

Entlastung und Exkulpation nach Art. 97 Abs. 1 OR



Dr. OLIVER KÄLIN, LL.M.,
Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Tatbestände des Art. 97 Abs. 1 OR
- III. Beweislastregel oder Verschuldensvermutung?
- IV. Beweismass
- V. Anwendbarkeit von Art. 97 Abs. 1 OR
- VI. Nachweis des fehlenden oder unterbrochenen Kausalzusammenhangs
 - A. Nachweis von Unterbrechungsgründen
 - B. Der Gläubiger hat den Kausalzusammenhang nachzuweisen
- VII. Nachweis des fehlenden Verschuldens bei Nichterfüllung (Unmöglichkeit) und Art. 119 Abs. 1 OR
- VIII. Verschulden bei nicht gehöriger Erfüllung (positive Vertragsverletzung)
 - A. Schlechterfüllung (der Hauptleistung) von Verträgen über eine Sach- oder Werkleistung
 - B. Beweislast und Beweis bei der Verletzung von Nebenpflichten und bei unsorgfältiger Erfüllung von Dienstleistungsverträgen
- IX. Zusammenfassung und Ergebnis
 - A. Der Entlastungsbeweis als Gegenbeweis des fehlenden Kausalzusammenhangs
 - B. Der Exkulpationsbeweis des Schuldners bleibt unklar

I. Einleitung

"Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, *sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.*"

Der Gläubiger hat bei Vertragsverletzung einen Schadenersatzanspruch gegen den Schuldner. Der Schuldner kann – so der Wortlaut von Art. 97 Abs. 1 OR – die Haftung abwenden, indem er beweist, dass er den Eintritt des Schadens nicht verschuldet hat. Diese Möglichkeit des Schuldners, sich zu entlasten oder zu exkulpieren,¹ soll vorliegend untersucht werden.

II. Tatbestände des Art. 97 Abs. 1 OR

Art. 97 Abs. 1 OR unterscheidet zwei Tatbestände: (1) Entweder kann der Schuldner seine vertraglich geschuldete Leistung (Verbindlichkeit) nicht oder (2) nicht gehörig erfüllen.²

Die Nichterfüllung meint die Unmöglichkeit der Erfüllung durch den Schuldner.³ Die nicht gehörige Erfüllung meint alle Verletzungen vertraglicher Verpflichtungen, welche sich weder dem Verzug noch der Nichterfüllung zuordnen lassen. Sie werden unter dem Begriff der positiven Vertragsverletzung zusammengefasst.⁴ In beiden Fällen erleidet der Gläubiger einen Schaden, der entweder im Wert der ausgebliebenen Leistung besteht⁵ oder in den durch die Nicht- oder Schlechterfüllung verursachten Kosten.⁶ Dem Schaden folgt die Schadenersatzpflicht des Schuldners.⁷

- 1 Siehe etwa INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2006, Rz. 22.30; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Obligationenrecht: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109, Bern 2000, OR 97 N 256, N 328; ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. A., Zürich 1974, 117; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 339.
- 2 PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003, Rz. 2524 ff.; HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, Art. 97 N 5; siehe auch THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 31 Rz. 1 und Rz. 6, wonach die nicht gehörige Erfüllung ein Fall der Unmöglichkeit sei.
- 3 SCHWENZER (FN 1), Rz. 63.01; dazu HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 17 mit dem Hinweis, dass es einen feststehenden Begriff der Unmöglichkeit nicht gibt, sondern dass es einer jeweiligen wertenden Entscheidung des Gerichts bedarf, ob die Leistung des Schuldners als unmöglich zu qualifizieren ist.
- 4 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 2), Rz. 2534, Rz. 2527; HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 25; BUCHER (FN 1), 336; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (FN 2), § 31 Rz. 19; kritisch ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil (OR AT), Band II, Erfüllung und Nichterfüllung der Obligationen, Bern 2006, § 45 Rz. 6.
- 5 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 2), Rz. 2692; siehe HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 38.
- 6 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 2), Rz. 2697, Rz. 2701. Mit dem Schaden ist das positive oder Erfüllungsinteresse gemeint (VON TUHR/ESCHER [FN 1], 99).
- 7 Dabei darf nicht argumentiert werden, dass der entstandene Schaden im Wert der ausgebliebenen Leistung automatisch durch die gleichzeitige Entstehung einer Schadenersatzforderung in der Höhe des Wertverlusts kompensiert werde, da Scha-

III. Beweislastregel oder Verschuldensvermutung?

Die Schadenersatzpflicht richtet sich nach den üblichen Haftpflichtvoraussetzungen, welche sind: (a) Schaden, (b) Vertragsverletzung⁸ (Widerrechtlichkeit), (c) natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Vertragsverletzung und (d) Verschulden des Schuldners.⁹

Der Gläubiger muss die Haftpflichtvoraussetzungen (a) bis (c) beweisen,¹⁰ was der allgemeinen Beweislastregel in Art. 8 ZGB entspricht.¹¹ Für den Beweis des Verschuldens, Voraussetzung (d), hingegen stellt sich die Frage, ob Art. 97 Abs. 1 OR eine spezielle Beweislastregel enthält, welche die allgemeine Beweislastregel umkehrt, oder ob eine Vermutung zu Lasten des Schuldners vorliegt. Literatur und Rechtsprechung unterscheiden diesbezüglich nicht immer klar. Einige Autoren sprechen sich für eine *Beweislastregel* aus,¹² andere Autoren wie auch das Bundesgericht schreiben, dass das Verschulden des Schuldners gemäss Art. 97 Abs. 1 OR *vermutet* werde.¹³

Die dogmatische und praktische Relevanz der Unterscheidung zwischen Beweislastregel und Vermutung liegt in der Frage, wer das Risiko der Beweislosigkeit trägt.¹⁴ Eine Vermutung ändert die Verteilung der Beweislast nicht. Das gilt sowohl für gesetzliche als auch für tatsächliche Vermutungen:¹⁵ Eine tatsächliche Vermutung ist eine Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen auf weitere, nicht bewiesene Tatsachen aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung.¹⁶ Die tatsächliche Vermutung gehört zur Beweiswürdigung und kann die Beweislast nicht umkehren.¹⁷ Eine gesetzliche Vermutung ist eine durch das Gesetz gezogene Schlussfolgerung, die dem normalen Geschehensablauf entspricht.¹⁸ Die gesetzliche Vermutung kehrt die Beweislast aber ebenfalls nicht um.¹⁹ Da nur eine Beweislastregel bestimmen kann, wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat, muss auch bei einer gesetzlichen Vermutung die Vermutungsbasis vom Vermutungsträger gemäss der allgemeinen Beweislastregel bewiesen werden.²⁰

Betreffend die Frage, ob Art. 97 Abs. 1 OR eine Vermutung enthalte, wird in der Lehre verneinend ausgeführt, dass der Gläubiger nur die vertragliche Verpflichtung, den Schaden und den Kausalzusammenhang nachweisen müsse (nicht auch die Vermutungsbasis für das Verschulden), womit es sich bei Art. 97 Abs. 1 OR nicht um eine Vermutung handeln könne.²¹ Diese Begründung findet Stütze im Gesetzestext, wo das Wort "beweist" ebenfalls auf eine Beweislastregel hindeutet.²²

Trotz diesen Überlegungen soll an dieser Stelle offengelassen werden, ob Art. 97 Abs. 1 OR eine Beweislastregel oder eine Vermutung enthält.²³ Da die Vermutung in Art. 97

[Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. A., Basel 2006, Art. 8 N 45a).

- 9 Etwa BUCHER (FN 1), 341; IVO SCHWANDER, in: THOMAS KOLLER/IVO SCHWANDER, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, St. Gallen 2004, 233; ROLF H. WEBER, Sorgfaltswidrigkeit – quo vadis?, ZSR 107, 1988 I, 39.
- 10 PETER LIVER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/HANS MERZ/PETER JÄGGI/HANS HUBER/HANS-PETER FRIEDRICH/MAX KUMMER: Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 1–10, Bern 1966, ZGB 8 N 281; HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 60; ZGB-SCHMID (FN 8), Art. 8 N 46; KOLLER (FN 4), § 48 Rz. 108.
- 11 Siehe RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 136 N 6. Zur Bedeutung von Art. 8 ZGB als Beweislastverteilungsregel siehe ZGB-SCHMID (FN 8), Art. 8 N 37 ff.
- 12 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 2), Rz. 2808; VON TUHR/ESCHER (FN 1), 117; SCHWENZER (FN 1), Rz. 22.30; BUCHER (FN 1), 346; ZGB-SCHMID (FN 8), Art. 8 N 66.
- 13 BGE 4C.186/1999 (18.07.2000) E.3; BGE 119 II 462 E.3b = Pra 84 (1995) Nr. 72, 238 E.3b ("En matière de responsabilité contractuelle, la faute est présumée" [art. 97 al. 1 CO]); BGE 113 II 251 E.7; unklar in BGE 133 III 124 E.3.1, 127 f., E.3.3 = Pra 96 (2007) Nr. 105, 716 E.3.1, 718 E.3.3; BGE 129 III 75 E.2.5 = Pra 92 (2003) Nr. 70, 370 E.2.5; HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 42; BK-WEBER (FN 1), OR 97 N 328.
- 14 BGE 107 II 275 E.2b; LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER (FN 10), ZGB 8 N 20; OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Rz. 10.27.
- 15 Es wird zwischen gesetzlichen und tatsächlichen Vermutungen unterschieden (VOGEL/SPÜHLER [FN 14], Rz. 10.45 ff.; Rz. 10.50 ff.; LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER [FN 10], ZGB 8 N 317 ff.). Zu dem mit den Vermutungen verwandten Anscheinsbeweis vgl. die Darstellung bei SIMON SCHLAURI, Zum Beweis- und Vertragsrecht elektronischer Identifikationsmittel, in: SIMON SCHLAURI/FLORIAN S. JÖRG/OLIVER ARTER (Hrsg.), Internet-Recht und Digitale Signaturen, 6. Tagungsband, Bern 2005, 48 ff.
- 16 VOGEL/SPÜHLER (FN 14), Rz. 10.50; LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER (FN 10), ZGB 8 N 362.
- 17 ZGB-SCHMID (FN 8), Art. 8 N 86 f.; LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER (FN 10), ZGB 8 N 364; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 11), vor § 133 ff. N 4a; VOGEL/SPÜHLER (FN 14), Rz. 10.50 f.
- 18 VOGEL/SPÜHLER (FN 14), Rz. 10.45; ZGB-SCHMID (FN 8), Art. 8 N 67.
- 19 LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER (FN 10), ZGB 8 N 335 f.
- 20 VOGEL/SPÜHLER (FN 14), Rz. 10.48; LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER (FN 10), ZGB 8 N 352.
- 21 LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER (FN 10), ZGB 8 N 353; HANS PETER WALTER, Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsoptionen, in: ALFRED KOLLER, Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, 61; Hinweis auch bei ZGB-SCHMID (FN 8), Art. 8 N 66.
- 22 Siehe demgegenüber z.B. Art. 3 Abs. 1 ZGB ("vermuten").
- 23 Dass das Verschulden in Art. 97 Abs. 1 OR fingiert werde, wird – soweit ersichtlich – zu Recht nirgends behauptet.

denersatzansprüche erst nach Eintritt des Schadens entstehen können (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY [FN 2], Rz. 2693).

8 Der Gläubiger kann sich darauf beschränken, die vertragliche Verpflichtung des Schuldners nachzuweisen, was die Vertragsverletzung ersichtlich werden lässt (siehe HANS SCHMID, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER

Abs. 1 OR durch das Gesetz aufgestellt wird, könnte es sich jedenfalls nur um eine *gesetzliche Vermutung* handeln.

IV. Beweismass

Das schweizerische Prozessrecht unterscheidet den strikten Beweis und die Glaubhaftmachung.²⁴ Strikter Beweis ist allgemein für Tatbestandsmerkmale zu erbringen, was bedeutet, dass das Gericht vom Vorhandensein der Tatbestandsmerkmale voll überzeugt sein muss.²⁵ Dies gilt für die Haftpflichtvoraussetzungen des Schadens und der Vertragsverletzung²⁶ und muss auch für das Verschulden gelten. Für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs genügt der Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit,²⁷ ebenso für den Nachweis des adäquaten Kausalzusammenhangs (bzw. der Sachumstände und Erfahrungssätze, welche die Adäquanz ergeben).²⁸

V. Anwendbarkeit von Art. 97 Abs. 1 OR

Die Bestimmungen in den Art. 97 bis Art. 109 OR gelten grundsätzlich für alle Obligationen.²⁹ Die Bestimmungen des Besonderen Teils des OR gehen denjenigen des Allgemeinen Teils aber vor.³⁰ Damit gelangt Art. 97 Abs. 1 OR nur subsidiär zur Anwendung, nämlich dann, wenn der Besondere Teil des OR für eine Leistungsstörung keinen Rechtsbehelf vorsieht oder die Rechtsprechung entschieden hat, dass die Rechtshilfe des Besonderen Teils neben denjenigen des Allgemeinen Teils anwendbar sind.³¹ Die Frage, ob ein Gläubiger gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR Schadenersatz fordern kann, hängt daher vom konkreten Vertragstyp und dem Verhältnis der entsprechenden Bestimmungen im Besonderen Teil des OR zu den Bestimmungen des Allgemeinen Teils ab. So lässt das Bundesgericht nach ständiger Rechtsprechung beispielsweise im Kaufrecht die Schadenersatzansprüche nach Art. 97 ff. OR neben den Gewährleistungsansprüchen zu.³² Auch betreffend die Versandungspflicht als selbständige Nebenpflicht des Verkäufers hielt das Bundesgericht fest, dass wenn die "gehörige Bewirkung" nicht mehr möglich sei, dies Schadenersatzansprüche nach Art. 97 Abs. 1 OR auslöse.³³ Im Zusammenhang mit einem Werkvertrag führte das Bundesgericht aus, dass jede Sorgfaltspflichtverletzung vor der Ablieferung des Werks, die einer Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrags gleichkomme, den Regeln über die Nichterfüllung von Verträgen unterstehe.³⁴

Davon ausgehend, dass der Gläubiger einen vertraglichen Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR gegen den Schuldner geltend macht, stellt sich die Frage, wie sich der Schuldner von der Haftung befreien kann.

VI. Nachweis des fehlenden oder unterbrochenen Kausalzusammenhangs

Der Schuldner kann sich durch den Nachweis befreien (entlasten), dass ein Dritter, ein Zufall oder höhere Gewalt die

Leistungsunmöglichkeit oder die nichtgehörige Erfüllung bewirkt hat und so der adäquate Kausalzusammenhang unterbrochen wurde.³⁵ Die Frage nach dem Verschulden stellt sich dabei gar nicht. Zu Recht trennt REY daher die *Entlastung* (Nachweis des fehlenden oder unterbrochenen Kausalzusammenhangs) von der *Exkulpation* (Nachweis des fehlenden Verschuldens).³⁶

Genauer zu untersuchen sind nachfolgend die einzelnen Unterbrechungsgründe Fremdverschulden, Zufall und höhere Gewalt.³⁷

A. Nachweis von Unterbrechungsgründen

Kann der Schuldner nachweisen, dass ein *Dritter*³⁸ die Leistungsunmöglichkeit oder die nichtgehörige Erfüllung be-

Eine Fiktion kann im Gegensatz zu einer Vermutung nicht widerlegt werden (BGE 129 II 36 E.8.3.1), was aber betreffend das Verschulden gerade nicht gilt. Ob es sich um einen Anscheinsbeweis handelt, spielt eine untergeordnete Rolle, da der Anscheinsbeweis – ebenso wie eine Vermutung – die Beweislast nicht umkehrt (PALANDT/HEINRICH, Kurzkomentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 66. A., München 2007, Vorb v § 249 N 164; siehe auch SCHLAURI [FN 15], 51).

24 ZGB-SCHMID (FN 8), Art. 8 N 15; VOGEL/SPÜHLER (FN 14), Rz. 10.23a ff.

25 VOGEL/SPÜHLER (FN 14), Rz. 10.24; ZGB-SCHMID (FN 8), Art. 8 N 17; LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER (FN 10), ZGB 8 N 72.

26 Siehe LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER (FN 10), ZGB 8 N 281 und VOGEL/SPÜHLER (FN 14), Rz. 10.23a; betreffend den Schadensbeweis nach Art. 42 Abs. 2 OR siehe KOLLER (FN 4), § 52 N 10.

27 BGE 128 III 276; BGE 107 II 272 f. E.1b; BGE 121 III 363 E.5.

28 LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER (FN 10), ZGB 8 N 211, N 246; ZGB-SCHMID (FN 8), Art. 8 N 18.

29 BK-WEBER (FN 1), Vorbemerkungen zu Art. 97–109 N 97; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil, 8. A., Bern 2006, 6.

30 HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Einleitung zu Artikel 97–109 N 16; BK-WEBER (FN 1), Vorbemerkungen zu Art. 97–109 N 110; siehe auch BUCHER (FN 1), 340.

31 Siehe HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 27.

32 Etwa BGE 133 III 335, besprochen von THOMAS KOLLER, AJP 2007, 1183 ff.; a.M. HONSELL (FN 29), 110; siehe auch HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), vor Art. 197–210 N 6.

33 BGE 122 III 108 E.4 betreffend Incoterms.

34 BGE 113 II 422 E.2b = Pra 77 (1988) Nr. 110, 405.

35 GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (FN 2), § 10 Rz. 30; HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 42 mit Nachweisen; siehe auch SCHWENZER (FN 1), Rz. 20.01; zur Kritik an der Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs SCHWENZER (FN 1), Rz. 20.03 ff.

36 HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2003, Rz. 554.

37 KOLLER (FN 4), § 48 Rz. 95; HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 41 N 21.

38 Der Gläubiger kann auch "Dritter" sein (VON TUHR/ESCHER [FN 1], 121, insbesondere Fussnote 53).

wirkt hat, weist er dadurch nach, dass nicht sein Verhalten, sondern das Verhalten des Dritten kausal gewesen ist für den Eintritt des Schadens. Da es damit am Kausalzusammenhang zwischen dem Handeln oder Unterlassen³⁹ des Schuldners und dem eingetretenen Schaden fehlt, fehlt eine Haftpflichtvoraussetzung.

Der Schuldner kann aber auch nachweisen, dass der Schaden des Gläubigers durch *Zufall* entstanden ist. Was jedoch ist Zufall? Im ausservertraglichen Haftpflichtrecht versteht man unter Zufall ein vom menschlichen Verhalten unabhängiges Ereignis, das dazu führt, dass der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des mutmasslich Haftpflichtigen und dem eingetretenen Schaden nicht besteht.⁴⁰ Im Vertragsrecht hingegen meint Zufall allgemeiner die unverschuldete Unmöglichkeit⁴¹ des Schuldners, die vertraglich zugesicherte Leistung zu erbringen.⁴² Der Entlastungsbeweis gelingt dem Schuldner auch dann, wenn er nachweisen kann, dass der Schaden aufgrund *höherer Gewalt* eingetreten ist.⁴³ Höhere Gewalt (*vis major*, *force majeure*) meint ein unvorhergesehenes, unvorhersehbares, aussergewöhnliches Ereignis, das mit unabwendbarer Gewalt von aussen hereinbricht.⁴⁴ Die Abgrenzung zwischen höherer Gewalt und Zufall ist schwierig,⁴⁵ betreffend die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs aber von untergeordneter Bedeutung.⁴⁶ Grundsätzlich bezeichnet die höhere Gewalt einen zu hoher Intensität gesteigerten Zufall, wobei der Zufall ein von menschlichem Verhalten unabhängiges Ereignis ist.⁴⁷ Daraus folgt, dass unter die höhere Gewalt ausserordentliche Naturereignisse fallen, wie aussergewöhnliche Lawinen oder Gewitter, aber auch kriegerische Ereignisse, obwohl diese zwar von Menschen verursacht, für das Individuum ebenso unabwendbar sind wie Naturereignisse.⁴⁸ Das Gesagte bedeutet allerdings nicht, dass der Zufall oder die höhere Gewalt stets aus der Umwelt auf den Betroffenen hereinbrechen müssen. Ebenso ist z.B. auch eine Herzattacke des Schuldners unter Zufall oder höhere Gewalt zu subsumieren.⁴⁹

Während dem Schuldner der Nachweis eines Drittverschuldens generell einfach fallen dürfte, ist der Nachweis, dass ein Zufall oder höhere Gewalt die Nichterfüllung oder die nichtgehörige Erfüllung bewirkt hat, schwieriger zu erbringen.⁵⁰ Der Schuldner hat zu beweisen, dass er die Leistung aufgrund eines nach Vertragsschluss⁵¹ eingetretenen, äusseren Ereignisses nicht mehr erbringen kann. Zudem darf der Eintritt dieses Ereignisses für den Schuldner nicht voraussehbar gewesen sein.⁵² Dies lässt sich nur an den konkreten Umständen des Einzelfalls feststellen. Kann der Schuldner den Nachweis erbringen, dass er seine Leistungspflicht unverschuldet nicht mehr erfüllen kann, hat er den Entlastungsbeweis für den unterbrochenen Kausalzusammenhang erbracht.

B. Der Gläubiger hat den Kausalzusammenhang nachzuweisen

Aus dem bis hierhin Ausgeführten ergibt sich, dass der Entlastungsbeweis des Schuldners darin besteht, den fehlenden

Kausalzusammenhang zwischen seinem Handeln oder Unterlassen und dem Eintritt des Schadens nachzuweisen.⁵³ Der Schuldner hat somit ein Negativum zu beweisen. Dazu muss er positive Sachumstände nachweisen, aus denen die negative Tatsache gefolgt werden kann.⁵⁴ Anders formuliert kann sich der Schuldner entlasten, indem er die Kausalität zwischen der Handlung oder Unterlassung des Dritten oder zwischen dem Zufall oder zwischen der höheren

39 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 2), Rz. 2754; KOLLER (FN 4), § 48 Rz. 60; siehe auch REY (FN 36), Rz. 602.

40 REY (FN 36), Rz. 578; siehe auch K. BADER, SJZ 21 (1924/1925) 272, wonach Zufall ein Ereignis ist, das einer bestimmten Person weder zur Kausalität noch zur Schuld zugerechnet werden kann.

41 Diese Unmöglichkeit darf nicht mit der Unmöglichkeit im Sinne von Nichterfüllung verwechselt werden (siehe HONSELL/VOGT/WIEGAND [FN 2], Art. 97 N 7).

42 VON TUHR/ESCHER (FN 1), 120; BK-WEBER (FN 1), OR 103 N 48; REY (FN 36), Rz. 579; SCHWENZER (FN 1), N 66.07.

43 BUCHER (FN 1), 347; HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 42, Art. 41 N 21; VON TUHR/ESCHER (FN 1), 121; SCHWENZER (FN 1), Rz. 20.02.

44 REY (FN 36), Rz. 574; VON TUHR/ESCHER (FN 1), 121; BGE 57 II 511 E.3: "... muss das Ereignis (...) aus dem Betriebskreis des beklagten Unternehmens entsprungen sein ...".

45 Ausführlich dazu SILVIO GIOVANOLI, Zufall und höhere Gewalt im schweizerischen Rechte, ZSR 54 (1935) 20 ff.

46 Siehe aber BK-WEBER (FN 1), Art. 97 N 247, wonach ein zufälliges Geschehnis meistens nicht über eine genügende Intensität verfüge, den Kausalzusammenhang zu unterbrechen.

47 BK-WEBER (FN 1), OR 97 N 242, N 244, N 247; VON TUHR/ESCHER (FN 1), 121; HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 41 N 21.

48 REY (FN 36), Rz. 576 mit Nachweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Der Zufall im Sinne von Art. 103 Abs. 1 OR ist dem Begriff der höheren Gewalt gleichgestellt (BK-WEBER [FN 1], OR 103 N 48; HONSELL/VOGT/WIEGAND [FN 2], Art. 103 N 12).

49 Siehe Beispiel bei SCHWENZER (FN 1), Rz. 22.21 (Arzt erleidet eine Herzattacke, wobei ihm das Skalpell ausrutscht).

50 Es sei denn, der Vertrag habe bereits bei Vertragsschluss von niemandem erfüllt werden können (sog. ursprüngliche objektive Unmöglichkeit [VIKTOR AEPLI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 114–126 OR, 3. A., Zürich 1991, OR 119 N 47]) und ist nach Art. 20 Abs. 1 OR nichtig (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY [FN 2], Rz. 2590).

51 Andernfalls handelte es sich um eine ursprüngliche Unmöglichkeit. Bei ursprünglich objektiver Unmöglichkeit kommt Art. 20 Abs. 1 OR zur Anwendung (GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY [FN 2], § 7 Rz. 17; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY [FN 2], Rz. 2590). Der Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit bestimmt sich dabei nach einem objektiven Massstab unabhängig vom Kenntnisstand der Parteien (ZK-AEPLI [FN 50], OR 119 N 54).

52 BUCHER (FN 1), 419; BK-WEBER (FN 1), Art. 97 N 244.

53 In diesem Sinne auch HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 487 N 10.

54 ZGB-SCHMID (FN 8), Art. 8 N 72; siehe VOGEL/SPÜHLER (FN 14), Rz. 10.40. Der Grundsatz "negativa non sunt probanda" gilt nicht allgemein.

Gewalt und dem Schadenseintritt nachweist. Den Beweis für das Vorliegen des Kausalzusammenhangs muss aber der Gläubiger erbringen.⁵⁵ Dieser Beweis ist der *Hauptbeweis* (der beweisbelasteten Partei) und im engeren Sinne Gegenstand der Beweislast. Mit seinem Scheitern tritt die Beweislosigkeit ein, was bedeutet, dass ein Gericht davon ausgehen wird, die fragliche Tatsache habe sich nicht verwirklicht.⁵⁶ Da der Gläubiger den Hauptbeweis für den Kausalzusammenhang trägt, besteht der Entlastungsbeweis des Schuldners darin, den *Gegenbeweis*⁵⁷ des fehlenden Kausalzusammenhangs zu erbringen.

VII. Nachweis des fehlenden Verschuldens bei Nichterfüllung (Unmöglichkeit) und Art. 119 Abs. 1 OR

Gelingt dem Gläubiger der Beweis des Kausalzusammenhangs, dem Schuldner der Entlastungsbeweis hingegen nicht, kann der Schuldner versuchen, sich zu exkulpieren. Dabei ist gemäss den beiden Tatbeständen des Art. 97 Abs. 1 OR⁵⁸ vorab zwischen dem Tatbestand der Nichterfüllung (Unmöglichkeit) und demjenigen der nicht gehörigen Erfüllung zu unterscheiden. Ist die Leistung des Schuldners *nachträglich objektiv* oder *subjektiv* unmöglich, und liegt weder ein Fall von höherer Gewalt noch Zufall oder Drittverschulden vor, stellt sich die Frage, welche Bedeutung Art. 119 Abs. 1 OR für den Exkulpationsbeweis zukommt.⁵⁹ Die *ursprüngliche subjektive* Unmöglichkeit⁶⁰ bleibt unbeachtlich, da sie nach herrschender Lehre nur unter Art. 97 Abs. 1 OR (und nicht unter Art. 119 Abs. 1 OR) fällt.⁶¹ Im Übrigen wird der Schuldner kaum nachweisen können, dass ihm die subjektive Unmöglichkeit bei Vertragsabschluss weder bekannt gewesen war noch bekannt gewesen sein musste.⁶²

Einigkeit besteht darin, dass Art. 119 OR dann zur Anwendung kommt, wenn dem Schuldner die Unmöglichkeit in keiner Weise zugerechnet werden kann.⁶³ Die Beweislast für die Unmöglichkeit trägt der Schuldner.⁶⁴ Betreffend den Exkulpationsbeweis bringt daher Art. 119 OR gegenüber Art. 97 Abs. 1 OR nichts Neues.⁶⁵ Der Exkulpationsbeweis wird allenfalls für den Schuldner sogar noch erschwert, da das Element der "Voraussehbarkeit" hinzukommt und der Schuldner darlegen muss, dass er die Unmöglichkeit nicht voraussehen konnte.⁶⁶ Soweit braucht man indes gar nicht zu gehen. Bei Art. 119 Abs. 1 OR handelt es sich um eine Auffangnorm, die erst dann zur Anwendung kommt, wenn der Schuldner nachweisen konnte, dass ihm am Eintritt der Unmöglichkeit kein Verschulden traf.⁶⁷ Anders ausgedrückt findet Art. 119 Abs. 1 OR dann Anwendung, wenn dem Schuldner der Exkulpationsbeweis (oder der Entlastungsbeweis) nach Art. 97 Abs. 1 OR gelungen ist.⁶⁸ Art. 119 Abs. 1 OR formuliert somit lediglich die Rechtsfolge für den Fall der gelungenen Exkulpation (oder Entlastung). Betreffend den Exkulpationsbeweis braucht daher nicht zwischen der Nichterfüllung und der – nachfolgend zu un-

tersuchenden – nicht gehörigen Erfüllung unterschieden zu werden.

VIII. Verschulden bei nicht gehöriger Erfüllung (positive Vertragsverletzung)

Bezüglich der nicht gehörigen Erfüllung ist zwischen der Schlechtleistung (Schlechterfüllung) der Hauptpflicht und der Verletzung einer Nebenpflicht zu unterscheiden.⁶⁹

A. Schlechterfüllung (der Hauptleistung) von Verträgen über eine Sach- oder Werkleistung

Eine Schlechterfüllung liegt vor, wenn der Schuldner die geschuldete Leistung zwar erbringt, diese aber nicht die vertragsgemässe Qualität aufweist.⁷⁰ Wird ein Vertrag über eine Sach- oder Werkleistung schlecht erfüllt, so ist der

-
- 55 LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER (FN 10), ZGB 8 N 281; HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 60; ZGB-SCHMID (FN 8), Art. 8 N 46; KOLLER (FN 4), § 48 Rz. 108.
- 56 ZGB-SCHMID (FN 8), Art. 8 N 34; VOGEL/SPÜHLER (FN 14), Rz. 10.21, Rz. 10.27.
- 57 Der Gegenbeweis ist der Beweis des Gegners der beweisbelasteten Partei, der selbst Beweismittel anruft, um den Hauptbeweis nicht gelingen zu lassen (VOGEL/SPÜHLER [FN 14], Rz. 10.22; ZGB-SCHMID [FN 8], Art. 8 N 36).
- 58 Siehe vorne unter "II. Tatbestände des Art. 97 Abs. 1 OR".
- 59 Siehe VON TUHR/ESCHER (FN 1), 94.
- 60 Der Begriff der Unmöglichkeit wird vorliegend im Sinne von Nichterfüllung verwendet (HONSELL/VOGT/WIEGAND [FN 2], Art. 97 N 7).
- 61 BGE 88 II 203 E.5: "Wer eine Leistung verspricht, obschon er weiss, dass er sie möglicherweise nicht werde erbringen können, nimmt die Gefahr auf sich und hat die Nichterfüllung zu verantworten." Ebenso GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 2), Rz. 2593; HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 12.
- 62 BGE 111 II 354; SCHWENZER (FN 1), Rz. 64.08. Der Fall der ursprünglichen objektiven Leistungsunmöglichkeit fällt unter Art. 20 Abs. 1 OR (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 631; HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 19/20 N 46); zum Stichwort "Übernahmeverschulden" etwa BUCHER (FN 1), 348.
- 63 HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 119 N 8; SCHWENZER (FN 1), Rz. 64.11.
- 64 ZK-AEPLI (FN 50), OR 119 N 156; HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 119 N 20.
- 65 Siehe BUCHER (FN 1), 417 und ZK-AEPLI (FN 50), OR 119 N 57.
- 66 BUCHER (FN 1), 419; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 2), Rz. 3221; ZK-AEPLI (FN 50), OR 119 N 56.
- 67 ZK-AEPLI (FN 50), OR 119 N 57.
- 68 ZK-AEPLI (FN 50), OR 119 N 59; BUCHER (FN 1), 339; SCHWENZER (FN 1), Rz. 64.11.
- 69 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 2), Rz. 2530.
- 70 GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (FN 2), § 31 Rz. 13; HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 26.

Schaden meist einfach zu bestimmen und zu beweisen.⁷¹ Auch der Kausalzusammenhang wird den Gläubiger kaum vor Beweisprobleme stellen. Die Voraussetzung der Vertragsverletzung ist durch die Nicht-Leistung oder nicht vertragskonforme Leistung ebenfalls einfach zu erbringen.⁷² Da der Schuldner für jedes Verschulden, also auch für leichte Fahrlässigkeit, haftet,⁷³ wird er sich – wenn er die Hauptleistung selbst vorgenommen hat⁷⁴ – kaum je exkulpieren können. Er müsste dazu nachweisen, dass er seine eigene, nicht gehörige Leistung nicht einmal im Rahmen der einfachen Fahrlässigkeit zu verantworten hat. Da von einem objektivierten Verschuldensbegriff auszugehen ist,⁷⁵ dürfte ihm dies kaum je gelingen.

Hat der Schuldner dagegen eine Hilfsperson eingesetzt, kann er sich nach Art. 101 OR zu exkulpieren versuchen.⁷⁶

Zusammengefasst wird die Schlechterfüllung der Hauptleistung von Verträgen über eine Sach- oder Werkleistung selten beweisrechtliche Schwierigkeiten verursachen.

B. Beweislast und Beweis bei der Verletzung von Nebenpflichten⁷⁷ und bei unsorgfältiger Erfüllung von Dienstleistungsverträgen

Bei der Verletzung von Nebenpflichten und bei unsorgfältiger Erfüllung von Dienstleistungsverträgen ist die beweisrechtliche Situation komplizierter. Zur Veranschaulichung soll BGE 113 II 421 ff.⁷⁸ dienen: Der Geschädigte (Gläubiger) brachte sein Auto für Reparaturarbeiten in eine Garage (Schuldnerin). Kurz darauf wurde in die Garage eingebrochen, der Autoschlüssel gestohlen und das (ausserhalb der Garage geparkte) Fahrzeug des Geschädigten entwendet.⁷⁹ Der Gläubiger klagte gegen die Schuldnerin und warf ihr vor, die Sicherungspflicht für das Fahrzeug als eine Nebenpflicht aus dem Werklieferungsvertrag⁸⁰ verletzt zu haben. Das Bundesgericht kam aber zum Schluss, dass die Schuldnerin genügende Vorkehrungen getroffen habe, um einem allfälligen Diebstahl vorzubeugen, so dass sie kein Verschulden treffe.⁸¹ Das Bundesgericht hat den Exkulpationsbeweis somit als erbracht erachtet.⁸² Es ist dem Schuldner gelungen darzulegen, dass er alles vorgekehrt hat, um die Erfüllung des Vertrags zu bewirken.⁸³

Wenn die Schuldnerin aber alle Sorgfalt aufgewendet hat, die man vernünftigerweise von ihr verlangen konnte und (gemäss Lehre und Rechtsprechung) auf einen objektivierten Verschuldens- oder Fahrlässigkeitsmassstab abgestellt wird,⁸⁴ kann gefolgert werden, dass ein (für jeden anderen Schuldner ebenfalls) unabwendbares Ereignis vorgelegen haben muss.⁸⁵ Es stellt sich damit die Frage, ob beim Einbruch bereits ein Fall von höherer Gewalt oder ein Zufall vorgelegen hat. Nach den gemachten Ausführungen⁸⁶ kann ein Einbruch aber weder unter das eine noch unter das andere subsumiert werden. Drittverschulden ist nach dem Sachverhalt ebenfalls auszuschliessen, so dass die Schuldnerin sich nur durch den Nachweis des fehlenden Verschuldens von der Haftpflicht befreien kann.⁸⁷ Die Pflicht, das

Fahrzeug zu sichern, ergibt sich aus Art. 365 Abs. 2 OR,⁸⁸ und ist als werkvertragliche Nebenpflicht zu qualifizieren. Geht man von einer Beweislastregel in Art. 97 Abs. 1 OR aus, hätte die Schuldnerin somit nachzuweisen, dass sie der Sicherungspflicht nachgekommen ist. Dem widerspricht aber, dass bei einer behaupteten Verletzung einer Nebenpflicht der Gläubiger die Pflichtverletzung des Schuldners zu beweisen hat.⁸⁹ Dasselbe gilt bei einer behaupteten Sorgfaltspflichtverletzung betreffend die Hauptleistung.⁹⁰ Dies

71 Siehe vorne unter "II. Tatbestände des Art. 97 Abs. 1 OR".

72 HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 62.

73 Art. 99 Abs. 1 OR.

74 Siehe Art. 68 OR.

75 HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 99 N 9; BUCHER (FN 1), 347; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 2), Rz. 2789; SCHWENZER (FN 1), 22.21.

76 Dazu etwa HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 101 N 13 und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 2), Rz. 2884 ff.

77 Betreffend den Sammelbegriff der Nebenpflichten siehe etwa HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 32 ff., ins. N 33 und SCHWENZER (FN 1), Rz. 4.22 ff.

78 Pra 77 (1988) Nr. 110, 404 ff.; siehe dazu THOMAS KOLLER, in KOLLER/SCHWANDER (FN 9), 316 f.

79 Da das Auto entwendet wurde, konnte der Schuldner seine Obligation nicht mehr erfüllen, so dass ein Fall von Nichterfüllung vorliegt.

80 BGE 113 II 422 E.1 und E.2 = Pra 77 (1988) Nr. 110, 405.

81 Konkret war dies: Die Nummernschilder waren entfernt und die Autotüren abgeschlossen worden. Der Autoschlüssel befand sich im Innern des ebenfalls abgeschlossenen Gebäudes, an einem im Brandfall leicht zugänglichen Ort, jedoch von ausserhalb der Garage nicht sichtbar und ohne Einbruch unmöglich erreichbar (BGE 113 II 423 E.3a = Pra 77 [1988] Nr. 110, 406).

82 BGE 113 II 422 f. E.3a = Pra 77 (1988) Nr. 110, 405.

83 Siehe BK-WEBER (FN 1), Art. 97 N 328 und VON TUHR/ESCHER (FN 1), 118.

84 BUCHER (FN 1), 347; HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 42; KOLLER (FN 4), § 48 Rz. 46; BGE 124 III 164 E.3b; BGE 4C.186/1999 (18.7.2000) E.3.

85 Mit dieser Überlegung HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 42.

86 Siehe unter "VI.A. Nachweis von Unterbrechungsgründen".

87 Es kann argumentiert werden, dass ein Fall einer nachträglichen Unmöglichkeit vorliege, da die Schuldnerin nach dem Einbruch das Fahrzeug nicht mehr reparieren und damit den Werklieferungsvertrag nicht mehr erfüllen konnte. Aber auch dieser Ansatz führt zur Frage, ob die Schuldnerin ihrer Sicherungspflicht nachgekommen ist, über die abstraktere Frage, ob die Schuldnerin den Einbruch zu verantworten habe.

88 BGE 113 II 422 E.2a = Pra 77 (1988) Nr. 110, 405; HONSELL (FN 29), 276; HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 365 N 13.

89 HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 36; abweichende Terminologie bei KOLLER (FN 4), § 48 Rz. 109.

90 HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 31. Diese Regel erfährt eine Ausnahme bei der ärztlichen Aufklärungspflicht, deren Nichtverletzung der Arzt zu beweisen hat. Der Arzt hat zu beweisen, dass der richtig aufgeklärte Patient zugestimmt hätte (Beweis der hypothetischen Einwilligung des Patienten) (BGE 117 Ib 209 E.5c).

deckt sich mit der Grundregel für die Beweislastverteilung, Art. 8 ZGB, wonach das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu beweisen hat, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt, was auch für den Fall gilt, dass die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten (oder Sorgfaltspflichten) behauptet wird.⁹¹ Der Nachweis des Bestehens einer Neben- oder Sorgfaltspflicht wird durch den Nachweis des Bestehens des Vertrags erbracht.⁹² Dass die aus dem Vertrag entstehende Pflicht verletzt wurde, ergibt sich aus dem Vertragsinhalt ohne Weiteres. Dass die Verletzung dem Schuldner vorgeworfen werden kann, ergibt sich durch den Nachweis, dass der Schuldner gegen die vertraglich geschuldete und nach Berufsstandards gebotene Sorgfalt verstossen hat.⁹³ Durch diesen Nachweis beweist der Gläubiger aber zugleich auch das Verschulden des Schuldners.

Geht man davon aus, dass Art. 97 Abs. 1 OR eine Beweislastregel enthält, führt dies dazu, dass sowohl der Gläubiger als auch der Schuldner die Beweislast für das Verschulden tragen. Es ist aber nicht möglich, die Beweislast für eine und dieselbe Tatsache beiden Parteien gleichermaßen aufzuerlegen.⁹⁴ Zudem blieben die Folgen der Beweislosigkeit unregelt.⁹⁵ Einzelne Autoren versuchen, das Problem durch eine Zweiteilung des Begriffs der erforderlichen Sorgfalt zu lösen, indem ein Teil der Rechtswidrigkeit zugeordnet wird (fachgerechtes Handeln unter standardisierten äusseren und inneren Bedingungen?) und ein Teil dem Verschulden (hat der Schuldner die atypischen Bedingungen, wenn solche vorliegen, zu vertreten?).⁹⁶ M.E. ist mit dieser Zweiteilung nicht viel gewonnen, da danach gefragt wird, ob der Schuldner in einer konkreten Situation, unter Berücksichtigung aller Umstände, objektiv unsorgfältig gehandelt hat. Damit wird im Resultat ein objektivierter Verschuldensbegriff verwendet.

Geht man davon aus, dass es sich in Art. 97 Abs. 1 OR um eine gesetzliche Vermutung handelt, bliebe es dabei, dass der Gläubiger das Verschulden des Schuldners als Haftpflichtvoraussetzung beweisen muss. Der Gläubiger müsste jedoch lediglich die Vermutungsbasis beweisen.⁹⁷ Dies wäre der Nachweis, dass der Schuldner objektiv unsorgfältig gehandelt hat. Dieser Nachweis deckt sich mit dem Beweis der Pflichtverletzung. Die Vermutungsfolge kann in nichts anderem bestehen, als dass die Verletzung der Nebenpflicht durch den *konkreten* Schuldner vermutet wird.⁹⁸ Diese Konstruktion machte aber nur Sinn, wenn von einem subjektiven Verschuldensbegriff ausgegangen würde. Zudem stellte sich die Frage, wie der Schuldner die Vermutung umstossen kann. Eine gesetzliche Vermutung kann umgestossen werden durch (a) den Gegenbeweis gegen den Beweis der Vermutungsbasis oder (b) durch den Beweis des Gegenteils (Widerlegung der Vermutungsfolge).⁹⁹ Der Schuldner kann entweder nachweisen, dass er nach objektiven Kriterien sorgfältig gehandelt hat (Gegenbeweis gegen die Vermutungsbasis) oder er kann die Vermutungsfolge widerlegen (was dem Beweis des Gegenteils entspricht). Die Vermutungsfolge kann indes wiederum nur widerlegt werden, wenn von einer Subjektivierung des Verschuldens ausgegangen würde. Richtig ist indes, zusammen mit der

herrschenden Lehre am objektivierten Verschuldensbegriff festzuhalten, da für den Schutz jeder Vertragspartei ein objektivierter Haftungsmassstab im Sinne eines Referenzverhaltens unverzichtbar ist.¹⁰⁰ Der Beweis des Gegenteils ist somit nur durch den Nachweis zu erbringen, dass der Kausalzusammenhang zwischen Handeln oder Unterlassen des Schuldners und dem Schadenseintritt nicht besteht. Dies wiederum ist der Entlastungsbeweis.

Zusammengefasst ergeben sich Widersprüche unabhängig davon, ob man davon ausgeht, dass Art. 97 Abs. 1 OR eine Beweislastregel oder eine gesetzliche Vermutung enthält: Geht man von einer Beweislastregel aus, führt dies zu einem Widerspruch in der Beweislastverteilung. Geht man von einer Vermutung aus, kann diese nur eingeschränkt umgesetzt werden. Da eine klare Beweislastverteilung aber schwerer wiegt, insbesondere, um die Folgen der Beweislosigkeit zu regeln, sollte vor dem Hintergrund des objektivierten Verschuldensbegriffs von einer gesetzlichen Vermutung ausgegangen werden.

91 Etwa BGE 128 III 273 E.2aa.

92 Siehe LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER (FN 10), ZGB 8 N 248 f.

93 HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 97 N 43. Bestehen – wie vermutungsweise in BGE 113 II 421 ff. – keine Berufsstandards, wird der Gläubiger Massnahmen nennen, die der Schuldner hätte ergreifen sollen. Konkret verlangte der Gläubiger (Kläger), das Fahrzeug hätte wegen seines hohen Wertes in der Garage eingeschlossen, um den Wagenpark hätte ein Gitter angebracht und die Batterie oder eine Kerze hätte entfernt werden müssen (BGE 113 II 423 E.3b = Pra 77 [1988] Nr. 110, 406).

94 BGE 86 II 55 E.3b; LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER (FN 10), ZGB 8 N 21.

95 WALTER (FN 21), 62.

96 WALTER (FN 21), 69; WEBER (FN 9), 55, der danach fragt, "ob das als objektiviert unsorgfältig festgestellte Verhalten auch unter den konkreten Umständen des zu beurteilenden Falles als missbilligungswürdig erscheint."

97 Siehe VOGEL/SPÜHLER (FN 14), Rz. 10.48 und LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER (FN 10), ZGB 8 N 318.

98 Wäre die Vermutungsfolge das objektivierte Verschulden des Schuldners, deckte sich die Vermutungsfolge mit der Vermutungsbasis (Verletzung der Nebenpflicht bzw. Sorgfaltspflichtverletzung).

99 LIVER/MEIER-HAYOZ/MERZ/JÄGGI/HUBER/FRIEDRICH/KUMMER (FN 10), ZGB 8 N 337 f.; ZGB-SCHMID (FN 8), Art. 8 N 35.

100 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 2), Rz. 2787; siehe auch HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 2), Art. 99 N 9 und SCHWENZER (FN 1), Rz. 22.30.

IX. Zusammenfassung und Ergebnis

A. Der Entlastungsbeweis als Gegenbeweis des fehlenden Kausalzusammenhangs

Der Schuldner kann sich von der Haftung nach Art. 97 Abs. 1 OR befreien, indem er nachweist, dass der Schaden des Gläubigers entweder durch höhere Gewalt, durch Zufall oder durch Drittverschulden eingetreten ist. Damit erbringt der Schuldner den Entlastungsbeweis. Der Entlastungsbeweis knüpft aber nicht am Verschulden an, sondern am Kausalzusammenhang. Der Begriff "Exkulpationsbeweis", der am Verschulden anknüpft, ist vom Begriff "Entlastungsbeweis" zu trennen. Es handelt sich beim Entlastungsbeweis im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR ferner nicht um einen Haupt-, sondern um einen Gegenbeweis des Schuldners. Die Beweislast für den Kausalzusammenhang trägt der Gläubiger.

B. Der Exkulpationsbeweis des Schuldners bleibt unklar

Ist Kausalität zwischen dem Handeln oder Unterlassen des Schuldners und dem Schadenseintritt gegeben, stellt sich die Frage nach dem Verschuldensnachweis. Geht man davon aus, dass Art. 97 Abs. 1 OR eine Beweislastregel enthält, würden sowohl der Schuldner als auch der Gläubiger bei einer Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht oder bei einer Sorgfaltpflichtverletzung die Beweislast tragen. Geht man von einer gesetzlichen Vermutung aus, ist diese dadurch einzuschränken, dass dem Schuldner ein Beweis des Gegenteils nicht offen steht, da er sich mit dem Entlastungsbeweis deckt. Die Regelung betreffend das Verschulden in Art. 97 Abs. 1 OR und die Objektivierung des Verschuldens stimmen letztlich nicht zusammen. Um Widersprüche in der Beweislastverteilung zu vermeiden, ist davon auszugehen, dass Art. 97 Abs. 1 OR eine gesetzliche Vermutung zugunsten des Gläubigers enthält und nicht eine Beweislastregel.

L'art. 97 al. 1 CO donne au débiteur la possibilité de se dégager de sa responsabilité en cas de violation du contrat. Le débiteur peut se décharger et rejeter toute responsabilité, en prouvant que le dommage subi par le créancier est survenu soit pour cause de force majeure ou d'événement dû au hasard soit en raison de l'intervention d'un tiers (preuve libératoire). Grâce à cette contre-preuve, le débiteur démontre qu'il n'y a pas de relation de causalité entre son agissement ou son inaction et la survenance du dommage ou encore que cette relation de causalité a été interrompue. Si, toutefois, cette relation de causalité existe, il reste à déterminer s'il y a eu faute (ou absence de faute) (preuve disculpatoire). L'art. 97 al. 1 CO contient-il une règle sur le fardeau de la preuve ou une présomption de faute (envers le débiteur)? Si l'on part de l'idée que l'art. 97 al. 1 CO contient une règle sur le fardeau de la preuve, il appartient au débiteur de prouver qu'il n'y a pas eu faute de sa part. Toutefois, cela signifie que tant le débiteur que le créancier assumeraient le fardeau de la preuve en cas de violation d'une obligation accessoire du contrat ou d'un manquement au devoir de diligence, étant donné que les preuves de la violation d'une obligation et de l'absence (objective) de faute se recouvrent. Si l'on part de l'idée qu'il s'agit d'une présomption légale, il convient de restreindre celle-ci en considérant que le débiteur ne peut pas disposer de la preuve du contraire, étant donné que cette dernière correspond à une preuve libératoire. En fin de compte, la règle concernant la faute de l'art. 97 al. 1 CO et l'objectivation de la faute ne se recouvrent pas. Afin d'éviter des contradictions en matière de répartition du fardeau de la preuve, il convient de se fonder sur le fait que l'art. 97 al. 1 CO contient une présomption légale en faveur du créancier et non pas une règle sur le fardeau de la preuve. Ce faisant, la question de savoir qui assume le risque de l'absence de preuve se trouve réglée.

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)