

---

Sonderdruck

---

**Festschrift**

**Zur Emeritierung von  
Jean-Fritz Stöckli**

Herausgegeben von  
Eva-Maria Bäni und Angela Obrist



Dike Verlag AG, Zürich / St. Gallen 2014  
ISBN 978-3-03751-630-0

---

# Sorgfalt, Pflichtwidrigkeit und Verschulden

## im auftrags-, arbeits- und aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht

LUKAS HANDSCHIN/BEAT JUCKER

### Inhaltsübersicht

I.	Grundlagen; der Sorgfaltsmassstab in Vertragsverhältnissen	318
II.	Der Sorgfaltsmassstab im Auftragsrecht	319
	1. Konkretisierung durch die Abstraktheit des Sorgfaltsmassstabes	319
	2. Konkretisierung des Sorgfaltsmassstabes durch die Parteien	320
	a) Konkretisierung durch Parteivereinbarung	320
	b) Anwendung des Vertrauensprinzips?	321
	c) Dispositive Natur des Sorgfaltsmassstabes	322
	3. Konkretisierung des Verschuldensmassstabes	323
	a) Grundlagen	323
	b) Urteilsfähigkeit als allgemeine Voraussetzung	323
	c) Subjektivierter Verschuldensmassstab?	324
III.	Der Sorgfaltsmassstab im Arbeitsrecht	325
	1. Grundlagen	325
	2. Der (vertragliche) Sorgfaltsmassstab	325
	3. Verschuldensebene	326
IV.	Der Sorgfaltsmassstab im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht	326
	1. Konkretisierung des Sorgfaltsmassstabes	326
	2. Konkretisierung des Verschuldensmassstabes	327
	3. Abgrenzung zum Sorgfaltsmassstab in Vertragsverhältnissen	327
V.	Haftungsbeschränkung	328
	1. Grundlagen	328
	2. Sog. «Schadensgeneigte Arbeiten» im Arbeitsrecht	328
	3. Berücksichtigung spezifischer Risiken im Auftragsrecht	329
	4. Risiken im Verantwortlichkeitsrecht	330
VI.	Freizeichnungsklauseln	331
	1. Grundlagen	331
	2. Freizeichnung im Auftragsrecht	331
	3. Freizeichnung im Arbeitsrecht	332
	4. Freizeichnung im Verantwortlichkeitsrecht	332
VII.	Fazit	333

## I. Grundlagen; der Sorgfaltsmassstab in Vertragsverhältnissen

Der vorliegende Beitrag untersucht die geschuldete Sorgfalt im arbeits-, auftrags- und im (aktienrechtlichen) Verantwortlichkeitsrecht. Er befasst sich zum einen mit dem dispositiv geschuldeten Sorgfaltsmassstab und weiter mit der Frage, ob und wie dieser Sorgfaltsmassstab vertraglich abgeändert werden kann.

Dazu ist einmal festzuhalten, dass ganz grundsätzlich die vertraglich geschuldete Sorgfalt nie isoliert betrachtet geschuldet ist, sondern immer im Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht.<sup>1</sup> Der Schuldner schuldet nicht zwei Leistungen (vertragsgemässe Sorgfalt und Gegenstand des Vertrags), sondern die sorgfältige Erbringung *einer* Leistung. Die Frage nach der Sorgfalt ist deshalb immer auch eine Frage nach deren Qualität<sup>2</sup> im Hinblick auf die vertraglich geschuldete Leistung. Unsorgfältiges Handeln ist daher nur eine Vertragsverletzung, wenn die im Rahmen der vertraglich geschuldeten Leistung vereinbarte Sorgfalt verletzt wurde. Die als Teil der vertraglichen Leistung geschuldete Sorgfalt ist durch Auslegung des Vertrags zu ermitteln.

Die Beschreibung des notwendigen Sorgfaltsmassstabes betrifft im Hinblick auf die allenfalls damit verbundene Vertragsverletzung nicht nur die Widerrechtlichkeit, sondern hat auch eine Reflexwirkung auf das Verschulden.<sup>3</sup> Diese Doppelnatur des Sorgfaltsmassstabes bringt einige Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich und hat auch verschiedentlich zu einer Verwässerung der Begrifflichkeiten geführt. Im Folgenden soll auch gezeigt werden, dass eine Unterscheidung der beiden Begriffe zwingend notwendig ist.

Die Unterscheidung zwischen Vertragsverletzung und Verschulden hat nicht nur terminologische Bedeutung, sondern ist auch vor dem Hintergrund der Beweislast von Bedeutung. Gem. Art. 97 Abs. 1 OR wird nämlich das Ver-

---

<sup>1</sup> Sie kann auch die Nebenpflichten betreffen; vgl. zum Ganzen insbesondere für das Arbeitsrecht WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 195; BSK-PORTMANN, N 1 zu Art. 321a OR; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 1 zu Art. 321a OR; ZK-STAEHELIN, N 1 zu Art. 321a OR; WALTER FELLMANN, Ein spezieller Sorgfaltsmassstab für Fachanwälte?, HAVE 2008, S. 365 ff., 365.

<sup>2</sup> PORTMANN/STÖCKLI (FN 1), N 195.

<sup>3</sup> ZK-STAEHELIN, N 16 ff. zu Art. 321e OR; BSK-PORTMANN, N 3 zu Art. 321e OR.

schulden vermutet und dem Belangten steht der Exkulpationsbeweis offen. Der Nachweis der Vertragsverletzung obliegt nach Art. 8 ZGB demgegenüber grundsätzlich dem Ansprecher.<sup>4</sup>

## II. Der Sorgfaltsmassstab im Auftragsrecht

### 1. Konkretisierung durch die Abstraktheit des Sorgfaltsmassstabes

Der Beauftragte haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes.<sup>5</sup> Er muss gem. Art. 398 Abs. 1 OR im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis einstehen. Diese Verweisung auf das Arbeitsrecht ist verschiedentlich als Fehlleistung des Gesetzgebers<sup>6</sup> bezeichnet worden, da sie den Unterschied zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Tätigkeit sowie die Ungleichheit zur stark weisungsgebundenen Arbeit im Arbeitsrecht nicht genügend reflektieren würde.

Nach der herrschenden Auffassung hat der Beauftragte für diejenige Sorgfalt einzustehen, die für den übernommenen Auftrag notwendig ist. Er muss beispielsweise über die durchschnittlichen Fähigkeiten eines Anwalts oder eines Arztes verfügen. «*An das Wirken des Beauftragten ist [somit] ein abstrakter Sorgfaltsmassstab anzulegen, objektiviert betrachtet im Lichte des berufsspezifischen Durchschnittsverhaltens.*»<sup>7</sup> Vom Beauftragten wird deshalb erwartet, dass er die Regeln der Berufskunst beherrscht. In diesem Zusammenhang ist auch ein Übernahmeverschulden möglich.<sup>8</sup> Es stellt sich die Frage, inwieweit die Parteien den zu beachtenden Sorgfaltsmassstab abändern und einen Sorgfaltsmassstab individuell vereinbaren können?

<sup>4</sup> Vgl. dazu JEAN-FRITZ STÖCKLI/SUSANNA BAUMGARTNER, Ärztlicher Behandlungsfehler – Besonderheiten der auftragsrechtlichen Haftung, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Private Law, national – global – comparative*, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 1649 ff., 1662 f.

<sup>5</sup> Art. 398 Abs. 2 OR.

<sup>6</sup> BK-FELLMANN, N 480 zu Art. 398 OR; HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, S. 327 f.

<sup>7</sup> BSK-WEBER, N 27 zu Art. 398 OR.

<sup>8</sup> HONSELL (FN 6), S. 328.

## 2. Konkretisierung des Sorgfaltsmassstabes durch die Parteien

### a) Konkretisierung durch Parteivereinbarung

In Vertragsverhältnissen stehen die Parteien typischerweise in regem Kontakt zueinander und handeln individuell die für ihre Bedürfnisse am besten geeigneten Inhalte aus. In der Regel erfolgt dieser Kontakt völlig frei, d.h., der Staat greift nicht reglementierend ein. Dies ist der Anwendungsbereich der Vertragsfreiheit bzw. der Privatautonomie, wonach es jedem Bürger freigestellt ist, mit wem und mit welchem Inhalt er Verträge abschliessen will.<sup>9</sup> In einigen Bereichen, wie insbesondere im Arbeitsrecht, wird dieser Freiheit indessen aufgrund besonderer Schutzbedürftigkeit Grenzen gesetzt, indem der Gesetzgeber zwingende Schutzbestimmungen zugunsten der (potentiell) sozial schwächeren Partei erlässt. Im Auftragsrecht, wo es dieses normative Schutzbedürfnis nicht gibt, muss es hingegen möglich sein, die Qualität bzw. damit den Sorgfaltsmassstab der zu erbringenden Leistung explizit zu spezifizieren. Dies kann richtigerweise sowohl in qualitätserhöhender als auch in qualitätsmindernder Hinsicht geschehen.

Der Beauftragte kann sich trotz des Verweises auf das Arbeitsrecht in Art. 398 Abs. 1 OR grundsätzlich nicht auf Art. 321e Abs. 2 berufen.<sup>10</sup> Der Beauftragte kann sich also grundsätzlich nicht darauf berufen, dass er die *nur ihm* mögliche Sorgfalt angewandt hat. Die Verweisung auf das Arbeitsrecht in Art. 398 Abs. 1 OR bedeutet aber gleichwohl, dass sich der Sorgfaltsmassstab *auch* nach den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften des Beauftragten richtet, aber nur dann, wenn sie der Auftraggeber *gekannt hat oder hätte kennen müssen* und sie zum Gegenstand des Vertrages geworden sind.<sup>11</sup> Dies heisst einerseits, dass bei einem besonders befähigten Spezialisten qualifizierte Fähigkeiten vom Konsens erfasst werden und damit zum Vertragsgegenstand

---

<sup>9</sup> Vgl. dazu INGEBOG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 25.01.

<sup>10</sup> Art. 321e Abs. 2 OR: «Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen.»

<sup>11</sup> BGE 127 III 357, Erw. 1c.

werden.<sup>12</sup> Andererseits bedeutet dies, dass ein minder qualifizierter Beauftragter bei entsprechender Offenlegung des Mangels und entsprechender Kenntnis des Auftraggebers nicht belangt werden kann, auch nicht über die Konstruktion des Übernahmeverschuldens.

Wird beispielsweise im Rahmen eines komplexen Gerichtsverfahrens ausdrücklich ein ausgewiesener Fachmann mit langjähriger Erfahrung und eingehenden Fachpublikationen beigezogen, dürfen von ihm differenziertere Kenntnisse und Fähigkeiten als von einem Generalisten erwartet werden. Auf der anderen Seite müssen an einen unerfahreneren frisch promovierten Kollegen, der den gleichen Prozess unter den gleichen Umständen begleiten soll, geringere Anforderungen gestellt werden. Dies gilt umso mehr, wenn der beauftragenden Partei die mangelnden Kenntnisse bekannt sind, sie aber aufgrund seines besonderen Charisma trotzdem nicht auf die Dienste des Neulings verzichten will und insofern eine Wahlmöglichkeit zwischen den beiden Anwälten hatte. Dass, wenn der Prozess verloren geht, der Auftraggeber dem jungen Anwalt nicht vorwerfen kann, er hätte die übliche Sorgfalt nicht angewandt, ist selbstverständlich. Der Grund dafür ist aber nicht ein rechtsmissbräuchliches *venire contra factum proprium* des Auftraggebers, sondern viel einfacher und grundlegender der vertraglich vereinbarte Sorgfaltsmassstab, der hier nicht verletzt wurde. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass wenn der Schädiger eine höhere Fachkenntnis als im Verkehr üblich besitzt, qualifizierte Fähigkeiten vom Konsens erfasst werden und er diese einsetzen muss und sich insbesondere nicht darauf berufen kann, die übliche Sorgfalt eingesetzt zu haben.<sup>13</sup> Ähnliches gilt, wenn der Ansprecher um die geringeren Kenntnisse des Beauftragten gewusst hat.

## b) Anwendung des Vertrauensprinzips?

Die Erklärungen der Parteien sind jeweils nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Dabei ist zu fragen, wie der Empfänger eine rechtsgeschäftliche Erklärung in guten Treuen verstehen durfte und musste.<sup>14</sup> Nicht passend ist in diesem Zusammenhang aber richtigerweise die weitergehende Anwendung

<sup>12</sup> CHK-GEHRER/GIGER, N 10 zu Art. 398 OR.

<sup>13</sup> SCHWENZER (FN 9), N 22.17.

<sup>14</sup> PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2009, N 8 zu § 6.

des Vertrauensprinzips, nach dem bei lückenhaften Willenserklärungen der Parteien das Gericht ergänzend eingreifen muss, und zwar in dem Sinn, dass es sich fragen muss, was die Parteien vernünftigerweise vereinbart hätten, wenn sie den eingetroffenen Lauf der Dinge in Betracht gezogen hätten.<sup>15</sup> Dieser Fall tritt eben gerade nicht ein, da die Parteien ausdrücklich einen differenzierten Sorgfaltsmassstab konsensual begründet haben. Der Richter kann nicht seine (noch so vernünftigen) Überlegungen an die Stelle der Parteien setzen, wenn feststeht, dass diese einen bestimmten Sorgfaltsmassstab festgelegt haben.

### c) **Dispositive Natur des Sorgfaltsmassstabes**

Geht man davon aus, dass die Konkretisierung des Sorgfaltsmassstabes grundsätzlich der Parteivereinbarung zugänglich ist, bedeutet dies, dass die Bestimmung des Sorgfaltsmassstabs dispositiv<sup>16</sup> ist. Dies ist sachlich richtig, da anders als im Arbeitsrecht kein spezielles Schutzbedürfnis besteht, insbesondere keine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und als Folge davon eine sozial schwächere Stellung des Arbeitnehmers. Es stehen sich zwei völlig gleichberechtigte Subjekte gegenüber, die nach dem Grundsatz der Privatautonomie frei miteinander verkehren dürfen. Nur wenn die Parteien zum Sorgfaltsmassstab nichts Spezielles vereinbart haben, besteht Raum, die dispositive Regelung anzuwenden und von einem standardisierten objektivierten Sorgfaltsmassstab auszugehen.

Zum Teil wird argumentiert, dass das Sorgfaltselement dem Auftragsverhältnis immanent sei, m.a.W. begriffsbestimmend und deshalb als essentialia nicht der Parteivereinbarung zugänglich sei.<sup>17</sup> Dies mag für eine Wegbedingung etwelcher Sorgfalt zutreffen. Damit ist aber nicht der Fall gemeint, in dem der Sorgfaltsmassstab nach oben oder unten konsensual differenziert wird. Mit der Parteivereinbarung werden nur unterschiedliche Qualitätsanforderungen gesetzt, nicht aber die Sorgfalt völlig verneint.

---

<sup>15</sup> Vgl. dazu TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (FN 14), N 8 zu § 6.

<sup>16</sup> So BSK-WEBER, N 23 zu Art. 398 OR.

<sup>17</sup> BSK-WIEGAND, N 6 zu Art. 100 OR.

### 3. Konkretisierung des Verschuldensmassstabes

#### a) Grundlagen

Der Beauftragte haftet im Allgemeinen sowohl für Vorsatz als auch für Fahrlässigkeit.<sup>18</sup> Vorsatz ist dabei der Wille, eine Vertrags- oder Rechtsverletzung zu begehen oder zumindest in Kauf zu nehmen. Fahrlässigkeit dagegen das Ausserachtlassen der unter den konkreten Umständen erforderlichen Sorgfalt, das Nichtaufwenden der nach diesen Kriterien bestimmten Sorgfalt.<sup>19</sup> Der Beauftragte haftet nach der herrschenden Auffassung zum objektivierten Verschuldensmassstab nur, wenn «[...] die Einhaltung der Sorgfalt einem korrekt handelnden Beauftragten unter den konkreten Umständen möglich und zumutbar wäre.»<sup>20</sup> «Bei der Ermittlung dieses durchschnittlichen Massstabes ist die in dem Verkehrskreis, in dem der Schuldner handelt, übliche und geforderte Sorgfalt zu berücksichtigen.»<sup>21</sup>

#### b) Urteilsfähigkeit als allgemeine Voraussetzung

Als subjektives Element des Verschuldens wird unter dem Regime des objektivierten Verschuldensmassstabes nach der Urteilsfähigkeit des Schädigers gefragt. Gem. Art. 16 ZGB ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln, urteilsfähig. Wer nicht urteilsfähig ist, vermag unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen durch seine Handlungen keine rechtliche Wirkung herbeizuführen,<sup>22</sup> ist deliktsunfähig.<sup>23</sup> Die Urteilsfähigkeit beinhaltet zwei Komponenten, eine intellektuelle und eine voluntative. Demnach muss der Schädiger erstens in der Lage sein, die Folgen seines Verhaltens zu erkennen (sog. «Einsichtsmöglichkeit»), sowie zweitens die Willensstärke und die Kraft aufbringen, sich dieser

<sup>18</sup> Art. 99 Abs. 1 OR.

<sup>19</sup> Anstatt vieler ANDREAS FURRER/MARKUS MÜLLER-CHEN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2008, N 93 zu Kapitel 11; SCHWENZER (FN 9), N 22.14; BSK-WIEGAND, N 5 f. zu Art. 99 OR.

<sup>20</sup> CHK-GEHRER/GIGER, N 15 zu Art. 398 OR.

<sup>21</sup> BSK-WIEGAND, N 9 zu Art. 99 OR.

<sup>22</sup> Art. 18 ZGB.

<sup>23</sup> Vgl. dazu BSK-WIEGAND, N 12 zu Art. 99 OR; BSK-HEIERLI/SCHNYDER, N 51 f. zu Art. 41 OR.

Einsicht entsprechend zu verhalten.<sup>24</sup> Neben der Urteilsfähigkeit wird im Privatrecht anders als im Strafrecht aus Gründen des Verkehrsschutzes grundsätzlich nicht danach gefragt, ob der Schädiger anders hätte handeln können.<sup>25</sup>

### c) **Subjektivierter Verschuldensmassstab?**

Bei der Anwendung des objektivierten Verschuldensmassstabes ist zu beachten, dass bei konsensualer Konkretisierung des Sorgfaltsmassstabes<sup>26</sup> zwischen den Parteien vorgängig ein Kontakt stattgefunden hat und individuelle Elemente vorhanden und vereinbart sind. Diese individuellen Vereinbarungen aus Verkehrsschutzgründen (worin der Schutz des objektivierten Verschuldensmassstabes gesehen wird) nicht anzuwenden, ist nicht richtig. Eine Gefährdung der Allgemeinheit fehlt; die Vertragsbeziehung betrifft nur die beiden Parteien, die den individuellen Sorgfaltsmassstab vereinbart haben. Waren die Willensbildungen fehlerfrei, ist nicht einzusehen, wieso sie nicht beachtlich sein sollen. Was üblicherweise vereinbart werden könnte, spielt in diesem Fall keine Rolle. Etwas anders kann in regulierten Verhältnissen (wie beispielsweise im Bankenrecht) gelten, wo öffentlich-rechtliche Vorschriften ein Abweichen vom Sorgfaltsmassstab allenfalls nicht zulassen. Wird in AGB vom Sorgfaltsmassstab abgewichen, gilt die Ungewöhnlichkeitsregel.

Berücksichtigt man subjektiv vereinbarte Elemente (bei der Prüfung der Pflichtwidrigkeit), so ist die Abgrenzung zwischen Vertragsverletzung und Verschulden viel eher möglich: auf der Ebene der Vertragsverletzung resp. Pflichtwidrigkeit ist im Sinne einer Erfolgskontrolle zu prüfen, ob der ausgeführte Sorgfaltsmassstab mit dem Sorgfaltsmassstab übereinstimmt, der individuell ausgehandelt wurde. Wenn dies der Fall ist, liegt keine Pflichtwidrigkeit vor. Der üblicherweise gesollte Sorgfaltsmassstab kann bei der Auslegung des individuell vereinbarten Sorgfaltsmassstabes eine Rolle spielen, kann diesen aber nicht derogieren, wenn feststeht, dass eine Abweichung vereinbart war.

Das bedeutet, dass die Frage der subjektiven Fähigkeiten des Beauftragten als Pflichtverletzung zu prüfen ist, und nicht als Verschulden, wenn feststeht, dass

---

<sup>24</sup> BSK-HEIERLI/SCHNYDER, N 52 zu Art. 41 OR.

<sup>25</sup> FURRER/MÜLLER-CHEN (FN 19), N 94 zu Kapitel 11.

<sup>26</sup> Vgl. dazu II.2.

ein individueller Sorgfaltsmassstab vereinbart war. Besteht eine Abweichung vom gesollten Sorgfaltsmassstab, muss in einem nächsten Schritt geprüft werden, ob die Vertragsverletzung dem Beauftragten zugerechnet werden kann und ob er von einer allfälligen Haftungsbeschränkung profitieren kann bzw. ob er sich vorgängig gültig freigezeichnet hat.

### III. Der Sorgfaltsmassstab im Arbeitsrecht

#### 1. Grundlagen

Der Arbeitnehmer ist gem. Art. 321e Abs. 1 OR für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt. Der Arbeitnehmer hat gem. Art. 321a Abs. 1 OR die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Er muss die ihm übertragene Arbeit «[...] unter vollem Einsatz seiner körperlichen und geistigen Kräfte verrichten [...]».<sup>27</sup>

#### 2. Der (vertragliche) Sorgfaltsmassstab

Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden (sog. «objektive Fahrlässigkeit»), sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers (sog. «subjektive Fahrlässigkeit»), die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen (sog. «beschränkt subjektive Fahrlässigkeit»).<sup>28</sup> Es ist zu beachten, dass ein fehlerhaftes Arbeitsergebnis an sich nicht automatisch eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellt, da vom Arbeitnehmer nicht ein Erfolg geschuldet wird.<sup>29</sup> Übernimmt der Arbeitnehmer eine Stelle, für die er nicht genügend qualifiziert ist, so liegt ein Übernahmeverschulden vor.

<sup>27</sup> BSK-PORTMANN, N 1 zu Art. 321a OR.

<sup>28</sup> Art. 321e Abs. 2 OR; vgl. zu dieser Einteilung MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 148 zu § 8 sowie BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 19 zu Art. 321e OR.

<sup>29</sup> ZK-STAEHELIN, N 4 zu Art. 321e OR; BSK-PORTMANN, N 4 zu Art. 321e OR.

Von der Haftungsnorm von Art. 321e OR darf gem. Art. 362 Abs. 1 OR weder durch Abrede, Normalarbeitsvertrag noch Gesamtarbeitsvertrag zuungunsten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers abgewichen werden.<sup>30</sup> Diese einseitig zwingende Bestimmung gibt den dem Arbeitsrecht immanenten Sozialschutzgedanken wieder. Damit ergibt sich auch die Abgrenzung zum Auftragsrecht. Dort kann der Sorgfaltsmassstab nach oben oder nach unten konsensual abgeändert werden. Im Arbeitsrecht hingegen ist eine solche Korrektur nur einseitig, zugunsten des Arbeitnehmers möglich.

### **3. Verschuldensebene**

Die Subjektivierung des Sorgfaltsmassstabes ist im Arbeitsrecht allgemein anerkannt und wird nach Art. 321e Abs. 2 OR beurteilt.<sup>31</sup>

## **IV. Der Sorgfaltsmassstab im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht**

### **1. Konkretisierung des Sorgfaltsmassstabes**

Die Pflichtwidrigkeit des Verantwortlichkeitsrechts<sup>32</sup> ist eine besondere Form der Widerrechtlichkeit bei Verletzung aktienrechtlicher Pflichten. Verhaltenspflichten, deren Verletzung die Pflichtwidrigkeit auslöst, finden sich in Statuten und Gesetz. Für den Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft ergeben sich diese Pflichten u.a. aus den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben, die in Art. 716a Abs. 1 OR aufgezählt sind, insbesondere der Finanzverantwortung. Sie können aber auch aus der Sorgfalts- und Treuepflicht von Art. 717 OR und aus Normen, die den Kapitalschutz bezwecken, wie insbesondere das Verbot verdeckter Gewinnausschüttung<sup>33</sup> oder die Anzeigepflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung,<sup>34</sup> abgeleitet werden.<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> Vgl. dazu BSK-PORTMANN, N 19 ff. zu Art. 321e OR.

<sup>31</sup> STÖCKLI/PORTMANN (FN 1), N 209; BSK-WIEGAND, N 10 zu Art. 99 OR.

<sup>32</sup> Art. 752 ff. OR.

<sup>33</sup> Art. 678 OR.

<sup>34</sup> Art. 725 OR.

<sup>35</sup> BSK-GERICKE/WALLER, N 26 zu Art. 754 OR; LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel 2013, N 244.

## 2. Konkretisierung des Verschuldensmassstabes

Die von der Haftung erfassten Personen haften für jedes Verschulden, auch für leichte Fahrlässigkeit.<sup>36</sup> Es wird ein objektivierter Verschuldensmassstab angewendet, der dazu führen soll, dass das Risiko der verantwortlichen Personen auf «[...] ein vernünftiges, mit dem praktischen Leben in Einklang stehendes Mass beschränkt [...]»<sup>37</sup> wird. Nach diesem Massstab ist diejenige Sorgfalt zu erwarten, die «[...] ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises wie die Verantwortlichen unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde.»<sup>38</sup>

## 3. Abgrenzung zum Sorgfaltsmassstab in Vertragsverhältnissen

Der Unterschied des verantwortlichkeitsrechtlichen Sorgfaltsmassstabes zu demjenigen in Vertragsverhältnissen liegt insbesondere darin, dass die haftungsbegründenden Pflichten nicht der Parteivereinbarung unterliegen. Im Recht der Verantwortlichkeit ergeben sich diese Pflichten aus dem Gesetz und gegebenenfalls den Statuten. Dies bedeutet, dass sie nicht disponibel sind, also nicht durch Parteivereinbarung abgeändert werden können. Die (zwingenden) Bestimmungen dienen dem Schutz von Gläubigern, Aktionären und auch der Allgemeinheit. Bilanzvorschriften oder Bestimmungen über das Verhalten im Sanierungsfall sind beispielweise Normen, die nicht nur dem Schutz von spezifischen Gläubigern und Aktionären, sondern auch dem Schutz der Gesellschaft und der Allgemeinheit dienen, indem sie verhindern sollen, dass überschuldete juristische Personen im Verkehr bleiben.<sup>39</sup> Es kann daher grundsätzlich zu Gunsten des potentiell verantwortlichen Organs kein

<sup>36</sup> PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N 286; BSK-GERICKE/WALLER, N 32 zu Art. 754 OR.

<sup>37</sup> JÖRG MEIER-WEHRLI, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG, Diss. Zürich 1968, S. 80.

<sup>38</sup> BGE 128 III 375, Erw. 4.1; vgl. auch BGE 112 II 172, Erw. I.2c; Urteil des BGer. 4A\_467/2010 vom 5. Januar 2011, Erw. 3.3; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, N 80 zu § 36; BSK-GERICKE/WALLER, N 32 zu Art. 754 OR.

<sup>39</sup> Urteil des BGer. 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, Erw. 2e; vgl. auch ZK-BÜRGI, N 1 f. zu Art. 725 OR; BSK-WÜSTINER, N 1 zu Art. 725 OR.

individuelles Pflichtenheft erstellt werden, das von den zwingenden Bestimmungen abweicht.

## V. Haftungsbeschränkung

### 1. Grundlagen

Ist eine Abweichung vom gesollten Sorgfaltsmassstab festgestellt worden, muss in einem nächsten Schritt geprüft werden, ob von einer Haftungsbeschränkung profitiert werden kann. Gem. Art. 99 Abs. 2 OR richtet sich das Mass der Haftung nach der besonderen Natur des Geschäftes und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt. Dies bedeutet, dass der Verschuldensgrad je nach der Natur des Vertrages im Einzelfall herabgesetzt werden kann. Bei besonders risikobehafteten Tätigkeiten ist daher in einem ersten Schritt immer zu prüfen, zu welcher Sorgfalt der Schuldner verpflichtet war.<sup>40</sup> Erst in einem zweiten Schritt stellt sich die Frage der Haftungsbeschränkung. Nur diese ist ausschliesslich unter dem Verschuldens- und nicht dem Pflichtwidrigkeitsaspekt zu prüfen.<sup>41</sup>

### 2. Sog. «Schadensgeneigte Arbeiten» im Arbeitsrecht

Im Rahmen von schadensgeneigten Arbeiten wird das besondere Berufsrisiko berücksichtigt. Gemeint sind Fälle, in denen mit einem Versehen erfahrungsgemäss gerechnet werden muss, der Schaden ein typisches Berufsrisiko darstellt.<sup>42</sup> Erhöhte Berufsrisiken stellen eine überdurchschnittliche Betriebsgefahr dar, für die der Arbeitgeber verantwortlich ist.<sup>43</sup> Eine schadensgeneigte Arbeit kann sich aus der Natur der Tätigkeit, aus dem verwendeten Material oder der angewendeten Arbeitsmethode ergeben.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> Vgl. dazu II, III und IV.

<sup>41</sup> ROLF H. WEBER, Sorgfaltswidrigkeit – quo vadis? Bemerkungen zu den Bedeutungsstufen des Sorgfaltswidrigkeitsbegriffes im Spannungsfeld zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, ZSR 1998 I, S. 39 ff., 52 f.

<sup>42</sup> BSK-PORTMANN, N 6 zu Art. 321e OR; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 26 ff. zu Art. 321e OR.

<sup>43</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 26 zu Art. 321e OR.

<sup>44</sup> CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht (gemäss Obligationenrecht), 3. Aufl., Basel 2006, N 5 zu

Ist in diesem Zusammenhang der Schaden nur auf leichte Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers zurückzuführen, so wird der Schädiger von einer Haftung gänzlich befreit. Bei mittlerer Fahrlässigkeit erfolgt eine Aufteilung der Haftpflicht resp. eine Herabsetzung des Verschuldensgrades auf leichte Fahrlässigkeit. Nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz bleibt die Haftpflicht komplett bestehen.<sup>45</sup>

### 3. Berücksichtigung spezifischer Risiken im Auftragsrecht

Im Unterschied zum Arbeitsrecht wird im Auftragsrecht das Berufsrisiko dem Beauftragten überbunden. Dies bedeutet, dass sich dieser nicht darauf berufen kann, dass bei dieser Art der Tätigkeit gewisse Fehler unvermeidlich sind. Begründet wird dies damit, dass sich der Beauftragte eben als Spezialist anbiete.<sup>46</sup>

Das Bundesgericht scheint jedoch in einem neueren Fall zur Haftung des Anwalts spezifische Risiken auch im Auftragsrecht zu berücksichtigen: *«Dabei trägt der Anwalt nicht die Verantwortung für die spezifischen Risiken, die mit der Bildung und Durchsetzung einer Rechtsauffassung an sich verbunden sind. Er übt insofern eine risikogeneigte Tätigkeit aus, der auch haftpflichtrechtlich Rechnung zu tragen ist. Namentlich gilt zu berücksichtigen, dass er nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einzustehen hat, welche aus nachträglicher Betrachtung den Schaden bewirkt oder vermieden hätte. Nach wie vor haben die Parteien das Prozessrisiko zu tragen, das sie nicht über die Verantwortlichkeit des Anwalts verlagern können.»*<sup>47</sup> Ob hier allerdings wirklich eine Verschuldens-Frage vorliegt, ist fraglich; richtigerweise ergibt sich diese Lösung vielmehr gestützt auf den vereinbarten Sorgfaltsmassstab, also letztlich gestützt auf die vertraglichen Pflichten des Anwalts (die nicht den Erfolg schulden, sondern die Anwendung der vereinbarten Sorgfalt).

---

Art. 321e OR.

<sup>45</sup> SCHWENZER (FN 9), N 22.25; BSK-PORTMANN, N 6 zu Art. 321e OR; PORTMANN/Stöckli (FN 1), N 213.

<sup>46</sup> HONSELL (FN 6), S. 327 f.; BSK-WEBER, N 23 zu Art. 398 OR.

<sup>47</sup> BGE 127 III 357, Erw. 1b.

## 4. Risiken im Verantwortlichkeitsrecht

Wie festgesellt wurde,<sup>48</sup> setzen im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht die gesetzlichen Normen der Parteivereinbarung Grenzen. Die Pflichten sind aber trotzdem nicht für alle Gesellschaften die gleichen. Dies hängt mit dem Risikoprofil und der darauf aufbauenden Risikofähigkeit zusammen:

Im Aktienrecht ist die Generalversammlung der Aktionäre für die grobe Bestimmung des Risikoprofils der Gesellschaft verantwortlich. So setzt sie durch die Zweckbestimmung sowie der Bestimmung der Höhe des Eigenkapitals das (bilanzielle) Risikoprofil der Gesellschaft in genereller Weise fest.<sup>49</sup> In der Folge obliegt es dem Verwaltungsrat, im Rahmen seiner Oberleitungsfunktion<sup>50</sup> das Risikoprofil der Gesellschaft zu schärfen. In diesem Zusammenhang geht es nicht mehr nur um die bilanzielle Risikofähigkeit, sondern auch um die technische sowie personelle Risikofähigkeit. Dies bedeutet, dass der Verwaltungsrat für die vorgegeben Ziele, die finanziellen, technischen und personellen Mittel zur Verfügung stellen muss.

Das Wesensmerkmal der Aktiengesellschaft, nämlich die Gewinnstrebigkeit, verlangt vom Verwaltungsrat, dass er bestimmte (mit dem Risikoprofil abgestimmte) Risiken eingehen muss. Seine Verantwortlichkeit setzt einerseits dort ein, wo zu viel Risiko eingegangen wurde, sodass der Gesellschaft, den Aktionären oder den Gläubigern ein Schaden entstanden ist. Andererseits verpflichtet die Gewinnstrebigkeit den Verwaltungsrat aber auch, gewisse Risiken einzugehen. Die Eingehung von Risiken ist auch eine Pflicht und keine Obliegenheit. Die Entscheidungen des Verwaltungsrates sollten sich deshalb in einem Spannungsfeld zwischen zu viel und zu wenig Risiko bewegen. Bewegt er sich in diesem Feld, so kann er nicht zur Verantwortung gezogen werden.

An die Bestimmung der Pflichtwidrigkeit darf retrospektiv kein allzu strenger Massstab angelegt werden. Waren die Entscheidungen der Organe mit dem Wissen zum Zeitpunkt des Entscheids vertretbar, so dürfen sie nachträglich nicht zur Verantwortung gezogen werden (Business Judgment Rule). Zudem sind geschäftspolitische Entscheidungen häufig Ermessensentscheidungen, bei

---

<sup>48</sup> Vgl. dazu IV.3.

<sup>49</sup> Vgl. dazu HANDSCHIN (FN 35), N 89 ff.

<sup>50</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR.

denen es kein eigentliches «Richtig» oder «Falsch» gibt. Es geht nur darum die vorhandenen Spielräume pflichtgemäss auszufüllen.

Der Sorgfaltsmassstab ergibt sich somit in Abhängigkeit zum Risikoprofil der Gesellschaft. Dies bedeutet auch, dass der Massstab nicht gewählt werden kann, bzw. disponibel ist, sondern vom Gesetz als Rahmen vorgegeben wird. Relevant ist im Endeffekt nicht die Eingehung des Risikos als solches, sondern die Verletzung der Risikofähigkeit.

## **VI. Freizeichnungsklauseln**

### **1. Grundlagen**

Eine Privilegierung des Schädigers bieten auch Freizeichnungsklauseln. Bei diesen kann aufgrund der Privatautonomie die Haftung für einzelne Verschuldensgrade *zum Voraus* ausgeschlossen werden. Der Gesetzgeber hat in diesem Bereich jedoch einige zwingende (Schutz-)Bestimmungen vorgesehen, der Privatautonomie also Grenzen gesetzt.

Die zwingende Bestimmung von Art. 100 Abs. 1 OR besagt, dass eine zum Voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, nichtig sei. Auch ein zum Voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden, wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung im Dienst des anderen Teiles stand, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt.<sup>51</sup>

### **2. Freizeichnung im Auftragsrecht**

Ein Teil der Lehre argumentiert, eine Freizeichnung für leichte oder mittlere Fahrlässigkeit sei aufgrund der Wesensstruktur des Auftragsverhältnisses nicht möglich, da eine solche der Natur des Auftrags widersprechen würde. Das sorgfältige und getreue Tätigwerden sei m.a.W. geradezu Vertragsinhalt.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Art. 100 Abs. 2 OR.

<sup>52</sup> BSK-WIEGAND, N 6 zu Art. 100 OR.

Diese Ansicht ist nicht zu teilen. Wie gesehen,<sup>53</sup> ist die Disposition über den Vertragsinhalt der Parteivereinbarung zugänglich. Als Ausfluss der Vertragsfreiheit bzw. der Privatautonomie ist es somit möglich, den Sorgfaltsmassstab durch Parteivereinbarung nach oben oder nach unten anzupassen. Dies muss bedeuten, dass Freizeichnungen auch im Auftragsrecht möglich sein müssen,<sup>54</sup> nicht jedoch so weit, dass die Sorgfalt, die berufstypischen Pflichten, gänzlich ausgeschlossen wird.<sup>55</sup> Weiter kann eine solche Freizeichnung gegen Standesrecht verstossen.<sup>56</sup>

### **3. Freizeichnung im Arbeitsrecht**

Im Allgemeinen kann im Arbeitsrecht eine Freizeichnung schon für leichte Fahrlässigkeit deshalb ungültig sein, wenn bspw. der Arbeitgeber seine stärkere Marktstellung zur Durchsetzung einer für den Arbeitnehmer nachteiligen Klausel missbraucht.<sup>57</sup> Eine allfällige Freizeichnung hat sich immer an der Bestimmung von Art. 362 Abs. 1 OR zu orientieren, wonach von der Haftungsnorm von Art. 321e OR weder durch Abrede, Normalarbeitsvertrag noch Gesamtarbeitsvertrag zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.<sup>58</sup>

### **4. Freizeichnung im Verantwortlichkeitsrecht**

Eine Freizeichnung im Verantwortlichkeitsrecht ist grundsätzlich nicht möglich, da es sich eben gerade nicht um ein Vertragsverhältnis handelt, in dem die Parteien individuelle Kontakte pflegen und in diesem Rahmen spezielle Klauseln aushandeln. Eine Inanspruchnahme der Organe kann aber ausser Betracht fallen, wenn eine Einwilligung der Geschädigten vorliegt oder die Generalversammlung Décharge erteilt hat. Der (gültige) Entlastungsbeschluss der Generalversammlung wirkt jedoch nur für bekanntgegebene Tatsachen

---

<sup>53</sup> Vgl. dazu II.2.

<sup>54</sup> So auch BK-FELLMANN, N 515 ff. zu Art. 398 OR; STÖCKLI/BAUMGARTNER (FN 4), S. 1666; BK-WEBER, N 43 ff. zu Art. 100 OR.

<sup>55</sup> SCHWENZER (FN 9), N 24.07.

<sup>56</sup> BK-FELLMANN, N 515 zu Art. 398 OR; BSK-WEBER, N 34 zu Art. 398 OR.

<sup>57</sup> BSK-WIEGAND, N 9 zu Art. 100 OR; BK-WEBER, N 105 zu Art. 100 OR.

<sup>58</sup> Vgl. dazu BSK-PORTMANN, N 19 ff. zu Art. 321e OR.

und nur gegenüber der Gesellschaft sowie gegenüber den Aktionären, die dem Beschluss zugestimmt oder die Aktien seither in Kenntnis des Beschlusses erworben haben.<sup>59</sup> Gegenüber den Gläubigern wirkt die Décharge-Erteilung somit nicht.<sup>60</sup> Weiter kann sich durch die Definition des Risikoprofils eine Veränderung des zu beachtenden Sorgfaltsmassstabes ergeben.

## VII. Fazit

In Vertragsverhältnissen ist die anzuwendende Sorgfalt immer im Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht zu betrachten. Der Schuldner schuldet nicht zwei Leistungen (vertragsgemässe Sorgfalt und Gegenstand des Vertrags), sondern die sorgfältige Erbringung einer Leistung. Unsorgfältiges Handeln ist Vertragsverletzung und kann eine Schadenersatzpflicht nach sich ziehen.

Weist der Schädiger im Auftragsrecht eine höhere Fachkenntnis auf als im Verkehr üblich, werden qualifizierte Fähigkeiten vom Konsens erfasst und er muss diese einsetzen und kann sich insbesondere nicht darauf berufen, die übliche Sorgfalt eingesetzt zu haben. Ähnliches gilt, wenn der Ansprecher um die geringeren Kenntnisse des Beauftragten gewusst hat und diese Kenntnisse dazu geführt haben, dass ein geringerer Sorgfaltsmassstab vereinbart wurde. Auf der Ebene der Vertragsverletzung resp. Pflichtwidrigkeit ist im Sinne einer Erfolgskontrolle zu prüfen, ob der angewendete Sorgfaltsmassstab mit dem Sorgfaltsmassstab übereinstimmt, der individuell ausgehandelt wurde. Wenn dies der Fall ist, liegt keine Pflichtwidrigkeit vor. Das bedeutet, dass die Frage der subjektiven Fähigkeiten des Beauftragten als Pflichtverletzung zu prüfen ist, und nicht als Verschulden, wenn feststeht, dass ein individueller Sorgfaltsmassstab vereinbart war. Besteht eine Abweichung vom gesollten Sorgfaltsmassstab, muss in einem nächsten Schritt geprüft werden, ob die Vertragsverletzung dem Beauftragten zugerechnet werden kann und ob er von einer allfälligen Haftungsbeschränkung profitieren kann bzw. ob er sich vorgängig gültig freigezeichnet hat.

<sup>59</sup> Art. 758 Abs. 1 OR.

<sup>60</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 38), N 135 zu § 36; BSK-GERICKE/WALLER, N 10 zu Art. 758 OR.

Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen. Die Subjektivierung des Sorgfaltsmassstabes ist im Arbeitsrecht allgemein anerkannt und wird nach Art. 321e Abs. 2 OR beurteilt.

Der Unterschied des verantwortlichkeitsrechtlichen Sorgfaltsmassstab zu demjenigen in Vertragsverhältnissen liegt insbesondere darin, dass die haftungsbegründenden Pflichten nicht der Parteivereinbarung unterliegen. Im Recht der Verantwortlichkeit ergeben sich diese Pflichten aus dem Gesetz und den Statuten. Dies bedeutet, dass sie nicht disponibel sind. Die (zwingenden) Bestimmungen dienen dem Schutz von Gläubigern, Aktionären und auch der Allgemeinheit. Bilanzvorschriften oder Bestimmungen über das Verhalten im Sanierungsfall sind beispielweise Normen, die nicht nur dem Schutz von spezifischen Gläubigern und Aktionären, sondern auch dem Schutz der Gesellschaft und der Allgemeinheit dienen, indem sie verhindern sollen, dass überschuldete juristische Personen im Verkehr bleiben. (Vollständig) disponibel sind die Pflichten im Auftragsrecht. Die Pflichten aus Arbeits- und Verantwortlichkeitsrecht unterliegen diesbezüglich Einschränkungen und sind sich aufgrund dieser Friktionen ähnlicher, als man meinen könnte. Im Arbeitsrecht auf der einen Seite funktioniert der Risikotransfer auf die Arbeitnehmenden aufgrund der Arbeitnehmerschutzbestimmungen nicht. Im Verantwortlichkeitsrecht auf der anderen Seite verhindern Gläubiger-, Aktionärs- sowie Schutzbestimmungen bezogen auf die Allgemeinheit eine individuelle Parteivereinbarung.