

# Zeit heilt nicht alle Wunden – Zur verjährungsrechtlichen Problematik bei Personenschäden durch Asbest

David Husmann\*/Massimo Aliotta\*\*

Das Einatmen von Asbeststaub führt erst nach einer Latenzzeit von zehn und mehr Jahren zum Ausbruch von asbestbedingten Krebsarten. Diese lange Latenzzeit bis zum Ausbruch einer Krankheit bringt es mit sich, dass sich eine verjährungsrechtliche Sonderproblematik ergibt im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen aus Vertrag oder Delikt gegenüber haftenden Drittpersonen. Das Bundesgericht hat sich bis dato zur Verjährungsproblematik im Strafrecht, im Opferhilferecht sowie im Verantwortlichkeitsrecht des Bundes geäussert. Bei Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen zufolge Vertragshaftung oder Deliktshaftung gestützt auf das OR hat sich das Bundesgericht bislang nicht geäussert. Der folgende Beitrag setzt sich mit dieser Problematik im Einzelnen auseinander und führt insbesondere aus, dass an der Rechtsprechung des Bundesgerichtes gemäss BGE 106 II 134 auch mit Blick auf Art. 6 EMRK nicht mehr festgehalten werden kann.

L'inhalation de poussières d'amiante ne provoque des maladies de nature cancéreuse qu'après une période de latence de plus de 10 ans. Cette longue période pose un problème de prescription des prétentions contractuelles ou délictuelles en dommages-intérêts et pour tort moral à l'encontre des tiers responsables. Jusqu'ici le Tribunal fédéral s'est exprimé sur la question de la prescription en droit pénal, dans le cadre de la loi sur l'aide aux victimes d'infractions ainsi qu'en matière de responsabilité de la Confédération. En revanche, le Tribunal fédéral n'a pas encore jugé de la prescription des prétentions contractuelles ou délictuelles en dommages-intérêts et pour tort moral fondées sur le CO. La présente contribution expose la problématique posée de manière détaillée et arrive à la conclusion qu'au regard de l'art. 6 CEDH il n'est plus possible de s'en tenir à la jurisprudence de l'ATF 106 II 134.

## I. Einleitung

Der nachstehende Beitrag versteht sich als Antwort auf die Ausführungen von Edith Blunski, «Zivilrechtliche Aspekte bei Mesotheliomerkrankungen als Folge der Asbestexposition am Arbeitsplatz» in HAVE 2/2009. Edith Blunski vertritt die Eternit-Gruppe in den Asbest-Verfahren; die beiden Autoren vertreten Asbestopfer.

## II. Verjährungsproblematik bei Asbesterkkrankung

Asbestkrebs tangiert eine verjährungsrechtliche Sonderproblematik, denn die Krankheit tritt in den meisten Fällen erst nach einer Zeitdauer von zehn und mehr Jahren nach stattgehabter Exposition auf. Setzt man den Verjährungsbeginn bei vertraglicher und auservertraglicher Haftung auf den Zeitpunkt der letzten Exposition, sind die Ansprüche verjährt, bevor sie überhaupt entstehen. Dies gilt insbesondere bei der gefährlichsten Asbesterkkrankung, dem schwer heilbaren Pleuramesotheliom. Die Erklärung dafür findet sich

in der Physiologie: Asbest ist als solches nicht toxisch. Die Krebserkrankung entsteht vielmehr als Reaktion auf die Lungen- und Gewebgängigkeit der messerscharfen, ultradünnen und -kurzen Asbestfaser. Dringt eine Asbestfaser über das Lungengewebe bis zum Lungen- oder Bauchfell vor, verursacht sie durch ihre Beschaffenheit dort eine stete Mikroreizung. Die körpereigenen Makrophagen versuchen vergeblich, die störende Asbestfaser abzubauen. Die dabei absterbenden Makrophagen können in der Folge eine Oxydation verursachen, die dann den Brust- oder Bauchfellkrebs entstehen lässt. Es handelt sich um einen langwierigen Ketten-Prozess; ab Eindringen der Fasern bis zum Ausbruch der Krankheit vergehen in den meisten Fällen mehr als 10 Jahre. Oft liegen zwischen letzter Exposition und Erkrankung 15 bis 20 Jahre<sup>1</sup>.

Damit unterscheiden sich Asbesterkkrankungen von anderen Schadenfällen, beispielsweise Baumängeln etc., welche grundsätzlich von Beginn an feststellbar sind. Ein aktuelles Beispiel: beim Einsturz der Parkhausdecke in Gretzenbach<sup>2</sup> wäre es aufgrund der Be-

\* Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich.

\*\* Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Winterthur.

<sup>1</sup> Siehe z.B. auch Suva-Broschüre «Asbest: Daten und Fakten» (Ausgabe November 2009), 8.

<sup>2</sup> Hierzu Urteil OG Kt. SO vom 12.6.2006.

rechnungen oder aufgrund von Sondierbohrungen zur Abklärung der Betonqualität grundsätzlich möglich gewesen, die Fehlbeschaffenheit ausfindig zu machen. Dass dies nicht gemacht wurde, entspricht allerdings dem gewöhnlichen Lauf der Dinge.

Bei Asbesterkrankungen *entsteht* die Krankheit im Regelfall erst nach 10 bis 15 Jahren seit der Exposition; sie ist vorher nicht existent und somit nicht erkennbar. Allein das Vorhandensein von Fasern im Lungengewebe bedeutet nicht, dass es zu einer Erkrankung kommen muss. Glücklicherweise erkranken nicht alle mit Asbest in Kontakt gekommenen Menschen an einem Pleuramesotheliom.

Seit einiger Zeit ist die Asbestverarbeitung in allen Ländern Europas generell verboten; in der Schweiz gilt das Verbot für die letzten Produkte seit 1995<sup>3</sup>. Aufgrund der langen Latenzzeit erkranken heute aber immer noch viele Menschen an Asbestkrebs, insbesondere am bösartigen Asbestkrebs *Pleuramesotheliom*, ohne dass sie vorher überhaupt wissen konnten, dass sie krank werden. Gemäss der Internationalen Arbeitskonferenz der IAO (ILO) sterben pro Jahr wegen Asbest 100 000 Personen<sup>4</sup>.

### III. Neueste Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Asbestkrankheiten

Das Bundesgericht hat in jüngerer Zeit drei amtlich publizierte Urteile zur Asbestproblematik erlassen, die sich alle mit der Frage des zeitlichen Auseinanderklaffens von der schädigenden Handlung/Unterlassung und dem Eintritt des Gesundheitsschadens auseinandersetzen. Die Urteile betreffen die strafrechtliche Verfolgungsverjährung<sup>5</sup>, die Anwendbarkeit des Opferhilfegesetzes<sup>6</sup> und die Verjährung bei Verantwortlichkeitsansprüchen gegen die Suva<sup>7</sup>.

Höchstrichterlich noch nicht entschieden ist die Verjährungsfrage bei zivilrechtlich unterbreiteten Schadenersatzansprüchen (vertragliche und ausservertragliche Haftung).

Die drei bislang ergangenen Entscheide werden nachfolgend einer kritischen Würdigung unterzogen und in ihrer Konsequenz auf die Verjährungsfrage bei zivilrechtlichen Ansprüchen geprüft. Da die verjährungsrechtliche Sonderproblematik bei Asbest auch im Ausland zu höchstrichterlichen Entscheiden führte, wird im Anschluss auf diese Entscheide hingewiesen.

<sup>3</sup> Siehe heute Anh. 1.6 zu Chemikalien-Risikoreduktions-Verordnung (SR 814.81).

<sup>4</sup> 95. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz, Genf, Juni 2006, Entschliessung über Asbest.

<sup>5</sup> BGE 134 IV 297.

<sup>6</sup> BGE 134 II 308.

<sup>7</sup> BGer-Urteil 8C\_470/2009 vom 29.1.2010 (zur Publikation vorgesehen).

### A. Strafrechtliche Verfolgungsverjährung (BGE 134 IV 297)

Das Bundesgericht hatte im Urteil vom 11. August 2008 Gelegenheit, sich zur Verfolgungsverjährung bei Asbesterkrankung zu äussern. Es führte aus, gemäss den einschlägigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches (aArt. 71 StGB) sei für den Verjährungsanlauf der Zeitpunkt des tatbestandmässigen Verhaltens und nicht der Eintritt des Erfolges massgebend, was bedeute, dass fahrlässige Erfolgsdelikte verjähren könnten, bevor der tatbestandmässige Erfolg eingetreten und der Tatbestand erfüllt sei<sup>8</sup>. Nachdem der Gesetzgeber bei Verabschiedung des revidierten Allgemeinen Teils des Strafrechts den Verjährungsbeginn nach wie vor bei der schädigenden Handlung/Unterlassung belassen habe, gebe es kaum mehr Raum für eine andere Auffassung, ungeachtet der Kritik in einem Teil der Lehre<sup>9</sup>. Auch vom Strafzweck der Spezialprävention her erscheine eine nach erst langer Zeit erfolgte Bestrafung weder als kriminalpolitisch notwendig noch als gerecht. Das Bundesgericht fokussiert damit auf den Täter. Hinsichtlich der zivilrechtlichen Ansprüche hält es jedoch gleichorts fest, dass mit Auftreten der Krankheit der Rechtsfriede nachhaltig gestört sei und das Bedürfnis nach Ausgleich keineswegs verblasse, nur weil die Tat handlung längere Zeit zurückliege<sup>10</sup>.

Das Bundesgericht erörtert schliesslich die Frage, ob ein Abstellen auf das tatbestandmässige Verhalten den Zugang zum Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK verletze und kommt zum Schluss, dass dies bei Zivilansprüchen der Fall sein könne, nicht aber bei der Frage nach der Bestrafung des Täters. Die von einer Straftat geschädigte Person könne sich nicht auf die Garantien aus Art. 6 EMRK berufen, um ein Strafverfahren gegen Dritte einzuleiten<sup>11</sup>.

#### Würdigung

Das Bundesgericht hat sich auf eine strafrechtliche Sichtweise (Täterperspektive) beschränkt. Gleichzeitig hat es zu Recht hervorgehoben, dass die strafrechtliche Verjährungsauslegung nicht der zivilrechtlichen entspreche. Das Bundesgericht erkennt, dass die Verjährungsfrage den in den Schutzbereich von Art. 6 EMRK fallenden Anspruch auf freien Zugang zum Gericht tangiert.

### B. Anwendbarkeit des Opferhilfegesetzes (BGE 134 II 308)

In BGE 134 II 308 äusserte sich das Bundesgericht zur Frage der Anwendbarkeit des Opferhilfegeset-

<sup>8</sup> BGE 134 IV 297, 300 E. 4.2.

<sup>9</sup> BGE 134 IV 297, 303 E. 4.3.2.

<sup>10</sup> BGE 134 IV 297, 306 4.3.5.

<sup>11</sup> Vgl. auch VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, 247.

zes und bejahte die Opferstellung von Geschädigten, selbst wenn sich das tatbestandmässige Verhalten vor Inkrafttreten des OHG (1993) ereignet habe. Das Bundesgericht nimmt ausdrücklich Bezug auf seinen Strafentscheid und führt aus, die täterbezogene Sichtweise lasse sich für den Anwendungsbereich der Opferinteressen nicht teilen.

Nach Massgabe der Opferhilfe gelte eine Tat erst dann als begangen, wenn der Erfolg eingetreten sei.

Ein Opfer müsse die Schädigung bzw. die Verletzung erkennen, bevor es sich überhaupt auf das OHG berufen und einen entsprechenden Antrag unterbreiten könne<sup>12</sup>. Dass dies die Absicht des Gesetzgebers sei, zeige sich auch an der revidierten Fassung des OHG<sup>13</sup>, wonach das Gesuch auf Entschädigung innert fünf Jahren nach der Straftat oder fünf Jahre *nach Kenntnis* der Straftat einzureichen sei. Die unterschiedliche Interpretation im Straf- und Opferhilferecht beruhe auf den unterschiedlichen Zielsetzungen beider Bereiche.

#### *Würdigung*

Das Bundesgericht hat in begrüssenswerter Weise erkannt, dass das Verwirken von Rechten, bevor der Ansprecher davon Kenntnis hat, zu unbilligen Resultaten führt. Das Bundesgericht hält fest, dass es sich im Anwendungsbereich des OHG nicht rechtfertige, eine Täterperspektive einzunehmen, weshalb sich ein opferhilfe-relevantes Verhalten erst im Zeitpunkt des Erfolgeintritts manifestiere. Das Opferhilfungsverfahren nimmt eine Zwitterstellung zwischen ausservertraglichem Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht ein. Der Anspruch aus Entschädigung ist mit dem Schadensausgleichssystem des ausservertraglichen Haftpflichtrecht verwandt; die Opferhilfeentschädigung wurde allein deshalb geschaffen, weil Straftäter in der Regel keine finanziellen Mittel und insbesondere keine Versicherungen aufweisen, um den angerichteten Schaden zu begleichen. Die Entschädigung aus Opferhilfe ist denn auch regressierbar (Art. 7 OHG). Entsprechend sollte der höchstrichterliche Entscheid zur Opferhilfe auch für das ausservertragliche Haftpflichtrecht richtungsbegleitend sein.

#### **C. Öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit**

Im Urteil der sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts 8C\_470/2009 vom 29.1.2010 (zur Publikation vorgesehen) hatte sich das Gericht mit der Frage der Verjährung bei Staatshaftung (Suva) auseinandersetzen. Es kam zum Schluss, der klare Wortlaut von 20 Abs. 1 VG, welcher unabhängig vom Schadenseintritt eine absolute zehnjährige Verwirkungsfrist ab letzter

schädigender Handlung/Unterlassung statuiere, sei massgebend und kaum einer abweichenden Auslegung zugänglich. Ein Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Verantwortlichkeitsansprüchen zeige denn auch, dass die zehnjährige absolute Verwirkungsfrist ausnahmslos zur Anwendung gekommen sei, so beispielsweise auch bei Ansprüchen von abgewehrten Flüchtlingen zur Zeit des 2. Weltkrieges<sup>14</sup>. Die bisherige bundesgerichtliche Praxis bei ausservertraglicher Haftung zeige überdies, dass die absolute Verjährung auch dort unabhängig vom Schadenseintritt ablaufe, was von einem Teil der Lehre zwar kritisiert werde<sup>15</sup>.

Zudem zeige die bisher ergangene «Asbest-Rechtsprechung» des Bundesgerichts, dass allein bei der Opferhilfe auf den Schadenseintritt abgestellt werde. In einer Abwägung der Interessen zeige sich, dass die Opferhilfeperspektive einer Sonderstellung entspreche und neben der Straf- und Verwaltungshaftung sowie der ausservertraglichen Haftung nicht sonderlich gewichtig ausfalle. Zudem sei zu beachten, dass der Zeitablauf eine Verdunkelung mit sich bringe. Würde man auf den Schadenseintritt abstellen, bedeute dies wegen den daraus resultierenden Beweisschwierigkeiten eine erhebliche Rechtsunsicherheit.

Zur Verjährungsfrage bei Asbestopfern sei überdies eine Motion im nationalen Parlament in Bern anhängig, was zeige, dass eine Änderung der Situation die Aufgabe des Gesetzgebers sei.

Der EMRK-Anspruch auf freien Zugang zum Gericht wird anerkannt, indes ausgeführt, die Statuierung eines Verjährungsstatus widerspreche diesem grundsätzlich nicht. Alle Rechtsordnungen kennen Verjährungsstatute, was sich aus dem berechtigten Bedürfnis nach Rechtssicherheit erkläre. Zudem sei in casu zu beachten, dass es die Asbestopfer nicht besonders hart träfe, weil ihnen Versicherungsleistungen der Suva zustünden.

#### *Würdigung*

Der Entscheid vermag in verschiedener Hinsicht nicht zu überzeugen. Das Bundesgericht hat sich nicht mit der Besonderheit der Asbesterkrankung auseinandergesetzt, nämlich der grundsätzlich fehlenden Möglichkeit, die Erkrankung innert 10 Jahren nach Exposition zu erkennen. Der Vergleich mit den Flüchtlingen nach dem 2. Weltkrieg hinkt; der Unrechtsgehalt des damaligen Tuns war bereits nach Kriegsende offenkundig. Nicht zu überzeugen vermag auch das Argument der Verdunkelung durch Zeitverlauf. Die beweisrechtlichen Schwierigkeiten hat nach Art. 8 ZGB der Ge-

<sup>12</sup> BGE 126 II 348 E. 5d.

<sup>13</sup> Art. 25 Abs. 1 OHG, in Kraft seit 1. Januar 2009.

<sup>14</sup> BGE 126 II 145.

<sup>15</sup> BGer-Urteil 8C\_470/2009, E. 7.4.4.

schädigte als Kläger zu tragen; die Argumentation des Bundesgerichts läuft in einen im Zivil- und Verwaltungsrecht nicht opportunen Täterschutz hinaus.

Die sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts in Luzern macht in der Hilfsargumentation grundlegende Ausführungen zur Verjährung von Zivilansprüchen; es ist dabei zu bedenken, dass mit der zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in Lausanne kein Meinungsaustausch gemäss Art. 23 Abs. 2 BGG stattgefunden hat.

Aus systematischer Sicht nicht richtig ist insbesondere, wenn ausgeführt wird, die Opferhilfe-Rechtsprechung beschlage eine opferhilferechtliche Sonderproblematik, der im Verantwortlichkeitsrecht nicht zu folgen sei. Das Bundesgericht übersieht, dass die Entschädigung nach Opferhilfe dem ausservertraglichen Haftpflichtrecht nachempfunden und diesem nahe verwandt und subsidiär zu diesem zur Anwendung gelangt. Die Opferhilfe steht – nach Sonderregeln – für deliktisch verursachte Schäden ein. Geschaffen wurde sie deswegen, weil Straftäter meist keine finanzielle Mittel und ohnehin keine Versicherungsdeckung aufweisen, um für die angerichteten Schäden gerade zu stehen.

Gänzlich unverständlich ist alsdann der Ansatz, der Zugang zum Gericht sei unter dem Gesichtspunkt von Art. 6 EMRK nicht verletzt, weil die Geschädigten von der Suva Leistungen erhielten. Es handelt sich dabei um ein offensichtlich sachfremdes Argument, ganz abgesehen davon, dass allfällige Leistungen der Suva nicht deckungsgleich sind mit Haftpflichtansprüchen. Zudem ergeben sich Konstellationen, wo die Ansprecher nicht Suva-versichert sind, z.B. bei erkrankten Familienangehörigen oder bei am Wohnort Immissionsgeschädigten.

Nicht abgehandelt hat das Bundesgericht das Argument der Diskriminierung von Asbestopfern. Der Fakt, dass diese Rechtsprechung Asbestopfer nur deswegen vom Geltendmachen der Ansprüche ausschliesst, weil ihre Krankheit mehr als zehn Jahre nach der Exposition auftritt, wurde keiner gesonderten Prüfung unterzogen.

Die Tatsache schliesslich, dass selbst die Politik das eklatante Unrecht der auseinanderklaffenden Verjährungsläufe erkannt hat und mittels einer Motion im nationalen Parlament in Bern Abhilfe sucht, entbindet das Gericht nicht davon, die Verwirkungsbestimmungen verfassungs- und EMRK-konform auszulegen und anzuwenden.

Gegen den Bundesgerichtsentscheid wird Beschwerde vor dem europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg geführt. Gerügt wird die ungerechtfertigte Schlechterstellung von Asbestopfern und deren

fehlende Möglichkeit, ihre Schadenersatzansprüche bei einem Gericht einzuklagen.

#### IV. Zu den vom Bundesgericht noch nicht entschiedenen vertraglichen und ausservertraglichen Haftpflichtansprüchen

Durch die zivilrechtliche Rechtsprechung letztinstanzlich nicht entschieden ist die Verjährungsfrage bei Asbestschäden im Privatrecht. Die Asbestindustrie beruft sich hiezu im Wesentlichen auf den vor drei Jahrzehnten ergangenen Uhrmacherinnenfall BGE 106 II 134, der für den Verjährungsverlauf tatsächlich auf das schädigende Verhalten und nicht den Krankheits Eintritt abstellt. Jenem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Uhrmacherin, die Zifferblätter mit radioaktiver Leuchtzifferfarbe zu versehen hatte, erkrankte 15 Jahre danach an Krebs. Sie klagte gegen den Arbeitgeber. Das Bundesgericht kam damals zum Schluss, der Verjährungsanbeginn sei auch in dieser Konstellation auf die schädigende Handlung/Unterlassung anzusetzen und nicht auf das Entstehen und Manifestwerden des Schadens. Das Interesse an der allgemeinen Rechtssicherheit liege höher als das Partikularinteresse der erkrankten Arbeitnehmerin. Im Entscheid wird in den Erwägungen auf BGE 87 II 155 ff. verwiesen. In jenem nunmehr fünfzig Jahre alten Entscheid ist insbesondere ausgeführt worden: «Dass eine Forderung verjähren kann, ehe der Gläubiger die Tatsachen kennt, die sie begründen (...), ist nicht absonderlich» (Erw. 3a, S. 160).

Der Uhrmacherinnenentscheid wurde von einem Teil der Lehre bereits damals heftig kritisiert. Auf diese Kritik sei später detailliert eingegangen. Der neueren Rechtsprechung lässt sich zudem entnehmen: «Die Verjährung einer Forderung kann nicht zu laufen beginnen, bevor überhaupt eine Forderung entstanden ist» (BGE 127 III 257, 266 Erw. 6c).

Von Seiten der Asbestindustrie wird geltend gemacht, es gebe keinen Grund, von der Praxis des Uhrmacherinnenentscheids abzuweichen. Die Asbestopfer halten diesen Entscheid für falsch, diskriminierend und auch nicht mit den Vorgaben von Art. 6 EMRK, insbesondere den freien Zugang zum Gericht vereinbar.

##### A. Art. 6 EMRK und allgemeine Grundsätze

Art. 6 EMRK garantiert in seinem sachlichen Anwendungsbereich (v.a. «zivilrechtliche Ansprüche») für sämtliche Bürger im Rahmen des Rechts auf ein faires Verfahren auch den Anspruch auf Zugang zu einem Gericht<sup>16</sup>. Beschränkungen durch Verjährungsregelungen können diesen Anspruch dann beschneiden, wenn

<sup>16</sup> VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., N 428 ff.

dadurch das Zugangsrecht nur noch ein fiktives ist. Würde also festgestellt, dass Zivilansprüche in Situationen wie der vorliegenden von einer Rechtsordnung generell als undurchsetzbar erklärt werden, so würde dies einen Verstoss gegen Art. 6 EMRK darstellen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im Fall *Stubbins v. Vereinigtes Königreich* mit Urteil vom 22.10.1996<sup>17</sup> festgehalten, dass eine verjährungsrechtliche Beschränkung der Rechtsdurchsetzung im Widerspruch zum von Art. 6 EMRK garantierten Zugang zum Gericht steht, wenn damit der Wesensgehalt des in Frage stehenden Rechts berührt wird. Mit der strikten Anwendung der eng ausgelegten schweizerischen Verjährungsregeln wird dies jedoch genau getan.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat zudem bei der Beurteilung von Schadenersatzansprüchen die Anwendung von stark einschränkenden nationalen Verjährungsregeln als konventionswidrig beurteilt. Im Urteil *Storck v. Deutschland* vom 16.6.2005<sup>18</sup>, wo es zur Hauptsache um die rechtsstaatlichen Garantien nach Art. 5 EMRK ging, hat der Gerichtshof die Anwendung einer Verjährungsregelung nach deutschem Recht (§ 852 Abs. 1 BGB) beurteilt, wonach Schadenersatzansprüche nach drei Jahren ab Zeitpunkt der Schadenskennntnis verjähren. Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass der Beginn des Verjährungslaufs unter Rücksicht der besonderen Umstände des Falls ohne übermässigen Formalismus festzusetzen ist. Im zu beurteilenden Fall erachtete der Gerichtshof eine über ein Jahrzehnt andauernde Fristhemmung als korrekt und beurteilte die strengere Anwendung der Verjährungsnorm durch das letztinstanzliche nationale Gericht als konventionswidrig. Dabei wurde auch auf die Auslegung der Bestimmung von Art. 35 Abs. 1 EMRK über die sechsmonatige Beschwerdefrist verwiesen, wo für die Frage der Fristwahrung ebenfalls individuelle Fallkonstellationen Berücksichtigung finden<sup>19</sup>. Neben Art. 6 EMRK scheint mit der zu engen Interpretation der vertragsrechtlichen Verjährungsfrist das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK verletzt: Asbestgeschädigte als Angehörige einer Kategorie von Kranken werden damit systematisch gegenüber jenen Geschädigten diskriminiert, bei denen der Schaden schneller manifest wird. Schliesslich ist auch das Dogma, dass sämtliche Rechtsansprüche früher oder später einer Verjährung unterliegen, in neuster Zeit nicht mehr unumstösslich. Mit neuem Art. 123b BV wird die Strafverfolgung von sog. pornografischen Taten an Kindern ausdrücklich als unverjährbar erklärt. Dies führt dann auch für

aus solchen Taten abgeleitete Zivilansprüche der Opfer, deren Erben oder Erbeserben gegen den Täter zur Unverjährbarkeit (Art. 60 Abs. 2 OR). Zudem sah der schweizerische Gesetzgeber offenbar den Rechtsfrieden nicht gefährdet, wenn er in letzter Zeit 30-jährige Verjährungsfristen legiferiert hat (z.B. Art. 59c Abs. 2 Umweltschutzgesetz; Art. 9 Abs. 4 Kulturgütertransfersgesetz).

## B. Vertragliche Haftpflicht

Die bislang in Asbestangelegenheiten ergangenen höchstrichterlichen Entscheide haben die Frage des Verjährungsverlaufes bei vertraglicher Haftpflicht nicht betroffen. Bei Asbestkrankheiten beläuft sich die vertragliche Haftung meist auf Arbeitgeberhaftung, wenngleich andere Vertragskonstellationen ebenso denkbar sind (z.B. Vermieterhaftung wegen Immissionen). Dem Arbeitgeber wird vorgeworfen, er habe den notwendigen Arbeitnehmerschutz nicht angedeihen lassen und die Arbeitnehmer auch nicht über die tatsächlich vom Werkstoff ausgehenden Gefahren informiert. Der Vorwurf an den Arbeitgeber beläuft sich damit auf eine *Verletzung der vertraglichen Nebenpflichten*, im Sinne einer positiven Vertragsverletzung. Im Arbeitsvertragsrecht gilt das allgemeine vertragsrechtliche Verjährungsstatut (Art. 341 Abs. 2 OR). Dieses umfasst keinen doppelten Verjährungslauf in Form einer relativen und absoluten Verjährung; es gilt vielmehr eine zehnjährige Verjährungsfrist ab Fälligkeit der jeweiligen Forderung (Art. 127 OR i.V. mit Art. 130 Abs. 1 OR). Vom Gesetzeswortlaut her stellt sich das Problem eines Auseinanderklaffens der Verjährungsläufe und eines Eintretens der absoluten Verjährung nicht; eine Forderung ist ab dem Zeitpunkt fällig, wo sie geltend gemacht werden kann, was bei Schadenersatzforderungen natürlich Kenntnis des Schadens voraussetzt. Trotz dieser klaren Ausgangslage hat das Bundesgericht im bereits erwähnten Uhrmacherinnenfall BGE 106 II 134 für den Verjährungsverlauf auf das schädigende Verhalten abgestellt.

Ein Teil der Lehre erachtet die Konsequenz aus dem Uhrmacherinnenfall nach wie vor für richtig und macht geltend, ein Abstellen auf die Fälligkeit (Kenntnis) der Schadenersatzforderung führte zum unbilligen Ergebnis, dass Schadenersatzforderungen auf unabhäufige Zeit hinaus entstehen könnten. Dies sei unvereinbar mit dem Gebot der Rechtssicherheit, dem das Institut der Verjährung vornehmlich diene<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Verf. Nr. 22083/93. Zit. Entscheid, Rz. 50 m. Hinw. auf frühere Entscheide.

<sup>18</sup> Verf. Nr. 61603/00.

<sup>19</sup> Zit. Entscheid, Rz. 95 f. m. Hinw. auf frühere Entscheide.

<sup>20</sup> Insbes. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR allgemeiner Teil, Band II, 8. Aufl., Rz. 3512. Zu beachten ist hier allerdings, dass dieselben Autoren in der Voraufgabe auf den Verjährungsbeginn ab Fälligkeit der Schadenersatzforderung erkannten (GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl. Rz. 2078c). Siehe hierzu auch VOSER NATHALIE, Aktuelle Probleme zivilrechtlicher Verjährung bei körperlichen Spätschäden aus rechtsvergleichender Sicht, in recht 2005, Heft 4, 121 ff. Diese Autorin hält aber

Ein gewichtiger Teil der Lehre erachtet die Konsequenz aus BGE 106 II 134 hingegen als nicht gesetzeskonform und überdies unbillig. In chronologischer, nicht abschliessender Aufstellung:

- MERZ HANS, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1980, ZBJV 118/1982, S. 137 («Jedermann – auch das Bundesgericht gibt zu, dass es stossend ist»);
- DESCHENAUX HENRI/TERCIER PIERRE, La responsabilité civile, 2<sup>ème</sup> éd. Berne 1982, § 20 no 31 («résultats peu satisfaisants»);
- GROSS JOST, Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz, Bern 1987, S. 225 ff.;
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 460 («Dieses Ergebnis ist fragwürdig»);
- BRUNNER HANS-ULRICH, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Fribourg 1991, S. 158, Fn. 711 («Bedenken weckt diese Rechtsprechung»);
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, S. 593 («Bedenkliches Ergebnis»);
- PIOTET PAUL, Contributions choisies, Genève/Zürich/Bâle, p. 763 s. («ne pouvant plus les suivre»);
- ROBERTO VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, Rz. 571 («unbillige Ergebnisse»);
- BERTI STEPHEN, Zürcher Kommentar zu Art. 127-OR, 3. Aufl., Zürich 2002, N 129 zu Art. 130 OR («Dies ist abzulehnen»);
- WIEGAND WOLFGANG, Basler Kommentar zum OR I, 4. Aufl., Basel 2007, N 52 zu Art. 97 OR («nicht sachgerecht»).

Diese ablehnenden Stellungnahmen, die sich seit der BGE-Publikation bis in die jüngste Zeit fortsetzen, stellen nicht bloss eine singuläre Minderheitsmeinung dar. Kommt hinzu, dass ein gewichtiger Teil der übrigen Lehrmeinungen der Rechtsprechung von BGE 106 II 134 ebenfalls nicht einfach nur positiv gegenübersteht: Z.B. GUHL/MERZ/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. Zürich 2000, S. 320: «[demgegenüber] weniger überzeugend ist, dass (...)».

#### Würdigung

Die Uhrmacherinnen-Praxis, die vom gesetzlich statuierten Grundsatz des Verjährungsbeginns ab Fälligkeit der Forderung abweicht, beinhaltet einen Sündenfall, der zu korrigieren ist. Anders als bei vertraglichen Gewährleistungsfällen kann bei einer Schadenersatzforderung wegen positiver Vertragsverletzung nur auf

den Zeitpunkt der Entstehung des Schadens abgestellt werden. Es gibt kein aliud. Erst wenn der Schaden manifest ist, kann der Verjährungslauf beginnen. Das Verletzen der vertraglichen Pflicht per se begründet keinen Schadenersatzanspruch und damit auch kein Rechtsschutzinteresse für eine Intervention.

Die vom Bundesgericht und einem Teil der Lehrmeinung demgegenüber angerufene Argumentation der Rechtssicherheit ist nicht zu hören. Wie das Bundesgericht im Strafurteil zu Recht festgehalten hat, ist der Anspruch auf zivilrechtliche Entschädigung nicht verblasst. Dies zeigt sich nur schon daran, dass der Schaden erst später eintritt; es kann daher nicht geltend gemacht werden, es handle sich um eine «überalte» Forderung. Zudem beschlägt das Zivilrecht den Grundsatz der Privatautonomie; es muss dem Ansprecher überlassen sein, ob er klagen will oder nicht. Er braucht hiezu keinerlei richterliche Leitplanken. In Anwendung von Art. 8 ZGB hat er die Beweisschwierigkeiten zu tragen, wobei insbesondere in den Asbestfällen aufgrund der Suva-Merkblätter (seit 1971), der internationalen Publikationen und Urteile sowie der eindeutigen Kausalität des Asbestkrebs Pleuramesotheliom die Beweisschwierigkeiten nicht allzu gross sind. Schliesse man die Klagbarkeit der Ansprüche unter dem Argument «Beweisschwierigkeiten» a priori aus, hiesse das, den Kläger gleich doppelt zu bestrafen.

In systematischer Hinsicht sei darauf verwiesen, dass Vertragsparteien rechtlich enge Bindungen aufweisen, was sich auch bei der Haftung niederschlägt. Es handelt sich beim Schädiger nicht um einen zufällig auftretenden Dritten, sondern um die frei gewählte Vertragspartei. Der Gesetzgeber hat unter Berücksichtigung dieser Konstellation bewusst darauf verzichtet, eine absolute und relative Verjährung zu statuieren. Es mutet daher seltsam an, dass diese Privilegierung mit dem Uhrmacherinnenfall zunichte gemacht wurde. Eine besondere Bindung und Verantwortung statuiert der Arbeitsvertrag. Der Sozialschutzgedanke enthält besonderen Stellenwert<sup>21</sup>. Sollte es selbst auf vertragsrechtlicher Grundlage nicht möglich sein, einen innerhalb der Verjährungsfristen aufgetretenen Schaden bei der Vertragsgegenpartei erhältlich zu machen, so gereichte dies einem unbilligen Katz- und Mausspiel, das eines Rechtsstaates nicht würdig und dem Rechtsfrieden nicht zuträglich ist.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Uhrmacherinnenpraxis gegen Art. 6 EMRK und den davon garantierten Zugang zum Gericht verstösst. Schlägt

fest, dass das Bundesgericht von seiner bisherigen Praxis gemäss BGE 106 II 134 abweichen könnte, da bei der positiven Vertragsverletzung ein Interpretationsspielraum bestehe.

<sup>21</sup> Vgl. Art. 328 OR.

die Verjährungsfalle zu, bevor die Schadenersatzforderung entsteht, bleibt der Kläger aussen vor.

### C. Ausservertragliche Haftpflicht

Der Wortlaut von Art. 60 Abs. 1 OR, wonach die ausservertragliche Forderung in jedem Falle 10 Jahre nach der schädigenden Handlung verjährt, darf nicht strikte verstanden werden, d.h. als «schädigende Handlung» muss auch jener Vorgang gelten, der einen Schaden erst manifest werden lässt. Dies ergibt sich nach einem Auslegungsvorgang: Es ist zu berücksichtigen, dass diese Verjährungsregelung bei Einführung des aOR im Jahre 1881 eingebracht wurde. In jener Zeit waren 10 Jahre mit Blick auf damalige verjährungsrechtfertigende Beweissicherungsmöglichkeiten, die sich praktisch in handschriftlicher Dokumentation erschöpften, eine lange Zeitspanne. Vor über 120 Jahren waren auch Latenzzeiten zwischen schädigenden Einflüssen und Ausbruch einer Erkrankung noch schlicht undenkbar (für die Sichtbarmachung innerer Körperzustände und -vorgänge waren noch nicht einmal die Röntgenstrahlen bekannt). Hätte der Gesetzgeber von solchen Tatsachen Kenntnis gehabt, wäre die Verjährungsnorm anders formuliert worden.

Auch mit Blick auf Sinn und Zweck der Verjährungsnorm verbietet sich die Buchstabenauslegung des Begriffs der schädigenden Handlung: Es geht um das Ziel der Vermeidung der Rechtsunsicherheit, welche bei lange bestehenden «schadhaften» Zuständen andauern würde. Wenn ein Schaden jedoch noch gar nicht entstanden ist, ergibt sich dieses Bedürfnis nicht. Eine zu eng ausgelegte Regelung der absoluten Verjährung führt auch zur paradoxen Situation, dass eine Forderung verjährt ist, bevor sie überhaupt entstanden ist.

Im Zusammenhang mit dem Verjährungsbeginn bei schädigenden Unterlassungen (insbesondere Unterlassen der Information über die starke Gesundheitsgefährdung und fehlender Hinweis auf Möglichkeit der schadenmindernden bzw. -verhindernden Inanspruchnahme medizinischer Betreuung) ist es feststehende Praxis, dass die Verjährung von Ersatzforderungen erst dann zu laufen beginnt, wenn die letzte schädigende Unterlassung bestand bzw. der letzte Zeitpunkt für das schadenverhindernde Alternativverhalten eingetreten ist<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 3447 a.E.; vgl. auch BGE 102 II 211, 215 Erw. 1, wo der Schädiger ebenfalls nicht andauernd aktiv gehandelt hatte.

### D. Ausländische Gerichtsurteile

Dass Zeit nicht alle Wunden zu heilen vermag, zeigt ein Blick in die höchstinstanzliche Rechtsprechung der europäischen Nachbarländer.

#### Holland

In einem Fall mit Asbestschädigung hat der holländische Hoge Raad am 28.4.2000<sup>23</sup> bezüglich der gesetzlichen absoluten Verjährungsfrist von 30 Jahren festgehalten, dass diese unberücksichtigt bleiben muss, wenn der Schaden nach Ablauf der 30-jährigen Frist noch gar nicht entstanden ist. Neben Hinweisen auf die gesetzgeberischen Absichten wurde auch auf Art. 6 EMRK Bezug genommen. Dass sich Asbestproduzenten nicht auf die absolute Verjährungsfrist berufen können, wurde jüngst im Fall Langezaal/Eternit Fabrieken B.V.<sup>24</sup> am 3.3.2010 vom Distriktgericht in Den Haag bestätigt.

#### Dänemark

Bereits am 27.10.1989 hat der dänische Højesteretsdom i.S. Dansk Eternit/Möller<sup>25</sup> in Bezug auf die 20-jährige Verjährungsfrist im dänischen Recht entschieden, dass Klagen aufgrund von Asbestschäden immer ohne Chancen blieben, wenn der Fristenlauf nicht erst mit der Schadensentstehung beginne. Das Gesetz stehe einer solchen Interpretation nicht entgegen.

#### Frankreich

Das höchstinstanzliche Gericht Cour de cassation hatte mit Urteilen vom 28.2.2000<sup>26</sup> zugunsten asbestgeschädigter Arbeiter – obwohl erst 1977 arbeitsrechtliche Gesetzesnormen über die Handhabung von Asbest bestanden – entschieden, dass wegen der allgemein bekannten Gefährdung durch Asbest unabhängig vom Zeitpunkt der beruflichen Asbestexposition den Opfern ein Schadenersatzanspruch zusteht. Dies wurde sogar für eine Eternit-Angestellte bestätigt, die von 1949 bis 1959 Kontakt mit Asbest hatte<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Aktenzeichen C98/363HR.

<sup>24</sup> Aktenzeichen HA ZA 09-1002 333961.

<sup>25</sup> Publ. in Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) 1989:1108 H.

<sup>26</sup> Cour de Cassation, Chambre Sociale, arrêts nos. 835, 837, 842, 844, 845.

<sup>27</sup> Arrêt no. 837.