
Ausservertragliche Haftung eines Ingenieurs für mangelhafte Hangsicherung?

Bemerkungen zu BGE 4C.296/1999 vom 28.1.2000

ALFRED KOLLER

Inhaltsübersicht

- I. Der Entscheid
 - 1. Sachverhalt
 - 2. Erwägungen
- II. Kommentar
 - 1. Bemerkungen zu Art. 41 Abs. 1 OR
 - 2. Bemerkungen zur Vertrauenshaftung

I. Der Entscheid

1. Sachverhalt

Jaroslav und Vera Caesar sind Eigentümer einer Liegenschaft in Lauerz. Auf den darunter liegenden Grundstücken erstellte deren damaliger Eigentümer, Isidor Zürcher, in den Jahren 1990 und 1991 zwei Doppeleinfamilienhäuser. Als Ingenieurin zog Zürcher die A. Gürber AG bei. Im Rahmen der Aushubarbeiten, die vom Bauherrn ausgeführt wurden, kam es wiederholt zu Böschungsbrüchen und Instabilitäten, welche in der zweiten Bauetappe das Grundstück des Ehepaars Caesar sowie deren Haus in Mitleidenschaft zogen. Am 9. März 1992 belangten die Eheleute Caesar die A. Gürber AG auf Schadenersatz im Betrag von Fr. 528'050.45 nebst Zins. Mit Urteil vom 19. Juni 1997 verpflichtete das Bezirksgericht Schwyz die Beklagte zur Zahlung von Fr. 436'376.30 nebst Zins. Mit Urteil vom 26. Januar 1999 wies das Kantonsgericht Schwyz eine Berufung der Beklagten ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil. Es führte u.a. aus, die Beklagte sei als Ingenieurin verpflichtet gewesen, zum Schutz umliegender Grundstücke konkrete Anweisungen über die auf der Baustelle zu treffenden Sicherungsmassnahmen zu erteilen sowie bei Fehlhandlungen korrigierend einzugreifen. Diesen Pflichten sei sie nur fehlerhaft nachgekommen. Die Beklagte hat eidgenössische Berufung eingereicht. Das Bundesgericht hat diese gutgeheissen

und die Klage abgewiesen¹. Es hat drei Anspruchsgrundlagen geprüft: Art. 41 Abs. 1 OR, Vertrauenshaftung und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten. Vorliegend interessieren nur die ausservertraglichen Haftungsgrundlagen, also Art. 41 Abs. 1 OR und die Vertrauenshaftung. Diese ist zwar nach bundesgerichtlicher Ansicht eine eigene Haftungskategorie „zwischen Vertrag und Delikt“ (BGE 130 III 345, E. 2.1). Das ändert aber nichts daran, dass der Rechtsgrund der Haftung in einem Verstoß gegen eine ausservertragliche Pflicht besteht, wogegen bei der Vertragshaftung eine Vertragsverletzung den Grund der Haftung abgibt oder die Haftung ihren Grund sonstwie in der Tatsache hat, dass die Parteien durch einen (gültigen) Vertrag verbunden sind. Die Vertrauenshaftung – falls man dieses Institut überhaupt anerkennen will – ist damit eine spezielle ausservertragliche Haftung.

2. Erwägungen

1. Nach Art. 41 Abs. 1 OR haftet, wer einem anderen "widerrechtlich" und schuldhaft einen "Schaden zufügt". In dem zu besprechenden Entscheid hat sich das Bundesgericht ausschliesslich mit der Widerrechtlichkeit befasst, diese verneint und dementsprechend die Haftung abgelehnt.

a) Das Bundesgericht bestätigt vorerst die Rechtsprechung, wonach im schweizerischen Recht die objektive Widerrechtlichkeitstheorie gilt. Während nach der subjektiven Theorie grundsätzlich jede Schädigung widerrechtlich ist, soweit nicht ausnahmsweise eine Schädigungsbefugnis besteht, ist nach der objektiven Theorie grundsätzlich jede Schädigung zulässig, sofern nicht im Einzelfall gegen eine die Schädigung verbietende Pflicht verstossen wurde.

Sodann hält das Bundesgericht an der Theorie vom Erfolgsunrecht fest. Nach dieser Theorie erfüllt die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes durch positives Tun immer den Tatbestand der Widerrechtlichkeit, sofern nicht ausnahmsweise ein Rechtfertigungsgrund (z.B. Notwehr oder Notstand, Art. 52 OR) gegeben ist. Ob der präsumtive Haftpflichtige sich pflichtgemäss verhalten hat oder nicht, spielt keine Rolle. Diese Frage ist vielmehr erst im Rahmen des Verschuldens zu prüfen. Anders verhält es sich, wenn der präsumtive Haftpflichtige das absolut geschützte Gut nicht durch positives Tun verletzt hat und also lediglich eine Verletzung durch Unterlassung in Frage kommt. Diesfalls ist unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit

¹ Schadenersatz verlangten die Kläger ferner vom Geologen, der sich zusammen mit der Ingenieurin um die Hangsicherung zu kümmern hatte. Auch diese Klage wurde von den kantonalen Instanzen gutgeheissen, vom Bundesgericht aber abgewiesen. Der Entscheid 4C.280/1999 ist auf französisch in SemJud 2000, 549 ff., veröffentlicht. Die rechtlichen Erwägungen entsprechen bis auf wenige Details dem hier referierten Urteil.

zu prüfen, ob der präsumtive Haftpflichtige „gegen eine spezifische Rechtspflicht zur Abwendung des drohenden Verletzungserfolges verstossen“ hat (E. 1a). Die Frage der Pflichtwidrigkeit ist diesfalls also nicht beim Verschulden, sondern gleichsam auf höherer Ebene zu prüfen. Dass die Widerrechtlichkeit bei Unterlassungen und positivem Tun eine ganz unterschiedliche Rolle spielen soll, leuchtet den Vertretern der Theorie vom Verhaltensunrecht nicht ein. Sie sind der Meinung, dass Widerrechtlichkeit immer pflichtwidriges Verhalten bedeutet. Bei sog. reinen, also nicht durch die Verletzung eines absolut geschützten Gutes vermittelten Vermögensschäden besteht die Widerrechtlichkeit nach beiden Theorien darin, dass gegen eine einschlägige „Schutznorm“ (E. 1a) bzw. gegen eine Verhaltenspflicht verstossen wurde.

b) Im konkret beurteilten Fall ging es um Böschungsabbrüche, welche auf dem Grundstück der Kläger zu Schäden geführt hatten. Unmittelbarer Schädiger war der Bauherr und Auftraggeber der beklagten Ingenieurfirma. Diese hatte die Eigentumsverletzung – wenn überhaupt – durch eine Unterlassung begangen. Es war somit zu prüfen, ob sie sich pflichtwidrig verhalten hatte. In Frage kam vorab ein Verstoss gegen den ungeschriebenen Gefahrensatz. „Nach dem Gefahrensatz hat derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Schutzmassnahmen zu ergreifen“ (E. 2b). Es trifft ihn eine sog. Garantenstellung. In casu schuf der Auftraggeber der Beklagten den gefährlichen Zustand durch Aushubarbeiten. Ihm oblag es daher, die für die Hangsicherung nötigen Massnahmen zu treffen. Die Beklagte als blosser Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR traf – immer nach dem Bundesgericht – keine entsprechende Pflicht. „Mangels Garantenstellung gegenüber den Klägern erfüllt[e] die Beklagte auch nicht den Tatbestand der Sachbeschädigung gemäss Art. 144 StGB“ (E. 2c).

2. Zur **Vertrauenshaftung** führt das Bundesgericht – wörtlich – Folgendes aus (E. 3a):

Stehen Schädiger und Geschädigter ausserhalb einer vertraglichen Bindung in einem besonderen Vertrauensverhältnis, kraft welchem der Geschädigte sich nunmehr als nachteilig erweisende Dispositionen trifft, hat der Schädiger für den aus enttäuschem Vertrauen verursachten Schaden einzustehen (BGE 124 III 297 E. 6a; 121 III 350 E. 6c; 120 II 331 E. 5a; Kramer, Berner Kommentar, Allg. Einleitung in das schweizerische OR, N. 150). Eine derartige Sonderverbindung entsteht allerdings nur aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten des in Anspruch Genommenen, nicht aber aus einem zufälligen und ungewollten Zusammenprallen, wie es im Regelfall einer auf Fahrlässigkeit gründenden Deliktshaftung eigen ist (Kramer, a.a.O., N. 141). Schutzwürdiges Vertrauen setzt zudem ein Verhalten des Schädigers voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken (BGE 124 III 297 E. 6a). Die Eigenhaftung eines Erfüllungsgehilfen kommt damit nur in Betracht, wenn er selbst in en-

gen persönlichen Beziehungen zum Kunden seines Auftraggebers stand oder wenn er diesem aufgrund seines gesamten Verhaltens gleichsam persönliche Gewähr für das Gelingen des übernommenen Geschäfts gab (Wiegand/Berger, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, ZBJV 135 [1999] 713 f., 743).

Diese strengen Haftungsvoraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Weder ist eine persönliche Beziehung zwischen den Parteien festgestellt, noch geht aus dem angefochtenen Urteil hervor, dass die Beklagte nicht nur gegenüber ihrem Auftraggeber, sondern auch gegenüber den Klägern Zusicherungen betreffend eine deren Eigentum nicht tangierende Bautätigkeit abgegeben hätte. Zudem sind keine Dispositionen der Kläger auszumachen, die gestützt auf eine von der Beklagten allenfalls geschaffene Vertrauensposition getätigt worden wären. Vielmehr ist der Kontakt zwischen den Parteien einzig durch die als Folge von Bauarbeiten auf dem Grundstück des Bauherrn verursachte Schädigung des klägerischen Eigentums, mithin durch eine typisch deliktsrechtliche Konstellation bedingt. Eine Vertrauenshaftung der Beklagten fällt damit ausser Betracht.

II. Kommentar

1. Bemerkungen zur Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR

1. Die Lehre vom Erfolgsunrecht war lange Zeit herrschend. Die neuere Lehre steht aber fast durchwegs auf dem Boden der Lehre vom Verhaltensunrecht². Diese Theorie verdient m.E. den Vorzug. Erstens macht es keinen Sinn, identische Fragen einmal unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit, ein andermal unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens zu prüfen³. Zum Zweiten können Unterlassen und Tun oft nicht klar

² MARKUS MÜLLER-CHEN, BJM 2002, 299 ff.; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, Rz 50.28 ff., insbes. 50.31 m.w.Nw.; VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, Rz 40, 41 ff., insbes. 246 ff.; DERS., AJP 1999, 524 und passim; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003, Rz 682 ff.; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, § 4 Rz 2; WALTER FELLMANN, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, AJP 1995, 878 ff., 885; PETER GAUCH, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996, 225 ff., insbes. 232 f.; a.A. KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, § 16 Rz 44; EMIL W. STARK, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, Rz 260; ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Aufl., Bern 2002, 106, 107; ANTON K. SCHNYDER, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2003, N 31 zu Art. 41 OR; GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 24 Rz 4. Zum Meinungsstand s. neustens BEAT SCHÖNENBERGER, HAVE 2004, 3 ff.

³ Vgl. etwa HEIN KÖTZ/GERHARD WAGNER, Deliktsrecht, 9. Aufl., Neuwied 2001, Rz 107.

auseinander gehalten werden. Meist ist es eine Kombination von beidem, welche zu einem Schadenseintritt führt. Ein Drittes: Nach der Theorie vom Erfolgsunrecht hat jeder, der in irgendeiner Weise durch positives Tun zum Erfolg beigetragen hat, diesen auch widerrechtlich verursacht. Wer beispielsweise Kraftfahrzeuge herstellt oder vertreibt, tötet nach der Theorie vom Erfolgsunrecht jedes Jahr widerrechtlich eine Vielzahl von Menschen. Die Haftung entfällt zwar wegen fehlendem Verschulden, aber es scheint schon sachwidrig, die Widerrechtlichkeit zu bejahen. Daher haben Einzelne die Theorie vom Erfolgsunrecht abgeschwächt: Nur wer einen Erfolg *unmittelbar* verursacht, soll sich dem Vorwurf der Widerrechtlichkeit aussetzen⁴. Diese Theorie beseitigt aber nicht die anderen Einwände gegen die Theorie vom Erfolgsunrecht und zudem schafft sie ein neues, kaum lösbares Problem, nämlich die Abgrenzung von unmittelbarer und mittelbarer Verursachung. Dass es hierbei bloss um „Randunschärfen“ geht, wie von Bar (Anm. 4) meint, halte ich für unzutreffend.

Verdient die Theorie vom Verhaltensunrecht den Vorzug, so ist die Widerrechtlichkeit generell als Pflichtwidrigkeit zu verstehen: Der präsumtive Haftpflichtige muss eine zum Schutz des Geschädigten aufgestellte – geschriebene oder ungeschriebene – Verhaltensnorm verletzt haben, und zwar eine allgemeine, nicht bloss eine relative Pflicht. Zu beachten ist, dass nicht jede Widerrechtlichkeit in diesem Sinne notwendig in den Anwendungsbereich von Art. 41 Abs. 1 OR fällt. Vielmehr ist jeweils zu prüfen, ob nicht eine Sonderregel wie z.B. Art. 36 Abs. 2 oder 752 OR vorgeht. Im vorliegenden Fall traf dies allerdings nicht zu, insbesondere kam die ungeschriebene Regel über die Vertrauenshaftung zum Vornherein nicht zum Tragen (s. unten B.). Die Frage, ob diese Regel Art. 41 Abs. 1 OR verdrängt, stellte sich daher nicht.

2. Das referierte Urteil erweckt den Eindruck, ein Erfüllungsgehilfe sei einem vertragsfremden Dritten gegenüber nie verpflichtet, für die Beseitigung eines gefährlichen Zustandes zu sorgen. Vielmehr sei er, wenn schon, nur dem Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet, und zwar vertraglich, sofern zwischen dem Gehilfen und dem Geschäftsherrn – wie regelmässig – ein Vertragsverhältnis besteht. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden:

Ob jemand gegenüber einem Dritten verpflichtet ist, eine Gefahr für dessen absolut geschützte Rechtsgüter abzuwenden, hängt davon ob ihm eine Garantenstellung zukommt. Garantenpflichten können verschiedene Rechtsgründe haben⁵. Der vom Bundesgericht herangezogene Gefahrensatz ist nur

⁴ Diese Unterscheidung geht zurück auf KARL LARENZ, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Döle, Band I, Tübingen 1963, 169 ff. Sie wurde später in Deutschland weitgehend rezipiert (s. z.B. CHRISTIAN VON BAR, JuS 1988, 170).

⁵ SCHNYDER, Basler Kommentar, N 37 f. zu Art. 41 OR.

eine Quelle (sog. Ingerenz). „Klassische“ Entstehungsgründe sind sodann Gesetz und Vertrag⁶. Freilich haben vertragliche Pflichten „nur dann den Rang einer Garantienpflicht, wenn dem Verpflichteten eine Autoritäts- oder Vertrauensstellung mit besonderen Obhuts-, Sorge- und Aufsichtspflichten zukommt“ (Günter Stratenwerth⁷). „Die Garantienpflicht entsteht auch nicht schon durch die Vereinbarung als solche, sondern erst durch die faktische Übernahme der Stellung [...]: Der Schutz des [fremden] Rechtsgutes muss tatsächlich in die Hände des Verpflichteten gelegt worden sein“ (Stratenwerth, wie Anm. 7)⁸. Nach dem Gesagten muss gelten, dass jemand, der den Auftrag erhält, eine Gefährdung absolut geschützter Güter Dritter zu verhindern, auch dem Dritten gegenüber verpflichtet ist, die erforderlichen Schutzmassnahmen zu ergreifen. Der Beauftragte (Erfüllungsgehilfe) hat dann gleichsam in Vertretung des Auftraggebers (Geschäftsherrn) für die Gefahrenabwehr zu sorgen. Kommt er dieser Aufgabe nicht oder nur ungenügend nach, kann er im Einzelfall sogar strafrechtlich verantwortlich werden^{9,10}.

Im konkreten Fall hatte das Kantonsgericht Schwyz als Vorinstanz die Haftung der Beklagten bejaht. Diese sei als Ingenieurin nicht nur für den Hochbau zuständig gewesen, sondern habe zusammen mit dem Geologen die Aufgabenbereiche Bodenkontrolle und Baugrubenaushub und damit die Pflicht übernommen, den Aushub zu überwachen, die zuständigen Arbeiter zu instruieren, zum Schutz umliegender Grundstücke konkrete Anweisungen über die auf der Baustelle zu treffenden Sicherungsmassnahmen zu erteilen sowie bei Fehlhandlungen korrigierend einzugreifen (s. die Sachverhalts-schilderung im referierten Entscheid). Der Bauherr hatte somit nicht nur, aber auch die Hangsicherung in die Hände der Beklagten gelegt. Dieser kam daher nach der hier vertretenen Ansicht Garantienstellung zu¹¹. Quelle dieser Pflicht

⁶ STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 5. Aufl., Zürich 1998, 242 ff.

⁷ GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl. 1996, § 14 Rz 16 unter Hinweis auf BGE 98 IV 172 ff.

⁸ Vgl. RENÉ MEYER, Die Garantienstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, Zürich 1972, 150 ff.

⁹ S. FRANZ RIKLIN, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Architekten, in: Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, Rz 1776 ff., mit dem Hinweis, dass der Architekt (oder Ingenieur) „auch durch ein Unterlassen“ strafrechtlich verantwortlich werden kann (Rz 1811 ff.).

¹⁰ Angenommen, A, dessen Auto mangelhafte Bremsen aufweist, beauftragt X mit der Reparatur. X gibt seinerseits den Auftrag an seinen Arbeitnehmer Z weiter. Dieser nimmt die Reparatur nicht oder fahrlässig nicht fachgemäss vor. In der Folge wird das Auto dem A zurückgegeben, und dieser verunfallt wegen der ungenügenden Bremsleistung. Folgt man dem referierten Entscheid, so hat A gegenüber Z keinen Anspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR. M.E. ist gegenteilig zu entscheiden.

¹¹ A.A. VIKTOR AEPLI, BR 2000, 141 f. Nr. 321. M.E. zutreffend hält das Kantonsgericht Schwyz fest, die Ingenieurin sei zusammen mit dem Geologen verpflichtet gewesen, „den Aushub zu überwachen und diesbezüglich, auch zum Schutze umliegender Grundstücke, konkrete Anweisungen über die zu treffenden Vorkehrungen und Sicherungsmassnahmen

war nicht der Gefahrensatz, sondern die Tatsache, dass sich die Beklagte anerbieten hatte, anstelle des Bauherrn dessen Pflichten gegenüber dem Oberlieger (dem Ehepaar Caesar) zu erfüllen. Das ist zu betonen, weil das Bundesgericht davon auszugehen scheint, dass eine Garantenpflicht nur aus dem Gefahrensatz fliessen kann (s. insbesondere E. 2c). Wie das Kantonsgericht Schwyz hätte wohl auch der deutsche Bundesgerichtshof entschieden. Das Bundesgericht hat dies ausdrücklich festgestellt (E. 2b in fine), ohne sich jedoch mit dieser abweichenden deutschen Auffassung inhaltlich auseinander zu setzen.

Bejaht man die Widerrechtlichkeit, so ist auch das Verschulden der Beklagten zu bejahen. Denn die Verletzung einer Verhaltenspflicht (darin besteht ja die Widerrechtlichkeit) erfolgt immer auch schuldhaft, so jedenfalls dann, wenn man mit der herrschenden Lehre¹² von einem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff ausgeht. Vorbehalten ist lediglich der Fall, dass der präsumtive Haftpflichtige aus den in Art. 16 ZGB erwähnten Gründen gar nicht imstande war, sich pflichtgemäss zu verhalten.

2. Bemerkungen zur Vertrauenshaftung

Die Vertrauenshaftung wurde bis zu dem hier referierten Entscheid immer als Haftung für reinen Vermögensschaden verstanden¹³. Im konkreten Fall werden die dazu entwickelten Grundsätze auf die Verletzung eines absolut geschützten Gutes (Eigentum) angewendet. Zwar wurde die Haftung verneint, m.E. aber hätte dieses Institut – falls man es nicht überhaupt ablehnt – aus grundsätzlichen Erwägungen nicht herangezogen werden sollen. Freilich können Vertrauensgesichtspunkte auch bei der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter eine Rolle spielen. Sie spielen aber eine andere Rolle als bei reinen Vermögensschäden. Wenn schon, sollten daher eigenständige Tatbestände der Vertrauenshaftung entwickelt werden, wie etwa in Deutschland die

auf der Baustelle, dem Baufortschritt folgend, zu erteilen“ (E. 4b; Hervorhebung hinzugefügt), sie habe „deshalb (auch) für die Kläger eine Garantenstellung übernommen“. Dem Kantonsgericht Schwyz sei für die freundliche Überlassung des Urteils bestens gedankt.

¹² REY (Anm. 2), Rz 843 ff., m.w.Nw.

¹³ S. neustens BGE 128 III 324 ff. (dazu BERNHARD BERGER, recht 2002, 201 ff.; KATJA ROTH/HANS CASPAR VON DER CRONE, SZW 2002, 311 ff.) und BGE 130 III 345 ff. (s. dazu meinen Beitrag im Tagungsband der 6. St. Galler Baurechtstagung, St. Gallen 2004, S. 22 ff.); Die Literatur zur Vertrauenshaftung ist schon fast unüberblickbar geworden. Aus neuerer Zeit s. REGULA FEHLMANN, Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, St. Gallen 2002; CHRISTINE CHAPPUIS/BÉNÉDICT WINIGER (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zürich 2001; BEAT SCHÖNENBERGER, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten, Eine rechtsvergleichende Studie, Basel 1999; MARTIN MOSER, Die Haftung gegenüber vertrags-fremden Dritten, Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers, Bern 1998; ARIANE MORIN, La responsabilité fondée sur la confiance, Genf usw. 2002.

„Anvertrauenshaftung“ (Canaris¹⁴) oder die Haftung wegen Missachtung der Produktbeobachtungspflicht¹⁵. Solche Tatbestände mag man – mit der Vertrauenshaftung für reine Vermögensschäden – unter den einheitlichen Oberbegriff der Vertrauenshaftung pressen. Sinn macht dies freilich kaum, im Gegenteil kann dies nur verwirren, weil der unrichtige Eindruck entsteht, dass ein einziges einheitliches Kriterium über die Haftungszurechnung entscheidet¹⁶.

In Deutschland wurden „culpa in contrahendo, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, positive Vertragsverletzung und nachwirkende Vertragspflichten zu einer Vertrauenshaftung verschmolzen“ (von Bar¹⁷). Auch in der Schweiz fassen Einzelne den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als Teil der Vertrauenshaftung auf¹⁸. „Neuerdings werden sogar das Vertrauensprinzip beim Vertragsschluss, der objektivierte Verschuldensbegriff und der Gutglaubensschutz der Vertrauenshaftung zugeschlagen“¹⁹.

Betrachtet man nur die ausservertragliche Vertrauenshaftung für reine Vermögensschäden, wie sie vom Bundesgericht in den letzten zehn Jahren konzipiert wurde²⁰, so vermisst man eine präzise Umschreibung der Anspruchsvoraussetzungen. Insbesondere scheint noch wenig geklärt, welche Anforderungen das Bundesgericht an die Sonderverbindung stellt. Der grundlegende BGE 120 II 331 ff. äussert sich dazu nicht. In späteren Entscheiden bemüht sich zwar das Bundesgericht um Klärung der Frage, der unbefangene Leser dürfte jedoch kaum imstande sein, sich unter der Sonderverbindung eine eindeutige Vorstellung zu machen. Der neuste einschlägige Entscheid, BGE 130 III 345 ff., ändert hieran nichts. Wenn ich das Urteil richtig verstehe, kann die Sonderverbindung ganz unterschiedlich begründet sein: sowohl durch „enge persönliche Beziehungen“ als auch durch eine „persönliche Gewähr für das Gelingen des übernommenen Geschäfts“ (E. 2.2). Das erste Merkmal erinnert an die culpa in contrahendo (den Haupttatbestand der Ver-

¹⁴ CLAUD-WILHELM CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (Reprint 1981), 539 ff.; DERS., Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, 107; CHRISTIAN VON BAR, JuS 1988, 170 r. Sp.

¹⁵ S. dazu etwa KÖTZ/WAGNER (Anm. 4), Rz 448.

¹⁶ Vgl. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Diss. Freiburg/CH 1999, Rz 377 f.

¹⁷ CHRISTIAN VON BAR, JuS 1982, 644 I. Sp. unten.

¹⁸ PETER LOSER, recht 1999, 87; MARKUS WICK, AJP 1995, 1273; HANS PETER WALTER, ZBJV 1996, 273.

¹⁹ SCHWENZER (Anm. 2), Rz 52.02, unter Hinweis auf PETER LOSER, recht 1999, 76.

²⁰ Grundlegend BGE 120 II 331 ff. Spiritus rector dürfte der Jubilar gewesen sein, jedenfalls hat er sich kurz nach Erscheinen dieses Entscheids zur Vertrauenshaftung eingehend geäussert (ZBJV 1996, 273 ff.; später noch ZSR 2001 I, 79 ff.).

trauenshaftung²¹), das zweite an die deutsche Lehre von der Garantieverpflichtung²². Beide Merkmale entbehren aus Sicht des Schreibenden der erforderlichen Praktikabilität. Ob das Bundesgericht im Einzelfall eine Sonderverbindung befürworten wird oder nicht, ist daher für den Rechtssuchenden jeweils schwer vorhersehbar. Es sind denn auch ganz unterschiedliche Sachverhalte, welche das Bundesgericht der Vertrauenshaftung unterstellt hat²³. Überblickt man die einschlägigen Entscheide, so kann ich dem Jubilar nicht zustimmen, wenn er meint, die Vertrauenshaftung sei „Blume [und nicht „Unkraut“] im Garten des Rechts“ (so Walter in ZSR 2001 I, 79 ff.). Auch habe ich Zweifel, ob der Richter, der sich der Vertrauenshaftung annimmt, hoffen darf, „dereinst als Halbgott in den Olymp einziehen zu dürfen“ (so Walter in ZBJV 1996, 295 in fine). M.E. läuft er vielmehr Gefahr, bei der Konkretisierung der Sonderverbindung in Teufels Küche zu geraten oder – um bei der Metapher des Jubilars zu bleiben – in den Hades abzusteigen, um sich dort an der Seite von Sisyphos nimmer endend abzumühen²⁴. Dabei traue ich dem Bundesge-

²¹ Vgl. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Band I, Bern 1996, Rz 1793.

²² S. dazu BARBARA GRUNEWALD, AcP 1987, 299 ff.; ähnlich HANS STOLL, Festschrift Flume zum 70. Geburtstag, Köln 1978, 741, 748 ff., 765 f. (Haftung kraft „Leistungsversprechen“) und Köndgen mit seiner Lehre von der „Selbstbindung ohne Vertrag“ (JOHANNES KÖNDGEN, Selbstbindung ohne Vertrag – zur Haftung aus geschäftsbezogenem Verhalten, Tübingen 1981). S. zu allem PETER C. F. ALTENBURGER, WM 1994, 1606; DERS., Die zivilrechtliche Haftung des Architekten für Vermögensschäden Dritter, Eine Untersuchung zu den dogmatischen Grundlagen der Expertenhaftung anhand ausgewählter Probleme des Architektenrechts, Münster 1996.

²³ Vgl. SCHWENZER (Anm. 2), § 52.

²⁴ Kritisch nebst anderen auch SCHWENZER (Anm. 2), Rz 52.03 und 52.04; CORINNE WIDMER, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR 2001 I, 101 ff.; FRANZ WERRO, recht 2003, 14 m.w.Nw. in Anm. 21; KARL HOPSTETTER, AJP 1998, 261 ff. Zum Meinungsstand s. neustens CAROLINE FLÜHMANN, Haftung aus Prüfung und Berichterstattung gegenüber Dritten, Diss. St. Gallen 2004, S. 157 ff. EUGEN BUCHER steht der Vertrauenshaftung an sich wohlwollend gegenüber, sieht aber die Gefahr, dass sie dazu verwendet wird, „in nicht voraussehbaren Zusammenhängen ungeliebten Ergebnissen aus dem Weg zu gehen“ (recht 2001, 78). Er weist auf zwei Entscheide hin, in denen die Vertrauenshaftung zu Unrecht herangezogen wurde (BGE 121 II 310 und SemJud 2000, 533 ff. = ZBJV 1999, 173 ff., wo der Entscheid von Christophe Leuenberger referiert wird). Ich beschränke mich hier auf Bemerkungen zum zweiten der erwähnten Entscheide: Wird ein formungültiger Vertrag vom Käufer (teilweise) nicht erfüllt, so kann der Verkäufer ausnahmsweise die Resterfüllung verlangen, wenn im konkreten Fall das Verhalten des Käufers als rechtsmissbräuchliches venire contra factum proprium zu werten ist. Das ist die herrschende Auffassung in der Lehre und entspricht auch der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung. In dem erwähnten Entscheid hat das Bundesgericht offen gelassen, ob die rechtsmissbräuchliche Weigerung, die Restleistung zu erbringen, einen Erfüllungsanspruch oder einen Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses begründet. Richtig kann nur Ersteres sein (ALFRED KOLLER, Grundstückkauf, Nr. 101), gegebenfalls besteht ein vertraglicher Erfüllungsanspruch: „Der Rechtsmissbrauch hat zur Folge, dass der Rechtsmissbrauch keine Berücksichtigung finden darf und daher die von den Parteien getroffene Vereinbarung Geltung erlangt.“ Aus ähnlichen Überlegungen hätte in BGE 128 III 324 ff. nicht die Vertrauenshaftung bemüht werden dürfen, sondern ein Anspruch aus wechsels-

richt durchaus zu, dass es – wie Sisyphos, der „Neunmalklugen“²⁵ – alles Lös-bare löst. Nur glaube ich, dass es sich bei der Sonderverbindung um einen gordischen Knoten handelt, der nicht gelöst, sondern nur durchhauen werden kann²⁶. Damit ist auch schon meine eigene Auffassung angedeutet: M.E. sollte die (ausservertragliche) Vertrauenshaftung (für reinen Vermögensschaden) nicht an eine Sonderverbindung angeknüpft werden. Damit wird nämlich verdeckt, worum es letztlich geht: um die Herausarbeitung von Kriterien für die Anerkennung vermögensschützender Pflichten. Die Anknüpfung an eine Sonderverbindung hat ihre Ursache im deutschen Recht. Dort erklärt sie sich mit gewissen Defiziten des Deliktsrechts. Im schweizerischen Recht bestehen solche Defizite nicht, weshalb auch auf die Sonderverbindung verzichtet werden kann und sollte. Zudem sollte m.E. die Vertrauenshaftung als deliktische Haftung aufgefasst werden, nicht als Haftung „zwischen Vertrag und Delikt“ (so BGE 130 III 345 E. 2.1). Für Einzelheiten sei auf meinen Aufsatz im Tagungsband der 6. St. Galler Baurechtstagung verwiesen²⁷.

rechtlicher Rechtsscheinhaftung bejaht werden müssen (KATJA ROTH/HANS CASPAR VON DER CRONE, SZW 2002, 311 ff.).

²⁵ Nichts anderes besagt sein Name (in Sisyphos steckt *sophós*; KLAUS BARTELS, Trüffelschweine im Kartoffellacker, Mainz 2003, 153). Sisyphos hat zwar die Schwerkraft des von ihm zu befördernden Steins nicht überwinden können, sonst aber hat er seinem Namen alle Ehre gemacht. Unter anderem ist es ihm gelungen, den Tod in Fesseln zu legen, so dass eine ganze Zeit lang niemand sterben konnte, bis schliesslich der Kriegsgott Ares den Tod wieder losband (Bartels, a.a.O.). Ausführlicher wird die Geschichte in Homers Odyssee am Ende des elften Gesanges beschrieben.

²⁶ Die Wendung „den gordischen Knoten durchhauen“ geht zurück auf Berichte über die Taten Alexanders des Grossen: Gordios, der sagenhafte Gründer von Gordion (in der heutigen Türkei), hatte Joch und Deichsel seines Wagens mit einem kunstvollen Knoten verknüpft. Nach einem Orakel sollte derjenige, der den Knoten zu lösen vermag, die Herrschaft über Kleinasien erlangen. Alexander soll sich mit dem als unentwirrbar geltenden Knoten nicht lange abgemüht, sondern ihn mit einem einzigen Schwerthieb durchschlagen haben. Einzelheiten können bei SIEGFRIED FISCHER-FABIAN, Alexander, Der Traum vom Frieden der Völker, Bergisch Gladbach 1994, 86 ff., nachgelesen werden.

²⁷ ALFRED KOLLER (Hrsg.), 6. St. Galler Baurechtstagung, Tagungsbeiträge, St. Gallen 2004, 22 ff.