

Dr. Michael Hochstrasser / PD Dr. Arnold F. Rusch

Der Vertrag des Passagiers mit den SBB

Wer mit den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) einen Vertrag schliesst, hat nicht einfach nur ein Billett gekauft. Im Beitrag richten die Autoren den Blick auf dieses vielschichtige Vertragsverhältnis und zeigen Lösungen zu vielen aktuellen und brennenden Fragen auf.

Rechtsgebiet(e): Privatrecht; Konsumentenrecht; Eisenbahnen; Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Michael Hochstrasser / Arnold F. Rusch, Der Vertrag des Passagiers mit den SBB, in: Jusletter 8. Oktober 2012

Inhaltsübersicht

1. Vertragsinhalt
2. Vertragsparteien
3. Rechtsquellen
 - a) Personenbeförderungsregal
 - b) Anwendbare Gesetze
 - c) Tarif
4. Privatrecht oder öffentliches Recht?
5. Zustandekommen des Vertrags
 - a. Vertragsfreiheit und ihre Einschränkung
 - i) Transportpflicht
 - ii) Betriebs-, Fahrplan- und Tarifpflicht
 - b) Geltung des Tarifs
 - i) Einbezug als allgemeine Geschäftsbedingungen?
 - ii) Geltung der Tarifbestimmungen ex lege?
 - iii) Anwendbarkeit des AGB-Korrektivs
6. Das Billett: ein Wertpapier?
 - a) Das «gewöhnliche» Billett (einfach oder retour)
 - b) Ausgewählte Billette
 - i) Billett mit zugewiesenem Sitzplatz (Reservation)
 - ii) Abonnemente
 - iii) E-Tickets
7. Spezielle Beförderungen
 - a) Beförderung von Kindern bis 6 Jahre
 - b) Beförderung von Handgepäck
 - c) Beförderung von Tieren
8. Ausgewählte Ansprüche des Passagiers
 - a) Ansprüche bei Verletzung oder Tod
 - b) Ansprüche bei Verspätung
 - c) Anspruch auf einen Sitzplatz?
 - d) Reservation eines Sitzplatzes durch Belegung
 - e) 1. und 2. Klasse: Anspruch auf Upgrade?
 - f) Wenn der Automat nicht funktioniert und kein Schalter geöffnet ist
 - g) Erstattung des Preises, wenn der Passagier das Billett nicht benutzt
 - h) Uneinige Passagiere
 - i) Benutzung von Perron und Warteräumen
9. Ausgewählte Ansprüche der Bahn
 - a) Passagier ohne Billett (Schwarzfahrer)
 - b) Passagier mit teiltägigem Billett (Graufahrer)
 - c) Blinder Passagier
 - d) Rundfahrt statt Retourbillett
 - e) Irrfahrt
 - f) Zuschlag
 - i) Abgrenzung zu Fahrpreispauschale und Busse
 - ii) Umfang
 - iii) Zivilrechtliche Einordnung
 - g) Beschädigung des Zugs
 - h) Transport von Hooligans

Literaturverzeichnis

1. Vertragsinhalt

[Rz 1] Der Personenbeförderungsvertrag mit den SBB richtet sich auf den Transport einer Person und ihres Handgepäcks auf einer Strecke (Ziff. 08.00, T600).¹ Die Transportleistung richtet sich je nach Vertragsinhalt auf eine einfache Fahrt,

eine Hin- und Rückfahrt, eine Rundreise oder eine bestimmte oder freie Anzahl von Fahrten. Die Güterbeförderung bildet nicht Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

2. Vertragsparteien

[Rz 2] Parteien des Personenbeförderungsvertrags sind grundsätzlich² der Beförderer (die SBB oder allgemeiner: das Transportunternehmen) und der Passagier.

[Rz 3] Im sog. *Direkten Verkehr* entsteht der Vertrag nicht nur mit einem einzigen, sondern mit einer Vielzahl von Transportunternehmen. Im Direkten Verkehr kann der Passagier mit einem einzigen Billett Transportmittel verschiedener Transportunternehmen benutzen.³ Keine Probleme bereitet es, den anwendbaren Tarif zu bestimmen: im Direkten Verkehr bestehen gemeinsame Tarife (Art. 16 Abs. 2 PBG). Für den Passagier kann sich aber die Frage stellen, wer denn sein Vertragspartner ist und gegen wen er allfällige Ansprüche geltend machen muss.

[Rz 4] Der Passagier kauft das Billett (ein einziges) in der Regel beim ersten Transportunternehmen. Er schliesst einen einzigen Beförderungsvertrag (vgl. Art. 16 Abs. 1 PBG). Der das Billett verkaufende Beförderer schliesst den Vertrag somit für alle am Direkten Verkehr beteiligten Transportunternehmen, die eine einfache Gesellschaft bilden.⁴ Der Passagier kann seine Ansprüche aus dem Beförderungsvertrag gegen mehrere Unternehmen geltend machen – gegen das Unternehmen, bei dem der Transport beginnt, bei dem er endet oder auf dessen Strecke das Ereignis eintritt, das den Anspruch begründet (Art. 46 Abs. 1 PBG). Die beteiligten Transportunternehmen bilden dabei eine Haftungsgemeinschaft im Sinne von Art. 49 PBG.

[Rz 5] Einen Spezialfall stellt der Zürcher Verkehrsverbund (ZVV) dar.⁵ Er ist der erste und bis heute einzige

¹ Tarif T600 (Allgemeiner Personentarif), Internet: http://data.ch-direct.org/Tarife/SBB/T600_d.pdf Zu den Tarifen der SBB eingehend hinten, N 11 ff.

² Möglich ist auch, dass ein Verein oder ein Arbeitgeber das Billett für den Passagier löst. Je nach Konstellation dürfte dabei ein Vertrag zugunsten Dritter oder eine Stellvertretung vorliegen. Die weitere Abhandlung konzentriert sich auf den Fall, dass der Passagier den Vertrag selbst mit den SBB abschliesst.

³ Vgl. Art. 16 Abs. 1 PBG; zum Direkten Verkehr auch hinten, N 13, insb. Fn. 17.

⁴ ZIEGLER, 36, nach welchem der das Billett verkaufende Beförderer den Vertrag im Namen der einfachen Gesellschaft abschliesst. A.M. NELL, 95 f., der eine direkte Stellvertretung annimmt. Wie ZIEGLER, 37, richtig zeigt, müsste die Annahme einer Stellvertretung aber logischerweise bedeuten, dass der Passagier mit jedem beteiligten Transportunternehmen einen separaten Beförderungsvertrag abschliesst. Solche Konstellationen kommen durchaus vor: So ist bei der Sukzessivbeförderung im Luftverkehr möglich, dass für jede Teilstrecke und jeden Lufttransportführer ein separater Beförderungsvertrag geschlossen und ein Flugschein ausgestellt wird (vgl. DETTLING-OTT, 11 f.). Die Lage beim Direkten Verkehr ist indes eine andere: Es wird nur ein Billett ausgestellt und im Voraus ist oft nicht klar, welche Transportunternehmen eine Teilstrecke ausführen.

⁵ Der ZVV stellt eine unselbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts dar und hat seine Grundlage in § 10 ff. des Gesetzes des Kantons

Verkehrsverbund der Schweiz.⁶ Der ZVV bestellt und finanziert die Leistung der SBB, welche den Bahntransport als marktverantwortliches Unternehmen im Auftrag des ZVV erbringt. Zwischen dem ZVV und den SBB besteht ein Zusammenarbeitungsvertrag.⁷ Der ZVV koordiniert das Verkehrsangebot im Verbundgebiet und sorgt für einheitliche Tarife (§ 11 PVG).

3. Rechtsquellen

a) Personenbeförderungsregal

[Rz 6] Das Recht, Personen regelmässig und gewerbsmässig zu befördern, ist dem Bund vorbehalten (Personenbeförderungsregal, Art. 4 PBG). Das Regal stützt sich insbesondere auf Art. 87 und 92 BV. Der Bund übt das Personenbeförderungsregal jedoch nicht selber aus. Vielmehr erteilt er interessierten Unternehmen eine Konzession (vgl. Art. 6 PBG). Eine solche Konzession benötigen auch die SBB, seit sie im Rahmen der Bahnreform 1 (1999) zu einer spezialgesetzlichen AG verselbständigt wurden.⁸

b) Anwendbare Gesetze

[Rz 7] Auf den Vertrag des Passagiers mit den SBB (Personenbeförderungsvertrag) ist in erster Linie das Personenbeförderungsgesetz (PBG)⁹ sowie die zugehörige Verordnung (VPB)¹⁰ anwendbar.

[Rz 8] Art. 51 Abs. 1 PBG verweist für die ausservertragliche Haftung auf das Eisenbahngesetz (EBG).¹¹ Für den vertraglich mit den SBB verbundenen Passagier ist das EBG vor allem relevant, wenn er bei der Beförderung eine Verletzung erleidet oder den Tod findet. Dann gilt nämlich – wie auch gegenüber Dritten – die Gefährdungshaftung von Art. 40b Abs. 1 EBG.¹²

[Rz 9] Ergänzend ist bei der Haftung auf das Deliktsrecht des OR abzustellen (Art. 40f EBG). Soweit das PBG eine Frage nicht regelt (und auch die weiteren Spezialgesetze keine Antwort geben), ist das OR anwendbar.¹³

[Rz 10] Im grenzüberschreitenden Bahnverkehr sind die Einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Personen (CIV) zu beachten.¹⁴ Die CIV gelten heute europaweit. Italien und Schweden haben das Änderungsprotokoll vom 3. Juni 1999 allerdings erst unterschrieben und noch nicht ratifiziert. Das Augenmerk dieses Aufsatzes soll jedoch auf dem inner-schweizerischen Bahntransport liegen.

c) Tarif

[Rz 11] Weitere Vorschriften zum Beförderungsvertrag ergeben sich aus dem Tarif. Grundlage des Tarifs ist Art. 15 PBG, wonach die SBB (und alle weiteren Personenbeförderer) verpflichtet sind, die Bedingungen und Voraussetzungen zu nennen, unter denen sie die Beförderungsleistung erbringen.

«beförderte Sachen (Reisegepäck und Frachtgut)». Allerdings enthält das GüTG kaum eigene Haftungsbestimmungen, sondern verweist in Art. 10 Abs. 3 auf die CIM (Einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern = Anhang B zum Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF) vom 9. Mai 1980 in der Fassung des Änderungsprotokolls vom 3. Juni 1999; SR 0.742.403.12) und in Art. 7 für die ausservertragliche Haftung zurück auf das EBG. Wer demgegenüber die Suche nach Haftungsregeln für Reisegepäck im PBG beginnt, wird ebenfalls fündig in Art. 27 PBG sowie in den Art. 71–75 VPB. Damit kommt es zu folgender merkwürdiger Situation: Wer die vertragliche Haftung im PBG prüft, wird nicht auf das EBG verwiesen und wer im EBG ist, kommt nicht auf das PBG, da das GüTG nach Art. 40b Abs. 2 lit. b EBG «ausschliesslich» gilt. Diese positive Normenkollision gilt es zu lösen. Ein erster Ansatz ist, dem EBG als jüngerem Gesetz Vorrang einzuräumen (die Art. 40b ff. EBG wurden mit dem BG über Änderungen des Transportrechts vom 19. Dezember 2008, AS 2009 5973 ff., geändert; das PBG datiert zwar vom 20. März 2009, AS 2009, 5631 ff., doch wurde Art. 27 PBG aus dem früheren TG übernommen und ist daher älter; wir danken RA ROGER KÖNIG für den Hinweis). Zweitens lässt sich die Kollision lösen, indem man den Verweis auf die CIM für «beförderte Sachen» in Art. 40b Abs. 2 lit. b EBG teleologisch auf die Güterbeförderung reduziert und das Reisegepäck unter Art. 40b Abs. 2 lit. a EBG subsumiert. Dies widerspricht zwar der transportrechtlichen Terminologie und der Botschaft zur Güterverkehrsvorlage (BBI 2007 4492; wobei sich der Bundesrat der Normenkollision offenbar nicht bewusst war). Im Ergebnis ist der zweite Ansatz zu bevorzugen, denn er unterstellt das Reisegepäck wie das Handgepäck den Regeln des PBG. Der erste Ansatz hätte demgegenüber zur Folge, dass der von Passagier A im Zugsabteil mitgeführte Rucksack nach *schweizerischem* Personenbeförderungsrecht (PBG) reist, der von ihm aufgebene, unter Umständen im Postwagen desselben Zugs reisende, Koffer dagegen nach *internationalem* Eisenbahngütertransportrecht (CIM). Dieser Aufsatz geht auf die Beförderung von Reisegepäck nicht weiter ein.

¹³ Die h.L. erfasst die Personenbeförderung als Auftrag, während Mindermeinungen für einen Werkvertrag oder einen Innominatkontrakt plädieren (vgl. die Übersicht bei HUGUENIN, OR BT, N 1071).

¹⁴ Die CIV sind als Anhang A Teil des Übereinkommens über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF) vom 9. Mai 1980 in der Fassung des Änderungsprotokolls vom 3. Juni 1999 (SR 0.742.403.12).

Zürich vom 6. März 1988 über den öffentlichen Personenverkehr (PVG; LS 740.1).

⁶ VöV, Fakten und Argumente zum öffentlichen Verkehr (hinten Fn. 17), 49.

⁷ § 21 Abs. 2 PVG; vgl. auch den Hinweis in den Richtlinien «Fahrausweis-kontrolle» des ZVV, Ziff. 7.007 (Internet: <http://www.zvv.ch/de/service/rechtliche-hinweise/richtlinien.html>, 23. Juli 2012).

⁸ Vgl. Botschaft zur Bahnreform 1, BBI 1997 I 909 ff., insb. 944, 958 und 959; im Übrigen Art. 2 Abs. 1 des BG über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBBG; SR 742.31).

⁹ BG über die Personenbeförderung vom 20. März 2009 (SR 745.1).

¹⁰ Verordnung über die Personenbeförderung vom 4. November 2009 (SR 745.11).

¹¹ Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (SR 742.101).

¹² Die Haftung für *Handgepäck* untersteht demgegenüber dem PBG (Art. 23 Abs. 2 PBG, Art. 40b Abs. 2 lit. a EBG), ebenso die Haftung für *Verspätung* (Art. 21 PBG und Art. 61 VPB). Gesetzestechisch weniger geglückt ist die Haftung für das *Reisegepäck*: Nach Art. 40b Abs. 2 lit. b EBG haften die SBB hierfür ausschliesslich nach dem Gütertransportgesetz (GüTG; SR 742.41; vgl. die Botschaft zur Güterverkehrsvorlage, BBI 2007 4492:

[Rz 12] Anders als umgangssprachlich oft verstanden, ist der Tarif somit nicht (nur) eine Preisliste, sondern enthält vielmehr eine Art allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB).¹⁵ Allgemeine Geschäftsbedingungen sind hier allerdings in einem untechnischen Sinne zu verstehen. Es wird noch zu prüfen sein, ob der Tarif als AGB einer Übernahme bedarf oder ob er von Gesetzes wegen gilt.¹⁶

[Rz 13] Im Direkten Verkehr haben die Beförderungsunternehmen für gemeinsame Tarife und Billette zu sorgen (Art. 16 Abs. 2 PBG). Der Direkte Verkehr (ch-direct), dessen Geschäftsstelle dem Verband öffentlicher Verkehr (VöV) angegliedert ist, stellt einen gesamtschweizerischen Tarifverbund sicher. Für die SBB gelten somit ebenso wie für ca. 280 weitere Transportunternehmen die Tarife der «Schweizerischen Transportunternehmen».¹⁷ Zu nennen sind insbesondere die Tarife T600 (Allgemeiner Personentarif), T600.5 (Reisende ohne gültigen Fahrausweis/Missbrauch, Fälschung), T600.9 (Erstattungen), T601 (Allgemeiner Gepäcktarif) und T654 (Tarif für General-, Halbtax- und Gleis 7-Abonnemente).¹⁸

[Rz 14] Der Tarif untersteht der Aufsicht des Bundes (Art. 52 PBG). Aufsichtsbehörde ist das Bundesamt für Verkehr (BAV).¹⁹ Bis zum Inkrafttreten des Transportgesetzes (TG) am 1. Januar 1985 mussten die Tarife genehmigt werden. Mit dem Übergang zur blossen Aufsicht sollte der unternehmerische Spielraum der Transportunternehmen erweitert werden.²⁰ Heute muss der Tarif immerhin dem

Konzessionsgesuch beigelegt werden (Anhang I lit. j VPB).²¹ In der Konzessionserteilung in Kenntnis des Tarifs lässt sich auch eine Art Genehmigung desselben sehen.²²

[Rz 15] Der Tarif ist gemäss dem Bundesgericht öffentlich-rechtlicher oder zumindest gemischt-rechtlicher Natur.²³ Sein Zweck ist, die Passagiere gleich zu behandeln (vgl. Art. 15 Abs. 2 PBG).²⁴

4. Privatrecht oder öffentliches Recht?

[Rz 16] Der Beförderungsvertrag zwischen dem Passagier und den SBB untersteht dem Privatrecht.²⁵ Dies folgt aus Art. 56 PBG, wonach vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen Kunden und Transportunternehmen von den zivilen Gerichten beurteilt werden (Abs. 1), während die übrigen Streitigkeiten den Vorschriften der Bundesverwaltungsrechtspflege unterstehen (Abs. 2).²⁶

[Rz 17] Zu den Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur zählt auch der Fahrpreis, wengleich dieser selbst – ebenso

Vorinstanz: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2742/2009 vom 14. Dezember 2009, E. 2.4.

¹⁵ Vgl. NELL, 48: «Die Tarife haben den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.» Vgl. auch Art. 14 Abs. 1 des Transportreglements vom 24. Juni 1949: «Die Tarife müssen die Beförderungsbedingungen und alle zur Berechnung des Beförderungspreises und der Nebengebühren notwendigen Angaben enthalten. [...]»; dazu FAVRE/WICK, Art. 14 N 2.

¹⁶ Vgl. hinten, N 28 ff.

¹⁷ Auch das Generalabonnement (GA) und das ½-Tax-Abonnement sind Produkte des Direkten Verkehrs. Zum Direkten Verkehr weiterführend: VöV, Fakten und Argumente zum öffentlichen Verkehr (Internet: http://www.voev.ch/Fakten_und_Argumente.html, 23. Juli 2012); Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 (Revision der Erlasse über den öffentlichen Verkehr, RöVE), BBl 2007 2720 (mit Hinweisen auf das Übereinkommen 510 über die Organisation der Zusammenarbeit der am direkten schweizerischen Personenverkehr beteiligten Transportunternehmungen (Ü 510)); Botschaft zur Bahnreform I, BBl 1997 939 f.

¹⁸ Die aktuellen Tarife des Direkten Verkehrs sind abrufbar auf den Internetseiten des Verbands öffentlicher Verkehr, Internet: http://www.voev.ch/Aktuelle_Tarife.html sowie der SBB, Internet: <http://www.sbb.ch/bahnhof-services/dienstleistungen/kundendienst/tarifbestimmungen-detaillierten-bestimmungen-zu-ihrer-reise.html>, beide 23. Juli 2012. Darüber hinaus gibt es weitere Tarife, z.B. den T651.31 betreffend den Nachtzuschlag (Internet: http://www.sbb.ch/content/dam/sbb/de/pdf/abos-billette/billette-schweiz/nachtzuschlag/T651%2031_Tarif_Einheits_Nachtzuschlag_11_12_2011.pdf, 23. Juli 2012) oder den T651.30 betreffend den Tarifverbund für den Lebens- und Wirtschaftsraum Zürich (Z-Pass) (Internet: http://www.sbb.ch/content/sbb/de/desktop/abos-billette/tarifverbunde/z-pass/_jcr_content/relatedPar/relateddownloadlist/downloadList/tarif_communautaire_.spooler.download.pdf, 23. Juli 2012).

¹⁹ Zur Kognition vgl. hinten, N 35 ff.

²⁰ BGE 136 II 457 ff., E. 3.2 und das Bundesverwaltungsgericht als dessen

²¹ Auch die Leistungsvereinbarung im bestellten Verkehr regelt unter anderem die Tarife (vgl. Art. 30 Abs. 3 lit. d PBG).

²² Auch der Preisüberwacher prüft die Tarife (hinten, 11 35). Nicht zu verwechseln mit der Frage nach der Kontrolle bzw. Genehmigung der Aufsicht durch die Bundesbehörden ist das Verfahren innerhalb des Transportunternehmens oder Verkehrsverbundes zur Aufstellung der Tarife. Im Rahmen dieses (internen) Verfahrens kann eine (interne) Genehmigung jedoch durchaus erforderlich sein. So setzt im ZVV der Verkehrsrat den Tarif fest, welcher dann vom Regierungsrat genehmigt werden muss (§ 17 Abs. 1 PVG).

²³ BGE 136 II 457 ff., E. 6.2 und 136 II 489 ff., E. 2.4; zuvor schon BGE 102 Ib 314, E. 3a.

²⁴ Vgl. auch NELL, 49, der darauf hinweist, dass der Tarif ursprünglich die Passagiere vor Überforderung schützen sollte.

²⁵ BGE 136 II 457 ff., E. 6.2 mit Hinweisen auf die h.L. und BGE 102 Ib 314 ff., E. 2. Vgl. auch VON TUHR/PETER, 279 f., nach denen die Unterstellung unter das Privatrecht überrascht, da doch vieles zwingend vorgegeben ist. Die Unterstellung unter das Privatrecht sei nur historisch erklärbar: Die Gesetzgebung zur Eisenbahn gründet im 19. Jahrhundert, als die Eisenbahnen zunächst von Privaten betrieben wurden.

²⁶ Vgl. BGE 102 Ib 314 ff., E. 2: «Massnahmen auf dem Gebiete der Bahnpolizei beispielsweise sind öffentlich-rechtlicher Natur, während die Abgabe eines Bahnbilletts einen Akt des Privatrechts darstellt, wie überhaupt die Personen-, Gepäck- und Güterbeförderung per Bahn in der Schweiz als privatrechtliche Tätigkeit angesehen wird; sie erfolgt aufgrund bahnrrechtlicher Frachtverträge. Dementsprechend stützen sich das Bundesgesetz über den Transport auf Eisenbahnen und Schiffen vom 11. März 1948 (TG) und das Transportreglement (TR) auf Art. 64 BV (BGE 87 II 117; Kommentar GAUTSCHI, N 3c zu Art. 455 OR). Art. 31 TG verweist hinsichtlich der Haftungsbeschränkung für befördertes Reisegepäck auf das Transportreglement. Die blosser Aufbewahrung von Handgepäck hinter dem Handgepäckschalter stellt allerdings keine Beförderung dar, ebenso nicht das Zurverfügungstellen eines Schliessfaches; aber auch bei diesen Diensten handelt es sich um privatrechtliche, kommerzielle Tätigkeiten (Kommentar GAUTSCHI, N. 9a zu Art. 472 OR).»

wie der Zuschlag²⁷ – aufgrund seiner Regelung im Tarif eine öffentlich-rechtliche oder mindestens gemischt-rechtliche Natur aufweist.²⁸

[Rz 18] Auch die Haftung ist eine zivilrechtliche. Zwar erfüllen die SBB mit der Personenbeförderung öffentliche Aufgaben des Bundes im Sinne von Art. 19 Abs. 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes (VG)²⁹. Doch ist das VG auf den Personenbeförderungsvertrag nicht anwendbar und richtet sich die Haftung der SBB allein nach den Spezialgesetzen (insbesondere EBG, PBG und OR).³⁰

5. Zustandekommen des Vertrags

a. Vertragsfreiheit und ihre Einschränkung

i) Transportpflicht

[Rz 19] Die SBB müssen grundsätzlich jeden Passagier akzeptieren.³¹ Die *ratio legis* der Transportpflicht liegt im Ausgleich des Monopols.³² Die Transportpflicht besteht bei vorhandener Kapazität gegenüber jeder Person, die die Gesetzes- und Tarifbestimmungen einhält – nicht aber gegenüber betrunkenen oder randalierenden Personen.³³

[Rz 20] Die Transportpflicht richtet sich auf eine Leistung, die gewöhnlich auf einen Vertragsschluss basiert. Was aber bedeutet Transportpflicht: Geht es um ein *Leistungsverweigerungsverbot* oder um eine *Kontrahierungspflicht*? Aufschlussreich ist zunächst der Ablauf der Vertragsentstehung:

[Rz 21] Wer gibt das Angebot ab, wer akzeptiert es? Der Fahrplan, die Bekanntgabe der Preise und der Tarif (die Vertragsbedingungen) könnten einerseits eine fertige Offerte darstellen, eine *dauernde Offerte ad incertae personas*.³⁴ Mit dem Erwerb des Billetts nimmt der Passagier die Offerte an; der Vertrag kommt damit ohne weiteres zustande. Die

Transportpflicht ist in dieser Konstellation als *Leistungsverweigerungsverbot* zu qualifizieren. Andererseits könnte eine blosser Einladung zur Offerte (eine *dauernde invitatio ad offerendum*) vorliegen. In diesem Fall liegt im Erwerb des Billetts durch den Passagier die Offerte. Die Transportpflicht ist dann so zu interpretieren, dass die SBB die Offerte nicht ablehnen können. Es scheint bei diesem Verständnis eine Kontrahierungspflicht zu bestehen;³⁵ jedoch wird darauf zurückzukommen und zu prüfen sein, ob nicht auch hier ein Leistungsverweigerungsverbot besteht.

[Rz 22] Art. 12 Abs. 1 PBG verpflichtet die SBB, jeden Transport auszuführen. Dies spricht noch nicht unbedingt dafür, dass das Angebot immer vom Passagier ausgehen und die SBB dieses annehmen müssen.³⁶ Zum Wesen der Offerte gehört, dass sie inhaltlich so genau bestimmt sein muss, dass sie durch einfache Zustimmung («Ja!») angenommen werden kann; dem Empfänger der Offerte kann dabei die Wahl zwischen verschiedenen Alternativen überlassen werden.³⁷ Dies trifft beim Fahrplan zu. Der Passagier kann zwischen verschiedenen Strecken auswählen. Es liegt eine Offerte *ad incertae personas* vor, d.h. genauer: zahlreiche Offerten über verschiedene Strecken. Inhaltlich sind die Verträge mit den SBB über die Beförderung von Personen durch das Gesetz und die Tarifbestimmungen vollumfänglich vorbestimmt.³⁸ Mit dem Entscheid für eine bestimmte Strecke wählt der Passagier eine der Offerten. Hiergegen spricht auch nicht, dass Preislisten und Kataloge grundsätzlich nicht als Offerten gelten (Art. 7 Abs. 2 OR). Die *ratio legis* von Art. 7 Abs. 2 OR liegt in der möglicherweise begrenzten Verfügbarkeit der Katalogware. Der Auskündende soll den Vertragsschluss im Einzelfall ablehnen können, damit er im Falle (zu) zahlreicher «Annahmen» nicht über die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit hinaus verpflichtet wird.³⁹ Demgegenüber sollen die SBB aufgrund der Transportpflicht gerade niemanden ablehnen können. Die Gefahr der Überschreitung des Leistungsvermögens besteht bei den SBB nicht, weil Art. 12 Abs. 1 lit. b PBG das Angebot auf die bestehende Kapazität beschränkt.⁴⁰ Die Konzeption der Leistungen der SBB als dauernde Offerte *ad incertae personas* ist folglich durchaus stimmig. Der Vertrag

²⁷ Zum Zuschlag hinten, N 82 ff.

²⁸ Vgl. BGE 136 II 457 ff., E. 6.2; 136 II 489 ff., E. 2.4.

²⁹ BG über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (SR 170.32).

³⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 2 VG und Art. 11 Abs. 1 VG; ausserdem BGE 93 I 290 ff., E. 2; 115 II 237 ff., E. 2b; ACHERMANN, 286 ff., insb. 293.

³¹ Vgl. Art. 12 PBG und Art. 59 f. VPB.

³² Botschaft zur Bahnreform 2, BBl 2005 2487 und Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 (RöVE), BBl 2007 2719: «Sinn der Transportpflicht ist es, dass Reisende (oder Absender von Reisegepäck) nicht willkürlich abgewiesen werden können. Da mit der Konzession ein ausschliessliches Beförderungsrecht verliehen wird, muss das Unternehmen verpflichtet werden, unter bestimmten Rahmenbedingungen jede reisende Person zu akzeptieren.»; vgl. zu den historischen Überlegungen ZIEGLER, 35.

³³ Vgl. Art. 59 VPB.

³⁴ A.M. (und u.E. im Falle der SBB unzutreffend) HONSELL, ZSR 2011 II 11: «Eine Offerte *ad incertae personas* (an unbekannte/beliebige Personen) kann schon deshalb kein Angebot sein, weil sie sonst von mehreren Personen gleichzeitig angenommen werden könnte.»

³⁵ So die h.L., vgl. statt vieler ARNET, N 106, 219 f. und BASEDOW, 204; vgl. auch ZIEGLER, 32 f.

³⁶ Vgl. aber ARNET, N 220, die von einer Vorstufe einer Kontrahierungspflicht spricht; ebenso ZIEGLER, 19, der von einer *invitatio ad offerendum* ausgeht; anders NELL, 92, der von einem generellen Angebot der SBB ausgeht, das die Passagiere annehmen.

³⁷ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 365; BUCHER, OR AT, 126.

³⁸ A.M. ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, OR 7 N 22: «Sodann ist die Auskündigung häufig, namentlich wenn Gattungssachen oder überindividuelle Dienstleistungen (z.B. Transporte; [...]) angeboten werden, inhaltlich zu unbestimmt, als dass sie als Antrag gelten könnte; [...]»

³⁹ CHK-KUT, OR 7 N 4.

⁴⁰ Die SBB können bei fehlender Kapazität Reisende auf andere Züge verweisen, vgl. dazu die Regelung eines vergleichbaren Sachverhalts in Art. 61 Abs. 1 lit. c VPB. ZIEGLER, 41 räumt den SBB bei Kapazitätsengpässen auch ein Rücktrittsrecht ein.

kommt ohne den Umweg über die Kontrahierungspflicht zustande, weil der Passagier nur noch das Akzept abgeben muss.⁴¹ Die Terminologie in Art. 12 Abs. 1 PBG (Ingress) passt dazu, denn sie setzt einen Vertragsschluss implizit voraus und statuiert nur noch die Transportpflicht im Sinne eines Verbots, die Leistung ungerechtfertigt zu verweigern.⁴² Beachtenswert ist sodann Art. 12 Abs. 1 lit. c PBG⁴³, der im Wesentlichen Art. 119 Abs. 1 OR entspricht und vorsieht, dass die Transportpflicht erlischt, wenn die Erfüllung des Beförderungsvertrags objektiv unmöglich wird.⁴⁴ Das Erlöschen der Forderung setzt voraus, dass sie zunächst existierte und damit auch, dass ein Vertrag zustande kam. Ebenfalls passt, dass die Passagiere die Billette an Automaten erwerben können, die eine Ablehnung seitens der SBB gar nicht erst vorsehen. Fraglich ist, ob das Konzept der dauernden Offerte *ad incertas personas* auch bei einer Sitzplatzreservation des Passagiers aufgeht. In diesem Fall ist das Beförderungsangebot auf genau einen Platz begrenzt.⁴⁵ Im Sinne von Art. 7 Abs. 2 OR könnte man zum Schutz der SBB die Erklärung dieses Passagiers erst als Offerte, die Ausstellung des Billets und die Sitzplatzreservation als Annahme ansehen. Aber auch dieser Fall lässt sich mit einer weiten Interpretation des PBG als dauernde Offerte *ad incertas personas*

erfassen. Art. 12 Abs. 1 lit. b PBG beschränkt das Angebot insoweit, als der «Transport mit dem Personal und mit den Transportmitteln möglich ist, die zur Bewältigung des normalen Verkehrs ausreichen» – der reservierte Platz existiert nur einmal und reicht folglich auch nur einmal aus, unabhängig von der übrigen Kapazität.

[Rz 23] Das einzige Problem an dieser Ansicht ist, dass sie sich bislang nicht durchsetzen konnte. Die h.L. geht von der *invitatio ad offerendum* mit Kontrahierungspflicht aus.⁴⁶ Bei Vorliegen einer solchen *invitatio ad offerendum* (das ist nach hier vertretener Ansicht nur in besonderen Konstellationen wie der im vorstehenden Absatz genannten Sitzplatzreservation der Fall, nach h.L. immer) ist weiter zu prüfen, ob die Transportpflicht (wie von der h.L. vertreten) als Kontrahierungspflicht oder (wie bei der Offerte *ad incertas personas*) als Leistungsverweigerungsverbot zu interpretieren ist. Richtigerweise ist auch hier ein Leistungsverweigerungsverbot und keine Kontrahierungspflicht anzunehmen.⁴⁷ Denn die Pflicht der SBB, den Passagier zu befördern, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (Art. 12 Abs. 1 PBG). Weigern sich die SBB, einen Passagier zu befördern, klagt dieser nicht auf Abschluss eines Vertrags, sondern direkt auf Beförderung. Die Klage auf Abschluss des Vertrags ist überflüssig: Sie würde darauf zielen, das Gericht solle die SBB vertraglich verpflichten, eine Leistung zu erbringen, die sie bereits von Gesetzes wegen schuldet.⁴⁸ Auch für die Modalitäten der Beförderung ist der Abschluss eines Vertrags nicht nötig. Denn der Inhalt der Beförderung ist mittels des PBG und des Tarifs (der nach der hier vertretenen Ansicht *ex lege* gilt und nicht vertraglichen Einbezuges bedarf) festgelegt; die (künstliche) Konstruktion eines Vertrags über den Kontrahierungszwang erübrigt sich. Die Rechtslage ist mit jener beim Vorvertrag vergleichbar: Bei ausreichend exakter Beschreibung der Leistung im Vorvertrag ist es möglich, statt auf Abschluss des Hauptvertrages direkt auf die hauptvertraglich geschuldete Leistung zu klagen.⁴⁹ Wie bei der Offerte *ad incertas personas* lässt sich die Transportpflicht von Art. 12 Abs. 1

⁴¹ Vgl. NELL, 40 f.: «Richtigerweise ist jedoch der veröffentlichte Tarif als ein Komplex verschiedener Offerten anzusehen. Durch die Entscheidung für eine bestimmte Reisstrecke trifft der Benutzer eine Auswahl: Er gibt sein Akzept zu einer der verschiedenen im Tarif enthaltenen Teilofferten. Im Gegensatz zur üblichen Preisliste eines Verkäufers, auf der z.B. der Vorrat des zu verkaufenden Gutes nicht angegeben ist, sind in den Tarifen der Eisenbahnunternehmungen, abgesehen von den Punkten, die ihrer Natur nach durch den Benutzer zu bestimmen sind, genau Umfang und Grenzen der Leistungen der Bahnunternehmungen bestimmt. Gegen die Bewertung als Offerten würde auch nicht die Tatsache sprechen, dass diese Erklärungen der Eisenbahnunternehmungen an eine unbestimmte Zahl von zukünftigen Vertragspartnern gerichtet sind, denn auf die Person des Gegenkontrahenten kommt es beim Beförderungsvertrag nicht an.»

⁴² Art. 12 Abs. 1 PBG: «[...] führen jeden Transport aus [...]». A.M. BASEDOW, 201: «Dass sie nur auf eine Leistung, den Transport als solchen, und nicht auf den Abschluss eines Beförderungsvertrages abheben, hindert nicht, sie als Ausprägungen des Kontrahierungszwanges zu begreifen.»

⁴³ Art. 12 Abs. 1 lit. c PBG: «Die Unternehmen führen jeden Transport aus, wenn: [...] c. der Transport nicht durch Umstände verhindert wird, die das Unternehmen nicht vermeiden und deren Folgen es nicht abwenden kann.»; beinahe identisch schon in Art. 3 Abs. 1 lit. c des TG vom 4. Oktober 1985 («Die Unternehmungen führen jeden Transport aus, wenn: [...] c. der Transport nicht durch Umstände verhindert wird, welche die Unternehmung nicht vermeiden und deren Folgen sie nicht abwenden kann.») und in Art. 7 Abs. 1 lit. f des TG vom 11. März 1948 («Jede Eisenbahn ist in den Schranken der Gesetze, des Transportreglementes und der Konzession zur Beförderung verpflichtet, sofern: [...] f) die Beförderung nicht durch Umstände verhindert wird, welche die Eisenbahn nicht abzuwenden und denen sie auch nicht abzuwenden vermochte.»).

⁴⁴ Vgl. ZIEGLER, 42 zum TG vom 11. März 1948.

⁴⁵ Die SBB verpflichten sich hier zu einer «Stückschuld», während sie sonst lediglich eine Gattungsschuld versprechen (Gattung: Zugfahrt, Zürich-Bern retour, 2. Klasse); vgl. ZK-JÄGGI, OR 965 N 299 f.: Billette, die nicht als Platzkarten ausgestaltet sind, verkünden eine Gattungsschuld; Billette, die als Platzkarten ausgestaltet sind, eine (unpersönliche) Stückschuld.

⁴⁶ Vgl. statt vieler ARNET, N 106; ZIEGLER, 32 f. und BASEDOW, 204; vgl. im Übrigen zum deutschen Recht, differenzierend nach Vertragsabschluss am Schalter, Automaten, via SMS oder im Internet POHAR, NZV 2003, 258 ff.

⁴⁷ Anders die Botschaft über Transporte des öffentlichen Verkehrs, BBl 1983 II 179: «[Die Unternehmungen] müssen mit dem Reisenden, der sich am Schalter einfindet [...], den Beförderungsvertrag abschliessen. Diese Pflicht leitet sich aus dem öffentlichen Recht ab.» Nach der Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 (RöVE), BBl 2007, 2719, sollte die Transportpflicht unverändert aus dem Transportgesetz übernommen und in das PBG überführt werden. Allerdings ist nicht mehr von einem Kontrahierungszwang die Rede, vielmehr heisst es: «Sinn der Transportpflicht ist es, dass Reisende [...] nicht willkürlich abgewiesen werden.»

⁴⁸ Vgl. überzeugend VON TUHR/PETER, 280 f.: «Ein besonderes Versprechen solcher schon *ex lege* geschuldeter Leistungen erscheint meist als überflüssig. Bei Weigerung ist nicht auf Abschluss eines Vertrages zu klagen, sondern wie im Falle des nicht erfüllten Vorvertrages auf Leistung dessen, was dem Kläger nach den geltenden Bestimmungen gebührt.»

⁴⁹ Vgl. CHK-KUT, OR 22 N 13 f., m.w.H.

PBG somit auch bei Vorliegen einer *invitatio ad offerendum* als *Leistungsverweigerungsverbot* verstehen.

[Rz 24] Die beiden verschiedenen Konzeptionen sind auch bei den Rechtsfolgen zu unterscheiden. Gemäss Art. 12 Abs. 3 PBG müssen die SBB bei verletzter Transportpflicht Schadenersatz leisten.⁵⁰ In der Konzeption der Offerte *ad incertae personas* ist mit dem verweigerten Transport der Beförderungsvertrag verletzt, während bei der *invitatio ad offerendum* gerade kein Vertrag besteht. Dementsprechend richtet sich der Umfang des Schadenersatzes bei der Offerte *ad incertae personas* auf das positive Interesse. Der Passagier ist so zu stellen, wie wenn die SBB den geschlossenen Vertrag richtig erfüllt hätten. Die SBB haben insbesondere die Kosten eines Ersatztransports zu ersetzen. Bei der Variante der *invitatio ad offerendum* besteht zwar kein Vertrag, wohl aber eine vertragsähnliche Rechtslage. Auch hier hilft ein Vergleich mit dem Vorvertrag.⁵¹ Wer beim Vorvertrag den Abschluss des Hauptvertrages verweigert, muss die Gegenseite so stellen, wie wenn der Vertrag zustande gekommen wäre.⁵² Somit ist dem Passagier auch hier das positive Interesse zu ersetzen.

[Rz 25] Das PBG erwähnt lediglich den Schadenersatz und lässt offen, ob der Passagier darüber hinaus Anspruch auf die Beförderung selber hat. Die Lehre bejaht dies – vollkommen unproblematisch bei der Offerte *ad incertae personas*, recht kompliziert bei der *invitatio ad offerendum* mit anderen Lösungsansätzen.⁵³

ii) Betriebs-, Fahrplan- und Tarifpflicht

[Rz 26] Zwischen der Transportpflicht und dem weitgehend vorbestimmten Vertragsinhalt besteht eine *Interdependenz*.⁵⁴ Erst die Vorbestimmung ermöglicht es, ein Leistungsverweigerungsverbot vorzusehen. Die SBB sind verpflichtet, einen Fahrplan aufzustellen und zu veröffentlichen (Art. 13 PBG). Sie müssen alle im Fahrplan aufgeführten Fahrten vornehmen (Art. 14 PBG). Grundlage des Vertrags mit den SBB bilden die Tarifbestimmungen. Die SBB müssen die Tarifbestimmungen veröffentlichen und gegenüber allen

Passagieren zur Anwendung bringen (Art. 15 PBG). Auf deren Geltung und Übernahme richten sich die nachfolgenden Erwägungen.

b) Geltung des Tarifs

[Rz 27] Die folgenden Überlegungen verneinen zuerst den vertraglichen Einbezug der Tarifbestimmungen, um in einem zweiten Schritt die Geltung des Tarifs *ex lege* zu bejahen. Danach richtet sich der Fokus auf das Korrektiv zu allgemeinen Geschäftsbedingungen und zu den Tarifbestimmungen.

i) Einbezug als allgemeine Geschäftsbedingungen?

[Rz 28] Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) gelten nur, wenn die Parteien sie vor oder bei Vertragsschluss in den Vertrag einbeziehen.⁵⁵ Dies geschieht durch Abrede oder Verweisung auf ein separates Dokument oder einen Aushang.⁵⁶ Kein Passagier kann sich erinnern, jemals einen solchen Aushang gesehen oder einen Hinweis auf AGB gehört zu haben. Auf Anfrage weiss offenbar nicht einmal das SBB-Personal, wie man an die AGB gelangen könnte.⁵⁷ Es stellt sich die Frage, ob vielleicht ein *stillschweigender* Einbezug der allgemeinen Geschäftsbedingungen vorliegt. Immerhin haben die SBB die Tarifbestimmungen im Internet publiziert.⁵⁸ Eine stillschweigende Übernahme kommt bei Vorliegen einer Verkehrssitte oder aufgrund einer vorbestehenden Geschäftsbeziehung in Frage, bei Konsumenten aber «*nur ganz ausnahmsweise*».⁵⁹ Beim Vertrag mit den SBB wäre eine Verkehrssitte zwar denkbar, doch müsste sie beidseitig bestehen und würde bedingen, dass die Parteien die AGB wenigstens einmal gültig einbezogen haben. Auch wäre ein erneuter Einbezug nötig, wenn eine neue Version des Tarifs in Kraft tritt. Das entspricht nicht der Erfahrung. Die Kenntnisnahme allgemeiner Geschäftsbedingungen im Internet wäre nur beim Abschluss des Vertrages im Internet zumutbar, nicht aber beim Erwerb des Billetts am Schalter, am Automaten oder über das Mobiltelefon.⁶⁰ Viele Personen verfügen

⁵⁰ Vgl. zum früheren Transportreglement NELL, 92, der den Schadenersatzanspruch ohne Verschuldenserfordernis bejaht; vgl. auch L'HUILLIER, 184, der von einer Verletzung des Gesetzes und der Konzession ausgeht; ebenso FAVRE/WICK, Art. 6 N 20, die den Schadenersatzanspruch als Verletzung der Transportpflicht explizit nicht auf den Vertrag stützen, jedoch die Anwendung von Art. 97 OR wegen der gesetzlichen Beförderungspflicht befürworten.

⁵¹ Vgl. zur Ähnlichkeit mit dem Vorvertrag von TUHR/PETER, 273 f.

⁵² Vgl. BSK-BUCHER, OR 22 N 46.

⁵³ Vgl. zur Offerte *ad incertae personas* NELL, 92: «*Sicher steht dem Verletzten theoretisch auch die Möglichkeit einer Klage auf Erfüllung des Beförderungsvertrages offen, da die Bahnunternehmung an ihre Offerte gebunden ist, und deshalb der Vertrag zustande gekommen ist, wenn der Benutzer der Bahnunternehmung sein Akzept gibt.*»; zur *invitatio ad offerendum* ARNET, N 106 und 219 f. sowie ZIEGLER, 48.

⁵⁴ Vgl. ZIEGLER, 30; vgl. KILIAN, ACP 1980, 77.

⁵⁵ Vgl. statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1128 ff.

⁵⁶ Vgl. CHK-KUT, OR 1 N 52.

⁵⁷ Vgl. die Schilderung der Feldversuche bei FURRER, 142 ff.. Anders auf der Internetseite der SBB: «*Für die Beförderung der Personen mit E-Tickets gelten die Tarife der Schweizerischen Transportunternehmungen, insbesondere [...], welche bei den mit Personal besetzten Verkaufsstellen sowie online (www.sbb.ch) einsehbar sind.*» (Internet: <http://www.sbb.ch/abos-billette/e-tickets/online-ticket/allgemeine-geschaeftsbedingungen.html>, 23. Juli 2012).

⁵⁸ Vgl. Internet: <http://www.sbb.ch/bahnhof-services/dienstleistungen/kundendienst/tarifbestimmungen-die-detaillierten-bestimmungen-zu-ihrer-reise.html>, 23. Juli 2012.

⁵⁹ Vgl. CHK-KUT, OR 1 N 56.

⁶⁰ Beim Lösen des Billetts an einem Automaten der SBB findet der Passagier ein Feld «AGB». Allerdings ist dieses Feld während des ganzen Vorgangs von der Startseite über die Auswahl von Art des Billetts, Ziel, Klasse, Anzahl etc. nicht vorhanden und erscheint erst unmittelbar bevor der Passagier das Geld einwerfen muss. Bei Anklicken des Felds «AGB» erscheint

auch heute noch über keinen Internetanschluss. Wer aber Zugang zum Internet hat, der weiss, dass die AGB der SBB nicht auf der Hauptseite oder der Seite «Abos & Billette» offen zur Ansicht bereitliegen, er sie vielmehr auf irgendwelchen Unterseiten suchen muss.⁶¹

[Rz 29] Das Fazit lautet deshalb, dass der Tarif mangels Übernahme *nach rein AGB-rechtlichen Grundsätzen* nicht Vertragsbestandteil bildet. Ein Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt, dem eine Freizeichnung der SBB für ihre Haftung bei der Vermietung von Schliessfächern zugrunde liegt, scheint diese These zu unterstützen: «*Richtig ist, dass diese Anschrift als Vertragsbestandteil zu gelten hat, denn der Mieter des Schrankfachs muss vor dem Einwerfen der Münzen davon Kenntnis nehmen; er schliesst also den Vertrag im Wissen um den Haftungsausschluss ab.*»⁶² Daraus lässt sich folgern, dass umgekehrt die AGB der SBB nicht Vertragsbestandteil werden, wenn der Passagier keine Möglichkeit hat, sie zur Kenntnis zu nehmen. Dieser Entscheid betrifft allerdings nicht die Tarifbestimmungen, sondern weitere AGB der SBB.

ii) Geltung der Tarifbestimmungen *ex lege*?

[Rz 30] Denkbar ist die Geltung der Tarifbestimmungen *ex lege*. Art. 15 Abs. 1 PBG sieht vor, dass die Unternehmen Tarife aufstellen, welche die Bedingungen und Voraussetzungen

des Transports nennen. Nach Art. 15 Abs. 2 PBG sind die Tarife zu veröffentlichen.⁶³ Die Veröffentlichungspflicht zeigt, dass der Gesetzgeber nicht das vertragsrechtliche Modell des AGB-Einbezugs vor Augen hatte, sondern eine gesetzesähnliche Geltung, eine Delegation⁶⁴ und damit eine unabdingbare Anwendung gegenüber allen Kunden.⁶⁵

[Rz 31] Art. 15 Abs. 2 PBG verlangt weiter, dass die Tarife gegenüber allen gleich angewendet werden.⁶⁶ Die Verwendung von AGB ist demgegenüber eine zutiefst individuelle Angelegenheit. Manchmal gelingt sie und die AGB gelten. Oft aber scheitert sie am Vorrang von Individualvereinbarungen, an der Übernahme im Einzelfall oder an der Ungewöhnlichkeitsregel, die auf individuelle Eigenschaften der Vertragspartei abstellt. Art. 15 Abs. 2 PBG wäre toter Buchstabe, wenn das Schweizer AGB-Korrektiv mit dem Vorrang der Individualvereinbarung, Unklarheitenregel, Geltungs- und Inhaltskontrolle zur Anwendung käme. Auch die den Transportunternehmen auferlegte Transportpflicht geht von einer *allgemeinen* Geltung der Tarifbestimmungen aus. Denn die Transportpflicht besteht nur, wenn der Passagier die Tarifbestimmungen einhält (Art. 12 Abs. 1 lit. a PBG⁶⁷), was deren Geltung *ex lege* impliziert. Die Tarifbestimmungen bilden somit im Sinne einer Rechtsverordnung Bestandteil des Privatrechts.⁶⁸

[Rz 32] Dafür spricht auch die Veröffentlichungspflicht. Die SBB haben diese erfüllt, wenigstens in Übereinstimmung mit der Botschaft, die explizit keine amtliche Publikation, sondern

ein Text, der unwesentlich länger ist als der Bildschirm mit einigen allgemein gehaltenen Informationen zur Gültigkeitsdauer des Billets und zur Erstattung des Preises im Falle der Nichtbenutzung. Diese Informationen sind gut lesbar und verständlich. Sie sind jedoch sehr kurz gehalten. Im Übrigen wird auf die «Tarifbestimmungen der beteiligten Transportunternehmen» verwiesen. Weitere Informationen erhalte der Passagier «an jeder Verkaufsstelle» (SBB-Automat am Bahnhof Stadelhofen, getestet am 29. Juni 2012; ihm vis-à-vis befindet sich ein Automat des ZVV mit ähnlichen «AGB»).

⁶¹ Der Passagier muss sich durch die Unterseiten «Bahnhof & Services», dann «Dienstleistungen» und dann «Kundendienst» durchklicken, um einen Link «Tarifbestimmungen» zu finden; alternativ findet er via «Abos & Billette» und dann «E-Tickets» den Link «Bedingungen: AGB, Tarifbestimmungen» (die sog. AGB nur, wer den zweiten Weg geht). – Wer sich entschliesst, das Ticket im Internet zu kaufen, kann während des Bestellvorgangs den Link auf den Tarif nicht mehr anklicken. Beim vierten und letzten Bestellschritt muss er dann mittels Anklicken eines Kästchens bestätigen, dass er die AGB gelesen hat und ihnen zustimmt. In diesem Zeitpunkt hat er nun (wieder) die Möglichkeit einen Link auf die «Allgemeinen Geschäftsbedingungen» sowie die «speziellen Bedingungen für den Kauf von OnlineTickets und/oder MobileTickets» anzuklicken. Bei Anklicken der «Allgemeinen Geschäftsbedingungen» geht ein Fenster mit eben solchen auf. Darin ist zu lesen, für die Beförderung würden «die Tarife der Schweizerischen Transportunternehmungen, insbesondere der «Allgemeine Personentarif T600» gelten. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind ein Auszug aus den Tarifen. Zwei Tarife, unter anderem den T600, kann der Passagier aus den AGB heraus anklicken. Für die übrigen wird er auf die Startseite (www.sbb.ch) verwiesen und kann sein Glück dort versuchen. Bleibt zu ergänzen, dass die Bedingungen, insb. der T600, derart umfangreich sind, dass sie z.B. auf einem Mobiltelefon praktisch nicht lesbar sind (Seite der SBB besucht am 23. Juli 2012).

⁶² BJM 1978, 305 ff., 306.

⁶³ Die Veröffentlichungspflicht wurde erst mit dem PBG eingeführt. In Art. 9 f. TG war sie noch nicht enthalten.

⁶⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_100/2008 vom 28. April 2008, E. 2.3, 3.4.

⁶⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_100/2008 vom 28. April 2008, E. 2.3 f.; vgl. auch das Selbstverständnis in Ziff. 08.01, T600: «*Mit dem Erwerb eines Fahrausweises und/oder mit dem Einstieg in den Zug akzeptiert die Kundin/der Kunde die geltenden Tarifbestimmungen.*»

⁶⁶ Vgl. auch BGE 136 II 457 ff., E. 7.1 (noch zum TG, dessen Bestimmungen im PBG aufgingen): «*So sieht Art. 10 Abs. 1 TG vor, dass die Tarife gegenüber jedermann gleich angewendet werden müssen, was umgekehrt auch den Ausgleich massgeblicher Unterschiede bedingt. Dasselbe ergibt sich aus Art. 8 Abs. 1 BV.*»

⁶⁷ Art. 12 Abs. 1 PBG lautet: «*Die Unternehmen führen jeden Transport aus, wenn: a. die reisende oder absendende Person die Gesetzes- und Tarifbestimmungen einhält; [...]*»

⁶⁸ Es handelt sich um eine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen. Da die wichtigsten Rechte und Pflichten in PBG und VPB geregelt sind und die Tarifbestimmungen im Wesentlichen deren Vollziehung dienen, ist dies vorliegend nicht zu beanstanden (vgl. dazu allgemein SG-BIAGGINI, BV 178 N 29, der den Erlass «rein sekundärer Regelungen» unter Art. 178 Abs. 3 BV subsumiert). Es handelt sich damit funktional um Verwaltungsaufgaben, die nach Art. 178 Abs. 3 BV durch Gesetz an Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden können. Die Delegation gesetzesvertretender Bestimmungen an Private würde im Unterschied zu einer Vollziehungsverordnung eine verfassungsrechtliche Delegationskompetenz voraussetzen; dazu BGE 136 I 316 ff., E. 2.4.1. Vgl. im Übrigen die Überlegungen zum vom Bundesrat erlassenen früheren Transportreglement bei ZIEGLER, 28; vgl. auch L'HUILLIER, 180 f. zu dessen Entstehungsgeschichte.

ein *Zugänglichmachen* verlangt.⁶⁹ Bedenken bleiben allerdings. Die Tarife sind «gut versteckt» und nicht jedermann hat einen Internetzugang. Die identische Problematik besteht bei den AGB der Post, die ebenfalls auf einer Rechtssetzungsdelegation beruhen.⁷⁰ Die mangelhafte Publikation hat jedoch nicht zur Folge, dass der Tarif seine Geltung verliert, sie führt vielmehr zu einer Pflicht der Aufsichtsbehörde, dagegen einzuschreiten.⁷¹

[Rz 33] Das Fazit lautet, dass die Tarifbestimmungen *ex lege* als materielles Privatrecht gelten. Damit ist aber die Frage noch nicht beantwortet, ob die Tarifbestimmungen dem weiteren AGB-Korrektiv unterliegen.

iii) Anwendbarkeit des AGB-Korrektivs

[Rz 34] Für AGB der SBB *ausserhalb der Tarifbestimmungen* gilt das allgemeine AGB-Korrektiv (Vorrang der Individualabrede, Unklarheitenregel, Geltungs- und Inhaltskontrolle). Dies bestätigt der erwähnte Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt. Ein Angestellter der SBB händigte einer nicht befugten Person den Inhalt eines Bahnhofschiessfachs aus. Die SBB lehnten gestützt auf ein bei den Schliessfächern angebrachtes Freizeichnungsschild jede Haftung ab. Das Gericht verneinte die Freizeichnung in Bezug auf die Hilfspersonenhaftung, da sie nicht genügend klar war.⁷² Dies

lässt sich ohne Probleme als Anwendung der Unklarheitenregel erfassen. Das Bundesgericht stützte sich Jahre später bei der Beurteilung der Klarheit einer Freizeichnung im Rahmen einer Finanzanlage auf diesen Entscheid.⁷³

[Rz 35] Für die Normen *innerhalb der Tarifbestimmungen* ist das AGB-Korrektiv nicht einschlägig, da die Tarifbestimmungen von Gesetzes wegen gelten (siehe oben). Sie unterliegen vielmehr einer zivilrechtlichen und einer aufsichtsrechtlichen Kontrolle. Die *zivilrechtliche Kontrolle* im Einzelfall erfolgt im Rahmen zivilrechtlicher Auseinandersetzungen, die auch die Tarifbestimmungen betreffen. Die zivilgerichtliche Entscheidungskompetenz umfasst auch verwaltungsrechtliche Vorfragen⁷⁴ und die Prüfung der Übereinstimmung einer Regelung mit übergeordnetem Recht, die jedem Richter in jeder Instanz möglich ist.⁷⁵ Somit darf auch der Zivilrichter prüfen, ob Tarifbestimmungen in Übereinstimmung mit den Delegationsnormen und übergeordnetem Recht stehen. Die *Kontrolle durch die Aufsicht* des Bundes richtet sich nach Art. 52 PBG. Die Kognition richtet sich auf die Übereinstimmung mit dem Gesetz, der Konzession, der Bewilligung, den internationalen Vereinbarungen und auf die Verletzung wichtiger Landesinteressen.⁷⁶ Auch der *Preisüberwacher* ist bezüglich der SBB-Tarife (im Sinne der Preise) zuständig. Rechtsgrundlage ist Art. 2 PÜG, da die SBB eine marktbeherrschende Stellung innehaben.⁷⁷

⁶⁹ Vgl. die Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 (RöVE), BBl 2007 2719: «Die Publikation der Tarife ist [...] der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Eine amtliche Publikation ist aber nicht erforderlich.» Die erste Botschaft sah die Veröffentlichung noch nicht vor (BBl 2005 2488); ebenso wenig Art. 9 f. TG. Ob diese vom Bundesrat verlangte «private» Veröffentlichung genügt, ist fraglich, denn Art. 2 lit. e PublG sieht vor, dass auch Erlasse von Organisationen privaten Rechts, die mit Verwaltungsaufgaben betraut sind, in der AS zu publizieren sind. Die SBB nehmen eine solche Aufgabe wahr, vgl. BGE 136 II 457 ff., E. 6.2 und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 6: «Die SBB AG nimmt somit als Erbringerin von öffentlichen Verkehrsdienstleistungen auch nach ihrer Umwandlung in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft – und im Übrigen auch nach der Bahnreform II – nach wie vor eine staatliche Aufgabe wahr.» (bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 2C_415/2011 vom 3. Juli 2012, E. 1.4. und 2.2.1).

⁷⁰ Vgl. die Botschaft zum Postgesetz, BBl 1996 III 1296 und 1297: «Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen. Der Entwurf enthält folgende Delegationen von Rechtsetzungsbefugnissen an Bundesrat und Post: [...] Artikel 11 Absatz 1 (Allgemeine Geschäftsbedingungen) Wie jedes andere Unternehmen muss auch die Post die Inanspruchnahme der Dienstleistungen in eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen regeln können.»; kritisch dazu Koch, SJZ 1998, 457 ff., 458, der eine Publikation in der amtlichen Gesetzessammlung fordert.

⁷¹ Vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2742/2009 vom 14. Dezember 2009, E. 3.3: «Wenn die Vorinstanz die Rechtswidrigkeit von Tarifen oder einer Tarifpraxis feststellt, hat sie diese gemäss Art. 49a TG aufzuheben, durch aufsichtsrechtliche Massnahme ihre Durchführung zu verhindern [...] oder analoge, die Tarife selbst oder die Tarifpraxis betreffende Anordnungen zu erlassen.»

⁷² Vgl. Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 7. März 1978, BJM 1978, 305 ff., 307: «Wie es sich aber auch mit dem direkten Anspruch gegen die Hilfspersonen, der hier nicht zur Diskussion steht, verhalten möge, so genügt jedenfalls für den Haftungsausschluss der SBB ein allgemeiner

Hinweis, wie er auf den Schrankfächern angebracht wurde, nicht. Vielmehr müsste klar und deutlich zum Ausdruck gebracht werden, dass speziell die Haftung der SBB für Fehler ihrer Beamten und Angestellten, insbesondere auch der für die Schrankfächer zuständigen Personen, wegbedungen werde. Auch ein Privater, der die Haftung gemäss Art. 101 OR ausschliessen will, muss im Vertrag deutlich angeben, dass er nicht für Fehler der Hilfspersonen einstehen will. Dasselbe gilt für die SBB, wenn schon das Rechtsverhältnis zwischen ihr und den Schliessfachbenützern dem Zivilrecht unterstellt wird.»

⁷³ Vgl. BGE 124 III 155 ff., E. 3c: «Zum ändern liegt auch kein gültiger Haftungsausschluss für Hilfspersonen im Sinne von Art. 101 Abs. 2 OR vor, weil die zitierten Sätze der Allgemeinen Geschäftsbedingungen insoweit unklar sind. Es werden vor allem allgemein formulierte Banalitäten festgehalten (keine Haftung für Kursschwankungen, keine Garantie für Gewinne in Warenterminmärkten), ohne dass klar gesagt würde, die Beklagte schliesse die Haftung für Hilfspersonen aus, die sie zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen beziehe (vgl. dazu BJM 1978, 306 f.; GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., Rz. 2881 f.).»

⁷⁴ Vgl. GROLIMUND/STAEHELIN/STAEHELIN, § 7 N 4; vgl. ZK-MARTI, ZGB Vorb. Art. 5/6 N 196.

⁷⁵ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 2073.

⁷⁶ Vgl. BGE 136 II 457 ff., insb. E. 3 und 6, ausserdem E. 7 zur aufsichtsrechtlichen Kontrolle des Tarifs bezüglich des Gleichbehandlungsprinzips und der Übereinstimmung mit dem Transportgesetz (TG).

⁷⁷ Vgl. die Angaben des Preisüberwachers zu seiner Zuständigkeit hinsichtlich des SBB-Tarifs: «Die Unternehmen des öffentlichen Personenverkehrs verfügen in der Regel über eine marktbeherrschende Stellung; in vielen Bereichen stellt der Schienenverkehr ein natürliches Monopol dar. Namentlich besteht auch zwischen dem Individualverkehr einerseits und dem Kern-Fernverkehr der SBB andererseits eine Substitutionslücke – d.h. man kann nicht einfach ausweichen – und der Kern-Fernverkehr der SBB bildet somit einen eigenen relevanten Markt. Damit ist eine Unterstellung

[Rz 36] Grundsätzlich muss sich das Handeln der SBB auch an der Gleichbehandlungspflicht messen. Dies ergibt sich nicht nur aus Art. 15 PBG, sondern auch aus Art. 8 BV, da die SBB bei der Ausübung staatlicher Tätigkeit – wozu der Bahnbetrieb und die Beförderung gehören – generell an die Grundrechte gebunden sind (Art. 35 Abs. 2 BV).⁷⁸ Ob die SBB auch ausserhalb der ihnen übertragenen staatlichen Aufgaben, insbesondere im reinen Wettbewerbsverhältnis, an die Grundrechte gebunden sind, ist strittig.⁷⁹ Nach einem neuen Entscheid des Bundesgerichts sind die SBB immer dann an die Grundrechte gebunden, wenn eine Regelung durch die SBB *im Interesse des (Bahn-)Verkehrs* steht. Das Bundesgericht bejahte deshalb die Grundrechtsbindung bei der Vermietung von Plakatflächen auf dem Bahnhofsbereich.⁸⁰ Für die Vermietung von Schliessfächern muss dasselbe gelten.

[Rz 37] Im Ergebnis dürfte für die Tarifbestimmungen ein ähnlicher Massstab gelten wie für AGB. Ungewöhnliche Bestimmungen werden häufig gegen das Gesetz oder die Konzession verstossen oder dann dem Gleichbehandlungsprinzip zuwiderlaufen, weil kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung besteht.⁸¹ Sodann ist u.E. Tarifbestimmungen, die zwar nicht gegen das PBG oder andere übergeordnete Vorschriften verstossen, aber ein ungerechtfertigtes Ungleichgewicht der Rechte und Pflichten im Sinne des neuen Art. 8 UWG⁸² schaffen, die Geltung zu versagen. Was privaten Beförderern nicht erlaubt ist, soll auch (und erst recht) dem Beförderer, der aufgrund einer Konzession Tarifbestimmungen aufstellen darf, nicht erlaubt sein.⁸³

des Direkten Personenfernverkehrs unter das Preisüberwachungsgesetz PüG (Art. 2) gegeben.» (Tarifbegehren im Öffentlichen Verkehr, Befund und Stellungnahme des Preisüberwachers vom 3. Juli 2007 zu den Tarifmassnahmen im direkten Verkehr und insbesondere bei den SBB per 9. Dezember 2007, 3; Internet: http://www.preisueberwacher.admin.ch/themen/00019/00027/index.html?lang=de&download=NHzLpZeg7t, In-p610NTU042I2Z6In1acy4Zn4Z2qZpn02Yuq2Z6gpJCDdH92gmym162e-pYbg2c_JjKbNoKSn6A--, 23. Juli 2012). Die Kompetenz des Preisüberwachers bezüglich des Tarifs war Gegenstand reger Auseinandersetzung bei der Umsetzung der Bahnreform 2 (vgl. Amtliches Bulletin Ständerat 2012, 27 ff., Nationalrat, 2012, 252 ff., Ständerat, 2012, 248; vgl. den Tätigkeitsbericht des Preisüberwachers in RPW 2012, 691 ff., 715 f.), blieb letztlich aber unangetastet.

⁷⁸ BGE 136 II 457 ff., E. 6.2: «Daran ändert nichts, dass die Zuschläge im Transportgesetz über eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage verfügen (Art. 16 TG), deren Rechtsnatur erneut gemischt-rechtlich sein dürfte; vielmehr beruht dies letztlich darauf, dass den Bundesbahnen eine staatliche Aufgabe übertragen ist, weshalb sie auch im privatrechtlichen Tätigkeitsbereich an die Grundrechte gebunden sind [...]»; vgl. auch BGE 136 I 158 ff., E. 3.2: «Die SRG, die sich offenbar nach wie vor gegen die beantragte Ausstrahlung wendet, ist daran zu erinnern, dass nach Art. 35 Abs. 1 BV die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen; wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu deren Verwirklichung beizutragen (Abs. 2). Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden [...]. Zwar handelt die SRG im Werbebereich wie dargelegt privatrechtlich, doch ist die Werbung eng mit ihrer Programmkonzession bzw. ihrem Programmauftrag verbunden und von diesen abhängig. [...] Zwar vertrat das Bundesgericht im Urteil vom 29. April 2002 die Ansicht, dass dies im konkreten Fall über eine indirekte Drittwirkung der Grundrechte auf dem Zivilweg zu geschehen habe (vgl. BGE 129 III 35; Kontrahierungspflicht aus Treu und Glauben); hieran kann nach dem Entscheid der Grossen Kammer vom 30. Juni 2009 im konkreten Fall indessen nicht festgehalten werden.»

⁷⁹ Vgl. die ähnlichen Überlegungen zur Post bei SCHLATTER, 175 ff. (Grundrechtsbindung verneint auf S. 177); mit anderer Begründung BGE 129 III 35 ff. (Kontrahierungspflicht aus dem Verstoss gegen die guten Sitten, keine Grundrechtsbindung); ausserdem Urteil des Bundesgerichts 4A_144/2008 vom 20. August 2008, E. 5.5 (Grundrechtsbindung offengelassen, da keine Verletzung vorliege; vgl. auch die Hinweise bei GUTMANNBAUER, 136 f., zur Vorinstanz, die das Diskriminierungsverbot geprüft hatte).

⁸⁰ Vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7454/2009 vom 29. März 2011, E. 8.6.5: «Entscheidend ist aber [für die Frage der Grundrechtsbindung], dass auch bei der entgeltlichen Überlassung von Flächen

die Regelung der Nutzung der Bahnhofswand im Interesse des Bahnverkehrs im Vordergrund steht und stehen muss [...]. So darf die SBB AG nicht aus finanziellen Gründen die Wände einer Nutzung zuführen, die dem Bahnverkehr hinderlich wäre. Die finanziellen Interessen haben gegenüber diesem staatlichen Interesse zurückzutreten [...]. Die Regelung der Benützung der Bahnhofswand kann zwar grundsätzlich die Überlassung von Werbeflächen beinhalten, doch nur und soweit, als damit nicht der ordnungsgemässe Bahnbetrieb gefährdet wird. Es handelt sich bei der Bahnhofswand vielmehr um eine in der Verfügungsmöglichkeit der SBB AG stehende öffentliche Sache (im Gemeingebrauch), die -- neben ihrem primären Nutzen für den Bahnverkehr -- (auch) kommerziell genutzt wird [...].», bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 2C_415/2011 vom 3. Juli 2012, E. 2.2.1, aber mit dem Fokus auf die Verwaltung öffentlicher Sachen: «Wie beim Eintreten dargelegt, ist die Verwaltung von öffentlichen Sachen i.e.S. Wahrnehmung einer Staatsaufgabe. Die Beschwerdeführerin ist deshalb grundrechtsgebunden (Art. 35 Abs. 2 BV).»; vgl. die befürwortende Stellungnahme HANGARTNERS in AJP 2011, 973 ff.

⁸¹ Zur «praktischen Konkordanz» des AGB-Korrektivs mit den verfassungsmässigen Rechten vgl. OETKER, AcP 2012, 215 ff.; vgl. BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 7. September 2010 – 1 BvR 2160/09, 1 BvR 851/10 in NJW 2011, 1339 ff., 1341, N 35: «Vor diesem Hintergrund ist die Inhaltskontrolle von Formularverträgen zu sehen. Sie ist nötig, weil es Allgemeine Geschäftsbedingungen der anderen Partei regelmäßig abweichen, eine abweichende Individualvereinbarung zu treffen. Die gerichtliche Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kompensiert die mangelnde Verhandlungsmacht des Vertragspartners des Verwenders [...]. Deshalb ist sie als solche auch dann verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Verwender sich auf die [...] Berufsfreiheit berufen kann [...]. Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen zeichnet sich gerade dadurch aus, dass sie der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der jeweils grundrechtlich geschützten Privatautonomie des Verwenders wie der anderen Vertragspartei dient.»

⁸² Vgl. Art. 8 UWG: «Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.»

⁸³ Dieser Gedanke bei WETH, JuS 1998, 801 und EHLERS, 358 ff. EHLERS misst dem AGB-Korrektiv «strukturformende Bedeutung» zu (S. 359) und hält fest (S. 359 f.): «Die öffentliche Hand verhält sich willkürlich und unverhältnismässig, wenn sie ihre Rechtsetzungsbefugnis dazu missbraucht, für ihre eigenen Rechtsbeziehungen Konditionen festzuschreiben, die sie Privaten in ähnlich gelagerten Fällen zur Verwendung untersagt.»

6. Das Billett: ein Wertpapier?

a) Das «gewöhnliche» Billett (einfach oder retour)

[Rz 38] Die SBB sind verpflichtet, Passagiere zu transportieren, die ein gültiges Billett vorweisen.⁸⁴ Der Passagier kann sein Recht (Beförderungsanspruch) nur geltend machen, wenn er das Papier (Billett) vorlegt. Das ist eine einfache Präsentationsklausel. Die SBB sind nicht verpflichtet, die Berechtigung des Papierinhabers zu prüfen; leisten sie in gutem Glauben an den Papierinhaber, so sind sie befreit, auch wenn dieser nicht berechtigt⁸⁵ ist (einfache Legitimationsklausel). Diese beiden Eigenschaften machen das Billett aber erst zu einem Legitimationspapier. Ein solches lässt sich nur mittels Zession in der Form gemäss Art. 165 OR übertragen.

[Rz 39] Die Rechtswirklichkeit beim Billett ist unzweifelhaft eine andere. Kauft A ein Billett für seinen Kollegen B, so wird er es diesem übergeben, kaum jedoch formgültig zedieren. Es ist dann die Erwartung von B, dass er gegen Vorweisung des Billetts die darin verurkundete Reise tätigen darf. Es ist aber auch die Erwartung der SBB, dass B das Billett vorweist, während sie die Leistung nicht erbringen wollen, wenn B statt des Billetts eine schriftliche Abtretungserklärung des A vorweist – die SBB müssten befürchten, dass A mit dem nämlichen Billett ebenfalls reist. Diesen Erwartungen würde Genüge getan, wenn das Billett ein Wertpapier wäre, genauer ein *Inhaberpapier*.

[Rz 40] Für die Qualifizierung als Wertpapier ist zusätzlich erforderlich, dass die SBB versprechen, nur gegen Vorweisung des Papiers (Billetts) zu leisten (einfache Wertpapierklausel).⁸⁶ Eine Pflicht der SBB, die Vorweisung des Billetts zu verlangen und ohne sie nicht zu erfüllen, ist zwar nirgends ausdrücklich statuiert. Die Transportpflicht, die ein gültiges Billett voraussetzt, muss jedoch zur Annahme der Notwendigkeit der Papiervorweisung zu Lasten der SBB ausreichen. Dafür sprechen die Rechtsfolge und das richtige Verständnis der Wertpapierklausel. Erfüllen die SBB ohne Vorweisung des Billetts, so leisten sie nicht befreiend und müssen nochmals leisten, wenn der Papierinhaber das gültige Billett vorweist.⁸⁷ Das Billett hat folglich Wertpapiercharakter.⁸⁸ Aufgrund der rudimentären Textausgestaltung gehört

es zu den *Karten und Marken des täglichen Verkehrs*, was der wertpapierrechtlichen Einordnung keinen Abbruch tut.⁸⁹

[Rz 41] Das blosses Vorweisen des Billetts genügt sodann als Nachweis für den Beförderungsanspruch des Passagiers. Die SBB dürfen die Berechtigung nicht nachprüfen, sondern müssen aufgrund des blossen Vorweisens leisten. Eine andere Lösung, insbesondere eine vollumfängliche Kontrolle, wäre im Massenverkehr nicht praktikabel und ohnehin kaum möglich. Das Billett ist daher ein Inhaberpapier und somit frei übertragbar.

[Rz 42] Bei verlorenen und abhanden gekommenen Wertpapieren müsste grundsätzlich eine Kraftloserklärung erfolgen. Dies wäre bei einem Bahnbillett äusserst unpraktikabel. In Deutschland schliesst § 807 BGB *e contrario* die Kraftloserklärung von Karten und Marken des täglichen Verkehrs aus.⁹⁰ In der Schweiz ist sie aus faktischen Gründen und Folgenerwägungen abzulehnen. Der meist geringe Wert und die kurze Geltungsdauer eines Billetts lassen die aufwendige Kraftloserklärung nach Art. 981 ff. OR als wenig geeignet erscheinen. Hinzu kommt, dass die *Individualisierung* eine Grundvoraussetzung der Kraftloserklärung darstellt,⁹¹ jedoch beide Seiten erhebliche Mühe haben dürften, das Billett zu individualisieren. Der Passagier kann eine Seriennummer wohl in den wenigsten Fällen nennen. Und wenn er dies doch vermag, so haben die SBB wiederum keine realistische Möglichkeit, die trotzdem erfolgende Vorweisung gerade dieses Billetts zu erkennen.⁹²

zurück. [...] Insbesondere ergibt sie sich nicht zwangsläufig aus der Inhaberklausel. Denn diese hat bei den unbenannten Ausweispapieren einen besonderen Zweck: Sie dient in erster Linie dazu, dem vom Aussteller nicht identifizierten ersten Nehmer die reibungslose Ausübung seines Rechtes zu ermöglichen [...], während sie sonst bezweckt, dem Papier Umlaufsfähigkeit zu verschaffen und somit in erster Linie mit Rücksicht auf spätere Erwerber auf die Urkunde gesetzt wird [...]. Die einfache WP-Klausel ist deshalb bei den unbenannten Ausweispapieren im Verhältnis zur Inhaberklausel ein *aliud*, nicht ein *minus*, und kann daher nicht als darin eingeschlossen gelten». Vgl. auch BSK-FURRER, OR 965 N 18: «Einen Sonderfall bilden die Karten und Marken des täglichen Verkehrs. Ihre rechtliche Einordnung kann im Einzelfall schwierig sein [...]. Sie sind regelmässig nicht Wertpapiere, sondern Beweisurkunden, oft in der Form des unvollkommenen Inhaberpapiers.»; vgl. auch SCHWENDENER, Personentransportrecht, 81 f. mit Übersicht über die Lehrmeinungen zur Zeit des Erlasses des OR; im hier vertretenen Sinn die Argumentation von MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 2 N 138, die entgegen BGE 80 II 26 ff., E. 3 den Inhaberpapiercharakter eines Kinobilletts bejahen.

⁸⁴ Vgl. Art. 19 f. PBG.

⁸⁵ Wie z.B. der Finder des Billetts oder ein Dieb; vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 1 N 26.

⁸⁶ Vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 1 N 28.

⁸⁷ Vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 1 N 28: «Der Verpflichtete darf damit nur noch gegen Vorlegung des Papiers leisten. Leistet er ohne Papiervorlage, so hat er sich nicht gültig befreit, sofern die Leistung nicht an den wirklich Berechtigten erfolgte.»; vgl. WALSER, 233, 242 und 250; vgl. ZK-JÄGGI, OR 965 N 263, letzter Abschnitt.

⁸⁸ A.M. die herrschende Lehre: vgl. ZK-JÄGGI, OR 965 N 297 und 300; JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, 89. Insbesondere die Begründung von ZK-JÄGGI, OR 965 N 297: «Demgegenüber tritt die Bedeutung der einfachen WP-Klausel [...]

⁸⁹ Vgl. WALSER, 232 ff.; a.M. ZK-JÄGGI, OR 965 N 297 ff.; zur Rechtslage in Deutschland STAUDINGER-MARBURGER, BGB 807 N 5 und MK-HABERSACK, BGB 807 N 11.

⁹⁰ Vgl. STAUDINGER-MARBURGER, BGB 807 N 8.

⁹¹ Vgl. WALSER, 249; vgl. CHK-KUHN, OR 981 N 10.

⁹² Vgl. WALSER, 249: «Vollkommen ausgeschlossen ist die gerichtliche Amortisation jedenfalls für diejenigen Inhaberkarten, die nicht individualisierbar sind, denn ohne Individualisierung ist eine Kraftloserklärung natürlich nicht möglich. Zu dieser Kategorie müssen u.E. nicht nur diejenigen Inhaberkarten gezählt werden, deren Individualisierung absolut unmöglich ist – man denke z.B. an die Rabattmarken –, sondern vielmehr auch solche, die theoretisch vielleicht individualisierbar wären – z.B. die gewöhnlichen

[Rz 43] Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen davon abhängt, dass der Passagier den Beförderungsschein vorweist. Die Papiervorlegung ist Beweis genug für das Vorliegen eines Transportvertrages, doch kann der Passagier dies auch auf andere Weise beweisen.⁹³ Nur dort, wo sich die SBB ohne Vorlegung des Billetts der Gefahr der Mehrfachbeanspruchung aussetzen, erscheint es richtig, das Billett zur Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs zu machen. Denkbar ist dies in Fällen, in denen viele Reisende einen identischen Schaden erlitten haben oder in denen ein Billett verloren ging und der Finder damit fahren könnte (siehe oben). Ist die Mehrfachbeanspruchung hingegen ausgeschlossen und das Vorliegen eines Beförderungsvertrages anderweitig beweisbar (z.B. bei einer individuellen Schädigung), wäre das Beharren auf der Papiervorlegung rechtsmissbräuchlich.

b) Ausgewählte Billette

i) Billett mit zugewiesenem Sitzplatz (Reservation)

[Rz 44] Hier gilt das Gleiche wie beim «gewöhnlichen» Billett. Der Unterschied liegt einzig darin, dass eine unpersönliche Stückschuld (bestimmter Platz an den nicht namentlich genannten Inhaber des Billetts und der Platzreservation) verkundet wird und nicht eine Gattungsschuld (Beförderung ohne bestimmten Platz).⁹⁴ An der Qualifikation als Wertpapier (Inhaberpapier) ändert sich nichts. Die separate Reservation des Sitzplatzes ist für die Rechtsnatur des Billetts ohne Bedeutung.

ii) Abonnemente

[Rz 45] General-, Halbtax- und Gleis 7-Abonnemente lauten auf den Namen des Passagiers.⁹⁵ Es handelt sich dabei nicht um Wertpapiere. Zwar kann der Berechtigte (Passagier) sein Recht (Beförderungsanspruch) nur mittels Vorweisen des Papiers (Abonnement) geltend machen und die SBB dürfen nur gegen Vorweisung des Papiers leisten (einfache Wertpapierklausel). Das Generalabonnement wäre grundsätzlich ein *hinkendes Inhaberpapier*, da die SBB nur an den im Abonnement bezeichneten Berechtigten leisten dürfen, der Passagier sich aber auf Verlangen über seine Identität ausweisen muss.⁹⁶ Vergisst oder verliert der Passagier sein

Abonnement, so kann er Erstattung der in der Zwischenzeit erworbenen Billette verlangen, unter Abzug eines Selbstbhalts.⁹⁷ Erfasst man dies wertpapierrechtlich, ist das Abonnement somit bloss noch ein *Legitimationspapier*.⁹⁸ Der Tarif schliesst die Übertragbarkeit aus.⁹⁹ Einen Spezialfall unter den Abonnements bilden die übertragbaren Generalabonnemente.¹⁰⁰ Diese lauten nicht auf einen Namen, stellen vielmehr Inhaberpapiere dar.

iii) E-Tickets

[Rz 46] Zu den E-Tickets gehören sowohl die *OnlineTickets*, die über das Internet bestellt werden und vom Passagier auszudrucken sind, als auch die *MobileTickets*, die auf dem Mobiltelefon oder ähnlichen Geräten gespeichert werden.¹⁰¹ Alle E-Tickets lauten auf den Namen des Passagiers und sind

ausreichend ist. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Gesetz oder Tarif. Im Zweifelsfalle muss es den SBB indes möglich sein, die Identität eines Abonnementsinhabers zu prüfen, ansonsten sie Gefahr liefen, die Transportleistung mehrmals zu erbringen; vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 2 N 127; vgl. die Richtlinien «Fahrausweiskontrolle» des ZVV (Fn. 7), Ziff. 7.405: «Die Fahrausweise sind sorgfältig zu prüfen hinsichtlich: [...] – die Benützungsberechtigung bei persönlichen Abonnements (z.B. Foto und Nummer) – die Benützungsberechtigung bei vergünstigten Fahrausweisen (Altersnachweis, Halbtax usw.) [...]».

⁹⁷ Hat der Passagier das Abonnement vergessen, wird entweder ein Ersatzausweis abgegeben oder ein Billett verkauft, wobei der Passagier das Bezahlte gegen Vorlage des Abonnements am Schalter erstattet erhält (Ziff. 14, T600.5; Ziff. 14, T600.9 und Ziff. 25.13 und 26, T654). Für den Ersatzausweis ist eine Bearbeitungsgebühr (Ziff. 14.00 und 14.10 i.V.m. Ziff. 31.20, T600.5), für erstattete Billette ein Selbstbehalt fällig (Ziff. 14, T600.9).

⁹⁸ Vgl. ZR 1926, Nr. 127 und AEMISEGGER, 34, der sich dabei auf die in Ziff. 14, T600.5 und Ziff. 14, T600.9 erfasste Möglichkeit der Ersatzkarte mit Erstattung des Preises stützt: «Die beiden für unvollkommene Inhaberpapiere typischen Urkundenklauseln gehen auch beim Generalabonnement aus den Umständen hervor: Da die SBB und ihre Partnerunternehmen nicht jedes Mal die Identität des Vorweisers überprüfen können, versprechen sie, jeder Person zu leisten, welche die Schuldurkunde vorweist und deren Gesicht mit demjenigen auf dem Abonnement übereinstimmt. Neben der Inhaberklausel findet sich beim Generalabonnement auch eine einfache Präsentationsklausel. Der Abonnementsinhaber kann nämlich seine Reise ohne Generalabonnement antreten, solange es ihm gelingt, sich mit einem amtlichen Ausweis als Titelinhaber zu identifizieren; zwar muss er – spätestens, wenn er das Transportmittel betreten hat – einen ordentlichen Fahrausweis erwerben, kann sich den gesamten Betrag dafür aber – gegen eine Gebühr von fünf Franken – zurückerstatten lassen.»; vgl. aber BGE 43 III 137 ff., 138: «Die Generalabonnementskarte bildet einen Ausweis über die dem Inhaber aus dem Abonnementsvertrag zustehenden Rechte, insbesondere über seine Fahrberechtigung, und sie steht insofern den Wertpapieren gleich, als die Rechte des Inhabers nur unter Vorweisung oder Übergabe der Abonnementskarte geltend gemacht werden können.»

⁹⁹ Ziff. 20.00, T654.

¹⁰⁰ Vgl. Ziff. 35, T654.

¹⁰¹ Vgl. Ziff. 40.00, T600. Auf der Webseite der SBB finden sich auch «Allgemeine Geschäftsbedingungen für den Erwerb und die Nutzung des Ticket Shops und E-Tickets» (Internet: <http://www.sbb.ch/abos-billette/e-tickets/online-ticket/allgemeine-geschaeftsbedingungen.html>, 23. Juli 2012). Diese AGB stellten indessen lediglich einen Auszug aus verschiedenen Tarifen dar.

Eisenbahnfahrkarten anhand der individuellen Seriennummer –, bei denen aber eine die weitere Benützung der amortisierten Urkunde ausschliessende Kontrolle dem Schuldner praktisch nicht zugemutet werden kann, was bei den weitaus meisten Inhaberkarten über eine bloss Gattungsschuld der Fall sein dürfte.»

⁹³ Vgl. auch MERCADAL, N 652, mit Hinweisen auf die französische Rechtsprechung.

⁹⁴ Vgl. zur Unterscheidung ZK-JÄGGI, OR 965 N 299 und N 300.

⁹⁵ Ziff. 20.00, T654.

⁹⁶ Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass die Papiervorweisung bloss zugunsten der SBB, nicht aber zugunsten des Passagiers als Berechtigten

nicht übertragbar; sie gelten nur zusammen mit einem gültigen amtlichen Ausweis.¹⁰² Der Passagier ist verpflichtet, das OnlineTicket auszudrucken, so dass er es den SBB auf Verlangen vorweisen kann.¹⁰³ MobileTickets müssen vollständig sicht- und lesbar sein und dem Kontrollpersonal vorgewiesen werden können.¹⁰⁴ Es handelt sich dabei wertpapierrechtlich um ein *Namenpapier*, weil sich der Passagier als Gültigkeits-erfordernis zusätzlich ausweisen muss: Die Urkunde ist zu Gunsten des Verpflichteten und des Berechtigten notwendig, aber nicht ausreichend. Die SBB riskieren ohne diese Kontrolle, dass ein zweiter Passagier mit dem E-Ticket fährt (mit dem doppelt ausgedruckten OnlineTicket oder dem ausgeliehen Mobiltelefon). Bei E-Tickets wird der Preis im Falle der Nichtbenutzung grundsätzlich nicht erstattet.¹⁰⁵ Dies lässt sich mit der Missbrauchsgefahr rechtfertigen, da sich elektronische Billette mehrfach ausdrucken lassen. Die Nichtbenutzung lässt sich daher kaum schlüssig nachweisen. Der Tarif sieht für besondere Fälle Ausnahmen vor (mehrfach gekaufte E-Tickets, nachgewiesene Reiseunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall).¹⁰⁶

[Rz 47] Viele Medienberichte erwähnten technische Probleme beim Erwerb und der Kontrolle eines E-Tickets.¹⁰⁷ Der Tarif überwälzt die Verantwortung auf die Bahnkunden (Ziff. 41.03, 41.12 und 41.21, T600). Fällt der Grund, weshalb das Billett nicht kontrolliert werden kann, in die Sphäre des Passagiers (z.B. wenn sein Akku leer ist), ist dies gerechtfertigt.¹⁰⁸ Dieser Fall ähnelt jenem des Verlusts des Billetts. Die SBB ermöglichen dennoch eine spätere Überprüfung bei vollem Akku, die allerdings mit Fr. 30 zu Buche schlägt.¹⁰⁹

7. Spezielle Beförderungen

a) Beförderung von Kindern bis 6 Jahre

[Rz 48] Begleitet reisende Kinder bis zum vollendeten 6. Lebensjahr reisen gratis und benötigen kein Billett (Ziff. 25.10, T600). Ein Beförderungsvertrag entsteht aber dennoch, mit den gleichen Pflichten wie beim entgeltlichen Vertrag. Es handelt sich lediglich um ein «Tarifzugeständnis».¹¹⁰ Der Vertragsschluss erfolgt nicht zwingend durch die Eltern, sondern kann auch von der Begleitperson vorgenommen werden (vgl.

Ziff. 25.11 und 25.12, T600); die Eltern und die Begleitpersonen müssen über ein gültiges Billett verfügen. Die Beförderung der Kinder ist als Vertrag zugunsten Dritter zu qualifizieren.¹¹¹ Auch wenn die Beförderung unentgeltlich erfolgt, schulden die SBB die volle Vertragsleistung. Eine Ausnahme gilt bei der Sitzplatzbelegung: Unentgeltlich beförderte Kinder müssen ihren Platz abgeben, wenn Reisende mit Fahr- ausweisen ihn benötigen (Ziff. 25.02, T600).

b) Beförderung von Handgepäck

[Rz 49] Im Folgenden geht es nur um das Handgepäck, also das unter der Obhut des Passagiers auf der Reise mitgeführte Gepäck.¹¹² Die Beförderung des Handgepäcks ist eine Nebenpflicht des Beförderungsvertrags,¹¹³ die im Preis inbegriffen ist (Art. 23 Abs. 1 PBG).

[Rz 50] Als Handgepäck dürfen die Passagiere leicht tragbare Gegenstände mitnehmen, wenn es die Verhältnisse gestatten (Art. 23 Abs. 1 PBG). Es muss so beschaffen sein und verstaut werden können, dass dabei kein Schaden entsteht und die anderen Passagiere nicht gestört werden (Art. 63 Abs. 1 lit. d VPB). Art. 62 VPB überlässt es den Tarifen, zu regeln, welche Gegenstände als Handgepäck gelten. Gemäss Ziff. 27, T600 muss das Handgepäck leicht tragbar und für den persönlichen Bedarf bestimmt sein. Die Abmessung ist auf 1.20m x 0.80m x 1.00m begrenzt. Unabhängig von der Grösse dürfen Ski, Snowboard und Schlitten sowie grundsätzlich Kinderwagen und zusammengeklappte, verpackte Fahrräder mitgenommen werden.

[Rz 51] Die Haftung der SBB für Verlust und Zerstörung des Handgepäcks ist streng kausal, wenn der Schaden bei einem Unfall entstand, bei dem der Passagier, der das Gepäck mit sich führt, verletzt oder getötet wurde (Art. 23 Abs. 2 lit. a PBG, Art. 40b Abs. 2 lit. a EBG) und die SBB für den Körperschaden einstehen müssen. In allen anderen Fällen – z.B. Diebstahl oder Beschädigung durch Mitreisende – können sich die SBB exkulpieren (Art. 23 Abs. 2 lit. b PBG). Das Gesetz erwähnt nicht die Sachen, die der Passagier *auf sich trägt*, wie Kleider, Schuhe, Schmuck oder eine Uhr. Die Regeln zum Handgepäck gelten auch für diese.¹¹⁴ Eine andere

¹⁰² Ziff. 41.00, T600.

¹⁰³ Ziff. 41.10 und 41.11, T600.

¹⁰⁴ Ziff. 41.21, T600.

¹⁰⁵ Ziff. 70.00, T600.9; Ziff. 41.07, T600.

¹⁰⁶ Ziff. 70.00, T600.9.

¹⁰⁷ Vgl. statt vieler «20 Minuten», Internet: <http://www.20min.ch/news/dossier/oevau/story/19184071>, 23. Juli 2012; vgl. NOWOTNY SARAH, E-Tickets verärgern SBB-Kunden, NZZ am Sonntag, 4. März 2012, 15.

¹⁰⁸ Vgl. zum deutschen Recht POHAR, NZV 2003, 260.

¹⁰⁹ NOWOTNY SARAH, E-Tickets verärgern SBB-Kunden, NZZ am Sonntag, 4. März 2012, 15.

¹¹⁰ Botschaft über Transporte des öffentlichen Verkehrs, BBl 1983 II 185.

¹¹¹ Vgl. KRAUSKOPF, N 436 und das Urteil des Obergerichts Basel-Landschaft vom 18. April 1989 in BJM 1990, 133 ff., 139; vgl. SCHWENZER, OR AT, N 86.11 f. und HUGUENIN, OR AT, N 1144.

¹¹² Die Haftung für Reisegepäck (aufgegebenes Gepäck, das unter der Obhut der SBB ist) folgt allgemein den gleichen Regeln wie die Güterbeförderung. Vgl. Art. 27 PBG und Art. 40b Abs. 2 lit. b EBG sowie Art. 10 Abs. 3 GüTG i.V.m. Art. 23 ff. CIM; zum Verhältnis von Art. 27 PBG und Art. 40b Abs. 2 lit. b EBG vorne Fn. 12.

¹¹³ Ebenso FAVRE/WICK, Art. 59 N 3; vgl. auch SCHWENDENER, 126: «[...] der Transport ist unentgeltlich, gewissermassen im Personentransport inbegriffen.»

¹¹⁴ Vgl. OFTINGER/STARK, Bd. II/3, § 27 N 59 f. (Gleichlauf mit Handgepäck); vgl. BGE 32 II 217 ff., 223 (mit Beweislastumkehr bei verlorenen Sachen), BGE 21, 123 ff., 126, die dies bei Unfällen mit Körperschäden der Gefährdungshaftung zuordnen und den Entscheid in SJ 1912, 540 ff., der bei reinen

Lösung – eine strikte Erfassung durch die Gefährdungshaftung – wie im Strassenverkehrsrecht (Art. 59 Abs. 4 SVG) wäre zwar denkbar, doch spricht die spärlich vorhandene Rechtsprechung dagegen.

c) Beförderung von Tieren

[Rz 52] Auch Tiere können im Zug unter der Obhut des Passagiers mitreisen. Benutzen sie einen eigenen Sitzplatz, muss der Passagier ein halbes Billett erwerben. Kleine Hunde und andere Kleintiere kann der Passagier unentgeltlich in Käfigen, Körben oder Taschen als Handgepäck mitführen (Ziff. 26.02, T600, Art. 63 Abs. 1 lit. c, Art. 63 Abs. 3 VPB). Eine Passagierin nahm ihr 82 cm hohes, zahmes Therapiepony mit in den Zug.¹¹⁵ Da dieses Tier nicht grösser als einige Hunde (z.B. Doggen) ist, würde es theoretisch als kleines, zahmes Tier im Sinne des Ziff. 26.00, T600 durchgehen. Angesichts des unberechenbaren Stuhlgangs der Huftiere fällt das Vieh wohl dennoch unter den Ausschlussgrund der Belästigung der anderen Passagiere.¹¹⁶

8. Ausgewählte Ansprüche des Passagiers

a) Ansprüche bei Verletzung oder Tod

[Rz 53] Mit dem Beförderungsvertrag verpflichten sich die SBB, den Passagier an den vereinbarten Bestimmungsort zu transportieren (Art. 19 Abs. 1 PBG). Zur vertragsgemässen Erfüllung gehört, dass der Passagier rechtzeitig und wohlbehalten ankommt.¹¹⁷

[Rz 54] Wird der Passagier bei der Beförderung verletzt oder getötet, so greift die Gefährdungshaftung von Art. 40b Abs. 1 EBG.¹¹⁸ Die SBB haften, auch wenn sie kein Verschulden trifft. Ihnen bleiben grundsätzlich¹¹⁹ nur die klassischen Entlastungsgründe der höhere Gewalt sowie des groben

Sachschäden die Verschuldenshaftung anwendet; vgl. aber SCHWENDENER, 148, der eine Lücke annimmt, die er vertragsrechtlich füllt.

¹¹⁵ Vgl. den Bericht «*Ich glaub, mich tritt ein Pony*» über eine Pony-Zugfahrt im Kanton Thurgau in «20 Minuten», Internet: <http://www.20min.ch/tools/suchen/story/19129902>, 23. Juli 2012.

¹¹⁶ Vgl. Ziff. 26.00, T600.

¹¹⁷ Vgl. zur Pflicht der Vertragsparteien, Leben, körperliche Integrität und Eigentum des Vertragspartners zu schützen (Schutz- und Obhutspflicht) statt vieler BGE 126 III 113 ff., E. 2.a.bb und BGE 113 II 246 ff., E. 4 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2643.

¹¹⁸ Vgl. vorne, N 8.

¹¹⁹ Art. 40c EBG lässt (anders als der frühere Art. 1 Abs. 1 EHG) Raum für weitere Entlastungsgründe (vgl. Art. 40c Abs. 2 EBG: «*insbesondere*»). Diese müssen freilich dieselbe Intensität aufweisen wie die klassischen Entlastungsgründe. So hält Art. 40c Abs. 1 EBG fest, dass die Entlastung nur gelingt, wenn der Entlastungsgrund «*so sehr zur Entstehung des Schadens beigetragen hat, dass er als dessen Hauptursache anzusehen ist*». Vgl. auch die Botschaft zur Güterverkehrsvorlage, BBl 2007 4493.

Selbst- oder Drittverschuldens (Art. 40c EBG). Alternativ zur Gefährdungshaftung kann sich der Passagier auch auf die vertragliche Haftung nach OR berufen.¹²⁰ Denn der Sinn der Gefährdungshaftung ist es nicht, dem Geschädigten einen für ihn günstigeren Anspruch zu entziehen.

[Rz 55] Die Gefährdungshaftung greift jedoch nur, wenn der Schaden durch die «charakteristischen Risiken, die mit dem Betrieb der Eisenbahn verbunden sind,» entsteht (Art. 40b Abs. 1 EBG).¹²¹ Es geht dabei um jene Gefahren, «*die trotz aller Sorgfalt schwierig zu beherrschen sind und wo deshalb die Verwirklichung der Gefahr für sich allein die Haftung rechtfertigt.*»¹²² Als Risiken im Sinne von Art. 40b Abs. 1 EBG bezeichnet die Botschaft zur Güterverkehrsvorlage die Fortbewegung des Transportmittels, die dafür verwendete Energie sowie allfällig transportierte gefährliche Güter. Unfälle beim Ein- und Aussteigen fallen dagegen nicht unter die Gefährdungshaftung.¹²³ Dasselbe gilt für den Schaden, den der Passagier erleidet, wenn er im Zug stolpert und sich das Bein bricht, wenn er von einem Mitreisenden verletzt wird oder wenn er einen Herzinfarkt erleidet; diese Schäden sind alle nicht betriebsbedingt. Der Passagier kann in diesen Fällen versuchen, seinen Anspruch auf die allgemeine Vertragshaftung zu stützen – doch können die SBB dann beweisen, dass sie kein Verschulden trifft.

b) Ansprüche bei Verspätung

[Rz 56] Es stellt sich die Frage nach den Ansprüchen des Passagiers bei Verspätung des Zugs. *Unabhängig davon*, ob er den letzten Anschluss verpasst – also bei blosser Hinderung der Weiterreise aufgrund der Verspätung – hat der Passagier die Wahl: Er kann erstens auf die Weiterreise verzichten und den Preis für die nicht befahrene Strecke zurückverlangen; zweitens gratis an den Ausgangsort zurückkehren und den Preis für die ganze Reise zurückverlangen; drittens mit dem nächsten geeigneten Kurs weiterreisen, wobei nötigenfalls die Geltungsdauer des Billetts zu verlängern, Strecken- und Klassenwechsel vorzunehmen sind, ohne dass die SBB hierfür ein zusätzliches Entgelt erhalten; oder viertens der

¹²⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2944; BUCHER, Open Access, 375. Anders jedoch BGE 113 II 246 ff., E. 8 bei einem Unfall auf der Skipiste zur Frage der Haftung der Bergbahnen: die (in diesem Fall nicht anwendbare) Gefährdungshaftung nach dem (inzwischen aufgehobenen) Eisenbahnhaftpflichtgesetz schliesse eine vertragliche oder ausservertragliche Haftung aus.

¹²¹ Anders als das inzwischen aufgehobene Eisenbahnhaftpflichtgesetz (vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 5 und Art. 11 Abs. 1 EHG) verlangt das EBG nicht mehr, dass ein Unfall zum Schaden führt – die Botschaft zur Güterverkehrsvorlage erwähnt den Unfall freilich weiterhin (BBl 2007 4477, 4480 und 4481, ohne darauf näher einzugehen); ebenso Art. 23 Abs. 2 lit. a PBG. Man kann sich daher fragen, ob die Gefährdungshaftung nach Art. 40b Abs. 1 EBG auch für betriebsbedingte Schäden gilt, die nicht auf einen Unfall zurückzuführen sind. Solche Schäden dürften allerdings selten sein.

¹²² Vgl. dazu auch die Botschaft zur Güterverkehrsvorlage, BBl 2007 4480.

¹²³ Botschaft zur Güterverkehrsvorlage, BBl 2007 4480 und 4491.

Weiterreise mit einem anderen Verkehrsträger (z.B. Bus) zustimmen¹²⁴ (Art. 21 Abs. 2 PBG, Art. 61 Abs. 1 VPB).

[Rz 57] Als schadenersatzberechtigende Verspätung erfasst Gesetz und Tarife einzig, wenn der Passagier das beabsichtigte Ziel gleichentags nicht mehr erreichen kann, *weil er den letzten Anschluss verpasst* (Art. 21 Abs. 1 PBG, Art. 61 Abs. 2 VPB, Ziff. 83, T600). Der Passagier hat Anspruch auf Ersatz seiner Unkosten, die jedoch den Preis einer Übernachtung mit Frühstück nicht überschreiten dürfen (Art. 61 Abs. 2 VPB). Ist eine Taxifahrt zum Zielort vorteilhafter und bewegen sich die Kosten dafür im Rahmen einer Übernachtung, darf der Passagier diese wählen (Ziff. 83.06, T600). Liegt die Verspätung ausserhalb der Sphäre der SBB (*«[...] dass der Schaden auf ein Verschulden der reisenden Person zurückzuführen ist oder auf Umständen beruht, die es nicht vermeiden und deren Folgen es nicht abwenden konnte»*, Art. 21 Abs. 3 PBG), haften sie nicht. Die Einschränkung auf die Kosten der Übernachtung mit Frühstück in Art. 61 Abs. 2 VPB ergibt sich nicht aus Art. 21 Abs. 1 PBG, sondern aus der Begrenzungskompetenz des Bundesrates in Art. 43 Abs. 1 PBG. Die SBB nennen auf ihrer Internetseite eine Höchstgrenze von Fr. 150 für das Hotel mit Frühstück und auch für die Taxifahrt.¹²⁵

[Rz 58] Der Passagier muss seine Ansprüche unverzüglich geltend machen, sonst verwirkt er sie (Art. 47 Abs. 2 PBG, Art. 61 Abs. 3 VPB). Die sofortige Meldung ist jedoch nur erforderlich und überhaupt möglich, wenn die Station besetzt ist (vgl. Art. 47 Abs. 3 lit. e PBG). Bei unbesetzter Station muss es genügen, wenn der Passagier seine Ansprüche innert weniger Tage nach dem Anschlussbruch anmeldet.

[Rz 59] Schadenersatz, der beispielsweise entgangene Geschäfte deckt, ist nicht geschuldet. Allerdings lassen sich bei grobem Verschulden oder Vorsatz der Bahn die Beschränkungen nicht halten.¹²⁶

[Rz 60] Nur im Internet, aber nicht in den Tarifen, erwähnen die SBB einen *«Sorry»-Gutschein*, den die Passagiere bei Verzögerungen von über 60 Minuten im inländischen Fernverkehr erhalten.¹²⁷ Die SBB machen dies zwar ohne direkte gesetzliche Grundlage. Wegen der Pflicht, die Passagiere

gleich zu behandeln, machen die SBB dies entgegen eigener Angaben nicht *freiwillig oder «aus Kulanz»*.¹²⁸

[Rz 61] Für Passagiere mit internationalen Billetten gelten gemäss Ziff. 83.08, T600 auch auf schweizerischen Strecken die allgemeinen Beförderungsbedingungen GCC-CIV/PRR¹²⁹, die auf der Eisenbahn-Passagierrechts-Verordnung der EU¹³⁰ und den CIV¹³¹ basieren. Diese Passagiere können allerdings auch die Rechte nach den Ziff. 83.00 bis 83.06, T600 geltend machen (Ziff. 83.08, T 600), was zu einer Art Meistbegünstigung führt. Der inländische und der grenzüberschreitende Verkehr werden ungleich behandelt, was stossend ist. Besonders augenscheinlich ist dies, wenn Passagiere im selben Zug unterschiedliche Rechte haben, je nachdem, ob sie ein nationales oder ein internationales Billett lösen. Sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung sind nicht ersichtlich. Das ungleiche Regime ist allerdings bereits im Gesetz (PBG/EBG gegenüber CIV) angelegt; den SBB fällt es schwer, im Tarif alle Passagierkategorien gleich zu behandeln.

c) Anspruch auf einen Sitzplatz?

[Rz 62] Der Passagier hat einen Anspruch auf einen Sitzplatz, wenn er einen solchen reserviert.¹³² Im Übrigen ist ein Sitzplatz nicht garantiert.¹³³ Dies könnte man nun hinterfragen, denn für den Passagier macht es einen Unterschied, ob er den Beförderungspreis bezahlt und sitzen kann oder stehen muss. Ein Anspruch auf einen Sitzplatz entsteht daraus allerdings nicht. Denn bereits die Transportpflicht geht nur so weit, wie es die Kapazität zulässt (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. b PBG). Bei fehlender Kapazität können die SBB Reisende auf andere Züge verweisen.¹³⁴

[Rz 63] Die SBB müssen aufgrund der Betriebspflicht grundsätzlich jede im Fahrplan vorgesehene Fahrt durchführen

¹²⁴ «Zustimmen» im Sinne von Art. 61 Abs. 1 lit. d VPB impliziert, dass der Wechsel des Verkehrsträgers nur im Einverständnis mit den SBB möglich ist.

¹²⁵ Vgl. die Unterseite «Fahrgastrechte», «Hilfe/FAQ», Internet: <http://www.sbb.ch/bahnhof-services/dienstleistungen/kundendienst/fahrgastrechte/hilfefaq.html>, 23. Juli 2012.

¹²⁶ Vgl. auch Art. 43 Abs. 2 PBG. SCHWENDENER, 141, bejaht unter dem früheren Transportrecht einen solchen Anspruch; gemäss BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, N 17, 295, liegt ein qualifiziertes Schweigen vor, was entgangenen Gewinn anbelangt.

¹²⁷ Vgl. Internet: <http://www.sbb.ch/bahnhof-services/dienstleistungen/kundendienst/fahrgastrechte/nationaler-verkehr.html>, 23. Juli 2012.

¹²⁸ Gemäss den zitierten Aussagen in einem Beobachter-Bericht, Internet: http://www.beobachter.ch/konsum/reisen/artikel/sbb_bahnland-unterzugzwang/, 23. Juli 2012: *«Alles andere ist Kulanz. «Wir sind gesetzlich nicht verpflichtet, bei Verspätungen Entschädigungen zu bezahlen. Wir machen das freiwillig», betont SBB-Sprecher Roman Marti. Wer mehr als 60 Minuten Verspätung hat, bekommt einen «Sorry-Check» im Wert von 10 Franken.»*

¹²⁹ Der Text der vom Internationalen Eisenbahntransportkomitee (CIT) ausgearbeiteten GCC-CIV/PRR kann bei der Deutschen Bahn abgerufen werden, Internet: http://www.bahn.de/p/view/mdb/bahntern/agb/international2011/MDB87305-gcc_civ_09_12_03.pdf, 23. Juli 2012.

¹³⁰ Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr (ABl. L 315/14 vom 3. Dezember 2007, in Kraft getreten am 3. Dezember 2009).

¹³¹ Vollständig zitiert in Fn. 14. Im grenzüberschreitenden Verkehr kommen die CIV unmittelbar zur Anwendung.

¹³² Im Tarif ist nur die obligatorische Platzreservierung geregelt und auch sie nur marginal (Ziff. 51.00, T600).

¹³³ Vgl. ZIEGLER, 41; FAVRE/WICK, Art. 50 N 2.

¹³⁴ Vgl. die Nachweise in Fn. 40.

(Art. 14 Abs. 1 PGB). Weder daraus noch sonst aus dem PBG lässt sich indes eine Pflicht ableiten, eine bestimmte Kapazität zur Verfügung zu stellen. Eine solche Pflicht kann sich jedoch unter Umständen aus der Konzession oder im bestellten Verkehr aus einer Leistungsvereinbarung¹³⁵ ergeben. Der Passagier hat keinen Anspruch gegen die SBB auf eine grössere Kapazität oder auf Schadenersatz, wenn das vorhandene Angebot nicht genügt.¹³⁶ Allfällige Gesuche für mehr Kapazität muss der Passagier daher an die konzessionserteilenden Behörden (UVEK/BAV) richten.

d) Reservation eines Sitzplatzes durch Belegung

[Rz 64] Eine Ausnahme vom vorerwähnten Grundsatz, dass der Passagier keinen Anspruch auf einen Sitzplatz hat, macht der Tarif: «Reisende, ausgenommen unentgeltlich beförderte Kinder, dürfen einen freien Sitzplatz belegen; wenn sie ihn nicht deutlich sichtbar belegen, verlieren sie den Anspruch darauf.» (Ziff. 08.02, T600). Dies bedeutet, dass der Passagier, wenn er einmal einen Sitzplatz hat, einen Anspruch darauf hat und diesen nicht verliert, wenn er kurz in den Speisewagen oder auf die Toilette geht. Voraussetzung ist, dass der Passagier den Platz deutlich sichtbar belegt, z.B. durch seine Jacke oder seine Tasche. Hingegen genügt es nicht, eine Zeitung auf den Sitzplatz zu legen oder die Tasche unter dem Sitz bzw. auf der Gepäckablage oberhalb des Sitzes zu deponieren.¹³⁷

[Rz 65] Nicht zulässig ist es, einen Sitzplatz für den Bekannten zu reservieren, der an der nächsten Station einsteigt. Wenn ein Sitzplatz schon nicht für das unentgeltlich beförderte Kind reserviert werden darf, so umso weniger für einen erst später zusteigenden Passagier.¹³⁸

[Rz 66] Im Zuge des Fahrplanwechsels im Dezember 2011

verkündeten die SBB, dass ein Billett erwerben müsse, wer in vollen Zügen sein Gepäck auf einem Sitz deponiere.¹³⁹ Diese Regelung galt schon bisher,¹⁴⁰ doch fand sie neu Eingang in die Hausordnung der Züge.¹⁴¹

e) 1. und 2. Klasse: Anspruch auf Upgrade?

[Rz 67] Platzmangel in der zweiten Klasse berechtigt nicht dazu, einen Platz in der ersten Klasse zu benutzen. Nur wenn das Personal dem Passagier einen solchen Platz zuweist, darf er diesen auf Zusehen hin ohne Mehrkosten benutzen (Ziff. 102.02, T600). Der explizite Wortlaut des Tarifs schliesst ein eigenmächtiges Vorgehen aus.¹⁴² Herrscht Platzmangel in der *ersten Klasse*, erhalten die Passagiere, die deswegen in der zweiten Klasse reisen, den Preisunterschied zurückerstattet (Ziff. 102.02, T600 und Ziff. 17.00, T600.9).

[Rz 68] Die Zugkategorien gelten auch für Vorräume, Gänge, Treppen etc. (Ziff. 102.00, T600). Wer im Vorraum der ersten Klasse steht, muss folglich auch ein Billett erster Klasse mit sich führen. Wer allerdings gerade noch den Zug erreicht hat und sich durch ein 1.-Klass-Abteil zu seinem Sitzplatz begeben muss, schuldet keinen Zuschlag – die Erhebung wäre mangels Verschuldens unverhältnismässig.

f) Wenn der Automat nicht funktioniert und kein Schalter geöffnet ist

[Rz 69] Der Passagier muss ein Billett erwerben, gegebenenfalls entwerfen und während der Fahrt jederzeit vorweisen können (Art. 57 Abs. 1 und 2 VPB). Dies kann er aber nur, wenn er auch die *Möglichkeit* dazu hat. Richtigerweise ist daher eine Nebenpflicht der SBB anzunehmen, einen Schalter zu öffnen¹⁴³ oder wenigstens einen funktionierenden Billettautomaten aufzustellen. Diese Nebenpflicht kann der Passagier nicht selbständig einklagen, doch entstehen der SBB

¹³⁵ Vgl. Art. 30 Abs. 1 PGB und die Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs (ARPV; SR 745.16); z.B. die Angebotsverordnung (LS 740.3) des Kantons Zürich.

¹³⁶ ZIEGLER, 40 f.; a.M. SCHWENDENER, Personentransportrecht, 55 ff., insb. 59: «Die nächste Konsequenz [der Transportpflicht] ist, dass die besagten Transportanstalten so eingerichtet und equipiert sein müssen, dass sie den irgendwie voraussehbaren Transportbedürfnissen zu genügen in der Lage sind. [...] Sorgt die Transportanstalt nicht dergestalt vor, so verstösst sie gegen die Transportpflicht und wird gegenüber den Transportinteressenten zivilrechtlich haftbar und gegenüber den Aufsichtsbehörden strafällig [...]. Die Transportanstalten haben allenfalls provisorische Anlagen herzustellen und fremde Transportmittel zu mieten.»

¹³⁷ Vgl. FAVRE/WICK, Art. 50 N 4.

¹³⁸ Vgl. auch die Regelung in Art. 50 Abs. 2 des Transportreglements vom 24. Juni 1949: «Der Reisende darf für sich und für jede mit ihm reisende Person, für die er einen gültigen Fahrausweis vorweisen kann, je einen noch verfügbaren Sitzplatz belegen. Wer seinen Platz verlässt, ohne ihn deutlich sichtbar zu belegen, verliert den Anspruch darauf.» Für den erst zusteigenden Bekannten verfügt der Passagier in der Regel über keinen gültigen Fahrausweis; eine Reservation ist daher unzulässig. Dasselbe muss heute gelten.

¹³⁹ Vgl. NZZ, 9. November 2011, 15.

¹⁴⁰ Vgl. Ziff. 27.10, T600 in der unveränderten Fassung vom 1. Juni 2012: «Jedem Reisenden steht für sein Handgepäck der Raum über und unter seinem Sitzplatz zur Verfügung. In den Nischen der Plattformen darf Handgepäck untergebracht werden, wenn genügend Platz vorhanden ist. Auf den Plattformen deponiertes Handgepäck darf nicht in den Durchgang ragen. Das Handgepäck ist von den Reisenden selbst zu beaufsichtigen.» und Ziff. 27.11, T600: «Wünscht der Reisende sein Handgepäck auf Sitzplätzen anstatt im Gepäckträger mit sich zu führen, so hat er so viele gewöhnliche Billette zum halben Preis zu lösen, als er für sein Handgepäck Sitzplätze beansprucht. Für Kinder-Tragtaschen gilt diese Regelung nur bei Platzmangel.»

¹⁴¹ Vgl. NZZ am Sonntag, 11. Dezember 2011, 14.

¹⁴² Unter dem Transportreglement vom 24. Juni 1949 hatte der Passagier Anspruch auf einen Platz in der höheren Klasse, der freilich vom Personal zuzuweisen war (Art. 52 Abs. 2; dazu auch FAVRE/WICK, Art. 52 N 4). Dies würde auch dem heutigen PBG gut anstehen, da der Passagier für einen Sitzplatz bezahlt hat. Wirklich sinnvoll ist dies aber nur, sofern sich Zugbegleiter im Zug befinden, die den 1.-Klass-Platz tatsächlich zuweisen können.

¹⁴³ So NELL, 41.

Nachteile, wenn sie dagegen verstossen. Sie verlieren insbesondere den Anspruch auf den Zuschlag (zum Zuschlag hinten, N 82 ff.).¹⁴⁴

g) Erstattung des Preises, wenn der Passagier das Billett nicht benutzt

[Rz 70] Im Unterschied zum normalen Vertragsrecht kann der Passagier ein Billett zurückgeben und erhält den Kaufpreis zurück, wenn er die Beförderungsleistung nicht in Anspruch nimmt. Voraussetzungen, Einschränkungen und Modalitäten regeln Art. 20 Abs. 2 PBG und T600.9. Der Passagier muss beweisen, dass er das Billett nicht benutzt hat. Vor Beginn der Gültigkeitsdauer gilt die Nichtbenutzung als erwiesen (Ziff. 12 und insb. 12.00, T600.9). In zweifelhaften Fällen haben die SBB ein grosses Ermessen (Ziff. 12.05, T 600.9); angesichts der Abweichung zum Grundsatz *pacta sunt servanda* stellt dies kein Problem dar. Auch der Passagier, der ein Billett erwerben musste, weil er sein Abonnement zu Hause vergessen hatte, erhält den Kaufpreis erstattet (Ziff. 14.00, T600.9). Der Passagier trägt einen Selbstbehalt zwischen Fr. 5 und Fr. 30 (Ziff. 13 und Ziff. 14.00, T 600.9).

h) Uneinige Passagiere

[Rz 71] Sind sich die Passagiere über die Intensität der Lüftung, das Öffnen der Fenster oder das Lichtkonzept nicht einig, entscheidet das Personal (Ziff. 101.03, T600). Dasselbe gilt, wenn sich Passagiere durch von anderen Passagieren mitgeführte Tiere gefährdet oder belästigt fühlen (Ziff. 26.00, T600). Ein Entscheid des Personals ist allerdings nur möglich, wo solches den Zug begleitet – im Selbstkontrollbereich entscheiden die Passagiere selber, faktisch oft der Stärkere bzw. Frechere. Aufgrund ihrer Schutz- und Obhutspflicht¹⁴⁵ können die SBB unter Umständen (z.B. nachts und auf Strecken, auf denen es wiederholt zu Übergriffen kam) verpflichtet sein, für Ordnung zu sorgen und die Beförderungsbedingungen zum Schutz der Passagiere vor Mitpassagieren durchzusetzen.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Vgl. die Richtlinien «Fahrausweiskontrolle» des ZVV (Fn. 7), Ziff. 7.460: «Macht ein Fahrgast eine Fehlfunktion eines Billettautomaten bzw. eines Entwerfers geltend, sind die Personalien aufzunehmen. Dem Fahrgast ist die Aufforderung abzugeben. Entwertbare Einzelbillette und Automatenbillette sind einzuziehen.» und Ziff. 7.461: «Ergeben die Nachforschungen, dass die vom Fahrgast geäusserte Störung nicht zutrifft, erstellt die Inkassostelle eine Rechnung für die Gebühr und den Zeitaufwand für die Überprüfung des Billettautomaten oder Entwerfers gemäss Ziffer 4.837.» Die SBB haben keine entsprechenden Richtlinien veröffentlicht. Auch in Deutschland ist kein erhöhtes Beförderungsgeld zu bezahlen, wenn der Automat nicht betriebsbereit und kein Schalter geöffnet ist (vgl. POHAR, NZV 2003, 260).

¹⁴⁵ Vgl. zur Schutz- und Obhutspflicht vorne, Fn. 117.

¹⁴⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a des BG über Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr vom 18. Juni 2010 (BGST; SR 745.2): Die Sicherheitsorgane «sorgen für die Beachtung der Transport- und Benützungsvorschriften».

i) Benutzung von Perron und Warteräumen

[Rz 72] Das Personal darf Personen ohne gültiges Billett von Perron und Warteräumen wegweisen (Ziff. 100.00, T600, vgl. Art. 57 Abs. 2 lit. b PBG). Daraus lässt sich umgekehrt ableiten, ab wann die Schutzpflicht der SBB beginnt. Sie beginnt nicht erst im Zug. Die SBB müssen vielmehr dafür sorgen, dass der Passagier gefahrlos zu den Zügen gelangt.¹⁴⁷ Ist ein gefahrloser Zugang nicht möglich, gleitet der Passagier z.B. auf dem vereisten Perron aus, so haften die SBB nach allgemeinem Vertrags- (Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR), Deliktsrecht (Art. 41 OR) oder der Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR). Die Gefährdungshaftung von Art. 40b Abs. 1 EBG greift nicht, da der Schaden nicht auf die charakteristischen Risiken des Eisenbahnbetriebs zurückzuführen ist.¹⁴⁸ Die SBB haften dem Passagier auch dann, wenn die Infrastruktur (der Bahnhof) von einem Dritten betrieben wird (Art. 101 OR).¹⁴⁹

9. Ausgewählte Ansprüche der Bahn

a) Passagier ohne Billett (Schwarzfahrer)

[Rz 73] Der Passagier muss für ein Billett sorgen und dieses gegebenenfalls entwerten (Art. 20 PBG, Art. 57 Abs. 1 und 2 VPB). Ziff. 08.01, T600 hält fest, dass man mit «*dem Erwerb eines Fahrausweises und/oder mit dem Einstieg in den Zug*» die geltenden Tarifbestimmungen akzeptiere. Es stellt sich die Frage, ob auch beim Schwarzfahren¹⁵⁰ ein Vertrag mit den SBB zustande kommt. Denkbar sind die Lösungen des konkludenten Vertragsschlusses, des faktischen Vertrags oder der ungerechtfertigten Bereicherung. Der fehlende Austausch von Willenserklärungen schliesst die Geltung des Vertragsrechts nicht unbedingt aus. Die Lehre von den *faktischen Vertragsverhältnissen* misst dem sozialtypischen Verhalten bei der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel die gleiche Bedeutung wie rechtsgeschäftliches Handeln zu und wendet das Vertragsrecht analog an.¹⁵¹ Beim Schwarzfahrer,

¹⁴⁷ Vgl. das Urteil des OLG Düsseldorf vom 4. April 2011, TranspR 2011, 347 f., 348; vgl. auch die Hinweise zur Luftbeförderung bei DETTLING-OTT, 168.

¹⁴⁸ Vgl. vorne, N 55.

¹⁴⁹ Vgl. zur Haftung der Bahn bei Trennung von Fahrbetrieb und Infrastruktur das Urteil des OLG Düsseldorf vom 4. April 2011, TranspR 2011, 347 f., 348; vgl. zur Benutzung der Infrastruktur eines anderen Eisenbahnunternehmens (Netzzugang) die Art. 9-9b EBG.

¹⁵⁰ Die Schwarzfahrerquote betrug 2011 nach einer Untersuchung der Verkehrsbetriebe Zürich (VBZ) ungefähr 1% (Geschäftsbericht VBZ 2011; Internet: www.stadt-zuerich.ch/content/vbz/de/index/die_vbz/geschaeftsbericht.html, 23. Juli 2012).

¹⁵¹ Vgl. den deutschen «Parkplatzfall», BGH, Urteil vom 14. Juli 1956 – V ZR 223/54 in NJW 1956, 1475 ff., 1476; vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1190; vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.77/2003 vom 6. Januar 2004, E. 4.2. (obiter dictum); vgl. BUCHER, OR AT, 273; vgl. Botschaft zur Güterverkehrsvorlage, BBl 2007 4492 f. vgl. HUGUENIN, OR AT, N 945

der den entgeltlichen Vertrag bewusst und explizit nicht schliessen will, ist die Annahme eines faktischen Vertrags heute wohl herrschende Lehre.

[Rz 74] Richtigerweise bedarf es des Konstrukts der faktischen Vertragsverhältnisse aber gar nicht. Sozialtypisches Verhalten – hier das Besteigen des Zugs – stellt bereits eine *konkludente Annahme* der real angebotenen Vertragsleistung dar. Wer einen inneren Vorbehalt gegenüber dem Vertragsschluss hegt oder sich sogar explizit gegen einen Vertragsschluss verwahrt («*protestatio facto contraria*»), handelt rechtsmissbräuchlich und verdient keinen Schutz.¹⁵² Das wahrnehmbare, reale Tun geniesst Vorrang vor dem verbalen oder gar nur inneren Vorbehalt.¹⁵³

[Rz 75] Die bereicherungsrechtliche Abwicklung der Transportleistung ist unter keinem Titel notwendig. Sie ist auch aus Folgenerwägungen abzulehnen. Die Bahn soll sich nicht mit einem bereicherungsrechtlichen Anspruch begnügen müssen, der aufgrund des Art. 64 OR Kürzungen unterliegen könnte,¹⁵⁴ sondern das tariflich bestimmte Entgelt mitsamt Zuschlag¹⁵⁵ gemäss Art. 20 PBG erhalten. Die Bahn soll auch der gesetzlich eingeschränkten Haftung unterliegen, ansonsten der Schwarzfahrer besser gestellt wäre als der reguläre Passagier.¹⁵⁶ Erleidet der Schwarzfahrer während der Beförderung eine Verletzung, so haften die SBB nach Art. 40b Abs. 1 EBG. Diese Gefährdungshaftung gilt gegenüber Passagieren ebenso wie gegenüber Dritten. Aus der Annahme eines konkludenten Vertragsschlusses entsteht den SBB insofern kein Nachteil.

[Rz 76] Ist der Schwarzfahrer minderjährig, so findet bei

(quasivertraglicher Anspruch).

¹⁵² Vgl. SCHWENZER, OR AT, § 28 N 61; so auch die neuere Lehre in Deutschland, vgl. WETH, JuS 1998, 795 f. und LAMBRECHT, 124, m.w.H.; zur *protestatio facto contraria* LAMBRECHT, 135, WETH, JuS 1998, 796 f. und BGH, Urteil vom 16. Dezember 1964 – VIII ZR 51/63 in NJW 1965, 387 ff., 388: «*Zeigt jemand ein Verhalten, das nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte nur als Ausdruck eines bestimmten Willens aufgefasst werden kann, so ist seine wörtliche Verwahrung gegen eine entsprechende Deutung des Verhaltens unbeachtlich. Er setzt sich in Widerspruch mit seinem eigenen tatsächlichen Verhalten (sogenannte protestatio facto contraria) und hat durch sein eigenes Verhalten die Geltendmachung einer anderweitigen Auslegung verwirkt.*»

¹⁵³ Vgl. dazu BASEDOW, 226.

¹⁵⁴ Beim deutschen Flugreisefall argumentierte der jugendliche Schwarzflieger, er sei nicht bereichert, weil er sich eine Flugreise ohnehin nie hätte leisten können. Damit machte er nicht den Wegfall der Bereicherung geltend, sondern bestritt das Vorliegen einer Bereicherung an sich. Der BGH berücksichtigte die Bösgläubigkeit des Schwarzfliegers nicht erst beim Wegfall der Bereicherung, sondern schon bei der Entstehung und bejahete die ungerechtfertigte Bereicherung im Umfang des Ticketpreises (BGH, Urteil vom 7. Januar 1971 – VII ZR 9/70 in NJW 1971, 607 ff., 610 ff.). Für einen Bereicherungsanspruch SCHWENDENER, Personentransportrecht, 35.

¹⁵⁵ Zum Zuschlag siehe unten, 24.

¹⁵⁶ Vgl. DETTLING-OTT, 14 f.; vgl. auch die Botschaft zur Güterverkehrsvorlage, BBl 2007 4492 f., die das Vertragsrecht anwenden will, um Art. 55 OR auszuschliessen, wonach der Beförderer für seine Hilfspersonen haftet, auch wenn ihn kein Verschulden trifft.

Ausbleiben der Genehmigung (Art. 19 Abs. 1 ZGB) und ausserhalb gewisser Freiräume¹⁵⁷ eine bereicherungs- oder deliktsrechtliche Abwicklung des Transports statt. Diese Ausnahme ergibt sich aus dem direkt anwendbaren Vertragsrecht ohne weiteres; aber auch beim faktischen Vertragsverhältnis ist der Minderjährigenschutz mittlerweile anerkannt.¹⁵⁸ Da der Zuschlag einen gültigen Vertrag voraussetzt – es handelt sich dabei um eine vertragliche Nebenpflicht (siehe unten) – hat der Minderjährige grundsätzlich keinen Zuschlag zu entrichten.¹⁵⁹ Dies ist mitunter störend: nicht, wenn der sechsjährige Abenteurer ohne Wissen seiner Eltern einen Ausflug unternimmt, wohl aber, wenn ein Sechzehnjähriger willentlich schwarzfährt. Das neue, ab 2013 geltende Erwachsenenschutzrecht schafft hier Abhilfe, indem es in Art. 19 Abs. 2 rev. ZGB eine weitere Ausnahme für «*geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens*» vorsieht. Heute kann ein Zuschlag ausnahmsweise ebenfalls geschuldet sein, wenn die Berufung auf Art. 19 Abs. 1 ZGB rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) erschiene.¹⁶⁰

b) Passagier mit teilgültigem Billett (Graufahrer)

[Rz 77] Es stellt sich die Frage, ob die oben entwickelten Lösungen auch für Graufahrer gelten. Graufahrer haben im Unterschied zu den Schwarzfahrern ein Billett, reisen aber beispielsweise mit einem 2.-Klass-Billett in der ersten Klasse, ohne Halbtaxabonnement zum halben Preis oder ohne Nachtzuschlag.¹⁶¹ Wiederum liegen stillschweigende Willenserklärungen vor. Das äussere, wahrnehmbare Tun stellt ein Akzept der von den SBB offerierten Transportleistung dar. Damit treffen den Graufahrer grundsätzlich die gleichen Rechtsfolgen wie den Schwarzfahrer, doch sind die zu bezahlende Fahrpreispauschale und der Zuschlag niedriger.¹⁶²

c) Blinder Passagier

[Rz 78] Der blinde Passagier versteckt sich und erschleicht so die Transportleistung. Er ist daher ein qualifizierter Schwarzfahrer. Das Tun, insbesondere das Besteigen des Zugs, ist beim *blinden Passagier* im Unterschied zum Schwarz- oder Graufahrer nicht wahrnehmbar. Es kann aufgrund des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs aber auch keine Rolle spielen. Auch hier kommt ein Vertrag zustande, begründbar mit

¹⁵⁷ Vgl. Art. 19 Abs. 1 ZGB (Zustimmung der Eltern) und Art. 323 Abs. 1, 305, 412, 414 ZGB.

¹⁵⁸ Vgl. LAMBRECHT, 120 und 144, je mit weiteren Hinweisen.

¹⁵⁹ Vgl. WETH, JuS 1998, 799 und HARDER, NJW 1990, 860 f. zur identischen Rechtslage in Deutschland.

¹⁶⁰ Vgl. BSK-BIGLER-EGGENBERGER, ZGB 19 N 25.

¹⁶¹ Vgl. BGE 136 II 457 ff., E. 3.3. Alle Fälle des Graufahrens sind erwähnt in Ziff. 11.11, T600.5.

¹⁶² Vgl. Ziff. 11.30 und Ziff. 30.00, T600.5; vgl. BGE 136 II 457 ff. und hinten, 2482 ff.

stillschweigenden Willenserklärungen aufgrund sozialtypischen Verhaltens, das im Mitfahren im Zug besteht. Die SBB haben einen vertraglichen Anspruch auf das Entgelt sowie den Zuschlag.

[Rz 79] Dennoch gibt es Aspekte, die beim blinden Passagier zu anderen Rechtsfolgen führen. Die Heimlichkeit des Tuns führt beispielsweise zur Strafbarkeit wegen Erschleichens einer Leistung im Sinne des Art. 150 StGB.¹⁶³ Was aber gilt, wenn der blinde Passagier während der Beförderung verletzt wird? BREHM hält ihm im Anwendungsbereich des SVG das Verbot des Rechtsmissbrauchs entgegen.¹⁶⁴ Dem ist nicht zu folgen. Die Gefährdungshaftung von Art. 40b Abs. 1 EBG gilt sowohl gegenüber Personen, die vertraglich mit dem Eisenbahnunternehmen verbunden sind, als auch gegenüber Dritten. Die Haftung gegenüber dem blinden Passagier ist daher gleich wie bei einem normalen Schwarzfahrer. Anders verhält es sich, wenn das heimliche Mitfahren die Gefahr oder das Risiko erhöht (was beispielsweise bei einer Reise auf dem Zugdach der Fall wäre): Dann ist das Verhalten des blinden Passagiers als den Kausalzusammenhang unterbrechendes oder zu einer Reduktion des Schadenersatzes führendes Selbstverschulden zu werten.

d) Rundfahrt statt Retourbillett

[Rz 80] Die SBB-Automaten ermöglichen billigere Reisen. Wer Zürich-Bern retour reisen wollte, konnte stattdessen das Billett von Zürich nach Zürich via Bern erwerben und sparte dabei Geld. Auch heute noch ist dies möglich, indem man den Zielort leicht anders wählt: Die längere Reise von Zürich HB nach Zürich Oerlikon via Olten-Bern-Olten-Zürich kostet gemäss Internet Fr. 41, während das Retourbillett Zürich-Bern mit Fr. 47 zu Buche schlägt. Während die Hin- und Rückreise von Zürich-Flughafen nach St. Gallen Fr. 26 kostet, kostet die ebenfalls längere Reise von Zürich-Flughafen nach Zürich Oerlikon via St. Gallen nur Fr. 23.50.¹⁶⁵ Die SBB haben 2007 angekündigt, dies «in den Zügen» nicht mehr zu akzeptieren.¹⁶⁶ Ist diese Drohung angesichts der Tatsache, dass das Billett die Strecke vollumfänglich abdeckt und der Automat und das Internet dieses Billett ausgeben, in Ordnung? Wohl nicht: Gesetz und Tarif bieten keine Grundlage, um einen Zuschlag zu verlangen. Ausserdem liegt es in der Macht der SBB, die Preise so zu gestalten, dass derartige «Tricks» nicht mehr möglich sind.

¹⁶³ Vgl. BGE 117 IV 449 ff., E. 6b.

¹⁶⁴ BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, N 360.

¹⁶⁵ Eigener Versuch im Internet auf www.sbb.ch (23. Juli 2012; Preise mit Halbtax).

¹⁶⁶ Vgl. Internet: <http://www.tagesschau.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2007/11/20/Schweiz/Wie-man-billiger-Zug-faehrt> und <http://www.kassensturz.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2007/11/20/kassensturzsendungsartikel/SBB-Billet-Zwei-Preise-fuer-die-gleiche-Strecke>, beide 23. Juli 2012.

e) Irrfahrt

[Rz 81] Der Tarif behandelt die Irrfahrt ausserhalb des Selbstkontrollbereichs privilegiert. Der Irrfahrer hat ein gültiges Billett, besteigt aber irrtümlich den falschen Zug oder einen Zug, der am Zielbahnhof nicht hält. Er darf gratis wieder zur Ausgangs- oder zur Aussteigestation reisen (vgl. Ziff. 81, T600). Nur bei Fahrten mit Selbstkontrolle muss der Irrfahrer den Zuschlag bezahlen. Diese Ungleichbehandlung ist schwer erklärbar – bei der Irrfahrt geht der Tarif offenbar von einem geringfügigen Verschulden aus, berücksichtigt dies aber nur in einem Teil der Fälle. Auf dieses Phänomen richten sich die Erwägungen zum Zuschlag.

f) Zuschlag

i) Abgrenzung zu Fahrpreispauschale und Busse

[Rz 82] Passagiere ohne gültigen Fahrausweis müssen einen Zuschlag bezahlen. Dessen konkrete Bemessung hat im Tarif nach den Kriterien des mutmasslichen Einnahmefalls und des Aufwands zu erfolgen. Der Zuschlag kann unter eng umschriebenen Umständen¹⁶⁷ reduziert oder erlassen, im Wiederholungsfalle erhöht werden (zum Ganzen Art. 20 Abs. 1-5 PBG; Ziff. 11.24 und Ziff. 30, T600.5). Der für Grau- und Schwarzfahrer unterschiedliche *Zuschlag*¹⁶⁸ tritt nicht zum Preis des regulären Billetts hinzu, sondern zu einer für Grau- oder Schwarzfahrer und für Erst- oder Wiederholungstäter differenzierten *Fahrpreispauschale* (Ziff. 11.30 und 30, T600.5).¹⁶⁹ Die Fahrpreispauschale ist auch dann geschuldet, wenn den Passagier kein Verschulden trifft. Überdies muss der Passagier eine *Busse* bezahlen (vgl. Art. 57

¹⁶⁷ Reduktion und Erlass sind möglich bei sofortiger und unaufgeforderter Mitteilung, dass man keinen gültigen Fahrausweis hat oder bei Vorweisung eines nicht entwerteten Fahrausweises, den man selbst hätte entwerten müssen (Art. 20 Abs. 4 PBG). Ziff. 11.24, T600.5 sieht den Erlass bei unbeholfenen, verwirrten oder stark behinderten Personen vor. Der Tarif behandelt die Irrfahrt ausserhalb des Selbstkontrollbereichs ebenfalls privilegiert, Ziff. 81, T600. Während Art. 20 Abs. 4 PBG als Kannvorschrift formuliert ist, entfällt der Zuschlag in den erwähnten Fällen des Tarifs zwingend.

¹⁶⁸ Der Entscheid BGE 136 II 457 ff. hat zu einer Änderung und Differenzierung des Zuschlags für Grau- und Schwarzfahrer geführt.

¹⁶⁹ Die Fahrpreispauschale berechtigt zur Fahrt bis zum angegebenen Ziel bzw. maximal bis zur Endstation; in Tarifverbunden gilt sie eine Stunde (Ziff. 11.30, T600.5).

PBG),¹⁷⁰ wenn ihn ein Verschulden trifft.¹⁷¹ Es handelt sich dabei um eine strafrechtliche Sanktion.¹⁷² Der Zuschlag liegt zwischen Fahrpreispauschale und Busse.

ii) Umfang

[Rz 83] Der Zuschlag stellt gemäss Bundesgericht keine Busse dar, sondern pauschalierten Schaden- und Aufwendersatz, geschuldet aufgrund einer zivilrechtlichen Nebenpflicht des Transportvertrages.¹⁷³ Konkret geht es dabei um eine pauschale und vereinfachte Abgeltung des *Aufwands, den die reisende Person verursacht* (im Einzelfall, Art. 20 Abs. 3 lit. b PBG) sowie des mutmasslichen *Einnahmenausfalls* (generell, d.h. von allen Schwarz- und Graufahrern verursacht; vgl. Art. 20 Abs. 3 lit. a PBG).¹⁷⁴

iii) Zivilrechtliche Einordnung

[Rz 84] Es stellt sich die Frage nach der *zivilrechtlichen Einordnung* des Zuschlags. In Frage kommen die *Garantie* als

kausales Leistungsversprechen, die *Konventionalstrafe* und der *pauschalierte Schaden- und Aufwendersatz*. Die relevanten Kriterien der Konventionalstrafe sind die Straffunktion und die Entbindung vom grundsätzlichen Schadensnachweis.¹⁷⁵ Die Konventionalstrafe setzt, sofern nichts anderes vereinbart wurde, ein Verschulden des Passagiers voraus.¹⁷⁶ Auch der pauschalierte Schadenersatz setzt grundsätzlich ein Verschulden voraus,¹⁷⁷ kausale Formen sind aber denkbar. Die Herabsetzung einer übermässig hohen Konventionalstrafe erfolgt aufgrund des Art. 163 Abs. 3 OR, während die h.L. beim pauschalierten Schadenersatz dessen analoge Anwendung befürwortet.¹⁷⁸ Im Gegensatz zur Konventionalstrafe und zum pauschalierten Schadenersatz setzt die Garantie als kausales Leistungsversprechen kein Verschulden voraus¹⁷⁹ und unterliegt nicht der richterlichen Angemessenheitsprüfung nach Art. 163 Abs. 3 OR.

[Rz 85] Entscheidende Bedeutung für die Qualifikation kommt der Frage zu, auf welchen Schadens- und Aufwandsbegriff das PBG abstellt. Dass sich der Schaden und auch der Aufwand, den der einzelne Schwarzfahrer verursacht, im Einzelfall nicht oder jedenfalls nur mit unzumutbarem Aufwand nachweisen lassen, erscheint klar. Insofern besteht ein legitimes Bedürfnis nach einer Pauschalierung.

[Rz 86] Art. 20 Abs. 3 lit. a PBG stellt auf den von *allen Schwarzfahrern* verursachten Einnahmenausfall ab.¹⁸⁰ Dabei handelt es sich nur zum Teil um einen Schaden nach der zivilrechtlich relevanten Differenztheorie. Der einzelne Schwarzfahrer ist nicht für den von anderen, teilweise nicht erwischten Schwarzfahrern verursachten Einnahmenausfall verantwortlich. Ausserdem tritt der Zuschlag zur Fahrpreispauschale hinzu. Damit geht er über eine blosser Schadenspauschalierung hinaus und legt die Annahme einer Konventionalstrafe nahe.¹⁸¹ Art. 20 Abs. 3 lit. b PBG stellt auf den Kontrollaufwand ab, den der *konkrete Passagier* ohne gültiges Billett verursacht. Im Zuschlag zu berücksichtigen ist nur diejenige Zeit, die effektiv wegen der konkreten Schwarzfahrt gebraucht wird.¹⁸² Nicht berücksichtigt werden darf hingegen

¹⁷⁰ Dem Gesetzgeber ist bei der Überführung der Strafbestimmungen vom TG in das PBG ein Versehen unterlaufen: Nach Art. 57 Abs. 1 PBG ist nur noch strafbar, wer ohne gültigen Fahrausweis auf einer Strecke fährt, auf der er das Billett selbst hätte entwerten müssen. Auf einer Strecke, auf der er das Billett nicht selbst entwerten muss, besteht heute aufgrund des Prinzips *nullum crimen, nulla poena sine lege* eine Strafbarkeitslücke (BGE 137 IV 99 ff.). Der Gesetzgeber hat sich des Problems im Rahmen des zweiten Schritts der Bahnreform 2 inzwischen angenommen (vgl. Botschaft zum zweiten Schritt der Bahnreform 2, BBl 2011 974 f.; BG über den zweiten Schritt der Bahnreform 2 (Entwurf), BBl 2011 1005).

¹⁷¹ Vgl. das Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2002.00253 des Kantons Zürich vom 13. November 2002. Das Gericht hob die gestützt auf Art. 51 Abs. 1 lit. b TG erlassene Bussenverfügung mangels nachgewiesenen Verschuldens auf. Den Zuschlag bestätigte das Gericht hingegen auch ohne Verschulden des Passagiers.

¹⁷² Art. 51 Abs. 1 TG war als Antragsdelikt konzipiert. Die Richtlinien «Fahrausweiskontrolle» des ZVV (Fn. 7) sahen vor, dass die Inkassostelle Strafanzeige stellt, wenn noch Gebühren aus einer früheren Fahrt ohne gültigen Fahrausweis offen sind oder wenn es sich um den dritten Fall innert zwei Jahren handelt (Ziff. 7.6). Der ZVV hat die automatische Anzeigerstattung aufgrund von BGE 137 IV 99 ff. vorläufig sistiert (vgl. die Richtlinien in ihrer Fassung vom 1. Dezember 2011). Die SBB haben entsprechende Richtlinien, soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht.

¹⁷³ Vgl. BGE 136 II 457 ff., E. 6.2: «Die Zuschläge sind zwar Gebühren oder anderen vergleichbaren Kausalabgaben ähnlich, stellen aber – nicht anders als der Fahrpreis – keine solchen, sondern Forderungen aus dem privatrechtlichen Transportverhältnis dar.» und BGE 136 II 489 ff., E. 2.4; vgl. aber das Urteil des Bundesgerichts 2A.602/2004 vom 21. Oktober 2004, E. 2.1, in dem das Bundesgericht noch von einer «Verwaltungsabgabe» spricht. Auch die Botschaft über Transporte des öffentlichen Verkehrs misst den Zuschlägen keinen Bussencharakter zu (BBl 1983 II 186).

¹⁷⁴ Vgl. BGE 136 II 457 ff., 465 f., 468; vgl. Botschaft über Transporte des öffentlichen Verkehrs, BBl 1983 II 186 und Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 (RöVE), BBl 2007 2721: «Neu wird für Reisende, die wiederholt ohne gültigen Fahrausweis unterwegs sind, eine rechtliche Vermutung aufgestellt. Es wird bei den Wiederholungstätern davon ausgegangen, dass sie nicht bei jeder Fahrt ohne gültigen Fahrausweis kontrolliert werden, wodurch dem Transportunternehmen mutmasslich ein erheblicher Einnahmefall entsteht. Da dies kaum bewiesen werden kann, kommt die gesetzliche Vermutung zu Hilfe.»

¹⁷⁵ Vgl. CHK-ROTH PELLANDA, OR 160 N 18; vgl. KOLLER, OR AT, § 81 N 12 und N 15.

¹⁷⁶ Vgl. CHK-ROTH PELLANDA, OR 160 N 24; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3823.

¹⁷⁷ Vgl. OERTLI, N 192; vgl. COUCHEPIN, SJ 2009 II 5.

¹⁷⁸ Vgl. BSK-EHRAT, OR 160 N 12 m.w.H.; a.M. COUCHEPIN, clause pénale, N 1055 ff., der stattdessen andere Reduktionsmöglichkeiten bejaht.

¹⁷⁹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3078 und 3777; es handelt sich dabei nicht um eine Garantie im Sinne von Art. 111 OR, vgl. BK-WEBER, OR 111 N 132.

¹⁸⁰ Vgl. Art. 20 Abs. 3 lit. a PBG: «[...] mutmasslichen Einnahmefall, den Reisende ohne gültigen Fahrausweis verursachen.»

¹⁸¹ Vgl. OERTLI, N 290 und COUCHEPIN, SJ 2009 II 15; vgl. BARTL, BB 1978, 1446 f.; vgl. auch CANARIS, NJW 1974, 526 zur ähnlichen Situation bei Vertragsstrafen bei Ladendiebstählen in Deutschland.

¹⁸² Urteil des Bundesgerichts 2A.602/2004 vom 21. Oktober 2004, E. 2.2. veranschlagte die Kosten der Kontrolle auf Fr. 130 je Passagier ohne

der generelle Kontrollaufwand, der sich nicht kausal auf die eigene Schwarzfahrt zurückführen lässt.¹⁸³ Auch wenn der generelle Kontrollaufwand nicht berücksichtigt wird, bleibt bezüglich der Zeit, die wegen der konkreten Schwarzfahrt aufgewendet wird, der Einwand möglich, das Zugpersonal hätte sie ohnehin aufgewendet.¹⁸⁴ Ein weiteres Indiz für das Vorliegen einer Konventionalstrafe liefert der erhöhte Zuschlag gemäss Art. 20 Abs. 5 PBG bei wiederholtem Schwarzfahren. Dieser Zuschlag basiert gemäss Botschaft auf der «gesetzlichen Vermutung», dass der Schwarzfahrer nicht bei allen Schwarzfahrten erwischt worden ist.¹⁸⁵ Diese Merkmale weisen deutlich auf den pönalen Charakter des Zuschlags hin, weil er sich nicht ernsthaft mit dem zu erwartenden Schaden auseinandersetzt, sondern wesensfremde und präventive Elemente hinzufügt.¹⁸⁶

[Rz 87] Für das pönale Element spricht auch die teilweise Erfassung des Verschuldens – wer sofort und unaufgefordert einräumt, über keinen Fahrausweis zu verfügen oder lediglich die Entwertung eines Billetts vergessen hat, dem kann der Zuschlag erlassen oder reduziert werden.¹⁸⁷ Ebenso ist dies bei verwirrten, unbeholfenen und behinderten Personen möglich.¹⁸⁸ Der (volle) Zuschlag wäre in diesen Fällen nicht gerechtfertigt. Darüber hinaus berücksichtigen PBG, VPB und Tarife das Verschulden aber nicht und sehen auch keine Herabsetzungsmöglichkeit vor. Die (wenn auch eingeschränkte) Berücksichtigung von Verschuldenselementen spricht gegen die Garantie als kausales Leistungsversprechen. Auch aufgrund des erwähnten Abstellens auf den von allen Schwarzfahrern verursachten Einnahmefall und aufgrund der pönalen Elemente ist der Zuschlag als Konventionalstrafe zu qualifizieren.

gültiges Billett.

¹⁸³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.77/2003 vom 6. Januar 2004, E. 4.2. (Falschparkieren; kein Anspruch auf Ersatz von allgemeinen Überwachungs- und Sicherungsmassnahmen, da sie nicht dem einzelnen fehlbaren Lenker zugeordnet werden können); vgl. CANARIS, NJW 1974, 521.

¹⁸⁴ Vgl. die Überlegungen bei SCHÖBI, recht 2004, 122 f. zu Urteil des Bundesgerichts 6S.77/2003 vom 6. Januar 2004, E. 4.2; vgl. STAUDINGER-SCHIEMANN, BGB 249 N 120; vgl. CANARIS, NJW 1974, 522 f.; vgl. insbesondere die Überlegungen bei DEUTSCH, E 56 ff. zu den möglichen Schadensformen, doch lehnt auch er den Ersatz präventiver Kosten ab (E 70).

¹⁸⁵ Vgl. das Zitat aus der Botschaft RöVE oben, Fn. 174.

¹⁸⁶ Vgl. das Eingeständnis der präventiven Abschreckungswirkung in der Botschaft über Transporte des öffentlichen Verkehrs, BBl 1983 II 186: «Damit sollen etwa der Missbrauch von Abonnementen, aber auch andere typische Fälle erfasst werden: so jener des Reisenden, der versucht, auf einer Strecke mit Selbstkontrolle möglichst viele Fahrten auszuführen, ohne den Fahrpreis zu bezahlen, und dabei bewusst das Risiko eingeht, bei jeder Stichprobenkontrolle den Zuschlag zahlen zu müssen. Damit solchen Spekulationen begegnet und eine vorbeugende Wirkung erzielt werden kann, muss der Zuschlag verhältnismässig hoch sein.»; vgl. dazu OCHSNER, 129. Zum passenden Kriterium der ernsthaften Auseinandersetzung des typischerweise zu erwartenden Schadens als Erkennungsmerkmal der Schadenspauschalierung PALANDT-GRÜNEBERG, BGB 276 N 26.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 20 Abs. 4 lit. a PBG.

¹⁸⁸ Vgl. oben, Fn. 167.

[Rz 88] Speziell ist, dass das Verschulden – abgesehen von den erwähnten Spezialfällen – nach dem PBG, aber auch aufgrund der Tarife, keine Voraussetzung für den Verfall der Konventionalstrafe ist. Lässt sich damit allen Einzelfällen gerecht werden? Ein paar Unterschieden lässt sich durchaus Rechnung tragen, etwa der unverschuldeten, der fahrlässigen und der vorsätzlichen Schwarzfahrt. Der *vorsätzliche Schwarzfahrer* muss den vollen Zuschlag und eine Busse nach Art. 57 Abs. 1 PBG bezahlen. Wer das Billett verliert oder verlegt (*fahrlässiger Schwarzfahrer*), muss ebenfalls den vollen Zuschlag bezahlen. Eine Busse ist bei fahrlässigem Handeln ebenfalls möglich;¹⁸⁹ im Vergleich zum vorsätzlichen Schwarzfahrer muss sie niedriger sein. Wer kein Billett erwerben kann, weil der Automat nicht funktioniert (*unverschuldeter Schwarzfahrer*), muss keinen Zuschlag bezahlen. Wenn schon derjenige, der das Billett nicht entwertet, nach Art. 20 Abs. 4 lit. b PBG privilegiert wird, muss dies erst recht (*argumentum a maiore ad minus*) für jenen gelten, der ein Billett erwerben und entwerten will, aber nicht kann. Ausserdem könnten die SBB schon deshalb keinen Zuschlag verlangen, weil sie ihrer (Neben-)Pflicht nicht nachgekommen sind, einen Schalter zu öffnen oder einen funktionierenden Billettautomaten aufzustellen.¹⁹⁰ Mangels Schuld entfällt eine Busse. Zwischen diesen Extremen liegt jedoch eine ganze Reihe weiterer Fälle: der Passagier schläft ein und fährt nach Erreichen des Reiseziels weiter¹⁹¹; die Irrfahrt im Selbstkontrollbereich; der Ausländer, der mit den hiesigen Verhältnissen nicht vertraut ist und das falsche Billett erwirbt¹⁹²; der Passagier, der ein Billett erwerben will, aber nicht kann, weil der Automat nur kleine Geldscheine akzeptiert.¹⁹³ In diesen Fällen soll der Zuschlag nach Ansicht der SBB und nach der Rechtsprechung grundsätzlich geschuldet sein, ohne jede Differenzierung. Eine Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR, der eine Herabsetzung bei Übermässigkeit erlauben würde, wird abgelehnt.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Vgl. Art. 57 Abs. 1 Ingress PBG.

¹⁹⁰ Vgl. oben, ob Fn. 143.

¹⁹¹ Vgl. AG Düsseldorf, Urteil vom 11. April 1988 – 40 C 608/87 in NJW 1988, 1988: Zuschlag verneint, weil keine Anhaltspunkte bestanden, dass der Passagier schwarzfahren wollte, zumal er bereits auf der Rückfahrt war und vom Personal des Beförderers an der Endstation nicht geweckt wurde.

¹⁹² Vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.602/2004 vom 21. Oktober 2004, E. 2.2. Der Passagier hatte für die falschen Billette sogar mehr bezahlt, als das richtige gekostet hätte. Das Bundesgericht hat die Anwendbarkeit von Art. 163 Abs. 3 OR verneint und den Zuschlag geschützt, u.E. zu Unrecht.

¹⁹³ Vgl. AG Nürnberg, Urteil vom 12. September 1989 – 19 C 4529/89 in NJW 1990, 127: der Passagier hatte einzig einen 50 DM-Schein, der Automat akzeptierte nur solche bis 20 DM und ein Wechselautomat stand nicht zur Verfügung; Zuschlag für unzulässig erklärt.

¹⁹⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.602/2004 vom 21. Oktober 2004, E. 2.2; Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2002.00253 des Kantons Zürich vom 13. November 2002, E. 4. – Anzuführen ist, dass die prinzipielle Haltung der SBB die eine Seite, die alltägliche Handhabung durch die Kontrolleure jedoch eine andere Seite ist. Aufgrund der persönlichen Erfahrung scheint uns, dass die Kontrolleure das Verschulden im Allgemeinen

[Rz 89] Erst durch die Anwendung des Art. 163 Abs. 3 OR aber lassen sich die relevanten Gesetze und Tarife *obligationenrechts- und verfassungskonform*¹⁹⁵ auslegen, denn das Gleichbehandlungsprinzip verlangt auch die ungleiche Behandlung ungleicher Sachverhalte. Das in Art. 163 Abs. 3 OR vorgesehene Ermessen trägt dem Verhalten des einzelnen Passagiers Rechnung und «rettet» folglich den Zuschlag, den die Gerichte ohne dieses Korrektiv mangels Berücksichtigung der Schwere des Verschuldens und der Interessenlage wohl aufheben müssten.¹⁹⁶ Der Missbrauchsgefahr schiebt die Beweislast einen Riegel, denn der Passagier ist für die behaupteten, zur Herabsetzung führenden Umstände beweispflichtig.¹⁹⁷ Kann er nicht beweisen, dass er sein Billett verlegt hat oder dass er eingeschlafen ist, schuldet er den vollen Zuschlag. Das Bundesgericht ruft bei der Herabsetzung von Konventionalstrafen aus Gründen der Vertragstreue und Vertragsfreiheit zu Zurückhaltung auf.¹⁹⁸ Bei nicht individuell verhandelten Konventionalstrafen sticht dies angesichts der fehlenden *materiellen Vertragsfreiheit* allerdings nicht. Der heute verlangte Zuschlag von Fr. 90–160 bei Schwarz- und Fr. 70–140 bei Graufahrern¹⁹⁹ erscheint nur im Vergleich zum Preis des einzelnen Billetts als hoch. Mit Blick auf den Kontrollaufwand von Fr. 130 pro Passagier ohne gültigen Fahrausweis²⁰⁰ ist er grundsätzlich angemessen. Doch taugt dieser Kontrollaufwand als Vergleichsmaßstab kaum, weil diese Kosten ohnehin angefallen wären.

[Rz 90] Zusammenfassend stellt der Zuschlag eine Konventionalstrafe dar. Er ist gemäss Art. 163 Abs. 3 OR herabsetzbar, womit sich dem Verschulden des Passagiers im Einzelfall Rechnung tragen lässt. Nur so lässt sich der Zuschlag verfassungskonform anwenden. Die Zulassung dieser

durchaus adäquat berücksichtigen.

¹⁹⁵ Vgl. dazu HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 148.

¹⁹⁶ Ein deutsches Gericht hob den verschuldensunabhängigen Zuschlag wegen Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzip und des Gleichbehandlungsgebots auf, vgl. AG Aachen, Urteil vom 2. Juli 1992 – 80 C 6/92 in NJW-RR 1993, 317; kritisch dazu WETH, JuS 1998, 801. Zu den Kriterien, die für die Herabsetzung zu berücksichtigen sind, vgl. BGE 133 III 43 ff., E. 3.3.2: «Eine Herabsetzung der Konventionalstrafe rechtfertigt sich insbesondere, wenn zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Ansprechers, daran im vollen Umfang festzuhalten, ein krasses Missverhältnis besteht. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dazu gehören insbesondere die Art und Dauer des Vertrages, die Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung, das Interesse des Ansprechers an der Einhaltung des Verbots sowie die wirtschaftliche Lage der Beteiligten, namentlich des Verpflichteten. Zu berücksichtigen sind ferner allfällige Abhängigkeiten aus dem Vertragsverhältnis und die Geschäftserfahrungen der Beteiligten.»

¹⁹⁷ Vgl. CHK-ROTH PELLANDA, OR 160 N 27, OR 163 N 15; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.36/2005 vom 24. Juni 2005, E. 3.

¹⁹⁸ Vgl. BGE 133 III 43 ff., E. 3.3.1.

¹⁹⁹ Ziff. 30.00, T600.5: Höhe des Zuschlags für den ersten Fall des Fahrens ohne bzw. mit teilgültigem Billett. Im Wiederholungsfalle erhöht sich der Betrag.

²⁰⁰ Vgl. Fn. 182.

Herabsetzungsmöglichkeit müsste auch im Interesse der SBB liegen, da der Zuschlag andernfalls unter Umständen aufzuheben wäre. Soweit der Zuschlag nach den aufgestellten Grundsätzen herabzusetzen ist, liegt – anders als von den SBB bisweilen dargestellt – keine «Kulanz» vor.²⁰¹

g) Beschädigung des Zugs

[Rz 91] Für die Beschädigungen und Verunreinigungen des Zugs muss der Passagier zivil- und strafrechtlich einstehen. Für die Beschädigung von Fahrzeugen und Anlagen der SBB haftet der Passagier, soweit ihn ein Verschulden trifft (Art. 22 Abs. 2 PBG). Auch für Schäden, die durch sein Handgepäck verursacht werden, trifft den Passagier eine Verschuldenshaftung (Art. 23 Abs. 2 PBG). Für Verunreinigungen, die über das ordentliche Mass hinausgehen, sich jedoch durch eine einfache Reinigung entfernen lassen, erheben die SBB eine Entschädigung von Fr. 25 (Ziff. 103.01, T600). Bei grösseren Schäden (z.B. Aufschlitzen der Sitze mit einem Messer) oder Verunreinigungen (z.B. Sprays von Graffiti erheblichen Ausmasses) entfällt die tarifliche Begrenzung. Art. 57 PBG bedroht sodann die vorsätzliche Verunreinigung von Fahrzeugen oder Anlagen mit Busse bis Fr. 10'000; für deren Beschädigung ist Art. 144 StGB einschlägig.

h) Transport von Hooligans

[Rz 92] Die Transportpflicht bildete schon Gegenstand der Erwägungen vorne.²⁰² Müssen die SBB aber auch Hooligans und sonstige Chaoten zu den Fussballspielen fahren? Die Transportpflicht gilt zwar nicht für Personen, welche die Anordnungen des Personals nicht befolgen, die betrunken sind oder randalieren oder sich sonst ungebührlich verhalten (Art. 59 Abs. 1 VPB), doch weiss man dies von den Hooligans im Voraus nicht zwingend. Die Bahnpolizei kann Personen bei Vorschriftswidrigkeiten zwar wegweisen, doch genügt dafür ein blosser Verdacht nicht.²⁰³

[Rz 93] Angesichts dieser Probleme schlägt das Bundesamt für Verkehr (BAV) vor, die Ausnahmen von der Transportpflicht in Art. 12 Abs. 2 PBG um die Gesundheit und die öffentliche Ordnung zu erweitern sowie einen Art. 12a betreffend die «Beförderung zu Sportveranstaltungen» in das PBG einzufügen.²⁰⁴ Art. 12a Abs. 1 E-PBG schränkt die

²⁰¹ «Kulanz» bezeichnet freiwilliges und folglich rechtsungleiches Entgegenkommen; vgl. Tages-Anzeiger, 20. Juni 2011, 39 und NZZ, 17. November 2011, 11 (Verzicht auf Zuschlag bei Irrfahrt ausserhalb des Selbstkontrollbereichs als Kulanz bezeichnet, obwohl nach Ziff. 81, T600 gar kein Zuschlag erhoben werden darf).

²⁰² Vorne, N 19 ff. Zur Transportpflicht und Hooliganismus vertieft König, Sicherheit & Recht 2012, 25 ff.

²⁰³ Vgl. Art. 4 BGST.

²⁰⁴ Vernehmlassungsvorlage «Fanzüge; Änderung des Personenbeförderungsgesetzes (PBG)» vom 14. Juni 2012. Die Vernehmlassungsfrist läuft bis 11. Oktober 2012. Vgl. zum vorgeschlagenen Gesetzestext (Internet: <http://www.bav.admin.ch/aktuell/vernehmlassung/03863/03892/index>).

Transportpflicht ein und erlaubt den SBB, den Fans die Beförderung in den fahrplanmässigen Kursen zu verweigern, wenn Extra- oder Charterzüge zur Verfügung stehen. Ausserdem sollen die Sportklubs stärker in die Pflicht genommen werden und grundsätzlich haftbar sein für den Schaden, den ihre Fans im Rahmen der Extrafahrt verursachen (Art. 12a Abs. 3 und 4 E-PBG). Art. 12 Abs. 2 E-PBG soll darüber hinaus erlauben, Schwarzfahrer und Passagiere, die das Personal tätlich angreifen, für eine bestimmte Zeit von der Beförderung auszuschliessen.²⁰⁵

Literaturverzeichnis

ACHERMANN URS PHILIPP, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, Diss. Zürich 2008.

AEMISEGGER CLAUDE, Qualifizierte Schuldurkunden und SchKG, Diss. Lausanne 2009.

ARNET RUTH, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Habil. Basel 2006 = Bern 2008.

AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K./TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012 (zitiert: CHK-Verfasser).

BARTL HARALD, Vertragsstrafen in Beförderungsbedingungen der öffentlichen Hand? Betriebs-Berater 1978, 1446 ff.

BASEDOW JÜRGEN, Der Transportvertrag, Habil. Hamburg 1986 = Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 50, Tübingen 1987.

BREHM ROLAND, Motorfahrzeughaftpflicht, Bern 2008.

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988 (zitiert: Bucher, OR AT).

BUCHER OLIVER, Open Access im Schienenverkehr – Eine Auslegeordnung der rechtlichen Rahmenbedingungen der Schweiz mit einem Überblick über die Regelung in der EU, Diss. Zürich 2006 (zitiert: Bucher, Open Access).

CANARIS CLAUS-WILHELM, Zivilrechtliche Probleme des Warenhausdiebstahls, NJW 1974, 521 ff.

COUCHEPIN GASPARD, La forfaitisation du dommage, SJ 2009 II 1 ff.

COUCHEPIN GASPARD, La clause pénale, Diss. Fribourg 2008 = Travaux de la faculté de droit de l'Université de Fribourg Suisse, Band 270 (zitiert: Couchevin, clause pénale).

DETTLING-OTT REGULA, Internationales und schweizerisches Lufttransportrecht, Habil. Zürich 1993.

DEUTSCH ERWIN, Empfiehlt es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche?, in: Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, Band 1, Gutachten E, München 1976.

EHLERS DIRK, Verwaltung in Privatrechtsform, Habil. Erlangen-Nürnberg 1981 = Schriften zum öffentlichen Recht, Band 464, Berlin 1984.

EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. A. Zürich/St. Gallen 2008 (zitiert: SG-Verfasser).

FAVRE JOHN/WICK JOSEF, Das Schweizerische Transportrecht für Eisenbahnen und Schiffe, Basel 1949.

FURRER ANDREAS, Der Einbezug der Allgemeinen Beförderungsbedingungen beim Kauf eines Fahrscheins, in: Jürg-Beat Ackermann/Felix Bommer (Hrsg.), Liber amicorum für Dr. Martin Vonplon, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR), Band 40, Zürich 2009, 139 ff.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 9. A., Zürich 2008.

GROLIMUND PASCAL/STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL, Zivilprozessrecht, Zürich 2008.

GUTMANNBAUER HEIDRUN, Grundrechtsschutz beim privatrechtlichen Staatshandeln, Diss. Zürich 2011 = Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 198.

HABERSACK MATHIAS, Kommentar zu § 807 BGB, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2009 (zitiert: MK-Habersack).

html?lang=de, 23. Juli 2012): «Art. 12 Abs. 2 2 Der Bundesrat bestimmt, welche Personen und Gegenstände aus Gründen der Hygiene, der Gesundheit, der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zu transportieren sind. Art. 12a Beförderung zu Sportveranstaltungen (neu) 1 Ein Unternehmen kann Anhängerinnen und Anhängern eines Sportklubs (Fans) die Beförderung zu einer Sportveranstaltung mit fahrplanmässigen Kursen verweigern, wenn es rechtzeitig vor der Veranstaltung: a. dem Sportklub einen Vertrag zur Beförderung der Fans mit gecharterten Fahrzeugen (Chartervertrag) anbietet; oder b. den Fans die Beförderung mit einem nicht fahrplanmässigen Kurs gegen Vorlage einer Eintrittskarte oder unter Verbindung von Fahrausweis und Eintrittskarte (Kombiticket) anbietet; über das Kombiticket muss das Unternehmen mit dem Sportklub einen Vertrag abschliessen. 2 Der Fahrpreis darf den Tarif für die fahrplanmässige Beförderung auf derselben Strecke nicht übersteigen. 3 Der Sportklub haftet gegenüber dem Unternehmen für Schäden, die diesem durch die Beförderung der Fans mit nicht fahrplanmässigen Kursen entstehen. 4 Er kann sich von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotenen Vorkehrungen getroffen hat, um Schäden zu vermeiden. 5 Der Chartervertrag oder der Vertrag über das Kombiticket regelt insbesondere die Kontrolle des Zutritts zu den Fahrzeugen des Unternehmens sowie Einzelheiten der Haftung des Sportklubs.» Vgl. überdies den früheren Vorschlag der Verwaltung, abgedruckt bei KÖNIG, Sicherheit & Recht 2012, 28 f.; zur Erfassung des Hooliganismus im Strafrecht siehe WOHLERS/TRUNZ, CaS 2011, 176 ff.

²⁰⁵ Vernehmlassungsvorlage (Fn. 204), 12.

- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A., Zürich 2008.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel/Genf/München 2011 (zitiert: BSK-Verfasser).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. A., Basel/Genf/München 2008 (zitiert: BSK-Verfasser).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS/REUSSER RUTH (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 4. A., Basel/Genf/München 2010 (zitiert: BSK-Verfasser).
- HONSELL HEINRICH, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 2011 II, 5 ff.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Zürich 2008 (zit. Huguenin, OR AT).
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2008 (zit. Huguenin, OR BT).
- JÄGGI PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 7. Teil, Die Wertpapiere, Art. 965-989 und 1145-1155 OR, Zürich 1959 (zitiert: ZK-Jäggi).
- JÄGGI PETER/DRUEY JEAN NICOLAS/VON GREYERZ CHRISTOPH, Wertpapierrecht, Basel 1985.
- KERN KEREM, Privatisierung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Diss. Zürich 2005 = Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 166.
- KILIAN WOLFGANG, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 1980, 47 ff.
- KOCH DANIEL, «Und die Kunden tun gut daran, sie zu kennen ...», SJZ 1998, 457 ff.
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A. Bern 2009.
- KÖNIG PETER, Die Beförderung von Fussballfans im öffentlichen Verkehr, Sicherheit & Recht 2012, 25 ff.
- KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Fribourg 1999 = Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 190, 2000.
- LAMBRECHT PETER, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, Diss. Bielefeld 1992 = Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Band 10, Tübingen 1994.
- L'HUILLIER LAURENT, Le règlement de transport dans ses rapports avec le code des obligations, in: Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, 179 ff.
- MÄCHLER AUGUST, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege: ausgewählte Fragen zum vertraglichen Handeln der Verwaltung und zum Einsatz des Vertrages in der Verwaltungsrechtspflege, Habil. Zürich 2005.
- MARTI ARNOLD, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung – Personenrecht, 1. Teilband, Einleitung, Vorb. Art. 5/6, Art. 5 und Art. 6 ZGB, 3. A., Zürich 1998 (zitiert: ZK-Marti).
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/VON DER CRONE HANS CASPAR, Wertpapierrecht, 2. Aufl., Bern 2000.
- MERCADAL BARTHÉLÉMY, Droit des transports terrestres et aériens, Dalloz 1996.
- NELL ANTON, Die Beförderungspflicht der Eisenbahnen, Diss. Bern 1957.
- OCHSNER STEPHAN, Die strafrechtliche Behandlung des Schwarzfahrers, Diss. Zürich 1997. OERTLI THERES, Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz, Diss. Luzern, 2004.
- OETKER HARTMUT, AGB-Kontrolle im Zivil- und Arbeitsrecht, AcP 2012, 202 ff.
- OFTINGER Karl/STARK Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/3, Übrige Gefährdungshaftungen, 4. Aufl., Zürich 1991.
- PALANDT OTTO/VERFASSEN, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl., München 2012.
- POHAR MICHAEL A., Handy-SMS, OnlineTicket und Chipkarte als Fahrschein – neue Wege zum Personenbeförderungsvertrag, NZV 2003, 257 ff.
- SCHLATTER ELIANE, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, Diss. Zürich 2009 = Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 186.
- SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Bd. V/1/a, Allgemeine Einleitung, Vorb. vor Art. 1 OR, Art. 1-17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973.
- SCHÖBI FELIX, Strafschadenersatz durch die Hintertür des Strafrechts? recht 2004, 119 ff.
- SCHWENDENER HANS, Das Personentransportrecht – mit besonderer Berücksichtigung des schweiz. Post-, Eisenbahn- und Dampfschiffverkehrs, Diss. Bern 1911.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009.
- STAUDINGER-VERFASSEN, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, (STAUDINGER-SCHIEMANN, Kommentar zu § 249 BGB, Berlin 2005 und STAUDINGER-MARBURGER, Kommentar zu § 807 BGB, Berlin 2009).
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979.
- WALSER CHRISTIAN, Die materiellrechtliche Bedeutung der Karten und Marken des täglichen Verkehrs nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1958.
- WEBER ROLF H., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung,

Allgemeine Bestimmungen, 6. Teilband, Beziehungen zu Dritten, Art. 110-113 OR, Bern 2002 (zitiert: BK-Weber).

WETH STEPHAN, Zivilrechtliche Probleme des Schwarzfahrens in öffentlichen Verkehrsmitteln, JuS 1998, 795 ff.

WOHLERS WOLFGANG/TRUNZ MIRJAM, Hooliganismus-Bekämpfung: Kann die Schweiz von England lernen? CaS 2011, 176 ff.

ZIEGLER HANS PETER, Die Beförderungspflicht der Bahnen unter besonderer Berücksichtigung des Stückgutproblems, Diss. St. Gallen 1976.

Dr. Michael Hochstrasser ist Rechtsanwalt bei Schiller Rechtsanwälte, Winterthur, und arbeitet an einer vom Schweizerischen Nationalfonds unterstützten Habilitation zum Personen- und Güterbeförderungsvertrag.

Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M. ist Lehrbeauftragter an den Universitäten Zürich und Fribourg.

* * *