

Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung



ARNOLD F. RUSCH
PD Dr. iur., Rechtsanwalt,
LL.M., Zürich



PHILIP R. BORNHAUSER
lic. iur., Rechtsanwalt,
Zürich

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Ratio legis des Art. 101 Abs. 2 und 3 OR
- III. Korrektiv
 1. Einschränkende Auslegung der Freizeichnungsklausel
 - a. Beispiele: BJM 1978, 305 ff. und BGE 124 III 155 ff.
 - b. Restriktive Auslegung der Ausnahme
 - c. Analogie zur Substitution im Interesse des Beauftragten
 - d. Rechtsmissbrauchsverbot
 - e. Beweisrechtliche Überlegungen
 - f. Fazit
 2. Organisationsverschulden aus Art. 55 OR
 - a. Beispiele: SJZ 90, 65 und Urteil BGer 4A_36/2008
 - b. Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR)
 - c. Verhältnis zwischen Art. 55 OR und Art. 101 OR
 - d. Die Problematik am Beispiel einer Bank
 - e. Fazit
 3. Zweckmässige Organisation als vertragliche Pflicht
 4. Erleichterte Bejahung der Grobfahrlässigkeit
 5. Erleichterte Bejahung der Organeigenschaft
 - a. Beispiel: BGE 128 III 76 ff.
 - b. Begründung der Lehre
 - c. Fazit
 6. Keine Freizeichnung bei obligatorischer Haftpflichtversicherung
 7. AGB-Korrektiv
 - a. Ungewöhnlichkeitsregel
 - b. Unklarheitenregel
 - c. Inhaltskontrolle nach E-Art. 8 UWG
 - d. Keine geltungserhaltende Reduktion
- IV. Schlusswort

I. Problemstellung

Art. 100 OR regelt die Zulässigkeit der Wegbedingung der Haftung für eigenes Verschulden. Diese Freizeichnung fin-

det ihre Grenze bei vorsätzlichem oder grobfahrlässigem Verhalten (Art. 100 Abs. 1 OR). Bei obrigkeitlich konzessionierten Gewerben *kann* der Richter auch die Freizeichnung für leichtes Verschulden als nichtig erklären (Art. 100 Abs. 2 OR). Dieselben Personen können jedoch die Haftung für das Verschulden ihrer Hilfspersonen gänzlich wegbedingen (Art. 101 Abs. 2 OR). Bei obrigkeitlich konzessionierten Gewerben ist dies gemäss Art. 101 Abs. 3 OR immerhin noch für leichtes Verschulden möglich. Soll eine Unternehmung sich wirklich auf die Freizeichnung berufen können, wenn sie ihre Tätigkeiten durch Hilfspersonen ausüben lässt? In vielen Branchen und Unternehmensformen lassen sich praktisch alle Fehler auf die Tätigkeiten von Hilfspersonen zurückführen. Die Möglichkeit einer über Art. 100 OR hinausgehenden Freizeichnung für Hilfspersonen hinterlässt aber nicht nur in diesen Fällen ein un gutes Gefühl. Dieser Aufsatz widmet sich in einem ersten Schritt der ratio legis des Art. 101 Abs. 2 und 3 OR. Danach folgt die Analyse der Lösungsansätze aus Lehre und Rechtsprechung zur Einschränkung der weitergehenden Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung. Aus Gründen der Übersichtlichkeit gehen die nachfolgenden Erwägungen auf die allgemeinen Argumente gegen eine Haftungsfreizeichnung nicht ein¹.

II. Ratio legis des Art. 101 Abs. 2 und 3 OR

Der Vergleich der Freizeichnungsmöglichkeiten für eigenes und fremdes Verschulden zeigt, dass das Obligationenrecht die Freizeichnung für fremdes Verschulden als weniger problematisch erachtet und diese deshalb folgerichtig auch grosszügiger zulässt². OESCH vermutet den Grund darin, dass der

¹ Es existieren viele allgemeine Argumente gegen eine Haftungsfreizeichnung, vgl. statt vieler ARNOLD F. RUSCH, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Peter Münch/Peter Böhringer/Sabina Kasper Lehne/Franz Probst (Hrsg.), Schweizer Vertrags handbuch, 2. A., Basel 2010, 27 ff., 30; Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. A., Basel 2007 (zitiert: BSK-VERFASSTER), BSK-WIEGAND, OR 100 N 3 ff., MICHAEL HOCHSTRASSER, Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Diss. Zürich 2006, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 196, N 84 ff.

² Vgl. THOMAS OESCH, Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht und ihre Schranken, Diss. Basel 1978, 77.

Schuldner auf das Verhalten seiner Hilfspersonen weniger gut einwirken kann und sich deshalb weitergehend freizeichnen können soll³. BUOL erklärt die weitergehende Freizeichnung historisch mit den Ängsten, das relativ neue Institut der Hilfspersonenhaftung könnte die wirtschaftliche Tätigkeit über Gebühr behindern. In der damals wenig arbeitsteiligen und industrialisierten Gesellschaft stellte der Beizug von Hilfspersonen eher die Ausnahme dar⁴. Gegen diese Argumente spricht, dass der Vorteil des Einsatzes von Hilfspersonen *im Sinne des Gleichlaufs von Nutzen und Risiko* eher Gründe für eine verschärfte Haftung liefert. Wer schon im eigenen Interesse mittels Hilfspersonen sein Geschäftsfeld erweitert, soll erst recht für diese einstehen müssen⁵. Hinzu kommt, dass der Schuldner das Risiko besser einschätzen, beeinflussen und tragen kann als der Gläubiger⁶.

Die Genese des heutigen Art. 101 OR zeigt, dass eine dem heutigen OR 101 entsprechende, also weitergehende Freizeichnungsmöglichkeit erst ab dem Obligationenrecht von 1881 bestand⁷. Die Entwürfe von 1875, 1877 und 1879 sahen noch für eigenes und fremdes Verschulden dieselben Freizeichnungsmöglichkeiten vor⁸. *De lege ferenda* ist sich die Lehre einig, dass sich die Freizeichnungsmöglichkeiten für eigenes und fremdes Verschulden nicht unterscheiden

sollten⁹. Bis es aber so weit ist, ist es Aufgabe von Lehre und Praxis, nach einem Korrektiv zur Verhinderung stossender Ergebnisse zu suchen.

III. Korrektiv

1. Einschränkung der Freizeichnungsklausel

Häufig wählen die Parteien eine Freizeichnungsklausel, die keinen direkten Bezug zur Hilfspersonenhaftung aufweist. Es ist eine Frage der Auslegung, ob eine allgemeine Freizeichnungsklausel nicht nur die Haftung für eigenes, sondern auch für fremdes Verschulden enthält¹⁰. Die nachfolgenden Erwägungen gehen darauf anhand zweier Beispielfälle ein.

a. Beispiele: BJM 1978, 305 ff. und BGE 124 III 155 ff.

Ein Beamter der SBB händigte den Inhalt eines Schliessfachs einem Unberechtigten aus. In der Folge verneinten die SBB ihre Haftung. Sie beriefen sich auf Art. 101 Abs. 2 OR, weil ein bei den Schliessfächern angebrachtes Schild, wonach die SBB nicht für Verlust oder Beschädigung der eingelagerten Gegenstände haften, Vertragsbestandteil geworden sei. Das Gericht wies dieses Vorbringen ab. Die Freizeichnung betreffe eindeutig nur das Verhalten Dritter, die ein Schliessfach aufbrechen. Niemand müsse diesen Hinweis als Wegbedingung der Hilfspersonenhaftung verstehen: *«Vielmehr müsste klar und deutlich zum Ausdruck gebracht werden, dass speziell die Haftung der SBB für Fehler ihrer Beamten und Angestellten, insbesondere auch der für die Schrankfächer zuständigen Personen, wegbedungen werde. Auch ein Privater, der die Haftung gemäss Art. 101 OR ausschliessen will, muss im Vertrag deutlich angeben, dass er nicht für Fehler der Hilfspersonen einstehen will.»*¹¹ Dieselben Erwägungen

³ Vgl. OESCH (FN 2), 75; dieser Gedanke der Risikobeherrschung ist auch erkennbar in BGE 130 III 686 ff., 691 E. 4.3.1.

⁴ Vgl. MARTINA BUOL, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Zürich 1996, N 313, Fn. 231; vgl. KARL SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, 365. Der Gesetzgeber ging dabei wohl eher von einem ausnahmsweisen Beizug von Hilfspersonen aus.

⁵ Vgl. ROLF H. WEBER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 5. Teilband, Art. 97–109 OR, Bern 2000 (zitiert: BK-WEBER), BK-WEBER, OR 101 N 9, m.w.H.; vgl. BGE 114 Ib 67 ff., 71: *«Danach ist das Verhalten einer Hilfsperson, deren sich die Partei oder ihr Vertreter zur Erfüllung der Kostenvorschusspflicht bedient, ihr beziehungsweise dem Anwalt wie ein eigenes zuzurechnen (Art. 101 OR); denn wer den Vorteil habe, Pflichten durch eine Hilfsperson erfüllen zu lassen, der solle auch die Nachteile daraus tragen.»*; vgl. BGE 41 II 494 ff., 497; vgl. Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo-Jungo/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (zitiert: CHK-VERFASSER), CHK-MÜLLER, OR 55 N 3; dieser Gedanke ist schon bei der ähnlichen Abwägung relevant, ob bei der Substitution Art. 399 Abs. 2 OR oder Art. 101 Abs. 1 OR Anwendung findet, vgl. dazu CHK-GEHRER/GIGER, OR 399 N 15.

⁶ Vgl. SPIRO (FN 4), 67 und 71 ff.

⁷ Vgl. Art. 114 f. OR (1881), abgedruckt bei URS FASEL, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000, 1293 f.

⁸ Vgl. die Fundstellen bei FASEL (FN 7), 721 (Art. 141 f. OR, Entwurf 1875), 888 (Art. 141 f. OR, Entwurf 1877) und 1069 (Art. 122 f. OR, Entwurf 1879). Munzingers Entwurf von 1871 enthielt noch keine Norm für die Freizeichnung für fremdes Verschulden (vgl. Art. 99 und 152 OR, bei FASEL [FN 7], 569 und 576).

⁹ Vgl. CHRISTINE CHAPPUIS/Franz WERRO, La responsabilité civile: à la croisée des chemins, ZSR 2003 II, 237 ff., 381 und MARKUS MÜLLER-CHEN, Vertragliche Haftung und Freizeichnungsmöglichkeiten des Beraters, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Alfred Koller/Jörg Schmid/Hubert Stöckli (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 507 ff., 516.

¹⁰ Vgl. ZR 1971 Nr. 117, E. 3, 319; vgl. auch die Ausführungen bei SPIRO (FN 4), 367, die mit der Anmerkung schliessen *«wie sehr man bemüht ist, die Freizeichnung von der Haftung der Erfüllungsgehilfen zu beschränken.»*

¹¹ Vgl. BJM 1978, 305 ff., 307. In BGE 38 II 600 ff., 604 f. prüfte das Bundesgericht gar nicht erst, ob die pauschale Freizeichnung nicht auch im Hinblick auf die Hilfspersonenhaftung erfolgt sein könnte. Es rechnete das Verschulden der Hilfsperson Graf dem Geschäftsherrn voll zu und prüfte dessen Freizeichnungsklausel nur unter dem Massstab von Art. 114 aOR (in der Fassung von 1881, der dem heutigen Art. 100 OR entspricht).

machte das Bundesgericht zur Freizeichnungsklausel eines Vermögensverwalters, die die Hilfspersonenhaftung nicht erwähnte¹².

b. Restriktive Auslegung der Ausnahme

Nach h.L. stellt Art. 101 OR keine eigene materiellrechtliche Haftungsnorm dar. Es handelt sich vielmehr um eine Zurechnungsnorm, die fremdes Verschulden wie eigenes dem Geschäftsherrn zurechnet¹³. Folgerichtig würde eine Freizeichnung des Geschäftsherrn stets auch die Haftung für zugerechnetes Verschulden ausschliessen¹⁴. Freizeichnungsklauseln sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als *Ausnahme* zur gesetzlichen Haftungsordnung jedoch generell restriktiv auszulegen und sollen unmissverständlich sein¹⁵.

¹² Vgl. BGE 124 III 155 ff., 165 (vgl. das wörtliche Zitat hinten bei III.7b).

¹³ Vgl. BK-WEBER (FN 5), OR 101 N 4 und 129; vgl. BGE 92 II 234 ff., 241; a.M. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 9. A., Zürich 2008, N 3070 ff.

¹⁴ So z.B. ZR 1971 Nr. 117, E. 3a, 319 und die allgemeine Aussage bei Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1–529, Basel 2003 (zitiert: CR-VERFASSER), CR-THÉVENOZ, CO 101 N 39: «*Bien que la question relève de l'interprétation, on peut présumer qu'une clause restrictive s'étend à la responsabilité pour faute personnelle comme à la responsabilité du fait des auxiliaires.*»; für das deutsche Recht ebenso MANFRED STAUDINGER-LÖWISCH/GEORG CASPERS, Kommentar zu §§ 275–278 BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255–304 (Leistungsstörungenrecht I), Berlin 2009, BGB 278 N 123.

¹⁵ Vgl. BGE 126 III 59 ff., 67; vgl. BGE 109 II 24; vgl. BGE 91 II 344 ff., 348; vgl. allgemein zur einschränkenden Auslegung einer Ausnahme BGE 71 II 236 ff., 239; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 13), N 3056 f.: «*Der Ausschluss der Haftung für Hilfspersonen muss vertraglich vereinbart werden. Wird er in allgemeinen Vertragsbedingungen vorgenommen, muss die Freizeichnungsklausel unmissverständlich sein. Beispiel: Es genügt nicht, in Handgepäck-Schliessfächern anzumerken: <Die SBB haften nicht für Verlust oder Beschädigung der eingelagerten Gegenstände>. Auch die gebräuchlichen AGB der Banken genügen diesen Anforderungen regelmässig nicht.*»; vgl. auch PHILIPPE SPITZ, Deliktische Eigenhaftung von Organ- und Hilfspersonen, SJZ 99 (2003) 165–174, 171, der auf den Konnex zur deliktischen Eigenhaftung der Organe verweist: «*Eine vertragliche Haftungsfreizeichnung (im Vertrag der juristischen Person mit der geschädigten Person) mit Bezug auf Sach- sowie reine Vermögensschäden sollte aber auch für die Eigenhaftung der Organ- oder Hilfsperson beachtlich sein, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden. Sie könnte aber die unbillig anmutende, wohl eher seltene Konsequenz haben, dass geschädigte Drittpersonen besser geschützt wären als die geschädigte Vertragspartei. Der Haftungsausschluss muss deshalb klar und deutlich sein.*»; kritisch zur Regel der ein-

Die restriktive Auslegung ist bei obrigkeitlich konzessionierten Gewerben umso deutlicher angezeigt, als das Gericht im Gegensatz zu Art. 100 Abs. 2 OR bei Art. 101 Abs. 3 OR den Haftungsausschluss *zwingend* berücksichtigen muss. Bei Art. 100 Abs. 2 OR muss der Richter immerhin sein pflichtgemässes Ermessen nach Art. 4 ZGB ausüben, was zu einer vernünftigen Risikoaufteilung auch unter Berücksichtigung der *Billigkeit* führt¹⁶.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, welche Bedeutung einer Anlehnung an Art. 100 OR in der Formulierung der Freizeichnungsklausel zukommt. Lehnt sich der Text an den gesetzlichen Rahmen von Art. 100 OR an – beispielsweise unter Beachtung der Grenze der Grobfahrlässigkeit und des Vorsatzes – so spricht dies vordergründig dafür, dass der Verfasser nur die Haftung für eigenes Verschulden im Visier hatte. Es ist dann plausibel erklärbar, dass er die Hilfspersonenhaftung nicht erfassen wollte oder zumindest nicht daran gedacht hat. Die Konsequenz daraus ist, dass die Haftung für Hilfspersonen ohne Einschränkungen besteht. Das Wesen von Art. 101 OR als Zurechnungsnorm widerlegt diesen Gedanken zwar teilweise. Wer sich freizeichnet, will gar nicht haften und erst recht nicht für fremdes Verschulden. Nur selten machen sich jedoch die Vertragsparteien derart weitreichende Gedanken – in den meisten Fällen dürfte der Grundsatz der einschränkenden Auslegung der Freizeichnungsklausel dazu führen, dass die Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung gänzlich wegfällt, weil die Parteien daran nicht gedacht haben.

c. Analogie zur Substitution im Interesse des Beauftragten

In diesem Zusammenhang verdient das ähnliche Problem des auftragsrechtlichen Haftungsprivilegs für Substituten Beachtung. Wer befugt einen Substituten bezieht, haftet nur für dessen gehörige Auswahl und Instruktion (Art. 399 Abs. 2 OR). Das Bundesgericht hat diese grosszügige und klare Regelung auf diejenigen Fälle eingeschränkt, in denen die Substitution im Interesse des *Auftraggebers* erfolgt¹⁷. Bei der Substitution im Interesse des *Beauftragten* haftet dieser für das Verhalten des Substituten gemäss Art. 101 Abs. 1

schränkenden Auslegung der Ausnahme REHBINDER, der diese Auslegungsregel als «*beklagenswert falsch*» bezeichnet (MANFRED REHBINDER, Einführung in die Rechtswissenschaft, 8. A., Berlin 1995, 81 m.w.H.); vgl. aber passend FRANZ BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. A., Wien 1991, 440, der die enge Auslegung *verfehlter* Ausnahmeregeln befürwortet: «*Nur verfehlte Ausnahmeregeln, die eine sachliche nicht begründbare Verschiedenbehandlung gleichliegender Fälle mit sich bringen, werden, (...), mindestens so eng wie möglich zu deuten und erst recht ohne Erweiterung durch Analogie anzuwenden sein.*».

¹⁶ Vgl. BGE 112 II 450 ff., 456; vgl. zum fehlenden Ermessenspielraum bei Art. 101 Abs. 3 OR BGE 132 III 449 ff., 452 f.

¹⁷ Vgl. BGE 112 II 347 ff., 353 f.

OR. Die Befugnis zur Substitution ist mit einer vertraglichen Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung vergleichbar. Die bundesgerichtliche Einschränkung zeigt, dass der Grundsatz des Gleichlaufs von Nutzen und Haftung trotz des klaren Wortlauts in Art. 399 Abs. 2 OR Beachtung verdient. Hilfspersonen dienen der Erweiterung des Leistungsvermögens und der Steigerung des Umsatzes¹⁸. Deren Beizug erfolgt oft nur im Interesse des Schuldners. OESCH vermutet die ratio legis der erweiterten Freizeichnungsmöglichkeit bei Art. 101 Abs. 2 OR in der geringeren Möglichkeit der Kontrolle der Hilfspersonen. Sein Gedanke ist für selbständige Substituten passend, nicht aber für Hilfspersonen, die unselbständig und unter Aufsicht arbeiten. Die ratio legis und die Interessenlage sprechen somit in den meisten Fällen gegen die Freizeichnung für fremdes Verschulden. Diese Überlegungen rechtfertigen zwar kein Abweichen vom klaren Wortlaut des Art. 101 Abs. 2 und 3 OR, doch rechtfertigen sie eine restriktive Auslegung einer Freizeichnungsklausel, die die Hilfspersonenhaftung nicht explizit erwähnt.

d. Rechtsmissbrauchsverbot

Wer durch Hilfspersonen erfüllt oder gar nur mittels Hilfspersonen erfüllen kann, könnte auf diese Weise die restriktivere Begrenzung der Haftungsfreizeichnung gemäss Art. 100 OR umgehen. Es wäre dann möglich, von den Problemen der selbst gewählten Unternehmensgrösse zu profitieren¹⁹. Das Rechtsmissbrauchsverbot erfasst diesen Gedanken in der Variante der zweckwidrigen Verwendung eines Rechtsinstituts. Die Voraussetzungen zur Annahme eines Rechtsmissbrauchs sind indes streng²⁰. Die ratio legis von Art. 101 OR ist jedoch nicht gewahrt, wenn die Ausgestaltung der Erfüllungsorganisation mittels Hilfspersonen primär dem Zweck der Verhinderung eigenen Verschuldens und der weitergehenden Freizeichnung von fremdem Verschulden dient²¹. Dieses

¹⁸ Dies sind die Kriterien des Beauftragteninteresses in BGE 112 II 347 ff., 353 f.

¹⁹ Vgl. GEORG GAUTSCHI, Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen, in: Max Keller (Hrsg.), *Revolution der Technik – Evolution des Rechts*, Festgabe für Karl Oftinger, Zürich 1969, 7 ff., 12: «Die totale Abdingbarkeit der Vertragshaftung für jedes Verschulden von Erfüllungsgehilfen (Art. 101 II OR) ist zwar rechtsdogmatisch verständlich, befriedigt aber rechtspolitisch deshalb nicht, weil sie die als juristische Personen organisierten Rechtssubjekte, insbesondere Aktiengesellschaften, privilegiert, die ihre Verbindlichkeiten fast durchwegs durch Angestellte erfüllen, z.B. Banken.»

²⁰ Vgl. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, Art. 1–456 ZGB, 3. A., Basel 2006 (zitiert: BSK-VERFASSER), BSK-HONSELL, ZGB 2 N 52; vgl. Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Einleitung, 1. Teilband, Art. 1–7 ZGB, 3. A., Zürich 1998 (zitiert: ZK-VERFASSER), ZK-BAUMANN, ZGB 2 N 236 und 324 ff.

²¹ Dieser Gedanke bei BGE 128 III 76 ff., 80.

Problem erfährt insofern eine Entschärfung, als in solchen Fällen wohl ein Organisationsverschulden nach Art. 55 OR gegeben ist, das als eigenes Verschulden dem strengeren Regime des Art. 100 OR unterliegt (siehe hinten, III.2c). Wer sich die Mühe macht, alle Tätigkeiten von Hilfspersonen erfüllen zu lassen, muss sich ohnehin auch Gedanken zur Verhinderung des dadurch erhöhten Schadenspotentials machen. Es dürfte zwar nur wenige Fälle geben, die die geforderte Intensität eines Rechtsmissbrauchs erreichen. Die Nähe zum Rechtsmissbrauch rechtfertigt es jedoch umso mehr, auf dem Wege der restriktiven Auslegung eine Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung nur bei expliziter Erwähnung zu bejahen.

e. Beweisrechtliche Überlegungen

Auch die beweisrechtliche Komponente verdient in diesem Zusammenhang Beachtung. Die Beweislast für die Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 2 und 3 OR liegt bei der Partei, die sich darauf beruft, also beim Schuldner²². Dieser ist dazu ohne Zweifel am besten in der Lage. Er hat aber auch das grösste Interesse an der Darlegung, dass ausschliesslich Hilfspersonen erfüllt und dabei fehlerhaft gehandelt haben. Der Gläubiger hat demgegenüber oft keinen Einblick in den internen Erfüllungsablauf des Schuldners. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, diese *missbrauchsanfällige Beweislage* durch eine grosszügige Auslegung der Freizeichnungsklausel zu ermöglichen²³.

f. Fazit

Die restriktive Auslegung ist notwendig und aus mehreren Gründen gerechtfertigt. Sie stellt jedoch kein Allheilmittel gegen die erweiterte Freizeichnung dar. Einer klaren Formulierung der Freizeichnungsklausel mit deutlichem Bezug zur Hilfspersonenhaftung ist kein Kraut gewachsen. Es ist deshalb eine Frage der Zeit, bis alle Verträge die Haftung für Hilfspersonen explizit ausschliessen.

2. Organisationsverschulden aus Art. 55 OR

Die Freizeichnung für fremdes Verschulden gemäss Art. 101 OR scheidet, wenn sich das vermeintlich fremde Verschulden der Hilfspersonen als eigenes Organisationsverschulden entpuppt.

²² Vgl. SJZ 90 (1994), 66.

²³ Eine andere Möglichkeit besteht darin, den Befreiungsbeweis gemäss Art. 55 OR nur erschwert zuzulassen, vgl. hinten, III.2a, zweiter Fall und FN 27.

a. Beispiele: SJZ 90, 65 und Urteil BGer 4A_36/2008

Vor Bezirksgericht Horgen stellte sich die Frage der Haftung einer Bank, welche einem Unbekannten Geld ausbezahlt, der sich mit einem gestohlenen Führerausweis legitimierte. Im Entscheid hält das Gericht fest, dass sich die Frage der Hilfspersonenhaftung und deren Wegbedingung über allgemeine Geschäftsbedingungen erst dann stellen könne, wenn die Bank keine Verletzung der drei *curae* (*cura in eligendo, in instruendo vel custodiendo*) begangen habe, also die Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR anwendbar sei²⁴. Das Gericht liess offen, ob die Freizeichnung für die Hilfspersonen zulässig sei, weil die Bank nicht ausreichend dargelegt habe, dass ihre Organe der Aufsichtspflicht gegenüber dem Schalterpersonal nachgekommen seien²⁵. Auf dieses eigene Verschulden ist Art. 100 Abs. 2 OR anwendbar, weil das Bundesgericht eine Bank, obwohl nur mit einer Polizeibewilligung ausgestattet, wie ein «obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe» behandelt²⁶.

Ein anderer Fall betraf einen Anwalt, dessen Mitarbeiter eine Appellationsfrist um einen Tag verpasst hat. Sein Wiedereinsetzungsgesuch fand keine Gnade, obwohl die Solothurnischen Gerichte das Verschulden von Hilfspersonen dem Anwalt nicht zurechnen. Das Gericht fand nämlich ein eigenes Verschulden des Anwalts in der mangelhaften Organisation seines Postdienstes. Dafür benützte das Gericht einen besonders strengen Massstab, um eine allzu leichte Abschiebung der Schuld auf Hilfspersonen zu verhindern²⁷.

b. Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR)

Bei Art. 55 Abs. 1 OR handelt es sich um eine einfache Kausalhaftung²⁸, wobei es dem Geschäftsherrn obliegt, den Be-

freiungsbeweis anzutreten. Dieser *Exzeptionsbeweis* liegt im Nachweis des Geschäftsherrn, dass er alle den konkreten Umständen entsprechende Sorgfalt zur Vermeidung des Schadens angewendet hat. Der «klassische Sorgfaltsbeweis» erfolgt über die *cura in eligendo, in instruendo vel custodiendo*²⁹. Das Bundesgericht hat diesen Sorgfaltsbeweis im Schachtrahmen-Fall³⁰ um die Pflicht zur zweckmässigen Organisation des Betriebs ergänzt. Dazu gehöre auch die Endkontrolle der Erzeugnisse, wenn sich dadurch eine Schädigung Dritter vermeiden lasse³¹. Im selben Entscheid präzisiert das Bundesgericht, dass auch an die drei *curae* erhöhte Anforderungen zu stellen seien. So bestehe beispielsweise eine Pflicht zur Erteilung von Anweisungen, «wenn die Arbeit der Hilfspersonen als solche nicht gefährlich ist, Fehler bei der Herstellung des Erzeugnisses aber zu einer Gefahr für Leib und Leben der Personen, die es bestimmungsgemäss verwenden, führen können (...)»³². Dieser sehr strenge Massstab ist aus dem Wunsch heraus erklärbar, die damals fehlende Produkthaftpflicht aus Art. 55 OR zu begründen.

c. Verhältnis zwischen Art. 55 OR und Art. 101 OR

Die innere Begründung der in Art. 55 OR statuierten Haftung liegt in der eigenen Pflichtverletzung. Art. 101 OR stützt sich nicht auf eine eigene Pflichtverletzung. Der Geschäftsherr muss sich vielmehr das Verhalten seiner Hilfsperson gestützt auf die hypothetische Vorwerfbarkeit wie sein eigenes zurechnen lassen³³. Art. 55 OR stellt folglich eine Haftung für eigenes Verhalten dar. Art. 101 OR ist hingegen lediglich eine Zurechnungsnorm³⁴. Die Freizeichnung von Art. 55 OR ist deshalb nur im Ausmass des Art. 100 OR möglich³⁵. Bei Art. 101 OR bedarf es überdies im Gegensatz zur Geschäftsherrenhaftung keines Subordinationsverhältnisses

²⁴ Vgl. SJZ 90 (1994) 66 letzter Abschnitt vor Ziff. 4. Auf die Voraussetzungen von Art. 55 OR ging der Entscheid nicht ein.

²⁵ Vgl. SJZ 90 (1994) 67, Ziff. 5.a (Art. 55 OR; vgl. dazu nachfolgend, III.2b); vgl. auch JAKOB WERNER TSCHUDI, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Bern 1949, 57 f.

²⁶ BGE 112 II 450 ff., 455: «(...) et en accord avec la doctrine quasi unanime sur ce point, il sied de répondre affirmativement à cette question, partant d'assimiler l'exploitation d'une banque à l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité, au sens de la disposition précitée»; vgl. BGE 132 III 449 ff., 452 f.

²⁷ Urteil BGer 4A_36/2008, E. 3.2–4.6. Die Erwägungen des Gerichts deuten die Annahme eines Rechtsmissbrauchs an (E 3.2.): «Die Praxis, welche das Verschulden der Hilfspersonen nicht anrechne, dürfe nicht dazu führen, dass die Schuld am Versäumnis allzu leicht auf diese Personen geschoben werden könne. Um der Rechtssicherheit willen sei deshalb an die Sorgfalt, welche vom Anwalt bezüglich Auswahl, Instruktion und Überwachung der Hilfspersonen (inkl. Organisation des Bürobetriebs) erwartet wird, ein sehr strenger Massstab anzulegen.»

²⁸ BGE 97 II 221 ff., 223 f. E. 1; vgl. zur Widerrechtlichkeit hinten, FN 45.

²⁹ Vgl. BGE 110 II 456 ff., 460.

³⁰ Vgl. BGE 110 II 456 ff.

³¹ BGE 110 II 456 ff., 462 ff. E. 3a.

³² BGE 110 II 456 ff., 461 f. E. 2b; die Erwägungen des Schachtrahmen-Falles sind aber auch dann anwendbar, wenn andere Schutzgüter als Leib und Leben anwendbar sind, vgl. Urteil BGer 4A_36/2008 und BEAT STÖCKLI, Die Organisation von Banken – Aus privat-, aufsichts-, straf- und standesrechtlicher Perspektive, Diss. St. Gallen 2008, Schweizer Schriften zum Bankrecht, Band 86, 39.

³³ Vgl. BSK-WIEGAND (FN 1), OR 101 N 11 in fine.

³⁴ So auch BSK-WIEGAND (FN 1), OR 101 N 11 und 18; a.M. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 13), N 3070, welche Art. 101 OR als eigenständige materielle Anspruchsgrundlage betrachten.

³⁵ Vgl. BEAT ZIRLICK, Freizeichnung von der Deliktshaftung, Diss. Bern 2003, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 681, 175 f. Die vertragliche Freizeichnung umfasst die ausservertragliche Haftung in der Regel ebenfalls (vgl. dazu BSK-WIEGAND [FN 1], OR 100 N 3, m.w.H.; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Zürich 2008, N 741 und BGE 107 II 161 ff., 168).

zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson³⁶. Weitere Unterschiede ergeben sich dadurch, dass Art. 55 OR eine Norm des ausservertraglichen Haftpflichtrechts darstellt. Für die Haftung ist erforderlich, dass auch die übrigen ausservertraglichen Haftungsvoraussetzungen der Haftpflicht erfüllt sind³⁷. Dabei bereitet neben dem Schaden und der natürlichen sowie adäquaten Kausalität insbesondere die Widerrechtlichkeit³⁸ nicht zu vernachlässigende Probleme. So ist zum Beispiel unklar, worin die Widerrechtlichkeit bei den beiden vorne zitierten Entscheiden bestehen könnte. Bei reinen Vermögensschäden ist die Verletzung einer Schutznorm notwendig. Bejaht man die Organisationspflicht hingegen als vertragliche Pflicht (vgl. hinten, III.3), wäre nicht der Exzeptionsbeweis, sondern die Exkulpation einschlägig³⁹. Insgesamt zeigt sich, dass das Organisationsverschulden eine erweiterte Freizeichnung nicht in allen Fällen korrigieren kann.

d. Die Problematik am Beispiel einer Bank

Die Folgerungen des Schachtrahmen-Falles lassen sich für den Fall einer nicht autorisierten Auszahlung einer Bank anwenden⁴⁰. Die Bankorgane müssen *erstens* den Betrieb so organisieren, dass richtig ausgebildetes Personal in der Schalterhalle sitzt und dieses auch die notwendige Zeit hat, Anfragen zu prüfen⁴¹. Deren Arbeit ist *zweitens* mittels Weisungen zu regeln⁴². Dies könnte die Bank durch Ablaufschemata oder Kontrolllisten zwecks Prüfung der Legitimation der Bankkunden sicherstellen⁴³. Eine Endkontrolle jeder

Auszahlung wäre aufwendig, aber möglich und bei hohen Beträgen vielleicht sogar zumutbar⁴⁴. Da kaum eine Bank Auszahlungen mit einer Endkontrolle überprüft, kommt ein Organisationsverschulden in Frage, wenn die durch die Hilfsperson begangene Vertragsverletzung bei pflichtgemässer Betriebsorganisation mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermeidbar gewesen wäre⁴⁵. Dies ermöglicht die Anwendung des restriktiveren Art. 100 Abs. 2 OR und des richterlichen Ermessens, die Freizeichnung als nichtig zu betrachten. In vielen Fällen dürfte Art. 55 OR somit die Anwendung von Art. 101 Abs. 2 und 3 OR obsolet machen.

e. Fazit

Das Organisationsverschulden korrigiert in vielen, aber nicht allen Fällen die erweiterte Freizeichnungsmöglichkeit des Art. 101 OR⁴⁶. In den Fällen eines reinen Vermögensschadens ohne Schutznorm und in den Fällen ohne Subordinationsverhältnis *kann keine Korrektur* über Art. 55 OR erfolgen. Das Organisationsverschulden hat aber auch den Nebeneffekt, dass es die im Gesetz mögliche Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung weitgehend obsolet macht. Dies passt nur schwer zur ursprünglichen Konzeption der Art. 55 und 101 OR, auch wenn das Ergebnis überzeugt und sich angesichts der Entscheide gut belegen lässt.

3. Zweckmässige Organisation als vertragliche Pflicht

In BGE 124 III 155 ff., 161 f. hat das Bundesgericht eine Organisationspflicht vertraglich als Teil der auftragsrechtlich geschuldeten Sorgfalt begründet (Art. 398 Abs. 2 OR)⁴⁷.

³⁶ Vgl. BGE 107 Ia 168 ff., 169 ff.

³⁷ BSK-SCHNYDER (FN 1), OR 55 N 6.

³⁸ Bezüglich Art. 41 OR gilt laut Rechtsprechung des Bundesgerichts und h.L. die sog. *objektive Widerrechtlichkeitstheorie*, welche besagt, dass eine Schädigung dann widerrechtlich ist, wenn damit eine allgemeine gesetzliche Pflicht verletzt wird. Die Verletzung eines absoluten Rechts ist per se widerrechtlich, während bei reinen Vermögensschäden die Widerrechtlichkeit nur dann bejaht wird, wenn damit gegen eine sog. Schutznorm verstossen wird. Vgl. zum Ganzen BSK-SCHNYDER (FN 1), OR 41 N 30 ff., insbesondere N 35; ferner HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. A., Zürich 2008, N 698 ff.

³⁹ Urteil BGer 4A_36/2008, E. 3.2–4.6. Denkbar wäre die Annahme einer vertraglichen Pflicht zur zweckmässigen Organisation der Fristwahrung (vgl. dazu hinten, III.3); CR-THÉVENOZ (FN 14), CO 101 N 38, erwähnt den Horgener Fall (SJZ 90, 65 ff.) als Beispiel eines vertraglichen Organisationsverschuldens, indem er Art. 97 OR anwendet.

⁴⁰ Vgl. die Anwendung der drei *curae* und der Sorgfalt in der Betriebsorganisation auf den Postdienst einer Anwaltskanzlei im Urteil BGer 4A_36/2008.

⁴¹ Vgl. Urteil BGer 4A_36/2008, E. 4.5; spezifisch zur Ausbildung BGE 124 III 155 ff., 161 f.

⁴² Vgl. BGE 110 II 456 ff., 461.

⁴³ Vgl. das «Führungshandbuch» und den «Plan für den Postdienst» zur Regelung des Postdienstes einer Anwaltskanzlei im Urteil BGer 4A_36/2008, E. 4.2 und 4.3.

⁴⁴ Vgl. BGE 110 II 456 ff., 462.

⁴⁵ Vgl. BGE 110 II 456 ff., 465. Dies natürlich unter der Bedingung, dass sämtliche Voraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) erfüllt sind. Ein absolut geschütztes Rechtsgut oder eine relevante Schutznorm liegen nicht immer vor. Ein vielversprechender Ansatz liegt in der Annahme einer vertraglichen Pflicht zur zweckmässigen Organisation (siehe hinten, III.3).

⁴⁶ Vgl. dazu SPIRO (FN 4), 366, der im Zusammenhang mit dem Organisationsverschulden «*von einer Fiktion nicht immer weit entfernte Strenge*» spricht.

⁴⁷ Vgl. BGE 124 III 155 ff., 161 f.: «*Das Handelsgericht stellt (...) fest (...), dass das Personal der Beklagten, insbesondere die für den Kläger zuständige Mitarbeiterin, fachlich sehr schlecht qualifiziert gewesen sei; aus diesem Grund habe die Beklagte den Kläger gar nicht fachgerecht und kompetent beraten können. Das Handelsgericht ist zum Ergebnis gekommen, die Beklagte sei ihrer Sorgfaltspflicht, nämlich zum einen für eine den Gepflogenheiten des Finanzmarktes entsprechende Organisation sowie zum anderen für kompetente und fachbezogene Beratung ihrer Kundschaft besorgt zu sein, in keiner Art und Weise nachgekommen, was als Missorganisationsverschulden im Finanzbereich bezeichnet werden dürfe. Unter diesen Umständen treffe die Beklagte auch ein massives Übernahmever-*

GAUCH und weitere Autoren begründen diese Aufgabe mit einer vertraglichen (Neben-)Pflicht. Die Organisationspflicht als Nebenpflicht lässt sich wie bei den Skipistenfällen⁴⁸ aus dem Gebot von Treu und Glauben heraus erklären. Die Organe müssen die internen Abläufe so organisieren und mittels entsprechenden Weisungen konkretisieren, dass die (der Bank angehörenden) Hilfspersonen daran gehindert werden, gegenüber dem Bankkunden Vertragsverletzungen zu begehen⁴⁹. Da die Organe diese vertragliche Organisationspflicht erfüllen müssen, richtet sich die Freizeichnung nach dem strengeren Regime des Art. 100 OR⁵⁰. Dieser begrüssenswerte Ansatz beseitigt ebenfalls die Problematik des reinen Vermögensschadens ohne Schutznorm.

4. Erleichterte Bejahung der Grobfahrlässigkeit

Grobfahrlässig handelt, wer die elementarsten Vorsichtsmassnahmen ausser Acht lässt, deren Beachtung jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter den gleichen Umständen hätten einleuchten müssen⁵¹. Die Lehre schlägt nun teilweise als «Gegenmassnahme» zur Freizeichnung vor, grobe Fahrlässigkeit erleichtert zu bejahen⁵². Diese Forderung ist im Bereich der Hilfspersonenhaftung nur für die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 OR interessant, dort aber be-

sonders problematisch, weil sie sich nicht auf das in Art. 100 Abs. 2 OR vorgesehene Ermessen unter Berücksichtigung der Billigkeit stützen kann. Die Unterscheidung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit ist jedoch ohnehin nicht anhand eindeutiger und klarer Abgrenzungskriterien möglich, weshalb im konkreten Einzelfall immer die Ausübung des pflichtgemässen richterlichen Ermessens (Art. 4 ZGB) notwendig sein dürfte⁵³. Dieses Ermessen ist jedoch kaum geeignet, Berge zu versetzen. Vielmehr könnte es wohl nur in Zweifelsfällen zur Bejahung der Grobfahrlässigkeit führen.

Im Zusammenhang mit dem altrechtlichen Haftungsprivileg (Art. 44 aUVG) bejahte das Bundesgericht im Urteil BGer 4C.269/1998 eine von der Vorinstanz noch verneinte Grobfahrlässigkeit⁵⁴. Der Beklagte musste einem mit Fernlicht in der Mitte der Strasse entgegenkommenden Fahrzeug ausweichen. Beim Ausweichmanöver geriet das Auto ins Schleudern und überschlug sich mehrfach. Das Bundesgericht ging angesichts der Alkoholisierung von 0.97 Gewichtspromillen des Beklagten davon aus, er habe den beim Ausweichmanöver begangenen Fahrfehler grobfahrlässig verursacht⁵⁵. THOMAS KOLLER sieht in den Erwägungen des Bundesgerichts eine erleichterte Annahme der Grobfahrlässigkeit⁵⁶. Der Schluss von der alkoholbedingten Fahrunfähigkeit zur Grobfahrlässigkeit eines Fahrfehlers ist gemäss Lehre und Rechtsprechung allerdings wohlbegründet⁵⁷.

5. Erleichterte Bejahung der Organeigenschaft

Die erleichterte Bejahung der Organeigenschaft stellt ebenfalls ein Korrektiv zur Anwendung des Art. 101 Abs. 2 und 3 OR dar. Als Organe im Sinne von Art. 55 ZGB gelten diejenigen Funktionäre einer juristischen Person, die nach Gesetz, Statuten oder einem davon abgeleiteten Reglement zur Erfüllung gesellschaftlicher Aufgaben berufen sind oder

schuldten, was beides zusammen rechtfertige, die Beklagte den dem Kläger entstandenen Schaden tragen zu lassen.»; vgl. auch die Erwägungen des Bundesgerichts zur mangelhaften Organisation beim Frachtvertrag als Begründung des Verschuldens in BGE 93 II 345 ff., 353.

⁴⁸ Vgl. BGE 113 II 246 ff., 247 ff. E. 3–10; BGE 126 III 113 ff., 115 E. 2a/bb, die aus dem mit den Bergbahnen abgeschlossenen Transportvertrag eine Sicherungspflicht der Bergbahnunternehmen für Skipisten bejahen; vgl. zu den vertraglichen Organisationspflichten bei einem Bobrennen ZR 1957 Nr. 101, 204 ff.

⁴⁹ PETER GAUCH, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006, 77 ff., 82; ebenso CHRISTOPH P. GUTZWILLER, Unvorsorgfältige Vermögensverwaltung, Beweislast, Haftungsausschluss und Schadensberechnung, AJP/PJA 2000, 57 ff., 60 und BEAT STÖCKLI, Die Organisation von Banken – Aus privat-, aufsichts-, straf- und standesrechtlicher Perspektive, Der Schweizer Treuhänder 2008, 584 ff., 585 und STÖCKLI (FN 32), 41–47; zu ähnlichen Organisationspflichten in Anwaltskanzleien vgl. WALTER FELLMANN/THIERRY LUTERBACHER, Die Haftung des Anwaltes für falsche Schadenberechnung, HAVE 2003 I, 35 ff., 63 f. und ZR 2008 Nr. 61, 230; vgl. auch ZR 1957 Nr. 101, 211 – der Veranstalter eines Bobrennens konnte seine vertragliche Haftung für die Hilfspersonen aufgrund der völlig ungenügenden Organisation des Rennens nicht von sich weisen. Beim Arbeitsvertrag ist diese Schutzpflicht in Art. 328 Abs. 2 OR explizit statuiert und spielt eine Rolle beim Regressprivileg (siehe hinten, III.5a).

⁵⁰ Vgl. CR-THÉVENOZ (FN 14), CO 101 N 38.

⁵¹ BGE 88 II 434 f. = Pra 1963 Nr. 60; BK-WEBER (FN 5), OR 100 N 95, m.w.H.

⁵² BK-WEBER (FN 5), OR 101 N 166 mit weiteren Nachweisen.

⁵³ Vgl. zum Ganzen BK-WEBER (FN 5), OR 100 N 98.

⁵⁴ Vgl. THOMAS KOLLER, Schleichende Einschränkung des Haftungsprivilegs von Art. 44 Abs. 2 UVG durch schleichende Ausweitung des Organbegriffs nach Art. 55 Abs. 2 ZGB? – Bemerkungen zu BGE 4C.296/2001, recht 2002, Heft 3, 122 ff., 122, insbesondere Fussnote 11; vgl. MORITZ KUHN, Entwicklungen im Privatversicherungs- und Haftpflichtrecht, SJZ 96 (2000), 161 ff., Das Handelsgericht Zürich hat die grobe Fahrlässigkeit noch verneint (ZR 1999 Nr. 15, 62 ff.); vgl. auch die Analyse des Verschuldens im Urteil BGer 4C.81/2002, E. 3.4. Die Vorinstanz ging von einem leichten bis mittleren Verschulden aus und betrachtete die Risikoabwälzungsklausel gemäss Art. 100 Abs. 2 OR als nichtig. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Vorinstanz auch Grobfahrlässigkeit hätte annehmen dürfen, was schon von Art. 100 Abs. 1 OR erfasst wäre.

⁵⁵ Urteil BGer 4C.269/1998, E. 2.

⁵⁶ Vgl. KOLLER (FN 54), 122, insbesondere Fussnote 11.

⁵⁷ Vgl. KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd II/2, 4. A., Zürich 1989, 219 f., N 504 und 222, N 513; vgl. BGE 84 II 292 ff., 295 f.

tatsächlich solche Aufgaben erkennbar selbständig erfüllen⁵⁸. Neben diesen formellen Organen hat auch jene Person Organqualität, die *de facto* Leitungsfunktionen wahrnimmt oder Entscheidungen trifft, die einem tatsächlichen Organ vorbehalten sind⁵⁹. Art. 55 ZGB stellt keine eigene Haftungsgrundlage dar. Es handelt sich vielmehr um eine Zurechnungsnorm, wonach die juristische Person haftbar ist, wenn das Organ einen materiellen Haftpflichttatbestand erfüllt⁶⁰. Kommt jemandem Organqualität zu, so kann diese Person unmöglich Hilfsperson i.S.v. Art. 55 OR der juristischen Person sein, «weil das Organ im Rahmen von OR 55 auf der Seite des Geschäftsherrn steht»⁶¹. Die Freizeichnung für Organverschulden orientiert sich deshalb einzig an Art. 100 OR⁶².

a. Beispiel: BGE 128 III 76 ff.

BGE 128 III 76 ff.⁶³ handelt von einem Betriebsleiter eines kantonalen landwirtschaftlichen Instituts, der zur Reinigung der Stalldecke ein vier Meter hohes Rollgerüst gemietet hatte. Auf dem Rollgerüst sollte ein Lehrling die Reinigungsarbeiten vornehmen. Die acht jungen Stiere verblieben während der Reinigung im Stall. Um ungestört arbeiten zu können, drängte sie ein anderer Mitarbeiter in eine Ecke des Stalles. Ein Stier konnte dennoch das Rollgerüst umwerfen. Der Lehrling stürzte vom Rollgerüst, das kein Schutzgeländer und keine Bremsen hatte. Der Betriebsleiter unterliess es, irgendwelche Anweisungen zur Ausführung der Arbeiten zu geben und überwachte diese auch nicht. Er delegierte alles seinem Mitarbeiter, der zum Unfallzeitpunkt ebenfalls nicht anwesend war. Dass es sich beim Betriebsleiter um ein Or-

gan handelt, dessen Handlungen dem Arbeitgeber als juristischer Person gestützt auf Art. 55 Abs. 2 ZGB zurechenbar sind, ist klar. Hinsichtlich der Stellung des mittels Delegation beauftragten Mitarbeiters führt das Bundesgericht aus, dass der Betriebsleiter zwar nicht überall sein könne, aber «(...) *s'il a délégué ses compétences à son collaborateur, celui-ci devient, en raison de cette délégation, un organe de l'employeur.*»⁶⁴. Alle anderen rechtlichen Konstruktionen würden gemäss Bundesgericht dazu führen, dass mittels hierarchischer Struktur die Haftung des Arbeitgebers abgeschwächt werden könnte, was nicht akzeptabel sei⁶⁵. Diese Formulierung deutet stark auf den bereits vorne erwähnten Gedanken des Rechtsmissbrauchsverbots hin⁶⁶.

Die Bejahung der Organqualität und der Grobfahrlässigkeit führten dazu, dass das Haftungsprivileg gemäss Art. 44 Abs. 2 aUVG nicht zur Anwendung kam. Dies ermöglichte eine Klage nicht nur gegen den Versicherer, sondern auch gegen den Arbeitgeber⁶⁷. Die Aussage des Bundesgerichts hinsichtlich des erweiterten Organbegriffs erfolgte ohne Einschränkung und sehr deutlich. Die Interessenlage ist mit Art. 101 OR vergleichbar – das Problem ist beim Haftungsprivileg im Gegensatz zu Art. 101 OR sogar weniger gravierend, denn immerhin steht dem Arbeitnehmer noch der Anspruch gegen den Versicherer zu. Ob dieser Entscheidung den Organbegriff generell neu definiert, ist schwierig zu beurteilen⁶⁸. Zwei ältere Bundesgerichtsentscheide zeigen, dass diese Argumentation gar nicht so neu ist, wie KOLLER sie darstellt⁶⁹. Die grössere Bedeutung der Erwägungen zur Organqualität zeigt sich aber möglicherweise darin, dass

⁵⁸ Vgl. KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 4 A., Zürich 1987, 274, N 15; BGE 124 III 418 ff., 419 ff. E. 1; BGE 122 III 225 ff., 227 f. E. 4b; BGE 121 III 176 ff., 179 f. E. 4a.

⁵⁹ Das Bundesgericht verlangt in diesem Zusammenhang, dass das faktische Organ damit auf die Willensbildung der Gesellschaft massgebend Einfluss nehmen kann, vgl. BGE 122 III 225 ff., 227 f. E. 4b, BGE 117 II 570 ff., 571 ff. E. 3; vgl. BGE 117 II 572 zur Unterscheidung des nicht identischen Organbegriffs gemäss Art. 754 OR und Art. 55 ZGB.

⁶⁰ Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000 (zitiert: GUHL/VERFASSER), GUHL/KOLLER, § 25 N 15.

⁶¹ OFTINGER/STARK (FN 58), 274, N 14 [unter Weglassung der Hervorhebung des Originals]. Nichts anderes lässt sich aus BGE 96 II 56 ff. herleiten. Ein in der Schweiz angestellter, aber in Ägypten tätiger Angestellter erhielt von einem Organ der lokalen Fabrikleitung die Kündigung. Dieses Organ (eines anderen Unternehmens) war Hilfsperson des Schweizer Arbeitgebers. Aufgrund der Hilfspersoneneigenschaft und des Vorsatzes gelangte Art. 101 Abs. 3 OR zur Anwendung (E. 2bb in fine).

⁶² Vgl. Urteil BGer 4A_88/2008, E. 5.1 und GUTZWILLER (FN 49), 61.

⁶³ Pra 2002 Nr. 56; vgl. dazu auch die Ausführungen bei ZIRLICK (FN 35), 175 und HOCHSTRASSER (FN 1), N 90 f.

⁶⁴ BGE 128 III 76 ff., 80 in fine.

⁶⁵ BGE 128 III 76 ff., 80: «*Toute autre construction juridique reviendrait à dire qu'il suffit d'avoir une structure hiérarchisée pour que la responsabilité de l'employeur se dilue, ce qui n'est pas acceptable.*»; vgl. die ähnliche Argumentation in BGE 48 II 1 ff., 6 und bei BGE 59 II 428 ff., 430 f., wo das Bundesgericht den Chefmonteur des Elektrizitätswerks zum Organ machte.

⁶⁶ Vgl. dazu vorstehend, III.1d. Dies zeigen indirekt auch die in FN 65 wiedergegebenen Ausführungen.

⁶⁷ Für die Zurechnung des Verschuldens gemäss Art. 44 Abs. 2 aUVG genügt nur ein Organverschulden, nicht aber das Verhalten von Hilfspersonen (vgl. DOMINIQUE PORTMANN, Der Wegfall des Haftungsprivilegs des Arbeitgebers gemäss dem neuen Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ARV 2003 73 ff., 78, BSK-PORTMANN [FN 1], OR 328 N 56, PETER BECK, Letztes Aufbäumen vor der Abschaffung des Haftungsprivilegs, HAVE 2002, 214 ff., 216, BGE 104 II 259 ff., 262 und Urteil BGer 4C.379/2000, E. 4). Das neue ATSG hat das im UVG enthaltene Haftungsprivileg durch ein Regressprivileg ersetzt; vgl. Art. 75 ATSG.

⁶⁸ KOLLER (FN 54), 124.

⁶⁹ Vgl. KOLLER (FN 54), 124; vgl. die Entscheide BGE 48 II 1 ff., 6 und BGE 59 II 428 ff., 430 f., deren Argumente das Bundesgericht in BGE 68 II 287 ff., 289 f. jedoch deutlich in Frage stellt; vgl. die Übersicht in BGE 65 II 2 ff., 6; vgl. auch die Hinweise bei SPIRO (FN 4), S. 118, Fn. 9 und die vertiefte Auseinandersetzung in ZR 1976, Nr. 99, 258 ff., insb. 261 ff.

sie gar nicht notwendig gewesen wären. Ein Verschulden des Arbeitgebers hätte sich leichter aus Art. 328 Abs. 2 OR herleiten lassen. Das Gesetz verlangt dort vom Arbeitgeber Massnahmen zum Schutz des Arbeitnehmers. Das Bundesgericht erwähnt diese Norm, die in früheren Entscheiden im Vordergrund stand, jedoch nur am Rande⁷⁰.

b. Begründung der Lehre

Mit Blick auf Vermögensverwaltungsverträge hält CHRISTOPH P. GUTZWILLER die Unterscheidung von Organen und Hilfspersonen für fragwürdig und schlägt vor, den Organbegriff «haftungsrechtlich weit zu fassen»⁷¹. Damit wäre auch der angestellte Bankberater ein Organ, der mit dem Kunden die Geschäfte abwickelt. Seine Begründung knüpft an den faktischen Organbegriff an – der Angestellte habe den «Steuerknüppel» dieser Kundenbeziehung in der Hand⁷². Dies deckt sich jedoch nicht mit dem herkömmlichen Begriff des Organs. Auch wenn ein Mitarbeiter einen stark eingeschränkten, «technischen» Geschäftsbereich selbständig führt, wird er dadurch nicht zum Organ⁷³.

Einen weiteren Ansatz liefert das Aktienrecht, das auch bei einer *Delegation organtypischer Aufgaben an Dritte* deren materielle Organeigenschaft bejaht⁷⁴. Während dies den Organbegriff intakt lässt, schafft das «weite» Verständnis des Organbegriffs von GUTZWILLER eine Unsicherheit, ob jemand Organ im herkömmlichen oder im weiten Sinne ist⁷⁵. Ausserhalb der Delegation organtypischer Aufgaben über-

zeugt der erweiterte Organbegriff nach GUTZWILLER nur bei Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs.

c. Fazit

Eine weite Auslegung des Organbegriffs schafft eine Rechtsunsicherheit und sollte nur Anwendung finden, wenn die strengen Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs oder der Delegation organtypischer Aufgaben vorliegen. Dann aber weist es nicht mehr die pauschalierende Einfachheit auf, die dem Lösungsansatz GUTZWILLERS innewohnt. Die Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots dürfte überdies nur selten notwendig sein, weil sich häufig schon mit der gefestigten Praxis zu Art. 55 OR ein Organisationsverschulden begründen lässt.

6. Keine Freizeichnung bei obligatorischer Haftpflichtversicherung

Das Regressprivileg fällt weg, wenn die Person, auf die Rückgriff genommen wird, obligatorisch haftpflichtversichert ist (Art. 75 Abs. 3 ATSG). Dieser Gedanke lässt sich auf Art. 101 OR übertragen. Zeichnet sich beispielsweise ein Anwalt von der Haftpflicht für seinen angestellten Anwalt frei, so ist dies aufgrund der eigenen obligatorischen Berufshaftpflichtversicherung und auch derjenigen des angestellten Anwalts nicht gültig⁷⁶. Die Versicherungspflicht, die dem Klientenschutz dient, darf nicht durch eine Freizeichnung aus den Angeln gehoben werden⁷⁷.

7. AGB-Korrektiv

Die nachfolgenden Überlegungen widmen sich dem Thema, welcher Schutz *gegen die Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung* in allgemeinen Geschäftsbedingungen besteht. Das Korrektiv zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen ist im Vergleich zum Ausland nicht besonders effektiv ausgestaltet⁷⁸.

⁷⁰ Vgl. BGE 128 III 76 ff., 81; vgl. die früheren Entscheide BGE 59 II 428 ff., 431, BGE 62 II 347 f., 347, BGE 68 II 287 ff., 292, BGE 72 II 311 ff., 315 ff., BGE 110 II 163 ff., 165.

⁷¹ GUTZWILLER (FN 49), 61; vgl. zur Unterscheidung zwischen Hilfsperson und Organ BUOL (FN 4), N 313 ff., m.w.H.

⁷² Vgl. GUTZWILLER (FN 49), 61: «Organ wäre dann auch jener Angestellte, der dem Kunden entgegentritt und das fragliche Geschäft gestaltet, d.h. der sozusagen am *«levier de commande»* der fraglichen Kundenbeziehung (aber nicht unbedingt des ganzen Unternehmens) steht.»; die Formulierung «*leviers de commande*» hat das Bundesgericht in BGE 61 II 339 ff., 342 für die Annahme eines faktischen Organs benützt.

⁷³ Vgl. KOLLER (FN 54), 124; vgl. BGE 122 III 225 ff., 227 f.; vgl. BGE 68 II 287 ff., 290.

⁷⁴ Vgl. dazu Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. A., Basel 2008 (zitiert: BSK-VERFASSER), BSK-WIDMER/GERICKE/WALLER, OR 754 N 5 und 41, m.w.H.

⁷⁵ Vgl. zur Spaltung des Organbegriffs bereits schon das Kassationsgericht Zürich in ZR 1976 Nr. 99, E. 3.c., 259: «Die hierin liegende Spaltung des Organbegriffes in einen haftpflichtrechtlichen und einen vertragsrechtlichen ist methodisch-systematisch unzulässig, materiell nicht gerechtfertigt und findet keinerlei Bestätigung in Literatur und Rechtsprechung.»; ferner SPIRO (FN 4), 366 f., der im Zusammenhang mit der Ausdehnung des Organbegriffs von einer «gänzlichen Unbestimmtheit und Unbrauchbarkeit» spricht.

⁷⁶ Vgl. Art. 12 lit. f BGFA; vgl. dazu ZR 2007 Nr. 83, 311: «Es wäre mit dem gesetzgeberischen Willen, wie er in den vorerwähnten zürcherischen und eidgenössischen Vorschriften über die Berufshaftpflicht der Anwältinnen und Anwälte zum Ausdruck kommt, nicht zu vereinbaren, dass Anwältinnen und Anwälte zwar eine gesetzliche Mindestversicherungspflicht zu erfüllen haben, diese jedoch jederzeit durch eine vertragliche Haftungsbeschränkungsvereinbarung unterlaufen können.».

⁷⁷ Vgl. KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht – Grundlagen und Kernbereich, Zürich 2009, N 1630; vgl. FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, N 1621.

⁷⁸ Das deutsche Recht korrigiert die erweiterte Freizeichnung für Hilfspersonen hauptsächlich über das AGB-Recht. Auch in Deutschland besteht die Möglichkeit, sich von der Haftung für das Verschulden von Hilfspersonen vollumfänglich freizuzeichnen (vgl. § 278 BGB: «Der Schuldner hat ein Verschulden sei-

a. Ungewöhnlichkeitsregel

Sind die AGB durch Globalübernahme Bestandteil des Vertrages geworden, ist die *Ungewöhnlichkeitsregel* anwendbar⁷⁹. Zwar gibt es viele stichhaltige Argumente gegen eine allgemeine Freizeichnung⁸⁰, doch sind keine Argumente ersichtlich, die sich *spezifisch* gegen die Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung richten. Das Obligationenrecht sieht die erweiterte Freizeichnung explizit vor, sogar bei obrigkeitlich konzessionierten Gewerben. Die Ausschöpfung der gesetzlichen Möglichkeiten macht die Freizeichnung nicht ungewöhnlich. Eine aus anderen Gründen allfällig festgestellte Ungewöhnlichkeit der Freizeichnung liegt dafür umso deutlicher vor, je nachteiliger sie sich auswirkt⁸¹. Dies bildet einen spezifischen Bezugspunkt zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung: Umfasst die Freizeichnung auch die Hilfspersonenhaftung, so schafft dies aufgrund der weniger starken Beschränkung in Art. 101 Abs. 2 und 3 OR und des im Unterschied zu Art. 100 Abs. 2 OR fehlenden Ermessensspielraums *einen massiven Nachteil*. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Erfüllung zur Hauptsache oder ausschliesslich durch Hilfspersonen erfolgt.

b. Unklarheitenregel

Wenn feststeht, dass eine Klausel in den AGB Vertragsinhalt geworden ist und nicht über die Ungewöhnlichkeitsregel im Rahmen der Inhaltskontrolle entfällt, so ist anhand der *Unklarheitenregel* bei der Auslegung zu prüfen, ob die Freizeichnung auch die Hilfspersonenhaftung erfasst. Ein passendes Beispiel hierzu stellt BGE 124 III 155 ff., 165 dar: «*Zum ändern liegt auch kein gültiger Haftungsausschluss für Hilfspersonen im Sinne von Art. 101 Abs. 2 OR vor, weil die zitierten Sätze der Allgemeinen Geschäftsbedingungen insoweit unklar sind. Es werden vor allem allgemein formulierte Banalitäten festgehalten (keine Haftung für Kursschwankungen, keine Garantie für Gewinne in Warenterminmärkten), ohne dass klar gesagt würde, die Beklagte schliesse die Haftung für Hilfspersonen aus, die sie zur Erfüllung ihrer*

nes gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung.». § 276 Abs. 3 BGB lautet wie folgt: «*Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.*». Erfolgt die Freizeichnung in allgemeinen Geschäftsbedingungen, ist sie aber weitergehenden Einschränkungen unterworfen (§ 307–309 BGB). Insbesondere ist die Freizeichnung der Haftung für grobes Verschulden nicht möglich, unabhängig davon, ob es eigenes oder fremdes Verschulden ist (§ 309 Nr. 7b BGB; vgl. STEFAN GRUNDMANN, Kommentierung zu § 278 BGB, Münchener Kommentar zum BGB, Schuldrecht, Allg. Teil, 5. A., 2007, BGB 278 N 50).

⁷⁹ Vgl. BGE 119 II 443 ff., 446.

⁸⁰ Vgl. GAUCH (FN 49), 83 f.

⁸¹ Vgl. BGE 119 II 443 ff., 446.

vertraglichen Verpflichtungen beziehe (...).» Die Auslegung der Klauseln erfolgt nach den normalen Grundsätzen der Vertragsauslegung (siehe vorne, III.1). Bleiben mindestens zwei vertretbare Auslegungsmöglichkeiten, so gilt die für den AGB-Verwender ungünstigere Variante (sog. *interpretatio contra proferentem*)⁸².

c. Inhaltskontrolle nach E-Art. 8 UWG

Art. 8 UWG hat in der aktuell geltenden Fassung mangels Irreführung kaum Anwendung gefunden. Der geplante E-Art. 8 UWG könnte die offene Inhaltskontrolle schon bald ermöglichen⁸³. Die Abweichung zum dispositiven Gesetzesrecht an sich ist unproblematisch. Nur wenn sie das Gebot von Treu und Glauben verletzt, greift E-Art. 8 UWG ein⁸⁴. Mit Hinweis auf den Gedanken des Gleichlaufs von Nutzen und Haftung ist es tatsächlich treuwidrig, den Nutzen und die Vorteile der Hilfspersonenarbeit einzustecken, nicht aber für deren Handlungen einstehen zu wollen. Dies schafft auch ein ungerechtfertigtes Missverhältnis. Im Unterschied zu einer Individualvereinbarung liegt die Freizeichnung *in AGB* ausserhalb des Kalküls des Gläubigers. Die versprochene Leistung ist wenig wert, wenn der Gläubiger nicht darauf vertrauen kann, dass die Hilfspersonen ihn nicht grobfahrlässig oder vorsätzlich schädigen können⁸⁵.

d. Keine geltungserhaltende Reduktion

Überschreitet eine AGB-Klausel das in Art. 100 f. OR vorgesehene Mass der Freizeichnung, so führt dies nicht bloss

⁸² Auch *interpretatio contra stipulatorem* genannt, vgl. ZR 1971 Nr. 117, 321; vgl. BGE 124 III 155 ff., 158 f., 165 und BGE 122 III 118 ff., 121.

⁸³ Vgl. Entwurf eines Art. 8 UWG (BBl 2009 6193 f.): «*Art. 8. Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen. Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise: a. von der gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen; oder b. ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.*».

⁸⁴ Vgl. die Botschaft zum E-UWG in BBl 2009 6178: «*Für die Unlauterkeit genügt allerdings die erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Ordnung noch nicht, sondern diese muss in Treu und Glauben widriger Weise geschehen. Dies deshalb, weil es nicht anstössig sein kann, von einem Gesetz abzuweichen, das der Gesetzgeber erklärermassen bloss als dispositiv betrachtet hat. AGB, die vom dispositiven Recht abweichen, sollen nicht unter dem Generalverdacht stehen, unlauter zu sein, weil sie von der gesetzlichen Ordnung (erheblich) abweichen.*».

⁸⁵ Folglich sind E-Art. 8 lit. a und b UWG anwendbar. Zu den vorstehenden Gedanken vgl. EVA-MARIA KIENINGER, Kommentierung zu § 309 Nr. 7 BGB, Münchener Kommentar zum BGB, Schuldrecht, Allg. Teil, 5. A., 2007, BGB 309 Nr. 7 N 2 und das Urteil des BGH vom 19. September 2007 – VIII ZR 141/06 in NJW 2007, 3775, N 12 f. und 15.

zu einer geltungserhaltenden Reduktion auf das erlaubte Mass. In Übereinstimmung mit der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung führt dies aus präventiven Gründen zur Ganznichtigkeit⁸⁶. Wer also die Haftung in AGB gänzlich wegbedingt, haftet wegen der Verletzung von Art. 100 Abs. 1 OR voll. Interpretiert man die Freizeichnung auch als Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, so fällt letztere folgerichtig ebenfalls weg.

IV. Schlusswort

Die vorstehenden Lösungsansätze sind plausibel erklärbar und erfassen praktisch alle Fallkonstellationen. Ehrlicher wäre es daher unseres Erachtens, Art. 101 Abs. 2 und 3 OR nicht mehr anzuwenden. Allen gezeigten Lösungsansätzen ist gemeinsam, dass sie bestehende, klare Begriffe und Institute bis zur Grenze ausdehnen. Billigkeitsüberlegungen rechtfertigen dieses Vorgehen, das immer auch auf das Ergebnis schießt. Die Ausdehnung der Begriffe löst zwar das Problem der erweiterten Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, schafft aber aufgrund der fehlenden Kompatibilität mit dem übrigen Begriffsverständnis Probleme. Wirkliche Remedur verspricht deshalb einzig die Angleichung *de lege ferenda* der Freizeichnungsmöglichkeiten in Art. 100 und 101 OR.

Le fait que le droit des obligations admette plus facilement l'exclusion de responsabilité pour la faute d'autrui que pour la faute personnelle est difficile à justifier et appelle un correctif. Arnold F. Rusch et Philip R. Bornhauser analysent dans cet article la ratio legis de l'art. 101 al. 2 et 3 CO et les différentes propositions qui impliquent une limitation de l'exonération de la responsabilité du fait des auxiliaires.

(trad. LT LAW-TANK, Berne)

⁸⁶ Vgl. Urteil BGer 4A_404/2008, E. 5.6.3.2.1; anders BK-WEBER (FN 5), OR 101 N 173.