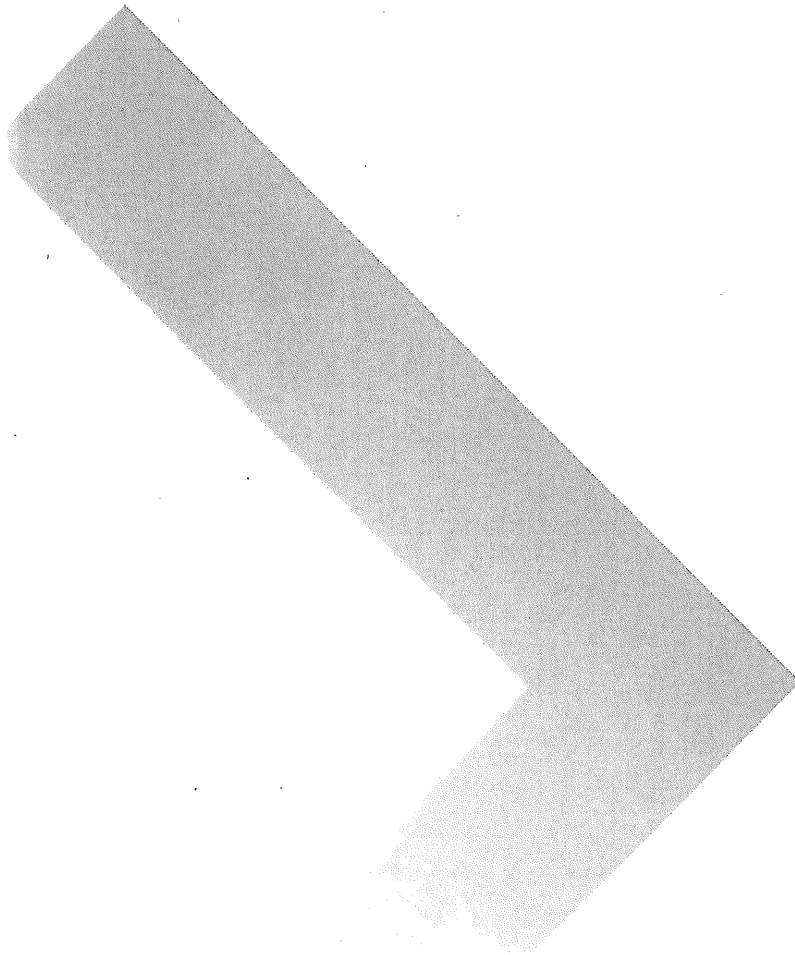


I·VW HSG

Alfred Koller
Herausgeber

Haftung aus Vertrag



Dank

Mein erster Dank gilt meinen Assistenten, welche die Tagungsbeiträge formal bereinigt haben, insbesondere den Herren lic. iur. PHILIPP JERMANN, dem die Gesamtleitung der Bereinigung oblag, und lic. iur. STEFAN KOLLER. Danken möchte ich sodann Frau MARLIS DE TOFFOL, welche die Tagung in gewohnt speditiver und zuverlässiger Weise organisiert hat.

Alfred Koller

Druck: Typotron AG, für die gedruckte Kommunikation, CH-9016 St. Gallen.

Alle Rechte vorbehalten.

Copyright © 1998 by
Verlag Institut für Versicherungswirtschaft der Universität St. Gallen.

**Beschränkung und Modifikation
der vertraglichen Haftung**

INGEBORG SCHWENZER

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	101
I. Einleitung	104
1. Das Prinzip der Vertragsfreiheit als Ausgangspunkt	104
2. Differenzierung zwischen Individualvertrag und Allgemeinen Geschäftsbedingungen	104
3. Differenzierung zwischen kaufmännischem und nichtkaufmännischem Verkehr	106
II. Wirksamkeit haftungsausschliessender und -beschränkender Klauseln	107
1. Allgemeines	107
2. Einbeziehungskontrolle	107
3. Auslegung	109
A. Vorrang einer Zusicherung oder Garantie	109
B. Unklarheitsregel und Restriktionsprinzip	111
4. Inhaltliche Schranken vertraglicher Freizeichnung	112
A. Zwingendes Gesetzesrecht	112
a. Allgemeine Grenzen	113
b. Spezialgesetzliche Regelungen	115
B. Art. 8 UWG	117
C. Allgemeine vertragsrechtliche Inhaltskontrolle	118
a. Allgemeines	118
b. Differenzierung zwischen Haftungsausschluss und -beschränkung	119
c. Grundlinien der vertragsrechtlichen Kontrolle von Freizeichnungsklauseln	119
5. Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit	121
A. Reduktion auf das erlaubte Mass	121
B. Teilnichtigkeit des Vertrages	122
III. Indirekter Haftungsausschluss und -beschränkung	122
1. Leistungsbeschreibung	122
2. Erschwerung der Rechtsverfolgung	123
IV. Auswirkung vertraglicher Freizeichnung auf andere Rechtsbehelfe	124
V. Freizeichnung zugunsten Dritter	125
VI. Ausblick	126

LITERATURVERZEICHNIS

- Die gängigen schweizerischen Kommentarwerke (Zürcher Kommentar, Berner Kommentar, Basler Kurzkomentar) werden im folgenden nicht aufgeführt. Dasselbe gilt für Beiträge im «Schweizerischen Privatrecht». – **Zitierweise:** Die Autoren werden nur mit dem Verfasseramen, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz zitiert. Schweizerische Kommentarwerke werden mit dem Namen des Bearbeiters und einem Kürzel für den Kommentar (ZürK, BerK, BasK) zitiert (z.B. KRAMER, BerK, N ... zu Art. ... OR). Beiträge aus dem schweizerischen Privatrecht (SPR) werden mit dem Namen des Autors und dem Zusatz SPR samt Band zitiert (z.B. MERZ, SPR VI/1, S. ...).
- BAUDENBACHER CARL, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht, in BAUDENBACHER CARL et al. (Hrsg.), AGB – eine Zwischenbilanz, St.Gallen/Berlin 1991, S. 17 ff. (zit. BAUDENBACHER, AGB-Kontrolle).
- Die Rechtslage in der Schweiz, in STAUDER BERND (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, S. 1 ff. (zit. BAUDENBACHER, Rechtslage).
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A. Zürich 1988.
- BUOLMARTINA, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich 1996.
- ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 183 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, Berne 1992 (zit. ENGEL, Contrats).
- Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2. éd. Berne 1997 (zit. ENGEL, Traité des obligations).
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. A. Zürich 1996.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. A. Zürich 1995.
- GAUTSCHI GEORG, Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen, Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Ofinger, Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, Zürich 1969, S. 7 ff. (zit. GAUTSCHI, FG Ofinger).
- GIGER HANS, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983 (zit. GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle).
- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A. Zürich 1991, bearbeitet von Alfred Koller und Jean Nicolas Druet aufgrund der Ausgabe von Hans Merz und Max Kummer, §§ 1–48 bearbeitet von Alfred Koller (zit. GUHL/MERZ/KOLLER).

- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 4. A. Bern 1997 (zit. HONSELL, OR BT).
- HUGUENIN JACOBS CLAIRE, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, recht 1995, S. 85 ff.
- KAMM MICHAEL, Freizeichnungsklauseln im deutschen und im schweizerischen Recht – ein Vergleich, Bergisch Gladbach/Köln 1985.
- KELLER MAX/SIEHR KURT, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. A. Zürich 1995.
- KOLLER ALFRED, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. A. Zürich 1995 (zit. KOLLER, Nachbesserungsrecht).
- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1996 (zit. KOLLER, OR AT).
- KRAMER ERNST A., Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 1985, S. 17 ff., 33 ff. (zit. KRAMER, Zukunftsperspektiven).
- LÖRTSCHER THOMAS, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1977.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. A. München ab 1992 (zit. MÜNCHKOMM/BEARBEITER).
- OESCH THOMAS, Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht und ihre Schranken, Diss. Basel 1978.
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. A. Zürich 1995.
- SCHENK-ENGELER SUZANNE, Klauselkataloge in einigen neueren europäischen AGB- und Verbraucherschutzgesetzgebungen – Ihre Bedeutung für das schweizerische Recht, Diss. St. Gallen 1993.
- SCHLECHTRIEM PETER, Verbraucherkaufverträge – ein neuer Richtlinienentwurf, JZ 1997, S. 441 ff.
- SCHMID JÖRG, Gewährleistungsbeschränkungen bei Grundstückverkäufen und Art. 8 UWG, in TERCIER PIERRE/HÜRLIMANN ROLAND (Hrsg.), In Sachen Baurecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Freiburg 1989, S. 47 ff.
- SCHWARZ JÖRG, Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen – Auswirkungen auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Reglemente und Formularverträge der Schweizer Banken, in STAUDER BERND (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, S. 127 ff.
- SPIRO KARL, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984.

- STAUDER BERND, Die AGB der Reiseveranstalter, in BAUDENBACHER CARL et al. (Hrsg.), AGB – eine Zwischenbilanz, St. Gallen/Berlin 1991, S. 139 ff. (zit. STAUDER, AGB der Reiseveranstalter).
- Droit suisse, in GHESTIN JACQUES (Hrsg.), Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Paris 1991, S. 95 ff. (zit. STAUDER, Droit suisse).
- Schwerpunkte der Richtlinie vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in STAUDER BERND (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, S. 11 ff. (zit. STAUDER, Schwerpunkte der Richtlinie).
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A. Zürich 1974.
- ULMER PETER/BRANDNER HANS ERICH/HENSEN HORST-DIETHER/SCHMIDT HARRY (Hrsg.), AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 8. A. Köln 1997.
- ZWEIFGERT KONRAD/KÖTZ HEIN, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. A. Tübingen 1996.

I. Einleitung

1. Das Prinzip der Vertragsfreiheit als Ausgangspunkt

Die Möglichkeit der Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung beruht auf der in Art. 19 Abs. 1 OR ausdrücklich erwähnten Vertragsfreiheit im engeren Sinne. Das Prinzip der Vertragsfreiheit geht auf das Naturrecht einerseits und den ökonomischen Liberalismus andererseits zurück und gelangte im ausgehenden 19. Jahrhundert zu seiner höchsten Blüte. Dementsprechend beherrschte es nahezu ungebrochen das aOR und das ursprüngliche OR von 1912. Das paläo-liberale¹ Vertragsdenken basiert auf dem Gedanken des sich selbst regulierenden Marktes, der Gleichheit und Unabhängigkeit aller Marktbürger, die in rationaler Einschätzung ihrer Bedürfnisse am Tauschverkehr teilnehmen. Der Vertrag wird so als Mittel zur Herstellung von sozialer Harmonie begriffen.² Heute herrscht freilich im Wesentlichen Einigkeit darüber, dass aufgrund der sozio-ökonomischen Entwicklung namentlich in diesem Jahrhundert dem Vertrag als solchem nicht automatisch eine Richtigtigkeitsgewähr oder auch nur eine Richtigtigkeitschance innewohnt³. Denn es fehlt in vielen Bereichen an der hierfür unbedingbaren Voraussetzung: dem Machtgleichgewicht der Parteien in wirtschaftlicher, intellektueller und verhandlungsbezogener Hinsicht⁴. Seit den Siebziger Jahren wird deshalb zunehmend die Abkehr vom lediglich formal verstandenen Prinzip der Vertragsfreiheit und die Hinwendung zu einer materiell verstandenen Vertragsfreiheit postuliert, deren Aufgabe vor allem der Schutz der Schwächeren sein soll⁵.

2. Differenzierung zwischen Individualvertrag und Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die Diskussion um mögliche Grenzen und Einschränkungen der Vertragsfreiheit wird namentlich in Deutschland und auch hierzulande vor allem im Hinblick auf Allgemeine Geschäftsbedingungen geführt. Unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden dabei für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen verstanden, die eine Vertragspartei der anderen bei Abschluss des

Vertrages stellt⁶. In dieser Situation verbleibt der Gegenpartei meist nur die Alternative des take it or leave it, d.h. der Zustimmung zu den AGB oder dem gänzlichen Verzicht auf einen Vertragsschluss⁷. Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird der sogenannte Individualvertrag gegenübergestellt, bei dem das Prinzip der Vertragsfreiheit auch heute noch weitgehend Gültigkeit besitzen soll⁸.

Obwohl im schweizerischen Recht – im Gegensatz zum deutschen Recht – eine gesetzliche Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bislang immer noch aussteht, lassen doch die vorhandenen punktuellen gesetzlichen Regelungen erkennen, dass auch hier der Unterscheidung zwischen Individualvertrag und Allgemeinen Geschäftsbedingungen massgebliche Bedeutung beigemessen wird⁹.

Auf internationaler Ebene ist die Unterscheidung zwischen Individualvertrag und Allgemeinen Geschäftsbedingungen hingegen eher unbekannt. Zwar beschränkt sich auch die EG-Richtlinie vom 5. April 1993¹⁰ auf Vertragsklauseln, die nicht «im Einzelnen ausgehandelt» sind. Nicht ausgehandelt ist eine Vertragsklausel, «wenn sie im voraus abgefasst wurde und der Verbraucher deshalb ... keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte»¹¹. Immerhin wird hier – im Gegensatz zur Definition des Begriffs der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – nicht mehr darauf abgestellt, dass die Bedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind¹². Weitergehend wird in der Mehrzahl ausländischer Rechtsordnungen ganz darauf verzichtet zu unterscheiden, ob eine Klausel im Einzelnen vorformuliert oder ausgehandelt ist. Dies gilt namentlich für Frankreich, die nordischen Rechtsordnungen, England, USA aber auch z.B. Österreich. Dieser Ansatz erscheint sachgerechter. Vor allem in Geschäften mit Konsumenten können Vertragsklauseln auch dann missbräuchlich oder unangemessen sein, wenn sie aus-

⁶ Vgl. SCHENK-ENGELER, S. 4 ff.; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1118; SCHWENZER INGBERG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, Nr. 44.01; KRAMER, BerK, N 181 zu Art. 1 OR.

⁷ Vgl. GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, S. 25; BUCHER, BasK, N 51 zu Art. 1 OR; BAUDENBACHER, AGB-Kontrolle, S. 28 ff.; STRAUDE, Schwerpunkte der Richtlinie, S. 19; SCHWARZ, S. 133.

⁸ Vgl. SCHENK-ENGELER, S. 11.

⁹ Vgl. nur Art. 256 Abs. 2 lit. a OR; Art. 8 UWG; vgl. auch KRAMER, BerK, N 283 zu Art. 19–20 OR.

¹⁰ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

¹¹ Vgl. Art. 3 Abs. 2 EG-Richtlinie.

¹² Vgl. STRAUDE, Schwerpunkte der Richtlinie, S. 19; HUGUENIN, S. 86; vgl. nun auch bezüglich Verbraucherverträge § 24a Nr. 2 des deutschen AGBG.

¹ So KRAMER, BerK, N 23 zu Art. 19–20 OR.

² Vgl. MÜNCHKOMM/KRAMER, vor § 145 BGB, N 2.

³ Vgl. nur KRAMER, BerK, N 25 zu Art. 19–20 OR; BAUDENBACHER CARL, Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz? ZBJV 1987, S. 505 ff., 511.

⁴ Vgl. KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 216; LÖRTSCHER, S. 15 f.

⁵ Vgl. nur ZWEIFERT/KÖTZ, S. 323 ff.

gehandelt sind, auch wenn dies nur selten vorkommen mag¹³. Dementsprechend finden sich auch in der neueren schweizerischen Gesetzgebung neben den bereits erwähnten AGB-rechtlichen Regelungen Bestimmungen, die bei Verbrauchergeschäften eine Haftungsfreizeichnung oder -beschränkung generell verbieten. Hierauf wird noch im Einzelnen zurückzukommen sein.

3. Differenzierung zwischen kaufmännischem und nicht-kaufmännischem Verkehr

Die Frage, ob und in welchem Ausmass Haftungsausschluss- und -begrenzungsklauseln einer richterlichen Kontrolle unterworfen werden, wird oftmals auch mit Fragen des Konsumentenschutzes in Verbindung gebracht¹⁴. So betrifft auch die EG-Richtlinie vom 5. April 1993 nur Klauseln, die in Verträgen mit Konsumenten vereinbart worden sind. Entsprechend dem inzwischen in vielen internationalen Instrumenten verwendeten Begriff gilt dabei als Konsument jede natürliche Person, die mit dem Abschluss des Vertrages einen Zweck verfolgt hat, «der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann»¹⁵. Auch etliche einzelstaatliche Gesetze des Auslandes zielen ausschliesslich auf den Schutz der Konsumenten ab¹⁶. Viele ausländische Staaten sehen jedoch andererseits eine derartige Einschränkung nicht vor und gestatten die richterliche Überprüfung von Vertragsklauseln auch im kaufmännischen Verkehr¹⁷.

In der Tat erscheint es kaum sachgerecht, die richterliche Klauselkontrolle auf Verträge zwischen Kaufleuten und Konsumenten zu beschränken¹⁸. Denn zum einen gibt es durchaus viele Situationen, in denen auch Kaufleute ähnlich wie Konsumenten die schwächere Vertragspartei sind und deshalb des Schutzes vor unbilligen Klauseln bedürfen¹⁹. Man denke insoweit nur an Zulieferer und Abnehmer von Grossunternehmen, für die Vertragsfreiheit faktisch ebenfalls nur in eingeschränktem Masse besteht. Zum anderen findet auch im kaufmännischen Verkehr ein Aushandeln der Vertragsbedingungen oftmals nicht statt, da es sich

¹³ Vgl. KAMM, S. 167; LÖRTSCHER, S. 195; vgl. dagegen STAUDER, Droit suisse, S. 97; HUGUENIN, S. 88; SCHENK-ENGELER, S. 175 ff.

¹⁴ Vgl. BAUDENBACHER, AGB-Kontrolle, S. 31.

¹⁵ Art. 2 lit. b EG-Richtlinie; Art. 2 lit. a CISG; vgl. auch Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG, Art. 3 KKG, welche auf entsprechende EG-Richtlinien zurückgehen.

¹⁶ Vgl. Frankreich: Gesetz Nr. 78-23 vom 10. Januar 1978; Österreich: Konsumentenschutzgesetz; vgl. auch §§ 10, 11 und 24a des deutschen AGBG.

¹⁷ Vgl. die Nachweise bei KÖTZ HEIN, Europäisches Vertragsrecht, Tübingen 1996, S. 219.

¹⁸ Vgl. aber KRAMER, BerK, N 285 zu Art. 19-20 OR; LÖRTSCHER, S. 274.

¹⁹ Vgl. SCHLECHTRIEM, S. 443; SCHENK-ENGELER, S. 174 f.; STAUDER, Droit suisse, S. 98.

aufgrund zu hoher Transaktionskosten nicht lohnt. Dies bedeutet freilich nicht, dass Haftungsausschluss- und -begrenzungsklauseln im kaufmännischen Verkehr und im Verkehr mit Konsumenten immer gleich behandelt werden müssen. Die jeweilige Stellung der Parteien im Geschäftsverkehr ist vielmehr bei der Frage zu berücksichtigen, ob eine Klausel im Einzelfall unangemessen ist²⁰.

II. Wirksamkeit haftungsausschliessender und -beschränkender Klauseln

1. Allgemeines

Gesetzliche Bestimmungen, die sich speziell mit der Zulässigkeit von Haftungsausschluss- und -begrenzungsklauseln befassen, finden sich bekanntlich im Schweizer Recht nur wenige. Im Gegensatz zu vielen anderen ausländischen Rechtsordnungen, wo sich die Rechtsprechung oft schon zu Beginn dieses Jahrhunderts im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu einer offenen Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln bekannte, konnte sich das Bundesgericht hierzu bislang nicht durchringen. Eine über die punktuellen gesetzlichen Regelungen hinausgehende Inhaltskontrolle, sei es anhand des Prinzips der öffentlichen Ordnung nach Art. 19 Abs. 2 OR oder der Sittenwidrigkeit nach Art. 20 Abs. 1 OR, wurde vom Bundesgericht wiederholt offengelassen²¹.

Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen praktiziert das Bundesgericht hingegen eine sogenannte verdeckte Inhaltskontrolle auf der Einbeziehungs- und Auslegungsebene²². Häufig sind hiervon auch und gerade Freizeichnungsklauseln betroffen, weshalb zunächst auf diese verdeckten Kontrollinstrumentarien näher einzugehen ist.

2. Einbeziehungskontrolle

Ein in der Praxis wichtiges Instrument der Kontrolle von AGB bereits auf der Abschlussebene ist die sogenannte Ungewöhnlichkeitsregel²³. Nach ständiger

²⁰ Vgl. STAUDER, Droit suisse, S. 132.

²¹ Vgl. BGE 109 II 213 ff., 217 f. (Backofenfall); 109 II 452 ff., 457 (Hühnerstall-Fall); 112 II 450 ff., 456.

²² Vgl. KRAMER, BerK, N 206 zu Art. 1 OR; DERSELBE, Zukunftsperspektiven, S. 20 f.; SCHENK-ENGELER, S. 199; GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, S. 39.

²³ Vgl. dazu BUCHER, BasK, N 60 zu Art. 1 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZürK, N 498 f. zu Art. 1 OR; KOLLER, OR AT, Nr. 1580 ff.

Rechtsprechung²⁴ werden bei einer Globalübernahme seitens eines geschäftsunerfahrenen Kunden solche Klauseln nicht Vertragsinhalt, die ungewöhnlich sind, und auf die der Kunde nicht besonders hingewiesen worden ist. Die Partei, die die AGB in den Vertrag aufgenommen hat, muss aufgrund des Vertrauensprinzips davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner gewisse ungewöhnliche Klauseln nicht will²⁵. Welche Klauseln ungewöhnlich sind, beurteilt sich in erster Linie danach, ob sie einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen, d.h. zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen²⁶. Darüber hinaus lässt das Bundesgericht aber auch Kriterien der Inhaltskontrolle einfließen, indem es die Ungewöhnlichkeit umso eher bejaht, je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt²⁷.

Entwickelt wurde diese Rechtsprechung anhand von Gerichtsstandsklauseln, in denen der Konsument auf den durch Art. 59 Abs. 1 BV garantierten Gerichtsstand an seinem Wohnsitz verzichtet²⁸. In späteren Entscheidungen wurde die Ungewöhnlichkeitsregel jedoch auch auf andere Bestimmungen angewandt, z.B. auf die Klausel in der SIA-Norm 118 aus dem Jahre 1977, mit der der Bauherr dem Architekten umfassende Vollmacht erteilt²⁹. Bemerkenswert an diesem Entscheid ist, dass es sich bei dem Vertragspartner hier um eine AG handelte, der freilich gleichwohl Unerfahrenheit attestiert und damit der Schutz der Ungewöhnlichkeitsregel zuerkannt werden konnte³⁰. In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht auch eine Klausel über die Haftung des Mieters in den AGB der Autovermieterin, die erheblich von den üblichen Regeln der Kaskoversicherung abwich, als ungewöhnlich beurteilt³¹. Eigentliche Haftungsausschluss- oder -begrenzungsklauseln sind bislang jedoch praktisch nie an der Ungewöhnlichkeitsregel gescheitert, da sie in vielen Geschäftszweigen die Regel sind und ihre Kenntnis deshalb auch von nicht besonders geschäftsgewandten Kunden erwartet

²⁴ Vgl. nur BGE 119 II 443 ff., 446, m.w.Nw.

²⁵ Vgl. BGE 109 II 452 ff., 456; KRAMER, BerK, N 201 ff. zu Art. 1 OR; BUCHER, BasK, N 60 zu Art. 1 OR; KOLLER, OR AT, Nr. 1580.

²⁶ Vgl. BGE 109 II 452 ff., 458.

²⁷ Vgl. BGE 119 II 443 ff., 446; BAUDENBACHER, Rechtslage, S. 7; DERSELBE, AGB-Kontrolle, S. 45; STAUDER, Droit suisse, S. 106; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1142; LÖRTSCHER, S. 144.

²⁸ Vgl. BGE 104 Ia 278 ff., 109 Ia 55 ff.; vgl. KRAMER, BerK, N 204 zu Art. 1 OR; BUCHER, S. 156; KOLLER, OR AT, Nr. 1591.

²⁹ Vgl. BGE 109 II 452 ff., 456 ff.

³⁰ Vgl. BAUDENBACHER, AGB-Kontrolle, S. 36 f.

³¹ Vgl. BGE 119 II 443 ff., 446.

werden kann³². Anders dürfte freilich der Fall zu beurteilen sein, wenn der Vertragspartner im Falle eines Vertragsbruchs gänzlich rechtlos gestellt wird, ihm also sämtliche Rechtsbehelfe durch eine Klausel selbst für den Fall genommen werden sollen, dass die Vertragsleistung überhaupt nicht erfolgt oder für ihn völlig unbrauchbar ist. Eine derartige, die vertragliche Verpflichtung an sich praktisch negierende Klausel könnte meines Erachtens ohne weiteres als ungewöhnlich beurteilt werden³³.

Insgesamt erweist sich freilich die Ungewöhnlichkeitsregel in Bezug auf Haftungsausschluss- und -begrenzungsklauseln als kaum wirksames Kontrollinstrumentarium. Denn zum einen lässt die Branchenüblichkeit bestimmter Klauseln Zweifel an der Ungewöhnlichkeit aufkommen³⁴, zum andern steht es dem Verwender grundsätzlich offen, die Ungewöhnlichkeit durch einen ausdrücklichen Hinweis zu beseitigen³⁵.

3. Auslegung

Hauptansatzpunkt für die Kontrolle von Freizeichnungsklauseln ist in der schweizerischen Rechtsprechung die Auslegung. Dabei sind es vor allem drei Maximen, auf die zurückgegriffen wird, um unliebsamen Haftungsausschluss- oder -begrenzungsklauseln die Wirksamkeit zu versagen: Der Vorrang einer Zusageicherung oder Garantie, die Unklarheitenregel und damit verbunden das sogenannte Restriktionsprinzip.

A. Vorrang einer Zusageicherung oder Garantie

Haben die Parteien etwas vereinbart, das zu einer Freizeichnungsklausel im Widerspruch steht, so geht das Vereinbarte grundsätzlich vor³⁶. Rechtsdogmatisch lässt dies auf das Verbot des *venire contra factum proprium* stützen, d.h. dass

³² Vgl. BGE 64 II 356 ff., 357; Haftungsbeschränkung einer Bank; BGE 109 II 213 ff., 218; Verzicht des Käufers auf Gewährleistungsansprüche und deren Verrechnung mit der Kaufpreisleistung gegenüber dem Zessionar; vgl. auch LÖRTSCHER, S. 114; STAUDER, Droit suisse, S. 105 ff.

³³ Vgl. GAUCH, Nr. 2541; LÖRTSCHER, S. 99; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 201; vgl. auch GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, S. 144: «Derartige Klauseln sind fraglos krass rechtsmissbräuchlich und demzufolge nichtig.»

³⁴ Vgl. BUOL, Nr. 180, insb. Anm. 101; KRAMER, BerK, N 205 zu Art. 1 OR; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1142; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 227.

³⁵ Vgl. BAUDENBACHER, Rechtslage, S. 4 f.; KRAMER, BerK, N 208 zu Art. 1 OR; DERSELBE, Zukunftsperspektiven, S. 21; KOLLER, OR AT, Nr. 1583.

³⁶ Vgl. BGE 93 II 317 ff., 325 f.; 81 II 346 ff., 350; HGer ZH, ZR 1992/93, Nr. 23, S. 79 f.; KOLLER, OR AT, Nr. 1594; BAUDENBACHER, AGB-Kontrolle, S. 38; LÖRTSCHER, S. 106.

sich niemand zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen darf³⁷. Auf diese Weise hat die Rechtsprechung beispielsweise Haftungsausschlussklauseln in Kaufverträgen die Wirksamkeit versagt, wenn der Verkäufer das Vorliegen einer bestimmten Eigenschaft zugesichert hatte³⁸. So wurde wiederholt in der Angabe des Kilometerstandes beim Verkauf eines Occasionsautos eine zugesicherte Eigenschaft gesehen, die eine allfällige Freizeichnungsklausel überspielt³⁹. Ebenfalls beim Kauf eines Occasionsautos wurde in der Angabe «kontrollbereit» eine Zusicherung gesehen, die sich gegen eine Freizeichnungsklausel durchsetzt, nachdem sich herausgestellt hatte, dass das Fahrzeug nicht verkehrstauglich war und deshalb nicht zugelassen werden konnte⁴⁰. Sichert der Verkäufer beim Grundstückskauf die künftige Überbaubarkeit zu, so liegt darin eine selbständige Garantie, der ebenfalls Vorrang gegenüber einer Klausel zukommt, mit der jede Gewährspflicht wegbedungen werden soll⁴¹.

Damit verlagert sich freilich die Frage der Kontrolle von Freizeichnungsklauseln auf die Ebene der Haftungsvoraussetzungen. Geht man von einem generellen Vorrang der Zusicherung⁴² oder Garantie vor allfälligen Haftungsausschlussklauseln aus, so geht es nicht mehr darum zu bestimmen, von welchen grundlegenden Vertragspflichten sich eine Partei freizeichnen kann, sondern entscheidend ist, wann eine derartige Zusicherung oder Garantie im Einzelfall angenommen wird. Es findet damit nur indirekt eine Kontrolle von Freizeichnungsklauseln statt⁴³. Die Mängel dieser Vorgehensweise liegen auf der Hand: Zum einen ist dieses Verfahren kaum geeignet, Rechtssicherheit herbeizuführen, da die Annahme einer Zusicherung oder Garantie mehr oder weniger einzelfallbezogen ist⁴⁴. Zum anderen fällt es in diesem Rahmen schwer, Differenzierungen zu tref-

³⁷ Vgl. HONSELL, BasK, N 3 zu Art. 199 OR; DERSELBE, OR BT, S. 77; LÖRTSCHER, S. 106; GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, S. 153; vgl. zum Verhältnis von Individualabreden zu anderslautenden AGB-Klauseln im Allgemeinen. KRAMER, BerK, N 210 zu Art. 1 OR.

³⁸ Vgl. GUHL/MERZ/KOLLER, S. 355 f.; BUOL, Nr. 212; KELLER/SIEHR, S. 116.

³⁹ Vgl. BGE 109 II 24 f.; AppGer BS, BIM 1990, S. 257 ff., 259.

⁴⁰ Vgl. KGer SG, GVP 1985, S. 95 ff.

⁴¹ Vgl. BGE 122 III 426, 430 f.

⁴² Vgl. GAUCH, Nr. 2564 f., der zwischen «reiner» und «qualifizierter» Zusicherung unterscheidet, wobei nur letztere mit einem vereinbarten Haftungsausschluss im Widerspruch stehen soll. Ähnlich CAVIN, SPR VII/1, S. 86. Vgl. auch KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 197, dessen Ansicht nach nur eine völlige Wegbedingung der Mängelhaftung mit einer Zusicherung unvereinbar ist.

⁴³ Vgl. BAUDENBACHER, AGB-Kontrolle, S. 41 f.

⁴⁴ Vgl. etwa BGE 91 II 275 ff., 280, wo die Frage der Überbaubarkeit eines Grundstückes nicht als Zusicherung gewertet wurde, eine Wegbedingung der Haftung deshalb durchgriff.

fen. Bei Bejahung einer Zusicherung ist grundsätzlich auch Klauseln, die die Haftung lediglich beschränken, nicht aber ganz ausschliessen sollen, die Wirksamkeit zu versagen. Ist eine Zusicherung hingegen zu verneinen, greift auch ein völliger Haftungsausschluss durch.

B. Unklarheitenregel und Restriktionsprinzip

Ein beliebtes Instrument zur Bekämpfung missliebiger Freizeichnungsklauseln auf der Auslegungsebene ist auch die sogenannte Unklarheitenregel⁴⁵. Führt die Auslegung einer Klausel vor allem in AGB nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, so ist sie in dem dem Vertragspartner günstigsten Sinne auszulegen, d.h. Unklarheiten gehen zu Lasten des Verwenders (interpretatio contra proferentem)⁴⁶. Gesetzlich ausdrücklich niedergelegt ist dieses Prinzip in Art. 33 VVG für die Auslegung von Versicherungsbedingungen; es gilt jedoch auch für alle anderen vorformulierten Vertragsbedingungen. Die Rechtfertigung dieser Regel liegt darin, dass es der Verwender in der Hand hätte, die jeweilige Klausel unmissverständlich zu fassen⁴⁷. Aus missverständlichen Klauseln soll er nicht noch Nutzen ziehen dürfen.

Der Unklarheitenregel nahe verwandt ist das sogenannte Restriktionsprinzip⁴⁸. Danach sind insbesondere Klauseln, die vom dispositiven Recht abweichen, eng zu interpretieren⁴⁹.

Unklarheitenregel und Restriktionsprinzip wurden wiederholt in Kauf- und Werkverträgen nutzbar gemacht, um Freizeichnungsklauseln zu überspielen, wenn die Kaufsache oder das Werk einen aussergewöhnlichen Mangel aufwies, der den wirtschaftlichen Zweck des Geschäftes wesentlich beeinträchtigte. Dies wurde insbesondere angenommen im Falle eines nicht verkehrstauglichen Occasionsautos⁵⁰, eines nicht wassertauglichen Occasionsmotorboots⁵¹ oder auch bei einem Neuwagen, dessen Mängel trotz viermaliger Nachbesserungsversuche

⁴⁵ Vgl. JÄGGI/GAUCH, ZürK, N 451 ff. zu Art. 18 OR; WIEGAND, BasK, N 40 zu Art. 18 OR; KRAMER, BerK, N 109 zu Art. 1 OR.

⁴⁶ Vgl. nur BGE 99 II 290 ff., 292, m.w.Nw.; HONSELL, OR BT, S. 77; ENGEL, Contrats, S. 46; LÖRTSCHER, S. 109 ff.; GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, S. 44; BAUDENBACHER, Rechtslage, S. 5; STAUDER, Droit suisse, S. 110; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 230.

⁴⁷ Vgl. JÄGGI/GAUCH, ZürK, N 459 zu Art. 18 OR.

⁴⁸ Vgl. JÄGGI/GAUCH, ZürK, N 447 zu Art. 18 OR.

⁴⁹ Vgl. BGE 117 II 609 ff., 621; 115 II 474 ff., 479; LÖRTSCHER, S. 95; BAUDENBACHER, Rechtslage, S. 6; KOLLER, OR AT, Nr. 1610; STAUDER, Droit suisse, S. 111.

⁵⁰ Vgl. KGer SG, GVP 1985, S. 95 ff.

⁵¹ Vgl. OGer ZH, ZR 1991, Nr. 69, S. 230 f.

nicht behoben werden konnten⁵². Bei Grundstückskaufverträgen wurde hingegen oftmals das Vorliegen eines aussergewöhnlichen Mangels, z.B. bei Verseuchung des Bodens mit Heizöl, abgelehnt, so dass die Freizeichnungsklausel sich durchsetzen konnte⁵³.

Unklarheitenregel und Restriktionsprinzip dienen auch dazu, dem Käufer oder Werkbesteller in Fällen, in denen er vertraglich auf das Recht der Nachbesserung beschränkt wird, bei Misslingen der Nachbesserung die Möglichkeit zur Vertragsaufhebung zu gewähren. Der Ausschluss des Wandlungsrechts soll die Möglichkeit des Käufers oder Bestellers unberührt lassen, in Bezug auf das ihm ausschliesslich eingeräumte Nachbesserungsrecht nach Art. 107 ff. OR vorzugehen, d.h. nach Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten zu können⁵⁴.

Auch die Mängel dieses Kontrollinstrumentariums liegen auf der Hand: So ist es lediglich eine Frage der Zeit, bis Klauseln so präzise gefasst sind, dass ihnen auch mit der Unklarheitenregel nicht beizukommen ist. Zum anderen werden auch hier – wie bereits im Rahmen der Ungewöhnlichkeitsregel dargelegt – die Prinzipien von Abschluss- und Inhaltskontrolle verwischt⁵⁵, indem beispielsweise insbesondere das Restriktionsprinzip in Fällen zur Anwendung gelangt, in denen es darum geht, eine gänzliche Rechtslosstellung des Vertragspartners zu verhindern. Diese verdeckte Inhaltskontrolle kann aber – wie bereits betont – den Ansprüchen der Rechtssicherheit nicht genügen⁵⁶.

4. Inhaltliche Schranken vertraglicher Freizeichnung

A. Zwingendes Gesetzesrecht

Grenzen für die Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln finden sich vor allem in Art. 100 und Art. 101 Abs. 2, 3 OR. In zunehmendem Masse werden gesetzliche Schranken jedoch auch in Zusammenhang mit speziellen Haftungstatbeständen im Besonderen Teil des OR oder in Sondergesetzen aufgestellt. Grundsätzlich differenziert das Gesetz nicht danach, ob eine Freizeichnungsklausel individuell ausgehandelt oder Teil von AGB ist⁵⁷. Heute herrscht jedoch weitgehende Einig-

⁵² Vgl. BGE 91 II 344 ff., 350 ff.

⁵³ Vgl. BGE 107 II 161 ff., 165; BGER, ZBGR 1996, S. 333.

⁵⁴ Vgl. BGE 91 II 344 ff., 350; KGER SG, GVP 1985, S. 95 ff., 97; CAVIN, SPR VII/1, S. 86.

⁵⁵ Vgl. LÖRTSCHER, S. 110 f.; BAUDENBACHER, AGB-Kontrolle, S. 41 f.; STAUDER, Droit suisse, S. 111.

⁵⁶ Vgl. LEWELLYN KARL N., Book Review, 52 Harv.L.Rev. 700, 703 (1939): «Covert tools are never reliable tools.»

⁵⁷ Vgl. aber Art. 256 Abs. 2 lit. a, 288 Abs. 2 lit. a OR.

keit darüber, dass für eine Wegbedingung der Haftung in AGB strengere Massstäbe anzulegen sind⁵⁸.

a. Allgemeine Grenzen

Ob eine Freizeichnung von der Haftung für eigenes Verschulden zulässig ist, hängt nach Art. 100 Abs. 1 OR zunächst vom Grad des Verschuldens ab. Danach ist die Wegbedingung der Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit unzulässig. Eine Freizeichnung von der Haftung wegen leichter oder mittlerer Fahrlässigkeit ist hingegen grundsätzlich möglich⁵⁹. Soweit eine Freizeichnung vereinbart worden ist, soll nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes⁶⁰ der Gläubiger die Beweislast für das Vorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit tragen müssen. Eine derartige, in Widerspruch zu Art. 97 Abs. 1 OR stehende Umkehr der Beweislast erscheint indes nicht sachgerecht⁶¹, da es dem Gläubiger oftmals nicht möglich sein wird, diese qualifizierten Schuldformen zu beweisen, und damit faktisch ein Ausschluss der Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit erfolgen kann.

Weitergehend als die Haftung für eigenes Verschulden kann die Haftung für Hilfspersonen abbedungen werden. Eine Freizeichnung ist nach Art. 101 Abs. 2 OR sogar für Fälle möglich, in denen dem Geschäftsherrn im Sinne hypothetischer Vorwerfbarkeit Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden müsste.

Eine wesentliche Einschränkung der Freizeichnungsmöglichkeit enthalten Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR, wenn der Verzichtende im Dienst des andern steht oder die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes erfolgt. Der erste Fall betrifft Freizeichnungen im Arbeitsverhältnis, der zweite Fall Gewerbebetriebe, deren Ausübung eine öffentlichrechtliche Konzession voraussetzt. Zu den obrigkeitlich konzessionierten Gewerben zählen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes neben Bahn und Post auch Banken⁶² und Luftseilbahnen⁶³. Die Literatur⁶⁴ rechnet darüber hinaus

⁵⁸ Vgl. hierzu unten II.4.C.

⁵⁹ Ebenso die Haftung für höhere Gewalt oder für Zufall, sofern der Schuldner einer solchen strengeren Haftung unterliegt (etwa nach Art. 103 Abs. 1, 306 Abs. 3, 477 OR). Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 121; BUOL, Nr. 244 Anm. 154.

⁶⁰ Vgl. BGE 107 II 161 ff., 167; vgl. auch BGE 108 II 314 ff., 318; BezGer Horgen, SJZ 1994, S. 66.

⁶¹ So auch WIEGAND, BasK, N 5 zu Art. 100 OR.

⁶² Vgl. BGE 112 II 450 ff., 455.

⁶³ Vgl. BGE 113 II 246 ff., 251.

Ärzte, Notare, Anwälte, Apotheker, Gastwirte sowie Energieversorgungsunternehmen zu dieser Gruppe. In allen diesen Fällen kann nach richterlichem Ermessen eine Freizeichnung von der Haftung für eigenes Verschulden für ungültig erklärt werden; die Haftung für Hilfspersonen kann lediglich in Bezug auf leichte Fahrlässigkeit wegbedungen werden. Der Vorentwurf zur Reform des Haftpflichtrechtes will in diesen Fällen sogar jede Freizeichnung verbieten.⁶⁵

Weitergehend wird in der Literatur⁶⁶ teilweise die Auffassung vertreten, dass auch eine Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit ungültig sein kann, wenn sie der Natur des Geschäfts widerspricht. Dies wurde insbesondere beim Auftrag wiederholt von Gautschi vertreten⁶⁷. Da der Beauftragte begriffsnotwendig ein sorgfältiges Tätigwerden (obligation de moyens) schulde, könne er sich nicht gleichzeitig von der Haftung bei Verletzung dieser Pflicht freizeichnen⁶⁸. Die Rechtsprechung ist dieser Auffassung bislang allein im Rahmen des Anwaltsvertrages gefolgt⁶⁹. Im übrigen anerkennen das Bundesgericht und die Mehrheit der Lehre auch weiterhin die Möglichkeit einer im Rahmen von Art. 100 und 101

⁶⁴ Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, ZÜRICH, N 5 zu Art. 100 OR; ENGEL, *Traité des obligations*, S. 722.

⁶⁵ Vgl. Art. 54 Abs. 2 Ziff. 2, 3 VE Haftpflichtrecht.

⁶⁶ Vgl. WIEGAND, BASK, N 6 zu Art. 100 OR, m.w.Nw.; GUHL/MERZ/KOLLER, S. 228; GUTZWILLER P. CHRISTOPH, *Der Vermögensverwaltungsvertrag*, Zürich 1989, S. 66; SPÄLTI DIETER, *Die rechtliche Stellung der Bank als Vermögensverwalterin* (unter Berücksichtigung der Anlageberatung), Diss. Zürich 1989, S. 77; bei Tätigkeiten aufgrund staatlicher Fähigkeitsausweise, HORSTETTER, SPR VII/2, S. 96.

⁶⁷ Vgl. GAUTSCHI, BERK, N 25a f. zu Art. 398 OR; DERSELBE, FG Otfinger, S. 39; vgl. auch PERRIN JEAN-FRANÇOIS, *La validité des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité, in Recueil des travaux suisses présentés au IXe Congrès international de droit comparé*, Basel 1976, S. 65 ff., 71; DERSELBE, *La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse*, Semud 1973, S. 209 ff., 215.

⁶⁸ Vgl. WIDMER PIERRE, *Die Versicherung und die Haftung der Erbringer von Dienstleistungen*, SVZ 1982, S. 65 ff., 75; referierend, CHRISTEN THOMAS, *Vermögensverwaltungen*, auftrag an die Bank, BJM 1994, S. 113 ff., 133. Vgl. auch WEBER, BASK, N 34 zu Art. 398 OR, *der die Sorgfaltpflicht im Sinne der leges artis für unabdingbar, die Haftung für Verschulden im Sinne der Vorwerfbarkeit aber für einschränkbar hält. DERSELBE, Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten*, Bern 1990, S. 107; DERSELBE, *Sorgfaltswidrigkeit – quo vadis?* ZSR 1988 I, S. 53. Für analoge Anwendung von Art. 100/101 OR auf die vertraglich geschuldete Sorgfalt THALMANN CHRISTIAN, *Die privatrechtliche Haftung der Bank für fehlende Sorgfalt bei der Abwicklung von Bankgeschäften*, in WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), *Konsequenzen aus der Krise, Berner Bankrechtstag 1995*, Bern 1995, S. 75 ff., 82. DERSELBE, *Die Sorgfaltpflicht der Bank im Privatrecht*, insbesondere im Anlagegeschäft, ZSR 1994 II, S. 115 ff., 143, m.w.Nw. Wiederum anders BUCHER, S. 348, nach dessen Ansicht sich die Bestimmungen von Art. 100 und 101 OR nur auf die positive Vertragsverletzung und nicht auf die Nichterfüllung beziehen.

⁶⁹ Vgl. Anwaltskammer Luzern, ZBIV 1969, S. 372.

Abs. 2, 3 OR vorgenommenen Haftungsbeschränkung⁷⁰. Freilich zeigt sich gerade in neuerer Zeit in der Gesetzgebung eine deutliche Tendenz, den gänzlichen Ausschluss der Haftung für die sorgfältige Erbringung berufstypischer Pflichten zu verbieten⁷¹. Auf längere Sicht werden diese Wertungen zweifelsohne auch im Rahmen der Art. 100 und 101 Abs. 2 und 3 OR zu berücksichtigen sein. Im Bereich der Hilfspersonenhaftung wird auch hier allenfalls eine Wegbedingung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit akzeptiert werden können⁷².

b. Spezialgesetzliche Regelungen

Spezielle Grenzen für Freizeichnungsklauseln finden sich bei einzelnen Vertragstypen des Besonderen Teils des OR sowie in Sondergesetzen. In der Regel wird damit eine Besserstellung des Gläubigers bezweckt, indem die Grenzen der Wegbedingung der Haftung enger gezogen werden als in Art. 100, 101 Abs. 2 und 3 OR.

Die einzige Besserstellung des Schuldners findet sich im Kaufrecht. Nach Art. 199 OR kann der Verkäufer seine Haftung für Sachmängel bis zur Grenze der Arglist abbedingen⁷³. Streift ist, ob Art. 199 OR den allgemeinen Regeln vorgeht⁷⁴. Jedenfalls wenn der Verkäufer aufgrund Verschuldens (auch) nach Art. 97 Abs. 1 OR haftet, sollte die Freizeichnungsmöglichkeit nach Art. 100, 101 Abs. 2, 3 OR beurteilt werden⁷⁵.

Im Miet- und Pachtrecht verbieten Art. 256 Abs. 2 und Art. 288 Abs. 2 OR jegliche Freizeichnung des Vermieters oder Verpächters von der Haftung für den vertragsgemässen Gebrauch der Sache, soweit es sich um Wohn- oder Geschäfts-

⁷⁰ Vgl. unveröffentlichter BGE vom 25. Oktober 1960 (in Sachen Okzuzuglu gegen UBS); FELLMANN, BERK, N 515 zu Art. 398 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, ZÜRICH, N 1 zu Art. 398 OR; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 2820; HORSTETTER, SPR VII/2, S. 96; vgl. auch die Klauseln in den AGB des SBV, der UBS und der Credit Suisse, welche die «Haftung» der Bank bei Schäden, welche aus Übermittlungsfehlern oder Legitimationsmängeln herrühren, auf Fälle der groben Fahrlässigkeit beschränken.

⁷¹ Vgl. hierzu unten II.4.A.b.

⁷² Vgl. GUHL/MERZ/KOLLER, S. 230.

⁷³ Teilweise wird eine analoge Anwendung des Art. 199 OR auch im Werkvertragsrecht befürwortet, vgl. GAUCH, Nr. 2580, m.w.Nw.; KOLLER, *Nachbesserungsrecht*, Nr. 203 ff.

⁷⁴ Offen gelassen in BGE 107 II 161 ff., 166 f.; vgl. auch HONSELL, OR BT, S. 77 f., m.w.Nw.

⁷⁵ Vgl. GIER, BERK, N 6 zu Art. 199 OR; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 2809a; BUOL, Nr. 282; SPIRO, S. 342; WIEGAND WOLFGANG/BRUNNER CHRISTOPH, *Vom Umfang des Formzwanges und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages*, recht 1993, S. 1 ff., 11; a.A. HONSELL, BASK, N 1 zu Art. 199 OR; VON TUHR/ESCHER, S. 119; BECKER, BERK, N 6 zu Art. 100 OR.

räume handelt oder die Freizeichnungsklausel Teil von AGB ist⁷⁶. Auch im Bereich der landwirtschaftlichen Pacht ist jegliche Wegbedingung der Haftung des Verpächters unzulässig (Art. 29 LPG). Diese den Mieter oder Pächter besserstellenden Regelungen gehen den allgemeinen Vorschriften vor.

Konsumentenschutzrechtlich motiviert ist schliesslich die Regelung des PauRG. Nach Art. 16 PauRG kann der Reiseveranstalter die Haftung für Personenschäden weder ausschliessen noch beschränken; für andere Schäden kann die Haftung vertraglich auf das Zweifache des Reisepreises beschränkt werden, es sei denn, es liege Absicht oder grobe Fahrlässigkeit vor.

Auch weitere spezialgesetzliche Regelungen enthalten schliesslich ein Verbot jeglicher Freizeichnung im Falle der Verletzung der körperlichen Integrität oder des Eigentums, wie namentlich Art. 8 PrHG, Art. 87 Abs. 1 SVG oder Art. 42 TG⁷⁷.

Aus der neueren Gesetzgebung ist schliesslich Art. 65 Abs. 3 AFG von besonderem Interesse⁷⁸. Diese Bestimmung verbietet jeden Ausschluss und jede Beschränkung der Haftung von Personen, die in Zusammenhang mit einem Anlagefonds ihre Pflichten verletzt haben. Dabei wird nicht danach differenziert, ob es sich bei den Anlegern um geschäftsunerfahrene oder um geschäftserfahrene Personen handelt. Auch für die aktienrechtliche Revisionsstelle ist anerkannt, dass eine Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden ausgeschlossen ist⁷⁹ und zwar auch gegenüber der Gesellschaft selbst. Dasselbe gilt für die bankrechtliche Revisionsstelle⁸⁰. Insgesamt kann hieraus eine Tendenz abgeleitet werden, dass eine Wegbedingung der Haftung wegen Verletzung berufstypischer Pflichten unzulässig ist.

⁷⁶ Vgl. dazu BUOL, Nr. 394 ff.; ZIHLMANN PETER, Das Mietrecht, 2. A. Zürich 1995, S. 54; STAUDER, Droit suisse, S. 123 Anm. 107.

⁷⁷ Weitere Nachweise bei OFTINGER/STARK, § 12 Nr. 6; vgl. auch Art. 54 VE Haftpflichtrecht.

⁷⁸ Vgl. dazu BUOL, Nr. 372 ff.

⁷⁹ Vgl. nur FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit: die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Person, 2. A. Zürich 1987, Nr. 593.

⁸⁰ Vgl. WIEGAND WOLFGANG, Die Haftung der Kontrolleure, in WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Konsequenzen aus der Krise, Berner Bankrechtstag 1995, Bern 1995, S. 93 ff., 132.

B. Art. 8 UWG

Mit Art. 8 UWG hat der Gesetzgeber eine wettbewerbsrechtliche Regel geschaffen, die sich mit der Verwendung missbräuchlicher Allgemeiner Geschäftsbedingungen befasst.

Nach Art. 8 UWG handelt derjenige unlauter, d.h. wettbewerbswidrig, der AGB verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei vom dispositiven Recht erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen. Diese Bestimmung lehnt sich eng an § 9 deutsches AGBG an. Sie unterscheidet sich jedoch durch das Erfordernis der Irreführung, das erst im Laufe der parlamentarischen Beratungen aufgenommen wurde⁸¹. Die einseitige inhaltliche Ausgestaltung einer Klausel genügt damit nicht, vielmehr muss dieser auch eine Täuschungsgefahr innewohnen⁸². Dies gilt selbst dann, wenn man – wie dies inzwischen von verschiedenen Autoren unternommen wird⁸³ – in das Erfordernis der Irreführung das im deutschen Recht entwickelte und auch in der EG-Richtlinie vom 5. April 1993⁸⁴ enthaltene sogenannte Transparenzgebot hineininterpretiert. So hat denn auch das Bundesgericht⁸⁵ darauf abgestellt, dass eine beanstandete Klausel nicht nur inhaltlich unausgewogen, sondern darüber hinaus unklar war. Damit werden jedoch materielle und formelle Aspekte der AGB-Kontrolle miteinander vermischt⁸⁶. Insgesamt ist sich deshalb die schweizerische Lehre darin einig, dass über Art. 8 UWG keine effektive Inhaltskontrolle erreicht werden kann⁸⁷.

⁸¹ Zur Entstehungsgeschichte vgl. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1154.

⁸² Vgl. HUGUENIN, S. 86; KRAMER, BerK, N 286 ff. zu Art. 19–20 OR; SCHENK-ENGELER, S. 206 ff.; STAUDER, Droit suisse, S. 125.

⁸³ Vgl. MATT PETER C., Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung: Ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG? Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 106 ff., m.w.Nw.

⁸⁴ Vgl. Art. 4 Abs. 2 EG-Richtlinie.

⁸⁵ Vgl. BGE 119 II 443 ff., 447.

⁸⁶ Vgl. KRAMER, BerK, N 287 zu Art. 19–20 OR; STAUDER, AGB der Reiseveranstalter, S. 163.

⁸⁷ Vgl. MERZ HANS, Vertrag und Vertragsschluss, 2. A. Freiburg 1992, Nr. 96; KOLLER, OR AT, Nr. 1615; DERSELBE, Nachbesserungsrecht, Nr. 223; HUGUENIN, S. 86; STAUDER, Droit suisse, S. 125 f.

C. Allgemeine vertragsrechtliche Inhaltskontrolle

a. Allgemeines

Ob neben und über Art. 8 UWG hinausgehend die Gerichte aufgerufen sind, Vertragsklauseln und insbesondere AGB einer Inhaltskontrolle anhand der allgemeinen Regeln des OR zu unterwerfen, ist in der Literatur bekanntlich höchst umstritten.⁸⁸ Während einige Autoren die richterliche Rechtsfortbildung in diesem Bereich ablehnen und das Eingreifen des Gesetzgebers abwarten wollen,⁸⁹ treten andere schon länger für eine offene vertragsrechtliche Inhaltskontrolle ein.⁹⁰ Das Bundesgericht konnte sich bislang freilich nicht zur offenen Inhaltskontrolle durchringen und geht statt dessen den Weg über die Abschluss- und Auslegungskontrolle.⁹¹

Meines Erachtens ist die offene Inhaltskontrolle schon aus Gründen der Rechtsklarheit und -sicherheit geboten. Auch in anderen Rechtsordnungen hat sich die Rechtsprechung bereits Jahrzehnte vor Eingreifen des Gesetzgebers der Problematik angenommen.⁹² Dogmatisch lässt sich die Inhaltskontrolle vor allem auf Art. 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 OR stützen, wobei offen bleiben kann, ob missbräuchliche Klauseln gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten verstossen.⁹³

Wichtig als die dogmatische Begründung ist der anzuwendende Kontrollmassstab. Insoweit kann ohne weiteres an die in Art. 8 UWG genannten Kriterien angeknüpft werden, nämlich eine erhebliche Abweichung von der Ordnungsfunktion des dispositiven Rechts oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten.⁹⁴ Ob diese Kriterien im Einzelfall erfüllt sind, ist auch unter Berücksichtigung der Stellung der Parteien im Wirtschaftsleben zu beurteilen. Danach ergibt sich eine unterschiedliche Bewertung je nachdem, ob Klauseln im Verhältnis zu Konsumenten oder im kaufmänni-

⁸⁸ Vgl. BUOL, Nr. 313; LÖRTSCHER, S. 239 ff., jeweils m.w.Nw.

⁸⁹ Vgl. nur GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1149.

⁹⁰ Vgl. nur BUCHER, S. 57; DERSELBE, Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fällrisiken im Bankverkehr? recht 1997, S. 41 ff., 43; GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, S. 105; KRAMER, BerK, N 290 ff. zu Art. 19–20 OR; DERSELBE, Zukunftsperspektiven, S. 23 ff.; STAUFER, Droit suisse, S. 122.

⁹¹ Vgl. nur BGE 109 II 213 ff., 217 f.; 109 II 452 ff., 457; 112 II 450 ff., 456.

⁹² Vgl. ZWEIFGERT/KÖTZ, S. 325 ff.

⁹³ Zum Nachweis anderer Einordnungsversuche vgl. KRAMER, BerK, N 291 zu Art. 19–20 OR.

⁹⁴ Vgl. BUCHER, BasK, N 65 zu Art. 1 OR; KRAMER, N 277, 294 zu Art. 19–20 OR, m.w.Nw.

schon Verkehr verwendet werden.⁹⁵ Zur Konkretisierung kann dabei rechtsvergleichend sowohl auf die EG-Richtlinie zu missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen als auch auf §§ 10, 11 des deutschen AGBG zurückgegriffen werden, die jeweils einen Katalog unwirksamer Klauseln enthalten.

b. Differenzierung zwischen Haftungsausschluss und -beschränkung

Schweizerische Lehre und Rechtsprechung differenzieren nur selten zwischen einem Haftungsausschluss und einer blossen Haftungsbeschränkung. Vor allem soll eine Freizeichnungsklausel, die gegen Art. 100, 101 Abs. 2, 3 OR verstösst, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁹⁶ auch dann unwirksam sein, wenn nicht die Haftung insgesamt ausgeschlossen, sondern lediglich auf bestimmte Schadensarten oder summenmässig beschränkt wird.⁹⁷ Auch die Bestimmungen im Miet- und Pachtrecht⁹⁸ verbieten jegliche Form der Freizeichnung.

Meines Erachtens kann der unterschiedslosen Gleichstellung von Haftungsausschluss und -beschränkung nur zugestimmt werden, wenn es um Fälle der Haftung für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit oder um bestimmte Schadensfälle, wie insbesondere Verletzung der körperlichen Integrität, geht. Nicht angemessen erscheint die generelle Gleichsetzung jedoch bei lediglich leichter Fahrlässigkeit. Unter Abwägung der Interessen sowohl des Gläubigers als auch des Schuldners kann hier zwar die völlige Rechtslosstellung des Gläubigers stossend sein, nicht aber eine Haftungsbeschränkung.⁹⁹ So sieht Art. 16 Abs. 2 PauRG sogar im Verhältnis zum Konsumenten vor, dass für andere als Personenschäden die Haftung vertraglich auf das Doppelte des Reisepreises beschränkt werden kann, soweit keine Absicht oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Insbesondere im kaufmännischen Verkehr muss auch der Ausschluss bestimmter Schadensarten, z.B. entgangener Gewinn, Sachschäden oder Vermögensfolgeschäden, oder eine Beschränkung auf die bei Vertragsabschluss voraussehbaren Schäden möglich sein.

c. Grundlinien der vertragsrechtlichen Kontrolle von Freizeichnungsklauseln

Weitgehend Einigkeit besteht in der schweizerischen Lehre darüber, dass die Haftung für Körperschäden weder ausgeschlossen noch beschränkt werden

⁹⁵ Vgl. für den Grundstückskauf, SCHMID, S. 55.

⁹⁶ Vgl. BGE 115 II 474 ff., 479.

⁹⁷ Vgl. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 2809; GAUCH, Nr. 2577; BUCHER, S. 348 Anm. 77.

⁹⁸ Vgl. Art. 256 Abs. 2, 288 Abs. 2 OR.

⁹⁹ So auch GAUCH, Nr. 2577; vgl. dagegen KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 212.

¹⁰⁰ kann. Dies entspricht auch der gesetzgeberischen Wertung, wie sie in einer Reihe von Sondergesetzen zum Ausdruck kommt¹⁰¹. Die körperliche Integrität ist ein so hohes Rechtsgut, dass jegliche Freizeichnung als sittenwidrig (Art. 20 Abs. 1 OR) und damit nichtig zu betrachten ist.

Ausserhalb des Bereichs der Körperschäden wird man vor allem hinsichtlich der jeweiligen Stellung der Parteien im Wirtschaftsleben differenzieren müssen¹⁰².

Dem Konsumenten gegenüber, der für eine Sach- oder Arbeitsleistung ein marktübliches Entgelt entrichtet, sollte ein gänzlicher Haftungsausschluss bei Nicht- oder Schlechtleistung grundsätzlich nicht möglich sein¹⁰³. Ihm ist jedenfalls ein Minimalrechtsschutz zu gewährleisten, was letztendlich nichts anderes als eine Ausprägung des Synallagmas darstellt¹⁰⁴. Es ist nichts dagegen einzuwenden, wenn der Konsument zunächst auf einen Nachbesserungs- oder Nachlieferungsanspruch verwiesen wird¹⁰⁵. Schlagen diese Rechtsbehelfe jedoch fehl, so muss er die Möglichkeit haben, andere Rechtsbehelfe auszuüben¹⁰⁶. Ihm ist jedenfalls ein Minderungsrecht einzuräumen; bei gänzlicher Nichtleistung oder völliger Unbrauchbarkeit der Leistung für den in Aussicht genommenen Vertragszweck muss auch ein Recht zur Vertragsaufhebung bestehen. Dies entspricht ohne weiteres der heute bereits überwiegenden Rechtsprechung, auch wenn dieses Ergebnis regelmässig unter Anwendung der sogenannten Unklarheitenregel erzielt wird¹⁰⁷. Auch in Bezug auf Sachschäden, die der Konsument an seinem Eigentum erleidet, sollte ein Haftungsausschluss in der Regel nicht möglich sein. Dies entspricht der modernen gesetzgeberischen Wertung, Schäden an privat genutztem Eigentum den Körperschäden gleichzustellen¹⁰⁸. Hingegen sollte der Ersatz reiner Vermögensfolgeschäden, wie insbesondere entgangene Gebrauchsvorteile,

¹⁰⁰ Vgl. OGer ZH, ZR 1957, Nr. 101, S. 211; KRAMER, BerK, N 212 zu Art. 19–20 OR; GAUCH, Nr. 2573; TERCIER PIERRE, De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages, in FS Assista 1968–1978, Genève 1979, S. 247 ff., 266 f.; BUOL, Nr. 335; KAMM, S. 190 f.; LÖRTSCHER, S. 222 f.; a.A. SPIRO, S. 349.

¹⁰¹ Vgl. nur Art. 16 Abs. 1 PauRG, Art. 8 PrHG, Art. 87 Abs. 1 SVG; vgl. auch EG-Richtlinie vom 5.4.1993, Anhang 1. a).

¹⁰² Vgl. etwa zum Grundstücksverkauf SCHMID, S. 53 ff.

¹⁰³ Vgl. auch EG-Richtlinie vom 5.4.1993, Anhang 1. a); Qualifikation solcher Klauseln als sittenwidrig bei BUOL, Nr. 336; KAMM, S. 196; LÖRTSCHER, S. 217 f.; GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, S. 140.

¹⁰⁴ Vgl. GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, S. 140.

¹⁰⁵ Vgl. GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, S. 156 f.

¹⁰⁶ Vgl. KELLER/SIEHR, S. 116; GUHL/MERZ/KOLLER, S. 356; LÖRTSCHER, S. 216; GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, S. 157 f.; vgl. auch § 11 Ziff. 10b AGBG.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 91 II 344 ff., 350; KGer SG, GVP 1985, S. 95 ff.

¹⁰⁸ Vgl. nur Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG.

auch gegenüber einem Konsumenten zulässig sein. Besonderheiten mögen für einzelne Handelssparten gelten, wie z.B. den Occasions-, Kunst- und Antiquitätshandel¹⁰⁹.

Im gewerblichen Bereich sind – wie insbesondere auch die Rechtsvergleichung mit ausländischen Rechtsordnungen zeigt – Haftungsausschlüsse und -begrenzungen grosszügiger zu behandeln. Zwar wird auch hier der Ausschluss jeglicher Haftung im Falle der Nichterfüllung oder Schlechtleistung oftmals stossend sein und auch dem gewerblichen Gläubiger einer Sach- oder Arbeitsleistung jedenfalls ein Minimalrechtsschutz verbleiben müssen¹¹⁰. Weitergehend als im Bereich der Konsumentengeschäfte wird hier jedoch der Ausschluss der Haftung für Sachschäden und sämtliche Vermögensfolgeschäden zu akzeptieren sein, da diese im gewerblichen Bereich oftmals unüberschaubare und damit unkalkulierbare Ausmasse annehmen können und der Betroffene hiergegen zudem häufig selbst versichert ist.

5. Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit

A. Reduktion auf das erlaubte Mass

Verstösst eine einzelne Klausel gegen ein gesetzliches Verbot, so fragt sich, ob sie als insgesamt unwirksam zu betrachten ist oder ob sie im Wege sogenannter geltungserhaltender Reduktion aufrecht erhalten werden kann. Unter Berufung auf Art. 20 Abs. 2 OR gehen herrschende Lehre und Rechtsprechung von der Möglichkeit einer sogenannten Reduktion auf das erlaubte Mass aus. Die Klausel soll dann nur insoweit nichtig sein, als die vom Gesetz oder der Sittenordnung erlaubte Höchstgrenze überschritten wurde; im Umfang und mit Massgabe des Erlaubten bleibt sie aufrecht erhalten. Hat beispielsweise jemand entgegen Art. 100 Abs. 1 OR jegliche Haftung, d.h. auch diejenige für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, ausgeschlossen, so soll der (rechtlich zulässige) Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit gleichwohl aufrecht erhalten bleiben¹¹¹.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden¹¹². Zwar entspricht die geltungserhaltende Reduktion dem hypothetischen Parteiwillen und ist deshalb dogmatisch nicht zu beanstanden. Sie verstösst jedoch zum einen gegen das Transparenzge-

¹⁰⁹ Vgl. GIGER, BerK, N 17 zu Art. 199 OR; DERSELBE, Geltungs- und Inhaltskontrolle, S. 153 f.; LÖRTSCHER, S. 102.

¹¹⁰ Vgl. GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, S. 144.

¹¹¹ Vgl. WIEGAND, BasK, N 4 zu Art. 100 OR, m.w.Nw.; BECKER, ZürK, N 3 zu Art. 100 OR; GAUCH, Nr. 2576; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 212; BUCHER, S. 348; KAMM, S. 439 f.

¹¹² Wie hier KRAMER, BerK, N 376 ff. zu Art. 19–20 OR.

bot und begegnet zum anderen in Fällen, in denen – wie insbesondere bei Kontrolle von Freizeichnungsklauseln – die Nichtigkeit darauf zurückzuführen ist, dass gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Norm zum Schutze der sozial schwächeren Vertragspartei verstossen wurde, erheblichen rechtspolitischen Bedenken. Die geltungserhaltende Reduktion liefert hier geradezu einen Anreiz, Übermässiges zu vereinbaren¹¹³. Denn in den meisten Fällen wehrt sich die sozial schwächere Partei in der Praxis nicht, wenn sie beispielsweise auf den völligen Ausschluss jeglicher Rechtsbehelfe hingewiesen wird. In den wenigen anderen Fällen besteht das Risiko für die andere Vertragspartei lediglich darin, dass die Klausel auf das herabgesetzt wird, was rechtmässig von vornherein hätte vereinbart werden können. Bezogen auf die Gesamtzahl aller abgeschlossenen Verträge kann die stärkere Vertragspartei damit im Durchschnitt immer noch Übermässiges faktisch durchsetzen. Unter dem Gesichtspunkt der Prävention muss deshalb in diesen Fällen die geltungserhaltende Reduktion abgelehnt werden¹¹⁴.

B. Teilnichtigkeit des Vertrages

Die Unwirksamkeit einzelner oder mehrerer Klauseln führt jedoch nicht zur Nichtigkeit des ganzen Vertrages. Insbesondere kann sich der Verwender einer Freizeichnungsklausel nicht darauf berufen, dass er den Vertrag nicht geschlossen hätte, wenn er die Unwirksamkeit der Klausel gekannt hätte¹¹⁵. Die durch den Wegfall der Klausel entstandene Vertragslücke hat das Gericht in der Regel unter Rückgriff auf die dispositiven Gesetzesnormen zu füllen.

III. Indirekter Haftungsausschluss und -beschränkung

1. Leistungsbeschreibung

Grundsätzlich ist es Sache der Parteien, in ihrem Vertrag die Einzelheiten der Leistung zu bestimmen. Entspricht die Leistung dem individuell Vereinbarten, so scheidet eine Schlechterfüllung regelmässig aus. Es gilt der sogenannte subjektive Fehlerbegriff. Die Frage eines möglichen Haftungsausschlusses oder einer -beschränkung stellt sich demnach gar nicht.

¹¹³ Vgl. auch HURLMANN ROLAND, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984, S. 79.

¹¹⁴ Vgl. STAUBER, Droit suisse, S. 131 f.; unklar BUOL, Nr. 247 und 509 f.; vgl. auch zur Übervorteilung BGE 123 III 292 ff., 296.

¹¹⁵ Vgl. GIGER, BerK, N 51 zu Art. 199 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, ZÜRK, N 3 zu Art. 100 OR; BUOL, Nr. 247 und 508; LÖRTSCHER, S. 170.

Dementsprechend hätte es die stärkere Vertragspartei grundsätzlich in der Hand, durch eine entsprechende Leistungsbeschreibung bereits auf der Ebene der Haftungsvoraussetzungen ihre Haftung auszuschliessen, indem sie beispielsweise bei Verkauf einer Sache oder Herstellung eines Werkes die Sache als möglicherweise mit derartigen Mängeln behaftet beschreibt, dass sie zum gewöhnlichen Gebrauch nicht geeignet ist.

Ein derartiger indirekter Haftungsausschluss durch Leistungsbeschreibung muss gleich behandelt werden wie eine explizite Freizeichnungsklausel. Wer einen marktüblichen Preis für eine Leistung bezahlt, darf marktübliche Qualität oder marktübliche Sorgfalt erwarten. Dementsprechend will nummehr auch der Entwurf einer EG-Richtlinie über Konsumentkaufverträge¹¹⁶ einen objektiven Qualitätsstandard vorgeben, der den Parteivereinbarungen entzogen ist. In der Schweizer Literatur wurde eine entsprechende Auffassung bislang vor allem im Bereich des Auftragsrechts vertreten¹¹⁷.

2. Erschwerung der Rechtsverfolgung

Faktisch kann es einem Haftungsausschluss oder einer -beschränkung gleichkommen, wenn die Rechtsverfolgung seitens des Gläubigers über Gebühr erschwert wird. Zu denken ist insoweit vor allem an Klauseln, die Gewährleistungsfristen verkürzen, übermässige Anforderungen an Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten stellen oder die Beweislast ändern, insbesondere dem Gläubiger die Beweislast für Umstände auferlegen, die im Verantwortungsbereich des Schuldners liegen¹¹⁸. Will man nicht derartigen Klauseln generell – jedenfalls in Konsumentenverträgen – die Wirksamkeit versagen¹¹⁹, so müssen sie Haftungsausschluss- oder -begrenzungsklauseln gleichgesetzt werden und können nur in den für diese geltenden Grenzen Wirksamkeit beanspruchen¹²⁰.

¹¹⁶ Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchergüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter, KOM (1998) 217. end.; vgl. SCHLECHTRIEM, S. 441 ff.; MEDICUS DRETER, Ein neues Kaufrecht für Verbraucher? ZIP 1996, S. 1925 ff.; HONDIUS EWOUND, Kaufen ohne Risiko: Der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkauf und zur Verbrauchergarantie, ZEuP 1997, S. 130 ff.

¹¹⁷ Vgl. WEBER, BasK, N 34 zu Art. 398 OR, m.w.Nw.; BECKER, ZÜRK, N 4 zu Art. 100 OR.

¹¹⁸ Vgl. BUOL, Nr. 25 ff.; GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, S. 159 f.

¹¹⁹ So § 11 Ziff. 15, 16 des deutschen AGBG; EG-Richtlinie vom 5.4.1993, Anhang 1. g).

¹²⁰ Vgl. LÖRTSCHER, S. 176; BUOL, Nr. 260.

IV. Auswirkung vertraglicher Freizeichnung auf andere Rechtsbehelfe

Das Schweizer Recht geht bekanntlich von einer Anspruchskonkurrenz zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung aus; d.h.: Liegen im Einzelfall die Voraussetzungen für einen Anspruch aus Art. 41 ff. OR vor, so kann dieser neben und unabhängig von der vertraglichen Haftung geltend gemacht werden. Im Bereich der kaufrechtlichen Sachgewährleistung geht darüberhinaus das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass dem Käufer alternativ die Berufung auf Grundlagennorm zur Verfügung steht¹²¹. Die Anfechtung soll dabei nicht den besonderen Voraussetzungen der Sachgewährleistung unterliegen, selbst wenn sich der Irrtum auf eine wesentliche Eigenschaft der Kaufsache bezieht. Fraglich ist, inwieweit vertragliche Haftungsausschluss- oder -beschränkungsklauseln auch allfällige mit dem Vertragsrecht konkurrierende andere Rechtsbehelfe erfassen.

Soweit ein deliktischer Anspruch mit der Vertragshaftung konkurriert, vertreten überwiegende Lehre¹²² und Rechtsprechung¹²³ die Auffassung, dass sich eine vertragliche Haftungsbeschränkung grundsätzlich auch auf den Anspruch aus unerlaubter Handlung auswirken muss, da sonst der Zweck der Freizeichnungsklausel unterlaufen würde. Dies kann freilich nicht gelten, soweit der Haftungsausschluss im Rahmen eines Sondergesetzes ausdrücklich verboten wird¹²⁴. Hier sollte allerdings die gesetzgeberische Wertung umgekehrt auf den konkurrierenden Vertragsanspruch durchschlagen. Weitergehend will der Vorentwurf zur Revision des Haftpflichtrechtes jegliche Freizeichnung von deliktischer Haftung verbieten, wenn die entsprechende Klausel in AGB enthalten ist¹²⁵. Eine derartige Freizeichnungsfestigkeit aller deliktischen Ansprüche erscheint indes nicht sachgerecht, da sie weder eine Differenzierung anhand der geltend gemachten Schäden, noch anhand der Stellung des Geschädigten im Geschäftsleben erlaubt.

Die Frage, inwieweit sich eine Freizeichnungsklausel im Vertrag auf die Geltendmachung eines Grundlagennorms auswirkt, erscheint bislang noch offen. So betont das Bundesgericht¹²⁶ einerseits immer wieder, dass die wahlweise Berufung auf Grundlagennorm möglich sei, ohne dass die besonderen Voraus-

¹²¹ Vgl. nur BGE 114 II 131 ff., 134, m.w.Nw.

¹²² HONSELL, OR BT, S. 78 f; ENGEL, Traité des Obligations, S. 723 f; SPIRO, S. 346 ff.; GIGER, BerK, N 24 zu Art. 199 OR; LÖRTSCHER, S. 121; ebenso, ausser bei Kausalhaftungsstatbeständen, OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, Vorbem. zu Art. 41-61 OR, N 18.

¹²³ Vgl. nur BGE 107 II 161 ff., 168; 120 II 58 ff., 61.

¹²⁴ Vgl. dazu oben II.4.A.b.

¹²⁵ Vgl. Art. 54 Abs. 2 Ziff. 4 VE Haftpflichtrecht.

¹²⁶ Vgl. BGE 107 II 419 ff., 421; 114 II 131 ff., 134 ff.

setzungen der Sachgewährleistung erfüllt sein müssten; andererseits hat es die Berufung auf Grundlagennorm wegen einer fehlenden Eigenschaft als unstatthaft betrachtet, wenn die Gewährleistung bezüglich dieser Eigenschaft weggefallen war, da diese dann nach Treu und Glauben nicht mehr als notwendige Grundlage des Kaufvertrages angesehen werden könne¹²⁷. Will man nicht mit der heute wohl überwiegenden Auffassung in der Literatur¹²⁸ die alternative Berufung auf Grundlagennorm neben der kaufrechtlichen Sachgewährleistung ganz ablehnen, so bleibt meines Erachtens keine andere Möglichkeit, als Freizeichnungsklauseln auch auf das Anfechtungsrecht des Käufers wegen Grundlagennorms zu übertragen¹²⁹. Hat z.B. der Verkäufer den Käufer zulässigerweise auf Nachbesserung beschränkt, müsste es als stossend erscheinen, wenn sich der Käufer - ohne Nachbesserungsversuche abzuwarten - sofort auf Grundlagennorm berufen und damit den Vertrag rückabwickeln könnte¹³⁰.

V. Freizeichnung zugunsten Dritter

Grundsätzlich wirken Freizeichnungsklauseln nur zwischen den Parteien des Vertrages. Die Frage, ob auch eine Freizeichnung zugunsten Dritter möglich ist, wird in der Schweizer Literatur bislang noch kaum erörtert¹³¹. Die generelle Möglichkeit der Freizeichnung zugunsten Dritter ergibt sich ohne weiteres aus dem Institut des Vertrages zugunsten Dritter (Art. 112 OR)¹³². Da jedoch in aller Regel eine Freizeichnung zugunsten Dritter nicht ausdrücklich vereinbart wird, ist es eine Frage der Auslegung, wann einer Haftungsausschluss- oder -begrenzungsklausel Drittwirkung beizumessen ist¹³³. Dabei sind die Interessen beider Parteien zu berücksichtigen. Schliesst z.B. ein Arbeitgeber in einem Vertrag die Haftung aus oder beschränkt er diese, so wird davon regelmässig auch eine allfällige deliktische Haftung seiner Arbeitnehmer gegenüber dem Vertragspartner

¹²⁷ Vgl. BGE 91 II 275 ff., 279.

¹²⁸ Vgl. nur HONSELL, BasK, Vorbem. zu Art. 197-210 OR, N 9; ENGEL, Contrats, S. 47; GUHL/MERZKOLLER, S. 364 f.; CAVIN, SPR VIII/1, S. 117 ff.

¹²⁹ So auch GIGER, BerK, N 25 zu Art. 199 OR; HONSELL, BasK, N 5 zu Art. 199 OR; LÖRTSCHER, S. 124 f.; HONSELL, OR BT, S. 79; SCHMID, S. 51 Anm. 14.

¹³⁰ So auch HONSELL, OR BT, S. 79; a.A. bei blosser Beschränkung GIGER, BerK, N 25 zu Art. 199 OR; KELLER/SIEHR, S. 112; LÖRTSCHER, S. 125 f.

¹³¹ Ablehnend ohne ausreichende Begründung WIEGAND, BasK, N 16 zu Art. 101 OR; BECKER, ZürK, N 24 zu Art. 101 OR; vgl. dagegen OESCH, S. 80.

¹³² Vgl. ULMER/BRANDNER/HENSEN/SCHMIDT, N 69 zu § 2 AGB.

¹³³ Vgl. OESCH, S. 82; ebenso für die persönliche Haftung des Arbeitnehmers auch OETTINGER/STARK, § 12 Nr. 16; vgl. zum deutschen Recht MÜNCHKONM/HANAU, N 160 zu § 276 BGB; HELM JOHANN GEORG; Die Ausdehnung des Schutzbereichs allgemeiner Geschäftsbedingungen auf die Haftung der Arbeitnehmer, AcP 1962, S. 516 ff.

erfasst, soweit dem Arbeitnehmer lediglich leichte Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann und ihn der Arbeitgeber deshalb im Innenverhältnis aufgrund des Prinzips der schadensgerechten Arbeit von einem allfälligen Ersatzanspruch freistellen müsste. Eine andere Beurteilung würde den Haftungsausschluss oder die -beschränkung faktisch jedenfalls zunichte machen.

VI. Ausblick

Wie aus den vorangegangenen Ausführungen deutlich geworden ist, ist es schwierig, für die Praxis allgemein gültige Kriterien der Zulässigkeit und Grenzen der Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung zu erarbeiten. Primär liegt dies daran, dass sich das Bundesgericht bis heute nicht zu einer offenen Inhaltskontrolle bekennt und es dementsprechend auch der Lehre schwerfällt, ein in sich stimmiges Konzept zu entwickeln. Des Weiteren krankt die Diskussion daran, dass sie häufig – wie in Deutschland – zu einseitig auf die Problematik von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgerichtet ist. Schliesslich und vor allem richtet sich der Vorwurf auch an den Gesetzgeber, der gerade in den letzten Jahren mit der Schaffung von Einzelbestimmungen zu Haftungsausschluss- und -begrenzungsklauseln einen Flickenteppich geschaffen hat, der der Recht Klarheit in diesem Bereich nicht gerade förderlich ist. Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln wie auch der Entwurf einer EG-Richtlinie über Konsumentkaufverträge sollten zum Anlass genommen werden, grundlegend über die Frage der Inhaltskontrolle von Verträgen und damit auch über Möglichkeiten und Grenzen der Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung nachzudenken.