Art. 100 OR: Wegbedingung der Haftung

Funktion und Stellung im System der Vertragshaftung

Art. 100 OR setzt der Vertragsfreiheit bei Haftungsfreizeichnungen eine abgestufte Grenze: Eine vorgängige Wegbedingung der Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ist nichtig (Abs. 1). Den Verzicht auf die Haftung für leichtes Verschulden kann der Richter nach Ermessen als nichtig betrachten, wenn der Verzichtende im Dienst des anderen stand oder die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt (Abs. 2). Die Sonderregeln über den Versicherungsvertrag bleiben vorbehalten (Abs. 3) **Art. 100 OR**.

Die Bestimmung knüpft an Art. 99 OR an, wonach der Schuldner im Allgemeinen für jedes Verschulden haftet und sich das Mass der Haftung nach der Natur des Geschäfts richtet **Art. 99 OR**. Ihr Gegenstück für die Hilfspersonenhaftung ist Art. 101 Abs. 2 und 3 OR: Diese Haftung kann vorgängig beschränkt oder aufgehoben werden, beim Dienstverhältnis und beim konzessionierten Gewerbe aber höchstens für leichtes Verschulden **Art. 101 OR**.

Die VVG-Revision vom 19. Juni 2020 änderte im OR nur Art. 40a und liess den Vorbehalt in Abs. 3 unberührt **BBl 2020 5661**. Bei der UWG-Revision hat der Bundesrat die offene Inhaltskontrolle von AGB in Art. 8 UWG und nicht im OR verankert, obwohl Stimmen in der Vernehmlassung eine Regelung im OR verlangten **BBl 2009 6151**. Art. 100 OR ist damit nicht das einzige Kontrollinstrument für Freizeichnungen (unten, Sonderregime).

Zeitliche Schranke: nur Abreden «zum voraus»

Art. 100 OR erfasst nur präventive Abreden. Nach dem Bundesgericht findet die Bestimmung nur auf Vereinbarungen Anwendung, die vor dem Schaden geschlossen werden; die Gültigkeit späterer Abreden beschränkt sie nicht **4C.411/1999**. In 4A_25/2014 formulierte es, die Norm beziehe sich auf «Freizeichnungsklauseln, die vor Eintritt des schädigenden Ereignisses geschlossen werden», und ein nach einem Arbeitsunfall geschlossener Vergleich sei keine Freizeichnungsklausel **4A_25/2014**. Dass die Schadenshöhe noch ungewiss und nicht bezifferbar war, schadete nicht; es genügte, dass die Geschädigte die Existenz des Schadens und dessen wesentliche Merkmale kannte **4A_25/2014**.

Der Stichtag wird nicht durchwegs gleich umschrieben. In 4C.266/2006 stellte das Bundesgericht auf den zivilrechtlichen Schadenseintritt ab: Eine Entlastungserklärung, die vor Fälligkeit und Nichtrückzahlung eines Darlehens unterzeichnet wurde, war «zum voraus» abgegeben, und der Zeitpunkt der Darlehensgewährung oder der Vertragsverletzung war unerheblich. Zudem wirke eine Entlastungserklärung nur, wenn der Erklärende die Tatsachen kenne, auf die sie sich bezieht **4C.266/2006**. Das gemeinsame Kenntniselement verbindet beide Formeln: Gültig ist ein nachträglicher Verzicht oder Vergleich, wenn er sich auf ein bereits eingetretenes, in seinen wesentlichen Zügen bekanntes Haftungsgeschehen bezieht. Die beiden Urteile setzen sich mit der jeweils anderen Formulierung nicht ausdrücklich auseinander.

Nach Entstehung des Ersatzanspruchs ist ein Verzicht selbst für grobe Fahrlässigkeit kraft Vertragsfreiheit zulässig, wie das Tessiner Appellationsgericht für einen Werkvertrag festhielt **12.1999.125**. Die Grenze liegt dort, wo der Verzicht künftige Haftungsfälle mitumfasst: Ein nachträglicher Verzicht deckt nach 4C.411/1999 nicht Mängel, die erst bei der späteren Reparatur grobfahrlässig neu verursacht werden **4C.411/1999**.

Nachträgliche Verzichte unterliegen eigenen Schranken ausserhalb von Art. 100 OR. Im Arbeitsverhältnis verbietet Art. 341 Abs. 1 OR nur den einseitigen Verzicht, nicht den Vergleich mit gegenseitigen Zugeständnissen, der im Zeitpunkt seines Abschlusses als angebracht erscheint **4A_25/2014**. Im Strassenverkehrsrecht sind Vereinbarungen mit offensichtlich unzulänglicher Entschädigung binnen Jahresfrist seit Abschluss anfechtbar **Art. 87 SVG**; massgebend für die Angemessenheit sind die bekannten und voraussehbaren Umstände bei Abschluss, und wer sich die Überprüfung späterer Entwicklungen offenhalten will, muss einen Vorbehalt anbringen **BGE 109 II 347**.

Die absolute Schranke von Abs. 1

Grobe Fahrlässigkeit: Begriff und Fallgruppen

Grobe Fahrlässigkeit ist die Verletzung elementarer Vorsichtsregeln, deren Beachtung sich jeder vernünftigen Person in derselben Lage aufgedrängt hätte **4A_386/2016 4A_9/2020**. Das Handelsgericht Zürich verwendet dieselbe Umschreibung **HG140185**. Für gewöhnliche oder mittlere Fahrlässigkeit ist eine Freizeichnung nach Abs. 1 noch zulässig **4C.81/2002** (dieser Entscheid wurde in 4C.305/2002 nur hinsichtlich des Betrags revidiert, nicht in der Klauselfrage **4C.305/2002**).

Die Grenzziehung ist sachverhaltsgebunden, wie die Fälle gefälschter E-Mail-Zahlungsaufträge zeigen:

- In 4A_386/2016 bejahte das Bundesgericht grobe Fahrlässigkeit, weil die Aufträge nach Sprache, Zeitpunkt, Beträgen, Zweck und Empfänger (Hongkong, angeblicher Liegenschaftskauf) objektiv verdächtig waren und die Bank keine weiteren Prüfungen vornahm **4A_386/2016**.
- In 4A_9/2020 verneinte es grobe Fahrlässigkeit: Die Mails stammten von der bekannten Adresse des Kunden, das Englisch entsprach dessen Stil, Empfänger war eine bekannte britische Bank, und Beträge und Frequenz weckten keinen ernsthaften Verdacht. Grobe Fahrlässigkeit setze ernsthafte Indizien einer Identitätsanmassung voraus, die bei der notwendigerweise raschen Prüfung erkennbar sind **4A_9/2020**.
- Das Handelsgericht Zürich bejahte sie bei zwei Aufträgen über je USD 100'000 von falschen Gmail-Adressen zugunsten eines unbekannten Empfängers in Singapur; ein Rückruf hätte sich aufgedrängt **HG140185**.
- Ausserhalb des Bankverkehrs wertete BGE 102 II 256 das Unterlassen der vorgeschriebenen Wertfracht-Klausel durch einen Vertreter, der die Sicherheitsvorschriften kannte, als grob fahrlässig **BGE 102 II 256**, und das Kantonsgericht Neuenburg qualifizierte die Vernichtung von Kundendaten durch ein Informatikunternehmen als grobes Verschulden **CACIV.2014.96**.

Für die rechtswidrige Absicht entwickeln die hier besprochenen Entscheide keine eigene Formel zu Art. 100 OR. Im Kaufrecht liess das Kantonsgericht Neuenburg für die Unwirksamkeit eines Gewährleistungsausschlusses nach Art. 199 OR Eventualvorsatz

genügen: Ein Händler, der die Unfallfreiheit eines Occasionsfahrzeugs ohne genügende Abklärung garantierte, handelte nicht bloss grobfahrlässig, sondern mit Eventualvorsatz **CACIV.2023.47**. Die Übertragung auf Art. 100 OR ist eine Analogie, die der Entscheid nicht selbst vornimmt.

Beweislast

Die Beweislast für die grobe Fahrlässigkeit, welche die Klausel ausschaltet, trägt nach Art. 8 ZGB der Geschädigte **4A_9/2020**. Davon zu trennen sind andere Beweisthemen: Die Bank ist für die richtige Erfüllung beweisbelastet, also dafür, dass die Zahlungen auf Weisung des Kunden erfolgten **HG140185**, und für ein Selbstverschulden des Kunden, das sie ihm entgegenhält **4A_386/2016**. Wer sich auf eine Freizeichnung beruft, muss deren Anwendungsvoraussetzungen behaupten und beweisen, etwa dass der Schaden ausschliesslich von einer Hilfsperson verursacht wurde **CACIV.2014.96**.

Rechtsfolge: Unwirksamkeit im Umfang der Verbotsnorm

Die Praxis behandelt eine Freizeichnungsklausel nicht als insgesamt unwirksam, sondern als wirkungslos, soweit dem Schuldner Absicht oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt; bei leichterem Verschulden wird sie angewendet **BGE 146 III 326 4C.295/2004**. Die Entscheide stützen dieses Ergebnis nicht ausdrücklich auf eine Teilnichtigkeitsregel oder eine geltungserhaltende Reduktion, sondern prüfen schlicht, ob die Schwelle von Abs. 1 im Einzelfall erreicht ist. Für die Praxis bedeutet dies: Eine Klausel, die «jede Haftung» ausschliesst, ist nicht schon wegen ihrer Weite unbeachtlich, versagt aber gerade in dem Fall, in dem grobes Verschulden nachgewiesen wird.

Das Verbot erfasst auch summenmässige Begrenzungen. Nach BGE 102 II 256 ist bei grober Fahrlässigkeit auch eine vertragliche Beschränkung der Ersatzsumme ungültig; Art. 447 Abs. 3 OR verdrängt Art. 100 OR nicht, weil das Gesetz nicht zugleich eine strengere Haftung anordnen und eine weitergehende Freizeichnung zulassen könne **BGE 102 II 256**. Ebenso scheitert eine AGB-Haftungsbeschränkung einer Bank schon an Abs. 1, wenn grobe Fahrlässigkeit feststeht **4C.157/2003**.

Die relative Schranke von Abs. 2

Obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe: die Banken

Der praktisch wichtigste Anwendungsfall ist der Bankbetrieb. In BGE 109 II 116 liess das Bundesgericht noch offen, ob eine Bank einem obrigkeitlich konzessionierten Gewerbe gleichzustellen sei, weil der Bank ohnehin keine Sorgfaltsverletzung vorzuwerfen war **BGE 109 II 116**. BGE 112 II 450 bejahte die Frage: Das Betreiben einer Bank sei der Ausübung eines konzessionierten Gewerbes im Sinne von Art. 100 Abs. 2 OR gleichzustellen **BGE 112 II 450**. Die spätere Rechtsprechung hält daran fest (BGE 132 III 449) **BGE 132 III 449** und präzisiert, dass es nicht darauf ankommt, ob auch die konkrete Tätigkeit der Bank, im entschiedenen Fall eine Vermögensverwaltung, der bankengesetzlichen Bewilligung unterliegt; massgeblich ist die Bewilligungspflicht nach Art. 3 BankG **4C.158/2006**.

Für andere Berufe und Unternehmen ist die Qualifikation weniger gefestigt. BGE 113 II 246 erwähnt die Schranken der Art. 100 Abs. 2 und 101 Abs. 3 OR bei einer konzessionierten Luftseilbahn nur beiläufig, nämlich mit dem Vorbehalt, ob eine Wegbedingung bei einer konzessionierten Luftseilbahn überhaupt möglich sei, und entscheidet die Frage nicht, weil die Vertragshaftung ohnehin nicht über die ausservertragliche Haftung hinausging **BGE 113 II 246**. Das Tessiner Appellationsgericht prüfte beim Notar nicht Abs. 2, sondern ordnete die übernommene Pflicht, Gelder treuhänderisch zurückzubehalten, der vertraglich vereinbarten Treuhandfunktion und nicht der amtlichen Tätigkeit zu; den Haftungsausschluss hielt es mangels Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit für gültig **12.2010.8**. Bei Anwälten entschied die Zürcher Aufsichtskommission nur standesrechtlich: Summenbegrenzungen sind «im zivilrechtlich möglichen Ausmass, d.h. für leichte Fahrlässigkeit» oberhalb der Mindestversicherungssumme von CHF 1 Mio. nicht von vornherein unzulässig, darunter verstossen sie gegen Art. 12 lit. a BGFA; über die zivilrechtliche Gültigkeit äusserte sie sich ausdrücklich nicht **KG070003**.

Ausübung des richterlichen Ermessens

Abs. 2 ordnet keine Nichtigkeit an, sondern ermächtigt den Richter, nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) zu entscheiden. Er hat die Klausel im Zusammenhang mit den übrigen Vertragsbestimmungen und unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu prüfen; die Interessenabwägung, für die sich keine absoluten Regeln aufstellen lassen, soll zu einer billigen Risikoverteilung zwischen Bank und Kunden führen **BGE 112 II 450 BGE 132 III 449**. Abzuwägen sind das Schutzbedürfnis des Kunden gegenüber den von der Bank verwendeten AGB und das Interesse der Bank an der Absicherung gegen schwer vermeidbare Risiken **4C.158/2006**.

Die Anwendungen zeigen, wo die Abwägung kippt. In 4C.158/2006 bestätigte das Bundesgericht die Nichtigkeit einer Haftungsbeschränkung in einem Vermögensverwaltungsvertrag, sodass die Bank auch für leichte Fahrlässigkeit haftete; offen liess es, ob ein solcher Ausschluss schon grundsätzlich unwirksam sei, weil er der gesetzlichen Pflicht des Beauftragten zu getreuer und sorgfältiger Ausführung widerspreche **4C.158/2006**. In BGE 132 III 449 hielt es fest, dass eine Bank, die dauernd oder gewohnheitsmässig auf normale Vorsichtsmassnahmen verzichtet, den Vertrag schuldhaft verletzt und sich auch bei bloss leichtem Verschulden nach Billigkeit nicht auf die Risikoklausel berufen kann **BGE 132 III 449**. Umgekehrt liess BGE 146 III 326 eine E-Mail-Risikoklausel, die auch Zufall erfasst, wirken, weil der Bank kein grobes Verschulden nachgewiesen war und der Kunde die Vorkehren gegen Missbrauch seiner Informatik selbst zu treffen hat **BGE 146 III 326**.

Das Ermessen besteht nicht, wenn das leichte Verschulden einer Hilfsperson der Bank zuzurechnen ist; dann gilt die Risikoklausel nach Art. 101 Abs. 3 OR ohne Einschränkung **BGE 132 III 449**. Die Abgrenzung zwischen eigenem Verschulden der Bank (Organisation, Organe) und Verschulden der Hilfsperson wird damit bei Abs. 2 ergebnisrelevant (unten, Organe und Hilfspersonen).

Verzichtender «im Dienst des anderen Teiles»

Die erste Variante von Abs. 2 schützt den Verzichtenden, der im Dienst des Vertragspartners steht **Art. 100 OR**. Neben dieser Ermessensschranke steht das zwingende Arbeitsvertragsrecht: Von Art. 328 OR (Schutz der Persönlichkeit, einschliesslich der Pflicht zu Schutzmassnahmen für Leben, Gesundheit und persönliche Integrität) darf nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden; abweichende Abreden sind nichtig **Art. 362 OR Art. 328 OR**. Eine vorgängige Freizeichnung des Arbeitgebers von der Haftung für die Verletzung dieser Schutzpflichten dürfte damit regelmässig schon an Art. 362 OR scheitern, ohne dass es auf das Ermessen nach Art. 100 Abs. 2 OR ankommt; diese Folgerung ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut und ist nicht durch Rechtsprechung belegt. Für nachträgliche Vergleiche gilt das oben zu Art. 341 OR Gesagte **4A_25/2014**.

Organe und Hilfspersonen

Art. 100 OR betrifft das eigene Verschulden des Schuldners. Bei juristischen Personen ist dies das Verschulden ihrer Organe: Eine Gesellschaft kann ihre Haftung für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit ihrer Organe nicht vorgängig ausschliessen, wohl aber nach Art. 101 Abs. 2 OR die Haftung für Hilfspersonen, und zwar auch für deren Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, unter Vorbehalt von Abs. 3 **4A_88/2008**. Schon BGE 91 I 223 hatte festgehalten, dass die

Haftung für Hilfspersonen ohne Rücksicht auf die Schwere ihres Verschuldens wegbedungen werden kann; Art. 101 Abs. 3 OR schütze den Privaten, der mit einem Monopolkonzessionär kontrahieren muss, und gelte nicht zwischen zwei gleichgestellten Konzessionären (dort zwei Bahnunternehmen) **BGE 91 I 223**. In BGE 94 II 197 war Art. 100 OR gegenstandslos, weil die Organe der Beklagten kein Verschulden traf und Schiffer und Besatzung eines Unterfrachtführers nicht Hilfspersonen der Beklagten waren; die Freizeichnung hielt **BGE 94 II 197**.

Die Qualifikation als Organ oder Hilfsperson entscheidet daher oft über die Wirksamkeit der Klausel. Das Kantonsgericht Neuenburg fasst den Organbegriff weit; Handelsregistereintrag oder Zeichnungsberechtigung seien nicht entscheidend. Es ordnete den Handelnden eher als Organ ein und nahm zudem einen eigenen Organisationsmangel des Informatikdienstleisters an, sodass die Hilfspersonenklausel nicht griff **CACIV.2014.96**. Im Genfer Seefrachtfall scheiterte die Berufung auf Abs. 1 daran, dass die Klägerin den Standpunkt aufgab, Kapitän und Zweiter Offizier seien Organe des Frachtführers **ACJC/1525/2016**.

Eine Hilfspersonenklausel muss zudem klar sein. Allgemeine Formulierungen, die nicht deutlich sagen, dass die Partei ihre eigene Haftung für Hilfspersonen ausschliesst, und die den Ausschluss auch für grobes Verschulden nicht nennen, genügen nicht **CACIV.2014.96**. Das Tessiner Appellationsgericht verneinte bei Klauseln eines Mandatsvertrags, die nur den weisungsgemäss handelnden Beauftragten entlasteten, eine unmissverständliche Wegbedingung der Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 Abs. 2 OR **12.2020.3**.

Risikoüberwälzungsklauseln im Bankverkehr

Art. 100 OR wird analog auf Klauseln angewendet, die das Risiko unabhängig von einer Vertragsverletzung verschieben, namentlich auf AGB-Klauseln, mit denen die Bank das Risiko der Ausführung gefälschter oder nicht autorisierter Aufträge auf den Kunden überwälzt **4C.427/2005**. Eine solche Klausel ist ohne Wirkung, wenn der Bank Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (Abs. 1 analog); bei leichtem Verschulden der Bank kann der Richter sie nach Abs. 2 für nichtig halten **BGE 132 III 449 BGE 112 II 450**. Gegenstand der Kontrolle ist auch der Umfang der Klausel: Für ein Geschäft, das von der Klausel nicht erfasst war, konnte sich die Bank in BGE 132 III 449 von vornherein nicht auf sie berufen **BGE 132 III 449**. Die Bank muss Aufträge grundsätzlich nur nach den vereinbarten Modalitäten prüfen, bei ernsthaften Fälschungsindizien oder ungewöhnlichen Aufträgen aber zusätzliche Abklärungen treffen **BGE 132 III 449**; an diesem Massstab entscheiden sich die oben dargestellten E-Mail-Fälle.

Das Tessiner Appellationsgericht hat dieses Schema auf die Post übertragen. Eine Gemeindeangestellte mit Kollektivzeichnungsberechtigung hatte 69 gefälschte Zahlungsscheine ausgestellt. Die Post führte sie aus, obwohl die Scheine die nach den Weisungen erforderliche Unterschrift des Schuldners nicht trugen, und die meisten Beträge wurden an eine nicht berechtigte Person bar ausbezahlt. Das Gericht wendete Art. 100 OR analog auf die Risikoüberwälzungsklausel in den Weisungen an und übernahm das bundesgerichtliche Schema: Die Klausel ist bei grober Fahrlässigkeit der Bank oder Post wirkungslos; bei leichter Fahrlässigkeit kann sie nach richterlichem Ermessen als nichtig betrachtet werden (Abs. 2), nicht aber bei leichtem Verschulden einer Hilfsperson (Art. 101 Abs. 3 OR) **12.2010.100**. Weil es der Post grobe Fahrlässigkeit vorwarf, musste es dieses Ermessen nicht ausüben. Bedeutsam ist die Folge: Die Unwirksamkeit der Klausel schloss eine Kürzung des Ersatzes nicht aus. Der Gemeinde wurde leichtes Mitverschulden bei der Überwachung ihrer Angestellten angelastet, und das Gericht reduzierte den Anspruch um einen Drittel auf Fr. 142'151.90 **12.2010.100**. Fällt die Klausel analog Abs. 1 weg, richtet sich die Verteilung des Schadens also weiterhin nach den allgemeinen Regeln über das Mitverschulden.

Die Analogie setzt voraus, dass die Klausel ein Risiko verschiebt, das an sich die Bank trägt. Eine Gutschrift «Eingang vorbehalten» für Checks ist keine Überwälzungsklausel, weil das Risiko gestohlener, gefälschter oder ungedeckter Checks nicht die bloss inkassierende Bank, sondern den einreichenden Verkäufer trifft; Abs. 2 ist dann auch nicht analog anwendbar **4C.427/2005**.

Einbezug und Auslegung von Freizeichnungen

Art. 100 OR setzt eine gültig vereinbarte Klausel voraus; die Gültigkeitskontrolle folgt erst nach Einbezug und Auslegung. Bei vorformulierten AGB greift die Ungewöhnlichkeitsregel: Von der Globalübernahme ausgenommen sind ungewöhnliche Klauseln, auf die die schwächere oder geschäftsunerfahrene Partei nicht besonders aufmerksam gemacht wurde. Bei einer geschäftserfahrenen Kundin, die die AGB erhalten und ausdrücklich angenommen hatte, war eine übliche Bankklausel nicht ungewöhnlich, und ein besonderer Hinweis war nicht nötig **4C.427/2005**. Eine klar und lesbar in Offerte und Rechnung abgedruckte, zweimal unterzeichnete Ausschlussklausel bindet **4C.295/2004**.

Freizeichnungen werden restriktiv ausgelegt. In 4A_237/2023 erfasste eine Klausel, die Ansprüche wegen Nichtlieferung oder verspäteter Lieferung einzelner Bestellungen ausschloss, nicht die dauerhafte Einstellung sämtlicher Lieferungen; diese war eine Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR **4A_237/2023**. Das Handelsgericht Zürich legte diese Feststellung im Rückweisungsverfahren als verbindlich zugrunde; der Rückweisungsentscheid betraf nur noch die Verrechnungsforderung **HG240080**. Das Bundesgericht deutete dort zudem an, es erscheine fraglich, welche weiteren Umstände für einen vorsätzlichen Lieferunterbruch und damit die Nichtigkeit nach Abs. 1 noch hätten dargelegt werden müssen **4A_237/2023**. Im kantonalen Werkvertragsrecht werden zweifelhafte Klauseln eng und zulasten des Unternehmers ausgelegt; ein Ausschluss der «garantie légale du vendeur» erfasste die Unternehmerhaftung beim gemischten Vertrag nicht **CACIV.2018.100**.

Die Auslegung ist häufig der erste und entscheidende Schritt: Wird der Fall von der Klausel nicht erfasst, muss die Frage nach Abs. 1 nicht mehr beantwortet werden **4A_444/2017**.

Sachlicher Anwendungsbereich und Abgrenzungen

Gewährleistungsausschlüsse im Kaufrecht

Für Gewährleistungsausschlüsse enthält das Kaufrecht eigene Schranken: Sie sind ungültig, wenn der Verkäufer die Mängel arglistig verschwiegen hat (Art. 199 OR) **Art. 199 OR** oder bei der Rechtsgewährleistung das Recht des Dritten absichtlich verschwiegen hat (Art. 192 Abs. 3 OR) **Art. 192 OR**. Ob daneben Art. 100 Abs. 1 OR gilt, sodass ein Ausschluss auch bei grober Fahrlässigkeit versagt, hat das Bundesgericht wiederholt offengelassen **BGE 107 II 161 4C.242/2004 4C.295/2004**. BGE 107 II 161 schied Art. 100 OR jedenfalls dort aus, wo der Mangel lange vor Vertragsschluss durch ungenügenden Unterhalt verschuldet wurde: Kaufrechtlich zähle dann nur, ob der Mangel arglistig verschwiegen worden sei. Anders zu beurteilen wäre allenfalls der Fall, dass der Verkäufer nach der Wegbedingung den Mangel absichtlich oder grobfahrlässig herbeiführt **BGE 107 II 161**.

Praktisch zieht das Bundesgericht die Grenze über die Auslegung: Ein Mangel fällt nicht unter einen allgemein formulierten Ausschluss, wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste, und den wirtschaftlichen Zweck des Geschäfts erheblich beeinträchtigt **BGE 130 III 686**. Beim Hersteller-Verkäufer eines Neubaus erfasste der Ausschluss einen verborgenen Fundationsmangel nicht; ob der Ausschluss wegen grobfahrlässiger Herbeiführung des Mangels auch an Art. 100 Abs. 1 OR scheitern würde, liess das Bundesgericht offen **4A_444/2017**.

Konkurrierende ausservertragliche Ansprüche

Art. 100 OR steht im Recht der Vertragshaftung **Art. 100 OR**. Ob eine

vertragliche Freizeichnung auch konkurrierende Deliktsansprüche erfasst, ist eine Auslegungsfrage. BGE 107 II 161 bejahte dies für einen Gewährleistungsausschluss, der die aus dem Mangel abgeleiteten vertraglichen und ausservertraglichen Schadenersatzansprüche umfasste **BGE 107 II 161**; BGE 91 I 223 liess offen, ob die Klausel auch Ansprüche aus Art. 41 und 55 OR ausschloss, weil diese ohnehin nicht begründet waren **BGE 91 I 223**. Ob die Schranke von Abs. 1 auch für die Freizeichnung von Deliktsansprüchen gilt, beantworten diese beiden Entscheide nicht. Im Seefrachtrecht folgt die Erstreckung auf Deliktsansprüche aus den anwendbaren Haag-Visby-Regeln; die Genfer Cour de justice behielt dennoch die Nichtigkeit für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit der Organe nach Art. 100 Abs. 1 OR vor **ACJC/1525/2016**.

Sonderregime mit strengeren Freizeichnungsverboten

Mehrere Spezialgesetze gehen über Art. 100 OR hinaus, indem sie Freizeichnungen ohne Abstufung nach dem Verschulden ausschliessen:

Regelung	Inhalt
Art. 87 Abs. 1 SVG	Vereinbarungen, welche die Haftpflicht nach SVG wegbedingen oder beschränken, sind nichtig **Art. 87 SVG**.
Art. 8 PrHG	Vereinbarungen, welche die Haftpflicht nach PrHG gegenüber dem Geschädigten beschränken oder wegbedingen, sind nichtig **Art. 8 PrHG**.
Art. 44 PBG	Tarifbestimmungen und Vereinbarungen, welche die Haftung des Transportunternehmens im Voraus ganz oder teilweise ausschliessen oder die Beweislast der Kundschaft übertragen, sind nichtig; der Transportvertrag bleibt im Übrigen gültig **Art. 44 PBG**.
Art. 16 Pauschalreisegesetz	Die Haftung für Personenschäden kann nicht beschränkt werden; für andere Schäden ist eine Beschränkung auf das Zweifache des Reisepreises zulässig, ausser bei Absicht oder grober Fahrlässigkeit **Art. 16 944.3**.

Solche Verbote reichen nur so weit wie ihr Tatbestand. BGE 94 II 197 wandte das Freizeichnungsverbot des Seeschifffahrtsrechts, das Abreden «in einem Konnossement» betrifft, auf einen Rheinfrachtbrief nicht an und beurteilte die Klausel nach OR; Freizeichnungsklauseln verstiessen angesichts der gesetzlichen Regelung auch nicht allgemein gegen die guten Sitten oder Treu und Glauben **BGE 94 II 197**.

Neben Art. 100 OR steht die AGB-Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, die zum Nachteil von Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen Rechten und Pflichten erfasst **Art. 8 UWG**. Nach der Botschaft führen Verstösse zur Nichtigkeit der Klausel, und als typisches Beispiel einer missbräuchlichen Klausel nennt sie den Ausschluss oder die Beschränkung der Haftung bei Tötung oder Körperverletzung des Konsumenten **BBl 2009 6151**. Art. 8 UWG kann damit im Konsumentenverhältnis auch Freizeichnungen für leichtes Verschulden erfassen, die Art. 100 OR unberührt lässt. Wie weit das im Einzelnen reicht, ist eine Frage der Anwendung von Art. 8 UWG.

Vorbehalt des Versicherungsvertragsrechts (Abs. 3)

Abs. 3 behält die Sonderregeln über den Versicherungsvertrag vor **Art. 100 OR**. Das VVG regelt die Folgen des Verschuldens des Versicherungsnehmers selbständig: Bei absichtlicher Herbeiführung des befürchteten Ereignisses haftet der Versicherer nicht, bei grober Fahrlässigkeit kann er seine Leistung dem Verschulden entsprechend kürzen, bei leichter Fahrlässigkeit haftet er voll **Art. 14 VVG**. Zudem kennt das VVG eigene, durch Abrede nicht abänderbare Vorschriften **Art. 97 VVG**. Deckungsausschlüsse und Leistungskürzungen sind daher nach diesem System und nicht nach Art. 100 OR zu beurteilen.

Folgerungen für die Vertragsgestaltung und den Prozess

- Zeitpunkt prüfen: Vor dem Haftungsereignis gilt Art. 100 OR; danach sind Verzicht und Vergleich grundsätzlich frei, setzen aber Kenntnis der wesentlichen Tatsachen voraus **4A_25/2014 4C.266/2006**.
- Klausel klar fassen: Restriktive Auslegung und Klarheitserfordernis bei Hilfspersonenklauseln verlangen eine präzise Umschreibung der erfassten Haftungsfälle und Personen **4A_237/2023 CACIV.2014.96**.
- Grobe Fahrlässigkeit substanziieren: Der Geschädigte muss die Verletzung elementarer Vorsichtsregeln beweisen; im Bankverkehr sind die konkreten Verdachtsmomente zu belegen **4A_9/2020 4A_386/2016**.
- Organ oder Hilfsperson klären: Bei Organverschulden greift Abs. 1, bei Hilfspersonen Art. 101 Abs. 2 und 3 OR **4A_88/2008**.
- Konzessioniertes Gewerbe: Bei Banken ist auch die Freizeichnung für leichtes Verschulden der richterlichen Billigkeitskontrolle unterworfen, nicht aber für leichtes Verschulden von Hilfspersonen **BGE 132 III 449**.
- Mitverschulden einwenden: Auch wenn eine Risikoklausel an grober Fahrlässigkeit scheitert, kann der Ersatz wegen Mitverschuldens des Kunden gekürzt werden **12.2010.100**.
- Sonderregime vorrangig prüfen: SVG, PrHG, PBG und Pauschalreiserecht verbieten Freizeichnungen weitergehend **Art. 87 SVG Art. 8 PrHG Art. 44 PBG Art. 16 944.3**.