

Michael Hochstrasser / Arnold F. Rusch

Der Vertrag des Passagiers mit den SBB (2.0)

Dans jusletter du 8 octobre 2012, Michael Hochstrasser et Arnold F. Rusch avaient étudié en détail le contrat de l'usager avec les CFF. La contribution avait suscité un grand intérêt. Durant les sept années suivantes, de nombreuses et nouvelles questions ont surgi et les bases légales ont changé, raison suffisante pour mettre à jour et compléter la contribution de 2012.

Catégories d'articles: Articles scientifiques

Domaines juridiques: Droit privé; Droit des obligations; Chemins de fer; Droit de la consommation; Droit des transports

Proposition de citation: Michael Hochstrasser / Arnold F. Rusch, Der Vertrag des Passagiers mit den SBB (2.0), in : Jusletter 23 septembre 2019

Inhaltsübersicht

1. Vertragsinhalt
2. Vertragsparteien
3. Rechtsquellen
 - a. Personenbeförderungsregal
 - b. Anwendbare Gesetze
 - c. Tarif
 - d. Benützungsvorschriften und allgemeine Geschäftsbedingungen
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, der Benützungsvorschriften und der allgemeinen Geschäftsbedingungen
 - I. Geltung der Tarifbestimmungen ex lege
 - II. Einbezug der allgemeinen Geschäftsbedingungen
 - 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 5.99 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. Anspruch auf klimatisierte Zugsabteile?
 - g. Wenn der Automat nicht funktioniert und kein Schalter geöffnet ist
 - h. Erstattung des Preises, wenn der Passagier das Billett nicht benutzt
 - i. Uneinige Passagiere
 - j. Benützung von Perron und Warteräumen
 - k. Rauchen etc.
9. Ausgewählte Ansprüche der Bahn
 - a. Passagier ohne Billett (Schwarzfahrer)
 - b. Passagier mit teilgültigem 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. Blockieren der Türe
 - i. Transport von Hooligans

1. Vertragsinhalt

[1] Der Personenbeförderungsvertrag mit den SBB richtet sich auf den Transport einer Person und ihres Handgepäcks auf einer Strecke (Ziff. 0.7.1 und 6.1.1, 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

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

[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.

[4] Der Passagier kauft das Billett (ein einziges) in der Regel beim ersten Transportunternehmen. Er schliesst einen einzigen Beförderungsvertrag (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.

¹ Tarif T600 (Allgemeiner Personentarif), Internet: <https://www.ch-direct.org/de/Themen/TarifeVorschriften> (alle Webseiten zuletzt besucht am 17. August 2019). 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 18.

⁴ Vgl. Art. 17 PBG, wonach die Unternehmen die gemeinsamen Beziehungen zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs regeln; vgl. HANS PETER ZIEGLER, Die Beförderungspflicht der Bahnen unter besonderer Berücksichtigung des Stückgutproblems, Diss. St. Gallen 1976, 36, nach welchem der das Billett verkaufende Beförderer den Vertrag im Namen der einfachen Gesellschaft abschliesst. A.M. ANTON NELL, Die Beförderungspflicht der Eisenbahnen, Diss. Bern 1957, 95 f., der eine direkte Stellvertretung annimmt. Wie ZIEGLER (FN 4), 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. REGULA DETTLING-OTT, Internationales und schweizerisches Lufttransportrecht, Habil. Zürich 1993, 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] Einen Spezialfall stellt der Zürcher Verkehrsverbund (ZVV) dar.⁵ Er ist der erste und bis heute einzige 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 Zusammenarbeitsvertrag.⁷ Der ZVV koordiniert das Verkehrsangebot im Verbundgebiet und sorgt für einheitliche Tarife (§ 11 PVG).

3. Rechtsquellen

a. Personenbeförderungsregal

[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 verselbstst ändigt wurden.⁸ Der Bund hat neu nationale Fernbuslinien konzessioniert, die in Konkurrenz zur SBB stehen.⁹

b. Anwendbare Gesetze

[7] Auf den Vertrag des Passagiers mit den SBB (Personenbeförderungsvertrag) ist in erster Linie das Personenbeförderungsgesetz (PBG)¹⁰ sowie die zugehörige Verordnung (VPB)¹¹ anwendbar.

[8] Art. 51 Abs. 1 PBG verweist für die ausservertragliche Haftung auf das Eisenbahngesetz (EBG).¹² 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.

[9] Dann gilt nämlich – wie auch gegenüber Dritten – die Gefährdungshaftung von Art. 40b Abs. 1 EBG.¹³ Ergänzend ist bei der Haftung auf das Deliktsrecht des OR abzustellen (Art. 40f EBG).

⁵ Der ZVV stellt eine unselbstständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts dar und hat seine Grundlage in § 10 ff. des Gesetzes des Kantons Zürich vom 6. März 1988 über den öffentlichen Personenverkehr (PVG; ZH LS 740.1).

⁶ VöV, Fakten und Argumente zum öffentlichen Verkehr, 2016/2017, 41; vgl. Internet: <https://www.zvv.ch/zvv/de/ueber-uns/zuercher-verkehrsverbund/kurzportrait/geschichte.html>.

⁷ Vgl. § 21 Abs. 2 PVG; vgl. auch den Hinweis in der Richtlinie «Fahrausweiskontrolle» des ZVV, Ziff. 7.007, Internet: <https://www.zvv.ch/zvv-assets/abos-und-tickets/verbundtarif/2019/7%20Richtlinie%20Fahrausweiskontrolle.pdf>.

⁸ Vgl. Botschaft zur Bahnreform 1, BBl 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 BAV, Domo Swiss Express AG erhält Konzession für nationale Fernbusse, 19.2.2018, Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-69831.html>.

¹⁰ BG über die Personenbeförderung vom 20. März 2009 (SR 745.1).

¹¹ Verordnung über die Personenbeförderung vom 4. November 2009 (SR 745.11).

¹² Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (SR 742.101).

¹³ Die Haftung für *Handgepäck* (leicht tragbare Gegenstände) 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). Nach dem unlängst revidierten Art. 40b Abs. 2 lit. b EBG haften die SBB für das *Reisegepäck* ausschliesslich nach dem Obligationenrecht und den massgeblichen internationalen Vereinbarungen (vgl. insbesondere das Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr, SR 0.742.403.1, Anhang A, Art. 1 § 1 CIV). Damit kommt es zu folgender merkwürdiger Situation: Wer die Suche nach Haftungsregeln für Reisegepäck im PBG beginnt, wird in

Soweit das PBG eine Frage nicht regelt (und auch die weiteren Spezialgesetze keine Antwort geben), ist das OR anwendbar.¹⁴

[10] Im grenzüberschreitenden Bahnverkehr sind die Einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Personen (CIV) zu beachten.¹⁵ Die CIV gelten heute europaweit. Das Augenmerk dieses Aufsatzes soll jedoch auf dem innerschweizerischen Bahntransport liegen.

c. Tarif

[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.

[12] Anders als umgangssprachlich oft verstanden, ist der Tarif somit nicht nur eine Preisliste, sondern enthält vielmehr eine Art allgemeine Geschäftsbedingungen.¹⁶ Allgemeine Geschäftsbedingungen sind hier allerdings in einem untechnischen Sinne zu verstehen. Der Tarif bedarf nämlich keines AGB-rechtlichen Einbezugs und gilt von Gesetzes wegen (vgl. hinten, ab N 30).

[13] Im Direkten Verkehr haben die Beförderungsunternehmen für gemeinsame Tarife und Billette zu sorgen (Art. 16 Abs. 2 PBG).¹⁷ 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

Art. 27 PBG sowie in den Art. 71–75 VPB fündig und von dort nicht auf das EBG verwiesen. Wer hingegen im EBG sucht, kommt nicht auf das PBG, da das EBG auf das Obligationenrecht und die massgeblichen internationalen Vereinbarungen (das ist in erster Linie die CIV) verweist. Diese positive Normenkollision gilt es zu lösen, da die Vorschriften unterschiedliche Voraussetzungen statuieren: Erstens könnte Art. 40b Abs. 2 lit. b EBG als unlängst revidiertes Recht dem älteren PBG vorgehen. Zweitens könnte man den Verweis auf die CIV für «beförderte Sachen» in Art. 40b Abs. 2 lit. b EBG teleologisch auf die Güterbeförderung reduzieren und das Reisegepäck unter das Handgepäck gemäss Art. 40b Abs. 2 lit. a EBG subsumieren. Dies widerspricht zwar der transportrechtlichen Terminologie und der Botschaft zur Güterverkehrsvorlage (BBl 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 aufgegebene, unter Umständen im Postwagen desselben Zugs reisende, Koffer dagegen nach *internationalem Eisenbahngütertransportrecht* (CIM). G.L.M. SHIRIN GRÜNIG, «Unterwegs zuhause» im Irrgarten des Personenbeförderungsvertrags, HAVE 2014, 347 ff., 354; a.M. ROGER KÖNIG, Die Haftung der Eisenbahnunternehmen nach Art. 40b ff. EBG – ein Überblick, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), HAVE Haftpflichtprozess 2014, Eisenbahn- und Grundeigentümerhaftung, Insassenversicherung, vorsorgliche Beweisführung, Zwischenentscheid, Replikrecht, Teilklage, unbezifferte Forderungsklage und Stufenklage, Zürich 2014, 15 ff., 27 f., m.w.H. und ANDREAS FURRER, Schweizerisches Fracht-, Speditions- und Lagerrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2016, FN 94. Dieser Aufsatz geht auf die Beförderung von Reisegepäck nicht weiter ein.

¹⁴ Die h.L. erfasst die Personenbeförderung als Auftrag, während eine Minderheit sich für einen Werkvertrag oder einen Innominatkontrakt ausspricht (vgl. die Übersicht bei MICHAEL HOCHSTRASSER, Der Beförderungsvertrag, Habil, Zürich 2015, N 252 ff.).

¹⁵ 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).

¹⁶ Vgl. NELL (FN 4), 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 JOHN FAVRE/JOSEF WICK, Das Schweizerische Transportrecht für Eisenbahnen und Schiffe, Basel 1949, Art. 14 N 2.

¹⁷ Vgl. dazu Urteile des Bundesgerichts 2C_43/2012 vom 24. April 2012 E. 2 f.

die Tarife der «Schweizerischen Transportunternehmen».¹⁸ Zu nennen sind insbesondere die Tarife T600 (Gemeinsame Tarif-Nebenbestimmungen für den Direkten Verkehr und die beteiligten Verbände), T601 (Allgemeiner Personentarif)¹⁹, T600.9 (Erstattungen), T602 (Gepäck) und T654 (Tarif für General- und Halbtaxabonnemente, seven25-Abo und Zusatzangebote).²⁰

[14] Der Tarif untersteht der Aufsicht des Bundes (Art. 52 PBG). Aufsichtsbehörde ist das Bundesamt für Verkehr (BAV).²¹ Bis zum Inkrafttreten des Transportgesetzes (TG) am 1. Januar 1985 unterlagen die Tarife der Genehmigung. Der Übergang zur blossen Aufsicht sollte den unternehmerischen Spielraum der Transportunternehmen erweitern.²² Heute legt der Konzessionär den Tarif immerhin dem Konzessionsgesuch bei (Anhang I lit. i VPB).²³ In der Konzessionserteilung in Kenntnis des Tarifs lässt sich auch eine Art Genehmigung desselben sehen.²⁴

d. Benützungsvorschriften und allgemeine Geschäftsbedingungen

[15] Seit 2016 erwähnt Art. 18a Abs. 1 PBG *Benützungsvorschriften*: «Die Unternehmen können Vorschriften über die Benützung ihrer Anlagen und Fahrzeuge erlassen, soweit diese Vorschriften für den sicheren und reibungslosen Betrieb der Anlagen und Fahrzeuge erforderlich sind und sich die Verhaltenspflichten nicht aus dem Transportvertrag ergeben». Ebenfalls seit 2016 enthält das Gesetz eine Bestimmung über *allgemeine Geschäftsbedingungen*: «Die Unternehmen können allgemeine Geschäftsbedingungen über die Benützung der Anlagen und Fahrzeuge sowie über das Verhalten der Reisenden während der Fahrt aufstellen. Die Unternehmen können darin Aufwandsentschädigungen bei Verstössen gegen die Benützungsvorschriften vorsehen». (Art. 22 Abs. 1 PBG).

¹⁸ Auch das Generalabonnement (GA) und das Halbtax-Abonnement sind Produkte des Direkten Verkehrs. Vgl. dazu und weiterführend zum Direkten Verkehr VöV (FN 6), 14 sowie die 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 Transportunternehmen (Ü 510)); vgl. auch die Botschaft zur Bahnreform I, BBl 1997 I 939 f.

¹⁹ Alle Bestimmungen, die für den Direkten Verkehr und die beteiligten Verkehrsverbände gelten, sind im Tarif T600 aufgeführt; die Bestimmungen, die nur den Direkten Verkehr betreffen, sind im T601 geregelt (Ziff. 0.2.2, T601).

²⁰ Die aktuellen Tarife des Direkten Verkehrs sind abrufbar auf den Internetseiten des Direkten Verkehrs (ch-direct), Internet: https://www.ch-direct.org/de/Themen/TarifeVorschriften_sowie_der_SBB, Internet: <https://www.sbb.ch/bahnhof-services/dienstleistungen/kundendienst/tarifbestimmungen-die-detaillierten-bestimmungen-zu-ihrer-reise.html>. Darüber hinaus gibt es weitere Tarife, z.B. den T651.31 betreffend den Nachtzuschlag, vgl. Internet: http://www.nachtzuschlag.ch/nachtzuschlag/export/sites/default/.content/Dokumente/T651.31_Nachtzuschlag_Metropolitanregion_Zuerich_20181209.pdf, den T651.30 betreffend den Tarifverbund für den Lebens- und Wirtschaftsraum Zürich (Z-Pass), Internet: https://www.zpass.ch/dam/zpass/Tarife/T651.30%20Tarifverbund%20für%20den%20Lebens-und%20Wirtschaftsraum%20Zürich%20Z-Pass_de_20181209_barrierefrei_OHNE%20Anhang%2011.pdf oder speziell für die SBB den Tarif T610 Gebühren für Serviceleistungen SBB, Internet: <https://www.sbb.ch/content/dam/internet/sbb/de/bahnhof-services/dienstleistungen/kundendienst/T610.pdf.sbbdownload.pdf>.

²¹ Zur Kognition vgl. hinten, N 41 ff.

²² BGE 136 II 457 E. 3.2 und als Vorinstanz das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2742/2009 vom 14. Dezember 2009 E. 2.4.

²³ Auch die Angebotsvereinbarung im Bestellverfahren regelt unter anderem die Tarife (vgl. Art. 31a Abs. 4 lit. d PBG).

²⁴ Auch der Preisüberwacher prüft die Tarife (hinten, N 14, 41). 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).

[16] Wodurch zeichnen sich die beiden neuen Normtypen aus? Beide unterscheiden sich durch die *Freiwilligkeit des Erlasses* vom Tarif, den es zwingend zu erlassen gilt.²⁵ Weiter hält die Botschaft fest, dass es sich bei den Benützungsvorschriften gemäss Art. 18a PBG um *öffentlich-rechtliche* Bestimmungen handelt, die gegenüber der Allgemeinheit Geltung beanspruchen, während Art. 22 PBG die *privatrechtlichen* Benützungsvorschriften regelt, die vertraglich zu vereinbaren sind.²⁶ Die Regelung der öffentlich-rechtlichen Benützungsvorschriften erwies sich nach zwei einschlägigen Bundesgerichtsentscheiden als notwendig: Das Bundesgericht stufte die Benützung des Bahnhofs als öffentlich-rechtliche Angelegenheit ein²⁷ und schloss den Erlass zivilrechtlicher Verbote aus.²⁸ Die konkrete Durchsetzung der Benützungsvorschriften erfolgt mittels Verfügung (Art. 18a Abs. 2 PBG). Somit erfolgt die Unterscheidung nach öffentlichem und privatem Recht entlang des hoheitlichen Agierens, doch ist nur schwer erkennbar, wo dieses beginnt und wo es aufhört.

[17] Auf den ersten Blick irritierend erscheint der Umstand, dass eine praktisch gleichlautende Kompetenz in Art. 23 EBG besteht. Der Unterschied lässt sich indes erklären. Art. 23 EBG erfasst die *Infrastrukturbetriebe*, Art. 18a PBG die *Eisenbahnverkehrsunternehmen*, also die Konzessionsträger des Verkehrs.²⁹ Das Verbot im Zug, die Notbremse zu ziehen, wenn keine Gefahr besteht, fällt also unter Art. 18a PBG³⁰, Benimmregeln im Bahnhof unter Art. 23 EBG.

[18] Die Benützungsvorschriften sind zu publizieren (Art. 18a Abs. 3 PBG, Art. 23 Abs. 3 EBG).³¹ Zu einer Publikation der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne des Art. 22 PBG schweigt sich das Gesetz hingegen aus. Bedürfen diese aufgrund ihrer privatrechtlichen Natur des Einbezugs in den Vertragsschluss nach den gängigen AGB-Prinzipien? Die Reisenden müssten sie dann

²⁵ Vgl. Art. 15 Abs. 1, 18a Abs. 1, 22 PBG.

²⁶ Botschaft zu einer Änderung des Strassentransportunternehmens- und Verkehrsstrafrechts vom 4. September 2013, BBl 2013 7185 ff., 7207 f.: «*Es ist zu unterscheiden zwischen den privatrechtlichen Benützungsbestimmungen aus dem Transportvertrag (Art. 22) und den öffentlich-rechtlichen Benützungsvorschriften (neuer Art. 18a), die von den Transportunternehmen erlassen werden und gegenüber der Allgemeinheit Geltung beanspruchen. Artikel 22 wird daher so überarbeitet, dass klar hervortritt, dass Artikel 18a die öffentlich-rechtlichen und Artikel 22 die vertraglich vereinbarten Benützungsvorschriften enthält*». Bis Ende 2015 enthielt Art. 22 aPBG Benützungsvorschriften ohne klare Differenzierung zwischen öffentlich-rechtlichen und vertraglich vereinbarten Regelungen.

²⁷ BGE 138 I 274 E. 1.4.

²⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_116/2011 vom 18. Juli 2011 E. 3.3.

²⁹ BBl 2013, 7211; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6478/2016 vom 22. November 2017 E. 6.2.1.3: «*L'art. 23 LCdF précise que les gestionnaires d'infrastructure peuvent édicter des prescriptions relatives à l'utilisation de leurs installations dans la mesure où ces prescriptions sont nécessaires à la sécurité et au bon déroulement de l'exploitation (al. 1), ils peuvent édicter des décisions d'exécution des prescriptions d'utilisation (al. 2) et ils publient les prescriptions d'utilisation (al. 3). Selon le Message précité (FF 2013 6441, 6467), la réglementation des prescriptions d'utilisation dans la LCdF correspond à celle de l'art. 18a LTV. Elle n'en devient pas superflue pour autant, puisque les prescriptions d'utilisation doivent être uniformes dans chaque gare, même lorsque celle-ci est utilisée par plusieurs entreprises de transport ferroviaire. Par conséquent, il incombe aux gestionnaires d'infrastructure respectifs d'édicter les prescriptions d'utilisation des gares. Des prescriptions d'utilisation ne sont pas requises que pour le périmètre de la gare, mais aussi pour d'autres installations ouvertes aux voyageurs. Comme les entreprises de transport ne peuvent pas faire valoir de protection de la propriété de droit privé pour des biens publics en usage commun, elles ne peuvent pas obtenir que ces biens soient protégés par une interdiction judiciaire. C'est pourquoi il faut leur laisser la possibilité, pour toutes ces surfaces, de régler l'utilisation au moyen de prescriptions d'utilisation de droit public*».

³⁰ Allenfalls auch unter Art. 22 PBG; geregelt ist die Betätigung der Notbremse in Ziff. 9.2.3, T601.

³¹ Zur nicht allzu streng gehandhabten Publikation vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6478/2016 vom 22. November 2017 E. 7.1.2: «*Il sied de relever que ces dispositions générales ne sont pas publiées sur le site internet des CFF, mais sur celui de leur prestataire de service gérant les promotions dans les gares. Toutefois, étant donné que les dispositions générales portent uniquement le logo des CFF, qu'aucun élément ne laisse penser qu'il aurait été édicté par le prestataire de service et que le règlement IM-70002 contient les indications nécessaires pour y accéder (cf. art. 3.3 dudit règlement version 3-0 du 6 juin 2017), il y a lieu de considérer que les conditions relatives à l'édition des prescriptions et de publication de celles-ci (cf. art. 18a al. 1 et 3 LTV et 23 al. 1 et 3 LCdF) sont réalisées*».

vor Vertragsschluss auf zumutbare Weise zur Kenntnis nehmen können. Zusätzlich würden die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Unklarheiten- und Ungewöhnlichkeitsregel unterliegen und sich an Art. 8 UWG messen lassen. Diesen Fragen widmen wir uns ab N 40.

4. Privatrecht oder öffentliches Recht?

[19] Der Beförderungsvertrag zwischen dem Passagier und den SBB untersteht dem Privatrecht.³² Dies folgt aus Art. 56 PBG, wonach zivile Gerichte vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen Kunden und Transportunternehmen beurteilen (Abs. 1), während die übrigen Streitigkeiten den Vorschriften der Bundesverwaltungsrechtspflege unterstehen (Abs. 2).³³

[20] Zu den Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur zählt auch der Fahrpreis, wenngleich dieser selbst – ebenso wie der Zuschlag³⁴ – aufgrund seiner Regelung im Tarif eine öffentlich-rechtliche oder mindestens gemischt-rechtliche Natur aufweist.³⁵

[21] 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)³⁶. 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).³⁷

³² BGE 136 II 457 E. 6.2 mit Hinweisen auf die h.L. und BGE 102 Ib 314 E. 2. Vgl. auch ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979, 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.

³³ Vgl. BGE 102 Ib 314 E. 2: «Massnahmen auf dem Gebiete der Bahnpolizei beispielsweise sind öffentlich-rechtlicher Natur, während die Abgabe eines Bahnbillets 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 bahnrechtlicher 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 blosse 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)».

³⁴ Zum Zuschlag hinten, N 98 ff.

³⁵ Vgl. BGE 136 II 457 E. 6.2; BGE 136 II 489 E. 2.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1341/2015 vom 3. Mai 2016 E. 3.1.

³⁶ BG über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (SR 170.32).

³⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 2 VG und Art. 11 Abs. 1 VG; ausserdem BGE 93 I 290 E. 2; BGE 115 II 237 E. 2b; Urs ACHERMANN, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, Diss. Zürich 2008, 286 ff., insb. 293.

5. Zustandekommen des Vertrags

a. Vertragsfreiheit und ihre Einschränkung

I. Transportpflicht

[22] Die SBB müssen grundsätzlich jeden Passagier akzeptieren.³⁸ Die *ratio legis* der Transportpflicht liegt im Ausgleich des Monopols.³⁹ Die Transportpflicht besteht bei vorhandener Kapazität gegenüber jeder Person, die die Gesetzes- und Tarifbestimmungen einhält – nicht aber gegenüber betrunkenen oder randalierenden Personen.⁴⁰

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

[24] 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 incertas personas*.⁴¹ 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;⁴² jedoch wird darauf zurückzukommen und zu prüfen sein, ob nicht auch hier ein Leistungsverweigerungsverbot besteht.

[25] 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.⁴³ 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.⁴⁴ Dies trifft beim Fahrplan zu. Der Passagier kann zwischen verschiedenen Strecken wählen. Es liegt eine Offerte *ad incertas personas* vor, d.h. genauer: zahlreiche Offerten über verschiedene Strecken. Inhaltlich

³⁸ Vgl. Art. 12 PBG und Art. 59 f. VPB.

³⁹ 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 (FN 4), 35.

⁴⁰ Vgl. Art. 59 VPB.

⁴¹ A.M. (und u.E. im Falle der SBB unzutreffend) HEINRICH HONSELL, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 2011 II, 5 ff., 11: «Eine Offerte *ad incertas personas* (an unbekannte/beliebige Personen) kann schon deshalb kein Angebot sein, weil sie sonst von mehreren Personen gleichzeitig angenommen werden könnte».

⁴² So die h.L., vgl. statt vieler RUTH ARNET, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Habil. Basel 2006 = Bern 2008, N 106, 219 f. und JÜRGEN BASEDOW, Der Transportvertrag, Habil. Hamburg 1986 = Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 50, Tübingen 1987, 204; vgl. auch ZIEGLER (FN 4), 32 f.

⁴³ Vgl. aber ARNET (FN 42), N 220, die von einer Vorstufe einer Kontrahierungspflicht spricht; ebenso ZIEGLER (FN 4), 19, der von einer *invitatio ad offerendum* ausgeht; anders NELL (FN 4), 92, der von einem generellen Angebot der SBB ausgeht, das die Passagiere annehmen.

⁴⁴ Vgl. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, N 365; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988 (zitiert: BUCHER, OR AT), 126.

sind die Verträge mit den SBB über die Beförderung von Personen durch das Gesetz und die Tarifbestimmungen vollumfänglich vorbestimmt.⁴⁵ Mit dem Entscheid für eine bestimmte Strecke wählt der Passagier eine der Offerten aus. 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 bei zu zahlreichen «Annahmen» nicht über die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit hinaus verpflichtet wird.⁴⁶ Demgegenüber sollen die SBB aufgrund der Transportpflicht gerade niemanden ablehnen können. Die Gefahr der Überschreitung des Leistungsvermögens im Sinne einer «Überforderung» besteht bei den SBB nicht, weil Art. 12 Abs. 1 lit. b PBG das Angebot auf die bestehende Kapazität beschränkt.⁴⁷ Die Konzeption der Leistungen der SBB als dauernde Offerte *ad incertas personas* ist folglich durchaus stimmig. Der Vertrag kommt ohne den Umweg über die Kontrahierungspflicht zustande, weil der Passagier nur noch das Akzept abgeben muss.⁴⁸ Die Terminologie im Ingress von Art. 12 Abs. 1 PBG («Die Unternehmen führen jeden Transport aus, wenn...») passt dazu, denn sie setzt einen Vertragsschluss implizit voraus und statuiert nur noch die Transportpflicht im Sinne eines Verbots, die Leistung ungerechtfertigt zu verweigern.⁴⁹ Beachtenswert und passend ist sodann Art. 12 Abs. 1 lit. c PBG⁵⁰, der im Wesentlichen Art. 119 Abs. 1 OR entspricht und vorsieht, dass die Transportpflicht erlischt, wenn die Erfüllung des Beförderungsvertrags unverschuldet⁵¹ unmöglich wird.⁵² Das Erlöschen der Forderung setzt voraus, dass sie zunächst existierte und damit auch, dass ein Vertrag zustande gekommen ist. Ebenfalls passt, dass die Passagiere Billette an Automaten erwerben können, die eine Ablehnung seitens der SBB gar nicht erst vorsehen. Fraglich

⁴⁵ A.M. WILHELM SCHÖNENBERGER/PETER JÄGGI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Bd. V/1/a, Allgemeine Einleitung, Vorb. vor Art. 1 OR, Art. 1–17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973, Art. 7 OR 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; [...].»

⁴⁶ AHMET KUT, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 7 OR N 4 (zit. CHK-Verfasser).

⁴⁷ 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 (FN 4), 41 räumt den SBB bei Kapazitätsengpässen auch ein Rücktrittsrecht ein.

⁴⁸ Vgl. NELL (FN 4), 40 f.: «Richtigerweise ist jedoch der veröffentlichte Tarif als ein Komplex verschiedener Offerten anzusehen. Durch die Entscheidung für eine bestimmte Reisedistanz 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».

⁴⁹ A.M. BASEDOW (FN 42), 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».

⁵⁰ 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».

⁵¹ In der transportrechtlichen Terminologie: «wenn der Transport nicht durch Umstände verhindert wird, die das Unternehmen nicht vermeiden und deren Folgen es nicht abwenden kann» (Art. 12 Abs. 1 lit. c PBG; vgl. ebenso Art. 32 § 2 lit. a CIV).

⁵² Vgl. ZIEGLER (FN 4), 42 zum TG vom 11. März 1948.

ist, ob das Konzept der dauernden Offerte *ad incertis personas* auch bei einer Sitzplatzreservation des Passagiers aufgeht. In diesem Fall ist das Beförderungsangebot auf genau einen Platz begrenzt.⁵³ Im Sinne von Art. 7 Abs. 2 OR könnte man zum Schutz der SBB die Erklärung *dieses* Passagiers erst als Offerte, die Ausstellung des Billetts und die Sitzplatzreservation als Annahme ansehen. Aber auch dieser Fall lässt sich mit einer weiten Interpretation des PBG als dauernde Offerte *ad incertis 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.

[26] 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.⁵⁴ 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 incertis personas*) als Leistungsverweigerungsverbot zu interpretieren ist. Richtigerweise ist auch hier ein Leistungsverweigerungsverbot und keine Kontrahierungspflicht anzunehmen.⁵⁵ 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.⁵⁶ 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 festgelegt, der nach der hier vertretenen Ansicht *ex lege* gilt und nicht vertraglichen Einbezuges bedarf. 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.⁵⁷ Wie bei der Offerte *ad incertis personas* lässt sich die Transportpflicht von Art. 12 Abs. 1 PBG somit auch bei Vorliegen einer *invitatio ad offerendum* als *Leistungsverweigerungsverbot* verstehen.

⁵³ Die SBB verpflichten sich hier zu einer «Stückschuld», während sie sonst lediglich eine Gattungsschuld versprechen (Gattung: Zugfahrt, Zürich-Bern retour, 2. Klasse); vgl. PETER JÄGGI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 7. Teil, Die Wertpapiere, Art. 965–989 und 1145–1155 OR, Zürich 1959 (zitiert: ZK-JÄGGI), Art. 965 OR N 299 f.: Billette, die nicht als Platzkarten ausgestaltet sind, verurkunden eine Gattungsschuld; Billette, die als Platzkarten ausgestaltet sind, eine (unpersönliche) Stückschuld.

⁵⁴ Vgl. statt vieler ARNET (FN 42), N 106; ZIEGLER (FN 4), 32 f. und BASEDOW (FN 42), 204; vgl. im Übrigen zum deutschen Recht, differenzierend nach Vertragsabschluss am Schalter, Automaten, via SMS oder im Internet MICHAEL A. POHAR, Handy-SMS, OnlineTicket und Chipkarte als Fahrchein – neue Wege zum Personenbeförderungsvertrag, NZV 2003, 257 ff., 258 ff.

⁵⁵ 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».

⁵⁶ Vgl. überzeugend VON TUHR/PETER (FN 32), 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».

⁵⁷ BGE 129 III 264 E. 3.2.1; BGE 118 II 32 E. 3c.

[27] 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.⁵⁸ 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 Schadenersatz beim Vorvertrag: Wer beim Vorvertrag den Abschluss des Hauptvertrages verweigert, muss die Gegenseite so stellen, wie wenn der Vertrag zustande gekommen wäre.⁵⁹ Somit ist dem Passagier auch hier das positive Interesse zu ersetzen.

[28] Das PBG erwähnt lediglich den Schadenersatz und lässt offen, ob der Passagier darüber hinaus Anspruch auf die Beförderung selber hat (Realerfüllung). Die Lehre bejaht dies – vollkommen unproblematisch bei der Offerte *ad incertae personas*, recht kompliziert bei der *invitatio ad offerendum* mit anderen Lösungsansätzen.⁶⁰

II. Betriebs-, Fahrplan- und Tarifpflicht

[29] Zwischen der Transportpflicht und dem weitgehend vorbestimmten Vertragsinhalt besteht eine *Interdependenz*.⁶¹ 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, der Benützungsvorschriften und der allgemeinen Geschäftsbedingungen

[30] Die folgenden Überlegungen widmen sich der Frage, wie der Tarif, die allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Benützungsvorschriften Teil des Vertrags des Passagiers mit der SBB werden. Danach richtet sich der Fokus auf das Korrektiv zu den einzelnen Normen.

⁵⁸ Vgl. zum früheren Transportreglement NELL (FN 4), 92, der den Schadenersatzanspruch ohne Verschuldenserfordernis bejaht; vgl. auch LAURENT L'HUILLIER, Le règlement de transport dans ses rapports avec le code des obligations, in: Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, 179 ff., 184, der von einer Verletzung des Gesetzes und der Konzession ausgeht; ebenso FAVRE/WICK (FN 16), 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.

⁵⁹ Vgl. zur Ähnlichkeit mit dem Vorvertrag VON TUHR/PETER (FN 32), 273 f.; zum positiven Interesse beim Vorvertrag vgl. CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 22 OR N 60 (zit. BSK OR I-Verfasser).

⁶⁰ Vgl. zur Offerte *ad incertae personas* NELL (FN 4), 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 (FN 42), N 106 und 219 f. sowie ZIEGLER (FN 4), 48.

⁶¹ Vgl. ZIEGLER (FN 4), 30; vgl. WOLFGANG KILIAN, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 1980, 47 ff., 77.

I. Geltung der Tarifbestimmungen ex lege

[31] Die Tarifbestimmungen gelten *ex lege* und bedürfen keines AGB-rechtlichen Einbezugs. Art. 15 Abs. 1 PBG sieht vor, dass die Unternehmen Tarife aufstellen, welche die Bedingungen und Voraussetzungen des Transports nennen. Nach Art. 15 Abs. 5 PBG sind die Tarife zu veröffentlichen.⁶² Die Veröffentlichungspflicht zeigt, dass der Gesetzgeber nicht das vertragsrechtliche Modell des AGB-Einbezugs vor Augen hatte, sondern eine gesetzesähnliche Geltung, eine Delegation⁶³ und damit eine unabdingbare Anwendung gegenüber allen Kunden.⁶⁴

[32] Art. 15 Abs. 3 PBG verlangt weiter die gleiche Anwendung der Tarife gegenüber allen Reisenden.⁶⁵ Der Einbezug und die Anwendung von AGB stellen demgegenüber eine recht individuelle Angelegenheit dar. Manchmal gelingt der Einbezug und die AGB gelten. Oft aber scheitert er am Vorrang der Individualvereinbarungen, an der fehlenden Zugänglichkeit oder an der Ungewöhnlichkeitsregel, die auf individuelle Eigenschaften der Vertragspartei abstellt.⁶⁶ Art. 15 Abs. 3 PBG wäre toter Buchstabe, wenn das Schweizer AGB-Korrektiv mit Einbezug, 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 PBG)⁶⁷, was deren Geltung *ex lege* impliziert. Die Tarifbestimmungen bilden somit im Sinne einer Rechtsverordnung Bestandteil des Privatrechts.⁶⁸

[33] Dafür spricht auch die Veröffentlichungspflicht (Art. 15 Abs. 5 PBG). Die SBB haben diese erfüllt, wenigstens in Übereinstimmung mit der Botschaft, die explizit keine amtliche Publikation, sondern ein *Zugänglichmachen* verlangt.⁶⁹ Bedenken bleiben allerdings. Die Tarife sind

⁶² Die Veröffentlichungspflicht wurde erst mit dem PBG eingeführt. In Art. 9 f. TG war sie noch nicht enthalten.

⁶³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_100/2008 vom 28. April 2008 E. 2.3, 3.4.

⁶⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_100/2008 vom 28. April 2008 E. 2.3 f.; vgl. auch das Selbstverständnis in Ziff. 0.7.2, T600: «Mit dem Erwerb eines Fahrausweises und/oder mit dem Einstieg in das Fahrzeug akzeptiert die Kundin/der Kunde die geltenden Tarifbestimmungen».

⁶⁵ Vgl. auch BGE 136 II 457 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»

⁶⁶ BGE 119 II 443 E. 1a: «Pour déterminer si une clause est insolite, il faut se placer du point de vue de celui qui y consent, au moment de la conclusion du contrat. La réponse est individuelle, une clause usuelle dans une branche de l'économie pouvant être insolite pour qui n'est pas de la branche. Eu égard au principe de la confiance, on se fondera sur les conceptions personnelles du contractant dans la mesure où elles sont reconnaissables pour l'autre partie. Il ne suffit pas que le contractant soit inexpérimenté dans la branche économique en question. Il faut en plus de ce critère subjectif que, par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat (...). Plus une clause porte atteinte aux intérêts juridiques du contractant, plus il se justifie de la considérer comme insolite (...).»

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 GIOVANNI BIAGGINI, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. Zürich/St. Gallen 2014, Art. 178 BV N 29, der den «Erläss von rein sekundären 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 gesetzvertretender Bestimmungen an Private würde im Unterschied zu einer Vollziehungsverordnung eine verfassungsrechtliche Delegationskompetenz voraussetzen; dazu BGE 136 I 316 E. 2.4.1. Vgl. im Übrigen die Überlegungen zum vom Bundesrat erlassenen früheren Transportreglement bei ZIEGLER (FN 4), 28; vgl. auch L'HUILLIER (FN 58), 180 f. zu dessen Entstehungsgeschichte.

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 Veröf-

«gut versteckt» und nicht jedermann hat einen Internetzugang. Auf Anfrage weiss offenbar nicht einmal das SBB-Personal, wie man an die Tarifbestimmungen gelangt.⁷⁰ Die identische Problematik besteht bei den AGB der Post, die ebenfalls auf einer Rechtssetzungsdelegation beruhen.⁷¹ Die mangelhafte Publikation hat jedoch nicht zur Folge, dass der Tarif seine Geltung verliert, sie führt vielmehr zu einer Pflicht der Aufsichtsbehörde, dagegen einzuschreiten.⁷²

[34] Das Fazit lautet, dass die Tarifbestimmungen *ex lege* als materielles Privatrecht gelten.⁷³ Tadel ist dennoch angezeigt. Die Terminologie der SBB verwirrt, denn die SBB verweisen im Internet *erstens* auf ihre *allgemeinen Geschäftsbedingungen*, meinen aber den *Tarif*.⁷⁴ *Zweitens* sind die Tarifbestimmungen im Internet nicht einfach aufzufinden.⁷⁵ Damit ist aber die Frage noch nicht beantwortet, ob die Tarifbestimmungen dem weiteren AGB-Korrektiv unterliegen. Dieser Frage widmen wir uns ab N 40.

fentlichung 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 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 Schilderung der Feldversuche bei ANDREAS FURRER, 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., 142 ff. Anders auf der Internetseite der SBB: «Für die Beförderung von Personen mit auf SBB.ch oder in der App SBB Mobile (inklusive Preview-Version) gekauften Billetten (nachfolgend «elektronische Billette» genannt) gelten die Tarife der Schweizerischen Transportunternehmungen. Der «Allgemeine Personentarif T600» der Schweizerischen Transportunternehmungen (nachfolgend «Tarif 600»), der «Tarif für interne SBB Angebote T610» und der «Gemeinsame internationale Tarif für die Beförderung von Personen und Reisegepäck (TCV)» für den internationalen Personenverkehr (nachfolgend «Tarif 719») sind an mit Personal besetzten Verkaufsstellen sowie auf SBB.ch einsehbar.», Internet: <https://www.sbb.ch/de/abos-billette/kaufmoeglichkeiten/verkaufskanaele/online/allgemeine-geschaeftsbedingungen.html>.

⁷¹ Vgl. die Botschaft zum Postgesetz, BBl 1996 III 1296 f.: «*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 DANIEL KOCH, «Und die Kunden tun gut daran, sie zu kennen». SJZ 1998, 457 ff., 458, der eine Publikation in der amtlichen Gesetzessammlung fordert.

⁷² 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.*».

⁷³ A.M. FURRER (FN 70), 147: «*Damit kann zusammenfassend festgehalten werden, dass das gesamte vorstehend skizzierte System der Besonderen Beförderungsbedingungen aufgrund der fehlenden Hinweise und der nicht vorhandenen Verfügbarkeit und Auffindbarkeit für die Bahnkunden den rechtlichen Anforderungen für den Einbezug in den einzelnen Beförderungsvertrag nicht erfüllen. Die Besonderen Beförderungsbedingungen sind daher nicht in den einzelnen Beförderungsvertrag einbezogen.*».

⁷⁴ Vgl. Internet: www.sbb.ch/de/abos-billette/kaufmoeglichkeiten/verkaufskanaele/online/allgemeine-geschaeftsbedingungen.html

⁷⁵ Der Passagier muss sich bei <https://www.sbb.ch/> durch die Unterseiten «Bahnhof & Services», «Dienstleistungen» und dann «Kundendialog» durchklicken, um einen Link «Tarifbestimmungen» zu finden. Der direkte Zugang erfolgt via <https://www.sbb.ch/bahnhof-services/dienstleistungen/kundendienst/tarifbestimmungen-detaillierten-bestimmungen-zu-ihrer-reise.html>.

II. Einbezug der allgemeinen Geschäftsbedingungen

[35] Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) gelten nur, wenn die Parteien sie vor oder bei Vertragsschluss in den Vertrag einbeziehen.⁷⁶ Dies geschieht durch Abrede, Verweisung auf ein separates Dokument oder durch einen Aushang.⁷⁷ Art. 22 PBG sieht vor, dass die Verkehrsunternehmen allgemeine Geschäftsbedingungen über das Verhalten während der Fahrt und die Benützung der Anlagen und Fahrzeuge erlassen können. Eine Publikationspflicht wie bei den Tarifbestimmungen erwähnt das Gesetz nicht. Die SBB verwenden den Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen allerdings nicht kohärent und nicht immer im Sinne des Art. 22 PBG. Auf dieses Problem gehen die nachfolgenden Gedanken ein, indem sie verschiedene Gruppen von Geschäftsbedingungen unterschiedlich behandeln. Die Überlegungen richten sich zuerst auf die Geschäftsbedingungen, die lediglich den Tarif zusammenfassen und danach auf andere AGB. Zu guter Letzt gehen wir auf AGB im Sinne des Art. 22 PBG ein.

[36] Häufig stellen die sog. AGB lediglich einen *Auszug* aus den relevanten Tarifbestimmungen dar. So heisst es in den *AGB für den Erwerb und die Nutzung des Generalabonnements*, was folgt: «Die nachstehenden Bedingungen sind ein Auszug aus den Tarifen und enthalten die wichtigsten Bestimmungen zur Regelung der Beziehungen (. . .)».⁷⁸ Dasselbe gilt für die AGB des *Halbtax*⁷⁹ und des *Erwerbs und der Nutzung von elektronischen Billetten*.⁸⁰ Da der Tarif schon *ex lege* gilt (siehe vorne, N 34), bedürfen auch die einzelnen Teile des Tarifs keines Einbezugs. Bei diesen AGB handelt es nicht um allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 22 PBG, da die darin enthaltenen Normen nichts mit dem *Verhalten während der Fahrt* oder der *Benützung der Anlagen und Fahrzeugen* zu tun haben.

[37] Es gibt AGB in Bahnhöfen, die eindeutig unter den herkömmlichen AGB-Begriff fallen und deshalb des Einbezugs bedürfen. Ein Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt, dem eine Freizeichnung der SBB für ihre Haftung bei der Vermietung von Schliessfächern zugrunde liegt, unterstützt diese These: «*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*».⁸¹ Daraus lässt sich folgern, dass AGB der SBB ausserhalb des Tarifs nicht Vertragsbestandteil werden, wenn der Passagier keine Möglichkeit hat, sie vor dem Vertragsabschluss auf zumutbare Weise zur Kenntnis zu nehmen.

[38] In Zügen und Trams trifft man oft auf Piktogramme (grafische Darstellungen von Benimmregeln). Diese verbieten zum Beispiel Rauchen, Betteln, Musik und Sachbeschädigungen aller Art. Da die Piktogramme das Verhalten der Passagiere⁸² bei der Benützung des Zugs regeln, fallen sie unter den Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne des Art. 22 PBG. Diese

⁷⁶ Vgl. statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 44), N 1128 ff.

⁷⁷ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 44), N 1128a, 1128b, 1135b; zum Aushang statt eines Hinweises vgl. ROMAN PERRIG, in: Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig (Hrsg.), Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, N 131.

⁷⁸ Internet: <https://www.sbb.ch/de/abos-billette/kaufmoeglichkeiten/verkaufskanaele/online/allgemeine-geschaeftsbedingungen.html>.

⁷⁹ Internet: https://www.sbb.ch/content/dam/sbb/de/pdf/abos-billette/abonnemente/swisspass/AGB_HTA_d.pdf.

⁸⁰ Internet: <https://www.sbb.ch/de/abos-billette/kaufmoeglichkeiten/verkaufskanaele/online/allgemeine-geschaeftsbedingungen.html>.

⁸¹ Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 7. März 1978, in BJM 1978, 305 ff., 306.

⁸² Auch der Schwarzfahrer ist mit der Inanspruchnahme der vertraglichen Leistung an die vertraglichen Regeln gebunden (vgl. hinten, N 88 f.). Die Piktogramme gelten daher auch für ihn.

Piktogramme befinden sich an durchaus prominenten Stellen – man kann sie kaum übersehen. Das Problem besteht jedoch darin, dass der Passagier den Aushang im Zug erst *nach Vertragsschluss* sieht. Kein Mensch kann sich erinnern, *beim Erwerb* eines Billetts jemals einen solchen Aushang gesehen oder einen Hinweis auf AGB gehört zu haben. Es stellt sich deshalb die Frage, ob vielleicht ein *stillschweigender* Einbezug der allgemeinen Geschäftsbedingungen vorliegt. Eine stillschweigende Übernahme kommt bei Vorliegen einer Verkehrssitte oder aufgrund einer vorbestehenden Geschäftsbeziehung in Frage, bei Konsumenten aber nur ganz ausnahmsweise.⁸³ 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 hätten. Auch wäre ein erneuter Einbezug nötig, wenn eine neue Version in Kraft tritt. Dies 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. Viele Personen verfügen überdies auch heute noch über keinen Internetanschluss. Der Schlüssel zu diesem Problem findet sich im Wesen der *Hausordnung*, denn die Regeln in den Piktogrammen weisen den Charakter einer Hausordnung auf. Hausordnungen lassen sich unseres Erachtens ohne Einbezug vor oder bei Vertragsschluss auch erst in einem späteren Zeitpunkt einbeziehen, etwa beim Betreten des Hauses. Genauer betrachtet bedarf es zum Erlass und zur Geltung einer Hausordnung gar keines Vertragsschlusses. Wer ohne Vertragsschluss ein Haus betritt – oder in der Absicht, erst im Haus einen Vertrag abzuschliessen – unterwirft sich wie in einer Familie der Hausgewalt, die das Recht zum Erlass einer Hausordnung gemäss Art. 332 Abs. 1 ZGB mit sich bringt.⁸⁴ Dieses Recht zum Erlass der Hausordnung findet sich deutlich in Art. 22 PBG und bedarf ebenso wenig des vorgängigen Einbezugs. Hinzu kommt, dass der Einbezug der Hausordnung *vor oder bei Vertragsschluss* weder der SBB noch den Reisenden Vorteile bringt. Erst während des Aufenthalts im Zug soll sie Wirkung zeigen und Aufmerksamkeit erheischen. Soweit die Hausordnung öffentliche Interessen beschlägt (z.B. das Rauchverbot die öffentliche Gesundheit, das Bettelverbot die öffentliche Sicherheit), liesse sie sich auch auf Art. 18a PBG stützen, was einen Einbezug ebenfalls erübrigen würde.

[39] Denkbar ist weiter, dass die SBB einen Punkt, der im Gesetz und in den Tarifen nicht geregelt ist und der nicht die Qualität einer Hausordnung hat, für eine Vielzahl von Verträgen vorformulieren wollen. Die Verwendung von AGB ist, in den Schranken des Gesetzes, zulässig. Art. 22 PBG wirft deshalb Fragen auf: Wenn es dort heisst, die Transportunternehmen könnten AGB über die Benützung der Anlagen und Fahrzeuge sowie über das Verhalten der Reisenden während der Fahrt aufstellen, dann fragt sich unweigerlich, ob sie denn andere Vertragspunkte (z.B. das Verhalten der Reisenden vor der Fahrt, etwa die Pflicht ein elektronisches Billett auszudrucken) *nicht*

⁸³ Vgl. CHK-KUT (FN 46), Art. 1 OR N 56.

⁸⁴ Vgl. ISABELLE WILDHABER, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel/Genf/München 2018, Art. 332 ZGB N 1 (zitiert: BSK ZGB I-Verfasser): «Die Hausgewalt äussert sich darin, dass das Familienhaupt die Hausordnung festlegen kann. Innerhalb der Hausgemeinschaft soll eine bestimmte Ordnung gelten und dabei ist in angemessener (billiger) Weise (frz. *équitablement*) auf die Interessen aller Hausgenossen, nicht etwa nur des Familienhauptes, Rücksicht zu nehmen. Beim gewöhnlichen Familienhaushalt ergibt sich eine solche Ordnung aufgrund der h.L. rein faktisch aus den gegebenen Verhältnissen von selbst. Die Hausordnung gilt grundsätzlich für alle Hausgenossen, d.h. auch für mündige Hausgenossen wie z.B. Studierende, die noch zu Hause wohnen. Sobald es sich um eine betrieblich organisierte Hausgemeinschaft auf vertraglicher Basis handelt (Internate, Ferienheime, Altersheime, Angestelltenhäuser der Hotellerie etc.), ist eine eigentliche, i.d.R. schriftlich festgelegte Hausordnung üblich (Rehbinder, 138)».

regeln dürfen. Eine solche Absicht lässt sich der Botschaft⁸⁵ nicht entnehmen. Will Art. 22 PBG das Recht zur Verwendung von AGB aber nicht einschränken, dann wiederholt er lediglich, was ohnehin schon gilt, nämlich dass ein Transportunternehmen (wie alle anderen Rechtssubjekte) AGB verwenden darf. Art. 22 PBG ist daher überflüssig.

III. Anwendbarkeit des AGB-Korrektivs

[40] 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.⁸⁶ Dies lässt sich ohne Probleme als Anwendung der Unklarheitenregel erfassen. Das Bundesgericht stützte sich Jahre später bei der Beurteilung der Unklarheit einer Freizeichnung im Rahmen einer Finanzanlage auf diesen Entscheid.⁸⁷

[41] Für die Normen *innerhalb der Tarifbestimmungen* ist das AGB-Korrektiv nicht einschlägig, da die Tarifbestimmungen von Gesetzes wegen gelten (siehe vorne). Das Bundesamt für Verkehr wendet offenbar dennoch die Ungewöhnlichkeitsregel an⁸⁸, was dogmatisch erstaunt. Wenn etwas von Gesetzes wegen gilt⁸⁹, kann es keine Geltungskontrolle geben – es gilt, auch wenn es ungewöhnlich sein sollte. Es gilt auch dann, wenn kein Verweis darauf erfolgt ist. Die Normen innerhalb der Tarifbestimmungen 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 Ent-

⁸⁵ BBl 2013 7207 f.

⁸⁶ Vgl. Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 7. März 1978, in 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.*».

⁸⁷ Vgl. BGE 124 III 155 E. 3c: «*Zum andern 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; GAUCHI/SCHLUEP, a.a.O., Rz. 2881 f.)*».

⁸⁸ Bundesamt für Verkehr, Verfügung vom 15. April 2014, Internet: https://www.bav.admin.ch/dam/bav/de/dokumente/aufsichtsrechtlicheverfuegungen/allgemein/versaetung_im_internationalenverkehr-verfuegung_vom1542014.pdf.download.pdf/versaetung_im_internationalenverkehr-verfuegung_vom1542014.pdf, N 23: «*Die Anwendung von Ziff. 9.3.1 GCC-CIV/PRR auf Umsteigeverbindungen führt deshalb zu stossenden Ergebnissen. Die Regelung ist aus Sicht der Reisenden so ungewöhnlich, dass sie mit ihr nach Treu und Glauben nicht rechnen musste. Folglich ist der Regelung die Anwendung gemäss der Ungewöhnlichkeitsregel (vgl. BGE 119 II 443 S. 446) zu versagen, da die SBB die Reisende nicht vor Vertragsschluss speziell auf diese ungewöhnliche Regel aufmerksam gemacht haben*».; vgl. auch ERNST A. KRAMER, in: Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig (FN 77), FN 10.

⁸⁹ Die GCC-CIV/PRR sind zwar AGB, gemäss Ziff. 7.4.8.1, T601 gelten sie für Passagiere mit internationalen Billetten auch auf schweizerischen Strecken (hinten N 71).

scheidkompetenz umfasst auch verwaltungsrechtliche Vorfragen⁹⁰ und die Prüfung der Übereinstimmung einer Regelung mit übergeordnetem Recht, die jedem Richter in jeder Instanz möglich ist.⁹¹ Somit darf auch der Zivilrichter prüfen, ob Tarifbestimmungen eine genügende Stütze in den Delegationsnormen finden und übergeordnetem Recht nicht widersprechen. 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.⁹² 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.⁹³

[42] 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).⁹⁴ Ob die SBB auch ausserhalb der ihnen übertragenen staatlichen Aufgaben, insbesondere im reinen Wettbewerbsverhältnis, an die Grundrechte gebunden sind, ist strittig.⁹⁵ Nach einem neueren Entscheid des Bundesgerichts

⁹⁰ Vgl. ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 2013, § 7 N 4; vgl. ARNOLD MARTI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I/1, 3. Aufl., Zürich 1998, Vorb. Art. 5/6 N 196.

⁹¹ Vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016, N 2070 ff.

⁹² Vgl. BGE 136 II 457 insb. E. 3 und 6, ausserdem E. 7 zur aufsichtsrechtlichen Kontrolle des Tarifs bezüglich des Gleichbehandlungsprinzips und der Übereinstimmung mit dem Transportgesetz (TG); vgl. die gute Übersicht über den anzuwendenden Massstab im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3060/2016 vom 9. August 2017 E. 5.2. Beide Urteile auferlegen sich bei der Kontrolle des Tarifs eine deutliche Zurückhaltung.

⁹³ 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 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, Ziff. 2.2, Internet: https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/sbb_-_tarifbegehrenimoeffentlichenverkehr2007.pdf.download.pdf/sbb_-_tarifbegehrenimoeffentlichenverkehr2007.pdf). 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.

⁹⁴ BGE 136 II 457 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 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 Werbereich 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».

⁹⁵ Vgl. die ähnlichen Überlegungen zur Post bei ELIANE SCHLATTER, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, Diss. Zürich 2009 = Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 186, 175 ff. (Grundrechtsbindung verneint auf S. 177); mit anderer Begründung BGE 129 III 35 (Kontrahierungspflicht aus dem Verstoss gegen die guten Sitten, keine Grundrechtsbindung); ausserdem das Urteil des Bundesgerichts 4A_144/2008 vom 20. August 2008 E. 5.5 (Grundrechtsbindung offengelassen, da keine Verletzung vorliege; vgl. auch die Hinweise bei HEIDRUN GUTMANNBAUER, Grundrechtsschutz beim privatrechtlichen Staatshandeln, Diss. Zürich 2011 =

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 Bahnhofsareal.⁹⁶ Für die Vermietung von Schliessfächern muss dasselbe gelten.⁹⁷

[43] 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 dem Gleichbehandlungsprinzip zuwiderlaufen, weil kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung besteht.⁹⁸ Ebenfalls denkbar ist es, im Sinne einer *vertraglichen Nebenpflicht* eine Warnung des Passagiers vor ungewöhnlichen Klauseln oder Situationen zu statuieren.⁹⁹ Das AGB-Korrektiv als solches gelangt jedoch nicht zur Anwendung. Was privaten Beförderern nicht erlaubt ist, soll zwar auch (und erst recht) dem Beförderer, der aufgrund einer Konzession Tarifbestimmungen aufstellen darf, nicht erlaubt sein.¹⁰⁰ Wenn missbräuchliche Tarifbestimmungen das PBG und andere übergeordnete Vorschriften nicht verletzen, lässt sich das Resultat unseres

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 198, 136 f., zur Vorinstanz, die das Diskriminierungsverbot geprüft hatte).

⁹⁶ 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 BGE 138 I 274 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 in der Besprechung des bundesverwaltungsgerichtlichen Urteils bei Yvo HANGARTNER, AJP 2011, 972 ff.

⁹⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6872/2017 vom 16. Mai 2018 E. 2.3.1: «*In der Verwaltung von öffentlichen Sachen i.e.S. liegt die Wahrnehmung einer Staatsaufgabe, welche die Bindung an die verfassungsmässigen Grundrechte mit sich bringt (BGE 138 I 274 E. 2.2.1; Art. 35 Abs. 2 BV). Dem öffentlich-rechtlichen Handeln der Vorinstanz [i.e. der SBB] zuzuordnen ist beispielsweise das Verbot, ein bestimmtes Plakat an der Bahnhofswand aufzuhängen (BGE 138 I 274 E. 1.2 ff.) oder eine Gratiszeitung auf dem Bahnhofsareal zu verteilen (Entscheid der Rekurskommission UVEK vom 17. Oktober 2000 in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 65.63 E. 5.4). Dagegen schliesst sie etwa im Verkehr mit ihren Kunden grundsätzlich zivilrechtliche Verträge ab (vgl. Art. 56 Abs. 1 PBG; BGE 136 II 457 E. 2.2, 136 II 489 E. 2.4). Ebenfalls unterliegen Streitigkeiten betreffend Schliessfächer (BGE 102 Ib 314 E. 2 f.) sowie die Herausgabe von Kundendaten dem Zivilrecht (Urteil des BVGer A420/2007 vom 3. September 2007 E. 1.2). Privatrechtlicher Natur ist auch der Vertrag zur Vermietung einer Geschäftsräumlichkeit im Bahnhofsareal, zumal diesbezüglich kein faktisches Monopol der SBB zu befürchten ist (Urteil des BVGer A4862/2014 vom 3. Juni 2015 E. 6.4)*».

⁹⁸ Zur «praktischen Konkordanz» der verfassungsmässigen Rechte der beiden AGB-Vertragsparteien und damit zur öffentlichrechtlichen Legitimation der AGB-Kontrolle vgl. HARTMUT OETKER, AGB-Kontrolle im Zivil- und Arbeitsrecht, AcP 2012, 202 ff., 215 f.; vgl. Urteil des BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats) 1 BvR 2160/09, 1 BvR 851/10 vom 7. September 2010 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 verwehren, 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*».

⁹⁹ Vgl. hinten, N 93.

¹⁰⁰ Dieser Gedanke bei STEPHAN WETH, Zivilrechtliche Probleme des Schwarzfahrens in öffentlichen Verkehrsmitteln, JuS 1998, 795 ff., 801 und DIRK EHLERS, Verwaltung in Privatrechtsform, Habil. Erlangen-Nürnberg 1981 = Schriften zum öffentlichen Recht, Band 464, Berlin 1984, 358 ff. EHLERS misst dem AGB-Korrektiv «*strukturformende Bedeutung*» zu (359) und hält fest (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*».

Erachtens nicht mit Art. 8 UWG oder der Ungewöhnlichkeitsregel korrigieren. Der Tarif gilt *ex lege*, was eine Geltungskontrolle überflüssig macht. Da es um einen Tarif und nicht um allgemeine Geschäftsbedingungen geht, ist auch Art. 8 UWG nicht anwendbar, mag das Missverhältnis noch so erheblich sein. Im Ergebnis ist es aus der Sicht des Konsumentenschutzes zu begrüssen, dogmatisch aber abzulehnen, wenn das BAV die Ungewöhnlichkeitsregel auch auf den Tarif anwendet.¹⁰¹

[44] Wer sich also beispielsweise darüber aufregt, dass sich der SwissPass automatisch verlängert, kann sich nicht auf die Ungewöhnlichkeitsregel, Art. 8 UWG oder auf den fehlenden Einbezug allgemeiner Geschäftsbedingungen berufen.¹⁰² Die automatische Vertragsverlängerung des Generalabonnements und des Halbtax-Abonnements auf dem SwissPass ist in Ziff. 4.1.1.3 und 5.1.2.1, T654 vorgesehen und gilt deshalb. Denkbar bleibt die Argumentation, dass die SBB im Sinne einer vertraglichen Nebenpflicht¹⁰³ vor der Verlängerung warnen müssen, weil allgemein bekannt ist, dass automatische Vertragsverlängerungen einen Übertölpelungseffekt¹⁰⁴ aufweisen. Eine solche Warnung nehmen die SBB tatsächlich mit genügendem zeitlichem Vorlauf vor.¹⁰⁵

6. Das Billett: ein Wertpapier?

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

[45] Die SBB sind verpflichtet, Passagiere zu transportieren, die ein gültiges Billett vorweisen.¹⁰⁶ 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 berechtigt¹⁰⁷ 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.

[46] 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.

¹⁰¹ Vgl. vorne, FN 88.

¹⁰² Zum Korrektiv zur automatischen Vertragsverlängerung siehe ARNOLD F. RUSCH/EVA MAISSEN, Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 2010, 95 ff.; EVA MAISSEN, Die automatische Vertragsverlängerung, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 248, Zürich 2012, passim; ARNOLD F. RUSCH, Online-Partnerschaftsvermittler und automatische Vertragsverlängerung, AJP 2018, 139 ff.; vgl. aber das Urteil des Bundesgerichts 4A_475/2013 vom 15. Juli 2014 E. 5.3.2.

¹⁰³ Vgl. hinten, N 93.

¹⁰⁴ RUSCH/MAISSEN (FN 102), recht 2010, 97.

¹⁰⁵ Vgl. die Angaben auf der SBB-Internetseite: «General- und Halbtax-Abo werden automatisch auf demselben SwissPass verlängert. Wir erinnern Sie vor der automatischen Aboverlängerung rechtzeitig an den möglichen Kündigungstermin», Internet: <https://www.sbb.ch/de/abos-billette/abonnemente/swisspass.html>.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 19 f. PBG.

¹⁰⁷ Wie z.B. der Finder des Billetts oder ein Dieb; vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 3. Aufl., Bern 2018, § 1 N 24.

Diesen Erwartungen würde Genüge getan, wenn das Billett ein Wertpapier wäre, genauer ein *Inhaberpapier*.

[47] Für die Qualifizierung als Wertpapier ist zusätzlich erforderlich, dass die SBB versprechen, nur gegen Vorweisung des Papiers (Billetts) zu leisten (einfache Wertpapierklausel).¹⁰⁸ 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 ausreichen, um die Notwendigkeit der Papiervorweisung zu Lasten der SBB zu begründen. 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 ein Papierinhaber das gültige Billett vorweist.¹⁰⁹ Das Billett hat folglich Wertpapiercharakter.¹¹⁰ Aufgrund der rudimentären Textausgestaltung gehört es zu den *Karten und Marken des täglichen Verkehrs*, was der wertpapierrechtlichen Einordnung keinen Abbruch tut.¹¹¹

[48] Das blosses Vorweisen des Billetts genügt sodann als Nachweis für den Beförderungsanspruch des Passagiers. Die SBB dürfen die Berechtigung nicht nachprüfen, sondern müssen aufgrund der blossen Vorweisung 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.

[49] 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.¹¹² In der Schweiz ist sie aus faktischen Gründen und Folgenerwägungen abzulehnen. Der meist geringe Wert und die kurze Geltungsdauer eines Billetts lassen die aufwendige Kraft-

¹⁰⁸ Vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 107), § 1 N 26.

¹⁰⁹ Vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 107), § 1 N 26: «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. CHRISTIAN WALSER, Die materiellrechtliche Bedeutung der Karten und Marken des täglichen Verkehrs nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1958, 233, 242 und 250; vgl. ZK-JÄGGI (FN 53), OR 965 N 263, letzter Abschnitt.

¹¹⁰ A.M. die herrschende Lehre: vgl. ZK-JÄGGI (FN 53), Art. 965 OR N 297 und 300; PETER JÄGGI/JEAN NICOLAS DRUEY/CHRISTOPH VON GREYERZ, Wertpapierrecht, Basel 1985, 89. Insbesondere die Begründung von ZK-JÄGGI (FN 53), Art. 965 OR N 297: «Demgegenüber tritt die Bedeutung der einfachen WP-Klausel [...] 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 ROBERT FÜRTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar OR II, Basel/Genf/München 2012, Art. 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 HANS SCHWENDENER, Das Personentransportrecht – mit besonderer Berücksichtigung des schweiz. Post-, Eisenbahn- und Dampfschiffverkehrs, Diss. Bern 1911, 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 (FN 107), § 2 N 173 f., die entgegen BGE 80 II 26 E. 3 den Inhaberpapiercharakter eines Kinobilletts bejahen.

¹¹¹ Vgl. WALSER (FN 109), 232 ff.; a.M. ZK-JÄGGI (FN 53), Art. 965 OR N 297 ff.; zur Rechtslage in Deutschland PETER MARBURGER, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2015, § 807 BGB N 5 und MATHIAS HABERSACK, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., München 2017, § 807 BGB N 11: «Ob es sich um Eisenbahn-, Strassenbahn- oder Busfahrkarten handelt, ist gleichgültig; der früher hM, die Strassenbahnfahrkarte als Quittung oder Zahlungsbeleg einordnete, kann nicht beigetreten werden. Der Qualifizierung als kleines Inhaberpapier steht auch nicht entgegen, dass die Übertragung ausgeschlossen ist. Beschränkungen dieser Art bedeuten lediglich, dass der Schuldner seine Transportleistung nur einem einzigen Gläubiger erbringen will; sie sind also dahin auszulegen, dass die Übertragung erst nach Fahrtantritt nicht mehr erfolgen kann».

¹¹² Vgl. MARBURGER (FN 111), § 807 BGB N 8.

loserklärung nach Art. 981 ff. OR als wenig geeignet erscheinen. Hinzu kommt, dass die *Individualisierung* eine Grundvoraussetzung der Kraftloserklärung darstellt¹¹³, jedoch beide Seiten erhebliche Mühe hätten, das Billett zu individualisieren. Der Passagier kann eine Seriennummer in den wenigsten Fällen nennen. Und wenn er dies doch vermag, so haben die SBB wiederum keine realistische Möglichkeit zu erkennen, dass eine Kraftloserklärung des vorgewiesenen Billetts stattgefunden hat.¹¹⁴

[50] 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.¹¹⁵ Nur dort, wo sich die SBB ohne Vorlegung des Billetts der Gefahr der Mehrfachbeanspruchung aussetzen, erscheint es richtig, das Billett zur Voraussetzung 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 vorne). 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)

[51] Der Unterschied zum «gewöhnlichen Billett» liegt einzig darin, dass eine unpersönliche Stückschuld (bestimmter Platz) verurkundet wird und nicht eine Gattungsschuld (Beförderung ohne bestimmten Platz).¹¹⁶ An der Qualifikation als Wertpapier (Inhaberpapier) ändert nichts, wenn das Billett den Inhaber und der Platzreservierung nicht namentlich nennt. Wird der Berechtigte hingegen namentlich genannt, so liegt kein Wertpapier vor, sondern bloss ein *Legitimationspapier*, wie bei den Abonnementen, die auf den Namen des Passagiers lauten (dazu sogleich N 52).

II. Abonnemente

[52] General-, Halbtax- und Gleis 7-Abonnemente befinden sich neu auf dem SwissPass. Dieser lautet auf den Namen des Passagiers¹¹⁷, gehört diesem gemäss Tarif aber nicht.¹¹⁸ Ist das noch

¹¹³ Vgl. WALSER (FN 109), 249; vgl. CHK-KUHN (FN 46), Art. 981 OR N 10.

¹¹⁴ Vgl. WALSER (FN 109), 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 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 blosse Gattungsschuld der Fall sein dürfte».

¹¹⁵ Vgl. auch BARTHÉLÉMY MERCADAL, *Droit des transports terrestres et aériens*, Dalloz 1996, N 652, mit Hinweisen auf die französische Rechtsprechung.

¹¹⁶ Vgl. zur Unterscheidung ZK-JÄGGI (FN 53), Art. 965 OR N 299 und N 300.

¹¹⁷ Ziff. 4.1.1, T600.

¹¹⁸ Ziff. 4.1.3, T600: «Grundsätzlich bleiben alle Karten im Eigentum der Transportunternehmen und können jederzeit in begründeten Fällen zurückgefordert werden».

ein Wertpapier, wenn *erstens* kein Papier mehr besteht, sondern eine Karte aus Plastik? Und wenn man *zweitens* diese Karte nicht wie ein Papier mit den Augen, sondern nur mit Hilfe eines elektronischen Geräts lesen kann?¹¹⁹ Und das Medium *drittens* nicht einmal dem Rechteinhaber gehört? Tatsächlich ändern die ersten beiden Fakten am Wertpapiercharakter nichts. Auch elektronisch lesbare Speichermedien taugen als Urkundenstoff.¹²⁰ Das fehlende Eigentum am SwissPass seitens des Passagiers steht der Wertpapiereigenschaft indes im Wege.¹²¹ Ein weiteres Hindernis besteht darin, dass der SwissPass gerade nicht die Forderung gegenüber den SBB verbrieft¹²² und diese auch nicht auf der Karte speichert. Er enthält lediglich einen Chip, der dem Lesegerät zur Identifikation des Passagiers dient. Erst aufgrund dieser Identifikation kann das Lesegerät auf die anderswo gespeicherten Kundendaten zugreifen.¹²³ Würde der SwissPass dem Passagier gehören – was der Fall sein könnte, wenn man diesen auf das eigene Smartphone lädt¹²⁴ – und enthielte er die Angaben zur Forderung gegenüber den SBB, wäre die Wertpapierqualität wieder denkbar: Der Berechtigte (Passagier) könnte sein Recht (Beförderungsanspruch) nur mittels Vorweisung des SwissPass geltend machen und die SBB dürften nur gegen Vorweisung desselben leisten, was einer einfachen Wertpapierklausel gleichkäme. Der SwissPass wiese dann wie ein *hinkendes Inhaberpapier* eine einfache Wertpapierklausel sowie eine einfache Legitimationsklausel auf, da die SBB nur an den im Abonnement bezeichneten Berechtigten leisten dürfen, der Passagier sich aber auf Verlangen über seine Identität ausweisen muss.¹²⁵ Vergisst oder verliert der Passagier den SwissPass, so kann er Erstattung der in der Zwischenzeit erworbenen Billette verlangen, un-

¹¹⁹ Ziff. 4.1.4, T600: «Auf der Karte ist kein Hinweis zur gekauften Leistung (Art und Gültigkeitsdatum) ersichtlich».

¹²⁰ Vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 107), § 1 N 8 f.; vgl. OLIVER L. KNÖFEL, Gift Cards (Geschenkkarten) im Einzelhandel, WM 2017, 833 ff., 835 f., 836, m.w.N.: «Sofern die elektronisch bewirkte Wertzuschreibung zugleich Verbriefung ist, d.h. einen Anspruch oder ein Recht mit einem präsentablen körperlichen Gegenstand verknüpft, kann das jeweilige Instrument als Wertpapier eingeordnet werden. (...) Inhalt der Verbriefung bei Gift Cards ist ein Anspruch «auf die Gegenleistung des für die Karte entrichteten Entgelts», also auf Inanspruchnahme des Guthabenswerts. Fraglich ist allerdings, ob und in welchem Masse der verkörperte Gedankeninhalt auch durch den Rechtsverkehr wahrnehmbar sein muss. Schriftlichkeit der (gesamten) verkörperten Gedankenerklärung fehlt zwar bei Gutscheinkarten, wird heute aber auch nicht mehr gefordert. Ausreichend ist jedenfalls bei Inhaberzeichen, z.B. Eintrittskarten oder Marken, dass sich die Beteiligten und das Leistungsprogramm aus den Begleitumständen entnehmen lassen, ggf. auch nur aus Umständen, die nur die Beteiligten – und nicht Dritte – überschauen können. Dies genügt für die Wertpapierqualität»; in diesem Sinne auch CHRISTIAN HOFMANN, Die ec-/maestro-Karte als Rektapapier, WM 2005, 1305 ff., 1307.

¹²¹ Vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 107), § 2 N 131, 161, 177.

¹²² Vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 107), § 2 N 254 («verbrieftes Recht»).

¹²³ Vgl. Internet: <https://www.swisspass.ch/faq?lang=de>: «Auf den Chips werden keine Kundendaten gespeichert. Sie enthalten nur eine technische Kennnummer (Medien-ID). Bei einer Kontrolle liest das Gerät die Medien-ID und verbindet diese mit den abonnierten Leistungen. Die bloss Kenntnis der Medien-ID lässt ohne Lesegerät keinen Rückschluss auf eine bestimmte Person zu»; vgl. HOFMANN (FN 120), WM 2005, 1307: «Die ec-/maestro-Karte enthält hingegen keine Angaben darüber, über welches Guthaben der Kontoinhaber verfügt und damit welcher Anspruch des Karteninhabers gegen die kontoführende Bank aus § 780 BGB besteht. Über diese Information verfügen nur die Zentralrechner der Banken, deren Abfrage durch die Einspeisung der Kartendaten nur initiiert werden kann. (...) Aufgrund der fehlenden Voraussetzungen für eine Parallelwertung zwischen Sparbuch und ec-/maestro-Karte kann hingegen schon an dieser Stelle festgehalten werden kann, dass es sich bei Letzterer nicht um ein Wertpapier im Sinne von § 808 BGB handelt».

¹²⁴ Vgl. Internet: <https://www.swisspass.ch/deswisspassmobile.xhtml>.

¹²⁵ Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass die Papiervorweisung bloss zugunsten der SBB, nicht aber zugunsten des Passagiers als berechtigter Person ausreichend ist. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Gesetz oder Tarif. Im Zweifelsfall muss es den SBB indes möglich sein, die Identität eines Abonnementsinhabers zu prüfen, ansonsten sie Gefahr liefen, die Transportleistungen mehrfach zu erbringen; vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 107), § 2 N 155, 157; vgl. die Richtlinie «Fahrausweiskontrolle» des ZVV (FN 7), Ziff. 7.405: «Die Fahrausweise sind sorgfältig zu prüfen hinsichtlich:[...] die Benützungsberechtigung bei persönlichen Abonnementen (z.B. Foto und Nummer)- die Benützungsberechtigung bei vergünstigten Fahrausweisen (Altersnachweis, Halbtax usw.) [...]».

ter Abzug eines Selbstbehalts.¹²⁶ Erfasst man dies in der Stufenfolge der Urkunden, ist es somit bloss noch ein *Legitimationspapier*.¹²⁷ Der Tarif schliesst die Übertragbarkeit des SwissPass aus.¹²⁸

III. E-Tickets

[53] Zu den E-Tickets gehören sowohl die Print@home-Tickets, die über das Internet bestellt werden und vom Passagier auszudrucken sind, als auch die Mobile Tickets, die auf mobilen Endgeräten gespeichert werden.¹²⁹ Alle E-Tickets lauten auf den Namen des Passagiers und sind nicht übertragbar. Sie gelten nur zusammen mit einem gültigen amtlichen Ausweis.¹³⁰ Der Passagier muss das Print@home-Ticket ausgedruckt oder als PDF auf dem Bildschirm des mobilen Endgerätes präsentieren können.¹³¹ Die Funktionsfähigkeit der Geräte fällt in die Verantwortung der Passagiere.¹³² Es handelt sich in der Stufenfolge der Urkunden um ein *Namenpapier*, weil sich der Passagier als Gültigkeitserfordernis zusätzlich ausweisen muss: Die Urkunde ist zu Gunsten des Verpflichteten und des Berechtigten notwendig, aber nicht ausreichend. Ohne diese Kontrolle besteht das Risiko, dass ein zweiter Passagier mit dem E-Ticket fährt (mit dem doppelt ausgedruckten Print@home-Ticket oder dem ausgeliehenen Mobiltelefon). Bei E-Tickets kann der Kaufpreis bei Nichtbenützung erstattet werden, doch muss der Kunde die Nichtbenützung beweisen.¹³³ Wie aber ist wertpapierrechtlich mit dem Faktum umzugehen, dass man das Papier selbst und möglicherweise beliebig oft ausdruckt? Von einer Ausstellung oder Begebung im klassischen Sinne kann nun wirklich keine Rede mehr sein. Dies steht dem Wertpapierbegriff diametral entgegen.¹³⁴

¹²⁶ Hat der Passagier den SwissPass vergessen, wird ein Ersatzausweis abgegeben, sofern die Identität des Passagiers aufgrund eines amtlichen Ausweises einwandfrei überprüft werden kann (Ziff. 12.5.1.1, T600). Für den Ersatzausweis ist eine Bearbeitungsgebühr von grundsätzlich Fr. 5 zu bezahlen (Ziff. 12.7.6.1, T600).

¹²⁷ Vgl. Urteil des Obergerichts Zürich vom 5. Juni 1925 in ZR 1926, Nr. 127: «Das Generalabonnement ist kein Wertpapier. Gefändet und verwertet könnte höchstens der Rückforderungsanspruch gegen die Bahn, aber nicht der unübertragbare Anspruch auf Transport. Es kann daher am Abonnement kein Retentionsrecht geltend gemacht werden». und CLAUDE AEMISEGGER, Qualifizierte Schuldurkunden und SchKG, Diss. Lausanne 2009, 34: «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, 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».

¹²⁸ Ziff. 4.1.1, T600.

¹²⁹ Vgl. Ziff. 3.2 und 3.3, T600.

¹³⁰ Ziff. 3.1.3, T600.

¹³¹ Ziff. 3.2.2, 3.2.3, T600.

¹³² Ziff. 3.1.12, T600.

¹³³ Ziff. 1.1.4, 1.3 und 2.1, T600.9.

¹³⁴ Vgl. SEBASTIAN DIENST/PHILIPP SCHEIBENPFLUG, Zivilrechtliche Rechtsfragen bei Gutscheinkäufen auf Online-Gutscheinplattformen (Couponing), JurPC Web-Dok. 147/2012, N 8: «Hinzu kommt, dass die Einordnung des Gutscheins als Inhaberpapier und damit als Wertpapier auch nicht dem Willen des Ausstellers entspricht. So ist dieser weniger am Gutschein in Papierform selbst, als vielmehr an dem auf dem Gutschein vermerkten Gutscheincode interessiert. Der Gutschein selbst ist dagegen wertlos, da er beliebig durch den Kunden reproduzierbar ist. Durch Streichung dieses Codes auf seiner Liste hält das Drittunternehmen fest, dass er seine Leistungspflicht erfüllt hat. Damit wird klar, dass der ausgedruckte Papiergutschein nur ein Mittel zum Zweck ist, nämlich zur Vorlage des Gutscheincodes. Dagegen

[54] Viele Medienberichte erwähnten technische Probleme beim Erwerb und der Kontrolle eines E-Tickets.¹³⁵ Der Tarif überwälzt die Verantwortung bezüglich dieser Probleme auf die Bahnkunden.¹³⁶ Die im Tarif genannten Gründe, die eine Kontrolle verunmöglichen, fallen allesamt in die Sphäre des Passagiers (z.B. wenn sein Akku leer ist), was die Regelung rechtfertigt.¹³⁷ 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.¹³⁸

7. Spezielle Beförderungen

a. Beförderung von Kindern bis 5.99 Jahre

[55] Begleitet¹³⁹ reisende Kinder bis 5.99 Jahre reisen gratis und benötigen kein Billett (Ziff. 2.2.1, T600). Ein Beförderungsvertrag entsteht aber dennoch, mit den gleichen Pflichten wie beim entgeltlichen Vertrag. Es handelt sich lediglich um ein «Tarifzugeständnis».¹⁴⁰ Der Vertragsschluss erfolgt nicht zwingend durch die Eltern, sondern kann auch von der Begleitperson vorgenommen werden (vgl. Ziff. 2.2.2 und 2.2.3, T600); die Eltern und die Begleitpersonen müssen über ein gültiges Billett verfügen. Die Beförderung der Kinder ist als Vertrag zugunsten Dritter zu qualifizieren.¹⁴¹ 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 ein Passagier mit Fahrausweis ihn benötigt (Ziff. 2.1.3, T600).

ist im Bereich der Wertpapiere das Papier selbst entscheidend und nicht ein etwaig darauf vermerkter Code»; CARSTEN FÖHLISCH/DANIEL LÖWER, Das Widerrufsrecht bei Gutscheinen im Fernabsatz, K&R 2015, 298 ff., 299: «Eine Einordnung als kleines Inhaberpapier gem. § 807 BGB scheidet allerdings aus anderen Gründen aus. Zum einen erscheint im Hinblick auf die Liberationswirkung in diesem Fall die Möglichkeit problematisch, den Gutschein unbegrenzt vervielfältigen zu können. Allerdings wird es dem Verbraucher nicht auf das Papier selbst ankommen, sondern vielmehr auf den darauf vermerkten Code, denn das Papier an sich ist «wertlos». Das Ausdrucken kann jedoch nicht die Voraussetzung des Skripturaktes ersetzen.» GREGOR NÖCKER, Urkunden und EDI-Dokumente, CR 2000, 176 ff., 181.

¹³⁵ Vgl. statt vieler «20 Minuten», Internet: <http://www.20min.ch/news/dossier/oevau/story/19184071>; vgl. SARAH NOWOTNY, E-Tickets verärgern SBB-Kunden, NZZ am Sonntag, 4. März 2012, 15.

¹³⁶ Ziff. 3.1.12, T600.

¹³⁷ Vgl. zum deutschen Recht POHAR (FN 54), NZV 2003, 260.

¹³⁸ Vgl. Ziff. 3.1.10, 12.2.3.9, 12.3.4.8, 12.4.3.8 und 12.7.4.2, T600.

¹³⁹ Reisen Kinder bis 5.99 Jahre unbegleitet, so müssen sie hingegen ein Billett lösen (Ziff. 2.2.1, T600). Die Begleitperson muss mindestens 12 Jahre (bei bis zu vier Kindern) bzw. 16 Jahre (bei bis zu acht Kindern) alt sein (Ziff. 2.2.3 T600).

¹⁴⁰ Botschaft über Transporte des öffentlichen Verkehrs, BBl 1983 II 185.

¹⁴¹ Vgl. PATRICK KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Fribourg 1999 = Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 190, 2000, N 436 und das Urteil des Obergerichts Basel-Landschaft vom 18. April 1989 in BJM 1990, 133 ff., 139: «Es trifft zu, dass als Vertragspartner der Beklagten nur der Kläger 1 auftrat. Jedoch ist der geschlossene Vertrag in bezug auf die beiden andern an den Ferien teilnehmenden Gliedern der Familie K. als Vertrag zugunsten Dritter im Sinn von Art. 112 OR anzusehen. Das Obergericht erachtet es auch als gerechtfertigt, den Klägern 2 und 3 in Zusammenhang mit dem von ihnen erlittenen Schaden gestützt auf Art. 112 Abs. 2 OR ein eigenes Forderungsrecht zuzugestehen, da der erlittene Nachteil sie direkt und sehr persönlich traf. Es darf durchaus unterstellt werden, dass ein solches direktes Forderungsrecht dem Parteiwillen entspricht»; vgl. INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 86.11 f.

b. Beförderung von Handgepäck

[56] Im Folgenden geht es nur um das Handgepäck, also das unter der Obhut des Passagiers auf der Reise mitgeführte Gepäck.¹⁴² Die Beförderung des Handgepäcks ist eine Nebenpflicht des Beförderungsvertrags¹⁴³, die im Preis inbegriffen ist (Art. 23 Abs. 1 PBG).

[57] 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. 6.1.3, T600 muss das Handgepäck leicht tragbar und für den persönlichen Bedarf bestimmt sein. Die Abmessung ist auf 1.20 m x 0.80 m x 1.00 m begrenzt. Unabhängig von der Grösse reisen Skis und Snowboards, Schlitten und Skibobs, zusammengelegte Kinderwagen¹⁴⁴, zusammengeklappte oder demontierte Fahrräder sowie gewisse Velo- und andere Anhänger als Handgepäck kostenlos mit.¹⁴⁵

[58] Das Handgepäck ist über oder unter dem Sitzplatz oder in den Nischen der Plattformen zu verstauen.¹⁴⁶ Wer in vollen Zügen sein Gepäck auf einem Sitz deponiert, muss dagegen ein Billett erwerben.¹⁴⁷

[59] Die Haftung der SBB für Verlust und Zerstörung des Handgepäcks ist streng kausal, wenn der Schaden bei einem Unfall entstanden ist, 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, Brille, Schmuck oder eine Uhr. Die Regeln zum Handgepäck gelten auch für diese.¹⁴⁸ Eine andere Lösung – eine strikte Erfassung durch die Gefährdungshaftung – wie im Strassenverkehrsrecht (Art. 59 Abs. 4 lit. b SVG *e contrario*) wäre zwar denkbar, doch spricht die spärlich vorhandene Rechtsprechung dagegen.

¹⁴² 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. 21 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 13.

¹⁴³ HOCHSTRASSER (FN 14), N 569; ebenso FAVRE/WICK (FN 16), Art. 59 N 3; vgl. auch SCHWENDENER (FN 110), 126: «[...] der Transport ist unentgeltlich, gewissermassen im Personentransport inbegriffen».

¹⁴⁴ Nicht zusammengelegte Kinderwagen dürfen auf den Plattformen der Personenwagen mitgeführt werden, wenn es genügend Platz hat (vgl. Ziff. 6.1.3 T600).

¹⁴⁵ Vgl. zur Auslegung und zur Gesetzeskonformität der Tarifbestimmungen zum Handgepäck das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3060/2016 vom 9. August 2017, passim.

¹⁴⁶ Vgl. Ziff. 6.1.2, T600: «Den Reisenden steht für ihr Handgepäck der Raum über und unter ihrem Sitzplatz zur Verfügung. In den Nischen der Plattformen darf Handgepäck untergebracht werden, wenn genügend Platz vorhanden und die Sicherheit gewährleistet ist (Fluchtwege jederzeit frei). Auf den Plattformen deponiertes Handgepäck darf nicht in den Durchgang ragen. Das Handgepäck ist von den Reisenden selbst zu beaufsichtigen. Die TU haften nur bei eigenem Verschulden».

¹⁴⁷ Ziff. 6.1.6, T600: «Wünschen Reisende ihr Handgepäck auf Sitzplätzen mit sich zu führen, so haben sie so viele Streckenbillette (DV)/Einzelbillette (VB) 2. Klasse reduziert j zu lösen, als sie für ihr Handgepäck Sitzplätze beanspruchen. Für Kinder-Tragtaschen gilt diese Regelung nur bei Platzmangel».

¹⁴⁸ So ausdrücklich Art. 33 § 1 CIV (vollständig zitiert in FN 15), die im grenzüberschreitenden Verkehr anwendbar ist; ebenso KARL OPTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/3, Übrige Gefährdungshaftungen, 4. Aufl., Zürich 1991, § 27 N 59 f. und HOCHSTRASSER (FN 14), N 938; vgl. im Übrigen BGE 32 II 217 E. 2 (mit Beweislastumkehr bei verlorenen Sachen) und BGE 21 123 E. 2, die dies bei Unfällen mit Körperschäden der Gefährdungshaftung zuordnen, sowie den Entscheid in SJ 1912, 540 ff., der bei reinen Sachschäden die Verschuldenshaftung anwendet; anders SCHWENDENER (FN 110), 148, der eine Lücke annimmt, die er vertragsrechtlich füllt.

c. Beförderung von Tieren

[60] Auch Tiere können im Zug unter der Obhut des Passagiers mitreisen. Benützen sie einen eigenen Sitzplatz, muss der Passagier ein halbes Billett erwerben. Kleine Hunde, Katzen, Kaninchen, Vögel und ähnliche kleine zahme Tiere bis 30 cm Risthöhe kann der Passagier unentgeltlich in Käfigen, Körben oder Taschen als Handgepäck mitführen, doch müssen sie auch während der Fahrt darin bleiben (Ziff. 8.2, T600, Art. 63 Abs. 1 lit. c, Art. 63 Abs. 3 VPB). Tiere dürfen nur dann auf einen Sitzplatz gesetzt werden, wenn sie in einem geeigneten Behälter befördert werden; in diesem Fall sind so viele 2.-Klass-Billette zu j Preis zu bezahlen, als Sitzplätze beansprucht werden (Ziff. 8.3, T600). Eine Passagierin nahm ihr 82 cm hohes, zahmes Therapie-Pony mit in den Zug.¹⁴⁹ Dieses Tier wäre zwar zahm und klein im Sinne der Ziff. 8.1, T600, gehört aber nicht mehr zur Kategorie der Kleintiere, die man gemäss Ziff. 8.2, T600 in einem Käfig mitführen kann. Angesichts des unberechenbaren Stuhlgangs der Huftiere fällt das Vieh wohl unter den Ausschlussgrund der Belästigung der anderen Passagiere gemäss Ziff. 8.1, T600. Das Pony wäre daher eher im Gepäckwagen oder an einem anderen geeigneten Ort zu transportieren.

8. Ausgewählte Ansprüche des Passagiers

a. Ansprüche bei Verletzung oder Tod

[61] 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.¹⁵⁰

[62] Wird der Passagier bei der Beförderung verletzt oder getötet, so greift die Gefährdungshaftung von Art. 40b Abs. 1 EBG.¹⁵¹ Die SBB haften, auch wenn sie kein Verschulden trifft. Ihnen bleiben grundsätzlich¹⁵² nur die klassischen Entlastungsgründe der höheren Gewalt sowie des groben Selbst- oder Drittverschuldens (Art. 40c EBG). Alternativ zur Gefährdungshaftung kann sich der Passagier auch auf die vertragliche Haftung nach OR berufen.¹⁵³ Denn der Sinn der Gefährdungshaftung ist es nicht, dem Geschädigten einen für ihn günstigeren Anspruch zu entziehen.

¹⁴⁹ 20 Minuten, Bericht vom 18.11.2011: «*Ich glaub, mich tritt ein Pony*» über eine Pony-Zugfahrt im Kanton Thurgau, Internet:https://m.20min.ch/community/leser_reporter/story/19129902.

¹⁵⁰ Vgl. zur Pflicht der Vertragsparteien, Leben, körperliche Integrität und Eigentum des Vertragspartners zu schützen (Schutz- und Obhutspflicht) statt vieler BGE 126 III 113 E. 2.a.bb und 113 II 246 E. 4 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 44), N 2643.

¹⁵¹ Vgl. vorne, N 8.

¹⁵² 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; ausführlich auch ROGER KÖNIG, Die Gefährdungshaftung nach Eisenbahngesetz, Analyse und Kritik der neuen Haftungsregeln, Diss. Fribourg, 2012, N 29 und N 228 ff.

¹⁵³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 44), N 2944; OLIVER BUCHER, Open Access im Schienenverkehr – Eine Auslegeordnung der rechtlichen Rahmenbedingungen der Schweiz mit einem Überblick über die Regelung in der EU, Diss. Zürich 2006, 375; HOCHSTRASSER (FN 14), N 869. Anders jedoch BGE 113 II 246 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.

[63] 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).¹⁵⁴ 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*». ¹⁵⁵ 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.¹⁵⁶ 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.

[64] Einen beunruhigenden Sachverhalt hatte kürzlich das Bundesgericht zu beurteilen. Ein aufgrund Drogenabhängigkeit und einer psychischen Erkrankung Urteilsunfähiger stiess einen 85-jährigen Mann vom Perron unter die einfahrende S-Bahn. Der Mann wurde vom Zug einige Meter mitgeschleift und schwer verletzt. Dass sich bei diesem Unfall die charakteristischen Betriebsrisiken der Eisenbahn verwirklicht hatten, war vor Bundesgericht nicht mehr strittig. Der Lokführer konnte das Geschehen an der Seite des Zugs nicht sehen, und er hätte den Zug auch nicht rechtzeitig anhalten können. Zu entscheiden war jedoch, ob das Verhalten des urteilsunfähigen Dritten eine derartige Intensität aufwies, dass die charakteristische Betriebsgefahr im Vergleich nur noch von untergeordneter Bedeutung erscheint. Dann nämlich hätte das Verhalten des Dritten die SBB nach Art. 40c EBG von der Haftung entlastet. Das Bundesgericht verneinte die Frage. Es erwog, dass der Stoss des Dritten in kaum einer anderen (Alltags-)Situation derart gravierende Verletzungen hervorgerufen hätte wie in Verbindung mit der Kraft des Zugs. Ausserdem liege es nicht völlig ausserhalb des normalen Geschehens, dass jemand auf das Gleis gestossen werde; auch bei einem Gedränge auf dem Perron könne dies passieren. Das Bundesgericht verpflichtete die SBB deshalb, dem Geschädigten eine Genugtuung im Betrag von CHF 35'000 zu bezahlen.¹⁵⁷

[65] Künftig sollen die Transportunternehmen bei Verletzung oder Tod eines Passagiers einen Vorschuss leisten müssen, um die unmittelbaren wirtschaftlichen Bedürfnisse des betroffenen Passagiers oder seiner nahen Angehörigen zu decken.¹⁵⁸ Der Vorschuss soll keine Haftungsanerkennung darstellen und mit späteren Schadenersatzzahlungen verrechnet werden können.¹⁵⁹ Die

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ Botschaft zur Güterverkehrsvorlage, BBl 2007 4480; vgl. auch KÖNIG (FN 152), N 54 ff.

¹⁵⁶ Botschaft zur Güterverkehrsvorlage, BBl 2007 4480 und 4491; vgl. auch MIRINA GROSZ, in: Willi Fischer/Thierry Luterbach, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 40b EBG N 20; KÖNIG (FN 152), N 60 ff.

¹⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2018 vom 28. Mai 2019.

¹⁵⁸ Art. 44a Abs. 1 E-PBG (BBl 2016 8749 ff., 8773); vgl. auch die Botschaft zur Organisation der Bahninfrastruktur vom 16. November 2016 (BBl 2016 8661 ff., 8698 und 8741 f.).

¹⁵⁹ Art. 44 Abs. 2 E-PBG; eine Rückforderung des Vorschusses soll nur möglich sein, wenn der Schaden durch Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Passagiers verursacht wurde oder er an die falsche Person bezahlt wurde.

Höhe des Vorschusses im Todesfalle kann vom Bundesrat festgesetzt werden.¹⁶⁰ Die Vorschusspflicht als Soforthilfe ist sinnvoll. Im Luftverkehr, wo schon länger eine solche Pflicht besteht, hat sie sich bewährt.¹⁶¹ Im Eisenbahnverkehr hat die Verordnung (EG) Nr. 1371/2007¹⁶² vor knapp zehn Jahren eine Vorschusspflicht auf europäischer Ebene eingeführt. Der Vorschuss ist innert 15 Tagen, nachdem der Schadenersatzberechtigte feststeht, zu leisten (Art. 13 Abs. 2 Verordnung 1371/2007). Im Todesfall muss er mindestens 21'000 Euro je Fahrgast betragen (Art. 13 Abs. 1 Verordnung 1371/2007).

b. Ansprüche bei Verspätung

[66] Verpasst der Passagier aufgrund einer Verspätung einen im Fahrplan vorgesehenen Anschluss, kann er zwischen verschiedenen Rechten wählen: 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 Weiterreise mit einem anderen Verkehrsträger (z.B. Bus) zustimmen¹⁶³ (Art. 21 Abs. 2 PBG, Art. 61 Abs. 1 VPB; vgl. die leichten Modifikationen in Art. 21 und 21a E-PBG). Diese Rechte stehen dem Passagier unabhängig davon zu, ob er den letzten Anschluss oder sonst einen im Fahrplan vorgesehenen Anschluss verpasst. Gemäss neuem Recht muss der Passagier für die Ansprüche auf ganze oder anteilige Rückerstattung glaubhaft machen, dass die Reise aufgrund einer Verspätung oder eines Kursausfalls im konzessionierten Verkehr ihren Zweck nicht mehr erfüllen kann (Art. 21a E-PBG).

[67] Zu Schadenersatz berechtigt die Verspätung nur dann, wenn der Passagier das beabsichtigte Ziel gleichentags nicht mehr erreichen kann, *weil er den letzten im Fahrplan vorgesehenen Anschluss verpasst* (Art. 21 Abs. 1 PBG, Art. 61 Abs. 2 VPB, Ziff. 7.4.6.1, T601, Art. 21d E-PBG). 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. 7.4.6.2, T601). Liegt die Verspätung ausserhalb der Sphäre der SBB («[...] *dass der Schaden auf ein Verschulden der reisenden Person zurückzuführen ist oder auf Umständen beruht, die [das Transportunternehmen] nicht vermeiden und deren Folgen es nicht abwenden konnte*», Art. 21 Abs. 3 PBG, Art. 21d Abs. 2 E-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 (wohl aber

¹⁶⁰ Art. 44 Abs. 3 E-PBG.

¹⁶¹ Vgl. Art. 28 des Montrealer Übereinkommens zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 28. Mai 1999 (SR 0.748.411) und Art. 15 der Lufttransportverordnung (SR 748.411). Die Vorauszahlung muss im Todesfall mindestens 16'000 Sonderziehungsrechte betragen (Art. 15 Abs. 2 LTrV), was rund Fr. 21'563 entspricht (22. August 2019). Vgl. dazu auch REGULA DETTLING-OTT/URS HALDIMANN, Luftverkehrsrecht, Teil II: Betrieb der Luftfahrt, in: Georg Müller (Hrsg.), Verkehrsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. IV, Basel 2008, 391 ff., N 114 und HOCHSTRASSER (FN 14), N 1051.

¹⁶² 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).

¹⁶³ «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.

explizit aus den neuen Art. 21d Abs. 1 und 3 E-PBG)¹⁶⁴, sondern aus der Begrenzungskompetenz des Bundesrates in Art. 43 Abs. 1 PBG. Die SBB nennen auf ihrer Internetseite eine Höchstgrenze von Fr. 200 für das Hotel mit Frühstück und auch für die Taxifahrt.¹⁶⁵ Schadenersatz, der beispielsweise entgangene Geschäfte deckt, ist nicht geschuldet. Allerdings lassen sich bei grobem Verschulden oder Vorsatz der Bahn diese Beschränkungen nicht halten.¹⁶⁶

[68] 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.

[69] 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. Die SBB machen dies ohne gesetzliche Pflicht. Sie betonen auch die Kulanz und Freiwilligkeit.¹⁶⁷ Ebenso freiwillig haben die SBB in der Romandie mit Hilfe einer App Entschädigungen für Verspätungen während der Bauarbeiten des Sommers 2018 geleistet.¹⁶⁸ Im internationalen Verkehr sind die SBB hingegen dazu verpflichtet (vgl. dazu mehr hinten, N 71).

[70] Die Rechte der Passagiere im öffentlichen Verkehr, insbesondere bei einer Verspätung oder einem Kursausfall, werden gestärkt und der in Europa geltenden Regelung angenähert. Dies haben der Bundesrat und das Parlament im Rahmen der Vorlage zur Organisation der Bahninfrastruktur (OBI) beschlossen.¹⁶⁹ Die neuen Bestimmungen treten voraussichtlich Mitte 2020 in Kraft. Die Transportunternehmen müssen dann statt der «*Sorry*»-Gutscheine eine Entschädigung bezahlen (Art. 21b E-PBG).¹⁷⁰ Die Höhe der Entschädigung wird auf Verordnungsstufe geregelt (Art. 21b Abs. 2 E-PBG). Der Verordnungstext ist noch nicht zugänglich, das Bundesamt für Verkehr hat jedoch bereits angekündigt, dass die Entschädigung nach der Dauer der Verspätung abgestuft wird. Bei einer Verspätung von über einer Stunde soll die Entschädigung mindestens 25% des bezahlten Fahrpreises betragen, bei einer Verspätung von über zwei Stunden mindestens 50%.¹⁷¹ Als Folge der Nichteinhaltung des Beförderungsvertrags¹⁷² wird der Fahrpreis damit quasi ge-

¹⁶⁴ Art. 21d Abs. 1 E-PBG: «*Das Unternehmen haftet im konzessionierten Verkehr für den unmittelbaren Schaden wie Unterkunfts- oder Verpflegungskosten, wenn es den Fahrplan nicht einhält und die reisende Person deshalb den letzten im Fahrplan vorgesehenen Anschluss verpasst oder das vorgesehene Reiseziel nicht erreicht*».

¹⁶⁵ Internet: <https://www.sbb.ch/de/bahnhof-services/dienstleistungen/kundendialog/fahrgastrechte/nationaler-verkehr.html>.

¹⁶⁶ Vgl. auch Art. 43 Abs. 2 PBG. SCHWENDENER (FN 110), 141, bejahte unter dem früheren Transportrecht einen solchen Anspruch; gemäss ROLAND BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, Bern 2008, N 17, 295, liegt ein qualifiziertes Schweigen vor, was entgangenen Gewinn anbelangt.

¹⁶⁷ Internet: <https://www.sbb.ch/de/bahnhof-services/dienstleistungen/kundendialog/fahrgastrechte/nationaler-verkehr.html>.

¹⁶⁸ ANTONIO FUMAGALLI, Die SBB wollen sich kulant zeigen, NZZ, 28. August 2018, 15.

¹⁶⁹ Vgl. den in beiden Kammern angenommenen Schlussabstimmungstext vom 28. September 2018, Internet: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160075/Schlussabstimmungstext%201%20NS%20D.pdf>; vgl. auch den Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Organisation der Bahninfrastruktur vom 16. November 2016 (BBl 2016 8749 ff.), Art. 15a und Art. 21 ff. E-PBG und die Botschaft zur Organisation der Bahninfrastruktur (OBI) vom 16. November 2016 (BBl 2016 8661 ff., insb. 8695 ff. und 8712 ff.).

¹⁷⁰ Art. 21b Abs. 1 E-PBG: «*Hat eine Verspätung oder ein Kursausfall im konzessionierten Verkehr nicht zu einer Erstattung des Fahrpreises geführt, so können die Reisenden vom Unternehmen eine Entschädigung verlangen*».

¹⁷¹ Faktenblatt Stärkung der Passagierrechte im öffentlichen Verkehr (öV) vom 2. Juli 2019 des Bundesamtes für Verkehr, Internet: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/57668.pdf>.

¹⁷² Botschaft OBI, BBl 2016 8739.

mindert, und zwar in pauschalierter Form. Im Vergleich zur Regelung im Luftverkehr erscheint dieser Vorschlag ausgewogener: Die Höhe der Entschädigung hängt vom bezahlten Preis ab und berücksichtigt damit, welchen Wert die gehörige Erfüllung (rechtzeitige Ankunft am Zielbahnhof) gehabt hätte.¹⁷³ Inhaber von General- und anderen Abonnementen sollen ebenfalls eine angemessene Entschädigung verlangen können; die Bedingungen hierfür sollen die Transportunternehmen festlegen¹⁷⁴, was im Tarif erfolgen dürfte. Ein Nachteil der vorgeschlagenen Lösung ist, dass sie zu zusätzlichem Verwaltungsaufwand führt, wenn z.B. 200 Passagieren eine Entschädigung zu zahlen ist. Diesen zusätzlichen Aufwand werden die Transportunternehmen wohl auf die Passagiere überwälzen. Es ist deshalb zu befürchten, dass der von einer Verspätung betroffene Passagier kurzfristig bessergestellt wird, langfristig aber mehr für das Billett zahlen muss. Bei Abfahrts- oder Ankunftsverspätungen von mehr als 60 Minuten sollen die Transportunternehmen den Passagieren zudem eine angemessene Unterstützung anbieten (Art. 21c E-PBG); zu denken ist in erster Linie an ein Getränk oder einen Snack.¹⁷⁵ Zudem wird eine Informationspflicht im Gesetz verankert. Die Transportunternehmen sollen insbesondere bei Verspätungen oder Ausfällen von Verbindungen die Passagiere vor und während der Fahrt informieren, insbesondere auch über die Passagierrechte (Art. 15a E-PBG).

[71] Für Passagiere mit internationalen Billetten gelten gemäss Ziff. 7.4.8, T601 auch auf schweizerischen Strecken die «Allgemeinen Beförderungsbedingungen für die Eisenbahnbeförderung von Personen (GCC-CIV/PRR)»¹⁷⁶, die auf der Eisenbahn-Passagierrechts-Verordnung der EU¹⁷⁷ und den CIV¹⁷⁸ basieren, und die «Besonderen Beförderungsbedingungen der SBB (BBB-SBB)».¹⁷⁹ Relevant für die Preiskürzungen ist bei *en bloc* gekauften Reisen nach einer aufsichtsrechtlichen Demarche des BAV auch bei Umsteigeverbindungen mit separaten Billetts stets der ganze Reisepreis, nicht bloss der Abschnittspreis, der die Verspätung ausgelöst hat.¹⁸⁰ Die Passagiere können auch die Rechte nach den Ziff. 7.4.1 bis 7.4.6, T601 geltend machen (Ziff. 7.4.8.1, T601), was zu einer Art Meistbegünstigung führt. Der inländische und der grenzüberschreitende Verkehr wer-

¹⁷³ Demgegenüber erhält der Flugpassagier nach Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 (ABl. L 46 vom 17. Februar 2004, 1 ff.; die Verordnung Nr. 261/2004 gilt im Rahmen des Bilateralen Luftverkehrsabkommens mit der EU [SR 0.748.127.192.68] auch für die Schweiz) eine pauschale Entschädigung von €250 bis 600 (je nach Distanz des Flugs), welche den bezahlten Preis um ein Vielfaches übersteigen und zu einem «Gewinn» des Passagiers führen kann. Ausserdem erhält der Bahnpassagier, anders als der Flugpassagier, grundsätzlich keinen Schadenersatz, wenn er einen individuellen Schaden erleidet, der über die pauschale Entschädigung hinausgeht (vgl. Botschaft OBI, BBl 2016 8740).

¹⁷⁴ Faktenblatt Stärkung der Passagierrechte im öffentlichen Verkehr (öV) vom 2. Juli 2019 des BAV (FN 171). Dies ist richtig, da der Inhaber eines General- oder anderen Abonnements genauso von der Verspätung betroffen ist, wie der Passagier einer Einzelfahrt. Anders aber noch die Botschaft OBI (BBl 2016 8740), nach welcher der Inhaber eines General- oder anderen Abonnements keine Entschädigung erhalten sollte.

¹⁷⁵ Die Einzelheiten der Unterstützungspflicht soll der Bundesrat festlegen (Art. 21c Abs. 2 E-PBG). Faktenblatt Stärkung der Passagierrechte im öffentlichen Verkehr (öV) vom 2. Juli 2019 des BAV (FN 171). Für die Modalitäten der Unterstützung verweist die Botschaft OBI (BBl 2016 8740) auf Art. 18 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1371/2007.

¹⁷⁶ Der Text der vom Internationalen Eisenbahntransportkomitee (CIT) ausgearbeiteten GCC-CIV/PRR kann bei den SBB abgerufen werden, Internet: <https://www.sbb.ch/de/bahnhof-services/dienstleistungen/kundendialog/fahrgastrechte/rechtliche-grundlagen.html>.

¹⁷⁷ Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr (zitiert vorn in FN 162).

¹⁷⁸ Vollständig zitiert in FN 15. Im grenzüberschreitenden Verkehr kommen die CIV unmittelbar zur Anwendung.

¹⁷⁹ Internet: <https://www.sbb.ch/de/bahnhof-services/dienstleistungen/kundendialog/fahrgastrechte/rechtliche-grundlagen.html>.

¹⁸⁰ Vgl. BAV (FN 88), N 17, 23, unter problematischer Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel (vgl. dazu vorne, N 41).

den ungleich behandelt, was auf den ersten Blick stossend ist. Besonders augenscheinlich ist dies, wenn Passagiere im selben Zug unterschiedliche Rechte haben, je nachdem, ob sie ein nationales oder ein internationales Billett erworben haben. Sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung sind nicht ersichtlich, doch ist das ungleiche Regime bereits im Gesetz (PBG/EBG versus CIV) kollisionsrechtlich angelegt. Den SBB fällt es schwer, im Tarif alle Passagierkategorien gleich zu behandeln. Da je nach Situation ein nationaler oder ein internationaler Sachverhalt vorliegt, müssen sie das auch nicht tun. In Erklärungsnot kommen sie dabei dennoch.

c. Anspruch auf einen Sitzplatz?

[72] Der Passagier hat einen Anspruch auf einen Sitzplatz, wenn er einen solchen reserviert.¹⁸¹ Im Übrigen ist ein Sitzplatz nicht garantiert.¹⁸² Dies könnte man hinterfragen, denn für den Passagier macht es durchaus einen Unterschied, ob er den Beförderungspreis bezahlt und während der Fahrt 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.¹⁸³

[73] Die SBB müssen aufgrund der Betriebspflicht grundsätzlich jede im Fahrplan vorgesehene Fahrt durchführen (Art. 14 Abs. 1 PBG). 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 allenfalls aus der Konzession oder im bestellten Verkehr aus einer Leistungsvereinbarung¹⁸⁴ ergeben. Der Passagier hat jedoch keinen Anspruch gegen die SBB auf eine grössere Kapazität oder auf Schadenersatz, wenn das vorhandene Angebot nicht genügt.¹⁸⁵ Allfällige Gesuche für höhere Kapazitäten muss der Passagier an die konzessionserteilenden Behörden (UVEK/BAV) richten.

[74] Ist der Zug so überfüllt, dass eine Abfahrt aus Sicherheitsgründen nicht möglich ist (z.B. wenn bei einem Brand eine sichere Evakuierung nicht gewährleistet wäre)¹⁸⁶, darf das Zugpersonal Passagiere auffordern, den Zug zu verlassen. Die Passagiere sind verpflichtet, den Aufforderungen des Zugpersonals Folge zu leisten (vgl. Art. 59 Abs. 1 lit. c VPB und Ziff. 9.1.1 T601). Wenn ein Passagier der Anordnung keine Folge leistet, darf das Zugpersonal grundsätzlich keine körperliche Gewalt anwenden, es darf den Passagier also nicht packen und aus dem Zug werfen. Wenn schon, wäre die Polizei beizuziehen. Denkbar ist aber, dass ein Passagier, der einer Anordnung keine Folge leistet und dadurch die Weiterfahrt verzögert oder verunmöglicht, für den

¹⁸¹ Im Tarif ist nur die obligatorische Platzreservierung geregelt; die Regelung ist rudimentär (Ziff. 6.4.1, T601).

¹⁸² Vgl. ZIEGLER (FN 4), 41; FAVRE/WICK (FN 16), Art. 50 N 2.

¹⁸³ Vgl. die Nachweise in FN 47.

¹⁸⁴ Vgl. Art. 30 Abs. 1 PBG und die Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs (ARPV; SR 745.16); z.B. die Angebotsverordnung (LS 740.3) des Kantons Zürich.

¹⁸⁵ ZIEGLER (FN 4), 40 f.; a.M. SCHWENDENER (FN 110), 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 straffällig [...]. Die Transportanstalten haben allenfalls provisorische Anlagen herzustellen und fremde Transportmittel zu mieten».

¹⁸⁶ Internet: <https://www.20min.ch/schweiz/zuerich/story/Passagiere-muessen-ueberfuellten-Zug-verlassen-29424168>.

von ihm verursachten Schaden haftpflichtig wird. Dem Passagier, der den Zug auf Anweisung des Zugpersonals verlässt, stehen die gleichen Rechte wie im Fall des verpassten Anschlusses zu (vorne N 66 ff.).

d. Reservation eines Sitzplatzes durch Belegung

[75] Eine Ausnahme vom vorerwähnten Grundsatz, dass der Passagier keinen Anspruch auf einen Sitzplatz hat, macht der Tarif: «Die Reisenden, ausgenommen unentgeltlich beförderte Kinder, dürfen einen freien Sitzplatz belegen; wenn sie ihn nicht deutlich sichtbar belegen, verlieren sie den Anspruch darauf». (Ziff. 0.7.3, T600). Dies bedeutet, dass der Passagier, wenn er einmal einen Sitzplatz hat, einen Anspruch darauf hat und diesen nicht verliert, wenn er kurz die Toilette aufsucht. 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.¹⁸⁷

[76] 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, dann erst recht nicht für einen erst später zusteigenden Passagier.¹⁸⁸

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

[77] Platzmangel in der zweiten Klasse berechtigt nicht dazu, einen Platz in der ersten Klasse zu benützen. Nur wenn das Zugpersonal dem Passagier einen solchen Platz zuweist, darf er diesen auf Zusehen hin ohne Mehrkosten benützen (Ziff. 9.3.3, T601). Der explizite Wortlaut des Tarifs schliesst ein eigenmächtiges Vorgehen aus.¹⁸⁹ Wirklich sinnvoll ist diese Regelung aber nur, wenn sich Zugbegleiter im Zug befinden, die den 1.-Klass-Platz tatsächlich zuweisen können. Herrscht Platzmangel in der *ersten Klasse*, erhalten die Passagiere, die deswegen in der zweiten Klasse reisen, den Preisunterschied zurückerstattet (Ziff. 9.3.4, T601 und Ziff. 1.9, T600.9).

[78] Die Zugkategorien gelten auch für Vorräume, Gänge, Treppen etc. (Ziff. 9.3.1, T601; ausgenommen Doppelstockwagen mit beiden Klassen). 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.

¹⁸⁷ Vgl. FAVRE/WICK (FN 16), Art. 50 N 4.

¹⁸⁸ 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.

¹⁸⁹ 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 (FN 16), Art. 52 N 4). Dies würde auch dem heutigen PBG gut anstehen, da der Passagier für einen Sitzplatz bezahlt hat.

f. Anspruch auf klimatisierte Zugsabteile?

[79] Die Zürichsee-Schiffahrtsgesellschaft sah sich im Juni 2017 veranlasst, den Betrieb auf der Limmat vorübergehend einzustellen, weil es in den Panoramabooten mit Glasdach zu heiss wurde.¹⁹⁰ Auch in den Zügen kann es im Sommer heiss werden.

[80] Wie beim Sitzplatz (vorne, N 72 f.) lässt sich weder aus der Betriebspflicht (Art. 14 Abs. 1 PBG) noch sonst aus dem PBG eine Pflicht der SBB ableiten, eine bestimmte Kapazität zur Verfügung zu stellen. Dementsprechend gibt es auch keine Pflicht, eine bestimmte Anzahl (Kapazität) klimatisierter Wagen zur Verfügung zu stellen, sofern dies nicht in der Konzession oder der Leistungsvereinbarung festgelegt ist.

[81] Dessen ungeachtet sind die SBB verpflichtet, die Passagiere wohlbehalten ans Ziel zu bringen (vorne, N 61 ff.). Auch wenn nirgendwo definiert ist, wie heiss es in einem Zugsabteil werden darf, müssen die SBB dafür sorgen, dass die Gesundheit der Passagiere nicht gefährdet wird. Erleidet ein Passagier einen Kreislaufkollaps, weil es im Abteil zu heiss ist, stellt sich die Frage, ob dies als Verwirklichung eines für den Eisenbahnbetrieb charakteristischen Risikos im Sinne von Art. 40b Abs. 1 EBG zu werten ist. Die Frage ist zu verneinen; es handelt sich um ein Risiko, das nicht der Eisenbahn eigen ist, sondern das generell besteht, wenn es heiss ist. Die SBB haften demnach nicht aufgrund der Gefährdungshaftung von Art. 40b Abs. 1 EBG, sondern nur, aber immerhin, wenn sie ein Verschulden trifft (Art. 97 Abs. 1 OR).

[82] Ein Verschulden liegt nicht schon allein darin, dass der Zug nicht klimatisiert ist. Neues und klimatisiertes Rollmaterial kostet Geld; die Finanzierung des öffentlichen Verkehrs ist eine vielschichtige Angelegenheit¹⁹¹ und der Preisüberwacher steht einer Erhöhung der Billettpreise oft skeptisch gegenüber.¹⁹² Aufgrund der Betriebspflicht können die SBB die Fahrten aber auch nicht einfach einstellen, wenn nicht genügend klimatisierte Wagen zur Verfügung stehen. Eine Einstellung des Betriebs wäre auch nicht im Interesse der Passagiere. Das Verschulden der SBB ist im Einzelfall zu beurteilen. Berücksichtigen lässt sich etwa, ob die SBB die Passagiere vor der Gefahr gewarnt und auf alternative Verbindungen mit gekühlten Wagen hingewiesen haben sowie ob Zugpersonal im Einsatz steht, das ein besonderes Auge auf die Risikogruppen hat und bei Bedarf Wasser oder Kühlbeutel verteilt. Den Passagier trifft andererseits eine Eigenverantwortung. Älteren und gesundheitlich angeschlagenen Personen sowie Eltern von Säuglingen ist zu empfehlen, die grösste Hitze zu meiden und möglichst in den kühleren Morgen- oder Abendstunden zu reisen. Die Kleidung sollte den Temperaturen angepasst und Wasser mitgeführt werden. Wer schon am Morgen Mühe mit Atmen hat, am Mittag auf den Zug rennt und den Krawattenknopf nicht lockert, muss sich ein Selbstverschulden anrechnen lassen.

¹⁹⁰ Internet: <https://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/limmatschiffahrt-wegen-hitzewelle-eingestellt/story/19657659>.

¹⁹¹ Vgl. unter anderem Art. 30 ff. PBG, die Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs (ARPV; SR 745.16) und die Verordnung über das Angebot im öffentlichen Personenverkehr (Angebotsverordnung; LS 740.3) des Kantons Zürich; vgl. auch Öffentlicher Verkehr Schweiz: Seine Leistungen – seine Finanzierung, VöV_Schriften_04, Internet: <https://www.voev.ch/de/index.php?section=downloads&download=2885>.

¹⁹² Vgl. z.B. den Jahresbericht des Preisüberwachers 2016,

RPW 2016/5, 1164 ff. sowie 2017,

RPW 2017/5, 742 f.

g. Wenn der Automat nicht funktioniert und kein Schalter geöffnet ist

[83] Der Passagier muss ein Billett erwerben, gegebenenfalls entwerten und während der Fahrt jederzeit vorweisen können (Art. 20 Abs. 1 PBG; 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 öffnen¹⁹³ oder wenigstens einen funktionierenden Billettautomaten aufzustellen. Diese Nebenpflicht kann der Passagier nicht selbstständig einklagen, doch entstehen der SBB Nachteile, wenn sie dagegen verstossen. Sie verlieren insbesondere den Anspruch auf den Zuschlag (zum Zuschlag hinten, N 98 ff.).¹⁹⁴

h. Erstattung des Preises, wenn der Passagier das Billett nicht benutzt

[84] Im Unterschied zum allgemeinen 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 der Tarif T600.9. Der Passagier muss beweisen, dass er das Billett nicht benützt hat. Vor Beginn der Gültigkeitsdauer gilt die Nichtbenützung als erwiesen (Ziff. 1.3.1, T600.9). In Zweifelsfällen haben die SBB ein grosses Ermessen (Ziff. 1.3.6, T600.9); angesichts der Abweichung zum Grundsatz *pacta sunt servanda* ist dies gerechtfertigt. Auch der Passagier, der ein Billett erwerben muss, weil er sein Abonnement zu Hause vergessen hat, erhält den Kaufpreis erstattet; er trägt einen Selbstbehalt von grundsätzlich Fr. 5 (Ziff. 1.5.1, T 600.9).

i. Uneinige Passagiere

[85] Sind sich die Passagiere über die Intensität der Lüftung, das Öffnen der Fenster, das Runterlassen der Sonnenblende oder das Runterklappen der Armlehne¹⁹⁵ nicht einig, entscheidet das Personal (Ziff. 9.2.4, T601). Dasselbe gilt, wenn sich Passagiere durch die mitgeführten Tiere anderer Passagiere gefährdet oder belästigt fühlen (Ziff. 8.1, 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. der Frechere. Aufgrund ihrer Schutz- und Obhutspflicht¹⁹⁶ können die SBB unter Umständen (z.B. nachts und auf Strecken, auf denen es

¹⁹³ So NELL (FN 4), 41.

¹⁹⁴ Vgl. die Richtlinie «Fahrausweiskontrolle» des ZVV (FN 7), Ziff. 7.460: «Macht ein Fahrgast eine Fehlfunktion eines Billettautomaten bzw. eines Entwerters 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 Zuschlag und Fahrpreispauschale gemäss T600, Ziffern 12.7 und 12.2.4 sowie für den Zeitaufwand für die Überprüfung des Billettautomaten oder Entwerters gemäss Ziffer 4.8.4.6». 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 [FN 54], NZV 2003, 260).

¹⁹⁵ Im September 2018 endete ein Streit um das Herunterklappen einer Armlehne zwischen einem Mann und einer Frau in einem Intercity von Zürich nach Bern in gegenseitigen Handgreiflichkeiten (Internet: <https://www.20min.ch/schweiz/news/story/Zwei-Passagiere-werden-aggressiv-20943023>).

¹⁹⁶ Vgl. zur Schutz- und Obhutspflicht vorne, FN 150.

wiederholt zu Übergriffen kam) verpflichtet sein, für Ordnung zu sorgen und die Beförderungsbedingungen zum Schutz der Passagiere vor Mitpassagieren durchzusetzen.¹⁹⁷

j. Benützung von Perron und Warteräumen

[86] Das Personal darf Personen ohne gültiges Billett von Perron und Warteräumen wegweisen (Ziff. 9.1.2, T601, vgl. Art. 57 Abs. 4 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.¹⁹⁸ Ist ein gefahrloser Zugang nicht möglich, rutscht der Passagier z.B. auf dem vereisten Perron aus, so haften die SBB nach allgemeinem Vertragsrecht (Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR), aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR) oder als Werkeigentümer (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.¹⁹⁹ Die SBB haften dem Passagier auch dann, wenn die Infrastruktur (der Bahnhof) von einem Dritten betrieben wird (Art. 101 OR).²⁰⁰

k. Rauchen etc.

[87] In den Zügen gilt ein Rauchverbot, ausgenommen in den entsprechend bezeichneten Bereichen. Wie aber verhält es sich mit dem Dampfen, d.h. dem Rauchen von E-Zigaretten? Heute fallen E-Zigaretten nicht unter das Rauchverbot am Arbeitsplatz und in öffentlich zugänglichen Räumen. Mit dem neuen Tabakproduktegesetz soll die Verwendung von Tabakprodukten zum Erhitzen und von elektronischen Zigaretten in diesen Räumen untersagt werden.²⁰¹ Das Tabakproduktegesetz soll aber erst Mitte 2022 in Kraft treten²⁰² und muss vorher noch die parlamentarische Beratung und allenfalls eine Volksabstimmung überstehen. Schon heute aber ist das Dampfen im Zug verboten. Gemäss Ziff. 9.2.6, T601 ist der Konsum von Tabak, Cannabis, E-Zigaretten, Wasserpfeifen sowie anderen Substanzen untersagt – sie werden dem Rauchen gleichgestellt. Damit ist auch gesagt, dass z.B. Snus nicht unter das Verbot fällt, da er nicht geraucht wird.²⁰³

¹⁹⁷ 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».

¹⁹⁸ Vgl. das Urteil des OLG Düsseldorf vom 4. April 2011, in TranspR 2011, 347 f., 348; vgl. auch die Hinweise zur Luftbeförderung bei DETTLING-OTT (FN 4), 168.

¹⁹⁹ Vgl. vorne, N 63.

²⁰⁰ Vgl. zur Haftung der Bahn bei Trennung von Fahrbetrieb und Infrastruktur das Urteil des OLG Düsseldorf vom 4. April 2011, in TranspR 2011, 347 f., 348; vgl. zur Benützung der Infrastruktur eines anderen Eisenbahnunternehmens (Netzzugang) die Art. 9–9b EBG.

²⁰¹ Mit dem Entwurf für ein Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten (BBl 2019 999 ff.) soll Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen so geändert werden, dass nicht nur das Rauchen von Tabakprodukten, sondern auch die Verwendung von Tabakprodukten zum Erhitzen und von elektronischen Zigaretten in öffentlich zugänglichen Räumen untersagt ist (Botschaft zum Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten vom 30. November 2018, BBl 2019 983).

²⁰² Internet: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/politische-auftraege-und-aktionsplaene/politische-auftraege-zur-tabakpraevention/tabakpolitik-schweiz/entwurf-tabakproduktegesetz.html>.

²⁰³ Dies entspricht der allgemeinen Tendenz der Gesetzgebung. Der Snus fällt zwar in den Anwendungsbereich des Tabakproduktegesetzes (als sog. Tabakprodukt zum oralen Gebrauch, Art. 3 lit. d E-TabPG, BBl 2019, 1000; vgl. auch Art. 5 TabV und dazu Urteil des Bundesgerichts 2C_718/2018 vom 27. Mai 2019). Bei der vorgesehenen Än-

9. Ausgewählte Ansprüche der Bahn

a. Passagier ohne Billett (Schwarzfahrer)

[88] Der Passagier muss für ein Billett sorgen, dieses gegebenenfalls entwerfen und es während der Fahrt jederzeit vorweisen können (Art. 20 PBG, Art. 57 Abs. 1 und 2 VPB). Ziff. 0.7.2, T600 hält fest, dass man mit «*dem Erwerb eines Fahrausweises und/oder mit dem Einstieg in das Fahrzeug*» die geltenden Tarifbestimmungen akzeptiere. Es stellt sich die Frage, ob auch beim Schwarzfahren²⁰⁴ ein Vertrag mit den SBB zustande kommt. Denkbar ist ein konkludenter Vertragsschluss, ein faktischer Vertrag oder das Vorliegen einer 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 rechtsgeschäftlichem Handeln zu und wendet das Vertragsrecht analog an.²⁰⁵ Beim Schwarzfahrer, der den entgeltlichen Vertrag bewusst und explizit nicht schliessen will, ist die Annahme eines faktischen Vertrags heute wohl herrschende Lehre.

[89] Richtigerweise bedarf es des Konstrukts des faktischen Vertragsverhältnisses 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.²⁰⁶ Das wahrnehmbare, reale Tun geniesst Vorrang vor dem verbalen oder gar nur inneren Vorbehalt.²⁰⁷

[90] Die bereicherungsrechtliche Abwicklung der Transportleistung ist unter keinem Titel notwendig. Sie ist auch aus Folgenerwägungen abzulehnen. Die SBB sollen sich nicht mit einem bereicherungsrechtlichen Anspruch begnügen müssen, der aufgrund des Art. 64 OR Kürzungen unterliegen könnte.²⁰⁸ Sie sollen vielmehr das tariflich bestimmte Entgelt mitsamt Zuschlag

derung des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen soll der Konsum von Snus am Arbeitsplatz und in öffentlich zugänglichen Räumen jedoch nicht verboten werden.

²⁰⁴ Die Schwarzfahrerquote betrug 2018 gemäss einer Untersuchung der Verkehrsbetriebe Zürich (VBZ) 1.14% (Geschäftsbericht VBZ 2018, 17; Internet: <https://www.stadt-zuerich.ch/vbz/de/index/aktuelles/der-vbz-geschaeftsbericht-2018-ist-online.html>); der Direkte Verkehr (ch-direct) schätzte die Quote der Schwarz- und Graufahrer 2019 auf 3% (Internet: <https://www.ch-direct.org/de/chdirectorg/News/Newsmeldung?newsid=139>).

²⁰⁵ Vgl. den deutschen «Parkplatzfall», Urteil des BGH V ZR 223/54 vom 14. Juli 1956 in NJW 1956, 1475 E. II; vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 44), N 1190; vgl. das Urteil des Bundesgerichts 6S.77/2003 vom 6. Januar 2004 E. 4.2 (obiter dictum); vgl. BUCHER, OR AT (FN 44), 273; vgl. Botschaft zur Güterverkehrsvorlage, BBl 2007 4492 f.; vgl. CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019, N 1473 (quasivertraglicher Anspruch).

²⁰⁶ Vgl. SCHWENZER (FN 141), § 28 N 61; so auch die neuere Lehre in Deutschland, vgl. WETH (FN 100), 795 f. und PETER LAMBRECHT, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, Diss. Bielefeld 1992 = Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Band 10, Tübingen 1994, 124, m.w.H.; zur *protestatio facto contraria* LAMBRECHT (FN 206), 135, WETH (FN 100), 796 f. und Urteil des BGH VIII ZR 51/63 vom 16. Dezember 1964 in NJW 1965, 387 E. 2a: «*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*».

²⁰⁷ Vgl. dazu BASEDOW (FN 42), 226.

²⁰⁸ 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 bejahte die ungerechtfertigte Bereicherung im Umfang des Ticketpreises (Urteil des BGH VII ZR 9/70 vom 7. Januar 1971 in NJW 1971, 609 E. II.2). Für einen Bereicherungsanspruch SCHWENDENER (FN 110), 35.

(siehe hinten, N 98 ff.)²⁰⁹ gemäss Art. 20 PBG erhalten. Die SBB sollen auch der gesetzlich eingeschränkten Haftung unterliegen, ansonsten der Schwarzfahrer besser gestellt wäre als der reguläre Passagier.²¹⁰ Wird der Schwarzfahrer während der Beförderung verletzt, 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 kein Nachteil.

[91] Ist der Schwarzfahrer minderjährig, so findet bei Ausbleiben der Genehmigung (Art. 19 Abs. 1 ZGB) grundsätzlich²¹¹ eine bereicherungs- oder deliktsrechtliche Abwicklung des Transports statt. Da der Zuschlag einen gültigen Vertrag voraussetzt – es handelt sich dabei um eine vertragliche Nebenpflicht (siehe hinten) – hat der Minderjährige grundsätzlich keinen Zuschlag zu entrichten.²¹² Dies ist mitunter störend: nicht, wenn der sechsjährige Abenteurer ohne Wissen seiner Eltern einen Ausflug unternimmt, wohl aber, wenn der Sechzehnjährige willentlich schwarz in den Ausgang fährt. Abhilfe schafft Art. 19 Abs. 2 ZGB, wonach bei geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens ausnahmsweise doch ein Vertrag zustande kommt. Ferner kann ein Zuschlag auch dann geschuldet sein, wenn die Berufung auf Art. 19 Abs. 1 ZGB rechtsmissbräuchlich ist.²¹³

b. Passagier mit teilgültigem Billett (Graufahrer)

[92] Es stellt sich die Frage, ob die vorne entwickelten Lösungen auch für Graufahrer gelten. Graufahrer haben im Unterschied zu den Schwarzfahrern zwar ein Billett, aber ein ungenügendes: Sie reisen beispielsweise mit einem 2.-Klass-Billett in der 1. Klasse, ohne Halbtaxabonnement zum halben Preis, ohne Nachtzuschlag in einem zuschlagspflichtigen Nachtkurs oder auf einer abweichenden Strecke (z.B. von Genf nach St. Gallen via Biel mit einem Billett Genf-St. Gallen via Bern).²¹⁴ 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.²¹⁵

[93] Das Bundesamt für Verkehr hat in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren die SBB angewiesen, in gewissen Fällen auf die Erhebung eines Zuschlags wegen Reisens ohne gültigen Fahrausweis zu verzichten. Es ging um Reisende, die den erforderlichen Nachtzuschlag nicht bezahlt haben.

²⁰⁹ Trifft den Passagier ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) muss er zudem eine Busse bezahlen (vgl. Art. 57 Abs. 3 PBG). Hingegen macht sich nicht der Hinderung einer Amtshandlung schuldig, wer sich weigert, das Billett vorzuweisen und sich auszuweisen bzw. wenigstens seine Personalien anzugeben und stattdessen erklärt, die Bahnangestellten könnten ihn am Arsch lecken, im Übrigen aber passiv bleibt und lediglich nicht mit dem Kondukteur spricht (Urteil des Obergerichts Zürich SB170340 vom 6. Februar 2018 E. III.2.a).

²¹⁰ Vgl. DETTLING-OTT (FN 4), 14 f.; vgl. auch die Botschaft zur Güterverkehrsvorlage, BB1 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.

²¹¹ Vgl. die Freiräume des Minderjährigen in Art. 19 Abs. 1 ZGB (Zustimmung der Eltern), Art. 305 ZGB und Art. 323 Abs. 1.

²¹² Vgl. WETH (FN 100), 799 und MANFRED HARDER, Minderjährige Schwarzfahrer, NJW 1990, 857 ff., 860 f. zur identischen Rechtslage in Deutschland.

²¹³ Vgl. BSK ZGB I-FANKHAUSER (FN 84), Art. 19 N 25.

²¹⁴ Vgl. BGE 136 II 457 E. 3.3. Alle Fälle des Graufahrens sind erwähnt in Ziff. 12.2.2.2 T600.

²¹⁵ Vgl. Ziff. 12.2.4.1 (Fahrpreispauschale) sowie Ziff. 12.7.1.1 und 12.7.1.2 (Zuschlag), T600; vgl. BGE 136 II 457 E. 7.1 und hinten, N 98 ff.

Auf dessen Notwendigkeit hatten die SBB nicht hingewiesen, obwohl die Reisenden in der App klar ein Billett für einen Zeitraum erworben hatten, für den der Zuschlag notwendig war. Ebenso ging es um erstmalige und um jugendliche Reisende, die der damals irreführenden Werbung für das Gleis 7-Abonnement vertraut hatten, wonach man zwischen 19.00 und 5.00 Uhr kostenlos fahren könne.²¹⁶ Interessant ist die Begründung dieser aufsichtsrechtlichen Verfügung: Die SBB verletzen eine *Nebenpflicht aus dem Transportvertrag*, wenn sie die Passagiere nicht auf die für die SBB erkennbare Notwendigkeit des Nachzuschlags hinweisen. Daraus resultiere ein Schadenersatzanspruch des Passagiers.²¹⁷ Es würde unseres Erachtens genügen, den SBB in solchen Situationen einfach den Anspruch auf den Zuschlag zu verweigern.

c. Blinder Passagier

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

[95] 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.²¹⁸ Was aber gilt, wenn der blinde Passagier während der Beförderung verletzt wird? BREHM hält ihm im Anwendungsbereich des SVG das Verbot des Rechtsmissbrauchs entgegen.²¹⁹ 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 beim Festklammern auf dem Zugdach der Fall wäre: Dann ist das Verhalten des blinden Passagiers als Selbstverschulden zu werten, das den Kausalzusammenhang unterbricht oder zu einer Reduktion des Schadenersatzes führt.

²¹⁶ Bundesamt für Verkehr, Verfügung vom 3. Mai 2013, Ziff. III.1, Internet: https://www.bav.admin.ch/dam/bav/de/dokumente/aufsichtsrechtlicheverfuegungen/allgemein/nachtzuschlag_-_verfuegungvom352013.pdf.download.pdf/nachtzuschlag_-_verfuegungvom352013.pdf.

²¹⁷ Bundesamt für Verkehr (FN 216), N 21: «Die Transportunternehmen haben vielmehr die Pflicht, den Reisenden von sich aus auf das Nachzuschlagserfordernis hinzuweisen und ihm ohne weitere Aufforderung ein Billett anzubieten, welches den Nachzuschlag umfasst. Tut ein Transportunternehmen dies nicht, verletzt es eine Nebenpflicht aus seiner Transportpflicht, weshalb es nicht befugt sein kann, vom Reisenden einen Zuschlag wegen Reisens ohne gültigen Fahrausweis zu erheben. Vielmehr macht sich das Transportunternehmen durch Verletzung seiner Transportpflicht schadenersatzpflichtig (Art. 12 Abs. 3 PBG)».

²¹⁸ Vgl. BGE 117 IV 449 E. 6b.

²¹⁹ BREHM (FN 166), N 360.

d. Rundfahrt statt Retourbillett

[96] Mitunter ermöglichten die SBB-Automaten billigere Reisen. Wer vor einigen Jahren Zürich-Bern retour reisen wollte, konnte ein Billett von Zürich nach Zürich via Bern lösen und dabei Geld sparen. Noch 2012 war es möglich, den Zielort leicht anders zu wählen: Die längere Reise von Zürich HB nach Zürich Oerlikon via Olten-Bern-Olten-Zürich kostete Fr. 41, während das Retourbillett Zürich-Bern mit Fr. 47 zu Buche schlug; und während die Hin- und Rückreise von Zürich-Flughafen nach St. Gallen Fr. 26 kostete, bezahlte man für die längere Reise von Zürich-Flughafen nach Zürich Oerlikon via St. Gallen nur Fr. 23.50.²²⁰ Der Tarif (Ziff. 2.2.1.4 ff., T601) verbietet diese originellen Routen. Allerdings ist die Regelung äusserst schwer verständlich²²¹, sodass schon deshalb fraglich ist, ob sie dem Passagier entgegengehalten werden kann. Beim Erwerb am Schalter wäre es widersprüchlich, wenn der Schalterbeamte ein *ab initio* untaugliches Billett verkaufte. Beim Angebot eines Billettautomaten verhält es sich nicht anders.²²² Viel wirksamer gegen solche «Tricks» ist die von den SBB vorgenommene Anpassung der Automaten. 2018 waren die Automaten so programmiert, dass das Billett von Zürich HB nach Zürich Oerlikon via Olten-Bern-Olten-Zürich Fr. 58 kostete und damit teurer war als das Retourbillett Zürich-Bern mit Fr. 51 (beide Billette 2. Klasse, mit Halbtax); damit entfiel der Anreiz, ein Billett für eine originelle Route zu lösen. Heute ist der Erwerb gar nicht mehr möglich: Bei einem Kauf des Billets am Automaten erscheint die Meldung «Das gewünschte Angebot ist an diesem Billettautomaten nicht erhältlich», beim Kauf im Internet heisst es «Tarifarisch unzulässige Verbindung».

e. Irrfahrt

[97] 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 zur Ausgangsstation zurückkehren oder zur Aussteigestation weiterreisen (vgl. Ziff. 7.2, T601). Nur bei Fahrten mit Selbstkontrolle muss der Irrfahrer den Zuschlag bezahlen. Diese Ungleichbehandlung ist schwer zu erklären – bei der Irrfahrt geht der

²²⁰ MICHAEL HOCHSTRASSER/ARNOLD F. RUSCH, Der Vertrag des Passagiers mit den SBB, Jusletter 8. Oktober 2012, N 80.

²²¹ Ziff. «2.2.1.4 Das «Billett für eine einfache Fahrt» gilt für eine Fahrt von der Abgangsstation über einen üblichen Weg zur Zielstation, wobei die Fahrt geografisch Richtung Zielstation führen muss.

2.2.1.5 Das «Billett für eine Hin- und Rückfahrt» gilt für eine Fahrt von der Abgangsstation über einen üblichen Weg zur Zielstation und für eine Fahrt über den gleichen Weg zurück.

2.2.1.6 Bei den folgenden zwei Fällen müssen zwingend – je nach Fall – zwei einfache Billette, ein Billett für Hin- und Rückfahrt (Retourbillett), oder ein Billett für Rundfahrten (Rundfahrtbillett) gelöst werden:

- wenn die Abgangs- oder eine Unterwegsstation vor Beendigung der Reise ein zweites Mal «berührt» wird

- wenn bei einer Fahrt zu einer Zielstation, welche auch über einen direkteren Weg erreichbar wäre, ein Reiseweg mit einem Wechsel der Fahrtrichtung zurück Richtung Abgangsstation (auch über einen anderen Weg) verlangt wird.

2.2.1.7 Als «berührt» gilt eine Abgangs-, Ziel- oder Unterwegsstation dann, wenn der Reiseweg über diese Station führt; selbst wenn dort nicht fahrplanmässig angehalten wird oder diese Station sich auf einem anderen Weg einer Wahl- oder Gemeinschaftsstrecke befindet.

2.2.1.8 Das maximal zweimalige Berühren einer Abgangs-, Ziel- oder Unterwegsstation auf einer Fahrt ist zulässig, wenn durch die Fahrt über den nächsten zurückliegenden Schnellzugshalteort der Zielpunkt schneller erreicht werden kann oder wenn sich die geografische Richtung der Fahrt dadurch nicht ändert. [Es folgen drei Beispiele und eine Illustration für jedes der Beispiele].

²²² Denkbar wäre wiederum die identische Argumentation zur Nebenpflichtverletzung im Bereich des Nachzuschlags, vgl. dazu vorne, N 93.

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

[98] Passagiere ohne gültigen Fahrausweis müssen einen Zuschlag bezahlen. Dessen konkrete Bemessung hat im Tarif nach den Kriterien des mutmasslichen Einnahmenausfalls und des Aufwands zu erfolgen. Der Zuschlag kann unter eng umschriebenen Umständen²²³ reduziert oder erlassen, im Wiederholungsfalle erhöht werden (zum Ganzen Art. 20 Abs. 1–5 PBG; Ziff. 12.2.4.1 sowie Ziff. 12.7.1.1 und 12.7.1.2, T600).²²⁴ Der für Grau- und Schwarzfahrer unterschiedliche Zuschlag²²⁵ tritt nicht zum Preis des regulären Billetts hinzu, sondern zu einer für Grau- oder Schwarzfahrer sowie für Erst- oder Wiederholungstäter differenzierten *Fahrpreispauschale*²²⁶ (Ziff. 12.7.1.3, T600).²²⁷ Die Fahrpreispauschale ist auch dann geschuldet, wenn den Passagier kein Verschulden trifft. Überdies muss der Passagier eine *Busse* bezahlen (vgl. Art. 57 Abs. 3 PBG)²²⁸, wenn ihn ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) trifft.²²⁹ Es handelt sich dabei um eine strafrechtliche Sanktion.²³⁰ Der Zuschlag liegt gewissermassen zwischen Fahrpreispauschale und Busse.

²²³ 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. 12.2.3.6, T600 sieht den Erlass bei unbeholfenen, verwirrten oder stark behinderten Personen vor. Der Tarif behandelt die Irrfahrt ausserhalb des Selbstkontrollbereichs ebenfalls privilegiert, Ziff. 7.2, T601. Während Art. 20 Abs. 4 PBG als Kann-Vorschrift formuliert ist, entfällt der Zuschlag in den erwähnten Fällen des Tarifs zwingend.

²²⁴ Die Wiederholung lässt sich seit April 2019 über ein Register erstellen (vgl. Art. 20a PBG, Art. 58a VPB, «*Informationssysteme über Reisende ohne gültigen Fahrausweis*»); vgl. dazu BBl 2013, 7207 und die Medienmitteilung des Direkten Verkehrs (ch-direct), Internet: <https://www.ch-direct.org/de/chdirectorg/News/Newsmeldung?newsid=139>.

²²⁵ BGE 136 II 457 E. 7 hat zu einer Änderung und Differenzierung des Zuschlags für Grau- und Schwarzfahrer geführt.

²²⁶ Die Fahrpreispauschale berechtigt zur Fahrt bis zum angegebenen Ziel bzw. maximal bis zur Endstation; in Tarifverbunden gilt sie eine Stunde (Ziff. 12.2.4.2, T600).

²²⁷ Dies gilt im Selbstkontrollbereich; bei Kursen mit Kontrollpersonal und Verkauf von Serviceleistungen wird zusätzlich zum Zuschlag der reguläre Fahrpreis für die befahrene Strecke erhoben (Ziff. 12.7.1.4, T600).

²²⁸ Bei der Überführung der Strafbestimmungen vom TG in das PBG war dem Gesetzgeber ein Versehen unterlaufen: Nach Erlass des PBG war zwischenzeitlich nur noch strafbar, wer ohne gültigen Fahrausweis auf einer Strecke fährt, auf der er das Billett selbst hätte entwerten müssen (Art. 57 Abs. 1 lit. a aPBG). Auf einer Strecke, auf der er das Billett *nicht* selbst entwerten musste, bestand aufgrund des Prinzips *nullum crimen, nulla poena sine lege* eine Strafbarkeitslücke (BGE 137 IV 99). Der Gesetzgeber hat die Lücke per 1. Januar 2016 geschlossen. Sybillinisch ist die Erläuterung in der Botschaft zu einer Änderung des Strassentransportunternehmens- und des Verkehrsstrafrechts vom 4. September 2013 (BBl 2013 7185 ff., 7208): «*Nicht jedes versehentliche Reisen ohne gültigen Fahrausweis stellt ein strafwürdiges Verhalten dar. Würde man jedoch die Strafbarkeit des fahrlässigen Reisens ohne gültigen Fahrausweis aufheben, wäre auch bei notorischen Schwarzfahrern kaum je eine Verurteilung möglich*».

²²⁹ Vgl. das Urteil VB.2002.00253 des Verwaltungsgerichts 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.

²³⁰ Art. 51 Abs. 1 TG war als Antragsdelikt konzipiert. Die Richtlinie «Fahrausweiskontrolle» des ZVV (FN 7) sieht 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 (oder weiteren) Fall innert zwei Jahren handelt (Ziff. 7.6).

II. Umfang

[99] Der Zuschlag stellt gemäss Bundesgericht keine Busse dar, sondern pauschalierten Schaden- und Aufwandersatz, geschuldet aufgrund einer zivilrechtlichen Nebenpflicht des Transportvertrages.²³¹ Konkret geht es 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 *Einnahmefalles* (generell, d.h. von allen Schwarz- und Graufahrern verursacht; vgl. Art. 20 Abs. 3 lit. a PBG).²³²

III. Zivilrechtliche Einordnung

[100] 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 Aufwandersatz. Die relevanten Kriterien der *Konventionalstrafe* sind die Straffunktion und die Entbindung vom grundsätzlichen Schadensnachweis.²³³ Die Konventionalstrafe setzt, sofern nichts anderes vereinbart wurde, ein Verschulden des Passagiers voraus.²³⁴ Auch der *pauschalierte Schadenersatz* setzt grundsätzlich ein Verschulden voraus²³⁵, 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.²³⁶ Im Gegensatz zur Konventionalstrafe und zum pauschalierten Schadenersatz setzt die *Garantie* als kausales Leistungsversprechen kein Verschulden voraus²³⁷ und unterliegt nicht der richterlichen Angemessenheitsprüfung nach Art. 163 Abs. 3 OR.

[101] Entscheidende Bedeutung für die Qualifikation kommt der Frage zu, auf welchen Schaden- 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.

²³¹ Vgl. BGE 136 II 457 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 E. 2.4; vgl. aber das Urteil 2A.602/2004 des Bundesgerichts 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).

²³² Vgl. BGE 136 II 457 E. 7.1; 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».

²³³ Vgl. CHK-ROTH PELLANDA (FN 46), Art. 160 OR N 18.

²³⁴ Vgl. CHK-ROTH PELLANDA (FN 46), Art. 160 OR N 24.

²³⁵ Vgl. THERES OERTLI, Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz, Diss. Luzern, 2004, N 192; vgl. GASPARD COUCHEPIN, La forfaitisation du dommage, SJ 2009 II 1 ff., 5.

²³⁶ Vgl. BSK OR I-EHRAT (FN 59), Art. 160 N 12 m.w.H.; a.M. GASPARD COUCHEPIN, La clause pénale, Diss. Fribourg 2008 = Travaux de la faculté de droit de l'Université de Fribourg Suisse, Band 270, N 1055 ff., der stattdessen andere Reduktionsmöglichkeiten bejaht.

²³⁷ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 44), N 3078 und 3777; es handelt sich dabei nicht um eine Garantie im Sinne von Art. 111 OR.

[102] Art. 20 Abs. 3 lit. a PBG stellt auf den von *allen Schwarzfahrern* verursachten Einnahmenausfall ab.²³⁸ 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 eindeutig über eine blosser Schadenspauschalierung hinaus und legt die Annahme einer Konventionalstrafe nahe.²³⁹ 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.²⁴⁰ Nicht berücksichtigt werden darf hingegen der generelle Kontrollaufwand, der sich nicht kausal auf die eigene Schwarzfahrt zurückführen lässt.²⁴¹ Auch wenn der generelle Kontrollaufwand nicht berücksichtigt wird, bliebe bezüglich der Zeit, die wegen der konkreten Schwarzfahrt aufgewendet wird, nach der Differenztheorie der Einwand möglich, das Zugpersonal hätte sie ohnehin aufgewendet.²⁴² 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.²⁴³ 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.²⁴⁴

[103] Für das pönale Element spricht auch die teilweise Erfassung des Verschuldens – wer sofort und unaufgefordert einräumt, über keinen Fahrausweis zu verfügen oder lediglich die Ent-

²³⁸ Vgl. Art. 20 Abs. 3 lit. a PBG: «[...] mutmasslichen Einnahmenausfall, den Reisende ohne gültigen Fahrausweis verursachen [...]».

²³⁹ Vgl. OERTLI (FN 235), N 290 und COUCHEPIN (FN 235), 15; vgl. HARALD BARTL, Vertragsstrafen in Beförderungsbedingungen der öffentlichen Hand? Betriebs-Berater 1978, 1446 f.; vgl. auch CLAUS-WILHELM CANARIS, Zivilrechtliche Probleme des Warenhausdiebstahls, NJW 1974, 521 ff., 526 zur ähnlichen Situation bei Vertragsstrafen bei Ladendiebstählen in Deutschland.

²⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts 2A.602/2004 vom 21. Oktober 2004, E. 2.2 veranschlagte die Kosten der Kontrolle auf Fr. 130 je Passagier ohne gültiges Billett.

²⁴¹ 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 (FN 239), 521.

²⁴² Vgl. die Überlegungen bei FELIX SCHÖBI, Strafschadenersatz durch die Hintertür des Strafrechts? recht 2004, 119 ff., 122 f. zum Urteil des Bundesgerichts 6S.77/2003 vom 6. Januar 2004 E. 4.2; vgl. GOTTFRIED SCHIEMANN, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2017, § 249 BGB N 120; vgl. CANARIS (FN 239), 522 f.; vgl. insbesondere die Überlegungen bei ERWIN DEUTSCH, 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, E 56 ff. zu den möglichen Schadensformen, doch lehnt auch er den Ersatz präventiver Kosten ab (E 70).

²⁴³ Vgl. das Zitat aus der Botschaft RÖVE vorne, FN 232.

²⁴⁴ Vgl. die offene Deklaration der präventiven Abschreckungswirkung in der Botschaft über Transporte des öffentlichen Verkehrs, BBl 1983 II 186: «Damit sollen etwa der Missbrauch von Abonnements, 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 STEPHAN OCHSNER, Die strafrechtliche Behandlung des Schwarzfahrers, Diss. Zürich 1997, 129. Zum passenden Kriterium der ernsthaften Auseinandersetzung des typischerweise zu erwartenden Schadens als Erkennungsmerkmal der Schadenspauschalierung CHRISTIAN GRÜNEBERG, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Aufl., München 2019, § 276 N 26 und Urteil 16 U 115/73 des OLG Köln vom 24. April 1974 in NJW 1974, 1952 E. II.1.

wertung eines Billetts vergessen hat, dem kann der Zuschlag erlassen oder reduziert werden.²⁴⁵ Ebenso ist dies bei verwirrten, unbeholfenen und behinderten Personen möglich.²⁴⁶ Der (volle) Zuschlag wäre in diesen Fällen nicht gerechtfertigt. Darüber hinaus berücksichtigen PBG, VPB und Tarife das Verschulden nicht und sehen auch keine Herabsetzungsmöglichkeit vor. Die (wenn auch eingeschränkte) Berücksichtigung von Verschuldenselementen spricht gegen die Garantie als kausales Leistungsversprechen. Deshalb und aufgrund des erwähnten Abstellens auf den von allen Schwarzfahrern verursachten Einnahmenausfall sowie aufgrund der pönalen Elemente ist der Zuschlag als Konventionalstrafe zu qualifizieren.

[104] Speziell ist, dass das Verschulden – abgesehen von den erwähnten Spezialfällen – nach dem PBG und der VPB, aber auch nach den Tarifen, keine Voraussetzung für den Verfall der Konventionalstrafe bildet. 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. 3 PBG bezahlen. Wer das Billett verliert oder verlegt (*fahrlässiger Schwarzfahrer*), muss ebenfalls den vollen Zuschlag bezahlen. Eine Busse ist bei fahrlässigem Handeln ebenfalls möglich;²⁴⁷ im Vergleich zum vorsätzlichen Schwarzfahrer muss sie aber 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 denjenigen 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.²⁴⁸ Mangels Schuld entfällt auch eine Busse. Zwischen diesen Extremen liegt jedoch eine ganze Reihe weiterer Fälle: Der Passagier schläft ein und fährt nach Erreichen des Reiseziels weiter;²⁴⁹ die Irrfahrt im Selbstkontrollbereich; der Ausländer, der mit den hiesigen Verhältnissen nicht vertraut ist und das falsche Billett löst;²⁵⁰ der Passagier, der ein Billett lösen will, aber nicht kann, weil der Automat nur kleine Geldscheine akzeptiert.²⁵¹ In diesen Fällen soll der Zuschlag nach Ansicht der SBB und nach der Rechtsprechung grundsätzlich geschuldet

²⁴⁵ Vgl. Art. 20 Abs. 4 lit. a PBG.

²⁴⁶ Ziff. 12.2.3.6, T600; vgl. vorne, FN 223.

²⁴⁷ Vgl. Art. 57 Abs. 3 PBG.

²⁴⁸ Vgl. vorne, N 83.

²⁴⁹ Vgl. Urteil des AG Düsseldorf 40 C 608/87 vom 11. April 1988 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.

²⁵⁰ 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.

²⁵¹ Vgl. Urteil des AG Nürnberg 19 C 4529/89 vom 12. September 1989 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 – das Amtsgericht hat den Zuschlag für unzulässig erklärt; a.A. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1341/2015 vom 3. Mai 2016 E. 5.3.2, wonach der Passagier, der nur über eine für den Münzautomaten untaugliche Zehnernote verfügte, den Zuschlag und die Pauschale bezahlen müsse, obwohl er den Chauffeur des Busses und die Passagiere nach Wechselgeld gefragt hatte. Der Chauffeur hat den Passagier dabei nicht auf die Möglichkeit eines SMS-Billetts aufmerksam gemacht; allerdings enthielten die Automaten diesen Hinweis.

sein, ohne jede Differenzierung. Die Gerichte lehnen die Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR ab, der eine Herabsetzung bei Übermässigkeit erlauben würde.²⁵²

[105] Erst durch die Anwendung des Art. 163 Abs. 3 OR aber lassen sich die relevanten Gesetze und Tarife *obligationenrechts- und verfassungskonform*²⁵³ 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.²⁵⁴ Der Missbrauchsgefahr schiebt die Beweislast einen Riegel, denn der Passagier ist für die behaupteten, zur Herabsetzung führenden Umstände beweispflichtig.²⁵⁵ 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.²⁵⁶ Bei nicht individuell verhandelten Konventionalstrafen überzeugt dies angesichts der fehlenden *materiellen Vertragsfreiheit* nicht. Der heute verlangte Zuschlag von Fr. 90–160 bei Schwarz- und Fr. 70–140 bei Graufahrern²⁵⁷ erscheint nur im Vergleich zum Preis des einzelnen Billetts als hoch. Mit Blick auf den Kontrollaufwand von Fr. 130 pro Passagier ohne gültigen Fahrausweis²⁵⁸ ist er grundsätzlich angemessen. Doch taugt dieser Kontrollaufwand als Vergleichsmassstab kaum, weil diese Kosten ohnehin angefallen wären.

[106] 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 SBB sehen das anders. Die Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR müsste indessen auch im Interesse der SBB liegen, da der Zuschlag andernfalls unter Umständen aufzuheben wäre. Soweit der Zuschlag nach den

²⁵² Vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.602/2004 vom 21. Oktober 2004 E. 2.2; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2002.00253 vom 13. November 2002 E. 4. – Anzufügen 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 durchaus adäquat berücksichtigen.

²⁵³ Vgl. dazu HÄFELIN/HALLER/KELLER (FN 91), N 148.

²⁵⁴ Ein deutsches Gericht hob den verschuldensunabhängigen Zuschlag wegen Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips und des Gleichbehandlungsgebots auf, vgl. Urteil des AG Aachen 80 C 6/92 vom 2. Juli 1992 in NJW-RR 1993, 317; kritisch dazu WETH (FN 100), 801. Zu den Kriterien, die für die Herabsetzung zu berücksichtigen sind, vgl. BGE 133 III 43 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. Gegenüber einer wirtschaftlich schwachen Partei rechtfertigt sich eine Herabsetzung eher als unter wirtschaftlich gleichgestellten und geschäftskundigen Vertragspartnern (...)».

²⁵⁵ Vgl. CHK-ROTH PELLANDA (FN 46), Art. 160 OR N 27, Art. 163 OR N 15; vgl. das Urteil des Bundesgerichts 4C.36/2005 vom 24. Juni 2005, E. 3.2.

²⁵⁶ Vgl. BGE 133 III 43 E. 3.3.1.

²⁵⁷ Ziff. 12.7.1.1 und Ziff. 12.7.1.2, T600: Höhe des Zuschlags für den ersten Fall des Fahrens ohne bzw. mit teilgültigem Billett. Im Wiederholungsfalle erhöht sich der Betrag.

²⁵⁸ Vgl. FN 240.

aufgestellten Grundsätzen herabzusetzen ist, liegt – anders als es die SBB bisweilen darstellen – keine «Kulanz» vor.²⁵⁹

g. Beschädigung des Zugs

[107] Für die Beschädigungen und Verunreinigungen des Zugs ist der Passagier zivil- und strafrechtlich verantwortlich. Für die Beschädigung von Fahrzeugen und Anlagen der SBB haftet der Passagier, soweit ihn ein Verschulden trifft (Art. 22 Abs. 2 aPBG, jetzt nur noch Art. 41 Abs 1 OR, Art. 97 Abs. 1 OR).²⁶⁰ Auch für Schäden, die durch sein Handgepäck verursacht werden, untersteht der Passagier einer Verschuldenshaftung (Art. 23 Abs. 3 PBG). Für verschuldete Verunreinigungen, die über das ordentliche Mass hinausgehen, sich jedoch durch eine einfache Reinigung entfernen lassen, erheben die SBB je nach Aufwand eine Umtriebsentschädigung von mindestens Fr. 25 (Ziff. 9.4.1 f., T601).

[108] Die vorsätzliche Beschädigung des Zugs ist nach Art. 144 StGB strafbar. Nicht mehr strafbar ist seit 1. Januar 2016 die Verunreinigung von Anlagen oder Fahrzeugen.²⁶¹ Der Bundesrat erachtete die fahrlässige Verunreinigung für nicht strafwürdig. Heute ist lediglich noch ein Unterfall der Verunreinigung strafbar: Wer für die Notdurft nicht die dafür angebotenen Einrichtungen benützt, kann auf Antrag mit Busse bis Fr. 10'000 bestraft werden (Art. 57 Abs. 4 lit. g PBG, Art. 106 Abs. 1 StGB).²⁶² Bei Bedarf kann der Bundesrat andere Verunreinigungen nach Art. 57 Abs. 5 PBG für strafbar erklären.

h. Blockieren der Türe

[109] Es kommt vor, dass ein Passagier die Türe blockiert. Ein Grund dafür kann sein, dass sein Kollege noch damit beschäftigt ist, ein Billett zu lösen oder dass sie abgemacht haben, sich im Zug zu treffen und sein Kollege noch nicht aufgetaucht ist. Obwohl möglicherweise gut gemeint gegenüber dem Kollegen, ist dieses Verhalten unkollegial gegenüber allen anderen Passagieren und den SBB. Da der Fahrplan der Züge aufeinander abgestimmt ist, kann die verzögerte Abfahrt eines Zuges zu Folgeverspätungen dieses Zuges und anderer Züge führen. Seit 1. Januar 2016 ist das Blockieren der Türe daher unter Strafe gestellt. Nach Art. 57 Abs. 4 lit. e PBG wird auf Antrag mit Busse bis Fr. 10'000 bestraft, wer vorsätzlich die Türe blockiert, um die Abfahrt zu verzögern. Der Vorsatz verlangt unter anderem, dass der Betreffende weiss, dass er die Abfahrt verzögert; das Blockieren verzögert die Abfahrt demgegenüber nicht, wenn der Zug (aus welchem Grund auch

²⁵⁹ «Kulanz» bezeichnet freiwilliges und folglich rechtsungleiches Entgegenkommen; vgl. aber PAUL SCHNEEBERGER, «Das GA muss ein Abo für überall und jederzeit bleiben», NZZ, 17. November 2011, 11 (Verzicht auf Zuschlag bei Irrfahrt ausserhalb des Selbstkontrollbereichs wird als Kulanz bezeichnet, obwohl nach Ziff. 7.2, T601 gar kein Zuschlag erhoben werden darf: «Wie reagieren die SBB auf den breiten Unmut, den die Erhöhung der Gebühr für diese Dienstleistung von 10 auf 90 Franken ausgelöst hat? «Mit einer Kulanz, die wir genau definiert haben», sagt Pilloud. Sie greift bei begründeten Härtefällen, etwa Irrfahrten».).

²⁶⁰ Botschaft zu einer Änderung des Strassentransportunternehmens- und des Verkehrsstrafrechts vom 4. September 2013 (BBl 2013 7185 ff., 7208: «Der heutige Absatz 2 wird aufgehoben, da er keine vom Obligationenrecht abweichenden Haftungsbestimmungen enthält».

²⁶¹ Bis Ende 2015 war die vorsätzliche oder fahrlässige Verunreinigung nach Art. 57 Abs. 2 lit. f aPBG strafbar.

²⁶² Botschaft zu einer Änderung des Strassentransportunternehmens- und Verkehrsstrafrechts vom 4. September 2013, BBl 2013 7185 ff., 7209.

immer) ohnehin noch nicht abfahren würde. Das Wissen um die Verzögerung ist aber jedenfalls dann vorhanden, wenn der Betreffende aufgefordert wurde, die Türe freizugeben.²⁶³

i. Transport von Hooligans

[110] Die Transportpflicht bildete schon Gegenstand der Erwägungen vorne.²⁶⁴ 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.²⁶⁵

[111] Angesichts dieser Probleme hatte der Bundesrat vorgeschlagen, die Ausnahmen von der Transportpflicht in Art. 12 Abs. 2 PBG um die Gesundheit und die öffentliche Ordnung zu erweitern; ausserdem hätten Schwarzfahrer und Passagiere, die das Personal tätlich angreifen, für eine bestimmte Zeit von der Beförderung ausgeschlossen werden können.²⁶⁶ Weiter sollte ein Art. 12a im PBG eingefügt werden, der die Transportpflicht eingeschränkt und den SBB erlaubt hätte, den Fans die Beförderung in den fahrplanmässigen Kursen zu verweigern, wenn Extra- oder Charterzüge zur Verfügung stehen. Schliesslich sollten die Sportklubs stärker in die Pflicht genommen werden und grundsätzlich haftbar sein für den Schaden, den ihre Fans im Rahmen der Extrafahrt oder auf fahrplanmässigen Kursen verursachen.²⁶⁷ Das Parlament hat die Vorlage zurückgewiesen²⁶⁸ und den Bundesrat beauftragt, mit den betroffenen Kreisen andere Lösungen zu finden. In gemeinsamen Arbeitsgruppen werden nun Anpassungen an Rollmaterial und Betriebskonzepten

²⁶³ Botschaft zu einer Änderung des Strassentransportunternehmens- und Verkehrsstrafrechts vom 4. September 2013, BBl 2013 7185 ff., 7209.

²⁶⁴ Vorne, N 22 ff. Zur Transportpflicht und Hooliganismus vertieft PETER KÖNIG, Die Beförderung von Fussballfans im öffentlichen Verkehr, Sicherheit & Recht 2012, 25 ff.

²⁶⁵ Vgl. Art. 4 BGST.

²⁶⁶ Vgl. Art. 12 Abs. 2 E-PBG: «Der Bundesrat bestimmt, welche Personen und Gegenstände aus Gründen der Hygiene, der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zu transportieren sind». (BBl 2013 7011).

²⁶⁷ BBl 2013 7011: «Art. 12a Beförderung zu Sportveranstaltungen

1 Ein Unternehmen kann Anhängerinnen und Anhängern eines Sportklubs die Beförderung zu oder von einer Sportveranstaltung mit fahrplanmässigen Kursen verweigern oder einschränken, wenn es dem Sportklub einen Chartervertrag für die Beförderung mit nicht fahrplanmässigen Kursen zu angemessenen Bedingungen namentlich bezüglich Haftung, Fahrpreis, Platzangebot, Abfahrts- und Zielort sowie Abfahrtszeiten angeboten hat.

2 Wird kein Chartervertrag abgeschlossen, so haftet der Sportklub gegenüber dem Unternehmen für Schäden, die seine Anhängerinnen und Anhänger bei der Beförderung zu oder von einer Sportveranstaltung verursachen, soweit die Verursacherinnen oder Verursacher nicht identifiziert werden können.

3 Der Sportclub kann sich von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um Schäden dieser Art zu verhüten.

4 Im Übrigen richtet sich die Haftung nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über die unerlaubten Handlungen.

²⁶⁸ National- und Ständerat waren sich nicht einig. Einen ersten Rückweisungsantrag des Nationalrats vom 12. März 2014 lehnte der Ständerat am 19. Juni 2014 ab (Amtl Bull SR 2014 685-689). Der Nationalrat hielt am 18. September 2014 an der Rückweisung fest (Amtl Bull NR 2014 1624-1630). Er zweifelte an der Umsetzbarkeit der Fanzug-Pflicht und daran, dass damit die Probleme mit randalierenden Hooligans gelöst werden könnten.

geprüft und schrittweise umgesetzt.²⁶⁹ Mittlerweile haben National- und Ständerat das Geschäft abgeschrieben.²⁷⁰

PD Dr. MICHAEL HOCHSTRASSER ist Rechtsanwalt bei Schiller Rechtsanwälte, Winterthur, und Privatdozent an der Universität Zürich. Rechtsanwalt Prof. Dr. ARNOLD F. RUSCH LL.M. ist Lehrstuhlvertreter an der Universität St. Gallen, Lehrbeauftragter an der Universität Fribourg und Titularprofessor an der Universität Zürich. Der vorliegende Artikel basiert auf dem gleichnamigen Artikel aus dem Jusletter vom 8. Oktober 2012.

²⁶⁹ Vgl. Internet: <http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-64339.html>.

²⁷⁰ Amtl Bull NR 2017 159; Amtl Bull SR 2017 536.