

ZUM BEGRIFF DER VERTRAGLICHEN SCHADENERSATZFORDERUNG

Prof. Dr. iur. Peter Jäggi
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg (Schweiz) 1968, S. 181-197. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt. Ein weiterer Abdruck findet sich in: Peter Jäggi, *Privatrecht und Staat*, Gesammelte Aufsätze, Zürich, 1976, S. 164 ff.

[181] Docendo discimus! Den mit dieser Festgabe Geehrten mag es an seine eigene akademische Lehrtätigkeit erinnern, wenn einer seiner dankbaren Schüler, nun selber Rechtslehrer, etwas von dem herausgreift, was er durch Dozieren gelernt zu haben glaubt.

1. Wer sich anschickt, den Studenten den Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung zu erklären, nimmt zunächst an, er bewege sich auf gesichertem Gelände und er dürfe sich damit begnügen, eine bewährte Lehre zu überliefern. Für die Grundlegung bieten sich Unterscheidungen an, die auf den ersten Blick einleuchten: "Relatives" und "absolutes" Unrecht; "Vertragsverletzung" und "Verletzung einer allgemeinen gesetzlichen Pflicht"¹. Indessen: Bevor noch das keineswegs mehr gesicherte Gelände der "Anspruchskonkurrenz"² erreicht ist, zeigt sich schon eine grundsätzliche Schwierigkeit: Wie soll der Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung auf das *Gesetz* abgestützt werden? Routinehaft verweist der Lehrer auf Art. 97 ff. OR. Aber der Student begreift nicht ohne weiteres, dass Art. 97 von "vertraglichen Schadenersatzansprüchen" oder "Ansprüchen aus Vertragsverletzung" handeln soll (wie sich Lehre und Rechtsprechung mit Selbstverständlichkeit **[182]** ausdrücken³). In der Tat: Art. 97 spricht nicht von "Vertragsverletzung", sondern von "Ausbleiben der Erfüllung" (Randtitel!), und nicht von Vertrag, sondern von "Verbindlichkeit", ohne Hinweis auf einen Rechtsgrund. Sodann handelt Art. 97 einzig von der Unmöglichkeit (der Erfüllung oder der richtigen Erfüllung), nicht auch vom Schaden aus einer möglichen, aber fehlerhaften Erfüllung.

Der Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes wirft den Lehrer auf den Punkt zurück, von dem aus seinerzeit die Lehre von der positiven Vertragsverletzung⁴ ihren Ausgang genommen hat. Denn diese war veranlaßt durch die (als gegeben vorausgesetzte) Enge des Wortlautes von § 280 BGB (der dem Art. 97 OR entspricht). Gerade dieser Umstand erleichtert dem Lehrer den "Gegenschlag". Er kann das ganze Gewicht der Lehre und Rechtsprechung für sich in die Waagschale werfen. Zwar wird er zum Begriff der "positiven" Vertragsverletzung – sofern er ihn überhaupt noch verwendet – seine Vorbehalte anbringen. Aber mit dem Brustton der Überzeugung darf er darauf hinweisen, wie Lehre und Rechtsprechung die bloße Buchstabeninterpretation überwunden und die Enge des Wortlautes von Art. 97 OR (und § 280 BGB) gesprengt haben, so

¹ *Von Tuhr/Siegwart*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechtes, 2. Aufl., Zürich 1942, 347.

² Über die Anspruchskonkurrenz siehe insbesondere: *Çaga*, Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche, Diss. Zürich 1939; *Oftinger*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 2. Aufl., Zürich 1958, 432 ff.; vgl. BGE 90 II 88.

³ Vgl. z. B. *von Tuhr/Siegwart*, a.a.O., S. 546 ff.; *Barth*, Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Diss. Zürich 1957; BGE 90 II 88.

⁴ Über diese Lehre siehe: *Staub*, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904; *Stoll*, Abschied von der positiven Vertragsverletzung, Archiv f. d. civ. Praxis 136 (1932) 257; *Himmelschein*, Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, Archiv f. d. civ. Praxis 158 (1959/60) 273 ff.

daß Art. 97 nach einhelliger Ansicht auch jede fehlerhafte Erfüllung und den daraus erwachsenden Schaden erfaßt. Ob also der verkaufte Motormäher – dieses Schulbeispiel hat das treue alte Pferd Nora abgelöst! – durch Verschulden des Verkäufers untergeht und deshalb gar nicht geliefert werden kann; oder ob der Verkäufer den Mäher zwar liefert, aber ohne verkehrübliche Schutzvorrichtung, so daß sich der Käufer beim ersten Gebrauch verletzt: in beiden Fällen bietet Art. 97 die Grundlage des "vertraglichen" Schadenersatzanspruchs⁵.

Mit dieser Erklärung läßt sich der Student beruhigen. Aber nun geht die Unruhe auf den Lehrer über und verdichtet sich im Laufe der Semester zur Überzeugung, daß der Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung verschwommen und somit fragwürdig ist. Eine andere Ansicht reift heran, die hier dargelegt sei: Die Voraussetzung der herrschenden Lehre – der Wortlaut von Art. 97 sei zu eng – trifft nicht zu. Sie ist dadurch bedingt, daß die herrschende Lehre den Begriff der unerlaubten Handlung – mit dem sich die schreckhafte Vorstellung von "Delikt" [183] verbindet – zu eng auffaßt. Das hat sie gezwungen, innerhalb der "rechtswidrigen Handlungen" eine durchgehende Zweiteilung vorzunehmen und neben den "unerlaubten Handlungen" – die nur eine Art von "rechtswidrigen Handlungen" sein sollen – die "Vertragsverletzung" als selbständige Art rechtswidriger Handlungen zu "erfinden"⁶. Damit hat die Lehre die Einheit der Schadenstatbestände unnötigerweise gespalten und zwei (vermeintlich) selbständige Arten von Schadenersatzforderungen geschaffen: "vertragliche" und "außervertragliche". Dieser Fehler in der Begriffsbildung hat zur Folge, daß in ein und demselben Fall eine vertragliche und eine außervertragliche Ersatzforderung "zusammentreffen" können. Die kopfzerbrechende Konstruktion der "Anspruchskonkurrenz" reicht nicht aus, diese seltsame Rechtslage zu meistern⁷. Da sodann das Gesetz nirgends von "Vertragsverletzung" handelt, hat die Lehre diesen Tatbestand bei der Nichterfüllung von Obligationen "untergebracht", und zwar durch Gleichsetzung der "Vertragsverletzung" mit der Unmöglichkeit der Erfüllung. Damit ging die gedankliche Einheit des Schadenersatzrechtes vollends verloren. Nur wegen der weitgehenden Verweisung von Art. 99 OR auf Art. 43 ff. hat sich dieser Übelstand nicht stärker ausgewirkt.

Im folgenden sei versucht, die dargelegte Ansicht in der Weise zu begründen, daß die Tatbestände, aus denen heraus eine Schadenersatzforderung entstehen kann, systematisch geordnet werden (Ziff. 2-9). Ein solches System bietet dann die Grundlage für die Antwort auf die Rechtsfragen, die sich im Bereich der "vertraglichen Schadenersatzforderung" stellen können (Ziff. 10).

2. Bei der Ordnung der Tatbestände – der *Rechtsgründe* –, die eine Schadenersatzforderung auslösen, drängt sich zunächst eine Zweiteilung auf: Entweder wird Schadenersatz deswegen geschuldet, weil der Schuldner Ersatz versprochen hat (z. B. als Schadensversicherer), oder unabhängig vom Willen des Schuldners. Nur im ersten Fall ist die Ersatzpflicht im vollen Sinne des Wortes eine "vertragliche Verpflichtung" (vgl. Art. 51 Abs. 2 OR), wobei "vertraglich" für "rechtsgeschäftlich" steht, da einseitige, nicht angenommene Schadenersatzversprechen nur ausnahmsweise verpflichten (vgl. immerhin BGE 47 II 208). Demgegenüber begründen die Fälle der zweiten Art *nichtvertragliche*, d. h. vom Schuldner nicht gewollte Ersatzpflichten. Zu ihnen gehören auch die (bis jetzt) so genannten "vertraglichen" Ersatzpflichten. Daher [184] beschränken wir uns im folgenden auf die (im erwähnten Sinn) nichtvertraglichen Ersatzforderungen. Doch ist, was die im eigentlichen Sinne vertraglichen Ersatzforderungen betrifft, der Klarheit halber zuvor eine Unterscheidung anzubringen: Der Schaden, dessen Ersatz durch Vertrag versprochen wird, ist entweder ein Schaden, zu dessen Ursache der Versprechende in keinerlei Beziehung steht (so im erwähnten Beispiel des Schadensversicherers); oder ein Schaden, bei dem immerhin eine solche Beziehung vorhanden ist; Hauptfall: Es wird Ersatz versprochen für den (allfälligen oder bereits eingetretenen) Schaden, den der Versprechende persönlich oder seine Hilfsperson dem Versprechensempfänger verursacht. Wird dergestalt für verursachten Schaden Ersatz versprochen, so ist weiter zu unterscheiden, ob der Versprechende für den Schaden schon von Gesetzes wegen

⁵ Von Tuhr/Siegwart, a.a.O., S. 546 ff.

⁶ Vgl. von Tuhr/Siegwart, a.a.O., S. 347.

⁷ Vgl. die Einwände gegen die "Klagekonkurrenz" bei von Tuhr/Siegwart, a.a.O., S. 548 ff.

Ersatz schuldet oder nicht. Schuldet er den Ersatz nicht von Gesetzes wegen, so begründet das Ersatzversprechen eine über das Gesetz hinausgehende Ersatzpflicht (z. B. eine Kausalhaftung, über die gesetzliche Verschuldenshaftung hinaus); wird dagegen Ersatz für einen Schaden versprochen, den der Versprechende schon nach Gesetz, also unabhängig von seinem Willen, zu ersetzen hat, so wird durch das Ersatzversprechen die gesetzliche Ersatzpflicht – deren Art und Umfang ja vom richterlichen Ermessen abhängt (Art. 43 f.; Art. 99) – präzisiert, entweder zum Voraus oder nach Eintritt des Schadens und Geltendmachung der gesetzlichen Ersatzpflicht; im letztern Fall handelt es sich um einen (gerichtlichen oder außergerichtlichen) Vergleich, der die gesetzliche Ersatzforderung in eine vertragliche umwandelt.

3. Eine nichtvertragliche Ersatzpflicht rechtfertigt sich zum vorneherein nur zu Lasten einer Person, die mit der Ursache des Schadens irgendwie in Beziehung steht. Im vorliegenden Zusammenhang genügt es, wenn ausschließlich die einfachste Kausalbeziehung ins Auge gefaßt wird: Jemand verursacht durch sein persönliches Verhalten einen Schaden. Die Pflicht zum Ersatz solchen Schadens rechtfertigt sich nur dann, wenn das schädigende Verhalten *widerrechtlich* ist. Das trifft – im Bereich des Privatrechts – zu für ein Verhalten, das eine Norm des objektiven Privatrechts und damit (zwangsläufig) ein subjektives Recht des Geschädigten verletzt⁸.

[185] Die subjektiven Rechte, deren Verletzung bei einer Schädigung in Frage kommt, sind samt und sonders solche, denen eine Rechtspflicht des Verletzenden gegenübersteht. Widerrechtliches Verhalten ist daher zugleich *Pflichtverletzung* (im objektiven Sinne). Die Ersatzpflicht rechtfertigt sich in der Regel (nur) dann, wenn die Verletzung vorwerfbar ist, also bei Verschulden. *Die (schuldhaft) Pflichtverletzung ist der gemeinsame Rechtsgrund aller nichtvertraglichen Schadenersatzforderungen.*

4. Die Pflichten, deren schuldhaft Verletzung eine Ersatzpflicht auslöst, sind entweder allgemeine oder relative Pflichten. Auf diese weitere Unterscheidung spielen die Ausdrücke "absolutes" und "relatives" Unrecht (hievori Ziff. 1) an. Doch ist die Ausdrucksweise ungenau. Denn es gibt nur Unrecht schlechthin, als Eigenschaft eines zwischenmenschlichen Verhaltens.

*Allgemeine Pflichten*⁹ sind allgemein-menschliche Pflichten. Sie treffen jedermann und bestehen zu Gunsten von jedermann; so z. B. die Pflicht, rechtswidrige Körperverletzungen zu unterlassen. Auch bestehen sie ohne besonderen Rechtsgrund. Wegen ihrer Allgemeinheit sind sie inhaltlich unbestimmt. Einen bestimmten Inhalt gewinnen sie erst in den einzelnen Lebenslagen. So wird z. B. die Pflicht, den Körper anderer nicht zu verletzen, unter gewissen Umständen zur Pflicht, ein Motorfahrzeug anzuhalten, damit der Fußgänger X nicht überfahren wird.

Relative Pflichten bestehen zum vorneherein nur zu Lasten und zu Gunsten bestimmter Personen. Sie gehören somit zum Inhalt eines *Sonderverhältnisses* (Hauptfall: eines Vertragsverhältnisses¹⁰). Sie setzen, wie jedes Sonderverhältnis in seiner Gesamtheit, einen besondern Rechtsgrund (Entstehungsgrund) voraus (z. B. einen Vertragsabschluß). Sodann ist ihr Inhalt stets bestimmt (oder bestimmbar). Im vorliegenden Zusammenhang darf davon ausgegangen werden, daß Inhalt einer relativen Pflicht immer eine *Leistung* ist, d. h. ein bestimmtes Verhalten zum Vorteil eines andern, am Sonderverhältnis Beteiligten, wobei dieses Verhalten auch in einem Unterlassen bestehen kann (z. B. in der Unterlassung von Konkurrenz).

Bei einer Schädigung steht nun zunächst eine einzige Pflicht in Frage, deren Verletzung eine Ersatzpflicht auslöst: nämlich die allgemeine Pflicht, einem andern nicht widerrechtlich einen Vermögensnachteil [186] zuzufügen. In Frage steht also an sich einzig das *Schädigungsverbot*. Jede

⁸ Vgl. *Merz*, Die Widerrechtlichkeit gemäß Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, ZBJV 91^{bis} (1955) S. 306 ff.; *Jäggi*, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 (1960) 210a f.; *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965, 123 f. – Auf den Fall der Verletzung öffentlich-rechtlicher Normen ist hier nicht einzugehen.

⁹ Vgl. den Aufsatz von *Yung* in dieser Festgabe [sc. Festgabe Wilhelm Schönenberger].

¹⁰ Über den Begriff des Sonderverhältnisses vgl. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd., 8. Aufl., München/Berlin 1967, § 2 I; dieser Autor spricht von "Sonderverbindung"; ferner *Schönenberger/Jäggi*, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, N 113 und 120 ff.

widerrechtliche Mißachtung dieses Verbotes kann als "unerlaubte Handlung" bezeichnet werden, in einer weitesten, aber dem unmittelbaren Wortsinn durchaus angemessenen Bedeutung. "Unerlaubt" in diesem Sinne bedeutet dasselbe wie "rechtswidrig", "widerrechtlich" und "unbefugt" (Art. 28 ZGB). Schon rein sprachlich wirkt es gekünstelt, diesen Worten verschiedene Bedeutungen beizulegen.

Nur im Rahmen der Mißachtung des Schädigungsverbotes hat die Unterscheidung zwischen allgemeinen und relativen Pflichten eine – sekundäre – Bedeutung: Sie betrifft die *Ursache* der (widerrechtlichen) Schädigung: Das schädigende Verhalten verletzt primär - logisch (und häufig auch zeitlich) – entweder eine allgemeine oder eine relative Pflicht, und aus dieser Primärverletzung entsteht dann die widerrechtliche Schädigung. Beispiele: A verwundet den B, verletzt somit die allgemeine Pflicht, in Leib und Leben anderer nicht einzugreifen; diese Körperverletzung ist ihrerseits Ursache von Heilungskosten, die eine unfreiwillige Vermögensverminderung, also Schaden darstellen; indem A mittelbar (über die Körperverletzung) diese Kosten verursacht, mißachtet er das Schädigungsverbot. Eine nur relative Pflicht wird verletzt durch den Apotheker, der das versprochene Medikament nach dem vereinbarten Zeitpunkt sendet und deshalb bewirkt, daß sich die Heilungskosten seines (schon vorher kranken) Kunden vermehren; die relative Pflichtverletzung beschlägt nur die Schadensursache; diese besteht in der Verspätung einer Leistung, zu deren Vornahme in einem bestimmten Zeitpunkt einzig der Apotheker verpflichtet war, und dieser einzig auf Grund des Vertrages und daher einzig gegenüber dem Kunden; aber das Ergebnis – die Verursachung zusätzlicher Heilungskosten – verletzt auch in diesem Falle die allgemeine Pflicht, niemanden (widerrechtlich) zu schädigen.

Somit geht die Unterscheidung zwischen der Verletzung allgemeiner und relativer Pflichten einher mit einer weiteren Unterscheidung zwischen zwei Arten von widerrechtlichem Verhalten: der widerrechtlichen Schädigung als solcher und der widerrechtlichen Verletzung einer (allgemeinen oder relativen) Pflicht, die zur Schädigung führt. Diese zweite Unterscheidung beruht letzten Endes auf einer genauen Erfassung der *Begriffe Schaden und Vermögen*. Schaden ist unfreiwillige Vermögensverminderung. Er ist die wirtschaftliche Auswirkung einer Rechtsgüterverletzung¹¹, nicht diese Verletzung selbst. Die Unterscheidung zwischen Rechtsgüterverletzung und Schaden wird dann bedeutsam, wenn – ganz ausnahmsweise – einzig die Schädigung widerrechtlich ist, nicht aber die [187] sie verursachende Rechtsgüterverletzung. Das trifft zu beim Notstand und bei ähnlichen Fällen (Art. 52 OR; Art. 700 und 710 ZGB). In diesen Fällen darf zwar in fremdes Eigentum eingegriffen werden. Aber die damit verursachte Schädigung ist gleichwohl widerrechtlich und ruft einer Ersatzpflicht. Trotz dieser Ausnahme ist der (hievori Ziff. 3, am Ende) aufgestellte Satz, daß Rechtsgrund aller nichtvertraglichen Ersatzforderungen eine Pflichtverletzung sei, ausnahmslos gültig: Unter allen Umständen verletzt eine widerrechtliche Schädigung das Schädigungsverbot. Dessen Mißachtung kann aber, ausnahmsweise, durch erlaubte Verletzung eines Rechtsgutes verursacht sein. Abgesehen von dieser Ausnahme beruht jede widerrechtliche Schädigung auf der Verletzung einer allgemeinen oder einer relativen Pflicht. Von diesen Normalfällen ist im folgenden einzig noch die Rede.

5. Die Unterscheidung der Schadensursachen danach, ob eine allgemeine oder eine relative Pflicht verletzt wird, muß ergänzt werden durch eine weitere, zu welcher der Begriff des Sonderverhältnisses (hievori Ziff. 4) Anlaß bietet: Es gibt einerseits Schadensfälle, bei denen zwischen Schädiger und Geschädigtem schon *vor der Schädigung ein Sonderverhältnis* besteht, und andererseits solche, bei denen dies nicht zutrifft und ein *Sonderverhältnis erst durch die Schädigung entsteht*. Diese zweite Einteilung durchkreuzt die erste, und zwar so, daß sich im Ganzen eine Dreiteilung ergibt: Wird eine relative Pflicht verletzt, so besteht zwischen Schädiger und Geschädigtem notwendigerweise *vor* der Schädigung ein Sonderverhältnis. Denn nur aus einem solchen kann sich, wie dargelegt (hievori Ziff. 4), eine relative Pflicht ergeben. Beruht dagegen die Schädigung auf der Verletzung einer allgemeinen Pflicht, so ist zweierlei möglich:

¹¹ *Oftinger* (zit. Anm. 2) S. 40 f.

Zwischen Schädiger und Geschädigtem kann – muß aber nicht – ein Sonderverhältnis vorbestehen. Auf diese Dreiteilung ist im folgenden einzugehen (Ziff. 6-8).

6. *Schädigung ohne vorbestehendes Sonderverhältnis.* Das ist – im vorliegenden Zusammenhang – der problemlose Tatbestand. Beispiel: A überfährt auf der Straße irgendeinen Fußgänger. Immerhin sei darauf hingewiesen, daß schon bei diesem Tatbestand jeder Schädigung – vielleicht nur sekundenschnell – eine Sonderbeziehung tatsächlicher Art vorangeht: A sieht sich auf der Straße zwar irgendeinem, aber nun doch durch die konkrete Lebenslage individuell bestimmten Fußgänger gegenüber. Mit diesem und keinem andern steht er auf einmal in einer "dichten" zwischenmenschlichen Beziehung. Demgemäß wird seine allgemeine Pflicht, Leib und Leben anderer zu achten, nicht nur konkretisiert (hievor Ziff. 4), sondern zugleich auf eine bestimmte Person bezogen, also insofern relativiert.

[188] 7. *Schädigung bei vorbestehendem Sonderverhältnis, aber durch Verletzung einer allgemeinen Pflicht.*

a) *Allgemeines.* Sobald bestimmte Personen zueinander in ein Sonderverhältnis treten – kraft Vertrages oder kraft Gesetzes – bestehen für sie, in einem allerdings ganz verschiedenen Umfang, besondere Möglichkeiten tatsächlicher Art, auf das Vermögen eines andern Beteiligten unerlaubt einzuwirken, also Schaden zu stiften, und zwar durch Verletzung einer allgemeinen Pflicht. Jenachdem ob und wie die Schädigung mit dem Sonderverhältnis zusammenhängt, sind drei Tatbestände zu unterscheiden:

Die Schädigung hängt mit dem Sonderverhältnis überhaupt nicht zusammen. Beispiel: Der von A auf der Straße überfahrene Fußgänger B ist zufällig ein Wohnungsmieter des A.

Die Schädigung spielt sich zwar außerhalb des Sonderverhältnisses ab, aber dieses bietet immerhin den *Anlaß* zur Verletzung einer allgemeinen Pflicht, entweder die rein objektive Gelegenheit (Beispiel: Ein Handwerker, der in der Wohnung des Kunden etwas zu reparieren hat, benützt die Gelegenheit, um den Kunden zu bestehlen) oder den subjektiven Beweggrund (Beispiel: Erzürnt ob der Weigerung des Vermieters A, den Mietvertrag mit B zu verlängern, schlägt B den A nieder).

Die Schädigung gehört – das ist der dritte und wichtigste Fall – zur *Abwicklung des Sonderverhältnisses*, spielt sich also im gemeinsamen Lebensbereich ab, den dieses Verhältnis für die Beteiligten begründet. Beispiel: Der Verkäufer liefert den Motormäher ohne Schutzvorrichtung, so daß sich der Käufer verletzt. Hier ist ein *funktionaler Zusammenhang* zwischen Schädigung und (vorbestehendem) Sonderverhältnis gegeben. Der Begriff des funktionellen Zusammenhanges wurde von der Rechtsprechung mit bezug auf die Haftung für Hilfspersonen ausgebildet, durch Auslegung der Worte "in Ausübung ihrer Verrichtungen" (Art. 101 OR; BGE 93 II 18). Er läßt sich aber auch für den hier einzig zur Diskussion gestellten (hievor Ziff. 3) Tatbestand verwenden, da ein am Sonderverhältnis Beteiligter – bei einem Vertragsverhältnis also eine Vertragspartei – persönlich Schaden zufügt, ohne Verwendung einer Hilfsperson. Denn die Frage, ob bei Schädigung durch eine Hilfsperson der funktionelle Zusammenhang gegeben ist, richtet sich nach der Beziehung, in welcher der "Geschäftsherr" der Hilfsperson zum andern am Sonderverhältnis Beteiligten steht (BGE 93 II 18 f.). Folglich handelt auch der "Geschäftsherr", welcher persönlich schädigt, entweder in Ausübung seiner "Verrichtung" gemäß dem Sonderverhältnis – eben in Abwicklung dieses Verhältnisses – oder dann außerhalb dieses (zwar vorbestehenden) Verhältnisses. Im ersten Fall liegt der funktionelle Zusammenhang vor, im zweiten nicht.

[189] b) *Insbesondere: Die Schädigung durch Verletzung einer allgemeinen Pflicht bei vorbestehendem Vertragsverhältnis und in funktionellem Zusammenhang mit diesem Verhältnis.* Jede Schädigung dieser Art mag man als "Vertragsverletzung" bezeichnen. Alsdann wird aber der Begriff der Vertragsverletzung einzig auf den funktionellen Zusammenhang abgestützt; er umfaßt auch Schädigungen, welche einzig durch die Verletzung einer allgemeinen Pflicht verursacht werden: Ob A dem B ein Gemälde deswegen zusenden muß, weil er es dem B gestohlen oder weil er es dem B verkauft hat: in beiden Fällen verletzt A eine (nur) allgemeine Pflicht, wenn er für die Sendung gesundheitsschädliches Verpackungsmaterial verwendet. Bei dieser Art von

"Vertragsverletzung" ist denn auch gleichgültig, ob es der Vertragspartner (z. B. der Käufer) ist, der wegen der Verletzung der allgemeinen Pflicht geschädigt wird (z. B. beim Öffnen des Paketes) oder irgendein Dritter (z. B. eine Hilfsperson des Käufers).

Wohl aber bestehen deswegen, weil das Sonderverhältnis ein Vertragsverhältnis ist, die zwei folgenden *Besonderheiten*: Einmal kann sich aus dem Vertrag (durch ausdrückliche Abrede oder aus der Natur des Geschäftes) die Befugnis eines Beteiligten ergeben, entgegen einer allgemeinen Pflicht in den Rechtsgüter- und Vermögensbereich der andern einzugreifen. Alsdann wirkt der Vertrag als Unrechtsausschließungsgrund. Widerrechtlich ist bei einem solchen Vertrag eine Schädigung nur insoweit, als jene Befugnis überschritten wird. So darf der Chirurg den Körper seines Patienten durch fachgemäße Operation verletzen. Folglich schädigt er den Patienten nicht widerrechtlich, wenn die Operation einen kostspieligen Spitalaufenthalt verursacht. Unterläuft ihm aber schuldhaft ein Kunstfehler, so verletzt er die allgemeine Pflicht und er verursacht dem Patienten widerrechtlich (zusätzliche) Heilungskosten. – Sodann kann durch Vertrag die Schadenersatzpflicht für den Fall einer (zwar widerrechtlich bleibenden) Verletzung einer allgemeinen Pflicht im Rahmen von Art. 100 wegbedungen werden¹².

Tatbeständlich lassen sich die Schädigungen, die bei Abwicklung eines Vertragsverhältnisses durch die Verletzung einer allgemeinen Pflicht entstehen, wie folgt gliedern:

Es gibt Schädigungen, die *nicht auf eine Vertragsleistung bezogen* sind, obwohl sie funktionell mit der Abwicklung eines Vertrages zusammenhängen. Das ist besonders augenscheinlich bei Schädigungen durch Verletzung von Vertragsverhandlungspflichten (*culpa in contrahendo*)¹³. [190] Täuscht z. B. der eine Partner eine Verhandlungsbereitschaft vor und verursacht er durch dieses Verhalten, das gegen das allgemeine Gebot des Handelns nach Treu und Glauben verstößt, dem andern Partner unnütze (Reise-)Kosten, so wird der Schaden in Abwicklung eines Sonderverhältnisses verursacht – und zwar eines Vertragsverhältnisses, denn Verhandlungen werden stets im gegenseitigen Einverständnis aufgenommen (BGE 77 II 135) –; doch hängt der Schaden nicht mit einer Vertragsleistung zusammen.

Meist ist jedoch die Schädigung *auf eine Vertragsleistung bezogen*. Das ist wieder auf verschiedene Weise möglich: *Schädiger* kann der *Leistungsempfänger*, Geschädigter also der Leistende sein: so z. B. dann, wenn der Mieter die Mietsache mutwillig beschädigt (und damit seine vertragliche Abnutzungsbefugnis überschreitet), oder dann, wenn der Werkunternehmer durch Stoff geschädigt wird, den ihm der Besteller zur Verarbeitung übergeben hat, ohne genügenden Hinweis auf die Gefährlichkeit des Stoffes. Im ersten Beispiel betrifft der Schaden den Leistungsgegenstand (der dem Geschädigten gehört), im zweiten Fall irgendwelche Vermögenswerte des Geschädigten.

Schädiger ist möglicherweise aber auch der *Leistende*. Alsdann wird durch die Leistung als solche ein Schaden verursacht, und zwar – wie in diesem Zusammenhang vorausgesetzt – durch Verletzung einer allgemeinen Pflicht. Diese *allgemeinschädliche Vertrags-Leistung*, wie sie hier genannt sei, ist entweder die Hauptleistung (Beispiel: Der Verkäufer liefert den Motormäher ohne Sicherheitsvorrichtung) oder nur eine Nebenleistung (Beispiel: Der Verkäufer verwendet gefährliches Verpackungsmaterial). Der Schaden kann den Leistungsgegenstand selber betreffen (Der Motormäher explodiert) oder / und andere Vermögenswerte des Leistungsempfängers (z. B. das Vermögen des Käufers in seiner Gesamtheit, wenn der Käufer verletzt wird und Heilungskosten entstehen). Wie bei allen Verletzungen allgemeiner Pflichten kann durch die schädigende Leistung auch – oder sogar einzig – ein Dritter, am Vertrag nicht Beteiligter, geschädigt werden, obwohl die Schädigung funktionell mit einem Vertragsverhältnis zusammenhängt: So wenn der gefährliche Motormäher ein Kind oder einen Angestellten des Käufers verletzt oder eine Person, an welche dieser den Mäher ausleiht oder weiterverkauft. Aus

¹² Darüber: *Schnyder von Wartensee*, Einschränkung und Wegbedingung der Haftung und ihre Grundlagen, Diss. Zürich 1945.

¹³ Über diese siehe allgemein: *Piotet*, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Bern 1963.

diesem Grunde rechtfertigt sich die Bezeichnung "allgemeinschädliche" Leistung.

8. *Schädigung bei vorbestehendem Sonderverhältnis und durch Verletzung einer relativen Pflicht.* Hier ist der funktionelle Zusammenhang gesteigert: Der Schaden tritt nicht nur bei Abwicklung eines Sonderverhältnisses ein, sondern wird verursacht durch die Verletzung einer [191] Pflicht, die einzig wegen dieses Verhältnisses besteht. Unterstellt man, daß jede relative Pflicht eine Leistung zum Inhalt hat (hievon Ziff. 4), so ist diese Art von Schädigung *stets auf eine Leistung bezogen*, und als *Schädiger* kommt einzig *der zur Leistung Verpflichtete* in Frage, da nur er die Leistungspflicht verletzen kann (persönlich oder durch seine Hilfskräfte). Andererseits kann die Schädigung einzig einen andern am Sonderverhältnis Beteiligten treffen, da eine relative Pflicht nur ihm (nicht einem Dritten) gegenüber besteht. Diesem Beteiligten geschieht durch die Schädigung Unrecht im Vollsinn des Wortes; die Relativität der verletzten Pflicht ändert daran nichts.

Das Sonderverhältnis, innerhalb dessen sich diese Art von Schädigung abspielt, ist gewöhnlich ein Vertrag. Aber notwendig ist das keineswegs. Es kann sich auch um die Abwicklung einer bereits bestehenden Schadenersatzpflicht handeln (Beispiel: Bei Leistung von Naturalersatz wird neuer Schaden angerichtet) oder einer Pflicht zur Rückerstattung einer ungerechtfertigten Bereicherung.

Zu unterscheiden sind zwei Fälle:

a) *Die Schädigung durch Schlecht-Leistung.* Sie weist folgende Merkmale auf: Die geschuldete Leistung (oder eine Leistung, die der Schuldner an deren Stelle erbringt) wird vorgenommen, und in funktionellem Zusammenhang damit entsteht ein Schaden. Der so verstandene Leistungsvorgang verletzt keine allgemeine Pflicht, wohl aber eine relative, gewöhnlich eine Vertragspflicht. Beispiele: Die chemische Fabrik A liefert dem Textilfabrikanten B den verkauften chemischen Stoff X, aber nicht, wie vereinbart, in erster, sondern in zweiter Qualität. Folge: Der gelieferte Stoff, der vom Käufer zur Veredelung von Textilien verwendet wird, verdirbt diese Textilien. – A engagiert den B zur Bewachung einer Ausstellung während der Nacht; B versieht den versprochenen Dienst nachlässig; in der betreffenden Nacht wird Ausstellungsgut von Dritten gestohlen. Die Lieferung von Ware zweiter statt erster Qualität verletzt keine allgemeine Pflicht, desgleichen nicht die Nichtbewachung fremder Sachen. Einzig die Verletzung einer Vertragspflicht bildet in diesen Fällen den Grund dafür, daß die Schädigung dem (Schlecht-)Leistenden zugerechnet werden kann.

Der Fall der so verstandenen Schlecht-Leistung verwirklicht sich häufig nicht in reiner Gestalt. Nimmt man im ersten Beispiel an, der Verkäufer A kenne den Zweck, zu dem B den verkauften Stoff verwendet, und er kenne außerdem (oder sollte kennen) die Gefährlichkeit der Ware zweiter Qualität für Textilien, so greift zu Lasten des A bereits die allgemeine Pflicht ein, die Textilien des B nicht durch gefährliche Lieferungen zu verderben. Insbesondere ist bei Sachleistungen ein [192] Schaden, der den Leistungsgegenstand selber betrifft (z. B. infolge mangelhafter Verpackung) wohl immer (auch) auf die Mißachtung des Verbotes von Sachbeschädigungen zurückzuführen. Die allenfalls vertraglich vereinbarten Schutzpflichten dienen nur dazu, die allgemeinen Pflichten mit bezug auf den Leistungsgegenstand näher zu bestimmen.

b) *Die Schädigung durch Nicht-Leistung.* Dieser Tatbestand setzt voraus, daß sich die (relative) Leistungspflicht auf eine (bestimmte oder unbestimmte) Zeit erstreckt. Die Fälle, da eine Pflicht vereinbart und sogleich erfüllt wird (Handgeschäft), scheiden aus.

Nicht-Leistung bedeutet "Ausbleiben der Erfüllung" (Randtitel zu Art. 97). Somit wird zu der Zeit, da geleistet werden sollte, nicht geleistet. Dieser negative Tatbestand kann zwei Arten von Schaden verursachen:

Einmal den *eigentlichen Nichterfüllungs-Schaden*. Dieser entsteht aber nur (und erst) dann, wenn die ausgebliebene Leistung unmöglich wird. Denn solange sie möglich ist, gehört die Forderung auf Erfüllung immer noch zum Vermögen des Gläubigers, weshalb durch die bloße Nicht-Leistung noch keine Vermögensverminderung, also kein Schaden eintritt; dies nicht einmal bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, da Befriedigung durch Zwangsvollstreckung möglich bleibt.

Bei bloßer Nicht-Leistung kann folglich der Gläubiger einzig auf Erfüllung klagen¹⁴. Wird die Leistung unmöglich, so entspricht der Schaden dem Wert der ausgebliebenen Leistung, dem *Erfüllungsinteresse*. Die Forderung auf Ersatz dieses Interesses tritt – bei Verschulden des Schuldners – an die Stelle der bisher auf Erfüllung gerichteten Forderung. Aus alledem ergibt sich, daß es kein Zufall ist, wenn Art. 97 gerade vom Unmöglichwerden der Leistung handelt.

Das Ausbleiben der Erfüllung kann sodann *Folgeschäden* bewirken. Diese sind entweder *Verspätungsschaden* oder Schaden wegen *Kosten der Rechtsverfolgung* (also der Erfüllungsklage und der Zwangsvollstreckung). Die Folgeschäden setzen nicht das Unmöglichwerden der Leistung voraus. Trotzdem ist Art. 97 nicht zu eng gefaßt, wenn er für den Fall des Ausbleibens der Leistung nur das Unmöglichwerden der Leistung regelt. Denn vom Verspätungsschaden handeln Sonderbestimmungen (Art. 103-106), und die Ersatzpflicht für Rechtsverfolgungskosten richtet sich nach kantonalem Prozeßrecht¹⁵, auch was die außergerichtlichen Kosten anbelangt¹⁶.

[193] Während der eigentliche Nichterfüllungsschaden naturgemäß einzig durch Ausbleiben der Erfüllung bewirkt werden kann, unterscheiden sich die Folgeschäden, für sich genommen, nicht vom Schaden, der durch Verletzung einer allgemeinen Pflicht verursacht wird. So kann z. B. ein Betriebsunterbruch durch verspätete Lieferung einer Spezialmaschine bedingt sein –; und alsdann handelt es sich um Verspätungsschaden, nämlich um die Verletzung der relativen Pflicht, die Maschine auf einen bestimmten Zeitpunkt zu liefern – aber auch durch Brandstiftung – und alsdann beruht der Betriebsunterbruch auf der Verletzung der allgemeinen Pflicht, fremde Sachen nicht zu beschädigen.

9. Das System der besprochenen Tatbestände ergibt sich aus dem beigegebenen Überblick über die Rechtsgründe von Schadenersatzforderungen; siehe S. 197.

10. Die *rechtlichen Folgerungen*, die sich aus der Ordnung der Tatbestände ergeben, können im Rahmen eines Aufsatzes nur in den Grundzügen festgehalten werden:

Dem einheitlichen Tatbestand der Mißachtung des Schädigungsverbotes muß ein *einheitlicher Begriff der Schadenersatzforderung* entsprechen. Im Einzelfall entsteht immer nur *eine* Schadenersatzforderung, und diese ist sicher insofern nichtvertraglich, als sie unabhängig vom Willen des Ersatzpflichtigen entsteht (Ziff. 2). Eine Anspruchskonkurrenz kann es folglich nicht geben.

Für alle Tatbestände sind *die gleichen Grundbegriffe* verwendbar: Schaden, Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit, Verschulden. Die Unterschiede in den Tatbeständen wirken sich nur sekundär aus, bei den Modalitäten der Schadenersatzforderung: Beweislast bezüglich des Verschuldens, Haftung für Hilfspersonen, Verjährung.

Für diese *Modalitäten* gelten – unter Vorbehalt von Sondervorschriften (wie z. B. der Bestimmungen des EHG) – *grundsätzlich die Bestimmungen der Art. 41-60 OR*. Denn jede widerrechtliche Schädigung ist als Mißachtung des Schädigungsverbotes widerrechtlich im Sinne von Art. 41, auch die durch Verletzung "nur" einer relativen Pflicht verursachte. Eine ausdrückliche Ausnahme besteht nach dem Gesetz einzig für die Fälle der Schädigung durch Nicht-Leistung. Für diese gelten die *Art. 97-106 als Sondervorschriften. Die Anwendung der Art. 97 ff. auf andere Tatbestände als die Nicht-Leistung bedarf eines besondern Grundes*, der sich aus der Eigenart des Tatbestandes ergeben und dessen Vorliegen für jede einzelne Modalität gesondert geprüft werden muß. Solche Gründe gibt es. Sie – und nicht die Konstruktion der "Vertragsverletzung" – rechtfertigen in einem gewissen, noch zu präzisierenden Umfange die Anwendung der Art. 97 ff. außerhalb ihres eigentlichen Geltungsbereichs.

[194] Die *Vermutung des Verschuldens* (Art. 97 und 103) rechtfertigt sich nicht nur bei Nicht-Leistung, sondern auch immer dann, wenn der Schädiger mit der Schadensursache kraft eines

¹⁴ Von Tuhr/Siegwart, a.a.O., S. 543.

¹⁵ Guldener, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Zürich 1958, 378; derselbe, ZSR 80 (1961) 60 f.

¹⁶ BIZüR 63 (1964) S. 228-232.

Sonderverhältnisses in besonderer Beziehung steht, gleich wie beim Unmöglichwerden der Leistung. Das trifft zu bei der Schlechtleistung und bei der allgemein-schädlichen Leistung, aber auch bei Schaden am Leistungsgegenstand während der Zeit, da sich dieser in der Obhut des Leistungsempfängers (z. B. des Mieters) befindet ¹⁷.

Für die *Anwendung des Art. 101* (an Stelle der Grundregel von Art. 55) hat folgendes zu gelten: Der von der Rechtsprechung herausgearbeitete Begriff des funktionellen Zusammenhangs hat sich bewährt. Art. 101 ist immer dann anzuwenden, wenn eine Hilfsperson an Stelle des an einem Sonderverhältnis Beteiligten (des Geschäftsherrn) handelt und in funktionellem Zusammenhang mit diesem Verhältnis einen Schaden anrichtet, gleichgültig, ob die Schädigung durch Verletzung einer allgemeinen oder relativen Pflicht (des Geschäftsherrn) verursacht wird. Dazu sind aber zwei wichtige Präzisierungen anzubringen: *a)* Die wegen des Sonderverhältnisses strengere Haftung für die Hilfsperson rechtfertigt sich nicht nur dann, wenn der Geschädigte ein Partner des Sonderverhältnisses ist, sondern auch dann, wenn – bei Verletzung einer allgemeinen Pflicht – durch die Abwicklung des Sonderverhältnisses ein daran nicht Beteiligter geschädigt wird, also namentlich im Falle der allgemein-schädlichen Leistung. Denn auch gegenüber dem Dritten begründet der funktionelle Zusammenhang eine engere Beziehung des Geschäftsherrn zum Verhalten seiner Hilfsperson. Beispiel: Wenn die Ware, die der Fabrikant A dem Grossisten B auf Grund eines Vertrages liefert, durch die Hilfspersonen des A nicht mit den erforderlichen Schutzvorrichtungen versehen oder in gefährlicher Weise verpackt wird, so haftet A für das Verhalten der Hilfspersonen auf Grund von Art. 101 nicht nur gegenüber B, sondern gegenüber jedem Geschädigten (z. B. auch gegenüber den Hilfspersonen des B, dessen Familienangehörigen und Kunden). Das ist besonders bedeutsam für den wichtigen Fall der Produzentenhaftung. *b)* In den übrigen Fällen – also bei Fehlen eines funktionellen Zusammenhanges – greift die Grundregel des Art. 55 Platz, dies namentlich auch bei Schädigungen, die mit einem Sonderverhältnis zusammenhängen, ohne daß ein funktioneller Zusammenhang gegeben ist, wenn also das Sonderverhältnis nur Anlaß zur Schädigung bietet. Beispiel: Wenn der Arbeiter des Handwerkers A in der Wohnung des Kunden B [195] Reparaturen auszuführen hat und dabei einen Diebstahl zu Lasten des B begeht, so fehlt zwar der funktionelle Zusammenhang (sofern Gegenstand des Diebstahls nicht gerade eine zu reparierende Sache ist); aus der Nichtanwendbarkeit von Art. 101 folgt aber nicht ohne weiteres, daß der Geschäftsherr überhaupt nicht haftet; es fragt sich vielmehr noch, ob der Geschäftsherr wegen mangelnder Sorgfalt bei Auswahl und Überwachung seines Arbeiters aus Art. 55 haftet.

Für die *Verjährung* hat es – abgesehen von den Fällen der Nicht-Leistung – sein Bewenden bei der Grundregel des Art. 60 (natürlich unter Vorbehalt von Sondervorschriften, wie Art. 83 SVG). Die entgegenstehende Rechtsprechung (BGE 80 II 258; 87 II 159) läßt sich sachlich nicht begründen: Die Art. 127 und 130 (ordentliche Verjährungsfrist von zehn Jahren, mit Beginn bei Fälligkeit) – deren Anwendbarkeit aus dem Begriff der "vertraglichen Schadenersatzforderung" hergeleitet wird – passen einzig für Ersatzforderungen, die an die Stelle einer unmöglich gewordenen Forderung treten, sowie (gerade noch) für die (Neben-)Forderung auf Ersatz von Verspätungsschaden. Für alle übrigen Ersatzforderungen ist einzig Art. 60 angemessen ¹⁸. Freilich ruft der Umstand, daß eine Ersatzforderung bei Abwicklung eines Sonderverhältnisses entsteht, mitunter einer besondern, der Eigenart des Tatbestandes angepaßten Verjährungsordnung. Eine solche Ordnung wird jedoch auf keinen Fall durch die Art. 127 und 130 geboten, sondern einzig durch Sondervorschriften, die auf der Grundlage des Art. 60 beruhen (vgl. Art. 454 f. ZGB). Die Frage, ob die Sondervorschrift des Art. 210 auch Schadenersatzansprüche erfaßt (nicht einzig Gewährleistungsansprüche), darf sicher nicht für "vertragliche" und "außervertragliche" Ersatzansprüche verschieden beantwortet werden

¹⁷ Vgl. *Larenz* (zit. Anm. 10) § 23 I b; *Raape*, Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung. Zugleich ein Beitrag zur Überlassung von Sachen von gefahrdrohender Beschaffenheit. Archiv f. d. civilistische Praxis 147 (1941) 217 ff.

¹⁸ Vgl. *Schwander W.*, Die Verjährung außervertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, Diss. Freiburg 1963, 137 ff.

(vgl. BGE 77 II 249 und 90 II 88 f.). Wohl aber könnte – falls man die Anwendbarkeit auf Ersatzansprüche grundsätzlich bejaht – in ausdehnender Auslegung von Art. 210 Abs. 3 jede vorsätzliche Schädigung von der kurzen Verjährung ausgenommen werden.

11. Wie der Überblick über die rechtlichen Folgerungen (Ziff. 10) zeigt, gibt es innerhalb der nichtvertraglichen Schadenersatzforderungen (Ziff. 2) keine Rechtslage, für welche sich die Bezeichnungen "Vertragsverletzung" und "vertragliche Ersatzforderung" eignen. Beide Ausdrücke deuten nach ihrem unmittelbaren Wortsinn auf eine Verletzung relativer Pflichten (aus Vertrag) hin. Nun finden sich aber keine Sonderregeln – bezüglich der Modalitäten–, die für alle Verletzungen relativer Pflichten [196] und nur für diese zutreffen. Die Ausnahmen von den allgemeinen Bestimmungen der Art. 41 ff. gelten entweder nur für die Fälle der Nicht-Leistung (so die Verjährungsordnung) oder dann auch für Verletzungen allgemeiner Pflichten in funktionellem Zusammenhang mit einem Vertrag (so die Haftung für Hilfspersonen gemäß Art. 101). Gegen die Verwendung der Ausdrücke "Vertragsverletzungen" und "vertragliche Ersatzforderungen" auch für diese weiteren Fälle spricht aber schon der Umstand, daß dann Verletzungen allgemeiner Pflichten als "Vertragsverletzungen" hingestellt werden; und damit hängt der weitere Nachteil zusammen, daß sogar die allgemein-schädlichen Leistungen als Vertragsverletzungen bezeichnet werden; das erschwert die Einsicht, daß diese Leistungen, wie dargelegt, die gleiche Schadenersatzpflicht auch gegenüber Dritten auslösen. Was insbesondere den Ausdruck "vertragliche Schadenersatzforderung" anbetrifft, empfiehlt es sich, ihn einzig für die aus einem Schadenersatzversprechen entstehenden Forderungen zu verwenden (Ziff. 2).

[197] <image>Überblick über die Rechtsgründe von Schadenersatzforderungen:</image>