

AJP/PJA

12/1992, S. 1483 ff.

Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

[1483] Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen



Prof. Dr. iur. Alfred Koller, Hochschule St. Gallen

■ Résumé

Selon l'auteur, la responsabilité pour violation positive du contrat ne doit pas - contrairement à la doctrine majoritaire - être (exclusivement) basée sur l'art. 97 CO; au contraire, cette responsabilité trouve son fondement dans une analogie globale des différentes règles sur la responsabilité contractuelle. En outre, l'auteur reste attaché à l'opinion traditionnelle que la violation positive du contrat ne relève pas de la responsabilité délictuelle, mais qu'elle doit être réprimée selon des règles spéciales sur la responsabilité contractuelle. Cela n'exclut cependant pas qu'on puisse traiter sur la base de la responsabilité délictuelle quelques cas particuliers de violation positive de contrat. En général, il faudrait prendre garde à la coordination avec les règles de la responsabilité délictuelle lors de l'analyse de la violation positive du contrat. Ce point de vue ainsi que le fondement modifié de la responsabilité se répercutent partiellement sur les modalités de la responsabilité (fardeau de la preuve, prescription, responsabilité pour des auxiliaires).

■ INHALTSÜBERSICHT

I. Tatbestände positiver Vertragsverletzungen

II. Die Grundlage der Haftung für positive Vertragsverletzungen: Art. 97 OR?

1. Der unmittelbare Anwendungsbereich von Art. 97 OR: Haftung für Unmöglichkeit
2. Analoge Anwendung von Art. 97 OR auf positive Vertragsverletzungen?

3. Eigener Lösungsansatz: Gesamtanalogie

III. Voraussetzungen und Modalitäten der Haftung für positive Vertragsverletzungen (Überblick)

1. Ausgangspunkt: Gesetzeslücke

2. Allgemeiner Regelungsgesichtspunkt: Koordination mit dem Deliktsrecht

A. Das Problem

B. Lösungsansätze in Deutschland, namentlich Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

3. Beweislast mit Bezug auf Vertragsverletzung und Verschulden

4. Verjährung

5. Hilfspersonenhaftung

IV. Zusammenfassende Schlussbemerkungen und Ausblick

Die Haftung für die Verletzung vertraglicher Pflichten ist - abgesehen von Spezialbestimmungen wie z.B. Art. 248 Abs. 2 OR - in Art. 97 ff. OR geregelt^{1, 2, 3}. Drei Tatbestände [1484] de sind hier ausdrücklich behandelt: Unmöglichkeit, Art. 97; Verzug, Art. 102 ff.; Verstoss gegen eine Unterlassungspflicht⁴, Art. 98 Abs. 2⁵. Auf andere Vertragsverletzungen beziehen sich die Art. 97 ff. OR nach ihrem Wortlaut nicht⁶. Doch gehen herrschende Lehre und Rechtsprechung davon aus, dass Art. 97 OR eine "verstossrechtliche Generalregel"⁷ ist, unter die nicht eigens geregelte Vertragsverletzungen ohne weiteres zu subsumieren sind. Art. 97 könne und müsse verstanden werden, wie wenn es hiesse: "Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden (Leistungsunmöglichkeit), **oder ist sie nicht gehörig bewirkt worden**, so hat der Schuldner für den daraus entstandenen Schaden Ersatz zu leisten"⁸. Art. 97 OR wird damit zum Auffangbecken für den Grossteil der sog. positiven Vertragsverletzungen, womit Vertragsverletzungen gemeint sind, die sich weder als Unmöglichkeits- noch als Verzugsfälle qualifizieren lassen^{9, 10, 11}. Soweit die Haftung für positive Vertragsverletzungen auf Art. 97 OR abgestützt wird, hat dies nach herrschender Auffassung namentlich folgende Konsequenzen: Geltung der in der Bestimmung enthaltenen Verschuldensvermutung sowie Anwendung von Art. 101 OR (Hilfspersonenhaftung) und Art. 127 ff. OR (Verjährung).

Im folgenden soll untersucht werden, ob und inwieweit diese Behandlung der positiven Vertragsverletzungen gerechtfertigt ist¹² (II. und III.). An den Anfang stelle ich I. eine Übersicht über Tatbestände positiver Vertragsverletzungen, die nach gängiger Ansicht unter Art. 97 OR zu subsumieren sind.

I. Tatbestände positiver Vertragsverletzungen

"Angesichts der unübersehbaren Vielfalt von Vertragsgestaltungen und der demgemäss kaum allgemein fassbaren [1485] Formen vertragswidrigen Verhaltens ist selbst der Versuch, einige typische Fallgruppen (positiver Vertragsverletzungen) herauszugreifen, nur mit Vorbehalt zu

geniessen."¹³ Der Versuch soll hier, um nicht im Abstrakten steckenzubleiben, trotzdem unternommen werden. Ich beschränke mich dabei auf drei für den Gang der Untersuchung besonders wichtige Gruppen¹⁴:

- Zunächst können die Fälle der Schlechtleistung (**unmittelbare Schlechterfüllung**, Schlechterfüllung im engen Sinne) herausgestellt werden. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass der Schuldner seine Leistung zwar erbringt, jedoch mangelhaft¹⁵. Besteht die Leistungspflicht darin, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, so ist mit dem (ganzen oder teilweisen) Ausbleiben des Erfolgs ohne weiteres auch der Tatbestand der Schlechtleistung gegeben (so etwa beim Werkvertrag, wenn das Werk zwar erstellt wird, aber mangelhaft). Wo hingegen lediglich auf einen Erfolg hinzuarbeiten ist, kann von einer Schlechtleistung erst gesprochen werden, wenn der Erfolg deshalb ausgeblieben ist, weil die Leistungshandlung unsorgfältig oder nicht mit der genügenden Intensität vorgenommen wurde¹⁶. Wird durch eine Schlechtleistung nicht (nur) das Leistungs-, sondern (auch) das Erhaltungsinteresse des Gläubigers beeinträchtigt, so stellt die positive Vertragsverletzung regelmässig zugleich eine widerrechtliche Handlung im Sinne von **Art. 41 OR** dar. Wenn etwa ein Arzt die Natur einer Geschwulst nicht sorgfältig genug untersucht und in der Folge grundlos eine Brust entfernt, so liegt nicht nur eine schuldhaftige Schlechtleistung, sondern ebenso ein ziviles Delikt vor. Gleich verhält es sich, wenn der zur Reparatur gegebene Steiggurt infolge mangelhafter Vornahme der Arbeit reisst und zum Absturz des Bestellers führt (BGE 64 II 254 ff.).
- Enge Verwandtschaft zur Schlechtleistung weisen diejenigen Fälle auf, in denen Nebenpflichten verletzt worden sind, "deren spezifische Funktion in der Ermöglichung und Sicherung des korrekten Leistungsvollzugs liegt"¹⁷ (leistungsorientierte Nebenpflichten; **mittelbare Schlechterfüllung**). Oft macht es z.B. keinen erheblichen Unterschied aus, ob nun der Leistungsgegenstand selbst mangelhaft ist und darum Schäden verursacht oder ob er infolge fehlerhafter bzw. ganz unterbliebener Aufklärung und Anweisung falsch eingesetzt wird. Spuckt etwa die verkaufte Betonbereitungsanlage zu weichen Beton aus, so kann dies unmittelbar auf einem Fehler der Anlage beruhen, ebenso aber auf einer unzureichenden Wartung der Maschine wegen einer ungenauen (unvollständigen) Bedienungsanleitung¹⁸.
- Von den vorerwähnten Fällen unmittelbarer und mittelbarer Schlechterfüllung sind diejenigen Fälle zu trennen, in denen die Pflichtverletzung auf den Leistungserfolg ohne jeden Einfluss ist¹⁹. Es geht hier um die Verletzung von Pflichten, die nicht auf den Schutz des Leistungs-, sondern (ausschliesslich) des Erhaltungsinteresses des Vertragspartners gerichtet sind. Hervorzuheben ist vorab die (Neben) Pflicht des Schuldners, bei der Leistungsbewirkung auf die Rechtsgüter des Gläubigers Rücksicht zu nehmen. Daraus ergeben sich im Einzelfall konkrete (sog. unselbständige) Schutzpflichten (so hat etwa der mit dem Bemalen eines Zimmers beauftragte Unternehmer für die Abdeckung des Teppichs zu sorgen). Davon zu unterscheiden sind Schutzpflichten, die von der Leistungsbewirkung unabhängig, in diesem Sinne selbständig sind²⁰; so etwa die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach **Art. 328 OR**, die mit dem Vollzug seiner Hauptleistung (Lohnzahlung) nichts zu tun hat^{21, 22, 23}.

Schutzpflichten im umschriebenen Sinne werden kaum je vereinbart. Sie ergeben sich vielmehr aus dem Gesetz, sei es unmittelbar (**Art. 328 OR**) oder mittelbar, abgeleitet aus **Art. 2 ZGB**.

Herrschende Lehre und Rechtsprechung stützen sie allerdings (in der Schweiz) auf den Parteiwillen

ab bzw. gewinnen sie aus Vertragsergänzung²⁴. Es handelt sich somit [1486] nach dieser Auffassung um vertragliche Pflichten. Daneben sollen allerdings auch deliktische, im wesentlichen inhaltsgleiche Pflichten bestehen²⁵. Die Verletzung von Schutzpflichten stellt damit regelmässig auch einen Deliktstatbestand dar. Eine von der herrschenden Auffassung abweichende Ansicht vertritt namentlich KRAMER. Seines Erachtens handelt es sich bei den Schutzpflichten weder um vertragliche noch deliktische, sondern um spezielle gesetzliche, durch die "Sonderverbindung" der Vertragsbeziehung erzeugte Pflichten, die wertungsmässig auf "der durch die Sonderbeziehung erst eröffneten besonderen Einwirkungsmöglichkeit in den fremden Rechtskreis und dem durch sie begründeten Vertrauensverhältnis zur Gegenpartei" beruhen²⁶. Der Schutz dieser "Sonderverbindung" erfolgt nach KRAMER vertragsrechtlich^{27, 28}. Ein zusätzlicher deliktischer Schutz besteht - wenn ich KRAMER richtig verstehe - nicht²⁹. M.E. handelt es sich bei den Schutzpflichten weder um vertragliche noch um spezielle, durch "Sonderkontakt" erzeugte, sondern um deliktische Pflichten. Ihre Verletzung sollte demnach ausschliesslich deliktsrechtlich erfolgen, allerdings nicht notwendig in jeder Beziehung nach dem allgemeinen Deliktsrecht (Art. 41 ff. OR; vgl. unten II/3 Ziff. 2).

Die leistungsorientierten Nebenpflichten können von den Schutzpflichten zwar theoretisch, praktisch aber nicht immer sauber getrennt werden. Das gilt jedenfalls dort, wo die Leistungspflicht (auch oder ausschliesslich) dem Rechtsgüterschutz des Gläubigers dienen soll, wie etwa beim Arzt, Hinterlegungs- oder Bewachungsvertrag. Aber auch wo dies nicht zutrifft, ist die fragliche Unterscheidung nicht immer klar durchzuführen. Besteht etwa die Pflicht, zum Kaufgegenstand eine Bedienungsanleitung zu liefern, so haben die erforderlichen Anleitungen oft nicht nur den Zweck, eine möglichst zweckgemässe und sinnvolle Nutzung des Gegenstands zu ermöglichen, sondern ebenso sehr, Schädigungen bei dessen Benutzung zu vermeiden.

II. Die Grundlage der Haftung für positive Vertragsverletzungen: Art. 97 OR?

Art. 97 OR findet nach seinem Wortlaut nur auf den Tatbestand der Unmöglichkeit Anwendung³⁰. Auf positive Vertragsverletzungen ist er somit höchstens analog anwendbar³¹. Ob die Analogie gerechtfertigt ist, kann erst nach genauerer Kenntnis seiner unmittelbaren Bedeutung geprüft werden. Davon ist daher an erster Stelle zu handeln.

1. Der unmittelbare Anwendungsbereich von Art. 97 OR: Haftung für Unmöglichkeit

1.- Art. 97 OR unterscheidet zwei Fälle von Unmöglichkeit: die Erfüllung der Verbindlichkeit kann "überhaupt nicht" oder aber "nicht gehörig bewirkt werden". Der letztere Tatbestand zerfällt seinerseits in zwei Untertatbestände: die Erfüllung ist zwar (gänzlich) möglich, aber nicht in der geschuldeten Qualität (qualitative Teilunmöglichkeit; z.B. wird das verkaufte Pferd nicht mit der genügenden Sorgfalt behandelt, so dass es dauernden Schaden nimmt), oder aber sie ist nur mehr teilweise möglich (quantitative Teilunmöglichkeit; z.B. können von einer versprochenen Büchersendung einzelne Bände nicht geliefert werden)³².

Nicht geregelt ist in Art. 97 OR die hier nicht weiter interessierende Frage, ob der Gläubiger die teilweise unmöglich gewordene Leistung annehmen muss oder nicht³³. Lehnt er die Leistung berechtigterweise ab, greift Art. 97 OR in gleicher Weise ein wie im Falle vollständiger Unmöglichkeit. Nimmt er sie an, so hat er wegen der teilweisen Unmöglichkeit allenfalls beschränkten Schadenersatz zugute.

[1487] **Art. 97 OR** betrifft nur die vom Schuldner **verschuldete** Unmöglichkeit. Fehlendes Verschulden führt zum Untergang der Leistungspflicht ohne Haftungsfolgen³⁴, **Art. 119 OR**³⁵. Ist im Prozessfall das Vorliegen eines Verschuldens zweifelhaft, schlägt dies zum Nachteil des Schuldners aus; der Schuldner trägt mit andern Worten die Beweislast (das Verschulden wird vermutet³⁶).

2. - Der Schuldner, der schuldhaft ganze oder teilweise Unmöglichkeit bewirkt, hat "den daraus entstehenden Schaden" zu ersetzen (**Art. 97 OR**). Gemeint ist der durch das "Ausbleiben der Erfüllung" (Marginalie zu **Art. 97 ff. OR**) entstehende Schaden. Es geht somit um das Leistungs- oder Erfüllungsinteresse³⁷ (es entgeht dem Gläubiger die erwartete Gebrauchsmöglichkeit oder ein erhoffter Veräusserungsgewinn; unter Umständen wird er einem Abnehmer regresspflichtig usw.). **Art. 97 OR** sorgt dafür, dass der Gläubiger die mit der Leistung erwarteten und nicht erhaltenen Vorteile wenigstens finanziell ersetzt erhält. Mehr bezweckt die Bestimmung nicht.

Durch das "Ausbleiben der Erfüllung" kann auch das Erhaltungsinteresse des Gläubigers betroffen sein. Das ist namentlich der Fall, wenn die Leistungspflicht Rechtsgüterschutz des Gläubigers zum Inhalt hat³⁸, wie dies etwa beim Hinterlegungs- oder Arztvertrag zutrifft. In solchen Fällen dient **Art. 97 OR** auch dem Ausgleich für das verletzte Erhaltungsinteresse. Erhaltungs- und Leistungsinteresse, wie sie hier verstanden werden, sind somit nicht unvereinbare Gegensätze³⁹. Vielmehr handelt es sich um Begriffe, die - bildlich gesprochen - eine Schnittmenge haben können.

3. - **Art. 97 OR** sieht lediglich den Ersatz des Leistungsinteresses vor. Nach einem Teil der Lehre kann der Gläubiger jedoch im Falle der vom Schuldner verschuldeten Unmöglichkeit auch Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen, analog wie beim Verzug⁴⁰.

2. Analoge Anwendung von **Art. 97 OR** auf positive Vertragsverletzungen?

Dass schuldhaft positive Vertragsverletzungen Haftungsfolgen zeitigen müssen, dürfte unbestreitbar sein⁴¹. Das Gesetz bringt dies an verschiedenen Stellen zum Ausdruck, namentlich im speziellen Teil (z.B. Art. 248 Abs. 2, 32le, 487 f. OR), aber auch - gleichsam versteckt - im allgemeinen. So macht **Art. 100 OR**, wonach die Haftung für Absicht und grobe Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden kann, (wohl) nur bei positiven Vertragsverletzungen einen Sinn. Denn "eine Vertragsklausel, im Falle ausbleibender Vertragserfüllung nicht haften zu wollen, ist vorbehaltlos gültig und erfasst allenfalls auch die nicht entschuldbare, 'Vorsätzliche' Nichterbringung der Leistung; es liegt diesfalls in der Regel nichts anderes vor als die zweifellos gültige Vereinbarung, derzufolge eine Partei überhaupt frei bleibt, den Vertrag abzuwickeln oder nicht, sodass ein haftungsbegründendes Verschulden in der Nichterfüllung nicht erblickt werden kann."⁴²

Eine **andere Frage** ist, ob die Haftung - soweit nicht speziell geregelt - auf **Art. 97 OR** abzustützen ist. Die herrschende Lehre unterstellt dies gleichsam als selbstverständlich. Bei genauerem Hinsehen kommen einem jedoch Zweifel, dies vorab mit Bezug auf Schutzpflichtverletzungen: Während **Art. 97 OR** ausschliesslich das Leistungsinteresse schützt, sind die Schutzpflichten naturgemäss nicht auf den Schutz dieses Interesses gerichtet. Zudem und vor allem passt die Verschuldensvermutung des **Art. 97 OR** bei Schutzpflichtverletzungen nicht. Bei andern positiven Vertragsverletzungen kann die Vermutung jedenfalls keine generelle Geltung beanspruchen. Ist dem aber so (zur Begründung siehe gleich nachstehend Ziff. 2), bleibt für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs von **Art. 97 OR** auf positive Vertragsverletzungen m.E. kein Raum. Vielmehr sollte die Haftung für positive Vertragsverletzungen im Wege einer Gesamtanalogie auf die

erwähnten Gesetzesbestimmungen, die eine Haftung für positive Vertragsverletzungen ausdrücklich anordnen oder zumindest voraussetzen, abgestützt werden. Das alles soll im folgenden näher ausgeführt und begründet werden⁴³ (nachstehend Ziff. 1 und 2, II/3):

1. - Nach Art. 97 hat der Schuldner für den aus der Unmöglichkeit entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, "sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle". Statt von Verschulden wäre besser - wie bei der Revision angeregt worden war - von Vertretbarkeit die Rede⁴⁴. Denn der Entlastungsbeweis bezieht sich primär auf die objektive Pflichtwidrigkeit (die Vertragsverletzung), und erst in zweiter Linie auf deren Entschuldbarkeit. Der Schuldner muss mit andern Worten vorab nachweisen, dass er alles objektiv Erforderliche getan hat, um die Unmöglichkeit zu verhindern⁴⁵. Misslingt dieser Beweis, steht ihm noch der Nachweis fehlenden subjektiven Verschuldens offen. Dieser zweite Beweis ist allerdings wegen der Objektivierung des Verschuldensbegriffs praktisch ausgeschlossen, sieht man einmal vom Nachweis fehlender Urteilsfähigkeit ab⁴⁶. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Verschuldensvermutung hauptsächlich die Beweislast hinsichtlich der Vertragsverletzung regelt und dass der Schuldner insoweit beweisbelastet ist.

Demgegenüber wird in Lehre und Rechtsprechung immer wieder vorgebracht, der **Gläubiger** habe die Vertragsverletzung zu beweisen⁴⁷. Andererseits werden Unmöglichkeit und Vertragsverletzung gleichgesetzt, so dass letzten Endes dann doch wieder der Schuldner nachzuweisen hat, dass er objektiv und subjektiv die nötige Sorgfalt zur Verhinderung der Unmöglichkeit hat walten lassen. Im Ergebnis weicht also diese Auffassung von der oben vertretenen nicht ab. Unter argumentativen Gesichtspunkten ist sie jedoch m.E. abzulehnen: Objektiv pflichtwidrig ist nicht schon die Unmöglichkeit als solche, sondern nur ein Verhalten des Schuldners, das sie bewirkt hat⁴⁸. "Nichterfüllung der Leistungspflicht (gleich Ausbleiben der Leistung) ist nicht mit pflichtwidrigem Verhalten gleichzusetzen."⁴⁹ Wer dies anerkennt, hat das "Verschulden" gemäss **Art. 97 OR** als Vertretbarkeit im Sinne objektiver und subjektiver Verantwortlichkeit aufzufassen⁵⁰.

Welcher Ansicht man auch folgt, sicher ist, dass nach **Art. 97 OR** der Gläubiger die Unmöglichkeit und den darauf beruhenden Schaden zu beweisen hat, der Schuldner den "Rest": Ist die Unmöglichkeit bewiesen, so bedeutet dies Nichterfüllung: Der Schuldner kann die von ihm versprochene Leistung nicht erbringen. Da liegt es nahe, ihn (und nicht den Gläubiger) mit dem Nachweis zu belasten, weshalb er sein Versprechen nicht einlösen kann. Dies schon nach der Regel des **Art. 8 ZGB**⁵¹, sodann aus der Überlegung, dass der Schuldner alles vorzukehren hat, um die Möglichkeit der Leistung zu erhalten, und er daher im allgemeinen auch viel besser als der Gläubiger⁵² in der Lage ist, die Gründe einer allfälligen Unmöglichkeit nachzuweisen^{53, 54}.

2. - Bei positiven Vertragsverletzungen lässt sich zum Teil analog überlegen, aber auch nur zum Teil⁵⁵. So recht-fertigt es sich z.B., dem Verkäufer den Nachweis aufzuerlegen, dass er für einen Sachmangel "nichts kann"⁵⁶ (vgl. **Art. 208 Abs. 3 OR**): Der Verkäufer hat sein Versprechen, einen bestimmten Erfolg zu bewerkstelligen, nicht eingelöst; die Gründe hierfür soll er nachweisen. Anders verhält es sich hingegen bei all jenen Leistungsversprechen, die kein Erfolgsversprechen beinhalten, wie etwa beim Auftrag: Auch wenn der angestrebte (aber nicht versprochene) Erfolg (z.B. Prozessgewinn oder Heilerfolg) ausbleibt, bedeutet dies noch nicht, dass die versprochene Leistung unterblieb. Auf solche Sachverhalte passt die Verschuldensvermutung des **Art. 97 OR** (einschliesslich der Vermutung der Vertragsverletzung) nicht, da sie - um dies zu wiederholen - an die Nichteinhaltung des Leistungsversprechens anknüpft. Im Ergebnis ist dies in

Lehre und Rechtsprechung auch weitgehend anerkannt (obwohl immer wieder betont wird, die Vermutung des Art. 97 OR gelte auch bei positiven Vertragsverletzungen generell). So wird überwiegend angenommen, beim Arzthaftungsvertrag habe der Patient dem Arzt einen objektiven Sorgfaltsmangel nachzuweisen⁵⁷, beim Anwaltsmandat der Klient dem Anwalt⁵⁸.

Eine Beweislastverteilung analog Art. 97 OR ist selbst dort nicht durchwegs möglich und sinnvoll, wo ein bestimmter Erfolg versprochen ist. Beweis hierfür ist Art. 98 OR, der allgemein dahin verstanden wird, dass der Gläubiger die Verletzung der Unterlassungspflicht nachzuweisen hat⁵⁹; lediglich mit Bezug auf das eigentliche Verschulden trägt der Schuldner die Beweislast⁶⁰.

Dass die Verschuldensvermutung auch bei Verletzung von Schutzpflichten, die ja nicht auf einen Leistungserfolg gerichtet sind, nicht passt, versteht sich nach dem Gesagten von selbst.

3. - Trifft es zu, dass die Verschuldensvermutung des Art. 97 OR bei positiven Vertragsverletzungen keine (generelle) Geltung beanspruchen kann, so ist nicht einzusehen, weshalb die Haftung für positive Vertragsverletzungen ausgerechnet auf diese Bestimmung, deren hervorstechendes Merkmal gerade die Verschuldensvermutung ist, abgestützt werden sollte. Es ist somit nach einer neuen Haftungsbasis zu suchen.

3. Eigener Lösungsansatz: Gesamtanalogie

1. - Es ist unzweifelhaft, dass positive Vertragsverletzungen bei Verschulden des Schuldners Haftungsfolgen zeitigen müssen. Fällt Art. 97 OR als (alleinige) Haftungsgrundlage ausser Betracht, so gilt dies nicht weniger für Art. 98 Abs. 2 und 102 ff. OR. Aus allen diesen und weiteren, bereits früher erwähnten Bestimmungen wie Art. 100 oder 321e OR aber lässt sich die Idee des Gesetzgebers ableiten, Vertragsverletzungen generell zu ahnden, und zwar "vertraglich"⁶¹. D.h. es gelten eigen- [1490] ständige, mit dem Deliktsrecht nicht notwendig übereinstimmende Haftungsbestimmungen, und diese gelten nur zwischen Gläubiger und Schuldner und setzen zudem einen verbindlichen Vertrag voraus. Das gilt auch für den grossen Bereich positiver Vertragsverletzungen, die das Erhaltungsinteresse des Gläubigers beeinträchtigen und gleichzeitig eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR darstellen. In diesen Fällen besteht Anspruchskonkurrenz (BGE 112 II 141 f.).

Das Gesagte entspricht traditionellem schweizerischem Rechtsdenken und scheint von daher selbstverständlich. Ebenso selbstverständlich ist aber, dass Vertragsverletzungen nicht a priori eigenständigen Regeln folgen müssen. Ihre ganze oder teilweise Unterstellung unter das Deliktsrecht bzw. eine einheitliche Haftungsordnung für Vertragsverletzungen und Delikte wäre durchaus denkbar⁶². Der schweizerische Gesetzgeber ist aber nicht so verfahren, wie die erwähnten vertraglichen Haftungsbestimmungen deutlich machen; diese Bestimmungen stehen pars pro toto für die Auffassung, dass Vertragsverletzungen eigenen vertraglichen Grundsätzen folgen. Nur (aber immerhin) für Ausnahmefälle sieht das Gesetz ein einheitliches Haftungsregime vor, das unabhängig davon ist, ob zwischen dem Geschädigten und dem in Anspruch Genommenen ein Vertragsverhältnis besteht oder nicht. Das gilt etwa für die Haftung nach Art. 58 SVG, sodann namentlich im Bereiche internationaler Transporthaftung⁶³.

Im Ansatzpunkt scheint mir die parallele Aufrechterhaltung zweier Haftungsordnungen auch de lege ferenda richtig. Hinsichtlich der Verletzung bloss relativer Pflichten bedarf dies kaum der Diskussion⁶⁴. Aber auch dort, wo Vertragsverletzungen gleichzeitig ein zivilrechtliches Delikt beinhalten, ist im

Prinzip an der Doppelspurigkeit festzuhalten; denn es kann durchaus Fälle geben, wo das Bestehen eines Vertrags eine vom Deliktsrecht abweichende Haftungsordnung zwischen Schuldner und Gläubiger verlangt oder zumindest rechtfertigt⁶⁵ (vgl. z.B. unten III/3 a.E.).

2. - Um Missverständnissen zuvorzukommen, sind zwei Klarstellungen anzubringen:

- Einmal ist hervorzuheben, dass m.E. **nicht alles, was heute zu den positiven Vertragsverletzungen gerechnet wird, auch tatsächlich dazu gerechnet werden sollte.** Vorbehalte in dieser Hinsicht sind namentlich mit Bezug auf die Verletzung von Schutzpflichten anzubringen. Die Qualifikation solcher Pflichten als vertragliche ist meist eine reine Fiktion, da sie in keiner Weise auf den Vertragswillen abgestützt werden können. Zwar hätten die Parteien solche Pflichten allenfalls vereinbart, wenn sie an eine Regelung gedacht hätten; an eine Regelung aber haben sie eben gerade nicht gedacht, auch nicht ansatzweise, weshalb die betreffenden Pflichten auch nicht im Wege der Vertragsergänzung in den Vertrag hineininterpretiert werden können. Es handelt sich vielmehr um gesetzliche Pflichten, die - soweit nicht ausdrücklich vorgesehen (z.B. **Art. 328 OR**) - aus **Art. 2 ZGB** abzu-leiten sind. Ihr Zweck besteht im Rechtsgüterschutz der Parteien; ein darüber hinausgehendes Leistungsinteresse schützen sie nicht. Allgemeiner Rechtsgüterschutz aber fällt typischerweise in den Zuständigkeitsbereich des Deliktsrechts. Die Verletzung von Schutzpflichten sollte daher nicht als Vertragsverletzung, [1491] sondern ausschliesslich nach Deliktsrecht geahndet werden^{66, 67}. Eine andere Frage ist, ob das heutige Deliktsrecht der Verletzung von Schutzpflichten im Rahmen vertraglicher Verhältnisse angemessen Rechnung trägt. Das ist aber ein allgemeines Problem, das sich generell bei Verletzung von Pflichten in "Sonderverhältnissen" stellt. Der Gesetzgeber hat das Problem übrigens ansatzweise erkannt und geregelt, indem er die Haftung für culpa in contrahendo einem (deliktischen) Sonderregime unterworfen hat. Die entsprechenden Regeln sind allerdings lückenhaft⁶⁸. Nach den allgemeinen Grundsätzen (**Art. 1 ZGB**) ergänzt, könnten sie wohl als Analogiebasis für die Behandlung von Schutzpflichtverletzungen herangezogen werden; dabei ist allerdings Vorsicht geboten, da die Culpa-Haftung typischerweise reine Vermögensschäden abdeckt, wogegen die sog. vertraglichen Schutzpflichten vor Schäden an absolut geschützten Gütern bewahren sollen.
- Zum andern ist festzuhalten, dass **die Verletzung vertraglicher (vertraglich vereinbarter) Pflichten nicht unbedingt abweichend vom Deliktsrecht behandelt werden muss.** Im Gegenteil: Unterschiede sind nur bei Vorliegen sachlicher Gründe zuzulassen. So sind Schutzpflichten, soweit sie ausnahmsweise vertraglich vereinbart wurden, haftungsmässig grundsätzlich nicht anders zu behandeln als ausservertragliche Pflichten. Noch viel mehr gilt das für gesetzliche Schutzpflichten, sofern man diese nicht bloss deliktisch - wie oben vorgeschlagen, sondern vertraglich ahnden will. Ganz generell sind Delikts- und Vertragshaftung möglichst weitgehend zu koordinieren⁶⁹. Diesem Postulat kann und sollte schon de lege lata vermehrt Rechnung getragen werden (vgl. unten III/2).

III. Voraussetzungen und Modalitäten der Haftung für positive Vertragsverletzungen (Überblick)

1. Ausgangspunkt: Gesetzeslücke

Die wichtigsten Voraussetzungen und Modalitäten der Haftung für positive Vertragsverletzungen sind nach herrschender Auffassung dieselben wie bei der Haftung für Unmöglichkeit⁷⁰. Verjährungsfrist ist somit die zehn-jährige (Art. 127 OR); die Hilfspersonenhaftung richtet sich nach Art. 101 OR; sodann gilt, wie bereits dargelegt, die Verschuldensvermutung des Art. 97 OR⁷¹. All das wird geradezu als selbstverständliche Konsequenz der vertraglichen Natur der Haftung für positive Vertragsverletzungen angesehen (vgl. etwa BGE 96 II 119 hinsichtlich der Verjährung⁷²). Ein solcher Automatismus ist zumal dann abzulehnen, wenn man die Haftung für positive Vertragsverletzungen durch Gesamtanalogie gewinnt und nicht (allein) auf Art. 97 OR abstützt. Dies vor allem deshalb, weil die im Gesetz vorgesehenen, als Analogiebasis dienenden Spezialregeln für positive Vertragsverletzungen derart unterschiedlich ausgefallen sind, dass nicht einzusehen ist, warum für die nicht geregelten Tatbestände ohne weiteres die allgemeinen vertragsrechtlichen Regeln zuständig sein sollten (vgl. im übrigen schon oben II/2 Ziff. 2 betr. die Frage, ob die Verschuldensvermutung bei positiven Vertragsverletzungen passt).

Richtigerweise ist von einer Gesetzeslücke auszugehen, die nur insoweit in Analogie zu den fraglichen Bestimmungen (Art. 97, 101, 127 OR) zu füllen ist, als jene sachlich passen. Dabei darf nicht zum vornherein von einer Einheitslösung ausgegangen werden. Vielmehr sind die positiven Vertragsverletzungen zu typisieren und die einzelnen Typen je gesondert auf Haftungsvoraussetzungen und -modalitäten zu untersuchen⁷³. Dass dies hier [1492] nicht in umfassender Weise geschehen kann, versteht sich von selbst. Ich beschränke mich auf zwei Tatbestände: Haftung für die Verletzung von Schutzpflichten und für die Schlechterbringung von Sachleistungen. Zudem unterstelle ich, dass nicht nur das Leistungsinteresse betroffen ist, sondern auch das Erhaltungsinteresse, und zwar über das Leistungsinteresse hinaus. Schliesslich befasse ich mich nur mit den angeschnittenen Problemen der Beweislast, der Verjährung und der Hilfspersonenhaftung. Bevor ich auf diese drei Themenkreise eingehe, ist auf die Bedeutung der Koordination von Delikts- und Vertragsrecht als allgemeinen Regelungsgesichtspunkt hinzuweisen.

2. Allgemeiner Regelungsgesichtspunkt: Koordination mit dem Deliktsrecht

A. Das Problem

(Schuldhaft) positive Vertragsverletzungen mit Beeinträchtigung des Erhaltungsinteresses stellen - jedenfalls in der Regel - gleichzeitig unerlaubte Handlungen dar (Art. 41 OR). Wenn etwa ein Pilzverkäufer fahrlässig vergiftete Pilze liefert, deren Genuss den Käufer ins Spital bringt, so verletzt er nicht nur "positiv" den Vertrag, sondern begeht darüber hinaus ein zivilrechtliches Delikt, für dessen Schadensfolgen er nach Massgabe der Art. 41 ff. OR haftet. Geht man davon aus, dass deliktische und vertragliche Schadenersatzansprüche je ihren eigenen Haftungsregeln folgen und dass vertragliche Ansprüche einen gültigen Vertrag voraussetzen und nur den Vertragspartnern zustehen (II/3 Ziff. 1), so kann das Nebeneinander der beiden Haftungsordnungen zu Ungereimtheiten und Wertungswidersprüchen führen. Zwei Situationen stehen dabei im Vordergrund: der Fall, da durch eine positive Vertragsverletzung ein Dritter (Nicht gläubiger) geschädigt wird, sowie der Fall, da in Abwicklung eines ungültigen Vertrages ein "Vertragspartner" geschädigt wird. Wenn etwa im Pilz-Beispiel neben dem Käufer auch dessen Frau Pilze isst und eine Vergiftung davonträgt, so versteht sich nicht von selbst, dass die grundsätzlich nur deliktisch geschützte Frau anders (besser oder schlechter) gestellt sein soll als ihr Mann, dem vertragliche Schadenersatzansprüche zustehen⁷⁴. Und weiter: Wenn der mit Malerarbeiten betraute Handwerker

den Boden nicht genügend abdeckt und daher Farbspritzer auf den Teppich gelangen, so ist nicht ohne weiteres einzusehen, weshalb die Haftung für die Reinigungskosten unterschiedlich sein soll, je nachdem, ob der Vertrag mit dem Handwerker gültig ist oder nicht.

B. Lösungsansätze in Deutschland, namentlich Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

1. - Ob und wie Wertungswidersprüche zwischen Delikts- und Vertragsrecht vermieden bzw. ausgeräumt werden können, ist in der Schweiz noch wenig untersucht. Demgegenüber ist die Diskussion in Deutschland weit fortgeschritten. Einmal ist man dazu übergegangen, die sog. vertraglichen Schutzpflichten nicht mehr aus dem Vertrag abzuleiten, sondern aus einem vom Parteiwillen losgelösten Vertrauensverhältnis⁷⁵ bzw. aus dem Gesetz. Die Schutzpflichten werden damit unabhängig von der Gültigkeit des Vertrags, und ihre Verletzung kann dementsprechend unabhängig von der Vertragsgültigkeit denselben Regeln unterworfen werden; dabei sollen die ("normalen") vertraglichen Regeln zur Anwendung kommen^{76, 77}. Sodann wurde die Lehre vom Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entwickelt. Danach hat der Schuldner gegenüber gewissen Dritten⁷⁸ analoge Schutzpflichten wie gegenüber dem Gläubiger⁷⁹. Diese Schutzpflichten wurden ursprünglich durch Vertragsauslegung bzw. -ergänzung gewonnen, die neuere Lehre leitet sie - wie die Schutzpflichten gegenüber dem Ver- [1493] tragspartner⁸⁰ - aus dem Gesetz ab⁸¹ und befürwortet sie auch bei Ungültigkeit des Vertrags⁸². Ihre Verletzung wird wiederum vertragsrechtlich geahndet.

Die umschriebenen "deutschen Lösungen" weiten den Anwendungsbereich des vertraglichen Haftungsrechts über die traditionell anerkannten Grenzen hinaus aus. Eine Koordination von Delikts- und Vertragsrecht ist aber auch durch das umgekehrte Vorgehen möglich: indem man die vertragliche Haftungsordnung zurückdrängt⁸³.

2. - Dieses letztere Vorgehen drängt sich m.E. hinsichtlich der Verletzung von **nicht vertraglich vereinbarten Schutzpflichten** auf, indem diese Pflichten als ausservertraglich qualifiziert werden und ihre Verletzung ausschliesslich deliktisch geahndet wird (oben II/3 Ziff. 2)⁸⁴.

Betrachtet man sie hingegen - mit der herrschenden Auffassung - als spezielle, zu den ausservertraglichen Pflichten hinzutretende, wenn auch inhaltlich weitgehend übereinstimmende Pflichten, so dürfen sie - wie in Deutschland zutreffend erkannt - nicht von der Vertragsgültigkeit abhängig gemacht werden; die Pflichten sind dann aus dem "Sonderkontakt" der Vertragsbeziehung, nicht aus dem rechtsgeschäftlichen Tatbestand abzuleiten. Weshalb ihre Verletzung trotzdem der (ordentlichen) Vertragshaftung unterstellt werden sollte, ist schwer einzusehen (vgl. mit Bezug auf die einzelnen Haftungsmodalitäten unten III/3-5), dies um so mehr, als Schutzpflichtverletzungen mit den "Prototypen" der Vertragsverletzung, der Verletzung der Leistungspflicht durch Nichtleistung (Unmöglichkeit, Verzug) oder Schlechtleistung, tatbestandlich wenig gemeinsam haben. Richtigerweise ist - wenn schon - eine eigenständige vertragliche Haftungsordnung zu entwickeln, die dem Deliktsrecht weitestgehend (wenn nicht vollständig) angepasst ist (vgl. schon oben II/3 Ziff. 2).

Wer die Verletzung von Schutzpflichten vertraglich ahnden will, kann mit dieser Lösung nicht beim ungültigen Vertrag haltmachen. Schon vor Vertragsabschluss, nachher und in vielen "vertragsfremden" Situationen bestehen ebenfalls Pflichten, die ihrem Inhalt und ihrer Struktur nach den sog. vertraglichen Schutzpflichten vergleichbar sind. Auch in diesen Fällen müsste dann

Vertragsrecht angewendet werden. In Deutschland wurde diese naheliegende Konsequenz denn auch in der Tat gezogen. So ist etwa das vorvertragliche Stadium weitgehend durch vertragliche Haftung ausgefüllt^{85, 86}. Die Grenzen zwischen Vertrags- und Deliktsrecht werden damit natürlich völlig verwischt.

Die Verletzung **vertraglich** vereinbarter Schutzpflichten ist grundsätzlich ebenfalls deliktsgleich zu ahnden. Anders ist nur dort zu entscheiden, wo der Rechtsgüterschutz zum eigentlichen Leistungsinhalt wird, wie etwa beim Hinterlegungsvertrag.

3. - Die Lehre vom Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist eng verwandt mit derjenigen von der **Drittschadensliquidation**. Auch bei dieser kann der Schaden eines Nichtgläubigers nach vertraglichen Grundsätzen liquidiert werden; dabei geht es aber immer um Schaden, der durch eine Verletzung des zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Vertrages entsteht, während beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter Schaden betroffen ist, der durch Verletzung der zwischen dem Schuldner und dem Dritten bestehenden Verhaltenspflichten verursacht wurde. Mit dieser Unterscheidung hängt zusammen, dass beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter der Schadenersatzanspruch ausschliesslich dem Dritten zusteht, wogegen bei der Drittschadensliquidation primär der Gläubiger Entschädigung des Dritten verlangen kann; das schliesst allerdings einen selbständigen Schadenersatzanspruch des Dritten nicht aus (vgl. unten im Text).

Die beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bestehenden Schutzpflichten sind - wie erwähnt - nach heute wohl herrschender (deutscher) Auffassung keine vertraglichen, noch sind sie Ausfluss der Vertragsergänzung. Sie haben ihre Grundlage vielmehr im Gesetz (§ 242 BGB) und bestehen auch bei Ungültigkeit des Vertrags. Inhaltlich entsprechen sie im wesentlichen deliktischen Pflichten. Wie diese schützen sie ausschliesslich das Erhaltungsinteresse des Dritten. Beeinträchtigungen des Leistungsinteresses können daher regelmässig nicht über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter liquidiert werden⁸⁷. Hingegen kommt allenfalls Drittschadensliquidation in Betracht.

[1494] M.E. besteht für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter kein Bedarf⁸⁸, wenn man die Drittschadensliquidation so ausgestaltet, dass die berechtigten Drittinteressen gewahrt bleiben. Mehr noch: Er ist abzulehnen, vor allem aus zwei Gründen. **Einmal** vermag die Konstruktion ihrem Zweck, die gegenüber dem Deliktsrecht im grossen und ganzen vorteilhafteren Vertragsregeln auch gegenüber (bestimmten) Dritten zur Anwendung zu bringen, nur beschränkt zu genügen. Indem nämlich die Schutzwirkung zugunsten des Dritten vom Leistungsverhältnis getrennt wird, wird die Anwendung von Vertragsregeln, die an das Leistungsverhältnis anknüpfen, zum vornherein ausgeschlossen. Das sei an der Beweislastregel von **Art. 208 Abs. 3 OR** illustriert: Wenn der Verkäufer eine mangelhafte Leistung erbringt, so hat der durch den Mangel geschädigte Käufer nur den Mangel zu beweisen, der Verkäufer hingegen hat nachzuweisen, dass ihm am Mangel kein Verschulden trifft. Diese Beweislastverteilung knüpft, wie in anderem Zusammenhang dargetan, an den Umstand an, dass der Verkäufer den versprochenen Erfolg nicht erbracht hat; es liegt daher nahe, den Verkäufer, der für die Einhaltung seines Versprechens zu sorgen hatte, dardun zu lassen, weshalb der Erfolg ausgeblieben ist. Dritten gegenüber, denen der Verkäufer nichts versprochen hat, muss diese Beweislastregel versagen, sofern man die Dritten nicht in das Leistungsverhältnis einbezieht. Das aber tut der Vertrag mit Schutzwirkung gerade nicht. Keine Probleme bestehen hingegen insoweit bei der Drittschadensliquidation, die ja immer an die Verletzung des zwischen

Gläubiger und Schuldner bestehenden Vertrags anknüpft⁸⁹. **Ein Zweites:** Der Schuldner hat nicht nur gegenüber dem Gläubiger, sondern auch gegenüber Dritten, die mit der Leistung in Berührung kommen, gewisse ausservertragliche (deliktische) Pflichten. Z.B. besteht die Pflicht des Autoverkäufers, ein verkehrssicheres Auto zur Verfügung zu stellen, nicht nur dem Käufer gegenüber, sondern auch gegenüber allfälligen Mitfahrern oder Dritten, denen der Käufer das Auto zur Verfügung stellen wird. Dass sich diesen Pflichten noch zusätzliche inhaltsgleiche, aber vertraglich zu ahndende "Sonderpflichten" aus "geschäftlichem Kontakt" überlagern sollen, scheint mir nicht richtig.

Mit der Ablehnung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist in sachlicher Hinsicht noch nichts gewonnen. Es bleibt die Frage, inwieweit Dritten über die Drittschadensliquidation vertragliche Ansprüche zu gewähren sind. Diese längst nicht ausdiskutierte Frage kann hier nicht vertieft werden⁹⁰. Lediglich beispielsweise soll die Drittschadensliquidation am Fall des unechten Vertrags zugunsten Dritter illustriert werden:

Beim unechten Vertrag zugunsten Dritter lässt sich bekanntlich "jemand, der auf eigenen Namen handelt, eine Leistung an einen Dritten versprechen", ohne dass der Dritte Vertragsgläubiger wird (Art. 112 OR). Die gesetzliche Regelung dieser Vertragsart ist sehr unvollständig. Die zitierte Bestimmung sieht lediglich vor, dass der Versprechensempfänger (Gläubiger) Leistung an den Dritten verlangen kann. Was bei Vertragsverletzungen gilt, ist nicht bestimmt. Namentlich ist nicht festgelegt, wie der Schaden des Dritten liquidiert werden kann. Selbstverständlich kann der Gläubiger, sofern er dem Dritten ersatzpflichtig ist, den Drittschaden als Eigenschaden geltend machen. Aber auch wo dies nicht zutrifft, kann er den Drittschaden - nach vertraglichen Grundsätzen - ersetzt verlangen. Da aber letztlich der geschädigte Dritte in den Genuss der Entschädigung kommen soll, kann richtigerweise nur Leistung an den Dritten verlangt werden (vgl. in anderem Zusammenhang Art. 60 VVG). Die eigentlichen Probleme stellen sich erst dann, wenn sich der Gläubiger weigert, den Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Alsdann kann allenfalls der Dritte bei entsprechender Abmachung von Gläubiger verlangen, dass dieser den Schadenersatzanspruch durchsetzt, oder er kann Abtretung dieses Anspruchs verlangen. Trifft beides nicht zu, erhält der Dritte keinen vertraglichen Schadenersatz, es sei denn, man gewähre ihm **von Gesetzes wegen** das Recht, Abtretung des Schadenersatzanspruchs zu verlangen oder direkt gegen den Schuldner vorzugehen. Eines von beidem muss ihm m.E. zugestanden werden. Denn der Schuldner soll nicht davon profitieren können, dass der Gläubiger den Drittschaden nicht liquidieren will. Dies um so weniger, als er ja beim unechten Vertrag zugunsten Dritter von Anfang an weiss, dass die Leistung für einen Dritten bestimmt ist und er damit auch das entsprechende Haftungsrisiko überblickt. Bleibt die Frage, ob der Dritte lediglich Abtretung des Schadenersatzanspruchs des Gläubigers verlangen oder aber direkt gegen den Schuldner Vorgehen kann. M.E. ist der Direktanspruch vorzuziehen (vgl. in anderem Zusammenhang Art. 65 Abs. 1 SVG)⁹¹. Beispiel: A verpflichtet sich gegenüber B, C Blumen zu liefern. Die Blumen entwickeln giftige Dämpfe. C kann den dadurch erlittenen Schaden direkt bei A liquidieren, und zwar nach vertraglichen, nicht bloss deliktischen Grundsätzen.

[1495] 3. Beweislast mit Bezug auf Vertragsverletzung und Verschulden⁹²

1. - Die Verschuldensvermutung des Art. 97 OR, die - wie gesehen - nicht nur das eigentliche Verschulden, sondern ebenso die Vertragsverletzung betrifft, kann bei **Schutzpflichtverletzungen**

keine Geltung beanspruchen. Dies nur schon deshalb, weil ein der Unmöglichkeit vergleichbarer Anknüpfungspunkt für die Verteilung der Beweislast (vgl. oben II/2 Ziff. 2) fehlt. Richtigerweise ist die Beweislast der deliktsrechtlichen anzugleichen⁹³; Unterschiede zum Deliktsrecht rechtfertigen sich m. E. nicht. Demnach gilt - in Anwendung von **Art. 8 ZGB**: Der Geschädigte hat die Verletzung der Schutzpflicht nachzuweisen⁹⁴. Soweit daneben eine Exkulpation noch möglich bleibt, ist hingegen der Schädiger beweispflichtig. Das ist für die Entlastung zufolge Urteilsunfähigkeit allgemein anerkannt, muss aber generell gelten. Der Schädiger hat also allfällige Umstände nachzuweisen, deretwegen die Pflichtverletzung ausnahmsweise nicht verschuldet sein soll. Ihm diesen Beweis aufzuerlegen, rechtfertigt sich aus den gleichen Überlegungen, aus denen die Urteilsunfähigkeit als rechtshindernde (nicht die Urteilsfähigkeit als rechtserzeugende) Tatsache aufzufassen ist: Bei Vorliegen einer Pflichtverletzung ist das Verschulden die Regel, die Schuldlosigkeit die Ausnahme. "Schuldausschliessungsgründe" sind daher von jenem zu beweisen, der sie anruft⁹⁵. Dazu kommt, dass subjektive Gegebenheiten von jenem, bei dem sie vorliegen, leichter bewiesen werden können als von Dritten - ein bereits bekannter Gedanke (oben II/2 Ziff. 2).

Im Deliktsbereich wird dem Geschädigten die Beweislast teilweise noch in weiterem Umfang abgenommen. So nimmt etwa BECKER⁹⁶ an, wer aus einer schädigenden Unterlassung klage, genüge "der Beweispflicht, wenn er... die Pflicht des Beklagten zum Handeln dartut; hat er diesen Beweis geleistet, so ist es Sache des Belangten, nachzuweisen, dass er die gebotene Handlung vorgenommen habe"⁹⁷. Ob diese Auffassung zutrifft, bleibe hier dahingestellt. Übernimmt man sie jedoch für den deliktischen Bereich, so hat man sie auch für den Bereich der Verletzung sog. vertraglicher Schutzpflichten zu übernehmen⁹⁸.

2. - Auch hinsichtlich der **Schlechterbringung von Sachleistungen** kommt die Verschuldensvermutung von **Art. 97 OR** nicht zum Tragen, doch gelten z.T. Regeln, die sich an **Art. 97 OR** anlehnen (siehe nächsten Absatz). Im Prinzip aber findet **Art. 8 ZGB** Anwendung. Somit hat der Gläubiger neben dem Mangel auch zu beweisen, dass der Schuldner den Mangel durch objektiv unsorgfältiges Verhalten verursacht hat. Dem Schuldner hingegen obliegt der Beweis, dass ihn kein Verschulden trifft.

Beim Kauf ist **Art. 208 Abs. 3 OR** zu beachten. Danach haftet der Verkäufer für "weiteren Schaden", wenn er "nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle"^{99, 100}. Mit dem "weiteren Schaden" sind Mangelfolgeschäden gemeint, die nicht schon unter die Kausalhaftung des **Art. 208 Abs. 2 OR** fallen. Das "Verschulden" ist - wie in **Art. 97 OR** - in einem weiten Sinne zu verstehen. Es umfasst auch die objektive Pflichtwidrigkeit (Sorgfaltsverletzung). Der Käufer hat lediglich den Mangel zu beweisen. Bleibt also im Dunkeln, wie es zum Mangel gekommen ist, ob durch eine Unsorgfalt des Verkäufers oder durch äussere, nicht verschuldete Einwirkungen, so haftet der Verkäufer. **Art. 208 Abs. 3 OR** gilt nach dem Kontext nur für Schäden, die auf Mängeln beruhen, also Fehlern der Kaufsache, die bereits bei Vertragsabschluss Vorlagen¹⁰¹. Treten Fehler später auf, greift die Bestimmung nicht unmittelbar ein. Eine analoge Anwendung ist jedoch m.E. dann zulässig, wenn die Fehler - was vom Käufer zu beweisen ist - vor der Sachübergabe entstanden. Nach der Sachübergabe treffen den Verkäufer keine Obhutspflichten mehr und seine Beweismöglichkeiten sind nicht mehr [1496] besser als diejenigen des Käufers¹⁰², was nach der ratio der Bestimmung eine Analogie ausschliesst.

Dritte, die durch einen Mangel der Kaufsache geschädigt werden, sind im Prinzip nur deliktisch geschützt, ebenso der Käufer, wenn der Vertrag ungültig ist. Das wirkt sich in einer ungünstigeren

Beweislage aus (III/3 Ziff. 1). Dagegen wird man im allgemeinen nichts einwenden können, und zwar aus Gründen, die an früher Gesagtes anknüpfen: Die Beweislastregel von **Art. 208 Abs. 3 OR** beruht auf dem Umstand, dass der Verkäufer seine Leistungspflicht verletzt hat. Eine solche Pflicht aber besteht gegenüber Dritten nicht. Zwar ist der Verkäufer auch Dritten gegenüber gehalten, alles nach den Umständen Nötige zu tun, um Schädigungen durch Sachmängel zu vermeiden. Eine entsprechende Pflicht besteht auch gegenüber dem Käufer bei Ungültigkeit des Kaufvertrags. Dabei aber handelt es sich um blosser Verhaltenspflichten¹⁰³, die nicht an die Leistungspflicht, für deren Erfüllung der Verkäufer ja auch ein Entgelt kassiert, heranreichen.

Das vorstehend zu **Art. 208 Abs. 3 OR** Gesagte dürfte mutatis mutandis auch beim Werkvertrag gelten¹⁰⁴, ferner bei der Miete (vgl. **BGE 107 II 426 ff.**¹⁰⁵) und bei gewissen Innominatverträgen, so etwa beim Gastwirtschaftsvertrag. Wenn sich beispielsweise ein Gast an verdorbenen Speisen vergiftet und unklar bleibt, wie es zur Verderbtheit gekommen ist, so haftet der Wirt.

4. Verjährung

Nach herrschender Auffassung verjähren vertragliche Schadenersatzansprüche generell nach Art. 127/30 OR, soweit nicht Spezialregeln (z.B. **Art. 210 OR**) eingreifen¹⁰⁶. Art. 127/30 sollen namentlich auch für positive Vertragsverletzungen beliebiger Art gelten. Geht man jedoch davon aus, dass bei positiven Vertragsverletzungen hinsichtlich Haftungsvoraussetzungen und -modalitäten grundsätzlich von einer Lücke auszugehen ist, so kann nicht einfach auf die betreffenden Bestimmungen abgestellt werden; vielmehr ist die den verschiedenen Tatbeständen angemessene Regel zu suchen:

1. - Hinsichtlich der **Verletzung von (sog. vertraglichen) Schutzpflichten** passen die Art. 127/30 OR nicht. Anzuwenden ist stattdessen **Art. 60 OR**¹⁰⁷. Allein diese Bestimmung schafft die nötige Koordination mit dem Deliktsrecht. Der Schadenersatzanspruch verjährt somit "in einem Jahre von dem Tage hinweg, wo der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat". Das zwischen Schädiger und Geschädigtem bestehende Vertragsverhältnis rechtfertigt keine längere Verjährungsfrist. Sonst müsste auch bei verschiedenen andern "Sonderkontakten" eine längere Verjährungsfrist befürwortet werden, so namentlich hinsichtlich der Haftung aus culpa in contrahendo, für die jedoch das Bundesgericht **Art. 60 OR** zur Anwendung bringt¹⁰⁸ (**BGE 108 II 269 f., 104 II 94, 101 II 269 f.**).

Art. 60 OR ist unmittelbar anwendbar, wenn man die Schutzpflichten als deliktische Pflichten auffasst. Fasst man sie - mit der herrschenden Lehre - als vertragliche Pflichten auf, ist er analog heranzuziehen. **Art. 127 OR** steht der Analogie nicht entgegen. Zwar gilt nach diesem Artikel für alle "Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt", eine zehnjährige Verjährungsfrist. "Etwas anderes bestimmt" ist jedoch auch dann, wenn eine besondere Verjährungsbestimmung nach ihrem Sinn und Zweck analog heranzuziehen ist (vgl. z.B. **BGE 51 II 392 ff.** betr. die Haftung aus **Art. 955 ZGB**).

Zuzugeben ist allerdings, dass die einjährige Verjährungsfrist des **Art. 60 OR** unter sachlichen Gesichtspunkten zu kurz ist. Das gilt jedoch generell, auch hinsichtlich der Verjährung von Deliktsansprüchen, und ist de lege lata hinzunehmen. De lege ferenda sollte die Verjährungsfrist des **Art. 60 OR** derjenigen von **Art. 127 OR** angepasst werden.

2. - Nach Jäggi¹⁰⁹ verjähren vertragliche Schadenersatzforderungen grundsätzlich nach **Art. 60 OR**. Die Art. 127/30 OR passen seines Erachtens "einzig für Ersatzforderungen, die an die Stelle einer unmöglich gewordenen Forderung treten, sowie (gerade noch) für die (Neben) Forderung auf Ersatz von Verspätungsschaden". Weshalb jedoch für **Forderungen aus Schlechterfüllung** nicht ebenfalls die Art. 127 ff. gelten sollen, ist nicht ersichtlich. [1497] Dass bei Unmöglichkeit und Verzug die Leistung nicht erbracht wird, beim Tatbestand der Schlechterfüllung die Leistung hingegen erfolgt, wenn auch mangelhaft, kann in bezug auf die Verjährung keine Rolle spielen. Das gilt auch dort, wo die Schlechterfüllung gleichzeitig einen Deliktstatbestand erfüllt. Hier könnte man freilich - aus Gründen der Koordination mit dem Deliktsrecht - an die Anwendung von **Art. 60 OR** denken, doch wäre es unpraktikabel, die Schlechterfüllung verjährungsrechtlich "aufzusplitten". In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre ist daher die Schlechterfüllung generell Art. 127/30 OR zu unterstellen.

Für die Deliktsansprüche Drittgeschädigter gilt demgegenüber **Art. 60 OR**, soweit nicht ausnahmsweise eine Drittschadensliquidation Platz greifen kann. Das mag unbefriedigend erscheinen, ist aber eine kaum zu vermeidende Konsequenz, solange vertragliche und deliktische Haftung unterschiedlich ausgestaltet sind. De lege ferenda sollte dem Problem durch Anpassung der deliktsrechtlichen Verjährungsordnung an die vertragsrechtliche Rechnung getragen werden. - Bei Vertragsungültigkeit ist der "Gläubiger" wie ein Drittgeschädigter, also deliktisch, zu behandeln.

3. - Wo die Verjährung eines Anspruchs aus positiver Vertragsverletzung spezialgesetzlich geregelt ist, greift selbstverständlich die Sondernorm Platz. Damit aber können wiederum Koordinationsprobleme zwischen Delikts- und Vertragsordnung entstehen. Wenn beispielsweise der Verkäufer eine mangelhafte Sache liefert, diese beim Käufer explodiert und dessen Haus verwüstet, so verjährt der kaufrechtliche Schadenersatzanspruch "mit Ablauf eines Jahres" nach Lieferung der Sache (**Art. 210 OR**). Soll nun diese Regelung auch auf Deliktsansprüche "durchgreifen", und wenn, nur auf solche des Käufers oder auch auf solche von Dritten (z.B. eines Abnehmers des Käufers)? Nach wohl herrschender Lehre bleiben sowohl dem Käufer wie auch Drittgeschädigten allfällige Deliktsansprüche unverändert gewahrt¹¹⁰. Damit wird zwar eine Diskrepanz von Vertrags- und Deliktsrecht in Kauf genommen. Da jedoch Käufer und Drittgeschädigte deliktisch in gleicher Weise geschützt sind, führt dies **praktisch** zu keinen Unstimmigkeiten¹¹¹.

5. Hilfspersonenhaftung

Die Problematik, inwieweit der Schuldner für von Hilfspersonen begangene positive Vertragsverletzungen einzustehen hat, ist noch nicht im einzelnen untersucht. Sowohl was den Begriff der Hilfsperson als auch was die Zurechnungsvoraussetzungen anbelangt, begnügt man sich im allgemeinen mit dem Hinweis auf **Art. 101 OR**. Diese Bestimmung hinterlässt jedoch gewisse Haftungsdefizite; sie bedarf m.E. der Ergänzung durch analoge Heranziehung von **Art. 55 OR**. Zudem stellen sich wiederum Probleme der Koordination von Delikts- und Vertragsrecht. Dieser Problematik kommt erhebliche Bedeutung zu, da vertragliche und ausservertragliche Hilfspersonenhaftung wesentliche Unterschiede¹¹² aufweisen. In der gebotenen Kürze drängen sich folgende - sehr unvollständige - Feststellungen auf:

[1498] 1. - Lässt der Sachleistungsschuldner die Erfüllung durch einen Dritten (Erfüllungsgehilfe, Hilfsperson) vornehmen, so hat er für diesen nach Massgabe des **Art. 101 OR** einzustehen. Er haftet somit für eine **Schlechtleistung**, sofern ihm das Verhalten der Hilfsperson, hätte er wie diese

gehandelt, zum Verschulden gereichen würde (hypothetisches Verschulden)^{113, 114}. Ein Entlastungsbeweis steht dem Schuldner nicht offen, namentlich nicht derjenige von **Art. 55 OR** (vgl. FN 112). Auch kommt - anders als nach **Art. 55 OR** - nichts darauf an, ob die Hilfsperson ihm untergeordnet ist (vgl. nochmals FN 112). Beispiel: Bemalt der Malergeselle die Wand mit einer andern als der im Vertrag vorgesehenen Farbe, so haftet der Geschäftsherr und Schuldner nach **Art. 101 OR** für allfälligen Schaden des Gläubigers¹¹⁵.

Soweit die Schlechterfüllung auch einen Deliktstatbestand darstellt, übernimmt **Art. 101 OR** funktionell den Ausgleich einer deliktischen Schädigung. Diese Doppelfunktion schafft Koordinationsprobleme mit dem Deliktsrecht, sobald durch die Schlechterfüllung Dritte geschädigt werden. Alsdann stellt sich die Frage, ob **Art. 101 OR** ins Deliktsrecht hinein auszudehnen ist. Dies ist zu verneinen. Der Schuldner haftet somit für den Erfüllungsgehilfen nur nach **Art. 55 OR** (falls der Gehilfe ihm untergeordnet ist) bzw. nach **Art. 41 OR** für Verschulden bei der Auswahl, Instruktion oder Überwachung des Gehilfen (falls dieser selbständig ist). Den Schuldner strenger, d.h. nach **Art. 101 OR**, haften zu lassen, würde zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung gegenüber Geschäftsherren führen, die Hilfspersonen zu andern Zwecken als zur Erfüllung einer Schuldpflicht beiziehen und daher zum vornherein nicht nach **Art. 101 OR** haften¹¹⁶. Die Ansicht JÄGGIS¹¹⁷, Art. 101 greife auch gegenüber Drittschädigten Platz, ist daher abzulehnen. Dritte können sich nur im Rahmen einer Drittschadens liquidation auf **Art. 101 OR** berufen. Wenn also etwa im Pilz-Beispiel (III/2/A) der Verkäufer die Pilze durch ein anderes Unternehmen liefern lässt und dieses vergiftete Pilze liefert, so können Dritte, die von den Pilzen essen und Schaden nehmen, den Verkäufer grundsätzlich nicht nach **Art. 101 OR** belangen. Eine Ausnahme gilt beispielsweise dann, wenn nach dem Kaufvertrag die Pilze einem Freund des Käufers zu liefern waren und der Freund sich vergiftet. Der Freund kann seinen Schaden nach Vertragsrecht liquidieren (oben III/2/B Ziff. 3)¹¹⁸.

Das Gesagte führt mutatis mutandis auch zur Ablehnung von **Art. 101 OR** bei Vertragsungültigkeit: Der Bezug zur "Erfüllung" einer in Wirklichkeit nicht existierenden Verbindlichkeit bewirkt nicht die Anwendbarkeit der Bestimmung¹¹⁹.

2. - Verletzt ein Erfüllungsgehilfe im Zusammenhang mit der Erbringung der Sachleistung **Schutzpflichten** (der Malergeselle deckt z.B. den Teppich nicht genügend ab, so dass Farbspritzer darauf geraten¹²⁰), so haftet der Geschäftsherr nach herrschender Auffassung ebenfalls nach **Art. 101 OR**. In der Regel wird allerdings nicht mit der Verletzung von Schutzpflichten argumentiert, sondern gesagt, der Geschäftsherr hafte für irgendwelche Schädigungen des Gläubigers "in funktionellem Zusammenhang" mit der Erfüllung; soweit dieser Zusammenhang bestehe, liege auch eine Vertragsverletzung vor (vgl. **BGE 92 II 18 f.**¹²¹).

Die Anwendung von **Art. 101 OR** auf Schutzpflichtverletzungen begegnet den gleichen dogmatischen Bedenken wie die Anwendung anderer Vertragsnormen: Das Vertragsrecht sollte grundsätzlich nicht in den Dienst des allgemeinen Rechtsgüterschutzes gestellt werden (II/3 Ziff. 2). Dafür ist das Deliktsrecht da. Die vertragsrechtliche Lösung führt gerade im hier interessierenden Bereich zu unerwünschten Kollisionen mit dem Deliktsrecht (siehe III/5 Ziff. 1). Wenn etwa im obigen Beispiel der vom Malergesellen bespritzte Teppich nicht dem Gläubiger gehört, so kommt nur Haftung nach Art. 55 [1499] OR in Betracht, nicht hingegen Haftung nach Art. 101¹²². Weshalb - um beim Beispiel zu bleiben - **Art. 101 OR** anwendbar sein soll, wenn der Teppich dem Gläubiger gehört, ist nicht ersichtlich. Der Gläubiger wird ja hier - anders als bei Schlechterfüllung der Sachleistungspflicht - nicht anders betroffen als ein Dritter^{123, 124}.

3. - **Art. 101 OR** greift nicht ein, auch nicht analog, wenn Arbeitnehmer des Schuldners, die weder Erfüllungs- noch Ausübungshelfen sind, positive Vertragsverletzungen begehen. Auch **Art. 55 OR** kommt unmittelbar nicht zum Zuge, da er nach seiner systematischen Stellung nur auf deliktische Schädigungen Anwendung findet. Analogieweise muss er hingegen anwendbar sein¹²⁵. Beispiel: Die Hausangestellte des Inhabers eines Kaufladens, die im Laden nichts zu schaffen hat, verunreinigt Kaufgegenstände. Ein Käufer kann die Gegenstände in der Folge nicht wie vorgesehen gebrauchen und erleidet dadurch einen Schaden. Nach **Art. 101 OR** haftet der Ladeninhaber nicht, da die Hausangestellte weder seine Erfüllungs- noch seine Ausübungshelfin war. Hingegen haftet er allenfalls nach **Art. 55 OR**, falls sie "in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen" im Sinne dieser Bestimmung handelte und ihm der Exzeptionsbeweis misslingt¹²⁶.

IV. Zusammenfassende Schlussbemerkungen und Ausblick

1. - Nicht speziell geregelte positive Vertragsverletzungen werden von der herrschenden Auffassung nach **Art. 97 OR** geahndet. Die Haftungsmodalitäten entsprechen denjenigen bei verschuldeter Leistungsunmöglichkeit. Dies jedenfalls hinsichtlich Verjährung und Hilfspersonenhaftung. Hinsichtlich der Beweislastverteilung wird zwar verbal ebenfalls Angleichung an die Unmöglichkeit befürwortet, der Sache nach aber werden Unterschiede zugelassen. So ist bei der Unmöglichkeit der Schuldner sowohl hinsichtlich Vertragsverletzung als auch Verschulden beweisbelastet, während bei einem Grossteil der positiven Vertragsverletzungen der Gläubiger die Vertragsverletzung nachzuweisen hat.

M.E. ist die Haftungsgrundlage positiver Vertragsverletzungen nicht ausschliesslich in **Art. 97 OR** zu sehen. Vielmehr ist aus dieser Bestimmung, den Verzugs- und überhaupt allen vertraglichen Haftungsregeln der allgemeine Grundsatz abzuleiten, dass der Schuldner zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, den er dem Gläubiger durch schuldhaftes Pflichtverletzungen zufügt. Diese Haftung ist eine "vertragliche" in dem Sinne, als sie prinzipiell nur gegenüber dem Vertragspartner Platz greift und einen gültigen Vertrag voraussetzt.

2. - Damit ist über die Haftungsmodalitäten noch nichts gesagt. Eine Einheitslösung ist angesichts der sehr unterschiedlichen positivrechtlichen Regeln betr. die positiven Vertragsverletzungen abzulehnen. Vielmehr ist für die verschiedenen Typen solcher Vertragsverletzungen die je angemessene Regelung zu suchen. Vorstehend wurde dies nur teil- und ansatzweise getan. Ausser Betracht gelassen wurde namentlich die Lossagung vom Vertrag. Sodann wurden wichtige Verletzungstatbestände überhaupt nicht behandelt, so u.a. die Schlechterfüllung von Dienstleistungspflichten.

3. - Neu überdacht werden sollte die Ahndung von Schutzpflichtverletzungen. Schutzpflichten werden - von Ausnahmen abgesehen - nicht vereinbart, noch können sie durch Vertragsergänzung gewonnen werden. Es handelt sich vielmehr um gesetzliche Pflichten, die inhaltlich ausschliesslich auf den Rechtsgüterschutz des Vertragspartners gerichtet sind. Allgemeiner Rechtsgüterschutz ist aber Aufgabe des Deliktsrechts.

[1500] Es sollten daher deliktsrechtliche Sanktionen Platz greifen. Dabei sind allerdings Abweichungen vom allgemeinen Deliktsrecht nicht vom vornherein ausgeschlossen, wie ja auch etwa die Haftung für culpa in contrahendo, die richtigerweise ebenfalls als deliktische Haftung aufzufassen ist, in den Modalitäten nicht notwendig dem allgemeinen Deliktsrecht folgt. Eine

Anlehnung an das allgemeine vertragliche Haftungsrecht ist abzulehnen, da die betreffenden Regeln nicht passen. Nicht entscheidend ist hingegen, dass es sich bei den Schutzpflichten um gesetzliche (nicht vertragliche) Pflichten handelt. Denn gesetzliche Pflichten können selbstverständlich durchaus vertragsrechtlich geahndet werden.

4 - Durch den (grundsätzlich berechtigten) Dualismus von vertraglicher und deliktischer Haftungsordnung entsteht zwangsläufig die Gefahr von Wertungswidersprüchen. Die damit verbundene Koordinationsproblematik ist in der Schweiz noch kaum diskutiert. Sie kann mit Bezug auf die Verletzung von Schutzpflichten vermieden werden, wenn diese Pflichten dem Deliktsrecht unterstellt werden. Im übrigen ist sie insbesondere über das Institut der Drittschadensliquidation zu lösen. Abzulehnen ist hingegen der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

Fussnoten:

1. Meiner Assistentin Frau lic. iur. MONICA POPP danke ich für die Bereinigung der Fussnoten.
2. Literatur (weitere Hinweise in den Fussnoten): E. BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2.A., Zürich 1988 (zit. OR AT); DERS., Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988 (zit. OR BT); B. VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964; C. W. CANARIS, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, JZ (Deutsche Juristenzeitung) 1965, 475 ff.; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 6. A., Heidelberg 1984 (7.A. teilweise abweichend); P. GAUCH/W. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 5. A., Zürich 1991/1992; TH. GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991, §§ 1-48 bearbeitet von A. KOLLER (zit. GUHL/MERZ/KOLLER); H. HAUSHEER, in: Medical Responsibility in Western Europe (herausgegeben von DEUTSCH/SCHREIBER), Berlin 1985; U. HUBER, Leistungsstörungen, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln 1981; P. JÄGGI, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich 1976; A. KNETSCH, Das Verhältnis von Vertrags- und Deliktsrecht, Köln 1975; A. KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach **Art. 101 OR**, Diss. Freiburg/CH 1980 (zit. Erfüllungsgehilfe); DERS., Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg 1985 (zit. Gutgläubensschutz); DERS., Fehlerhafte Preisentscheide bei Architekturwettbewerben, in: Festschrift für PETER GAUCH, Freiburg 1989 (zit. Fehlerhafte Preisentscheide); DERS., Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Der Grundstückskauf, herausgegeben von A. KOLLER, St. Gallen 1989; E. A. KRAMER, Arbeitsvertragsrechtliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung, Wien 1975; M. KUHN, Die Entwicklung in der Haftpflicht des Arztes, ZSR 1986, 469 ff.; K. LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. A., München 1987; I. MEIER, Zum Problem der Beweislastverteilung im schweizerischen Recht, ZSR 1987, 705 ff.; M. NEUENSCHWANDER, Die Schlechterfüllung, Diss. Bern 1971; H. REY, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, in: Festschrift für MAX KELLER, Zürich 1989; P. SCHLECHTRIEM, Vertragsordnung und ausservertragliche Haftung, Frankfurt a.M. 1972 (zit. Vertragsordnung); DERS., Vertragliche und ausservertragliche Haftung, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, Köln 1981 (zit. Gutachten); K. SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, 2 Bände, Bern 1975 (zit. Verjährung I bzw. II); H. STOLL, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen,

Festschrift für FRITZ v. HSTOLLPEL, 1967; v. TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, erster Band, erste Lieferung, 3. A., Zürich 1974; zweite Lieferung, 3. A., Zürich 1979; v. TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, zweiter Band, 3. A., Zürich 1974; v. TUHR/PETER/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Supplement, Zürich 1984; R. H. WEBER, Schutzpflichten - Ein Sozialstaatsgedanke? in: Festschrift für Hans Giger, Bern 1989; E. WEBER-HÄUSERMANN, Haftung für Hilfspersonen, Diss. Zürich 1984; F. WERRO, La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle, ZSR 1989, I, 253 ff.; F. WESTHELLE, Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung, Köln 1978; W. WIEGAND, Die Leistungsstörungen, recht 1983, 1 ff., und 1984, 13 ff.; W. YUNG, Devoirs généraux et obligations, Festgabe für WILHELM SCHÖNENBERGER, Freiburg 1968.

- 3 Die Bestimmungen betreffen nicht ausschliesslich Haftungsfragen. Namentlich sieht **Art. 98 Abs. 1 OR** die Möglichkeit der Ersatzvornahme vor für den Fall, dass der Schuldner eine Verpflichtung zu einem Tun nicht erfüllt.
- 4 Gemeint sind selbständige Unterlassungspflichten, d.h. Verbindlichkeiten, die auf eine Unterlassung gehen. Die Verletzung von Nebenpflichten, die eine Unterlassung zum Gegenstand haben, wird demgegenüber weitgehend unter **Art. 97 OR** subsumiert (vgl. gleich nachstehend im Text).
- 5 Alle drei Bestimmungen umschreiben allerdings weder Haftungsvoraussetzungen noch Haftungsfolgen vollständig. Zur Ergänzung sind z.B. Art. 99, 100 und 101 OR heranzuziehen, ferner die einschlägigen Verjährungsregeln, **Art. 127 ff. OR**.
- 6 Jedenfalls nicht nach dem deutschen und französischen. Zum italienischen Text vgl. FN 30.
- 7 v. BÜREN, 383; NEUENSCHWANDER, 43.
- 8 GAUCH/SCHLUEP, Nr. 2612, ähnlich z.B. v. TUHR/ESCHER, 107, OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 8 und 17 der Vorbem. zu Art. 97 - 109 OR, H. R. BARTH, Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit, Diss. Zürich 1958, 7, sowie OFTINGER, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1973, 163, der vom "nicht umfassend genug formulierten Wortlaut von OR 97 I" spricht. Anderer Ansicht ist JÄGGI (vgl. unten FN 61 und Text III/4 Ziff. 2).
- 9 NEUENSCHWANDER, 46; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 2610; v. TUHR/ESCHER, 106 f. Die Terminologie ist allerdings nicht einheitlich.
- 10 Nicht unter **Art. 97 OR** fällt, wie bereits erwähnt, die Verletzung von Unterlassungspflichten (**Art. 98 Abs. 2 OR**). Zu beachten ist sodann, dass positive Vertragsverletzungen unter Umständen ein Vertragsauflösungsrecht begründen, das sich nicht auf **Art. 97 OR** stützen lässt. Ein solches Recht ergibt sich z.T. aus speziellen Bestimmungen (z.B. Art. 258, 259b, 368 OR), im übrigen aus analoger Anwendung von **Art. 107-109 OR** (vgl. etwa BGE 69 II 244 betr. vorzeitige Erfüllungsverweigerung, BGE 59 II 308). Aus der Lehre vgl. z.B. BUCHER, OR AT, 336, Text und FN 35; WIEGAND, recht 1984, 20 f. (Auflösungsrecht nach **Art. 107 ff. OR** bei "schwerwiegenden Pflichtverletzungen"), v.a. aber NEUENSCHWANDER, 48 (mit weiteren Hinweisen) und 95 ff.
- 11 Der Ausdruck positive Vertragsverletzungen stammt von STAUB (Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag,

Berlin 1902, 46 ff.). STAUB reagierte auf die Enge des BGB, das - ähnlich dem schweizerischen Recht - nur Unmöglichkeit und Verzug in allgemeiner Weise regelt. Er liess sich von der Vorstellung leiten, dass der Schuldner in den Fällen der Unmöglichkeit und des Verzugs etwas nicht tue, was er solle (leisten nämlich), während er bei den positiven Vertragsverletzungen etwas tue, was er nicht solle, indem er etwa schlecht leiste oder einer Unterlassungspflicht zuwiderhandle. Dieser Gegensatz ist, "wie man inzwischen allgemein erkannt hat, nicht haltbar: der Schuldner, der sich seine Leistung etwa dadurch, dass er die Sache an einen Dritten veräussert, unmöglich macht, tut ebenfalls 'positiv', was er nicht tun soll" (LARENZ, 367, auch zum Vorstehenden).

- 12 Es geht ausschliesslich um die Frage, ob für den durch eine positive Vertragsverletzung angerichteten Schaden gehaftet wird. Nicht eingegangen wird auf die Frage, ob allenfalls der Vertrag aufgelöst werden kann (vgl. dazu FN 10).
- 13 ESSER/SCHMIDT, 446.
- 14 Vgl. zum Folgenden ESSER/SCHMIDT, 446 ff.
- 15 Ist ein Nachholen korrekter Leistung ausgeschlossen, liegt (teilweise) Unmöglichkeit vor. Das ist aber längst nicht immer der Fall (vgl. z.B. LARENZ, 363 f.).
- 16 Vgl. z.B. NEUENSCHWANDER, 27 f.
- 17 ESSER/SCHMIDT, 448.
- 18 Beispiel von ESSER/SCHMIDT, 448.
- 19 Vgl. zum Folgenden E. A. KRAMER, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N 97 ff.
- 20 Eingehend zu den Schutzpflichten die in FN 2 erwähnte Diss. von NEUENSCHWANDER.
- 21 Die Verletzung der Schutzpflicht von [Art. 328 OR](#) ist - im Unterschied zu den meisten andern Schutzpflichten - nicht "nur durch Schadenersatzansprüche, sondern unter Umständen durch Leistungs- und Unterlassungsklagen sanktioniert" (KRAMER, Berner Kommentar, N 95 der Allgemeinen Einleitung in das schweizerische OR; DERS., Arbeitsvertragsrechtliche Verbindlichkeiten, 95 ff.).
- 22 Eine selbständige Schutzpflicht wurde in der Praxis z.B. zulasten des Gastwirts angenommen: der Gastwirt habe nicht nur die Pflicht, Speise und Trank zu verabreichen, sondern auch dafür zu sorgen, dass der Gast diese in Ruhe verzehren kann, "sans qu'il en résulte un préjudice pour sa santé ou son intégrité corporelle" (BGE 71 II 114 f. E. 4). Weitere Rechtsprechungshinweise bei GUHL/MERZ/KOLLER, 226.
- 23 Als Schutzpflichten werden normalerweise nur Nebenpflichten aufgefasst, welche dem Schutz absoluter Güter des Vertragspartners dienen. Diesen verwandt sind Nebenpflichten, die (nur) den Schutz von Vermögensinteressen zum Inhalt haben (vgl. z.B. [BGE 115 II 251](#), [113 II 174](#)).
- 24 NEUENSCHWANDER, 18 f.; WEBER-HÄUSERMANN, 74; anders KRAMER, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N 142 ff., vor ihm schon Patry, ZBJV 1957, 61 f. In B1HE 1890, 57 f., wurde einer Schutzpflicht, die nach heute herrschender Auffassung zu den vertraglichen gerechnet würde, die vertragliche Natur ausdrücklich abgesprochen.
- 25 Vgl. NEUENSCHWANDER, 63 ("Die vertraglichen Schutzpflichten sind ja nur Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes, dass derjenige, der eine Gefahr schafft, für entsprechende Schutzmassnahmen zu sorgen hat."); MERZ, Berner Kommentar, N 269 zu [Art. 2 ZGB](#); S

CHLECHTRIEM, Vertragsordnung, 308. Nach MERZ lassen sich die Schutzpflichten zwar "auf den allgemeinen Grundsatz zurückführen, dass eine Schutzpflicht zu erfüllen hat, wer einen Gefahrenzustand schafft" (Gefahrensatz). "Soweit die Gefährdung mit der Abwicklung des Vertrages im Zusammenhang steht", wird aber "die Schutzpflicht zur vertraglichen Nebenpflicht, was nicht für den Grundsatz, wohl aber für die gesteigerten Anforderungen an die aufzuwendende Sorgfalt von Bedeutung ist." Die vertraglichen Schutzpflichten sollen also mit den ausservertraglichen nicht genau identisch sein.

- 26 So H. STOLL, AcP 1932, 298, dessen Auffassung sich KRAMER zu eigen macht (Berner Kommentar, N 98 der Allgemeinen Einleitung in das schweizerische OR, ebenso Münchener Kommentar, N 72 der Einleitung vor § 241 BGB).
- 27 Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N 141.
- 28 Ablehnend gegenüber der Theorie vom "sozialen Kontakt" NEUENSCHWANDER, 14 ff.
- 29 Vgl. E. A. KRAMER, Münchener Kommentar, Einleitung vor §241 BGB, N 75.
- 30 Eindeutig insoweit der deutsche und der französische Gesetzestext. Der italienische Text ist hingegen weiter ("il debitore che non adempie fobbligazione o non la adempie nel debito modo, e tenuto...").
- 31 Einzelne Autoren wenden ihn - gestützt auf den italienischen Gesetzestext (FN 30) - unmittelbar an (so NEUENSCHWANDER, 43 f.). Für analoge Anwendung z.B. BECKER, Berner Kommentar, N 7, 10 zu Art. 97 OR. Die Abgrenzung unmittelbare/analoge Anwendung von Rechtsnormen ist im übrigen in der Methodenlehre umstritten.
- 32 Abweichend OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 3 zu Art. 97 OR, die nur die quantitative Unmöglichkeit unter das "nicht gehörig bewirkt" subsumieren.
- 33 Berechtig ist er wohl in jedem Fall: GAUCH/SCHLUEP, Nr. 3317 (dort auch zur Frage, ob er sie annehmen muss). Eingehend zur ganzen Problematik neustens AEPLI, Zürcher Kommentar, N 109 ff. zu Art. 119. Zum deutschen Recht vgl. §§ 282 und 325 BGB.
- 34 Haftung hier im engen Sinne verstanden als Schadenersatzpflicht. Nicht ausgeschlossen ist, dass an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung eine andere Leistungspflicht tritt (Pflicht zur Herausgabe des stellvertretenden commodum).
- 35 Im Falle verschuldeter Leistungsunmöglichkeit geht die Leistungspflicht nach stereotyper Formulierung nicht unter, sondern wird lediglich in eine Schadenersatzpflicht umgewandelt. Der Schuldner wird somit nicht frei, vielmehr wird lediglich die "primäre Leistungspflicht" durch eine "sekundäre" ersetzt (LARENZ, 369). Diese soll in ihren Modalitäten (z.B. Verjährung) grundsätzlich der primären Leistungspflicht folgen (v. TUHR/ESCHER, 104 f.).
- 36 Diese gängige Formulierung ist in zweierlei Hinsicht ungenau. Einmal wird nicht das Verschulden als solches vermutet; vermutet werden vielmehr die Tatsachen, die auf ein Verschulden schliessen lassen (HAUSHEER, 758). Sodann handelt es sich nicht um eine Vermutung im engen rechtstechnischen Sinne (KUMMER, Berner Kommentar, N 353 ff. zu Art. 8 ZGB).
- 37 Interesse "am Bekommen der Leistung" (LARENZ, 28).
- 38 Aber auch wo dies nicht zutrifft, ist unter Umständen das Erhaltungsinteresse beeinträchtigt, so etwa dann, wenn der Käufer wegen verspäteter Lieferung der Kaufsache eine Konventionalstrafe zu bezahlen hat (Interesse, dass das bestehende Vermögen nicht geschmälert wird).

- 39 Die Lehre scheint das Leistungsinteresse z.T. in einem engeren Sinne zu verstehen; z.B. N EUENSCHWANDER, 12 f., der offenbar davon ausgeht, dass die beiden Interessen zwar nicht praktisch, theoretisch aber eindeutig zu unterscheiden sind.
- 40 So z.B. GUHL/MERZ/KOLLER, 223; BUCHER, OR AT, 424, Text und FN 27; KOLLER, Fehlerhafte Preisentscheide, 123. A.A. v. TUHR/ESCHER, 105 FN 79.
- 41 Damit ist freilich nicht gesagt, dass alles, was heute zu den Vertragsverletzungen gerechnet wird, auch tatsächlich Vertragsverletzungen sind. Im weiteren ist nicht gesagt, dass die Regelung von Vertragsverletzungen nicht teilweise nach deliktischen Grundsätzen erfolgen könnte. S. z.B. unten II/3 Ziff. 2.
- 42 BUCHER, OR AT, 336 FN 36.
- 43 Ähnlich für das deutsche Recht LARENZ, 367: Aus den Verzugsvorschriften und den Unmöglichkeitregeln sei der allgemeine Grundsatz abzuleiten, dass der Schuldner für Vertragsverletzungen hafte. "Dieser ungeschriebene, aber dem Gesetz selbst zu entnehmende Grundsatz gehört zum gesicherten Bestand des heutigen Schuldrechts."
- 44 BECKER, Berner Kommentar, N 57 zu [Art. 97 OR](#).
- 45 Der Schuldner kann den Entlastungsbeweis v.a. auf zwei Arten führen (v. TUHR/ESCHER, 118; neustens WERRO, 286): einmal durch den Nachweis, dass die Ursache der Unmöglichkeit "ein Umstand war, der ausserhalb seiner Einwirkungsmöglichkeit lag (z.B. Blitzschlag, unvorhersehbares Verhalten eines Dritten)" (LARENZ, 334), ferner indem er dartut, dass er alle nötigen Massnahmen (z.B. Überwachung) getroffen hatte, um die Leistungsmöglichkeit zu erhalten (vgl. LARENZ, a.a.O.).
- 46 Vgl. z.B. HAUSHEER, 759. Ebenso für das deutsche Recht z.B. STOLL, 535.
- 47 Z.B. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 2775; NEUENSCHWANDER, 27.
- 48 Vgl. [BGE 113 II 421 ff.](#)
- 49 LARENZ, 371; ebenso STOLL, 535.
- 50 Im Ergebnis gleich BECKER, Berner Kommentar, N 96 zu [Art. 97 OR](#). Vgl. mit Bezug auf das deutsche Recht § 282 BGB; dazu Stoll, 535; LARENZ, 371 f.
- 51 Vgl. v. TUHR/ESCHER, 117, und BECKER, N 96 zu [Art. 97 OR](#), der den Grund für die Verschuldensvermutung im "Umstand" sieht, "dass der Schuldner kraft des Vertrages haftbar bleibt, bis er eine rechtsaufhebende Tatsache nachgewiesen hat: rechtsaufhebend ist aber nicht die Unmöglichkeit als solche, sondern nur die unverschuldete Unmöglichkeit". BECKER will damit offenbar sagen, dass der Schuldner in forma specifica oder aber in Form von Schadenersatz zur Leistung verpflichtet ist und von der so verstandenen Leistungspflicht nur frei wird, wenn er beweist, dass Erfüllung in forma specifica ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist. Diese Argumentation, die letztlich die Verschuldensvermutung des [Art. 97 OR](#) als blossen Ausfluss der Beweislastregel von [Art. 8 ZGB](#) betrachtet, scheint angesichts des Wortlauts von [Art. 119 Abs. 1 OR](#) überzeugend. Ähnlicher Gedanke auch (mit Bezug auf das deutsche Recht) bei DONAU, NJW 1973, 1502; STOLL, 531; ESSER/SCHMIDT, 454.
- 52 Der ja in der Regel keinen Einblick in die internen Vorgänge im Betrieb des Schuldners hat.
- 53 Dieser Gedanke allein ist aber nicht entscheidend. Sonst müsste der Schuldner auch im ausservertraglichen Bereich beweispflichtig sein, wo er die besseren Beweismöglichkeiten hat.
- 54 Vgl. v. TUHR/ESCHER, 117.

- 55 Entsprechendes galt schon unter dem aOR (vgl. z.B. BGE 17, 317).
- 56 Der Mangel ist - analog der Unmöglichkeit - vom Gläubiger zu beweisen.
- 57 NEUENSCHWANDER, 27 (mit weiteren Nachweisen in FN 27); HAUSHEER, 759, mit Hinweis auf **BGE 108 II 59 ff.**; WIEGAND, recht 1984, 19 f.; GAUTSCHI, Berner Kommentar, N 26b und 23c zu **Art. 398 OR**; STEYERT, SJZ 1981, 109 f.; R. WEBER, Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, **AJP/PJA 2/1992, 185**; weitere Hinweise bei KUHN, 485 FN 54; aus der neueren Rechtsprechung vgl. **BGE 115 Ib 175 ff.** (allgemeine Erwägungen und Anwendung auf den konkreten Einzelfall scheinen sich allerdings teilweise zu widersprechen). Ist der Sorgfaltsmangel (sog. Kunstfehler) bewiesen, so verbleibt dem Schuldner (Arzt) nach herrschender Auffassung der Nachweis fehlenden Verschuldens (die Exkulpationsmöglichkeit wird dabei aus **Art. 97 OR** abgeleitet, was sich mit den eben im Text in Ziff. 2 Abs. 2 erwähnten Gründen rechtfertigen lässt). Diese Beweislastregelung entspricht derjenigen im Bereiche der ausservertraglichen Haftung (NEUENSCHWANDER, 29 FN 34), da subjektive Entlastungsgründe auch dort, wo der Verschuldensbeweis dem Geschädigten (Patient) obliegt, vom Schädiger (Arzt) zu beweisen sind (rechtshindernde Tatsachen, vgl. unten III/3 Ziff. 1). Die Abgrenzung von objektiver Sorgfaltsverletzung (Kunstfehler) und Verschulden bereitet Praxis und Lehre Schwierigkeiten (vgl. z.B. **BGE 115 Ib 175 ff.**; NEUENSCHWANDER, 29; WIEGAND, recht 1984, 20); nach HEINI (SJZ 1990, 16) kann sie "praktisch kaum bewerkstelligt werden". Z.T. lässt sich die Tendenz feststellen, die Beweislast hinsichtlich des objektiven Sorgfaltsmangels dem Arzt aufzuerlegen. Vgl. z.B. Obergericht Zürich in SJZ 1980, 383 f. (kritisiert von STEYERT, a.a.O.; begrüsst von KUHN, 486 f., ILERI, SJZ 1981, 333 ff.), ferner STARK, Festschrift für ULRICH HÄFELIN, Zürich 1989, 578, betr. die Staatshaftung für Ärzte. Auch in anderem Zusammenhang findet sich die Tendenz, die Beweislast zulasten des Schuldners zu verschieben (vgl. etwa ZR 1988, 249). "Europarechtlich" interessant ist ein Richtlinienentwurf der Kommission der europäischen Gemeinschaften über die Haftung bei Dienstleistungen. Danach soll der Geschädigte den Kausalzusammenhang zwischen der Dienstleistung und dem Schaden zu beweisen haben, wogegen der Schuldner sich zu exkulpieren habe. Im Ergebnis bedeutet dies gegenüber dem gegenwärtigen schweizerischen Rechtszustand eine weitgehende Umkehr der Beweislast.
- 58 Betr. die Haftung aus einem Innominatvertrag vgl. **BGE 113 II 427 E. Ib, 428**.
- 59 BECKER, Berner Kommentar, N 97 zu **Art. 97 OR**. KUMMER, Berner Kommentar, N 201 zu **Art. 8 ZGB**, mit der Begründung, die Erfüllung (Nichtverletzung) der Unterlassungspflicht könne vom Schuldner gemeinhin nicht bewiesen werden (negativa non sunt probanda; ein Grundsatz, der allerdings keine generelle Geltung hat, KUMMER, Berner Kommentar, N 194 zu **Art. 8 ZGB**).
- 60 Bei Verletzung einer Unterlassungspflicht ist die beweisrechtliche Ausgangslage ganz anders als im Falle der Unmöglichkeit. Hier steht die Unmöglichkeit, auf welcher der behauptete Schaden beruht, als gleichsam objektiver Ausgangspunkt für den Exkulpationsbeweis fest: Der Gläubiger hat die Unmöglichkeit nachzuweisen, der Schuldner hat zu beweisen, dass er für die Unmöglichkeit nichts kann. An einem solchen objektiven Anknüpfungspunkt fehlt es, solange die Verletzung der Unterlassungspflicht nicht erwiesen ist.
- 61 Das bedarf deshalb der Hervorhebung, weil JÄGGI (FN 2) vor rund zwanzig Jahren eine andere Auffassung vertreten hat. Er geht davon aus, jeder Verstoss gegen allgemeine oder relative Pflichten falle unter **Art. 41 OR**, soweit nicht Spezialbestimmungen eingreifen. Speziell geregelt seien Unmöglichkeit und Verzug (Art. 97, 102 ff. OR). Alle übrigen Vertragsverletzungen seien

hingegen im Prinzip nach Art. 41 OR zu ahnden; eine Ausnahme macht er hinsichtlich der Hilfspersonenhaftung. JÄGGI Auffassung dürfte durch die in Lehre und Rechtsprechung festzustellende Tendenz beeinflusst worden sein, genuin deliktisches Verhalten als positive Vertragsverletzung auszugeben und "konsequenterweise" den Art. 97 ff. OR zu unterstellen, mit der Folge, dass der geschädigte Gläubiger - anders als nach Deliktsrecht (Art. 41 OR) - das Verschulden des Vertragspartners nicht nachzuweisen hat, sich hinsichtlich der Hilfspersonenhaftung auf den gegenüber Art. 55 OR günstigeren Art. 101 OR berufen kann und hinsichtlich der Verjährung in den Genuss des Art. 127 OR kommt, der gegenüber Art. 60 OR meist vorteilhaft ist. Gegenüber der erwähnten Tendenz sind durchaus Bedenken am Platze. Ich glaube jedoch nicht, dass ihnen mit der von JÄGGI gehandhabten Ausdehnung des Widerrechtlichkeitsbegriffs beizukommen ist. Siehe unten im Text Ziff. 2, v.a. aber III/2.

- 62 Und wird von JÄGGI propagiert, und dies nicht nur für positive Vertragsverletzungen, die das Erhaltungsinteresse beeinträchtigen, sondern - wie gesehen (FN 61) - für alle Vertragsverletzungen (auch Verletzung bloss relativer Pflichten) ausser Unmöglichkeit und Verzug. - M.E. ist zumindest die Verletzung von Schutzpflichten vollständig ins Deliktsrecht hinüberzunehmen. Dies wird man weitgehend dadurch bewerkstelligen können, dass man eine Vertragsverletzung überhaupt verneint (unten im Text Ziff. 2). Wo dies nicht möglich ist, weil die Schutzpflichten (ausnahmsweise) vereinbart wurden, sind spezielle vertragliche Haftungsregeln nicht am Platze. Ob man dann sagt, es finde das Deliktsrecht Anwendung oder aber das vertragliche Haftungsrecht sei identisch mit dem Deliktsrecht, ist nur noch von theoretischem Interesse.
- 63 Die Mehrheit der Bestimmungen, die eine Gefährdungshaftung vorsehen, kennen ein einheitliches Haftungsregime. In verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen sind deliktische und vertragliche Haftung überhaupt nicht oder doch kaum getrennt (A. TUNC, La responsabilité civile, 2. A., 45 f.).
- 64 Vgl. aber wiederum JÄGGI (FN 61), der für alle Vertragsverletzungen ausser Unmöglichkeit und Verzug im Prinzip die Anwendung von Art. 41 OR befürwortet. De lege lata ist diese Auffassung nicht haltbar, da mit dem geltenden Widerrechtlichkeitsbegriff unvereinbar.
- 65 Vgl. z.B. SCHLECHTRIEM, Gutachten, 1611, betr. den Frachtvertrag.
- 66 Nach Auffassung des (historischen) Gesetzgebers dürfte allerdings bei Verletzung von Art. 328 OR Vertragsrecht massgeblich sein. Denn mit der Kodifikation der Schutzpflicht des Arbeitgebers (Art. 328 OR, früher 339 OR) sollte offenbar auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche die Schutzpflichtverletzungen schon unter dem aOR vertraglichen Grundsätzen unterwarf (z.B. BGE 20, 487 f., 1129; 22, 1124 f., unentschieden noch BGE 16, 560), sanktioniert werden.
- 67 Diese Auffassung impliziert, dass die Schutzpflichten ausservertragliche und nicht spezielle, zu den ausservertraglichen hinzutretende Pflichten sind. Zu beachten ist jedoch, dass ihre Verletzung nicht notwendig nach den *allgemeinen* Deliktsregeln zu sanktionieren ist (vgl. gleich nachstehend im Text).
- 68 Nicht geregelt ist z.B. die Haftung für Hilfspersonen (Abschlussgehilfen). Z.T. wird Art. 55 OR herangezogen, z.T. Art. 101 OR (Literaturhinweise bei KRAMER, Berner Kommentar, N 141 der Allgemeinen Einleitung in das schweizerische OR; KRAMER selbst ist für Anwendung von Art. 101 OR). PIOTET, ZSR 1975, 269 f., und ZSR 1987, 743 ff., leitet aus Art. 27 OR eine

eigenständige Haftung ohne Exzeptionsbeweis ab. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt **Art. 101 OR (BGE 108 II 422)**. Zum Stand der Diskussion s. auch KOLLER, Grundstückskauf, Nr. 366 ff.

- 69 Diese Problematik umfasst ein ganzes Bündel von Teilproblemen, auf die hier nicht im einzelnen eingegangen werden kann. Eine umfassende Übersicht gibt - für das deutsche Recht - SCHLECHTRIEM, Gutachten; aus der neueren Rechtsprechung vgl. z.B. BGHZ 96, 221 ff. Vgl. auch TUNC (FN 63), 40 ff., v.a. 44 f.
- 70 Vorbehalten sind selbstverständlich Sonderbestimmungen.
- 71 Dass allerdings die Vermutung nicht durchwegs zum Tragen gebracht wird, wurde ebenfalls schon erwähnt.
- 72 Besonders deutlich das Bundesgericht in ARV 1960, Nr. 1.
- 73 Bedenkt man, dass die im Gesetz in genereller Weise geregelten Vertragsverletzungen (Unmöglichkeit, Verzug, Verletzung einer Unterlassungspflicht) teilweise mit je gesonderten Haftungsregeln bedacht wurden, so versteht sich ein analoges Verfahren für die positiven Vertragsverletzungen eigentlich von selbst.
- 74 In der Regel sind vertragliche Ansprüche günstiger als ausservertragliche, weshalb sich etwa die Redewendung eingebürgert hat, ein Dritter sei "nur" deliktsrechtlich geschützt. Indes ist auch das Umgekehrte möglich. So setzen beispielsweise gewisse Vertragsansprüche rechtzeitige Mängelrüge voraus, deliktische Ansprüche hingegen nicht. In beiden Fällen stellen sich Koordinationsprobleme. So stellt sich etwa die Frage, ob sich der Abwicklungsschutz des Verkäufers auch auf deliktsrechtliche Ansprüche des Käufers erstreckt, also die Vertragsordnung die Deliktsordnung teilweise überlagert. Bejaht man die Frage, stellt sich von selbst die weitere Frage, ob Entsprechendes auch für Ansprüche Drittgeschädigter gilt. Vgl. betr. Verjährung unten III/4 Ziff. 3.
- 75 Grundlegend CANARIS in dem in FN 2 zit. Aufsatz; vgl. ferner z.B. KRAMER, Münchener Kommentar, N 73 der Einleitung zu § 241 BGB.
- 76 Vgl. z.B. KRAMER, Münchener Kommentar, Einleitung zu § 241 BGB, N 72 ("den vertraglichen Haftungsregeln nachgebildet").
- 77 Bedingt durch die angeblichen Mängel des Deliktsrechts (namentlich die Möglichkeit des Entlastungsbeweises gemäss § 831 BGB) hat man zunächst genuin deliktisches Verhalten als vertragswidrig deklariert (aus allgemeinen Verkehrssicherungspflichten wurden vertragliche Schutzpflichten) und entsprechend geahndet. Das führte notgedrungen zu Wertungswidersprüchen mit dem Deliktsrecht und diese löst man nun dadurch, dass man das (ohnehin schon überspannte) Vertragsrecht weiter ausdehnt auf deliktische Bereiche (vertragliche Haftung auch ohne [gültigen] Vertrag). Derartige Resultate können nicht befriedigen und sind letztlich wohl nur durch eine Änderung des Deliktsrechts und dannzumal mögliche "Reduktion" des Vertragsrechts vermeidbar.
- 78 "Eine allseits anerkannte Begrenzung des in die Schutzwirkung einzubeziehenden Personenkreises ist noch nicht gefunden" (LARENZ, 228, der auf 227 f. von der Rechtsprechung anerkannte Fälle aufzählt).
- 79 Auf die Leistung berechtigt sind hingegen die betreffenden Dritten nicht. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter schafft somit ein "Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht" (LARENZ, 229).

- 80 ESSER/SCHMIDT, 430 ff.
- 81 LARENZ, 227.
- 82 Grundlegend CANARIS (FN 2); ihm folgend z.B. LARENZ, 231.
- 83 Weder das eine noch das andere ist nötig, wo die beiden Haftungsordnungen - bei grundsätzlichem Festhalten am Dualismus - einander angeglichen werden.
- 84 Nach BUCHER, OR AT, 336, ist die vertragliche Sanktionierung "in der Tradition verwurzelt, letztlich aber durch Billigkeitserwägungen begründet". Derartige Erwägungen entfallen, wenn die Deliktshaftung sachgerecht ausgestaltet wird. Im übrigen mag die Anwendung von Vertragsrecht im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner billig sein, sie führt hingegen zu Unbilligkeiten, wenn man Drittgeschädigte in die Betrachtung miteinbezieht.
- 85 Die Lehre begreift die Haftung unter dem Titel der culpa in contrahendo (z.B. ESSER/SCHMIDT, 435 ff). Damit sind dann aber andere Tatbestände erfasst als die in der Schweiz mit diesem Terminus erfassten.
- 86 In der neusten Lehre bestehen teilweise gegenläufige Tendenzen, vgl. WEBER-HÄUSERMANN, 99 (FN 466), 106 (FN 12), 108 (FN 22); HUBER, 737.
- 87 Wenn also beispielsweise bei einem unechten (Kaufvertrag zugunsten eines Dritten (**Art. 112 Abs. 1 OR**) der Verkäufer Leistungsunmöglichkeit bewirkt, so kann der dadurch entstehende Schaden des Dritten zum vornherein nicht über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter liquidiert werden.
- 88 Befürwortend hingegen KRAMER, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N 144 ff.; W. YUNG, La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés, in: W. YUNG, Etudes et articles, 1971, 314 ff. Ablehnend K. OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 487 FN 40; kritisch auch P. GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag, 3. A., Zürich 1985, Nr. 601.
- 89 Ferner: Knüpft man die "Schutzwirkung zugunsten Dritter" im umschriebenen Sinne an das vertragliche Leistungsverhältnis an, so versteht sich z.B. von selbst, dass der Schuldner nach **Art. 101 OR** für Schäden haftet, die ein Erfüllungsgehilfe einem geschützten Dritten in Ausübung seiner Verrichtungen zufügt. Trennt man jedoch den Drittschutz vollständig vom Leistungsverhältnis, so kann Art. 101 bei natürlicher Betrachtungsweise nur eingreifen, wenn der Schuldner die dem Dritten gegenüber bestehenden Schutzpflichten durch einen Dritten vornehmen lässt. Bei den betreffenden Schutzpflichten aber handelt es sich weitgehend um Sorgfaltspflichten, zu deren "Erfüllung" ein eigentlicher Einsatz von Hilfspersonen ausser Betracht fällt; Art. 101 findet höchstens analoge Anwendung.
- 90 Vgl. dazu z.B. R. WEBER, Drittschadensliquidation - eine Zwischenbilanz, Mélanges PAUL PIOTET, Bern 1990, 215 ff.; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 2685 ff., ferner WEBER-HÄUSERMANN, 33, und die bei KOLLER, Erfüllungsgehilfe, 74 FN 221, Zitierten.
- 91 Vgl. SJZ 1990, 342 Nr. 3.
- 92 Eingehend zu dieser Thematik aus deutscher Sicht: STOLL, 517 ff.; LARENZ, 371 ff. In Deutschland gilt der Grundsatz, dass "der Kläger, der seine Klage auf positive Vertragsverletzung... stützt, die Beweislast für ein Verschulden der Beklagten" trägt (BGHZ 59, 309).

Das erübrigt sich freilich dann, wenn man die Schutzpflichten - entgegen der herrschenden Lehre - als deliktische auffasst. Diesfalls gilt unmittelbar Deliktsrecht.

- 94 Z.B. **BGE 95 II 132 ff.**; a.A. wohl ZR 1957, Nr. 100 (Obergericht Zürich). Vgl. auch BGE 72 II 431/32, wo allerdings das Bundesgericht davon ausgeht, der Geschädigte trage die Beweislast hinsichtlich der Schutzpflichtverletzung nur im Anwendungsbereich von Art. 129 Abs. 2 KUVG (heute **Art. 100 UVG**), nicht generell.
- 95 Zur allgemeinen Bedeutung des Regel/Ausnahmeverhältnisses vgl. KUMMER (FN 36), N 173 zu **Art. 8 ZGB**.
- 96 Berner Kommentar, N 4 zu **Art. 41 OR**.
- 97 Ebenso BGE 21, 523. Ablehnend KUMMER (FN 36), N 243 zu **Art. 8 ZGB**.
- 98 Das hat das Bundesgericht in einem sehr frühen Entscheid (SJZ 2, 9, Nr. 10) getan. Klar ist, dass diese Beweislastverteilung sich nicht auf **Art. 97 OR** abstützen kann. Das hindert jedoch das Bundesgericht nicht, immer wieder zu betonen, bei Schutzpflichtverletzungen gelte **Art. 97 OR** (z.B. BGE 72 II 431 E. 4).
- 99 Die Bestimmung gilt unmittelbar nur bei Wandelung, nach einem Teil der Lehre jedoch analog auch im Falle der Minderung (GIGER, Berner Kommentar, N 55 zu **Art. 208 OR**; gegenteilig **BGE 107 II 165 f. E.a**).
- 100 Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die in Deutschland vorgenommene (für den Schädiger günstige) Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen (vgl. dazu LARENZ, 373 ff.), die vorerst ins Vertragsrecht (z.B. BGHZ 28, 251 ff.), später auch ins Deliktsrecht (z.B. BGHZ 51, 91 ff., v.a. 106) Eingang gefunden hat.
- 101 Die herrschende Lehre stellt allerdings für das Vorliegen eines Mangels bzw. die Anwendung der Mängelrechte auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs (**Art. 185 OR**) ab. M.E. ist dies unzutreffend (vgl. meine Bemerkungen im Basler Kurzkomentar zum OR, N 45 zu Art. 185).
- 102 Im Gegenteil!
- 103 Und zwar handelt es sich m.E. um deliktische Pflichten, die sich aus dem Gefahrensatz ergeben.
- 104 Und dies, obwohl der Wortlaut von **Art. 368 OR** den Eindruck erweckt, der Besteller habe dem Unternehmer ein Verschulden nachzuweisen. Die Frage ist freilich umstritten; vgl. KUMMER, Berner Kommentar, N 286 zu **Art. 8 ZGB**, mit Hinweisen. Aus der neueren Lehre vgl. GAUCH (FN 88), Nr. 1331, P. TERCIER, La partie spéciale du Code des obligations, Zürich 1988, Nr. 2631, WERRO, 290, die alle die Auffassung vertreten, **Art. 368 OR** auferlege dem Unternehmer den Entlastungsbeweis analog **Art. 97 OR**.
- 105 Der Mieter von Skiern verunfallte, weil die Bindung zu stark eingestellt war. Der Mieter hatte nur diesen Mangel nachzuweisen, dem Vermieter oblag der Nachweis fehlenden Verschuldens. Dem Mieter oblag richtigerweise auch der Beweis, dass der Mangel schon bei Skiübernahme vorlag (vgl. oben im Text), was aus dem Entscheid nicht hervorgeht. Lag der Mangel zu der Zeit nicht vor, so ist zwar eine Haftung des Vermieters nicht ausgeschlossen, aber der Mieter trägt dann die Beweislast dafür, dass der Mangel nicht von ihm verschuldet ist (vgl. **Art. 255 Abs. 1 OR** in der bis 1. Juli 1990 geltenden Fassung). Kann der Mieter nachweisen, dass ihn kein Verschulden trifft (seine Frau bezeugt z.B., dass er die Skier gut aufbewahrt hatte), so wird der Vermieter haftbar, wenn er sich nicht exkulpiert (Art. 255 Abs. 2 aOR).
- 106 NEUENSCHWANDER, 85.
- 107 Anders die Rechtsprechung, z.B. **BGE 86 I 251, 80 II 256**; ARV 1960, Nr. 1; ZR 1959, Nr. 67.

- 108 Die Frage ist freilich sehr umstritten, vgl. KOLLER, Gutgläubensschutz, 150 f., FN 583; DERS., Grundstückkauf, Nr. 379.
- 109 S. 177.
- 110 CAVIN, SPR VII/1, 113; BUCHER, OR BT, 107; MERZ, Festschrift für THEO GUHL, Zürich 1950, 106; BECKER (FN 31), N 1 der Vorbem. zu Art. 41-61 OR; A. KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 4. A., Bern 1979, 325; a.A. A. SCHUBIGER, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Diss. Bern 1957, 133 ff.; kritisch zur Auffassung SCHUBIGERS NEUENSCHWANDER, 92. - Die Rechtsprechung ist nicht einheitlich. Im berühmten Steiggurtenfall nahm das Bundesgericht reine Konkurrenz zwischen werkvertraglicher Mängelhaftung und Deliktsansprüchen an (BGE 64 II 259 f.). Im Golduhrenfall (BGE 67 II 132 ff.) hielt es hingegen fest, der Käufer verliere bei Verpassung der Rügefrist grundsätzlich auch den Deliktsanspruch. Auf unseren Zusammenhang übertragen, bedeutet der Entscheid, dass nach Ablauf der kaufrechtlichen Verjährungsfrist auch Deliktsansprüche verjährt sind. In BGE 90 II 86 ff. liess das Bundesgericht dahingestellt, ob der von der Vorinstanz vertretenen, auf BGE 67 II 132 ff. gestützten Ansicht noch zu folgen sei, dass auch Deliktsansprüche den kaufrechtlichen Verjährungs- und Rügebestimmungen unterliegen. Faktisch war das Bundesgericht schon in einem früheren, unveröffentlichten Entscheid aus dem Jahre 1953 von BGE 67 II 132 ff. wieder abgewichen: Ein Viehhändler hatte Schweine verkauft, die zur Zeit der Ablieferung mit Schweinepest infiziert waren, die auf den Schweinebestand des Käufers Übergriff. Die ausservertragliche Haftung des Verkäufers wurde bejaht, obwohl kein schriftliches Gewährleistungsversprechen (Art. 198 OR) vorlag (zit. nach NEUENSCHWANDER, 91 f.).
- 111 Vgl. zur Problematik SPIRO, Verjährung I, 468 f., Verjährung II, 684 ff.
- 112 (Zum Folgenden vgl. KOLLER, Erfüllungsgehilfe, Nr. 492 ff.) Unterschiedlich ist vorab der Begriff der Hilfsperson. Im ausservertraglichen Bereich sind Hilfspersonen nur Dritte, die dem potentiell Haftpflichtigen (Geschäftsherrn) untergeordnet sind; welche Dienste sie für ihn zu verrichten haben, ist ohne Belang. Demgegenüber können Hilfspersonen im Sinne von Art. 101 OR auch selbständige Dritte sein. Es genügt andererseits nicht, dass sie für irgendwelche Dienstleistungen beigezogen werden: Nur der Bezug zur Erfüllung von Verbindlichkeiten bzw. zur Ausübung von Rechten macht zur Hilfsperson (Erfüllungs- bzw. Ausübungsgehilfen). Unterschiede bestehen sodann hinsichtlich der Haftungsvoraussetzungen. Die wichtigsten seien hier genannt: Art. 55 OR betrifft deliktische Schädigungen (Widerrechtlichkeit ist vorausgesetzt, BGE 95 II 106 f. E. b), Art. 101 OR hingegen Vertragsverletzungen. Sodann hat der Geschäftsherr nach Art. 55 die Möglichkeit, sich zu entlasten, indem er dartut, dass er gewisse objektiv gebotene Massnahmen getroffen hat (die Sorgfaltspflicht bezieht sich insbesondere auf die Auswahl, Instruktion und Beaufsichtigung der Hilfsperson, auf die zweckmässige Organisation des Betriebs, BGE 90 II 90 E. c, sowie auf die Verwendung geeigneten Materials, BGE 64 II 262 E. 1). Art. 101 kennt keine derartige Entlastungsmöglichkeit: Der Geschäftsherr kann lediglich dartun, dass ihm, hätte er anstelle der Hilfsperson gleich wie diese gehandelt, kein Verschulden vorgeworfen werden könnte (Nachweis fehlenden hypothetischen Verschuldens, KOLLER, Erfüllungsgehilfe, Nr. 302 ff.). Zur Hilfspersonenhaftung s. eingehend SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984.
- 113 Hinsichtlich der Beweislast mit Bezug auf das hypothetische Verschulden gilt mutatis mutandis dasselbe wie im Fall, da der Schuldner selbst schlecht geleistet hat (vgl. dazu oben III/3 Ziff. 2).

- 114 Zusätzlich ist vorausgesetzt, dass die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen gehandelt hat. Das ist jedoch bei Schlechterfüllungstatbeständen praktisch immer der Fall, selbst bei vorsätzlichem Verhalten der Hilfsperson (vgl. KOLLER, Erfüllungsgehilfe, Nr. 297 und 299 sowie Nr. 293 a.E. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).
- 115 Beispiele aus der Rechtsprechung: fehlerhaftes Beschlagen eines Pferdes (BGE 46 II 128 ff.), unsorgfältige Reparatur eines Steiggurtes (BGE 64 II 254 ff.). Weitere Nachweise bei KOLLER, Erfüllungsgehilfe, Nr. 270 und FN 243.
- 116 Sofern man nicht (in "Sonderkontakten") **Art. 101 OR** ausnahmsweise analog heranzieht (vgl. betr. culpa in contrahendo **BGE 108 II 422**).
- 117 S. 176.
- 118 Ich unterstelle, dass es sich um einen **unechten** Kaufvertrag zugunsten des Freundes handelt. Handelt es sich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter, so ist der Freund Vertragsgläubiger und kann als solcher ohne weiteres nach Vertragsrecht vorgehen. Auf die Regeln über die Drittschadensliquidation braucht dann nicht gegriffen zu werden.
- 119 Wer allerdings der Auffassung ist, dass im Vertragsverhandlungsverhältnis für Hilfspersonen nach **Art. 101 OR** gehaftet wird, der muss sich überlegen, ob eine solche Haftung nicht auch bei andern "gesteigerten Sonderkontakten" - wie eben einem ungültigen Schuldverhältnis - anzunehmen ist.
- 120 Beispiele aus der Rechtsprechung bei KOLLER, Erfüllungsgehilfe, Nr. 271.
- 121 Vgl. auch den "Rechtsprechungskommentar" von JÄGGI, 176, sowie WEBER-HÄUSERMANN, 89: "Der Begriff des funktionellen Zusammenhangs ist konkretisierungsbedürftig und hat... zur Annahme von gewissen vertraglichen Schutzpflichten geführt."
- 122 Vorbehalten sind auch hier Fälle der Drittschadensliquidation.
- 123 Bei Schlechterfüllung der Sachleistungspflicht bekommt der Gläubiger das, was er sich hat versprechen lassen, nicht so wie versprochen. **Art. 101 OR** schneidet nun dem Schuldner den Einwand, er habe nicht selbst erfüllt, zu Recht ab. Gegenüber Dritten, denen der Schuldner nichts versprochen hat, erübrigt sich eine entsprechende Anordnung zum vornherein. Ihnen gegenüber geht es um die Neubegründung einer Pflicht, während es gegenüber dem Gläubiger im wesentlichen nur um die Umformung der Leistungspflicht in eine Schadenersatzpflicht geht. Das ist ein wesentlicher Unterschied.
- 124 Vorstehend wurde ausschliesslich der Fall dargestellt, da der Sachleistungsschuldner einen Dritten bei der Erbringung der Sachleistung heranzieht. Ausser Betracht blieb der - praktisch wenig bedeutsame - Fall, da ein Vertragspartner einen Dritten zur Erfüllung einer Schutzpflicht heranzieht. An der in meiner Diss. (Erfüllungsgehilfe, Nr. 148) geäusserten Auffassung (Anwendung von **Art. 101 OR**) kann nicht ohne weiteres festgehalten werden. Ich ging dort von der vertraglichen Natur der Schutzpflichten aus. Begreift man diese Pflichten als deliktische, kann **Art. 101 OR** höchstens analog herangezogen werden, etwa gestützt auf die Erwägung, dass zwischen Schuldner und Gläubiger ein "Sonderkontakt" besteht. Der Sonderkontakt als solcher dürfte allerdings zum vornherein nicht entscheidend sein. Er erlaubt jedoch dem Vertragspartner, die mit dem Schädigungsrisiko verbundenen Kosten (z.B. Versicherungskosten) auf den Vertragspartner zu überwälzen. Dieser Gesichtspunkt spricht für die (analoge) Anwendung von **Art. 101 OR**. Die Frage bedürfte aber genauerer Abklärung, namentlich auch hinsichtlich der Koordination mit dem Deliktsrecht. Insoweit ist zu beachten,

dass der Beizug zur Erfüllung allgemeiner Pflichten (der Ersteller eines Hauses zieht beispielsweise zwecks Erfüllung einer allgemeinen, aus dem Gefahrensatz fließenden Verkehrssicherungspflicht einen Dritten bei) kaum die Anwendung von Art. 101 OR zur Folge haben dürfte.

125 Dogmatisch kann dies durch eine extensive Anwendung von Art. 99 Abs. 3 OR gerechtfertigt werden.

126 In Deutschland würde man in derartigen Fällen wiederum § 278 BGB zur Anwendung bringen.