

Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung

Prof. Dr. iur Peter Gauch
Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 116 (1997), S. 315 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

[315] Der Vorentwurf zur Revision des Haftpflichtrechts (konsolidierte Fassung vom 18. 12. 1996) verfolgt verschiedene Anliegen. Unter anderem zielt er auf eine bestmögliche Vereinheitlichung der Delikts- und der Vertragshaftung¹, was ich um so mehr begrüße, als der intellektuelle Anstoss zu diesem Versuch von meinem Lehrer PETER JÄGGI² stammt. Die Frage, ob und inwieweit die angestrebte Vereinheitlichung im Vorentwurf tatsächlich verwirklicht und gelungen ist, bildet das Thema meines Beitrages. Darin verstehe ich die Deliktshaftung unter Einschluss der deliktischen Kausalhaftungen. Einleitend gebe ich einige Hinweise zum geltenden Recht.

I. Das geltende Recht

1. Die Delikts- und die Vertragshaftung sind **zwei Haftungskategorien**, die das geltende Obligationenrecht nach Haftungsgrund und -modalitäten unterscheidet und im Allgemeinen Teil des OR je separat (in Art. 41 ff. und in Art. 97 ff./127 ff. OR) behandelt. Die Unterscheidung hat auch praktische Bedeutung, da die gesetzlichen Bestimmungen über die *Vertragshaftung* den Geschädigten im allgemeinen besser stellen als jene über die *Deliktshaftung*. [316] Die Privilegierung der vertraglichen Ersatzforderungen äussert sich in verschiedener Hinsicht: in der umgekehrten Beweislast für das Verschulden (Art. 97 Abs. 1 OR), in der Ausgestaltung der Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) und bei der Verjährung (Art. 127 ff. OR). Ausserdem setzt die Vertragshaftung keine „widerrechtliche“ Schädigung im Sinne des Art. 41 Abs. 1 OR voraus, was namentlich auch deshalb ins Gewicht fällt, weil die herr-

¹ Vgl. dazu auch WESSNER, *Droit contractuel et droit délictuel: à la recherche de frontières naturelles en matière de responsabilité civile*, SVZ 1997, S. 16 ff.; FELLMANN, *Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht?*, recht 1997, S. 95 ff. Beide Aufsätze sind lesenswert, jener von WESSNER schon deshalb, weil Prof. PIERRE WESSNER zu den Architekten der angestrebten Vereinheitlichung gehört. Der Aufsatz von WALTER FELLMANN ist leider erst nach der Fertigstellung meines Manuskripts (wenige Tage vor der Abgabe) erschienen, weshalb er in meinem nachfolgenden Beitrag nicht mehr berücksichtigt werden konnte.

² Vgl. JÄGGI, *Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung*, in Festgabe Schönenberger, Freiburg 1968, S. 181 ff. Dieser ingeniose Aufsatz versucht, das Haftpflichtrecht schon unter der Herrschaft des geltenden Rechts zu vereinheitlichen, indem er die Art. 41 ff. OR als Allgemeinen Teil des Haftungsrechts versteht, der über die Deliktshaftung hinausgreift. Auch wenn die darin enthaltenen Denkansätze keinen umwälzenden Einfluss auf die herrschende Lehre und Rechtsprechung hatten, so gaben sie doch den Impuls für die im Vorentwurf versuchte Vereinheitlichung (vgl. WESSNER, SVZ 1997, S. 18 f.).

schende Lehre und Rechtsprechung zu Art. 41 Abs. 1 OR einen engen („objektiven“) Widerrechtlichkeitsbegriff verwendet, was bekannt und deshalb nicht näher zu erläutern ist.

Umgekehrt gibt es aber auch Fälle, in denen die Deliktshaftung für den Geschädigten partiell günstiger ist als die Vertragshaftung. Zu denken ist etwa an die Mängelhaftung des Werkunternehmers (Art. 367 ff. OR), die der strengen Verwirkungsbestimmung des Art. 370 OR und der kurzen Verjährung des Art. 371 OR untersteht, was zur Folge haben kann, dass der vertragliche Anspruch des Bestellers auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens verwirkt oder verjährt ist, während ein entsprechender Deliktsanspruch noch unverjährt fortbesteht.³

2. Die Trennung zwischen Delikts- und Vertragshaftung entspricht der geltenden Rechtsordnung, wird aber schon heute **in mehrfacher Weise durchbrochen**, was die folgenden Merkmale zeigen:

- Erstens „finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung“. Dieser Rückverweis auf das Deliktsrecht steht in *Art. 99 Abs. 3 OR*, mit dessen Auslegung und Anwendung sich die grundlegende Dissertation von HANS-ULRICH BRUNNER befasst.⁴ Zwar enthält das geltende Obligationenrecht weder einen „Allgemeinen Teil“ des Haftpflichtrechts noch gemeinsame Vorschriften zur Schadenersatzforderung. Über den Pauschalverweis des Art. 99 Abs. 3 OR, der die Folgen der Vertragshaftung dem sinngemäss anwendbaren Deliktsrecht unterstellt⁵, sorgt das Gesetz aber bereits heute für eine weitgehende Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung⁶. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Frage, welche Regeln des Deliktsrechts in welcher Weise zur Anwendung kommen, in Art. 99 Abs. 3 OR nur so beantwortet wird, dass der Rechtsanwender sie nach den Grundsätzen der Analogie zu entscheiden hat.
- [317] Zweitens haben Lehre und Rechtsprechung *verschiedene „Rechtsfiguren“* entwickelt, die es gestatten, bestimmte Ersatzansprüche, die von Hause aus zum Deliktsrecht gehören, den Regeln des Vertragsrechts zu unterstellen, um sie den Beschränkungen der deliktischen Haftung zu entziehen. Zu erinnern ist etwa an die „Culpa-Haftung“, an die vertragliche „Drittsschutzwirkung“ oder an die kühne Konstruktion einer vertragsähnlichen „Vertrauenshaftung“ für ausservertragliche Erklärungen (BGE 120 II 331 ff.). Dazu kommt die „positive Vertragsverletzung“, die nach heutiger Rechtsauffassung aber nichts anderes ist als ein Anwendungsfall des „vertragswidrigen“ Verhaltens, der unter Art. 97 Abs. 1 OR fällt, soweit es an anwendbaren Sonderbestimmungen (z.B. auch Art. 98 Abs. 2 OR) fehlt. Diese Rechtsauffassung gehört zum festen Bestand der herrschenden Lehre und Rechtsprechung⁷, obwohl Art. 97 Abs. 1 OR bei korrekter Leseweise nur von der nachträglichen Unmöglichkeit der Erfüllung oder richtigen Erfüllung, nicht auch vom

³ Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2347 ff.

⁴ BRUNNER, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Freiburg 1991.

⁵ BRUNNER, zit. in Anm. 4, S. 11 ff.

⁶ BRUNNER, zit. in Anm. 4, S. 10.

⁷ Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Zürich 1995, Nr. 2603 ff. mit zahlreichen Hinweisen; anders aber JÄGGI, zit. in Anm. 2, S. 181 ff., und KOLLER A., Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP 1992, S. 1487 ff.

Schaden aus einer möglichen, aber fehlerhaften Erfüllung handelt⁸.

- Drittens kann der Geschädigte sich *grundsätzlich sowohl auf die Delikts- als auch auf die Vertragshaftung* berufen, wenn in ein und demselben Schadensfall die Voraussetzungen sowohl der einen wie der andern Haftung erfüllt sind. Die beiden Ersatzansprüche des Geschädigten stehen alsdann im Verhältnis der *Anspruchskonkurrenz*, was besagt, dass durch die Erfüllung des einen Anspruchs auch der andere erlischt, die beiden Ansprüche also nicht kumulierbar sind.

3. Die vorstehende Schilderung der geltenden Rechtslage hat sich zwar darauf beschränkt, die beiden Haftungskategorien und ihr gegenseitiges Verhältnis in den Grundzügen darzustellen. Viele Einzelaspekte blieben ausser Betracht und viele Sonderfälle unerwähnt. Trotzdem reicht das Gesagte aus, um den Innovationsgehalt des Vorentwurfes zu verdeutlichen.

II. Die Rechtslage nach dem Vorentwurf

1. Der Vorentwurf zur Revision des Haftpflichtrechts enthält im wesentlichen einen Revisionsvorschlag zum zweiten Abschnitt des ersten Titels im Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Er handelt von [318] den *Obligationen*, und zwar von ihrer „*Entstehung durch Schädigungen*“, während der zweite Abschnitt des geltenden Obligationenrechts (Art. 41 ff. OR), der ersetzt werden soll, die „*Entstehung durch unerlaubte Handlungen*“ regelt. Geändert wurde somit die Überschrift des zweiten Abschnitts. Aber nicht nur das! Hinter dem neuen Titel steckt **eine neue Konzeption**: Der zweite Abschnitt enthält jetzt einen „Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts“ (Untertitel), der sich im ersten Unterabschnitt nicht nur mit der Deliktshaftung (mit der Haftung aus „unerlaubter Handlung“), sondern auch mit der Haftung für vertragswidriges Verhalten befasst. Auf diese Weise werden die beiden Haftungskategorien zusammengeführt, was methodisch wie folgt geschieht:

a. Nach der **Grundnorm des Art. 1 Abs. 1 VE** ist eine Person „zum Ersatz des einer anderen zugefügten Schadens insoweit verpflichtet, als ihr die Schädigung nach dem Gesetz zugerechnet werden kann“. Die gesetzliche Zurechnung der Schädigung setzt namentlich voraus, dass die Schadenszufügung „widerrechtlich“ ist (Art. 1 Abs. 2 VE). Der *Begriff der „Widerrechtlichkeit“* wird aber in einem weiteren Sinne verwendet, der über den eng verstandenen Widerrechtlichkeitsbegriff des geltenden Art. 41 Abs. 1 OR hinausgreift. Das ergibt sich aus Art. 13 VE. So ist nach Art. 13 Abs. 2 VE das schädigende Verhalten einer Person unter anderem auch dann „widerrechtlich“, wenn es „gegen eine vertragliche Pflicht verstösst“. Somit bildet die Schädigung durch vertragswidriges Verhalten einen Unterfall der „widerrechtlichen“ Schadenszufügung, die nach Art. 1 VE eine Schadenersatzpflicht des Schädigers auslösen kann. Im einzelnen sind drei Punkte hervorzuheben:

- *Das vertragswidrige Verhalten einer Person* ist gleichbedeutend mit der Verletzung des Vertrages. Nach dem Wortlaut des Art. 13 Abs. 2 VE besteht das Merkmal des vertragswidrigen Verhaltens darin, dass das Verhalten „gegen eine vertragliche Pflicht verstösst“. Welche Pflichten (Haupt- und Nebenpflichten) aber zum Inhalt eines konkreten Vertrages gehören und damit verletzt werden können, wird weder in Art. 13 noch in einer ande-

⁸ Vgl. statt vieler JÄGGI, zit. in Anm. 2, S. 182; KOLLER A., zit. in Anm. 7, S. 1486 f.

ren Bestimmung des Vorentwurfes definiert.

- *Vertragliche Pflichten* sind relative Pflichten, die gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner bestehen. Dementsprechend ist die Vertragswidrigkeit des Verhaltens ein Grund, der die Schädigung des einen Vertragspartners durch den andern widerrechtlich macht, was bei gegebenen Voraussetzungen eine „Haftung zwischen Vertragspartnern“ (Randtitel zu Art. 2 VE) begründet. Das schliesst nicht aus, dass die betreffende Schädigung im Einzelfall noch aus einem anderen Grunde widerrechtlich ist, so dass die Widerrechtlichkeit der Schädigung sich sowohl aus der [319] Vertragswidrigkeit wie aus einem ausservertraglichen Grund ergibt. Folglich können auch weiterhin zugleich die Voraussetzungen einer Vertrags- und einer Delikts haftung erfüllt sein, weshalb es auch der Vorentwurf nicht schafft, die „kopferbrechende Konstruktion“⁹ der vertraglich/deliktschen Anspruchskonkurrenz zu eliminieren.¹⁰ Haftet eine Person für den gleichen Schaden aus verschiedenen Gründen, so hat der Geschädigte selbst dann verschiedene Ersatzansprüche, die miteinander konkurrieren, wenn alle Ansprüche den gleichen Modalitäten unterstehen.

Wird durch das vertragswidrige Verhalten einer Person auch (oder nur) ein vertragsfremder Dritter (z.B. ein Angestellter oder Familienangehöriger des Vertragspartners) geschädigt, so ist die Schädigung des Dritten nicht schon deshalb widerrechtlich, weil das schädigende Verhalten gegen eine vertragliche Pflicht verstösst. Vorbehalten bleiben Ausnahmefälle, in denen sich auch Dritte auf die Vertragsverletzung berufen können.¹¹

- *Die Widerrechtlichkeit der Vertragsverletzung* entfällt, wenn sie ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Die Rechtfertigungsgründe sind in Art. 14 VE aufgezählt. Abgesehen vom Fall der „Einwilligung“ dürften die dort genannten Gründe im Bereich der Vertragsverletzung allerdings von geringer Bedeutung sein.¹² Ob die Aufzählung abschliessend ist, mag hier offen bleiben.¹³

b. Nach **Art. 2 des Vorentwurfes** (Art. 2 VE) sind „die Bestimmungen dieses Abschnitts ... auch auf Schäden anwendbar, die durch vertragswidriges Verhalten verursacht werden“. Das gilt nach Art. 2 VE jedoch nur unter einem *zweifachen Vorbehalt*. „Vorbehalten bleiben“ erstens „die Bestimmungen über die Haftung des Schuldners wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung“ sowie zweitens „Bestimmungen, welche für einzelne Vertragsverhältnisse eine für die geschädigte Person günstigere Haftungsordnung vorsehen“. Diese Vorschrift des Art. 2 VE konkretisiert die „Vereinheitlichung“ der Delikts- und Vertragshaftung, die sie durch den zweifachen Vorbehalt einschränkt. Sie bedarf einer näheren Erklärung:

- Mit den „*Bestimmungen dieses Abschnitts*“ (Art. 2 VE) sind offenbar die „Allgemeinen Haftungsbestimmungen“ gemeint, die der erste [320] *Unterabschnitt* des Vorentwurfes

⁹ JÄGGI, zit. in Anm. 2, S. 183.

¹⁰ Im einzelnen vgl. dazu auch unten II/Ziff. 2/lit. d („Häufung von Haftungsgründen“).

¹¹ Vgl. dazu unten II/Ziff. 3/lit. b („Die Vertragshaftung gegenüber Dritten“).

¹² Zum geltenden Art. 52 OR vgl. BRUNNER, zit. in Anm. 4, S. 143 ff.

¹³ Zu den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen nach geltendem Recht vgl. BRUNNER, zit. in Anm. 4, S. 146 ff.

enthält.¹⁴ Der Anwendungsbereich dieser „Allgemeinen Bestimmungen“ (Titel des ersten Unterabschnittes) erstreckt sich auch auf die Haftung für „Schäden“, „die durch vertragswidriges Verhalten verursacht werden“, also auf einer Vertragsverletzung beruhen. Davon zu unterscheiden sind vertragliche Schadenersatzpflichten, denen *keine* Vertragsverletzung und damit auch keine „Widerrechtlichkeit“ zugrunde liegt. Auf sie kommen die Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfs höchstens sinngemäss zur Anwendung, worüber der Vorentwurf sich aber ausschweigt. Das gilt z.B. für Ersatzpflichten, die sich aus einem Garantieverprechen (Art. 111 OR) oder daraus herleiten, dass der Ersatzpflichtige den Vertrag befugterweise (etwa nach Art. 377 OR) aufgelöst hat. Ein Sonderfall ist die Schadensversicherung; mit ihr befasst sich der Vorentwurf an verschiedenen Stellen (vgl. z.B. Art. 31 ff. VE oder Art. 41 Abs. 1 VE, der im Zusammenhang mit der Verjährung auch von der „Person des Deckungspflichtigen“ spricht).

- Die Regel, wonach die Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfes auch auf Schäden aus vertragswidrigem Verhalten anwendbar sind (Art. 2 VE), gilt nicht uneingeschränkt. Vorbehalten bleibt zunächst und vor allem *die Haftung des Vertragsschuldners „wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung“* (erster Vorbehalt des Art. 2 VE). Diese Haftungsfälle bleiben den Bestimmungen der Art. 97 ff. OR¹⁵ („Die Folgen der Nichterfüllung“) sowie den Verjährungsregeln der Art. 127 ff. OR unterstellt, soweit nicht besondere Vorschriften des Vertragstypenrechts eingreifen. Auf sie finden die Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfs keine umfassende Anwendung. Anwendbar sind vielmehr nur jene Bestimmungen des Vorentwurfs, die Art. 99 Abs. 3 OR als anwendbar erklärt. Damit klar ist, um welche Bestimmungen es sich handelt, enthält der Vorentwurf eine Neuformulierung auch des Art. 99 Abs. 3 OR (= Art. 99 Abs. 3 OR/VE).¹⁶
- Eine *Vertragshaftung „wegen Nichterfüllung“* kann den Schuldner in zwei Fällen treffen: Wenn (erstens) die versprochene Leistung unmöglich wird oder wenn (zweitens) der Vertragsschuldner eine vertragliche Unterlassungspflicht verletzt. Mit diesen Fällen befassen sich die allgemeinen Art. 97 Abs. 1 und 98 Abs. 2 OR, jeweils ergänzt durch Art. 101 Abs. 1 OR. Art. 97 Abs. 1 OR wird nach Massgabe des Vorentwurfes in der Weise [321] geändert, dass die Worte „*nicht gehörig*“ durch die Worte „*nur mehr teilweise*“ ersetzt werden. Die vorgesehene Änderung macht klar, dass sich der umformulierte Art. 97 Abs. 1 OR (= Art. 97 Abs. 1 OR/VE) ausschliesslich mit dem Tatbestand der nachträglichen, verschuldeten, ganzen oder teilweisen Leistungsunmöglichkeit befasst¹⁷, also

¹⁴ Der zweite Unterabschnitt enthält „Besondere Bestimmungen“, die spezielle Haftungstatbestände (Haftung für rechtmässiges Verhalten, Haftung für Tiere und Haftung für Werke) regeln.

¹⁵ Art. 97 Abs. 1 OR in der Neuformulierung des Vorentwurfes.

¹⁶ Vgl. dazu unten II/Ziff. 3/lit. a.

¹⁷ Nach WESSNER, SVZ 1997, S. 20, regelt der umformulierte Art. 97 Abs. 1 OR/VE „les cas où le créancier ne peut obtenir l'exécution de la prestation promise (exemple: la chose vendue a été transférée à un tiers) ou les cas où il ne l'a obtenue que partiellement (exemple: la chose vendue a été livrée en quantité insuffisante)“. Diese Analyse provoziert einen zweifachen Widerspruch: Einerseits verwendet WESSNER, wie sein erstes Beispiel zeigt, einen subjektiven Unmöglichkeitbegriff, während es für die Anwendung des Art. 97 Abs. 1 OR/VE richtigerweise auf eine objektive Leistungsunmöglichkeit ankommt (vgl. GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 7, Nr. 3125 ff.). Andererseits gehören Fälle, in denen der Gläubiger nur einen

nicht auch mit der blossen Schlechtleistung oder anderen Fällen der positiven Vertragsverletzung.¹⁸

c. Fügen wir das Gesagte zusammen, so lassen sich, was die Schadenshaftung für vertragswidriges Verhalten betrifft, **zwei Haftungsgruppen** unterscheiden:

- Die *erste Gruppe* umfasst die Vertragshaftung wegen nachträglicher Leistungsunmöglichkeit (Art. 97 Abs. 1 OR/VE), wegen verletzter Unterlassungspflicht (Art. 98 Abs. 2 OR) und wegen verspäteter Leistung (Art. 102 ff. OR). Auf diese erste Gruppe kommen die Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfs nur insoweit zur Anwendung, als der neuformulierte Art. 99 Abs. 3 OR/VE auf sie verweist.
- Die *zweite Gruppe* umfasst die übrigen Fälle der Vertragshaftung, somit die Haftung aus positiver Vertragsverletzung¹⁹, jedoch unter Ausschluss der verletzten Unterlassungspflicht (Art. 98 Abs. 2 OR). Auf diese zweite Gruppe, die auch die Fälle der Schlechtleistung abdeckt, kommen die Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfs nach Massgabe des Art. 2 VE umfassend zur Anwendung. „Vorbehalten bleiben“ allerdings „Bestimmungen, welche für einzelne Vertragsverhältnisse eine für die geschädigte Person günstigere Haftungsordnung vorsehen“.

[322] Der soeben erwähnte (zweite) Vorbehalt, den Art. 2 VE enthält, bezieht sich auf *das gesetzliche Vertragstypenrecht*. Er besagt, dass einschlägige Bestimmungen des gesetzlichen Vertragstypenrechts den Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfes vorgehen, sofern sie eine für den Geschädigten „günstigere Haftungsordnung“ (z.B. eine verschuldensunabhängige Haftung²⁰) vorsehen.²¹ Meines Erachtens ist diese Regel unvollständig und zum Teil fragwürdig:

- *Unvollständig* ist die Regel in zweifacher Hinsicht. Erstens erfasst sie nur die Fälle, die Art. 2 VE den Allgemeinen Haftungsbestimmungen unterstellt, weshalb die Allgemeinen Haftungsbestimmungen, die über Art. 99 Abs. 3 OR/VE zur Anwendung kommen, nicht unter den zweiten Vorbehalt fallen. Zweitens vernachlässigt sie das weite Gebiet der Innominatkontrakte. Soweit sich für verkehrstypische Innominatkontrakte ein „richterliches Vertragstypenrecht“ herausgebildet hat²², müsste für die einschlägigen Gerichtssätze dasselbe gelten wie für die Bestimmungen des gesetzlichen Vertragstypenrechts.

Teil der Leistung erhält, obwohl die ganze Leistung noch möglich ist, nicht in den Anwendungsbereich des Art. 97 Abs. 1 OR/VE. In solchen Fällen verbleiben dem Gläubiger die Erfüllungsklage sowie die Rechtsbehelfe der Art. 102 ff. OR.

¹⁸ Zur positiven Vertragsverletzung vgl. statt vieler: GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 7, Nr. 2603 ff.; teilweise abweichend: KOLLER A., Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP 1992, S. 1483 ff. Nach der hier verwendeten Definition ist auch die Verletzung einer vertraglichen Unterlassungspflicht (Art. 98 Abs. 2 OR) eine „positive Vertragsverletzung“ (GAUCH/SCHLUEP, Nr. 2610).

¹⁹ WESSNER, SVZ 1997, S. 20; Widmer, SVZ 1997, S. 12.

²⁰ WESSNER, SVZ 1997, S. 20, verweist auf die Art. 208 Abs. 2, 306 Abs. 3, 447 Abs. 1 und 474 Abs. 2 OR.

²¹ Vgl. WESSNER, SVZ 1997, S. 20.

²² Vgl. dazu JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 550 zu Art. 18 OR.

- *Fragwürdig* ist die Regel insofern, als sie den Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfs nur die „*günstigeren*“ Vorschriften des gesetzlichen Vertragstypenrechts vorgehen lässt. Das bedeutet e contrario, dass spezielle Bestimmungen des Vertragstypenrechts, die für den Geschädigten „*ungünstiger*“ sind, durch die „*günstigeren*“ Haftungsbestimmungen des Vorentwurfs verdrängt werden. Diese generelle Korrektur des gesetzlichen Vertragstypenrechts nimmt keine Rücksicht auf die haftungsrechtlichen Besonderheiten der betroffenen Vertragsverhältnisse, ganz abgesehen davon, dass sie bei unverändertem Fortbestand der speziellen Bestimmungen eine eklatante Rechtsunsicherheit begründet. Ob und inwieweit sich eine Anpassung des gesetzlichen Vertragstypenrechts rechtfertigt, lässt sich nicht „im Bausch und Bogen“, sondern nur für jede konkrete Bestimmung entscheiden, die in ihrem Gesamtzusammenhang zu werten ist. Rechtfertigt sich eine Anpassung, so ist sie „an Ort und Stelle“, innerhalb des speziellen Vertragstypenrechts vorzunehmen.

2. Die Anwendung des ersten Unterabschnittes auf die Haftung aus positiver Vertragsverletzung (ohne verletzte Unterlassungspflicht) wirft die Frage auf, ob die anwendbar erklärten Allgemeinen Haftungsbestimmungen (Art. 1 ff. VE) auf die Fälle der positiven Vertragsverletzung passen. Die [323] Antwort setzt eine vertiefte Untersuchung voraus, die den Rahmen eines schlichten Aufsatzes bei weitem sprengt. Auf einige Bestimmungen, die mir für die Beurteilung besonders wichtig erscheinen, möchte ich aber doch eintreten. Es sind dies:

a. Die Bestimmungen über den *Schaden* (Art. 6 ff. VE), den *Ursachenzusammenhang* (Art. 15 f. VE), die *Ersatzleistung* (Art. 25 f. VE), das *Verfahren* (Art. 45 ff. VE) und die *haftungsbeschränkenden Vereinbarungen* (Art. 54 f. VE). Die Anwendung dieser Vorschriften auch auf die positive Vertragsverletzung lässt sich im Grossen und Ganzen rechtfertigen. Im einzelnen sind die folgenden Punkte hervorzuheben:

- In den Art. 6 ff. VE befasst sich der Vorentwurf mit dem *ersatzfähigen Schaden*. Nach Massgabe dieser Artikel kann der aus positiver Vertragsverletzung Geschädigte nicht nur Ersatz seines erlittenen Vermögensschadens (Art. 6 Abs. 1 und 2 VE), sondern auch Genugtuung für immateriellen Schaden (Art. 6 Abs. 1 VE) verlangen, sofern die besonderen Voraussetzungen des Art. 11 VE erfüllt sind. Im Begriffssystem des Vorentwurfs ist der immaterielle Schaden eine Erscheinungsform des Schadens überhaupt (Art. 6 Abs. 1 VE), weshalb der Schaden als Oberbegriff den Vermögens- und den immateriellen Schaden umschliesst.

Zum ersatzfähigen Schaden gehört auch der *reine Vermögensschaden* (Art. 6 Abs. 2 VE)²³, was für die Haftung aus positiver Vertragsverletzung eine Selbstverständlichkeit ist. Wird der betroffene Vertragspartner infolge der Vertragsverletzung getötet, so erstreckt sich die vertragliche Ersatzpflicht auch auf den *Versorgerschaden* (Art. 7 Abs. 2 VE), den vertragsfremde Dritte (die Versorgten) erleiden²⁴. Insofern entfaltet der Vertrag eine Drittschutzwirkung, was mit Rücksicht auf allenfalls „*günstigere*“ Haftungsbestim-

²³ Die Einschränkung des Art. 6 Abs. 3 VE, die sich auf die Gefährdungshaftung bezieht, ist im Zusammenhang mit der Vertragshaftung ohne Belang.

²⁴ Der in Art. 7 Abs. 2 VE geregelte Versorgungschaden ist seiner Natur nach ein reiner Vermögensschaden, was in der Einteilung des Art. 6 Abs. 2 VE übersehen wurde. Möglich ist allerdings auch, dass man die Ungenauigkeit bewusst in Kauf genommen hat, um die Formulierung des Gesetzestextes zu vereinfachen.

mungen des Vertragstypenrechts von praktischer Bedeutung ist (zweiter Vorbehalt des Art. 2 VE). Dasselbe gilt mit Bezug auf den *Genugtuungsanspruch*, der den Angehörigen eines getöteten oder am Körper verletzten Vertragspartners zustehen kann (Art. 11 Abs. 3 VE). Ein Teil der Lehre vertritt bereits heute (unter dem geltenden Recht) den gleichen Standpunkt.²⁵ Der Randtitel zu Art. 2 VE („Haftung zwischen [324] Vertragspartnern“) nimmt auf die erwähnten Fälle, in denen eine Vertragshaftung gegenüber Dritten besteht, allerdings keine Rücksicht.

- Die Art. 6 ff. VE unterscheiden zwar zwischen verschiedenen Schadensarten, enthalten aber *keine Definition des Vermögensschadens*, dessen begriffliche Umschreibung zu den primären Streitpunkten der modernen Schadenersatzlehre gehört.²⁶ Streitig ist insbesondere, ob am klassischen Begriff des Vermögensschadens²⁷ festgehalten oder ob zumindest für bestimmte Fallgruppen ein normativer Begriff²⁸ verwendet werden soll, wie das Bundesgericht es für den Haushaltschaden getan hat.²⁹ Da die dogmatische Entwicklung noch offen und auch unabsehbar ist, ob sie für die Vertrags- und die Deliktshaftung identisch verlaufen wird, hat der Vorentwurf zu Recht auf eine Definition des Vermögensschadens verzichtet. Bei der Konkretisierung des ersatzfähigen Körper- und Sachschadens (Art. 8 und Art. 9 VE)³⁰ hält sich der Vorentwurf allerdings an die klassische Theorie, indem und soweit er weder die *Arbeitsunfähigkeit an sich* noch die schlichte Unmöglichkeit, die vom Schadensereignis betroffene Sache zu *nutzen*, zum ersatzfähigen Schaden zählt. Meines Erachtens wäre es angezeigt, den revidierten Gesetzestext auch dies-

²⁵ Vgl. z.B. BRUNNER, zit. in Anm. 4, S. 120 und 204; GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 7, Nr. 2669, 2697 und 3432; jeweils mit weiteren Hinweisen.

²⁶ Vgl. GAUCH, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996, S. 225 ff.

²⁷ Nach dem klassischen Begriff besteht der Schaden in einer ungewollten Verminderung des Reinvermögens. „Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte“ (BGE 116 II 444; vgl. auch BGE 115 II 481 und 120 II 298).

²⁸ Nach dem "normativen" Schadensbegriff ist schon die Frage, ob überhaupt ein Schaden vorliegt, *wertend* zu beurteilen, was unter anderem zur prinzipiellen Anerkennung eines "Kommerzialisierungs-" und "Frustrationschadens" führt (vgl. GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 7, Nr. 2632 ff.). Der Kommerzialisierungsgedanke greift z.B. ein, wenn es um die "Entschädigung" einer entgangenen Nutzungs- oder Genussmöglichkeit oder darum geht, die schlichte Einbusse an Arbeitsfähigkeit (die Einbusse der Fähigkeit an sich!) zu "entschädigen". Der Frustrationsgedanke wird "fruktifiziert", um freiwillige, aber nutzlose Aufwendungen ersatzfähig zu machen.

²⁹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Haushaltschaden „auch zu ersetzen ..., soweit er sich nicht in zusätzlichen Aufwendungen niederschlägt, mithin gar keine Vermögensverminderung eintritt. Der Haftpflichtige hat insoweit für normativen Schaden einzustehen ..." (BGer Pra 1995, Nr. 172, S. 556).

³⁰ Dass der Vorentwurf in Art. 9 auch eine Umschreibung des Sachschadens enthält, ist eine Novität. Die „Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts“ hatte noch empfohlen, auf eine derartige Norm zu verzichten, „da sie zu kompliziert wäre und es hier zu viele Einzelprobleme gibt, die nicht alle erfassbar sind“ (vgl. den Bericht der Kommission vom August 1991, S. 89). Liest man die jetzt vorgeschlagene Norm, so war diese Empfehlung vielleicht doch nicht ganz unbegründet (vgl. auch STEIN, SVZ 1996, S. 296).

bezüglich so zu fassen, dass er weder die Rechtsentwicklung behindert noch den erreichten [325] Entwicklungsstand in Sachen Haushaltschaden unreflektiert in Frage stellt. Für den Haushaltschaden würde sich allenfalls eine spezielle Umschreibung rechtfertigen.

- Die Art. 15 f. VE behandeln die Frage des Kausalzusammenhangs, den sie als „*Ursachenzusammenhang*“ bezeichnen. Art. 15 VE enthält eine positive Umschreibung des Kausalzusammenhangs; Art. 16 VE enthält eine generelle Norm über die Entlastung des Haftpflichtigen, soweit die Entlastung mit dem Ursachenzusammenhang zusammenhängt. Beide Bestimmungen lassen sich ohne weiteres auch auf die Haftung aus positiver Vertragsverletzung übertragen, um so mehr, als sie materiell kaum etwas Neues bringen. Das letztere gilt auch hinsichtlich Art. 15 VE, wonach „eine Person ... nur ersatzpflichtig (ist), soweit der ihr zuzurechnende Sachverhalt zum Schaden in einem rechtlich bedeutsamen Ursachenzusammenhang steht“. Der Ausdruck „*rechtlich bedeutsam*“ deckt zwar auch das Erfordernis eines „*adäquaten*“ Kausalzusammenhangs ab, ist aber so vage gehalten, dass er zur materiellen Klärung des Adäquanzproblems nichts beizutragen vermag³¹. Weder gibt er eine Antwort auf die Frage, in welchen Haftungsfällen das Erfordernis der Adäquität zum Tragen kommt³², noch bietet er einen Ersatz für die zauberhaften Formeln, mit denen der adäquate Kausalzusammenhang umschrieben wird³³.
- Unter dem Randtitel „*Verfahren*“ befasst sich der Vorentwurf unter anderem auch mit der *Beweislast* (Art. 49 Abs. 1 VE), obwohl Art. 8 ZGB die Beweislast dem materiellen Rechte zuschlägt.³⁴ Geregelt wird in Art. 49 Abs. 1 VE jedoch nur die Beweislast für den Schaden und für den Ursachenzusammenhang.

Über die Frage, wer in den Fällen der Verschuldenshaftung die Beweislast für das Verschulden trägt, schweigt der Vorentwurf sich aus, weshalb Art. 8 ZGB eingreift, wonach der Beweis des Verschuldens demjenigen obliegt, der Schadenersatz verlangt. Bezogen auf die Haftung aus positiver Vertragsverletzung ist diese Beweislastverteilung abzulehnen. Sie widerspricht dem bisher anerkannten Grundsatz, wonach derjenige, der den Vertrag verletzt, zu beweisen hat, dass ihn kein Verschulden trifft (Art. 97 [326] Abs. 1 OR).³⁵ Warum der anerkannte Grundsatz (vgl. auch Art. 97 Abs. 1 OR/VE) nicht mehr gelten soll, sobald es um eine Vertragshaftung aus positiver Vertragsverletzung geht, lässt sich aus meiner Sicht nur schwer erklären.³⁶ Für eine solche Neuregelung

³¹ So auch STEIN, SVZ 1996, S. 301.

³² Von einem Teil der schweizerischen Lehre wird das Erfordernis für den Bereich der Verschuldenshaftung abgelehnt (vgl. z.B. DESCHENAUX/TERCIER, *La responsabilité civile*, 2. Aufl., Bern 1982, S. 61; ähnlich, aber vorsichtiger: GUHL/MERZ/KOLLER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 8. Aufl., Zürich 1991, S. 65). Meines Erachtens steht jedenfalls fest, dass die Adäquität kein Kriterium ist, das eine Begrenzung der Vorsatzhaftung zu rechtfertigen vermag.

³³ Vgl. dazu GAUCH, *recht* 1996, S. 229.

³⁴ Vgl. KUMMER, *Berner Kommentar*, N 48 zu Art. 8 ZGB.

³⁵ Vgl. KUMMER, a.a.O., N 286 zu Art. 8 ZGB.

³⁶ Vgl. auch KUMMER, a.a.O., N 285 zu Art. 8 ZGB, und JÄGGI, zit. in Anm. 2, S. 194. In der „Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts“ wurde die Frage noch kontrovers diskutiert. Zu den ausgetauschten Argumenten vgl. den Bericht der Kommission (August 1991), S. 75 f. Differenzierend: KOLLER A., zit. in Anm. 7, S. 1495 f.

müsste es jedenfalls wichtigere Gründe geben als der blosser Wunsch nach einer systematischen Angleichung der vertraglichen Haftung an die Haftung aus Delikt. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Unvorsichtigkeit des Vertragsschuldners in gewissen Fällen der positiven Vertragsverletzung schon zum Tatbestandselement der Vertragsverletzung gehört, dessen Nachweis dem Geschädigten obliegt.

- Zu den „*haftungsbeschränkenden Vereinbarungen*“ zählt der Entwurf die *Freizeichnung* (Art. 54 VE) und den *Vergleich*, der einen Schadenersatzanspruch völlig oder zum Teil beseitigt (Art. 55 VE). Die einschlägigen Regeln (Art. 54 und 55 VE) schaffen im Zusammenhang mit der positiven Vertragsverletzung keine spezifischen Probleme. Bezüglich der Freizeichnung (Art. 54 VE) ist besonders zu begrüssen, dass sie Vereinbarungen, welche die Haftung für Tötung oder Körperverletzung wegbedingen oder beschränken, explizit für nichtig erklärt (Art. 54 Abs. 1 VE). Zumindest vertretbar, obwohl auslegungsbedürftig, ist unter anderem auch die Bestimmung, wonach Freizeichnungsklauseln in „vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen“ in keinem Falle wirksam sind (Art. 54 Abs. 2 Ziff. 4 VE). Was hingegen den Vergleich (Art. 55 VE) angeht, ist das Folgende anzumerken:

Nach Art. 55 VE können „Vereinbarungen, in denen nach Eintritt der Schädigung ein Verzicht auf jegliche Ersatzleistung abgemacht oder eine offensichtlich unzulängliche Entschädigung festgesetzt wird, ... innerhalb eines Jahres seit dem Tag angefochten werden, an dem die geschädigte Person ihren Irrtum bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen konnte“. Diese Bestimmung regelt einen Sonderfall des Motivirrtums. Sie mag zwar gut gemeint sein, ist aber mehrfach missglückt. Denn erstens unterscheidet sie nicht zwischen dem gerichtlichen und dem aussergerichtlichen Vergleich, obwohl das anwendbare Prozessrecht für die Anfechtung eines gerichtlichen Vergleiches besondere Formen und Fristen vorschreiben kann (BGE 110 II 44 ff.). Zweitens lässt sie den Rechtsanwender im Unklaren, ob der Motivirrtum die Qualität eines Grundlagenirrtums [327] (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) haben muss, damit er zur Anfechtung des Vergleiches berechtigt, oder ob die Anfechtung auch zulässig ist, wenn der Irrtum diesbezüglich kein wesentlicher war. Drittens verschweigt sie, dass der Irrtum, der eine Anfechtung des Vergleiches rechtfertigt, sich nicht auf bestrittene oder ungewisse Punkte beziehen kann, die durch den Vergleich gerade geregelt werden sollten (BGE 54 II 191; 114 Ib 79; 117 II 222 f. und 226). Viertens weicht sie ohne Not und zu Lasten des Geschädigten von Art. 31 Abs. 2 OR ab, wonach die Jahresfrist immer erst mit der Entdeckung des Irrtums beginnt, also nicht schon mit dem Tage, an dem die irrende Person den Irrtum bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen kann (vgl. BGE 98 II 21 f.). Fünftens beschränkt sie die Irrtumsanfechtung ohne einsichtigen Grund auf solche Fälle, in denen jegliche Ersatzleistung wegbedingen oder eine offensichtlich unzulässige Entschädigung festgesetzt wurde.

So gesehen bedarf Art. 55 VE einer grundlegenden Verbesserung. Meines Erachtens könnte auf eine besondere Regelung der Irrtumsanfechtung sogar verzichtet werden, da diesbezüglich die adäquat angewandten Regeln der Art. 23 ff. OR ausreichen. Eine ganz andere Frage hingegen ist, ob man für den Vergleich eine zusätzliche Anfechtungsmöglichkeit schaffen soll, die über die Irrtumsanfechtung (Art. 23 ff. OR) und auch über die Anfechtung wegen Übervorteilung (Art. 21 OR) hinausgeht, indem sie die Festsetzung einer offensichtlich unzulänglichen Entschädigung als Anfechtungsgrund genügen lässt. Anfechtungsbestimmungen dieser Art finden sich bereits heute in verschiedenen Spezialgesetzen (vgl. z.B. Art. 87 Abs. 2 SVG und Art. 17 EHG). Zu überlegen bleibt, ob sie zu generalisieren und dementsprechend als allgemeine Regel in den Allgemeinen Teil

des OR zu übernehmen sind.³⁷

b. Die Bestimmungen über das *Verschulden* (Art. 17 ff. VE) und die *Hilfspersonenhaftung* (Art. 20 f. VE). Unproblematisch und richtig ist, dass die Haftung aus positiver Vertragsverletzung grundsätzlich eine Verschuldenshaftung bleibt (Art. 17 VE). Das bedarf keines weiteren Kommentars. Kommentarbedürftig sind jedoch der Fahrlässigkeitsbegriff (Art. 18 VE), die Billigkeitshaftung bei fehlender Urteilsfähigkeit (Art. 19 VE) und die Hilfspersonenhaftung (Art. 20 f. VE).

- Der *Begriff der Fahrlässigkeit* wird in Art. 18 VE konkretisiert, und zwar so, dass der objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff, der sich in Lehre und [328] Rechtsprechung eingebürgert hat³⁸, durch einen individualisierten Begriff ersetzt wird.³⁹ Für diese Abkehr vom objektivierten Fahrlässigkeitsverschulden gibt es einerseits gute Argumente, wenn man bedenkt, dass das moralische Element der subjektiven Vorwerfbarkeit, welche die Verschuldenshaftung ursprünglich gerechtfertigt hat⁴⁰, durch die Verobjektivierung des Verschuldens entfallen ist.⁴¹ Andererseits lässt sich nicht verkennen, dass die Verobjektivierung kein Zufall, sondern Ausdruck einer gewandelten Rechtsanschauung ist, die auf einen verbesserten Schutz der Geschädigten abzielt. Mit Rücksicht darauf sollte der Gesetzgeber nicht voreilig eingreifen, sondern die Entwicklung des Fahrlässigkeitsbegriffs der Lehre und Rechtsprechung überlassen, die besser in der Lage sind, dem Wandel der Gesellschaft und den sich im Wandel verändernden Anschauungen Rechnung zu tragen. Eine derart weise Zurückhaltung wäre auch deshalb angebracht, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich im Zuge der Fortentwicklung das Bedürfnis ergibt, für die Delikts- und für die Vertragshaftung einen je verschiedenen Fahrlässigkeitsbegriff zu verwenden.
- Die *Billigkeitshaftung bei fehlender Urteilsfähigkeit* (Art. 19 VE) durchbricht das Verschuldensprinzip, indem sie den Urteilsunfähigen mit einer verschuldensunabhängigen Haftung belastet. In der Kannvorschrift des Art. 19 VE wird diese Haftung (heute noch Art. 54 OR) zwar neu umschrieben. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob das fossile Institut überhaupt beibehalten, dem Richter also gestattet werden soll, jemanden zum ganzen oder teilweisen Ersatz des im Zustand der Urteilsunfähigkeit verursachten Schadens zu verurteilen, wenn er dies im Einzelfall als „billig“ erachtet. Persönlich bezweifle ich die Wünschbarkeit gesetzlicher Regeln, die es dem Billigkeitsermessen des Richters überlassen, ob er dem Geschädigten eine Ersatzforderung zugestehen will oder nicht.⁴² Wird die Frage aber mit dem Vorentwurf bejaht, so ist es richtig, die Billigkeitshaftung (wie schon

³⁷ In diesem Sinne (und mit guten Gründen) noch die „Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts“ (Bericht der Kommission vom August 1991, S. 155 f.).

³⁸ Vgl. GAUCH, recht 1996, S. 235 mit Zitaten.

³⁹ Vgl. dazu auch HAUSHEER, SVZ 1997, S. 24.

⁴⁰ OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Zürich 1995, S. 206.

⁴¹ GAUCH, recht 1996, S. 235.

⁴² Zweifelnd auch HAUSHEER, SVZ 1997, S. 24, der sich zu Recht fragt, ob der geltende Art. 54 OR „tatsächlich so bedeutsam und in seiner Anwendung auch so überzeugend“ ist, „dass darauf nicht verzichtet werden kann“.

bisher⁴³) auch auf Fälle der positiven Vertragsverletzung auszudehnen, da es keinen Wertungsgrund gibt, der es rechtfertigt, den Urteilsunfähigen in diesem Haftungsbereich anders zu behandeln als im Bereiche der Deliktshaftung. Damit sind aber noch nicht alle Probleme gelöst. Denn:

[329] Entgegen der Ansicht des Bundesgerichts (z.B. BGE 102 II 230 und 103 II 335) ist es geradezu stossend, den Urteilsunfähigen sogar für ein schädigendes Verhalten haftbar zu machen, das bei einem Urteilsfähigen keine Haftung auslösen würde.⁴⁴ Die Billigkeitshaftung setzt daher voraus, dass der Urteilsunfähige zumindest unsorgfältig gehandelt hat.⁴⁵ Bei der Beurteilung, ob dies zutrifft, kann es beim Urteilsunfähigen aber immer nur auf eine objektiv verstandene Sorgfalt ankommen⁴⁶, weshalb der im individualisierten Fahrlässigkeitsbegriff (Art. 18 VE) enthaltene Sorgfaltsmassstab insoweit unbrauchbar ist.

- Die *Hilfspersonenhaftung* wird im Vorentwurf durch zwei Bestimmungen geregelt, von denen die erste die Haftung für Hilfspersonen „im Allgemeinen“ (Art. 20 VE), die zweite die Haftung „in Unternehmungen“ regelt (Art. 21 VE). Beide Bestimmungen sind auf die Deliktshaftung zugeschnitten. Nach Art. 2 VE finden sie aber auch auf die vertragliche Hilfspersonenhaftung für positive Vertragsverletzungen Anwendung, womit der Vorentwurf vom geltenden Rechte abweicht.

Nach geltendem Recht wird die vertragliche Hilfspersonenhaftung durch Art. 101 OR geregelt, der auch die Ersatzpflicht für Hilfspersonen-Schäden aus positiver Vertragsverletzung erfasst.⁴⁷ Die Regel des Art. 101 Abs. 1 OR umschreibt die gesetzlichen Voraussetzungen dieser verschuldensunabhängigen Haftung. Mag sie auch in einzelnen Punkten zu Auslegungsproblemen führen, so ist sie insgesamt doch als wohlbegründete Regel anerkannt.⁴⁸ Schon deshalb, aber auch sonst gibt es keinen Grund, der es nahelegt, die vertragliche Hilfspersonenhaftung für positive Vertragsverletzungen den Bestimmungen der Art. 20 und 21 VE zu unterstellen, statt es weiterhin bei der Regel des Art. 101 Abs. 1 OR zu belassen.⁴⁹

c. Die Bestimmungen über die *Verjährung des Schadenersatzanspruches* (Art. 41 ff. VE). Sie passen auch auf den Schadenersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung. Das gilt namentlich für die Grundsatzregel des Art. 41 VE, die zwischen einer relativen und einer absoluten Verjährung [330] unterscheidet. Danach verjährt der Anspruch auf Schadenersatz „in drei Jahren von dem Tag an gerechnet, an dem die geschädigte Person Kenntnis vom Schaden

⁴³ Vgl. BRUNNER, zit. in Anm. 4, S. 153, mit weiteren Hinweisen.

⁴⁴ BRUNNER, zit. in Anm. 4, S. 151 und dortige Zitate.

⁴⁵ Vgl. BRUNNER, zit. in Anm. 4, S. 151 und S. 154.

⁴⁶ BRUNNER, zit. in Anm. 4, S. 154 f.

⁴⁷ Statt vieler: SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, S. 218; KOLLER A., Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen, Diss. Freiburg 1980, S. 81 ff., neuerdings aber AJP 1992, S. 1497 ff.

⁴⁸ Vgl. SPIRO, zit. in Anm. 47, S. 64 ff.

⁴⁹ Vgl. z.B. auch JÄGGI, zit. in Anm. 2, S. 194. Im übrigen hatte auch die „Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts“ Bedenken, die vertragliche Hilfspersonenhaftung den gleichen Regeln zu unterstellen wie Hilfspersonenhaftung aus Delikt (vgl. den Bericht der Kommission vom August 1991, S. 76).

und von der Person des Haftpflichtigen ... erlangt hat“ (Abs. 1), jedenfalls aber in 20 Jahren von dem Tage an, „an dem die Schädigung eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat“ (Abs. 2).

Die Anwendung dieser Regel auf die positive Vertragsverletzung beseitigt die verjährungsrechtlichen Unsicherheiten, die im Gebiete der positiven Vertragsverletzung bestehen. Da die Herstellung einer klaren Rechtslage zur Aufgabe der Verjährung gehört, ist die Eliminierung von Unsicherheiten gewiss nur von Vorteil. Darüber hinaus und vor allem führt die Anwendung des Art. 41 VE aber auch zu einem sachlich befriedigenden Ergebnis. Diskutabel erscheint mir höchstens die für das schweizerische Recht noch ungewohnte Länge der absoluten Verjährung. Ob sich eine so lange Verjährung rechtfertigt, ist jedoch eine Grundsatzfrage, die sich für die Deliktshaftung und die Haftung aus positiver Vertragsverletzung in gleicher Weise stellt. Mit Rücksicht auf das Risiko von Spätschäden, das einen langzeitigen Schutz der Geschädigten erfordert, möchte ich die Frage eher bejahen.⁵⁰

d. Die Bestimmung über die „*Häufung von Haftungsgründen*“ (Art. 27 VE). Sie befasst sich mit dem Fall, da eine Person mehrere Haftungsgründe zu vertreten hat, wofür es unter dem geltenden Obligationenrecht zwar keine entsprechende Gesetzesregel, wohl aber eine einschlägige Lehre und Rechtsprechung gibt.⁵¹ „Ist eine Person für ein und denselben Schaden aus verschiedenen Haftungsgründen verantwortlich, so wendet das Gericht“ nach der Revisionsregel des Art. 27 VE „diejenigen Bestimmungen an, welche der geschädigten Person den bestmöglichen Ersatz verschaffen, es sei denn, das Gesetz erkläre ausdrücklich eine der Bestimmungen für ausschliesslich anwendbar“.

Die Regel des Art. 27 VE passt auch auf den Fall, da eine Person für den eingetretenen Schaden sowohl aus Delikt als aus positiver Vertragsverletzung haftet. In einem solchen Fall kann der Geschädigte sich grundsätzlich auf beide Haftungsgründe (auf die Delikts- und die Vertragshaftung) berufen, den gleichen Schaden aber nur einmal ersetzt verlangen.⁵² Ist für ihn die Haftungslage nach der einen Haftungsart günstiger, so hat er Anspruch auf den Ersatz, der ihm nach der günstigeren Variante zusteht. Damit aktualisiert sich auch der zweite Vorbehalt des Art. 2 VE, wonach die für den Geschädigten „günstigeren“ Vorschriften des Vertragstypenrechts den Allgemeinen Haftungsbestimmungen vorgehen, was im Einzelfall bewirken kann, dass die [331] Haftung aus positiver Vertragsverletzung für den Geschädigten günstiger ist als eine damit konkurrierende Deliktshaftung.

Art. 27 VE bestätigt die dargestellte Rechtslage, indem er, auf den Prozess bezogen, den Richter anweist, bei verschiedenen Haftungsgründen „diejenigen Bestimmungen“ (die Bestimmungen derjenigen Haftungsart) anzuwenden, „welche der geschädigten Person den bestmöglichen Ersatz verschaffen“.⁵³ Enthält das Gesetz allerdings eine Ausnahmeregel, wonach einer der mehreren Haftungsgründe die Anwendung eines andern Haftungsgrundes ausschliesst, so darf selbstverständlich auch der Richter Schadenersatz nur aus diesem („exklusiven“) Haftungsgrund zusprechen. Darauf nimmt der letzte Teilsatz des Art. 27 VE („es sei

⁵⁰ STEIN, SVZ 1996, S. 320, postuliert sogar eine absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren.

⁵¹ Statt aller: OFTINGER/STARK, zit. in Anm. 40, S. 667 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

⁵² OFTINGER/STARK, zit. in Anm. 40, S. 684.

⁵³ Diese prozessbezogene Regel setzt voraus, dass der Sachverhalt, aus dem sich der betreffende Ersatzanspruch ergibt, prozessual feststeht. Trifft dies zu, so hat der Richter das Recht von Amtes wegen anzuwenden, was auch im Wortlaut des Art. 27 VE zum Ausdruck kommt.

denn...“) Bezug, der zwar unglücklich formuliert ist⁵⁴, aber immerhin präzisiert, dass eine derartige Ausnahme einer „ausdrücklichen“⁵⁵ Anordnung des Gesetzgebers bedarf.

e. Die bereits kritisierte *Regel des Art. 2 VE*, wonach den Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfs *nur die für den Geschädigten „günstigeren“* Vorschriften des gesetzlichen Vertragstypenrechts vorgehen. Die Auswirkung dieser Regel, die der zweite Vorbehalt des Art. 2 VE enthält, lässt sich beispielhaft an der kauf- und werkvertraglichen Verjährungsordnung illustrieren. Nach geltendem Vertragstypenrecht unterstehen die Ansprüche auf Ersatz des Mangelfolgeschadens einer extrem kurzen (ein- oder fünfjährigen) Verjährung, die mit der Ablieferung der mangelhaften Sache zu laufen beginnt (Art. 210 und 219 Abs. 3/Art. 371 OR). Da diese vertragstypische Verjährungsordnung für den Geschädigten zweifellos „*ungünstiger*“ ist als die allgemeine Bestimmung des Art. 41 VE, wird sie durch Art. 41 VE mit der darin vorgesehenen (relativen und absoluten) Verjährung verdrängt, wenn es bei der erwähnten Regel des Art. 2 VE bleibt. Das aber ist ein undifferenzierter Eingriff in die kauf- und werkvertragliche Mängelhaftung, der die Fragwürdigkeit der kritisierten Regel unterstreicht. Eine wünschbare Teilrevision des betroffenen Vertragstypenrechts müsste in der Tat so erfolgen, dass [332] sie sich harmonisch in die gesetzliche Gesamtsregelung des Vertragsverhältnisses einfügt.

3. Schon nach den bisherigen Erörterungen ist die Regelung der Vertragshaftung, die der Vorentwurf enthält, **nicht in allen Punkten problemlos**. Für eine umfassende Würdigung bedürfte es jedoch zusätzlicher Abklärungen. So müsste für *alle* Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfes eingehend geprüft werden, ob sie auch auf die positive Vertragsverletzung passen. Darüber hinaus stellen sich eine Vielzahl weiterer Fragen. Sie betreffen:

a. *Die Schadenshaftung des Vertragsschuldners „wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung“* (Art. 2 VE). Diese Haftungsgruppe umfasst die vertragliche Haftung für nachträgliche Leistungsunmöglichkeit (Art. 97 Abs. 1 OR/VE), für die Verletzung einer Unterlassungspflicht (Art. 98 Abs. 2 OR) und für die Verspätung der Leistung (Art. 102 ff. OR). Darauf kommen die Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfs nur insoweit zur Anwendung, als Art. 99 Abs. 3 OR/VE auf sie verweist. Das wurde bereits gesagt und gilt notabene auch für eine allfällige Ersatzpflicht des Verzugsschuldners aus Art. 107 Abs. 2 OR (Ersatz des Erfüllungsinteresses bei Festhalten am Vertrag) oder aus Art. 109 Abs. 2 OR (Ersatz des negativen Interesses bei Rücktritt). Insgesamt drängen sich vier Bemerkungen auf:

- Die *Verweisnorm des Art. 99 Abs. 3 OR* wird im Vorentwurf *neu formuliert*. In der Revisionsfassung lautet sie wie folgt: „Die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts über den Schaden, den Ursachenzusammenhang sowie über die Bestimmung der Ersatzleistung und über haftungsbeschränkende Vereinbarungen sind auch auf

⁵⁴ Der letzte Teilsatz spricht nur von „*einer*“ Bestimmung, die ausschliesslich zur Anwendung kommt, während es in Wirklichkeit um *mehrere* Bestimmungen (die Bestimmungen zum betreffenden Haftungsgrund) geht, was sich sprachlich auch aus dem vorangestellten Satzteil („*diejenigen Bestimmungen*“) ergibt. Ausserdem dürfte der Richter, wenn man den letzten Satzteil wörtlich nimmt, die Bestimmungen mit dem besten Ersatz selbst dann nicht anwenden, wenn das Gesetz gerade sie als anwendbar erklärt.

⁵⁵ Ob Art. 27 VE das Wort „*ausdrücklich*“ im Sinne von „*expressis verbis*“ verwendet oder im schwächeren Sinn von „*eindeutig*“, ist indes unklar.

das vertragswidrige Verhalten anwendbar“. Das bedeutet:

Die Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfs, die der neuformulierte Art. 99 Abs. 3 OR/VE *aufzählt*, sind auch auf die Vertragshaftung „wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung“ *anzuwenden*, und zwar gleichgültig, ob es sich um eine Verschuldens- oder um eine Kausalhaftung (z.B. nach Art. 101 Abs. 1 OR) handelt.⁵⁶ Dagegen ist nichts einzuwenden. Soweit aber die Bestimmungen, auf die Art. 99 Abs. 3 [333] OR/VE verweist, bereits kritisiert wurden, bleibt es auch im vorliegenden Zusammenhang bei der vorgebrachten Kritik. Ausserdem werden die geltenden Art. 100 und 101 Abs. 2 und 3 OR durch den anwendbar erklärten Art. 54 VE ersetzt, weshalb sie für das vertragswidrige Verhalten keine Bedeutung mehr haben⁵⁷, ohne dass der Vorentwurf auf diesen Bedeutungsverlust eingeht.

Die Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfs, die der neuformulierte Art. 99 Abs. 3 OR/VE *unerwähnt* lässt, finden auf die Vertragshaftung „wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung“ *keine Anwendung*.⁵⁸ Schlicht vergessen wurden die Bestimmungen über die Widerrechtlichkeit (Art. 13 f. VE). Aber auch sonst bedarf die getroffene Beschränkung einer kritischen Nachprüfung, namentlich was die unerwähnten Bestimmungen über das Verschulden (Art. 17 ff. VE), die Häufung von Haftungsgründen (Art. 27 VE), die Haftungskonkurrenz (Art. 29 f. VE) und den Beweis (Art. 48 f. VE) angeht. Soll etwa für den massgeblichen Fahrlässigkeitsbegriff (Art. 18 VE), für die Haftung Urteilsunfähiger (Art. 19 VE), das Zusammentreffen einer Vertrags- mit einer Deliktshaftung (Art. 27 VE), die solidarische Haftung Mehrerer (Art. 30 f. VE), die freie Beweiswürdigung (Art. 48 VE) oder den Nachweis des Schadens und des Ursachenzusammenhangs (Art. 49 VE) etwas Anderes gelten, je nachdem, ob diese oder ob jene Art der Vertragshaftung in Frage steht? Ich glaube schon deshalb nicht, weil die angestrebte Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts nicht zu einer sachlich unnötigen Aufsplitterung der Vertragshaftung führen darf. Analog verhält es sich auch mit Bezug auf den Verschuldensnachweis und die Hilfspersonenhaftung; diesbezüglich muss es jedoch bei den Regeln der Art. 97 Abs. 1 und 101 Abs. 1 OR bleiben, und zwar für das ganze Gebiet der Vertragshaftung, worauf bereits hingewiesen wurde.

- Die Vertragshaftung „wegen Nichterfüllung“ umfasst auch *die vertragliche Haftung wegen verletzter Unterlassungspflicht* (Art. 98 Abs. 2 OR).⁵⁹ Auch auf sie kommen die All-

⁵⁶ Trotz seiner systematischen Einordnung unter das „Ausbleiben der Erfüllung“ wird Art. 99 Abs. 3 OR bereits heute (unter der Herrschaft des geltenden Rechts) auch auf die Haftung wegen verspäteter Erfüllung angewendet (vgl. BRUNNER, zit. in Anm. 4, S. 34). Aber auch die Anwendung auf Fälle der Kausalhaftung ist nichts Neues (vgl. BRUNNER, S. 34 f.), wie WESSNER, SVZ 1997, S. 20, anzunehmen scheint. Zwar trifft es zu, dass die romanischen Texte des geltenden Art. 99 Abs. 3 OR von „faute contractuelle“ und „colpa contrattuale“ sprechen; massgeblich ist diesbezüglich aber der deutsche Text, der eine derartige Einschränkung nicht enthält.

⁵⁷ Völlig bedeutungslos werden sie, wenn man die Verweisnorm des Art. 99 Abs. 3 OR/VE sinngemäss auch auf die Haftung wegen Nicht- oder Zuspäterfüllung einer ausservertraglichen Forderung anwendet (vgl. den letzten Abschnitt dieser lit. a), so dass Art. 54 VE (via Art. 99 Abs. 3 OR/VE) auch auf sie zur Anwendung kommt.

⁵⁸ Anders wäre nur zu entscheiden, wenn die Aufzählung im neuformulierten Art. 99 Abs. 3 OR/VE bloss exemplifikatorischen Charakter hätte, wofür aber die Formulierung keinerlei Anhaltspunkte enthält.

⁵⁹ Das folgt schon aus der systematischen Einordnung des Art. 98 Abs. 2 OR, der zusammen mit Art. 97 OR

gemeinen Haftungsbestimmungen des [334] Vorentwurfes nur im beschränkten Verweisumfang des Art. 99 Abs. 3 OR/VE zur Anwendung, obwohl die Verletzung einer vertraglichen Unterlassungspflicht eine positive Vertragsverletzung ist.⁶⁰ Auf die übrigen Fälle der positiven Vertragsverletzung sind die Allgemeinen Haftungsbestimmungen jedoch umfassend anwendbar, soweit nicht „günstigere“ Bestimmungen des Vertragstypenrechts vorgehen (Art. 2 VE). Da sich ein sachlicher Grund für diese Sonderbehandlung der verletzten Unterlassungspflicht (namentlich auch hinsichtlich der Verjährung) nur schwer ausmachen lässt, ist nicht einzusehen, wie man sie rechtfertigen könnte. Zwar trifft es zu, dass ein Teil der Lehre die positive Vertragsverletzung in einem engeren Sinne versteht, der die Verletzung einer vertraglichen Unterlassungspflicht ausklammert.⁶¹ Das aber ist eine Frage der Begriffsbildung, die am materiellen Erfordernis der Gleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte nichts zu ändern vermag.

- Die *Verjährung der Schadenersatzforderungen* wird in Art. 41 ff. VE neu geregelt, jedoch nur für den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen. Die Vertragshaftung „wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung“ bleibt weiterhin den allgemeinen Verjährungsregeln der Art. 127 ff. OR unterstellt, soweit nicht einschlägige Sonderregeln des Vertragstypenrechts eingreifen. Dass man es bei der Ausarbeitung des Vorentwurfes unterlassen hat, die Verjährungsfrage generell (unter Einschluss der *gesamten* Vertragshaftung) zu überdenken, ist zu bedauern. Das verjährungsrechtliche Wirrwarr gehört zu den Hauptmängeln des geltenden Schuldrechts und ruft nach einer umfassenden Revision im Sinne einer grösstmöglichen Vereinheitlichung der Verjährungsregeln. Zum Beispiel fände ich es richtig, das zweigleisige Verjährungssystem des Art. 41 VE auf *alle* Schadenersatzforderungen aus Vertragsverletzung zu übertragen⁶², für die das gesetzliche Vertragstypenrecht keine einschlägige Verjährungsregel enthält; auszunehmen und bei Art. 127 ff. OR zu belassen wäre höchstens die Ersatzforderung, die nach Art. 97 Abs. 1 OR/VE an die Stelle eines durch nachträgliche Leistungsunmöglichkeit erloschenen Erfüllungsanspruchs tritt.⁶³ Auch fände ich es an der Zeit, das vertrackte [335] Problem des Verjährungsverzichts (Art. 42 VE) für *alle* Schadenersatzforderungen klar zu regeln.
- Die Art. 97 f. und 102 ff. OR beziehen sich nicht nur auf Vertragsforderungen. Vielmehr greifen sie darüber hinaus, indem sie auch *die Nicht- oder Zuspäterfüllung anderer als Vertragsforderungen* regeln. Schäden aus derartigen Forderungsverletzungen aber werden, da ihnen kein vertragswidriges Verhalten zugrundeliegt, weder von Art. 2 des VE noch vom neuformulierten Art. 99 Abs. 3 OR/VE erfasst, weshalb auf sie die Allgemeinen Haftungsbestimmungen nach der Anlage des Vorentwurfs weder umfassend noch teilweise zur Anwendung kommen.⁶⁴ Die durch den Vorentwurf angestrebte Vereinheit-

unter dem Randtitel „Ausbleiben der Erfüllung“ steht.

⁶⁰ Vgl. Anm. 18.

⁶¹ Nachweise bei GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 7, Nr. 2610 und Nr. 2613.

⁶² Vgl. SPIRO, Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I, Bern 1975, S. 688 ff., der schon für das geltende Recht die Meinung vertritt, dass die Klagen aus Vertragsverletzung nach Deliktsrecht verjähren sollen. Differenzierter KOLLER A., zit. in Anm. 7, S. 1496 f.

⁶³ Vgl. schon JÄGGI, zit. in Anm. 2, S. 195, der allerdings auch noch den Anspruch auf Ersatz eines Verspätungsschadens den Art. 127 ff. OR unterstellen möchte.

⁶⁴ Etwas anderes lässt sich auch nicht aus Art. 1 in Verbindung mit Art. 13 VE herleiten. Zwar trifft es zu,

lichung beschränkt sich somit auf die Delikts- und Vertragshaftung, was einer Korrektur bedarf. Materiell drängt es sich auf, die Verweisnorm des Art. 99 Abs. 3 OR/VE (in einer nachgebesserten Fassung) auch auf die Haftung wegen Nicht- oder Zuspäterfüllung einer ausservertraglichen Forderung anzuwenden. Bleibt es beim vorgeschlagenen Revisions-text, so ist der Rechtsanwender von vornherein gezwungen, die erforderliche Korrektur selber vorzunehmen, indem er Art. 99 Abs. 3 OR/VE auf diese („vergessenen“) Haftungsfälle *sinngemäss* zur Anwendung bringt. Dass sich Art. 99 Abs. 3 OR schon in seiner heutigen Fassung nur auf das „vertragswidrige Verhalten“ bezieht, ist kein Grund, den Mangel auch in den Revisionstext zu übernehmen.

b. *Die Vertragshaftung gegenüber Dritten.* Grundsätzlich besteht eine Vertragshaftung zwar nur zwischen Vertragspartnern, was auch der Randtitel zu Art. 2 VE („Haftung zwischen Vertragspartnern“) zum Ausdruck bringt. Wird aber ein Vertragspartner durch die Vertragsverletzung eines andern getötet oder am Körper verletzt, so kann sich die vertragliche Ersatzpflicht auch auf den Ersatz des Versorgerschadens (Art. 7 Abs. 2 VE) oder/und auf den Ersatz [336] des immateriellen Schadens erstrecken, den Angehörige des Betroffenen erleiden (Art. 11 Abs. 3 VE).⁶⁵ Das ist eine Klarstellung, die mit Rücksicht auf allenfalls „günstigere“ Haftungsbestimmungen des Vertragstypenrechts (zweiter Vorbehalt des Art. 2 VE) auch praktische Auswirkungen hat. Die Frage jedoch, ob es darüber hinaus noch weitere Fälle gibt, in denen sich eine vertragliche Drittschutzwirkung rechtfertigt, bleibt im Vorentwurf ebenso unbeantwortet wie die Frage nach der Drittschadensliquidation, weshalb die diesbezügliche Problemlösung weiterhin der Lehre und Rechtsprechung obliegt. Sicher allerdings ist, dass der echte Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 112 Abs. 2 OR) dem vertraglich Begünstigten ein eigenes Forderungsrecht verschafft, bei dessen Verletzung der Dritte Schadenersatz nach den Regeln der vertraglichen Ersatzpflicht verlangen kann.⁶⁶ Diese Rechtslage wird durch den Vorentwurf zwar nicht bestätigt, aber auch nicht verändert. Der Randtitel des Art. 2 VE und dessen enge Redaktion reichen jedenfalls nicht aus, um einen vertraglichen Ersatzanspruch Dritter auszuschliessen.

dass „widerrechtlich“ nach Art. 13 Abs. 2 VE auch ein schädigendes Verhalten ist, das gegen den „Grundsatz von Treu und Glauben“ verstösst. Diese neue Kategorie der Widerrechtlichkeit hat jedoch einen engen Sinn, der unter Ausschluss von Forderungsverletzungen zu verstehen ist. Das äussert sich auch darin, dass Art. 13 Abs. 2 VE die Verletzung *vertraglicher* Forderungen einer speziellen Widerrechtlichkeitskategorie (dem Verstoss „gegen eine vertragliche Pflicht“) zuordnet.

Schon das Gesagte schliesst es aus, die Haftung wegen Nicht- oder Zuspäterfüllung einer ausservertraglichen Forderung via Art. 13 Abs. 2/Art. 1 VE den Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfes zu unterstellen. Dagegen spricht aber auch die Tatsache, dass sich der Anwendungsbereich der Art. 97 ff./102 ff. OR, welche „die Folgen der Nichterfüllung“ regeln, nach wie vor auf die Nicht- oder Zuspäterfüllung *aller* Forderungen (ohne Rücksicht auf deren Entstehungsgrund) erstreckt. Der Vorentwurf enthält keinen Revisionsvorschlag, der den Anwendungsbereich der erwähnten Bestimmungen auf vertragliche Forderungen beschränken würde.

⁶⁵ Hinsichtlich der positiven Vertragsverletzung wurde dies bereits oben (unter II/Ziff. 2/lit. a) vermerkt. Für die Fälle der Nichterfüllung oder verspäteten Erfüllung bleibt beizufügen, dass die Art. 7 Abs. 2 VE und 11 Abs. 3 VE via Art. 99 Abs. 3 OR/VE zur Anwendung kommen, eine solche Vertragsverletzung aber kaum jemals zu einer Tötung oder Körperverletzung des Vertragspartners führt.

⁶⁶ Vgl. BRUNNER, zit. in Anm. 4, S. 30; GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 7, Nr. 4042.

c. *Die atypische Vertragshaftung.* Die Haftung für vertragswidriges Verhalten ist im Normalfall eine Schadenshaftung, die sich in einer Schadenersatzpflicht des Haftbaren äussert. Doch gibt es atypische Haftungsfälle, für die das Vertragstypenrecht auch andere Haftungsfolgen vorsieht. Beispiele atypischer Haftungsfolgen sind das Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht des Käufers oder Bestellers, die das Kauf- oder Werkvertragsrecht mit einer mangelhaften Leistung verknüpfen (Art. 205 und Art. 368 OR). Auf der gleichen Linie liegen die Rechte auf Mängelbeseitigung, auf Zinsreduktion und Vertragsauflösung, die dem Mieter oder Pächter nach Massgabe der Art. 259a ff. oder 288 OR zustehen.

Da sich der Vorentwurf auf die Regelung der *Schadenshaftung* beschränkt (vgl. Art. 1 VE), worauf schon sein Titel („Die Entstehung durch Schädigungen“) hinweist, befasst er sich unmittelbar nicht auch mit den atypischen Vertragshaftungen⁶⁷, was die Formulierung des Art. 2 VE bestätigt. Das ist zwar kein Hindernis, einzelne Bestimmungen des ersten Unterabschnittes (z.B. Art. 25, Art. 39, Art. 48 f. oder 54 f. VE) auf Fälle der atypischen Haftung *sinngemäss* anzuwenden. Inwieweit sich eine derartige Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) durch analoge Rechtsanwendung rechtfertigt, [337] bedarf jedoch einer separaten Abklärung.⁶⁸ Unzulässig wäre es jedenfalls, gesetzliches Vertragstypenrecht durch eine analoge Anwendung des ersten Unterabschnittes zu verdrängen. Das bedeutet unter anderem, dass die kauf- und werkvertragsrechtliche Mängelhaftung der extrem kurzen Verjährung des anwendbaren Vertragstypenrechts unterstellt bleibt, soweit es um die Wandelung, Minderung oder Nachbesserung geht. Der Ersatz des Mangelfolgeschadens unterliegt dagegen der allgemeinen Verjährungsordnung der Art. 41 ff. VE⁶⁹, falls der zweite Vorbehalt des Art. 2 VE nicht so formuliert wird, dass den Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfes auch die „ungünstigeren“ Bestimmungen des Vertragstypenrechts vorgehen. Diese Divergenz, welche die Verjährung der Mängelhaftung zerreisst, demonstriert aufs Neue, dass die Formulierung des erwähnten Vorbehaltes überdacht werden muss.

d. *Die Haftung aus culpa in contrahendo.* Sie ist zwar keine Vertragshaftung, wird nach herrschender Lehre und Rechtsprechung aber weitgehend vertragsgleich behandelt.⁷⁰ Im Vorentwurf fällt sie unter das Regime des ersten Unterabschnittes, wird also durch die Allgemeinen Bestimmungen dieses Abschnittes geregelt, gleich wie die positive Vertragsverletzung (ohne Verletzung einer Unterlassungspflicht). Diese Rechtslage ergibt sich aus Art. 1 in Verbindung mit Art. 13 Abs. 2 VE, wonach das schädigende Verhalten einer Person auch dann widerrechtlich ist, wenn es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Damit ist klargestellt, dass eine Culpa-Haftung auch für reinen Vermögensschaden (Art. 6 Abs. 2 VE) bestehen kann.

Die rechtliche Gleichbehandlung von Culpa-Haftung und Haftung aus positiver Vertragsverletzung ist zu begrüssen, auch mit Bezug auf die Verjährung (Art. 41 ff. VE). Was aber die Beweislast für das Verschulden oder was die Hilfspersonenhaftung angeht, müssten auch für die Culpa-Haftung die Regeln der Art. 97 Abs. 1 OR/VE oder 101 Abs. 1 OR eingreifen.⁷¹ Dass die Beweislast für das Verschulden beim Geschädigten liegt und sich die

⁶⁷ Daran ändert auch Art. 26 VE nichts, wonach der Richter *die Art* der Ersatzleistung unter Würdigung der Umstände bestimmt.

⁶⁸ Zum geltenden Recht vgl. BRUNNER, zit. in Anm. 4, S. 171 ff.

⁶⁹ Vgl. oben II/Ziff. 2/lit. e.

⁷⁰ Überblick bei GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 7, Nr. 962a ff.

⁷¹ Zum Stand der heutigen Lehre und Rechtsprechung vgl. GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 7, Nr. 967 und

Hilfspersonenhaftung nach Art. 20 f. VE richtet, ist weder für die Haftung aus positiver Vertragsverletzung noch für die Culpa-Haftung eine Lösung, die überzeugt. Überhaupt lässt sich die im Zusammenhang mit der positiven Vertragsverletzung vorgebrachte Kritik sinngemäss auf die Fälle übertragen, da die Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfes auf die Haftung aus culpa in contrahendo zur Anwendung gelangen.

III. Das Ergebnis

1. [338] Die vorstehenden Ausführungen haben das aufgegriffene Thema zwar nicht erschöpfend behandelt. Dennoch reichen sie aus, um zu erkennen, dass die angestrebte **Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung nur partiell gelungen** ist. Auch wer das Postulat der Vereinheitlichung unterstützt, kann nicht darüber hinwegsehen, dass die konkret vorgeschlagene Lösung an verschiedenen Mängeln leidet. Die *Hauptmängel* sind:

- Die Vereinheitlichung beschränkt sich auf die Delikts- und die vertragliche *Schadenshaftung*, ohne die atypischen Vertragshaftungen einzubeziehen. Ausserdem wird die vertragliche Schadenshaftung in *zwei Kategorien* aufgeteilt. Die eine Kategorie (die Haftung aus positiver Vertragsverletzung ohne verletzte Unterlassungspflicht) wird zusammen mit der Deliktshaftung im ersten Unterabschnitt des Vorentwurfes geregelt, soweit nicht „günstigere“ Bestimmungen des Vertragstypenrechts vorgehen (Art. 2 VE). Die andere Kategorie (die Haftung wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung) untersteht den allgemeinen Regeln der Art. 97 ff./127 ff. OR (Art. 2 VE, erster Vorbehalt); auf sie kommen die Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfs nur insoweit zur Anwendung, als sie via Art. 99 Abs. 3 OR in seiner neuen, aber zu engen Fassung anwendbar sind. Das Ergebnis besteht in einer rechtlichen Aufspaltung der vertraglichen Schadenshaftung, die weder systematisch überzeugt noch materiell befriedigt. Insgesamt könnte man sich sogar fragen, ob der Vorentwurf, was die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts angeht, nicht hinter den Stand zurückfällt, den das geltende Obligationenrecht bei richtiger Anwendung seines heutigen Art. 99 Abs. 3 OR erreicht hat.
- Die Art und Weise, wie die Vertragshaftung in die Revision einbezogen wird, macht die *Rechtslage unübersichtlich*. Art. 13 Abs. 2 VE erklärt zwar jede Schädigung durch vertragswidriges Verhalten als widerrechtlich. Inwieweit aber die Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfes auf derartige Schäden tatsächlich anwendbar sind, ergibt sich aus Art. 2 VE in Verbindung mit dem neugefassten Art. 99 Abs. 3 OR/VE. Der erste Halbsatz des Art. 2 VE vermittelt den Eindruck, dass die Allgemeinen Haftungsbestimmungen für *alle* Schäden aus vertragswidrigem Verhalten gelten. Zusammen mit dem ersten Vorbehalt des zweiten Halbsatzes erstreckt er den Anwendungsbereich der Allgemeinen Haftungsbestimmungen jedoch nur auf Schäden aus positiver Vertragsverletzung (unter Ausschluss der verletzten Unterlassungspflicht), wobei der zweite Vorbehalt präzisiert, dass die für den Geschädigten „günstigeren“ Bestimmungen des Vertragstypenrechts vorgehen. Die Fälle der Nichterfüllung und verspäteten Erfüllung werden im ersten Vorbehalt des Art. 2 VE [339] ausgeklammert, durch Art. 99 Abs. 3 OR/VE dann aber doch wieder einer beschränkten Zahl der Allgemeinen Haftungsbestimmungen unterstellt. Ein solches „Hin“ und „Her“ macht es schwierig, sich in der neuen Ordnung zurechtzufinden; genetisch erklärbar ist es wohl dadurch, dass die Regeln über Vertragshaf-

tung erst in einem späteren Zeitpunkt in den nachgebesserten Revisionstext eingefügt wurden, weshalb es dem Vorentwurf diesbezüglich an einer überzeugenden Systematik fehlt. Die „Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts“ hatte auf den Einbezug der Vertragshaftung noch verzichtet.⁷²

- Der Vorentwurf beschränkt die Revision auf den Allgemeinen Teil des OR, ohne *die speziellen Haftungsbestimmungen des Vertragstypenrechts* abzuändern. Die vertragstypischen Bestimmungen bleiben unverändert im Gesetze stehen. Soweit sie aber für den Geschädigten „ungünstiger“ sind, werden sie nach Massgabe des Art. 2 VE durch die „günstigeren“ Haftungsbestimmungen des Vorentwurfes verdrängt. Diese undifferenzierte Regel, die sich e contrario aus dem zweiten Vorbehalt des Art. 2 VE ergibt, ist schon deshalb fragwürdig, weil sie auf die haftungsrechtlichen Besonderheiten der betroffenen Vertragsverhältnisse keine Rücksicht nimmt. Ausserdem begründet auch sie eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die um so grösser ist, als sich der zweite Vorbehalt des Art. 2 VE nicht auf die *gesamte* Vertragshaftung, sondern nur auf die Schadenshaftung aus positiver Vertragsverletzung unter Ausschluss der verletzten Unterlassungspflicht bezieht. Für die übrigen Fälle der Vertragshaftung bleibt die erwähnte Regel auch insoweit aus dem Spiel, als die neuformulierte Verweisnorm des Art. 99 Abs. 3 OR/VE auf die Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfs verweist.
- Die *Allgemeinen Haftungsbestimmungen des Vorentwurfes* passen zwar weitgehend, aber doch nicht ausnahmslos auf jene Fälle der positiven Vertragsverletzung, auf die sie nach Art. 2 VE (erster Halbsatz/erster Vorbehalt) anwendbar sind. Auch insofern vermag die Revision nicht restlos zu befriedigen. Die Meinungen darüber dürften allerdings auseinandergehen. Ausserdem habe ich meine eigene Nachprüfung auf ausgewählte Bestimmungen des Vorentwurfs beschränkt. Sollten die Revisoren über eine umfassende und detaillierte Analyse verfügen, so wäre deren Publikation zu begrüssen, da eine vertiefte Diskussion über derart sensible Aspekte des Revisionsvorschlages absolut erforderlich ist.

2. [340] Auf dem Hintergrund der aufgezeigten Hauptmängel stellt sich **die Frage, wie es weiter gehen soll**. Meines Erachtens gibt es *zwei Wege*, die beschritten werden können:

- *Entweder* wird ein *Allgemeiner Teil des Haftpflichtrechts* geschaffen, der über die Deliktshaftung hinaus die *gesamte* Vertragshaftung umfassend einbezieht, so dass die angestrebte Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung auch das vertragliche Haftungsrecht zusammenführt, statt es zu zersplittern. Aber nicht nur die Vertragshaftung, sondern auch die Verletzung ausservertraglicher Forderungen ist in die Allgemeine Regelung einzubeziehen, wenn diese kein Stückwerk bleiben soll.

Das alles heisst indessen nicht, dass *sämtliche* Haftungsfälle (oder sämtliche Fälle der *vertraglichen* Haftung) den gleichen Regeln zu unterstellen wären. Vielmehr müsste und könnte, was rechtlich einer differenzierten Behandlung bedarf, auch in einem allgemeinen Haftpflichtteil differenziert behandelt werden. Die besonderen Haftungsbestimmungen des Vertragstypenrechts hätten den allgemeinen Bestimmungen vorzugehen, selbst wenn sie für den Geschädigten „ungünstiger“ sind. Soweit ein Revisionsbedarf besteht, ist das Vertragstypenrecht „an Ort und Stelle“ zu revidieren.

⁷² Vgl. den Bericht der Studienkommission vom August 1991, S. 74 ff.

- *Oder man verzichtet auf einen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts*, der auch die Vertragshaftung einbezieht, beschränkt also die Revision des ersten Unterabschnitts auf eine Neuregelung der Deliktshaftung, die nur im Verweisumfang des Art. 99 Abs. 3 OR auf die Vertragshaftung zur Anwendung kommt.⁷³ Dieses einfachere Vorgehen schliesst nicht aus, dass auch die vertragliche Haftungsordnung unter Einbezug des Art. 99 Abs. 3 OR insoweit revidiert wird, als sie revisionsbedürftig ist. Was den geltenden Art. 99 Abs. 3 OR betrifft, so drängt sich zwar eine mehrfache Verbesserung auf, um die Widersprüche im dreisprachigen Gesetzestext und andere Mängel zu beseitigen. Das gesetzestechnische Mittel des Verweises, dessen sich das heutige Gesetzesrecht bedient, um die Vertrags- mit der Deliktshaftung zu verbinden, ist damit aber nicht grundsätzlich in Frage gestellt.

Der erste Weg ist gewiss und schon deshalb reizvoll, weil ein Allgemeiner Teil des Haftpflichtrechts sich am besten eignet, den inneren Zusammenhang der Materie auch gesetzestechnisch zum Ausdruck zu bringen. Ihn zu begehen, erfordert jedoch eine erhebliche Investition an zusätzlicher Gedankenarbeit, wobei sich fragt, ob es den Aufwand lohnt. Die gleiche Frage stellt [341] sich meines Erachtens aber schon für den Versuch, das Deliktsrecht *komplett* zu revidieren, statt die Revision auf jene Einzelpunkte zu beschränken, die nach heutiger Rechtsanschauung revisionsbedürftig sind. Eine *Gesamtrevision* rechtfertigt sich jedenfalls nur, wenn deren Vorteile deutlich überwiegen. Zu den Nachteilen, die bei der Abwägung in Anschlag zu bringen sind, gehören auch die volkswirtschaftlichen Folgekosten sowie die Tatsache, dass sich aus jeder Gesamtrevision neue Rechtsunsicherheiten und Missverständnisse ergeben, deren Beseitigung viele Jahre in Anspruch nimmt. Sollte auch ich einzelne Bestimmungen des Vorentwurfes missverstanden haben, so spricht die natürliche Vermutung aber nicht gegen den vorgelegten Revisionstext, sondern gegen meine Lesekompetenz, für deren Beschränktheit ich die Verfasser um Nachsicht bitte.

Korr.: sf 25.6.2007

⁷³ So z.B. das Postulat von STEIN, SVZ 1996, S. 292. Er erachtet Art. 2 VE sowie die Umformulierung des Art. 97 und 99 OR als „überflüssig“.