

Vertragliche Haftung und Freizeichnungsmöglichkeiten des Beraters

*Prof. Dr. Markus Müller-Chen, RA, Universität St. Gallen**

I. Kleine Berater-Typologie

Die komplexen gesellschaftlichen, sozialen, ökonomischen, technischen und rechtlichen Strukturen unserer Zeit haben ein rasantes Wachstum der Branche der Beraterinnen und Berater bewirkt. Diese Entwicklung wurde einerseits durch die Tatsache gefördert, dass „Berater“ keine geschützte Berufsbezeichnung ist. Andererseits hat wohl auch die weitverbreitete Ansicht dazu beigetragen, dass als „Consultant“ leicht viel Geld verdient werden kann. Auch wenn sich angesichts der rezessiven Wirtschaftslage und der schlechten Presse¹ die Euphorie etwas gelegt haben dürfte, offenbart ein Blick ins Handelsregister, dass in der Schweiz nach wie vor über 14'000 Unternehmen Beratungs- bzw. Consultingleistungen erbringen.² Beraterleistungen werden für die unterschiedlichsten Lebenslagen angeboten, weshalb es „den“ Berater nicht gibt. Ebenso wenig kennt unser Obligationenrecht den Typus des „Beratervertrags“.³ Bevor die Haftung und die Möglichkeit des Ausschlusses und der Beschränkung der Haftung diskutiert werden können, muss daher der Beratervertrag qualifiziert werden. Beraterverträge sind in der Regel Aufträge (Art. 394 Abs. 1 OR): Geschuldet wird das Tätigwerden in fremdem Interesse (auf fremde Rechnung und auf fremdes Risiko).⁴ Im Bereich der Haftung, in dem es in den weitaus meisten Fällen um die Frage geht, ob der Berater sorgfältig auf den vertraglichen Erfolg hingewirkt hat, sind auch bei den Verträgen über Arbeitsleistungen, die keiner besonderen Vertragsart des Obligationenrechts unterstellt sind,⁵ die im Auftragsrecht entwickelten Grundsätze zur vertragsgemässen Erfüllung heranzuziehen.⁶

* Dieser Beitrag erschien in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, hrsg. von P. Tercier et al., Zürich 2004, 507-518

¹ Vgl. nur NZZ, vom 8.6.2001, S. 28; 24.3.2001, S. 69; 15.10.2003, S. 19.

² <http://www.zefix.admin.ch> (Suche mit den Stichworten „berat*“ bzw. „consult*“).

³ In der Lehre werden z.B. im Bereich der Unternehmensberatung noch weitere Unterarten unterschieden, wie beispielweise der Gutachtervertrag oder der Realisierungsvertrag, vgl. dazu HEINRICH E. HIRZEL, Management Consulting im schweizerischen Recht: der Unternehmensberatungsvertrag, Diss. Zürich 1984, S. 21 ff. Auf die Einzelheiten und Unterschiede kann im Rahmen dieses Beitrages nicht eingegangen werden.

⁴ Manche Fälle lassen sich nicht ohne weiteres im Auftragsrecht einordnen. Der IT-Consultant erbringt unter Umständen auch Leistungen, die unter das Lizenz-, Miet- und Werkvertragsrecht subsumiert werden können; der Audio-Akustiker verkauft neben seiner Beratung auch Hörgeräte und der Personalberater vermittelt vielleicht auch Arbeitkräfte (Maklervertrag).

⁵ Die Bestimmung versteht sich insoweit als Auffangtatbestand, statt vieler WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag: Art. 394-406 OR, N 297 zu Art. 394 OR; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, § 23 II, III; ROLF H. WEBER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N 2 zu Vorbem. zu Art. 394-406 OR; vgl. auch HEINZ HAUSHEER, Haftung für Dienstleistungen nach schweizerischem Recht, in: E. Deutsch/J. Taupitz (Hrsg.),

II. Haftung gegenüber dem Vertragspartner

Der Schadenersatzanspruch des Gläubigers setzt eine Vertragsverletzung (z.B. einen Sorgfaltspflichtverstoß), einen Schaden, den adäquaten Kausalzusammenhang sowie das Scheitern des Exkulpationsbeweises voraus. Hauptsächliche Schwierigkeit bildet das Verhältnis zwischen Vertragsverletzung und Verschulden.

A. Vertragsverletzung

Der Beratungsvertrag wird verletzt, wenn die versprochene Leistung nicht obligationengemäss erbracht wurde. Während der tatsächliche Inhalt des Vertrags (das „was“) naturgemäss von den Eigenarten der jeweiligen Verpflichtung abhängt, ist die Art und Weise, wie die Leistung bewirkt werden soll, typischerweise dieselbe. Der Berater hat gemäss Art. 398 Abs. 2 OR für die *„getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts“* einzustehen. Diese Sorgfaltspflicht gilt es zu konkretisieren.

Der Berater hat zweckgerichtet und zweckmässig zu handeln, die Interessen seines Auftraggebers nach besten Kräften wahrzunehmen und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigen könnte. Er unterliegt u.U. Geheimhaltungs- und Aufklärungspflichten. Das Mass der dabei zu beachtenden Sorgfalt orientiert sich unter Berücksichtigung des in Frage stehenden Vertrags an einem berufs- und fachspezifischen Durchschnittsverhalten.⁷ Das Bundesgericht bestimmt die anzuwendende Sorgfalt graduell. Es geht von der nach objektiven Kriterien definierten Sorgfalt eines gewissenhaften Beauftragten aus, sodann berücksichtigt es die berufstypischen Verhaltensregeln und Usancen und zieht schliesslich die besonderen Verhältnisse des Einzelfalls und der Vertragsart in Betracht.⁸ Wer eine Aufgabe übernimmt, der er mangels fachlicher Qualifikation, Ausbildung, Zeit oder ungenügender Hilfsmittel nicht gewachsen ist, trifft ein Übernahmeverschulden.⁹

Die Anforderungen an die Qualität der Leistung, d.h. an die Sorgfaltspflicht, werden immer höher, indem vor allem die Nebenpflichten immer feiner zisiert

Haftung der Dienstleistungsberufe, Heidelberg 1993, S. 203 ff. (205); FELIX DASSER, Vertragstypenrecht im Wandel, Zürich 2000, S. 15.

⁶ HAUSHEER (Fn. 5), S. 205; FELLMANN (Fn. 5), N 6 zu Art. 394 OR; JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht, Band VII: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, 6. Teilband, Basel/Genf/München 2000, S. 15.

⁷ Zur Haftung des Treuhänders vgl. BGE 128 III 22 ff.; FELLMANN (Fn. 5), N 420 ff. zu Art. 398 OR; BGE 115 II 62 ff.; BGer, Urt. v. 18.7.2000, 4C.186/1999 (Haftung eines Testlabors); zur Sorgfaltspflicht der Banken, vgl. BGE 126 III 20 ff.; 125 IV 139; 121 III 69 ff.; 124 III 155 ff. (Anlageberatung); zum Anwaltsvertrag insb. WALTER FELLMANN, Die Haftung des Anwalts, in: W. Fellmann et al. (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, S. 186 ff.; DERS. (Fn. 5), N 406 zu Art. 398 OR; vgl. auch BGE 127 III 357 ff.; 117 II 563 ff.; zur Arzthaftung: BGE 120 II 248 ff.; weitere Kasuistik siehe WEBER (Fn. 5), N 29 zu Art. 398 OR; zur Architektenhaftung, vgl. BGE 127 III 328 ff.; 125 III 223 ff.; weitere Nachweise bei WEBER (Fn. 5), N 29 zu Art. 398 OR.

⁸ BGE 115 II 62 ff.; im Grundsatz zustimmend WOLFGANG WIEGAND, Zur Haftung für Dienstleistungen, Urteilsanmerkung zu BGE 115 II 62, recht 1990, 134, 136 ff.

⁹ BGE 124 III 163, E. 3a.

werden.¹⁰ So wird z.B. von der Anwältin u.a. gefordert, dass sie ihre Kanzlei zweckmässig organisiert, den Klienten über alle massgeblichen Tatsachen, Risiken und Erfolgchancen im Zusammenhang mit dem Mandat aufklärt und belehrt, ihn laufend informiert, eine unzutreffende Vorstellung korrigiert, die Schweigepflicht umfassend wahrt, nicht marktschreierisch auftritt, von der neuesten Rechtsprechung ca. innert Monatsfrist Kenntnis nimmt, sich mit Standardliteratur und Fachzeitschriften à jour hält, mit den modernen Informationstechnologien umzugehen weiss¹¹ und eine Qualitätskontrolle etabliert.¹²

B. Verhältnis zwischen Vertragsverletzung und Verschulden

Aufgrund der vertraglichen Sonderbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner gilt die allgemeine Regel, dass das Verschulden des Beraters vermutet wird (Art. 97 Abs. 1 OR). Der Schuldner trägt damit in Abweichung von Art. 8 ZGB das Risiko der Beweislosigkeit. Wer schuldhaft handelt, verstösst im Vertragsrecht gegen eine Sorgfaltspflicht. Der Sorgfaltsmassstab wird objektiviert.¹³ Dieses Verständnis des Verschuldens führt zu Abgrenzungsschwierigkeiten zur Vertragsverletzung.¹⁴

Einerseits gilt die Sorgfaltspflicht als Mass für die Qualität der Erfüllung.¹⁵ Sie definiert die richtige Erfüllung der Leistungspflicht. Wer das Vertragsziel nicht mit aller Sorgfalt zweckgerichtet und zweckmässig verfolgt, verletzt den Vertrag. Dies ist vom Gläubiger nachzuweisen. Andererseits stellt die Sorgfalt auch den Kern des Verschuldensvorwurfs dar, wofür aber, wie dargelegt, der Schuldner die Beweislast trägt. Es stellt sich nun die Frage, ob der Schuldner sich unter der Herrschaft eines objektiven Fahrlässigkeitsmassstabs jemals entlasten kann, wenn es dem Gläubiger gelingt, ihm die Verletzung der geschuldeten Sorgfalt nachzuweisen.

Das Problem wird vor allem am Beispiel des Arztvertrags diskutiert.¹⁶ Ein Teil der Lehre postuliert in Anlehnung an das deutsche Recht einen doppelten Massstab. Bei der Vertragsverletzung wird ein Höchstmass an Sorgfalt gefordert, währenddessen auf der Stufe des Verschuldens das erforderliche Können auf ein Standardmass herabgesetzt wird. Die Fähigkeiten des Einzelnen sollen so als

¹⁰ Kritisch zur Haftungserweiterung WIEGAND, recht 1990, 134, 138 ff.

¹¹ WOLFGANG WIEGAND, Die Sorgfalts- und Informationspflichten bei der Erbringung von Rechtsdienstleistungen unter Verwendung von Internet und E-Mail, recht 2000, 249, 252 ff.

¹² Vgl. FELLMANN (Fn. 7), Haftung des Anwalts, S. 196 ff.

¹³ ROLF H. WEBER, Sorgfaltswidrigkeit - quo vadis?, ZSR 107/I (1988), 39, 45.

¹⁴ Ausführlich WEBER, ZSR 107/I (1988), 39, 51 ff.

¹⁵ Vgl. vorne unter II.A.

¹⁶ Ausführlich zum Ganzen THOMAS GRIEDER, Die unsorgfältige Unsorgfalt – Ein Beitrag zur Abgrenzungsproblematik zwischen Vertragswidrigkeit und Verschulden, AJP 2002, 959, 961; DERS., Vertragswidrigkeit und objektivierter Fahrlässigkeit, Diss. Zürich 2002, S. 103 ff.

Bewertungsfaktor mitberücksichtigt werden.¹⁷ In der praktischen Konsequenz wird dadurch der Verschuldensbegriff resubjektiviert.¹⁸ Für eine Exkulpation des Schuldners wird praktisch aber wenig Raum bestehen.¹⁹ Nach anderer Ansicht sind Vertragswidrigkeit und Fahrlässigkeit anhand von unterschiedlichen Kriterien zu messen. Die Vertragswidrigkeit soll fachspezifisch, die Fahrlässigkeit situationsspezifisch beurteilt werden.²⁰ Doch auch nach dieser Theorie schliessen einzig ganz aussergewöhnliche Umstände das Verschulden aus.²¹ Die selbständige Anwältin kann z.B. wegen eines Unfalls ihre Eingabe fristgerecht nur auf rudimentäre Judikatur- und Literaturrecherchen abstützen.²² Eine dritte Ansicht weist schliesslich die Sorgfaltswidrigkeit generell der Vertragswidrigkeit zu und lässt den Exkulpationsbeweis nur bei mangelnder Urteilsfähigkeit zu.²³

C. Schlussfolgerungen

Unabhängig davon, welche Theorie sich letztlich durchsetzen können, zeichnet sich ein Bedeutungsschwund des Verschuldens ab. Der Entscheid über Haftung oder Nicht-Haftung wird schwergewichtig bei der Vertragsverletzung gefällt. Gelingt dem Kunden der Nachweis, dass sein Berater nicht mit der fach-

¹⁷ Insbesondere FELLMANN (Fn. 7), Haftung des Anwalts, S. 209 f.; DERS. (Fn. 5), N 473 zu Art. 398 OR; CHRISTOPH OSWALD, Analyse der Sorgfaltspflichtsverletzung, Diss. Zürich 1988, S. 102 f.

¹⁸ So wohl auch WIEGAND, recht 1990, 134, 142; vgl. auch die Revision des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, welche den Fahrlässigkeitsbegriff resubjektivieren will (Art. 48a VE-HPR), siehe dazu Bericht der STUDIENKOMMISSION für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts: an den Vorsteher des eidg. Justiz- und Polizeidepartements, Bern 1991, S. 56. Kritisch dazu VITO ROBERTO, Haftung für Dienstleistungen gegenüber vertragsfremden Dritten, in: Ch. Meier-Schatz/R. J. Schweizer (Hrsg.), Recht und Internationalisierung: FG der juristischen Abteilung der Universität St. Gallen zum Juristentag 2000, S. 137 ff. (145 mit Fn. 36): „bedauerlicher Rechtsrückschritt“.

¹⁹ FELLMANN (Fn. 5), N 475 zu Art. 398 OR, schliesst i.E. eine Exkulpation im vertraglichen Schadenersatzrecht sogar gänzlich aus; DERS. (Fn. 7), Haftung des Anwalts, S. 193 ("weitgehende Deckung"), 209; BGE 124 III 164, E. 3b; 117 II 567, E. 2a; WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar: Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 3. Aufl., Bern/Genf/München 2003, N 43 zu Art. 97 OR; WIEGAND, recht, 1990, 140 ff.; GRIEDER (Fn. 16), Vertragswidrigkeit, S. 103 ff.; BGer, Urte. v. 18.7.2000, 4C.186/1999 (Frage offen gelassen).

²⁰ So wohl auch WEBER, ZSR 107/I (1988), 39, 55 f.; HANS PETER WALTER, Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsobligationen, in: A. Koller (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 43 ff. (68 f.): "doppelsinniger Sorgfaltsbegriff". Gemäss GRIEDER (Fn. 16), Vertragswidrigkeit, S. 97, greift die situationsspezifische Beurteilung des Verhaltensmassstabs zu kurz, da sowohl der Vertragsverletzung als auch dem Verschulden die gleiche fachspezifische Sorgfaltspflicht zugrunde läge, der Unterschied bestünde nur am unterschiedlichen Objekt, an dem die Sorgfalt gemessen werde.

²¹ Gemäss WEBER, ZSR 107/I (1988), 39, 56, sollen hier vor allem Umstände, wie das allgemeine Berufsrisiko, ein weiter Ermessensspielraum des Beauftragen oder die besonderen Schwierigkeiten der Aufgabe (soweit kein Übernahmeverschulden vorliegt) berücksichtigt werden können.

²² Bsp. nach WALTER (Fn. 20), Abgrenzung, S. 70.

²³ Vgl. P. CHRISTOPH GUTZWILLER, Unsorgfältige Vermögensverwaltung, Beweislast, Haftungsausschluss und Schadensberechnung, AJP 2000, 57, 59; die umgekehrte Lehrmeinung, welche die Sorgfaltspflicht ausschliesslich dem Verschulden zuordnen möchte (PETER DERENDINGER, die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrags, 2. nachgeführte Aufl., Fribourg 1990, N 77 ff.), ist mit WIEGAND, recht 1990, 134, 141 abzulehnen.

und berufsspezifischen Sorgfalt handelte, hat er in der Regel den Prozess gewonnen.

Diese Entwicklung hat zum einen die Konsequenz, dass die Haftung für eine fehlerhafte Dienstleistung sich der Haftung für ein fehlerhaftes Produkt annähert.²⁴ Aus ökonomischer Sicht ist dies durchaus plausibel, wenn bedacht wird, dass das Schadenspotential eines fehlerhaften Produktes nicht grösser zu sein braucht als z.B. das eines fehlerhaften Revisionsberichts, der einer breiten Investorenschaft zugänglich gemacht wird. Interessanterweise wird in gewissen Wirtschaftszweigen, insbesondere in der Bank- und Versicherungswirtschaft, häufig von „Produkten“ gesprochen wird, die dem Publikum mit allerlei Erfolgsmaximierungsversprechen angepriesen und „verkauft“ werden.²⁵ Beim Konsumenten wird dadurch die Erwartungshaltung geschürt, dass es sich bei Dienstleistungen um fehlerfreie Produkte handle. Diese de facto verschuldensunabhängige Haftung des Beraters kommt besonders in Fällen zum Tragen, bei denen das personale Element in den Hintergrund tritt (z.B. Leistungen von Banken, Versicherungen oder grossen Unternehmensberatungsgesellschaften). Leistungen werden in diesen Fällen nicht mehr von Personen erbracht, sondern von Institutionen.²⁶ Das in Art. 97 Abs. 1 OR enthaltene Verschuldenselement hat praktisch nur noch eine Bedeutung bei Dienstleistungen, welche durch die individuellen Eigenschaften oder Fähigkeiten des Erbringers geprägt sind.²⁷ Letztlich führt diese Annäherung der Dienstleistung an eine Sachleistung zu einer Garantiehafteung.²⁸ Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Dienstleistungserbringer faktisch eine Erfolgsgarantie übernimmt, auch wenn er de iure im Auftragsrecht bloss für das sorgfältige Wirken haftet.²⁹

Trotz dieser Entwicklung wäre es schon aufgrund der gesetzlichen Bestimmung von Art. 97 OR nicht sachgerecht, gänzlich auf das Element des Verschuldens zu verzichten. Dieses braucht es, um den Schuldner vor überhöhten Anforderungen an die Sorgfalt zu schützen, die er im Hinblick auf die konkrete Situation nicht zu leisten im Stande ist. Unabhängig von der dogmatischen Konstruktion bin ich mit der herrschenden Lehre und Praxis denn auch der Ansicht, dass eine Exkulpation des Schuldners, der aufgrund eines Verstosses gegen die Sorgfaltspflicht den Vertrag verletzt hat, nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt ist.

²⁴ Kritisch WEBER, ZSR 107/I (1988), 39, 50; FELLMANN (Fn. 5), N 489 zu Art. 398 OR; WIEGAND, recht 1990, 134, 142.

²⁵ Vgl. GUTZWILLER, AJP 2000, 57, 60; WIEGAND, recht 1990, 134, 140; PIERRE WIDMER, Die Versicherung und die Haftung der Erbringer von Dienstleistungen, SVZ 50 (1982), 65, 68.

²⁶ So auch HAUSHEER (Fn. 5), S. 212; WIEGAND, recht 1990, 134, 140; WIDMER, SVZ 50 (1982), 65, 75.

²⁷ WIEGAND, recht 1990, 134, 142; HOFSTETTER (Fn. 6), § 8 V 2 a).

²⁸ Vgl. nur HAUSHEER (Fn. 5), 212; WIDMER, SVZ 50 (1982), 65, 75; HIRZEL (Fn. 3), S. 111.

²⁹ WALTER R. SCHLUEP/MARC AMSTUTZ, Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N 339 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR, m.w.Nw.

III. Freizeichnung

A. Grundsatz

Der Schuldner haftet für jegliches Verschulden, auch für leichteste Fahrlässigkeit (Art. 41 Abs. 1 bzw. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 OR). Die Haftungsordnung ist aber dispositiver Natur, so dass die vertragliche³⁰ Haftung individualvertraglich oder in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Bevor diese und ihre Grenzen³¹ untersucht werden, sollen zunächst verschiedene Arten von Freizeichnungsklauseln systematisiert dargestellt werden.

B. Arten

Viele Freizeichnungsklauseln knüpfen an das Verschulden des Vertragsschuldners an. In der Regel wird dabei die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen. Eine entsprechende Formulierung lautet etwa: *„A schliesst jegliche Haftung für falsche, fehlerhafte, verspätete oder nicht gelieferte Daten aus, es sei denn, A könne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nachgewiesen werden“*.

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die Haftung einzugrenzen, indem die Folgen der Vertragsverletzung ausgeschlossen oder begrenzt werden. Bei den Dienstleistungsverträgen steht der Ausschluss oder die Begrenzung der Schadenersatzpflicht im Vordergrund. Darüberhinaus entspricht es moderner Vertragsgestaltung, die Haftung summenmässig, d.h. dem Umfang nach, zu begrenzen. Dies kann erreicht werden durch eine Fixierung der maximalen Ersatzsumme, durch den Wert der Dienstleistung oder durch den Umfang einer Dritthaftung.

Das schweizerische System der Vertragshaftung knüpft an die Ursachen der Leistungsstörung an. Die Rechtsfolgen unterscheiden sich je nachdem, ob ein Fall der Unmöglichkeit, der Schlecht- oder Späterfüllung vorliegt. De lege lata existiert damit kein einheitlicher Vertragsverletzungsbegriff.³² Haftungsbeschränkungen können daher an die unterschiedlichen Ursachen der Vertragsverletzung anknüpfen.

Selbstverständlich können die vorgenannten Elemente auch miteinander kombiniert werden: *„Bei Vertragsverletzungen haftet X für den nachgewiesenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft. Absichtlich oder grobfahrlässig verschuldete Schäden ersetzt X unbegrenzt. Bei leichter Fahrlässigkeit haftet er für Personenschäden unbegrenzt, für Sachschäden bis zum Betrage von 500'000 CHF je Schadensereignis und für Vermögensschäden bis zum Gegenwert der bezogenen Leistung, höchstens aber bis zum Betrag von 50'000 CHF je Schadensereignis. In keinem Fall haftet X jedoch für Folgeschäden und entgangenem Gewinn.“*

³⁰ Zu den Auswirkungen der Freizeichnung auf die ausservertragliche Haftung, s. BEAT ZIRLICK, Freizeichnung von der Deliktshaftung: Haftungsbeschränkung und – ausschuss im ausservertraglichen Bereich, Diss. Bern 2003, S. 163 ff.

³¹ S. dazu hinten unter III.C. ff.

³² Vgl. MARKUS MÜLLER-CHEN, Folgen der Vertragsverletzung, Zürich 1999, S. 60, 325 f.

Das Auftragsrecht sieht anders als das Kauf- oder Werkvertragsrecht keine Modalitäten wie Rüge- oder Untersuchungspflicht als Voraussetzungen der Haftung vor. Die Ansprüche sind lediglich innerhalb der anwendbaren Verjährungsfristen geltend zu machen. Diese gesetzliche Regelung kann zu Gunsten des Schuldners verändert werden, was sich im Ergebnis auch auf die Haftung auswirkt. So können z.B. Abreden zu Fristen, Formvorschriften, Beweislast u.ä. vertraglich festgelegt werden, wodurch die Rechtsverfolgung erschwert wird.

Eine weitere, wenn auch indirekte Möglichkeit, die Haftung auszuschliessen oder zu begrenzen, besteht darin, den Umfang der geschuldeten Leistungen im Vertrag zu definieren. Je präziser und enger die Pflichten des Schuldners gefasst werden, desto begrenzter ist seine Haftung. Denn es gilt ein subjektiver Vertragserfüllungsmassstab: Entspricht die Leistung dem vertraglich Vereinbarten, scheidet eine mangelhafte Erfüllung aus und die Frage der Haftungsbegrenzung stellt sich gar nicht.³³

Eine ähnliche Wirkung kann durch Vereinbarung einer Resolutivbedingung erreicht werden, welche bewirkt, dass die ursprünglich vereinbarte Verpflichtung aufgehoben oder beseitigt wird. In der Praxis erscheinen solche Klauseln z.B. als *Schadloshaltungsklauseln* oder *hold-harmless clauses* in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte.³⁴ Darin verspricht der Fiduziant, dem fiduziarischen Verwaltungsrat den Schaden zu ersetzen, den dieser erleidet, weil er von Dritten wegen Verletzung aktienrechtlicher Pflichten in Anspruch genommen wird.

C. Grenzen

1. Vorbemerkungen

Vertragliche Freizeichnungsklauseln unterliegen nur einer beschränkten gerichtlichen Kontrolle. Das Mass der Kontrolle hängt u.a. davon ab, ob ein individuell ausgehandelter Vertrag vorliegt oder ob der Vertrag auf der Grundlage von AGB abgeschlossen wurde. Des Weiteren spielt es eine Rolle, ob das Geschäft zwischen einer kaufmännischen Partei und einem Konsumenten oder im kaufmännischen Verkehr zustandekam.

Bei individuellen Beratungsverträgen begrenzen soweit ersichtlich einzig Art. 100 und 101 OR sowie in beschränktem Umfang gewisse wettbewerbsrechtliche Normen die Möglichkeiten des Schuldners, sich von der Haftung ganz oder teilweise freizuzeichnen.³⁵

³³ INGEBORG SCHWENZER, Beschränkungen und Modifikationen der vertraglichen Haftung, in: A. Koller (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 99 ff. (122).

³⁴ Dazu eingehend MARKUS VISCHER, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 2003, 491 ff.

³⁵ Siehe sogleich hinten unter III.C.2.1. ff. Gewisse Grenzen ergeben sich auch aus Spezialgesetzen wie z.B. dem Pauschalreisegesetz (Art. 14 PRG) oder Art. 65 Abs. 3 des Anlagefondsgesetzes bei Finanzdienstleistungen (AFG).

Bei AGB steht den Gerichten ein erweiterter, mehrschichtiger Kontrollmechanismus zur Verfügung. Da AGB nach herrschender Lehre keine Rechtsnormen, sondern rechtsgeschäftliche Vereinbarungen sind,³⁶ setzt ihre Gültigkeit voraus, dass sie von den Parteien durch eine entsprechende Willensübereinstimmung zum Vertragsinhalt erhoben wurden (*Kontrolle der Einbeziehungsvereinbarung*).³⁷ Dies hat z.B. für Online-AGB der Immobilienberatung zur Folge, dass der User ohne Schwierigkeiten auf sie zugreifen und sie herunterladen kann sowie dass sie in einem Pop-up-Fenster gut lesbar sind.³⁸ Bei einer Globalübernahme seitens einer geschäftsunerfahrenen Partei werden auf der Stufe der *Geltungskontrolle* diejenigen Klauseln ausgeschieden, welche ungewöhnlich sind und auf die der Kunde nicht hingewiesen wurde (*Ungewöhnlichkeitsregel*).³⁹ Eine weitere Möglichkeit, Freizeichnungsklauseln zu überprüfen, liegt auf der Ebene der Auslegung. Haben die Parteien etwas vereinbart, was mit der Haftungsausschlussklausel im Widerspruch steht, geht die *Individualabrede* vor. Führt die Auslegung der Klausel nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, geht die Unklarheit zu Lasten des Verwenders (*Unklarheitenregel*).⁴⁰ Eine (beschränkte) *Inhaltskontrolle* findet - wie bei den Individualverträgen - über Art. 100 und 101 OR sowie über Art. 8 UWG und Art. 5 KG statt.

2. Inhaltskontrolle

Sowohl individuell ausgehandelte Freizeichnungsklauseln wie auch solche, die Teil von AGB sind,⁴¹ müssen sich am Massstab von Art. 100 und 101 OR einerseits sowie Art. 8 UWG und Art. 5 KG andererseits messen lassen.

2.1. Obligationenrechtliche Schranken - Art. 100 und 101 OR

a. Abgrenzung zwischen Art. 100 und 101 OR

³⁶ Vgl. INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, N 45.01; statt vieler EUGEN BUCHER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), N 52 zu Art. 1 OR; a.A. vor allem deutsche Vertreter der Normentheorie, siehe dazu HANS GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, S. 27 mit Nachweisen.

³⁷ Statt vieler SCHWENZER (Fn. 36), OR AT, N 45.01.

³⁸ FELIX H. THOMANN, Sicherheit und Haftungsbeschränkungen im Internet-Banking, recht 1998, 160, 162 f.; LEONARDO CEREGHETTI, Disclaimers und Haftungsfreizeichnungen im E-Commerce, SIC 2002, 1, 9; vgl. auch ROBERT G. BRINER, Haftung für Informationen auf Websites, SIC 2002, 231, 239.

³⁹ BGE 119 II 446, E. 1a; 109 II 458 f., E. 5; SCHWENZER (Fn. 36), OR AT, N 45.07; IDEM (Fn. 33), Beschränkungen, 105; GIGER (Fn. 36), 35 ff.

⁴⁰ Z.B. BGE 124 III 158 f.

⁴¹ Offene Inhaltskontrolle von AGB sind gemäss BGE 109 II 116 ff. und 112 II 450 ff. zulässig bei Verstoss gegen Art. 19 Abs. 2 OR (Widerrechtlichkeit, Sittenwidrigkeit, Verstoss gegen die öffentliche Ordnung oder gegen das Recht der Persönlichkeit) sowie gemäss BGE 123 III 292 ff. bei Art. 21 OR (Übervorteilung). Gemäss ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband: Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages (Art. 19-22 OR), Bern 1991, N 298 zu Art. 19-20 OR, soll bei der Kontrolle von AGB ein strengerer Massstab angelegt werden.

Art. 100 Abs. 1 OR lässt eine Wegbedingung oder Beschränkung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit zu.⁴² Gemäss Art. 100 Abs. 2 OR ist bei obrigkeitlich konzessionierten Gewerben (z.B. Anwälte, Banken⁴³ und Versicherungen) ein Ausschluss des leichten Verschuldens nach Ermessen des Richters ungültig.

Dies gilt jedoch nur dann, wenn Organe oder Gesellschafter für die betreffende juristische Person oder Personengesellschaft handeln. Wird die Dienstleistung durch eine Hilfsperson erbracht, kann die Haftung gemäss Art. 101 Abs. 2 OR gänzlich ausgeschlossen werden, bei obrigkeitlich konzessionierten Gewerben darf immerhin noch die Haftung für leichtes Verschulden wegbedungen werden (Art. 101 Abs. 3 OR). Die unterschiedliche Behandlung von natürlichen Personen und Organen einerseits und Hilfspersonen andererseits ist nicht (mehr) sachgerecht. Die komplexen Organisationsstrukturen heutiger Gesellschaften machen es zunehmend schwieriger zu erkennen, ob jemand als Organ oder als Hilfsperson gehandelt hat.⁴⁴ Ausserdem besteht die Gefahr, dass aufgrund der Unterschiede bei der Freizeichnung je nach gewünschtem Ergebnis der Organbegriff manipuliert wird. So wurde z.B. vorgeschlagen, den bei einer Bank angestellten Vermögensverwalter, welcher eine Geschäftsbeziehung mit dem Kunden unterhält, als faktisches Organ einzustufen, auch wenn er dies im Hinblick auf das Gesamtunternehmen nicht wäre.⁴⁵ Ein in den AGB enthaltener Haftungsausschluss für leichtes Verschulden wäre so ungültig. De lege ferenda muss diese Differenzierung überdacht werden.

b. Anwendungsbereich

Art. 100 und 101 OR beziehen sich aufgrund ihrer systematischen Stellung im Gesetz und dem Wortlaut nach nur auf Klauseln, die das Verschulden regeln. Mit einem gewichtigen Teil der Lehre⁴⁶ bin ich der Ansicht, dass die genannten Bestimmungen analog auf den indirekten Haftungsausschluss durch Leistungsbeschreibung, die vertragliche Verteilung des Risikos⁴⁷ und die rechtsgeschäftliche Erschwerung der Rechtsverfolgung angewandt werden müssen. Ansonsten können die gesetzlichen Schranken der Freizeichnung ohne weiteres umgangen werden. Dies wäre rechtspolitisch verfehlt: Wer einen marktüblichen Preis für eine Leistung bezahlt, hat auch Anrecht auf eine marktübliche Qualität.⁴⁸ Ein ausgewiesener Spezialist, der aufgrund seiner

⁴² Dies soll durch die Revision des Haftpflichtrechts geändert werden. Gemäss Art. 57 VE-HPR ist der Ausschluss der Haftung für leichtes Verschulden nichtig, falls die Klausel in AGB steht. Diese Bestimmung ist nicht sinnvoll, da sie zu unflexibel ist. Sie erlaubt z.B. nicht, nach der Art der Schäden oder der Stellung der Parteien zu differenzieren. Vgl. zur Revision CHRISTINE CHAPPUIS/Franz WERRO, La responsabilité civile: à la croisée des chemins, ZSR 122/I (2003), 237, 382 ff.

⁴³ BGE 112 II 453 ff., E. 3.

⁴⁴ CHAPPUIS/WERRO, ZSR 122/I (2003), 237, 381.

⁴⁵ GUTZWILLER, AJP 2000, 57, 61.

⁴⁶ SCHWENZER (Fn. 33), Beschränkungen, S. 123; WEBER (Fn. 5), N 34 zu Art. 398 OR.

⁴⁷ BGer, Urt. v. 12.11.2002, 4C.210/2002, publ. in: Pra 2003, Nr. 50; BGE 112 II 454, E. 3; 108 II 315 f.

⁴⁸ So auch SCHWENZER (Fn. 33), Beschränkungen, S. 123; WEBER (Fn. 5), N 34 zu Art. 398 OR; FELLMANN (Fn. 5), N 517 zu Art. 398 OR; a.A. VISCHER, AJP 2003, 491, 492.

besonderen persönlichen Fähigkeiten und der Komplexität der übernommenen Aufgaben ein überdurchschnittliches Honorar erhält, sollte das ihm entgegengebrachte Vertrauen nicht unterlaufen können, indem er sich ganz oder zu einem erheblichen Teil von der Haftung freizeichnet.⁴⁹

c. Gültigkeit vertragstypenwidriger Beschränkungen

Seit langem ist umstritten, ob vertragstypenwidrige Beschränkungen der Haftung gültig sind. Für den Berater stellt sich konkret die Frage, ob die Sorgfalt, welche begriffsnotwendig zum Vertragstypus des Auftrags gehört, wegbedungen werden kann.⁵⁰ Das Problem resultiert aus der bereits erörterte Doppelnatur der Sorgfalt im Auftragsrecht.⁵¹ Das Bundesgericht hat die Frage vor einigen Jahren zwar angesprochen, dann aber offengelassen.⁵² Das dogmatisch interessante Problem ist in seiner praktischen Bedeutung indessen in doppelter Hinsicht zu relativieren. Ein Ausschluss oder eine Beschränkung der vertragstypischen Sorgfalt kann, wie z.B. im Anwaltsrecht, gegen die Standesregeln verstossen.⁵³ Sodann wird der Kunde z.B. eines Vermögensverwalters kaum bereit sein, ein Honorar für Bemühungen zu bezahlen, wenn sich der Vermögensverwalter vorbehält, „leicht fahrlässig“ handeln zu dürfen.⁵⁴ Aufgrund der heutigen harten Konkurrenz unter den Dienstleistungserbringern und der herausragenden Bedeutung der Qualität als Marketinginstrument dürften sich derartige Klauseln nicht lange halten lassen.

Die Haftung für vertragstypische Elemente soll im Grundsatz ausgeschlossen oder beschränkt werden können. Zulässig ist dies aber nur für Risiken, welche der Verwender selbst nicht beeinflussen kann, jedoch seinem Risikobereich zugerechnet werden.⁵⁵ Zusätzlich ist zu fordern, dass der Gläubiger die Tragweite der Freizeichnungsklausel vollumfänglich erfasst, was in der Regel Fachkundigkeit voraussetzt.⁵⁶ Kein Ausschluss der Haftung ist hingegen möglich für die sich am abstrakten Massstab orientierende berufs- und fachspezifische Sorgfalt. Am Beispiel der Verwendung von Internet und e-mail durch den Anwalt

⁴⁹ FELLMANN (Fn. 5), N 517 zu Art. 398 OR.

⁵⁰ BRINER, SIC 2002, 231, 237.

⁵¹ Vgl. vorne unter II.B. ff.

⁵² BGE 124 III 165, E. 3c: Zur Diskussion stand eine Haftungsausschlussklausel in den AGB einer Vermögensverwaltungsgesellschaft, wonach diese in keiner Weise Verantwortung für irgendwelche Verluste in Warenterminmärkten übernehme und keinerlei Garantie für Gewinne abgebe.

⁵³ WALTER FELLMANN, Haftungsrisiko in Anwaltsgemeinschaften, Plädoyer 5/03 (2003), 30, 33; DERS. (Fn. 7), Haftung des Anwalts, S. 217.

⁵⁴ GUTZWILLER, AJP 2000, 57, 62; SANDRO ABEGGLEN, Vermögensverwaltung durch die Bank – konfliktträchtige Bereiche und ihre Bewältigung, unter besonderer Berücksichtigung von Kunden-Direktorders, SZW 2001, 179, 185.

⁵⁵ CEREGHETTI, SIC 2002, 1, 9 ff., zur Gültigkeit von Haftungsfreizeichnungsklauseln im e-commerce; anders WEBER, 107/I (1988), 39, 52 f., der eine Haftungsbeschränkung nur im Sinne eines Verpflichtungsausschlusses, nicht aber hinsichtlich der vom Schuldner aufzuwendenden Sorgfalt zulassen will.

⁵⁶ PETER HERZOG/THERESE AMSTUTZ, Rechtliche Überlegungen zur Haftung des Wirtschaftsprüfers für Comfort Letters, ST 2000, 757, 760; vgl. auch BGE 107 II 164, E. 6d: Haftungswegbedingung nur für Mängel, mit welchen die Parteien vernünftigerweise rechnen mussten.

bedeutet dies etwa, dass dieser sich für systemimmanente Risiken (Server-Absturz u.dgl.) freizeichnen kann, nicht aber für Sorgfaltsverstösse bei der Verwendung (z.B. falsche Adressierung einer e-mail).⁵⁷

2.2. Wettbewerbsrechtliche Schranken – Art. 8 UWG, Art. 5 KG

Art. 8 UWG sieht vor, dass insbesondere derjenige unlauter handelt, der vorformulierte AGB verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei entweder von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen. Aufgrund der Tatbestandsvoraussetzung der Irreführung hat Art. 8 UWG bei der Kontrolle missbräuchlicher Klauseln keine Bedeutung erlangt. Denn anders als im deutschen Recht (§ 307 BGB) reicht es nicht, dass eine Klausel inhaltlich einseitig ist. Es braucht zusätzlich die inhärente Täuschungsgefahr, was wohl selten der Fall ist bzw. erhebliche beweisrechtliche Schwierigkeiten mit sich bringt.

Freizeichnungsklauseln können jedoch nicht nur eine lauterkeitsrechtliche, sondern auch eine kartellrechtliche Bedeutung haben. Wenn Unternehmen gleichlautende Konditionen gebrauchen oder ein Berufsverband den Gebrauch einheitlicher Geschäftsbedingungen empfiehlt und das Konditionenkartell eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 1 KG ist, können Freizeichnungsklauseln unter Umständen eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellen.⁵⁸

IV. Zusammenfassung

Der Beratervertrag ist in der Regel ein Auftrag, wobei je nach konkreter Ausgestaltung des Beratungsverhältnisses auch ein Innominatvertrag vorliegen kann. Trotz aller Unterschiedlichkeiten ist den Beraterverträgen gemeinsam, dass der Dienstleistungserbringer verpflichtet ist, mit aller Sorgfalt auf das Vertragsziel hinzuwirken. Er hat dabei einem berufs- und fachspezifischen Durchschnittsmasstab zu genügen. Die Objektivierung des Sorgfaltsmasstabs und die Tendenz, die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht und damit an die Qualität der Vertragsleistung zu verschärfen, nähern im Ergebnis die Haftung für eine fehlerhafte Dienstleistung der Haftung für ein fehlerhaftes Produkt an. Das Verschulden verliert dabei an Bedeutung.

Aufgrund der dispositiven Natur der obligationenrechtlichen Haftungsordnung kann die vertragliche (und in eingeschränktem Mass auch die ausservertragliche) Haftung beschränkt oder ausgeschlossen werden. Schranken der Dispositionsfreiheit finden sich primär in Art. 100 f. OR, Art. 8 UWG und allenfalls in Art. 5 KG. Die inhaltliche Kontrolle der Freizeichnungsklauseln

⁵⁷ WIEGAND, recht 2000, 249, 258; vgl. WEBER, ZSR 107/I (1988), 39, 53; THOMANN, recht 1998, 160, 164.

⁵⁸ Vgl. im Einzelnen PATRICK KRAUSKOPF-FORERO, Die Kontrolle von Freizeichnungen im Vertrags- und Wettbewerbsrecht, BR 1999, 26, 29.

sollte per analogiam auch auf Klauseln anwendbar sein, die die Haftung nur indirekt begrenzen (z.B. Leistungsbeschreibung).

Der Haftungsausschluss der für Beratungsverträge typischen Sorgfaltspflicht ist im Grundsatz zulässig, allerdings nur für Risiken, die durch den Verwender nicht beeinflussbar sind und unter der Voraussetzung, dass der Gläubiger die Tragweite der Freizeichnung erfasst. Die Haftung für die sich am abstrakten Massstab orientierende berufs- und fachspezifische Sorgfalt kann hingegen nicht ausgeschlossen werden.