

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht
Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser

Band 46

Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR

Von
Dr. Alfred Koller



Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich

FREIBURGER DISSERTATION

Dr. phil. Walter Heim SMB
0405 Immenrode/SZ

MEINEN ELTERN

Dank

schulde ich namentlich Herrn Dr. Peter Gauch, Professor an der Universität Freiburg, und Herrn lic. iur. Paul Horath.

INHALTSÜBERSICHT

Ausführliches Inhaltsverzeichnis	VII
	Nr.
1. Kapitel. Grundlagen	5
I. Terminologie	5
II. Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen im Überblick (Tatbestand und Rechtsfolge)	12
III. Grundgedanken der Haftung für den Erfüllungsgehilfen	28
IV. Art. 101 OR im schweizerischen (Privat-)Rechtssystem	34
V. Der rechtsgeschichtliche Hintergrund von Art. 101 OR	63
VI. Der örtliche, zeitliche und sachliche Anwendungsbereich von Art. 101 OR	102
2. Kapitel. Der Haftungsfall: Voraussetzungen der Haftung	109
I. Schädigung: Verursachen eines Schadens	110
II. Schädigung durch einen Erfüllungsgehilfen	123
III. Schädigung des "andern"	243
IV. Hypothetische Forderungsverletzung	251
V. Schädigung "in Ausübung ihrer (sc. der Hilfsperson) Verrichtungen"	274
VI. Hypothetisches Verschulden	302
3. Kapitel. Die Haftungsfolge: Schadenersatzpflicht des Schuldners	314
I. Umfang der Schadenersatzpflicht	315
II. Der Anspruchsberechtigte: der "andere"; der Ersatzpflichtige: der Schuldner	342
III. Modalitäten der Schadenersatzpflicht	345
4. Kapitel. Einzelfragen	347
I. Die Verteilung der Beweislast	348
II. Die vertragliche Abänderung der Haftungsordnung von Art. 101 OR, insbesondere der Haftungsausschluss	352
III. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 101 OR im einzelnen	390
IV. Von der Haftbarkeit mehrerer Solidarschuldner für eine gemeinsame Hilfsperson	426
V. Die Stellung der Haftung für Erfüllungsgehilfen in der Regressordnung des Art. 51 OR	440
VI. Haftung des Erfüllungsgehilfen	451
VII. Zur Bedeutung von Art. 101 OR im Bereiche vertraglicher Kausalhaftungen	471
VIII. Verwandte Tatbestände	477
IX. Grundzüge der ausservertraglichen Hilfspersonenhaftung gemäss Art. 55 OR	492
X. Weitere Fragen	505

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungen	XIII
Zitierweise	XV
Literaturverzeichnis	XVI

(Art. 55 OR, 97 OR, 101 OR usw. = Art. 55, 97, 101; siehe S. XV)

	Nr.
Der Wortlaut des Art. 101	1
Abgrenzung des Themas	2
 1. Kapitel. Grundlagen	 5
I. Terminologie	5
II. Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen im Überblick	12
1. Der Tatbestand	13
2. Die Rechtsfolge	23
III. Grundgedanken der Haftung für Erfüllungsgehilfen	28
IV. Art. 101 im schweizerischen (Privat-)Rechtssystem	34
1. Art. 101: eine haftungsbegründende Bestimmung	35
2. Verhältnis von Art. 101 zu andern haftungsbegründenden Bestimmungen	39
A. Die Erfüllungsgehilfenhaftung als Kausalhaftung	40
B. Die Erfüllungsgehilfenhaftung als Haftung für Schaden, den ein Dritter verursacht hat	43
C. Die Erfüllungsgehilfenhaftung als Hilfspersonenhaftung	49
D. Die Erfüllungsgehilfenhaftung als sogenannt vertragliche Hilfspersonenhaftung	51
E. Erfüllungsgehilfenhaftung und Organhaftung	54
V. Der rechtsgeschichtliche Hintergrund von Art. 101	63
1. Das römische Recht	64
2. Das germanisch-deutsche Recht	73
3. Das gemeine Recht in Deutschland	79
4. Die modernen Kodifikationen	82
A. Das preussische allgemeine Landrecht	83
B. Der Code civil français	86
C. Das Bürgerliche Gesetzbuch Deutschlands	88
5. Die neuere Entwicklung der vertraglichen Hilfspersonen-	
haftung in der Schweiz	90
A. Die Zeit vor 1883	91
B. Die Zeit von 1883–1912	98
VI. Der Anwendungsbereich von Art. 101	102
1. Der örtliche Anwendungsbereich	103

	Nr.
2. Der zeitliche Anwendungsbereich	107
3. Der sachliche Anwendungsbereich	108
 2. Kapitel. Der Haftungsfall: Voraussetzungen der Haftung	 109
I. Schädigung: Verursachung eines Schadens	110
1. Schaden: eine unfreiwillige Verschlechterung der Vermögenslage	111
A. Die Verschlechterung der Vermögenslage	112
B. Die Unfreiwilligkeit	115
2. Verursachung des Schadens: Der Kausalzusammenhang	117
A. Der natürliche Kausalzusammenhang	118
B. Der adäquate Kausalzusammenhang	120
II. Schädigung durch einen Erfüllungsgehilfen	123
1. Der Wortlaut von Art. 101 als Ausgangspunkt für die Begriffsbestimmung des Erfüllungsgehilfen	124
2. Hauptmerkmal des Erfüllungsgehilfen: Beizug zur Erfüllung einer Schuldpflicht	130
A. Von der Schuldpflicht im Sinne des Art. 101	131
a) Schuldpflicht: eine einklagbare Leistungspflicht	132
b) Beliebiger Entstehungsgrund der Schuldpflicht	142
c) Keine Schuldpflichten: die nicht einklagbaren Leistungspflichten, die Nebenpflichten und Obliegenheiten	144
B. Von der Erfüllung	151
a) Erfüllungshandlungen	152
b) Den Erfüllungshandlungen gleichgestellte Vorbereitungshandlungen	159
C. Vom Beizug	162
a) Begriff	163
b) Rechtsnatur	168
c) Genereller und spezieller Beizug	169
d) Keine Erfüllungsgehilfenschaft ohne Beizug	171
3. Weiteres Merkmal: Mitwirkung bei der Erfüllung?	173
4. Negatives Merkmal: Fehlen der Organeigenschaft	179
5. Ergänzende Bemerkungen zum Erfüllungsgehilfen	185
A. Erfüllungsgehilfenschaft bei Verbindlichkeiten, die auf eine Unterlassung gehen?	186
B. Der Erfüllungsgehilfe: eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft	192
C. Das Verhältnis Schuldner/Erfüllungsgehilfe	196
D. Erfüllungsgehilfe und Gläubiger	200
a) Arbeitnehmer des Gläubigers als Erfüllungsgehilfen des Schuldners	201
b) Die vom Gläubiger vorgeschriebene oder vorgeschlagene Hilfsperson	204
aa) Die vorgeschriebene Hilfsperson	206
bb) Die vorgeschlagene Hilfsperson	209

E. Unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen: kein Tatbestand des Art. 101?	212
a) Erlaubte und unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen	213
b) Herrschende Lehre: unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen bloss Tatbestand von Art. 97	220
c) Kritik der herrschenden Lehre: Die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen als Tatbestand von Art. 97 und Art. 101	224
aa) Die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen als Tatbestand von Art. 97	224
bb) Die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen als Tatbestand von Art. 101	226
cc) Konkurrenz der Ansprüche aus Art. 97 und Art. 101	234
F. Der Untergehilfe: Gehilfe eines Erfüllungsgehilfen	235
G. Kann ein Monopolist Erfüllungsgehilfe sein?	240
III. Schädigung des "andern"	243
IV. Hypothetische Forderungsverletzung	251
1. Hypothetische Forderungsverletzung: Herleitung und Umschreibung dieser Haftungsvoraussetzung	252
2. Formen der Forderungsverletzung	263
A. Herbeiführen der Leistungsunmöglichkeit	264
B. Verzug	266
C. Positive Forderungsverletzung	268
V. Schädigung "in Ausübung ihrer (sc. der Hilfsperson) Verrichtungen"	274
1. "In Ausübung ihrer Verrichtungen": Bedeutung nach herrschender Meinung	275
2. Ablehnung der herrschenden Meinung	278
3. Verhalten der Hilfsperson "in Ausübung ihrer Verrichtungen"	282
A. "Ihre Verrichtungen"	283
B. Tun "in Ausübung ihrer Verrichtungen"	284
C. Unterlassungen "in Ausübung ihrer Verrichtungen"	300
VI. Hypothetisches Verschulden	302
1. Begriff	303
2. Erfordernis eines qualifizierten hypothetischen Verschuldens	304
3. Keine Haftung nach Art. 101 ohne (qualifiziertes) hypothetisches Verschulden	311
4. Tatsächliches Verschulden des Schuldners oder des Erfüllungs- gehilfen: kein Erfordernis der Haftung nach Art. 101	312
3. Kapitel. Die Haftungsfolge: Schadenersatzpflicht des Schuldners	314
I. Umfang der Schadenersatzpflicht	315

	Nr.
1. Von der Schadensberechnung	316
2. Von der Schadenersatzbemessung	317
A. Die gesetzliche Grundlage für die Bemessung des nach Art. 101 geschuldeten Schadenersatzes: Art. 99 Abs. 2 und Art. 43 f. (i.V.m. Art. 99 Abs. 3)	318
B. Die massgeblichen Kriterien für die Schadenersatz- bemessung	320
a) Herabsetzungsgründe	321
aa) Leichtes hypothetisches Verschulden	321
bb) Selbstverschulden des Gläubigers	324
cc) Den Schaden mitverursachendes Verhalten einer Hilfsperson des Gläubigers	327
a) Die Hilfsperson	328
β) Analoge Anwendung von Art. 101	332
γ) Drei Beispiele	336
b) Haftungsverschärfende Umstände	340
II. Der Anspruchsberechtigte: der "andere"; der Ersatz- pflichtige: der Schuldner	342
III. Modalitäten der Schadenersatzpflicht	345
4. Kapitel. Einzelfragen	347
I. Die Verteilung der Beweislast	348
II. Die vertragliche Abänderung der Haftungsordnung von Art. 101	352
1. Beispiele abweichender Vereinbarungen	353
2. Vom Haftungsausschluss insbesondere	360
A. Form	361
B. Gesetzliche Schranken	365
a) Problemstellung	366
b) Die allgemeinen Gültigkeitsschranken für Verträge	367
c) Die Schranken des Art. 101 Abs. 3	369
aa) Das "leichte Verschulden" im Sinne von Art. 101 Abs. 3	370
bb) Beschränkte Möglichkeit zum Haftungs- ausschluss für den Arbeitgeber	371
cc) Beschränkte Möglichkeit zum Haftungs- ausschluss für die obrigkeitlich konzessionierten Gewerbebetriebe	373
dd) Sinngemässe Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 3 auf Haftungsausschlüsse in AGB? (Zur These von Stockar)	378
a) Die These von Stockar	378
β) Ablehnung der These von Stockar	380
C. Folgen eines unzulässigen Haftungsausschlusses	384

	Nr.
III. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 101	390
1. Bestimmungen, die den Anwendungsbereich von Art. 101 einschränken (Überblick)	391
2. Art. 399; beschränkter Anwendungsbereich von Art. 101 im Auftragsrecht	394
A. Anwendungsbereich des Art. 101: Abhängigkeit von der Begriffsbestimmung des Substituten	394
B. Begriffsbestimmung des Substituten in Lehre und Rechtsprechung	397
C. Der Substitut: eine Hilfsperson im Sinne von Art. 101	403
D. Substitut: der technisch und wirtschaftlich selbständige Erfüllungsgehilfe	409
E. Nichtanwendbarkeit von Art. 399 Abs. 2 aufgrund vertraglicher Vereinbarung	413
3. Art. 129 Abs. 2 KUVG; beschränkter Anwendungsbereich von Art. 101 im Bereiche der Arbeitgeberhaftpflicht	415
A. Voraussetzungen der Anwendbarkeit von Art. 129 Abs. 2 KUVG	417
B. Die Haftungsordnung von Art. 129 Abs. 2 KUVG	423
IV. Von der Haftbarkeit mehrerer Solidarschuldner für eine gemeinsame Hilfsperson	426
1. Solidarische Haftung für eine gemeinsame Hilfsperson bei der Erfüllung einer Solidarschuld im Sinne von Art. 143	428
A. Die gemeinsame Hilfsperson	429
a) Ein Solidarschuldner als gemeinsame Hilfsperson	429
b) Ein Dritter als gemeinsame Hilfsperson	431
B. Gründe für die solidarische Haftung	432
2. Anteilsmässige Haftung für eine Hilfsperson bei der Erfüllung einer sogenannt formalen Solidarschuld im Sinne von Art. 70 Abs. 2?	435
V. Die Stellung der Haftung für Erfüllungsgehilfen in der Regressordnung des Art. 51	440
1. Die Regressordnung von Art. 51 im allgemeinen	442
2. Die Haftung nach Art. 101 als vertragliche Haftung im Sinne von Art. 51 Abs. 2	445
VI. Haftung des Erfüllungsgehilfen	451
1. Haftung gegenüber dem Gläubiger	452
2. Haftung gegenüber dem Geschäftsherrn	459
3. Nachtrag zur Haftung der Hilfsperson gegenüber dem Gläubiger	467
VII. Zur Bedeutung von Art. 101 im Bereiche vertraglicher Kausalhaftungen	471
VIII. Verwandte Tatbestände	477
1. Der Ausübungsgehilfe	478

XIV

Semjud	Semaine judiciaire
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Sp.	Spalte
Sten. Bull. NR	Stenographisches Bulletin des Nationalrates
Sten. Bull. SR	Stenographisches Bulletin des Ständerates
SVG	BG vom 19. Dezember 1958 über den Strassenverkehr
SVZ	Schweizerische Versicherungszeitschrift
u.	unten
u.E.	unseres Erachtens
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VVG	BG vom 3. April 1908 über den Versicherungsvertrag
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (N.F.)

ZITIERWEISE

1. Die im nachstehenden Literaturverzeichnis aufgeführten Autoren werden, soweit nichts anderes vermerkt ist, nur mit ihrem Namen und dem Anfangsbuchstaben ihres Vornamens zitiert (z.B. Keller A., S. 100).
Wo mehrere Autoren als Verfasser eines Werkes zeichnen, werden sie nur mit ihrem Namen zitiert (z.B. Oser/Schönenberger, N 12 zu Art. 101).
2. Im Text ohne nähere Angabe zitierte Gesetzesartikel sind solche des OR (z.B. Art. 101 = Art. 101 OR).

LITERATURVERZEICHNIS

Im folgenden wird nur die hauptsächlich verwendete Literatur aufgeführt. Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen.

- Auer H.*, Die Haftung für Hilfspersonen mit besonderer Berücksichtigung des Versicherungsrechtes, Diss. Bern 1933
- Bächler H.*, Über den Beizug eines Dritten durch den Beauftragten, Diss. Bern 1960
- Barth H.R.*, Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Diss. Zürich 1957
- Becker H.*, Berner Kommentar zu Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Bern 1941, unveränderter Nachdruck 1974; zu Art. 184–551 OR, 1. Aufl., Bern 1934
- Béguelin E.*, Haftung für Hilfspersonen, SJK Karte 581
- Bezzola A.G.*, La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation, Diss. Genf 1937
- Bucher E.*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979
- Burckhardt C.Ch.*, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, Referat am schweiz. Juristentag von 1903, in: ZSR 22 (1903), S. 469–586
- v. *Büren B.*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, zit.: v. Büren B., I
- Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184–551), Zürich 1972, zit.: v. Büren B., II
- Cuendet J.*, La faute contractuelle et ses effets, Diss. Lausanne 1970
- Deschenaux/Tercier*, La responsabilité civile, Bern 1975
- Dobler K.*, Vertreter und Hilfspersonen im Versicherungsverhältnis, Diss. Bern 1961
- Engel J.P.*, Traité des obligations en droit suisse (dispositions générales du CO), Neuchâtel 1973
- Esser J.*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970
- Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, Vertragshaftung, Schadenersatz, Personenmehrheit im Schuldverhältnis, 5. Aufl. des von Esser J. begründeten Lehrbuches, Karlsruhe 1976
- Fick F.*, Das schweizerische Obligationenrecht (mit leicht fasslichen Erläuterungen), Bd. 1, Zürich 1915
- Fischer K.*, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Würzburg, München 1904
- Friedrich H.-P.*, Fragen aus dem Auftragsrecht, in: ZBJV 91 (1955), S. 449 ff.
- Funk F.*, Handkommentar des Obligationenrechts, Bd. 1, Aarau 1928
- Gauch P.*, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht mit Einschluss des Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechts, Zürich 1974, zit.: Gauch P., Zweigbetrieb
- Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1977, zit.: Gauch P., Werkvertrag
- Gauch/Schluemp/Jäggi*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bde., 1. Aufl., Zürich 1977, Nachdruck 1978 mit geringfügigen Änderungen
- Gautschi G.*, Berner Kommentar zu Art. 394–406 OR, 3. Aufl., Bern 1971
- Guhl/Merz/Kummer*, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 6. Aufl. des von Guhl Th. begründeten Lehrbuches, Zürich 1972

- Jäggi P.*, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: Festgabe für W. Schönenberger, Freiburg i.Ue. 1968, S. 181 ff. Der Aufsatz ist auch erschienen in: *Jäggi P.*, Privatrecht und Staat, gesammelte Aufsätze, Zürich 1976, S. 164 ff.; hier danach zitiert.
- Jäggi/Gauch*, Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980
- Jaussi N.*, Die Auftragssubstitution nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Zürich 1926
- Keller A.*, Haftpflicht im Privatrecht, 3. Aufl., Bern 1978
- Larenz K.*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 1976
- Lessmann H.*, Haftung für schädigendes Drittverhalten, in: Juristische Arbeitsblätter 1980, S. 193 ff.
- Lörtcher Th.*, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977
- Lüderitz A.*, Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?, in: NJW 28 (1975), S. 1 ff.
- Maag H.*, Zivilrechtliche Haftung für schädigendes Verhalten Dritter, Diss. Zürich 1924
- Neuenschwander M.*, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971; erschienen auch als Heft 405 der Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bern 1971/72 (hier danach zitiert)
- Oertmann P.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung (§§ 241–432 BGB), 5. Aufl., Berlin 1928
- Oftinger K.*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Bd., Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975, zit.: Oftinger K., I
- Schweizerisches Haftpflichtrecht, II. Bd., Besonderer Teil, 1. Halbbd., 2. Aufl., Zürich 1960, 3. unveränderte Aufl., Zürich 1970, zit.: Oftinger K., II 1
- Oser/Schönenberger*, Zürcher Kommentar zu Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929; zu Art. 184–418 OR, 2. Aufl., Zürich 1936; zu Art. 419–529 OR, 2. Aufl., Zürich 1945
- Ott W.*, Der Architekt als Hilfsperson des Bauherrn, in: SJZ 74 (1978), S. 285 ff.
- Palandt O.*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 37. Aufl., München 1978, zit.: Palandt/Bearbeiter
- Portmann P.*, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Heft 335 der Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bern 1958
- Schärer M.*, Recht und Gerichtspraxis über Haftpflicht und Schadenersatz, Bern 1940
- Schmidt E.*, Zur Dogmatik des § 278 BGB, in: AcP 1970, S. 503 ff.
- Schnyder B.*, Die Haftung des Arztes für seinen Vertreter, in: SJZ 51 (1955), S. 105 ff.
- Schönenberger/Jäggi*, Zürcher Kommentar zu Art. 1–17 OR, Zürich 1973
- Soergel H.Th.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht, 10. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967, zit.: Soergel/Bearbeiter
- v. *Staudinger J.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1c (§§ 249–327 BGB), 10./11. Aufl., bearbeitet von Werner A., Berlin 1967, zit.: Staudinger/Werner. Die Neubearbeitung von § 278 BGB (12. Aufl. 1979) war mir erst nach Fertigstellung der vorliegenden Arbeit zugänglich und ist daher nicht berücksichtigt.
- Stockar C.H.*, Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1970
- Tschudi W.J.*, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Bern 1949
- Tuor/Schnyder*, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1975. Nachdruck 1979 (einschliesslich des Supplements Kindesrecht 1977) mit neuer Paginierung, die hier nicht verwendet wird.
- v. *Tuhr A.*, Zur Haftung für fremdes Verschulden nach OR Art. 101, in: SJZ 17 (1921), S. 225 ff.

XVIII

- v. *Tuhr/Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Bd., 3. Aufl.
Zürich 1974
- v. *Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Bd., 2 Lief-
erungen, 3. Aufl., Zürich 1974 und 1979

Der Wortlaut von Art. 101

Art. 101 hat folgenden *Wortlaut*:

1

“Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer, vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht.

Diese Haftung kann durch eine zum voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden.

Steht aber der Verzichtende im Dienst des andern oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, so darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden.”

“Celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des travailleurs, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail.

Une convention préalable peut exclure en tout ou en partie la responsabilité dérivant du fait des auxiliaires.

Si le créancier est au service du débiteur, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité, le débiteur ne peut s'exonérer conventionnellement que de la responsabilité découlant d'une faute légère.”

“Chi affida, sia pure lecitamente, l'adempimento di una obbligazione o l'esercizio di un diritto derivante da un rapporto di obbligazione ad una persona ausiliaria, come un membro della comunione domestica o un lavoratore, deve risarcire all'altra parte il danno, che la commessa persona le cagiona nell'adempimento delle sue incombenze.

Questa responsabilità può essere preventivamente limitata o tolta mediante convenzione. Se però chi rinuncia si trovi al servizio dell'altra parte, o la responsabilità consegua dall'esercizio di una industria sottoposta a pubblica concessione, la rinuncia può farsi al più per la responsabilità derivante da colpa leggera.”

Abgrenzung des Themas

Wie aus dem in Nr. 1 zitierten Gesetzestext hervorgeht, unterscheidet Art. 2
101 *zweierlei Haftung*: Einmal die Haftung desjenigen (des Schuldners), der
“die Erfüllung einer Schuldpflicht ... durch eine Hilfsperson ... vornehmen
lässt” (sogenannte Haftung für Erfüllungsgehilfen). Zum andern die Haftung
desjenigen (des Gläubigers), der “die Ausübung eines Rechtes aus einem
Schuldverhältnis ... durch eine Hilfsperson ... vornehmen lässt” (sogenannte
Haftung für Ausübungsgehilfen).

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist in erster Linie die *Haftung für Erfül-* 3
lungsgehilfen. Mit der Haftung für Ausübungsgehilfen befassen wir uns nur am
Rande (Nr. 478 ff.).

- 4 Die Haftung für Erfüllungsgehilfen hat ihre hauptsächliche Bedeutung *im Bereich der (vertraglichen¹) Verschuldenshaftung*, jener Haftungsart also, bei welcher der Schuldner für den Schaden, dessen Ersatz verlangt wird, nur haftet, wenn ihn ein für den Schaden adäquat kausales Verschulden² trifft. Wir befassen uns daher im Hauptteil unserer Arbeit (1.–3. Kapitel) nur mit der Haftung für Erfüllungsgehilfen im Bereiche der Verschuldenshaftung. Der Bedeutung der Erfüllungsgehilfenhaftung im Bereiche der Kausalhaftung, d.h. jener Haftungsart, bei welcher für die Haftung des Schuldners nicht vorausgesetzt ist, dass ihn am Schaden ein Verschulden trifft, widmen wir im 4. Kapitel eine Einzelfrage (Nr. 471 ff.).

1 Sogenannt vertraglich haftet nicht nur der Schuldner aus einem vertraglichen Schuldverhältnis (Nr. 17); "aus Vertrag" können vielmehr auch Schuldner aus andern Schuldverhältnissen (z.B. aus Geschäftsführung ohne Auftrag) haftbar werden. Der Ausdruck vertragliche Haftung ist daher ungenau. Vgl. Nr. 51 betr. die sogenannt vertragliche Hilfspersonenhaftung.

2 Gemeint ist ein tatsächliches (Nr. 22), nicht hypothetisches Verschulden (Nr. 21). Wenn in der vorliegenden Arbeit von einem *Verschulden ohne nähere Präzisierung* die Rede ist, so ist immer ein *tatsächliches Verschulden* gemeint.

1. KAPITEL

Grundlagen

I. Terminologisches

Das Verständnis der nachfolgenden Untersuchungen erfordert einige Erläuterungen in terminologischer Hinsicht:

1. Erfüllungsgehilfe ist nach dem Wortlaut von Art. 101 ein Dritter, durch den der Schuldner "die Erfüllung einer Schuldpflicht ... vornehmen lässt". Statt zu sagen, der Schuldner lasse die Erfüllung einer Schuldpflicht durch einen Dritten vornehmen, sagen wir im folgenden auch, der Schuldner *verwende einen Dritten bei der Erfüllung* (einer Schuldpflicht). Seltener gebrauchen wir auch die Wendungen, der Schuldner *lasse eine Schuldpflicht durch einen Dritten erfüllen* oder er *setze einen Dritten bei der Erfüllung* (einer Schuldpflicht) *ein*.
2. Wenn in dieser Arbeit von *Haftung* die Rede ist, hat das Wort immer die Bedeutung von *Schadenersatzpflicht*. Dies bedarf deshalb besonderer Erwähnung, weil der Ausdruck in sehr vielfältiger Weise verwendet wird. So gebraucht beispielsweise das Gesetz in Art. 197 Abs. 2 den Ausdruck für das Einstehenmüssen des Verkäufers für die Mängel der Kaufsache; wenn Art. 119 Abs. 2 von Haftung "aus ungerechtfertigter Bereicherung" spricht, so ist damit die Pflicht des Schuldners gemeint, eine allfällig infolge Leistungsunmöglichkeit entstandene ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuerstatten.
3. Wenn wir von *Haftung für den Erfüllungsgehilfen* oder "Haftung für Hilfspersonen" (Art. 101, Marginalie) sprechen, so ist dies nur eine sprachliche *Kurzform*. Gemeint ist Haftung für den durch einen Erfüllungsgehilfen (eine Hilfsperson) verursachten Schaden. — Entsprechendes gilt, wenn von Haftung für Organe, Haftung für (hypothetisches) Verschulden usw. die Rede ist. Wir meinen diesfalls Haftung für den durch Organe angerichteten Schaden bzw. Haftung für Schaden, der auf (hypothetischem) Verschulden beruht usw.
Statt zu sagen, der Schuldner hafte für einen Erfüllungsgehilfen, sagen wir im folgenden gelegentlich auch, der Schuldner habe für einen Erfüllungsgehilfen einzustehen, oder er werde für einen Erfüllungsgehilfen haftbar.

Statt der Wendung, der Schuldner habe den von einem Erfüllungsgehilfen angerichteten Schaden zu ersetzen, gebrauchen wir auch die Wendung, der Schuldner habe für den von einem Erfüllungsgehilfen verursachten Schaden aufzukommen.

- 10 4. Für den Schuldner, der "die Erfüllung einer Schuldpflicht ... durch eine Hilfsperson ... vornehmen lässt" (Art. 101), verwenden Literatur und Rechtsprechung häufig auch den von Art. 101 nicht gebrauchten Ausdruck "Geschäftsherr"³. Zu beachten ist, dass Art. 55 den gleichen Ausdruck verwendet, damit aber nicht einen Schuldner meint, der einen Dritten bei der Erfüllung einsetzt⁴.
- 11 5. *Erfüllungsgehilfe* ist derjenige, durch den der Schuldner "die Erfüllung einer Schuldpflicht ... vornehmen lässt". Art. 101 verwendet diesen Ausdruck nicht; er spricht statt dessen von "*Hilfsperson*" (Text und Marginalie). Wenn wir im folgenden mehrheitlich den Ausdruck *Erfüllungsgehilfe* gebrauchen, so deshalb, weil dieser Ausdruck einzig die vom Schuldner zur Erfüllung seiner Pflichten eingesetzten Dritten umfasst. Dagegen sind Hilfspersonen im Sinne des Gesetzes auch andere als Erfüllungsgehilfen (z.B. Ausübungsgehilfen, Nr. 478 ff.), von denen die vorliegende Arbeit nicht oder nur am Rande handelt.

II. Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen im Überblick

- 12 Im folgenden zeigen wir überblicksartig 1. den Tatbestand und 2. die Rechtsfolge von Art. 101 auf, soweit diese Bestimmung die Haftung für Erfüllungsgehilfen (im Bereich der Verschuldenshaftung: Nr. 4) beschlägt. Wir bezwecken damit ein leichteres Verständnis der Ausführungen unter III.–VI.

1. Der Tatbestand

- 13 Nach Art. 101 hat der Schuldner, der "die Erfüllung einer Schuldpflicht durch eine Hilfsperson ... vornehmen lässt, ... dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht

3 Z.B. BGE 92 II 18; *Oftinger K.*, II 1, S. 110; *Keller A.*, S. 316, 318.

4 Zum Begriff des Geschäftsherrn im Sinne von Art. 55: hinten Nr. 493 ff.

Die Schadenersatzpflicht des Schuldners aufgrund von Art. 101 setzt also voraus:

1. Es muss eine *Schädigung* vorliegen. Dazu Nr. 110 ff. 14
2. Die Schädigung muss auf dem Verhalten einer *Hilfsperson* (*Erfüllungshilfe*) beruhen⁵, d.h. eines Dritten, durch den jemand, der Schuldner, "die Erfüllung einer Schuldpflicht ... vornehmen lässt". Dazu Nr. 123 ff. 15
 Die Worte "aus einem Schuldverhältnis" beziehen sich nicht auf "die Erfüllung einer Schuldpflicht", sondern nur auf "die Ausübung eines Rechtes". Dies ergibt sich daraus, dass jede Schuldpflicht aus einem Schuldverhältnis stammt, und es daher überflüssig ist, das Wort "Schuldpflicht" durch "aus einem Schuldverhältnis" zu ergänzen. Die Richtigkeit der vorgetragenen Ansicht ergibt sich auch klar aus dem italienischen und französischen Wortlaut von Art. 101 (Nr. 1): Das Wort Schuldverhältnis ("rapporto di obbligazione"; "obligation" nach "dérivant d'une") bezieht sich eindeutig nur auf die Ausübung eines Rechts ("l'esercizio di un diritto"; "d'exercer un droit") und nicht auf die Erfüllung einer Schuldpflicht ("l'adempimento di una obbligazione"; "d'exécuter une obligation"). 16
 Nachzutragen bleibt, dass die Schuldpflicht (Nr. 131 ff.) Bestandteil eines sogenannt eigentlichen *Schuldverhältnisses* bildet. Darunter versteht man ein Rechtsverhältnis mit mindestens einer Schuldpflicht (Forderung, Obligation: Nr. 132) und möglicherweise weiteren Bestandteilen wie z.B. Nebenpflichten (Nr. 145 ff.) und Obliegenheiten (Nr. 149 f.)⁶.
3. Die Schädigung muss den "andern" treffen. Mit dem "andern" meint das Gesetz den Gläubiger aus der Schuldpflicht, deren Erfüllung der Schuldner durch die schädigende Hilfsperson vornehmen lässt. Dazu Nr. 243 ff.
4. Die Hilfsperson muss "*in Ausübung ihrer Verrichtungen*" (und nicht nur bei Gelegenheit derselben) geschädigt haben. Dazu Nr. 274 ff. 19

Weitere Haftungsvoraussetzungen des Art. 101 sind vom Gesetzeswortlaut nicht erfasst:

⁵ Haftung nach Art. 101 wird aber nicht dadurch ausgeschlossen, dass weitere Personen den Schaden mitverursacht haben. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn der Schuldner selbst den Schaden mitverursacht hat (Nr. 46, 234).

⁶ *Gauch/Schluép/Jäggi*, Nr. 78; *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1, N 105, sprechen statt von einem eigentlichen Schuldverhältnis von einem "Schuldverhältnis im wörtlichen Sinn". – Zu den verschiedenen Arten von Schuldverhältnissen siehe *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1, N 105–107.

- 20 5. Das Verhalten der Hilfsperson müsste, im Schuldner gedacht, die Verletzung einer Forderung darstellen, und zwar gerade jener Forderung, bei deren Erfüllung die Hilfsperson verwendet wird (sogenannte *hypothetische Forderungsverletzung*). Dazu Nr. 251 ff.
- 21 6. Schliesslich ist vorausgesetzt, dass das Verhalten der Hilfsperson den Schuldner zum (haftungsbegründenden) Verschulden gereichen würde, wenn er selbst wie die Hilfsperson gehandelt hätte (sogenanntes *hypothetisches Verschulden*). Dazu Nr. 302 ff.
- 22 *Nicht vorausgesetzt* ist für die Haftung nach Art. 101, dass den Schuldner ein tatsächliches Verschulden (z.B. in der Auswahl oder Unterweisung der Hilfsperson) trifft (Nr. 312). Ebenso wenig ist ein Verschulden der Hilfsperson Haftungs Voraussetzung (Nr. 313).

2. Rechtsfolge: Haftung des Schuldners

- 23 Sind die eben aufgezählten Tatbestandsmerkmale von Art. 101 erfüllt, so hat der Schuldner "den Schaden (gemeint ist: des "andern", Nr. 18) zu ersetzen". Der Schuldner haftet für den Schaden des Gläubigers (vgl. die Marginalie "Haftung für Hilfspersonen"). Das Wort *Haftung*, das vom Gesetz in vielfältiger Weise verwendet wird (Nr. 7), hat in Art. 101 die Bedeutung von *Schadenersatzpflicht*, wie sich aus dem zitierten Gesetzeswortlaut klar ergibt.
- 24 Die Haftung des Schuldners gemäss Art. 101 behandeln wir ausführlich hinten in Nr. 314 ff.; hier sei vorerst nur ein Dreifaches angemerkt:
- 25 1. Art. 101 ist eine *haftungsbegründende Bestimmung* (Nr. 35) und nur die. Das besagt: Einzige in Art. 101 vorgesehene Rechtsfolge ist die Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz; anderes als Schadenersatz kann aufgrund unmittelbarer Anwendung von Art. 101 nicht verlangt werden. So ist z.B. die Frage, ob dem Gläubiger wegen vertragswidrigen Verhaltens eines Erfüllungsgehilfen ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht zustehen, bestenfalls aufgrund analoger Anwendung von Art. 101 zu entscheiden. Unmittelbar auf Art. 101 kann ein Rücktritts(Kündigungs-)recht nicht abgestützt werden⁷.

⁷ Mit der Frage, ob und inwieweit sich andere Rechtsfolgen als Schadenersatzpflicht auf Art. 101 abstützen lassen, befassen wir uns in der vorliegenden Arbeit nicht. Vgl.

2. Die aus Art. 101 entstehende Schadenersatzpflicht ist *klagbar* (zum Begriff der Klagbarkeit siehe Nr. 137 ff.). Eine Ausnahme macht der Fall, da der aus einer sittlichen Pflicht oder Naturalobligation Verpflichtete nach Art. 101 haftbar wird (Nr. 144). 26
3. Art. 101 enthält *dispositives Recht*, wie aus Abs. 2 hervorgeht. Haftung für den Erfüllungsgehilfen kann also ganz oder teilweise wegbedungen werden, und zwar auch zum voraus (vgl. aber Abs. 3). Einzelheiten darüber sind hinten in Nr. 360 ff. nachzulesen. 27

III. Grundgedanken der Haftung für Erfüllungsgehilfen (Haftungsgründe, -prinzipien)

Nach schweizerischem Recht setzt Haftung grundsätzlich ein Verschulden des in Anspruch Genommenen voraus. Wie erwähnt, kann jedoch der Schuldner nach Art. 101 für den von Erfüllungsgehilfen angerichteten Schaden auch ohne eigenes (tatsächliches) Verschulden haftbar werden (Nr. 22). Dies wirft die *Frage* auf, welche Gründe es rechtfertigen, dass der *Grundsatz der Verschuldenshaftung in Art. 101 durchbrochen* wird. 28

Drei Gründe sind anzuführen:

1. Die schweizerische Rechtsprechung und Lehre⁸ suchen die Rechtfertigung für die verschuldensunabhängige Haftung gemäss Art. 101 in einem einzigen Grund: Wenn der Schuldner Dritte bei der Erfüllung einsetzt, so geschieht dies zu seinem Vorteil: Die Arbeitsteilung bringt ihm Erleichterung,

immerhin hinten Nr. 327 ff. betr. die Möglichkeit, die Haftung zu reduzieren, weil eine Hilfsperson des Gläubigers zum Schaden beigetragen hat; ferner Nr. 506 ff. betr. die Pflicht zur Leistung von Genugtuung aufgrund von Art. 101.

- 8 BGE 91 I 230, 90 I 53; Kantonsgericht Wallis in: Rapport du tribunal cantonal du Valais 1939, S. 23; *Schnyder B.*, S. 107 r. Sp.; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 224; *Keller A.*, S. 316. Ebenso die deutsche Lehre zu § 278 BGB, welche Bestimmung Art. 101 mit Bezug auf die Haftung für Erfüllungsgehilfen im wesentlichen entspricht; statt vieler: *Soergel/Schmidt*, N 1 zu § 278 BGB; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 5. Aufl. des von Josef Esser begründeten Lehrbuches, Karlsruhe 1975, S. 75. Den Gedanken des Nutzen/Lasten-Ausgleichs betont auch die Lehre zu § 1313a des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB), welche Bestimmung eine ähnliche Regelung der Haftung für Erfüllungsgehilfen enthält wie Art. 101: *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 4. Aufl., Wien 1976, S. 349.

Art. 101 unterscheidet sich ferner

- 37 2. von den Bestimmungen, die sich in keiner Weise mit einer Haftung befassen (im folgenden: *Nicht-Haftungsbestimmungen*).
- 38 Obwohl Haftungsbestimmung, hat Art. 101 mit gewissen Nicht-Haftungsbestimmungen Gemeinsamkeiten; nicht bezüglich der Rechtsfolge, wohl aber hinsichtlich des Tatbestands: Art. 101 gehört zu jenen *Bestimmungen, die an das Verhalten einer Person A eine Rechtswirkung in einer Person B knüpfen* (vgl. Nr. 43 ff.). Auch eine ganze Reihe von Nicht-Haftungsbestimmungen lässt durch das Verhalten einer Person A eine Rechtswirkung (keine Schadenersatzpflicht) in einer andern Person entstehen. So entfaltet z.B. nach Art. 32 ff. die "Abgabe oder Entgegennahme einer rechtserheblichen Erklärung"¹⁵ ihre Wirkungen unter bestimmten Voraussetzungen nicht im Erklärenden bzw. Erklärungsempfänger (Vertreter), sondern in einer andern Person (dem Vertretenen). Ein weiteres Beispiel: Bei unpersönlichen Leistungspflichten (vgl. Nr. 214 ff.) kann nach Art. 68 ein Dritter mit befreiender Wirkung für den Schuldner leisten. Wiederum löst eine Person A (der Leistende) in einer Person B (dem Schuldner) Rechtsfolgen (aber keine Schadenersatzpflicht) aus.

2. Verhältnis von Art. 101 zu andern haftungsbegründenden Bestimmungen

- 39 Im folgenden ist aufzuzeigen, welche Stellung Art. 101 unter den verschiedenen haftungsbegründenden Bestimmungen (Nr. 35) des schweizerischen Rechts einnimmt.

Haftungsbegründende Bestimmungen lassen sich nach *unterschiedlichen Kriterien* klassifizieren. Wir greifen einige heraus, die für das Verständnis der Erfüllungsgehilfenhaftung nach Art. 101 wesentlich sind.

A. Die Erfüllungsgehilfenhaftung als Kausalhaftung

- 40 Die haftungsbegründenden Bestimmungen können einmal danach unterschieden werden, ob sie eine Kausal- oder eine Verschuldenshaftung festlegen. Die *Kausalhaftungen* haben ein gemeinsames Merkmal: dass ein (für den Schaden adäquat kausales) tatsächliches Verschulden des Ersatzpflichtigen keine Haf-

¹⁵ Gauch/Schluep/Jäggi, Nr. 704.

tungsvoraussetzung bildet (Nr. 4)¹⁶. Demgegenüber ist *Verschuldenshaftung* diejenige Haftungsart, bei der die Haftung ein (tatsächliches) Verschulden des Ersatzpflichtigen voraussetzt (Nr. 4)¹⁷.

Die *Haftung für Erfüllungsgehilfen* ist eine *Kausalhaftung* im umschriebenen 41 Sinne, da der Schuldner nach dem vorne in Nr. 22 Gesagten auch ohne eigenes tatsächliches Verschulden nach Art. 101 haftbar werden kann.

Es ist allerdings nicht zu übersehen, dass die Erfüllungsgehilfenhaftung *mit der* 42 *Verschuldenshaftung in enger Verwandtschaft* steht, ist doch für die Haftung des Schuldners nach Art. 101 ein hypothetisches Verschulden (Nr. 21) erforderlich¹⁸.

B. Die Erfüllungsgehilfenhaftung als Haftung für Schaden, den ein Dritter verursacht hat

Haftung nach Art. 101 setzt voraus, dass eine vom Haftbaren (dem Schuld- 43 *ner) verschiedene Person (ein Erfüllungsgehilfe – oder ein Ausübungsgehilfe, was hier nicht weiter interessiert) den zu ersetzenden Schaden verursacht hat.* Nicht vorausgesetzt ist allerdings, dass der Schaden auf dem Verhalten nur des Erfüllungsgehilfen beruht (Anm. 5).

Art. 101 unterscheidet sich demnach: 1. von den haftungsbegründenden Be- 44 stimmungen, die voraussetzen, dass der Ersatzpflichtige selbst geschädigt hat; 2. von den haftungsbegründenden Bestimmungen, bei denen es gleichgültig ist, ob der Haftbare oder (bestimmte) Dritte geschädigt haben; 3. von den haftungsbegründenden Bestimmungen, die überhaupt nicht an menschliches Verhalten anknüpfen. Auf diese drei Arten von Bestimmungen und ihr Verhältnis zu Art. 101 gehen wir nachstehend noch näher ein:

1. *Einige Bestimmungen setzen voraus, dass der Ersatzpflichtige selbst den* 45 *Schaden verschuldet oder doch zumindest verursacht hat.* Zu den ersteren

16 Ist für die Haftung ein Verschulden vorausgesetzt, das für den Schaden nicht adäquat kausal sein muss, so liegt nicht etwa eine Verschuldenshaftung, sondern eine Kausalhaftung vor. Beispiel: Die in Art. 103 vorgesehene Zufallshaftung setzt ein Verschulden am Verzug voraus; ein für den Schaden adäquat kausales Verschulden ist hingegen nicht erforderlich. Die Haftung ist demnach eine kausale (*Oftinger K.*, I, S. 20). Zur Zufallshaftung des Art. 103 siehe Nr. 473.

17 Zum Begriff von Verschuldens- und Kausalhaftung siehe *Oftinger K.*, I, S. 14 ff.

18 Wer – wie z.B. *Cuendet J.*, Nrn. 282 und 381 – der Haftung für Erfüllungsgehilfen aufgrund dieser Verwandtschaft mit der Verschuldenshaftung den Charakter einer Kausalhaftung abspricht, geht von einem andern Begriff der Kausalhaftung aus.

Bestimmungen zählen z.B. Art. 41 und 97; bei den letzteren Bestimmungen ist z.B. Art. 54 einzureihen.

- 46 Haftung aufgrund solcher Bestimmungen setzt allerdings nicht voraus, dass der Ersatzpflichtige den Schaden allein verursacht hat – wie ja auch umgekehrt für die Haftung nach Art. 101 nicht erforderlich ist, dass der Erfüllungsgehilfe allein geschädigt hat (Nr. 43, Anm. 5). Wählt z.B. der Schuldner einen unfähigen Erfüllungsgehilfen aus, so haftet er unter den Voraussetzungen von Art. 97 für den Schaden, den der Erfüllungsgehilfe wegen seiner mangelnden Fähigkeiten dem Gläubiger anrichtet; nicht von Belang ist, dass der Schaden nicht allein auf die mangelhafte Auswahl durch den Schuldner, sondern ebenso auf das Verhalten des Erfüllungsgehilfen zurückzuführen ist. In unserem Beispiel haftet der Schuldner auch aus Art. 101, falls dessen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Dies, obwohl der Schaden des Gläubigers nicht allein auf dem Verhalten des Erfüllungsgehilfen beruht, sondern ebenso auf dem Verhalten des Schuldners, der mangelhaften Auswahl¹⁹.

- 47 2. *Einige Bestimmungen sehen vor, dass entweder der Ersatzpflichtige oder ein Dritter (in der Regel eine Hilfsperson: Nr. 49) geschädigt haben muss.* Beispiel: Art. 56 macht den Halter eines Tieres für den von diesem angerichteten Schaden haftbar, wenn er nicht beweisen kann, dass er und seine Hilfspersonen “alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Tieres angewendet” haben, “oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre”. Mit andern Worten setzt Haftung nach der zitierten Bestimmung voraus, dass entweder der Halter oder eine Hilfsperson den Schaden durch eine Sorgfaltsverletzung verursacht hat²⁰. – Anders als nach Art. 101 ist also für die Haftung nach Art. 56 nicht erforderlich, dass ein Dritter geschädigt hat; es genügt vielmehr, dass ein Dritter oder der Ersatzpflichtige den Schaden herbeigeführt hat²¹.

- 48 3. *Eine dritte Gruppe von haftungsbegründenden Bestimmungen macht die Haftung nicht von einem menschlichen Verhalten, sondern von andern Umständen abhängig.* Damit ist auch gesagt, dass Haftung nach den betreffenden Bestimmungen (anders als nach Art. 101) Schädigung durch einen

19 Liegen sowohl die Voraussetzungen von Art. 97 als auch von Art. 101 vor, so kann der geschädigte Gläubiger seinen Schadenersatzanspruch wahlweise auf eine der beiden Bestimmungen abstützen (Anspruchskonkurrenz); siehe auch Nr. 234.

20 Otfinger K., II 1, S. 217, 222 o., 223; Oser/Schönenberger, N 10, 14 zu Art. 56.

21 Die Unsorgfalt des Tierhalters oder der Hilfsperson ist nur *eine* Schadensursache neben dem Verhalten des Tieres.

Dritten nicht voraussetzt. Beispiel: Der Werkeigentümer haftet nach Art. 58, weil und sofern ein Werkmangel zu einem Schaden führt. Nicht von Belang ist, ob der Mangel von einer Person (dem Werkeigentümer oder einem Dritten) verursacht wurde oder ob er auf äusseren (z.B. atmosphärischen) Einwirkungen beruht²². Auch bei den hier fraglichen Haftungsbestimmungen wird allerdings der Haftungsfall regelmässig nur dann eintreten, wenn der Schädigung ein menschliches Verhalten zugrunde liegt.

C. Die Erfüllungsgehilfenhaftung als Hilfspersonenhaftung

Bei den Bestimmungen, welche für die Haftung Schädigung durch einen Dritten, d.h. eine vom Haftbaren verschiedene Person, voraussetzen, können zwei Arten unterschieden werden: Einzelne Vorschriften setzen voraus, dass der Dritte eine *Hilfsperson* des Haftbaren ist, also jemand, dessen sich der letztere „für seine Zwecke bedient“²³; andere Bestimmungen stellen bei der Umschreibung des Personenkreises, für den gehaftet wird, nicht auf die Hilfspersonenqualität ab.

Zu den ersteren Bestimmungen zählt neben Art. 101 namentlich Art. 55. Zu den letzteren Bestimmungen gehört beispielsweise Art. 333 ZGB. Gemäss dieser Bestimmung haftet das Familienhaupt für die unmündigen oder entmündigten, geistesschwachen oder geisteskranken Hausgenossen unabhängig davon, ob es sie für seine Zwecke einsetzt oder nicht²⁴.

22 Weitere Bestimmungen dieser Art sind z.B. Art. 1 EHG, Art. 34 EIG, Art. 58 SVG. – Siehe *Oftinger K.*, I, S. 19; *Portmann P.*, S. 54.

23 *Oftinger K.*, I, S. 18. – Das Gesetz bezeichnet Dritte, denen Hilfspersonenqualität zukommt, oft nicht als Hilfspersonen (z.B. Art. 1 Abs. 2 EHG). Umgekehrt verwendet es (ausnahmsweise) den Begriff Hilfsperson für Dritte, die nicht Hilfspersonen im umschriebenen Sinne sind; so passt z.B. der Ausdruck Hilfsperson für den Ausübungsgelhilfen (Nr. 2) nicht, dieser wird aber vom Gesetz trotzdem Hilfsperson genannt (Art. 101, Marginalie und Text).

24 Am Rande sei vermerkt, dass die Haftung nach Art. 333 ZGB eine widerrechtliche Schädigung im Sinne von Art. 41 voraussetzt; die Schädigung durch Verletzung „bloss“ einer Forderung kann keine Haftung aus Art. 333 ZGB begründen (*Oftinger K.*, II 1, S. 249). Der Wortlaut von Art. 333 ZGB, der die Vorstellung erweckt, die besagte Bestimmung finde auf alle Schädigungen durch einen (unmündigen usw.) Hausgenossen Anwendung („verursacht ein ... Hausgenosse einen Schaden, so ...“), ist zu weit.

Stellt die Schädigung durch einen (unmündigen usw.) Hausgenossen, der zugleich Erfüllungsgehilfe ist, nicht nur eine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 dar, sondern auch eine Forderungsverletzung, so finden sowohl Art. 333 ZGB als auch Art. 101 Anwendung. Der Gläubiger kann diesfalls seinen Schadenersatzanspruch

D. Die Erfüllungsgehilfenhaftung als sogenannt vertragliche Hilfspersonenhaftung

- 51 Wie sich aus dem in Nrn. 15–18 Gesagten ergibt, setzt Haftung nach Art. 101 voraus, dass zwischen dem Geschäftsherrn (Nr. 10) und dem durch den Erfüllungsgehilfen Geschädigten bereits *zur Zeit der Schädigung ein (eigentliches) Schuldverhältnis (Nr. 17) bestanden hat*. Bei diesem Schuldverhältnis handelt es sich zwar in der Regel, jedoch nicht notwendig, um ein vertragliches (Nr. 142). Es ist deshalb ungenau, die Erfüllungsgehilfenhaftung als vertragliche Hilfspersonenhaftung zu bezeichnen²⁵.
- 52 Im Unterschied zu Art. 101 setzt Art. 55 für die Haftung nicht voraus, dass zwischen dem Geschäftsherrn²⁶ und dem Geschädigten bereits zur Zeit der Schädigung ein Schuldverhältnis bestanden hat.
- 53 Die Haftung nach Art. 55 wird auch als ausservertragliche Hilfspersonenhaftung bezeichnet²⁷. Diese Ausdrucksweise ist irreführend, indem sie den Eindruck erweckt, die sogenannt vertragliche Hilfspersonenhaftung gemäss Art. 101 setze ein vertragliches Schuldverhältnis zwischen dem Schuldner und dem durch den Erfüllungsgehilfen geschädigten Gläubiger voraus, was nach dem in Nr. 51 Gesagten nicht zutrifft. Der Ausdruck ausservertragliche Hilfspersonenhaftung ist noch aus einem zweiten Grund irreführend: weil er glauben macht, der Bestand eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschädigten schliesse die Anwendbarkeit von Art. 55 aus, was nach absolut herrschender Meinung nicht der Fall ist (Nr. 492).

E. Erfüllungsgehilfenhaftung und Organhaftung

- 54 *Erfüllungsgehilfenhaftung bedeutet Haftung für fremdes*, nicht eigenes Verhalten. Dies ergibt sich daraus, dass der Schuldner für Erfüllungsgehilfen gemäss Art. 101 haftet, und nicht gemäss Art. 97, welche Bestimmung sich mit der Haftung des Schuldners für eigenes Verhalten befasst.

wahlweise auf eine der beiden Bestimmungen abstützen, falls deren beider Voraussetzungen erfüllt sind (Anspruchskonkurrenz; *Oftinger K.*, I, S. 484; II 1, S. 249 u. 250 o.).

25 Wie dies z.B. *Oftinger K.*, II 1, S. 110, tut.

26 Zum Begriff des Geschäftsherrn im Sinne von Art. 55 siehe Nr. 493 ff.

27 Z.B. *Oftinger K.*, II 1, S. 110; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 224.

Demgegenüber wird *schädigendes Verhalten der Organe* (Nr. 180 ff.) in Aus- 55
 übung ihrer geschäftlichen Verrichtungen²⁸ *der juristischen Person als eigenes
 Verhalten zugerechnet*: Schädigen die Organe, so schädigt unter rechtlichem
 Gesichtspunkt die juristische Person (Art. 55 Abs. 2 ZGB; diese Bestimmung
 ist eine sogenannte Zurechnungsnorm, siehe nachstehend Nr. 57). Für Förde-
 rungsverletzungen durch Organe haftet die juristische Person demnach nicht
 gemäss Art. 101, sondern gemäss Art. 97²⁹ (i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB)³⁰.

Zur Organhaftung sind an dieser Stelle *drei Punkte nachzutragen* (siehe ferner 56
 Nr. 179 ff.):

1. In der Literatur ist oft davon die Rede, der Schuldner hafte für Organe 57
 nach Art. 55 Abs. 2 ZGB³¹. Dies ist ungenau: Art. 55 Abs. 2 ZGB ist (an-
 ders als Art. 101) nicht eine materielle Haftungsnorm, die angibt, unter
 welchen Voraussetzungen "ein bestimmter Schaden eine Haftung zur
 Folge hat"³². Vielmehr ist Art. 55 Abs. 2 ZGB "bloss" eine sogenannte
Zurechnungsnorm, welche die Deliktsfähigkeit der juristischen Personen
 feststellt, welche mit andern Worten die materiellen Haftungsnormen auch
 auf schädigendes Verhalten der juristischen Personen (durch ihre Organe)
 für anwendbar erklärt³³.

Zum Umfang der Zurechnung siehe Nr. 60. 58

2. *Es steht dem Gesetzgeber frei, ob und inwieweit er den juristischen Per- 59
 sonen schädigendes Verhalten ihrer Organe als eigenes zurechnen will.* Es
 sei hier nur daran erinnert, dass vor Inkrafttreten von Art. 55 Abs. 2 ZGB
 die gewerbetreibende juristische Person für Forderungsverletzungen durch
 ihre Organe nicht gemäss Art. 110 aOR (rev. OR Art. 97), sondern gemäss
 Art. 115 aOR (rev. OR Art. 101) haftbar wurde, also für fremdes, nicht für
 eigenes Verhalten³⁴.

28 Dazu Portmann P., S. 33 ff.

29 Z.B. Portmann P., S. 36 (und die dort in Anm. 3 zitierte Literatur), S. 90 ff.; BGE
 92 II 239, 70 II 219.

30 Entsprechendes gilt für die rechtsfähigen Personengesellschaften (Kollektiv- und
 Kommanditgesellschaft): Für Forderungsverletzungen durch geschäftsführende Ge-
 sellschafter in Ausübung ihrer Verrichtungen greift ebenfalls Haftung gem. Art. 97
 (i.V.m. Art. 567 Abs. 3, Art. 598) Platz, und nicht Haftung nach Art. 101. So Gauch
 P., Zweigbetrieb, Nr. 1711; a.A. wohl Siegwart A., Zürcher Kommentar zu Art.
 530–619 OR, Zürich 1938, N 6 zu Art. 567.

31 Z.B. v. Tuhr/Escher, § 70 II, S. 127.

32 Gauch P., Zweigbetrieb, Nr. 1661.

33 Zum Begriffspaar Zurechnungsnorm/materielle Haftungsnorm vgl. Gauch P., Zweig-
 betrieb, Nr. 1698 f.; Portmann P., S. 32 f.; Burckhardt W., Einführung in die Rechts-
 wissenschaft, 2. Aufl., Zürich 1948, S. 116.

34 Siehe den Wortlaut von Art. 115 aOR, dazu Burckhardt C.Ch., S. 537, sowie Oser/

- 60 3. Nach Art. 55 Abs. 2 ZGB wird der juristischen Person sowohl *recht geschäftliches als auch "sonstiges Verhalten"* der Organe als eigenes zu gerechnet. Mit dem "sonstigen Verhalten" sind namentlich widerrechtlich Schädigungen im Sinne von Art. 41³⁵ und Forderungsverletzungen³⁶ gemeint³⁷.
- 61 Gemäss Art. 718 Abs. 3 haftet die Aktiengesellschaft (AG) (bloss) "für den Schaden aus unerlaubten Handlungen", die Organe begehen. Es fragt sich ob mit den "unerlaubten Handlungen" – dem allgemeinen Sprachgebrauch folgend – nur widerrechtliche Handlungen unter Ausschluss der Forderungsverletzungen gemeint sind. Wollte man dies bejahen, könnten der AG in Abweichung von Art. 55 Abs. 2 ZGB Forderungsverletzungen der Organe nicht als eigene zugerechnet werden; die AG würde demnach für Forderungsverletzungen durch Organe unter den Voraussetzungen des Art. 101 haften, und nicht gemäss Art. 97 (vgl. Nr. 59). Die aufgeworfene Frage ist zu verneinen: In Art. 718 Abs. 3 ist eine blosser Anwendungsbestimmung von Art. 55 Abs. 2 ZGB zu sehen; der Ausdruck "unerlaubte Handlungen" ist in einem weiten Sinne zu begreifen, der alle widerrechtlichen Schädigungen unter Einschluss der Forderungsverletzungen umfasst³⁸.
- 62 Das Gesagte gilt entsprechend für Art. 814 Abs. 4 und Art. 899 Abs. 3, welche Bestimmungen mit Bezug auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Genossenschaft ebenfalls von "unerlaubten Handlungen" sprechen.

Schönenberger, N 1 zu Art. 101 und N 4 zu Art. 55. – Im vorliegenden Zusammenhang ist erwähnenswert, dass sich die deutsche Lehre nicht einig ist, ob juristische Personen für Forderungsverletzungen durch Organe nach § 31 BGB (für eigenes Verhalten) oder nach § 278 BGB (für fremdes Verhalten) haftbar werden. Zum Meinungsstand siehe *Soergel* H.Th., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil (§§ 1–240), 11. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978, N 6 f. zu § 31 BGB; 10. Aufl., N 6 zu § 31 (Bearbeiter von § 31 ist in beiden Auflagen *Schulze v. Lasaulx*).

35 *Tuor/Schnyder*, S. 111.

36 *Z.B. v. Tuhr/Escher*, § 70 II, S. 127.

37 Unter das "sonstige Verhalten" fällt beispielsweise auch das Selbstverschulden (Nr. 324 ff.) eines Organs; dieses wird der juristischen Person ebenfalls als eigene zugerechnet.

38 *Gauch* P., Zweigbetrieb, S. 371 Anm. 728.

V. Der rechtsgeschichtliche Hintergrund von Art. 101

Im folgenden gehen wir der Frage nach, ob und in welchem Umfang in jenen 63 Rechtsgebilden, die für die schweizerische Rechtsentwicklung bedeutsam waren, eine Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen bestanden hat. Wir untersuchen 1. das römische Recht, 2. das ältere deutsche Recht, 3. das gemeine Recht Deutschlands, 4. die modernen Kodifikationen. Unter 5. befassen wir uns speziell mit der Entwicklung des Gedankens der Haftung für Erfüllungsgehilfen in der Schweiz.

1. Das römische Recht

Bezüglich der Haftung des Schuldners für Hilfspersonen im römischen Recht 64 muss unterschieden werden zwischen dem klassischen und dem nachklassischen Recht:

1. Im *klassischen römischen Recht* herrschte der *Verschuldensgrundsatz*: 65 Keine Haftbarkeit ohne eigenes (tatsächliches: Nr. 22) Verschulden³⁹. Der Schuldner haftete demnach für den von Erfüllungsgehilfen angerichteten Schaden grundsätzlich nur dann, wenn er den Schaden mittelbar durch (tatsächliches) Verschulden verursacht hatte, insbesondere also dann, wenn mangelhafte Auswahl, Unterweisung oder Überwachung des Erfüllungsgehilfen (*culpa in eligendo, instruendo vel custodiendo*) für den Schaden ursächlich waren⁴⁰.

In Abweichung vom eben dargestellten Grundsatz haftete der Schuldner 66 bei gewissen Schuldverhältnissen auch ohne Verschulden. Hervorzuheben ist die sogenannte *custodia-Haftung*: Für bestimmte Schuldner, die eine Sache des Gläubigers im eigenen Interesse in Verwahrung hatten, bestand eine Bewachungspflicht (*custodia*); so z.B. für den Entlehner oder Gastwirt. Kam die Sache abhanden oder wurde sie beschädigt, so hatte der Schuldner für den Schaden einzustehen, es sei denn, er konnte nachweisen,

39 In einer Anzahl von Fällen haftete der Schuldner für Verschulden schlechthin, also für Vorsatz (*dolus*) und Fahrlässigkeit (*culpa*); in andern Fällen bestand lediglich Haftung für *dolus*: Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht, 3. Aufl., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949, S. 176 ff.; Kaser M., Römisches Privatrecht (Kurzlehrbuch), 7. Aufl., München 1972 (zit.: Kaser M., Kurzlehrbuch), S. 145 f.

40 Schulz F., Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen Recht, in: Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 38 (1911), S. 10.

dass der Schaden auf höherer Gewalt (Feuersbrunst, Überschwemmung, Schiffbruch usw.) beruhte⁴¹.

- 67 In unserem Zusammenhang ist bedeutsam zu wissen, dass den Schuldner das Verhalten seiner Gehilfen nicht befreite, denn dasselbe stellte kein höhere Gewalt dar. Der custodia-Haftung wohnte also auch das *Moment des Entstehens für Hilfspersonen* inne⁴².

- 68 Die Ansicht, dass die custodia-Haftung im klassischen Recht Haftung für Zufall bis zur höheren Gewalt war, ist heute bestritten: Einzelne Autoren nehmen an, sie sei Verschuldenshaftung gewesen⁴³.

- 69 Ist man dieser Ansicht, so haftete auch der Schuldner im Bereiche der custodia-Haftung für den von Erfüllungsgehilfen angerichteten Schaden nur, wenn ihn culpa in eligendo, instruendo vel custodiendo traf⁴⁴.

- 70 Immerhin dürften auch bei dieser Auffassung der custodia-Haftung einzelne Schuldner für den von Hilfspersonen verursachten Schaden ohne persönliches Verschulden gehaftet haben; so z.B. der Transportunternehmer, gestützt auf D. 19, 2, 25, 7⁴⁵.

41 Kaser M., Kurzlehrbuch, zit. in Anm. 39, S. 145 f.; Kaser M., Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl., München 1971 (zit.: Kaser M., I), S. 507 f.; Jörs/Kunkel/Wenger, zit. in Anm. 39, S. 174 ff.; Schulz F., zit. in Anm. 40, S. 9 f., und die dort in Anm. 2/3 zitierte Literatur.

42 Schulz F., zit. in Anm. 40, S. 10; Haymann F., Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 40 (1919), S. 193, vgl. auch S. 179 Anm. 2; Kaser M., I, zit. in Anm. 41, S. 571, mit Bezug auf den Werkvertrag.

43 Sohm/Mitteis/Wenger, Institutionen des römischen Rechts, 17. Aufl., Berlin 1949, S. 381 Anm. 6; Kreller H., Römisches Recht, 2. Bd., Wien 1950, S. 304.

44 Kreller H., zit. in Anm. 43, S. 304.

45 Die zitierte Digestenstelle hat folgenden Wortlaut: Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa accederit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit, idem que etiam ad ceteras res transferri potest. Aus dieser Digestenstelle leiten die modernen Autoren die Haftung des Transportunternehmers für seine Hilfspersonen ab, indem sie annehmen, dass das "eorumque" eine Entgleisung des Kompilators Tribonian ist, es statt dessen "eorumvel" heissen sollte: Haymann F., zit. in Anm. 42, S. 193; vgl. auch Krückmann P., Periculum emptoris, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 60 (1940), S. 18. (Zur Interpretation von D. 19, 2, 25, 7 durch jene Autoren, die die custodia-Haftung als Zufallshaftung auffassen, siehe Schulz F., zit. in Anm. 40, S. 26 f.) – Auch eine Anzahl weiterer Digestenstellen spricht für die Annahme, dass einzelne Schuldner nach römischem Recht für Hilfspersonen auch ohne eigenes Verschulden einzustehen hatten: dazu Krückmann P., a.a.O., S. 18 ff. – Zu beachten ist: Unter Umständen haftete ein Schuldner dem Gläubiger für den von Hilfspersonen angerichteten Schaden aus einer Deliktsklage: Kaser M., Kurzlehrbuch, zit. in Anm. 39, S. 185. (Auch nach heutigem Recht steht dem Gläubiger unter Umständen eine Deliktsklage zu, in

2. Im *nachklassischen Recht* tritt die "Tendenz hervor, alle Haftung auf Verschulden zu gründen"⁴⁶. So verschwindet denn auch die custodia-Haftung: Wer nach klassischem Recht für custodia einzustehen hatte, haftete jetzt (nur mehr) für culpa levissima (leichteste Fahrlässigkeit). Trotzdem hafteten einzelne Schuldner für ihre Gehilfen auch ohne eigenes Verschulden (culpa in eligendo, instruendo vel custodiendo)⁴⁷.

2. Das germanisch-deutsche Recht⁴⁸

Im *ältesten deutschen Recht* haftete der Schuldner für Zufall: Konnte er die Leistung nicht (richtig) erbringen, so hatte er auf jeden Fall für den Schaden aufzukommen; nicht von Belang war, ob das Ausbleiben des Leistungserfolges auf äusseren Einwirkungen (z.B. Hagelschlag) oder auf Verhalten des Schuldners beruhte⁴⁹.

Es versteht sich, dass in dieser Zufallshaftung auch das Einstehenmüssen für den von Hilfspersonen verursachten Schaden miteingeschlossen war.

Später wurde die Haftung gemildert: Der Schuldner hatte nur noch für Verschulden und sogenannt inneren Zufall einzustehen, nicht mehr für "äusseren Zufall" (höhere Gewalt)⁵⁰.

"Innerer Zufall" lag dann vor, wenn die Ursache eines Schadens "irgendwie mit der Lebenssphäre jemandes verkettet war, aus dem Lebenskreise dieses Menschen entsprang"⁵¹. Der Schuldner konnte sich demnach von der Haf-

besondere aus Art. 55.) – Die Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen im klassischen römischen Recht ist noch wenig untersucht (Kaser M., I, S. 513 Anm. 78). Neben Schulz F. (Anm. 40), Haymann F. (Anm. 42) und Krückmann P., a.a.O., siehe die von Kaser M., I, S. 513 in Anm. 78 zitierte Literatur.

46 Kaser M., Kurzlehrbuch, zit. in Anm. 39, S. 147.

47 Kaser M., Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, 2. Aufl., München 1975, S. 354.

48 Das germanisch-deutsche Recht war nicht einheitlich. Vorerst zerfiel es in verschiedene Stammesrechte, später in Landrechte, wobei sich neben den Landrechten weitere Rechtsquellen ausbildeten (Stadtrechte sowie Lehn-, Dienst- und Hofrechte). Trotz dieser Rechtszersplitterung hatte das germanisch-deutsche Recht gemeinsame Grundzüge. Im einzelnen siehe Hübner R., Grundzüge des deutschen Privatrechts, 4. Aufl., Leipzig/Erlangen 1922, S. 1 ff.

49 Mitteis/Lieberich, Deutsches Privatrecht (Lehrbuch), 6. Aufl., München 1972, S. 132; vgl. auch Heusler A., Institutionen des deutschen Privatrechts, 2. Bd., Leipzig 1886, S. 264 u./265.

50 Hübner R., zit. in Anm. 48, S. 516 f.; Mitteis/Lieberich, zit. in Anm. 49, S. 132; Heusler A., zit. in Anm. 49, S. 265.

51 Hübner R., zit. in Anm. 48, S. 516.

tung für den aus einer Forderungsverletzung entstandenen Schaden nur befreien, wenn er nachweisen konnte, dass das schädigende Ereignis nicht durch eine solche Verbindung mit seinem Lebenskreis gebracht werden konnte. So haftete z.B. der Entlehner einer Sache nicht, wenn diese durch Unwetter, Überschwemmung oder Hauseinsturz zerstört wurde.

- 77 Aus dem Grundsatz, wonach den Schuldner nur "äusserer Zufall" von der Haftung befreite, ergab sich eine *weitgehende Haftung des Schuldners für Dritte*. Insbesondere hatte er für den von seinen Hausangehörigen und seinen Gehilfen angerichteten Schaden einzustehen; das schädigende Verhalten desselben entsprang eben der Lebenssphäre des Schuldners und konnte ihn also bloss "innerer Zufall" von der Haftung nicht befreien⁵².
- 78 Manche Quellen sahen für bestimmte Schuldverhältnisse eine mildere Haftung vor; so hatte beispielsweise nach dem Sachsenspiegel der Verwahrer nur für verschuldeten Schaden einzustehen⁵³. Doch haftete der Schuldner wohl auch in diesen Fällen für den von seinen Hilfspersonen angerichteten Schaden ohne Verschulden⁵⁴.

3. Das gemeine Recht⁵⁵ in Deutschland

- 79 Im gemeinen Recht herrschte das *Verschuldensprinzip: Keine Haftung des Schuldners ohne Verschulden*. Für den von Hilfspersonen verursachten Schaden

52 Hübner R., zit. in Anm. 48, S. 519.

53 Heusler A., zit. in Anm. 49, S. 265 ff.; Hübner R., zit. in Anm. 48, S. 518; Bluntschli J.C., Deutsches Privatrecht, 2. Aufl., München 1860, S. 313 f.; v. Gierke O., Deutsches Privatrecht, 3. Bd., München/Leipzig 1917, S. 119 f. Diese letzteren beiden Autoren vertraten die Ansicht, der Schuldner habe grundsätzlich nur für Verschulden und bloss ausnahmsweise strenger gehaftet. Praktisch macht es allerdings keinen Unterschied, ob man grundsätzlich Verschuldenshaftung mit Ausnahmen zugunsten einer gemilderten Kausalhaftung oder umgekehrt grundsätzlich Zufallshaftung bis zu einer höheren Gewalt mit Ausnahmen zugunsten der Verschuldenshaftung annimmt. Heusler A., zit. in Anm. 49, S. 265.

54 v. Gierke O., zit. in Anm. 53, S. 122; ders., Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, S. 801.

55 Unter gemeinem Recht ist zu verstehen das römische Recht in der Form, die ihm die italienischen Kommentatoren des Mittelalters verliehen hatten (*Mitteis/Lieberich*, zit. in Anm. 49, S. 10; *Sohm/Mitteis/Wenger*, zit. in Anm. 43, S. 2 ff., 150 f.). Das gemeine Recht beeinflusste die Rechtsentwicklung in weiten Teilen Europas, insbesondere aber im deutschen Reich, wo es durch die Reichskammergerichtsordnung von 1495 formelle Gesetzeskraft erhielt. Theoretisch hatte das gemeine Recht allerdings nur subsidiäre Geltung neben dem Partikularrecht (Ortsrecht, Stadtrecht, Landesrecht), praktisch spielte es eine beherrschende Rolle (*Mitteis/Lieberich*, zit. in Anm. 49, S. 10 f.).

den hatte der Schuldner demnach nur dann einzustehen, wenn ihm ein Verschulden bei der Auswahl, Unterweisung oder Überwachung derselben zur Last fiel⁵⁶.

Ein bedeutender Teil der neueren *Gemeinrechtslehre Deutschlands* verlangte eine strengere Haftung des Schuldners für seine Hilfspersonen. Einzelne Autoren versuchten, die Ausdehnung der Haftung auf das römische Recht abzustützen⁵⁷, andere zogen die strengere Haftung des älteren deutschen Rechts heran, um den Schuldner für Gehilfen auch abgesehen von den Fällen der culpa in eligendo usw. haftbar zu machen⁵⁸. Eine dritte Gruppe von Autoren entwickelte eigene Theorien zur Rechtfertigung einer verschärften Hilfspersonenhaftung⁵⁹.

Diese eine strengere Hilfspersonenhaftung fordernden Lehrmeinungen verzeichneten Erfolge: Einmal ging die gemeinrechtliche Praxis Deutschlands dazu über, den Unternehmer auch ohne eigenes Verschulden für seine Hilfspersonen haften zu lassen⁶⁰. Ferner führten einzelne Partikularrechte und Reichsgesetze⁶¹ für gewisse Fälle eine Hilfspersonenhaftung ein, die nicht an persönliches Verschulden des Schuldners anknüpfte. Schliesslich und insbesondere trug das BGB aus dem Jahre 1896 den Forderungen der *Gemeinrechtslehre* Rechnung (Nr. 88 f.).

4. Die modernen Kodifikationen

Verschiedene der seit dem 18. Jahrhundert entstandenen Kodifikationen sehen eine strengere Haftung für Erfüllungsgehilfen vor als das gemeine Recht. Bedeutsam für die Entwicklung des Gedankens einer strengen Hilfspersonenhaftung waren insbesondere A. das Allgemeine Landrecht Preussens, B. der napoleonische Code civil, C. das Bürgerliche Gesetzbuch Deutschlands.

56 Z.B. Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd., 9. Aufl., Frankfurt 1906, S. 745 f.

57 So berief sich z.B. Dernburg H., Pandekten, 2. Bd., 6. Aufl., Berlin 1900, S. 105 f., auf die bereits in Anm. 45 zitierte Digestenstelle D. 19, 2, 25, 7, um eine nicht an persönliches Verschulden anknüpfende Hilfspersonenhaftung des Werkunternehmers zu rechtfertigen.

58 So insbesondere v. Gierke O., Die Genossenschaftstheorie ..., zit. in Anm. 54, S. 803.

59 Dazu siehe Tschudi W.J., S. 22 ff.; Bezzola A.G., S. 23 ff.

60 Vgl. die bei Windscheid/Kipp, zit. in Anm. 56, S. 746 f. Anm. 5, angeführten Entscheide sowie Bezzola A.G., S. 14 f.

61 So z.B. das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871, §§ 1, 2.

A. Das preussische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794

- 83 Die erste grosse Kodifikation, das Allgemeine Landrecht Preussens, hielt grundsätzlich am Erfordernis eines Verschuldens für die Haftbarmachung des Schuldners fest. Für den von Hilfspersonen dem Gläubiger angerichteten Schaden haftete der Schuldner also nur, wenn ihm culpa in eligendo, instruendo vel custodiendo zur Last fiel⁶².
- 84 Einer strengeren Hilfspersonenhaftung unterlagen immerhin der *Werkunternehmer* und der *Frachtführer*⁶³.
- 85 Bemerkenswert ist, dass der Unternehmer dem Gläubiger auch für den Schaden aufzukommen hatte, den die Hilfspersonen bloss bei Gelegenheit (und nicht in Ausübung) der ihnen übertragenen Verrichtungen verursachten⁶⁴. Er haftete demnach strenger als der Unternehmer nach Art. 101, denn, wie erwähnt (Nr. 19), setzt Haftung nach dieser Bestimmung voraus, dass die Hilfsperson "in Ausübung ihrer Verrichtungen" schädigt.

B. Der Code civil français von 1803

- 86 Der französische Code civil enthält *verschiedene Einzelbestimmungen*, aufgrund derer der Schuldner auch ohne Verschulden für den von Erfüllungshelfern angerichteten Schaden haftbar wird. So z.B. Art. 1782–1784 (Haftung des Frachtführers), Art. 1797 (Haftung des Unternehmers), Art. 1952 (Haftung des Gastwirts)⁶⁵.
- 87 Demgegenüber kennt der Code civil dem Wortlaut nach *keine Bestimmung, die in allgemeiner Weise eine verschuldensunabhängige Erfüllungshelferhaftung vorsieht*. Indessen haben Lehre und Rechtsprechung eine solche Haftung von jeher bejaht. Vorerst wurde die Haftung auf den einzig dem ausservertragliche Hilfspersonenhaftung regelnden Art. 1384 abgestützt⁶⁶. Die neuere Lehre und Rechtsprechung leiten die Haftung aus den eingangs

62 Z.B. Maag H., S. 49.

63 Z.B. Bezzola A.G., S. 15.

64 Z.B. Dernburg H., Lehrbuch des preussischen Privatrechts, 5. Aufl., Halle 1894, S. 145; Bezzola A.G., S. 15; Maag H., S. 49 u./50 o.; Tschudi W.J., S. 17 f.

65 Einzelheiten finden sich bei Bezzola A.G., S. 16 u./17 f.

66 Bezzola A.G., S. 15 f.; Mazeaud (H.L. et J.), Leçons de droit civil, tome deuxième, premier volume, 5. édition par M. de Juglart, Paris 1973, no. 485; Mazeaud/Turpin, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, tome premier, 6. édition, Paris 1965, no. 965.

zitierten Einzelbestimmungen ab: Dieselben seien Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes, wonach der Schuldner für den von Erfüllungsgehilfen verursachten Schaden (unter bestimmten Voraussetzungen) auch ohne eigenes Verschulden einzustehen hat⁶⁷.

C. Das Bürgerliche Gesetzbuch Deutschlands (BGB) von 1896

Die erste ausdrückliche Regel, die den Schuldner allgemein und nicht nur 88
 einzelne Schuldner für den von Hilfspersonen angerichteten Schaden ohne
 Verschulden haften lässt, enthält das Bürgerliche Gesetzbuch Deutschlands.
 Dessen § 278 bestimmt, was die Haftung für Erfüllungsgehilfen anbelangt⁶⁸:
 "Der Schuldner hat ein Verschulden ... der Personen, deren er sich zur Erfül-
 lung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie
 eigenes Verschulden."

Trotz des unterschiedlichen Wortlauts enthalten § 278 BGB und Art. 101 89
 eine inhaltlich im wesentlichen gleiche Regelung der Haftung für Erfüllungs-
 gehilfen. Wir werden aus diesem Grund noch öfters auf § 278 BGB zurück-
 kommen und auch Lehre und Rechtsprechung zu dieser Bestimmung berück-
 sichtigen; dies insbesondere dort, wo sich die schweizerische Lehre und Recht-
 sprechung mit den von Art. 101 aufgeworfenen Rechtsfragen nicht befasst
 haben.

5. Die neuere Entwicklung der vertraglichen Hilfspersonenhaftung in der Schweiz

Im Jahre 1912 ist das revidierte schweizerische Obligationenrecht und damit 90
 Art. 101 in Kraft getreten. Mit Bezug auf die Haftung für Erfüllungsgehilfen
 können bis zu diesem Zeitpunkt zwei Phasen der schweizerischen Rechts-
 entwicklung unterschieden werden: A. Die Zeit vor 1883, als die Kantone

67 *Mazeaud/de Juglart*, zit. in Anm. 66, no. 485; *Mazeaud/Tunc*, zit. in Anm. 66, nos. 979, 990.

68 Im Gegensatz zu Art. 101 regelt § 278 BGB neben der Haftung des Schuldners für Erfüllungsgehilfen auch die schuldnerische Haftung für gesetzliche Vertreter. Umgekehrt befasst sich § 278 BGB im Unterschied zu Art. 101 nicht mit der Haftung für Ausübungsgehilfen.

im wesentlichen noch selbst über ihr Obligationenrecht bestimmten; B. Die Zeit von 1883–1912, als das erste Bundesgesetz über das Obligationenrecht in Kraft war.

A. Die Zeit vor 1883

- 91 Auch die Kantone der Schweiz standen unter dem *Einfluss des gemeinen Rechts*⁶⁹. Eine Folge davon war, dass der Schuldner für den von Erfüllungsgehilfen verursachten Schaden dem Gläubiger nur einzustehen hatte, wenn ihn ein persönliches Verschulden in der Auswahl, Instruktion oder Überwachung des Gehilfen traf (Nr. 79)⁷⁰.
 - 92 Erst seit dem 19. Jahrhundert haftete der Schuldner zum Teil strenger. Dazu ist ein Vierfaches anzumerken:
 - 93 1. In den Kantonen, in denen der *Code civil français* Geltung hatte, wurde dessen Art. 1384 herangezogen, um den Schuldner für den von Erfüllungsgehilfen angerichteten Schaden auch ohne Verschulden haftbar zu machen (vgl. vorne Nr. 87)⁷¹.
 - 94 2. Einzelne der übrigen Kantone erliessen Bestimmungen, die eine strengere Hilfspersonenhaftung des Schuldners vorsahen. So bestimmte beispielsweise das *Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich* von 1854/55 in § 1007: "Der Schuldner haftet in der Regel dem Gläubiger gegenüber auch für den Schaden, den seine Familienangehörigen, Angestellten oder Dienstboten verschuldet haben." Nach dieser Bestimmung haftete der Schuldner ohne eigenes Verschulden für den Schaden, den die im zitierten Text genannten Personen als Erfüllungsgehilfen dem Gläubiger verschuldeterweise verursachten⁷². Demgegenüber haftete der Schuldner für Erfül-
- 69 Soweit kein kodifiziertes Recht vorging, galt das gemeine Recht in den schweizerischen Kantonen als *ratio scripta*, d.h. insofern es der "Natur der Sache" und der "Billigkeit" entsprach (*Sohm/Mitteis/Wenger*, zit. in Anm. 43, S. 5 Anm. 1 und 2).
- 70 *Bezzola A.G.*, S. 19.
- 71 *Bezzola A.G.*, S. 19. Nach der zitierten Bestimmung haftete der Schuldner allerdings (anders als nach Art. 101: Nr. 198) nur für ihm untergeordnete Erfüllungsgehilfen: *Lüderitz A.*, S. 4.
- 72 Für die betreffenden Personen dürfte der Schuldner im übrigen auch dann gehaftet haben, wenn sie nicht seine Erfüllungsgehilfen waren; vgl. *Bluntschli J.C.*, Erläuterungen zum Privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zürich, 3. Bd., 1. Aufl., Zürich 1855, S. 73.

lungsgehilfen, die nicht zum umschriebenen Personenkreis gehörten, nicht nach § 1007 ohne eigenes Verschulden, sondern nach allgemeinem Grundsatz nur, wenn ihm ein Verschulden in der Auswahl, Unterweisung oder Überwachung derselben zur Last fiel⁷³.

3. Auch in den restlichen Kantonen gingen die Gerichte unter dem *Einfluss* 95
der neueren deutschen Gemeinrechtslehre (Nr. 80) dazu über, den Schuldner in Einzelfällen auch ohne eigenes Verschulden für Erfüllungsgehilfen haften zu lassen⁷⁴.
4. Namentlich zwei Bundesgesetze sahen für Einzelfälle eine Hilfspersonen- 96
haftung vor, die nicht an ein Verschulden des Schuldners anknüpfte: das Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiff-
fahrts-Unternehmungen bei Tötungen und Verletzungen vom 1. Heumonats 1875 sowie das Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Brachmonats 1881.

Zur Illustration sei die Hilfspersonenhaftung nach dem erstgenannten Ge- 97
setz untersucht. Dieses regelte die Schadenersatzpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen für den aus Körperverletzung oder Tötung "beim Bau einer Eisenbahn" oder "beim Betriebe einer Eisenbahn- oder Dampfschiffahrt-Unternehmung" entstandenen Schaden (Art. 1, 2). Gemäss Art. 3 hafteten "die Eisenbahn- und Dampfschiffahrt-Unternehmungen ... sowohl für ihre Angestellten, als für andere Personen", "deren sie sich zum Betriebe des Transportgeschäftes, beziehungsweise zum Bau der Bahn" bedienten; dass die Haftung *kein Verschulden* der Organe der genannten Unternehmungen voraussetzte, war in Art. 3 *stillschweigend unterstellt*⁷⁵. Zu beachten ist, dass das fragliche Bundesgesetz nicht allein die vertragliche, sondern ebenso die ausservertragliche Haftung der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen regelte. Es befasste sich mit andern Worten gleichermassen mit der Haftung der genannten Unternehmungen gegenüber ihren Gläubigern (z.B. Reisenden) wie auch mit der Haftung gegenüber Nichtgläubigern (z.B. einem beim Bau einer Eisenbahn geschädigten Passanten).

73 Insbesondere haftete also der Schuldner für selbständige Erfüllungsgehilfen, die ihm nicht untergeordnet waren, nur bei eigenem Verschulden. Anders die in Art. 101 getroffene Regelung: Nr. 198.

74 Bezzola A.G., S. 19.

75 Einzelheiten zu Art. 3 finden sich bei Mackenroth U., Nebengesetze zum schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1898, S. 29.

B. Die Zeit von 1883–1912

- 98 Das 1883 in Kraft getretene erste Bundesgesetz über das Obligationenrecht löste die verschiedenen kantonalen Regelungen auf diesem Gebiete ab.
- 99 Das erwähnte Gesetz sah in Art. 351 Abs. 2 und Art. 459 vor, dass *Werkunternehmer und Frachtführer* für das Verschulden all ihrer Erfüllungsgehilfen auch ohne eigenes Verschulden hafteten⁷⁶.
- 100 Demgegenüber fehlte eine Regel, welche allgemein die Einstandspflicht des Schuldners für Hilfspersonen von seinem Verschulden unabhängig machte. Art. 115 aOR hatte lediglich bestimmt, dass "der Schuldner ... für das Verschulden seiner Angestellten und Arbeiter" auch ohne eigenes Verschulden "verantwortlich" war, wogegen der vorwurfsfreie Schuldner nach dieser Bestimmung nicht haftbar gemacht werden konnte für Schaden, den Hilfspersonen, die nicht zu seinen Angestellten und Arbeitern gehörten, dem Gläubiger anrichteten⁷⁷. Dies im Unterschied zu der in Art. 101 getroffenen Haftungsregelung⁷⁸, welche von der Regelung des Art. 115 aOR noch in einem weiteren wesentlichen Punkt abweicht: Nach Art. 115 aOR konnte der Schuldner nur haftbar gemacht werden, wenn den schädigenden Angestellten oder Arbeiter ein Verschulden traf (z.B. BGE 30 II 522)⁷⁹, wogegen Art. 101 ein Verschulden der Hilfsperson nicht voraussetzt (Nr. 313).
- 101 Die Schaffung von Art. 101, der als wesentliche Verbesserung gegenüber Art. 115 aOR vorsieht, dass der Schuldner für irgendwelche Hilfspersonen ohne eigenes Verschulden haftbar werden kann (eben Nr. 100), wurde insbesondere durch den Erlass von § 278 BGB sowie ein Referat C.Chr. *Burckhardts*⁸⁰ am

76 Z.B. *Schneider/Fick*, Das Schweizerische Obligationenrecht sammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1883, N 1 zu Art. 351 und N 1 zu Art. 459.

77 *Burckhardt* C.Chr., S. 545. – Wenn beispielsweise der Entlehner eines Buches seinen im allgemeinen sorgfältigen Freund beauftragte, das Buch dem Verleiher zurückzubringen, so konnte nach Art. 115 aOR der Entlehner nicht haftbar gemacht werden, wenn der Freund das Buch aus Unachtsamkeit verlor oder beschädigte, denn dieser zählte eben weder zu den Angestellten noch zu den Arbeitern des Entlehners; *Burckhardt* C.Chr., S. 545 f.

78 Gem. Art. 101 kann der Schuldner für irgendwelche Erfüllungsgehilfen haftbar werden, auch für solche, die nicht zum Kreis seiner Angestellten und Arbeiter gehören (Anm. 161). Im Beispiel aus Anm. 77 könnte demnach der Entlehner ohne weiteres aufgrund von Art. 101 haftbar gemacht werden.

79 Ferner: BGE 16, S. 556, 26 II 601. Demgegenüber führte Eugen *Huber* als Berichterstatter im Nationalrat aus, die Haftung des Schuldners für jeden vom Angestellten (Arbeiter) verursachten Schaden sei in Theorie und Praxis als Sinn und Bedeutung von Art. 115 aOR anerkannt worden (Sten. Bull. NR 1909, S. 534).

80 Das Referat ist abgedruckt in der ZSR 22 (1903), S. 469–589.

Schweizerischen Juristentag im Jahre 1903 begünstigt, in welchem jener forderte, "Art. 115 müsse im Sinne einer Haftung für alle Hilfspersonen umgestaltet werden". Auffallend ist, dass das Parlament dieser Forderung im revidierten OR Rechnung getragen hat, ohne in den Beratungen auch nur ein Wort darüber zu verlieren⁸¹.

VI. Der Anwendungsbereich von Art. 101

Auch wenn die Tatbestandsmerkmale von Art. 101 erfüllt sind, greift Haftung 102 nach dieser Bestimmung nicht ohne weiteres Platz. Es bleibt noch zu prüfen, ob Art. 101 nicht nach den Regeln über den örtlichen, zeitlichen oder sachlichen Anwendungsbereich von der Anwendung ausgeschlossen ist⁸².

1. Der örtliche Anwendungsbereich; das IPR

Im folgenden untersuchen wir nur, inwieweit Art. 101 nach den *Regeln des* 103 *schweizerischen IPR* zur Anwendung gelangt; das ausländische IPR lassen wir ausser Betracht.

Im schweizerischen IPR gilt der Grundsatz, dass ein Rechtsverhältnis mit 104 internationalem Einschlag "als einheitliches Ganzes zu behandeln und daher hinsichtlich aller Rechtsfragen einer einzigen Rechtsordnung zu unterstellen" ist⁸³. Dieser Grundsatz hat auch im Gebiete des Obligationenrechts Geltung. "Gleichgültig ob es sich um Obligationen aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung handelt, gilt auch hier die Regel, dass für die Entstehung, den Inhalt, die Abwicklung und das Erlöschen eines obligationenrechtlichen Schuldverhältnisses ein und dasselbe Recht massgeblich ist, genannt Schuldstatut (*lex obligationis*)."⁸⁴ In unserem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass *sich die Haftung des Schuldners für den von*

81 Zu den Beratungen des Nationalrates siehe Sten. Bull. NR 1909, S. 534; zu jenen des Ständerates Sten. Bull. SR 1910, S. 180.

82 Pro memoria sei erwähnt, dass die Haftung auch vertraglich wegbedungen sein kann (Nr. 27).

83 *Schönenberger/Jäggi*, Allgemeine Einleitung, N 354.

84 *Schönenberger/Jäggi*, Allgemeine Einleitung, N 355.

*Erfüllungsgehilfen angerichteten Schaden ebenfalls nach dem Schuldstatut beurteilt*⁸⁵.

- 105 Die Frage der Haftung für Erfüllungsgehilfen stellt sich in der Praxis meist nur im Rahmen vertraglicher Schuldverhältnisse (Nr. 142), weshalb wir nachstehend nur das für solche Schuldverhältnisse massgebliche Schuldstatut, das sogenannte *Vertragsstatut*, untersuchen. Deliktsstatut und Bereicherungsstatut, welche die Schuldverhältnisse aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung regeln, behandeln wir nicht.
- 106 Für die Bestimmung des Vertragsstatuts ist in erster Linie auf den Willen der Parteien abzustellen. Diese können in gewissen, hier nicht näher darzulegenden Schranken die massgebliche Rechtsordnung frei festlegen⁸⁶. Fehlt eine *Rechtswahl* der Parteien, so ist im allgemeinen auf *jenes Recht* abzustellen, *das mit dem Vertrag den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist*⁸⁷. Beispiel: A aus Basel beauftragt B aus Köln mit der Verwaltung seiner in Köln gelegenen Liegenschaften. B verwendet bei der Auftrags Erfüllung einen Dritten, X. Verursacht X dem A einen Schaden, so richten sich die Voraussetzungen der Haftung von B, *Rechtswahl* vorbehalten, nach deutschem Recht und nicht nach Art. 101. Denn ein Auftragsverhältnis mit internationalem Einschlag hat den engsten räumlichen Zusammenhang mit dem Recht des Erfüllungsortes der Beauftragtenleistung (BGE 91 II 446), vorliegend also deutschem Recht.

2. Der zeitliche Anwendungsbereich; das intertemporale Recht

- 107 Hinsichtlich der 1911 revidierten Bestimmungen des OR, zu denen auch Art. 101 gehört, gelten mit Bezug auf das intertemporale Recht die im Schlusstitel des ZGB (SchlT ZGB) aufgestellten Grundsätze⁸⁸. Art. 1 SchlT ZGB sieht als Regel die *Nichtrückwirkung* der revidierten OR-Bestimmungen vor. Anderes gilt gemäss Art. 2 nur für jene Bestimmungen, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind. Zu diesen gehört Art

85 Vischer F. in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. I, Geschichte und Geltungsbereich Basel/Stuttgart 1969, S. 704; vgl. auch *Schönenberger/Jäggi*, Allgemeine Einleitung N 362.

86 Einzelheiten sind nachzulesen bei: *Schönenberger/Jäggi*, Allgemeine Einleitung N 195 ff., 243 ff.; Vischer F., zit. in Anm. 85, S. 666 ff.

87 Für Einzelheiten siehe *Schönenberger/Jäggi*, Allgemeine Einleitung, N 213 ff., 250 ff. Vischer F., zit. in Anm. 85, S. 672 ff.

88 *Schönenberger/Jäggi*, Allgemeine Einleitung, N 73.

101 nicht, weshalb er nur auf Tatbestände zur Anwendung gelangt, die sich nach dem Inkrafttreten des revidierten OR am 1. Januar 1912 verwirklicht haben. Nachdem nun Art. 101 bereits mehr als 60 Jahre in Geltung ist, sind praktisch kaum mehr Sachverhalte denkbar, auf welche die Bestimmung aufgrund der Regeln über den zeitlichen Anwendungsbereich nicht zur Anwendung kommt.

3. Der sachliche Anwendungsbereich

Mit dem sachlichen Anwendungsbereich von Art. 101 befassen wir uns ausführlich hinten in Nr. 390 ff. Hier sei nur ein erstes Mal darauf hingewiesen, dass eine ganze Reihe von Bestimmungen gegenüber Art. 101 ausschliessliche Geltung beansprucht und damit dessen Anwendungsbereich wesentlich einschränkt. Von der Anwendung ausgeschlossen wird Art. 101 namentlich durch *spezialgesetzliche Bestimmungen* wie z.B. Art. 58 SVG oder Art. 1 EHG (Nr. 391 ff.); eine bedeutsame Einschränkung erfährt der Anwendungsbereich von Art. 101 ferner im Auftragsrecht durch Art. 399 (Nr. 394 ff.). 108

Der Haftungsfall: Voraussetzungen der Haftung

- 109 Die vorne (Nr. 13 ff.) im Überblick aufgezeigten Voraussetzungen der Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 gilt es nun im einzelnen darzustellen.

Wir sprechen *I.* von der Schädigung, darauf *II.* vom Erfüllungsgehilfen als Schädigendem. Unter *III.* handeln wir vom Geschädigten (dem "andern") und unter *IV.* von der hypothetischen Forderungsverletzung. Unter *V.* wenden wir uns einem der schwierigsten Probleme im Bereich der Erfüllungsgehilfenhaftung zu: der Abgrenzung von Schäden, die der Erfüllungsgehilfe "in Ausübung" seiner Verrichtungen verursacht, und solchen, die er lediglich bei Gelegenheit derselben anrichtet. Abschliessend sprechen wir *VI.* vom hypothetischen Verschulden.

I. Schädigung: Verursachen eines Schadens

- 110 Haftung nach Art. 101 setzt voraus, dass der Erfüllungsgehilfe einen "Schaden ... verursacht", kürzer: dass er geschädigt hat. Davon ist nun zu handeln: Wir klären *1.* den Schadensbegriff, danach sprechen wir *2.* von der (Schadens-)Verursachung.

1. Schaden: eine "unfreiwillige Verschlechterung der Vermögenslage"⁸⁹

- 111 Jemand erleidet dann einen Schaden, wenn sich seine Vermögenslage ohne seinen Willen verschlechtert⁹⁰. Der Schadensbegriff kennzeichnet sich nach

⁸⁹ *Gauch/Schlupe/Jäggi*, Nr. 1324.

⁹⁰ Schaden im Sinne von Art. 101 ist nur der Vermögens- oder materielle Schaden nicht aber der immaterielle Schaden (immaterielle Unbill, tort moral): BGE 87 II 291 v. *Tuhr/Peter*, § 12 II, S. 83 u./84 o. A.A.: *Deschenaux/Tercier*, S. 48 ff.; *Tercier* P. La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, in: *Gedächtnisschrift P. Jäggi*, Freiburg i.Ue. 1977, S. 244. — Zur Rechtslage, wenn der Erfüllungsgehilfe immateriellen Schaden zufügt, vgl. hinten Nr. 506 ff.

dem Gesagten durch zwei Merkmale: eine Vermögensverschlechterung und die Unfreiwilligkeit derselben. Diese beiden Merkmale des Schadens sind nachstehend gesondert zu behandeln.

A. Verschlechterung der Vermögenslage

Von einer Verschlechterung der Vermögenslage sprechen wir dann, wenn sich ein bestehendes *Vermögen vermindert oder/und der Eintritt einer künftigen Vermögensvermehrung ausbleibt*⁹¹. Diese beiden Arten einer Verschlechterung der Vermögenslage seien noch näher umschrieben:

1. Ein Vermögen kann sich auf zweierlei Weise vermindern: einmal durch *Verminderung der Aktiven* (Beispiel: Mein Auto wird zerstört), zum andern durch *Vermehrung der Passiven* (Beispiel: Ich werde einem Dritten schadenersatzpflichtig).
2. Auch eine Verschlechterung der Vermögenslage durch Ausbleiben einer künftigen Vermögensvermehrung kann in zweifacher Weise auftreten: *Entweder unterbleibt eine Vermehrung der Aktiven* (Beispiel: Infolge einer Verletzung erleide ich einen Lohnausfall); *oder es stellt sich eine Verminderung der Passiven nicht ein* (Beispiel: Die Mietzinse werden nicht gesenkt).

B. Unfreiwilligkeit der Verschlechterung der Vermögenslage

Eine Verschlechterung der Vermögenslage stellt nur dann einen Schaden dar, wenn sie gegen oder zumindest ohne den Willen des Vermögensträgers erfolgt. Mit andern Worten liegt *kein Schaden* vor, wenn ein Vermögensträger *freiwillig* seine *Vermögenslage verschlechtert*, sei es, dass er freiwillig sein Vermögen vermindert (z.B. indem er eine Sache verbraucht)⁹², sei es, dass er frei-

91 Literatur (z.B. Deschenaux/Tercier, S. 49; Otfinger K., I, S. 53) und Rechtsprechung (z.B. BGE 104 II 98, 90 II 417, 87 II 291) verwenden den Ausdruck Vermögensverminderung (*diminution du patrimoine*, *diminuzione del patrimonio*) gewöhnlich anstelle von Verschlechterung der Vermögenslage. Diese Terminologie beruht auf der Annahme, dass schon die Aussicht auf Vermögensvermehrung zum Vermögen zählt (vgl. Deschenaux/Tercier, S. 49).

92 Vgl. z.B. den Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich in: ZR 30 (1931), S. 204 I. Sp.

willig auf eine Vermehrung seines Vermögens verzichtet (indem er z.B. eine Schenkung nicht annimmt).

- 116 Das Gesagte gilt nur mit *Einschränkungen*. Unter besonderen Umständen ist auch in einer freiwilligen Verschlechterung der Vermögenslage ein Schaden zu erblicken; so namentlich dann, wenn jemand freiwillig Aufwendungen macht, um Bedürfnisse zu befriedigen, die gegen seinen Willen entstanden sind⁹³. Beispiel: Unterzieht sich der durch einen Unfall Entstellte (freiwillig) einer Gesichtsoperation, so gehören zum Schaden auch die Operationskosten.

2. Schadensverursachung: Der Kausalzusammenhang

- 117 Wie erwähnt (Nr. 110), setzt Haftung nach Art. 101 voraus, dass der Erfüllungsgehilfe einen "Schaden ... verursacht" hat. Mit dem Wort "verursacht" bringt Art. 101 zum Ausdruck, dass zwischen dem Verhalten des Erfüllungsgehilfen und dem Schaden ein Kausalzusammenhang bestehen muss. Die Anforderungen an den rechtsgenügenden Kausalzusammenhang ergeben sich aus dem Wortlaut von Art. 101 nicht. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung (siehe Anm. 95) sind sich indes einig, dass – zumal im Bereich der Verschuldenshaftung, wovon hier die Rede ist (Nr. 4) – der natürliche Kausalzusammenhang (dazu A.) für die Haftung nach Art. 101 nicht genügt; erforderlich ist vielmehr ein adäquater Kausalzusammenhang (dazu B.).

A. Der natürliche Kausalzusammenhang

- 118 Der natürliche Kausalzusammenhang ist immer dann gegeben, wenn das Verhalten des Erfüllungsgehilfen eine *condicio sine qua non* für den Schadenseintritt bildet, wenn der Schaden also ohne dessen Verhalten nicht eingetreten wäre.
- 119 Fehlt der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Erfüllungsgehilfen und dem Schadenseintritt, so kann Haftung aus Art. 101 nicht Platz greifen. Beispiel: Ein im Rätischen Kantons- und Regionalspital von einem Assistenten operierter Patient wollte das Spital für einen angeblich wegen der Operation entstandenen Schaden nach Art. 101 haftbar

⁹³ Z.B. Deschenaux/Tercier, S. 50; v. Tuhr/Peter, § 12 II, S. 84.

machen. Das Kantonsgericht Graubünden verneinte die Haftung unter anderem deshalb, weil "die Frage, ob das Verhalten des operierenden Arztes für die vom Kläger nun geltend gemachten Folgen (sc. natürlich) kausal gewesen sei, ... vom Gerichtsexperten nicht bejaht werden" konnte⁹⁴.

B. Der adäquate Kausalzusammenhang

Wie bereits in Nr. 117 erwähnt, setzt Haftung nach Art. 101 voraus, dass das Verhalten des Erfüllungsgehilfen nicht nur eine natürliche, sondern auch eine adäquate Schadensursache ist⁹⁵. 120

Rechtsprechung und Lehre bejahen die *Adäquanz einer Schadensursache* 121 dann, wenn sie "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch" die Ursache "allgemein als begünstigt erscheint" (BGE 96 II 396)⁹⁶. *Präzisierend* ist beizufügen: Der Schaden muss für die Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhangs nicht nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten, sondern bloss darnach möglich sein; auch ein aussergewöhnliches Schadensereignis kann noch die adäquate Folge der in Frage stehenden Schadensursache (in unserem Zusammenhang: des Verhaltens eines Erfüllungsgehilfen) darstellen (z.B. BGE 96 II 396)⁹⁷. So wurde beispielsweise das Ritzen der Haut eines Kunden durch einen Coiffeurgehilfen als adäquate Ursache für eine Infektion betrachtet, obwohl eine derartige Verletzung in aller Regel keine Infektion hervorruft⁹⁸.

Eine Ursache ist, wie sich aus dem Begriff der Adäquanz ergibt, dann *inadäquat*, 122 wenn sie nach der Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht geeignet war, den eingetretenen Schaden zu bewirken⁹⁹. Dies ist

94 PKG 1951, S. 45; siehe ferner den Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern in: Max 10 (1954), S. 190 f.

95 BGE 99 II 49, 92 II 239; *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 1413.

96 Ferner: BGE 101 II 73 und die dort zitierte Rechtsprechung. Ebenso die herrschende Lehre: z.B. *Deschenaux/Tercier*, S. 60; v. *Tuhr/Peter*, § 13 I, S. 99; *Oftinger K.*, I, S. 72 f. Auf neuere Lehrmeinungen, die der Adäquanzlehre kritisch gegenüberstehen, verweisen *Deschenaux/Tercier*, S. 63, und *Oftinger K.*, I, S. 73 Anm. 6; siehe namentlich *Deschenaux H.*, Norme et causalité en responsabilité civile, in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 399–430.

97 *Keller A.*, S. 48, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

98 Appellationshof des Kantons Bern in: ZBJV 70 (1934), S. 556 = SJZ 29 (1933), S. 367.

99 Zum inadäquaten Kausalzusammenhang siehe insbesondere *Oftinger K.*, I, S. 108 ff.

insbesondere dann der Fall, wenn, neben der Schadensursache, deren Adäquanz in Frage steht, noch höhere Gewalt, grobes Dritt- oder Selbstverschulden (Nr. 324 ff.) mit zum Schaden beigetragen haben.

II. Schädigung durch einen Erfüllungsgehilfen

- 123 Unter den Tatbestand von Art. 101 fällt, soweit die Bestimmung unmittelbare Anwendung findet, nur die Schädigung durch einen Erfüllungsgehilfen (oder einen Ausübungsgehilfen, Nr. 478 ff., was hier nicht weiter interessiert). Vorerst befassen wir uns nun 1. mit dem Wortlaut von Art. 101 als Ausgangspunkt für die Begriffsbestimmung des Erfüllungsgehilfen. Darauf behandeln wir unter 2.–4. die Begriffsmerkmale des Erfüllungsgehilfen im einzelnen. Abschliessend runden wir 5. das Bild über den Erfüllungsgehilfen durch die Behandlung verschiedener Einzelfragen ab.

1. Der Wortlaut von Art. 101 als Ausgangspunkt für die Begriffsbestimmung des Erfüllungsgehilfen

- 124 Als Hilfsperson im Sinne von Erfüllungsgehilfe wird von Art. 101 ein Dritter bezeichnet, den der Schuldner "die Erfüllung einer Schulpflicht ... vornehmen lässt", dem der Schuldner, so der italienische und französische Wortlaut von Art. 101, die Erfüllung anvertraut ("affida ... l'adempimento di una obbligazione"; "confie ... le soin d'exécuter une obligation"). Der zitierte Gesetzeswortlaut gibt, was die Begriffsbestimmung des Erfüllungsgehilfen anbelangt, zu vier Bemerkungen Anlass:
- 125 1. Vorweg ist festzuhalten, dass der *Wortlaut* von Art. 101 insofern zu eng ist, als er den Eindruck erweckt, Erfüllungsgehilfe sei nur derjenige, den der Schuldner die ganze Erfüllungstätigkeit (*die Erfüllung*) vornehmen lässt. Dem ist unbestrittenermassen nicht so. Zu den Erfüllungsgehilfen zählen auch Dritte, die der Schuldner nur einen Teil der Erfüllung (einzelne Erfüllungshandlungen) vornehmen lässt.
- 126 2. Nur wenn der Schuldner in die Erfüllungstätigkeit eines Dritten eingewilligt hat, kommt dieser als Erfüllungsgehilfe in Betracht; *ohne Einwilligung kein Erfüllungsgehilfe*. Denn hat der Schuldner nicht eingewilligt, dass ein bestimmter Dritter bei der Erfüllung mitwirkt, so kann zum vornherein

keine Rede davon sein, dass der Schuldner den Dritten “die Erfüllung ... vornehmen lässt”.

Die Einwilligung des Schuldners in die Erfüllungstätigkeit eines Dritten ¹²⁷ bezeichnen wir im folgenden auch als *Beizug*. Einzelheiten sind hinten in Nr. 162 ff. nachzulesen.

3. Wenn der Schuldner einwilligt, dass ein Dritter bei der Erfüllung mitwirkt, ¹²⁸ so bedeutet dies erst, dass er den Dritten die Erfüllung vornehmen lassen will. Für die Anwendbarkeit von Art. 101 ist aber vorausgesetzt, dass der Schuldner einen Dritten “die Erfüllung ... vornehmen lässt”. Es folgt hieraus, dass der Beizug (Einwilligung) einem Dritten noch keine Erfüllungsgehilfenqualität verleiht. Erforderlich ist – neben dem Beizug – noch ein *zusätzliches Element*. Dieses besteht nach herrschender Meinung stets in der Mitwirkung des Dritten bei der Erfüllung (Nr. 174). U.E. ist diese Auffassung zu eng, wozu im einzelnen hinten Nr. 175 ff.¹⁰⁰.
4. *Erfüllungsgehilfe kann nur sein, wer nicht Organ ist* (vgl. Nr. 55). Dies ist ¹²⁹ absolut unbestritten, auch wenn sich das Fehlen der Organeigenschaft als negatives Begriffsmerkmal des Erfüllungsgehilfen aus dem Wortlaut von Art. 101 nicht ableiten lässt. Zum Organbegriff siehe Nr. 180 ff.

2. Hauptmerkmal des Erfüllungsgehilfen: Beizug zur Erfüllung einer Schuldpflicht

Im folgenden handeln wir vom Beizug zur Erfüllung einer Schuldpflicht als ¹³⁰ Wesensmerkmal des Erfüllungsgehilfen (Nr. 126): Wir sprechen vorerst *A.* von der Schuldpflicht, darauf *B.* von der Erfüllung und schliesslich *C.* vom Beizug.

¹⁰⁰ Lehre (z.B. *Guhl/Merz/Kummer*, S. 224) und Rechtsprechung (z.B. BGE 92 II 18) gebrauchen die Wendung “Beizug zur Erfüllung” sinnidentisch mit “Vornehmenlassen der Erfüllung”. Diese Terminologie weicht von der in dieser Arbeit verwendeten Ausdrucksweise ab. “Beizug zur Erfüllung” bedeutet hier nur Einwilligung in die Erfüllungstätigkeit eines Dritten und bildet demnach nur *ein* Element der Wendung “Vornehmenlassen der Erfüllung”.

A. Von der Schuldpflicht im Sinne des Art. 101

- 131 Die "Schuldpflicht" im Sinne von Art. 101 ist eine einklagbare Leistungspflicht (dazu *a*) mit beliebigem Entstehungsgrund (dazu *b*). Keine Schuldpflichten sind die nicht einklagbaren Leistungspflichten, die Nebenpflichten und Obliegenheiten (dazu *c*).

a) Schuldpflicht: eine einklagbare Leistungspflicht

- 132 Der zweite Titel des OR behandelt "die Wirkungen der Obligationen". Dessen zweiter Abschnitt (Art. 97–109) regelt "die Folgen der Nichterfüllung" (sc. der Obligationen). In den einzelnen Artikeln verwendet das Gesetz nicht den Ausdruck Obligation, sondern statt dessen die Worte "Verbindlichkeit" (z.B. Art. 97 Abs. 1, Art. 102 Abs. 1), Schuld (z.B. "Geldschuld", Art. 104 Abs. 1) oder "Schuldpflicht" (Art. 101). Unter den verschiedenen Ausdrücken ist je das Gleiche zu verstehen, nämlich eine einklagbare Leistungspflicht; unterschiedlich ist nur der Standort, von dem aus die Leistungspflicht betrachtet wird¹⁰¹: Bei der *Obligation* wird sie von einem Dritten ("Neutralen") aus betrachtet, bei der *Schuldpflicht* (*Verbindlichkeit*, *Schuld*) vom Verpflichteten, dem Schuldner, aus. Vom Standpunkt des Berechtigten aus, des Gläubigers, heisst die klagbare Leistungspflicht *Forderung*.
- 133 Im folgenden verwenden wir statt des Ausdrucks Schuldpflicht gelegentlich auch die Ausdrücke Verbindlichkeit und Schuld.
- 134 Zwei Begriffsmerkmale der Schuldpflicht, verstanden als *einklagbare Leistungspflicht*, bedürfen der Erläuterung:
- 135 1. Die *Leistung* ist ein Verhalten zum Vorteil eines andern, wobei der Vorteil sowohl materieller als auch ideeller Natur sein kann (Geldleistung – Filmvorführung)¹⁰².
- 136 Leistung ist immer ein *Verhalten zum Vorteil* einer oder mehrerer *bestimmter Personen*. Keine Leistung liegt vor, wo jemand aufgrund der all-

101 Zum Folgenden siehe *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1, N 10; *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 18.

102 Z.B. *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1, N 28. – Die Leistung kann innerhalb der Schranken der Rechtsordnung (Art. 27 f. ZGB; Art. 19 f.) einen beliebigen Inhalt aufweisen; Beispiele: Übereignung einer Sache, Überlassung einer Sache zum Gebrauch, Abschluss eines Vertrages, Zurverfügungstellen von Arbeitskräften, Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages.

gemeinen Rechtsordnung zu einem Verhalten gegenüber unbestimmten Dritten ("jedermann") verpflichtet ist¹⁰³. So erbringt z.B. der Tierhalter keine Leistung, wenn er sein Tier sorgfältig überwacht, um Schädigungen von Drittpersonen zu vermeiden.

2. Eine Leistungspflicht ist *klagbar*¹⁰⁴, wenn der Berechtigte, der Gläubiger, ein gegen den Staat gerichtetes Klagerecht besitzt, welches sich aus einem Recht auf Verurteilung des Schuldners und einem Recht auf Vollstreckungsmassnahmen zusammensetzt:

- Das *Recht auf Verurteilung des Schuldners* ist zu verstehen als "Recht auf ein Urteil, das den Schuldner bei gegebenen Voraussetzungen zur Leistung verpflichtet"¹⁰⁵.
- Das *Recht auf Vollstreckungsmassnahmen* ist ein Recht entweder auf Realvollstreckung oder auf Betreuung.
Das Recht auf Realvollstreckung besteht für andere als Geldforderungen. Es beinhaltet "ein Recht auf behördliche Massnahmen zur Erzwungung der Leistung"¹⁰⁶ (z.B. durch Bussenandrohung für den Fall der Nichtleistung oder Wegführen der verkauften Kuh durch Polizeigewalt).
Das Recht auf Betreuung besteht für Geldforderungen einschliesslich der Forderungen auf Sicherheitsleistung. Es ist das Recht des Gläubigers, im Falle der Nichtleistung mit Hilfe der Betreibungsbehörden auf das Vermögen des Schuldners zu greifen.

b) Beliebiger Entstehungsgrund der Schuldpflicht

Welchen Entstehungsgrund die Schuldpflicht hat, ist für die Anwendbarkeit von Art. 101 nicht von Belang¹⁰⁷. Die Praxis hat sich allerdings *regelmässig* mit Fällen zu beschäftigen, in denen der Schuldner einen Dritten bei der Erfüllung von *vertraglichen Verbindlichkeiten* verwendet. Doch sind Tatbestände denkbar, in denen die Schuldpflicht nicht auf Vertrag beruht; Beispiel: Ein Bräutigam, infolge Auflösung des Verlöbnisses zur Rückerstattung von

103 *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1, N 29.

104 Zum Folgenden siehe *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 37 ff.

105 *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 39.

106 *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 40.

107 Statt vieler: *Oser/Schönenberger*, N 4 zu Art. 101; *Béguelin E.*, S. 1; *Deschenaux/Tercier*, S. 97.

Geschenken verpflichtet (Art. 94 ZGB), überträgt diese Aufgabe einem Freund.

- 143 *Einschränkend* ist dem Gesagten hinzuzufügen: Auf Schuldpflichten mit Entstehungsgrund im öffentlichen Recht (z.B. Steuerschulden) ist Art. 101 nicht unmittelbar anwendbar, möglicherweise jedoch analog (dazu hinten Nr. 509 ff.).

- c) Keine Schuldpflichten: die nicht einklagbaren Leistungspflichten, die Nebenpflichten und Obliegenheiten

Keine Schuldpflichten im Sinne von Art. 101 sind:

- 144 1. *Leistungspflichten, die überhaupt nicht klagbar sind*: sogenannte *Naturalobligationen* wie z.B. Spiel- und Wettschulden (Art. 513); und *sittliche Pflichten*¹⁰⁸ wie z.B. die Pflicht, Verwandte auch "über den Rahmen von ZGB 328 hinaus zu unterstützen"¹⁰⁹. Die Verletzung einer solchen Leistungspflicht durch eine Hilfsperson des Verpflichteten erzeugt unter den Voraussetzungen des Art. 101 eine ihrerseits unklagbare Schadenersatzpflicht¹¹⁰. Beispiel: X "schuldet" dem Y aufgrund einer verlorenen Wette ein Bild. Er trägt seinem Sohn auf, das Bild dem Y zu bringen. Der Sohn zerstört das Bild. X wird dem Y für den entstandenen Schaden (z.B. entgangener Erlös für das bereits verkaufte Bild) unter den Voraussetzungen des Art. 101 ersatzpflichtig, die Ersatzpflicht ist jedoch nicht klagbar¹¹¹.

108 Einzelne Autoren rechnen auch die sittlichen Pflichten zu den Naturalobligationen, so z.B. *Guhl/Merz/Kummer*, S. 43; gegenteiliger Ansicht *Frossard C.*, Les obligations naturelles et la garantie de leur exécution en droit suisse, Diss. Lausanne 1960, S. 55.

109 *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 59.

110 *Becker H.*, N 4 zu Art. 97. Zu weit gehend *Heitz K.*, Die unvollkommene Obligation im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1940, S. 51, nach dessen Ansicht "die Nichterfüllung (sc. einer nicht klagbaren Leistungspflicht) ... überhaupt keinerlei Nachteile für den 'Schuldner' zur Folge" hat.

111 Es dürfte richtig sein, einzelne Formen der Verletzung einer unklagbaren Leistungspflicht mit dem vollen Rechtsschutz der Art. 97 ff. auszustatten, also die aus der Verletzung entstehende Schadenersatzpflicht für klagbar zu erklären, wenn die Voraussetzungen der Art. 97 ff. erfüllt sind (vgl. *Canaris C.-W.*, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, in: JZ 20, 1965, S. 475 ff.; die Schädigung des "Gläubigers" aus einem nichtigen Vertrag wirft ähnliche Probleme auf wie die Schädigung des "Gläubigers" aus einer nicht klagbaren Leistungspflicht). Der volle Rechtsschutz der Art. 97 ff. ist u.E. auf jeden Fall dann zu gewähren, wenn der Schuldner (oder eine Hilfs-

2. *Nebenpflichten*: Das Schuldverhältnis (Nr. 17) zwischen Schuldner und Gläubiger enthält neben einer oder mehreren Hauptpflichten regelmässig noch andere Pflichten, sogenannte Nebenpflichten¹¹². Zu unterscheiden sind die leistungsorientierten und die nicht leistungsorientierten Nebenpflichten.

- Die *leistungsorientierten* Nebenpflichten sind Ausfluss einer Verbindlichkeit. So sind beispielsweise mit der Verbindlichkeit des Verkäufers (Verschaffung von Eigentum und Besitz an der Kaufsache) als Nebenpflichten verbunden: Pflicht, die Kaufsache an einem sicheren Ort aufzubewahren, allenfalls Schutzmassnahmen gegen ihre Beschädigung zu treffen und Handlungen zu ihrer Rettung vorzunehmen¹¹³.

Verwendet der Schuldner einen Dritten bei der Erfüllung einer leistungsorientierten Nebenpflicht, so ist es zu halten, wie wenn der Dritte bei der Erfüllung der Hauptpflicht, deren Ausfluss die Nebenpflicht darstellt, verwendet würde. Mit andern Worten ist derjenige, der vom Schuldner bei der Erfüllung einer leistungsorientierten Nebenpflicht verwendet wird, einem Erfüllungsgehilfen gleichgestellt und wie ein solcher zu behandeln¹¹⁴. Beispiel: Beauftragt der Verkäufer einen Dritten, die Kaufsache an einem sicheren Ort aufzubewahren, so haftet er unter den Voraussetzungen von Art. 101 für den Schaden, der dem Käufer aus nicht sorgfältiger Aufbewahrung und dadurch verursachter Beschädigung der Kaufsache entsteht.

person) durch eine mangelhafte Leistung (Nr. 270) oder durch unsorgfältiges Vorgehen bei der Erbringung einer an sich einwandfreien Leistung (Nr. 271 ff.) Rechtsgüter des Gläubigers verletzt (Verletzung einer allgemeinen Pflicht, nicht bloss der Leistungspflicht, im Zusammenhang mit der Erfüllung dieser letztern Pflicht). Das Problem, inwieweit die Verletzung nicht klagbarer Leistungspflichten mit dem vollen Rechtsschutz der Art. 97 ff. auszustatten ist, bedarf aber eingehender Prüfung, welche in der schweizerischen Lehre bis anhin nicht unternommen wurde. (In der einschlägigen Literatur wie z.B. in den in Anm. 108 und 110 erwähnten Dissertationen sucht man vergeblich nach einer Behandlung der aufgeworfenen Frage.)

- 112 Alle Pflichten in einem Schuldverhältnis ausser den Verbindlichkeiten bezeichnen wir als Nebenpflichten. Die Terminologie ist allerdings nicht einheitlich. So bezeichnen einzelne Autoren auch die Nebenleistungspflichten (Verbindlichkeiten, die im Schuldverhältnis eine untergeordnete Bedeutung haben) als Nebenpflichten: z.B. *Guhl/Merz/Kummer*, S. 41; *Deschenaux* H. in: *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. II, Einleitung und Personenrecht, Basel/Stuttgart 1967, S. 175. Andere Autoren wiederum bezeichnen die Schutzpflichten, die wir zu den im folgenden so genannten nicht leistungsorientierten Nebenpflichten zählen, nicht als Nebenpflichten: z.B. *Neuenschwander* M., S. 7 Anm. 32.

- 113 *Neuenschwander* M., S. 8. *Neuenschwander* spricht statt von leistungsorientierten Nebenpflichten von Nebenpflichten im engen Sinn ("Nebenpflichten i.e.S.": S. 7).

- 114 Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in: *SJZ* 46 (1950), S. 127 r. Sp. (Anwendung von Art. 101 auf die Verwendung eines Dritten bei der Erfüllung von Obligationen).

148 — Als *nicht leistungsorientiert* bezeichnen wir Nebenpflichten, die — wie z.B. die Schutzpflichten¹¹⁵ des Arbeitgebers (Art. 328), des Gastwirts oder Veranstalters — nicht mehr als Ausfluss einer Verbindlichkeit verstanden werden können. Wird ein Dritter bei der Erfüllung solcher Nebenpflichten verwendet, so *findet Art. 101 sinngemässe Anwendung*¹¹⁶: Dem aus der Nebenpflicht Berechtigten¹¹⁷ haftet der Verpflichtete¹¹⁸ für den vom Dritten angerichteten Schaden unter den Voraussetzungen von Art. 101. Die Haftung unterscheidet sich von der Haftung für Erfüllungsgehilfen in einem wesentlichen Punkt; darin nämlich, dass sie statt einer hypothetischen Forderungsverletzung (Nr. 251 ff.) eine hypothetische Verletzung der nicht leistungsorientierten Nebenpflicht voraussetzt. Beispiel: Ein Fabrikunternehmer (A) beauftragt X mit der gemäss Art. 328 erforderlichen Überprüfung der Sicherheitsvorrichtungen an den Fabrikmaschinen. X führt die ihm übertragene Aufgabe nachlässig aus. In der Folge verletzt sich ein Arbeitnehmer von A an einer ungenügend kontrollierten Maschine. A haftet für den entstandenen Schaden unter den Voraussetzungen des Art. 101, der analoge Anwendung findet¹¹⁹.

149 3. *Obliegenheiten*. Die Obliegenheit hat mit der Verbindlichkeit gemein, dass ihr Gegenstand in einem bestimmten Verhalten gegenüber einem andern besteht. Doch ist der mit einer Obliegenheit Belastete (anders als der Schuldner) zu diesem Verhalten nicht verpflichtet; und im Verletzungsfalle trifft ihn nach herrschender Meinung keine Schadenersatzpflicht, sondern höchstens ein anderer Rechtsnachteil¹²⁰ (z.B. verliert der Käufer die Mängelrechte nach Art. 205 ff., wenn er nicht nach Art. 201 rügt).

115 Ausführlich zu den Schutzpflichten: *Neuenschwander M.*, S. 8 f., 10, 14 ff., 51 ff.

116 *Bähler W.*, Die Arbeitgeberhaftpflicht gemäss Art. 339 des Schweizerischen Obligationenrechts, Diss. Bern 1961, S. 67 f.; v. *Tuhr/Escher*, § 70 II, S. 125 Anm. 18 (mit Bezug auf die Schutzpflichten des Arbeitgebers).

117 Dies kann sowohl der Gläubiger als auch der Schuldner sein: *Neuenschwander M.*, S. 68 f. (Schutzpflichten des Gläubigers), S. 69 ff. (Schutzpflichten des Schuldners).

118 Wie Anm. 117.

119 Ein weiteres Beispiel findet sich in der SJZ 46 (1950), S. 298 f. (Entscheid des Appellationshofs des Kantons Bern). — Einzelne Autoren betrachten die Schutzpflichten des Arbeitgebers als (klagbare) Verbindlichkeiten, so z.B. *Becker H.*, N 13 zu Art. 339; *Oser/Schönenberger*, N 21 zu Art. 339. Ist man dieser Ansicht, so findet Art. 101 auf die Verwendung eines Dritten bei der Erfüllung einer Schuldpflicht unmittelbare Anwendung. — Zu beachten ist, dass der Anwendungsbereich von Art. 101 im Bereiche der Arbeitgeberhaftpflicht durch Art. 129 Abs. 2 KUVG eingeschränkt wird; dazu hinten Nr. 415 ff.

120 *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1, N 78, mit weiteren Literaturnachweisen. — Nach deutschem Recht kann die Verletzung einer Obliegenheit ausnahmsweise eine Schadenersatzpflicht begründen; so beim Werkvertrag gem. § 642 BGB (dazu *Larenz K.*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, 11. Aufl., München 1977, S. 279 f.).

Trotz der wesentlichen Unterschiede zwischen Schuldpflicht und Obliegenheit ist *Art. 101 unter Umständen sinngemäss anwendbar*, wenn jemand seine Obliegenheiten durch einen Dritten erfüllen lässt (vgl. BGE 96 II 56¹²¹ und hinten Nr. 332 ff./Anm. 288).

B. Von der Erfüllung

Erfüllungsgehilfe ist ein Dritter, durch den der Schuldner "die Erfüllung" oder genauer: Erfüllungshandlungen (alle oder einzelne) "vornehmen lässt" (Nr. 125). *Dem Erfüllungsgehilfen gleichgestellt sind gewisse Dritte, die der Schuldner bei der Erfüllungsvorbereitung verwendet.*

Mit dem Gesagten ist der Aufbau der nachstehenden Ausführungen gegeben: Wir sprechen vorerst *a)* von den Erfüllungshandlungen; darauf *b)* von den Vorbereitungshandlungen, die den Erfüllungshandlungen gleichgestellt sind.

a) Erfüllungshandlungen

Erfüllungshandlungen sind *Handlungen, welche die Erfüllung*¹²² einer Schuldpflicht, d.h. *die Erbringung der geschuldeten Leistung* (Nr. 135 f.), bezwecken. Worin die Erfüllungshandlungen im einzelnen bestehen, richtet sich jeweils nach dem Inhalt der Schuldpflicht; Beispiele: Übergabe der verkauften Sache an den Käufer, Ausführung der Malerarbeiten im Hause des Gläubigers, Behandlung des Kranken, Vorführung eines Films, Abtretung einer Forderung, Erstellen eines Hauses.

*Dritte, durch die der Schuldner keine Erfüllungshandlungen vornehmen lässt, sind keine Erfüllungsgehilfen*¹²³. Dies sei an vier Beispielen illustriert:

121 In diesem Entscheid hatte ein Arbeitgeber (die MMC) einen Dritten (die Fabrikleitung) mit Erfüllung der Obliegenheit, die Dienste des Arbeitnehmers (des Klägers) anzunehmen, betraut.

122 Zum Begriff der Erfüllung siehe z.B. *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 935; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 211.

123 Fragwürdig der Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich in: ZR 56 (1957), S. 201 ff.: Der Veranstalter eines Bobrennens wurde nach Art. 101 für den Schaden haftbar gemacht, den Rennteilnehmer durch Verletzung von Zuschauern anrichteten. U.E. waren die Rennteilnehmer nicht Erfüllungsgehilfen des Veranstalters. Dessen Verbindlichkeit erstreckte sich ja wohl nur auf die sorgfältige Durchführung

- 154 1. Beim *Dienstverschaffungsvertrag* ist der Schuldner lediglich verpflichtet, seinem Gläubiger die Dienste eines Dritten zur Verfügung zu stellen, wogegen er die Dienste selbst nicht schuldet. Der die Dienste erbringende Dritte erfüllt demnach nicht die Verbindlichkeit des Schuldners, weshalb dieser für jenen nicht nach Art. 101 einzustehen hat¹²⁴ (BGE 91 II 295)¹²⁵.
- 155 Beispiel: Eine französische Metallwarenfabrik überliess einer Schweizer Firma, welche ebenfalls die Metallfabrikation betreibt, Fachpersonal zu festen Stundenansätzen. Die Schweizer Firma beauftragte eine Gruppe aus solchen Fachkräften mit der Demontage einer Maschine für einen Transport nach Neapel. Am Bestimmungsort angelangt, wies die Maschine Rostschäden auf, für welche die Schweizer Firma die französische haftbar machen wollte. Das Gericht¹²⁶ entschied, die Verbindlichkeit der französischen Firma habe sich darin erschöpft, geeignete Arbeitskräfte für die vorgesehenen Arbeiten (Demontage der Maschine) zur Verfügung zu stellen; sie habe sich nicht auch auf die Arbeiten (Demontage) erstreckt, welche die Arbeitskräfte auszuführen hatten. Daraus folgte das Gericht konsequenterweise, die von der französischen Firma zur Verfügung gestellten Fachkräfte seien nicht deren Hilfspersonen im Sinne von Art. 101 gewesen, weshalb die Firma für die Rostschäden auch nicht nach dieser Bestimmung haftbar gemacht werden könne.
- 156 2. Das folgende Beispiel haben wir dem Lehrbuch *Cosack/Mitteis*¹²⁷ entnommen: "Bell hat seine kostbare Hündin, während er auf Reisen geht, Spitz in Pflege gegeben; nun erkrankt das Tier; da auch Spitz zufällig verweist ist, ruft seine Ehefrau, der er Generalvollmacht gegeben, den Tierarzt Todt, einen ehrwürdigen Greis, zu Hilfe, und unter dessen ungeschickten Händen verendet das Tier schnell. Hier ist im Verhältnis zwischen Spitz und Bell Erfüllungsgehilfe des erstern seine Ehefrau, nicht aber Todt; denn Spitz war nicht verpflichtet, die erkrankte Hündin ärztlich zu behandeln,

des Rennens, und zur Erfüllung dieser Pflicht waren die Rennteilnehmer nicht beigezogen.

- 124 War der Dritte jedoch für die Erbringung der fraglichen Dienste ungeeignet, so haftet der Schuldner möglicherweise nach Art. 97 für den Schaden, der dem Gläubiger aus der unsorgfältigen Auswahl des Dritten entstanden ist (BGE 91 II 295). Siehe auch Anm. 128.
- 125 Ferner z.B. das Bundesgericht in: Semjud 77 (1955), S. 354 f.; Obergericht des Kantons Thurgau, Rechenschaftsbericht 1975, S. 55 ff.; Handelsgericht des Kantons Zürich in: ZR 30 (1931), S. 264; *Portmann P.*, S. 51; für das deutsche Recht: *Palandt/Heinrichs*, N 4a zu § 278 BGB, und BGH in: NJW 24 (1971), S. 1129.
- 126 Obergericht des Kantons Thurgau, Rechenschaftsbericht 1975, S. 55 ff.
- 127 *Cosack/Mitteis*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 8. Aufl., Jena 1927, S. 350 o./351 u.

sondern nur, deren ärztliche Behandlung zu veranlassen. Demnach ist Spitz für das Ungeschick Todts nicht haftbar."¹²⁸

3. Lässt ein *Holschuldner* den Schuldgegenstand zum Gläubiger transportieren, so sind die Beförderungspersonen nicht seine Erfüllungsgehilfen, denn bei der Holschuld gehört der Transport — anders als bei der Bringschuld — nicht mehr zur Erfüllung¹²⁹. 157
4. *Handlungen, die vorgenommen werden, bevor überhaupt die Verbindlichkeit entstanden ist*, sind, wie leicht einsichtig, keine Erfüllungshandlungen. Beim Kauf einer (bestehenden) Sache¹³⁰ ist also die *vor dem Kaufabschluss liegende Herstellung der Kaufsache* keine Erfüllungshandlung, der Hersteller demnach nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers¹³¹. 158

b) Den Erfüllungshandlungen gleichgestellte Vorbereitungshandlungen

Dass gewisse *Handlungen zwecks Vorbereitung der Erfüllung einer (bestehenden)*¹³² *Schuldpflicht* den Erfüllungshandlungen gleichzustellen sind, dürfte 159

128 *Cosack/Mitteis*, zit. in Anm. 127, fahren fort: "Wohl aber steht er (gemeint ist: Bell) für ein Verschulden seiner Ehefrau bei der Bestellung Todts ein: diese hat etwa sofort, als Todt erschien, erkannt, dass sie es mit einem hilflosen Trottel zu tun hatte, hat es aber nicht über sich gebracht, den alten Herrn unverrichteterweise nach Hause zu schicken." Siehe auch Anm. 124.

129 Z.B. *Becker H.*, N 2 zu Art. 74 und N 11 zu Art. 101; v. *Tuhr/Escher*, § 70 II, S. 126; *Bezzola A.G.*, S. 51; für das deutsche Recht: *Palandt/Heinrichs*, N 4a zu § 278 BGB. — Zu beachten ist: Übernimmt der Schuldner den Transport mit eigenen Leuten, so kann darin die Vereinbarung einer Bringschuld zu erblicken sein. Ist dies der Fall, so haftet der Schuldner für die ordnungsgemäße Durchführung des Transports gem. Art. 101; vgl. *Palandt/Heinrichs*, N 4a zu § 278 BGB.

130 Betr. den Kauf einer künftigen Sache siehe Nr. 161 a.E. und Anm. 135.

131 *Becker H.*, N 11 zu Art. 101. Ebenso die herrschende Lehre (z.B. *Adolff P.*, Der Rechtsschutz des Käufers bei Lieferung einer fehlerhaften Sache in der arbeitsteiligen Wirtschaft, Diss. Tübingen 1961, S. 48) und Rechtsprechung (z.B. Urteil des BGH in: Der Betrieb 1956, S. 348) zu § 278 BGB; a.A. neuerdings *Esser/Schmidt*, S. 50 f.

132 Eine Handlung vor Entstehung einer bestimmten Verbindlichkeit (z.B. die Herstellung einer Kaufsache vor Kaufabschluss) ist keine Erfüllungshandlung (Nr. 158). Eine solche Handlung kommt auch als eine den Erfüllungshandlungen gleichgestellte Vorbereitungshandlung nicht in Betracht. Denn: Lässt ein nachmaliger Schuldner eine Handlung vor Entstehung der Verbindlichkeit durch einen Dritten vornehmen, so ist dieser Sachverhalt vom tatbestandsmäßigen Sachverhalt des Art. 101, dem Vornehmenlassen der Erfüllung einer bestehenden Schuldpflicht, so sehr entfernt, dass nicht einmal eine analoge Anwendung von Art. 101 in Betracht zu ziehen ist. Ebenso für das deutsche Recht: *Adolff P.*, zit. in Anm. 131, S. 49: "Bei einem so verschiedenen Grundsachverhalt ist auch an eine analoge Anwendung des § 278 BGB nicht zu denken."

unbestreitbar sein¹³³. Wenn beispielsweise ein Arzt eine Injektionsnadel durch eine Krankenschwester desinfizieren lässt, so haftet er nach Massgabe des Art. 101, wenn die Schwester die Desinfektion unsorgfältig vornimmt, und der Patient infolge einer Injektion mit der ungenügend desinfizierten Nadel eine Infektion erleidet. Umgekehrt untersteht wohl keinem Zweifel, dass den Erfüllungshandlungen *nicht alle* Vorbereitungshandlungen gleichzustellen sind. So ist Art. 101 beispielsweise nicht anzuwenden, wenn ein Arzt sich von einem Taxi zu einem Patienten bringen lässt, und der Taxifahrer einen Unfall verursacht, infolgedessen der Arzt nicht mehr rechtzeitig zum sterbenden Patienten gelangt.

- 160 Die Frage, wieweit Vorbereitungshandlungen Erfüllungshandlungen gleichzustellen sind, hat in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung noch keine Behandlung erfahren¹³⁴.
- 161 Die Lösung lässt sich weder aus dem Wortlaut von Art. 101 ableiten, noch ergibt sie sich aus den Grundgedanken der Bestimmung (Nr. 28 ff.). Zu richtigen Ergebnissen (unter den Gesichtspunkten der Billigkeit und Rechtspraktikabilität) gelangt man, wenn man *den Erfüllungshandlungen jene Vorbereitungshandlungen gleichstellt, die durch die Natur der Leistung bedingt sind*, und auf die sich deshalb die Sachkunde des Schuldners, der die betreffende Leistung zu erbringen hat, (gerade noch) erstrecken muss. Unter Anwendung dieses Kriteriums ergibt sich, dass Handlungen, die – wie z.B. der Transport des Arztes zum Patienten (Nr. 159) – lediglich die *persönlichen Voraussetzungen schaffen*, damit der Schuldner erfüllen kann, den Erfüllungshandlungen – zumal in der Regel – nicht gleichzustellen sind. Anderes gilt mit Bezug auf jene Handlungen, welche die *sachlichen Voraussetzungen* für die Vornahme von Erfüllungshandlungen schaffen. Diese sind den Erfüllungshandlungen grossenteils gleichgestellt. Beispiele: Bereitstellen der Farben, mit denen der Maler im Hause des Gläubigers die Wand streichen will; Verladen der Kaufsache auf einen Lastwagen; Desinfizieren der Nadel, mit der eine Injektion vorgenommen werden soll (Nr. 159).

133 Vgl. Oertmann P., N 3e γ zu § 278 BGB, mit Bezug auf das deutsche Recht.

134 Wenn Becker H., N 14 zu Art. 101, sagt: "Der Geschäftsherr haftet daher auch, wenn der Erfüllungsgehilfe zu Vorbereitungshandlungen zugezogen wird", so meint der Autor – wie sich aus dem Kontext des Zitats ergibt – nur, der Geschäftsherr hafte nach Art. 101 für eine (hypothetische) Forderungsverletzung (Nr. 251 ff.) auch dann, wenn sie auf der mangelhaften Besorgung einer Vorbereitungshandlung beruht. Dagegen meint er nicht, einem Erfüllungsgehilfen sei gleichgestellt, wenn der Schuldner bei der Erfüllungsvorbereitung verwendet. Wie Becker das Bundesgericht in BGE 90 II 19.

Keine den Erfüllungshandlungen gleichgestellte Vorbereitungshandlung ist in der *Herstellung einer Kaufsache nach Kaufabschluss* zu sehen¹³⁵; dies, obwohl durch die Herstellung die sachlichen Voraussetzungen für die Erfüllung der Verkäuferpflichten geschaffen werden. Unsere Auffassung ergibt sich daraus, dass die Herstellung der Kaufsache nicht durch die Natur der vom Käufer geschuldeten Leistung (Übergabe und Übereignung der Kaufsache) bedingt ist.

C. Vom Beizug

Erfüllungsgehilfe kann nur sein, wer vom Schuldner zur Erfüllung einer 162
Schuldspflicht beigezogen ist (Nr. 126 f.). Von der Erfüllung (Nr. 151 ff.) und der Schuldpflicht (Nr. 131 ff.) haben wir bereits gehandelt. Nachstehend bleibt nun noch der Beizug zu erklären. Unter a) geben wir dessen Begriff; unter b) behandeln wir die Rechtsnatur des Beizugs; unter c) sprechen wir vom generellen bzw. speziellen Beizug; abschliessend d) legen wir dar, dass es Erfüllungsgehilfen ohne Beizug nicht gibt.

a) Begriff

Unter Beizug verstehen wir die *Einwilligung des Schuldners, einen Dritten bei 163
der Erfüllung mitwirken zu lassen*¹³⁶. In welcher Weise der schuldnerische

135 In BGE 82 II 139 lässt das Bundesgericht die Frage offen, ob der Verkäufer für den Hersteller der Kaufsache nach Massgabe des Art. 101 haftet. Im zitierten Entscheid wird (S. 138) auf die Ansicht des Kantonsgerichts St. Gallen verwiesen, welches den Hersteller als Erfüllungsgehilfen des Verkäufers betrachtet. Die deutsche Rechtsprechung vertritt die Ansicht, § 278 BGB finde Anwendung, wenn der Verkäufer die Herstellung der Kaufsache eigenen Arbeitnehmern übertrage; keine Anwendung finde demgegenüber die Bestimmung, wenn der Verkäufer die Herstellung durch selbständige Lieferanten vornehmen lasse (Nachweise bei *Adolff P.*, zit. in Anm. 131, S. 41 Anm. 3). *Adolff* selbst vertritt die Meinung, § 278 komme unabhängig davon zur Anwendung, ob die Herstellung durch Arbeitnehmer des Verkäufers oder durch selbständige Lieferanten geschieht (S. 45 ff.).

136 Ebenso: *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 1400; *Engel P.*, S. 499, Nr. 219; BGE 99 II 48: Erfüllungsgehilfe ist, wer "mit Wissen und Willen" des Schuldners tätig wird. So schon BGE 70 II 220. Die bundesgerichtliche Formel übernehmend: *Barth H.R.*, S. 135; *Bächler H.*, S. 7; *Tschudi W.J.*, S. 11 und 33.

Beizugswille zum Ausdruck kommt, ist für die Anwendbarkeit von Art. 101 nicht von Belang. *Mögliche Beizugsformen* sind:

- 164 I. Der Schuldner *erklärt seinen Willen*, d.h. er äussert ihn zum Zwecke der Mitteilung, sei es ausdrücklich oder durch schlüssiges (sogenannt konkludentes) Verhalten.
- 165 Der Schuldner kann seinen Beizugswillen *dem Dritten, der beigezogen werden soll*, erklären. Beispiele: Der Verkäufer fragt ein Transportunternehmen an, ob es den Kaufgegenstand zum Gläubiger transportiere (ausdrückliche Erklärung). — Ein Passant hilft einem Garagisten unaufgefordert beim Abschleppen eines Unfallautos, was der Garagist widerspruchsflos duldet (stillschweigende Erklärung). Häufig kommt auch vor, dass der Schuldner seinen Beizugswillen *einem Mittelsmann* erklärt, der seinerseits dem Dritten, der beigezogen werden soll, den Beizug erklärt. Der beizuziehende Dritte kann dabei vom Schuldner zum voraus bestimmt oder aber dessen Bestimmung kann dem Mittelsmann überlassen werden. Dem Mittelsmann gegenüber kann der Beizugswille wiederum ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden. Beispiel: Ein Unternehmer betraut einen Subunternehmer mit der Werkausführung, ohne ihm ausdrücklich zu gestatten, Gehilfen zu verwenden. Der Subunternehmer ist, anderslautende Vereinbarung vorbehalten, trotzdem (stillschweigend) ermächtigt, das Werk mit Hilfeleistung Dritter zu erstellen¹³⁷. Trägt der Subunternehmer Dritten an, bei der Werkerstellung behilflich zu sein, so sind die Dritten vom Unternehmer beigezogen.
- 166 *Praktisch im Vordergrund* steht der Beizug durch eine *ausdrückliche Erklärung* (Nr. 164). Zu beachten ist, dass sich der Beizugswille bei einer solchen Erklärung meist nicht nur auf jene Erfüllungshandlungen erstreckt, auf die sich die Erklärung unmittelbar bezieht, sondern noch auf weitere Handlungen (Erfüllungs- oder diesen gleichgestellte Handlungen). Beispiel: Beauftragt ein Verkäufer V den U, eine verkaufte Ladung Gemüse zum Käufer zu transportieren, so darf in der Regel angenommen werden, dass sich der Beizug nicht nur auf den Transport als solchen erstreckt, sondern auch auf alle Handlungen, die nötig sind, um das Gemüse unversehrt zum Käufer zu bringen (z.B. Schutz des Gemüses bei einem unvorhergesehenen Kälteeinbruch; Benachrichtigung der Polizei im Falle eines Gemüsediebstahls usw.). Im Einzelfall kann allerdings die Auslegung der Beizugs-erklärung ergeben, dass vom Beizug nur gerade jene Erfüllungshandlungen

137 Vgl. *Becker H.*, N 9 zu Art. 101, und Obergericht des Kantons Zürich in: ZR 9 (1910), S. 192.

erfasst sind, auf die sich die Erklärung unmittelbar bezieht. Beispiel: Verkäufer V, um auf das eben gemachte Beispiel zurückzukommen, erlaubt dem U nur gerade, das Gemüse zum Käufer zu transportieren, wogegen er ihn anweist, bei irgendwelchen Zwischenfällen (z.B. einem Kälteeinbruch) sofort ihn, V, zu benachrichtigen, im übrigen aber nichts zu unternehmen.

2. Es genügt, wenn der Schuldner seinen *Beizugswillen* bloss *betätigt*, d.h. ein Verhalten an den Tag legt, das zwar nicht der Mitteilung des Willens dient, diesen aber dennoch verrät. Auf Einwilligung durch Willensbetätigung darf etwa geschlossen werden, wenn der Schuldner widerspruchslos duldet, dass ein Dritter bei der Erfüllung mitwirkt, obwohl ihm Widerspruch für den Fall seines Nichteinverständnisses mit der Erfüllungstätigkeit des Dritten möglich und zumutbar wäre¹³⁸. Auch wenn in der Duldung ausnahmsweise keine stillschweigende Erklärung an den Dritten (Nr. 165) liegt, ist dieser zur Erfüllung beigezogen. Beispiel: Ein Garagist schaut von seinem Büro aus (unbeobachtet) zu, wie ein Lehrling ohne Auftrag ein Auto repariert. 167

b) Rechtsnatur

Der Beizug ist, was seine Rechtsnatur anbelangt, eine *Rechtshandlung*, aber *kein Rechtsgeschäft*. Ein Rechtsgeschäft ist eine "private Willenserklärung, die (allein oder mit andern Tatbestandselementen) bewirkt, dass eine dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge eintritt"¹³⁹. Der Beizug ist schon deshalb kein Rechtsgeschäft, weil er auch ohne Willenserklärung (durch eine Willensbetätigung: Nr. 167) erfolgen kann. Vor allem aber kann der Beizug nicht als Rechtsgeschäft aufgefasst werden, weil die Rechtsordnung an den (erklärten oder betätigten) Beizugswillen keine vom Schuldner gewollten Rechtsfolgen knüpft: Der Beizug löst zwar unter Umständen (zusammen mit weiteren Tatbestandselementen) eine Rechtsfolge aus, nämlich eine Haftung nach Art. 101; diese ist jedoch unabhängig davon, ob der Schuldner sie will oder nicht. 168

138 Zu weit: *Oser/Schönenberger*, N 5 zu Art. 101, und BGE 96 II 56, die genügen lassen, dass der Schuldner einen Dritten "gewähren lässt mit seinem Wissen" (*Oser/Schönenberger*).

139 *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 85.

c) Genereller und spezieller Beizug

- 169 Der Schuldner kann einen Dritten zur Erfüllung einer (im Zeitpunkt des Beizugs noch) unbestimmten Anzahl von Verbindlichkeiten beiziehen: *genereller Beizug im Unterschied zum speziellen*, der sich auf einen genau bestimmten Kreis von Verbindlichkeiten bezieht.
- 170 Der generelle Beizug nimmt praktisch eine bedeutsame Stellung ein. Man denke nur an Gastaufnahme- oder Ladenkaufverträge, die regelmässig von generell beigezogenen Dritten erfüllt werden: Kellner, Serviertöchter, Köche, Thekenpersonal bzw. Verkäufer(innen)¹⁴⁰.

d) Keine Erfüllungsgehilfenschaft ohne Beizug

- 171 Wirkt ein Dritter ohne Einwilligung des Schuldners bei der Erfüllung mit, so ist er zwar in einem tatsächlichen Sinn Erfüllungsgehilfe, nicht jedoch im Sinne von Art. 101. Beispiel: Um die Familienehre zu wahren, zahlt Onkel Franz die Schulden seines verschwenderischen Neffen Fritz, der sich um die Schuldentilgung in keiner Weise bemüht. Weiss Fritz von der Zahlung durch seinen Onkel nichts, so ist dieser, da nicht beigezogen, kein Erfüllungsgehilfe nach Art. 101.
- 172 *Hervorzuheben ist, dass auch eine gesetzliche Erlaubnis, zu erfüllen, die Einwilligung nicht zu ersetzen vermag.* So ist beispielsweise der Dritte, der als echter Geschäftsführer ohne Auftrag erfüllt (im Beispiel aus Nr. 171 der Onkel), trotz gesetzlicher Ermächtigung, zu erfüllen, nicht Erfüllungsgehilfe des Schuldners; es sei denn, er sei zur Erfüllung beigezogen, was für einen Geschäftsführer ohne Auftrag allerdings nur ausnahmsweise zutreffen wird¹⁴¹. Zur Haftung des Schuldners für den Geschäftsführer ohne Auftrag siehe hinten in Nr. 483 ff.
- 140 Generell beigezogene Dritte sind sehr oft auch Stellvertreter des beziehenden Schuldners und schliessen als solche die Verträge ab, die sie darauf als Hilfspersonen im Sinne von Art. 101 erfüllen. So schliessen beispielsweise Serviertöchter die Verträge mit den Gästen meist (im Namen des Wirts) selbst ab, um sie nachher auch selber zu erfüllen.
- 141 Der Beizug schliesst eine Geschäftsführung ohne Auftrag nicht aus: Erfüllt jemand eine fremde Schuld, so ist er Geschäftsführer ohne Auftrag, ausser er sei durch eine besondere Rechtsstellung (wie die des Inhabers der elterlichen Gewalt, des Vormunds, des Betreibungs- und Konkursbeamten usw.) oder aufgrund eines Vertrages berufen, die fremde Verbindlichkeit zu erfüllen (vgl. *Oser/Schönenberger*, N 16 ff. zu Art. 419). Nun sind Fälle denkbar, in denen jemand eine fremde Schuld erfüllt und zur Erfüllung beigezogen ist, ohne eine besondere Rechtsstellung einzu-

3. Weiteres Merkmal: Mitwirkung bei der Erfüllung?

Wie erwähnt, macht der Beizug allein einen Dritten noch nicht zum Erfüllungs- 173
gehilfen: Es genügt für die Anwendbarkeit von Art. 101 nicht, dass der Schuld-
ner einen Dritten die Erfüllung vornehmen lassen will, vielmehr ist erforder-
lich, dass er ihn "die Erfüllung ... vornehmen lässt" (Nr. 128).

Nach der überwiegenden Lehre ist nur Erfüllungsgehilfe, wer zur Erfüllung 174
beigezogen ist und bei der Erfüllung auch tatsächlich mitwirkt¹⁴². Nach dieser
Ansicht bildet also die Mitwirkung bei der Erfüllung zweites Begriffsmerkmal
des Erfüllungsgehilfen neben dem Beizug¹⁴³.

Der dargestellten herrschenden Lehrmeinung ist grundsätzlich zuzustimmen. 175
Vorbehalten bleibt indessen der von dieser Meinung nicht berücksichtigte Fall,
da dem Gläubiger ein Schaden gerade deswegen entsteht, weil ein als Gehilfe
Beigezogener bei der Erfüllungshandlung, zu der er beigezogen ist, nicht mit-
wirkt. Für diesen *Sonderfall* muss gelten, dass der beigezogene Dritte – trotz
Nichtmitwirkung bei der Erfüllung – dann Hilfsperson im Sinne des Art. 101
ist, wenn er zugestimmt hat, bei der Erfüllung mitzuwirken. Denn: Vertraut
der Schuldner darauf, dass ein Dritter gewisse Erfüllungshandlungen an seiner
Stelle vornimmt, weil jener zugestimmt hat, die betreffenden Handlungen
vorzunehmen, so ist die Arbeitsteilung "perfekt". Der Schuldner hat daher
nach dem in Nr. 29 Gesagten das Risiko zu tragen, dass dem Gläubiger aus der
Arbeitsteilung ein Schaden – in unserem Zusammenhang: infolge Nichtmit-
wirkung des Dritten bei der Erfüllung – entsteht.

Unsere Ansicht stützt sich auf einen Entscheid des Bundesgerichts, *BGE 82 II* 176
525 ff.: Der Eigentümer und Vermieter eines Grundstücks (X) verkaufte dieses
dem Y unter Überbindung des Mietvertrags. Y dachte überhaupt nicht daran,

nehmen oder mit dem Schuldner in einem Vertragsverhältnis zu stehen; der Bei-
gezogene ist diesfalls Geschäftsführer ohne Auftrag. Wenn im Beispiel aus Nr. 171
der Neffe von der Zahlung durch seinen Onkel erfährt und in die Zahlung einwilligt,
ohne dies dem Onkel gegenüber zum Ausdruck zu bringen, so steht der Onkel,
obwohl beigezogen, in keinem Vertragsverhältnis zum Neffen. Da er zur Erfüllung
der Verbindlichkeiten seines Neffen auch nicht durch eine besondere Rechtsstellung
berufen ist, ist er trotz des Beizugs Geschäftsführer ohne Auftrag.

Aus dem Gesagten ergibt sich: Auch wer als Geschäftsführer ohne Auftrag bei der
Erfüllung einer (fremden) Schuldpflicht mitwirkt, kann Erfüllungsgehilfe sein.

142 Z.B. Bächler H., S. 7; Barth H.R., S. 135; Tschudi W.J., S. 11, 33; Gauch/Schluep/
Jäggi, Nr. 1397; Maag H., S. 99.

143 Der beigezogene Dritte muss nicht wissen, dass er bei der Erfüllung mitwirkt: Oser/
Schönenberger, N 5 zu Art. 101; illustrativ der in der NJW 28 (1975), S. 780, ab-
gedruckte Entscheid des BGH.

den Mietvertrag zu erfüllen und erfüllte diesen in der Folge auch nicht. X wurde für den Schaden des Mieters nach Art. 101 haftbar gemacht, obwohl sicher nicht gesagt werden konnte, Y habe bei der Erfüllung mitgewirkt. Der Entscheid ist deshalb richtig, weil Y zugestimmt hatte, den Mietvertrag zu erfüllen.

- 177 Zur Illustration ein weiterer Sachverhalt, auf den Art. 101 u.E. deshalb zur Anwendung kommt, weil sich der beigezogene Dritte zur Mitwirkung bei der Erfüllung bereit erklärt hat: Ein Fabrikant kann nicht rechtzeitig liefern, weil seine Arbeiter streiken. Für den Verzugsschaden des Gläubigers haftet der Fabrikant dann unter den Voraussetzungen des Art. 101¹⁴⁴, wenn die Arbeiter nach ihrem Arbeitsvertrag mit dem Fabrikanten verpflichtet waren, die Forderung des geschädigten Gläubigers zu erfüllen¹⁴⁵. (In der Übernahme der Verpflichtung, zu erfüllen, liegt auch eine dahingehende Zustimmung.)

- 178 Art. 101 ist *nicht anwendbar*, wenn der Schaden des Gläubigers auf dem Verhalten eines Dritten beruht, der weder bei der Erfüllung mitwirkt noch zugestimmt hat, bei der Erfüllung mitzuwirken. Daraus ergibt sich insbesondere folgende Konsequenz: Kann der Schuldner nicht rechtzeitig erfüllen, weil er die zur Erfüllung nötigen Gehilfen nicht findet, so ist er für den Verspätungsschaden des Gläubigers nicht nach Art. 101 verantwortlich, möglicherweise jedoch nach Art. 103, falls ihn ein (tatsächliches: Nr. 22) Verschulden trifft. Beispiel: Ein Unternehmer kann das versprochene Werk nicht termingerecht abliefern, weil ihm nicht genügend Arbeitskräfte zur Verfügung stehen. Für den Verspätungsschaden haftet er jedenfalls nicht nach Art. 101, allenfalls aber nach Art. 103, z.B. wenn er bereits bei Vertragsabschluss hätte wissen müssen, dass er keine ausreichende Anzahl Hilfskräfte finden wird.

144 Haftung nach Art. 101 dürfte bei einem allgemeinen Streik zu verneinen sein, denn bei einem solchen beruht die Arbeitsniederlegung nicht auf besonderer Entschliessung der Arbeiter des Fabrikanten und insofern kann auch nicht gesagt werden, diese hätten den Schaden des Gläubigers verursacht (Fehlen des adäquaten Kausalzusammenhanges: Nr. 120). Anderes gilt mit Bezug auf einen betriebsinternen Streik. Bei einem solchen kann gesagt werden, dass die Arbeiter den Schaden des Gläubigers verursachen; einer Haftung gem. Art. 101 steht daher – vom Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhangs her – nichts im Wege. Wie hier mit Bezug auf das deutsche Recht: *Oertmann P.*, N 3f zu § 278 BGB. Trifft den Schuldner am Verspätungsschaden ein Verschulden, so haftet er selbstverständlich (auch bei einem allgemeinen Streik) nach Art. 103: BGE 28 II 253, 38 II 100 (sehr streng).

145 A.A. *Bezzola A.G.*, S. 61, der Streikenden die Qualität von Erfüllungsgehilfen zum vorneherein aberkennt.

4. Negatives Merkmal: Fehlen der Organeigenschaft

Erfüllungsgehilfe kann nur sein, wer nicht Organ ist. *Für Forderungsverletzungen durch Organe haftet die juristische Person nicht gemäss Art. 101, sondern gemäss Art. 97 f., 103 usw. (Nr. 55)*¹⁴⁶. 179

Organe einer juristischen Person sind all jene Personen(gruppen), die "berufen" sind, "dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben" (Art. 55 Abs. 1 ZGB), die — wie das Bundesgericht sagt — "in entscheidender Weise an der Bildung des Verbandswillens mitwirken" (BGE 87 II 187). Wem eine solch entscheidende Stellung innerhalb der juristischen Person zukommt, bestimmt zum Teil das Gesetz selbst, im übrigen aber die tatsächliche Organisation der juristischen Person: 180

1. *Von Gesetzes wegen Organ* sind beispielsweise: Vereinsversammlung und -vorstand beim Verein (Art. 64 ff., 69 ZGB); Generalversammlung, Verwaltung und Kontrollstelle bei der Aktiengesellschaft (Art. 698 ff., 707 ff., 727 ff.). 181
2. Als *Organe aufgrund der tatsächlichen Stellung* in der Organisation einer juristischen Person wurden z.B. betrachtet: Gewerkschaftssekretäre (BGE 51 II 528 f., 54 II 145), Bankdirektoren (BGE 41 II 81, 65 II 6), verantwortliche Zeitungsredaktoren (BGE 72 II 66, 95 II 486 entgegen 48 II 56) und der Leiter einer Zweigniederlassung¹⁴⁷ (BGE 102 II 264)¹⁴⁸. Dagegen wurde Vorarbeitern die Organqualität abgesprochen (BGE 81 II 226 f., 87 II 187)¹⁴⁹. 182

Organe gibt es nur bei juristischen Personen, womit gemeint ist, dass die gesetzlichen Regeln, die sich mit den Organen befassen (z.B. Art. 54 f. ZGB), nur für die juristischen Personen Geltung haben. Doch sind *den Organen*, was Forderungsverletzungen anbelangt — und nur dies interessiert uns hier —, die 183

146 Häufig wird die unterschiedliche Haftungsregelung für Organe und Erfüllungsgehilfen ohne praktische Bedeutung sein (Portmann P., S. 36). Zu Fällen, in denen der Unterscheidung praktische Tragweite zukommt, vgl. Portmann P., a.a.O., und hinten Anm. 365.

147 Gauch P., Zweigbetrieb, Nr. 1702.

148 Den erwähnten Personen kommt Organqualität auch dann zu, "wenn das in" den "Statuten nicht ausdrücklich vorgesehen ist" (BGE 72 II 65, Rubrum, mit Bezug auf die verantwortlichen Redaktoren einer Zeitung).

149 Einzelheiten zum Organbegriff sind nachzulesen in den Kommentaren zu Art. 54/55 ZGB sowie bei: Gutzwiller M. in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Einleitung und Personenrecht, Basel/Stuttgart 1967, S. 489 ff.; Tuor/Schnyder, S. 110; Gauch P., Zweigbetrieb, Nr. 1700; v. Büren B., I, S. 400 f.

geschäftsführenden Gesellschafter rechtsfähiger Personengesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft)¹⁵⁰ *gleichgestellt*¹⁵¹: Forderungsverletzungen durch geschäftsführende Gesellschafter werden rechtsfähigen Personengesellschaften als eigene zugerechnet mit der Folge, dass allenfalls Haftung gemäss Art. 97 ff. Platz greift, nicht jedoch nach Art. 101¹⁵².

- 184 Wenden wir das Gesagte auf die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft an, so ergibt sich: Bei der Kollektivgesellschaft nehmen regelmässig alle Gesellschafter eine organähnliche Stellung ein, denn vorbehaltlich einer anderen Vereinbarung steht die Geschäftsführung allen Gesellschaftern zu (Art. 557 Abs. 2 i.V.m. Art. 535, 543 Abs. 3). Anderes gilt für die Kommanditgesellschaft: Von Gesetzes wegen sind nur die Komplementäre geschäftsführungsbefugt (Art. 599, 603), weshalb mangels anderer Vereinbarung nur ihnen, nicht jedoch den Kommanditären, eine organähnliche Stellung zukommt¹⁵³.

5. Ergänzende Bemerkungen zum Erfüllungsgehilfen

- 185 Die nachstehenden Ausführungen, mit denen das Bild über den Erfüllungsgehilfen abgerundet werden soll, gliedern sich folgendermassen: *A.* Erfüllungsgehilfenschaft bei Unterlassungspflichten? *B.* Der Erfüllungsgehilfe: eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft. *C.* Das Verhältnis Schuldner/Erfüllungsgehilfe. *D.* Erfüllungsgehilfe und

150 Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sind zwar rechtsfähig (siehe Art. 562 bzw. 602 und *Portmann P.*, S. 95 f., sowie *Gauch P.*, Zweigbetrieb, Nr. 539, wo auch auf die abweichende Ansicht des Bundesgerichts hingewiesen wird), jedoch keine juristischen Personen, weshalb Art. 52 ff. ZGB auf diese Gesellschaften keine (bzw. höchstens analoge) Anwendung finden (*Portmann P.*, S. 95, mit zahlreichen Literaturhinweisen in Anm. 2).

151 Nichtgesellschafter sind Organen nie gleichgestellt, auch dann nicht, wenn ausschliesslich ihnen die Geschäftsführung übertragen ist; *Oftinger K.*, II 1, S. 140; wohl auch *Portmann P.*, S. 97 f.

152 *Gauch P.*, Zweigbetrieb, Nrn. 1672, 1711; a.A. wohl *Siegwart A.*, zit. in Anm. 30, N 6 zu Art. 567. – Die Zurechnungsnorm (vgl. vorne Nr. 57) ist nicht Art. 55 Abs. 2 ZGB, sondern Art. 567 Abs. 3 für die Kollektivgesellschaft und Art. 603 (der auf Art. 567 Abs. 3 verweist) für die Kommanditgesellschaft. Art. 567 Abs. 3 spricht zwar nur von "unerlaubten Handlungen", doch sind unter diesem Begriff richtigerweise nicht nur die unerlaubten Handlungen im Sinne der Art. 41 ff. zu verstehen, sondern auch die Forderungsverletzungen im Sinne der Art. 97 ff. (vgl. *Gauch P.*, Zweigbetrieb, S. 371 Anm. 728, und vorne Nr. 61 f.).

153 Die einfache Gesellschaft kann als nicht rechtsfähiges Gebilde keine Verbindlichkeiten haben. Es kann sie demnach auch keine Schadenersatzpflicht aus der Verletzung einer (eben nicht vorhandenen) Verbindlichkeit treffen: Die Frage, ob Organhaftung oder Haftung für Erfüllungsgehilfen, stellt sich also gar nicht.

Gläubiger. *E.* Unerlaubte Verwendung einer Hilfsperson: kein Tatbestand von Art. 101? *F.* Der Untergehilfe: Gehilfe eines Erfüllungsgehilfen. *G.* Kann ein Monopolist Erfüllungsgehilfe sein?

**A. Erfüllungsgehilfenschaft bei Verbindlichkeiten,
die auf eine Unterlassung gehen?**

Anders als der zu einem Tun verpflichtete Schuldner *kann der Unterlassungsschuldner die Leistung als solche (Unterlassen¹⁵⁴) nicht durch Dritte vornehmen lassen¹⁵⁵*. Erfüllungswirkung hat nur das Unterlassen durch den Schuldner selber, wogegen die Schuldpflicht nicht dadurch erfüllt werden kann, dass Dritte die Handlungen unterlassen, deren Vornahme dem Schuldner untersagt ist. 186

Aus dem Umstand, dass es *mit Bezug auf Unterlassungspflichten keine Erfüllungsgeliefenschaft geben kann¹⁵⁶*, darf nicht geschlossen werden, der Unterlassungsschuldner könne überhaupt nicht gemäss Art. 101 haftbar werden. Denn: 187

Wie erwähnt (Nr. 147), sind Dritte, die der Schuldner bei der Erfüllung leistungsorientierter Nebenpflichten verwendet, den Erfüllungsgehilfen gleichzustellen. Nun sind mit einer Schuldpflicht, die eine Unterlassung zum Gegenstand hat, regelmässig leistungsorientierte Nebenpflichten verbunden. Soweit diese ein Tun zum Inhalt haben, kann sie der Schuldner durch Dritte erfüllen lassen. Tut er dies, so sind die Dritten *Erfüllungsgehilfen gleichgestellt*. Nehmen sie in der Folge Handlungen vor, die der Schuldner zu unterlassen hat (hypothetische Forderungsverletzung: Nrn. 252 f., 269), so haftet der letztere für den Schaden des Gläubigers, falls auch die übrigen Voraussetzungen von Art. 101 (neben der hypothetischen Forderungsverletzung) erfüllt sind. Beispiel: Der Arzt ist aufgrund der sogenannten ärztlichen Schweigepflicht gehalten, über die Krankheiten seiner Patienten unbefugten Dritten keine Auskunft zu geben. Darüber hinaus macht der Zweck dieser Unterlas- 188

154 Darunter fällt auch das Dulden, welches nur "eine Unterart des Unterlassens ist" (v. Tuhr/Peter, § 7 III, S. 49).

155 Lehmann H., Die Unterlassungspflichten im bürgerlichen Recht, in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess, 1906, S. 193; vgl. auch Bächler H., S. 1.

156 So auch die herrschende deutsche Lehre zu § 278 BGB. Statt vieler: Staudinger/Werner, N 36 zu § 278 BGB; Lehmann H., zit. in Anm. 155, S. 193 ff. A.A., d.h. Erfüllungsgeliefenschaft bei Unterlassungspflichten für möglich erachtend: Krier H., Erfüllungsgeliefenschaft bei Unterlassungspflichten, Diss. Frankfurt 1927, S. 22 ff.

die versprochenen Semmeln zu bringen, so haftet der Bäcker nicht nach Art. 101, wenn "Bello" die Semmeln frisst und der Gastwirt, weil er den Gästen nichts zum Frühstück vorsetzen kann, einen Einnahmefall erleidet. Möglicherweise haftet der Bäcker jedoch aus eigenem Verschulden nach Art. 97, wenn er hätte voraussehen können, dass "Bello" die Semmeln fressen wird.

C. Das Verhältnis Schuldner/Erfüllungsgehilfe

- 196 Erfüllungsgehilfe ist grundsätzlich¹⁶⁰ jedermann, den der Schuldner bei der Erfüllung verwendet¹⁶¹, und der nicht Organ ist. Denn entscheidend ist, dass sich der Schuldner die Vorteile der Arbeitsteilung zunutze macht; diesfalls hat er auch deren Nachteile (Schadensrisiko) zu tragen (Nr. 29).

Aus dem Gesagten folgt für das Verhältnis Schuldner/Erfüllungsgehilfe:

- 197 1. *Nicht von Belang ist, welcher Art die rechtlichen Beziehungen zwischen Schuldner und Erfüllungsgehilfe sind* (BGE 95 II 53)¹⁶². Insbesondere *braucht* der Erfüllungsgehilfe zum Schuldner *nicht in einem Vertragsverhältnis zu stehen*¹⁶³. Deshalb ist auch Erfüllungsgehilfe, wer für den Schuldner aufgrund eines nichtigen Vertrages (Art. 20) tätig wird¹⁶⁴; ebenso derjenige, welcher Erfüllungshandlungen aufgrund eines Vertrages vornimmt, den er nachträglich z.B. wegen Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4) für unverbindlich erklärt. Auch wer aus blosser Gefälligkeit *unentgeltlich* bei der Erfüllung mitwirkt, ist Hilfsperson¹⁶⁵. Ferner braucht zwischen Schuldner und Erfüllungsgehilfe kein ständiges Verhältnis zu bestehen, vielmehr *genügt eine einmalige Verwendung* bei der Erfüllung¹⁶⁶.

160 Zu einer Ausnahme siehe hinten Nr. 202 betr. Arbeitnehmer des Gläubigers, die unter Umständen trotz Beizugs und Mitwirkung bei der Erfüllung keine Erfüllungsgehilfen sind. Man beachte auch, dass ein Teil der Lehre die Meinung vertritt, ein Monopolist könne nicht Erfüllungsgehilfe sein (Nr. 242).

161 Wenn Art. 101 speziell "Hausgenossen" und "Arbeitnehmer" als mögliche Erfüllungsgehilfen erwähnt, so geschieht dies nur beispielhaft ("eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer"): z.B. *Bezzola A.G.*, S. 50; *Portmann P.*, S. 47; *v. Tuhr/Escher*, § 70 II, S. 123; *Maag H.*, S. 99.

162 Z.B. *v. Büren B.*, I, S. 396 Anm. 139; *Portmann P.*, S. 46 f.; *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 1401; ferner die in den folgenden Anmerkungen (Anm. 163–166) zitierte Literatur.

163 *Tschudi W.J.*, S. 33.

164 So ausdrücklich *Palandt/Heinrichs*, N 3a zu § 278 BGB, für das deutsche Recht.

165 Statt vieler: *Oser/Schönenberger*, N 5 zu Art. 101; *Engel P.*, Nr. 219.

166 Z.B. *v. Tuhr/Escher*, § 70 II, S. 123; *Béguelin E.*, S. 2.

2. Art. 101 setzt (im Gegensatz zu Art. 55) kein Subordinationsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson voraus (BGE 70 II 220)¹⁶⁷. Es gehört mit andern Worten nicht zum Begriff des Erfüllungsgehilfen, dass der Schuldner ihm gegenüber zur Erteilung von Weisungen und zur Ausübung von Aufsicht befugt ist¹⁶⁸. Haftung gemäss Art. 101 kommt nach dem Gesagten auch dann in Betracht, wenn der Schuldner *selbständige Dritte*, die seiner Weisungsgewalt nicht unterworfen sind, bei der Erfüllung einsetzt¹⁶⁹; so etwa, wenn ein Verkäufer die Ware durch ein Transportunternehmen liefern lässt, wenn ein Generalunternehmer das ganze Werk oder einen Teil desselben durch einen Subunternehmer erstellen¹⁷⁰ oder ein Hufschmied das Pferd durch einen befreundeten Hufschmied beschlagen lässt.
3. Schliesslich ist auch *belanglos*, ob der zur Erfüllung eingesetzte Dritte *unter Leitung und Aufsicht des Schuldners erfüllt oder nicht*¹⁷¹: In beiden Fällen ist der Dritte gleichermassen Erfüllungsgehilfe im Sinne von Art. 101¹⁷². Lässt beispielsweise der Hufschmied ein Pferd durch seinen Gesellen beschlagen, so haftet er, wenn dieser die Arbeit mangelhaft ausführt und das Pferd Schaden nimmt, nach Massgabe des Art. 101; dies unabhängig davon, ob der Geselle unter Leitung und Aufsicht des Hufschmieds arbeitete oder selbständig während dessen Abwesenheit¹⁷³.

167 Ferner z.B. *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1401; *Bezzola A.G.*, S. 50; v. *Tuhr/Escher*, § 70 II, S. 123; *Engel P.*, Nr. 219; *Deschenaux/Tercier*, S. 100; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 189.

168 Damit ist nicht gesagt, dass Art. 101 immer Anwendung findet, wenn der Schuldner ihm nicht untergeordnete Erfüllungsgehilfen verwendet. So vertritt ein Teil der Lehre die Ansicht, auf die Verwendung eines dem Beauftragten nicht untergeordneten Erfüllungsgehilfen finde Art. 399 unter Ausschluss von Art. 101 Anwendung (Nr. 399). Die Abgrenzung des Anwendungsbereiches von Art. 101 und Art. 399 bildet Gegenstand der Ausführungen in Nr. 394 ff.; vgl. schon vorne Nr. 108.

169 Z.B. *Bächler H.*, S. 7; *Bezzola A.G.*, S. 50 f.; v. *Tuhr/Escher*, § 70 II, S. 125; *Oser/Schönenberger*, N 9 zu Art. 101; *Becker H.*, N 9 zu Art. 101.

170 Z.B. *Gauch P.*, Werkvertrag, Nr. 71, 224, 242, 620.

171 Z.B. *Bächler H.*, S. 9; v. *Tuhr/Escher*, § 70 II, S. 124 f.; *Oser/Schönenberger*, N 7 zu Art. 398. Unrichtig *Dobler K.*, S. 11 und 31.

172 Das in Anm. 168 Gesagte gilt entsprechend: Ein Teil der Lehre ist der Meinung, der Beauftragte hafte für Dritte, die nicht unter seiner Leitung und Aufsicht erfüllen, nach Art. 399 und nicht nach Art. 101 (Nr. 398).

173 Obergericht des Kantons Zürich in BGE 46 II 128 f.: Schmiedmeister Mack wurde für das fehlerhafte Beschlagen eines Pferdes in seiner Abwesenheit durch einen Gesellen nach Art. 101 haftbar gemacht. (Vor Bundesgericht war nur mehr die Höhe der Ersatzsumme streitig, die Schadenersatzpflicht als solche war unbestritten.)

D. Erfüllungsgehilfe und Gläubiger

- 200 Unter dem Titel "Erfüllungsgehilfe und Gläubiger" stellen sich zwei Fragen: 1. Können auch Arbeitnehmer des Gläubigers Erfüllungsgehilfen des Schuldners sein? 2. Fällt unter den Tatbestand von Art. 101 auch der Sachverhalt, da der Schuldner eine vom Gläubiger vorgeschriebene Hilfsperson bei der Erfüllung einsetzt?

a) Arbeitnehmer des Gläubigers als Erfüllungsgehilfen des Schuldners

- 201 Auch Arbeitnehmer des Gläubigers können Erfüllungsgehilfen des Schuldners sein; und sie sind es *grundsätzlich* dann, wenn ihnen die behandelten Merkmale des Erfüllungsgehilfen (Nr. 130–184) zukommen¹⁷⁴. Beispiel: A hat sich verpflichtet, eine Schreibmaschine des B zu reparieren und sie nach der Reparatur dem B zurückzubringen. Ist A aus irgendwelchen Gründen verhindert, die Schreibmaschine zurückzubringen, und lässt er sie deshalb durch einen Angestellten des B abholen, so ist der Angestellte Erfüllungsgehilfe des A.
- 202 *Nicht zu den Erfüllungsgehilfen zählen Arbeitnehmer des Gläubigers indes dann, wenn sie zwar mit Einwilligung des Schuldners, jedoch auf Veranlassung des Arbeitgebers und Gläubigers Erfüllungshandlungen vornehmen*¹⁷⁵. Der Schuldner haftet diesfalls für die betreffenden Arbeitnehmer ebenso wenig nach Art. 101, wie er für den Gläubiger selber haftbar wird, wenn dieser bei der Erfüllung mitwirkt. So kommt beispielsweise Haftung des Bringschuldners aus Art. 101 nicht in Betracht, wenn der Gläubiger dem Schuldner seine Leute zu Hilfe schickt¹⁷⁶ und diese den Schuldgegenstand beschädigen¹⁷⁷.
- 203 *Zu beachten ist, dass der Schuldner für Erfüllungsgehilfen, die Arbeitnehmer des Gläubigers sind, regelmässig nur in beschränktem Umfang haftet: Der*
- 174 v. Tuhr/Escher, § 70, S. 123 Anm. 10; vgl. auch BGE 77 II 149 und 91 II 294 betr. die Haftung für Ausübungsgehilfen.
- 175 v. Tuhr/Escher, § 70, S. 123 Anm. 10.
- 176 Lässt der Gläubiger den Schuldgegenstand (mit Einwilligung des Schuldners) durch seine Leute holen, so kann darin (und wird regelmässig) die Vereinbarung einer Holschuld zu erblicken sein. Diesfalls gilt das vorne in Nr. 157 Gesagte.
- 177 Vgl. v. Tuhr/Escher, § 70, S. 123 Anm. 10. Das von den zitierten Autoren gewählte Beispiel ist angesichts des in Anm. 176 Gesagten nicht gerade glücklich.

Umstand, dass zwischen Erfüllungsgehilfe und Gläubiger ein Arbeitsverhältnis besteht, rechtfertigt im Normalfall eine *Ermässigung der Schadenersatzpflicht* aufgrund von Art. 43 f. i.V.m. Art. 99 Abs. 3 (vgl. BGE 91 II 298 und hinten Anm. 283).

b) Vom Gläubiger vorgeschriebene oder vorgeschlagene Hilfspersonen

Im folgenden untersuchen wir, ob Art. 101 auf die Verwendung einer vom Gläubiger vorgeschriebenen oder vorgeschlagenen Hilfsperson Anwendung findet.

Als eine vom Gläubiger vorgeschriebene Hilfsperson bezeichnen wir einen Dritten, den der Schuldner auf Weisung des Gläubigers bei der Erfüllung *verwenden muss*. Als eine vom Gläubiger vorgeschlagene Hilfsperson bezeichnen wir demgegenüber einen Dritten, den der Schuldner *auf Wunsch* des Gläubigers bei der Erfüllung verwendet, ohne dazu verpflichtet zu sein.

aa) Die vorgeschriebene Hilfsperson

Der Gläubiger kann sich bei Vertragsabschluss die Verwendung eines bestimmten Dritten bei der Erfüllung ausbedingen, oder er kann sich das Recht vorbehalten, später die Verwendung eines bestimmten Dritten vorzuschreiben¹⁷⁸. In beiden Fällen *steht der Anwendbarkeit von Art. 101* auf die Verwendung des vom Gläubiger bestimmten Dritten *nichts entgegen*:

Zwar erfolgt die Verwendung des betreffenden Dritten im Interesse und auf Veranlassung des Gläubigers. Doch steht es dem Schuldner frei, den Vertrag einzugehen oder nicht; geht er ihn ein, so scheint es uns gerechtfertigt, dass er nachteilige Folgen der Arbeitsteilung, die ja auch ihm zugute kommt, gemäss Art. 101 zu vertreten hat. Dem Umstand, dass der Einsatz der betref-

178 Ausnahmsweise beruht die Pflicht des Schuldners, bei der Erfüllung einen bestimmten Dritten zu verwenden, nicht auf einer vertraglichen Vereinbarung, sondern auf dem Gesetz; so ist beispielsweise der Beauftragte aufgrund von Art. 397 verpflichtet, auf Weisung des Gläubigers einen bestimmten Dritten zu verwenden, falls dadurch seine Stellung nicht erheblich erschwert wird (vgl. Oser/Schönenberger, N 3 zu Art. 397). Mit dem besagten praktisch unbedeutsamen Ausnahmefall, da der Schuldner auf Weisung des Gläubigers von Gesetzes wegen verpflichtet ist, einen bestimmten Dritten bei der Erfüllung einzusetzen, befassen wir uns im folgenden nicht mehr.

fenden Hilfsperson auf Veranlassung des Gläubigers erfolgt, ist nur (aber immerhin) im Rahmen der Schadenersatzbemessung (Art. 43 f. i.V.m. Art. 99 Abs. 3, hinten Nr. 317 ff.) Rechnung zu tragen.

- 208 Beispiel: Eine Gemeinde schreibt in ihren Offertunterlagen für die Erstellung eines Altersheims vor, der das Werk ausführende Unternehmer müsse die Malerarbeiten dem gemeindeansässigen Malereigeschäft vergeben. Der Unternehmer, dem in der Folge die Arbeit vergeben wird, muss die Malerarbeiten durch das gemeindeansässige Malereigeschäft ausführen lassen und haftet für dieses unter den Voraussetzungen des Art. 101¹⁷⁹.

bb) Die vorgeschlagene Hilfsperson

- 209 Verwendet der Schuldner einen vom Gläubiger gewünschten Dritten bei der Erfüllung, ohne dazu verpflichtet zu sein, so muss Art. 101 Anwendung finden¹⁸⁰. Die entgegengesetzte Auffassung würde sich mit den Grundsätzen über die Behandlung der Gefälligkeit im schweizerischen Vertragsrecht schwerlich vertragen:
- 210 Art. 99 Abs. 2 bringt zum Ausdruck, dass ein Schuldner, der sich aus blosser Gefälligkeit zu einer Leistung verpflichtet hat, trotzdem nach allgemeiner Regel gemäss Art. 97 ff. (einschliesslich Art. 101) haftet; dem Moment der Gefälligkeit ist nur im Rahmen der Schadenersatzbemessung Rechnung zu tragen. Daraus muss doch wohl a fortiori geschlossen werden, dass ein Schuldner, dessen Gefälligkeit lediglich in der Verwendung eines bestimmten Dritten besteht, nach Art. 97 ff. haftet. Dem Moment der Gefälligkeit kann wiederum bei der Schadenersatzbemessung Rechnung getragen werden.
- 211 Beispiel: Hat sich der Käufer nicht schon bei Vertragsabschluss Lieferung der Kaufsache durch ein bestimmtes Transportunternehmen ausbedungen, so steht ihm regelmässig kein Recht zu, solches nach Vertragsabschluss zu verlangen. Beauftragt der Verkäufer gefälligkeitshalber das vom Käufer ge-

179 Vgl. Art. 29 Abs. 5 der SIA-Norm 118, Ausgabe 1977: "Verlangt der Bauherr, dass der Unternehmer einen bestimmten Subunternehmer beiziehe, so bezeichnet er diesen in den ... Ausschreibungsunterlagen." In der zitierten Bestimmung ist allerdings die Haftung des Unternehmers für den Subunternehmer nach Art. 101 ausgeschlossen. Der Unternehmer haftet nur für richtige Verwendung und gehörige Beaufsichtigung des Subunternehmers, er haftet also nur mehr für eigenes Verschulden.

180 Haftung nach Art. 101 entfällt selbstverständlich auch nicht schon dann, wenn der Gläubiger weiss, dass eine Hilfsperson bei der Erfüllung mitwirkt (BGE 46 II 130; *Bezzola A.G.*, S. 101); Art. 101 ist auch anwendbar, wenn der Gläubiger die Verwendung einer Hilfsperson von seiner *Genehmigung* abhängig gemacht hat.

wünschte Transportunternehmen mit der Lieferung der Ware, so haftet er zwar gemäss Art. 101; eine allfällige Schadenersatzpflicht ist aber nach Art. 43 f. zu ermässigen.

E. Unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen: kein Tatbestand des Art. 101?

Im folgenden grenzen wir vorerst unter *a)* die erlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen von der unerlaubten Verwendung ab. Darauf stellen wir *b)* die herrschende Lehre dar, welche die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen lediglich als Tatbestand von Art. 97, nicht jedoch von Art. 101, betrachtet. Abschliessend begründen wir unter *c)* unsere eigene Ansicht, wonach die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen sowohl ein Tatbestand des Art. 97 als auch des Art. 101 ist.

a) Erlaubte und unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen

Unerlaubt ist die Verwendung eines Erfüllungsgehilfen in zwei Fällen: 1. wenn der Schuldner Erfüllungshandlungen, die er persönlich vornehmen müsste, durch einen Dritten vornehmen lässt; 2. wenn der Schuldner Erfüllungshandlungen, die er nicht persönlich vornehmen muss, durch einen Dritten vornehmen lässt, dessen Verwendung ihm nicht erlaubt ist: Die Verwendung gerade des betreffenden Erfüllungsgehilfen ist nach dem Inhalt des konkreten Vertrages nicht erlaubt, wogegen die Verwendung eines andern Erfüllungsgehilfen erlaubt wäre¹⁸¹. Mit diesem letztern weniger bedeutsamen Fall befassen wir uns nachstehend nicht mehr. Wir beschränken unsere Ausführungen auf den erstgenannten Sachverhalt, da die Verwendung eines Dritten deswegen nicht erlaubt ist, weil der Schuldner persönlich erfüllen müsste.

Ob und inwieweit der Schuldner verpflichtet ist, Erfüllungshandlungen persönlich vorzunehmen, bzw. ob und in welchem Umfange er Erfüllungshandlungen durch Dritte vornehmen lassen darf, ergibt sich in erster Linie aus einer all-

181 Schreibt der Gläubiger dem Schuldner die Verwendung einer bestimmten Hilfsperson aufgrund eines ihm zustehenden Rechts vor (Nr. 206, Anm. 178), so ist die Verwendung einer andern als der vorgeschriebenen Hilfsperson unerlaubt.

fälligen *Vereinbarung* der Parteien, mangels Vereinbarung aus dem *Gesetz* (Art. 68).

- 215 Nach der zitierten Bestimmung hat der Schuldner insoweit bei der Erfüllung mitzuwirken, als es dem Gläubiger "auf seine Persönlichkeit (sc. Fähigkeiten, guter Ruf usw.) ankommt". Massgebend ist dabei nicht das Interesse des konkreten Gläubigers¹⁸², sondern vielmehr, ob nach der *Verkehrsanschauung*¹⁸³ bei einem Schuldverhältnis der fraglichen Art die persönlichen Eigenschaften des Schuldners ins Gewicht fallen¹⁸⁴. Das so verstandene Interesse des Gläubigers an persönlicher Erfüllung durch den Schuldner kann sich darauf beschränken, dass der Schuldner die Erfüllungstätigkeit eines Gehilfen überwacht und leitet, es kann aber auch weitergehend darin bestehen, dass der Schuldner in eigener Person erfüllt.
- 216 Es versteht sich von selbst, dass der Umfang der Pflicht des Schuldners zu persönlicher Mitwirkung bei der Erfüllung nur im Einzelfall bestimmt werden kann; in allgemeiner Hinsicht lässt sich immerhin soviel sagen:
- 217 1. Bei *Dienstleistungsschulden* wird dem Gläubiger regelmässig daran gelegen sein, dass der Schuldner zumindest einzelne ("zentrale") Erfüllungshandlungen in eigener Person vornimmt oder durch Dritte unter seiner Leitung und Aufsicht vornehmen lässt¹⁸⁵. So muss beispielsweise der Chirurg selbst operieren, der Kunstmaler das versprochene Bild selbst malen; der Bauunternehmer hat zwar den Bau nicht selbst zu erstellen, immerhin trifft ihn aber die Pflicht, seine Arbeiter zu leiten und zu beaufsichtigen (BGE 103 II 56¹⁸⁶).
- 218 Indessen ist auch dem Dienstleistungsschuldner im Normalfall erlaubt, untergeordnete Erfüllungshandlungen durch selbständige Dritte vornehmen zu lassen. So braucht beispielsweise ein Anwalt die von ihm gefertigte

182 Sofern der Gläubiger sein Interesse an persönlicher Erfüllung durch den Schuldner diesem gegenüber zum Ausdruck gebracht hat, liegt in aller Regel nach dem Vertrauensprinzip eine Abmachung über den Umfang der persönlichen Leistungspflicht vor. Art. 68 braucht diesfalls nicht herangezogen zu werden (Nr. 214).

183 Vgl. *Becker* H., N 2 zu Art. 68; *Gautschi* G., Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz, Zürich 1953, S. 24, spricht von der "allgemeinen Lebenserfahrung".

184 Ist der Schuldner eine juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft, so ist Art. 68 sinngemäss anzuwenden: Es ist zu prüfen, ob der Gläubiger ein Interesse daran hat, dass die Leistung gerade aus dem Betrieb "seines" Schuldners erbracht wird (*Gauch* P., Werkvertrag, Nr. 54).

185 Das Gesetz hat diesem Umstand Rechnung getragen, indem es die Vermutung von Art. 68, dass den Schuldner keine persönliche Leistungspflicht trifft, bei den Dienstleistungsschulden umkehrt; siehe z.B. Art. 321 (Arbeitsvertrag), Art. 364 Abs. 2 (Werkvertrag; dazu BGE 103 II 55).

186 Zu diesem Entscheid siehe die kritischen Anmerkungen von *Gauch* P. in: Baurecht, Mitteilungen des Seminars für schweizerisches Baurecht, 1979/Heft 1, S. 11.

Rechtsschrift nicht selbst zu tippen oder die Tipparbeiten auch nur zu überwachen¹⁸⁷.

2. Bei *Sachleistungsschulden* wird der Schuldner kaum je zu persönlicher Mitwirkung bei der Erfüllung verpflichtet sein¹⁸⁸.

- b) Herrschende Lehre: Unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen bloss Tatbestand von Art. 97

Die herrschende Lehre steht auf dem Standpunkt, die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen regle sich einzig nach Art. 97¹⁸⁹, nicht jedoch nach Art. 101. Nach dieser Lehre haftet der Schuldner für den Schaden, den ein unerlaubt beigezogener Erfüllungsgehilfe anrichtet, also nur, wenn der betreffende Schaden die Folge einer eigenen (verschuldeten) Forderungsverletzung, der unerlaubten Verwendung des Erfüllungsgehilfen, ist.

Keine Einigkeit besteht darüber, ob der Schaden die adäquate (Nr. 120 ff.) oder nur eine natürliche Folge (Nr. 118 f.) der unerlaubten Verwendung des Erfüllungsgehilfen sein muss:

1. Ein Grossteil der Lehre vertritt die Ansicht, der Schuldner, der unerlaubterweise einen Erfüllungsgehilfen verwendet, hafte nach Art. 97 für Zufall: Für den Schaden, den ein unerlaubt verwendeter Erfüllungsgehilfe anrichtet, hafte der Schuldner schon dann, wenn die *unerlaubte Verwendung* des Erfüllungsgehilfen eine *natürliche Schadensursache* darstelle¹⁹⁰. Nach dieser Ansicht entfällt Haftung des Schuldners (bei bejahtem Verschulden) demnach nur, wenn der Schaden auch ohne die unerlaubte Verwendung

187 So sinngemäss v. Büren B., I, S. 451.

188 Gautschi G., Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen, in: Festgabe für Karl Otfinger, Zürich 1969, S. 27; Becker H., N 3 zu Art. 68.

189 Gauch/Schluep/Jäggi, Nr. 1406; Portmann P., S. 43; Pedrazzini M. in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel/Stuttgart 1977, S. 532; wohl auch Oser/Schönenberger, N 11 zu Art. 101, vgl. auch N 8 zu Art. 399; ferner die in Anm. 190 zitierte Literatur und Rechtsprechung. – Entsprechend findet nach der deutschen Lehre auf die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen nur § 276 BGB Anwendung, nicht jedoch § 278 BGB: z.B. Palandt/Heinrichs, N 4f zu § 278 BGB.

190 v. Tuhr/Peter, § 13 I, S. 90; v. Tuhr/Escher, § 70 I, S. 122 f.; Bächler H., S. 12; Jaussi N., S. 31; Bezzola A.G., S. 57, 75; v. Tuhr A., S. 229; vgl. auch den Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern in: SJZ 29 (1933), S. 367 f.

des Erfüllungsgehilfen eingetreten wäre, so etwa in folgendem Beispiel: Garagist A lässt die Reparatur eines Wagens verbotenerweise durch einen befreundeten Garagisten (B) vornehmen. Dieser beschädigt das Auto aus Unvorsichtigkeit. Der natürliche Kausalzusammenhang zwischen der unerlaubten Verwendung des Garagisten B und dem eingetretenen Schaden würde dann fehlen, wenn das Auto, hätte A es selbst repariert, durch eine Feuersbrunst in dessen Garage zerstört worden wäre.

- 223 2. Andere Autoren lassen den Schuldner, der unerlaubterweise einen Erfüllungsgehilfen verwendet, nur haften, wenn der vom Erfüllungsgehilfen angerichtete Schaden die *adäquate Folge der unerlaubten Verwendung* darstellt¹⁹¹. Der Schuldner kann sich also von der Haftung schon durch den Nachweis befreien, dass die unerlaubte Verwendung des Erfüllungsgehilfen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht geeignet war, den vom Erfüllungsgehilfen angerichteten Schaden herbeizuführen (Nr. 122). Haftung würde also etwa in folgendem Beispiel entfallen: Der Verkäufer eines Autos (A), der sich verpflichtet hat, das Auto persönlich dem Gläubiger zu bringen, überträgt diese Aufgabe B, einem viel besseren Fahrer. Verschuldet B wider Erwarten einen Unfall, bei dem erheblicher Sachschaden entsteht, so könnte A nicht haftbar gemacht werden, denn die unerlaubte Verwendung von B (Übertragung des Autotransports an diesen) ist nicht adäquate Schadensursache¹⁹².

c) Kritik der herrschenden Lehre: Die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen als Tatbestand von Art. 97 und Art. 101

aa) Die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen als Tatbestand von Art. 97

- 224 Einigkeit besteht darüber, dass die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen eine Forderungsverletzung darstellt¹⁹³, für deren Schadensfolgen

191 v. Büren B., I, S. 396 Anm. 142; für das deutsche Recht: *Staudinger/Werner*, N 50 zu § 278 BGB. Jene Autoren, die den Schuldner, der einen Dritten unerlaubterweise bei der Erfüllung verwendet, nicht ausdrücklich für Zufall haften lassen, sind wohl ebenfalls der Meinung, der Schuldner hafte nur für den Schaden, der mit der unerlaubten Verwendung in adäquatem Kausalzusammenhang steht, denn grundsätzlich haftet der Schuldner nach Art. 97 ja nur für adäquate Schadensfolgen einer Forderungsverletzung (Nr. 225). So z.B. *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1406.

192 Vgl. den Entscheid des Bundesgerichts in: ZR 55 (1956), S. 120, und v. Büren B., I, S. 396 f. Anm. 142.

193 Z.B. *Bächler* H., S. 12; *Friedrich* H.P., S. 460; *Gauch* P., Werkvertrag, Nr. 71.

der Schuldner nach Art. 97 haftet¹⁹⁴. Umstritten ist lediglich, ob der Schuldner für alle Schadensfolgen der unerlaubten Verwendung haftet oder nur für jene, die mit der unerlaubten Verwendung in einem adäquaten Kausalzusammenhang stehen. U.E. gilt letzteres, dies aufgrund folgender Überlegungen:

Es ist unbestritten, dass der Schuldner nach Art. 97 grundsätzlich nur für 225 jenen Schaden haftet, der sich als adäquate Folge einer (schuldhaften) Forderungsverletzung darstellt. Anderes soll nun aber nach einem Teil der Lehre für den Fall der unerlaubten Verwendung eines Erfüllungsgehilfen gelten (Nr. 222). Gründe für ihre Ansicht gibt die Lehre nicht an, und solche Gründe sind auch nicht ersichtlich: Eine Haftung des Schuldners für nicht adäquate (also zufällige) Schadensfolgen sieht das Gesetz nur an wenigen Stellen vor, so z.B. in Art. 103 für den Verzug und in den Art. 306 bzw. 474 für den unbefugten Gebrauch der entlehnten oder in Verwahrung genommenen Sache. Diesen Bestimmungen kommt Ausnahmecharakter zu, und es kann aus ihnen nicht abgeleitet werden, es hafte auch der Schuldner, der unerlaubterweise eine Hilfsperson verwendet, für Zufall¹⁹⁵. Dies um so weniger, als ein dahingehender Vorschlag von C.Chr. Burckhardt¹⁹⁶ nicht Gesetz geworden ist. *Es bleibt* nach dem Gesagten auch mit Bezug auf die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen *beim Grundsatz, wonach eine Haftung nach Art. 97 nur Platz greifen kann, wenn zwischen der Forderungsverletzung (der unerlaubten Verwendung des Erfüllungsgehilfen) und dem Schaden ein adäquater, nicht bloss ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht*.

194 Zu beachten ist, dass sich die Haftung nach Art. 97 nicht auf den Schaden beschränkt, den der unerlaubt verwendete Erfüllungsgehilfe anrichtet; vielmehr erstreckt sie sich auf allen Schaden, der die adäquate Folge der unerlaubten Gehilfenverwendung darstellt. Beispiel: A malt das versprochene Bild nicht selbst, sondern lässt es durch seinen Malerkollegen B malen. In der Folge muss der Gläubiger von A dem Z eine Konventionalstrafe zahlen, weil er kein Bild von A liefern kann. Für den entstandenen Schaden in Höhe der Konventionalstrafe, der nicht auf dem Verhalten des B, sondern einzig auf demjenigen des A beruht, hat dieser nach Art. 97 aufzukommen.

195 Mit dem (mehrdeutigen: *Oftinger K.*, I, S. 83) Ausdruck Zufallshaftung ist im vorliegenden Zusammenhang Haftung für nicht adäquate Schadensfolgen gemeint: Nr. 222.

196 *Burckhardts* Vorschlag findet sich in: Zusammenstellung der Anträge und Anregungen zum Entwurf des Bundesrates betreffend Anfügung des Obligationenrechts (vom 3. März 1905), Bern 1908, S. 12, Art. 1124b.

bb) Die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen
als Tatbestand von Art. 101

- 226 Verschiedene Überlegungen sprechen für die Annahme, dass Art. 101 auch auf die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen Anwendung findet¹⁹⁷; und zwar unmittelbare, nicht analoge Anwendung¹⁹⁸.
- 227 1. Nach dem *Wortlaut* von Art. 101 hat der Schuldner, der "die Erfüllung einer Schulpflicht ... wenn auch befugterweise durch eine Hilfsperson ... vornehmen lässt, ... dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson ... verursacht". Die Wendung "*wenn auch befugterweise*" lässt nur den einen Schluss zu: dass sowohl die befugte als auch die unbefugte Verwendung einer Hilfsperson Tatbestände von Art. 101 sind¹⁹⁹. Mehr noch: Die fragliche Wendung macht deutlich, dass es der Gesetzgeber geradezu als selbstverständlich erachtet, den Schuldner für unerlaubt verwendete Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 haften zu lassen.
- 228 2. Dann ist darauf hinzuweisen, dass *Art. 97 gar nicht die Frage beantwortet, unter welchen Voraussetzungen der Schuldner für einen Erfüllungsgehilfen haftbar wird*. Regelungsgegenstand von Art. 97 ist vielmehr die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Schuldner für eigenes Verhalten haftet. Dass Haftung auch für den von einem Erfüllungsgehilfen angerichteten Schaden nach Art. 97 Platz greifen kann, ändert am Gesagten nichts, denn der Schuldner wird diesfalls nur deshalb haftbar, weil der Schaden auch die adäquate Folge einer eigenen Forderungsverletzung (unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen) darstellt (Nr. 224 f.).
- 229 Im Gegensatz zu Art. 97 gibt Art. 101 Antwort auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Schuldner für Erfüllungsgehilfen einzustehen hat. Wollte man Art. 101, der ausschliesslich die Erfüllungsgehilfenhaftung beschlägt, von der Anwendung auf die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen ausschliessen, so müssten dafür Gründe vorliegen. Solche sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil:
- 230 3. Die Ansicht der herrschenden Lehre, nach welcher auf die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen bloss Art. 97 Anwendung findet,

197 Für Anwendbarkeit von Art. 101 auch: *Guhl/Merz/Kummer*, S. 224; v. *Büren B.*, I, S. 396; *Béguelin E.*, S. 2; *Maag H.*, S. 100; *Hofstetter J.* in: *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. VII/2, Besondere Vertragsverhältnisse, 2. Bd., Basel/Stuttgart 1979, S. 73; BGE 46 II 130; siehe auch Anm. 198.

198 Für analoge Anwendbarkeit von Art. 101: Bundesgericht in: ZR 55 (1956), S. 120; für analoge Anwendung von § 278 BGB: RGZ 152 (1937), S. 128.

199 *Maag H.*, S. 100, und *Béguelin E.*, S. 2.

hat folgende *rechtlich unhaltbare Konsequenz*: *Es gibt Fälle, in denen der Schuldner, der unerlaubterweise einen Erfüllungsgehilfen verwendet, für den vom Erfüllungsgehilfen angerichteten Schaden nicht (nach Art. 97) haftet, obwohl er (nach Art. 101) haften würde, wenn die Verwendung des Erfüllungsgehilfen erlaubterweise erfolgt wäre.* Das Gesagte gilt gleichermassen, ob man nun den Schuldner nach Art. 97 nur für adäquate oder auch zufällige Schadensfolgen der unerlaubten Gehilfenverwendung haften lässt. Zwei Beispiele mögen dies belegen: 1. Trifft den Schuldner an der unerlaubten Verwendung des Erfüllungsgehilfen kein (tatsächliches) Verschulden, z.B. weil er sich über die Zulässigkeit der Gehilfenverwendung in einem entschuldbaren Irrtum befindet²⁰⁰, so entfällt Haftung nach Art. 97. Demgegenüber schliesst mangelndes (tatsächliches) Verschulden Haftung nach Art. 101 nicht aus (Nr. 22). 2. In dem vorne (Nr. 223) angeführten Beispiel trifft den Schuldner keine Haftung nach Art. 97, weil die unerlaubte Verwendung des Erfüllungsgehilfen nicht die adäquate Ursache des eingetretenen Schadens ist. Haftung nach Art. 101 müsste indessen bejaht werden, denn alle vorne in Nr. 14 ff. im Überblick aufgezeigten Tatbestandsmerkmale sind erfüllt: adäquate Schadensverursachung durch B, und zwar in Ausübung seiner Verrichtungen; hypothetische Forderungsverletzung und hypothetisches Verschulden.

Die eben erwähnte unhaltbare Konsequenz der herrschenden Lehre kann²³¹ auf zweierlei Weise vermieden werden: einmal, indem man Art. 101 nur (aber immerhin) dann für anwendbar erklärt, wenn der Tatbestand von Art. 97 nicht erfüllt ist²⁰¹; zum andern, indem man Art. 101 auf die unerlaubte Verwendung eines Erfüllungsgehilfen ganz allgemein zur Anwendung bringt. Die erstere Lösung ist abzulehnen, da sie nicht in das schweizerische Rechtssystem passt: Es widerspricht unserem Rechtsdenken, die Anwendbarkeit einer Bestimmung (in unserem Zusammenhang: Art. 101) davon abhängig zu machen, dass der Tatbestand einer andern Bestimmung (Art. 97) nicht erfüllt ist.

4. Der *Grundgedanke* von Art. 101, wonach der Schuldner nicht nur die Vor-,²³² sondern auch die Nachteile aus der *Arbeitsteilung* haben soll (Nr. 29), behält auch bei dem hier behandelten Sachverhalt, da der Schuldner unerlaubterweise einen Erfüllungsgehilfen verwendet, seine volle Geltung: Der Schuldner macht sich ja die Vorteile der Arbeitsteilung zunutze, auch wenn diese unerlaubt ist.

200 Bächler H., S. 12.

201 So sinngemäss Bächler H., S. 12.

- 233 5. Schliesslich findet die von uns vertretene Ansicht ihre Bestätigung im *Auftragsrecht*: Für gewisse Erfüllungsgehilfen, die sogenannten Substituten, haftet der Beauftragte im Falle unerlaubter Verwendung nach *Art. 399 Abs. 1*. Die dort vorgesehene Haftungsregelung entspricht im Ergebnis derjenigen von *Art. 101*²⁰². Es ist nun einerseits nicht ersichtlich, warum der Beauftragte nur für unerlaubt verwendete Substituten, nicht auch für andere unerlaubt verwendete Erfüllungsgehilfen (zumindest im Ergebnis) nach *Art. 101* haften soll; und andererseits kann kein Grund ausgemacht werden, warum andere Schuldner nicht gleich behandelt sein sollten wie Beauftragte, also für unerlaubt verwendete Erfüllungsgehilfen nicht ebenfalls gemäss *Art. 101* haftbar sein sollten.

cc) Konkurrenz der Ansprüche aus *Art. 97* und *Art. 101*

- 234 Der Schuldner haftet für den Schaden, den ein unerlaubterweise verwendeter Erfüllungsgehilfe anrichtet, sowohl nach *Art. 97* als auch nach *Art. 101*, falls die Voraussetzungen beider Bestimmungen erfüllt sind²⁰³. Umgekehrt kann der Gläubiger seinen Schadenersatzanspruch *wahlweise* auf eine der beiden Bestimmungen abstützen (Anspruchskonkurrenz). *Von praktischer Tragweite* ist dies für den Gläubiger namentlich dann, wenn der Anspruch aufgrund einer der beiden Bestimmungen grösser ist als der Anspruch aufgrund der anderen Bestimmung. So etwa, wenn ein bestimmter Umstand nur zur Reduktion der Haftung aus *Art. 101* Anlass gibt, nicht jedoch zur Reduktion der Haftung aus *Art. 97*; Beispiel: Bei Vorliegen eines nur leichten hypothetischen Verschuldens (*Nr. 303*) kann die Haftung aus *Art. 101* reduziert werden (*Nr. 322*), wogegen ein leichtes hypothetisches Verschulden eine Reduktion der Haftung aus *Art. 97* nicht rechtfertigt.

202 *Becker H.*, N 19 zu *Art. 101*.

203 Entsprechendes gilt, wenn die Verwendung eines Erfüllungsgehilfen an sich zwar erlaubt ist, der Schuldner jedoch einen ungeeigneten Erfüllungsgehilfen auswählt oder den beigezogenen Erfüllungsgehilfen falsch bzw. ungenügend instruiert.

F. Der Untergehilfe: Gehilfe eines Erfüllungsgehilfen

Untergehilfe²⁰⁴ ist ein Dritter, durch den ein Erfüllungsgehilfe Erfüllungs- 235
handlungen (Nr. 152) vornehmen lässt. In unserem Zusammenhang interes-
siert, ob der Schuldner auch für Untergehilfen nach Art. 101 haftet. Für die
Beantwortung dieser Frage ist zu unterscheiden:

1. Art. 101 findet auf die Verwendung eines Untergehilfen *unmittelbare* 236
Anwendung, wenn der Untergehilfe selbst Erfüllungsgehilfe ist. Dies ist
namentlich dann der Fall, wenn ein Erfüllungsgehilfe mit Ermächtigung
des Schuldners (Nr. 165) einen Untergehilfen bei der Erfüllung verwendet.
Beispiel: Der Angestellte eines Gärtners lässt sich mit dessen Einwilligung 237
von seinem Sohn helfen, die Bäume im Garten des Gläubigers zu schnei-
den. Der Sohn ist Untergehilfe des Angestellten und zugleich Erfüllungs-
gehilfe des Gärtners.
2. Ist ein Untergehilfe nicht Erfüllungsgehilfe, so findet Art. 101 keine un- 238
mittelbare Anwendung. Fraglich ist, ob Art. 101 analog anwendbar ist.
v. Büren bejaht dies ganz generell²⁰⁵. U.E. rechtfertigt sich *analoge An-*
wendung nur in einem Fall; dann, wenn dem Erfüllungsgehilfen von Ge-
setzes wegen (Art. 68) das Recht zusteht, Untergehilfen zu verwenden²⁰⁶.
Die Analogie rechtfertigt sich hier deshalb, weil es dem Schuldner nach
der gesetzlichen Vermutung von Art. 68 gleichgültig ist, ob der Erfüllungs-
gehilfe persönlich erfüllt oder durch einen Untergehilfen; es besteht also
gleichsam die gesetzliche Vermutung, dass sich der schuldnerische Beizugs-

204 Der Ausdruck stammt von Oertmann P., N 2b e zu § 278 BGB.

205 v. Büren B., I, S. 396: "Zieht der Gehilfe seinerseits einen Gehilfen bei, so haftet der Schuldner auch für das Verschulden des letztern. Die Gehilfenhaftung erstreckt sich mit andern Worten auf mittelbar verwendete Hilfspersonen." A.A. v. Tuhr/Escher, § 70, S. 125 Anm. 18, die sich auf RGZ 102 (1921), S. 231, stützen, welcher Entscheid festhält, dass der Schuldner für Untergehilfen bloss dann nach § 278 BGB haftet, wenn diese Erfüllungsgehilfen sind.

206 Unmittelbare Anwendung findet Art. 68 nur dann, wenn der Erfüllungsgehilfe, wie regelmässig, verpflichtet ist, bei der Erfüllung der schuldnerischen Verbindlichkeit mitzuwirken. Ist der Erfüllungsgehilfe zur Mitwirkung nicht verpflichtet, so findet Art. 68, der sich ja nur mit der Erfüllung von Obligationen (Schuldpflichten: Nr. 132; in unserem Zusammenhang: Obligation des Erfüllungsgehilfen, bei der Erfüllung einer schuldnerischen Schuldpflicht mitzuwirken) befasst, keine unmittelbare Anwendung. Einer analogen Anwendung steht aber nichts im Wege. Analoge Anwendung des Art. 68 also etwa dann, wenn A seinem Freund B bei der Schuldnerfüllung hilft, ohne dass zwischen den beiden ein Verpflichtungsverhältnis begründet würde. Ob A befugt ist, einen Dritten bei der Erfüllung der Schuld seines Freundes einzusetzen, entscheidet sich – mangels Vereinbarung – nach Art. 68 (analog); abzustellen ist also auf die Verkehrsanschauung (Nr. 215).

- 244 Art. 101 findet nach seinem Wortlaut (einzig) auf die Schädigung des "andern" Anwendung: "Wer (d.h. der Schuldner, der) die Erfüllung einer Schuldpflicht ... durch eine Hilfsperson ... vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson (sc. ihm, dem andern²¹¹) verursacht." *Mit dem "andern" meint Art. 101 den Gläubiger²¹² aus der Schuldpflicht, deren Erfüllung der Schuldner durch die schädigende Hilfsperson vornehmen lässt²¹³*: "Art. 101 OR trifft zu, wenn jemand die Erfüllung einer Schuldpflicht ... durch eine Hilfsperson vornehmen lässt und diese ... 'dem andern', also dem Gläubiger (sc. aus der betreffenden Schuldpflicht) ..., Schaden verursacht." (BGE 90 II 17)²¹⁴

Aus dem Gesagten folgt in negativer Hinsicht ein Zweifaches:

- 245 1. Art. 101 findet keine Anwendung, wenn die Hilfsperson einen Gläubiger schädigt, dessen Forderung der Schuldner nicht durch sie erfüllen lässt²¹⁵. Beispiel: S beauftragt den Transportunternehmer X, eine Ladung Gemüse zum Gläubiger G zu bringen. X unternimmt die Fahrt in betrunkenem Zustand, kommt von der Strasse ab und fährt in ein dem S gehöriges Treibhaus. Sowohl das Gemüse auf dem Lastwagen als auch dasjenige im Treibhaus wird zerstört. In der Folge kann S seinen Gläubigern G und H nicht rechtzeitig liefern: Für den Verspätungsschaden des G haftet S nach Mass-

211 So eindeutig der italienische Wortlaut von Art. 101: "... deve risarcire all'altra parte il danno, che la commessa persona le cagiona ..." (Heraushebung nicht im Text).

212 Ob es sich beim Gläubiger um eine natürliche oder juristische Person oder um eine rechtsfähige Personengesellschaft handelt, ist für die Anwendbarkeit des Art. 101 nicht von Belang (Portmann P., S. 45). Auch öffentlich-rechtliche Körperschaften unterstehen dem Art. 101, sofern ihre Forderung auf einem privat-(nicht öffentlich-) rechtlichen Schuldverhältnis beruht; auf öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse kann Art. 101 immerhin analog zur Anwendung kommen (dazu Nr. 509 ff.).

213 Die meisten Autoren bringen dies nicht oder nur ungenügend zum Ausdruck (z.B. Oser/Schönenberger, N 13 zu Art. 101; Guhl/Merz/Kummer, S. 189); eindeutig hingegen das Obergericht des Kantons Zürich in: ZR 18 (1919), S. 338 ff.; vgl. auch das Bundesgericht in BGE 98 II 292 betr. die Haftung für Ausübungsgehilfen ("Buchli, der den Schaden verursacht hat, gehörte als Lastwagenchauffeur zu dem auf dem Bauplatz beschäftigten Personal des Beklagten. Zur Beurteilung aber steht, ob er auch im Rahmen des Mietverhältnisses, auf das sich die Klage stützt, als Hilfsperson des Beklagten zu betrachten sei.").

214 Entsprechendes gilt für § 278 BGB: Cosack/Mitteis, zit. in Anm. 127, S. 350 und 351 u. (Beispiel IV/2); Fischer K., S. 28 f.

215 v. Tuhr A., S. 229, ist der Meinung, Art. 101 finde wenigstens dann (analoge) Anwendung, wenn die schädigende Hilfsperson Arbeitnehmer des Schuldners ist. Ähnlich für das deutsche Recht: Oertmann P., N 36 § 278 BGB, sowie Wüsten-dörfer H., Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt, in: AcP 1913, S. 362 f. — Die Ansicht v. Tuhrs ist u.E. verfehlt; hinten Nr. 491.

gabe des Art. 101, nicht jedoch für den Verspätungsschaden des H, da X dem H gegenüber nicht Erfüllungsgehilfe war²¹⁶.

Aus der Nichtanwendbarkeit von Art. 101 auf den Sachverhalt, da die 246
Hilfsperson einen Gläubiger schädigt, dessen Forderung der Schuldner nicht durch sie erfüllen lässt, folgt allerdings noch nicht, dass der Schuldner überhaupt nicht haftet. Es bleibt vielmehr zu prüfen, ob seine Ersatzpflicht nicht aus einer andern Bestimmung hergeleitet werden kann, so z.B. aus Art. 97 oder 55. In unserem Beispiel aus Nr. 245 würde S für den Verspätungsschaden des H nach Art. 103 haften, wenn er wusste oder wissen musste, dass X den Transport in betrunkenem Zustand ausführen würde.

2. *Auf die Schädigung eines Nichtgläubigers durch einen Erfüllungsgehilfen 247
findet Art. 101 ebenfalls keine Anwendung*²¹⁷. Wiederum ist jedoch zu prüfen, ob der Schuldner nicht aus einer anderen Bestimmung wie insbesondere Art. 55²¹⁸ haftbar gemacht werden kann. Beispiel: A wird von B aufgetragen, sein altes Haus zu sprengen. A überträgt diese Aufgabe seinen Arbeitern. Diese verwenden zu grosse Sprengsätze, so dass ein Passant durch weggeschleuderte Mauerteile verletzt wird. Der Passant kann den A nicht nach Art. 101 belangen, möglicherweise steht ihm aber Schadenersatz nach Art. 55 zu²¹⁹.

Dem Gesagten ist *einschränkend* beizufügen, dass ausnahmsweise auch der 248
Schaden eines Nichtgläubigers unter den Voraussetzungen des Art. 101 zu ersetzen ist (oder der Schaden eines Gläubigers, dem gegenüber die schädigende Hilfsperson nicht Erfüllungsgehilfe ist; der Schaden eines solchen Gläubigers ist im folgenden immer mitgemeint, wenn wir vom Schaden eines Nichtgläubigers sprechen).

216 Ein weiteres Beispiel findet sich in den ZR 18 (1919), S. 338 ff. (Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich): Hilfspersonen eines Spediteurs, welche die Waren einer Firma A zu spedieren haben, spedieren irrtümlich die Waren einer Firma B, welche ebenfalls Auftraggeberin des Spediteurs ist. Für den Schaden, welcher der Firma B aus der irrtümlichen Versendung ihrer Waren entsteht, haftet der Spediteur nicht nach Art. 101.

217 Z.B. *Becker H.*, N 18 zu Art. 101; *Funk F.*, N 1 zu Art. 101; *Bezzola A.G.*, S. 44; *Cour de justice civile des Kantons Genf* in: *Semjud* 78 (1956), S. 554 (Rubrum), 558.

218 In Frage kommt ferner etwa Haftung aufgrund des SVG. Beispiel: Ein Arzt stellt seinem Assistenten für den Patientenbesuch ein Auto zur Verfügung. Auf der Fahrt zu einem Kranken überfährt der Assistent einen Fussgänger. Diesem haftet der Arzt unter den Voraussetzungen von Art. 58 SVG.

219 Ein weiteres Beispiel findet sich in: *Semjud* 78 (1956), S. 554 ff. (Entscheid der *Cour de justice civile des Kantons Genf*).

- 249 Der Schaden eines Nichtgläubigers ist einmal dann nach Massgabe von Art. 101 zu ersetzen, wenn er zugleich einen Schadensposten des Gläubigers, dem gegenüber die schädigende Hilfsperson Erfüllungsgehilfe ist, darstellt (sogenanntes *Haftungsinteresse*): Der Gläubiger kann diesfalls den Schaden des Nichtgläubigers als eigenen Schaden unter den Voraussetzungen von Art. 101 ersetzt verlangen²²⁰. Beispiel: Das vom Unternehmer und seinen Hilfspersonen erstellte Werk weist Mängel auf, infolge derer ein Gast des Bestellers verunfallt. Für den Unfallschaden des Gastes haftet der Besteller aus Art. 58. Im Umfange des vom Besteller geleisteten Schadenersatzes haftet der Unternehmer seinerseits dem Besteller unter den Voraussetzungen von Art. 101.
- 250 Unter den Voraussetzungen des Art. 101 ist der von einem Erfüllungsgehilfen einem Nichtgläubiger angerichtete Schaden ferner in den Fällen der sogenannten *Drittschadensliquidation* zu ersetzen. Darauf ist hier nicht näher einzutreten²²¹.

IV. Hypothetische Forderungsverletzung

- 251 Haftung nach Art. 101 setzt eine hypothetische Forderungsverletzung voraus, soweit die besagte Bestimmung unmittelbare Anwendung findet, soweit also die Schädigung durch einen Erfüllungsgehilfen²²² in Frage steht (betr. einen Fall analoger Anwendbarkeit von Art. 101 siehe Nr. 262). Von der Forderungsverletzung ist nun zu handeln; unsere Ausführungen zerfallen in zwei Teile: 1. Herleitung und Umschreibung der hypothetischen Forderungsverletzung als Haftungserfordernis von Art. 101; 2. Formen der Forderungsverletzung.

220 Barth H.R., S. 85; v. Tuhr/Escher, § 68 VI, S. 110, und dort in Anm. 108a Zitierte; BGE 81 II 131 f.

221 Aus der neueren Literatur zur Drittschadensproblematik seien beispielsweise erwähnt: Tercier P., zit. in Anm. 90, S. 239 ff.; v. Caemmerer E., Das Problem des Drittschadensersatzes, in: ZBJV 100 (1964), S. 341 ff.; Thorens J., Le dommage causé à un tiers, Diss. Genf 1962; ferner die von Oftinger K., I, S. 66, in Anm. 57 zitierte Literatur. — Zu einem Fall, in dem das Recht auf Ersatz eines Drittschadens (nach Art. 97) bejaht wurde, siehe St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1978, Nr. 16, S. 46 ff. — Einen sehr weit gehenden Drittschadensersatz nach Massgabe des Art. 101 befürwortet Jäggi P., S. 176 f.

222 Oder Ausübungsgehilfen (Nr. 2), was hier nicht weiter interessiert.

1. Hypothetische Forderungsverletzung: Herleitung und Umschreibung dieser Haftungsvoraussetzung

Wie erwähnt, setzt Haftung nach Art. 101, soweit die Bestimmung unmittelbare Anwendung findet, eine (hypothetische: Nr. 253) *Forderungsverletzung* (und nicht bloss eine unerlaubte Handlung²²³) voraus. Dies ergibt sich aus der systematischen Stellung von Art. 101, der im Abschnitt über "die Folgen der Nichterfüllung" der Obligationen (Art. 97–109) steht²²⁴: Soweit die Art. 97 ff. unmittelbar zur Anwendung gelangen, setzt Haftung nach diesen Bestimmungen die Verletzung einer Obligation (Forderung, Schuldpflicht: Nr. 132) voraus.

Da aus der Forderung nur der Schuldner (und nicht die Hilfsperson) verpflichtet ist, kann auch nur der Schuldner eine Forderungsverletzung begehen²²⁵. Wenn wir von einer Forderungsverletzung durch eine Hilfsperson sprechen, so meinen wir den Sachverhalt, dass die Hilfsperson ein Verhalten an den Tag legt, das, hätte der Schuldner gleich gehandelt, als Forderungsverletzung gelten würde. In diesem Sinne verlangt Art. 101 nicht eine Forderungsverletzung, sondern eine *hypothetische Forderungsverletzung*.

Beides: dass Art. 101 eine Forderungsverletzung (und nicht bloss eine unerlaubte Handlung) voraussetzt, und dass die Forderungsverletzung als hypothetische Forderungsverletzung zu verstehen ist, bringt das Bundesgericht in BGE 92 II 18 (mit Bezug auf eine vertragliche Forderung) folgendermassen zum Ausdruck. Es bedürfe "zwischen der Verrichtung (sc. der Hilfsperson) und der Schädigung des Vertragspartners des Geschäftsherrn .. eines funktionellen Zusammenhanges in dem Sinne, dass die schädigende Handlung zugleich eine Nichterfüllung oder schlechte Erfüllung der Schuldpflicht des

223 Die unerlaubte Handlung verstehen wir in einem untechnischen Sinne; wir meinen damit eine widerrechtliche, d.h. gegen eine allgemeine Rechtspflicht verstossende Handlung. Diesen Sinn messen wir dem Ausdruck unerlaubte Handlung auch im folgenden bei. – Für den Schaden, den ein Erfüllungsgehilfe durch eine unerlaubte Handlung anrichtet, haftet der Schuldner unter Umständen nach Art. 55 (zu dieser Bestimmung siehe Nr. 492 ff.).

224 Der Abschnitt über "die Folgen der Nichterfüllung" steht im zweiten Titel des OR, welcher von den "Wirkungen der Obligationen" handelt: Der erste Abschnitt (Art. 68–96) beschlägt "die Erfüllung der Obligationen", der zweite Abschnitt (Art. 97–109) behandelt "die Folgen der Nichterfüllung" der Obligationen. – Zur systematischen Stellung von Art. 101 siehe auch schon vorne Nr. 132.

225 Esser J., S. 254; Otfinger K., I, S. 133. – Störung eines Schuldverhältnisses kann zwar widerrechtlich oder sittenwidrig sein, doch bedeutet dies nur Verstoss gegen eine allgemeine Pflicht, nicht gegen die Schuldpflicht: Neuenschwander M., S. 17 u./18; Oser/Schönenberger, N 15 zu Art. 41; Otfinger K., I, S. 133, und dort Zitierte.

Geschäftsherrn aus seinem Vertrag mit dem Geschädigten darstellt²²⁶. Massgebend ist also, wie das Bundesgericht im zitierten Entscheid weiter festhält, dass "der Geschäftsherr, wenn er die von der Hilfsperson begangene schädigende Handlung selber vorgenommen hätte, dafür vertraglich (und nicht etwa nur aus unerlaubter Handlung) haften würde"²²⁷.

Das Gesagte bedarf einer Präzisierung und Ergänzung in dreifacher Hinsicht:

- 255 1. Für die Haftung nach Art. 101 *genügt nicht die hypothetische Verletzung irgendeiner Forderung, die dem geschädigten Gläubiger gegen den Geschäftsherrn und Schuldner zusteht*. Vorausgesetzt ist vielmehr die hypothetische Verletzung gerade jener Forderung, bei deren Erfüllung die schädigende Hilfsperson vom Schuldner verwendet wird²²⁸. Das Gesagte sei an einem Beispiel verdeutlicht: A hat dem B eine Kuh und ein Pferd verkauft. A beauftragt den X, das Pferd dem B zu bringen. Wenn X statt des Pferdes die Kuh transportiert und auf der Fahrt einen Unfall verschuldet, bei dem die Kuh getötet wird, so haftet A für den Schaden, der dem B aus der Nichtlieferung der Kuh entsteht, nicht nach Art. 101; und zwar deshalb nicht, weil der Schaden nicht auf eine (hypothetische) Verletzung jener Forderung, die A durch X erfüllen lassen wollte, zurückgeht.
- 256 2. Für die Haftung nach Art. 101 *genügt irgendeine (hypothetische) Verletzung der Forderung, bei deren Erfüllung die schädigende Hilfsperson verwendet wird*: Herbeiführen der Leistungsunmöglichkeit (Nr. 264 f.), Verzug (Nr. 266 f.), positive Forderungsverletzung (Nr. 268 ff.)²²⁹.
- 257 3. Die Haftung für Erfüllungsgehilfen setzt nach Art. 101 eine hypothetische Forderungsverletzung voraus. *Die hypothetische Verletzung einer Neben-*

226 Fälschlicherweise leitet das Bundesgericht diese Haftungsvoraussetzung jedoch aus der Wendung "in Ausübung ihrer Verrichtungen" (Art. 101) ab. Zu dieser Fehlinterpretation hinten Nr. 279.

227 Im gleichen Sinne: BGE 90 II 17 und 19 f., 85 II 270. Ebenso die Literatur, z.B. Becker H., N 14 zu Art. 101; Gauch/Schluemp/Jäggi, Nr. 1404; Bezzola A.G., S. 82. So auch die ständige deutsche Rechtsprechung (Esser J., S. 258 Anm. 22) und die neuere deutsche Lehre (z.B. Esser/Schmidt, S. 55). Ein Teil der älteren deutschen Literatur liess den Schuldner für Delikte seiner Erfüllungsgehilfen auch dann nach § 278 BGB haften, wenn diese, hätte der Schuldner selbst sie begangen, keine Forderungsverletzung darstellten. So z.B. Rümelin M., Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht, Freiburg i.Br. 1896, S. 88; ferner die bei Bezzola A.G., S. 77 Anm. 2, sowie von Oertmann P., N 3e β 86 zu § 278 BGB, und Tschudi W.J., S. 38, zitierte Literatur. Wie Rümelin und die ihm folgenden Autoren vielleicht auch noch das Bundesgericht in: ZR 14 (1915), S. 357 I. Sp. u./r. Sp.

228 Vgl. BGE 98 II 293 betr. die Haftung für Ausübungsgehilfen.

229 BGE 53 II 240; ebenso für das deutsche Recht: Fischer K., S. 23.

pflicht genügt nicht, weder die Verletzung einer leistungsorientierten (Nr. 146) noch die Verletzung einer nicht leistungsorientierten Nebenpflicht (Nr. 148):

- Die Verletzung einer *leistungsorientierten Nebenpflicht* genügt für die 258 Haftung nach Art. 101 schon deshalb nicht, weil sie für sich allein genommen überhaupt keine Schadenersatzpflicht zu begründen vermag: “Erst in Verbindung mit der Verletzung der Leistungspflicht (gemeint ist die Leistungspflicht, deren Ausfluss die Nebenpflicht bildet) erhält die Nebenpflichtverletzung ihre Bedeutung.”²³⁰ Sie legt offen, dass der Schuldner bzw. die Hilfsperson es an der erforderlichen Sorgfalt fehlen liess; die Nebenpflichtverletzung ist also “lediglich” ein Kriterium zur Abklärung der Frage, ob die Verletzung der Leistungspflicht verschuldet ist oder nicht (dazu im einzelnen hinten Nr. 302 ff.). Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht. Verkäufer V verwendet X bei der Erfüllung der leistungsorientierten Nebenpflicht, die Kaufsache an einem sicheren Ort aufzubewahren. Der Frage, ob X die Kaufsache sorgfältig oder nachlässig aufbewahrt, kommt erst dann Bedeutung zu, wenn die Sache gestohlen wird oder Schaden nimmt und deshalb dem Käufer nicht oder nicht wie versprochen geliefert werden kann. Erst diesfalls muss für die Abklärung des hypothetischen Verschuldens (Nr. 302 ff.) geprüft werden, ob eine hypothetische Verletzung der Aufbewahrungspflicht vorliegt oder nicht.
Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die (hypothetische) 259 Verletzung einer leistungsorientierten Nebenpflicht überhaupt erst bei Bejahung einer (hypothetischen) Forderungsverletzung Bedeutung erlangt, woraus sich von selbst ergibt, dass die hypothetische Verletzung einer leistungsorientierten Nebenpflicht die hypothetische Forderungsverletzung nicht zu ersetzen vermag.
- Im Unterschied zur Verletzung einer leistungsorientierten Nebenpflicht 260 ist die Verletzung einer *nicht leistungsorientierten Nebenpflicht* an sich geeignet, eine Schadenersatzpflicht zu begründen; der Verletzung einer Leistungspflicht bedarf es nicht. So kann beispielsweise der Arbeitgeber wegen Verletzung seiner Schutzpflichten (Art. 328) haftbar werden, ohne dass eine Verletzung seiner Verbindlichkeit zur Lohnzahlung vorliegt.
Haftung nach Art. 101 vermag jedoch die (hypothetische) Verletzung 261 einer nicht leistungsorientierten Nebenpflicht nicht zu begründen; so

jedenfalls, soweit die Haftung für Erfüllungsgehilfen in Frage steht. Denn der Schuldner, der einen Erfüllungsgehilfen verwendet, trägt nach Art. 101 nur das Risiko, dass der Erfüllungsgehilfe die Forderung, bei deren Erfüllung er verwendet wird, verletzt (Nr. 255) und dadurch den Gläubiger der betreffenden Forderung (Nr. 244) schädigt.

262

Selbstverständlich ist indes, dass die hypothetische *Verletzung einer nicht leistungsorientierten Nebenpflicht dann Anlass zur Haftung aus Art. 101 sein kann, wenn der Erfüllungsgehilfe gleichzeitig Hilfsperson bei Erfüllung der Nebenpflicht ist*. Diesfalls findet Art. 101 nach dem vorne in Nr. 148 Gesagten sinngemässe Anwendung: Der Schuldner hat für den Schaden aus der hypothetischen Nebenpflichtverletzung unter den Voraussetzungen des Art. 101 aufzukommen, weil der schädigende Erfüllungsgehilfe Hilfsperson bei Erfüllung der Nebenpflicht ist; und nicht etwa deshalb, weil ihm Erfüllungsgehilfenqualität zukommt. Beispiel (BGE 70 II 215 ff.): Wer sich verpflichtet, gegen Entgelt ein Feuerwerk zu veranstalten (Schuldpflicht: Nr. 131 ff.), hat auch die Zuschauer vor Verletzungen durch Feuerwerkspartikel zu schützen (nicht leistungsorientierte Nebenpflicht, Schutzpflicht: Nr. 148). Überträgt der Veranstalter die Vorführung des Feuerwerks dem X, so ist dieser Erfüllungsgehilfe; wird dem X auch aufgetragen, für den Schutz der Zuschauer besorgt zu sein, so ist X auch Hilfsperson mit Bezug auf die Schutzpflicht. Wenn X in der Folge bei der Feuerwerksvorführung unsorgfältig zu Werke geht und dadurch Zuschauer verletzt werden, so haftet der Veranstalter nach Massgabe des Art. 101, der unmittelbare Anwendung findet (Haftung für Erfüllungsgehilfen). Wenn X bei der Vorführung des Feuerwerks alle gebotene Vorsicht walten lässt, jedoch ungenügende Schutzmassnahmen getroffen hat, so dass Zuschauer durch weggeschleuderte Feuerwerkspartikel Schaden nehmen, so haftet der Veranstalter gleichfalls gemäss Art. 101; die Bestimmung findet jedoch "bloss" sinngemässe Anwendung (Haftung für Hilfspersonen bei der Erfüllung von nicht leistungsorientierten Nebenpflichten).

2. Formen der Forderungsverletzung

Im folgenden stellen wir gesondert die einzelnen Formen einer Forderungsverletzung²³¹ dar: *A.* Herbeiführen der Leistungsunmöglichkeit; *B.* Verzug; *C.* positive Forderungsverletzung.

A. Herbeiführen der Leistungsunmöglichkeit

Objektive Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung liegt vor, wenn die Leistung "von einem beliebigen Schuldner nicht erbracht werden könnte"²³². Bewirkt ein Erfüllungsgehilfe Leistungsunmöglichkeit²³³ im umschriebenen Sinne, so geht die ursprüngliche Forderung unter und an deren Stelle tritt allenfalls eine Schadenersatzforderung aus Art. 101. Beispiel: X, vom Verkäufer eines Ölgemäldes mit dem Transport des Bildes beauftragt, verursacht einen Unfall, bei dem das Bild völlig zerstört wird. Erleidet der Käufer infolge der Nichtlieferung des Gemäldes einen Schaden, so hat der Verkäufer diesen zu ersetzen, falls alle Voraussetzungen des Art. 101 erfüllt sind.

Die *subjektive Unmöglichkeit* der geschuldeten Leistung besteht in einem blossen Unvermögen des Schuldners: "Die Leistung ist nicht schlechthin unmöglich, sondern nur dem bestimmten Schuldner"²³⁴. Nach der herrschenden Lehre²³⁵ ist die subjektive Leistungsunmöglichkeit wie die objektive zu behandeln, woraus folgt: Bewirkt ein Erfüllungsgehilfe subjektive Leistungsunmöglichkeit seines Geschäftsherrn, so geht die Forderung zugunsten einer allfälligen Schadenersatzforderung aus Art. 101 unter. U.E. ist allerdings jener Lehrmeinung²³⁶ zu folgen, nach welcher die subjektive Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung in den Anwendungsbereich der Verzugsregeln (Art. 102 ff.) fällt.

231 Einzelheiten zur Lehre von der Forderungsverletzung sind in der Literatur zu jenen Bestimmungen nachzulesen, die an schuldner eigenes Verhalten anknüpfen (Art. 97 f., 102 ff.).

232 *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1543.

233 Die Unmöglichkeit rührt oft von der Verletzung einer leistungsorientierten Nebenpflicht her, so z.B. der Pflicht, die Kaufsache an einem sicheren Ort aufzubewahren (Nr. 146); vgl. *Neuenschwander M.*, S. 8.

234 *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1547.

235 Z.B. *Merz H.*, Die Revision der Verträge durch den Richter, in: ZSR 61 (1942), S. 414a f.; *Becker H.*, N 11 f. zu Art. 97; weitere Nachweise bei *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1551.

236 v. *Büren B.*, I, S. 365, 390; *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1551 f.

B. Verzug

- 266 Verzug bedeutet "*objektiv pflichtwidrige Verspätung der Erfüllung*"²³⁷. Eine solche liegt vor, wenn die (objektiv) noch mögliche Leistung trotz Fälligkeit (Art. 75 ff.) und Mahnung (Art. 102 Abs. 1) ausbleibt; ausnahmsweise setzt der Verzug keine Mahnung voraus (Art. 102 Abs. 2).
- 267 Kommt der Schuldner in Verzug, weil eine Hilfsperson die Leistung verzögert, so haftet der Schuldner unter den Voraussetzungen des Art. 101:
1. für den *Verspätungsschaden* (Art. 103, 106)²³⁸. Beispiel: X weist seine Bank an, dem Verkäufer den Kaufpreis spätestens am vereinbarten Verfalltag (Art. 102 Abs. 2) zu überweisen. Die Bank führt den Auftrag zu spät aus. X haftet unter den Voraussetzungen von Art. 101 für den Schaden, der dem Verkäufer aus der verspäteten Zahlung erwächst.
 2. für den "*aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen*" Schaden (Art. 109 Abs. 2)²³⁹. Die Haftung (nach Art. 101) kann nur Platz greifen, wenn der Gläubiger gemäss Art. 107 f. vom Vertrag zurückgetreten ist; unter

237 *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 1427.

238 Die in Art. 103 vorgesehene Zufallshaftung gehört nicht zu den Verschuldenshaftungen (Anm. 16), von welchen in diesem zweiten Kapitel ausschliesslich die Rede ist (Nr. 4); zur Zufallshaftung des Art. 103 siehe hinten Nr. 473. – Dass der Schuldner auch für den Verspätungsschaden nach Massgabe des Art. 101 haftet, was unbestritten ist (BGE 53 II 240; *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 1470), versteht sich nicht von selbst. Die Art. 97–101 regeln nach der Marginalie die Folgen beim "Ausbleiben der Erfüllung", wogegen die Art. 102–109 nach ihrer Marginalie die Folgen beim "Verzug des Schuldners" regeln. Diese Gliederung des Gesetzes könnte zum Schluss verleiten, Art. 101 finde auf den Verzug keine Anwendung, sondern nur auf das "Ausbleiben der Erfüllung". Dieser Schluss ist indes von Lehre und Rechtsprechung zu Recht nicht gezogen worden. Aus der dargestellten Gliederung der Art. 97–109 darf nur gefolgert werden, dass die Systematik des Gesetzes, wie an andern Stellen auch (vgl. Nr. 318 f.), zu wünschen übrig lässt.

239 Die Haftung nach Art. 109 Abs. 2 setzt (wohl) lediglich ein Verschulden am Verzug (*Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 1523), nicht am Schaden voraus. Angesichts dessen ist es fraglich, ob die Haftung als Verschuldenshaftung im vorne (Nr. 4) umschriebenen Sinne (so *Gauch* P., System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg i. Ue. 1968, S. 224 f.) zu betrachten ist. Fasst man die Haftung gem. Art. 109 Abs. 2 als Kausalhaftung auf, so gilt das in Nr. 473 betr. die Haftung aus Art. 103 Abs. 2 Gesagte entsprechend. – Unter dem "aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen" Schaden ist das sogenannte negative (Vertrags-)Interesse zu verstehen: *Oser/Schönenberger*, N 7 zu Art. 109. – Dass der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses, wenn eine Hilfsperson die Leistung verzögert, unter den Voraussetzungen des Art. 101 (und nicht des Art. 55) zuzuerkennen ist, entspricht der herrschenden Lehre: *Göschke* R., Über Art. 107–109 OR, in: ZBJV 60 (1924), S. 91; *Becker* H., N 4 zu Art. 109; *Bucher* E., S. 337 Anm. 179; anders (für Anwendbarkeit von Art. 55) bloss *Oser/Schönenberger*, N 8 zu Art. 109.

welchen Voraussetzungen ein rechtswirksamer Rücktritt möglich ist, interessiert vorliegend nicht.

3. für den “aus der Nichterfüllung entstandenen” Schaden (Art. 107 Abs. 2), wenn der Gläubiger (statt vom Vertrag zurückzutreten) gemäss Art. 107 f. “auf die nachträgliche Leistung” verzichtet²⁴⁰.

C. Positive Forderungsverletzung

Unter den Begriff der positiven Forderungsverletzung fallen *alle Tatbestände einer Forderungsverletzung ausser Verzug und Herbeiführen der objektiven Leistungsunmöglichkeit*²⁴¹. Zu den wichtigsten dieser Tatbestände gehören:

1. die *Verletzung einer Verbindlichkeit, die auf eine Unterlassung geht*²⁴², so z.B. die Nichteinhaltung eines Konkurrenzverbotes oder ein Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht;

240 Mit dem “aus der Nichterfüllung entstandenen” Schaden ist das positive (Vertrags-) Interesse gemeint: *Oser/Schönenberger*, N 23 zu Art. 107. – Die Haftung nach Art. 107 Abs. 2 stellt nach herrschender richtiger Lehre eine Verschuldenshaftung (Nr. 4) dar: *Bucher E.*, S. 332, mit einleuchtender Begründung in Anm. 160 auf S. 333; *Oser/Schönenberger*, N 24 zu Art. 107; *Gauch P.*, zit. in Anm. 239, S. 226. A.A. *Voser F.*, Der Schuldnerverzug im schweizer. Obligationenrecht, Diss. Zürich 1914, S. 76; dieser Autor verneint eine Exkulpationsmöglichkeit des Schuldners. *Gauch/Schluép/Jäggi*, Nr. 1485 (mit weiteren Hinweisen auf Vertreter der herrschenden Lehre), sind unentschieden. – Dass der Anspruch auf Ersatz des “aus der Nichterfüllung entstandenen” Schadens unter den Voraussetzungen des Art. 101 (nicht des Art. 55) entsteht, dürfte unbestritten sein; *Bucher E.*, S. 333 Anm. 160.

241 Der Ausdruck positive Forderungsverletzung findet sich in der Literatur selten (z.B. *Larenz K.*, S. 299). Meist ist von positiven Vertragsverletzungen die Rede. Dieser Ausdruck wird nicht einheitlich verwendet. Zum Teil versteht man darunter nicht nur die Verletzung einer vertraglichen Forderung (anders als durch Verzug und Herbeiführen der Leistungsunmöglichkeit), sondern auch die Verletzung von Nebenpflichten (z.B. *Gauch/Schluép/Jäggi*, Nr. 1338); *Barth H.R.*, S. 10, rechnet entgegen der herrschenden Lehre (z.B. *v. Büren B.*, I, S. 381) die Verletzung von Verbindlichkeiten, die auf eine Unterlassung gehen, nicht zu den positiven Vertragsverletzungen. – *Jäggi P.*, S. 176 f., ist der Meinung, auf positive Forderungsverletzungen würden grundsätzlich die Art. 41 ff. anstelle der Art. 97 ff. zur Anwendung gelangen. Der uns interessierende Sachverhalt, da ein Erfüllungsgehilfe eine positive Forderungsverletzung begeht, regelt sich jedoch auch seines Erachtens nach Art. 101 (und nicht nach Art. 55).

242 Man beachte, dass es mit Bezug auf Unterlassungspflichten keine Erfüllungsgehilfenschaft gibt (Nr. 186 f.). Der Schaden aufgrund der hypothetischen Verletzung einer Unterlassungspflicht ist aber dann unter den Voraussetzungen des Art. 101 zu ersetzen, wenn der schädigende Dritte vom Schuldner bei der Erfüllung von leistungsorientierten Nebenpflichten, die ein Tun beinhalten, verwendet wird (vorne Nr. 188).

270 2. das *Erbringen einer mangelhaften Leistung*: Die Leistung wird erbracht, aber mangelhaft; derart, dass der durch die Leistung angestrebte Vorteil (Nr. 135) dem Gläubiger nicht oder nicht gänzlich zukommt. Beispiele: Fehlerhaftes Beschlagen eines Pferdes (BGE 46 II 128 ff.). — Unsorgfältige Reparatur eines Steigurtes (BGE 64 II 254 ff.). — Ein Psychiater knüpft mit einer Patientin ein nach den Umständen aussichtsloses Liebesverhältnis an und beeinträchtigt dadurch den Heilungserfolg (BGE 92 II 15 ff.)²⁴³.

271 3. *Verletzung von Rechtsgütern des Gläubigers durch unsorgfältiges Vorgehen bei der Leistungserbringung*, ohne dass die Leistung als solche mangelhaft erbracht wird²⁴⁴. Beispiele: Ein Arbeiter repariert das Schrankschloss einwandfrei, beschädigt aber durch ungeschicktes Hantieren den Schrankspiegel²⁴⁵. — Bei der Durchführung von Bauarbeiten in einer Fabrikanlage zerkratzen Arbeiter Fensterscheiben, die der Unternehmer und Geschäftsherr der Arbeiter weder geliefert noch eingesetzt hatte (BGE 89 II 237 f.). — Das nicht richtig installierte Gerüst zur Vornahme von Malerarbeiten an einem Gebäude stürzt zusammen und beschädigt das Haus²⁴⁶.

272 *Eine Verletzung von Rechtsgütern des Gläubigers, die nicht auf unsorgfältigem Verhalten bei der Leistungsbewirkung beruht*, stellt — immer vorausgesetzt, dass durch die Rechtsgüterverletzung der Leistungserfolg nicht beeinträchtigt wird — *keine positive Forderungsverletzung dar, möglicherweise jedoch eine unerlaubte Handlung*. Würde etwa der mit der Reparatur des Schrankschlosses beauftragte Arbeiter dem Gläubiger eine Vase stehlen, so läge zwar eine unerlaubte Handlung vor, nicht aber eine Forderungsverletzung²⁴⁷.

243 Ferner z.B.: BGE 53 II 240, 90 II 19; Handelsgericht des Kantons St. Gallen in: SJZ 33 (1937), S. 157.

244 Die Pflicht, den Gläubiger nicht durch unsorgfältiges Vorgehen bei der Leistungsbewirkung zu schädigen, kann als leistungsorientierte Nebenpflicht betrachtet werden oder, was uns richtiger scheint, einfach als Bestandteil der Verbindlichkeit selbst, "denn geschuldet wird immer sorgfältiges Leisten, nicht Leisten schlechthin" (Neuenschwander M., S. 35; vgl. auch Handelsgericht des Kantons St. Gallen in: SJZ 33, 1937, S. 157, und BGE 16, S. 384 f.).

245 Kantonsgericht Waadt in: SJZ 12 (1916), S. 234.

246 Gautschi G., Berner Kommentar zu Art. 363–379 OR, Bern 1967, N 5f zu Art. 364, S. 93, mit weiteren Beispielen. Siehe ferner das Obergericht des Kantons Zürich in: ZR 17 (1918), Nr. 196: Ein Rolladenmonteur lässt nach der Montage den Rolladenkasten offen, was im Winter das Eindringen von Kälte in die Wohnräume und das Gefrieren der Zentralheizung bewirkt.

247 Vgl. Gauch/Schluemp/Jäggi, Nr. 1404; v. Tuhr/Escher, § 68 IV, S. 107. — Die Abgrenzung von "blosser" unerlaubter Handlung und positiver Forderungsverletzung kann allerdings im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten.

Die dargestellte Rechtslage ergibt sich aus der Überlegung, dass sich die Verbindlichkeit in der Pflicht erschöpft, sorgfältig zu leisten, wogegen es bloss eine allgemeine, nicht jedoch spezifisch schuldnerische Pflicht darstellt, unerlaubte Handlungen bei Anlass der Erfüllung zu unterlassen²⁴⁸.

V. Schädigung "in Ausübung ihrer (sc. der Hilfsperson) Verrichtungen"

Haftung nach Art. 101 kommt nur in Betracht, wenn die Hilfsperson den Gläubiger "in Ausübung ihrer Verrichtungen" schädigt. Mit der eben zitierten Wendung befassen sich die nachstehenden Ausführungen: Vorerst weisen wir 1. auf deren Interpretation durch Lehre und Rechtsprechung hin; darauf unterziehen wir 2. die herrschende Meinung einer Kritik; schliesslich versuchen wir 3. eine eigene Auslegung der fraglichen Wendung.

1. "In Ausübung ihrer Verrichtungen": Bedeutung nach herrschender Meinung

Die herrschende Lehre und Rechtsprechung messen der Wendung "in Ausübung ihrer Verrichtungen" (kumulativ) zwei Bedeutungen bei:

Zum einen wird auf die fragliche Wendung das *Haftungserfordernis der hypothetischen Forderungsverletzung* abgestützt: Die Hilfsperson handle dann "in Ausübung ihrer Verrichtungen", wenn der Schuldner, würde er selbst wie die Hilfsperson handeln, eine Forderungsverletzung (und nicht nur ein Delikt) beginge (vorne Nr. 252 f.)²⁴⁹.

Zum andern wird die Wendung als *Ausdruck einer selbständigen Haftungsvoraussetzung (neben der hypothetischen Forderungsverletzung)* verstanden: Der Schuldner hafte (bei bejahter hypothetischer Forderungsverletzung) nur

248 Zu den beiden zuletzt behandelten Tatbeständen einer positiven Forderungsverletzung (Nr. 270, 271 ff.) siehe *Neuenschwander M.*, S. 33 ff.

249 So: BGE 92 II 18 und 239, 90 II 17 und 19 f., 85 II 270; v. *Tuhr/Escher*, § 70 II, S. 126 f.; *Engel P.*, Nr. 220; *Bächler H.*, S. 9; *Keller A.*, S. 319; *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 1404. — Einige Autoren (z.B. v. *Tuhr/Escher*, a.a.O.) scheinen der Ansicht zu sein, dass die Wendung "in Ausübung ihrer Verrichtungen" überhaupt kein selbständiges Haftungserfordernis neben der hypothetischen Forderungsverletzung umschreibt, sondern lediglich zum Ausdruck bringt, dass Haftung nach Art. 101 eine hypothetische Forderungsverletzung voraussetzt.

dann nach Art. 101, wenn die Hilfsperson "in Ausübung ihrer Verrichtungen" schädigt, wobei der in Frage stehenden Wendung eine ähnliche oder gleiche Bedeutung beigemessen wird wie der von Art. 55 gebrauchten Wendung "in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen"²⁵⁰. Nach dieser Anschauung handelt eine Hilfsperson dann "in Ausübung ihrer Verrichtungen", wenn zwischen den ihr aufgetragenen Verrichtungen und der Schädigung nicht nur ein zeitlicher und örtlicher, sondern ein sachlicher²⁵¹ Zusammenhang besteht²⁵². Das ist insbesondere der Fall, wenn die Hilfsperson den Schaden durch unrichtige Vornahme der ihr übertragenen Arbeit herbeiführt, so etwa, wenn der Taxichauffeur durch unvorsichtiges Fahren einen Unfall verursacht, bei dem der Insasse verletzt wird. Demgegenüber handle die Hilfsperson nicht "in Ausübung ihrer Verrichtungen", wenn sie bloss bei Gelegenheit der von ihr vorzunehmenden Erfüllungshandlungen schädigt, wenn – wie *Oser/Schönenberger* sagen – die schädigende Handlung ihrer eigenen Initiative entstammt und nur ihrem (nicht des Geschäftsherrn) Interesse dient²⁵³. So käme Haftung nach Art. 101 etwa dann nicht in Frage, wenn der Arbeiter eines Unternehmers durch Rauchen einen Feuerschaden am zu erstellenden Werk verursacht²⁵⁴.

2. Ablehnung der herrschenden Meinung

278 Die herrschende Meinung scheint uns *in zweifacher Hinsicht verfehlt*:

279 I. Dass der Schuldner nach Art. 101 nur bei Vorliegen einer hypothetischen Forderungsverletzung haftet, geht schon aus der systematischen Stellung von Art. 101 hervor (Nr. 252). Es ist daher überflüssig, die erwähnte Haftungsvoraussetzung auf die Wendung "in Ausübung ihrer Verrichtungen" abzustützen, wie dies die herrschende Lehre und Rechtsprechung tun (Nr. 276). Im folgenden verstehen wir die in Frage stehende *Wendung einzig als Ausdruck eines selbständigen Haftungserfordernisses neben der hypothetischen Forderungsverletzung*.

250 So: BGE 40 II 150 f.; *Béguelin E.*, S. 2 (3.); *Oser/Schönenberger*, N 13 zu Art. 101.

251 Oft ist auch von einem funktionellen Zusammenhang die Rede (z.B. *Oser/Schönenberger*, N 16 zu Art. 55). Diese Ausdrucksweise vermeiden wir, weil der funktionelle Zusammenhang auch zur Abgrenzung von hypothetischer Forderungsverletzung und Delikt verwendet wird (z.B. BGE 92 II 18; *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 1403).

252 Z.B. *Oser/Schönenberger*, N 15 f. zu Art. 55; *Oftinger K.*, II 1, S. 145 f.

253 *Oser/Schönenberger*, N 15 zu Art. 55.

254 Vgl. v. *Tuhr/Peter*, § 49 I, S. 446.

2. Nach Art. 55 haftet der Geschäftsherr (Nr. 493) nur unter der Voraus- 280
setzung, dass er eine Sorgfaltspflicht verletzt hat, so z.B. die Pflicht zu
sorgfältiger Auswahl und Beaufsichtigung einer Hilfsperson (Nr. 502).
Diese Haftungsvoraussetzung ist für die Auslegung der Wendung "in Aus-
übung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen" (Art. 55) von
zentraler Bedeutung, was namentlich *Oftinger*²⁵⁵ hervorhebt, auf dessen
Ausführungen wir an dieser Stelle verweisen dürfen.

Im Gegensatz zur Haftung aus Art. 55 setzt die Haftung aus Art. 101 keine 281
Sorgfaltsverletzung durch den Geschäftsherrn der Hilfsperson voraus
(Nr. 504). Ein Kriterium, welches für die Auslegung der Wendung "in
Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen" eine
wesentliche Rolle spielt (eben Nr. 280), entfällt demnach als Kriterium
für die Auslegung der von Art. 101 gebrauchten Wendung "in Ausübung
ihrer Verrichtungen". Es scheint uns daher *nicht richtig*, wenn Lehre und
Rechtsprechung zu Art. 101 für die Auslegung der Wendung "in Ausübung
ihrer Verrichtungen" grossenteils einfach auf die Auslegungsgrundsätze
bezüglich der ähnlich lautenden Wendung des Art. 55 verweisen (Nr. 277).

3. Verhalten der Hilfsperson "in Ausübung ihrer Verrichtungen"

Im folgenden gehen wir — entgegen der herrschenden Meinung — davon aus, 282
dass die Wendung "in Ausübung ihrer Verrichtungen" *nur* ein selbständiges
Haftungserfordernis (neben der hypothetischen Forderungsverletzung) um-
schreibt (Nr. 279). Die so verstandene Wendung legen wir im einzelnen aus:
Wir definieren vorerst A. "ihre Verrichtungen". Darauf legen wir dar, welche
Schädigungen die Hilfsperson "in Ausübung ihrer Verrichtungen" begeht. Da-
für ist es zweckmässig, zu unterscheiden, ob die Schädigung B. auf einem Tun
beruht oder aber C. auf einer Unterlassung.

A. "Ihre Verrichtungen"

"Ihre Verrichtungen", d.h. die Verrichtungen einer Hilfsperson, sind jene Er- 283
füllungshandlungen (Nr. 152), die eine Hilfsperson mit Einwilligung (Nr.

255 *Oftinger K.*, II 1, S. 147.

163 ff.) des Schuldners vornimmt oder zugestimmt hat, vorzunehmen (Nr. 173 ff.).

B. Tun "in Ausübung ihrer Verrichtungen"

- 284 Wenn der Schuldner nach dem Wortlaut von Art. 101 nur "den Schaden zu ersetzen" hat, "den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht", so kommt darin zum Ausdruck, dass Haftung aus Art. 101 nur Platz greifen kann, wenn zwischen den Verrichtungen (Nr. 283) einer Hilfsperson und dem von ihr angerichteten Schaden ein gewisser Zusammenhang besteht. Wie dieser Zusammenhang beschaffen sein muss, macht der Wortlaut von Art. 101 indessen nicht klar.
- 285 U.E. ist ein rechtsgenüglicher Zusammenhang zwischen dem von einer Hilfsperson durch ein Tun angerichteten Schaden und "ihren Verrichtungen" nur dann zu bejahen, wenn der Schuldner *damit rechnen musste, dass die Hilfsperson einen Schaden* von der Art des angerichteten *verursacht* (im einzelnen siehe Nr. 291 ff.). *Unsere Ansicht beruht auf folgenden Überlegungen:*
- 286 1. Ein Zweck der in Art. 101 vorgesehenen Kausalhaftung besteht darin, den Schuldner anzuspornen, sein möglichstes zu tun, um Schädigungen durch seine Hilfspersonen zu vermeiden (Nr. 31 f.). Von diesem Zweck her gesehen, ist es nicht sinnvoll, dem Schuldner die Haftung auch für solche Schädigungen aufzuerlegen, die er zum vornherein nicht verhindern kann: Es ist sinnlos, den Schuldner durch eine strenge Haftung anspornen zu wollen, Massnahmen zu treffen gegen Schädigungen, die nicht zu verhindern sind.
- 287 Nun versteht sich von selbst, dass der Schuldner Schädigungen, mit denen er nicht zu rechnen braucht, gar nicht oder auf jeden Fall nur mit unverhältnismässigen Mitteln verhindern kann. Es würde demnach gemäss dem in Nr. 286 Gesagten nicht schadenspräventiv wirken, dem Schuldner die Haftung auch für solche Schädigungen aufzuerlegen. Daraus folgt, dass sich zumal nach dem besagten *Zweck der Schadensprävention* Haftung aufgrund von Art. 101 nur für Schädigungen rechtfertigt, mit denen bei Verwendung einer Hilfsperson zu rechnen ist.
- 288 2. Ein weiterer *Haftungsgrund* des Art. 101 ist im Umstand zu sehen, dass der Schuldner das mit der Verwendung einer Hilfsperson verbundene *Schadensrisiko eher als der Gläubiger abschätzen und sich dagegen versichern kann* (Nr. 33). Nun aber besteht die Möglichkeit zur Abschätzung des Schadens-

risikos nur in beschränktem Umfang. Diese Möglichkeit entfällt gerade dort, wo der Schuldner mit der Schädigung durch eine Hilfsperson nicht zu rechnen braucht. Daraus folgt, dass auch nach dem besagten zweiten Haftungsgrund von Art. 101 die schuldnerische Haftung nur für Schäden gerechtfertigt ist, mit denen der Schuldner rechnen muss; nicht dagegen für Schäden, mit denen er nicht zu rechnen braucht.

3. Legt man die Wendung "in Ausübung ihrer Verrichtungen" im Lichte der vorerwähnten Haftungsgründe aus, so ergibt sich, dass der Schuldner gemäss Art. 101 nur für solche Schäden haftbar wird, mit deren Eintritt er bei Verwendung einer Hilfsperson rechnen muss. Gründe, ihm eine weiter gehende Haftung aufzuerlegen, sind nicht ersichtlich. Insbesondere *kann aus der Idee, wonach der Schuldner nicht nur die Vor-, sondern auch die Nachteile aus dem Einsatz einer Hilfsperson haben soll* (Nr. 29), *nichts Gegenteiliges abgeleitet werden*: Der Schuldner hat, wie die Wendung "in Ausübung ihrer Verrichtungen" klarmacht, nicht alle Nachteile der Arbeitsteilung zu tragen; für die Beantwortung der Frage, inwieweit Art. 101 dem Schuldner die mit der Arbeitsteilung verbundenen Nachteile auferlegt, gibt die Idee des Nutzen/Lasten-Ausgleichs überhaupt nichts her. 289

Im folgenden *präzisieren* wir unsere Ansicht, wonach eine Hilfsperson dann "in Ausübung ihrer Verrichtungen" schädigt, wenn der Schuldner mit der betreffenden Schädigung rechnen muss. Sieben Bemerkungen sind anzubringen: 290

1. Wenn wir sagen, es sei für die Bejahung des rechtsgenügenden Zusammenhangs zwischen der von einer Hilfsperson begangenen Schädigung und "ihren Verrichtungen" darauf abzustellen, ob der Schuldner mit der Schädigung rechnen musste, so meinen wir damit nicht, es sei entscheidend, dass der konkrete Schuldner nach seinen subjektiven Verhältnissen (Einsicht, Erfahrung usw.) mit der Schädigung rechnen musste. Massgebend ist vielmehr ein objektives Kriterium: Die Hilfsperson schädigt dann "in Ausübung ihrer Verrichtungen", wenn die Schädigung *objektiv voraussehbar* ist, wobei für die Bestimmung der Voraussehbarkeit die Regeln betr. die Feststellung des adäquaten Kausalzusammenhangs (Nr. 120 ff.) sinngemäss heranzuziehen sind²⁵⁶. — Die entgegengesetzte Lösung, d.h. das Abstellen auf ein subjektives Kriterium, wäre mit dem *Erfordernis der Rechtspraktikabilität* unvereinbar. 291

256 Vgl. Schäfer S., Zur Haftung für "Gelegenheitsdelikte" der Gehilfen, in: Rabels Zeitschrift (Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht) 22 (1957), S. 412, mit Bezug auf die Haftung nach § 278 BGB.

- 292 2. Ob mit der Schädigung durch eine Hilfsperson zu rechnen ist, entscheidet sich nicht nach den subjektiven Verhältnissen einer konkreten Hilfsperson (ihrem Charakter, ihren Fähigkeiten usw.), sondern *objektiv nach den Qualitäten einer durchschnittlichen Hilfsperson*. Wenn also ein Schuldner eine durch Jahre hindurch bewährte Hilfsperson verwendet, die bei der Vornahme bestimmter Verrichtungen noch nie schädigte und aller Voraussicht nach auch nie schädigen wird, so schliesst dies, schädigt die betreffende Hilfsperson doch einmal, nicht aus, dass sie “in Ausübung ihrer Verrichtungen” schädigt. Denn entscheidend ist eben nicht, ob nach den subjektiven Verhältnissen einer bestimmten Hilfsperson mit einer Schädigung gerechnet werden muss; entscheidend ist vielmehr, ob nach den Eigenschaften einer durchschnittlichen Hilfsperson mit einer Schädigung zu rechnen ist.
- 293 3. Besteht zwischen den Verrichtungen einer Hilfsperson und der Schädigung ein *zeitlicher und örtlicher Zusammenhang*, so handelt die Hilfsperson *regelmässig “in Ausübung ihrer Verrichtungen”*. Denn dass eine Hilfsperson in örtlichem und zeitlichem Zusammenhang mit ihren Verrichtungen einen Schaden anrichtet, damit muss meist gerechnet werden. Das Gesagte findet seine Bestätigung in mehreren Entscheiden der Rechtsprechung, in denen Haftung nach Art. 101 bejaht wurde; zwei eindruckliche Entscheide seien herausgegriffen: Eine Serviertochter serviert einem Gast statt Henniez absichtlich Salzsäure, deren Einnahme Verletzungen des Gastes zur Folge hat²⁵⁷. — Ein Pilot stiehlt Goldbarren, die er zu transportieren hat, und dies “pendant le trajet”, “durant son service” (BGE 85 II 271).
- 294 Ausnahmsweise stellt der örtliche und zeitliche Zusammenhang zwischen den Verrichtungen einer Hilfsperson und einem von ihr verursachten Schaden keinen rechtsgenügenden Zusammenhang dar. Beispiel: X, der im Auftrag des Schuldners die verkaufte Ladung Glas zum Käufer transportiert, stirbt auf der Fahrt an einem Herzschlag, infolgedessen er einen Unfall erleidet, bei dem die ganze Ladung Glas zerstört wird. Für den Schaden, der dem Käufer aus der Nichtlieferung entsteht, haftet der Verkäufer nicht, da das Unmöglichwerden der Leistung infolge eines Herzschlags ein derart aussergewöhnliches Ereignis ist, dass mit ihm im Sinne der Nr. 291 nicht gerechnet werden muss.
- 295 4. *Fehlt* zwischen den Verrichtungen einer Hilfsperson und der von ihr begangenen Schädigung *der zeitliche und örtliche Zusammenhang*, so hat die

257 Kantonsgericht Wallis in: Rapport du tribunal cantonal du canton du Valais 1939, S. 22 f.

Hilfsperson *in der Regel nicht* "*in Ausübung ihrer Verrichtungen*" geschädigt. Beispiel: Hat etwa ein Bankangestellter durch seine Tätigkeit Kenntnis vom Ort, wo sich der Banktresor befindet, und vom Code, wie er zu öffnen ist, so haftet der Bankinhaber dem Kunden X nicht nach Art. 101, wenn der Angestellte seine Kenntnisse in der Weise nutzt, dass er nachts in die Bank einbricht und die Wertpapiere von X stiehlt.

Auch bei Fehlen eines zeitlichen und örtlichen Zusammenhanges zwischen den Verrichtungen einer Hilfsperson und dem von ihr verursachten Schaden kann Haftung gemäss Art. 101 Platz greifen, falls die Schädigung durch die Hilfsperson nur objektiv voraussehbar (Nr. 291) ist. Beispiel: Y, ein in einem Nervensanatorium angestellter Psychiater, knüpfte mit einer Patientin ein Liebesverhältnis an. Namentlich durch eine gemeinsam unternommene Ferienreise vereitelte Y den Heilungserfolg. Obwohl die Ferienreise in eine Zeit fiel, in welcher die Therapie unterbrochen war, und die Ferien ausserhalb der psychiatrischen Klinik verbracht wurden, nahm das Bundesgericht an, Y habe auch während der Ferien in Ausübung seiner Verrichtungen gehandelt (BGE 92 II 15 ff.). Dieser Entscheid verdient Unterstützung. Denn dass ein Psychiater sich während seiner Behandlungen in eine Patientin verliebt und mit dieser eine Beziehung eingeht, welche den Heilungserfolg gefährdet, ist nicht ein derart ungewöhnliches Ereignis, dass damit nicht gerechnet werden müsste. Ob die einzelnen heilungsgefährdenden Handlungen in die Therapiezeit fallen oder in die Zeit eines Therapieunterbruchs, kann nicht entscheidend sein²⁵⁸.

5. *Der rechtsgenügende Zusammenhang* zwischen den Verrichtungen einer Hilfsperson und der Schädigung *wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Hilfsperson den Weisungen ihres Geschäftsherrn zuwiderhandelt*²⁵⁹. Dies hat das Bundesgericht wiederholt festgestellt, so in BGE 85 II 271 ("au mépris des instructions") und in BGE 92 II 20. Entsprechendes gilt mit Bezug auf *vorsätzliches Handeln* der Hilfsperson. Auch ein solches schliesst nicht aus, dass die Hilfsperson "*in Ausübung ihrer Verrichtungen*" schädigt (vgl. die Beispiele in Nr. 293; im "Psychiater-Beispiel" der Nr. 296 dürfte zumindest *dolus eventualis* vorgelegen haben).

258 Die kantonalen Gerichte waren der Ansicht gewesen, der Psychiater habe nicht in Ausübung seiner Verrichtungen gehandelt (BGE 92 II 17). – Wäre allerdings die Ferienreise nach dem endgültigen Abbruch der Behandlung unternommen worden, so hätte (wohl) das Vorliegen einer hypothetischen Forderungsverletzung und damit Haftung nach Art. 101 verneint werden müssen.

259 Für das deutsche Recht: Larenz K., S. 246; Lessmann H., S. 195.

- 298 6. Zu beachten ist, dass sich die *Frage, ob die Hilfsperson "in Ausübung ihrer Verrichtungen" schädigte, erst stellt, nachdem die hypothetische Forderungsverletzung bejaht ist*. Liegt eine solche nicht vor, so erübrigt sich die Beantwortung der betreffenden Frage. Beispiel: Ein Malergeselle wird vom Schuldner beauftragt, im Hause des Gläubigers Streicharbeiten vorzunehmen. Der Geselle, ein leidenschaftlicher Markensammler, stiehlt dem Gläubiger in einem unbeobachteten Augenblick eine wertvolle Briefmarke. Nach dem in Nr. 272 Gesagten liegt keine hypothetische Forderungsverletzung vor. Haftung aus Art. 101 ist deshalb zu verneinen, ohne dass überhaupt geprüft werden müsste, ob der Geselle in Ausübung seiner Verrichtungen schädigte.
- 299 7. Eine letzte Bemerkung: *Einzelne hypothetische Forderungsverletzungen beruhen immer auf einem Verhalten der Hilfsperson "in Ausübung ihrer Verrichtungen"*, da mit den betreffenden hypothetischen Forderungsverletzungen bei Verwendung einer Hilfsperson immer gerechnet werden muss. Dies trifft beispielsweise zu für den Fall, da die Hilfsperson durch unsorgfältiges Vorgehen bei der Leistungsbewirkung Rechtsgüter des Gläubigers verletzt, ohne den Leistungserfolg zu beeinträchtigen (Nr. 271). Wenn etwa in dem Beispiel aus Nr. 298 der Malergeselle beim Malen unsorgfältig zu Werke geht und Farbe auf eine Kommode spritzt, so liegt eine hypothetische Forderungsverletzung vor. Auch handelt der Geselle notwendig in Ausübung seiner Verrichtungen. Denn dass eine Hilfsperson ihr übertragene Streicharbeiten unsorgfältig ausführt und Farbe auf Gegenstände des Gläubigers spritzt, ist ein Risiko, mit dem immer zu rechnen ist.

C. Unterlassungen "in Ausübung ihrer Verrichtungen"

- 300 Eine Hilfsperson *begeht dann eine Unterlassung "in Ausübung ihrer Verrichtungen"*, wenn die *Vornahme der positiven Handlung, deren Unterlassung eine hypothetische Forderungsverletzung (Nr. 253) darstellt, in den Kreis "ihrer Verrichtungen" (Nr. 283) fällt*²⁶⁰. So begeht beispielsweise X, der vom Schuldner mit einem Gemüsetransport zum Gläubiger beauftragt ist, eine Unterlassung in Ausübung seiner Verrichtungen, wenn er den Transport

260 Vgl. zur Problematik den Entscheid des BGH in der NJW 27 (1974), S. 553 f. Fraglich war im zitierten Entscheid, ob das Kundtun von Werkmängeln zu den Verrichtungen der "gewöhnlichen" Arbeiter bzw. der Poliere gehörte. Ersteres wurde verneint, letzteres bejaht.

auftragswidrig nicht ausführt. Der Schuldner haftet demnach für den Schaden des Gläubigers nach Art. 101, falls auch die übrigen Voraussetzungen dieser Bestimmung (neben der eine hypothetische Forderungsverletzung darstellen- den Unterlassung des X in Ausübung seiner Verrichtungen) erfüllt sind²⁶¹.

Gehört die positive Handlung, deren Unterlassung eine hypothetische Forde- 301
rungsverletzung darstellt, nicht zu den Verrichtungen (irgend)einer schuld-
nerischen Hilfsperson, so kommt Haftung nach Art. 101 nicht in Frage, denn
die Hilfsperson(en) hat (haben) die betreffende Handlung diesfalls nicht “in
Ausübung ihrer Verrichtungen” unterlassen. Möglicherweise kann jedoch der
Schuldner nach Art. 97 (103, 107 usw.) haftbar gemacht werden. Beispiel:
Garagist A, der den Wagen von B zu reparieren und diesem nach der Repara-
tur zu bringen hat, überträgt die Instandstellung des Autos seinem Mechanik-
er X. Er vergisst jedoch, diesem (oder einem andern Mechaniker) aufzu-
tragen, den Wagen nach der Reparatur dem B zu bringen. B erhält seinen
Wagen in der Folge nicht wie vereinbart am Montag, sondern erst am Dienstag,
weshalb er einen Tag länger als vorgesehen ein Auto mieten muss. Für die zu-
sätzlichen Mietkosten haftet A nicht nach Art. 101, denn der Transport des
Autos gehörte weder zu den Verrichtungen des X noch der übrigen Mechanik-
er. Indessen haftet A nach Art. 103, da ihn an der verspäteten Lieferung des
Autos ein Verschulden trifft.

261 Oft wird der Erfüllungsgehilfe nicht nur bei der Erfüllung, sondern auch bei der Erfüllungs-
vorbereitung und bei der Erfüllung von leistungsorientierten Nebenpflichten
(Nr. 146) verwendet. In einem solchen Fall gehören zu den – in einem weiten
Sinne verstandenen – Verrichtungen des Erfüllungsgehilfen auch die Vorbereitungs-
handlungen (bzw. Handlungen zur Erfüllung von Nebenpflichten), bei deren Vor-
nahme der Gehilfe verwendet wird. Nimmt dieser die betreffenden Handlungen
nicht vor, so haftet der Schuldner unter Umständen nach Massgabe des Art. 101 für
den aus der Unterlassung entstehenden Schaden des Gläubigers (vgl. Nr. 159 ff. bzw.
Nr. 147 betr. die Anwendung von Art. 101 auf Vorbereitungshandlungen bzw.
Handlungen zur Erfüllung von leistungsorientierten Nebenpflichten). Wird im Bei-
spiel aus Nr. 300 X von einem Kälteeinbruch überrascht, so wird es in der Regel zu
seinen Verrichtungen (in einem weiten Sinne verstanden) gehören, das Gemüse vor
Frost zu schützen (vgl. Nr. 166). Trifft X die nötigen Schutzmassnahmen nicht und
verdirbt das Gemüse in der Folge, so haftet der Schuldner für den Schaden des Gläu-
bigers nach Art. 101, falls alle Voraussetzungen dieser Bestimmung (neben der
Unterlassung des X in Ausübung seiner Verrichtungen) erfüllt sind. – Ein weiteres
Beispiel: In einem vom Obergericht des Kantons Zürich beurteilten Fall hatte ein
Rolladenmonteur nach getaner Arbeit die Rolladenkästen offengelassen. Dies hatte
zur Folge, dass Kälte in die Räume eindrang und die Zentralheizung gefror. Das
Gericht entschied, das Schliessen der Rolladenkästen habe auch noch zu den Ver-
richtungen des Monteurs gehört, und machte den Schuldner für den vom Gläubiger
erlittenen Schaden nach Art. 101 haftbar. (Der Entscheid ist abgedruckt in den
ZR 17, 1918, S. 354 f.)

Sinne "standardisierten" Sorgfalt vorzugehen, so handelt er fahrlässig, auch wenn ihm subjektiv kein Vorwurf zu machen ist, weil ihm z.B. die beruflichen und technischen Fähigkeiten eines durchschnittlichen Schuldners abgehen.

308 Die Verobjektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffes schliesst allerdings die Berücksichtigung subjektiver Verhältnisse des Schuldners nicht völlig aus²⁶⁹. So sind insbesondere spezielle Kenntnisse und Fähigkeiten des Schuldners für die Bestimmung der zu wahrenen Sorgfalt auch dann mit einzubeziehen, wenn sie für die Erbringung der fraglichen Leistung von einem durchschnittlichen Schuldner nicht erwartet werden dürften. Übersicht beispielsweise ein Herzspezialist bei der Behandlung eines Grippekranken ein Herzleiden, so mag ihm dies zum Verschulden gereichen, wogegen einem Allgemeinpraktiker, der keine speziellen Kenntnisse um Herzkrankheiten zu haben braucht, das Übersehen des betreffenden Herzleidens nicht als Sorgfaltsmangel anrechenbar wäre.

309 2. Der *einfache Gesellschafter* haftet zwar für jedes Verschulden; doch bestimmt sich die Sorgfalt, deren Verletzung eine Fahrlässigkeit darstellt, entgegen der in Nr. 307 dargestellten Regel nicht objektiv, sondern subjektiv nach den Verhältnissen des Gesellschafters (sogenannte Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, Art. 538 Abs. 1). Dies immerhin mit der Einschränkung, dass ein (objektiv) grob fahrlässiges Verhalten vom Gesellschafter stets zu vertreten ist, auch wenn es ihm subjektiv nicht als grobes Verschulden angerechnet werden kann²⁷⁰.

310 3. Der *Schuldner aus einem Schenkungsvertrag* schliesslich ist bloss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit verantwortlich, wogegen er für leichte Fahrlässigkeit nicht haftet (Art. 248).

3. Keine Haftung nach Art. 101 ohne (qualifiziertes) hypothetisches Verschulden

311 Wie sich aus dem Gesagten ergibt, entfällt Haftung nach Art. 101, wenn es am (qualifizierten) hypothetischen Verschulden mangelt²⁷¹. Es bleibt an

269 Neuenschwander M., S. 28.

270 Z.B. Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 99; Barth H.R., S. 117.

271 BGE 92 II 19: Der Schuldner "kann sich von der Schadenersatzpflicht ... durch den Nachweis befreien, dass auch ihm selber, wenn er gleich gehandelt hätte wie die Hilfsperson, kein Verschulden vorgeworfen werden könnte".

dieser Stelle nur noch darauf hinzuweisen, dass *bei fehlendem (qualifiziertem) hypothetischem Verschulden Haftung nach Art. 101 selbst dann nicht Platz greifen kann, wenn die Hilfsperson ein Verschulden trifft*²⁷²; ein solches vermag das hypothetische Verschulden nicht zu ersetzen. Das Gesagte sei an einem Beispiel illustriert: Ein Grippekranker wendet sich an einen Allgemeinpraktiker. Dieser überträgt die Behandlung seinem Assistenten, der Herzspezialist ist. Verabreicht der Assistent eine Injektion gegen Grippe, die ein Herzversagen verursacht, und hätte dies von einem Herzspezialisten vorausgesehen werden müssen, so liegt ein Verschulden des Assistenten vor. Haftung nach Art. 101 greift jedoch nur dann Platz, wenn ein Herzversagen auch von einem Allgemeinpraktiker hätte vorausgesehen werden müssen, wenn mit andern Worten ein hypothetisches Verschulden gegeben ist.

4. Tatsächliches Verschulden des Schuldners oder des Erfüllungsgehilfen: kein Erfordernis der Haftung nach Art. 101

Einig sind sich Lehre und Rechtsprechung darin, dass sich der Schuldner, 312
den ein hypothetisches Verschulden trifft, der Haftung nach Art. 101 nicht mit dem Nachweis entziehen kann, es treffe ihn am eingetretenen Schaden kein tatsächliches Verschulden (Nr. 22). Nichts hilft es ihm also, wenn er darzutun vermag, dass er eine geeignete Hilfsperson verwendet und diese genügend überwacht und instruiert hat²⁷³ (BGE 90 II 21 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung)²⁷⁴.

272 *Piotet P.*, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Bern 1963, S. 64; wohl auch *Cuendet J.*, Nr. 381.

273 Damit will nicht gesagt sein, dass der Frage, ob ein tatsächliches Verschulden des Schuldners vorliegt oder nicht, im Rahmen der Haftung aus Art. 101 keine Bedeutung zukommt. Ist ein tatsächliches Verschulden gegeben, so ist dies bei der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen: Das Verschulden kann einen allfälligen Herabsetzungsgrund (Nr. 321 ff.) ganz oder teilweise "neutralisieren", dergestalt, dass Haftung (aus Art. 101) in weiterem Umfange Platz greift, als dies ohne das tatsächliche Verschulden der Fall wäre (Nr. 340).

274 Aus der Literatur seien statt vieler zitiert: *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1407; *Oftinger K.*, II 1, S. 111 f.; *Keller A.*, S. 316; *Engel P.*, Nr. 222; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 224.

- 313 Entgegen einer vereinzelt anzutreffenden Meinung²⁷⁵ setzt Haftung aus Art. 101 auch kein Verschulden der schädigenden Hilfsperson voraus²⁷⁶. Der Schuldner kann sich also von der Haftung nicht mit dem Nachweis befreien, die Hilfsperson treffe kein Verschulden, etwa weil sie mangelhaft ausgebildet oder falsch instruiert war "und daher mit der ihr zumutbaren Sorgfalt gehandelt habe"²⁷⁷: Nicht auf die der Hilfsperson zumutbare Sorgfalt kommt es an, sondern allein auf die Sorgfalt, die von deren Geschäftsherrn erwartet werden darf²⁷⁸.

275 Einzelne Autoren, wie z.B. *Fick F.*, N 17 zu Art. 101, *Funk F.*, N 1 zu Art. 101, *Maag H.*, S. 112, lassen für die Haftung nach Art. 101 ein Verschulden der Hilfsperson genügen; dass zusätzlich ein hypothetisches Verschulden vorliegt, verlangen sie nicht. Demgegenüber scheinen beispielsweise *v. Tuhr/Escher*, § 70 III, S. 129, für die Haftung nach Art. 101 sowohl ein Verschulden der Hilfsperson als auch ein hypothetisches Verschulden des Schuldners vorauszusetzen. — Zu beachten ist, dass einzelne Autoren scheinbar ein Verschulden der Hilfsperson voraussetzen, in Wirklichkeit aber einzig auf ein hypothetisches Verschulden des Geschäftsherrn abstellen. So verlangt beispielsweise *v. Büren B.*, I, S. 395, dass "der Gehilfe ... schuldhaft gehandelt" hat; dem fügt er indessen gleich bei, die Verschuldensfrage sei nach dem für den Schuldner (nicht die Hilfsperson) gültigen Massstab zu prüfen. Auch nach *v. Büren* ist also allein entscheidend, ob den Schuldner, hätte er wie die Hilfsperson gehandelt, ein Verschulden treffen würde. Auch einzelne Bundesgerichtsentscheide, die auf ein hypothetisches Verschulden abstellen, sprechen ungenau von einem Verschulden der Hilfsperson als Haftungsvoraussetzung; so z.B. BGE 46 II 130, 70 II 221.

276 Nach herrschender Lehre schliesst nicht einmal Urteilsunfähigkeit des Erfüllungsgehilfen Haftung nach Art. 101 aus: z.B. *Portmann P.*, S. 51; *v. Büren B.*, I, S. 395 Anm. 136; *Oftinger K.*, II 1, S. 112 Anm. 71. Anders die herrschende Meinung zu § 278 BGB: *Esser/Schmidt*, S. 55 u./56 o.

277 *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 1410.

278 Z.B. BGE 91 II 294 u., 53 II 240; *Engel P.*, Nr. 221, S. 500; *Cuendet J.*, Nr. 381; *Barth H.R.*, S. 138.

3. KAPITEL

Die Haftungsfolge: Schadenersatzpflicht des Schuldners

An das Vorliegen der im 2. Kapitel umschriebenen Tatbestandsmerkmale knüpft Art. 101 eine Schadenersatzpflicht des Schuldners (Nr. 23 ff.), von der nun im einzelnen zu handeln ist. Wir sprechen *I.* vom Umfang des zu ersetzenden Schadens; *II.* vom Anspruchsberechtigten, dem "ändern", und vom Ersatzpflichtigen, dem Schuldner. Abschliessend sprechen wir *III.* von den Modalitäten der Schadenersatzpflicht. 314

I. Umfang der Schadenersatzpflicht

Zur Ermittlung des vom Schuldner aufgrund von Art. 101 zu ersetzenden Schadens ist vorerst der vom Gläubiger²⁷⁹ erlittene Schaden zu berechnen. 315
Darauf ist im Rahmen der sogenannten Schadenersatzbemessung zu prüfen, inwieweit es sich rechtfertigt, den (berechneten) Schaden den Schuldner tragen zu lassen.

Nachstehend ist nun *1.* von der Schadensberechnung, darauf *2.* von der Schadenersatzbemessung die Rede.

1. Von der Schadensberechnung

Für die Berechnung des nach Art. 101 zu ersetzenden Schadens, den der Gläubiger infolge einer hypothetischen Forderungsverletzung (Nr. 253) erlitten hat, gelten die gleichen Regeln wie für die Berechnung eines Schadens, der auf einer Forderungsverletzung des Schuldners beruht und von diesem 316

²⁷⁹ Gemeint ist der Gläubiger, dem gegenüber die schädigende Hilfsperson Erfüllungsgehilfe ist (Nr. 244). Pro memoria sei erwähnt: *I.* dass zum Schaden dieses Gläubigers auch der Schaden eines Nichtgläubigers gehören kann (oder eines Gläubigers, dem gegenüber die schädigende Hilfsperson nicht Erfüllungsgehilfe ist): Nr. 249; *2.* dass nach Art. 101 ausnahmsweise nicht nur der Schaden des Gläubigers zu ersetzen ist, dem gegenüber die schädigende Hilfsperson Erfüllungsgehilfenqualität besitzt (Fälle der sogenannten Drittschadensliquidation): Nr. 250.

nach Art. 97 (98, 103 usw.) zu ersetzen ist. Haftet beispielsweise der Schuldner nach Art. 101 für den Verspätungsschaden des Gläubigers (Nr. 267), so sind für die Schadensberechnung diejenigen Regeln massgebend, die auch massgebend wären, wenn der Schuldner selbst den Verzug verschuldet und für den Verspätungsschaden aufgrund von Art. 103 einzustehen hätte. *Für Einzelheiten zur Schadensberechnung (massgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung, Vorteilsanrechnung usw.) darf deshalb auf die Literatur zu jenen Bestimmungen verwiesen werden, die an schuldner eigenes Verhalten anknüpfen.* Hervorgehoben sei bloss, dass sich der vom Gläubiger erlittene Schaden grundsätzlich subjektiv nach seinen Verhältnissen berechnet. Es ist mit andern Worten für die Schadensberechnung gerade auf jene Vermögensverschlechterung (Nr. 112 ff.) abzustellen, die sich beim Gläubiger eingestellt hat; nicht von Belang ist, welche Vermögensverschlechterung das schädigende Ereignis (in unserem Zusammenhang: das Verhalten einer Hilfsperson) bei einer andern Person bewirkt hätte²⁸⁰.

2. Von der Schadenersatzbemessung

- 317 Im folgenden handeln wir vorerst A. von der gesetzlichen Grundlage für die Bemessung des nach Art. 101 geschuldeten Schadenersatzes. Darauf befassen wir uns B. mit den für die Schadenersatzbemessung massgeblichen Kriterien.

A. Die gesetzliche Grundlage für die Bemessung des nach Art. 101 geschuldeten Schadenersatzes: Art. 99 Abs. 2 und Art. 43 f. (i.V.m. Art. 99 Abs. 3)

- 318 Es ist unbestritten, dass für die Bemessung des aufgrund von Art. 101 geschuldeten Schadenersatzes die Art. 99 Abs. 2 und 43 f. (i.V.m. Art. 99 Abs. 3) massgebend sind²⁸¹. *Der Gesetzestext lässt* allerdings bezüglich der Anwendbarkeit von Art. 99 (und damit der Art. 43 f.) *an Klarheit zu wünschen übrig*. Sowohl Art. 99 als auch Art. 101 stehen unter der Überschrift "Mass der Haf-

280 Z.B. Cuendet J., S. 58 f.; v. Büren B., I, S. 43 ff. — Objektiv wird der Schaden nur aufgrund einiger Sondervorschriften berechnet (z.B. Art. 447: Der volle Wert, d.h. der Verkehrswert, des Frachtguts ist zu ersetzen; BGE 47 II 332).

281 Z.B. BGE 92 II 240, 91 II 296 f., 53 II 429 f.; Béguelin E., S. 3; Bezzola A.G., S. 121 ff.; Portmann P., S. 133 ff.

tung und Umfang des Schadenersatzes" (Marginalie). Das erweckt die Vorstellung, dass beide Artikel auf gleicher Ebene stehen und unabhängig voneinander das Mass der Haftung regeln. Dass Art. 99 für die Bemessung des nach Art. 101 geschuldeten Schadenersatzes trotzdem massgeblich sein muss, ergibt sich aus Folgendem:

Mit Bezug auf die Haftung des Schuldners für eigenes Verhalten findet Art. 99 319 unzweifelhaft Anwendung, was hier nicht weiter zu diskutieren ist. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum bezüglich der Haftung für Erfüllungsgehilfen andere Grundsätze gelten sollten wie bezüglich der Haftung des Schuldners für eigenes Verhalten. Daraus ist zu folgern, dass Art. 99 für die Bemessung des nach Art. 101 geschuldeten Schadenersatzes gleichermassen massgeblich sein muss wie für die Bemessung des aufgrund von Art. 97 (98, 103 usw.) geschuldeten Schadenersatzes.

B. Die massgeblichen Kriterien für die Schadenersatzbemessung

Der Richter hat bei der Schadenersatzbemessung ganz allgemein "*die Umstände*" zu berücksichtigen (Art. 43 Abs. 1). Gemeint sind sowohl *haftungsmildernde* als auch *haftungsverschärfende* Umstände. Haftungsmildernde Umstände sind solche, die es rechtfertigen, die Haftung des Schuldners zu ermässigen; derweise, dass Haftung in geringerem Umfange Platz greift, als dies ohne die betreffenden Umstände der Fall wäre (sogenannte Herabsetzungsgründe)²⁸². Haftungsverschärfende Umstände sind umgekehrt solche, die geeignet sind, haftungsmildernde Umstände (ganz oder teilweise) zu "neutralisieren"; derart, dass Haftung in weiterem Umfang Platz greift, als dies ohne die haftungsverschärfenden Umstände der Fall wäre.

Im folgenden handeln wir vorerst *a)* von den Herabsetzungsgründen, darauf *b)* von den haftungsverschärfenden Umständen.

282 Ob und allenfalls in welchem Umfang die Schadenersatzpflicht (bei Vorliegen von Herabsetzungsgründen) zu ermässigen ist, hat der Richter "nach Recht und Billigkeit" (Art. 4 ZGB) zu entscheiden (z.B. BGE 91 II 297); "Zwang zur Reduktion ist abzulehnen" (Oftinger K., I, S. 264, mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung in Anm. 9).

Ausnahmsweise kann der Schuldner bei Vorliegen von Herabsetzungsgründen (z.B. schwerem Selbstverschulden des Gläubigers) gänzlich von der Schadenersatzpflicht entbunden werden. In einem solchen Fall fehlt jedoch regelmässig der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Hilfsperson und dem eingetretenen Schaden; Haftung nach Art. 101 entfällt also schon deshalb, weil nicht alle Haftungsvoraussetzungen gegeben sind (Nr. 120). Vgl. Oftinger K., I, S. 262.

a) Herabsetzungsgründe

Nachstehend greifen wir *drei praktisch bedeutsame Herabsetzungsgründe* heraus²⁸³:

aa) Leichtes hypothetisches Verschulden

- 321 Schädigt der Schuldner den Gläubiger durch eigenes Handeln, so kann eine allfällige Schadenersatzpflicht, z.B. aufgrund von Art. 97, herabgesetzt werden, wenn dem Schuldner ein nur leichtes Verschulden vorwerfbar ist (Art. 43 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3).
- 322 Hat eine schuldnerische Hilfsperson den Schaden des Gläubigers verursacht und sind die Voraussetzungen von Art. 101 erfüllt, so gilt das soeben (Nr. 321) Gesagte entsprechend: Eine *Haftungsermässigung* kommt dann in Betracht, wenn dem Schuldner, hätte er anstelle der Hilfsperson (ebenso wie diese) gehandelt, ein nur leichtes Verschulden vorwerfbar wäre (BGE 92 II 240 f.)²⁸⁴, wenn mit andern Worten den Schuldner nur ein leichtes hypothetisches Verschulden (Nr. 303) trifft²⁸⁵.
- 323 Ein leichtes tatsächliches Verschulden des Geschäftsherrn ist demgegenüber nicht geeignet, eine Herabsetzung der Schadenersatzpflicht aus Art. 101 zu bewirken (BGE 82 II 534)²⁸⁶. Denn: Kann Haftung nach Art. 101 sogar ohne

283 Beispielsweise seien noch zwei weitere Herabsetzungsgründe angeführt: 1. der Umstand, dass der Erfüllungsgehilfe Arbeitnehmer des Gläubigers ist (Nr. 203); 2. ein Zufall, der an der Verursachung des Schadens mitgewirkt hat; Beispiel: konstitutionelle Prädisposition wie z.B. Bluterkrankheit eines Patienten, die neben einem Kunstfehler des behandelnden Arztes als Schadensursache auftritt (vgl. z.B. *Oftinger K.*, I, S. 278, 280). – Umfassende Zusammenstellungen möglicher Herabsetzungsgründe finden sich bei: *Im Hof W.*, Die Art und Grösse des Schadenersatzes und der Genußnahme bei den Klagen aus O.R. Titel I/II., Diss. Bern 1912; *Oftinger K.*, I, S. 274 ff. – Siehe auch Anm. 285.

284 Neben der in Anm. 281 zitierten Literatur und Rechtsprechung siehe ferner: *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1416.

285 Liegt bloss ein leichtes hypothetisches Verschulden vor, so kann der Richter im Rahmen der Schadenersatzbemessung auch berücksichtigen, dass der Schuldner "durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt" würde (Art. 44 Abs. 2): *Portmann P.*, S. 134. Die Praxis berücksichtigt nicht nur eine allfällige Notlage des Schuldners, sondern ganz allgemein die finanziellen Verhältnisse sowohl des Schuldners als auch des Gläubigers: *Oftinger K.*, I, S. 276.

286 Vielmehr gilt umgekehrt, dass ein (schweres oder leichtes) tatsächliches Verschulden des Schuldners einen haftungsverschärfenden Umstand darstellt: Anm. 273, Nr. 340.

tatsächliches Verschulden des Schuldners Platz greifen (Nr. 312), so folgt daraus a fortiori, dass die Geringfügigkeit des Verschuldens keinen Grund darstellt, die Schadenersatzpflicht zu ermässigen. Entsprechendes gilt für ein Verschulden der Hilfsperson, das, wie erwähnt (Nr. 313), ebenfalls keine Haftungsvoraussetzung von Art. 101 ist: Dass die Hilfsperson ein leichtes Verschulden trifft, rechtfertigt keine Haftungsermässigung.

bb) Selbstverschulden des Gläubigers (Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3)

Einen praktisch sehr bedeutsamen Herabsetzungsgrund stellt das Selbstverschulden des Gläubigers dar. Unter Selbstverschulden versteht man ein für den Schaden ursächliches Verhalten des Geschädigten (hier: des Gläubigers), das diesem zudem vorwerfbar ist²⁸⁷. Nach dem Gesagten kennzeichnet sich der Begriff des Selbstverschuldens²⁸⁸ durch zwei Merkmale:

1. Es muss ein *für den Schaden ursächliches Verhalten des Gläubigers* vorliegen. Davon kann in zwei Fällen gesprochen werden²⁸⁹. Einmal dann, wenn die Handlungsweise des Gläubigers den Eintritt des schädigenden Ereignisses begünstigt: Es hätte z.B. nicht nur die Hilfsperson des Beauftragten, sondern auch der Auftraggeber die ungenügende Schienenendsicherung der Rollbahn eines Krans feststellen sollen (vgl. BGE 92 II 242). Ferner dann, wenn das Verhalten des Gläubigers einen bereits entstandenen Schaden verschlimmert: Z.B. vergrößert sich der Schaden eines Patienten, weil er sich der durch eine Falschbehandlung notwendig gewordenen Operation nicht unterzieht.
2. Das *für den Schaden ursächliche Verhalten des Gläubigers muss diesem vorwerfbar sein*. Dies ist — abgesehen von der vorsätzlichen Selbstschädigung — der Fall, wenn der Gläubiger durch unsorgfältiges Handeln zum Schaden beiträgt. Zur Bestimmung der Sorgfalt, deren Verletzung dem

287 Statt vieler: *Oftinger K.*, I, S. 160; *v. Büren B.*, I, S. 59.

288 Das Selbstverschulden ist kein Verschulden im engen juristischen Sinne: Verschulden bezieht sich immer auf ein widerrechtliches (auch obligationswidriges) Verhalten; eine rechtliche Pflicht, sich vor Schaden zu bewahren, besteht jedoch nicht (*v. Tuhr/Peter*, § 14 II, S. 108).

Besteht auch keine Rechtspflicht, sich vor Schaden zu bewahren, so kann man doch von einer Obliegenheit zur Schadensabwendung sprechen; verletzt der Gläubiger diese, so hat er sich unter Umständen eine Herabsetzung seines Schadenersatzanspruchs gefallen zu lassen (*Gauch/Schluép/Jäggi*, Nr. 68).

289 *Oser/Schönenberger*, N 9 f. zu Art. 44; *v. Tuhr/Peter*, § 14 IV, S. 112.

Gläubiger zum Vorwurf gereicht, ist im wesentlichen nicht auf dessen subjektive Verhältnisse abzustellen als vielmehr auf objektive: Das zum objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff in Nr. 307 f. Ausgeführte gilt sinngemäss auch hier²⁹⁰.

cc) Mitverursachendes Verhalten einer Hilfsperson des Gläubigers

- 327 Zu einer Ermässigung der Schadenersatzpflicht aus Art. 101 kann auch das zum Schaden beitragende Verhalten von Hilfspersonen des Gläubigers Anlass geben.

Vorerst ist nun *a)* der Kreis der Hilfspersonen zu bestimmen, deren Verhalten zu einer Haftungsreduktion führen kann. Darauf befassen wir uns *β)* mit den Voraussetzungen, unter denen ihr Verhalten als Herabsetzungsgrund in Betracht kommt. Abschliessend *γ)* illustrieren wir das Verhalten einer Hilfsperson des Gläubigers als Herabsetzungsgrund an drei Beispielen.

a) Die Hilfsperson

- 328 Die Hilfspersonen des Gläubigers, deren Verhalten zu einer Haftungsreduktion führen kann, lassen sich in *drei Gruppen* einteilen:
- 329 1. Hilfspersonen sind einmal jene Dritten, denen der Gläubiger "die Erfüllung einer Vertragspflicht übertragen hat" (BGE 95 II 53), also sowohl *Erfüllungsgehilfen als auch Dritte, die der Gläubiger bei der Erfüllung von Nebenpflichten (Nr. 145) verwendet*. So ist etwa der Architekt Hilfsperson "des Bauherrn hinsichtlich der Pflicht, dem Bauunternehmer brauchbare Pläne zur Verfügung zu stellen"²⁹¹.
- 330 2. Zu den Hilfspersonen des Gläubigers gehören ferner seine *Ausübungsgehilfen*. Beispiel: Der Besteller eines Werks hat ein Recht, Weisungen über die Werkausführung zu erteilen (Art. 369). Lässt er solche Weisungen durch seinen Architekten erteilen, so ist dieser Ausübungsgehilfe des Bestellers und Hilfsperson im hier fraglichen Sinne²⁹².

290 Otfinger K., I, S. 160.

291 Ott W., S. 286.

292 Ott W., S. 287; Gauch P., Werkvertrag, Nr. 645.

3. Zum Kreis der Hilfspersonen, deren Verhalten eine Haftungsreduktion bewirken kann, zählen schliesslich auch *Dritte, durch die der Gläubiger dem Schuldner gegenüber bestehende Obliegenheiten erfüllen lässt*; so beispielsweise die Obliegenheit, die vom Schuldner (bzw. dessen Hilfspersonen) gehörig angebotene Leistung anzunehmen²⁹³; oder die Obliegenheit, Schaden von den eigenen Rechtsgütern abzuwenden (Anm. 288). Wenn sich beispielsweise der Gesundheitszustand der vom Assistenten falsch behandelten Kuh erkenntlich verschlechtert, so obliegt dem Bauern, zur Abwendung grösseren Schadens nochmals den Tierarzt zu rufen (den gleichen oder einen andern). Überträgt der Bauer dessen Benachrichtigung seinem Knecht, so ist dieser insofern seine Hilfsperson. 331

β) *Analoge Anwendung von Art. 101*

Hat der Erfüllungsgehilfe des Schuldners den Schaden des Gläubigers nicht allein verursacht, sondern zusammen mit einer Hilfsperson des Gläubigers im umschriebenen Sinne, so kommt eine Ermässigung (oder gar ein Ausschluss: Anm. 282) der Haftung des Schuldners aus Art. 101 in Betracht. Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen die Haftung zu ermässigen ist. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung stellen *unter analoger Anwendung von Art. 101* darauf ab, ob das Verhalten der Hilfsperson des Gläubigers diesem, hätte er selber wie die Hilfsperson gehandelt, zum Selbstverschulden gereichen würde²⁹⁴. 332

Der herrschenden Ansicht ist zuzustimmen. Dies immerhin mit dem folgenden *Vorbehalt*. Der Richter hat den vom Schuldner zu ersetzenden Schaden nach Recht und Billigkeit zu bemessen (Anm. 282). Nun kann es im Einzelfall recht und billig sein: 333

1. die Haftung des Schuldners zu ermässigen, obwohl dem Gläubiger das Verhalten seiner Hilfsperson, hätte er selber wie diese gehandelt, nicht zum Selbstverschulden gereichen würde. So kann es etwa in einem konkreten Fall der Billigkeit entsprechen, das Verhalten einer *sachkundigen Hilfsperson* des Gläubigers selbst dann zum Anlass einer Haftungsreduktion zu 334

293 Vgl. Ott W., S. 287.

294 Z.B. BGE 95 II 53, 98 II 103 f.; Kantonsgericht Waadt in: SJZ 69 (1973), S. 379 f.; v. Tuhr/Peter, § 14 II, S. 109 f.; Otfinger K., I, S. 164; Deschenaux/Tercier, S. 86; Gauch P., Werkvertrag, Nr. 921; neuerdings Ott W., S. 285 ff. — Im deutschen Recht sieht § 254 Abs. 2 BGB die sinngemässe Anwendbarkeit von § 278 BGB ausdrücklich vor.

nehmen, wenn dem nicht sachkundigen Gläubiger, hätte er wie die Hilfsperson gehandelt, kein Selbstverschulden vorgeworfen werden könnte²⁹⁵. Beispiel: Ein Unternehmer errichtet ein Werk aufgrund fehlerhafter Pläne des vom Besteller beauftragten Architekten. Hätte der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit der Pläne erkennen müssen, so haftet er für den aus der Fehlerhaftigkeit entstehenden Schaden des Bestellers. Durfte indes der Unternehmer auf die Sachkunde des Architekten vertrauen, so ist eine Haftungsreduktion angezeigt, und zwar auch dann, wenn ein Selbstverschulden des Bestellers verneint werden müsste, hätte er selber (anstelle des Architekten) die Pläne geliefert.

- 335 2. *Umgekehrt* kann es billig sein, die Haftung nicht zu ermässigen, obwohl dem Gläubiger das Verhalten seiner Hilfsperson, hätte er selber wie diese gehandelt, zum Selbstverschulden gereichen würde; so etwa, wenn auf seiten des Gläubigers bloss untergeordnete Angestellte zum Schaden beigetragen haben und ihnen zudem nur leichte Fehler unterlaufen sind, wogegen die Erfüllungsgehilfen des Schuldners grobe Fehler begangen haben²⁹⁶.

γ) *Drei Beispiele*

- 336 An drei Beispielen sei das Verhalten von Hilfspersonen des Gläubigers als Herabsetzungsgrund illustriert:
- 337 1. Bei der Demontage eines Krans unterlaufen nicht nur dem Angestellten des mit der Demontage Beauftragten Fehler, sondern auch einem Arbeiter des Auftraggebers. Den Fehler seines Arbeiters hat der Auftraggeber zu vertreten, weshalb seine Schadenersatzforderung gegenüber dem aus Art. 101 haftbaren Beauftragten herabzusetzen ist (BGE 92 II 242).

295 U.E. zu weit gehend *Ott W.*, S. 290. Dieser Autor vertritt die Ansicht, wenn der Gläubiger eine sachkundige Hilfsperson verwende, so sei es "zu halten, wie wenn er (sc. der Gläubiger) ebenso sachkundig gewesen wäre wie seine Hilfsperson. Der Geschäftsherr (gemeint ist der Gläubiger) hat sich also das Verhalten seiner Hilfsperson immer dann anrechnen zu lassen, wenn ihm, hätte er anstelle der Hilfsperson gehandelt und hätte er über die gleichen Fachkenntnisse verfügt wie diese, ein Verschulden (gemeint ist Selbstverschulden) vorgeworfen werden könnte." Im Ergebnis stellt also *Ott* schlicht darauf ab, ob das Verhalten der sachkundigen Hilfsperson ihr selbst vorwerfbar ist, und nicht – wie Art. 101 verlangt – darauf, ob es dem Gläubiger, hätte er wie die Hilfsperson gehandelt, vorwerfbar wäre.

296 Vgl. den in den BJM 1954, S. 245 ff., abgedruckten Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt.

2. Wenn bei der Planung eines Hochhauses nicht nur dem Unternehmer (bzw. seinen Hilfspersonen) Fehler unterlaufen, sondern auch dem vom Bauherrn beauftragten Statiker, so ist die Schadenersatzpflicht des Unternehmers zu reduzieren, falls der Bauherr (und nicht der Unternehmer) die Statik zu liefern hat²⁹⁷. 338
3. Im vorne Nr. 331 angeführten Beispiel ruft der Knecht keinen Tierarzt herbei. Der Bauer hat sich eine Herabsetzung seines Ersatzanspruchs aus Art. 101 gefallen zu lassen, wenn die verendete Kuh bei rechtzeitiger Benachrichtigung eines Tierarztes noch hätte gerettet werden können. 339

b) Haftungsverschärfende Umstände

Unter den haftungsverschärfenden Umständen ist an erster Stelle das *tatsächliche Verschulden des Schuldners* zu nennen. Ein solches vermag einen Herabsetzungsgrund ganz oder teilweise zu "neutralisieren"; derart, dass die durch den Herabsetzungsgrund an sich gerechtfertigte Haftungsermässigung überhaupt nicht Platz greifen kann oder zumindest nur in geringerem Umfange, als dies ohne das Verschulden des Schuldners der Fall wäre²⁹⁸ (Anm. 273). Beispiel: X, mit der Demontage eines Krans beauftragt, überträgt diese Aufgabe einem seiner Arbeitnehmer, Y. Infolge ungenügender Schienenendsicherung fährt der Kran über das Schienenende hinaus, stürzt und wird erheblich beschädigt. X ist aus Art. 101 schadenersatzpflichtig. Hätte nicht nur Y, sondern auch der Auftraggeber die ungenügende Schienenendsicherung feststellen müssen, so liegt darin ein Selbstverschulden (Nr. 324) des Auftraggebers, das grundsätzlich geeignet ist, die Haftung des X zu ermässigen, z.B. um 50% (vgl. das Beispiel in Nr. 337). Liegt jedoch auch ein Verschulden des X vor (er hat z.B. den Y nicht genügend instruiert oder überwacht), so mindert dies die Wirkung des Selbstverschuldens des Auftraggebers; mit der Folge, dass die Haftung nicht um 50%, sondern z.B. bloss um 25% reduziert wird. 340

Ein weiterer haftungsverschärfender Umstand kann darin zu sehen sein, dass nicht nur eine Hilfsperson, sondern mehrere Hilfspersonen des Schuldners zum Schaden des Gläubigers beigetragen haben. Diesfalls ist eine Haftungsverschärfung dann am Platze, wenn ein mehrfaches hypothetisches Verschulden 341

297 Vgl. das Oberlandesgericht Düsseldorf in der NJW 27 (1974), S. 704 f.

298 Vgl. *Oftinger K.*, II 1, S. 178 f.

den (Nr. 303 ff.) vorliegt; das *mehrfache hypothetische Verschulden* wird dann "addiert" (vgl. BGE 88 II 436)²⁹⁹.

II. Der Anspruchsberechtigte: der "andere"; der Ersatzpflichtige: der Schuldner

- 342 Der *Schadenersatzanspruch aus Art. 101 entsteht im "andern"*, d.h. im Gläubiger, dem gegenüber die schädigende Hilfsperson Erfüllungsgehilfenqualität besitzt (vgl. Nr. 244). Dies gilt selbst dann, wenn der Schuldner nach Art. 101 einen Drittschaden (Nr. 250) zu ersetzen hat³⁰⁰. Im Unterschied zum Fall, da der Gläubiger einen eigenen Schaden einklagt, kann er jedoch bei Geltendmachung eines Drittschadens nur "auf Leistung von Schadenersatz an den Dritten klagen"³⁰¹, nicht an sich selbst (BGE 81 II 132)³⁰².
- 343 Selbstverständlich ist, dass der Schadenersatzanspruch aus Art. 101 *nach seiner Entstehung vom "andern" auf einen Dritten übergehen kann*, z.B. infolge Erbgangs oder Abtretung.
- 344 Die *Schadenersatzpflicht aus Art. 101 entsteht im Schuldner*³⁰³. Sie kann jedoch, wie sich von selbst versteht, *nachträglich auf einen Dritten übergehen*, z.B. durch Schuldübernahme oder Vererbung.

299 Ferner: Kantonsgericht Wallis in: *Revue valaisanne de jurisprudence* 1 (1967), S. 33.

300 *Barth H.R.*, S. 85.

301 *Barth H.R.*, S. 87. Ebenso: v. *Tuhr/Escher*, § 68 VI, S. 112; *Becker H.*, N 47 zu Art. 97.

302 Nach v. *Tuhr/Escher* (wie Anm. 301) und *Barth H.R.* (wie Anm. 301) kann der Ersatz des Drittschadens ausnahmsweise dem Gläubiger zugesprochen werden, so z.B., "wenn der Richter ... nicht daran zweifelt, dass die dem Gläubiger zugesprochene Ersatzsumme zur Entschädigung des Dritten verwendet werden wird" (v. *Tuhr/Escher*, a.a.O.).

303 Ob es sich beim Schuldner um eine natürliche oder juristische Person oder um eine rechtsfähige Personengesellschaft handelt, ist gleichgültig (*Portmann P.*, S. 44; *Bezzola A.G.*, S. 118). Art. 115 aOR hatte die (ein Gewerbe betreibenden) juristischen Personen noch ausdrücklich der Haftung unterstellt. Nachdem nun Art. 53 ZGB die juristischen Personen den natürlichen vermögensrechtlich gleichgestellt hat, ist ein besonderer Hinweis auf die juristischen Personen in Art. 101 entbehrlich; *Portmann P.*, a.a.O.

Auch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft untersteht Art. 101, sofern sie aus einem privatrechtlichen Schuldverhältnis verpflichtet ist (zur analogen Anwendung auf öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse: Nr. 509 ff.). Übernimmt beispielsweise eine Gemeinde die Sömmierung von Vieh, so haftet sie nach Art. 101, wenn der von ihr angestellte Alphirt durch Nachlässigkeit gesömmertes Vieh zugrunde gehen lässt

III. Modalitäten der Schadenersatzpflicht

Die Modalitäten der Schadenersatzpflicht aus Art. 101 (Zeitpunkt der Entstehung, Fälligkeit, Verjährung usw.) sind die gleichen, wie wenn der Schuldner für eigenes Verhalten nach Art. 97 ff. haftbar wird. *Für die Modalitäten der Haftung aus Art. 101 darf deshalb auf die Literatur zu jenen Bestimmungen verwiesen werden, die an schuldner eigenes Verhalten anknüpfen.* 345

Zur Illustration sei erwähnt, dass ein Schadenersatzanspruch infolge (objektiver) Unmöglichkeit der Leistung im Moment fällig wird, in dem die Erfüllung hätte erfolgen sollen³⁰⁴, unabhängig davon, ob der Schuldner für eigenes Verschulden nach Art. 97 haftet oder das Verhalten eines Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 zu vertreten hat. 346

(Appellationshof des Kantons Bern in: ZBJV 62, 1926, S. 555 ff.; vgl. auch den Entscheid des Bundesgerichts in: Semjud 85, 1963, S. 537 ff.).

304 v. Tuhr/Escher, § 68 III, S. 104.

4. KAPITEL

Einzelfragen

347 Bis dahin haben wir die Erfüllungsgehilfenhaftung nach Art. 101 in ihren Grundzügen behandelt. In Lehre und Praxis stellen sich verschiedene Einzelfragen, von denen wir abschliessend einige herausgreifen. In der nachstehenden Reihenfolge behandeln wir: *I.* die Beweislastverteilung, *II.* die vertragliche Abänderung der Haftungsordnung, *III.* den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 101, *IV.* die Haftung mehrerer Solidarschuldner für eine gemeinsame Hilfsperson, *V.* die Stellung von Art. 101 in der Regressordnung des Art. 51, *VI.* die Haftbarkeit des Erfüllungsgehilfen, *VII.* die Bedeutung von Art. 101 im Bereiche (vertraglicher) Kausalhaftungen, *VIII.* verwandte Tatbestände, *IX.* die ausservertragliche Hilfspersonenhaftung gemäss Art. 55. Schliesslich sprechen wir unter *X.* überblicksartig von drei weiteren Einzelfragen, deren Behandlung von praktischer Bedeutung ist.

I. Die Verteilung der Beweislast

348 Die Beweislast entscheidet über die Zuerkennung (Nichtzuerkennung) des Anspruchs aus Art. 101 in den Fällen, da eine Tatsache, an deren Vorhandensein (Nichtvorhandensein) sich der Anspruch knüpft, unbewiesen bleibt³⁰⁵ und weder zugegeben noch gerichtsnotorisch ist.

Die Beweislast verteilt sich wie folgt:

- 349 1. Der *Gläubiger* hat Bestand und Umfang des Schadens (Nr. 111), den adäquaten Kausalzusammenhang (Nr. 121) sowie die hypothetische Forderungsverletzung (Nr. 253) nachzuweisen; alles entsprechend der Beweislastverteilung beim Anspruch aus Art. 97. In einem Ausnahmefall trägt der Gläubiger auch die Beweislast mit Bezug auf das hypothetische Verschulden (Nr. 303); dazu gleich nachstehend Nr. 351.
- 350 2. Dem *Schuldner* obliegt der Beweis, dass die Hilfsperson nicht "in Ausübung ihrer Verrichtungen" schädigte (Nr. 282 ff.). Grundsätzlich hat er
- 305 Wann eine Tatsache als bewiesen bzw. unbewiesen zu betrachten ist, bestimmt sich nach den Anforderungen an den Beweis und ist nicht eine Frage der Beweislast.

auch zu beweisen, dass ihn kein hypothetisches Verschulden trifft. Dieser Grundsatz wird im Falle des Art. 161 Abs. 2 durchbrochen:

Haben Gläubiger und Schuldner für den Fall der Nicht- oder nicht gehörigen Erfüllung eine Konventionalstrafe vereinbart, so kann der Gläubiger, wenn in der Folge seine Forderung nicht (gehörig) erfüllt wird, den aus der Forderungsverletzung resultierenden Schaden, soweit dieser die Konventionalstrafe übersteigt, nur einfordern, wenn "er ein Verschulden (gemeint ist: des Schuldners) nachweist" (Art. 161 Abs. 2). Und zwar muss der Gläubiger ein tatsächliches Verschulden nachweisen, wenn die Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung auf dem Verhalten des Schuldners beruht³⁰⁶; und er muss ein hypothetisches Verschulden nachweisen, wenn die Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung auf das Verhalten einer Hilfsperson zurückgeht.

II. Die vertragliche Abänderung der Haftungsordnung von Art. 101

Art. 101 enthält dispositives, nicht zwingendes Recht. Die hier vorgesehene Haftungsordnung kann demnach durch die Parteien abgeändert werden, sei es vor oder nach Eintritt des Haftungsfalles (Nr. 27).

Im folgenden handeln wir nur von der praktisch bedeutsameren Abänderung der gesetzlichen Haftungsordnung vor Eintritt des Haftungsfalles. Zunächst geben wir 1. einige Beispiele haftungsabändernder Vereinbarungen. Darauf sprechen wir 2. ausführlich vom Ausschluss der Haftung.

1. Beispiele abweichender Vereinbarungen

Die Parteien können die in Art. 101 vorgesehene *Haftungsordnung im Rahmen der Vertragsfreiheit beliebig abändern*. Möglich sind beispielsweise:

1. eine *haftungsverschärfende Vereinbarung*, wonach der Schuldner auch für ein Verhalten der Hilfsperson einzustehen hat, das nicht unter den Tatbestand von Art 101 fällt. So kann der Schuldner etwa versprechen, er übernehme die Haftung selbst für den Fall, dass die Hilfsperson nicht in Ausübung ihrer Verrichtungen schädigt oder ein schädigendes Verhalten

306 Oser/Schönenberger, N 15 zu Art. 97; Gauch/Schluep/Jäggi, Nr. 2121.

der Übernahme *ungewöhnlich* waren, so dass er mit ihnen nicht zu rechnen brauchte³¹³.

- 364 Häufig kommt auch vor, dass der Schuldner seine Haftung durch *Anschläge in Lokalen oder auf Baustellen, durch Vermerke in Programmen oder Prospekten* usw. wegzubedingen versucht. Solche Kundgaben stellen nach dem in Nr. 361 Gesagten nur dann einen gültigen Haftungsausschluss dar, wenn sie vom Vertragskonsens erfasst werden³¹⁴. Ist dies nicht der Fall, entfalten sie keine Wirkungen. Ein Beispiel aus der Gerichtspraxis mag dies verdeutlichen: Der Veranstalter eines Bobrennens versuchte, die Haftung für seine Hilfspersonen durch entsprechende Kundgaben auf Tafeln am Eingang zum Rennareal sowie durch Hinweise in den Programmen wegzubedingen. Das Gericht³¹⁵ verneinte einen gültigen Haftungsausschluss: "Die Tafeln beim Eingang waren zu klein und im Gedränge des zuströmenden Publikums leicht zu übersehen. Auch der Hinweis im Programm, auf einer der hintern Seiten zwischen Inseraten eingestreut, war zu unauffällig." Es könne daher, entschied das Gericht, nicht angenommen werden, dass die Rennbesucher sich mit dem Haftungsausschluss einverstanden erklärt hätten.

B. Gesetzliche Schranken

- 365 Ein Haftungsausschluss ist nur in den Schranken des Gesetzes zulässig. Einmal sind die allgemeinen Gültigkeitsschranken für Verträge (Art. 19 f.; Art. 27 ZGB) zu beachten³¹⁶; dazu nachstehend *b*). Ferner und insbesondere ist die Möglichkeit zur Wegbedingung der Haftung durch Art. 101 Abs. 3 beschränkt; dazu nachstehend *c*). Bevor wir uns mit den erwähnten Schranken befassen, präzisieren wir nun zunächst *a*), was unter Schranken der Wegbedingung der Haftung aus Art. 101 zu verstehen ist.

313 Gauch P., Werkvertrag, Nr. 978; Guhl/Merz/Kummer, S. 225. Ausführlich zur sogenannten Ungewöhnlichkeitsregel: *Schönenberger/Jäggi*, N 498 f. zu Art. 1, mit weiteren Hinweisen; *Jäggi/Gauch*, N 472 zu Art. 18.

314 Einzelheiten siehe bei *Oftinger K.*, I, S. 467.

315 Obergericht des Kantons Zürich in: ZR 56 (1955), S. 211.

316 Z.B. *Schraner H.*, Unzulässige Überwälzung und Wegbedingung der Schadenersatzpflicht, Diss. Zürich 1973, S. 71; *Schnyder von Wartensee M.*, Einschränkung und Wegbedingung der Haftung und ihre Grundlagen, Diss. Zürich 1945, S. 51; *Oftinger K.*, I, S. 468; *Schönle H.*, La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexacts, in: Festgabe für Henri Deschenaux, Freiburg i.Ue. 1977, S. 395.

a) Problemstellung

Im folgenden (b, c) behandeln wir (nur) die Schranken, die zu beachten sind, 366 wenn ein *Schuldner, der für seine Erfüllungsgehilfen gemäss Art. 101 haftet*, eine allfällige Haftung zum voraus wegbedingen will. Haftet ein Schuldner für seine Erfüllungsgehilfen nicht gemäss Art. 101, sondern gemäss andern, insbesondere spezialgesetzlichen Bestimmungen (Nr. 108), so unterliegt der Haftungsausschluss eigenen Schranken. Mit diesen befassen wir uns nachstehend nicht. Beispiel: Ein Reiseunternehmen veranstaltet eine "Frühlingsfahrt". Vorgängig der Reise vereinbart das Unternehmen mit den Reiseteilnehmern einen vollständigen Ausschluss der Haftung für irgendwelche mit der Fahrt im Zusammenhang stehende Schäden. Schläft der Fahrzeugführer auf der Fahrt ein und verursacht er dadurch einen Unfall, so richten sich die Ansprüche der geschädigten Reisetilnehmer gegen das Reiseunternehmen nicht nach Art. 101, sondern nach Art. 58 SVG, falls das Unternehmen Halter des Cars ist, mit dem die Reise unternommen wurde (vgl. Nr. 108). Ob der vereinbarte Haftungsausschluss gültig ist oder ob er gegen die Schranken verstösst, denen der Ausschluss der Haftung aus Art. 58 SVG unterliegt, ist eine Frage, auf die sich die nachstehenden Ausführungen nicht beziehen.

b) Die allgemeinen Gültigkeitsschranken für Verträge

Allgemeine Gültigkeitsschranken für Vertragsabreden bilden namentlich die 367 *öffentliche Ordnung, die guten Sitten und das Recht der Persönlichkeit* (Art. 19 Abs. 2, Art. 20; Art. 27 Abs. 2 ZGB). Diese allgemeinen Schranken gelten, wie erwähnt (Nr. 365), auch für Freizeichnungsklauseln. Umstritten ist hiebei die Frage, wie die *Wegbedingung der Haftung für körperliche Schädigungen des Gläubigers* rechtlich zu behandeln ist:

Nach richtiger Ansicht ist in der Wegbedingung der Haftung für körperliche 368 Schädigungen des Gläubigers grundsätzlich ein Verstoß gegen das Recht der Persönlichkeit zu sehen³¹⁷. Der Ausschluss der Haftung bedeutet zwar unmittelbar nur einen an sich unbedenklichen Verzicht auf Geldersatz (Ersatz für Heilungskosten, Lohnausfall usw.). Mittelbar aber leistet der Haftungsausschluss einer Verletzung der körperlichen Integrität des Gläubigers Vor-

317 Tercier P., De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages, in: Festschrift Assista 1968–1978, Genf 1979, S. 266, mit weiteren Hinweisen. Für Zulässigkeit einer Wegbedingung der Haftung für Körperschäden: v. Büren B., I, S. 407 Anm. 214; Neuenschwander M., S. 102.

schub, indem er dem Schuldner den Anreiz nimmt, alles vorzukehren, um eine Schädigung des Gläubigers zu vermeiden. In dieser mittelbaren Wirkung des Haftungsausschlusses ist grundsätzlich ein Verstoss gegen Art. 27 ZGB zu erblicken, denn eine Vereinbarung (Haftungsausschluss), welche die körperliche Integrität eines Menschen auch nur in Gefahr bringt, muss als mit dem Recht der Persönlichkeit unvereinbar betrachtet werden³¹⁸. Ausnahmsweise ist indes ein Haftungsausschluss auch für körperliche Schädigungen als zulässig zu erachten; so etwa dann, wenn sich jemand zu einer Leistung nicht verpflichten will, weil ihm nur ungeübte Hilfskräfte zur Verfügung stehen, und er sich schliesslich auf Drängen des an der Leistung Interessierten doch bereit erklärt, die betreffende Leistung – allerdings unter Wegbedingung der Haftung für seine Hilfskräfte – zu erbringen. Ob der Ausschluss der Haftung für Personenschäden des Gläubigers ausnahmsweise als zulässig zu erachten ist, kann nur nach den Verumständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der im Spiele stehenden Interessen entschieden werden³¹⁹.

c) Die Schranken des Art. 101 Abs. 3

- 369 Gemäss Art. 101 Abs. 3 “darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden”, 1. wenn “der Verzichtende im Dienst des andern” steht, 2. wenn “die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes” folgt³²⁰.

Im folgenden klären wir zunächst unter *aa)* die Bedeutung des “leichtes Verschuldens” im Sinne von Art. 101 Abs. 3. Darauf befassen wir uns unter *bb)* und *cc)* mit den beiden vorerwähnten Fällen, in denen nach Art. 101 Abs. 3 die Haftung nur für leichtes Verschulden wegbedungen werden kann. Schliesslich setzen wir uns unter *dd)* mit der These von Stockar, wonach Art. 101 Abs. 3 auf Haftungsausschlüsse in AGB analoge Anwendung findet, auseinander.

318 Lörtscher Th., S. 222, mit weiteren Hinweisen.

319 Lörtscher Th., S. 223.

320 Den Schranken des Art. 101 Abs. 3 unterliegt nicht nur der völlige Haftungsausschluss, sondern auch die blossе Haftungsbeschränkung (z.B. auf einen maximalen Haftungsbetrag: Nr. 357): Neuenschwander M., S. 99; Gautschi G., zit. in Anm. 188, S. 20 f.; vgl. auch Gauch P., Werkvertrag, Nr. 975.

aa) Das "leichte Verschulden" im Sinne von Art. 101 Abs. 3

Fraglich ist, ob Art. 101 Abs. 3 mit dem "leichten Verschulden" ein leichtes Verschulden der Hilfsperson oder aber ein leichtes hypothetisches Verschulden (Nr. 303) des Geschäftsherrn und Schuldners meint. Der Wortlaut der Bestimmung lässt beide Deutungsmöglichkeiten offen. *Richtigerweise ist das "leichte Verschulden" als leichtes hypothetisches Verschulden zu verstehen.* Allein diese Ansicht passt zur Auffassung, wonach es für die Haftung nach Art. 101 nicht auf ein Verschulden der Hilfsperson, sondern einzig auf ein hypothetisches Verschulden des Geschäftsherrn ankommt (Nr. 313). In den in Nr. 369 angeführten beiden Fällen darf also der Schuldner die Haftung höchstens für ein solches Verhalten der Hilfsperson wegbedingen, das ihm selber, würde er wie die Hilfsperson handeln, zum leichten Verschulden reichen würde.

bb) Beschränkte Möglichkeit zum Haftungsausschluss für den Arbeitgeber

Art. 101 Abs. 3 findet einmal dann Anwendung, wenn der Gläubiger "im Dienst des andern", des Schuldners, steht: *Dem Arbeitgeber ist verwehrt, die Haftung gegenüber seinen Arbeitnehmern für schweres hypothetisches Verschulden wegzubedingen.* Das Begriffspaar Arbeitgeber/Arbeitnehmer ist dabei in einem weiteren Sinne zu verstehen als in Art. 319: Art. 101 Abs. 3 kommt schon zur Anwendung "beim Zuzug des Gläubigers als Arbeitskraft bloss für einzelne Gelegenheiten, so dass mangels längerer zeitlicher Bindung des Gläubigers kein Arbeitsvertrag (sc. im Sinne von Art. 319) vorliegt"³²¹.

Art. 101 Abs. 3 ist nur anwendbar auf Haftungsausschlüsse, die *während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses* vereinbart werden. Haftungswegbedingende Parteiabreden bei Abschluss des Arbeitsvertrages unterliegen hingegen den Schranken des Art. 101 Abs. 3 nicht³²². Für diese Ansicht spricht sowohl der Wortlaut von Art. 101 Abs. 3 als auch dessen ratio legis, wonach (bloss) "die

321 Lörtscher Th., S. 161.

322 Lörtscher Th., S. 161; v. Tuhr/Escher, § 69 VI, S. 119 Anm. 38; zu Unrecht behaupten v. Tuhr/Escher, a.a.O., Gautschi G., zit. in Anm. 188, vertrete auf S. 39 die gegenteilige Auffassung. An der zitierten Stelle befasst sich Gautschi gar nicht mit dem Problem, ob Art. 101 Abs. 3 nur auf Haftungsausschlüsse bei Eingehung des Arbeitsverhältnisses Anwendung findet oder auch auf solche, die während des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden.

sozial und ökonomisch abhängige Partei in ihren Rechten geschützt" werden soll³²³.

cc) Beschränkte Möglichkeit zum Haftungsausschluss
für die obrigkeitlich konzessionierten Gewerbebetriebe

373 Art. 101 Abs. 3 findet weiter Anwendung auf die Haftung der obrigkeitlich konzessionierten Gewerbebetriebe gegenüber ihren Gläubigern. Was unter einem solchen Betrieb zu verstehen ist, darüber sind sich Lehre und Rechtsprechung *nicht einig*:

374 1. Nach einem *Grossteil der Lehre* werden von Art. 101 Abs. 3 nicht nur diejenigen Gewerbebetriebe erfasst, deren Ausübung eine echte Konzession im verwaltungsrechtlichen Sinn erforderlich macht, sondern auch jene Betriebe, zu deren Ausübung es einer Polizeierlaubnis bedarf³²⁴. Kurz: Nach dieser Lehrmeinung fallen unter den Begriff des "obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes" im Sinne von Art. 101 Abs. 3 *alle Gewerbe, zu deren Ausübung man eine behördliche (kantonale oder eidgenössische) Bewilligung benötigt*, so z.B. "Taxibetriebe, Gas-, Wasser-, Elektrizitäts- und Atomkraftwerke, der Arzt-, Tierarzt-, Apotheker- und Anwaltsberuf, ... aber auch der Betrieb eines Restaurants oder eines Hotels, der Salz- und der Pulververkauf"³²⁵. Umstritten ist, ob die Banken zu den obrigkeitlich konzessionierten Unternehmen im Sinne von Art. 101 Abs. 3 gehören³²⁶. Angesichts von Art. 3 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 müssen u.E. die Banken dem Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 3 ebenfalls unterstellt werden.

375 2. Das *Bundesgericht* (BGE 91 I 233) und verschiedene Autoren³²⁷ legen Art. 101 Abs. 3 einschränkend aus und verstehen unter "obrigkeit-

323 v. Tuhr/*Escher*, § 69 VI, S. 119.

324 Z.B. *Oser/Schönenberger*, N 5 zu Art. 100; *Lörtscher* Th., S. 162; *Stockar* C.H., S. 25, 48; gleich schon zum aOR: *Schneider/Fick*, N 3 zu Art. 114.

325 *Stockar* C.H., S. 25 u./26 o.

326 Die Banken zu den obrigkeitlich konzessionierten Unternehmungen zählend: *Habicht* R.E., *Der Checkvertrag und das Checkrecht*, Diss. Zürich 1956, S. 41; *Vieli* L., *Die Rechtsfolgen des Checkverlustes nach schweizerischem und nach französischem Recht*, Diss. Zürich 1954, S. 121. Entgegengesetzter Ansicht: *Kleiner* B., *Girovertrag (Der Auftrag an die Bank zur Besorgung des Zahlungsverkehrs)*, Zürich 1960, S. 53.

327 Z.B. *Ackermann* J., *Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden nach schweizerischem Recht*, Diss. Zürich 1931, S. 69 ff.; wohl auch v. Tuhr/*Escher*, § 69 VI, S. 119.

lich konzessionierten Gewerben" im Sinne dieser Bestimmung nicht alle obrigkeitlich konzessionierten Unternehmen im vorstehend (Nr. 374) umschriebenen Sinne, sondern nur solche, denen eine *Monopolstellung* zukommt. Begründet wird diese restriktive Auslegung des Art. 101 Abs. 3 mit dessen angeblicher *ratio legis*: Durch diese Bestimmung solle nur "der Private, der wegen der Monopolstellung des Konzessionsinhabers zwangsläufig mit diesem kontrahieren muss, geschützt werden"³²⁸ (BGE 71 II 239³²⁹). Man würde erwarten, dass das Bundesgericht aus der von ihm behaupteten *Ratio* des Art. 101 Abs. 3 folgert, Monopolisten würden dem Anwendungsbereich der besagten Bestimmung in jedem Fall unterstehen; auch dann, wenn sie kein konzessioniertes Gewerbe betreiben. Diesen Schluss zieht das Bundesgericht indessen nicht; gemäss BGE 94 II 207 f. werden Schuldner mit Monopolstellung vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 nur erfasst, wenn sie ein konzessioniertes Gewerbe ausüben³³⁰.

U.E. findet Art. 101 Abs. 3 Anwendung auf alle obrigkeitlich konzessionierten Unternehmungen im Sinne der Nr. 374. Ob solche Unternehmen eine Monopolstellung einnehmen oder nicht, ist bedeutungslos. Umgekehrt führt eine Monopolstellung nicht ohne weiteres zur Anwendung von Art. 101 Abs. 3, sondern nur dann, wenn sie einem obrigkeitlich konzessionierten Unternehmen zukommt. Unsere Ansicht gründet in folgender Überlegung: Wer zur Ausübung eines Gewerbes eine staatliche Bewilligung erhalten hat, gilt im Verkehr als Fachmann, der Gewähr bietet für eine besonders zuverlässige Vertragserfüllung. Er nimmt gegenüber potentiellen Vertragspartnern eine Vertrauensstellung ein. "Wenn z.B. ein Jurist auf Grund bestandener Examina das Anwaltspatent erhält, so liegt darin auch eine Bescheinigung

328 Aufgrund der angeführten *Ratio* verlangt das Bundesgericht für die Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 3 weiter, dass zwischen dem Konzessionär und seinem Gläubiger ein Abhängigkeitsverhältnis besteht; stehen die Parteien, z.B. zwei konzessionierte Bahnunternehmungen, nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis, so bleibt es bei der Regel von Art. 101 Abs. 2, wonach die Haftung für Hilfspersonen vollständig wegbedungen werden kann (BGE 71 II 239, 91 I 233). Kritisch zu dieser Auffassung des Bundesgerichts: *Stockar C.H.*, S. 26 ff.

329 Vgl. auch BGE 91 I 233: "Effectivement, l'exception faite par l'art. 101 al. 3 CO ne se justifie que par l'existence d'un rapport de dépendance entre le particulier et son cocontractant, au monopole duquel il ne peut échapper en s'adressant ailleurs."

330 Indessen kann der vollständige Ausschluss der Haftung für Hilfspersonen durch solche Schuldner gegen die allgemeinen Gültigkeitsschranken für Verträge (Nr. 367 f.) verstossen; vgl. *Becker H.*, N 10 zu Art. 100. Vgl. auch den Entscheid des BGH in: NJW 28 (1975), S. 599, mit Bezug auf das deutsche Recht.

dafür, dass er vor Gericht mit der nötigen Sachkunde auftreten und die ihm anvertrauten Interessen seiner Mandanten zuverlässig wahren kann³³¹. Der Zweck von Art. 101 Abs. 3 liegt nun darin, zu verhindern, dass eine solche aufgrund einer staatlichen Bewilligung erlangte Vertrauensstellung dazu missbraucht wird, einen Haftungsausschluss durchzusetzen³³². Aus diesem Zweckgedanken heraus ergibt sich, dass Art. 101 Abs. 3 nicht nur auf Gewerbe Anwendung findet, deren Ausübung eine Konzession im engen verwaltungsrechtlichen Sinne voraussetzt, sondern auch auf Gewerbe, für deren Ausübung lediglich eine Polizeierlaubnis benötigt wird. Denn auch die Polizeierlaubnis verschafft dem Bewilligungsempfänger eine besondere Vertrauensstellung. Der dargelegte Zweckgedanke von Art. 101 Abs. 3 stellt auch klar, dass es für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung nicht darauf ankommen kann, ob ein Gewerbetreibender eine Monopolstellung einnimmt oder nicht: Entscheidend ist, ob der Schuldner eine Vertrauensstellung einnimmt, wogegen nicht von Belang ist, ob ihm auch eine Monopolstellung zukommt.

dd) Sinngemässe Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 3
auf Haftungsausschlüsse in AGB? (Zur These von Stockar)

a) *Die These von Stockar*

378 Stockar vertritt in seiner Dissertation über die richterliche Korrektur von Standardverträgen die *Auffassung*, Art. 101 Abs. 3 (ebenso wie Art. 100 Abs. 2) *finde auf Haftungsausschlüsse in AGB sinngemässe Anwendung*³³³; in der Weise, dass die Haftung in AGB auch dann nur für leichtes hypothetisches Verschulden wegbedungen werden kann, wenn es sich nicht um die Haftung aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes oder des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern handelt.

379 *Stockar begründet seine These folgendermassen:* Zum Erlass von Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 sei der Gesetzgeber durch den Umstand veranlasst worden, dass eine Reihe der ein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe betreibenden Unternehmer regelmässig und meist mit Erfolg versuchte, beim Abschluss von Verträgen über die von ihnen öffentlich angebotenen Leistun-

331 Stockar C.H., S. 38 u.

332 Ähnlich: Lörtscher Th., S. 162.

333 Stockar C.H., namentlich S. 35 ff.

gen ihre Haftung zum voraus in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen auszuschliessen. Durch solch generelle Haftungsausschlüsse sei die Abweichung vom gesetzlichen Haftungsrecht zur Regel erhoben und damit "das Prinzip der Haftung in seiner schadenspräventiven Funktion"³³⁴ (vgl. Nr. 31 f.) beeinträchtigt worden; die generelle Wegbedingung der Haftung habe dem konzessionierten Unternehmer den Anreiz genommen, seinen Betrieb möglichst sorgfältig einzurichten und zu organisieren, um Schädigungen der Gläubiger zu vermeiden. Eine solche Gefährdung des Haftungsprinzips der Schadensprävention habe der Gesetzgeber als mit der öffentlichen Ordnung (Art. 19 Abs. 2) unvereinbar empfunden, weshalb er dagegen durch den Erlass von Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 eingeschritten sei. Stockar fährt fort, der Gesetzgeber habe in den Artikeln 100 Abs. 2 und 101 Abs. 3 nur die konzessionspflichtigen Unternehmer erfasst, da im Zeitpunkt des Erlasses der zitierten Bestimmungen nur diese Unternehmer AGB verwendet hätten. Heute, da auch andere Unternehmergruppen AGB verwendeten, bestehe die Gefahr, dass diese durch eine generelle Wegbedingung der Haftung gegen das Haftungsprinzip der Schadensprävention und damit gegen die öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 verstossen. Dem sei entgegenzutreten, indem man Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 auf AGB ganz allgemein und nicht nur auf solche der konzessionierten Unternehmungen zur Anwendung bringe.

β) *Ablehnung der These von Stockar*

Vorweg sei Stockar zugegeben, dass durch eine generelle Wegbedingung der Haftung das Haftungsprinzip der Schadensprävention gefährdet wird. Trotzdem dürfte der Zweck von Art. 101 Abs. 3 nicht darin zu suchen sein, den Ausschluss der Haftung in AGB einzuschränken. Durch den Erlass von Art. 101 Abs. 3 strebte der Gesetzgeber vielmehr an, zu verhindern, dass eine aufgrund einer staatlichen Bewilligung erlangte Vertrauensstellung zur Durchsetzung eines Haftungsausschlusses missbraucht wird (Nr. 377). 380

Steht man auf diesem Standpunkt, so erhält man Antwort auf die von Stockar offengelassene Frage, warum Art. 101 Abs. 3 alle konzessionierten Gewerbe erfasst und nicht nur jene, die vorformulierte Vertragsbedingungen verwenden; weil eben auch konzessionierte Betriebe, die ihre Verträge nicht mittels AGB schliessen, eine Vertrauensstellung einnehmen, die nicht zur Durchsetzung eines Haftungsausschlusses ausgenutzt werden darf. 381

334 Stockar C.H., S. 41.

- 382 Sieht man die Ratio von Art. 101 Abs. 3 in der Verhinderung von Vertrauensmissbrauch, so wird auch erklärlich, warum die besagte Bestimmung nur die konzessionierten Unternehmen erwähnt und nicht alle Unternehmen, die AGB verwenden. Stockar schreibt dies dem Umstand zu, dass zur Zeit des Erlasses von Art. 101 Abs. 3 nur konzessionierte Unternehmungen AGB verwendeten (Nr. 379). Indes war schon damals vorauszusehen, dass künftig auch andere als konzessionierte Unternehmungen ihre Verträge mittels AGB schliessen könnten. Der Gesetzgeber hätte daher wohl, wenn es ihm um die Beschränkung der Möglichkeit zum Haftungsausschluss gegangen wäre, das Problem in allgemeiner Weise behandelt und sich nicht damit begnügt, dem Problem gleichsam versteckt über die Nennung der konzessionierten Gewerbe beizukommen.
- 383 Ist die Ratio von Art. 101 Abs. 3 nicht darin zu suchen, den konzessionierten Unternehmen zu verwehren, Haftungsausschlüsse in AGB durchzusetzen, so kann Art. 101 Abs. 3, wie sich von selbst versteht, nicht aufgrund sinngemässer Anwendung dazu gebraucht werden, die Wegbedingung der Haftung in AGB ganz allgemein zu beschränken. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass jeder Haftungsausschluss in AGB, auch solcher für grobes hypothetisches Verschulden, zulässig ist. Es ist vielmehr im Einzelfall noch zu prüfen, ob ein Haftungsausschluss nicht gegen die allgemeinen Gültigkeitsschranken für Verträge (Nr. 367 f.) verstösst. Namentlich ist zu untersuchen, ob die Wegbedingung der Haftung unsittlich ist (z.B. infolge Missbrauchs einer Monopolstellung) oder das Haftungsprinzip der Schadensprävention in einer Weise gefährdet, dass ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung vorliegt. Ein solcher Verstoss ist nach neuerer Lehrmeinung³³⁵ beispielsweise darin zu sehen, dass alle Schweizer Banken ihre Haftung für unrichtige Auskünfte durch ihre Hilfspersonen ausschliessen.

C. Folgen eines unzulässigen Haftungsausschlusses

- 384 Verstösst eine haftungsausschliessende Vertragsklausel gegen die unter B. erwähnten Schranken, so hat dies *auf jeden Fall* (ganze oder teilweise) Nichtigkeit der betreffenden Klausel zur Folge. *Möglicherweise* ist darüber hinaus der ganze Vertrag, dessen Bestandteil die Klausel bildet, nichtig. Im einzelnen:

335 Schönle H., zit. in Anm. 316, S. 395, mit weiteren Hinweisen.

1. Lehre und Rechtsprechung gehen darin einig, dass eine *haftungsausschliessende Klausel insoweit nichtig ist, als sie die Haftung über das gesetzlich zulässige Mass hinaus wegbedingt*³³⁶. 385

Ist ein Haftungsausschluss überhaupt unzulässig, so ist die haftungsausschliessende Klausel demnach gänzlich von der Nichtigkeit betroffen. 386
Beispiel: Folgt man der Ansicht, wonach die Wegbedingung der Haftung für körperliche Schäden (grundsätzlich) absolut unzulässig ist (Nr. 368), so ist eine Vereinbarung, welche die Haftung für solche Schäden ausschliesst, völlig nichtig.

Ist ein Haftungsausschluss zulässig, aber nur innert bestimmter Schranken, 387
so ist die haftungsausschliessende Vereinbarung nicht völlig nichtig, sondern nur insoweit, als sie die betreffenden Schranken missachtet. Beispiel: Ein Arbeitgeber, der gegenüber seinen Arbeitnehmern jegliche Haftung für seine Hilfspersonen wegbedungen hat, haftet trotzdem für grobes hypothetisches Verschulden; von der Haftung für leichtes hypothetisches Verschulden ist er hingegen befreit, da in diesem Rahmen ein Haftungsausschluss gemäss Art. 101 Abs. 3 zulässig ist.

2. Hätte der Schuldner den Vertrag ohne die (ganz oder teilweise) nichtige 388
Haftungsklausel nicht geschlossen, so ist *der gesamte Vertrag nichtig* (Art. 20 Abs. 2)³³⁷. Die Nichtigkeit weist die Besonderheit auf, dass sie vom Richter nicht von Amtes wegen zu beachten ist, sondern nur auf Antrag hin, und zwar auf Antrag des Schuldners³³⁸. Der Gläubiger, der durch den Wegfall der haftungsausschliessenden Klausel begünstigt ist, kann sich nicht darauf berufen, der Vertrag wäre ohne die (ganz oder teilweise) nichtige Haftungsklausel überhaupt nicht geschlossen worden, weshalb er ganz nichtig sei (BGE 81 II 622, 80 II 336).

Die umschriebene Rechtslage ist nicht unbestritten. Einzelne Autoren 389
vertreten die Ansicht, der Schuldner könne sich nie auf Ganznichtigkeit des Vertrages berufen³³⁹. Diese Auffassung ist verfehlt: Art. 20 Abs. 2 findet nach seinem klaren Wortlaut immer Anwendung, wenn "bloss einzelne Teile des Vertrages" mangelhaft sind; die haftungsausschliessenden Teile sind nicht ausgenommen. Unter diesen Umständen müssten schon

336 Schraner H., zit. in Anm. 316, S. 80 Anm. 1; Bucher E., S. 305; Lörtscher Th., S. 169, mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und weitere Literatur.

337 Obergericht des Kantons Zürich in: ZR 56 (1955), S. 212.

338 Guhl/Merz/Kummer, S. 67; Lörtscher Th., S. 228.

339 v. Tuhr/Escher, § 69 VI, S. 119; Ackermann J., zit. in Anm. 327, S. 89 f. Lörtscher Th. unterscheidet. Nach ihm soll Art. 20 Abs. 2 keine Anwendung finden, wenn ein Haftungsausschluss gegen Art. 101 Abs. 3 verstösst (S. 170), hingegen anwendbar sein bei Verstoß einer haftungsausschliessenden Klausel gegen die allgemeinen Gültigkeitsschranken für Verträge (S. 226).

namhafte Gründe vorliegen, wollte man die haftungsausschliessenden Klauseln vom Anwendungsbereich der besagten Bestimmung ausnehmen. Solche Gründe werden von den Autoren, welche sich gegen die Anwendbarkeit von Art. 20 Abs. 2 aussprechen, nicht angeführt und sind auch (*de lege lata*) nicht ersichtlich. Es gilt demnach die in Nr. 388 dargestellte Rechtslage.

III. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 101

- 390 Liegt ein im Sinne von Art. 101 tatbestandsmässiger Sachverhalt vor, so ist damit noch nicht entschieden, dass Art. 101 zur Anwendung gelangt, und der Gläubiger nach dieser Bestimmung Schadenersatz verlangen kann. Vielmehr bleibt zu prüfen, ob Art. 101 nicht nach den Regeln über den örtlichen, zeitlichen oder sachlichen Anwendungsbereich von der Anwendung ausgeschlossen ist (vorne Nr. 102).

Im folgenden behandeln wir den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 101; wir befassen uns also mit der Frage, inwieweit Art. 101 wegen Bestimmungen, die ausschliessliche Geltung beanspruchen, nicht anwendbar ist (siehe schon vorne Nr. 108). Wir zeigen 1. überblicksartig auf, welche Bestimmungen gegenüber Art. 101 exklusive Geltung beanspruchen. Darauf greifen wir unter 2. und 3. zwei Bestimmungen heraus, die den Anwendungsbereich von Art. 101 wesentlich einschränken (Art. 399 und Art. 129 Abs. 2 KUVG).

1. Bestimmungen, die den Anwendungsbereich von Art. 101 einschränken (Überblick)

- 391 *Ausschliessliche Geltung gegenüber Art. 101 beanspruchen insbesondere die haftungsbegründenden Bestimmungen der Spezialgesetze*³⁴⁰. Ein Spezial-

340 Zu beachten ist: In den Anwendungsbereich einer Bestimmung, die gegenüber Art. 101 ausschliessliche Geltung beansprucht, fällt unter Umständen auch ein Sachverhalt, der nicht tatbestandsmässig im Sinne dieser Bestimmung ist. Daraus kann sich ergeben, dass der durch einen Erfüllungsgehilfen geschädigte Gläubiger keine Schadenersatzansprüche geltend machen kann, obwohl der Tatbestand von Art. 101 erfüllt ist: Nach Art. 101 ist er nicht ersatzberechtigt, weil dieser Artikel wegen der exklusiv geltenden Bestimmung nicht anwendbar ist; nach dieser letzteren Bestimmung steht ihm kein Ersatz zu, weil der Sachverhalt eben nicht tatbestandsmässig ist.

gesetz (EHG, SVG, EIG, LFG usw.) genießt “in allen Punkten, die es nach seinem Wortlaut und seinem Sinn selbständig regelt, gegenüber den allgemeinen Bestimmungen des OR den Vorrang” (BGE 84 II 207)³⁴¹. Von diesem Ausschluss des OR ist auch die Vertragshaftung inklusive der Haftung aus Art. 101 betroffen³⁴². Beispiel: Wird ein mit der Eisenbahn Reisender durch einen vom Zugführer verschuldeten Unfall geschädigt, so kann er den Inhaber der Eisenbahn für den Personenschaden³⁴³ nur nach Art. 1 EHG, also nicht nach Art. 101 belangen³⁴⁴.

Im Unterschied zu den haftungsbegründenden Bestimmungen der Spezialgesetze sind die *meisten haftungsbegründenden Bestimmungen des OR wie auch des ZGB neben Art. 101 alternativ anwendbar*³⁴⁵. Dies gilt beispielsweise für die Art. 41, 55, 56, 58 und 97. Weist also z.B. ein Sachverhalt die Tatbestandsmerkmale sowohl von Art. 101 als auch Art. 97 auf, so kann der Gläubiger seinen Schadenersatzanspruch wahlweise auf eine der beiden Bestimmungen abstützen; dies wurde vorne Nr. 234 für den Fall der unerlaubten Verwendung einer Hilfsperson dargetan, gilt aber allgemein (siehe auch Anm. 19).

Immerhin haben auch einzelne Bestimmungen des OR gegenüber Art. 101 *ausschliessliche Geltung*. So insbesondere Art. 399, von dem gleich nachstehend ausführlich zu handeln ist.

2. Art. 399; beschränkter Anwendungsbereich von Art. 101 im Auftragsrecht

A. Anwendungsbereich des Art. 101: Abhängigkeit von der Begriffsbestimmung des Substituten

Eine wesentliche Einschränkung erfährt der Anwendungsbereich von Art. 101 im Auftragsrecht: Der Beauftragte haftet nur für solche Erfüllungsgehilfen

341 Dies gilt auch dann, wenn das Spezialgesetz vor dem OR erlassen wurde (BGE 84 II 207).

342 Z.B. das Bundesgericht in: ZR 10 (1911), S. 47; *Oftinger K.*, I, S. 479 Anm. 8. A.M. *Çaga M.T.*, Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche ..., Diss. Zürich 1939, S. 179.

343 Die Haftung für Sachschaden richtet sich nach Art. 11 EHG.

344 *Oftinger K.*, I, S. 479 Anm. 8.

345 So die herrschende Lehre und Rechtsprechung, die *Oftinger K.*, I, S. 484 Anm. 24 ff., zitiert. Derselbe weist in Anm. 29 auch auf abweichende Lehrmeinungen hin.

nach Art. 101, die nicht Substituten im Sinne von Art. 399 sind. Zu beachten ist, dass Art. 399 nicht allein beim einfachen Auftrag Anwendung findet, sondern kraft subsidiärer Geltung auch bei andern Vertragsarten, so z.B. dem Mäklervertrag (Art. 412 Abs. 2), der Kommission (Art. 425 Abs. 2) und dem Speditionsvertrag (Art. 439 i.V.m. Art. 425 Abs. 2).

395 *Substituten sind Erfüllungsgehilfen, denen der Beauftragte "die Besorgung des Geschäftes", d.h. die gesamte geschuldete Tätigkeit³⁴⁶, übertragen hat* (Art. 399 Abs. 1). Hat der Beauftragte einen Substituten befugterweise beigezogen, "so haftet er nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion" desselben (Art. 399 Abs. 2). Bei unbefugtem Beizug "haftet er für dessen Handlungen, wie wenn es seine eigenen wären" (Art. 399 Abs. 1). Der Anwendungsbereich von Art. 101 wird lediglich durch Art. 399 Abs. 2 eingeschränkt, der eine bedeutend mildere Haftung vorsieht als Art. 101. Demgegenüber ist in Art. 399 Abs. 1 eine blosse Anwendungsbestimmung von Art. 101 zu sehen³⁴⁷.

396 *Im folgenden geht es um die Begriffsbestimmung des Substituten und damit um die Beantwortung der Frage, wieweit Art. 101 durch Art. 399 von der Anwendung ausgeschlossen ist.*

B. Begriffsbestimmung des Substituten in Lehre und Rechtsprechung

397 Die Frage, wer Substitut ist, findet in Lehre und Rechtsprechung keine einheitliche Antwort. Insbesondere *drei Standpunkte* werden vertreten:

398 1. Eine Vielzahl der Autoren und Gerichtsentscheide bezeichnet denjenigen als Substituten, der die Leistung des Beauftragten erbringt, ohne tatsächlich von diesem geleitet und beaufsichtigt zu sein. Nach dieser Ansicht ist also kennzeichnendes Merkmal des Substituten seine *technische Selbstständigkeit* mit Bezug auf das Erbringen der Beauftragtenleistung³⁴⁸.

346 Nur unter besonderen Umständen kann sich Substitution bloss auf einen Teil des Auftrags erstrecken, "z.B. auf ein Teilquantum beim Einkaufsauftrag": Oser/Schönenberger, N 3 zu Art. 399.

347 Becker H., N 19 zu Art. 101; Hofstetter J., zit. in Anm. 197, S. 73 Anm. 16.

348 Z.B. v. Tuhr/Escher, § 70 II, S. 124; Tschudi W.J., S. 35; Ab Egg A., Die Vollmacht des Substitutionsmandatars, Diss. Basel 1931 (Maschinenschrift), S. 13 f., zitiert nach Bächler H., S. 19 Anm. 2; Bezzola A.G., S. 63; für technisch selbständige Verichtung qualifizierter Arbeit: Gautschi G., Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz, Zürich 1953, S. 37. Aus der Rechtsprechung seien erwähnt: Handelsgericht des Kantons Zürich in: ZR 30 (1931), S. 203 r. Sp.; 34 (1935), S. 138 r. Sp.; Obergericht des Kantons Zürich in: ZR 52 (1953), S. 352 r. Sp.

2. Eine andere stark verbreitete Meinung verlangt neben der technischen auch die *wirtschaftliche Selbständigkeit* des Erfüllungsgehilfen. Wirtschaftlich selbständig ist jener Erfüllungsgehilfe, der zum Beauftragten in keinem Unterordnungsverhältnis (Nr. 198) steht. Substitution liegt nach dieser Ansicht demnach vor, wenn ein Erfüllungsgehilfe die Beauftragtenleistung erbringt, ohne vom Beauftragten tatsächlich geleitet und beaufsichtigt zu werden und ohne dessen Aufsichts- und Weisungsgewalt auch nur potentiell (insbesondere aufgrund eines Arbeitsvertrages³⁴⁹) zu unterstehen³⁵⁰.
3. Einen ganz andern Standpunkt nimmt *Bächler*³⁵¹ ein. Seines Erachtens befasst sich Art. 399 gar nicht mit dem Tatbestand, da der Beauftragte eine eigene Verpflichtung durch einen Dritten erfüllen lässt. Vielmehr sei Regelungsgegenstand dieser Bestimmung der Fall, da die Pflicht des Beauftragten lediglich darin bestehe, einen Dritten auszuwählen, damit dieser für den Auftraggeber eine Leistung erbringe (Dienstverschaffungsvertrag). Art. 399 Abs. 2 würde also bloss den allgemeinen Grundsatz festhalten,

349 Nach dieser Ansicht haftet also der Beauftragte für Arbeitnehmer (mit Erfüllungsgehilfenqualität) immer unter den Voraussetzungen von Art. 101, auch wenn sie die Beauftragtenleistung (technisch) völlig selbständig erbringen. Wenn beispielsweise ein Anwalt seinen Praktikanten erlaubterweise einen "Fall" bearbeiten lässt, ohne ihn zu instruieren und zu kontrollieren, so haftet er für allfällige Fehler des Praktikanten trotzdem gemäss Art. 101 und nicht Art. 399 Abs. 2; es fehlt dem Praktikanten eben die wirtschaftliche Selbständigkeit, welche für die Anwendung von Art. 399 vorausgesetzt wird.

350 *Oser/Schönenberger*, N 2 zu Art. 399; *Keller A.*, S. 317; *Dobler K.*, S. 34; *Schnyder B.*, S. 106. Nach *Gautschi G.*, N 40c zu Art. 398, liegt Substitution nur vor bei Ausführung persönlicher Beauftragtenverrichtungen durch einen Dritten, der zum Beauftragten in einem Unterauftragsverhältnis steht. — Das Bundesgericht hat sich mit der Begriffsbestimmung des Substituten immer wieder zu befassen, wenn streitig ist, ob der Spediteur für den erlaubterweise beigezogenen Zwischenspediteur nach Art. 399 Abs. 2 (i.V.m. Art. 439 und Art. 425 Abs. 2) oder Art. 101 haftet. Es scheint auf die technische Selbständigkeit abzustellen, wenn es als entscheidend ansieht, ob der Zwischenspediteur "die ihm übertragene Aufgabe selbständig erledigt" (BGE 103 II 62). Zwischen Spediteur und Zwischenspediteur bestand allerdings in den zu beurteilenden Fällen auch kein Unterordnungsverhältnis (BGE 103 II 60 ff., 94 II 207, 77 II 159). In BGE 92 II 238 ff. wurde der mit der Demontage eines Krans Beauftragte nach Art. 101 haftbar gemacht, obwohl der den Auftrag ausführende Arbeitnehmer technisch selbständig war; das Bundesgericht betrachtet also offenbar nur jenen Erfüllungsgehilfen als Substituten, der auch wirtschaftlich selbständig ist. Aus der kantonalen Rechtsprechung seien erwähnt: Cour d'appel des Kantons Freiburg in: JT 95 (1947), S. 26; Handelsgericht des Kantons Bern in: ZBJV 86 (1950), S. 422.

351 *Bächler H.*, insbesondere S. 67 ff.; ähnlich: *v. Büren B.*, I, S. 397 f.; II, S. 131; *Friedrich H.-P.*, Fragen aus dem Auftragsrecht, in: ZBJV 91 (1955), S. 458 ff.; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 433. Wie *v. Büren B.*: *Baerlocher J.R.* in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Obligationenrecht — Besondere Vertragsverhältnisse, Basel/Stuttgart 1977, S. 674.

dass, wer dem Gläubiger die Leistung eines Dritten zu verschaffen (und nicht selbst zu leisten) hat, nur für gehörige Auswahl und Instruktion desselben haftet (vgl. vorne Nr. 154 f. und Anm. 124).

401 Nach Ansicht Bächlers ist also der Substitut gar nicht Erfüllungsgehilfe im Sinne von Art. 101, da er eben nicht bei Erfüllung schuldnerischer Pflichten (hier: eines Beauftragten) mithilft. Ist aber der Substitut – immer nach Bächler – nicht Erfüllungsgehilfe, so folgt daraus, dass Art. 399 den Anwendungsbereich von Art. 101 überhaupt nicht einschränkt.

402 Vorerst ist nun zu prüfen, ob die These Bächlers haltbar ist. Sollte dies der Fall sein, so würde nach dem eben in Nr. 401 Gesagten Art. 399 den Anwendungsbereich von Art. 101 gar nicht einschränken; wir könnten demzufolge Art. 399 verlassen. Ist Bächlers Ansicht hingegen mit dem Gesetz nicht vereinbar, ist also auch der Substitut Erfüllungsgehilfe im Sinne von Art. 101, so bleibt noch zu untersuchen, wieweit Art. 399 die Anwendung von Art. 101 im Auftragsrecht ausschliesst.

C. Der Substitut: eine Hilfsperson im Sinne von Art. 101

403 *Entgegen Bächler ist auch der Substitut des Art. 399 Hilfsperson im Sinne von Art. 101, also vom Beauftragten zur Erfüllung seiner eigenen Schuldpflicht eingesetzt. Die folgenden zwei Gründe sprechen für diese Ansicht:*

404 1. Art. 398 Abs. 3 zählt die Fälle auf, in denen Substitution erlaubt und demnach Art. 399 Abs. 2 anwendbar ist, falls tatsächlich substituiert wird. Nach Art. 398 Abs. 3 hat der Beauftragte “das Geschäft persönlich zu besorgen, ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung Übungsgemäss als zulässig betrachtet wird”.

405 Art. 398 Abs. 3 befasst sich nach seinem klaren Wortlaut mit dem Sachverhalt, dass der Beauftragte eine eigene Verpflichtung durch einen Dritten erfüllen lässt. Die These Bächlers könnte unter diesen Umständen nur dann aufrechterhalten werden, wenn in all den aufgezählten Fällen, in denen die Übertragung der Geschäftsbesorgung erlaubt ist, die Leistungspflicht des Beauftragten aufgehoben und durch die Pflicht zu sorgfältiger Auswahl und Instruktion eines Dritten ersetzt würde. Dies ist jedoch unzweifelhaft nicht der Fall: Aus der Ermächtigung zur Geschäftsübertragung kann eine solche Veränderung der Beauftragtenpflichten in der Regel nicht herausgelesen werden. Auch die Übung, welche die Übertragung der Ge-

schaftsbesorgung erlaubt, wird in aller Regel nicht den Sinn haben, den Beauftragten von der eigenen Leistungspflicht zu befreien. Bächlers Ansicht dürfte höchstens mit Bezug auf die durch die Umstände erzwungene Übertragung der Geschäftsbesorgung richtig sein: Wo der Beauftragte nicht persönlich erfüllen kann, erlischt die Pflicht zu persönlicher Leistung. Unter Umständen mag jedoch die Treuepflicht dem Beauftragten gebieten, einen geeigneten Dritten auszuwählen und ihn sorgfältig zu instruieren, damit er die vom Auftraggeber gewünschte Leistung richtig erbringen kann³⁵².

2. Wie erwähnt, unterscheidet Art. 399 zwischen erlaubter (Abs. 2) und unerlaubter Substitution (Abs. 1). 406

Steht man mit Bächler auf dem Standpunkt, dass Substitution nur dann vorliegt, wenn sich die Pflicht des Beauftragten darauf beschränkt, einen Dritten zu bestellen, damit dieser die vom Auftraggeber gewünschte Leistung erbringt, so folgt daraus notwendig, dass der Beauftragte einen Dritten substituieren darf. Es kann also nach dem Substitutionsbegriff von Bächler gar keine unerlaubte Substitution geben, weshalb seine Ansicht mit Art. 399 unvereinbar ist. 407

Betrachtet man hingegen den Substituten als Erfüllungsgehilfen, so sind Fälle unerlaubter Substitution leicht denkbar. Eine solche liegt immer dann vor, wenn der Beauftragte die Erfüllung des Auftrags einem Dritten überträgt, ohne hiezu nach Art. 398 Abs. 3 befugt zu sein. 408

D. Substitut: der technisch und wirtschaftlich selbständige Erfüllungsgehilfe

Nach dem vorstehend Gesagten ist erstellt, dass der Substitut im Sinne von Art. 399 zu den Erfüllungsgehilfen im Sinne von Art. 101 zählt. Es bleiben nun noch die kennzeichnenden Merkmale des Substituten herauszuarbeiten, womit auch die Frage entschieden wird, wieweit Art. 101 durch Art. 399 von der Anwendung ausgeschlossen ist. 409

U.E. ist jener Ansicht zu folgen, wonach *Substitution nur dann vorliegt, wenn der Beauftragte die Erfüllung durch einen wirtschaftlich selbständigen Dritten vornehmen lässt, ohne diesen zu leiten und zu beaufsichtigen* (Nr. 399). Für die Richtigkeit dieser Ansicht sprechen zwei Gründe: 410

352 Vgl. Bächler H., S. 63.

- 411 1. Die Wendung "Übertragung der (sc. Geschäfts-)Besorgung auf einen Dritten" (Art. 399, Marginalie) erweckt die Vorstellung, dass das Geschäft nun völlig losgelöst vom Arbeitsbereich des Beauftragten ausgeführt werden soll. Davon kann aber nur die Rede sein, wenn der Dritte nicht unter Leitung und Aufsicht des Beauftragten tätig wird und auch nicht potentiell, etwa aus einem Arbeitsvertrag, der Aufsicht und Weisungsgewalt des Beauftragten untersteht.
- 412 2. Die in Art. 399 Abs. 2 vorgesehene milde Haftung gilt heute als ungerechtfertigt; es kann kein Grund ausgemacht werden, warum der Beauftragte nicht wie alle Schuldner für alle seine Erfüllungsgehilfen (auch die selbständigen) nach Massgabe des Art. 101 eintreten soll³⁵³. Eine als ungerecht empfundene Regel darf nicht aus Billigkeitsgründen ausser Kraft gesetzt werden; es sei denn, man nehme eine unechte Gesetzeslücke an. Dem Rechtsempfinden ist aber immerhin durch eine restriktive Auslegung der betreffenden Regel Rechnung zu tragen³⁵⁴. Aus dem Gesagten folgt für den vorliegenden Zusammenhang, dass nicht schon der technisch selbständige Dritte als vielmehr nur der technisch und wirtschaftlich selbständige Dritte als Substitut betrachtet werden darf.

E. Nichtanwendbarkeit von Art. 399 Abs. 2 aufgrund vertraglicher Vereinbarung

- 413 Die Anwendbarkeit von Art. 399 Abs. 2 kann durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden. Mit Bezug auf eine solche gelten *Besonderheiten*:

353 Z.B. Bächler H., S. 20 ff.; Guhl/Merz/Kummer, S. 433; v. Büren B., II, S. 131. Die Argumente jener Autoren (z.B. v. Tuhr/Escher, § 70 II, S. 124; Jaussi N., S. 10 f.), die Art. 399 Abs. 2 zu rechtfertigen versuchen, vermögen nicht zu überzeugen: siehe Bächler H., a.a.O. Auch einzelne Gerichtsentscheide bringen gegenüber Art. 399 Abs. 2 Unbehagen zum Ausdruck, so insbesondere die in Anm. 358 zitierten Entscheide des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt bzw. des Kantonsgerichts St. Gallen, ferner auch ein in der ZBJV 73 (1937), S. 438, abgedruckter Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern.

354 Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 84 II 161. Im zitierten Entscheid hält das Bundesgericht fest, dass die Regel des Art. 185 Abs. 1, wonach "Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschluss des Vertrages auf den Erwerber" (sc. Käufer) übergehen, restriktiv auszulegen sei, weil sie den Anschauungen des Publikums nicht mehr entspreche.

Nach einer neueren Lehrmeinung³⁵⁵ kann die Anwendbarkeit dispositiver Bestimmungen, die ungerechte Resultate zeitigen, leichter durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden als die Anwendbarkeit von Bestimmungen, die eine sachlich gerechtfertigte Ordnung beinhalten. Diese sollen nur dann zum Zuge kommen, wenn eine eindeutige (ausdrückliche oder stillschweigende) abweichende Parteivereinbarung vorliegt; jene Bestimmungen hingegen sollen schon dann nicht anwendbar sein, wenn "der Vorstellungswelt und der Interessenlage der Parteien eine andere als die dispositiv gesetzlich angeordnete Regel besser entspricht"³⁵⁶. Die Anwendung von Art. 399 Abs. 2, der, wie erwähnt, dem heutigen Rechtsempfinden nicht mehr entspricht, ist deshalb nicht nur dann ausgeschlossen, wenn die Parteien eine eindeutige abweichende Haftungsregelung getroffen haben. Vielmehr kommt die Bestimmung schon dann nicht zum Tragen, wenn sich die dort vorgesehene Haftung bloss für gehörige Auswahl und Instruktion des Substituten mit der (auch dem Beauftragten) erkennbaren Interessenlage des Auftraggebers nicht verträgt; diesfalls findet Art. 101 Anwendung³⁵⁷. Solches wird oft beim Speditionsvertrag gelten: Grundsätzlich haftet der Spediteur für den Zwischenspediteur nach Art. 399 Abs. 2 (i.V.m. Art. 425 Abs. 2 und Art. 439; vorne Nr. 394), praktisch wird indessen regelmässig Art. 101 zur Anwendung kommen, weil sich die Verwendung des Zwischenspediteurs bei der Erfüllung als reines Internum des Spediteurs darstellt, und der Auftraggeber dem Spediteur erkennbar nur einem Verantwortlichen gegenüberstehen will, an den er sich für die Erledigung aller entstehenden Probleme wenden kann³⁵⁸.

3. Art. 129 Abs. 2 KUVG; beschränkter Anwendungsbereich von Art. 101 im Bereiche der Arbeitgeberhaftpflicht

Die Haftbarkeit des Arbeitgebers für den durch seine Hilfspersonen einem Arbeitnehmer angerichteten Schaden richtet sich nur insoweit nach Art. 101,

355 Bucher E., Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: Festgabe für Henri Deschenaux, Freiburg i.Ue. 1977, S. 249 ff., insbesondere S. 256 ff.

356 Bucher E., zit. in Anm. 355, S. 260.

357 Vgl. v. Büren B., I, S. 398.

358 Vgl. die in der SJZ 35 (1939), S. 361, und 69 (1973), S. 359 f., abgedruckten Entscheide des Appellationsgerichts Basel-Stadt bzw. des Kantonsgerichts St. Gallen, in denen der Spediteur für den Zwischenspediteur nach Art. 101 haftbar gemacht wurde. Auch in BGE 103 II 59 ff. hätte u.E. das Bundesgericht auf Haftung des Spediteurs nach Art. 101 erkennen müssen.

als nicht Art. 129 Abs. 2 KUVG zur Anwendung gelangt. Art. 129 Abs. 2 KUVG bestimmt: "Jedoch haftet für einen Unfall, der einen Versicherten der Anstalt getroffen hat, ein Familienangehöriger desselben nur dann, wenn er den Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat. Das gleiche gilt für den Arbeitgeber des Versicherten und für einen Familienangehörigen, Angestellten oder Arbeiter dieses Arbeitgebers, falls letzterer die ihm in der obligatorischen Versicherung obliegenden Prämienzahlungen geleistet hat ..."

416 Vorerst geben wir nun unter *A.* die Voraussetzungen der Anwendbarkeit von Art. 129 Abs. 2 KUVG an. Darauf handeln wir unter *B.* von der in dieser Bestimmung vorgesehenen Haftungsregelung.

A. Voraussetzungen der Anwendbarkeit von Art. 129 Abs. 2 KUVG

417 Art. 129 Abs. 2 KUVG (und nicht Art. 101) entscheidet über die Haftung des Arbeitgebers³⁵⁹ gegenüber seinen durch eine Hilfsperson geschädigten Arbeitnehmern, wenn folgende *vier Voraussetzungen* gegeben sind:

418 1. Der geschädigte Arbeitnehmer ist SUVA-versichert³⁶⁰.

419 2. Der Arbeitgeber hat "die ihm in der obligatorischen Versicherung obliegenden Prämienzahlungen geleistet" (Art. 129 Abs. 2 KUVG)³⁶¹.

420 3. Der Schaden ist auf einen Betriebsunfall³⁶² zurückzuführen.

359 Wie sich aus dem einleitend zitierten Gesetzestext ergibt, findet Art. 129 Abs. 2 KUVG nicht nur auf die Haftbarkeit des Arbeitgebers Anwendung, sondern ebenso auf die Haftpflicht der Familienangehörigen des geschädigten Arbeiters sowie auf die Haftpflicht der Familienangehörigen, Angestellten und Arbeiter des Arbeitgebers. Dies ist hier insofern nicht von Interesse, als zwischen diesen allenfalls Haftpflichtigen und dem geschädigten Arbeiter in der Regel kein Vertragsverhältnis bestehen wird, so dass Art. 101 auch ohne Art. 129 Abs. 2 KUVG nicht anwendbar wäre.

360 Obligatorisch versichert sind die Arbeitnehmer bestimmter Betriebe: Art. 60, 60bis, 60ter KUVG und Ergänzungserlasse; dazu im einzelnen *Maurer A.*, Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, 2. Aufl., Bern 1963, S. 38 ff. Die freiwillige Versicherung (Art. 115 ff. KUVG) wird von der SUVA gar nicht betrieben.

361 Die Prämienzahlungspflicht ist geregelt in Art. 108 ff. KUVG. — Bei der von der SUVA nicht betriebenen freiwilligen Versicherung müsste der Arbeitgeber "wenigstens die Hälfte der Prämien auf eigene Kosten übernommen" haben (Art. 129 Abs. 2 KUVG).

362 Zum Begriff des Betriebsunfalls: Art. 67 Abs. 2 KUVG; BGE 95 II 627 ff., 88 II 41 ff. — Die Gründe, warum Art. 129 Abs. 2 KUVG nur auf Betriebsunfälle anwendbar ist, werden ausführlich in BGE 67 II 232 ff. dargelegt.

4. Der geschädigte Arbeitnehmer verlangt Ersatz des aus einer Körperverletzung entstandenen Schadens (und nicht: Sachschaden)³⁶³.

Wo eine oder mehrere dieser vier Voraussetzungen nicht gegeben sind, richtet sich die Haftbarkeit des Arbeitgebers nicht nach Art. 129 Abs. 2 KUVG, sondern nach gemeinem Recht. Fügt beispielsweise ein Arbeitnehmer einem andern bloss Sachschaden zu, so haftet der Arbeitgeber unter den Voraussetzungen von Art. 101 (Art. 55, 97, 328 usw.).

B. Die Haftungsordnung von Art. 129 Abs. 2 KUVG

Nach Art. 129 Abs. 2 KUVG haftet der Arbeitgeber nur, wenn er den Schaden des Arbeiters durch *tatsächliches grobes Verschulden* (Absicht oder grobe Fahrlässigkeit) verursacht hat. Das Verhalten von Hilfspersonen wird dem Arbeitgeber nicht als eigenes zugerechnet, so dass dieser bei fehlendem tatsächlichem Verschulden auch dann nicht nach Art. 129 Abs. 2 KUVG haftbar wird, wenn das Verhalten der Hilfsperson, in der Person des Arbeitgebers gedacht, ein grobes Verschulden darstellen würde³⁶⁴; ein grobes hypothetisches Verschulden (Nr. 303) genügt mit andern Worten für die Haftung nach Art. 129 Abs. 2 KUVG nicht³⁶⁵.

363 Art. 129 Abs. 2 KUVG bezieht sich deshalb nur auf Sachschaden, weil bloss dieser Gegenstand der obligatorischen Unfallversicherung ist: BGE 88 II 46 f., 96 II 226.

364 So die herrschende Lehre und Rechtsprechung: z.B. *Portmann* P., S. 157/158 u.; *Deschenaux/Tercier*, S. 303; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 184; BGE 72 II 430 u./431, 104 II 262; Appellationshof des Kantons Bern in: SJZ 46 (1950), S. 298 I. Sp.; vgl. auch BGE 68 II 289, 81 II 225, 88 II 527. Für Anrechnung des Verhaltens von Hilfspersonen an den Arbeitgeber (dies unter Missachtung des klaren Wortlauts von Art. 129 Abs. 2 KUVG): v. *Büren* B., II, S. 166; *Vischer* F. in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel/Stuttgart 1977, S. 359 Anm. 6; Appellationshof des Kantons Bern in: ZBJV 78 (1942), S. 87 f.

365 Demgegenüber gilt grobes Verschulden der Organe (Nr. 180 ff.) als grobes Verschulden der juristischen Person, die Arbeitgeber des geschädigten Arbeitnehmers ist (BGE 87 II 190; vgl. Nr. 55). Wird eine juristische Person von einem ihrer Arbeitnehmer nach Art. 129 Abs. 2 KUVG belangt, ist demnach von entscheidender Bedeutung, ob die Person, deren grobes Verschulden behauptet wird, Organ oder Hilfsperson ist. Ist letzteres der Fall, entfällt die Haftung der juristischen Person zum vorneherein. Ist ersteres der Fall, so greift Haftung Platz, wenn das Organ grobfahrlässig oder absichtlich handelte. Dies ist deshalb hervorzuheben, weil bei vertraglicher Haftung regelmässig nicht von Belang ist, ob eine Hilfsperson oder ein Organ schädigte (Anm. 146).

- 424 Bei dem hier vorausgesetzten Sachverhalt, da eine Hilfsperson des Arbeitgebers den Schaden des Arbeitnehmers (mit-)verursacht³⁶⁶ hat, bezieht sich ein allfälliges grobes Verschulden des Arbeitgebers insbesondere auf unrichtige Auswahl, fehlerhafte Instruktion oder ungenügende Überwachung der Hilfsperson (vgl. BGE 72 II 431, 87 II 184 ff.).
- 425 Die Haftung des Arbeitgebers aufgrund von Art. 129 Abs. 2 KUVG erstreckt sich nur auf den *von der SUVA nicht gedeckten Schaden*³⁶⁷. Über die Versicherungsleistungen der SUVA geben Art. 72 ff. KUVG Auskunft³⁶⁸; darauf ist hier nicht näher einzutreten. Die in Art. 129 Abs. 2 KUVG vorgesehene eingeschränkte Haftung sei lediglich an einem Beispiel illustriert: Ein durch eine Hilfsperson verletzter Arbeitnehmer hat infolge vorübergehender Arbeitsunfähigkeit einen Lohnausfall von 40'000.— und einen Nebenverdienstausschlag von 15'000.— erlitten. Zudem hat er Heilungskosten von 13'000.— aufgewendet. Von der SUVA sind ihm insgesamt 63'000.— ausbezahlt worden. Für den nicht gedeckten Schaden im Betrage von 5'000.— (40'000.— + 15'000.— + 13'000.— — 63'000.—) kann er seinen Arbeitgeber belangen, falls diesen ein grobes tatsächliches Verschulden trifft.

IV. Von der Haftbarkeit mehrerer Solidarschuldner für eine gemeinsame Hilfsperson

- 426 Ist jemand Hilfsperson mehrerer Solidarschuldner bei der Erfüllung einer Solidarschuld, so versteht sich, dass jeder Solidarschuldner das Verhalten der Hilfsperson nach Art. 101 zu vertreten hat. Noch nicht entschieden ist damit jedoch die Frage, ob die Solidarschuldner dem Gläubiger für den (nach Art. 101 zu ersetzenden) Schaden *solidarisch oder anteilmässig* haften³⁶⁹.

366 Hat die Hilfsperson den Schaden allein verursacht, kommt eine Haftung des Arbeitgebers nicht in Frage, denn dessen grob schuldhaftes Pflichtverletzung muss nach allgemeinem Grundsatz für den Schaden (adäquat) kausal sein (BGE 72 II 432).

367 Die Rede ist hier nur von dem durch eine Körperverletzung entstandenen Schaden, denn nur auf diesen bezieht sich Art. 129 Abs. 2 KUVG; für den Sachschaden des Arbeitnehmers haftet der Arbeitgeber unter den Voraussetzungen von Art. 101: vorne Nr. 421 f.

368 Einzelheiten finden sich bei *Oftinger K.*, I, S. 417 f., und *Maurer A.*, zit. in Anm. 360, S. 179 ff.

369 Eine Kumulation der Ansprüche gegen die verschiedenen Schuldner in der Weise, dass der Gläubiger von jedem seinen ganzen Schaden einfordern könnte, kommt hingegen zum vorneherein nicht in Frage: Anspruchskumulation besteht nach

Für eine Beantwortung der aufgeworfenen Frage sind zweckmässigerweise 427
zwei Fälle auseinanderzuhalten: 1. *Fall*: Die Hilfsperson ist zur Erfüllung
einer Solidarschuld im Sinne von Art. 143 eingesetzt worden. 2. *Fall*: Die
Hilfsperson ist bei der Erfüllung einer sogenannt formalen Solidarschuld im
Sinne von Art. 70 Abs. 2 verwendet worden.

1. Solidarische Haftung für eine gemeinsame Hilfsperson bei der Erfüllung einer Solidarschuld im Sinne von Art. 143

Vorerst sprechen wir nun A. von der gemeinsamen Hilfsperson, darauf legen 428
wir B. die Gründe dar, die für eine solidarische Haftbarkeit mehrerer Solidar-
schuldner für eine gemeinsame Hilfsperson sprechen, falls, wie im folgenden
immer unterstellt wird, die Haftungsvoraussetzungen von Art. 101 gegeben
sind.

A. Die gemeinsame Hilfsperson

Gemeinsame Hilfsperson kann sowohl ein Solidarschuldner selbst als auch ein
Dritter sein:

a) Ein Solidarschuldner als gemeinsame Hilfsperson

Ein Solidarschuldner kann Hilfsperson eines andern Solidarschuldners und 429
demnach auch gemeinsame Hilfsperson mehrerer Solidarschuldner sein. Bei-
spiel: Wenn drei Ärzte sich verpflichten, gemeinsam eine schwierige Opera-
tion durchzuführen, so sind sie solidarisch zur Operation verpflichtet (Art.
403) und jeder einzelne ist Geschäftsherr und gemeinsame Hilfsperson im
Verhältnis zu den beiden andern Ärzten.

schweizerischem Recht einzig dort, wo der Geschädigte zugleich eine Personen-
versicherung und einen "andern" Ersatzpflichtigen belangen kann (Art. 96 VVG);
dazu *Oftinger K.*, I, S. 395 ff.

- 430 *Die Annahme, dass ein Solidarschuldner Hilfsperson eines andern Solidarschuldners sein und demnach diesen nach Art. 101 haftbar machen kann, widerspricht zwar dem Grundsatz des Art. 146, wonach "ein Solidarschuldner ... durch seine persönliche Handlung die Lage der andern (sc. Solidarschuldner) nicht erschweren" kann. Der Grundsatz gilt indessen nicht unbeschränkt, sondern nur "soweit, als es nicht anders bestimmt ist" (Art. 146). Vorbehalten sind nicht nur vertragliche Abreden zwischen Gläubiger und Solidarschuldnern³⁷⁰, sondern ebenso gesetzliche Bestimmungen, die ein Abweichen vom Grundsatz ausdrücklich vorsehen (z.B. Art. 136 Abs. 1) oder zumindest rechtfertigen; eine Bestimmung dieser letztern Art ist Art. 101 (vgl. BGE 82 II 533 f.)³⁷¹.*

b) Ein Dritter als gemeinsame Hilfsperson

- 431 Auch ein Dritter kann gemeinsame Hilfsperson mehrerer Solidarschuldner sein. Zur Illustration zwei Beispiele: Gemeinsame Hilfsperson ist der Baustellenchef, dem durch Beschluss der Mitglieder eines Baukonsortiums die Leitung der (geschuldeten) Bauarbeiten übertragen wird. — Gemeinsame Hilfspersonen sind ferner die Arbeiter, die von einem Konsortialen, der selbst Hilfsperson der übrigen Konsortialen und von diesen zum Beizug Dritter ermächtigt ist, zwecks Erfüllung eines Werkvertrages eingestellt werden (die Arbeiter sind Untergehilfen mit Erfüllungsgelienqualität: Nr. 236).

370 Eine vertragliche Abrede, wonach ein Solidarschuldner für das schädigende Verhalten der andern eintreten will, muss nicht ausdrücklich sein. Es genügt, dass die Solidarschuldner aus den Umständen, insbesondere aus der erkennbaren Interessenlage des Gläubigers, auf ihre Einstandspflicht schliessen müssen. Eindrücklich der Entscheid des BGH in: NJW 5 (1952), S. 217 r. Sp.; v. Tuhr/*Escher*, § 90 V, S. 307; v. Büren B., I, S. 96 f.

371 *Portmann P.*, S. 105; v. Tuhr/*Escher*, § 90 V, S. 307 f.; zweifelnd *Oser/Schönenberger*, N 4 zu Art. 146. Nach *Engel P.*, Nr. 262, S. 564, ist Art. 101 nur anwendbar, "si les faits de la cause le justifient".

B. Gründe für die solidarische Haftung

Mehrere Solidarschuldner, die Geschäftsherren einer gemeinsamen Hilfsperson sind, haften für diese solidarisch³⁷². Dies versteht sich von selbst, wenn eine dahingehende vertragliche Vereinbarung besteht (Art. 143 Abs. 1). Nachstehend bleibt noch zu begründen, dass auch abgesehen von diesem Fall die solidarische Haftbarkeit der mehreren Geschäftsherren zu bejahen ist³⁷³.

Nach Art. 143 Abs. 2 entsteht Solidarität, soweit sie nicht vertraglich vereinbart ist (Art. 143 Abs. 1), "nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen". Das Gesetz sieht nirgends ausdrücklich vor, dass mehrere nach Art. 101 haftbare Solidarschuldner mit Bezug auf die Schadenersatzpflicht ebenfalls solidarisch haften. *Die Solidarität kann jedoch indirekt auf Art. 51 abgestützt werden.*

"Diese Vorschrift (sc. Art. 51) regelt zwar einzig das Innenverhältnis" zwischen mehreren Ersatzpflichtigen, "indem sie eine Rückgriffsordnung aufstellt; diese aber setzt Solidarität voraus"³⁷⁴. Mit andern Worten kann aus der Tatsache, dass das Gesetz für das Innenverhältnis zwischen mehreren Ersatzpflichtigen eine Rückgriffsordnung aufstellt, geschlossen werden, dass die mehreren Ersatzpflichtigen im Aussenverhältnis solidarisch haften: Würden sie bloss anteilmässig auf den Betrag haften, für den sie schliesslich aufzukommen haben, so wäre, wie leicht einsichtig ist, eine Rückgriffsordnung überflüssig. Nun beschlägt allerdings Art. 51 dem Wortlaut nach lediglich das Regressverhältnis zwischen mehreren aus verschiedenen Rechtsgründen Haftbaren, weshalb aus dieser Bestimmung vorerst nur abgeleitet werden kann, dass zwischen den aus verschiedenen Rechtsgründen Haftbaren Solidarität besteht. Das gleiche muss indessen auch gelten, wenn mehrere aus gleichartigen Rechtsgründen (eben z.B. aus Art. 101) haftbar sind: Einmal ist nicht einzusehen, warum die Stellung des Geschädigten nur dann durch die Solidarität der mehreren Ersatzpflichtigen gestärkt sein soll, wenn diese aus verschiedenen Rechtsgründen haften; zum andern kann kein Grund ausgemacht werden, warum die aus gleichartigen Rechtsgründen Haftbaren sich über die end-

372 Falls die Voraussetzungen für eine Haftung der Hilfsperson gegeben sind, haftet diese mit den Solidarschuldnern ihrerseits solidarisch (hinten Nr. 457). Dies gilt auch dann, wenn gemeinsame Hilfsperson ein Solidarschuldner ist, der dem Gläubiger gemäss Art. 97 (103 usw.) ersatzpflichtig wird.

373 Vorbehalten bleiben selbstverständlich vertragliche Vereinbarungen, welche die solidarische Haftung ausschliessen.

374 *Oftinger K.*, I, S. 337.

gültige Schadenstragung nicht ebenso auf dem Regresswege auseinandersetzen sollen wie die aus verschiedenen Rechtsgründen Haftbaren³⁷⁵.

2. Anteilsmässige Haftung für eine gemeinsame Hilfsperson bei der Erfüllung einer sogenannt formalen Solidarschuld im Sinne von Art. 70 Abs. 2?

435 Verpflichten sich mehrere zu einer unteilbaren Leistung, "so ist jeder Schuldner zu der ganzen Leistung verpflichtet". Diese sogenannt formale Solidarität³⁷⁶ des Art. 70 Abs. 2 wird zwar nicht in allen Belangen wie eine Solidarschuld im Sinne von Art. 143 behandelt; sie enthält aber deren wesentliches Merkmal: dass nämlich alle Schuldner zu der ganzen Leistung verpflichtet sind.

436 Verschiedene Autoren³⁷⁷ vertreten nun die Meinung, dass Schuldner einer unteilbaren Leistung nur noch anteilmässig (und nicht mehr auf das Ganze) verpflichtet sind, sobald sich die formale Solidarschuld in eine Schadenersatzpflicht umwandelt. Wenn also etwa eine gemeinsame Hilfsperson zweier Verkäufer einer unteilbaren Sache diese zerstört, so würden die Verkäufer dem Käufer bestenfalls je für die Hälfte des entstandenen Schadens haften³⁷⁸.

437 Der Ansicht dieser Autoren liegt (wohl) folgende Überlegung zugrunde: Soweit Solidarität nach Art. 70 Abs. 2 vorliegt, ist diese allein durch die Unteil-

375 Siehe auch Anm. 380. – Lehre und Rechtsprechung haben zur Haftung mehrerer Solidarschuldner für eine gemeinsame Hilfsperson im Sinne von Art. 101 noch nicht Stellung genommen. Doch ist zu erwarten, dass sich zumindest ein Grossteil von Lehre und Rechtsprechung ebenfalls für solidarische Haftbarkeit aussprechen wird. Zu dieser Erwartung berechtigt der Umstand, dass die herrschende Lehre und Rechtsprechung im ähnlich gelagerten Fall der Haftbarkeit mehrerer Geschäftsherren für eine gemeinsame Hilfsperson im Sinne von Art. 55 Solidarität (und nicht etwa anteilmässige Haftung) bejahen: v. Steiger W. in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Handelsrecht, Basel/Stuttgart 1976, S. 443; Otfinger K., I, S. 342; II 1, S. 141; Portmann P., S. 105; Oser/Schönenberger, N 3 zu Art. 50; BGE 72 II 266. Für anteilmässige Haftung: Becker H., N 5 zu Art. 143; v. Tuhr/Peter, § 51 I, S. 467.

376 Den in der Literatur nur vereinzelt gebrauchten Ausdruck verwenden z.B. Guhl/Merz/Kummer, S. 55.

377 v. Büren B., I, S. 89 Anm. 1; Engel P., Nr. 260, S. 558; differenzierend Oser/Schönenberger, N 7 zu Art. 70.

378 Vgl. Engel P., Nr. 260, S. 558.

barkeit des Leistungsgegenstandes bewirkt³⁷⁹. Wäre die Leistung teilbar, so würden die mehreren Schuldner nicht solidarisch, sondern lediglich anteilmässig haften; Solidarschulden im Sinne von Art. 70 Abs. 2 sind also gleichsam latent anteilmässig. Daraus wird nun gefolgert, dass die Solidarität erlischt, sobald die Leistung bei Umwandlung in eine Schadenersatzpflicht teilbar wird.

Die dargestellte Meinung hat für sich, dass die Solidarschuldner, wäre die 438 Verpflichtung von Anfang an eine anteilmässige gewesen, auch mit Bezug auf eine allfällige Schadenersatzpflicht nur anteilmässig verpflichtet wären. Wenn wir trotzdem der Meinung sind, Schuldner aus Art. 70 Abs. 2 würden für eine gemeinsame Hilfsperson solidarisch haften, so hat dies folgenden Grund:

Art. 80 aOR hatte noch die von den zitierten Autoren befürwortete Lösung 439 vorgesehen: "Wenn die untheilbare Leistung sich in eine theilbare verwandelt, zum Beispiel in die Verpflichtung zu Schadenersatz, so ... hat jeder Schuldner nur seinen Anteil zu leisten." *Durch die Streichung dieses Artikels hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass nun auch im Bereiche von Art. 70 der haftpflichtrechtliche Grundsatz gilt, wonach zwischen mehreren für den gleichen Schaden Haftbaren Solidarität besteht*³⁸⁰.

V. Die Stellung der Haftung für Erfüllungsgehilfen in der Regressordnung des Art. 51

Für den von einem Erfüllungsgehilfen angerichteten Schaden haftet neben 440 dem aus Art. 101 ersatzpflichtigen Schuldner unter Umständen auch ein Dritter, z.B. ein Versicherer. Hat der Schuldner den Gläubiger befriedigt, so stellt sich die Frage, ob er auf den Dritten Regress nehmen, d.h. Rückerstattung der bezahlten Summe verlangen kann. Hat der Dritte den Gläubiger befriedigt, so stellt sich die umgekehrte Frage.

379 Besteht Solidarität schon aufgrund einer andern Bestimmung als Art. 70 Abs. 2 (z.B. Art. 544 Abs. 3), so gilt jedenfalls das unter 1. Gesagte (Nr. 432 ff.). Denn diesfalls ist die Solidarität eben nicht durch die Unteilbarkeit des Leistungsgegenstandes bewirkt.

380 *Fick F.*, N 2 zu Art. 70; a.A. *Oser/Schönenberger*, N 7 zu Art. 70. — Aus der Streichung von Art. 80 aOR darf wohl a fortiori weiter abgeleitet werden, dass mehrere Schuldner, die aus Art. 143 solidarisch verpflichtet sind, für eine gemeinsame Hilfsperson wiederum solidarisch haften.

- 441 Über das Regressrecht entscheidet in der Regel Art. 51³⁸¹, weshalb wir uns im folgenden nur mit dieser Bestimmung befassen. Vorerst legen wir nun 1. kurz die Regressordnung von Art. 51 dar. Darauf wenden wir uns 2. der Stellung der Haftung für Erfüllungshilfen in ebendieser Regressordnung zu.

1. Die Regressordnung von Art. 51 im allgemeinen

- 442 Art. 51 findet Anwendung, wenn "mehrere Personen aus *verschiedenen Rechtsgründen*, sei es aus unerlaubter Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift", dem Geschädigten (in unserem Zusammenhang: dem Gläubiger) "für denselben Schaden" haftbar sind³⁸². Nicht gesagt, aber vorausgesetzt ist in der zitierten Bestimmung, dass unter den verschiedenen Ersatzpflichtigen unechte Solidarität besteht³⁸³ (Nr. 434).
- 443 Ob und allenfalls in welchem Umfang die verschiedenen Ersatzpflichtigen Rückgriff gegeneinander haben, bestimmt sich nach Ermessen des Richters (Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50), wobei Art. 51 Abs. 2 dem Richter eine *Richtlinie* gibt, wie er dasselbe handhaben soll: Danach soll in erster Linie derjenige den Schaden (endgültig) tragen, den ein ausservertragliches Verschulden trifft³⁸⁴; in zweiter Linie der aus Vertrag Haftbare; in dritter Linie derjenige, der einzig aufgrund einer Gesetzesvorschrift haftet, womit insbesondere der kausal Haftpflichtige gemeint ist.
- 444 Haben mehrere Personen aus *gleichartigen Rechtsgründen* für den gleichen Schaden einzustehen, entscheidet sich die Regressfrage wiederum nach richter-

381 In Frage kommt z.B. auch Art. 96 VVG; zu dieser Bestimmung siehe Anm. 387, 369.

382 Vorbehalten ist eine vertragliche Regelung der Regressfrage, die innert der Schranken von Art. 100 und 101 Abs. 3 sowie der allgemeinen Gültigkeitsschranken für Verträge (Art. 19 Abs. 2, Art. 20; Art. 27 Abs. 2 ZGB) möglich ist. Einzelheiten finden sich z.B. bei *Oftinger K.*, I, S. 370 f., mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

383 *Oftinger K.*, I, S. 337. Für unsere Belange ist es nicht nötig, auf die praktisch beinahe bedeutungslosen Unterschiede zwischen echter und unechter Solidarität einzugehen. Dazu *Oftinger K.*, I, S. 338 ff., mit zahlreichen Literaturhinweisen.

384 Entgegen dem missverständlichen Wortlaut von Art. 51 Abs. 2 ist nicht von Belang, ob das ausservertragliche Verschulden die Haftung als "unerlaubte Handlung" erst begründet (Art. 41) "oder ob es sich um ein sogenanntes zusätzliches Verschulden, d.h. um ein zu einer Kausalhaftung hinzutretendes Verschulden handelt": *Portmann P.*, S. 150, mit Literaturnachweisen.

lichem Ermessen³⁸⁵; für diesen Fall besteht jedoch keine gesetzliche Regel, wie der Richter sein Ermessen ausüben soll.

2. Die Haftung nach Art. 101 als vertragliche Haftung im Sinne von Art. 51 Abs. 2

Die Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 ist zweifelsohne eine Kausalhaftung in dem Sinne, als der Schuldner nach dieser Bestimmung auch ohne (tatsächliches) Verschulden haftbar werden kann (Nr. 41). Trotzdem ist sie wie die Haftung nach Art. 97 als vertragliche zu betrachten und gehört demnach in die zweite der in Art. 51 Abs. 2 vorgesehenen Haftungskategorien, nicht in die dritte³⁸⁶.

Reiht man die Haftung aus Art. 101 in die zweite Haftungskategorie von Art. 51 Abs. 2 ein, so hat dies *drei Konsequenzen*:

1. *In der Regel können Kausalhaftpflichtige (z.B. aus Art. 56, 58; Art. 58 SVG) auf den aus Art. 101 haftbaren Schuldner Regress nehmen.* Beispiel: Einem Mieter, der infolge mangelhafter Treppenhausbeleuchtung zu Fall gekommen ist und sich verletzt hat, haftet einerseits der Vermieter nach Art. 101, wenn die ungenügende Beleuchtung auf eine Nachlässigkeit des Abwärts zurückzuführen ist (er unterliess es z.B., eine defekte Glühbirne zu ersetzen); und andererseits haftet dem Mieter der (mit dem Vermieter nicht identische) Hauseigentümer nach Art. 58, denn das Fehlen genügender Beleuchtung stellt einen Werkmangel dar. Hat der Hauseigentümer den Mieter entschädigt, kann er auf den Vermieter Regress nehmen. 447
2. *Der aus Art. 101 haftbare Schuldner kann im Normalfall auf Dritte Rückgriff nehmen, die dem Gläubiger aus ausservertraglichem Verschulden (Anm. 384) haften.* So kann beispielsweise der Schuldner auf seine Hilfsperson, die dem Gläubiger aus Art. 41 haftet, regressieren (hinten Nr. 464). 448

385 Z.B. BGE 80 II 253 f.; Portmann P., S. 149, mit Hinweisen auf Literatur und weitere Rechtsprechung.

386 BGE 80 II 253; Portmann P., S. 153; Otfinger K., I, S. 350; Karrer R., Der Regress des Versicherers gegen Dritthaftpflichtige, Diss. Zürich 1965, S. 29 Anm. 34. — Anders noch Otfinger K., Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Bd., 3. Aufl., Zürich 1969, S. 307 Anm. 70, S. 309 Anm. 79.

- 449 3. *Über den Regress zwischen einem aus Vertrag Haftbaren (insbesondere einem Schadensversicherer³⁸⁷ des Gläubigers) und dem aus Art. 101 ersatzpflichtigen Schuldner hat der Richter nach seinem Ermessen zu entscheiden, wobei ihm keine gesetzliche Richtschnur zur Ermessensausübung in die Hand gegeben ist* (Nr. 444).
- 450 Hinzuzufügen bleibt, dass die Lösung grundsätzlich die gleiche sein muss, wie wenn der Regress zwischen einem vertraglich Haftbaren und dem aus Art. 97 haftbaren Schuldner in Frage stünde. Denn es wäre nicht einzusehen, warum der durch Hilfspersonen erfüllende Schuldner regressmässig anders (besser oder schlechter) behandelt sein sollte als der persönlich leistende³⁸⁸.

VI. Haftbarkeit des Erfüllungsgehilfen

- 451 Die Haftung des Erfüllungsgehilfen (gegenüber Gläubiger oder Schuldner) ist nicht in Art. 101 geregelt. Ihre Behandlung ist jedoch deshalb von Interesse, weil dadurch sowohl die Stellung des geschädigten Gläubigers als auch des aus Art. 101 haftbaren Schuldners klarer umrissen wird.

1. Haftung gegenüber dem Gläubiger

- 452 Das den Schuldner nach Art. 101 haftbar machende Verhalten einer Hilfsperson kann auch deren persönliche Haftung gegenüber dem Gläubiger begründen, obwohl Art. 101 dies nicht ausdrücklich festhält (BGE 97 II 126)³⁸⁹. *Mögliche Haftungsgründe sind beispielsweise:*

387 Personenversicherungen im Sinne von Art. 73 ff. VVG steht gemäss Art. 96 VVG zum vorneherein kein Regressanspruch zu: z.B. *Schärer M.*, S. 59 ff.; *Oftinger K.*, I, S. 395 ff.

388 Am Rande sei vermerkt, dass dem Schadensversicherer nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 80 II 255; 93 II 353) nur dann ein Rückgriff gegen den aus Art. 97 oder 101 haftbaren Schuldner zu gewähren ist, wenn diesen ein schweres tatsächliches bzw. hypothetisches Verschulden (Nr. 303) trifft. Ein Grossteil der Lehre befürwortet einen weiter gehenden Regress als das Bundesgericht; siehe die von *Oftinger K.*, I, S. 368, in Anm. 164 zitierte Literatur.

389 Ferner: Bundesgericht in: *Semjud* 85 (1963), S. 539; BGE 77 II 151 (bzgl. Haftung für Ausübungsgehilfen); einhellig in dieser Frage auch die Lehre, statt vieler z.B.: *Keller A.*, S. 320; *Gauch/Schuep/Jäggi*, Nr. 1418; *Portmann P.*, S. 53.

1. Die Hilfsperson wird nach *Art. 41* haftbar, falls das den Gläubiger schädigende Tun eine unerlaubte Handlung³⁹⁰ darstellt. Dies ist der praktisch weitaus überwiegende Haftungsgrund. Beispiel: Der in einer Garage angestellte Mechaniker X beschädigt mutwillig das Auto eines Kunden, dessen Reparatur ihm übertragen ist. X haftet für den Schaden des Kunden nach *Art. 41*³⁹¹. 453
2. Der zur Zeit der schädigenden Handlung urteilsunfähige Erfüllungsgehilfe wird allenfalls aus *Art. 54* haftbar. 454
3. Auch ausservertragliche Haftungsnormen der *Spezialgesetzgebung* können eine Ersatzpflicht des Erfüllungsgehilfen begründen. Engagiert beispielsweise ein Reiseunternehmen zur Ausführung eines Personentransportes den X, so haftet dieser den Reiset Teilnehmern bei einem Unfall nach Massgabe des *Art. 58 SVG*, falls er Halter des zur Verfügung gestellten Cars ist. 455
4. Entgegen einer immer wieder anzutreffenden Meinung³⁹² kann eine Hilfsperson dem Gläubiger auch *aus Vertrag* haftbar werden: Ausnahmsweise ist die Hilfsperson des Schuldners auch Schuldner (insbesondere Arbeitnehmer) des Gläubigers (vgl. vorne Nr. 201); stellt das schädigende Verhalten der Hilfsperson zugleich eine Verletzung ihres Vertrages mit dem Gläubiger dar, so haftet sie unter den Voraussetzungen von *Art. 97* bzw. einer Bestimmung des speziellen Teils des OR wie z.B. *Art. 321e*³⁹³. 456

Sind neben den Voraussetzungen von *Art. 101* auch jene für eine persönliche Haftung der Hilfsperson gegeben, so haften Schuldner und Hilfsperson dem Gläubiger solidarisch (*Art. 51*)³⁹⁴. Zu beachten ist allerdings, dass die beiden Ersatzpflichtigen nicht notwendig für den gleichen Schadensbetrag aufzukommen haben: Es können haftungsmildernde Gründe vorliegen, die nur die Ersatzpflicht des Schuldners oder des Erfüllungsgehilfen betreffen. So mag z.B. der Schuldner (im Gegensatz zur Hilfsperson) nicht auf den ganzen 457

390 Der Ausdruck unerlaubte Handlung ist mehrdeutig. Wir schliessen uns hier dem Sprachgebrauch *Oftingers* an, der darunter eine verschuldete widerrechtliche Handlung versteht (I, S. 19).

391 Vgl. aus der Rechtsprechung: Obergericht des Kantons Zürich in: ZR 56 (1955), S. 208; Bundesgericht in: Semjud 85 (1963), S. 539.

392 Z.B. Keller A., S. 320; v. Tuhr/Escher, § 70 V, S. 130.

393 Vertragliche Haftung kann ferner auch dann Platz greifen, wenn die Hilfsperson eines Solidarschuldners selbst Solidarschuldner ist: vorne Anm. 372, vgl. auch BGE 82 II 55 ff.

394 Z.B. *Oftinger K.*, I, S. 341 Anm. 35; *Keller A.*, S. 320 u./321; *Engel P.*, Nr. 225. Beispiele finden sich in den folgenden Entscheiden: BGE 77 II 150 betr. die Haftung für Ausübungsgehilfen; Cour d'appel des Kantons Freiburg in: JT 95 (1947), S. 27; Cour civile des Kantons Genf in: Semjud 85 (1963), S. 538 u.

Schadensbetrag haftbar sein, weil die zwischen ihm und dem Gläubiger vereinbarte maximale Haftungssumme (Nr. 357) die Schadenshöhe nicht erreicht. Oder der Erfüllungsgehilfe hat deshalb nicht den ganzen Schaden zu ersetzen, weil ihn volle Haftung in eine Notlage versetzen würde (Art. 44), wogegen der finanzkräftige Schuldner nicht in den Genuss einer solchen Haftungsermässigung kommt³⁹⁵.

458 Die Darstellung der Haftung des Erfüllungsgehilfen gegenüber dem Gläubiger ist unten 3. durch einen Nachtrag zu vervollständigen.

2. Haftung gegenüber dem Geschäftsherrn

459 Hat der aus Art. 101 haftbare Schuldner den Gläubiger entschädigt, so ist damit noch keineswegs über die endgültige Schadenstragung entschieden. Es stellt sich weiter die *Frage, ob der Schuldner auf den Erfüllungsgehilfen Regress (Rückgriff) nehmen*, d.h. Rückerstattung der an den Gläubiger gezahlten Entschädigungssumme verlangen *kann*.

460 Für die Beantwortung der Regressfrage ist zu unterscheiden, ob zwischen Schuldner und Hilfsperson ein Vertragsverhältnis besteht oder nicht:

461 1. *Verbindet Schuldner und Hilfsperson ein Vertragsverhältnis*, was die Regel ist, so ergeben sich die Regressvoraussetzungen aus Art. 97 bzw. Bestimmungen des speziellen Teils des OR wie z.B. Art. 321e³⁹⁶. Die Hilfsperson haftet also dann, wenn die Schädigung des Gläubigers zugleich eine schuldhaft Verletzung ihres Vertrages mit dem Schuldner darstellt³⁹⁷.

462 Das sich aus Vertrag herleitende Regressrecht setzt nicht voraus, dass die Hilfsperson dem Gläubiger persönlich verantwortlich ist³⁹⁸. Zerstört beispielsweise ein Arbeitnehmer des Verkäufers mutwillig die (noch im Eigentum des Verkäufers befindliche) Kaufsache, so steht dem Käufer kein

395 Vgl. *Oftinger K.*, I, S. 345; BGE 95 II 337.

396 Z.B. *Bezzola A.G.*, S. 126; *Dobler K.*, S. 35.

397 Hat nicht die Hilfsperson, auf die der Schuldner Regress nehmen will, den Gläubiger geschädigt, sondern ein Untergehilfe (Nr. 235 ff.), so entscheidet sich die Regressfrage nach Art. 101: Regress ist zu bejahen, wenn die Hilfsperson das Verhalten des Untergehilfen nach Art. 101 zu vertreten hat. Schädigt beispielsweise der Gehilfe eines Subunternehmers den Besteller, so kann der aus Art. 101 haftbare Unternehmer dann auf den Subunternehmer Rückgriff nehmen, wenn dieser für das Verhalten des Gehilfen nach Art. 101 haftet.

398 Z.B. *Bezzola A.G.*, S. 126.

Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitnehmer zu³⁹⁹; der aus Art. 101 haftbare Verkäufer kann auf den Arbeitnehmer trotzdem Rückgriff nehmen.

2. *Besteht zwischen Schuldner und Hilfsperson kein Vertragsverhältnis*⁴⁰⁰, so 463 entscheidet über den Rückgriff Art. 51 (dazu Nr. 442 ff.)⁴⁰¹. Regress nach dieser Bestimmung setzt voraus, dass die Hilfsperson dem Gläubiger für den angerichteten Schaden persönlich haftbar ist (dazu Nr. 452 ff.)⁴⁰².

Wir befassen uns hier nur mit dem wichtigsten Fall, da die Hilfsperson dem 464 Gläubiger aus Art. 41 haftet (Nr. 453). Diesfalls steht dem Schuldner nach der Regel des Art. 51 Abs. 2 der Regress grundsätzlich offen, denn die Haftung des Schuldners ist in die zweite Haftungskategorie einzuordnen (vorne Nr. 445), wogegen die Haftung aus Art. 41 in die erste Haftungskategorie gehört⁴⁰³. Zu beachten ist allerdings, dass der Richter von der Regel des Art. 51 Abs. 2 (ausnahmsweise) abweichen kann, wenn "Recht und Billigkeit" (Art. 4 ZGB) dies erheischen (Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2)⁴⁰⁴; so mag etwa die Regressforderung des Schuldners im Einzelfall abzuweisen sein, wenn die Hilfsperson nur ein leichtes Verschulden trifft, und sie für den Schuldner unentgeltlich tätig geworden ist.

Nachzutragen bleiben zwei Punkte:

1. *Das Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen Schuldner und Hilfs-* 465 *person schliesst die Anwendbarkeit von Art. 51 nicht aus.* Doch ist der Regress nach dieser Bestimmung bei Vorliegen eines Vertragsverhältnisses von untergeordneter Bedeutung, da er gegenüber dem Regress aus Vertrag

399 Die Beschädigung der noch im Eigentum des Verkäufers befindlichen Sache stellt nur diesem gegenüber eine widerrechtliche Handlung dar (vgl. Anm. 401), nicht jedoch gegenüber dem Käufer.

400 Dies ist oft der Fall, wenn der Erfüllungsgehilfe Untergehilfe (Nr. 235) ist. Zieht etwa ein Subunternehmer mit Ermächtigung des Unternehmers einen Gehilfen in eigenem Namen bei, so ist der Gehilfe des Subunternehmers Hilfsperson des Unternehmers (Nr. 236), obwohl er zu diesem in keinem Vertragsverhältnis steht.

401 Z.B. *Portmann P.*, S. 53. — Ausnahmsweise kann der Schuldner seinen Rückgriff auch auf Art. 41 ff. abstützen, dann nämlich, wenn das den Gläubiger schädigende Verhalten der Hilfsperson zugleich eine unerlaubte Handlung gegenüber dem Schuldner darstellt, so etwa, wenn die Hilfsperson des Verkäufers die noch im Eigentum des Verkäufers befindliche Kaufsache beschädigt oder zerstört (vgl. Anm. 399). Siehe z.B. *Bezzola A.G.*, S. 126.

402 Z.B. *Dobler K.*, S. 36; *Bezzola A.G.*, S. 126 (statt "art. 55" sollte es art. 51 heissen).

403 Vgl. BGE 77 II 151 betr. Haftung für Ausübungsgehilfen; Cour d'appel des Kantons Freiburg in: JT 95 (1947), S. 27.

404 Wo das Gesetz wie in Art. 50 Abs. 2 auf das richterliche Ermessen abstellt, verweist es auf "Recht und Billigkeit" (Art. 4 ZGB).

verschiedene *Nachteile* aufweist, namentlich die zwei folgenden: 1. Macht der Schuldner einen vertraglichen Regressanspruch geltend, so hat gemäss Art. 97 der Erfüllungsgehilfe seine Schuldlosigkeit zu beweisen⁴⁰⁵; stützt hingegen der Schuldner seinen Rückgriffsanspruch auf Art. 51 ab, so muss er dem Erfüllungsgehilfen ein Verschulden nachweisen⁴⁰⁶. 2. Der vertragliche Regressanspruch setzt anders als derjenige aus Art. 51 nicht voraus, dass die Hilfsperson dem Gläubiger persönlich haftbar ist (Nrn. 462, 463).

- 466 2. Verbindet Schuldner und Hilfsperson ein Vertragsverhältnis, so steht jenem nicht nur die Möglichkeit offen, den Gläubiger zu entschädigen und nachträglich auf den Erfüllungsgehilfen Rückgriff zu nehmen. Vielmehr kann er statt dessen auch, ohne dass er den Gläubiger entschädigt hat, *Haftungsbefreiung durch die Hilfsperson verlangen*⁴⁰⁷. Er kann also verlangen, dass die Hilfsperson die ihm aus Art. 101 erwachsene Schadenersatzpflicht übernimmt oder an seiner Stelle den Gläubiger entschädigt⁴⁰⁸.

3. Nachtrag zur Haftung der Hilfsperson gegenüber dem Gläubiger

- 467 Über einen Umweg wird die Hilfsperson dem Gläubiger haftbar, wenn sich dieser die schuldnerische *Forderung auf Haftungsbefreiung* durch die Hilfsperson (eben Nr. 466) *abtreten lässt*⁴⁰⁹.

Bezüglich einer solchen Haftbarkeit der Hilfsperson sind *zwei zusätzliche Bemerkungen* angebracht:

- 468 1. Einmal ist hervorzuheben, dass dem Gläubiger aufgrund des zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden Schuldverhältnisses regelmässig das *Recht* zusteht, *Abtretung* des Anspruchs auf Haftungsbefreiung *zu verlangen*.
- 469 2. Kann der Schuldner infolge eines Haftungsausschlusses nicht nach Art. 101 haftbar gemacht werden, so entfällt logischerweise auch der Anspruch auf

405 *Bezzola A.G.*, S. 126.

406 Vgl. *v. Tuhr/Peter*, § 49 I, S. 449, mit Bezug auf den Regress gem. Art. 55 Abs. 2, welche Bestimmung nur die sich schon aus Art. 51 ergebende allgemeine Regressordnung festhält (*Oftinger K.*, II 1, S. 177).

407 *v. Tuhr/Escher*, § 70 IV, S. 129 f.; *v. Tuhr/Peter*, § 15, S. 115 Anm. 4.

408 *v. Tuhr/Peter*, § 7 V, S. 50.

409 Auch einen Regressanspruch kann der Schuldner dem Gläubiger abtreten. Dies ist jedoch in unserem Zusammenhang von geringer Bedeutung: Der Regressanspruch entsteht erst, wenn der Schuldner den Gläubiger entschädigt hat; ist aber der Gläubiger entschädigt, so entfällt auch sein Interesse an der Abtretung des Regressanspruchs.

Haftungsbefreiung durch die Hilfsperson, da eben gar keine Haftung besteht, von der der Schuldner befreit werden müsste.

U.E. hat man es jedoch in einem solchen Falle *so zu halten, wie wenn die Haftung für die Hilfsperson nicht ausgeschlossen worden wäre*.⁴⁷⁰ Obwohl selbst nicht haftbar, kann also der Schuldner von der Hilfsperson Entschädigung des Gläubigers verlangen, falls ohne Wegbedingung der Haftung ein Anspruch auf Haftungsbefreiung gegeben wäre⁴¹⁰. Unsere Ansicht beruht auf dem Gedanken, dass der Haftungsausschluss nur dem Schuldner, nicht aber der Hilfsperson zugute kommen soll. Beispiel: Der vom Vermieter V eingesetzte Abwart A lässt die defekte Hausbeleuchtung nicht reparieren, obwohl er von Mietern auf den Mangel aufmerksam gemacht worden war. In der Folge stürzt Mieter M nachts im unbeleuchteten Treppenhaus über einen auf der Treppe liegenden Gegenstand und bricht sich das Bein. Haftet V infolge Haftungsausschlusses nicht nach Art. 101, so kann er u.E. den A trotzdem auf Ersatz des von M erlittenen Schadens belangen; diese Forderung gegenüber A kann V an M abtreten, so dass dieser seinerseits den A belangen kann.

VII. Zur Bedeutung von Art. 101 im Bereiche vertraglicher Kausalhaftungen

Im Bereiche der (vertraglichen) Kausalhaftungen (Nr. 4) kann Art. 101 *haftungsbegründende Funktion* haben; dergestalt, dass eine Kausalhaftung bei Schadensverursachung durch einen Erfüllungsgehilfen nur Platz greifen kann, wenn die Voraussetzungen von Art. 101 erfüllt sind. Oder aber Art. 101 erlangt *lediglich Bedeutung im Rahmen der Schadenersatzbemessung*, wohingegen die Haftung als solche unabhängig davon ist, ob die Voraussetzungen des Art. 101 erfüllt sind oder nicht.

Das Gesagte sei an zwei Beispielen verdeutlicht:

1. Nach Art. 103 haftet der in Verzug befindliche Schuldner "auch für den Zufall" (Abs. 1), falls ihn am Verzug ein Verschulden trifft (Abs. 2; gemeint ist ein tatsächliches Verschulden). Ist der Verzug im Verhalten eines Erfüllungsgehilfen (und nicht des Schuldners) begründet, sind die Haftungs-

410 Es handelt sich um einen Fall von Drittschadensliquidation (Nr. 250); der Gläubiger ist im Verhältnis zur Hilfsperson ein Dritter.

voraussetzungen von Art. 103 nicht erfüllt. Die dort vorgesehene *Zufallshaftung* greift indes trotzdem Platz, wenn die Voraussetzungen von Art. 101 gegeben sind⁴¹¹, wenn also namentlich ein hypothetisches Verschulden (Nr. 303) am Verzug vorliegt. Nach dem Gesagten kommt Art. 101 im Bereiche der *Zufallshaftung* des Art. 103 *haftungsbegründende Funktion* zu.

474 2. "Gastwirte, die Fremde zur Beherbergung aufnehmen, haften für jede Beschädigung, Vernichtung oder Entwendung der von ihren Gästen eingebrachten Sachen, sofern sie nicht beweisen, dass der Schaden durch den Gast selbst oder seine Besucher, Begleiter oder Dienstleute oder durch höhere Gewalt oder durch die Beschaffenheit der Sache verursacht worden ist" (*Art. 487 Abs. 1*). Diese kausale Haftung besteht gemäss Abs. 2 der zitierten Bestimmung bis zum Betrage von Fr. 1'000.—⁴¹².

475 Wird in einem konkreten Fall eine Sache mit einem Wert unter Fr. 1'000.— beschädigt (vernichtet, entwendet), und liegt keiner der erwähnten Entlastungsgründe (höhere Gewalt usw.) vor, so haftet der Wirt ohne weiteres; nicht von Belang ist, was den Schaden verursachte. Es ist nach dem Gesagten leicht einsichtig, dass für die Haftung des Wirts nicht auf Art. 101 gegriffen werden muss, wenn die Beschädigung der Sache auf dem Verhalten einer Hilfsperson beruht — entscheidend ist eben einzig, dass die Beschädigung der Sache, deren Wert weniger als Fr. 1'000.— beträgt, nicht durch einen der in Abs. 1 von Art. 487 aufgezählten Gründe (höhere Gewalt usw.) verursacht wurde. Art. 101 kommt also *keine haftungsbegründende Funktion* zu; die Bestimmung kann jedoch *im Rahmen der Schadenersatzbemessung Bedeutung* erlangen, was an einem Beispiel illustriert sei:

476 Einem Hotelgast wird aus seinem Zimmer ein Gegenstand im Wert von Fr. 999.— entwendet. In dieser Höhe ist die Haftung des Gastwirts zu bejahen, falls keiner der in Art. 487 Abs. 1 erwähnten Entlastungsgründe vorliegt. Trifft den Gast ein Selbstverschulden (er hat beispielsweise den kostbaren Gegenstand unverschlossen in seinem Zimmer liegen lassen), so ist die Haftung herabzusetzen (Nr. 324), z.B. um 50%⁴¹³. Beruht der Schaden zugleich auf der Nachlässigkeit einer Hilfsperson des Wirts (eine Putzfrau hat beispielsweise nach der Zimmerreinigung vergessen, das Zimmer abzuschliessen), so wirkt dieser Umstand bei Vorliegen der Voraus-

411 *Gauch/Schluép/Jäggi*, Nr. 1471.

412 Für den Schaden über Fr. 1'000.— besteht Verschuldenshaftung gemäss Art. 97 ff. (*Art. 487 Abs. 2*).

413 Bei grobem Selbstverschulden entfällt die Haftung ganz. (Das grobe Selbstverschulden stellt einen Sonderfall der als Entlastungsgrund wirkenden Schadensverursachung durch den Gast dar.)

setzungen des Art. 101 haftungsverschärfend (Nr. 320), so dass der Gastwirt z.B. für 80% statt nur für 50% des eingetretenen Schadens aufzukommen hat.

VIII. Verwandte Tatbestände

Im folgenden sprechen wir zunächst 1. von den Ausübungsgehilfen, welche Art. 101 den Erfüllungsgehilfen ausdrücklich gleichstellt. Darauf handeln wir 2. von der Erfüllung durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag, auf welchen Sachverhalt Art. 101 unter Umständen sinngemässe Anwendung findet. Schliesslich gehen wir der Frage nach, ob Art. 101 3. auch auf die Erfüllung durch gesetzliche Vertreter und 4. auf die Erfüllung durch Arbeitnehmer ohne Erfüllungsgehilfenqualität Anwendung findet, wie ein Teil der Lehre behauptet. 477

1. Der Ausübungsgehilfe

Ausübungsgehilfe⁴¹⁴ ist nach dem Wortlaut von Art. 101 der Dritte, durch den jemand "die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis ... vornehmen lässt"⁴¹⁵. Mit andern Worten ist *Ausübungsgehilfe*, wer mit Zustimmung des Gläubigers dessen Rechte aus dem Schuldverhältnis ausübt. Beispiele: Ausübungsgehilfe des Mieters eines Autocars ist der von diesem beauftragte Chauffeur⁴¹⁶; Ausübungsgehilfen eines Mieters von Werkzeugen sind seine Arbeiter, denen er die Werkzeuge zur Erfüllung ihrer Aufgaben 478

414 Der Ausübungsgehilfe wird gelegentlich auch Nutzungsgehilfe genannt, z.B. von Becker H., N 21 zu Art. 101.

415 Zur Haftung für den Ausübungsgehilfen siehe neben der in den folgenden Anmerkungen zitierten Literatur und Rechtsprechung: Oser/Schönenberger, N 10 zu Art. 101; v. Tuhr/Escher, § 70 II, S. 127 f.; Gauch/Schluemp/Jäggi, Nr. 1425; v. Büren B., I, S. 397; v. Tuhr A., S. 225 f.

416 Kantonsgericht Wallis in: Rapport du tribunal cantonal du canton du Valais 1949, S. 55 f. — Der Ausübungsgehilfe kann zugleich Erfüllungsgehilfe sein; so etwa, wenn in unserem Beispiel der Chauffeur mit dem Rücktransport des Autocars zum Vermieter beauftragt ist. Diesfalls ist der Chauffeur einerseits Ausübungsgehilfe, weil ihm der Gebrauch der Mietsache überlassen ist, und andererseits ist er Erfüllungsgehilfe, weil er mit der Erfüllung der Pflicht zur Rückgabe der Mietsache betraut ist.

übergeben hat⁴¹⁷. Der Entlehner eines Buches macht den Dritten, dem er seinerseits das Buch ausleiht, zum Ausübungsgehilfen.

479 Unter den Ausübungsgehilfen nehmen *diejenigen des Wohnungsmieters* die praktisch weitaus bedeutsamste Stellung ein. Mit ihnen haben sich die Gerichte⁴¹⁸ immer wieder zu befassen, weshalb einige zusätzliche Bemerkungen gerechtfertigt sind:

480 1. Ausübungsgehilfen des Wohnungsmieters sind die Dritten, denen jener *Zugang zur Mietsache verschafft*. Nicht notwendig ist, dass dem Dritten die Obhut an der Mietsache oder gar ein Recht auf Gebrauch derselben eingeräumt wird; desgleichen ist nicht von Belang, ob dem Dritten der Zugang zur Mietwohnung nur vorübergehend oder für längere Zeit offensteht⁴¹⁹. Ausübungsgehilfe ist demnach nicht nur der Untermieter⁴²⁰, sondern ebenso der zum Abendessen eingeladene Gast⁴²¹, der mit Reparaturen beauftragte Handwerker⁴²² oder der für den Umzug herbeigerufene Transportunternehmer⁴²³.

481 Erforderlich ist allerdings, dass der Mieter dem Dritten den Zugang zur Wohnung *freiwillig* eingeräumt hat. Keine Ausübungsgehilfen sind demnach die Polizisten, die bei einem Wohnungsmieter eine Hausdurchsuchung vornehmen, denn ihnen steht von Gesetzes wegen das Recht zu, beim Mieter einzudringen.

482 2. Dritte, die auch ohne Zutun des Mieters Zugang zur Mietwohnung haben, sind grundsätzlich nicht als Ausübungsgehilfen zu betrachten⁴²⁴. Anderes gilt u.E. für Dritte, die zwar ohne Zutun des Mieters Zugang zur Wohnung haben, jedoch nur auf dessen Aufforderung hin sich tatsächlich Zugang

417 Camera die cass. civile des Kantons Tessin in: Rep 107 (1974), S. 119 ff. = SJZ 71 (1975), S. 181; ferner BGE 91 II 291 ff.: Haftung eines Baggermieters nach Art. 101, weil der Baggerführer als seine Hilfsperson den Bagger unsorgfältig verlor und dadurch dessen Sturz vom Tiefgangswagen verursachte.

418 Z.B. PKG 1946, S. 11 ff.; Obergericht des Kantons Zürich in: ZR 37 (1938), S. 353 ff. Siehe neuerdings BGE 103 II 333: Haftung eines Wohnungsmieters für den Schaden, den seine Selbstmord begehende Ehefrau durch eine infolge Öffnens der Gashähnen entstehende Explosion verursacht.

419 Becker H., N 22 zu Art. 101.

420 Art. 264 Abs. 2, der von der Haftung des Mieters für den Untermieter handelt, ist "nichts anderes als die Anwendung des in Art. 101 Absatz 1 aufgestellten Grundsatzes auf die Aftermiete" (Obergericht des Kantons Zürich in: ZR 25, 1926, S. 361). Ebenso die einhellige Lehre; statt vieler: Oser/Schönenberger, N 14 zu Art. 264.

421 Bezzola A.G., S. 55.

422 Becker H., N 22 zu Art. 101.

423 v. Tuhr/Escher, § 70-II, S. 128 Anm. 37.

424 So sinngemäss Becker H., N 22 zu Art. 101.

verschaffen. So scheint uns gerechtfertigt, dass der in gemieteten Räumen praktizierende Arzt für den Schaden, den Patienten mit ihren Fahrrädern an den Hauswänden verursachen, nach Art. 101 haftbar gemacht werden kann; demgegenüber kommt Haftung für Schädigungen durch Bettler oder Hausierer nicht in Frage, denn diese hat der Arzt nicht zu einem Besuch aufgefordert⁴²⁵.

2. Erfüllung durch Geschäftsführer ohne Auftrag

Auf die Vornahme von Erfüllungshandlungen durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag findet Art. 101 unmittelbare Anwendung, wenn der Geschäftsführer (ausnahmsweise) Erfüllungsgehilfe ist (Anm. 141). 483

Kommt dem Geschäftsführer, wie regelmässig, keine Erfüllungsgehilfsqualität zu, so findet Art. 101 nach einhelliger Lehre⁴²⁶ analoge Anwendung, falls der Schuldner die *Geschäftsführung genehmigt*. 484

Beispiel: Ein Gärtnerssohn führt ohne Wissen und Willen seines Vaters Arbeiten im Garten eines Kunden aus. Durch unsachgemässes Vorgehen richtet er beim Kunden erheblichen Schaden an. Erfährt der Vater von der Tätigkeit seines Sohnes und lässt er ihn weiterarbeiten, so ist darin eine Genehmigung der Geschäftsführung zu erblicken. Er haftet deshalb auch für Schäden, die der Sohn vor der Genehmigung angerichtet hat, nach Art. 101, der analog anwendbar ist⁴²⁷. (Für Schäden, die auf Handlungen nach der Genehmigung zurückgehen, kann die Haftung unmittelbar auf Art. 101 abgestützt werden, denn durch die Erlaubnis, weiterzuarbeiten, ist der Sohn Erfüllungsgehilfe geworden.) 485

425 Vgl. *Zunft F.*, Erfüllungsgehilfen und Vertrag zugunsten Dritter im Mietrecht, in: AcP 1954, S. 380 f.

426 *Oser/Schönenberger*, N 8 zu Art. 101; *Becker H.*, N 3 zu Art. 101; *Maag H.*, S. 100; *Portmann P.*, S. 47; *Béguelin E.*, S. 1; v. *Tuhr/Escher*, § 70 II, S. 124; v. *Tuhr A.*, S. 228 Anm. 22. — Die Rechtsprechung war noch nie mit der Frage befasst, ob der Schuldner für einen Geschäftsführer ohne Auftrag gemäss Art. 101 haftbar werden kann.

427 Selbstverständlich ist, dass der Schuldner die Haftung für den vom Geschäftsführer angerichteten Schaden auch vertraglich übernehmen kann; diesfalls muss Art. 101 als Haftungsgrundlage gar nicht herangezogen werden. Solches wäre etwa der Fall, wenn in unserem Beispiel der Gärtner von dem durch seinen Sohn angerichteten Schaden erfahren und mit dem Gläubiger vereinbart hat, er werde für den Schaden aufkommen.

unter Billigkeit Gesichtspunkten nicht zu beanstandenden *Ansicht v. Tuhrs nicht anschliessen*, so deshalb, weil es uns offensichtlich scheint, dass der Gesetzgeber mit der von Art. 115 aOR abweichenden Formulierung des Art. 101 auch eine abweichende rechtliche Regelung treffen wollte⁴³³. Unter diesen Umständen wäre die *Ansicht v. Tuhrs* u.E. nur dann vertretbar, wenn die wörtliche Befolgung von Art. 101 zu unbilligen Härten führte, also eine unechte Gesetzeslücke vorläge. Dies ist indessen nicht der Fall, kann doch der Schuldner für seine Arbeitnehmer ohne Erfüllungsgehilfenqualität immerhin unter den Voraussetzungen von Art. 55 haftbar gemacht werden (zu Art. 55 siehe Nr. 492 ff.).

IX. Grundzüge der ausservertraglichen Hilfspersonenhaftung (Art. 55); Abgrenzung zur vertraglichen Hilfspersonenhaftung (Art. 101)

- 492 Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung⁴³⁴ konkurrieren die Ansprüche aus Art. 101 und Art. 55. Der durch einen schuldnerischen Erfüllungsgehilfen geschädigte Gläubiger kann sich also zur Geltendmachung einer Schadenersatzforderung sowohl auf Art. 101 als auch Art. 55 berufen, falls die Voraussetzungen beider Bestimmungen erfüllt sind. Dieser Umstand rechtfertigt es, nachstehend die Grundzüge der ausservertraglichen Hilfspersonenhaftung des Art. 55 darzustellen. Wir legen dabei besonderes Gewicht auf die Abgrenzung zur vertraglichen Hilfspersonenhaftung, wodurch die Haftungsordnung von Art. 101 nochmals klar aufscheinen soll.

Vorerst sprechen wir nun 1. vom Ersatzpflichtigen, der Hilfsperson und dem Anspruchsberechtigten, darauf 2. von den positiven und 3. von den negativen Haftungsvoraussetzungen des Art. 55.

433 In den parlamentarischen Beratungen kam dies allerdings nicht zum Ausdruck. Siehe Sten. Bull. NR 1909, S. 534, und Sten. Bull. SR 1910, S. 180.

434 *Oftinger K.*, I, S. 492, und dort in Anm. 66 zitierte Literatur; *Barth H.R.*, S. 203; *Neuenschwander M.*, S. 49; *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1422; *Engel P.*, S. 501, Nr. 223; BGE 91 I 239. A.A., d.h. gegen Anspruchskonkurrenz: *Oser/Schönenberger*, N 12 zu Art. 55; *v. Tuhr/Peter*, § 49 I, S. 444 Anm. 4; *v. Tuhr/Escher*, § 68 V, S. 109. Nach *Jäggi P.*, S. 175, kann es gar keine Anspruchskonkurrenz geben, weil ein Sachverhalt nicht sowohl den Tatbestand von Art. 55 als auch denjenigen von Art. 101 erfüllen könne.

1. Die beteiligten Personen: der Ersatzpflichtige (Geschäftsherr), die Hilfsperson und der Anspruchsberechtigte

Nach Art. 55 wird der *“Geschäftsherr”* haftbar. Geschäftsherr ist, wer sich einer ihm untergeordneten Person für seine Zwecke bedient; diese nennt das Gesetz in Art. 55 *“Hilfsperson”*. Zwei Punkte sind hervorzuheben:

1. Für welche Zwecke sich jemand eines Dritten bedient, ist zur Begriffsbestimmung von Geschäftsherrn und Hilfsperson im Sinne von Art. 55 nicht von Belang⁴³⁵. Anders als nach Art. 101 muss also der Dritte nicht dazu verwendet werden, eine Schuldpflicht (Nr. 132) zu erfüllen; andererseits ist ein möglicher Zweck auch die Erfüllung einer Verbindlichkeit.
2. Geschäftsherr ist, wer für seine Zwecke Dritte einsetzt, die zu ihm in einem Unterordnungsverhältnis stehen⁴³⁶. Umgekehrt ist Hilfsperson, wer für einen andern Dienste leistet und diesem untergeordnet ist. Wesentliches Merkmal der Beziehungen Geschäftsherr/Hilfsperson ist also das Unterordnungsverhältnis. Dies im Unterschied zu Art. 101, welche Bestimmung den Bestand eines Unterordnungsverhältnisses nicht voraussetzt (Nr. 198), aber auch nicht ausschliesst.

Ein Unterordnungsverhältnis liegt dann vor, wenn jemand einem Dritten Weisungen erteilen kann, und der Dritte den Weisungen zu folgen hat. Hilfspersonen sind danach in erster Linie Arbeitnehmer. Nicht zu den Hilfspersonen zählt, wer die ihm übertragenen Verrichtungen selbständig ausführt, so beispielsweise der Anwalt, Architekt oder Bauunternehmer. Auch diese nehmen unter Umständen Weisungen des Auftraggebers bzw. Bestellers entgegen. Im Unterschied zu den Arbeitnehmern haben sie aber den Weisungen nur Folge zu leisten, wenn dieselben nach ihrem sachkundigen Urteil für die Ausführung der Dienste geeignet und zweckmässig sind⁴³⁷.

435 Z.B. Schärer M., S. 67.

436 Auch öffentlich-rechtliche Körperschaften können als Geschäftsherren im Sinne von Art. 55 haftbar gemacht werden; allerdings nur dann, wenn ihre Beamten und Angestellten *“gewerbliche Verrichtungen”* besorgen (Art. 61 Abs. 2). So wird beispielsweise eine Gemeinde, die eine Motorseilwinde zum Pflügen an Private vermietet, unter den Voraussetzungen des Art. 55 haftbar (BGE 77 II 308, Rubrum). Die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften für Schadenszufügung durch ihre Beamten und Angestellten in Ausübung ihrer amtlichen Funktionen richtet sich dagegen nach öffentlichem Recht: Schärer M., S. 67.

437 Ausführlich zum Begriff des Unterordnungsverhältnisses: Otfinger K., II 1, S. 132 ff.

- 497 Als *Anspruchsberechtigter* kommt jedermann in Frage, der durch eine Hilfsperson des Geschäftsherrn geschädigt worden ist. Zwischen dem Anspruchsberechtigten und dem Ersatzpflichtigen braucht also — anders als nach Art. 101 — kein Schuldverhältnis zu bestehen. Umgekehrt schliesst der Bestand eines solchen die Anwendbarkeit von Art. 55 nicht aus; mit andern Worten kann auch ein Schuldner, wie bereits in Nr. 494 erwähnt, seinem geschädigten Gläubiger nach Art. 55 haftbar werden.

2. **Positive Haftungsvoraussetzung: widerrechtliche Schädigung durch eine Hilfsperson "in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen" (Art. 55 Abs. 1)**

- 498 Haftung nach Art. 55 setzt eine widerrechtliche Schädigung durch eine Hilfsperson im umschriebenen Sinne (Nr. 493 ff.) voraus. *Die Widerrechtlichkeit bestimmt sich nach Art. 41*, mit andern Worten kann nur der Verstoß gegen eine allgemeine Pflicht Haftung nach Art. 55 auslösen⁴³⁸. Haftung nach Art. 101 setzt im Unterschied zur Haftung aus Art. 55 eine hypothetische Forderungsverletzung voraus; eine widerrechtliche Schädigung im Sinne von Art. 41, welche nicht zugleich eine hypothetische Forderungsverletzung darstellt, genügt nicht (Nr. 252 f., 254).
- 499 Haftung nach Art. 55 kommt nur dann in Betracht, wenn die Hilfsperson "*in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen*" und nicht bloss bei Gelegenheit solcher Verrichtungen schädigt (dazu Nr. 277). Art. 101 gebraucht eine ähnliche Wendung ("*in Ausübung ihrer Verrichtungen*"). Diese aber bedarf einer eigenständigen Auslegung (Nr. 282 ff.); die zu Art. 55 gewonnenen Auslegungsgrundsätze sind nicht oder auf jeden Fall nur beschränkt verwertbar (Nr. 280 f.).
- 500 *Kontrovers* ist, ob Haftung nach Art. 55 auch Platz greifen kann, wenn das Verhalten der Hilfsperson dem Geschäftsherrn, hätte er an ihrer Stelle gleich gehandelt, nicht vorwerfbar wäre. Fraglich ist mit andern Worten, ob die Haftung aus Art. 55 ein *hypothetisches Verschulden* (Nr. 303) voraussetzt oder nicht. In ersterem Sinne spricht sich *Brehm*⁴³⁹ aus, in letzterem Sinne

438 v. Tuhr/Escher, § 70, S. 124 Anm. 13; Guhl/Merz/Kummer, S. 190.

439 Brehm R., SJK Karte 723, S. 11.

*Portmann*⁴⁴⁰. Die aufgeworfene Streitfrage ist von geringer praktischer Bedeutung, da dem Geschäftsherrn, den kein hypothetisches Verschulden trifft, meist der Entlastungsbeweis (nachstehend 3.) und damit Haftungsbefreiung gelingen wird. Das zur Diskussion stehende Problem sei deshalb nicht weiter vertieft. Es sei lediglich noch einmal daran erinnert, dass nach richtiger und absolut herrschender Ansicht Haftung nach Art. 101 ein hypothetisches Verschulden voraussetzt (Nr. 302).

3. Negative Haftungsvoraussetzung: Misslingen des Befreiungsbeweises

Haftbarkeit nach Art. 55 setzt in negativer Hinsicht Misslingen des Beweises 501 voraus, dass der Geschäftsherr "alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre". *Haftung entfällt* also dann, *wenn der Geschäftsherr nachweisen kann, dass der von der Hilfsperson verursachte Schaden nicht auf eine Sorgfaltsverletzung seinerseits zurückgeht*, sei es, weil gar keine Sorgfaltsverletzung vorliegt, sei es, weil es am Kausalzusammenhang zwischen einer Sorgfaltsverletzung und dem eingetretenen Schaden fehlt.

Die "Sorgfalt", die der Geschäftsherr nach Art. 55 zu beachten hat, bezieht 502 sich auf die Auswahl, die Instruktion und die Beaufsichtigung der Hilfsperson, ferner auf die richtige Organisation der Arbeit sowie die Zurverfügungstellung tauglicher Werkzeuge und Hilfsmittel an den Gehilfen⁴⁴¹.

Macht der Geschäftsherr geltend, er habe genügende Sorgfalt in der Auswahl 503 der Hilfsperson usw. aufgebracht, so obliegt ihm der Nachweis, dass objektiv gesehen die im konkreten Fall erforderliche Sorgfalt aufgewendet wurde (BGE 90 II 90)⁴⁴². Nicht zur Entlastung führt der Nachweis, dass den Geschäftsherrn an der Sorgfaltsverletzung kein Verschulden trifft, z.B. weil er wegen Krankheit oder Abwesenheit gar nicht in der Lage war, für die notwendigen schadensverhütenden Massnahmen zu sorgen. Die Haftung nach Art. 55 ist also kausaler Natur.

440 *Portmann* P., S. 68.

441 Z.B. *Portmann* P., S. 71 f., und dort Zitierte; *Brehm* R., SJK Karte 723, S. 6 ff., mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

442 Statt vieler: *Schärer* M., S. 69; *Oser/Schönenberger*, N 24 zu Art. 55; *Steinbrüchel* R., Organ und Hilfsperson, Diss. Zürich 1947, S. 73.

accroît ses possibilités d'action. Cette considération s'applique aussi au service public, qui répond dès lors dans la même mesure du dommage causé par ses agents ..."

- 512 Auf dem gleichen Standpunkt steht die deutsche Rechtsprechung⁴⁵⁰ zu § 278 BGB. Ihr ist das folgende Beispiel entnommen⁴⁵¹: X errichtete auf seinem Grundstück ein Wohnhaus. Das Grundstück wurde vor Beginn des Rohbaus an den Abwasserkanal der Gemeinde angeschlossen. Den Anschlusskanal (vom Strassenkanal bis zum Prüfschacht auf dem Grundstück von X), dessen Erstellung zu den öffentlichen Aufgaben der Gemeinde zählt, liess diese durch einen selbständigen Unternehmer anlegen. Nach Fertigstellung des Hauses und Bezug durch X traten mehrmals Wasserschäden auf, die auf eine fehlerhafte Installation des Anschlusskanals zurückzuführen waren. Die Gemeinde wurde für die betreffenden Schäden vollumfänglich aufgrund analoger Anwendung von § 278 BGB haftbar gemacht.

3. Haftung für den Abschlussgehilfen nach Art. 101 (Sonderfall der Haftung aus culpa in contrahendo)

- 513 Auf die Verwendung eines Gehilfen beim Vertragsabschluss (Abschlussgehilfe) kommt Art. 101 nicht unmittelbar zur Anwendung, denn im Vertragsverhältnis bestehen keinerlei Schuldpflichten (Nr. 132) im Sinne dieser Bestimmung. Indessen ist Art. 101 nach herrschender Lehre⁴⁵² und Rechtsprechung⁴⁵³ analog anwendbar⁴⁵⁴.

450 Z.B. BGH in: NJW 24 (1971), S. 2208 ff.; ebenso die Lehre, z.B. *Soergel/Schmidt*, N 7 zu § 278 BGB, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; *Palandt/Heinrichs*, N 1b cc zu § 278 BGB.

451 BGH in: NJW 24 (1971), S. 2208 ff.

452 Statt vieler: *Schönenberger/Jäggi*, N 594 zu Art. 1; *Engel P.*, S. 506, Nr. 228; v. *Tuhr/Peter*, § 24 VII, S. 193, § 37 VI, S. 318, § 45 III, S. 404, § 49 I, S. 444 Anm. 2. – Für Anwendbarkeit von Art. 55 ein Grossteil der älteren Literatur, z.B. *Oser/Schönenberger*, N 4 zu Art. 101; *Béguelin E.*, S. 2. – *Piotet P.*, zit. in Anm. 272, S. 74 ff., nimmt an, dass für den Abschlussgehilfen nur gehaftet wird, wenn diesen ein Verschulden trifft, dass aber andererseits unter dieser Voraussetzung der Entlastungsbeweis des mangelnden hypothetischen Verschuldens (Nr. 311) nicht zugelassen ist.

453 BGE 68 II 303, 77 II 137, 90 II 458.

454 Die deutsche Rechtsprechung bringt auf den zur Diskussion stehenden Sachverhalt § 278 BGB sinngemäss zur Anwendung; z.B. BGH in: NJW 27 (1974), S. 1505 f. Ebenso die herrschende Lehre: z.B. *Palandt/Heinrichs*, N 1b aa zu § 278 BGB; *Larenz K.*, S. 247; *Lessmann H.*, S. 194.

Zwei Punkte erheischen besondere Erläuterung:

1. *Zu den Abschlussgehilfen zählen nicht nur bevollmächtigte Vertreter eines Verhandlungspartners, sondern überhaupt alle Personen, deren sich dieser zur Führung der Vertragsverhandlungen bedient, so z.B. auch Mäkler, die vorbehältlich einer besonderen Ermächtigung bloss die Gelegenheit zu einem Vertragsabschluss nachzuweisen oder einen solchen zu vermitteln, nicht jedoch das Geschäft abzuschliessen haben (Art. 412)*⁴⁵⁵. 514
2. Haftung nach Art. 101 für einen Abschlussgehilfen setzt voraus, dass dieser *gegen die im Vertragsverhandlungsverhältnis bestehende Pflicht verstossen hat, sich nach Treu und Glauben zu verhalten*. Diese allgemeine Pflicht zerfällt ihrerseits in verschiedene konkrete Einzelpflichten, so z.B. die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln. Darauf ist hier nicht näher einzutreten⁴⁵⁶. 515

Die herrschende Lehre und Rechtsprechung nehmen an, dass ein Verhandlungspartner für seine Abschlussgehilfen nur nach Art. 101, nicht jedoch nach Art. 55 haftbar werden kann⁴⁵⁷. Diese Ansicht scheint uns verfehlt: Wo die Voraussetzungen beider Bestimmungen erfüllt sind, kann kein Grund ausgemacht werden, warum neben Art. 101 nicht auch Art. 55 anwendbar sein sollte; mit der Folge, dass sich der geschädigte Verhandlungspartner zur Geltendmachung seines Schadenersatzanspruches auf beide Bestimmungen berufen kann (*Anspruchskonkurrenz*). 516

455 Mit Bezug auf das deutsche Recht: *Staudinger/Werner*, N 8 zu § 278 BGB; *Larenz K.*, S. 247.

456 Zu den im Vertragsverhandlungsverhältnis bestehenden Pflichten ausführlich *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nrn. 536–539.

457 Z.B. BGE 68 II 303; *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 543 ("Art. 55 oder 101 OR?").

Bundesgerichtsentscheide zur Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101

Die nachstehende Übersicht über die in der Amtlichen Sammlung erschienenen Bundesgerichtsentscheide (BGE) zur Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 gliedert sich in zwei Abschnitte: Vorerst führen wir *I.* die Entscheide betr. die *Voraussetzungen* der Erfüllungsgehilfenhaftung an. Darauf geben wir *II.* die Entscheide an, welche sich mit *andern Fragen* der Erfüllungsgehilfenhaftung befassen (z.B. Frage nach dem Umfang der Haftung aus Art. 101). Unter *II.* stellen wir auch die Entscheide mit Bezug auf die Haftung für Ausübungsgehilfen zusammen, soweit wir sie in der vorliegenden Arbeit verwendet haben.

Zu den verschiedenen Entscheiden führen wir je der Reihe nach an: Fundort in der Amtlichen Sammlung (BGE); die Sprache, in welcher der Entscheid verfasst ist (dt., frz., ital.); nähere Bezeichnung des Entscheids (urteilende Abteilung des Bundesgerichts, Datum, Namen der Parteien).

I. Entscheide betr. die Voraussetzungen der Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101

BGE	Sprache	nähere Bezeichnung
102 II 264	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. August 1976 i.S. Kollektivgesellschaft Wüthrich & Zahnd gegen Steimle
99 II 48 f.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Januar 1973 i.S. Stoll gegen Trümphy
96 II 56	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. April 1970 i.S. Meco Mechanical Corporation gegen Leitenmaier
95 II 50	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Februar 1969 i.S. Hofer gegen Hautzentrale & Fettschmelze AG

BGE	Sprache	nähere Bezeichnung
94 II 206 f.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Oktober 1968 i.S. The Glens Falls Insurance Co. gegen Reederei Zürich AG und Mitbeteiligte
92 II 18 ff.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. Februar 1966 i.S. Doris X. und A. X. gegen Nervensanatorium Z.
92 II 249	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. November 1966 i.S. Emil Baumann AG gegen Cranag AG
91 II 295	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Juli 1965 i.S. Hedinger gegen Gerschwiler & Co. AG
90 II 16 ff.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Februar 1964 i.S. Zellweger gegen Abegglen
89 II 237 f.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Juni 1963 i.S. Phyteia AG gegen Itel AG
88 II 433 f.	frz.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. November 1962 i.S. La Concorde SA, compagnie d'assurances, gegen Ritschard et Cie. SA
85 II 270 f.	frz.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. September 1959 i.S. Swissair, société anonyme suisse pour la navigation aérienne, gegen La Concorde SA, compagnie d'assurances
82 II 138 f.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. April 1956 i.S. Zbrojovka Brno, Nationalunternehmen, gegen Richter
82 II 533 f.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Dezember 1956 i.S. Cavallini gegen Bruni

BGE	Sprache	nähere Bezeichnung
75 II 227	frz.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. November 1949 i.S. Waucquez gegen Bonvin
70 II 219 ff.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. Oktober 1944 i.S. Kursaal Bern AG gegen Kappeler
53 II 240	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Juni 1927 i.S. Gasser gegen Bernische Kraftwerke AG
46 II 130	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. April 1920 i.S. Geschwister Baur gegen Mack
44 II 53 ff.	frz.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. März 1918 i.S. Marziano gegen Hôpital cantonal de Genève
40 II 150 f.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. März 1914 i.S. Schweizerische Bankgesellschaft gegen Geissmann
38 II 600 (Rubrum)	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. November 1912 i.S. Lauly & Cie. gegen Kesselbach & Cie.

II. Entscheide betr. weitere Fragen der Haftung für Erfüllungsgehilfen sowie Entscheide betr. die Haftung für Ausübungsgehilfen nach Art. 101

BGE	Sprache	nähere Bezeichnung
103 II 61 f.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. März 1977 i.S. Danzas AG gegen Metallbodio AG
103 II 333	frz.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Dezember 1977 i.S. A. gegen Erben X.

BGE	Sprache	nähere Bezeichnung
98 II 103 f.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. März 1972 i.S. Staat St. Gallen gegen Rizzolli
98 II 290 ff.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Dezember 1972 i.S. Kindler gegen Umbricht
97 II 126	frz.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Juni 1971 i.S. Gobat gegen Mongillo
95 II 53 f.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Februar 1969 i.S. Hofer gegen Hautzentrale & Fettschmelze AG
94 I 249 ff.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Juni 1968 i.S. Behaton Beton- und Hartbeton GmbH und Mitbeteiligte gegen Eidg. Amt für geistiges Eigentum
94 II 207 f.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Oktober 1968 i.S. The Glens Falls Insurance Co. gegen Reederei Zürich AG und Mitbeteiligte
92 II 240 ff.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. November 1966 i.S. Emil Baumann AG gegen Cranag AG
91 I 230, 233, 239	frz.	Urteil der verwaltungsrechtlichen Abteilung vom 2. April 1965 i.S. Compagnie du chemin de fer Brigue-Viège-Zermatt SA gegen Confédération Suisse et Chemins de fer fédéraux
91 II 294, 296 ff.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Juli 1965 i.S. Hedinger gegen Gerschwiler & Co. AG
90 I 53 f.	dt.	Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Januar 1964 i.S. Buban und N.V. Motorenfabrik Thomassen gegen Eidg. Amt für geistiges Eigentum

