

Art. 97 OR: Ersatzpflicht des Schuldners bei Nicht- und Schlechterfüllung

Funktion und Aufbau der Bestimmung

Art. 97 Abs. 1 OR ist die Grundnorm der vertraglichen Haftung. Kann die Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig erfüllt werden, schuldet der Schuldner Ersatz für den daraus entstehenden Schaden, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt **Art. 97 OR**. Die Rechtsprechung leitet daraus vier Haftungsvoraussetzungen ab: Vertragsverletzung, Schaden, natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang sowie Verschulden. Die ersten drei hat der Gläubiger nach Art. 8 ZGB zu behaupten und zu beweisen; das Verschulden wird vermutet **4A_66/2026** **4A_561/2023**. Für Umfang und Bemessung verweist Art. 99 Abs. 3 OR auf die Regeln der Deliktshaftung, namentlich auf Art. 42 bis 44 OR **BGE 144 III 155 BGE 92 II 234**.

Abs. 2 hat keinen eigenen Haftungsgehalt. Er stellt klar, dass die Durchsetzung der Obligation dem SchKG und der ZPO folgt **Art. 97 OR**. Die geltende Fassung beruht auf Anhang 1 Ziff. II 5 der ZPO vom 19. Dezember 2008 und steht seit dem 1. Januar 2011 in Kraft **OR (2026-10-01)**. Der bundesrätliche Entwurf sah keine Änderung von Art. 97 Abs. 2 OR vor **BBI 2006 7413**; die Anpassung geht auf einen angenommenen Antrag der ständerätlichen Kommission zurück **AB 2007 S 647** und wurde in der Referendumsvorlage redaktionell bereinigt **BBI 2009 21**. Sachlicher Hintergrund ist, dass Geldforderungen wie bisher nach SchKG vollstreckt werden, während die Realvollstreckung aus den kantonalen Prozessordnungen in die ZPO überführt wurde **BBI 2006 7221**. Seither ist der Wortlaut unverändert; auch die künftige Fassung ab 1. Juli 2027 lässt Art. 97 OR unberührt **OR (2027-07-01)**.

Anwendungsbereich: Haftung aus bestehender Obligation

Abgrenzung zur culpa in contrahendo und zur Vertrauenshaftung

Art. 97 OR setzt eine bestehende Verbindlichkeit voraus. Die Vertrauenshaftung, zu der das Bundesgericht auch die culpa in contrahendo rechnet, ist eine eigenständige, richterrechtliche Haftungsgrundlage «zwischen Vertrag und Delikt»; ihre Ansprüche verjähren nicht nach Art. 127 OR, sondern nach Art. 60 OR **BGE 134 III 390**. Kommt der Vertrag gültig zustande, tritt die subsidiäre Vertrauenshaftung zurück, und es gilt die reine Vertragshaftung mit zehnjähriger Verjährung **5C.267/2004**.

Ob auf die culpa in contrahendo vertragliche oder deliktische Regeln analog anzuwenden sind, bezeichnete das Bundesgericht in BGE 108 II 419 ausdrücklich als umstritten. Für die Täuschung durch eine Abschlussgehilfin wandte es Art. 101 OR analog an, weil es widersprüchlich wäre, deren Täuschung wie eigenes Verhalten anzurechnen und zugleich den Entlastungsbeweis nach Art. 55 OR zuzulassen **BGE 108 II 419**. Diese Analogie ist fallbezogen begründet; eine allgemeine Übertragung der Verschuldensvermutung von Art. 97 OR auf vorvertragliche Pflichtverletzungen lässt sich daraus nicht ableiten. Für den Abbruch von Vertragsverhandlungen haftet nach 4C.152/2001 nur ausnahmsweise, wer Treu und Glauben verletzt **4C.152/2001**. Das Handelsgericht Zürich prüfte entsprechend

die Verschuldensvermutung und Art. 101 OR nur beim vertraglichen Anspruch und die culpa in contrahendo bloss eventualiter **HG130022**.

Dritte im Leistungsbereich: Vertrag mit Schutzwirkung

Dritte, die nicht Vertragspartei sind, stützen sich grundsätzlich auf Art. 41 OR. In BGE 117 II 315 verneinte das Bundesgericht eine vertragliche Klage von Bankgläubigern gegen die bankengesetzliche Revisionsstelle: Die Theorien der Schadensverlagerung und des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hätten in der Schweiz bisher wenig Echo gefunden und passten jedenfalls nicht, weil die Bank gegenüber ihren Gläubigern keine vergleichbare Schutzpflicht trägt; ein echter Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 2 OR) war weder gewollt noch üblich **BGE 117 II 315**. In 4C.230/2003 hielt das Gericht fest, eine solche Haftung sei «in der bisherigen Praxis nie grundsätzlich bejaht worden», liess die Frage aber offen; jedenfalls scheide die Figur aus, wenn die Interessen gegenläufig sind, wie bei einem Verkehrswertgutachten im Auftrag des Verkäufers gegenüber den Käufern **4C.230/2003**. Auch 4A_18/2021 lässt die Grundsatzfrage offen, weil der Vertrag, der eine Schutzwirkung hätte tragen können, gar nicht zustande gekommen war **4A_18/2021**.

Die Figur ist damit vom Bundesgericht weder anerkannt noch verworfen; in keinem dieser Entscheide führte sie zu einer Haftung. Das Tessiner Obergericht hob eine erstinstanzliche Anwendung auf und nannte die Voraussetzungen, die jedenfalls erfüllt sein müssten: unmittelbares Betroffensein des Dritten von der Leistung, eine besondere Beziehung zum Gläubiger mit Schutzpflicht und deren Erkennbarkeit für den Schuldner **12.2021.182**. Praktisch bleibt der Dritte auf Art. 41 OR verwiesen, mit dessen Beweislast- und Verjährungsregime.

Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse

Art. 97 OR erfasst nur privatrechtliche Obligationen. Die Behandlung in öffentlichen Spitälern ist eine öffentliche Aufgabe; Schadenersatz und Genugtuung richten sich nach kantonalem öffentlichem Recht, wenn der Kanton von Art. 61 Abs. 1 OR Gebrauch gemacht hat **4P.265/2002**. Die Kantone dürfen auch die Behandlung von Privatpatienten durch Spitalärzte diesem Recht unterstellen; tun sie es nicht, gelten subsidiär direkt Art. 41 ff. OR **BGE 122 III 101**. In Zürich besteht deshalb kein direkter Anspruch gegen den Spitalarzt; einzig der Kanton ist im besonderen Staatshaftungsverfahren ins Recht zu fassen **AA060151**. Auch die Notarhaftung ist kantonal geprägt; in einem Genfer Fall wurden Art. 41 ff. OR als ergänzendes kantonales Recht angewendet **4A_150/2022**. Anders liegt es beim amtlich bestellten Anwalt: Er ist kein Beamter im Sinne von Art. 61 Abs. 1 OR, haftet der verbeiständeten Person nach Privatrecht, und das kantonale Recht kann diese Haftung nicht ausschliessen **BGE 143 III 10**.

Leistungsstörungen: Abgrenzung der Tatbestände

Nichterfüllung, Schlechterfüllung und aliud

Wird ein Werk nicht in vertragsgemässer Qualität abgeliefert und treten später Schäden auf, liegt nach BGE 130 III 591

Schlechterfüllung vor, die «ausschliesslich nach den Art. 97 ff. OR» zu behandeln ist; Verzugszins ab Klageeinleitung scheidet dann mangels Verzugs mit einer Hauptpflicht aus **BGE 130 III 591**. Umgekehrt ist die Lieferung eines aliud beim Gattungskauf keine Schlecht-, sondern Nichterfüllung; sie folgt den Verzugsregeln, sodass der Rücktritt grundsätzlich eine erfolglose Nachfrist voraussetzt (Art. 107 f. OR). Ein peius liegt dagegen vor, wenn die Sache zur geschuldeten Gattung gehört, aber nicht die vereinbarte Qualität aufweist **BGE 121 III 453**. Für den Werkvertrag zog das Kantonsgericht Graubünden dieselbe Linie: Das aliud ist kein Werkmangel und untersteht den allgemeinen Nichterfüllungsregeln statt Art. 368 OR **PKG 2017 5**.

Verhältnis zum Schuldnerverzug

Nach unbenützter Nachfrist kann der Gläubiger im zweiseitigen Vertrag auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder zurücktreten (Art. 107 Abs. 2 OR). Im ersten Fall ist das positive Interesse zu ersetzen; der Rücktritt begründet ein Rückabwicklungsverhältnis. Die einmal getroffene Wahl ist als Ausübung eines Gestaltungsrechts unwiderruflich **BGE 123 III 16**. Die Genfer Cour de justice verband die erste Variante von Art. 107 Abs. 2 OR mit Art. 97 Abs. 1 OR und sprach den entgangenen Weiterverkaufsgewinn zu; das negative Interesse nach Rücktritt (Art. 109 OR) deckt den entgangenen Gewinn nicht. Im kaufmännischen Verkehr wird die Wahl des positiven Interesses nach Art. 190 Abs. 1 OR vermutet **ACJC/613/2024**. Bei Erfüllungsverweigerung kann direkt nach Art. 107 Abs. 2 OR vorgegangen werden; verlangt der Gläubiger unter Aufrechterhaltung des Vertrags Schadenersatz, gelten nach dem Obergericht Luzern die Grundsätze von Art. 97 OR einschliesslich des Verschuldenserfordernisses **1B 11 28**.

Prozessual begrenzt das Wahlrecht die Klagenhäufung: Nach BGE 50 II 20 kann die Erfüllungsklage nicht mit einer Eventual- oder Alternativklage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung verbunden werden, weil das Wahlrecht nach Art. 107 OR durch Anhebung der Erfüllungsklage konsumiert ist **BGE 50 II 20**. Zum werkvertraglichen Sonderfall nach Art. 366 Abs. 2 OR siehe unten.

Nachträgliche Unmöglichkeit

Art. 97 OR erfasst die vom Schuldner zu verantwortende Unmöglichkeit, Art. 119 OR die unverschuldete. Wer eine Leistung verspricht, obwohl er wusste oder bei gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen, dass er sie unter Umständen nicht erbringen kann, haftet nach Art. 97 OR; in BGE 111 II 352 war ein behördliches Ausfuhrverbot voraussehbar, weil das Gesetz Anordnungen «jederzeit» zulies **BGE 111 II 352**. Den Gegenfall bildet 4A_267/2025: Die Covid-Massnahmen machten den vereinbarten Baubeginn objektiv und unverschuldet unmöglich, sodass die Konventionalstrafe entfiel. Der Schuldner trägt die Beweislast für die Unmöglichkeit und sein fehlendes Verschulden; ein garantieähnliches, verschuldensunabhängiges Versprechen wird nicht vermutet und ist vom Gläubiger zu beweisen **4A_267/2025**.

Für die subjektive Unmöglichkeit wendet das Obergericht Zürich mit der von ihm als «wohl noch immer herrschend» bezeichneten Auffassung dieselben Regeln an (Art. 97 OR bei Verantwortlichkeit, sonst Art. 119 OR) und referiert die Gegenansicht, die das Verzugsrecht anwenden will. Nach beiden Auffassungen konnte die Gläubigerin entschädigungslos und ohne Nachfrist zurücktreten, weil der Schuldnerin der Exkulpationsbeweis misslang **PP180004**.

Neben- und Schutzpflichten

Aus Treu und Glauben folgen Nebenpflichten, die die richtige Erfüllung der Hauptleistung sichern, und Schutzpflichten, die namentlich Leben und Gesundheit des Partners wahren. In BGE 113 II 246 schuldete die Betreiberin einer Luftseilbahn im Skigebiet als Nebenpflicht zum Transportvertrag Pistensicherung und Rettungsdienst; die Verletzung begründet Vertragshaftung mit

zehnjähriger Verjährung. Eine Haftung für alle Pistenunfälle folgt daraus nicht, weil der Geschädigte die Vertragsverletzung und den Kausalzusammenhang beweisen muss **BGE 113 II 246**. Ein beauftragter Fachmann hat unaufgefordert über Zweckmässigkeit, Gefahren und Erfolgchancen aufzuklären **4C.186/1999**. Umfang und Bestand solcher Pflichten sind jedoch vertrags- und personenabhängig: Ohne Vermögensverwaltungsmandat informiert die Bank grundsätzlich nur auf Anfrage, es sei denn, sie erkennt die Unkenntnis des Kunden oder ein besonderes Vertrauensverhältnis begründet berechnete Erwartungen; bei kundigen Kunden entfällt die Warnpflicht **4A_260/2008**.

Nicht jede Nebenpflichtverletzung führt zu Art. 97 OR. Die Waadtländer Cour d'appel civile behandelte die Nichtlieferung unentbehrlicher technischer Unterlagen als Verzug mit einer sofort fälligen Informationspflicht (Art. 102 OR) und liess den Rücktritt ohne Nachfrist zu, weil das Verhalten der Schuldnerin eine Fristansetzung nutzlos machte (Art. 108 Ziff. 1 OR) **CACI ji16-036371-180/2018**.

Vertragsverletzung und Beweislast des Gläubigers

Der Gläubiger beweist die Vertragsverletzung. Bei Sorgfaltsobligationen genügt der ausbleibende Erfolg nicht: «Dass das erwartete Ergebnis nicht erreicht wurde, bedeutet noch keine Verletzung dieser Pflicht» («Le fait que le résultat escompté n'ait pas été obtenu n'implique pas encore une violation de cette obligation.») **BGE 133 III 121**. Der Arzt schuldet nicht die Wiederherstellung der Gesundheit, sondern eine Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst **4A_216/2016**.

Eine Beweiserleichterung gilt, wenn die Behandlung eine neue gesundheitliche Beeinträchtigung verursacht, deren Risiko erkennbar war: Dann besteht eine tatsächliche Vermutung, dass nicht alle gebotenen Vorkehren getroffen wurden. Diese Vermutung kehrt die Beweislast nicht um; der Arzt kann sie erschüttern, indem er die konkreten Vorkehren und ein unbeherrschbares Restrisiko dardat **BGE 120 II 248**. Sie greift nicht, wenn bloss der erwartete therapeutische Erfolg ausbleibt, wie bei einer nicht optimalen Okklusion nach zahnärztlicher Behandlung **4A_216/2016**. Wie streng der Nachweis praktisch ist, zeigt ein Tessiner Architektenfall: Die Klage scheiterte, weil der Auftraggeber weder die fehlende Sorgfalt noch die adäquate Kausalität, namentlich mangels Gutachten zu den Regeln der Kunst, nachwies **12.2008.216**.

Verschuldensvermutung und Entlastungsbeweis

Das Verschulden wird vermutet; der Schuldner muss beweisen, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt **Art. 97 OR**. Der Verschuldensbegriff ist objektiviert **4C.186/1999**. Dogmatisch hält das Bundesgericht Pflichtverletzung und Verschulden auseinander: Steht eine Verletzung der Regeln der ärztlichen Kunst fest, obliegt dem Arzt der Beweis fehlenden Verschuldens **BGE 133 III 121**; die Frage der Vertragsverletzung ist von jener des vermuteten Verschuldens zu unterscheiden **BGE 120 II 248**. Weil aber die Sorgfaltspflichtverletzung ebenfalls nach objektivem Massstab bemessen wird, bleibt nach ihrer Bejahung für eine Exkulpation praktisch kaum Raum; in 4C.186/1999 waren nach der festgestellten Sorgfaltsverletzung einer Spezialistin «keine Gründe ersichtlich», die zu ihrer Entlastung hätten führen können **4C.186/1999**.

Prozessual ist die Vermutung ernst zu nehmen. In 4A_61/2013 beanstandete das Bundesgericht, dass die Vorinstanz jedes Verschulden des Arbeitnehmers von vornherein ausgeschlossen hatte, obwohl diesem der Beweis fehlenden Verschuldens oblag **4A_61/2013**. Der Exkulpationsbeweis wird umgekehrt erst relevant, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind und der Schuldner fehlendes Verschulden behauptet und belegt **4A_258/2020**. Er kann gelingen: Ein Verkäufer, der nach der Mängelrüge einen Architekten mit einer umfassenden Kontrolle beauftragte und sich auf dessen vorbehaltlosen Bericht verlassen durfte, war entlastet **4A_472/2010**. Ebenso gelang einem Vermieter der Entlastungsbeweis nach Art.

259e OR, weil Mängelfreiheit und regelmässige Wartung erwiesen waren **12.2010.230**.

Haftung für Hilfspersonen

Wer die Erfüllung Hilfspersonen überlässt, haftet für deren Verhalten nach Art. 101 OR wie für eigenes. Erforderlich ist ein funktioneller Zusammenhang: Die schädigende Handlung muss zugleich eine Nicht- oder Schlechterfüllung der Schuldspflicht des Geschäftsherrn darstellen. Massgebend ist, ob der Geschäftsherr bei eigenem Handeln vertraglich haften würde (hypothetische Vorwerfbarkeit). Die Haftung erfasst auch Kompetenzüberschreitungen und weisungswidriges Verhalten; in BGE 92 II 15 haftete eine Klinik für die sexuelle Beziehung eines Therapeuten zur Patientin, weil sie den Behandlungserfolg gefährdete und damit die vertragliche Unterlassungspflicht verletzte, selbst während einer Ferienreise, die noch zur Behandlung gehörte **BGE 92 II 15**.

Die Grenze zeigt 4C.394/2006: Art. 101 OR setzt eine vorbestehende Obligation und ein Handeln «mit Wissen und Wollen» des Schuldners voraus. Ein Versicherungsagent, der ohne Wissen des Versicherers eine Prämie für eine nie abgeschlossene Police einkassierte, handelte ausserhalb seines Auftrags; es blieb bei seiner eigenen Haftung aus Art. 41 OR **4C.394/2006**. Zur Freizeichnung für Hilfspersonen siehe unten.

Schaden

Differenztheorie und ihre Grenzen

Das OR definiert den ersatzfähigen Schaden nicht. Nach konstanter Rechtsprechung ist er die ungewollte Verminderung des Reinvermögens, gemessen an der Differenz zwischen dem gegenwärtigen und dem hypothetischen Vermögensstand ohne schädigendes Ereignis; er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder entgangenem Gewinn bestehen **BGE 126 III 388 BGE 145 III 225**. Daraus folgt in BGE 132 III 359, dass nach einer vertragswidrig unterlassenen Sterilisation nicht das Kind, sondern die gesetzliche Unterhaltspflicht der Eltern nach Art. 276 ZGB den Schaden bildet; der Arztvertrag ist Auftrag, und der Anspruch ergibt sich aus Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 OR **BGE 132 III 359**.

Die Differenztheorie schneidet bloss Gebrauchs- und Genussbeeinträchtigungen ab. Der Entzug des Gebrauchs einer Sache ist nach BGE 126 III 388 nur mögliche Quelle eines Schadens, nicht selbst Schaden; der Zuspruch von 40'000 Franken für die eingeschränkte Nutzbarkeit einer Villa wegen Abdichtungsmängeln verletzte Bundesrecht **BGE 126 III 388**. Das Kantonsgericht Wallis lehnte gestützt darauf Kommerzialisierungs- und Frustrationsschaden für entgangene Hoteldienstleistungen ab; der Schadensbegriff der Art. 97, 103 und 111 OR erfasse weder die Unmöglichkeit, eine Leistung zu geniessen, noch die dafür nutzlos getätigten Ausgaben **C1 23 148**. Auch ein merkantiler Minderwert bei Immobilien ist nur bei konkreter Vermögensverminderung ersatzfähig, typischerweise beim Verkauf oder bei einer anderen Bewertungsgelegenheit wie Enteignung oder Zwangsverwertung **BGE 145 III 225**.

Eine anerkannte normative Ausnahme ist der Haushaltschaden: Er ist zu ersetzen, auch wenn er sich nicht in zusätzlichen Aufwendungen niederschlägt **1A.252/2000**. Der Entscheid betrifft das Opferhilfsrecht, gibt aber die Rechtslage im privaten Haftpflichtrecht wieder. Eine Verallgemeinerung zu einem normativen Schadensbegriff lässt sich daraus nicht ableiten.

Positives und negatives Interesse

Art. 97 OR ersetzt grundsätzlich das positive Interesse: Der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn ordnungsgemäss erfüllt worden wäre **BGE 123 III 16**. Das Interesse kann sich verschieben. Ist beim Architektenvertrag die Nachbesserung einer mangelhaften Planung

unmöglich oder unzumutbar, beschränkt sich der Anspruch nach Treu und Glauben auf das negative Interesse oder den Minderwert; der Bauherr muss dessen Posten (nutzlose Aufwendungen, Folgeschäden, Honorarreduktion) behaupten. Die Klage scheiterte, weil nur Sanierungskosten verlangt wurden **4A_514/2016**. Nach Rücktritt gemäss Art. 109 OR ist ebenfalls nur das negative Interesse geschuldet; das Kantonsgericht Wallis sprach deshalb ein nutzloses Akonto zu, verweigerte aber die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts, die zum positiven Interesse gehören **C1 08 28**. Im Mietrecht hält das Obergericht Aargau für den Schadenersatz nach ausserordentlicher Kündigung fest, dass das positive Interesse geschuldet ist **ZOR.2025.53**.

Beweis und Schätzung des Schadens

Der Schaden ist so konkret wie möglich zu beweisen (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 OR) **BGE 144 III 155**. Art. 42 Abs. 2 OR ist eine bundesrechtliche Beweiserleichterung, die nicht nur für die Höhe, sondern auch für den Bestand des Schadens gilt, die Beweislast aber nicht generell abnimmt: Der Geschädigte hat alle Umstände zu behaupten und zu beweisen, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und seine Schätzung erlauben, und der Schaden muss «als annähernd sicher» erscheinen **BGE 122 III 219**. Lassen sich pflichtwidrige Transaktionen einzeln bestimmen, ist der Schaden je Transaktion zu substantiieren; eine Schätzung anhand des Gesamtportfolios scheidet aus, und die Klage ist abzuweisen, wenn diese Angaben fehlen **BGE 144 III 155**.

Den Gegenfall bildet 4A_659/2024: Ein Arzt als Mieter hatte Praxisdaten, Auslastung, Umsatz und Patientenzahlen dargelegt und von einem Experten prüfen lassen; nicht exakt bestimmbar war nur der Gewinn je ausgefallener Konsultation. Die Schätzung des entgangenen Gewinns nach Art. 42 Abs. 2 OR war daher zulässig **4A_659/2024**. Das Kantonsgericht Graubünden verlangte bei der Verletzung eines Konkurrenzverbots, dass die Klägerin ihre eigene Gewinnkalkulation offenlegt; abstrakte Branchenwerte genügten nicht **ZR2 2025 5**.

Schadenminderung und Vorteilsanrechnung

Der Geschädigte muss die nach den Umständen gebotenen, zumutbaren Massnahmen zur Schadenminderung treffen; verletzt er diese Obliegenheit, wird nur der Schaden ersetzt, der bei ihrer Einhaltung entstanden wäre **4C.177/2006**. Über Art. 44 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR gilt dies im Vertragsrecht; das Obergericht Aargau verlangt etwa vom Vermieter den Nachweis von Weitervermietungsbemühungen **ZOR.2025.53**. Art. 44 OR ist zwar von Amtes wegen anzuwenden, entbindet den Schuldner aber nicht davon, die vermeidbaren oder ersparten Beträge zu behaupten und zu beweisen **4A_659/2024**. Die Norm betrifft nur Schadenersatzansprüche, nicht Erfüllungsansprüche, etwa auf eine vertraglich vereinbarte Versicherungssumme **4A_72/2009**.

Vorteile, die ihre Quelle im schädigenden Ereignis haben, sind im vertraglichen wie im deliktischen Haftungsrecht anzurechnen, sofern ein Konnexitätszusammenhang besteht. In 4A_99/2015 überstieg der Weiterverkaufsgewinn einer Parzelle, auf der keine Baubewilligung erteilt worden war, die geltend gemachten Kosten, sodass die Widerklage abzuweisen war **4A_99/2015**.

Kausalzusammenhang

Natürliche Kausalität und Beweismass

Der Gläubiger hat den natürlichen Kausalzusammenhang wie im Deliktsrecht nachzuweisen **BGE 115 II 440**. Das Beweismass ist die überwiegende Wahrscheinlichkeit; eine Umkehr der Beweislast ist nach BGE 132 III 715 «systemfremd und findet auch im Gesetz keine Stütze» **BGE 132 III 715**. Die natürliche Kausalität ist Tatfrage, die Adäquanz Rechtsfrage **2C_507/2023**. Das Bundesgericht ist deshalb an die vorinstanzlichen Feststellungen gebunden und greift nur bei

Willkür ein **4A_516/2012**; das gilt auch, wenn die Vorinstanz die Kausalität bejaht, wie bei einem Verkäufer, der bei Aufklärung über die Doppeltätigkeit seines Maklers nicht zum vereinbarten Preis verkauft hätte **4A_424/2007**. Das Handelsgericht Zürich umschreibt das Beweismass dahin, dass kein ernst zu nehmender Raum für eine abweichende Sachverhaltsversion verbleiben darf **HG210156**.

Hypothetische Kausalität bei Unterlassungen

Bei einer Unterlassung ist zu fragen, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre. Für diesen hypothetischen Verlauf genügt die überwiegende Wahrscheinlichkeit **BGE 115 II 440 4A_18/2015**. Die Feststellungen dazu sind für das Bundesgericht verbindlich, ausser sie beruhen ausschliesslich auf allgemeiner Lebenserfahrung **4A_258/2020**. Die Behauptungs- und Beweislast liegt beim Geschädigten. In **4A_258/2020** referiert das Bundesgericht, dem Haftpflichtigen stehe der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens offen, der mindestens überwiegend wahrscheinlich sein müsse **4A_258/2020**. Nach **4A_350/2019** wird dieser Einwand bei Unterlassungen dagegen bereits durch die Prüfung der natürlichen Kausalität erledigt, und es war falsch, dem Anwalt dafür die Beweislast aufzuerlegen **4A_350/2019**. Beide Formulierungen lassen sich insoweit vereinbaren, als die Beweislast für den hypothetischen Verlauf beim Geschädigten bleibt; der Haftpflichtige trägt sie jedenfalls nicht für die Gegenhypothese.

Hohe Anforderungen gelten an die Substanziierung mehrgliedriger Kausalketten. In **4A_350/2019** genügte es nicht, dass der Anwalt die Klientin nicht über die fehlende Verbindlichkeit eines Scheidungsnachtrags informiert hatte; sie hätte behaupten und beweisen müssen, dass der Ehemann den Nachtrag bestätigt und der Richter ihn genehmigt hätte oder wie eine streitige güterrechtliche Auseinandersetzung ausgegangen wäre **4A_350/2019**. Das Handelsgericht Zürich verlangt bei Informationspflichtverletzungen, die Kette von spezifischer Pflichtverletzung über spezifischen Entscheid bis zum spezifischen Schaden kohärent zu behaupten; alternative, unentschiedene Szenarien genügen nicht **HG210156**.

Kein Ersatz für den blossen Verlust einer Chance

Die Theorie der perte d'une chance ist nach **BGE 133 III 462** mit dem schweizerischen Verständnis von natürlicher Kausalität und Schaden kaum vereinbar, weil sie Ersatz nach Wahrscheinlichkeiten auch unter 50 % gewähren würde; ihre Rezeption sei «à tout le moins, problématique» («zumindes problematisch») **BGE 133 III 462**. Der Entscheid erging allerdings unter Willkürkognition im kantonalen Staatshaftungsrecht. Die Folgeentscheide bestätigen die Linie im Vertragsrecht: In **4A_516/2012** (Arztvertrag) blieb eine Teilhaftung nach dieser Theorie ausgeschlossen **4A_516/2012**, und in **4A_18/2015** scheiterte die Klage, weil der Sehverlust nach den Gutachten sehr wahrscheinlich ohnehin unvermeidbar war **4A_18/2015**. Das Verwaltungsgericht Graubünden folgert, für die Einführung des Chancenverlusts als Schadensposten bedürfte es einer gesetzlichen Grundlage **U 2014 41**.

Adäquanz und Unterbrechung

Das Verhalten des Geschädigten oder eines Dritten beseitigt den adäquaten Kausalzusammenhang im Normalfall nicht, selbst wenn dessen Verschulden schwerer wiegt; eine Unterbrechung setzt eine Zusatzursache voraus, die so ausserhalb des normalen Geschehens liegt, dass mit ihr nicht zu rechnen war. In **BGE 116 II 519** unterbrach das schuldhafte Zuwarten der Eltern die Kausalität der fehlerhaften telefonischen ärztlichen Beratung nicht **BGE 116 II 519**. Massgebend ist die Intensität der Ursachen; ein blosses Mitverschulden führt nicht zur Unterbrechung, sondern allenfalls zur Herabsetzung **4A_385/2013**.

Unterbrechungen bejaht das Bundesgericht in klaren Konstellationen. In **BGE 146 III 387** liessen die schweren Fehler der Bank und ihrer Angestellten ein allfälliges Mitverschulden des Kunden als rechtlich

unbedeutend erscheinen **BGE 146 III 387**. In **4A_354/2020** unterbrach umgekehrt das Schweigen des Kunden auf die rechtzeitige Ankündigung einer Wertschriftenliquidation die Kausalität, weil Treu und Glauben eine unverzügliche Reaktion verlangten **4A_354/2020**. Im Staatshaftungsfall **2C_507/2023** verdrängten betrügerische Machenschaften einer Maklerin die Aufklärungspflichtverletzung eines Notars **2C_507/2023**; der Entscheid ist für Art. 97 OR nur als Parallele heranzuziehen. Die Beweislast für ein erhebliches Drittverschulden trägt der Haftpflichtige **LB180014**.

Bemessung, Genugtuung und Nebenpositionen

Herabsetzung nach Art. 43, 44 und 99 Abs. 2 OR

Über Art. 99 Abs. 3 OR gelten Art. 43 und 44 OR auch für die Vertragshaftung und für die Haftung aus Art. 101 OR. Der Grad des Verschuldens führt nur bei leichter Fahrlässigkeit zu einer Ermässigung. Daneben wird die Haftung nach Art. 99 Abs. 2 OR milder beurteilt, wenn das Geschäft dem Schuldner keinerlei Vorteil bringt; das ist nur ein Anwendungsfall der allgemeinen Regel, dass sich das Mass der Haftung nach der Natur des Geschäfts richtet. In **BGE 92 II 234** rechtfertigten das Verschulden einer Hilfsperson der Geschädigten und der geringe Vorteil der Schuldnerin zusammen eine Kürzung um einen Viertel **BGE 92 II 234**. Beim unentgeltlichen Anwaltsmandat ist Art. 99 Abs. 2 OR nach dem Tessiner Appellationsgericht nicht ausgeschlossen, aber zurückhaltend anzuwenden **12.1999.172**.

Das Selbstverschulden des Gläubigers mindert den Ersatz, wenn es erheblich zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat; die Kürzung bemisst sich nach dem Verhältnis der Schwere beider Verschulden **4A_407/2021**. Zurechenbar ist auch das Verhalten von Hilfspersonen des Geschädigten, etwa eines bauleitenden Architekten des Bestellers; **BGE 130 III 591** bestätigte eine Kürzung um 10 % für leichtes Selbstverschulden, wobei die Abmahnpflicht der Unternehmerin berücksichtigt wurde **BGE 130 III 591**. Ein schweres Mitverschulden kann die Ersatzpflicht ganz ausschliessen, wie bei einem Bankkunden, der Zahlungsaufträge blanko unterzeichnete und seine Kontoauszüge nicht prüfte **4C.210/2002**. Für die Kontrastierung zur Erfüllungsklage siehe unten.

Genugtuung bei Vertragsverletzung

Das Vertragsrecht enthält keine eigene Anspruchsnorm für Genugtuung. Nach der Rechtsprechung erfasst die Verweisung von Art. 99 Abs. 3 OR aber auch Art. 47 und 49 OR **BGE 116 II 519**. In **BGE 116 II 519** war neben dem geschädigten Kind auch die Mutter selbst klageberechtigt, weil sie die Verletzung eines absoluten Rechtsguts in ihren persönlichen Verhältnissen geltend machte **BGE 116 II 519**. Der Grundsatzentscheid **BGE 54 II 481** betonte, dass die Voraussetzungen von Art. 49 OR wie im Deliktsrecht nachzuweisen sind und die Nichterfüllung eines Vertrags diese Folge «rarement» («selten») hat; eine schwere, aber formal korrekt erklärte Vertragsauflösung genügte nicht **BGE 54 II 481**. Bei tödlichem Arbeitsunfall leitete das Tessiner Appellationsgericht den Genugtuungsanspruch der Hinterbliebenen aus Art. 328 i.V.m. Art. 97 OR ab und setzte die Beträge herab **12.1998.146**.

Schadenszins

Zum Schaden gehört der Zins ab dem Zeitpunkt, in dem sich das schädigende Ereignis finanziell ausgewirkt hat, bis zur Zahlung, und zwar auch bei vertraglicher Haftung. Der Schadenszins setzt keine Mahnung voraus, kann aber nicht kumulativ mit Verzugszins verlangt werden **BGE 122 III 53 BGE 130 III 591**. Bei Verletzung einer Hauptpflicht ist er satzmässig dem Verzugszins gleichzustellen; anders als im Deliktsrecht wird der bis zum Urteil aufgelaufene Schadenszins nicht kapitalisiert und erneut verzinst. Der Satz von Art.

104 Abs. 3 OR gilt nur im objektiv kaufmännischen Verkehr **BGE 122 III 53**. Im Übrigen beträgt der Schadenszins in der Regel 5 % **4D_5/2021**. Wird der Schaden auf den Urteilszeitpunkt berechnet, läuft Verzugszins erst ab Urteil **BGE 130 III 591**. Wer den Zeitpunkt des Schadenseintritts nicht substantiiert, erhält keinen Schadenszins, sondern allenfalls Verzugszins ab Zustellung des Schlichtungsgesuchs **HOR.2025.42**.

Vorprozessuale Anwaltskosten

Vorprozessuale Anwaltskosten können Schaden bilden, aber nur wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Forderung dienten und nicht durch die Parteientschädigung gedeckt sind. Die einzelnen Positionen sind zu substantiieren; der Verweis auf eine Honorarnote genügt nicht **4A_264/2015**. Im Vertragsrecht hält 4A_501/2021 fest, dass solche Kosten in der Regel mit der Parteientschädigung abgegolten sind und nur ausnahmsweise separat eingeklagt werden können; Aufwand ab dem Zeitpunkt, in dem ein Prozess realistisch absehbar war, gehört dazu **4A_501/2021**. Art. 97 OR darf zudem nicht dazu dienen, prozessrechtliche Kostenregeln zu umgehen: Schliesst das Verfahrensrecht Parteientschädigungen aus oder hat der Richter sie nach Art. 107 ZPO verweigert, können sie nicht als Schadenersatz verlangt werden; vorbehalten bleibt Art. 115 ZPO bei mutwilliger Prozessführung **BGE 139 III 190**. Zur Anwendung: Das Handelsgericht Zürich wies den Anspruch ab, weil die Klägerin ihren Aufwand nicht von der durch die Parteientschädigung gedeckten Prozessvorbereitung abgrenzte **HG150152**; das Tessiner Appellationsgericht sprach dagegen 2'000 Franken für 5,5 Stunden zu, die wegen der Zahlungsverweigerung der Gegenpartei nötig waren **12.2019.101**.

Vertragliche Haftungsbeschränkung

Eine zum Voraus getroffene Verabredung, welche die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausschliesst, ist nach Art. 100 Abs. 1 OR nichtig; eine Bank, die elementarste Sorgfaltspflichten verletzte, konnte sich deshalb nicht auf ihre AGB berufen **4C.157/2003**. Grobe Fahrlässigkeit ist die Verletzung elementarer Vorsichtsregeln, die jede vernünftige Person in gleicher Lage beachtet hätte. Klauseln, die das Risiko auf den Kunden verlagern, beurteilt das Bundesgericht analog nach Art. 100 und 101 Abs. 3 OR; sie sind grundsätzlich gültig und nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit der Bank nichtig. In **BGE 146 III 326** trug deshalb der Kunde den Schaden aus einem E-Mail-Betrug, weil die Bank keine ernsthaften Anzeichen einer Identitätsanmassung übersehen hatte **BGE 146 III 326**.

Bei obrigkeitlich konzessionierten Gewerben kann der Richter nach Art. 100 Abs. 2 OR auch den Ausschluss leichter Fahrlässigkeit als nichtig betrachten. Bewilligte Banken fallen darunter; abzuwägen sind das Schutzbedürfnis des Kunden und das Interesse der Bank an der Absicherung schwer vermeidbarer Risiken. In **4C.158/2006** fiel die Abwägung zulasten der Bank aus **4C.158/2006**. Für Hilfspersonen erlaubt Art. 101 Abs. 2 OR eine Freizeichnung ohne die Schranke von Art. 100 Abs. 1 OR; das Kantonsgericht Neuenburg verlangt aber eine klare Klausel und auferlegt dem Schuldner den Beweis, dass ausschliesslich eine Hilfsperson den Schaden verursachte, und nahm konkurrierend einen Organisationsmangel des Schuldners an **CACIV.2014.96**. Ebenso verneinte das Tessiner Appellationsgericht eine unmissverständliche Freizeichnung für Hilfspersonen **12.2020.3**. Das Obergericht Aargau zeigt die praktische Folge: Eine auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkte Mandatshaftung griff, weil die unterlassene Steuererklärung als grobfahrlässig zu werten war **HOR.2025.42**.

Verhältnis zu besonderen Vertragsregeln

Kaufvertrag

Der Käufer kann aus einem Sachmangel alternativ Gewährleistungsansprüche (Art. 197 ff. OR) oder Schadenersatz nach Art. 97 Abs. 1 OR ableiten. Die Alternativität ist jedoch eingeschränkt: Auch der Anspruch aus Art. 97 OR setzt die Prüfung und Rüge nach Art. 201 OR voraus und unterliegt der Verjährung nach Art. 210 OR, die als vorrangige Spezialnorm alle aus der mangelhaften Lieferung abgeleiteten vertraglichen Schadenersatzansprüche erfasst; nicht rechtzeitig gerügte Mängel führen ausser bei absichtlicher Täuschung (Art. 203 OR) zur Verwirkung **BGE 133 III 335**. Eine Praxisänderung lehnte das Bundesgericht ab **4C.300/2006**. Nach dem Tessiner Appellationsgericht gilt dies auch für eine bloss akzessorische Beratung des Verkäufers über die Verwendung der Kaufsache **12.2015.166**.

Die kaufrechtliche Sonderordnung geht zudem über Art. 97 OR hinaus: Nach Art. 208 Abs. 2 OR haftet der Verkäufer bei Wandelung verschuldensunabhängig für den unmittelbar verursachten Schaden, einschliesslich Mangelfolgeschäden innerhalb der Kausalkette; für weiteren Schaden gilt nach Abs. 3 die Verschuldensvermutung. Massgebend ist die Länge der Kausalkette **BGE 133 III 257**.

Werkvertrag und Architektenvertrag

Der Besteller kann nicht anstelle der Mängelrechte nach Art. 368 OR eine Schlechterfüllung geltend machen und sich auf Art. 97 ff. OR berufen. Verweigert der Unternehmer die gewählte Nachbesserung, gelten jedoch die allgemeinen Regeln (Art. 102 ff. OR), insbesondere Art. 107 Abs. 2 OR mit dem positiven Interesse, und Art. 98 Abs. 1 OR für die Ersatzvornahme **BGE 136 III 273**. Während der Ausführung kann der Besteller nach Art. 366 Abs. 2 OR statt der Ersatzvornahme die Wahlrechte von Art. 107 Abs. 2 OR ausüben, darf aber nicht zugleich positives Interesse und die Vorteile der Ersatzvornahme beanspruchen **BGE 126 III 230**. Art. 366 Abs. 2 OR gilt nur bis zur Ablieferung, die keine Mängelfreiheit voraussetzt **4A_319/2017**. Verlangt sind eine angemessene Frist und die Androhung der Ersatzvornahme, ausser dies wäre nutzlos; fehlt der Nachweis, entfällt der Ersatz der Sanierungskosten **4A_444/2025**.

Beim Gesamtvertrag des Architekten untersteht die Planung dem Werkvertrag, die Bauleitung dem Auftrag (Art. 398 und 97 Abs. 1 OR) **4A_514/2016**. Eine Sorgfaltswidrigkeit, die sich nicht im Werk selbst niederschlägt, ist nach dem Tessiner Appellationsgericht kein Werkmangel, sondern ein nach Art. 97 und 101 OR zu ersetzender Begleitschaden **12.2002.37**.

Miete und Arbeitsvertrag

Art. 259e OR ist ein klassischer Anwendungsfall der Vertragshaftung nach Art. 97 ff. OR mit vermutetem Verschulden des Vermieters; dieser entlastet sich, wenn er beweist, alle Vorkehren zur Vermeidung und unverzüglichen Behebung des Mangels getroffen zu haben. Im Bettwanzenfall gelang dieser Beweis **ACJC/104/2019**. Zuvor hatte das Bundesgericht klargestellt, dass Schäden an Sachen des Mieters Mangelfolgeschaden nach Art. 259e OR sind und nicht unter den verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruch nach Art. 259b OR fallen; die Sache wurde zur Neuurteilung zurückgewiesen **4A_395/2017**.

Für die Arbeitnehmerhaftung nach Art. 321e OR gelten neben dem besonderen Sorgfaltsmassstab die allgemeinen Voraussetzungen vertraglicher Haftung einschliesslich vermuteten Verschuldens; der Grad des Verschuldens und ein Mitverschulden des Arbeitgebers (Art. 99 Abs. 3 und 44 OR) können die Haftung erheblich reduzieren, in **4C.103/2005** auf rund 15 % des Schadens **4C.103/2005**. Das Obergericht Luzern leitet die Beweislastverteilung aus Art. 97 OR ab und anerkennt für Chauffeure eine besondere Haftungsmilderung bei Bagatellschäden **11 00 55**.

Konkurrenz mit der Deliktshaftung

Stellt die Vertragsverletzung zugleich einen Verstoß gegen ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung dar, konkurrieren vertragliche und deliktische Ansprüche **BGE 90 II 86**. In BGE 112 II 138 bejahte das Bundesgericht neben der deliktischen auch die direkte vertragliche Haftung des Arbeitgebers aus Art. 328 Abs. 2 OR; gegenüber mehreren Haftpflichtigen kann der Geschädigte jeden für den ganzen Schaden belangen **BGE 112 II 138**. Die Modalitäten der einzelnen Ansprüche werden dabei nicht generell angeglichen; der Genugtuungsanspruch Angehöriger unterstand Art. 60 OR, nicht Art. 127 OR **BGE 123 III 204**. Praktische Bedeutung hat dies vor allem nach Ablauf kürzerer Fristen: In BGE 90 II 86 war der vertragliche Anspruch nach kaufrechtlicher Frist verjährt, der deliktische scheiterte am Entlastungsbeweis nach Art. 55 OR **BGE 90 II 86**.

Wiederkehrende Fallgruppen: Arzt, Anwalt, Bank

Ärztliche Behandlung und Aufklärung

Der Umfang der ärztlichen Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien und den Umständen des Einzelfalls; die Beweislast für die Sorgfaltsverletzung trägt der Patient (oben). Anders bei der Aufklärung: Der Arzt muss beweisen, dass er den Patienten hinreichend informiert und dessen Einwilligung eingeholt hat. Fehlt sie, kann er sich auf die hypothetische Einwilligung berufen, trägt dafür aber ebenfalls die Beweislast, wobei der Patient mitwirken muss. Massgebend ist nicht das abstrakte Modell eines vernünftigen Patienten, sondern dessen konkrete persönliche Situation **BGE 133 III 121**. Der Patient muss wenigstens plausibel machen, dass er bei gehöriger Aufklärung nicht eingewilligt oder sich in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte; in 4A_415/2023 war die fremdsprachige Patientin nicht in einer ihr verständlichen Sprache aufgeklärt worden **4A_415/2023**. Nur wenn der Patient keine persönlichen Gründe nennt, ist objektiv zu prüfen, ob eine Weigerung verständlich wäre; bei schweren Eingriffen verlangt die Rechtsprechung eine Bedenkzeit von mindestens drei Tagen, und eine Information am Vortag eines absehbaren Eingriffs ist unzulässig **4P.265/2002**. Zur öffentlich-rechtlichen Spitalhaftung siehe oben.

Anwalt

Der Anwalt haftet über Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 321e OR für absichtlich oder fahrlässig zugefügten Schaden, nach den vier Voraussetzungen von Art. 97 OR **4A_66/2026**. An den berufsmässig und entgeltlich tätigen Beauftragten sind höhere Anforderungen zu stellen. Er schuldet aber keinen Erfolg, sondern ein Tätigwerden nach den Regeln der Berufskunst, trägt nicht die spezifischen Risiken der Bildung und Durchsetzung einer Rechtsauffassung und haftet nicht für jede Massnahme, die sich erst im Rückblick als schadensvermeidend erweist **4A_561/2023**. Bei Fehlern in der Prozessführung führt der Auftraggeber einen «Schattenprozess»: Er muss in einer ex-ante-Betrachtung beweisen, dass der ursprüngliche Prozess bei sorgfältigem Vorgehen günstiger ausgefallen wäre **4A_66/2026**. In beiden Entscheidungen scheiterte die Klage bereits an der Pflichtverletzung.

Bank und Vermögensverwaltung

Für Anlageschäden ist der Vertragstyp entscheidend. Bei blosser Konto- und Depotbeziehung klärt die Bank nach BGE 119 II 333 in der Regel nur auf Verlangen auf, und ein risikokundiger Kunde braucht keine Aufklärung **BGE 119 II 333**. Bei der Vermögensverwaltung treffen die Bank Pflichten zur Erstellung eines Kundenprofils, zur Aufklärung und zur Überwachung; der Schaden ergibt sich aus dem Vergleich des effektiven mit einem hypothetischen Portfolio, und neben vollem Schadenersatz kann nicht zusätzlich das Honorar herabgesetzt werden **4A_364/2013**. Liegt der Anlageentscheid bei der Bank und verlangt der Kunde nur den Verlust

zurück, muss er kein Alternativportfolio darlegen **4A_449/2018**. Bei der Anlageberatung ist grundsätzlich das positive Interesse zu ersetzen, und der Kunde muss den Wert einer Alternativanlage substantiieren **4A_421/2021**. Wurden nur einzelne Transaktionen pflichtwidrig ausgeführt, gilt die Einzelberechnung (oben, Schadensbeweis).

Bankrestitution und Versicherungsleistung: Erfüllungsklage statt Schadenersatz

Nicht jeder Vermögensverlust im Vertragsverhältnis ist ein Fall von Art. 97 OR. Führt die Bank Zahlungen ohne Auftrag aus, weil sie einen Legitimationsmangel oder eine Fälschung nicht erkennt, verlangt der Kunde mit einer Erfüllungsklage (Art. 107 Abs. 1 OR) die Restitution seines Guthabens; diese setzt kein Verschulden der Bank voraus, und die Bank kann sie nicht wegen Mitverschuldens nach Art. 44 OR kürzen **BGE 146 III 121**. Art. 97 OR kommt erst in einer dritten Stufe ins Spiel, wenn die Bank eine eigene Schadenersatzforderung gegen den Kunden zur Verrechnung stellt, weil dieser schuldhaft zum Schaden beigetragen hat; in BGE 146 III 387 scheiterte sie, weil ihr eigenes Verschulden die Kausalität unterbrach **BGE 146 III 387**. Steht dem Kunden dagegen nur eine Haftungsklage zu, muss er seinen Schaden nach Art. 42 ff. OR beweisen, und ein Mitverschulden kann den Ersatz mindern; in 4A_407/2021 durfte die Vorinstanz ein solches nicht willkürlich ausschliessen **4A_407/2021**. Dieselbe Unterscheidung gilt bei Versicherungsleistungen, die als Erfüllung und nicht als Schadenersatz geschuldet sind **4A_72/2009**.

Verjährung

Vertragliche Schadenersatzansprüche verjähren grundsätzlich nach zehn Jahren (Art. 127 OR). Die Frist beginnt mit der Fälligkeit (Art. 130 Abs. 1 OR), unabhängig von der Kenntnis des Gläubigers. Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung werden nach BGE 137 III 16 grundsätzlich sogleich mit der Pflichtverletzung fällig, nicht erst mit dem Schadenseintritt; im Asbestfall war der Anspruch deshalb verjährt **BGE 137 III 16**. Eine Strafanzeige unterbricht die vertragliche Frist nicht, wenn keine Adhäsionsklage möglich ist **4A_417/2021**.

Für Personenschäden gilt seit der Revision des Verjährungsrechts eine Sonderregel: Ansprüche auf Schadenersatz oder Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung oder Tötung verjähren nach Art. 128a OR mit Ablauf von drei Jahren ab Kenntnis des Schadens, jedenfalls aber nach zwanzig Jahren **BBI 2018 3537**. Die Botschaft hatte noch eine absolute Frist von dreissig Jahren vorgeschlagen **BBI 2014 235**. Übergangsrechtlich gilt nach Art. 49 Abs. 1 SchIT ZGB die längere neue Frist, sofern die Verjährung nach bisherigem Recht noch nicht eingetreten war; der Beginn laufender Fristen bleibt unberührt **BBI 2018 3537**. Das Bundesgericht hat diese Übergangsregel für die per 1. Januar 2020 in Kraft getretene Revision als Verlängerung laufender Fristen angewendet, allerdings im AHV-Recht **9C_429/2022**. Kaufrechtliche Sonderfristen gehen vor, für die Vertrauenshaftung gilt Art. 60 OR (je oben).

Vollstreckung nach Abs. 2

Zur Aufteilung zwischen SchKG (Geldforderungen) und ZPO (Realvollstreckung) und zur Entstehung von Abs. 2 siehe oben unter «Funktion und Aufbau»; zum Verhältnis von Erfüllungsklage und Schadenersatz nach Art. 107 OR siehe oben unter «Verhältnis zum Schuldnerverzug».

Die Ersatzvornahme nach Art. 98 OR ist keine eigenständige Anspruchsgrundlage. Nach BGE 142 III 321 kann der Gläubiger nicht direkt auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme unter bloss vorfrageweiser Prüfung der Leistungspflicht klagen. Er muss entweder zuerst ein Leistungsurteil erwirken und danach im summarischen Verfahren nach Art. 250 lit. a Ziff. 4 ZPO die Ersatzvornahme verlangen, oder mit dem Leistungsbegehren für den Fall des Obsiegens die direkte Vollstreckung durch Ersatzvornahme

beantragen (Art. 236 Abs. 3 und 343 Abs. 1 lit. e ZPO). Das summarische Verfahren eignet sich wegen der beschränkten Beweismittel nicht zur Klärung der materiellen Pflicht **BGE 142 III 321**.

Die Vollstreckungsmassnahmen von Art. 343 Abs. 1 ZPO können kombiniert werden; der Gläubiger kann auch die Umwandlung der Leistung in Geld verlangen (Art. 345 Abs. 1 lit. b ZPO). Ordnungsbussen sind nach Verhältnismässigkeit und Verschulden zu bemessen; das Kantonsgericht Basel-Landschaft hob eine Busse von 60'500 Franken auf, die in keinem vernünftigen Verhältnis zum Wert der geschuldeten Arbeiten stand **410 16 294**. Das Bundesgericht verlangt zudem, dass ein Verbot so bestimmt formuliert ist, dass keine materiellrechtlichen Fragen in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden, und dass die Busse auch in ihrer Höhe durch den Vollstreckungszweck gerechtfertigt ist **BGE 142 III 587**.

Praktische Folgerungen

- Anspruchsgrundlage klären: Vor der Haftungsklage prüfen, ob ein verschuldensunabhängiger Erfüllungsanspruch besteht (Bankrestitution, Versicherungsleistung) oder ob eine Sonderordnung (Art. 201/210, 368, 259e OR) Rüge- und Fristvorgaben setzt.
- Wahlrechte bewusst ausüben: Die Erklärung nach Art. 107 Abs. 2 OR ist unwiderruflich und entscheidet über positives oder negatives Interesse; Erfüllungs- und Schadenersatzbegehren lassen sich nicht eventualiter verbinden.
- Schaden substantiieren: Positionen einzeln und konkret behaupten (je Transaktion, je Kostenposten, mit eigener Gewinnkalkulation); Art. 42 Abs. 2 OR hilft nur, wenn alle zumutbaren Schätzungsgrundlagen geliefert werden.
- Kausalkette bei Unterlassungen: Den hypothetischen Verlauf in allen Gliedern behaupten und beweisen, im Anwaltsfall einschliesslich des hypothetischen Prozessausgangs.
- Verteidigung des Schuldners: Exkulpation, Mitverschulden, Schadenminderung und Vorteile konkret behaupten und beweisen; Art. 44 OR wirkt zwar von Amtes wegen, ersetzt aber keine Tatsachenbehauptungen.
- Fristen: Die zehnjährige Frist läuft bei positiver Vertragsverletzung grundsätzlich ab der Pflichtverletzung, nicht ab Schadenseintritt; bei Personenschäden ist Art. 128a OR zu beachten.
- Realvollstreckung vorbereiten: Ersatzvornahme und Vollstreckungsmassnahmen bereits mit dem Leistungsbegehren beantragen und das geschuldete Verhalten präzise formulieren.