

Art. 99 OR: Mass der Haftung und Umfang des Schadenersatzes im Allgemeinen

Funktion und Stellung im System der Vertragshaftung

Art. 99 OR begründet keine Haftung. Er regelt, wofür der Schuldner einzustehen hat und wie weit die Ersatzpflicht reicht. Anspruchsgrundlage bleibt Art. 97 Abs. 1 OR: Der Schuldner leistet bei Nicht- oder Schlechterfüllung Ersatz, „sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle“ **Art. 97 OR**. Art. 99 OR knüpft an dieses Verschuldenserfordernis an:

- Abs. 1 bestimmt den Haftungsgrund (jedes Verschulden).
- Abs. 2 erlaubt eine Abstufung nach der Natur des Geschäfts, namentlich bei Uneigennützigkeit.
- Abs. 3 verweist für die Bemessung des Ersatzes auf das Deliktsrecht.

Der Wortlaut gilt seit dem 1. Januar 1912 unverändert. Die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, die Voraussetzungen und Wirkungen der Haftung vereinheitlichen sollte, gab der Bundesrat im Januar 2004 auf und verzichtete später ausdrücklich auf eine Wiederaufnahme **BBI 2014 235**. Die Verjährungsrevision betraf Art. 60 und 67 OR, nicht Art. 99 OR **BBI 2014 235**. Vertrags- und Deliktshaftung bleiben daher getrennte Ordnungen; Art. 99 Abs. 3 OR ist die zentrale Brücke zwischen ihnen.

Abs. 1: Haftung für jedes Verschulden

Pflichtverletzung und Verschulden als getrennte Elemente

Die Rechtsprechung trennt die objektive Vertragsverletzung vom Verschulden. Die Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht (umgangssprachlich als „Berufsfehler“ bezeichnet) ist rechtlich eine Nicht- oder Schlechterfüllung der Auftragspflicht; erst wenn ein Schaden und ein Verschulden hinzutreten, entsteht der Ersatzanspruch **BGE 133 III 121**. „Die Frage der Vertragsverletzung muss sodann unterschieden werden von jener des Verschuldens, das vermutet wird, falls der Arzt nicht den Exkulpationsbeweis erbringen kann.“ **BGE 120 II 248**

Das Verschulden ist das subjektive Element der Haftung. Es liegt vor, wenn der Schuldner nach den Umständen sachgerecht hätte handeln können, dies aber vorsätzlich oder fahrlässig unterliess **BGE 117 II 563**.

Beweislast: Pflichtverletzung beim Gläubiger, Entlastung beim Schuldner

Aus Art. 97 Abs. 1 OR folgt eine zweistufige Verteilung. Der Gläubiger beweist die Vertragsverletzung, bei Sorgfaltspflichten also die Sorgfaltswidrigkeit; dass der erhoffte Erfolg ausbleibt, beweist sie nicht **BGE 133 III 121**. Steht die Verletzung fest, muss der Schuldner beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft **BGE 133 III 121**. Dieselbe Verteilung wendet das Bundesgericht in der Miete an: Der Mieter beweist Mangel, Schaden und Kausalzusammenhang, der Vermieter das fehlende Verschulden **4A_32/2018**.

Eine Beweiserleichterung besteht in der Arzthaftung: Ist eine negative Folge der Behandlung erkennbar und tritt sie ein, begründet dies eine

tatsächliche Vermutung objektiver Sorgfaltswidrigkeit. Diese Vermutung „dient der Beweiserleichterung, hat aber keine Umkehr der Beweislast zur Folge“ **BGE 120 II 248**. Sie greift nicht bei einem „blosses Ausbleiben des Behandlungserfolgs“ ohne neue gesundheitliche Beeinträchtigung **4A_216/2016**.

Objektivierter Massstab und Raum für die Entlastung

Den Umfang der Sorgfaltspflicht bestimmt die Rechtsprechung nach objektiven Kriterien **BGE 117 II 563**. Massgebend ist die Sorgfalt eines gewissenhaften Beauftragten in der gleichen Lage; höhere Anforderungen gelten für Personen, die ihre Tätigkeit berufsmässig und gegen Entgelt ausüben **4C.158/2006**.

Weil auch der Verschuldensbegriff objektiviert ist, bleibt nach bewiesener Sorgfaltswidrigkeit oft kaum Raum für eine Exkulpation. In **4C.186/1999** sah das Bundesgericht nach bejahter Sorgfaltspflichtverletzung keine Entlastungsgründe und liess ausdrücklich offen, „inwiefern bei Dienstleistungsobligationen nach der Bejahung einer Sorgfaltswidrigkeit überhaupt Raum bleibt für eine Exkulpation“ **4C.186/1999**. Anders liegt es, wo die Pflicht nicht selbst in der Sorgfalt besteht: Der Vermieter kann sich nach den Umständen entlasten, indem er zeigt, dass er den Mangel nicht kannte. In **4A_32/2018** fehlte deshalb für den ersten Hotelaufenthalt des Mieters jedes Verschulden, weil die damals verfügbaren Informationen die Schwere der Immissionen noch nicht erkennen liessen **4A_32/2018**.

„Jedes Verschulden“ und die Abstufung der Fahrlässigkeit

Abs. 1 lässt leichte Fahrlässigkeit genügen. Das Bundesgericht verwarf eine kantonale Begründung, die die Haftung eines Anwalts von einer schweren Verfehlung abhängig machte: Wie jeder Beauftragte haftet er grundsätzlich für jedes Verschulden, also auch für ein leichtes („répond en principe de toute faute; sa responsabilité est donc aussi engagée pour une faute légère“) **BGE 117 II 563**. Der Verschuldensgrad wirkt sich nur auf den Umfang des Ersatzes aus (Art. 43 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR) **BGE 117 II 563**. Für den unentgeltlichen Hinterleger erklärte das Bundesgericht die Frage nach einem schweren Verschulden für unerheblich („sans pertinence“), weil er für jedes Verschulden hafte **BGE 126 III 192**.

Die Grade werden erheblich, wo Gesetz oder Rechtsprechung an sie anknüpfen (Art. 100 Abs. 1, Art. 248 Abs. 1, Art. 43 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 2 OR). Grob fahrlässig handelt, wer elementare Vorsichtsregeln verletzt, die jede vernünftige Person in gleicher Lage beachtet hätte; leicht fahrlässig, wer nicht die ganze erwartbare Vorsicht aufwendet, ohne dass sein nicht entschuldbarer Fehler eine Verletzung elementarster Regeln darstellt **BGE 146 III 326**.

Gesetzliche Sonderregeln zum Haftungsmass

Der Besondere Teil konkretisiert Art. 99 Abs. 1 und 2 OR für einzelne Verträge:

- Der Schenker haftet für Schaden aus der Schenkung nur bei absichtlicher oder grobfahrlässiger Schädigung **Art. 248 OR**. Das Gesetz setzt hier die Milderung für das typisch uneigennützige Geschäft selbst um.

- Der Geschäftsführer ohne Auftrag haftet für jede Fahrlässigkeit, milder aber, wenn er handelte, um dem Geschäftsherrn drohenden Schaden abzuwenden; bei Handeln gegen ein erkennbares Verbot haftet er auch für Zufall **Art. 420 OR**.
- Der Beauftragte haftet im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer **Art. 398 OR**.
- Beim Arbeitnehmer bestimmt sich das Mass der Sorgfalt nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung von Berufsrisiko, Bildungsgrad, Fachkenntnissen sowie der dem Arbeitgeber bekannten oder erkennbaren Fähigkeiten **Art. 321e OR**.

Zu Art. 321e OR hält das Bundesgericht fest, dass die vier allgemeinen Voraussetzungen der Vertragshaftung (Pflichtverletzung, Verschulden, Schaden, Kausalzusammenhang) gelten und die Umstände nach Abs. 2 auch beim Ersatzumfang über Art. 42 bis 44 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR zu berücksichtigen sind **4C.87/2001**. Ein tiefer Lohn ist ein Reduktionsfaktor, jedenfalls wenn das Verschulden nicht schwer und der Schaden besonders gross ist; ebenso mangelnde Weisungen oder Kontrolle des Arbeitgebers. Im Fall wurde der Ersatz auf die Hälfte (CHF 15'000) herabgesetzt **4C.87/2001**. Offen liess das Bundesgericht, ob das Verschulden nach Art. 97 OR vermutet wird oder ob Art. 321e OR die Beweislast auf den Arbeitgeber verlagert **4C.87/2001**. Kantonale Gerichte wenden die Vermutung an und auferlegen dem Arbeitnehmer den Entlastungsbeweis **ZB 2002 35 11 00 55**.

Uneinheitlich ist die kantonale Praxis bei grober Fahrlässigkeit. Das Luzerner Obergericht schloss eine Reduktion bei grober Fahrlässigkeit aus, nahm bei mittlerer Fahrlässigkeit eine Schadensteilung und bei leichter Fahrlässigkeit für schadensgeneigte Arbeit einen Haftungswegfall an **11 00 55**. Das Kantonsgericht Graubünden hielt dagegen fest: „Eine Reduktion ist auch bei grober Fahrlässigkeit möglich.“ Es setzte die Ersatzpflicht eines grobfahrlässigen Chauffeurs wegen des Berufsrisikos auf zwei Drittel herab **ZB 2002 35**. 4C.87/2001 entscheidet diesen Gegensatz nicht, stützt die Reduktion aber ausdrücklich auf das nicht schwere Verschulden **4C.87/2001**.

Abs. 2: Milderung nach der besonderen Natur des Geschäfts

Uneigennützigkeit und geringer Vorteil

Abs. 2 erlaubt eine mildere Beurteilung, „wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt“. Das Bundesgericht legt dies nicht streng wörtlich aus: Die Bestimmung verbietet nicht, als Milderungsgrund auch zu berücksichtigen, dass der Vorteil des Schuldners „verhältnismässig gering ist“ **BGE 92 II 234**. Im Kranfall setzte es die Haftung wegen des Mitverschuldens einer Hilfsperson der Klägerin und des nur geringen Vorteils der Beklagten zusammen um einen Viertel herab **BGE 92 II 234**. In 4C.132/2001 schützte es die Herabsetzung um einen Drittel bei einer Revisionsstelle mit sehr tiefem Honorar, wobei es die Unentgeltlichkeit nach Abs. 2 als Faktor zur Begrenzung der Haftung des Beauftragten anerkannte („facteur de limitation de la responsabilité du mandataire“) **4C.132/2001**. Bei einem Auktionshaus, das eine Schätzung unentgeltlich in Erwartung eines Verkaufsauftrags vornahm, der ausblieb, hielt das Bundesgericht eine Beschränkung nach Abs. 2 für möglich **BGE 112 II 347**.

Massgebend ist die Stellung, in der der Schuldner handelt, nicht seine Motivation im Einzelgeschäft. Einem Verwaltungsrat, der eine spekulative Anlage ohne eigenen Vorteil tätigte, versagte das Bundesgericht die Milderung: Entscheidend sei, „ob er seine Stellung als Verwaltungsrat, in deren Ausübung er das Geschäft zulasten der Klägerin abschloss, uneigennützig inne hatte“ **BGE 99 II 176**.

Haftungsschwelle oder Bemessungsfaktor

Die Rechtsprechung setzt die Milderung auf zwei Ebenen an. In BGE

63 II 240 betraf sie den Haftungsgrund selbst: Eine Bank, die Wertschriften ohne Entgelt und mit allenfalls geringem indirektem Vorteil verwaltete, haftete nicht für leichte Fahrlässigkeit **BGE 63 II 240**. Neuere Entscheide behandeln die Uneigennützigkeit dagegen als Faktor bei der Bemessung, kombiniert mit Art. 43 und 44 OR **4C.132/2001 BGE 92 II 234**. Für die Praxis bedeutet dies: Abs. 2 schliesst die Haftung für leichtes Verschulden nicht generell aus, kann aber je nach Umständen den Ersatz erheblich mindern.

Grenzen bei unentgeltlicher, aber professioneller Leistung

Die Milderung tritt zurück, wenn jemand trotz Unentgeltlichkeit als Fachperson in Anspruch genommen wird. Eine professionelle Speditionsfirma, die Schmuck unentgeltlich verwahrte, haftete für jedes Verschulden nach Abs. 1, ohne dass das Bundesgericht eine Milderung erwog **BGE 126 III 192**. Das Tessiner Appellationsgericht hielt Abs. 2 beim unentgeltlichen Auftrag für anwendbar, mahnte aber wegen der Möglichkeit einer Vergütung nach Übung (Art. 394 Abs. 3 OR) zu einer zurückhaltenden Anwendung („applicazione prudente“) **12.1999.172**.

Gefälligkeit: Abgrenzung zum Vertrag und Haftungsmassstab

Abgrenzung nach dem Rechtsbindungswillen

Ob Vertrag oder Gefälligkeit vorliegt, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach Art, Grund und Zweck der Leistung, ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung und der Interessenlage **BGE 116 II 695**. Für einen Bindungswillen spricht ein eigenes rechtliches oder wirtschaftliches Interesse des Leistenden oder ein erkennbares Interesse des Begünstigten, fachmännisch beraten zu werden **BGE 116 II 695**. Die Gefälligkeit erfolgt „unentgeltlich, uneigennützig und bei Gelegenheit“ **BGE 137 III 539**. Wer als Eigentümer die von ihm beauftragten Bauleute unterstützt, handelt zumindest auch im eigenen Interesse und erbringt keine Gefälligkeit **4A_104/2012**. Eine unentgeltliche Bestätigung eines Anwalts gegenüber einer Bank, die nicht zu seinem typischen Dienstleistungsangebot gehörte, wertete das Bundesgericht als ausservertragliches Handeln, zu erfassen nach Deliktsrecht oder Vertrauenshaftung **BGE 124 III 363**.

Kontrastierend nahm der Genfer Cour de justice beim unentgeltlichen Einsatz eines Heizungsinstallateurs für einen Freund keine reine Gefälligkeit an, weil er während der Arbeitszeit mit seinem Berufswerkzeug handelte und die Leistung in einen Austausch normalerweise entgeltlicher Fachdienste eingebettet war; massgebend blieb die Sorgfalt eines gewissenhaften Fachmanns **ACJC/639/2010**.

Deliktische Haftung mit reduzierter Sorgfalt

Der Gefällige haftet nicht vertraglich, sondern nach Art. 41 OR **BGE 137 III 539**. Dennoch wirkt Art. 99 Abs. 2 OR hier: Die „systematisch in das Vertragsrecht eingereihte Bestimmung findet a fortiori auch auf Gefälligkeithandlungen Anwendung, bei denen ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille fehlt“ **BGE 137 III 539**. In der Regel genügt die eigenübliche Sorgfalt (diligentia quam in suis) **BGE 137 III 539**. Der Entscheid betraf eine Nachbarin, die kurzzeitig ein Kind hütete; das Interesse lag allein bei den Eltern **BGE 137 III 539**. Es handelt sich um eine analoge Anwendung von Abs. 2 ausserhalb seines Wortlauts.

Schaden des Gefälligen: Art. 422 OR analog

Umgekehrt kann der Gefällige, der bei der Hilfeleistung selbst Schaden erleidet, analog Art. 422 Abs. 1 OR Ersatz verlangen **BGE 129 III 181**. Die Haftung greift nur, wenn sich das der gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko verwirklicht; Zufallsschäden und das allgemeine Lebensrisiko sind ausgeschlossen, und

Auslagenersatz sowie Befreiung von Verbindlichkeiten fallen ausser Betracht **4C.56/2002**. Das Solothurner Obergericht verlangt ein altruistisches Moment: Wer aus eigenem Antrieb „und purer Langeweile“ handelt, hat keinen Anspruch **ZKAPP.2009.61**. Hilft ein Arbeitskollege im Rahmen der gemeinsamen Arbeitspflicht, bleibt für eine Gefälligkeit kein Raum **NP180027**.

Abs. 3: Verweis auf das Deliktsrecht

Tragweite des Verweises

Nach Abs. 3 finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen, „also namentlich die Art. 43 und 44 OR“, auf vertragswidriges Verhalten entsprechende Anwendung **BGE 92 II 234**. Die Rechtsprechung bezieht auch Art. 42 OR **4A_664/2024** sowie Art. 47 und 49 OR ein **BGE 116 II 519**.

Der Verweis betrifft das Mass der Haftung, nicht deren Voraussetzungen oder die Verjährung. Art. 60 OR gilt für vertragliche Ansprüche nicht kraft Art. 99 Abs. 3 OR; dessen französische Fassung, die allgemein die Regeln über die Deliktshaftung für analog anwendbar erklärt, geht nach dem Bundesgericht zu weit. Es bleibt bei Art. 127 und 130 OR **BGE 87 II 155**. Ebenso wenig schafft Abs. 3 einen allgemeinen vertraglichen Anspruch Dritter auf Ersatz des Versorgerschadens (Art. 45 Abs. 3 OR); dafür bedürfte es einer besonderen gesetzlichen Regel, und die Ansprüche der Angehörigen unterstehen Art. 60 OR **4C.194/1999**. Für den Regress zwischen mehreren Haftpflichtigen wendet die kantonale Praxis Art. 50 f. OR auch auf Vertragsschuldner an und schliesst den Rückgriff gegen den nur leicht fahrlässigen Vertragsschuldner aus, ohne dies auf Art. 99 Abs. 3 OR zu stützen **BO.2014.9**.

Art. 43 Abs. 1 OR: Verschuldensgrad und Umstände

Der Richter bestimmt Art und Grösse des Ersatzes unter Würdigung der Umstände und der Grösse des Verschuldens **Art. 43 OR**; dies gilt kraft Abs. 3 auch für die Vertragshaftung **BGE 99 II 176**. Eine Herabsetzung wegen des Verschuldensgrades setzt voraus, dass der Schuldner nur leicht fahrlässig gehandelt hat **4C.397/1999**. Das Bundesgericht legt diesen Begriff eng aus. Keine Herabsetzung erhielt der Verwaltungsrat, dessen Unsorgfalt „nicht einer augenblicklichen Unachtsamkeit oder einer im Drang der Geschäfte unterlaufenen geringfügigen Fehlüberlegung zuzuschreiben“ war **BGE 99 II 176**, ebenso wenig der Architekt, der Überwachung und Kontrolle vollständig vernachlässigte **4C.397/1999**. Auch ein Arbeitgeber, der den Arbeitnehmer über Versicherungsbedingungen nicht informierte, konnte aus dem festgestellten Verhalten kein bloss leichtes Verschulden ableiten **4A_260/2007**.

Art. 44 Abs. 1 OR: Mitverschulden und Selbstverschulden des Gläubigers

Das Mitverschulden des Gläubigers ist ein Herabsetzungsfaktor, sofern es nicht so schwer ist, dass es den Kausalzusammenhang unterbricht, und sofern es wesentlich zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens beitrug **4A_539/2021**. Die Unterbrechung erfordert ein Verschulden des Geschädigten, das so schwer und so unvernünftig ist („si lourde et si déraisonnable“), dass es die Pflichtverletzung des Schuldners in den Hintergrund drängt; im Übrigen bemisst sich die Herabsetzung nach dem Verhältnis der beiden Verschulden **4A_407/2021**. Im Normalfall unterbricht das Verhalten des Geschädigten die Adäquanz nicht, selbst wenn es schwerer wiegt als dasjenige des Schuldners **4A_539/2021** **BGE 116 II 519**.

Folgende Konstellationen zeigen die Spannweite:

- Kontrollpflichten des Bankkunden: Wer gefälschte Vermögensauszüge trotz offensichtlicher Anzeichen nicht prüft und meldet, muss eine Kürzung um zwei Fünftel hinnehmen **4A_539/2021**. Wusste der Kunde von früheren unautorisierten

Anlagen seines Betreuers, war es willkürlich, jedes Mitverschulden auszuschliessen **4A_407/2021**.

- Hilfspersonen des Gläubigers: Der Gläubiger hat für seine Hilfspersonen einzustehen wie der Schuldner für die seinen (Art. 101 OR) **BGE 92 II 234** **4A_539/2021**.
- Vorsätzliches Handeln der Hilfsperson des Schuldners: Unterschlägt der Bankberater Kundenvermögen, muss sich die Bank seinen Vorsatz als eigenen anrechnen lassen; ein Fehlverhalten des Kunden auf einem anderen Konto war gegenüber diesem Vorsatz für die Adäquanz bedeutungslos, eine Herabsetzung entfiel **4C.5/2007**. Der anschliessende kantonale Entscheid betraf nach der Rückweisung nur noch die Kosten **12.2007.155**.
- Handeln auf eigene Gefahr: Wer ein vorhersehbares, abwendbares Risiko bewusst eingeht, muss eine Kürzung hinnehmen; das Bundesgericht hielt eine Reduktion um einen Drittel für bundesrechtskonform **4C.89/2005**.
- Teilweises Selbstverschulden im Werkvertrag: Ungenügende Weisungen des Bestellers, die nicht die volle Entlastung nach Art. 369 OR bewirken, führen beim Mangelfolgeschaden zu einer Herabsetzung nach Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR, über deren Mass der Richter nach Ermessen befindet **BGE 116 II 454**.
- Rollentausch: Ist die Bank die Geschädigte, wirkt ihr eigenes schweres Verschulden nur als Mitverschulden nach Art. 44 Abs. 1 OR und darf nicht mit Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) vermischt werden **4A_119/2018**.

Kantonal setzte das Tessiner Appellationsgericht den Anspruch eines nur leicht fahrlässigen Kunden gegenüber der weit schwerer fehlbaren Post um einen Drittel herab **12.2010.100**.

Schadenminderungsobliegenheit

Art. 44 Abs. 1 OR erfasst auch Umstände, die den Schaden verschlimmern. Sobald der Gläubiger die Vertragsverletzung erkennt und ihre Folgen beheben kann, muss er alles Zumutbare zur Begrenzung des Schadens tun; der Schaden ist auf diesen Zeitpunkt zu berechnen, und der Geschädigte darf nicht jahrelang zuwarten, um den günstigsten Moment zu wählen **4A_548/2013**. Eine angemessene Bedenkzeit ist ihm zuzugestehen **4A_548/2013**. Geschuldet sind nur Massnahmen, die sich aufdrängen, geeignet und zumutbar sind; ein vages, riskantes neues Immobiliengeschäft gehört nicht dazu, und ein Schiedsspruch, der dies verlangte, wurde als willkürlich aufgehoben **12.1999.172**.

Sonderregeln gehen vor. Nach Art. 264 Abs. 3 OR muss sich der Vermieter bei vorzeitigem Auszug des Mieters nur absichtlich unterlassene Gewinne anrechnen lassen, sodass nur bewusste und schwerer wiegende Unterlassungen den Mietzinsanspruch mindern **4C.118/2002**. Demgegenüber verlangt die Waadtländer Praxis vom Vermieter, dessen Anspruch auf Art. 44 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR beruht, den Nachweis seiner Minderungsbemühungen und rechnet Mehrerträge aus der Wiedervermietung an **CACI xz13-023106-404/2014**.

Art. 44 Abs. 2 OR: Notlage des Schuldners

Eine Herabsetzung wegen Notlage setzt voraus, dass der Schuldner weder absichtlich noch grobfahrlässig handelte **Art. 44 OR**. Bei grober Fahrlässigkeit, wie bei einem Anästhesisten, wird die Bedürftigkeit gar nicht mehr geprüft; ob ein mittleres Verschulden eine Herabsetzung zulässt, liess das Bundesgericht offen **BGE 108 II 422**. In einem Genfer Entscheid zur Verantwortlichkeit von Stiftungsräten (ausserhalb der Vertragshaftung) wurde die Herabsetzung bei leichter Fahrlässigkeit und bescheidenem Einkommen gewährt, bei relativ schwerer Fahrlässigkeit verweigert **ATAS/311/2016**.

Ausschluss der Herabsetzung durch Sonderregeln

Art. 44 OR beruht auf Billigkeitserwägungen, ist „nicht singulärer Natur und daher der analogen Anwendung fähig“; so kann der Ersatz nach Pauschalreisegesetz wegen Selbstverschuldens des Reisenden

herabgesetzt werden, obwohl jenes Gesetz die Teilreduktion nicht regelt **130-iii-182**. Die Analogie endet, wo eine Sonderregel vollen Ersatz abschliessend anordnet. Beim Lohnersatz nach Art. 337c Abs. 1 OR erlaubt ein Mitverschulden des Arbeitnehmers keine Herabsetzung, obwohl es sich um Schadenersatz handelt; es zählt nur bei der Entschädigung nach Abs. 3 **120-ii-243**. Bei der Entschädigung des Unternehmers nach Art. 377 OR bleibt das Verschulden des Bestellers ohne Einfluss, und Mängel oder Verzug des Unternehmers sind nach Art. 366 OR zu behandeln, nicht über Art. 44 Abs. 1 OR **96-ii-192**.

Verfahren und Prüfungsbefugnis

Art. 44 OR ist von Amtes wegen anzuwenden, doch muss der Schuldner die tatsächlichen Grundlagen einer Herabsetzung behaupten und beweisen (Art. 8 ZGB); ohne Angaben zu ersparten Beträgen scheiterte die geltend gemachte Schadenminderung **4a-659-2024**. Über das Mass der Herabsetzung entscheidet der Richter nach Ermessen **BGE 116 II 454**. Das Bundesgericht greift nur ein, wenn die kantonale Instanz ihr weites Ermessen missbraucht oder überschritten hat **4C.397/1999 4C.132/2001**, beziehungsweise bei einem offensichtlich ungerechten Ergebnis **4A_539/2021**.

Art. 42 OR: Schadensnachweis und Schätzung

Kann der ziffernmässige Schaden nicht nachgewiesen werden, schätzt ihn der Richter nach Art. 42 Abs. 2 OR, der über Abs. 3 auch in der Vertragshaftung gilt **101-2021-203**. Die Schätzungsbefugnis entbindet aber nicht von der Substanziierung, auch wenn nur der Umfang, nicht der Bestand des Schadens unsicher ist **4A_664/2024**. Art. 42 Abs. 2 OR erlaubt keine Forderungen „in beliebiger Höhe“; sind die pflichtwidrigen Transaktionen einzeln bestimmbar, muss der Schaden je Transaktion behauptet und bewiesen werden, eine Schätzung anhand des Verlusts des Gesamtportfolios verletzt Bundesrecht **4a-586-2017**. Gelungen ist die Schätzung des entgangenen Gewinns eines Arztes aus einem Mietmangel, weil Umsatz, Patientenzahl und Konsultationen dargelegt waren **4a-659-2024**. Auch die Vorteilsanrechnung, etwa eines subjektiven Vorteils des Bauherrn aus einem aufgedrängten Mehrwert, kann geschätzt werden **122-iii-61**.

Genugtuung aus Vertragsverletzung

Das Vertragsrecht enthält keine eigene Anspruchsnorm für Genugtuung, „doch nimmt die Rechtsprechung an, die Verweisung von Art. 99 Abs. 3 OR erfasse ebenfalls Art. 47 und 49 OR“; trotz Kritik in einem Teil der Literatur hielt das Bundesgericht daran fest **BGE 116 II 519**. Aktivlegitimiert war dort neben dem geschädigten Kind auch die Mutter wegen Verletzung in ihren persönlichen Verhältnissen **BGE 116 II 519**. In der Arzthaftung aus Auftrag (Art. 394 ff., 398 und 97 ff. OR) bestätigte das Tessiner Appellationsgericht eine Genugtuung von CHF 10'000 für den vollständigen Verlust der Sehkraft eines Auges nach einer unterlassenen Netzhautabklärung **12-2013-100**. Den Verlust des Augenlichts liess es als Quelle akuten Leidens genügen, ohne weiteren Nachweis („senza che sia necessario provare altro, se non la perdita della vista“) **12-2013-100**. Die Höhe prüfte es nicht selbst, weil der Arzt sie nicht beanstandet hatte, und eine Rechtsgrundlage (Art. 47 oder 49 OR, Art. 99 Abs. 3 OR) nennt der Entscheid nicht; er illustriert daher das Ergebnis vertraglicher Genugtuung, nicht deren Herleitung **12-2013-100**. Im Arbeitsvertrag führt eine Persönlichkeitsverletzung durch Hilfspersonen des Arbeitgebers zu Genugtuung nach Art. 328 Abs. 1 i.V.m. Art. 49 Abs. 1 OR; ob man sich auf Vertrag oder Delikt stützt, ist für das Ergebnis gleich **137-iii-303**.

Die Verletzung einer Vertragspflicht genügt allein nicht. Erforderlich ist eine gewisse objektive Schwere und ein subjektiv ausreichend starkes Leiden **4a-123-2007**. Grobe und demütigende Äusserungen eines Vorgesetzten, die nur als leichte Verletzung qualifiziert wurden, begründeten keinen Anspruch **4a-326-2020**. Ein Mitverschulden kann die Basisgenugtuung analog Art. 43 Abs. 1 und 44 Abs. 1 OR kürzen

wkl-2016-15. Vertragliche Genugtuungsansprüche verjähren nach Art. 127 OR **BGE 87 II 155**.

Abgrenzungen: Freizeichnung und Anspruchskonkurrenz

Wegbedingung der Haftung (Art. 100 und 101 OR)

Die Abstufung nach Abs. 1 bestimmt auch die Grenzen der Parteiautonomie. Eine im Voraus getroffene Abrede, die die Haftung für Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausschliesst, ist nichtig **220--100**. Risikoüberwälzungsklauseln von Banken für E-Mail-Aufträge sind zulässig, entfallen aber bei grober Fahrlässigkeit der Bank; im entschiedenen Fall war der Betrug nicht so offensichtlich, dass eine grobe Fahrlässigkeit vorlag, und der Kunde trug den Schaden **BGE 146 III 326**. Bei obrigkeitlich konzessionierten Gewerben kann der Richter auch den Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden für nichtig erklären **220--100**; das Bundesgericht wendet dies auf Banken an, selbst für die an sich nicht bewilligungspflichtige Vermögensverwaltung **4C.158/2006**. Für die Haftung aus Hilfspersonen gilt die Schranke von Art. 100 Abs. 1 OR nicht, doch muss die Klausel klar sein; eine allgemein formulierte Klausel genügt nicht, und Organe sind keine Hilfspersonen **caciv-2014-96**.

Konkurrenz mit der Deliktshaftung

Erfüllt dasselbe Verhalten zugleich eine Vertragsverletzung und eine unerlaubte Handlung, bestehen beide Ansprüche nebeneinander **64-ii-254**. Die Konkurrenz setzt voraus, dass die Vertragsverletzung zugleich ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung verletzt, etwa Leib und Leben gefährdet **90-ii-86**. Die Unterschiede bleiben praktisch bedeutsam, weil Art. 99 Abs. 3 OR nur das Haftungsmass angleicht:

- Im Werkvertrag scheiterte der Vertragsanspruch an der versäumten Mängelrüge, der Deliktsanspruch blieb bestehen **64-ii-254**.
- Umgekehrt war der Vertragsanspruch eines Käufers verjährt, und die Deliktshaftung entfiel, weil der Geschäftsherr den Entlastungsbeweis nach Art. 55 OR erbrachte **90-ii-86**; im Vertrag wird das Verhalten der Hilfsperson dagegen ohne Entlastungsmöglichkeit zugerechnet **137-iii-303**.
- Die vertragliche Haftung des Arbeitgebers aus Art. 328 Abs. 2 OR ist eine direkte Haftung; neben der Deliktshaftung führte sie trotz Mitverschuldens eines Dritten zur Haftung für den ganzen Schaden in unechter Solidarität **112-ii-138**.

Die Konkurrenz reicht über Art. 41 OR hinaus. Die Neuenburger Cour civile hielt fest, dass dieselbe Handlung zugleich eine Vertragsverletzung und unlauteren Wettbewerb darstellen kann („un même acte peut-être constitutif d'une violation contractuelle et d'un acte de concurrence déloyale“) **cciv-2013-5**. Für die sachliche Zuständigkeit (Art. 5 Abs. 1 ZPO) stellte sie auf die überwiegende Natur des Streits ab und verwarf die Auffassung, die vertragliche Grundlage gehe in der Regel vor; dass der Schaden teilweise über entgangene Vertragsbestellungen berechnet wurde, änderte daran nichts **cciv-2013-5**. Der Entscheid betrifft die Zuständigkeit, nicht das Haftungsmass; er zeigt aber, dass die vertragliche Beziehung konkurrierende ausservertragliche Anspruchsgrundlagen nicht verdrängt **cciv-2013-5**.

Hinweise für die Praxis

- Gläubiger: Die objektive Pflichtverletzung ist konkret zu beweisen; ein ausgebliebener Erfolg genügt nicht **BGE 133 III 121**. Der Schaden ist so substanziert wie möglich darzulegen, bei Einzeltransaktionen je Transaktion **4a-586-2017**. Ab Kenntnis der Verletzung sind zumutbare Minderungsmaßnahmen zu treffen **4A_548/2013**.
- Schuldner: Herabsetzungsgründe (leichtes Verschulden, Uneigennützigkeit, Mitverschulden, Notlage) müssen behauptet und bewiesen werden **4a-659-2024**. Vorab ist zu prüfen, ob eine

Sonderregel wie Art. 337c Abs. 1 oder Art. 377 OR jede Herabsetzung ausschliesst **120-ii-243 96-ii-192**.

- Vertragsgestaltung: Haftungsbeschränkungen erfassen höchstens leichte Fahrlässigkeit des Schuldners selbst und sind bei Banken zusätzlich gefährdet; Ausschlüsse für Hilfspersonen müssen ausdrücklich und klar formuliert sein **4C.158/2006 caciv-2014-96**.
- Unentgeltliche Hilfe: Ob Vertrag oder Gefälligkeit vorliegt, entscheidet die Interessenlage; wer als Fachperson beigezogen wird, muss mit dem professionellen Massstab rechnen **BGE 116 II 695 ACJC/639/2010**.