANN – eine Zeit, die ich in bester Erinnerung habe.

(Ziff. IV) einzugehen. Dabei beziehe ich mich immer wieder auf die Lehrbuchkontroverse im «Arztrecht»<sup>3</sup> – ein äusserst anregender Meinungs austausch zu den nachfolgenden «Grenzfragen» von Privatrecht und öffentlichem Recht.

## II. Luzerner Fenstersturz-Fall

### A. Eine unglückliche Geschichte

Am 27. April 1919 sprang Herr Müller im Delir aus einem Fenster der kantonalen Krankenanstalt Luzern.<sup>4</sup> Der Aufprall war hart: Herr Müller fiel in die sechs bis acht Meter tiefer gelegene Parkanlage und zog sich schwere Verletzungen mit bleibenden Schäden zu. In seinem krankheitsbedingten Delir verzweifelte Herr Müller daran, dass er kein Einzelzimmer erhalten hatte, sondern sein Zimmer Nr. 13 mit zwei anderen Patienten teilen musste. Herr Müller machte indes nicht das Schicksal oder sich selbst für das Unglück verantwortlich, sondern suchte Schuldige und fand sie in Gestalt der Spitalärzte, der Krankenschwester und des Kantons Luzern. Sie und weitere Beteiligte – so der Vorwurf von Herrn Müller – seien dafür verantwortlich, dass er in seinem Delir nicht korrekt untergebracht und überwacht worden sei. Deshalb erhob Herr Müller eine Zivilklage gegen die Vorgenannten. Doch auch für den Kläger Müller nahm die Sache ein unglückliches Ende: Mit Urteil vom 13. Dezember 1922 bestätigte das Bundesgericht die Klageabweisung der Luzerner Zivilgerichte.

Erfolglos blieb die Klage zunächst insofern, als Herr Müller direkt den *Kanton Luzern* ins Recht fasste. Das Bundesgericht verwies auf *Art. 59 ZGB*, wonach für die öffentlich-rechtlichen und kirchlichen Körperschaften und Anstalten das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vorbehalten bleibt. Dieser Vorbehalt beziehe sich nach (bereits damals) feststehender Praxis auch auf die Haftungsverhältnisse nach aussen, «soweit es sich wenigstens um die Verantwortlichkeit aus öffentlichrechtlichen Funktionen und nicht um Verhältnisse handelt, in denen das Gemeinwesen zum Bürger wie ein gewöhnlicher Privater als koordiniertes Rechtssubjekt in Beziehung tritt». Die «öffentliche Krankenfürsorge» gehöre dem öffentlichen Recht an: «Verwaltungsrechtliche Normen, nicht privatrechtliche Verträge sind die Grundlagen der Aufnahme und der

---

<sup>3</sup> AEBI-MÜLLER ET AL., § 2 Rz. 13–34: Die Uneinigkeit bezieht sich auf die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Patienten und *privaten* Listenspitälern anhand der Funktionstheorie (§ 2 Rz. 17).

<sup>4</sup> BGE 48 II 415. Alle Zitate im folgenden Abschnitt stammen aus diesem Urteil.

Pflege der einzelnen Patienten und dementsprechend sind es auch öffentlich-rechtliche Funktionen, die das Anstaltspersonal den Kranken gegenüber ausübt».

Vergeblich brachte Herr Müller vor, die Krankenanstalt müsse als Gewerbebetrieb im Sinne von *Art. 61 Abs. 2 OR* betrachtet werden, weil sie von ihren Kranken eine Entschädigung verlange. Mit einem solchen Kostgeld – so das Bundesgericht – erstrebe die Krankenanstalt «keineswegs die Erreichung ökonomischer Vorteile», was das Kriterium jeden Gewerbebetriebes sei, sondern wolle sich dadurch nur einen Beitrag an die Betriebsauslagen sichern.

Massgebend war damit das kantonale öffentliche Recht. Es kannte aber keine Staatshaftung, womit der Kanton Luzern von seiner Haftung befreit war. Das Bundesgericht verwarf ausdrücklich die (damals) von einem Teil der Lehre vertretene Auffassung, wonach das Bundesprivatrecht bei Fehlen einer kantonalen Regelung subsidiär auch auf den Staat anzuwenden sei: «Allein diese Auffassung steht mit dem klaren Wortlaut des Art. 59 [ZGB] im Widerspruch, wonach die öffentlichen Körperschaften und Anstalten *schlechthin* dem öffentlichen Rechte unterstellt sind.»<sup>5</sup> Den Kantonen stehe es frei, das ZGB dennoch auf ihre öffentlich-rechtlichen Korporationen zur Anwendung zu bringen: «Allein soweit sie das tun, geschieht es nicht kraft Bundesrechts, sondern kraft kantonalen Rechts».

Ebenfalls erfolglos war die Klage von Herrn Müller gegen die *Spitalärzte* und die *Krankenschwester*. Das Bundesgericht erwog, das «Ärzte- und Wartepersonal der Krankenanstalt» übe seine Funktionen kraft öffentlichen Rechtes aus, weshalb kein (zivilrechtliches) Vertragsverhältnis vorliege. Die persönliche Verantwortlichkeit könne sich daher nur aus einem *deliktischen Verhalten* ergeben. Nun behalte aber *Art. 61 OR* für die ausservertragliche Haftung öffentlicher Beamter und Angestellter das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vor, sofern es sich nicht um eine gewerbliche Verrichtung handle. Das damalige kantonale «Haftungsrecht» – eher ein *Haftungsabwehrrecht* – regelte die Beamtenhaftung restriktiv, was eine erfolgreiche Klage von Herrn Müller ausschloss. Immerhin «geht *Art. 61 OR* insofern weniger weit als *Art. 59 ZGB*[,] als er grundsätzlich von der Anwendbarkeit des Bundesrechts ausgeht und dem Bund und den Kantonen lediglich das Recht einräumt, abweichende Bestimmungen aufzustellen».

---

<sup>5</sup> Hervorhebung beigegefügt.

## B. Einordnung

Der Kanton Luzern kennt längst – aber nicht mehr lange<sup>6</sup> – eine ausschliessliche Staatshaftung für die kantonalen Spitäler.<sup>7</sup> Weiterhin Probleme bereitet dagegen die *Abgrenzung* der öffentlich-rechtlichen Haftung von der privatrechtlichen Haftung. Bei allem regulatorischen Wandel im Gesundheitswesen gilt bis heute der Grundgedanke, den das Bundesgericht bereits 1919 formuliert hat: Die Verantwortlichkeit von Spitalern, welche die «öffentliche Krankenfürsorge» sicherstellen, richtet sich nach öffentlichem Recht.<sup>8</sup> Mag die Staatshaftung im Kanton Luzern auch vor Zivilgerichten ausgefochten werden, eine *unmittelbare* Berufung auf das Zivilrecht brächte Herrn Müller bis heute (noch) kein Glück.

Doch überzeugt, was das Bundesgericht bereits 1919 erwogen hat? Ist die Behandlung in einem öffentlichen Spital nicht allenfalls doch ein Verhältnis, in dem das Gemeinwesen «wie ein gewöhnlicher Privater» auftritt? Worin unterscheidet sich ein Spitalbetrieb von einer gewerblichen Verrichtung, zumal der (Krankenversicherungs-)Gesetzgeber in jüngerer Zeit den unternehmerischen Auftrag der Spitäler gestärkt hat?<sup>9</sup>

Die Antworten sind bekanntlich strittig, die Lehrbuchkontroverse im «Arztrecht» ist dafür ein gutes Beispiel.<sup>10</sup> Etwas aus der Zeit gefallen wäre es wohl, mit einem Urteil aus dem Jahr 1892 festzuhalten, die Aufnahme in ein Spital erfolge «kraft hoheitlicher Schlussnahme der Staatsbehörde»<sup>11</sup>. Doch möglicherweise gibt gar nicht die (fehlende) öffentliche Gewalt am Krankenbett, sondern das *regulatorische Umfeld* den Ausschlag: Entscheidend für die Staatshaftung wäre dann, dass Listenspitäler – unternehmerische Betriebsführung

<sup>6</sup> Vgl. unten Ziff. V.

<sup>7</sup> Das «Luzerner Kantonsspital» ist (noch) eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit, das als «Gemeinwesen» im Sinne des kantonalen Haftungsgesetzes (HG) gilt und ausschliesslich haftet (§ 7 Abs. 1 Spitalgesetz/LU in der Fassung bis 31.5.2020; §§ 1 ff. HG/LU). Eine Ausfallhaftung des Kantons Luzern ist nicht vorgesehen.

<sup>8</sup> BGE 139 III 252 E. 1.3 S. 253; 133 III 462 E. 2.1 S. 465; 122 III 101 E. 2a/aa S. 104. Diese Entscheide beziehen sich auf «*öffentliche Spitäler*», wobei der Begriff nicht abschliessend geklärt ist, siehe dazu die Lehrbuchkontroverse (oben Fn. 3); weit gefasst: BGer-Urteil 6B\_730/2017 vom 7.3.2018 E. 1.5; BOSCHUNG, Rz. 560 ff.; SIDIROPOULOS, Rz. 106, 111 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 49 f. KVG.

<sup>10</sup> Siehe oben Fn. 3; zum Haftungsregime für *private* Listenspitäler im Kanton Luzern vgl. SIDIROPOULOS, Rz. 100 ff.

<sup>11</sup> BGE 18 383, 392.

hin, Patientenautonomie her – an einer Staatsaufgabe mitwirken:<sup>12</sup> Listenspitäler erfüllen eine «*mission officielle*», die ihnen von der Gesetzgebung übertragen wird.<sup>13</sup>

Ob all dieser Unsicherheiten sollte nicht übersehen werden, dass zwischen den Haftungsvoraussetzungen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts gemäss verbreiteter Auffassung *im Ergebnis kaum ein Unterschied* besteht.<sup>14</sup> Was bei Lehrbuchkontroversen zu einem tröstlichen Schluss führen kann – die Differenzen erscheinen letztlich geringfügig<sup>15</sup> –, ist für Geschädigte allenfalls eher Hohn als Trost: Sie könnten sich fragen, ob es nicht an Boshaftigkeit grenzt, ihnen zur Durchsetzung ihrer Ansprüche derart viele (prozessuale) Steine in den Weg zu legen, wenn doch die Haftungsvoraussetzungen weitgehend übereinstimmen.<sup>16</sup>

### III. Hintergründe der Staatshaftung

#### A. Zweiteilung der Rechtsordnung

Dass sich das *Zivilgesetzbuch* überhaupt zur Amtshaftung<sup>17</sup> äussert, versteht sich aus öffentlich-rechtlicher Sicht nicht von selbst.<sup>18</sup> Geht man von einer *kategorialen*, «weltenbildenden» Zweiteilung der Rechtsordnung in öffentliches Recht und Privatrecht aus, liegt es an sich nahe, die Folgen der Verletzung öffentlich-rechtlicher Normen zu öffentlichem Recht zu «stempeln»<sup>19</sup> und damit dem Verwaltungsrecht zuzuweisen.<sup>20</sup> Das war aber nicht der Ansatz bei der Schaffung des Obligationenrechts (1881) und des Zivilgesetzbuches (1907). Bis heute gilt, dass sich die schädigenden «Beamten» auch beim Erfüllen öffentlicher Aufgaben nach den *zivilrechtlichen* Haftungsregeln verantwortlich machen können (Art. 61 Abs. 1 OR).<sup>21</sup>

<sup>12</sup> BGE 18 383, 391 f.

<sup>13</sup> BGE 44 II 52, 54: «l'établissement officiel (...) ne s'engage pas envers lui [= le malade] a une prestation de droit privé, mais remplit à son égard la mission officielle que la législation lui confère.».

<sup>14</sup> AEBI-MÜLLER ET AL., § 2 Rz. 23.

<sup>15</sup> AEBI-MÜLLER ET AL., § 2 Rz. 34.

<sup>16</sup> So zugespitzt MEIER, S. 474.

<sup>17</sup> Als Oberbegriff von Staatshaftung (= Haftung des Staates als juristische Person) und Beamtenhaftung (= Haftung der Staatsangestellten).

<sup>18</sup> Nach J. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 138, ein «systemwidriger Eingriff des Privatrechts in den öffentlichrechtlichen Bereich», der aber gerechtfertigt sei.

<sup>19</sup> Metapher von GIACOMETTI.

<sup>20</sup> BGE 76 II 215 E. 1 S. 216 ff.; ROSENSTOCK, S. 46 ff.

<sup>21</sup> Siehe auch schon: Art. 64 aOR (1881).

Dieser *zivilrechtliche* Ansatz erscheint mit dem Terraingewinn des öffentlichen Rechts und dem Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit eher etwas angestaubt.<sup>22</sup> Gesetzgeber, Lehre und Rechtsprechung haben die Haftung des Staates und seiner Beamten zunehmend «verstaatlicht», d.h. dem öffentlichen Recht unterstellt. Zwar folgt die Haftungsordnung nicht selten weiterhin zivilrechtlichen Regeln, aber *im Gewand des öffentlichen Rechts*; die zivilrechtlichen Regeln gelten nur «kraft kantonalen Rechts».<sup>23</sup> Dieser «Seitenwechsel» vom Zivilrecht ins öffentliche Recht ermöglicht, die zivilrechtlichen Regeln nur dann anzuwenden, wenn sie mit dem *öffentlichen Interesse* vereinbar sind.

Die kategoriale Zweiteilung der Rechtsordnung weist einen erstaunlich zähen Überlebenswillen auf,<sup>24</sup> auch wenn sie «in mancher Beziehung fragwürdig geworden»<sup>25</sup> ist. Dieser Überlebenswille zeigt sich etwa dann, wenn es gilt, den Staat selbst (und nicht nur seine Angestellten) zur Verantwortung zu ziehen. So scheiterte der Kläger Müller im Luzerner Fenstersturz-Fall damit, den Kanton Luzern direkt auf die zivilrechtlichen (Haftungs-)Regeln zu verpflichten, und sei es auch nur *subsidiär*, d.h. bei Fehlen einschlägiger öffentlich-rechtlicher Normen. Das Bundesgericht widersprach deutlich: «Diese Auffassung steht mit dem klaren Wortlaut des Art. 59 [ZGB] im Widerspruch, wonach die öffentlichen Körperschaften und Anstalten *schlechthin* dem öffentlichen Rechte unterstellt sind.»<sup>26</sup>

Dies führt bekanntlich dazu, dass eine vermögensrechtliche Haftung des Staates nur greift, sofern dafür eine besondere gesetzliche Grundlage *ausserhalb des Zivilgesetzbuches* vorliegt.<sup>27</sup> Dieser sog. Entschädigungspositivismus zeigt, wie tief die Zweiteilung das juristische Denken bis heute prägt. Vergeblich muss dann der Hinweis darauf bleiben, dass das Zivilgesetzbuch Regeln zur Organ- und Geschäftsherrenhaftung enthält, die bei Fehlen öffentlich-rechtlicher Sonderregeln auch auf den Staat angewandt werden könnten.<sup>28</sup>

Immerhin – so möchte man unserem Kläger Müller mitleidvoll beispringen – ist der Wortlaut von Art. 59 Abs. 1 ZGB nicht so «klar», wie vom Bundesgericht dargestellt. Selbst EUGEN HUBER, der Verfasser der Norm, hat diesbezüglich ausgeführt, es genüge, «wenn der Bund und die Kantone, soweit sie eine dem allgemeinen Privatrecht nicht unterstellte Ordnung [...] anerkannt wissen

<sup>22</sup> Darin werden vielfach Überbleibsel der (negativ besetzten) «Fiskustheorie» gesehen, vgl. z.B. PLÜSS, § 2 Rz. 6; zum Staat als Fiskus z.B. BGE 3 419 ff., 422.

<sup>23</sup> D.h. als ergänzendes kantonales *öffentliches* Recht.

<sup>24</sup> SCHEFER, *passim*.

<sup>25</sup> AEBI-MÜLLER ET AL., § 2 Rz. 24.

<sup>26</sup> BGE 48 II 415 E. 1 S. 418 (Hervorhebung beigelegt).

<sup>27</sup> ROSENSTOCK, S. 151 f.; vgl. jüngst BGE 144 II 281 E. 4.5.2 S. 292 m.w.H.

<sup>28</sup> Dazu gäbe es durchaus historische Vorbilder wie etwa das frühere Waadtländer Zivilrecht, vgl. BGE 3 148, 157 (Art. 1037 bis 1039 aCC VD).

wollen, hierzu die Zuständigkeit besitzen»<sup>29</sup>. Und ERNST HAFTER ergänzte: «Wenn und soweit bezüglich einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Anstalt öffentlich-rechtliche Bestimmungen fehlen, *gelten subsidiär die Normen des ZGB*»<sup>30</sup>.

Allerdings stiess diese Auffassung bereits in der Expertenkommission zum Zivilgesetzbuch auf Widerspruch<sup>31</sup> und ist mit der Entfaltung des öffentlichen Rechts im Wohlfahrtsstaat ganz in den Hintergrund gerückt. AUGUST EGGER sprach schon 1930 von der «älteren Auffassung»: «Die heutige Verwaltungsrechtswissenschaft macht demgegenüber den *Wesensunterschied* des öffentlichen vom privaten Verbands geltend [...] und verlangt deshalb eine *geschlossene* Unterstellung unter das öffentliche Recht»<sup>32</sup>. Als Beleg diente unter anderem der Luzerner Fenstersturz-Fall.

## B. Flucht des Staates aus dem Privatrecht

Man könnte auch sagen: Der Staat flieht zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben aus dem Privatrecht und entzieht sich «*schlechthin*» dessen Geltung. Was Lehre und Praxis heute selbstverständlich und rechtsstaatlich geboten erscheint, ja mitunter gar zum geltenden Recht erklärt wird,<sup>33</sup> war für EUGEN HUBER anders. Er ging vom Grundsatz der zivilrechtlichen *Deliktsfähigkeit* öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten aus. Um seine Worte zu wiederholen: «Es genügt, wenn der Bund und die Kantone, soweit sie eine dem allgemeinen Privatrecht nicht unterstellte Ordnung für diese juristischen Personen anerkannt wissen wollen, hierzu die Zuständigkeit besitzen.»<sup>34</sup>

EUGEN HUBER verwarf damit eine strikte Zweiteilung von Staat und Gesellschaft und verfasste mit dem Zivilgesetzbuch die Gesellschaft – *unter Einschluss des Staates*. Was für ein Gedanke! Das ist keine Absage an das öffentliche Recht. EUGEN HUBER wusste um dessen Bedeutung für «soziale Refor-

<sup>29</sup> HUBER, Vorentwurf, S. 97; vgl. auch Protokolle, Rz. 381.

<sup>30</sup> BK-HAFTER, Art. 59 N 7 (Hervorhebung im Original).

<sup>31</sup> Der erfolgreiche Gegenantrag kam vom späteren Bundesgerichtspräsidenten VIRGILE ROSSEL, vgl. Protokolle, Rz. 738 ff.; in der Lehre hat ROSSEL später die Auffassung von HUBER übernommen, vgl. ROSSEL/MENTHA, S. 136; dazu auch GOTTLIEB, S. 24 ff.; ROSENSTOCK, S. 48 ff.

<sup>32</sup> EGGER, Art. 59 N 11; siehe auch z.B. BGE 63 II 28 E. 2 S. 30 f. mit Hinweis auf abweichende Lehrmeinungen, ohne aber EUGEN HUBER zu erwähnen.

<sup>33</sup> AEBI-MÜLLER ET AL., § 2 Rz. 26.

<sup>34</sup> Art. 59 Abs. 1 ZGB. HUBER, Vorentwurf, S. 97; vgl. auch Protokolle, Rz. 381.