

---

## Für Hilfspersonen wird nicht gehaftet – oder doch?

### Art. 101 Abs. 2 OR im Lichte der Ungewöhnlichkeitsregel

SUSAN EMMENEGGER/NICOLA JEGHER/SERAINA GRAF\*

#### Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	177
II.	Haftung für eigenes und fremdes Handeln.....	178
III.	Vertragliche Haftungsmodifikationen.....	180
	A. Unmittelbare Haftungsmodifikationen .....	180
	B. Mittelbare Haftungsmodifikationen.....	182
IV.	Grenzen vertraglicher Haftungsmodifikationen.....	182
	A. Eigenes Handeln .....	183
	B. Hilfspersonen.....	185
	C. Die Problematik der Unterscheidung.....	185
	D. Lösungsansätze im Überblick.....	186
V.	Ungewöhnlichkeitsregel als Freizeichnungsschranke.....	187
	A. Dispositives Gesetzesrecht: Leitbild für die Ungewöhnlichkeit.....	187
	B. Verlust des Leitbildcharakters von Art. 101 Abs. 2 OR.....	188
	C. Fazit .....	192
VI.	Schluss .....	193

#### I. Einleitung

Unsere moderne Wirtschaft ist gekennzeichnet durch eine weitgehende Arbeitsteilung und Spezialisierung. Als Vertragsparteien stehen sich im Regelfall entweder Unternehmen oder aber Unternehmen als Leistungserbringer und Einzelpersonen als Leistungsempfänger gegenüber. Auch der individuell ausgehandelte Vertrag tritt immer mehr in den Hintergrund; er wird abgelöst durch Allgemeine Vertragsbedingungen, im Rahmen derer eine Partei die

---

\* Dieser Beitrag ist ein generationenübergreifender Dank der Kollegin, des wissenschaftlichen Mitarbeiters und der studentischen Hilfskraft an den Jubilar: Danke für das Wohlwollen, die Diskussionsbereitschaft, das Zuhören und die unermüdliche Unterstützung auf allen Stufen des universitären Wirkens. Merci, Thomas!

Rechte und Pflichten einseitig festlegt. Insoweit hat sich das Vertragsumfeld seit dem Inkrafttreten des Obligationenrechts im Jahr 1911 grundlegend verändert. Unverändert gelten aber die Bestimmungen für die Haftung von Hilfspersonen. Diese Haftung ist zunächst eine umfassende: Die Vertragspartner müssen für ihre Hilfspersonen einstehen (Art. 101 Abs. 1 OR). Allerdings erlaubt das Gesetz, dass man diese Haftung – mit wenigen Ausnahmen – vollständig ausschliessen kann (Art. 101 Abs. 2 und 3 OR). Dass dies nicht mehr zeitgemäss ist, ist unstrittig. Entsprechend werden in Lehre und Rechtsprechung Korrektive entwickelt. Ein solches Korrektiv soll hier genauer untersucht werden. Es gehört zu den Materien, die dem Jubilar besonders am Herzen liegen: Die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in diesem Fall spezifisch die Ungewöhnlichkeitsregel.

## II. Haftung für eigenes und fremdes Handeln

Leitgedanke der vertraglichen Haftung ist das Verschuldensprinzip. Der Schuldner haftet grundsätzlich nur, wenn ihm das (eigene) vertragswidrige Verhalten persönlich vorwerfbar ist (Art. 97 Abs. 1 OR).<sup>1</sup> Die eigene Haftung greift auch, wenn der Schuldner für die Leistungserbringung Hilfspersonen einsetzt. In diesem Fall muss der Schuldner dafür einstehen, dass er die Hilfsperson sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht hat.<sup>2</sup> Weiter haftet er für eine angemessene Organisation der Arbeitsvorgänge innerhalb seines Betriebs.<sup>3</sup> Setzt der Schuldner sodann Hilfspersonen ein, obwohl er die Leis-

<sup>1</sup> Siehe etwa INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rn. 22.01 ff.

<sup>2</sup> CR-THÉVENOZ, Art. 101 CO N 38; BK-WEBER, Art. 101 OR N 110 und 167; ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 122 f.; MARTINA BUOL, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Zürich 1996, Rn. 305; THOMAS LÖRTSCHER, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1977, S. 167 m.w.N.; BezGer Horgen, SJZ 90/1994, E. 3.b S. 66; vgl. auch KARL SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, S. 69 f.

<sup>3</sup> So auch CR-THÉVENOZ, Art. 101 CO N 38; vgl. auch OLIVER WAESPI, Organisationshaftung, Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung, ASR 2005, S. 60-74, 64 (fehlende organisatorische Sorgfalt als Vertragsverletzung); PETER GAUCH, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006, S. 77-91, 82 (Organisationspflicht gestützt auf Treu und Glauben hergeleitet); BEAT STÖCKLI, Organisation von Banken aus privat-, aufsichts-, straf- und standesrechtlicher Perspektive, Diss. St. Gallen 2007, Zürich 2008, S. 41-47 (auftragsrechtliche Organisationspflichten); P. CHRISTOPH GUTZWILLER, Unsorgfältige Vermögensverwaltung, Beweislast, Haftungsausschluss und Schadensberechnung, AJP 2000, S. 57-65, 60. Für die Rechtsprechung jüngerer Zeit etwa KGer GR, ZK2 13 4 vom 3. August 2017 E. 5.5.5 (it), zusammengefasst in LUC THÉVENOZ/SUSAN EMMENEGGER, SZW 2/2018, S. 192 r3. Siehe sodann den in BGE 124 III 155 E. 3 S. 161 f.

tung persönlich hätte erbringen müssen, so handelt er vertragswidrig und muss bei gegebenen Voraussetzungen dafür einstehen.<sup>4</sup>

Zieht der Schuldner zur Erfüllung seiner Leistungspflicht befugterweise Hilfspersonen bei, so hat er nach dem Wortlaut des Gesetzes den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtung verursacht (Art. 101 Abs. 1 OR). Im Gegensatz zur Haftung nach Art. 97 Abs. 1 OR erwähnt Art. 101 Abs. 1 OR die Möglichkeit der Exkulpation des Schuldners nicht. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung besteht sie aber auch im Rahmen von Art. 101 OR. Man greift hierfür auf die Rechtsfigur der «hypothetischen Vorwerfbarkeit» zurück: Das (vertragswidrige) Verhalten der Hilfsperson müsste dem Schuldner vorwerfbar sein, wenn er sich selbst wie die Hilfsperson verhalten hätte.<sup>5</sup> Der hypothetischen Vorwerfbarkeit kommt mithin die Funktion einer Haftungsbeschränkung zu. Was man dem Schuldner bei eigener Leistungserfüllung nicht vorwerfen könnte, darf man ihm auch dann nicht vorwerfen, wenn er eine Hilfsperson beigezogen hat.<sup>6</sup> Umgekehrt gilt, dass man dem Schuldner das vertragswidrige Verhalten der Hilfsperson auch dann vorwerfen kann, wenn die Hilfsperson selbst kein Verschulden trifft, sofern bei eigener Erfüllung durch den Schuldner ein Verschulden bejaht würde.<sup>7</sup>

Die Figur der hypothetischen Vorwerfbarkeit erlaubt es, entgegen dem Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 OR eine Exkulpation des Schuldners zuzulassen. Sie hat allerdings im Lichte der heutigen Arbeitsorganisation ihre Anschaulichkeit im Hinblick auf die Referenzperson verloren, liegt ihr doch die Vorstellung zugrunde, dass die Vertragspartnerin und Geschäftsherrin die Leistung

---

summarisch wiedergegebenen Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 3. Juli 1995; weiter BGE 93 II 345 E. 5 S. 353 (Verschulden aufgrund ungenügender Organisation); ferner BGE 128 III 76 E. 1b S. 80 f. (Organisationspflicht des Arbeitgebers).

<sup>4</sup> Voraussetzung ist in diesem Fall, dass die Vertragsverletzung kausal zu einem Schaden führt und dass sich der Schuldner für die Vertragsverletzung nicht exkulpieren kann.

<sup>5</sup> So bereits BGE 91 II 291 E. 3 S. 296; aus neuerer Zeit etwa BGE 130 III 591 E. 5.5.4. S. 605 m.w.N. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung; BSK OR I-WIEGAND, Art. 101 N 11; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rn. 1008. Kritisch zur hypothetischen Vorwerfbarkeit SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 247 ff.

<sup>6</sup> Siehe das nun schon klassische Beispiel bei ANDREAS VON TUHR, Zur Haftung für fremdes Verschulden nach Art. 101 OR, SJZ 1921, S. 225-240, 226: Der Handwerker, der eine Sache zur Reparatur nach Hause trägt und infolge einer fehlerhaften Beschaffenheit der Strasse fallen lässt, haftet nach Art. 97 OR nicht. Er muss sich exkulpieren können, wenn dasselbe seinem Lehrling passiert, denn die Sache wäre auch zerstört worden, wenn er sie selbst nach Hause getragen hätte.

<sup>7</sup> Beispiel: Wer eine Lehrperson für eine versprochene Arbeitsleistung einsetzt, die sie aufgrund ihres Ausbildungsstandes nicht vertragskonform erfüllen kann, kann sich nicht darauf berufen, die Hilfsperson treffe kein Verschulden.

tatsächlich selbst erbringen könnte. Das mag in der Geschäftswelt bei einigen KMU, namentlich solchen im Handwerksbereich, noch der Fall sein. Regelmässig steht aber bei Verträgen über Sach- oder Dienstleistungen eine juristische Person in der Pflicht, deren Organe die Vertragsleistung von vornherein nicht selbst erbringen könnten. Referenzmassstab ist in diesen (Regel-)Fällen die objektiv verstandene Sorgfalt einer fachkompetenten Hilfsperson bei der Verrichtung der einzelnen Vorgänge innerhalb des versprochenen Leistungskatalogs.<sup>8</sup> Der Schuldner haftet für das vertragswidrige Verhalten seiner Hilfspersonen, wenn dieses Verhalten einer fachkompetenten Hilfsperson vorzuwerfen wäre.

### III. Vertragliche Haftungsmodifikationen

Die Grundsätze der vertraglichen Haftung sind weitgehend dispositiv. Innerhalb der zwingenden Schranken des Gesetzes (siehe Ziff. IV.) vermögen die Parteien beliebige Verträge mit beliebigem Inhalt abzuschliessen; sie können die Haftung verschärfen oder mildern. Dabei kann zwischen unmittelbaren und mittelbaren Haftungsmodifikationen unterschieden werden.

#### A. Unmittelbare Haftungsmodifikationen

Unmittelbare Haftungsmodifikationen verändern die Haftung direkt – entweder auf der Ebene der Haftungsvoraussetzungen oder auf der Ebene der Haftungsfolgen. So können die Parteien etwa Pflichtverletzung, Verschulden, Schaden oder Kausalität vertraglich neu bzw. anders definieren. Ein (auf der Verpflichtungsebene) nur allgemein umschriebenes Konkurrenzverbot kann etwa um diejenigen Handlungen konkretisiert werden, die als Verletzung dieses Konkurrenzverbots gelten sollen.<sup>9</sup> Beim Verschulden können die Parteien einerseits den fahrlässigkeitsbegründenden Sorgfaltmassstab anpassen und damit die Schranke zur Fahrlässigkeit erhöhen oder senken.<sup>10</sup> Anderer-

---

<sup>8</sup> Siehe zum ganzen PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 10. Aufl., Zürich 2014, Rn. 3048 m.w.N.

<sup>9</sup> Die Verpflichtungsebene (i.S. einer vertraglichen Pflicht zu einem bestimmten Verhalten) und die Haftungsebene (i.S. einer vertragswidrigen Pflichtverletzung) liegen freilich nahe beieinander: So können etwa die vertraglich umschriebenen Konkurrenzhandlungen auch als Unterlassungspflichten auf der Verpflichtungsebene betrachtet werden. Ob das eine oder das andere vorliegt, lässt sich nur im Einzelfall durch Auslegung ermitteln.

<sup>10</sup> Die Parteien können beispielsweise die unter Verschuldensgesichtspunkten geschuldete Sorgfalt definieren, die einzuhalten ist, damit eine bestimmte Pflichtverletzung als unver-

seits können sie – wie von Art. 100 Abs. 1 OR vorgesehen – auch den haftungsbegründenden Verschuldensmassstab modifizieren und dadurch die Grenze der Haftung selbst höher oder tiefer ansetzen.<sup>11</sup> Weiter können die Parteien auf die Haftungsvoraussetzung des Schadenseintritts (und entsprechend auch der Kausalität zwischen Vertragsverletzung und Schaden) verzichten.<sup>12</sup> Theoretisch denkbar ist auch eine von der Lehre und Rechtsprechung abweichende Definition des Schadens<sup>13</sup> oder der Kausalität<sup>14</sup>. Die Haftungsordnung lässt sich schliesslich auch über die Haftungsfolgen unmittelbar verändern: Die Vertragsparteien können beispielsweise die Regeln der Schadenersatzbemessung modifizieren,<sup>15</sup> etwa den maximalen Schadenersatz summenmässig beschränken<sup>16</sup> oder einen Freibetrag<sup>17</sup> vereinbaren. Auch

---

schuldet gilt. Ob dies bei Dienstleistungsobligationen – insbesondere im Auftragsrecht – möglich ist, ist umstritten (siehe unten Fn. 29).

<sup>11</sup> Im Allgemeinen haftet der Schuldner für jedes Verschulden (Art. 99 Abs. 1 OR). Diese Schranke kann erhöht (Art. 100 Abs. 1 OR *e contrario*: keine Haftung für leichtes Verschulden) oder gesenkt werden (verschuldensunabhängige Zufallshaftung bzw. Garantievertrag, vgl. VON TUHR/ESCHER, OR AT II [Fn. 2], S. 118).

<sup>12</sup> So führt etwa die Konventionalstrafe (Art. 160 ff. OR) zu einem «Schadenersatz» ohne Schaden. Für den Verfall der Konventionalstrafe ist ein Verschulden des Schuldners – mangels anderslautender Vereinbarung – aber erforderlich (Art. 163 Abs. 2 OR; BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 160 N 14; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 526). Wird auch die Haftungsvoraussetzung des Verschuldens gestrichen, ist die Konventionalstrafe von der Haftungsmodifikation danach abzugrenzen, ob die Bezahlung einer zum Voraus bestimmbar Summe (Konventionalstrafe, vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT II [Fn. 8], Rn. 3789) oder die Bezahlung des erlittenen Schadens (Haftungsmodifikation) vereinbart wurde.

<sup>13</sup> Beispielsweise durch die Abrede, dass der Verlust einer bestimmten Chance einen Schaden oder ein reiner Vermögensschaden keinen Schaden darstelle.

<sup>14</sup> Etwa indem bestimmte Ereignisse definiert werden, die als Unterbrechung des Kausalzusammenhangs gelten sollen.

<sup>15</sup> Etwa in dem Sinne, dass für einzelne, vorgängig bestimmte Schäden oder Vertragsverletzungen pauschalierte Schadenersatzbeträge zu bezahlen sind. Die Abgrenzung zur Konventionalstrafe liegt in der Haftungsvoraussetzung des Schadens: Soweit gar kein Schaden bestehen bzw. nachgewiesen werden muss, liegt eine Konventionalstrafe vor (Art. 161 Abs. 1 OR). Bei pauschalierter Schadenersatz muss dagegen effektiv ein Schaden entstanden sein, ansonsten auch kein pauschalierter Schadenersatz geschuldet ist. Vgl. zur Abgrenzung BUCHER, OR AT (Fn. 12), S. 525 m.w.N.; zum pauschalierter Schadenersatz THERES OERTLI, Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz, Diss. Luzern 2004, Rn. 188 f. und *passim*.

<sup>16</sup> Sog. «caps», vgl. etwa ANINA KUONI, Haftungsbegrenzung im schweizerischen, deutschen und englischen Recht, Diss. Basel 2015, Rn. 233 ff.

<sup>17</sup> Der Schuldner haftet dann nur für die Differenz zwischen Freibetrag und effektivem Schaden (vgl. RICHARD FURRER, Freizeichnungsklauseln in internationalen Lieferverträgen, in: Anna Böhme/Fabian Gähwiler/Fabiana Theus Simoni/Ivo Zuberbühler [Hrsg.], Ohne jegliche Haftung, Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag, Zürich 2016, S. 109-142, 133).

können die Parteien bestimmte Schäden von der Ersatzpflicht ausschliessen, etwa mittelbare Schäden oder entgangenen Gewinn.<sup>18</sup>

## B. Mittelbare Haftungsmodifikationen

Die dispositive Haftungsordnung kann auch mittelbar abgeändert werden. So lässt sich etwa auf der *Verpflichtungsebene* der dispositive gesetzliche Pflichtenkanon erweitern oder einschränken. Der Verkäufer kann sich beispielsweise verpflichten, Gattungsware von besserer als mittlerer Qualität (Art. 71 Abs. 2 OR) zu liefern; ebenso kann er die (dispositive) gesetzliche Pflicht zur Lieferung mindestens mittlerer Qualität ausschliessen. Stellt der Schuldner durch einen solchen Verpflichtungsausschluss bzw. einen Leistungsbescrieb zum Vornherein klar, dass er eine bestimmte Pflicht gar nicht erst übernehmen will, entzieht er damit der Haftungsfrage den Boden: Wo es an der Pflicht selbst fehlt, kann diese auch nicht verletzt werden.<sup>19</sup> Haftungsvoraussetzungen und -folgen bleiben zwar dieselben, Verpflichtungsausschluss und Pflichtenerweiterung führen aber mittelbar trotzdem zu einer Haftungsmodifikation.<sup>20</sup> Auch Risikoüberwälzungsklauseln, Beweislastregelungen oder vertraglich statuierte Rügepflichten sind zu den mittelbaren Haftungsmodifikationen zu zählen. Denkbar sind schliesslich weitere (mittelbare wie unmittelbare) Haftungsmodifikationen sowie Kombinationen derselben.<sup>21</sup>

## IV. Grenzen vertraglicher Haftungsmodifikationen

Obwohl die Vertragsfreiheit Leitgedanke des OR ist, gilt sie nicht unbeschränkt. Der materiellen Vertragsgerechtigkeit willen sind vertraglichen Haftungsmodifikationen Grenzen gesetzt. Das Gesetz tut dies in verschiedenen Bestimmungen: Zunächst gelten für sämtliche Haftungsmodifikationen die allgemeinen Schranken von Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR: Verträge oder Vertragsbestandteile mit einem sittenwidrigen (bzw. persönlichkeitsverletzenden) Inhalt sind nichtig. Ein Haftungsausschluss für Körper-

---

<sup>18</sup> Siehe etwa BK-WEBER, Art. 100 OR N 66.

<sup>19</sup> Ob ein Verpflichtungs- oder ein Haftungsausschluss vorliegt, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln (vgl. BK-WEBER, Art. 100 OR N 73; JOSEF ACKERMANN, Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1931, S. 21 f.).

<sup>20</sup> Vgl. etwa SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 24.01, die von «mittelbaren Haftungsbeschränkungen [...] durch Leistungsbescrieb» spricht.

<sup>21</sup> Siehe etwa BK-WEBER, Art. 100 OR N 63 ff.; SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 325 Fn. 1.

schäden etwa gilt im Allgemeinen als ungültig.<sup>22</sup> Ebenso finden Haftungsausdehnungen ihre Grenzen an den guten Sitten und im Persönlichkeitsrecht. Zuweilen begrenzt sie das Gesetz auch explizit: Übermässig hohe Konventionalstrafen etwa sind herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR), was analog für Schadenersatzpauschalen gelten soll.<sup>23</sup>

Auch Haftungsbeschränkungen lässt das Gesetz nicht uneingeschränkt zu. Es unterscheidet dabei zwischen der Haftung für eigenes Handeln bzw. Verschulden (Art. 100 OR) und der Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR). Ein Verstoss gegen diese Schranken des zwingenden Privatrechts begründet eine Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 OR.

## A. Eigenes Handeln

Gemäss Art. 100 Abs. 1 OR kann die Haftung für eigenes Verschulden nur für leichte (und mittlere<sup>24</sup>) Fahrlässigkeit wegbedungen werden. Bei obrigkeitlich konzessionierten Gewerben oder Arbeitgebern kann sogar eine Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit nichtig sein (Abs. 2). Art. 100 OR knüpft zwar am haftungsbegründenden Verschuldensmassstab an; das bedeutet jedoch nicht, dass nur solche Haftungsbeschränkungen erfasst wären. Vielmehr gilt die Grenze von Art. 100 OR für alle Arten von unmittelbaren Haftungsbeschränkungen – egal, ob sie auf der Ebene der Haftungsvoraussetzungen oder derjenigen der Haftungsfolgen spielen.<sup>25</sup> Im Kaufrecht werden Haftungsbegrenzungen ferner durch das Verbot des *venire contra factum proprium* beschränkt: Wer eine bestimmte Eigenschaft einer Kaufsache (auch formlos) zusichert, gleichzeitig aber die Gewährleistung in genereller Weise wegbedingt, handelt widersprüchlich.<sup>26</sup> Der Haftungsausschluss gilt in sol-

<sup>22</sup> SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 24.14.

<sup>23</sup> BUCHER, OR AT (Fn. 12), S. 525; OERTLI, pauschalierter Schadenersatz (Fn. 15), Rn. 337 ff. m.w.N.

<sup>24</sup> Damit wird der (neueren) Theorie der Dreiteilung des Verschuldens gefolgt (vgl. etwa SCHWENZER, OR AT [Fn. 1], Rn. 22.22).

<sup>25</sup> Vgl. SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 24.01; BSK OR I-WIEGAND, Art. 100 N 6; BK-WEBER, Art. 100 OR N 62 ff.; BUOL, Beschränkung (Fn. 2), Rn. 263; KUONI, Haftungsbegrenzung (Fn. 16), Rn. 313 (betr. Haftungsbegrenzung für mittelbare Schäden); BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 407; BGE 115 II 474 E. 2d S. 479 (Ungültigkeit einer summenmässigen Haftungsbegrenzung bei Absicht/grober Fahrlässigkeit).

<sup>26</sup> Siehe BSK OR I-HONSELL, Art. 199 N 3; SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 45.09. Dabei stellt sich allerdings die (zuweilen nicht einfache) Abgrenzungsfrage zwischen verbindlichen Zusicherungen und unverbindlichen Anpreisungen, vgl. dazu etwa BGer Urteil 4C.267/2004 vom 23. November 2004 E. 2.1; BGE 109 II 24 E. 4 S. 24.

chen Fällen nicht für die zugesicherte Eigenschaft der Kaufsache.<sup>27</sup> Das muss in genereller Weise gelten: Wer etwas Bestimmtes verspricht oder zusichert, kann nicht gleichzeitig die Haftung vollständig wegbedingen.<sup>28</sup>

Nicht restlos geklärt ist die Frage, ob Art. 100 OR auch für mittelbare Haftungsbeschränkungen gilt. Namentlich beim Verpflichtungsausschluss bzw. Leistungsbeschrieb gehen die Literaturmeinungen auseinander.<sup>29</sup> Ein Teil trennt die Verpflichtungs- explizit von der Haftungsebene, mit der Folge, dass Art. 100 OR bei Verpflichtungsausschlüssen nicht gelten solle.<sup>30</sup> Andere Stimmen argumentieren, dass mittelbare und unmittelbare Haftungsbeschränkungen aufgrund ihrer Wirkungsgleichheit auch gleich zu behandeln seien. Nach dieser Auffassung steht auch ein Verpflichtungsausschluss bzw. Leistungsbeschrieb unter dem Vorbehalt von Art. 100 OR (analog),<sup>31</sup> ebenso andere mittelbare Haftungsbeschränkungen wie den Gläubiger benachteiligende

<sup>27</sup> Siehe ZK-SCHÖNLE/HIGL, Art. 199 OR N 54; vgl. auch BGE 109 II 24 E. 4 S. 24, wonach durch Auslegung zu ermitteln sei, ob eine Eigenschaftsangabe als Zusicherung gelte oder von der Freizeichnungsklausel erfasst sei. Denn das eine schliesse das andere aus.

<sup>28</sup> Für das Auftragsrecht etwa BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 35, wonach eine Haftungsbeschränkung nur gültig vereinbart sei, wenn sie nicht im Widerspruch zu einer ausdrücklichen Zusicherung stehe.

<sup>29</sup> In die gleiche Richtung geht die Diskussion um die Freizeichnungsmöglichkeit des Beauftragten. Im Auftragsrecht bereitet die Abgrenzung zwischen der vertragsgemäss geschuldeten Sorgfalt (Verpflichtungsebene), der Verletzung der vertraglich geschuldeten Sorgfalt (Pflichtverletzung als Haftungsvoraussetzung) und der unter verschuldensgesichtspunkten aufzuwendenden Sorgfalt (Verschulden als Haftungsvoraussetzung) besondere Schwierigkeiten. Insbesondere GAUTSCHI vertrat die Ansicht, der Beauftragte schulde begriffsnotwendig ein sorgfältiges Tätigwerden und könne seine Haftung nicht einschränken; Art. 100 OR sei im Auftragsrecht nicht anwendbar (BK-GAUTSCHI, Art. 398 OR N 25, Art. 395 OR N 71 f.). Andere Meinungen differenzieren: Gemäss WEBER etwa soll ein Verpflichtungsausschluss auch im Auftragsrecht grundsätzlich möglich sein, soweit nicht Art. 100 OR als Zielverbot analog Anwendung finde. Soweit die Verpflichtung aber übernommen werde, sei die vertragsgemäss geschuldete Sorgfalt nicht relativierungsfähig. Dennoch sei Art. 100 OR in dem Sinne auch im Auftragsrecht anwendbar, als die Haftung beispielsweise für leichte Fahrlässigkeit wegbedungen werden könne (BK-WEBER, Art. 100 OR N 43 ff.; BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 34; ähnlich BSK OR I-WIEGAND, Art. 100 N 6; vgl. ferner BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 515).

<sup>30</sup> BUOL, Beschränkung (Fn. 2), Rn. 590 f.; ACKERMANN, Wegbedingung (Fn. 19), S. 21 ff.; wohl auch MARKUS NEUENSCHWANDER, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971, S. 99. Differenzierend BK-WEBER, Art. 100 OR N 45 und 74, gemäss dem ein Verpflichtungsausschluss zwar grundsätzlich zulässig ist (N 74), Art. 100 OR aber als Zielverbot analog Anwendung finden könne (N 45). Es sei «gestützt auf die konkreten Umstände zu entscheiden, ob die Vertragsparteien sich nach Treu und Glauben tatsächlich nicht binden wollten oder ob eine Umgehung der Schranken von Art. 100 OR beabsichtigt war» (N 74).

<sup>31</sup> SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 24.01 (siehe auch INGEBORG SCHWENZER, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, in: Alfred Koller [Hrsg.], Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 99-126, 123); BSK OR I-WIEGAND, Art. 100 N 6; LÖRTSCHER, Haftungsbeschränkungen (Fn. 2), S. 181 ff.

Beweislastregelungen, vertraglich statuierte Rügepflichten oder Risikoüberwälzungsklauseln.<sup>32</sup>

## B. Hilfspersonen

Anders verhält es sich mit der Freizeichnung für fremdes Handeln: Gemäss Art. 101 Abs. 2 OR kann die Haftung für Hilfspersonen grundsätzlich vollständig wegbedungen werden; das Gesetz sieht keine Maximalschranke vor. Einzig bei obrigkeitlich konzessionierten Gewerben und Arbeitgebern ist eine Freizeichnung nur für leichte Fahrlässigkeit möglich (Art. 101 Abs. 3 OR).<sup>33</sup> Die Haftung kann somit grundsätzlich mittelbar oder unmittelbar vollständig wegbedungen oder beliebig eingeschränkt werden.

## C. Die Problematik der Unterscheidung

Die privilegierten Freizeichnungsmöglichkeiten für Handlungen von Hilfspersonen werden heute durchgehend als überholt betrachtet und kritisiert.<sup>34</sup> Ein Beispiel soll dies veranschaulichen:

Ein Software-Unternehmen soll die IT-Sicherheit einer Marketingagentur auf den neusten Stand der Technik bringen. Die dem Vertrag zugrundegelegten AGB des Software-Unternehmens schliessen, soweit gesetzlich zulässig, jeg-

<sup>32</sup> SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 24.01; BSK OR I-WIEGAND, Art. 100 N 6 je m.w.N.; GAUCH, recht 2006 (Fn. 3), S. 82. Auch das BGer scheint diese Auffassung zu vertreten, wenn es Art. 100 OR analog auf Risikoüberwälzungsklauseln anwendet (siehe BGE 132 III 449 E. 2 S. 452).

<sup>33</sup> Im Gegensatz zu Art. 100 Abs. 2 OR hat der Richter bei Art. 101 Abs. 3 OR nicht die Möglichkeit, eine Haftungsfreizeichnung für leichtes Verschulden für ungültig zu erklären.

<sup>34</sup> Siehe etwa SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 24.05; CR-THÉVENOZ, Art. 101 CO N 38 f.; BK-WEBER, Art. 101 OR N 163; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum und Mängelhaftung – noch immer umkämpft, in: Hubert Stöckli (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2017 ... für alle, die bauen, 2017, S. 149-164, 155; MARKUS MÜLLER-CHEN, Vertragliche Haftung und Freizeichnungsmöglichkeiten des Beraters, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Alfred Koller/Jörg Schmid/Hubert Stöckli (Hrsg.), Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 507-518, 515; ARNOLD F. RUSCH/PHILIP R. BORNHAUSER, Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, AJP 2010, S. 1228-1238, 1229 m.w.N.; THEO GUHL/ALFRED KOLLER/JEAN NICOLAS DRUEY/ANTON K. SCHNYDER, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000, § 31 N 40; BUOL, Beschränkung (Fn. 2), Rn. 316 m.w.N.; ferner KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, § 12 N 15.

((Schriftgrösse ist falsch))

liche Haftung für Hilfspersonen aus, einschliesslich der Haftung für grobe Fahrlässigkeit und absichtliche Schädigung. Im Rahmen der Arbeiten vergisst die Mitarbeiterin des Software-Unternehmens, den vorgesehenen Virens Scanner auf den Computern der Marketingagentur zu installieren. Später klickt ein Mitarbeiter der Marketing-Agentur einen externen Link an, wodurch eine aktuell kursierende *Malware* heruntergeladen wird, die das gesamte IT-System der Marketing-Agentur infiziert. Die *Malware*, welche als *Backdoor*-Trojaner eingesetzt wird, ermöglicht externen Hackern, in das infizierte System der Marketingagentur einzudringen.<sup>35</sup> So kommt es, dass unbefugte Dritte Zugriff auf sämtliche vertraulichen Betriebsinformationen, insbesondere auf die Kundendatenbank, erlangen und höchstpersönliche Daten stehlen. Die für die Kunden eingerichtete Hotline und die sonstigen Schadensbegrenzungsmassnahmen kosten rund CHF 350'000.–.

Hätte die Inhaberin und CEO des Software-Unternehmens den Auftrag selbst erledigt und dabei grobfahrlässig gehandelt, so müsste das Unternehmen für den dabei verursachten Schaden nach Art. 97 Abs. 1 OR haften, weil es die Haftung für grobfahrlässiges Verhalten seitens der Organe gemäss Art. 100 Abs. 1 OR nicht wegbedingen kann.<sup>36</sup> Nun hat aber – was dem Regelfall entspricht – eine Mitarbeiterin den Fehler begangen. Die Marketingagentur muss also grundsätzlich den Schaden von CHF 350'000.– selbst tragen, obwohl auf der Seite des IT-Unternehmens grobfahrlässig gehandelt wurde.

#### D. Lösungsansätze im Überblick

Die Möglichkeit eines vollständigen Haftungsausschlusses der Hilfspersonenhaftung wird von der Lehre seit langem stark kritisiert.<sup>37</sup> In der Tat ist nicht einzusehen, warum die Haftungsbeschränkung für eigenes Handeln und die Haftungsbeschränkung für Handlungen der Hilfspersonen nicht aligniert werden.

Um die Problematik zu entschärfen, werden in der Doktrin verschiedene Lösungsansätze diskutiert.<sup>38</sup> So bietet etwa die Deliktshaftung nach Art. 55 OR eine Alternative, allerdings unter der Voraussetzung der objektiven Wi-

---

<sup>35</sup> *Backdoors* sind Lücken im System, die es ermöglichen, Sicherheitsschranken zu umgehen.

<sup>36</sup> RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1234 f.; BGE 102 II 256 E. 4 S. 264; BGer Urteil 4A\_88/2008 vom 25. August 2008 E. 5.1; vgl. BGE 94 II 197 E. 14 S. 206; zum Organbegriff siehe BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 54 f. N 13; OFK-SCHERRER, Art. 55 ZGB N 2; BGE 124 III 418 E. 1b S. 420 f.

<sup>37</sup> Siehe Fn. 34.

<sup>38</sup> Für einen Überblick siehe RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1229 ff.

derrechtlichkeit.<sup>39</sup> Auf der Auslegungsebene wird einerseits die Erweiterung des Organbegriffs und der Grobfahrlässigkeit vorgeschlagen,<sup>40</sup> andererseits sollen Freizeichnungsklauseln restriktiv interpretiert werden.<sup>41</sup> Auf der Ebene der offenen Inhaltskontrolle wird sodann auf Art. 8 UWG verwiesen.<sup>42</sup> Schliesslich können Fälle eines vollständigen Haftungsausschlusses auch die Grenze zum Rechtsmissbrauch überschreiten.<sup>43</sup>

Ein Lösungsansatz soll hier vertieft werden: Die im Rahmen der AGB-Kontrolle geltende Ungewöhnlichkeitsregel.

## V. Ungewöhnlichkeitsregel als Freizeichnungsschranke

Zu den Lösungsansätzen, die im Hinblick auf die als problematisch eingestufte Freizeichnungsmöglichkeit nach Art. 101 Abs. 2 OR erwähnt werden, gehört auch die Ungewöhnlichkeitsregel. Sie kommt zum Zug, wenn die Freizeichnung im Rahmen von AGB erfolgt. Auf den ersten Blick scheint sie als Lösungsmodell kaum tauglich, weil sich eine entsprechende Klausel auf das dispositive Gesetzesrecht stützen kann.<sup>44</sup> Der zweite Blick offenbart allerdings, dass sie für Freizeichnungen, die über das hinausgehen, was Art. 100 OR für eigenes Verschulden erlaubt, eine Schranke bildet.

### A. Dispositives Gesetzesrecht: Leitbild für die Ungewöhnlichkeit

Als objektiv ungewöhnlich gilt gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Klausel, die einen geschäftsfremden Inhalt aufweist. Geschäftsfremd sind Bestimmungen, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung

<sup>39</sup> Es muss ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt sein, oder es braucht (im Falle eines reinen Vermögensschadens) eine Schutznorm, siehe dazu die Standardformel des Bundesgerichts: BGE 141 III 527 E. 3.2 S. 534; BGE 133 III 323 E. 5.1 S. 330. Die Exkulpationsmöglichkeiten für die *drei curae* sind dagegen in der Praxis aufgrund der vierten, richterrechtlich entwickelten Organisationspflicht von geringer Bedeutung.

<sup>40</sup> RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1234 ff. Kritisch zu dieser Tendenz SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 366 f.

<sup>41</sup> RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1229 ff. Für einen Anwendungsfall ausserhalb eines AGB-Vertrags siehe BJM 1978, S. 305-309, 307. Für den Rückgriff auf die Unklarheitenregel siehe BGE 124 III 155 E. 3c S. 165.

<sup>42</sup> RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1237.

<sup>43</sup> RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1231.

<sup>44</sup> Siehe hierzu auch RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1237.

des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren.<sup>45</sup> Richtschnur für die objektive Ungewöhnlichkeit bildet also das dispositive Gesetzesrecht. Das OR sieht in Art. 101 Abs. 2, auf den sich diese Ausführungen konzentrieren,<sup>46</sup> den vollständigen Haftungsausschluss ausdrücklich vor. Damit scheint der Weg über die Ungewöhnlichkeitsregel verbaut.

Das wäre allerdings eine vorschnelle Schlussfolgerung. Zu fragen ist nämlich, *warum* man sich für die Ungewöhnlichkeit am dispositiven Gesetzesrecht orientiert. Das Bundesgericht gibt darauf in ständiger Rechtsprechung die Antwort: Es ist davon auszugehen, dass das dispositive Gesetzesrecht «in der Regel die Interessen der Parteien ausgewogen wahrht.»<sup>47</sup> Bedeutsam ist der Zusatz «in der Regel». Die Ausgewogenheit ist der Regelfall und die Entscheidung des demokratischen Gesetzgebers über deren Konkretisierung gilt es zu akzeptieren. Das schliesst aber keinesfalls aus, dass man – gerade bei älteren Gesetzen – die Ausgewogenheit der Interessenwahrung im Rahmen einer geltungszeitlichen Sichtweise überprüft. Entsprechend ist im Zusammenhang mit Art. 101 Abs. 2 OR zu fragen, ob sich seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1911 die rechtlichen und tatsächlichen Umstände in einem Masse verändert haben, dass er seine Leitbildfunktion bezüglich einer ausgewogenen Interessenwahrung verloren hat. Bejaht man dies und stellt man darüber hinaus positiv fest, dass die Ausschöpfung des gesetzlichen Rahmens von Art. 101 Abs. 2 OR gerade *nicht* einer ausgewogenen Interessenwahrung entspricht, so fällt die Freizeichnung für Absicht und grobes Verschulden im AGB-Kontext unter die Ungewöhnlichkeitsregel.

718  
H 18  
H Fahrlässigkeit

## B. Verlust des Leitbildcharakters von Art. 101 Abs. 2 OR

Die Hilfspersonenhaftung gemäss Art. 101 OR ist seit dem Jahr 1911 unverändert in Kraft. Sie geht zurück auf Art. 115 aOR 1881, der bereits einen ähn-

<sup>45</sup> BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412 f.; BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7; BGE 135 III 225 E. 1.3 S. 227 f.; BGE 119 II 443 E. 1a S. 446; BGE 109 II 452 E. 4 S. 456 ff.; SCHWENZER, OR AT (Fn. 1), Rn. 45.07; DIES., Beschränkung (Fn. 31), S. 107 f.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl., Zürich 2014, Rn. 1136 ff.; SUSAN EMMENEGGER, Anlagerecht, SBT 2007, S. 59-127, 85 f.

<sup>46</sup> Für Art. 101 Abs. 3 OR, der eine Freizeichnung nur für leichtes Verschulden erlaubt, gelten die Überlegungen sinngemäss.

<sup>47</sup> Siehe etwa BGer Urteil 4A\_585/2012 vom 1. März 2013 E. 3; BGer Urteil 5A\_865/2011 vom 24. Mai 2012 E. 3.2; BGer Urteil 4C.35/2002 vom 6. Juni 2002 E. 2a; BGE 113 II 49 E. 1b S. 51; BGE 115 II 264 E. 5a S. 268; BGE 119 II 368 E. 4b S. 372.

lichen Inhalt aufwies.<sup>48</sup> Beide Regelungen waren für ihre Zeit durchaus neu. Im klassischen römischen Recht und auch im gemeinen Recht, das in zahlreichen Kantonen galt, bildete das Verschuldensprinzip den zentralen Angelpunkt der Haftung. Einstehen musste man für eigenes Verhalten, nicht aber für das Verhalten anderer.<sup>49</sup> Die Haftung für Erfüllungsgehilfen war, wenn überhaupt, deliktsrechtlich geregelt und beschränkte sich auf die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung.<sup>50</sup> Ein Ausnahmefall war BLUNTSCHIS Zürcher Privatrechtliches Gesetzbuch von 1855, das in § 1007 eine vertragliche Haftung des Geschäftsherrn für seine Familienangehörigen, Angestellten und Diensthofen vorsah.<sup>51</sup> An dieser Regelung orientierte sich die Bestimmung in Art. 115 aOR 1881 und die Nachfolgeregelung im heutigen Art. 101 OR.<sup>52</sup>

Im Ergebnis bedeutete die vertragliche Hilfspersonenhaftung des Jahres 1881 (Art. 115 aOR) und ihre Weiterentwicklung im Jahr 1911 (Art. 101 OR) eine konzeptionelle Neuerung und eine erhebliche *Haftungsverschärfung*.<sup>53</sup> Dies

<sup>48</sup> Art. 115 aOR 1881, BBl 1881 III S. 109-318, 131. Das aOR ist abgedruckt in URS FASEL, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000.

<sup>49</sup> Ausführlich ANDREA GIACOMO BEZZOLA, La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation (Art. 101 CO), Genf 1937, S. 5 ff.; HANS MAAG, Zivilrechtliche Haftung für schädigendes Verhalten Dritter, Diss. Zürich 1924, S. 22, 24 ff. Für einen konzisen Überblick unter Hinweis auf die gegensätzliche Regelung im französischen Recht: VON TUHR, SJZ 1921 (Fn. 6), S. 225. Siehe weiter SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 45 ff.; ALFRED KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Freiburg, Zürich 1980, Rn. 64 ff., 79 ff., 91 ff.

<sup>50</sup> BEZZOLA, responsabilité (Fn. 49), S. 19; SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 45 f.; MAAG, Zivilrechtliche Haftung (Fn. 49), S. 4 ff., 16 ff. Im gemeinen Recht haftete der Schuldner auch vertraglich für eigenes Verschulden bei der Auswahl und Überwachung seiner Gehilfen (MAAG, Zivilrechtliche Haftung [Fn. 49], S. 17; BERNHARD WINDSCHEID/THEODOR KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906, S. 746 Fn. 5; vgl. auch VON BÜREN, OR AT [Fn. 25], S. 394; VON TUHR/ESCHER, OR AT II [Fn. 2], S. 123).

<sup>51</sup> Hinweis bei SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 46. Das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch ist bei der Bayrischen Staatsbibliothek kostenlos abrufbar.

<sup>52</sup> SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 46. Ausführlich zu den verschiedenen Entwürfen, die zu Art. 115 aOR 1881 führten: BEZZOLA, responsabilité (Fn. 49), S. 19 ff.

<sup>53</sup> Art. 115 aOR liess den Schuldner entgegen dem culpa-Prinzip für *das Verschulden* der Hilfsperson haften. Lag dieses vor, konnte sich der Schuldner nicht durch den Nachweis sorgfältiger Auswahl, Instruktion und Überwachung entlasten. Immerhin sollte er sich aber vollständig freizeichnen können (vgl. HEINRICH HAFNER/AUGUST GOLL, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister, Zürich 1905, Art. 115 aOR N 1). Art. 101 OR stellte eine abermalige Neuerung dar, weil das Erfordernis des (eigenen) Verschuldens der Hilfsperson im Wortlaut von Art. 101 OR fehlte. Dass die Literatur dies teilweise als gesetzgeberisches Versehen interpretierte – mithin das Verschulden der Hilfsperson weiterhin als Haftungsvoraussetzung betrachtete (so VON TUHR, SJZ 1921 [Fn. 6], S. 226 f.; FRITZ FICK/ALFRED VON MORLOT, Das schweizerische

umso mehr, als Art. 101 OR teilweise als Kausalhaftung verstanden wurde<sup>54</sup> und diese Auffassung beim Bundesgericht zunächst auf Zustimmung zu stossen schien.<sup>55</sup> Im Gegenzug für die erweiterte Einstandspflicht des Schuldners – so wurde argumentiert – sei die Wegbedingung der Haftung nach Art. 101 Abs. 2 und 3 OR möglich.<sup>56</sup> Die dispositive Ausgestaltung der Hilfspersonenhaftung hatte mit anderen Worten Kompensationscharakter.

Das Rechtsverständnis hat sich allerdings seit 1911 grundlegend verändert. Was damals im Vertragsrecht als weitreichende Haftungsverschärfung wahrgenommen wurde, gilt heute als selbstverständlich. Die Abstraktion vom eigenen Verschulden als exklusives Begründungsmoment der Haftung ist in der Schweiz wie in jeder modernen Rechtsordnung etabliert.<sup>57</sup> Das zeigt sich gerade auch bei der Hilfspersonenhaftung. Vom tatsächlichen Verschulden des Geschäftsherrn wird abstrahiert; stattdessen stellt man auf die hypothetische Vorwerfbarkeit ab und fingiert für die Verschuldensfrage die eigene Leistungserfüllung durch den Schuldner. Angesichts der fortschreitenden Spezialisierung ist zudem – und hier zeigt sich ein weiterer Abstraktionsschritt – die Referenzgrösse für das Verschulden regelmässig nicht mehr der Schuldner und seine persönliche Leistungskraft («wie wenn der Schuldner selbst erfüllt hätte»), sondern die Leistungskraft einer fiktiven fachkompetenten Hilfsperson, die der Schuldner zur Erfüllung seiner Leistungspflicht beizieht.<sup>58</sup> Kurz:

---

Obligationenrecht, Zürich 1915, Art. 101 OR N 16; OGer ZH vom 21. November 1919 E. 4, in: ZR 19 [1920] Nr. 182; FRITZ FUNK, Handkommentar des Obligationenrechts, Aarau 1928, Art. 101 OR N 1) – unterstreicht, dass man mit einer abermaligen Haftungsverschärfung Mühe bekundete.

<sup>54</sup> So der 1915 erschienene ZK-OSER, Art. 101 OR N I 2 und II 5: Der Schuldner sollte sogar dann für das Verhalten der Hilfsperson einstehen müssen, wenn er selbst, hätte er die Handlung vorgenommen, nicht haften würde. Anders dagegen insb. VON TUHR, SJZ 1921 (Fn. 6), S. 226 f.; vgl. auch OGer ZH vom 21. November 1919 E. 4, in: ZR 19 (1920) Nr. 182 und BK-BECKER, Art. 101 OR N 7 und 9.

<sup>55</sup> Siehe BGer Urteil vom 10. Februar 1915 E. 3, in: ZR 14 (1915) Nr. 160.

<sup>56</sup> ZK-OSER, Art. 101 OR N I 2. Zu dieser Begründung auch SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 365; BUOL, Beschränkung (Fn. 2), Rn. 313 Fn. 213. Ähnlich war die Rechtslage in anderen europäischen Kodifikationen, namentlich im deutschen BGB, im österreichischen ABGB und im italienischen Codice Civile. Siehe dazu SPIRO, Erfüllungsgehilfen (Fn. 2), S. 46 f. So auch – zumindest implizit – für die Freizeichnungsmöglichkeit unter Art. 115 aOR: HAFNER/GOLL, Anmerkungen (Fn. 53), Art. 115 aOR N 1. Zu Art. 115 aOR als Kompromisslösung siehe Botschaft des Bundesrates vom 27. November 1879 zum aOR-Entwurf von 1879, BBl 1880 I S. 150 ff., 190.

<sup>57</sup> Auch im Haftpflichtrecht hat man die Haftung für Hilfspersonen im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung (Schachtrahmenfall, BGE 110 II 456) massgeblich erweitert. Zwar haftet der Geschäftsherr nach Art. 55 OR immer noch einzig für eigenes Verschulden. Aber die Exkulpationsmöglichkeiten sind derart eingeschränkt, dass er letztlich auch im deliktischen Bereich für seine Hilfspersonen die Verantwortung trägt.

<sup>58</sup> Siehe dazu oben Punkt II.

Von einer Begrenzung der Haftung auf Fälle der *persönlichen* Vorwerfbarkeit sind wir heute weit entfernt.

Wenn es aber nach heutiger Rechtsauffassung als selbstverständlich erachtet wird, dass der Geschäftsherr für seine Hilfspersonen auch ohne eigenes Verschulden einstehen muss, so verliert die ursprünglich als Abfederung des neuen und strengen Haftungsregimes gedachte Freizeichnung ihre Rechtfertigung. Die umfassende Freizeichnungsmöglichkeit von Art. 101 Abs. 2 OR erscheint in diesem Lichte als Restanz eines überkommenen Haftungsverständnisses, das mit der Vorstellung einer eigenen Haftung für das Verschulden anderer konzeptionell überfordert war.

Damit ist aber auch die Leitbildfunktion von Art. 101 Abs. 2 OR für die Ungewöhnlichkeitsregel in Frage gestellt. Denn nicht nur hat sich die Rechtsauffassung gewandelt, sondern es haben sich auch die tatsächlichen Umstände der Vertragsbeziehung grundlegend geändert. Die eigenständige Erbringung von Sach- und Dienstleistungen durch den Vertragspartner ist zur Ausnahme geworden, die Leistungserbringung durch ein arbeitsteilig organisiertes Unternehmen bildet den Regelfall. In diesem Kontext bedeutet die Freizeichnungsmöglichkeit in Art. 101 Abs. 2 OR, dass der Leistungserbringer sich im Normalfall von jeglicher Haftung freizeichnen kann.<sup>59</sup> Bei einer geltungszeitlichen Betrachtung entspricht dies aber nicht dem ausgewogenen Interessenausgleich, für den das dispositive Gesetzesrecht vermutungsweise einsteht. Im AGB-Kontext – und auch er bildet im Gegensatz zur Vertragswirklichkeit von 1911 heute den Regelfall – verschärft sich dieses Ungleichgewicht zusätzlich, denn AGB funktionieren nach dem *take-it-or-leave-it*-Prinzip. Die Erbringer von Sach- und Dienstleistungen können so das gesamte Risiko für allfällige Leistungsstörungen auf den Leistungsempfänger abwälzen, ohne dass dieser diese Konditionen aushandeln kann.

Andere Gesetzgeber haben die Problematik solch weitgehender Freizeichnungsklauseln im AGB-Kontext erkannt und sie haben entsprechend reagiert. So hatte sich der deutsche Gesetzgeber im BGB von 1900 noch an der (damals modernen) Schweizer Regel in Art. 115 aOR 1881 orientiert.<sup>60</sup> Das AGB-Gesetz von 1976 erklärte dann aber die formularmässige Freizeichnungsmöglichkeit für Absicht und grobes Verschulden von Hilfspersonen als

<sup>59</sup> Siehe auch RUSCH/BORNHAUSER, AJP 2010 (Fn. 34), S. 1237, die in solchen Fällen von einer Ungewöhnlichkeit ausgehen, weil damit ein massiver Nachteil für den Leistungsempfänger entsteht.

<sup>60</sup> Siehe VON TUHR/ESCHER, OR AT II (Fn. 2), S. 123; VON TUHR, SJZ 1921 (Fn. 6), S. 225. Im Einzelnen handelt es sich um § 278 aBGB i.V.m. § 276 Abs. 2 aBGB. Die Bestimmungen führten im Ergebnis dazu, dass der Schuldner sich für Absicht und grobe Fahrlässigkeit der Hilfspersonen freizeichnen konnte.

unzulässig.<sup>61</sup> Diese Entwicklungen sind im Rahmen der Auslegung des hiesigen Ungewöhnlichkeitsbegriffs von Bedeutung.<sup>62</sup> Erhellend in diesem Zusammenhang ist auch die Zielsetzung des deutschen AGB-Gesetzes: Die Klauselverbote sollen die Verbraucher vor *unangemessenen* Vertragsbedingungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen schützen.<sup>63</sup>

### C. Fazit

Die Ungewöhnlichkeitsregel ist – wie jede andere Regel – geltungszeitlich auszulegen.<sup>64</sup> Bei einer geltungszeitlichen Betrachtung entspricht die Freizeichnung für absichtliches oder grobfahrlässiges Verhalten von Hilfspersonen nicht mehr einem ausgewogenen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien, sondern sie bedeutet einen massiven Nachteil zulasten einer Partei. Der Empfänger von Dienst- und Sachleistungen muss nicht damit rechnen, dass der Leistungserbringer in seinen AGB die Haftung für Absicht oder Grobfahrlässigkeit seiner Hilfspersonen ausschliesst – zumal dies bei der heutigen Arbeitsorganisation einem umfassenden Haftungsausschluss für seine Leistung gleichkommt. Art. 101 Abs. 2 OR hat im Lichte der rechtlichen und tatsächlichen Entwicklungen seine Leitbildfunktion für die Ungewöhnlichkeitsregel verloren. Die Freizeichnung für Absicht und grobe

<sup>61</sup> § 11 Ziff. 7, Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976 (ausser Kraft seit der BGB-Reform von 2002, heute integriert in § 309 Ziff. 7b BGB). Zur alten Rechtslage siehe SPIRO, *Erfüllungsgehilfen* (Fn. 2), S. 47. Schon vor dem AGB-Gesetz hatte die deutsche Rechtsprechung die Freizeichnungsmöglichkeiten über verschiedene Wege (Organisationsverschulden, Überwachungsverschulden, Verletzung von sog. Kardinalspflichten) stark eingeschränkt. Siehe dazu den frühen AGBG-Kommentar von PETER SCHLOSSER/DAGMAR COESTER-WALTJEN/HANS-ÜLRICH GABA, *AGBG, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bielefeld 1977, § 11 Nr. 7 AGBG N 6 ff.; Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, *Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bonn 1974, S. 80 f.

<sup>62</sup> Zur Rechtsvergleichung als Teil der Auslegung siehe BK-EMMENEGGER/TSCHECHTER, Art. 1 ZGB N 314 ff.; JÖRG SCHMID/OLIVER ZBINDEN, *Rechtsvergleichung in der obligationenrechtlichen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts – Anwendungsfälle und kritische Würdigung*, in: Jörg Schmid/Alexander H.E. Morawa/Lukas Heckendorn Urscheler (Hrsg.), *Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung – Praxis, Legitimität und Methodik, Referate und Diskussionen der Tagung vom 12. September 2013 in Luzern, Zürich 2014*, S. 67-88, 75 und *passim*.

<sup>63</sup> Siehe zur Gesetzesbegründung BR-Drucks. 7/3919, *Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)*, 6. August 1975.

<sup>64</sup> Zur geltungszeitlichen Auslegung siehe BK-EMMENEGGER/TSCHECHTER, Art. 1 ZGB N 173 ff.

Fahrlässigkeit von Hilfspersonen fällt unter die Ungewöhnlichkeitsregel, mit dem Ergebnis, dass sie nicht Vertragsbestandteil wird.

## **VI. Schluss**

Für Hilfspersonen wird nicht gehaftet: Diese weitgehende Freizeichnung für die Beziehung von Dritten bei der Vertragserfüllung ist heute im Gesetz noch vorgesehen. Sie entspricht allerdings weder dem aktuellen Rechtsverständnis noch dem aktuellen Vertragsumfeld. Wird die Freizeichnung für Hilfspersonen mittels AGB geregelt, bietet die Ungewöhnlichkeitsregel ein überzeugendes Korrektiv. Im Ergebnis zeigt sich, dass unser Obligationenrecht auch über hundert Jahre nach seinem Inkrafttreten die Flexibilität bietet, um sachgerechte Lösungen zu generieren.

