

# Vertragswidrigkeit und

## Eine Abgrenzungsproblematik in der vertraglichen Haftung

DISSERTATION

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich  
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Thomas Grieder

von

Riehen BS

genehmigt auf Antrag von  
Prof. Dr. Walter Ott

## INHALTSVERZEICHNIS •

|                       |       |
|-----------------------|-------|
| LITERATURVERZEICHNIS  | XVII  |
| MATERIALIEN           | XXXIX |
| ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS | XLII  |

|   |    |
|---|----|
| . TEIL: DIE VERTRAGLICHE HAFTUNG              | 1  |
| 1. Kapitel: Begriff und Abgrenzung            | 3  |
| § 1 Begriff                                   | 3  |
| § 2 Abgrenzung                                | 5  |
| 2. Kapitel: Rechtsgrundlage                   | 7  |
| § 3 Grundnorm                                 | 7  |
| A. Art. 97 Abs. 1 OR                          | 7  |
| B. Auslegung                                  | 8  |
| I. Wortlaut                                   | 9  |
| II. Systematische Stellung                    | 11 |
| III. Entstehungsgeschichte                    | 12 |
| IV. Ratio legis                               | 13 |
| V. Auslegungsergebnis                         | 14 |
| §4 Verhältnis zu weiteren Normen              | 16 |
| A. Auffangtatbestand                          | 16 |
| B. Ergänzende Funktion                        | 17 |
| § 5 Folgerung                                 | 19 |
| 3. Kapitel: Rechtsgeschichtlicher Hintergrund | 21 |
| § 6 Entstehung der Grundnorm                  | 21 |
| A. Altes Obligationenrecht von 1881           | 21 |
| B. Neues Obligationenrecht von 1911           | 24 |
| C: Entwicklungen seit 1912                    | 25 |
| D. Folgerung                                  | 26 |
| § 7 Quellen der Grundnorm                     | 26 |
| A. Anknüpfung                                 | 26 |
| B. Munzingers Quellen                         | 27 |

|   |        |
|---|--------|
| § 8 Historische Entwicklung anhand der Quellen "" | 28     |
| A. Römisches Recht                                | 28     |
| B. Einfluss des Naturrechts                       | 30     |
| C. Erste nationale Kodifikationen                 | 31     |
| D. Pandektistik                                   | 32     |
| E. Kodifikationen im 19. Jahrhundert              | 33     |
| § 9 Folgerung aus historischer Sicht              | 35     |
| <br>4. Kapitel: Voraussetzungen                   | <br>37 |
| § 10 Vertrag' '                                   | 37     |
| § 11 Vertragswidrigkeit                           | 38     |
| A. Begriff  | 38     |
| B. Vertragspflichten                              | 39     |
| I. Schuldverhältnis                               | 39     |
| II. Leistungspflichten                            | 41     |
| 1. Hauptleistungspflichten                        | 42     |
| s' 2. Nebenleistungspflichten                     | 42     |
| III. Verhaltenspflichten                          | 43     |
| • 1. Leistungsbegleitende Verhaltenspflichten •   | 45     |
| 2. Schutzpflichten                                | 46     |
| IV. Erfolg und Verhalten                          | 49     |
| 1. Erfolg   | 50     |
| 2. Verhalten                                      | 50     |
| 3. Folgerung                                      | 52     |
| C. Anwendungsfälle                                | 52     |
| T. Unmöglichkeit der Erfüllung                    | 54     |
| / II. Nicht gehörige Erfüllung                    | 56     |
| 1. Begriff  | 56     |
| 2. Anwendungsfälle                                | 57     |
| ' a) Schlechterfüllung'                           | 58     |
| aa) Sachleistungspflichten                        | 58     |
| bb) Dienstleistungspflichten                      | < 59   |
| >' b) Verletzung von Verhaltenspflichten          | 60     |
| aa) Leistungsbegleitende Verhaltenspflichten      | 61     |
| bb) Schutzpflichten                               | 62     |
| c) Verletzung von Unterlassungspflichten          | 62     |
| III. Verzug des Schuldners                        | - 63   |
| D. Folgerung                                      | 63     |
| § 12 Schaden                                      | ' 64   |

|  |    |
|--|----|
| § 13 Kausalzusammenhang                    | 65 |
| A. Natürlicher Kausalzusammenhang          | 65 |
| B. Adäquanz                                | 66 |
| § 14 Verschulden                           | 68 |
| A. Begriff                                 | 68 |
| B. Wesen                                   | 69 |
| C. Komponenten                             | 70 |
| I. Urteilsfähigkeit                        | 71 |
| 1. Begriff                                 | 71 |
| 2. Wirkung                                 | 71 |
| II. Abweichen vom erforderlichen Verhalten | 72 |
| 1. Referenzverhalten                       | 72 |
| 2. Arten                                   | 73 |
| a) Vorsatz                                 | 74 |
| b) Fahrlässigkeit                          | 75 |
| D. Folgerung                               | 76 |
| § 15 Beweislast                            | 77 |
| A. Begriff                                 | 77 |
| B. Vertragswidrigkeit                      | 78 |
| C. Verschulden                             | 79 |
| I. Beweislastumkehr                        | 79 |
| 1. Prinzip                                 | 79 |
| 2. Gründe                                  | 81 |
| II. Exkulpationsbeweis                     | 82 |
| D. Folgerung                               | 83 |
| 5. Kapitel: Haftung für Hilfspersonen      | 85 |
| § 16 Voraussetzungen                       | 85 |
| A. Hilfsperson                             | 86 |
| B. Vertragswidrigkeit                      | 87 |
| C. Vorwerfbarkeit                          | 88 |
| D. Beweislast                              | 89 |
| § 17 Folgerung                             | 89 |

|   |     |
|---|-----|
| 2. TEIL: VERTRAGSWIDRIGKEIT UND FAHRLÄSSIGKEIT  | 91  |
| Y). Kapitel: Unsorgfalt als Vertragswidrigkeit  | 93  |
| § 18 Anknüpfung                                 | 93  |
| § 19 Umschreibung der Sorgfalt                  | 94  |
| A. Ermittlung des Vertragsinhalts               | 94  |
| B. Objektivierung                               | 96  |
| C. Konkretisierung                              | 96  |
| I. Fachspezifisch                               | 97  |
| II. Weitere Umstände                            | 101 |
| y D. Zusammenfassung                            | 102 |
| 2. Kapitel: Unsorgfalt als Fahrlässigkeit       | 103 |
| § 20 Umschreibung der Sorgfalt                  | 103 |
| A. Objektivierung                               | 103 |
| B. Konkretisierung                              | 106 |
| I. Fachspezifisch                               | 106 |
| II. Weitere Umstände                            | 108 |
| C. Zusammenfassung                              | 109 |
| 3. Kapitel: Gegenüberstellung und Fragestellung | 111 |
| § 21 Gegenüberstellung                          | 111 |
| A. Unsorgfalt als Januskopf                     | 111 |
| B. Dogmatisches Durcheinander                   | 113 |
| § 22 Fragestellung                              | 115 |
| 3. TEIL: LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN                   | 117 |
| VORBEMERKUNGEN                                  | 119 |
| 1. Kapitel: Identität                           | 121 |
| § 23 Prinzip                                    | 121 |
| § 24 Probleme                                   | 122 |
| § 25 Folgerung                                  | 123 |

|  |         |
|--|---------|
| 2. Kapitel: Abgrenzung                                     | . 1 2 5 |
| § 26 Erfordernis der Abgrenzung                            | 125     |
| A. Materiellrechtliche Gründe                              | 126     |
| I. Rechtsbegriff   | 126     |
| II. Verschuldenshaftung                                    | 127     |
| III. Beziehung zwischen Vertragswidrigkeit und Verschulden | 127     |
| IV. Systematisch   | 128     |
| 1. Schadenersatzbemessung                                  | 128     |
| 2. Wegbedingung  | 130     |
| 3. Haftpflichtversicherung                                 | 132     |
| B. Beweisrechtliche Gründe                                 | 133     |
| I. Unterschiedliche Beweislast                             | 134     |
| II. Anspruch auf Exkulpation                               | 135     |
| C. Folgerung   | 136     |
| § 27 Bisherige Abgrenzungsmöglichkeiten                    | 138     |
| A. Ausschliessliche Zuordnung                              | 138     |
| I. Einordnung bei der Vertragswidrigkeit                   | 139     |
| 1. Prinzip   | 139     |
| 2. Kritik  | 139     |
| II. Einordnung bei der Fahrlässigkeit                      | 140     |
| 1. Prinzip   | 140     |
| 2. Kritik  | 141     |
| B. Differenzierte Unsorgfalt                               | 142     |
| I. Subjektivierter Fahrlässigkeit                          | 142     |
| 1. Prinzip   | 144     |
| 2. Kritik  | 145     |
| a) Interessenausgleich                                     | 145     |
| b) Vertrauensschutz  | 146     |
| 3. Folgerung   | 148     |
| II. Unterschiedlicher Massstab                             | 150     |
| I. Prinzip   | 150     |
| 2. Kritik  | 150     |
| III. Unterschiedliche Kriterien                            | 152     |
| 1. Prinzip   | 152     |
| 2. Kritik  | 154     |
| C. Ergebnis  | 154     |
| 3. Kapitel: Die hier vertretene Abgrenzungstheorie         | 157     |
| § 28 Vertragswidrigkeit                                    | 157     |

|  |   |    |      |
|--|---|----|------|
| § 29 Fahrlässigkeit  | ^ | ,  | .158 |
| A. Vergleich   |   | \  | 159  |
| I. Verschulden bei Sachleistungspflichten                  |   | .. | 159  |
| II. Leistungsbegleitende Verhaltenspflichten               |   |    | 162  |
| III. Übernahmeverschulden                                  |   | .  | 162  |
| IV. Hilfspersonenhaftung                                   |   |    | 164  |
| V. Folgerung   |   | !  | 164  |
| B. Thesen  |   | .  | 166  |
| I. Ein Verhaltensmasstab                                   |   | .  | 166  |
| II. Verhaltensfolge  |   | ^  | 167  |
| C. Möglichkeiten   |   | .  | 171  |
| I. Positives Ergebnis                                      |   | .  | 171  |
| 1. Entlastende Ursachen                                    |   |    | 171  |
| a) Vertragsgemässes Verhalten des Schuldners               |   |    | 171  |
| b) Drittorsachen   |   | *  | 172  |
| c) Entschuldbare Unmöglichkeit vertragsgemässen Verhaltens |   |    | 173  |
| 2. Belastende Ursachen                                     |   | '  | 175  |
| II. Negatives Ergebnis                                     |   | .  | 176  |
| § 30 Würdigung   |   | \_ | 177  |
| A. Entwirrung  |   | -  | 177  |
| B. Nagelprobe  |   |    | 179  |
| I. Matenellrechtlich                                       |   | '  | 179  |
| II. Beweisrechtlich  |   |    | 181  |
| C. Beweisschwierigkeiten                                   |   |    | 181  |
| 4. Kapitel: Lösungsmöglichkeiten de lege ferenda           |   |    | 185  |
| § 31 Haftpflichtrechtsrevisiön                             |   |    | 185  |
| A. Vereinheitlichung von Vertrags- und Deliktshaftung      |   |    | 186  |
| I. Prinzip   |   |    | 186  |
| II. Kritik   |   |    | 188  |
| B. Subjektivierete Fahrlässigkeit                          |   |    | 191  |
| C. Kausalhaftung   |   | •  | 192  |
| I. Prinzip   |   | "  | 192  |
| II. Kritik   |   |    | 193  |
| § 32 Haftung aus Unsorgfalt                                |   | u  | 195  |
| A. Prinzip   |   | '  | 195  |
| B. Kritik  |   | '  | 196  |
| § 33 Würdigung   |   |    | 197  |

|                                |      |
|--------------------------------|------|
| 4. TEIL: ERGEBNIS .            | .201 |
| Zusammenfassende Thesen ,      | 203  |
| Zur Ausgangslage ' .           | 203  |
| Zum Erfordernis der Abgrenzung | 204  |
| Zur Abgrenzungstheorie         | 204  |