



Barbara Klett\*/Dominique Müller\*\*

## Risikosteuerung im Umgang mit «Emerging Risks»

Der immer schneller werdende technische und wissenschaftliche Fortschritt bringt viele Chancen. Es entwickeln sich aber auch immer wieder Techniken, deren Schadenspotential schwierig voraussehbar und quantifizierbar ist. Diese sog. Emerging Risks stellen die Gesellschaft vor neue Herausforderungen. Die Gesellschaft, Wirtschaft und Politik haben im Zusammenhang mit der richtigen Anwendung von Massnahmen zur Risikosteuerung das Gleichgewicht zwischen Förderung von Innovationen und vertretbaren Risiken zu finden.

Les progrès techniques et scientifiques toujours plus rapides offrent de nombreuses opportunités. Mais il arrive aussi que soient développées des techniques dont les dangers potentiels sont difficiles à prévoir et à quantifier. Ces «emerging risks» placent la société devant de nouveaux défis. La société, l'économie et la politique doivent trouver un juste équilibre entre encouragement des innovations et risques acceptables dans le cadre d'une application appropriée des mesures destinées à gérer les risques.

### Inhalt

- I. Einleitung
- II. «Emerging Risks»
  - 1. Definition
  - 2. Aktuelle Emerging Risks
- III. Haftungsrisiken
  - 1. Problem
  - 2. Gesetzliche Grundlagen
    - 2.1 Einführung
    - 2.2 Aktuelle gesetzliche Ausgangslage
  - 3. Das Produktesicherheitsgesetz
    - 3.1 Überblick
    - 3.2 Anwendungsbereich
    - 3.3 Sicherheitsanforderungen und Pflichten
  - 4. Produkthaftpflicht
    - 4.1 Überblick
    - 4.2 Ausschluss von Entwicklungsrisiken
    - 4.3 Fazit
  - 5. Arbeitsrechtliche Haftung für Gesundheitsrisiken
    - 5.1 Privatrechtlicher Arbeitnehmerschutz
    - 5.2 Öffentlich-rechtlicher Arbeitnehmerschutz
    - 5.3 Fazit
  - 6. Verjährung
    - 6.1 Geltendes Recht
    - 6.2 Revisionsvorschläge
- IV. Steuerung der Haftungsrisiken von Emerging Risks
  - 1. Einleitung
  - 2. Auswahl staatlicher Steuerung
    - 2.1 Einführung einer Gefährdungshaftung
    - 2.2 Versicherungspflicht
  - 3. Absicherungsmassnahmen der Haftpflichtversicherung
- V. Fazit

### I. Einleitung

Der technische Fortschritt und die rasante Weiter- und Neuentwicklung von gewissen Technologien bringen viele Chancen und verändern die Gesellschaft. Diese Technologien bringen aber auch fortlaufend neue Risiken, welche nur bedingt beherrschbar sind. Die Gefahren, insbesondere das Schadenspotential solcher neuen Technologien, sind schwer vorhersehbar, der Schadensumfang nur schwer abschätzbar. Man spricht von sogenannten «Emerging Risks» («neu auftretenden Risiken»), welche bedeutende Auswirkungen auf Wirtschaft, Gesellschaft und Umwelt haben können. Diesen Haftungsrisiken wird erst seit einigen Jahren die notwendige Beachtung geschenkt. Heute befassen sich viele hoch qualifizierte Spezialisten, darunter führende Rückversicherer, mit der Erfassung und Qualifizierung solcher zukünftiger Risiken.

Für die Gesellschaft, Politik und Wirtschaft stellt sich immer wieder die Frage, wie mit solchen neuen, technischen Errungenschaften und ihren Risiken umgegangen werden soll. Der vorliegende Artikel befasst sich mit haftungsrechtlichen und sicherheitsrelevanten Themen, die sich im Zusammenhang mit Emerging Risks ergeben. Ein besonderes Augenmerk wird auf den rechtlichen Umgang und die Steuerungsmöglichkeiten solcher Risiken gelegt.

\* LL.M., Fachanwältin SAV für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Partnerin bei Eversheds AG, [www.eversheds.ch](http://www.eversheds.ch).

\*\* MLaw, Rechtsanwältin bei Eversheds AG, [www.eversheds.ch](http://www.eversheds.ch).

## II. «Emerging Risks»

### 1. Definition

Für den Begriff der «Emerging<sup>1</sup> Risks» besteht keine allgemein anerkannte und einheitliche Definition. Emerging Risks sind neue bzw. neuartige Risiken, welche sich durch die fehlende Erkennbarkeit, den unsicheren Eintritt und die schwere Abschätzbarkeit des Schadenspotentials auszeichnen. Bei Emerging Risks besteht ein grosser zeitlicher Abstand zwischen der Ursache und dem Eintreten der Folgen bzw. der Verwirklichung des Risikos.

Unter Emerging Risks sind Risiken aus dem Technologiebereich (z.B. Cyber-, Fracking-, Nano-Risiken), Gesundheitsrisiken (z.B. verursacht durch elektromagnetische Felder, Resistenzen, Multiple Stressors) und Umwelttrisiken (z.B. Landabsenkung, verstärkte Naturkatastrophen) zu subsumieren.<sup>2</sup>

Das wohl prominenteste Emerging Risk aus der Vergangenheit ist der Asbest. Bei Asbest handelt es sich um feine mineralische Fasern, welche nach Verarbeitung für viele Produkte unbestrittenermassen optimale Eigenschaften aufweisen. Asbest besitzt eine grosse Festigkeit, ist hitze- und säurebeständig und kann zur Dämmung eingesetzt werden. Daher galt Asbest lange Zeit als das perfekte Material mit unzähligen Einsatzmöglichkeiten. In den 1820er-Jahren fand Asbest erstmals ernsthafte Anwendung in Kleidung für Feuerwehrleute. Bald kamen die Herstellung von feuerfesten Dächern und Wärmedämmungen sowie der asbestarmierte Zement hinzu. Anfang 20. Jh. bildete Asbest den idealen Baustoff für modernes Bauen, unter anderem weil er kostengünstig, leicht vorzufertigen und anpassungsfähig war. Asbest fand vor allem Einsatz als Dämmstoff, Fassadenverkleidung, in Rohren und Platten.<sup>3</sup> Die schwerwiegenden Gesundheitsgefahren<sup>4</sup>, welche die Verwendung von Asbest mit sich brachte, wurden jedoch erst rund 100 Jahre nach dem ersten professionellen Einsatz von Asbest entdeckt. In der Schweiz wurde die Herstellung und Verwendung von Asbest 1990 verboten.<sup>5</sup>

Gemäss Pressemitteilung EDI vom 19. Dezember 2016<sup>6</sup> erkranken in der Schweiz jedes Jahr rund 120 Personen

an einem Mesotheliom, weil sie zu einem früheren Zeitpunkt eine krebserregende Menge an Asbestfasern eingeatmet haben. Die vielen gesundheitlichen Erkrankungen und Todesfälle im Zusammenhang mit Asbest sind für die Versicherungen mit grossen finanziellen Folgen verbunden. Allein die SUVA hat von 1984 bis 2013 rund 809 Millionen Franken an Heilungskosten, Taggeldern, Renten, Hinterlassenenrenten und Integritätsentschädigungen an Asbestopfer bezahlt.<sup>7</sup> Der Fall Asbest hat gezeigt, dass unsere Rechtsordnung für eine derartige Risikokonstellation nicht bewaffnet ist. Die Frage der Haftung und insbesondere der zeitlichen Beschränkung der Haftung sind aktuell Gegenstand von Gerichtsverfahren und gesetzgeberischen Arbeiten.

### 2. Aktuelle Emerging Risks

Zurzeit gilt die Nanotechnologie<sup>8</sup> als breit diskutiertes Emerging Risk. Dieser Technologie wird vorhergesagt, dass sie als Querschnittstechnologie mittelfristig alle Branchen durchdringen wird. Aufgrund ihrer Materialeigenschaften kann sie beispielsweise in der Elektronik, Beschichtung, Lebensmittel oder in Kosmetika eingesetzt werden. Einige Forscher warnen jedoch davor, dass die neuen Nanotechnologien, insbesondere die verwendeten Kohlenstoff-Nanoröhrchen (engl. Carbon-Nanotubes; CNT), möglicherweise asbestähnliche Gesundheitsrisiken mit sich bringen. Bisher konnte dies noch nicht bewiesen werden.<sup>9</sup> Heute ist damit noch weitgehend ungewiss, ob und gegebenenfalls welche Wirkung die in der Nanotechnologie verwendeten Stoffe auf exponierte Arbeiter langfristig haben.

Neben der Nanotechnologie bestehen weitere Emerging Risks. Die Swiss Re veröffentlicht in ihrem jährlichen SONAR<sup>10</sup> Bericht jeweils ihre Erkenntnisse über neue Emerging Risks, mit welchen unsere Gesellschaft künftig konfrontiert sein könnte. Der Bericht vom Mai 2016 präsentierte 21 neue Emerging Risks in den Bereichen Gesellschaft, Politik, Wirtschaft, Technologie und Umwelt und zeigte ihr potentielles Risiko für Gesellschaft und Versicherung auf.<sup>11</sup> Als Risiken werden beispielsweise die Massenimmigration, die rechtlichen und ökonomischen Risiken der «sharing economy»<sup>12</sup>, Verschmutzung der Ozeane durch Micro-Plastik, Inter-

<sup>1</sup> To emerge (englisch) bedeutet auftauchen, aufkommen, hervortreten oder auch sich entwickeln.

<sup>2</sup> <http://innovationsgesellschaft.ch/kompetenzen/risikomanagement/risikomanagement/> (besucht im Januar 2017).

<sup>3</sup> <http://www.materialarchiv.ch/detail/1278#/detail/1278/asbestzement> (besucht im Januar 2017); <http://www.vsei.ch/index.php?id=271> (besucht im Januar 2017); <http://www.suva.ch/startseite-suva/praevention-suva/arbeit-suva/weitere-aspekte-suva.htm> (besucht im Januar 2017).

<sup>4</sup> Asbest ist dann gefährlich, wenn er eingeatmet wird. Bereits geringe Konzentrationen von Asbeststaub in der Luft können die Entstehung von Lungen- und Brustfellkrankheiten fördern; <http://www.vsei.ch/index.php?id=271> (besucht im Januar 2017).

<sup>5</sup> Anhang 1.6 der Chemikalien-Risikoreduktions-Verordnung (ChemRRV) vom 18. Mai 2005 (SR 814.81).

<sup>6</sup> <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-65000.html> (besucht im Januar 2017).

<sup>7</sup> Geschäftsbericht SUVA 2013, abrufbar unter: <https://www.suva.ch/de-ch/die-suva/ueber-uns/geschaeftsbericht#uxlibrary-open=/de-CH?atomid=d5a9805d230a01741003bcfc48d9470a%26showContainer=1> (besucht im Januar 2017).

<sup>8</sup> Die Nanotechnologie befasst sich mit Strukturen, die kleiner als 100 Nanometer sind; <http://www.bafu.admin.ch/chemikalien/01389/01393/index.html?lang=de> (besucht im Januar 2017).

<sup>9</sup> CHRISTOPH MEILL, Drohen neue Asbest-Risiken durch Nanotechnologie?, *Versicherungswirtschaft*, Heft 4, 15. Februar 2010, 252 ff.

<sup>10</sup> Systematic Observation of Notions Associated with Risks.

<sup>11</sup> Bericht abrufbar unter: [http://www.swissre.com/media/news-releases/Swiss\\_Res\\_new\\_SONAR\\_report\\_explores\\_top\\_emerging\\_risks\\_for\\_the\\_reinsurance\\_industry\\_and\\_society.html](http://www.swissre.com/media/news-releases/Swiss_Res_new_SONAR_report_explores_top_emerging_risks_for_the_reinsurance_industry_and_society.html) (besucht im Januar 2017).

<sup>12</sup> Darunter wird das Teilen von Gegenstände durch verschiedene Nutzer, wie auch die Dienstleistungserbringung mit privatem Eigentum gegen Entgelt (z.B. Uber oder Airbnb), verstanden.

netrisiken, Blockchain-Risiken oder Risiken durch menschlich provozierte Erdbeben<sup>13</sup> genannt.<sup>14</sup>

### III. Haftungsrisiken

#### 1. Problem

Die mit Emerging Risks zusammenhängenden Haftpflichtrisiken sind definitionsgemäss für den «Verursacher» wie auch für seinen Versicherer schwer bis gar nicht abschätzbar. Auch zum Zeitpunkt, zu dem das Risiko erkennbar wird, ist die Abschätzung der Folgen noch sehr ungenau. Die grosse Latenzzeit führt dazu, dass sich der potentielle Schaden erst in der (mehr oder weniger fernen) Zukunft zeigen wird. Der Umgang mit Emerging Risks stellt sowohl für die Gesellschaft wie auch für die Assekuranz eine besondere Herausforderung dar.

Emerging Risks, die sich dynamisch fortentwickeln, führen zu einer modifizierten Gefahrenlage. Für den Gesetzgeber stellen Emerging Risks besondere Herausforderungen dar, da sie sich im Zeitpunkt der Gesetzgebung noch nicht verwirklicht haben oder kaum abschätzbar sind. Ausserdem besteht allenfalls ein grosses Wissensgefälle zwischen dem Entwickler und dem Gesetzgeber. Möglicherweise steht dem Entwickler das Risikowissen bereits zur Verfügung, dem Experten jedoch noch nicht. Der Gesetzgeber, kann in diesem Fall nicht auf das Expertenwissen zurückgreifen. Folglich entsteht eine «Informationsasymmetrie».<sup>15</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich für die Gesellschaft bzw. den Gesetzgeber auch die Frage, wer ein potentielles Risiko tragen soll. Soll der Entwickler, der ein neues Produkt auf den Markt bringt, für dessen potentielle Gefahren haften, die er aber zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht vorhersehen konnte, oder hat der Geschädigte den Schaden schicksalhaft in Kauf zu nehmen?

Auch dem Staat obliegt eine Verantwortung im Umgang mit Emerging Risks. Durch Verbote, Verhaltensvorschriften (z.B. bezüglich Arbeitssicherheit im Umgang mit Asbest), Einführung von strafrechtlichen Ver-

antwortlichkeiten (z.B. Strafbestimmungen gemäss Art. 35 Bundesgesetz über die Gentechnik im Ausserhumanbereich [Gentechnikgesetz GTG] vom 21. März 2003, SR 814.91), Einführung von Haftungsverschärfungen oder Vorschriften zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung.

Unbekannte Risikoentwicklung und Haftungsverschärfung können für die Assekuranz zur Folge haben, dass eine bereits eingegangene Deckungsverpflichtung, welche auch unbekannte Risiken deckt, angepasst werden müsste. Dies ist für die Versicherungsbranche aber, mangels hellseherischer Fähigkeiten, aufgrund des noch nicht sichtbaren Risikos, nicht erkennbar. Zu Recht wird die durch Emerging Risks bewirkte Änderung der Risikolandschaft auch als «Änderung der Spielregeln während eines Spiels» beschrieben.<sup>16</sup> Der Haftpflichtversicherer braucht daher eine zukunftsorientierte Bewältigungsstrategie, um auf das Schadenspotential der Emerging Risks rechtzeitig reagieren zu können.

Bevor gezeigt werden kann, inwiefern Emerging Risks durch das Haftpflichtrecht gesteuert werden können, ist aufzuzeigen, welche gesetzlichen Haftungsgrundlagen und Steuerungsmechanismen heute bestehen.

#### 2. Gesetzliche Grundlagen

##### 2.1 Einführung

Im Zusammenhang mit Emerging Risks stellt sich für den Rechtsanwender regelmässig die Frage, wer für Entwicklungsrisiken, also Risiken, die zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens nach dem geltenden Stand der Wissenschaft und Technik nicht erkennbar waren, haften soll. In Frage kommt in erster Linie derjenige, der ein Produkt auf den Markt bringt, d.h. der Hersteller, der Importeur oder der Lieferant. Gegenüber den Endkunden und Geschädigten ist ebenfalls eine Haftung aus Vertrag des Verkäufers, des Vermieters, des Verleihers usw. denkbar. Problematisch ist, dass er die Verwirklichung der Entwicklungsschäden nicht voraussehen konnte und ihn daher kein Verschulden trifft. Falls seitens «Lieferanten» des neuen Produktes keine Haftung begründet werden kann, hat der Geschädigte den Schaden schicksalhaft hinzunehmen. Die Risikozuteilung ist eine grundsätzliche politische Frage. Die Gesellschaft hat zuerst zu entscheiden, ob technische Entwicklungen gewünscht sind und, gegebenenfalls, wer die Entwicklungsrisiken zu tragen hat. Wenn diese Entscheide getroffen sind, müssen die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen erarbeitet werden.

##### 2.2 Aktuelle gesetzliche Ausgangslage

Wer die Entwicklungsrisiken im Einzelfall zu tragen hat, hängt von der anwendbaren Haftungsnorm ab. Sofern ein Vertrag (Kaufvertrag, Werkvertrag, Mietver-

<sup>13</sup> Z.B. durch geothermische Bohrungen oder sogenanntes Fracking, d.h. Förderung von Erdöl und Erdgas durch Injektion von Flüssigchemikalien in entsprechende geologische Schichten, SONAR Report, 29.

<sup>14</sup> Auch der jährliche Global Risks Report, World Economic Forum befasst sich mit globalen langfristigen Risiken und Trends mit Einfluss auf Gesellschaft, Politik, Wirtschaft und Umwelt. Der Fokus liegt nicht auf eigentlichen Emerging Risks, sondern vermehrt auf gesellschaftlichem Wandel. Der Report 2017 nennt u.a. das steigende Einkommen der Reichen und die damit zusammenhängende ungleiche Verteilung des Wohlstands, den Klimawandel, die steigende Cyber-Abhängigkeit und die immer älter werdende Gesellschaft als top Trends. Als Risiken werden u.a. die Arbeitslosigkeit, fehlende Anpassung an den Klimawandel, Wasserknappheit und Massenmigration genannt. Der Bericht ist abrufbar unter: <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2017> (besucht im März 2017).

<sup>15</sup> HERBERT ZECH, Haftung für «Emerging Risks», in: Stephan Fuhrer (Hrsg.), HAVE Jahrbuch SGHVR 2016, 17 ff., 23.

<sup>16</sup> RENÉ BECK, Der Umgang mit Emerging Risks aus der Sicht des Haftpflichtversicherers, in: Stephan Fuhrer (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, 2010, 41 ff., 43.



trag, Leihvertrag, Arbeitsvertrag usw.) zwischen «Lieferant» und Geschädigtem besteht, finden primär die vertraglichen Bestimmungen Anwendung. Das Vertragsrecht kennt eine Haftung für Folgeschäden in der Regel nur bei Verschulden. Der Geschädigte muss daher ein Verschulden in Bezug auf die (mangelhafte) Produkteigenschaft der durch seinen Vertragspartner zur Verfügung gestellten Sache nachweisen. Für die verschuldensunabhängige Haftung für Emerging Risks kommen verschiedene spezialgesetzliche Haftungsgrundlagen in Betracht. Je nachdem, welche Risiken sich verwirklichen, kann das Produkthaftungspflichtgesetz (PrHG)<sup>17</sup> oder das Umweltschutzgesetz (USG)<sup>18</sup> zur Anwendung gelangen.

Neben den Haftungserlassen statuieren verschiedene Gesetze wie das Produktesicherheitsgesetz und sektorielle Erlasse Voraussetzungen an das Inverkehrbringen von Produkten und sehen Pflichten bezüglich der Produktbeobachtung vor. Diese Gesetze bewirken einerseits einen präventiven Schutz vor Gefahren, die mit Produkten zusammenhängen, und bieten andererseits eine Erkennungs- und Kontrollmöglichkeit für Gefahren, die sich verwirklichen.

Im Folgenden wird auf einzelne gesetzliche Regelungen eingegangen, die im Zusammenhang mit Emerging Risks in Bezug auf Prävention und Haftung einschlägig sein könnten, ohne den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben.

### 3. Das Produktesicherheitsgesetz

#### 3.1 Überblick

Das Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG)<sup>19</sup> zielt darauf ab, die Sicherheit von Produkten im Allgemeinen zu gewährleisten, und übernimmt inhaltlich weitgehend die Bestimmungen der EU-Richtlinie über die allgemeine Produktsicherheit.<sup>20</sup> Das Produktesicherheitsgesetz reglementiert einerseits das gewerbliche und berufliche Inverkehrbringen von Produkten und bezweckt dadurch die Gewährleistung der Produktesicherheit. Andererseits will es durch eine Angleichung der Rechtsvorschriften an die Regeln der Europäischen Union dem Abbau von technischen Handelshemmnissen dienlich sein (vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 PrSG).<sup>21</sup>

Als Produkt im Sinne dieses Gesetzes gilt eine verwendungsbereite bewegliche Sache, auch wenn sie einen Teil einer anderen beweglichen Sache oder einer unbe-

weglichen Sache bildet (Art. 2 Abs. 1 PrSG). Produkte dürfen nur dann in Verkehr gebracht werden, wenn sie bei normalem oder vernünftigerweise vorhersehbarem Gebrauch die Sicherheit der Verwender oder Dritter höchstens geringfügig gefährden sowie dem Stand des Wissens und der Technik bzw. – soweit vorhanden – den vom Bundesrat gestützt auf Art. 4 PrSG festgelegten Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen entsprechen (Art. 3 Abs. 1 und 2 PrSG).<sup>22</sup>

#### 3.2 Anwendungsbereich

Das Produktesicherheitsgesetz gilt als Rahmengesetz für das gewerbliche oder berufliche Inverkehrbringen von Produkten und ist anwendbar, sofern keine spezialgesetzlichen Bestimmungen<sup>23</sup> bestehen, die dasselbe Ziel verfolgen (Art. 1 Abs. 2 und 3 PrSG). Sofern der spezialgesetzliche Erlass im Vergleich zum Produktesicherheitsgesetz eine echte Lücke aufweist, insbesondere, indem bestimmte Pflichten nicht geregelt werden, ohne dass dies vom Gesetzgeber gewollt wäre, ist das Produktesicherheitsgesetz ergänzend heranzuziehen.<sup>24</sup>

#### 3.3 Sicherheitsanforderungen und Pflichten

Gemäss Produktesicherheitsgesetz und sektoriellen Regulierungen<sup>25</sup> müssen Beteiligte an der Produktionskette und an der Vermarktung des Produktes Vorkehrungen zur Sicherheit der Konsumenten treffen. So verlangt das Produktesicherheitsgesetz eine Konformitätserklärung darüber, dass das Produkt den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen entspricht (Art. 5 PrSG).<sup>26</sup> Weiter auferlegt es dem Hersteller, dem Importeur und dem Händler für die Zeit nach dem Inverkehrbringen des Produktes eine Reihe von Pflichten (sog. Nachmarktpflichten). Der Hersteller und der Importeur, welche Konsumentenprodukte in Verkehr bringen, müssen im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit angemessene Massnahmen treffen, um während der angegebenen oder vernünftigerweise voraussehbaren Gebrauchsdauer Gefahren zu erkennen, die bei normaler oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung vom Produkt ausgehen könnten (Art. 8 Abs. 2 lit. a PrSG). Weiter müssen Hersteller und Importeure in der Lage sein, ihre Produkte rückverfolgen und allfällige Gefahren abwenden zu können (Art. 8 Abs. 2 lit. b und c PrSG). Auch der Händler hat zur Einhaltung der Si-

<sup>17</sup> Bundesgesetz über die Produkthaftungspflicht (Produkthaftungspflichtgesetz, PrHG) vom 18. Juni 1993 (SR 221.112.944).

<sup>18</sup> Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01).

<sup>19</sup> Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG) vom 12. Juni 2009 (SR 930.11).

<sup>20</sup> Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. L 11 vom 15.01.2002, 4.

<sup>21</sup> Näheres dazu BARBARA KLETT / YVES BIELMANN, Produktesicherheit und Warenverkehr, Sicherheit & Recht 1/2014, 79 ff., 81.

<sup>22</sup> Für Maschinen hat der Bundesrat von seiner Rechtssetzungskompetenz durch den Erlass der Maschinenverordnung (Verordnung über die Sicherheit von Maschinen [Maschinenverordnung, MaschV] vom 2. April 2008 [SR 819.14]) Gebrauch gemacht.

<sup>23</sup> Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15. Dezember 2000 (SR 812.21); Medizinprodukteverordnung (MepV) vom 17. Oktober 2001 (SR 812.213).

<sup>24</sup> Dazu KLETT/BIELMANN (FN 21), 81, mit Verweis auf die Botschaft vom 25. Juni 2008 zum Produktesicherheitsgesetz (BBl 2008, 7408 ff., 7433); so auch EUGÉNIE HOLLIGER-HAGMANN, Produktesicherheitsgesetz PrSG, Zürich/Basel/Genf 2010, 95 f.; FELLMANN WALTER, Nachmarktpflichten des Herstellers und des Importeurs nach dem PrSG, Jusletter vom 25. Oktober 2010, Rz. 7.

<sup>25</sup> Wie z.B. Maschinenverordnung, Heilmittelgesetz, Chemikaliengesetz, Bauprodukte- und Lebensmittelgesetz.

<sup>26</sup> Siehe dazu HOLLIGER-HAGMANN (FN 24), 150 f.

cherheitsanforderungen beizutragen und an der Überwachung der in Verkehr gebrachten Produkte mitzuwirken (Art. 8 Abs. 4 PrSG). Hersteller und sonstige Inverkehrbringer haben dem zuständigen Vollzugsorgan allfällige Gefahren und Vorfälle sofort zu melden und als Massnahmen Warnungen, Verkaufstopps, Rücknahme vom Markt oder Rückruf des Produktes zu treffen (Art. 8 PrSG).<sup>27</sup>

Zudem verlangt das Produktesicherheitsgesetz, dass namentlich die Kennzeichnung und Aufmachung des Produkts, die Warn- und Sicherheitshinweise, die Gebrauchs- und Bedienungsanleitung sowie die sonstigen produktbezogenen Angaben dem spezifischen Gefährdungspotenzial des Produktes entsprechen (Art. 3 Abs. 4 PrSG).

In Bezug auf Produkte, die mit allfälligen Emerging Risks behaftet sind, enthält das Produktesicherheitsgesetz keine strengeren Vorschriften zum Inverkehrbringen und bezüglich Nachmarktpflichten. Dies wäre aufgrund der mangelnden Voraussehbarkeit gar nicht möglich. Die Nachmarktpflichten garantieren jedoch durch Rückverfolgung der Produkte, dass allfällige Gefahren (darunter auch Emerging Risks) soweit möglich abgewendet werden können. Die Pflicht zur Meldung von Vorfällen und Gefahren ist der Erkennung von Emerging Risks dienlich.

## 4. Produkthaftpflicht

### 4.1 Überblick

Für die Haftung für Schäden, die auf fehlerhafte Produkte zurückzuführen sind, ist das PrHG einschlägig. Gestützt auf Art. 1 Abs. 1 PrHG haftet die Herstellerin für Personen- und Sachschäden<sup>28</sup>, die auf ein in Verkehr gebrachtes, fehlerhaftes Produkt zurückzuführen sind.

Als Herstellerin gilt gemäss Art. 2 PrHG neben der Person, die das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt herstellt, auch die Person, die sich als Herstellerin ausgibt (sogenannte Quasi-Herstellerin), indem sie ihren Namen oder ihr Zeichen auf dem Produkt anbringt, sowie jede Person, die ein Produkt zum Zweck des Verkaufs, der Vermietung, des Mietkaufs oder einer anderen Form des Vertriebs im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit einführt. Kann die Herstellerin eines Produkts nicht festgestellt werden, sieht das Gesetz vor, dass auch die Person als Herstellerin gilt, die das Produkt geliefert hat (Art. 2 Abs. 2 PrHG). Die Stellung des Konsumenten wird damit verbessert. Die Lieferantin kann sich in diesem Fall jedoch durch Nennung des Herstellers von der Haftung befreien.

Ein Produkt gilt dann als fehlerhaft, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist (Art. 4 Abs. 1 PrHG). Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die Art und Weise, in der das Produkt dem Publikum präsen-

tiert wird (Art. 4 Abs. 1 lit. a PrHG), der Gebrauch, mit dem vernünftigerweise gerechnet werden kann (Art. 4 Abs. 1 lit. b PrHG), und der Zeitpunkt, in dem es in Verkehr gebracht wurde (Art. 4 Abs. 1 lit. c PrHG). Die Fehlerhaftigkeit ist damit regelmässig auf eine Sorgfaltpflichtverletzung des Herstellers zurückzuführen. Fehlerhaft ist entweder die Konstruktion, die Fabrikation oder die Entwicklung. Möglich ist auch eine fehlerhafte oder ungenügende Produktinformation.<sup>29</sup> Bei der Produkthaftpflicht des Herstellers handelt es sich um eine Kausalhaftung, womit es irrelevant ist, ob den Hersteller ein Verschulden trifft (Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 PrHG *e contrario*).

Bezugnehmend auf das Beispiel der Nanotechnologie, handelt es sich bei einem Produkt, welches Nanoteilchen enthält, um ein Produkt im Sinne des PrHG. Sofern diese Nanopartikel zu Schäden führen, ist die Produkthaftpflicht grundsätzlich gegeben, da das Produkt nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist (Art. 4 Abs. 1 PrHG). Es obliegt jedoch dem Geschädigten zu beweisen, dass das Produkt fehlerhaft ist und damit einen Sicherheitsmangel aufweist.<sup>30</sup> Dies ist in Bezug auf Nanotechnologie-Risiken zum heutigen Zeitpunkt schwierig bis unmöglich, da bislang sowohl Messmethoden fehlen, mit welchen sich eine Exposition feststellen liesse, wie auch die Wirkung der Nanopartikel auf den Menschen unklar ist. Es ist jedoch denkbar, dass sich dieses Beweis-Problem in Zukunft löst.

### 4.2 Ausschluss von Entwicklungsrisiken

Der Hersteller kann sich gemäss Produkthaftpflichtgesetz von der Haftung befreien, wenn er beweist, dass sich unvorhersehbare Risiken, die im Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht erkennbar waren, verwirklichten (Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG).<sup>31</sup> Es handelt sich um die Entlastung bei sogenannten Entwicklungsrisiken. Davon spricht man, wenn eine Sache oder eine Handlung zum Zeitpunkt der Inverkehrsetzung (Produkthaftung), der Emission (Umwelt) bzw. des Vertragsabschlusses (Vertragshaftung) mit einem nach dem Stand von Wissenschaft und Technik (unter Berücksichtigung weltweiter Forschung und Entwicklung) unerkennbaren Schadenspotential behaftet ist.

Emerging Risks sind definitionsgemäss nicht vorhersehbar und fallen daher, zumindest im Anfangsstadium, unter die Definition der Entwicklungsrisiken. Damit besteht für den Hersteller bei der Verwirklichung von Entwicklungsrisiken grundsätzlich keine kausale Haftung nach Produkthaftpflichtgesetz.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> Näheres zum Ganzen: KLETT/BIELMANN (FN 21), 81–83.

<sup>28</sup> Davon ausgenommen sind Schäden am fehlerhaften Produkt selbst, Art. 1 Abs. 2 PrHG.

<sup>29</sup> Dazu Näheres: KLETT/BIELMANN, (FN 21), 84 f. mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

<sup>30</sup> LEANDER D. LOACKER, Beweisführung bei «Emerging Risks», in: Fuhrer (Hrsg.), HAVE Jahrbuch SGHVR, Zürich/Basel/Genf 2016, 41 ff., 49 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

<sup>31</sup> Vgl. dazu BGE 137 III 226.

<sup>32</sup> LOACKER (FN 30), 54.

### 4.3 Fazit

Zusammenfassend lässt sich in Bezug auf Emerging Risks festhalten, dass die im Produktesicherheitsgesetz statuierten Sicherheitsvorschriften im Zusammenhang mit der Erkennbarkeit von Risiken an ihre Grenzen stossen. Auch die Haftung für Emerging Risks aufgrund von fehlerhaften Produkten ist aufgrund der Voraussetzung der Erkennbarkeit und unter Berücksichtigung der Beweisschwierigkeiten schwierig. Faktisch trägt gemäss der aktuellen gesetzlichen Grundlage der potentiell Geschädigte bzw. bei Gesundheitsschaden dessen Kranken- oder Unfallversicherung die Folgen des Wissensmangels. Selbst wenn es dem Geschädigten gelingt, den Nachweis des Produktfehlers zu erbringen, hat der Hersteller die Möglichkeit, sich durch den Ausschluss der nicht erkennbaren Entwicklungsrisiken zu entlasten.

## 5. Arbeitsrechtliche Haftung für Gesundheitsrisiken

Im Bereich von Emerging Risks sind auch Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz bei der Produktion und Verarbeitung von neuen Materialien ein zentrales Thema. Wie sich am Beispiel von Asbest zeigte, können sich Gesundheitsschäden bei Arbeitnehmern verwirklichen. Im Arbeitsrecht schützen verschiedene gesetzliche Vorschriften den Arbeitnehmer vor Gefahren für die Gesundheit. Diese Vorschriften statuieren eine Präventionspflicht des Arbeitgebers einerseits und regeln dessen Haftung im Unterlassungsfalle andererseits.

### 5.1 Privatrechtlicher Arbeitnehmerschutz

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, Gesundheitsbeeinträchtigungen seines Arbeitnehmers zu verhindern, insbesondere die Gefährdung von Leib und Leben zu vermeiden und angemessene Massnahmen zum Schutze des Arbeitnehmers zu treffen (Art. 328 OR<sup>33</sup>). Diese sehr offene Formulierung umfasst auch den Schutz vor Emerging Risks, wobei die mangelnde Erkennbarkeit auch in diesem Zusammenhang problematisch ist.

Wie einleitend ausgeführt, wird bei Nano-Materialien vermutet, dass sie eine ähnliche Gefährdung wie Asbest mit sich bringen.<sup>34</sup> In Anlehnung an die Lehren, die aus Asbest gezogen wurden, soll bei Nanomaterialien die Aufnahme der Partikel durch Atmung, über die Haut und Schleimhäute sowie über das Magen-Darm-System verhindert werden.<sup>35</sup> Daher obliegt es dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer vor diesen Gesundheitsgefahren zu schützen und ihnen die dafür notwendigen Mittel (wie Schutzkleidung) zur Verfügung zu stellen und die tech-

nisch möglichen Massnahmen (wie Staubabzüge) zu ergreifen.

### 5.2 Öffentlich-rechtlicher Arbeitnehmerschutz

Neben dem Privatrecht sieht auch das öffentliche Recht, namentlich das Arbeitsgesetz<sup>36</sup> und das Unfallversicherungsgesetz<sup>37</sup>, vor, den Arbeitnehmer zu schützen und zieht den Arbeitgeber in die Verantwortung, Berufskrankheiten präventiv zu verhüten. Demnach haben Arbeitgeber die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen der Arbeitnehmer vermieden werden und alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den gegebenen Verhältnissen angemessen sind, um Berufskrankheiten zu verhüten (Art. 6 Abs. 2 ArG i.V.m. Art. 82 Abs. 1 UVG; für gesundheitsgefährdende Stoffe vgl. Art. 44 VUV<sup>38</sup>).

Der gesetzlich vorgeschriebene Arbeitnehmerschutz hängt wesentlich von dessen Durchsetzung und der behördlichen Aufsicht ab. Das Gesetz sieht daher verschiedene Formen der Durchsetzung, abhängig von der Art des Risikos, vor. Erkrankungen am Arbeitsplatz, die aufgrund von Nanopartikeln entstehen, würden als Berufskrankheiten qualifiziert. Die Beaufsichtigung der Anwendung der Vorschriften über die Verhütung von Berufskrankheiten obliegt der SUVA (Art. 50 VUV), welche als zuständige öffentlich-rechtliche Anstalt bei den betroffenen Unternehmen Arbeitsschutznormen kontrolliert und gegebenenfalls sanktioniert.<sup>39</sup>

### 5.3 Fazit

Der Arbeitgeber hat die Gesundheit seines Arbeitnehmers gestützt auf privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Normen zu schützen und alle nach dem Stand der Technik notwendigen Massnahmen zur Verhinderung von Berufskrankheiten zu treffen. Die Grenze des gesetzlich vorgesehenen Schutzes der Arbeitnehmer liegt in der Erkennbarkeit des Risikos.

## 6. Verjährung

Im Zusammenhang mit Emerging Risks ist das Thema der Verjährung von zentraler Bedeutung, da Emerging Risks definitionsgemäss erst mit einer mehr oder weniger langen Zeitverzögerung nach Inverkehrsetzen eines Gegenstandes oder Anwendung einer Technologie auftreten. Je nachdem, wie lange das Zeitintervall zwischen der Ursache und dem Auftreten des Schadens ist, kann

<sup>33</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

<sup>34</sup> MEILI (FN 9), 252 ff.

<sup>35</sup> LUCA CIRIGLIANO, Nano-Materialien als Emerging Risks am Arbeitsplatz, Sicherheit & Recht, 3/2013, 187 ff., 188.

<sup>36</sup> Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964 (SR 822.11).

<sup>37</sup> Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981 (SR 832.20).

<sup>38</sup> Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, VUV) vom 19. Dezember 1983 (SR 832.30).

<sup>39</sup> Vgl. zum Ganzen und insbesondere zu den Folgen unterlassener behördlicher Durchsetzung CIRIGLIANO (FN 35), 191.



die Verjährung bereits eingetreten sein, und der an sich Haftpflichtige kann nicht mehr zur Rechenschaft gezogen werden.

### 6.1 Geltendes Recht

Das schweizerische Verjährungsrecht sieht relativ kurze Verjährungsfristen vor (allg. ausservertragliche Haftung 1 Jahr, Produkthaftung 2 Jahre, vertragliche Haftung zehn Jahre). Beruhen die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche auf einer vertraglichen Basis (z.B. Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber), richtet sich die Verjährungsfrist nach Art. 127 OR i.V.m. Art. 328 OR (Fürsorgepflicht des Arbeitgebers) und beträgt zehn Jahre. Im ausservertraglichen Bereich unterliegen Personenschäden der Verjährungsregelung von Art. 60 OR, welche ebenfalls eine absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren ab Schädigungszeitpunkt postuliert. Beruht der Anspruch auf einer strafrechtlichen Handlung, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, gilt diese auch für das Zivilrecht (Art. 60 Abs. 2 OR).<sup>40</sup>

Die geltende Rechtslage erscheint insbesondere in Fällen gesundheitlicher Beeinträchtigungen stossend, in denen der Schaden aufgrund der langen Latenzzeit erst mit längerer zeitlicher Verzögerung eintritt.<sup>41</sup> Man spricht in diesen Fällen von sogenannten Spätschäden oder Langzeitschäden.<sup>42</sup> Die bestehenden gesetzlichen Grundlagen wurden nicht für Risiken geschaffen, deren Eintritt sich erst nach deren Verjährung zeigt.

Das Problem der langen Latenzzeit betrifft auch die Asbestopfer, ist aber definitionsgemäss für alle Emerging Risks von Bedeutung. Gesundheitliche Schäden, die auf den Kontakt mit Asbest zurückzuführen sind, treten naturbedingt erst rund 15 bis 45 Jahre nach dem Kontakt mit Asbest auf. Dies führt dazu, dass die Ansprüche bei vielen Asbesterkrankungen regelmässig verjährt sind, bevor sie überhaupt entstehen.<sup>43</sup> Der EGMR stellte mit Urteil vom 11. März 2014 fest, dass die Verjährung, die nach Schweizer Recht eintrat, bevor sich die Asbestkrankheit überhaupt manifestierte, unverhältnismässig sei und nicht beachtet werden dürfe.<sup>44</sup> Gestützt darauf entschied das Bundesgericht, dass Klagen auf Schadenersatz oder Genugtuung von Asbestopfern bzw. ihren Angehörigen, die unter dem Hinweis auf die Verjährung abgewiesen wurden, neu zu beurteilen sind.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> BGE 136 II 187 E. 7.4.1.

<sup>41</sup> Eine Unterbrechung der Verjährungsfrist nach Art. 135 OR wäre grundsätzlich denkbar, wird aber aufgrund des fehlenden Wissens der Krankheit in der Praxis nicht gemacht. Auch ein Fristenstillstand nach Art. 134 OR ist möglich.

<sup>42</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBl 2014, 235 ff., 241.

<sup>43</sup> BGE 137 III 16 E. 2.2 ff.; BGE 136 II 187 E. 7.5.

<sup>44</sup> Urteil des EGMR Howald Moor und andere gegen die Schweiz vom 11. März 2014 (Nr. 52067/10 und 41072/11).

<sup>45</sup> BGE 142 I 42 E. 2.3.

### 6.2 Revisionsvorschläge

Das Parlament diskutiert derzeit eine Revision des Verjährungsrechtes, mit der auch die Verjährung von Spätschäden – wie sie etwa durch Asbestfasern verursacht werden – neu geregelt werden soll. Mit einer Verlängerung der Verjährungsfristen werden nicht alle Schwierigkeiten in Zusammenhang mit unbekanntem Zukunftsrisiken aufgehoben. Das Institut der Verjährung dient primär der Rechtssicherheit. Unsicherheiten haben Einfluss auf Produktionskosten, aber auch auf die Bereitschaft, risikointensive Forschung zu betreiben, da die finanziellen Risiken eines neuen innovativen Produktes häufig schwer abzuschätzen sind.

Bei langen Latenzphasen zwischen haftungsbegründendem Ereignis und Schädigungen wird insbesondere die Beweisfrage relevant, und die Möglichkeit, einen Anspruch durchzusetzen, wird in vielen Fällen weniger von der materiell-rechtlichen Begründetheit der Klage abhängen, als davon, ob es dem Anspruchssteller möglich ist, die notwendigen Beweise vorzubringen.

Je weiter der Zeitpunkt der Schadenbehandlung vom Geschehen, etwa der Produktion eines Gutes, entfernt ist, umso schwerer wiegen Beweisschwierigkeiten. Mit fortschreitender Zeit steigt das Risiko, dass notwendige Beweismittel nicht mehr verfügbar sind. In Beweisnot gerät die beweispflichtige Person, wenn Zeugen inzwischen verstorben oder nicht mehr auffindbar sind oder wenn diese nur nachlassende und ungenaue bzw. widersprüchliche Erinnerungen haben. Beweisnot entsteht auch, wenn Dokumente zerstört oder nicht mehr auffindbar sind.

Die Unsicherheit, die mit einer zeitlich weit in die Zukunft gerichteten Prognose zusammenhängt, hat Einfluss auf die Versicherungskosten, die sich mit fortschreitender Zeit überproportional erhöhen, da je weiter die potentiellen Ansprüche in der Zukunft liegen, desto schwieriger die Prognose der möglichen Haftungsbelastung ist und desto höher die Risikoaufschläge auf die Versicherungsprämien sind. Bei einer weit in der Zukunft liegenden potentiellen Haftung ist die Risikoprognose schwieriger und führt möglicherweise zu einer zusätzlichen Erhöhung der Kosten.

Eine Potenzierung der Kosten ergibt sich dabei aus verschiedenen Faktoren, etwa einer möglichen Veränderung des Rechtssystems (wie gerade im aktuellen Zeitpunkt in Bezug auf die Verjährung), veränderten gesellschaftlichen Ansprüchen an die Sicherheit von bestimmten Produkten, technischen Entwicklungen, der schwierigen Einschätzung hinsichtlich Produkthaltbarkeit im Langzeitgebrauch und sog. Rückschaufehlern durch Gerichte. Zusätzlich ergeben sich Unsicherheiten daraus, dass der potentielle Haftpflichtige seine eigene zukünftige Situation, beispielsweise seine finanzielle Lage in x Jahren, nicht voraussehen kann.

Mit fortschreitender Zeit erhöht sich daher die Unsicherheit bezüglich einer möglichen Haftung bzw. deren Umfang. Eine potentielle Haftung muss so gut wie möglich prognostiziert werden und hat Auswirkung

auf die Preise von Produkten. Dieser Risikofaktor hat Auswirkungen auf die im Zeitablauf steigenden Versicherungs- und Archivierungskosten, welche sich wiederum in den Produktionspreisen niederschlagen.

## IV. Steuerung der Haftungsrisiken von Emerging Risks

### 1. Einleitung

Haftungsregeln sollen der Gesellschaft dazu dienen, ein Gleichgewicht zu finden zwischen tragbaren Risiken einerseits und dem gesellschaftlichen Nutzen der risikoreichen Tätigkeiten andererseits.

In diesem Zusammenhang kommt den Haftpflichtversicherern eine zentrale Funktion zu. Sie tragen grundlegend zur frühen Erkennung und Erfassung der Emerging Risks bei.<sup>46</sup> Gestützt auf diese Risikoerfassung werden Massnahmen zur Verhinderung der Verwirklichung des Emerging Risks oder zur Risikoschmälerung erst möglich. Diese Massnahmen können vom Staat oder von den Versicherungen ausgehen. Beispielsweise kann das Risiko mittels regulatorischen Beschränkungen und Voraussetzungen im Umgang mit bestimmten Technologien beschränkt werden oder die Haftung durch Einführung von Gefährdungshaftungen zugunsten des Geschädigten verstärkt werden.<sup>47</sup> Wird ein Risiko als untragbar angesehen, kann auch ein Verbot erlassen werden. Im Folgenden wird auf einige Handlungsmöglichkeiten zur Steuerung von Emerging Risks, welche dem Staat und der Assekuranz zur Verfügung stehen, eingegangen, ohne den Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu können.

### 2. Auswahl staatlicher Steuerung

#### 2.1 Einführung einer Gefährdungshaftung

Grundsätzlich bieten Gefährdungshaftungen die Möglichkeit, die Risikoabschätzung auf die Handelnden bzw. ihre Haftpflichtversicherungen zu übertragen. Dies ist insbesondere in Fällen wichtig, bei denen der Entwickler bereits über das Risikowissen verfügt, die Allgemeinheit das Risiko aber noch nicht erkennt und folglich auch nicht beurteilen kann. Die Gefährdungshaftungen sind spezialgesetzlich geregelt. Bei der Gefährdungshaftung wird weder ein Verschulden noch eine Ordnungswidrig-/Unregelmässigkeit vorausgesetzt. Sie knüpft an bestimmte Vorrichtungen bzw. Tätigkeiten an, von denen besondere Gefahr ausgeht. Beispiele sind die Haftung nach dem Eisenbahngesetz<sup>48</sup> (Art. 40b EBG), dem Elektrizitätsgesetz<sup>49</sup> (Art. 27 EleG),

dem Kernenergiegesetz<sup>50</sup> (Art. 3 KHG), dem Luftfahrzeuggesetz<sup>51</sup> (Art. 64 LFG) und dem Strassenverkehrsgesetz<sup>52</sup> (Art. 58 SVG). Der Betreiber einer gefährlichen Einrichtung kann sich in der Regel nur bei grobem Verschulden des Geschädigten, grobem Drittverschulden und höherer Gewalt von der Haftung entlasten. Die Gefährdungshaftung führt zu einer gewissen Delegation der Risikoabschätzung auf die Handelnden. Der Handelnde wird durch die Gefährdungshaftung dazu veranlasst, grösstmögliche Sorgfalt walten zu lassen, um einen Schaden zu vermeiden. Ausserdem wird er sein Aktivitätsniveau so wählen, dass der von der Aktivität erwartete Nutzen das Risiko übersteigt.<sup>53</sup>

Der Entwurf des «OR 2020»<sup>54</sup> sieht in Art. 60 eine Generalklausel zur Gefährdungshaftung vor, wonach, wer eine besonders gefährliche Tätigkeit ausübt, für den Schaden, der durch die Verwirklichung ihres charakteristischen Risikos entsteht, haftet (Art. 60 Abs. 1 Entwurf OR 2020). Gemäss Legaldefinition gilt eine Tätigkeit als besonders gefährlich, wenn sie «ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet ist, auch bei Anwendung aller Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden zu verursachen» (Art. 60 Abs. 2 Entwurf OR 2020).<sup>55</sup>

Die Einführung der Generalklausel der Gefährdungshaftung soll dem Gericht ermöglichen, Fälle, die einer besonderen Kausalhaftung unterstehen, und solche, die nicht der Kausalhaftung unterliegen, aber mit ihnen vergleichbar sind, gleich zu behandeln. Die Generalklausel käme nur dann zur Anwendung, wenn nicht ein Spezialgesetz eine Gefährdungshaftung vorsieht. Mittels Generalklausel kann der technischen Entwicklung gefolgt werden. Sie kann u.U. auch auf Emerging Risks anwendbar sein.<sup>56</sup>

Eine solche Gefährdungshaftungs-Generalklausel bringt systembedingt eine gewisse Rechtsunsicherheit nach sich, welche wiederum die Entwicklung hindern und sich negativ auf die Produktkosten auswirken kann.

<sup>50</sup> Bundesgesetz über die Kernenergie (Kernenergiegesetz, KHG) vom 18. März 1983 (SR 732.44).

<sup>51</sup> Bundesgesetz über die Luftfahrt (LFG) vom 21. Dezember 1948 (SR 748.0).

<sup>52</sup> Bundesgesetz über den Strassenverkehr (SVG) vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01).

<sup>53</sup> ZECH (FN 15), 28.

<sup>54</sup> OR 2020 ist der Entwurf eines mit Erläuterungen versehenen neuen Allgemeinen Teils des Schweizerischen Obligationenrechts, den die Herausgeber Claire Huguenin und Reto Hilty zusammen mit 27 überwiegend an den Schweizer Universitäten arbeitenden Autoren vorgelegt haben. Der Entwurf ist abrufbar unter: <http://or2020.ch> (besucht im Januar 2017).

<sup>55</sup> Inhaltlich entspricht Art. 60 des Entwurfs OR 2020 Art. 50 aus Entwurf für eine Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts aus dem Jahre 2000.

<sup>56</sup> WALTER FELLMANN/CHRISTOPH MÜLLER/FRANZ WERRO, Kommentar zu Art. 60 des Entwurfs Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, in: Claire Huguenin/Reto Hilty (Hrsg.), 2013, 187 f., abrufbar unter: [http://or2020.ch/Or2020/DocView/195fdbf3-f871-40e1-9370-c6e5f1124d72?edocTitleGuid=a3f0cc45-eeba-4d1f-abbe-59fb36f04ad2#edocTitle\\_a3f0cc45-eeba-4d1f-abbe-59fb36f04ad2](http://or2020.ch/Or2020/DocView/195fdbf3-f871-40e1-9370-c6e5f1124d72?edocTitleGuid=a3f0cc45-eeba-4d1f-abbe-59fb36f04ad2#edocTitle_a3f0cc45-eeba-4d1f-abbe-59fb36f04ad2) (besucht im Januar 2017).

<sup>46</sup> Vgl. die vorstehenden Ausführungen zum SONAR-Bericht (II.2.).

<sup>47</sup> Davon hat der Staat beispielsweise im Bereich der Kernenergie Gebrauch gemacht.

<sup>48</sup> Bundesgesetz über die Eisenbahn (Eisenbahngesetz, EBG) vom 20. Dezember 1957 (SR 742.101).

<sup>49</sup> Bundesgesetz über die Elektrizität (Elektrizitätsgesetz, EleG) vom 24. Juni 1902 (SR 734.0).



## 2.2 Versicherungspflicht

Sobald allfällige Haftungsrisiken erkannt werden, kann der Gesetzgeber vorsehen, dass eine Versicherungspflicht und allenfalls ein direktes Forderungsrecht des Geschädigten gegenüber der Versicherung greifen. Die Versicherungspflicht und das direkte Forderungsrecht sind bereits heute in diversen Spezialgesetzen vorgesehen (z.B. Art. 65 SVG; Art. 16 Abs. 2 JSG<sup>57</sup>). Dadurch wird sichergestellt, dass der Schaden als Folge einer bestimmten Tätigkeit ersetzt werden kann, selbst wenn der Verursacher über keine finanzielle Mittel (mehr) verfügt. Der Abschluss einer Versicherung kann auch eine gewisse Qualitätskontrolle bedeuten.

## 3. Absicherungsmassnahmen der Haftpflichtversicherung

Im Zusammenhang mit Emerging Risks stellt sich zunächst die grundlegende Frage der Versicherbarkeit. Emerging Risks sind zwar mit den allgemein anerkannten Voraussetzungen für die Versicherbarkeit von Gefahren nicht ohne Weiteres vereinbar, die Assekuranz lebt aber davon, Risiken zu tragen. Der Haftpflichtversicherer soll Risiken in Übereinstimmung mit den Bedürfnissen der Wirtschaft in möglichst umfassender, aber kontrollierter Weise eingehen. Zu diesem Zweck hat die Versicherung Emerging Risks aufmerksam zu prüfen, um ihren Negativfolgen zu begegnen.<sup>58</sup>

Der Haftpflichtversicherer hat verschiedene Möglichkeiten, sich vor potenziellen Schädigungen durch Emerging Risks abzusichern.<sup>59</sup> Er kann mit Obliegenheiten darauf einwirken, dass der Hersteller sämtliche technischen Möglichkeiten zur Risikobegrenzung ausschöpft und die Empfehlungen und, sofern vorhanden, auch Grenzwerte einhält. Eine Steuerung bzw. Prävention von Haftungsrisiken kann auch durch die Schaffung von Anreizen für die Weiterentwicklung von Technologien bzw. allgemein für die Risikoerforschung erfolgen.<sup>60</sup>

Die Vereinbarung eines höheren oder speziell ausgestalteten Selbstbehalts wie auch die möglichst frühzeitige Aufnahme des Risikodialogs können unterstützend wirken.

Im Bereich der Nanotechnologie schlug der Schweizerische Versicherungsverband SVV bereits 2014 einen proaktiven Weg ein, indem er zusammen mit Verbänden der Industrie einen sogenannten «Nano-Dialog» indizierte. Dieser Dialog soll v.a. dem sicheren Umgang mit gefährlichen Stoffen dienen, indem auf möglichst wenige und wirtschaftsverträgliche Regulierungen hinge-

wirkt wird, ohne dabei Handelshemmnisse und unnötige Administration zu erzeugen.<sup>61</sup>

## V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Umgang mit Emerging Risks sowohl für die Gesellschaft wie auch für die Assekuranz anspruchsvoll ist, insbesondere, weil sich die Haftungsrisiken aufgrund der dynamischen Fortentwicklung von Emerging Risks im Laufe der Zeit verändern können. Bei der Verwirklichung von Risiken von neuartigen Produkten richtet sich die Haftung primär nach Vertrag oder einschlägigen Spezialgesetzen. Bei der vertraglichen Haftung obliegt es dem Geschädigten, ein Verschulden des Vertragspartners am fehlerhaften Produkt zu beweisen. Eine verschuldensunabhängige Haftung kommt nur in Betracht, wenn spezialgesetzliche Haftungsgrundlagen bestehen. Spezialgesetzlich kann sich der Hersteller i.d.R. entlasten, wenn er vorbringt, dass sich Entwicklungsrisiken verwirklicht haben, was bei Emerging Risks definitionsgemäss der Fall ist.

Verschiedene Gesetze statuieren präventive Sicherheitsvorschriften für das Inverkehrbringen von Produkten oder für den Schutz von Arbeitnehmern. Im Zusammenhang mit Emerging Risks stossen diese Sicherheitsvorschriften jedoch bei der Erkennbarkeit der Risiken an ihre Grenzen. Eine weitere Herausforderung stellt sich für Emerging Risks, die definitionsgemäss zeitverzögert auftreten, bei der Verjährung von Ansprüchen. Die kurzen Verjährungsfristen führen dazu, dass Ansprüche bereits verjähren, bevor der Schaden tatsächlich auftritt. Die laufenden Revisionsvorschläge tendieren zu einer Verlängerung der Verjährungsfristen, was jedoch zu Rechtsunsicherheiten und Beweisschwierigkeiten führen kann und möglicherweise höhere Versicherungskosten nach sich ziehen wird.

Haftpflichtversicherern kommt eine zentrale Funktion bei der Früherfassung der Emerging Risks zu, welche der Verhinderung oder Schmälerung des Schadens dienlich ist. Eine Risikosteuerung kann der Gesetzgeber durch das Einführen einer Generalklausel zur Gefährdungshaftung oder einer Versicherungspflicht vornehmen. Die Haftpflichtversicherung kann auch durch Obliegenheiten und Vorschriften darauf einwirken, dass die Hersteller sämtliche Möglichkeiten zur Risikobegrenzung ausschöpfen.

<sup>57</sup> Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz, JSG) vom 20. Juni 1986 (SR 922.0).

<sup>58</sup> RENÉ OEFEL, Umgang mit Emerging Risks aus der Sicht des Haftpflichtversicherers, HAVE 4/2011, 362 ff., 366.

<sup>59</sup> Vgl. Zusammenstellung des Schweizerischer Versicherungsverbands SVV, Emerging Risks, Eine Wertung der Arbeitsgruppe Emerging Risks der Fachkommission Haftpflicht des SVV, Nr. 1, 27. Juni 2011.

<sup>60</sup> ZECH (FN 15), 22.

<sup>61</sup> Schweizerischer Versicherungsverband SVV, Jahresbericht 2014, 21.