



## Grundzüge der Haftung für reinen Vermögensschaden

ALFRED KOLLER\*

Während es grundsätzlich, nämlich vorbehaltlich eines Rechtfertigungsgrundes (s. insb. Art. 52 OR und Art. 701 ZGB), verboten ist, in absolut geschützte Güter Dritter (z.B. Eigentum) einzugreifen, ist die Beeinträchtigung fremden Vermögens grundsätzlich erlaubt, soweit dies ohne Eingriff in absolut geschützte Güter geschieht. Für solche «reinen» Vermögensschäden wird grundsätzlich nur gehaftet, wenn die Vermögensschädigung aus besonderem Grund (z.B. nach Art. 2 Abs. 1 ZGB) verboten ist und zudem in den Schutzbereich einer Haftungsnorm (z.B. Art. 41 Abs. 1 OR) fällt. Letzteres trifft für die Verletzung privatrechtlicher Verbotsnormen regelmässig zu, wogegen öffentlich-rechtliche Verbotsnormen (z.B. jene des FIDLEG) häufig keinen haftungsrechtlichen Schutz geniessen. Im Folgenden geht es schwergewichtig um die privatrechtliche Haftungsordnung, und zwar die ausservertragliche. Das vertragliche Haftungsrecht wird wie das öffentlich-rechtliche nur am Rande behandelt.

Alors qu'il est en principe interdit de porter atteinte à des biens de tiers protégés de manière absolue (p. ex. propriété), sous réserve d'un motif recevable (cf. notamment l'art. 52 CO et l'art. 701 CC), il est généralement permis de porter atteinte au patrimoine d'autrui, à moins que des biens protégés de manière absolue ne soient concernés. La responsabilité pour de tels dommages « purement » pécuniaires n'est en principe engagée que si l'atteinte au patrimoine est interdite pour un motif particulier (p. ex. selon art. 2 al. 1 CC) et relève en outre du domaine de protection d'une norme de responsabilité (p. ex. art. 41 al. 1 CO). Tel est normalement le cas pour la violation de normes prohibitives de droit privé, alors que les normes prohibitives de droit public (p. ex. celles de la LSFIn) ne bénéficient souvent d'aucune protection en matière de responsabilité. La présente contribution porte principalement sur le régime de responsabilité de droit privé, et plus précisément sur le régime de la responsabilité extra-contractuelle. La responsabilité contractuelle, tout comme la responsabilité de droit public, ne seront abordées que brièvement.

### Inhaltsübersicht

- I. Zum Thema
- II. Ausgangslage und Haftungsgrundsätze im Überblick
- III. Insbesondere die Haftung wegen Verstosses gegen Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB)
  - A. Art. 2 Abs. 1 ZGB als Schutznorm – vertrauensschützende und sonstige Schutzpflichten
  - B. Die Vertrauenshaftungen/Teil 1: die wesentlichen Haftungsgrundsätze
  - C. Die Vertrauenshaftungen/Teil 2: ausgewählte Bundesgerichtspraxis zur Haftung für culpa in contrahendo
    1. BGE 105 II 75
    2. BGE 90 II 449
  - D. Die Vertrauenshaftungen/Teil 3: Bundesgerichtspraxis zu weiteren Vertrauenshaftungen
    1. BGE 121 III 350
    2. BGer, 4C.193/2000, 26.9.2001
- IV. Insbesondere die Haftung wegen Verstosses gegen die guten Sitten (Art. 41 Abs. 2 OR)
- V. Fazit

### I. Zum Thema

Mit den reinen oder blossen Vermögensschäden, um die es im Folgenden geht, sind Schäden gemeint, die nicht auf der Verletzung absoluter Rechtsgüter (Leib und Leben,

Eigentum usw.) beruhen.<sup>1</sup> Kann beispielsweise ein Maler einen Werkvertrag nicht rechtzeitig erfüllen, weil der mit der Erfüllung betraute Arbeitnehmer einen Verkehrsunfall erleidet, so ist allfälliger Verspätungsschaden des Kunden reiner Vermögensschaden, wogegen die dem Arbeitnehmer entstehenden Heilungskosten ein «nicht reiner» Vermögensschaden sind (sie sind eben – anders als der Verspätungsschaden – Folge einer Körperverletzung und damit der Beeinträchtigung eines absolut geschützten Gutes).

Im Folgenden interessiert – soweit nicht anders vermerkt – nur die *privatrechtliche* Haftung für reinen Vermögensschaden, und zudem nur die *ausservertragliche*. Auf die Haftung nach öffentlichem Recht und die (privatrechtliche) Haftung aus Vertrag wird nur am Rande eingegangen. Eine weitere thematische Einschränkung findet insofern statt, als die Haftung für und von Hilfspersonen ausser Betracht bleibt. Daher interessiert etwa bei der Haftung für culpa in contrahendo<sup>2</sup> nur die Haftung des

<sup>1</sup> Z.B. VITO ROBERTO/JENNIFER RICKENBACH, Was ist eine Schutznorm?, ZSR 2012 I, 185 ff., 186; CHK-MÜLLER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-Verfasser), Art. 41 OR N 25.

<sup>2</sup> Einzelne beziehen diesen Ausdruck auch auf die schuldhaftige Verletzung absoluter Güter vor oder bei Vertragsabschluss. Herrschend ist jedoch die Ansicht, wonach die Haftung für culpa in contrahendo sich nur auf reine Vermögensschäden bezieht.

\* ALFRED KOLLER, Prof. em. Dr. iur., Rechtsanwalt in St. Gallen.

präsumtiven Vertragspartners für eigenes Verhalten, also weder dessen Haftung für Hilfspersonen (z.B. Vertreter oder Mäkler) noch die Eigenhaftung solcher Personen.<sup>3</sup> Immerhin ist Art. 39 OR, welcher die Vertreterhaftung betrifft, insofern in die Betrachtung einzubeziehen, als er Rückschlüsse auf die Haftung eines präsumtiven Vertragspartners für eigenes Verhalten ermöglicht.

Die derart eingegrenzte Thematik wird vorerst (II.) überblicksweise dargestellt, hierauf werden (III. und IV.) zwei Erscheinungsformen der Haftung für reinen Vermögensschaden gesondert behandelt: die Haftung wegen Verstosses gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) sowie die Haftung wegen Verstosses gegen die guten Sitten (Art. 41 Abs. 2 OR). Diese letztere Haftung spielt zwar in der Praxis – anders als jene wegen Verstosses gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB – eine untergeordnete Rolle. Sie ist jedoch von erheblichem dogmatischem Interesse und zudem ist nicht auszuschliessen, dass das moderne Wirtschaftsleben der Bestimmung neue Anwendungsfelder eröffnet (s. für die deutsche Parallelregel, § 826 BGB, den kürzlich ergangenen BGH-Entscheid zum Abgasskandal<sup>4</sup>). Der Aufsatz schliesst (V.) mit einem Fazit.

## II. Ausgangslage und Haftungsgrundsätze im Überblick

1. Während es grundsätzlich, nämlich vorbehaltlich eines Rechtfertigungsgrundes (s. insb. Art. 52 OR und Art. 701 ZGB), verboten ist, in absolut geschützte Güter Dritter einzugreifen, ist die Beeinträchtigung fremden Vermögens grundsätzlich erlaubt, soweit dies ohne Eingriff in absolut geschützte Güter geschieht. Da für erlaubte Schädigungen nach schweizerischer Rechtsauffassung, von Ausnahmen abgesehen,<sup>5</sup> nicht gehaftet wird, setzt die Haftung für reinen Vermögensschaden – gleich wie etwa nach deutschem Recht – die Verletzung einer besonderen, auf Vermögensschutz gerichteten Pflicht (sog. *Schutzpflicht*) voraus.<sup>6</sup> Entsprechende Bestimmungen (*Schutznormen*) finden sich nicht nur im gesetzten Recht

(z.B. Art. 36 Abs. 2 OR [Pflicht zur Rückforderung einer Vollmachtsurkunde nach dem Widerruf der Vollmacht]), sondern auch im ungeschriebenen (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Soweit eine Schutzpflicht fehlt, bleibt die («reine») Vermögensschädigung ohne Haftungsfolgen. So haftet im obigen Beispielfall ein für den Unfall – z.B. nach Art. 58 SVG – haftbarer Dritter zwar für die Heilungskosten des Arbeitnehmers, nicht aber für den Verspätungsschaden des Kunden. Dagegen ist dieser Schaden – bei gegebenem Haftungstatbestand – von der Verzugshaftung des Malers (Art. 103 OR) erfasst. Denn während Art. 103 OR auch vor Verspätungsschäden schützt, trifft dies für Art. 58 SVG nicht zu.

2. Schutzpflichten ergeben sich vor allem aus all jenen Bestimmungen, welche eine Haftung für reinen Vermögensschaden anordnen und mittelbar auch Anordnungen darüber enthalten, welches Verhalten verboten bzw. geboten ist (s. nebst dem bereits erwähnten Art. 36 Abs. 2 OR noch etwa Art. 752 OR [Pflicht zur wahrheitsgemässen Gestaltung von Prospekten, die zum Kauf von Aktien oder Obligationen einladen sollen]). Dazu kommen Bestimmungen, die ausschliesslich das gebotene bzw. verbotene Verhalten umschreiben, ohne gleichzeitig eine Haftungsanordnung festzulegen (s. insbesondere Art. 2 Abs. 1 ZGB [Verpflichtung, «in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln»], ferner etwa Art. 2 ff. UWG). Auch das Umgekehrte gibt es: Haftungsnormen ohne Angabe einer Schutzpflicht. Prominentes Beispiel ist Art. 41 Abs. 1 OR, der eine Haftung für schuldhaftes widerrechtliches Verhalten statuiert, ohne zu sagen, welche Verhaltensweisen widerrechtlich sind. Schliesslich gibt es Verweisregeln, welche weder Verhaltensanforderungen umschreiben noch eine Haftungsanordnung enthalten (z.B. Art. 9 Abs. 3 UWG, der für den Fall eines Verstosses gegen Art. 2–8 UWG [u.a.] auf Art. 41 Abs. 1 OR verweist; BGer, 6B\_143/2010, 22.6.2010, E. 3.1).<sup>7</sup>

Die einzelnen Schutznormen umschreiben das gebotene bzw. verbotene Verhalten in sehr unterschiedlicher Weise, die einen sehr allgemein, so dass es notwendigerweise weiterer Konkretisierung bedarf, die anderen so konkret, dass es schon weitgehend «einzelfalltauglich» ist. In die erste Kategorie (*Generalklauseln*) gehört u.a.

<sup>3</sup> S. dazu z.B. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, 4. A., Bern 2017, N 28.37 ff. (Haftung für Hilfspersonen) bzw. N 28.40 f. (Haftung von Hilfspersonen).

<sup>4</sup> Publiziert in WM 2020, 1078 ff., dazu unten IV.

<sup>5</sup> S. z.B. Art. 679a ZGB.

<sup>6</sup> Das ist unbestritten (s. z.B. ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. A., Bern 2002, 106 f.; THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, bearbeitet von Alfred Koller, Anton K. Schnyder und Jean Nicolas Druey, §§ 1–47 bearbeitet von ALFRED KOLLER, § 24 N 5), wogegen hinsichtlich der

einzelnen Haftungstatbestände und der Haftungsmodalitäten vieles ungeklärt bzw. strittig ist.

<sup>7</sup> Nach herrschender Ansicht käme Art. 41 Abs. 1 OR auf Verstösse gegen Art. 2 ff. UWG ohnehin (auch ohne Art. 9 Abs. 3 UWG) zur Anwendung, ist also der Verweis an sich unnötig (BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Art. 9 N 75 und 77, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basler Kommentar, Basel 2013 [zit. BSK UWG-Verfasser]).

Art. 2 UWG, der für den Bereich wettbewerbsrelevanten Handelns jedes gegen Treu und Glauben verstossende Verhalten verbietet, in die zweite Art. 3–8 UWG, welche den in Art. 2 UWG aufgestellten Grundsatz konkretisieren (s. z.B. Art. 4 [Verbot der Verleitung zum Vertragsbruch], 4a [Verbot aktiver und passiver Bestechung] und 8 [Verbot der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen]).<sup>8</sup> Die praktisch bedeutsamste Generalklausel ist Art. 2 Abs. 1 ZGB (dazu unten III./A.), eine andere, weitaus weniger bedeutsame Art. 41 Abs. 2 OR, wonach es unter Haftungsfolge verboten ist, jemanden absichtlich in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise zu schädigen (s. Näheres dazu unten IV.).

3. Wer eine in einer privatrechtlichen Schutznorm umschriebene Schutzpflicht verletzt, handelt *widerrechtlich i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR* und wird daher – vorbehaltlich einer verdrängenden Sonderregel – nach Massgabe dieser Bestimmung haftbar. Das ist im Grundsatz unbestritten, sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung (z.B. BGE 101 II 69 [Ausstellung eines falschen Arbeitszeugnisses]; 111 II 471 [Haftung für falsche Auskunft]), doch wird teilweise die Auffassung vertreten, der Verstoss gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB werde von Art. 41 Abs. 1 OR nicht erfasst, sondern begründe eine besondere Art der Widerrechtlichkeit, welche nicht nach Art. 41 Abs. 1 OR, sondern – ausschliesslich – nach anderen Regeln zu ahnden sei. Die einen wollen Art. 97 OR anwenden (unmittelbar oder analog<sup>9</sup>), die anderen propagieren eine Haftung «zwischen Vertrag und Delikt», welche zumindest teilweise eigenen Modalitäten (nicht jenen von Art. 41 Abs. 1 OR) folge.<sup>10</sup> Diese letztere Auffassung wird vereinzelt auch vom Bundesgericht vertreten, so etwa in BGE 130 III 345 E. 1 und 2 und 120 II 331 E. 4 (Verneinung einer deliktischen Haftung) und E. 5 (Bejahung einer nicht näher präzisierten besonderen Haftung). Dass die in diesen Entscheidungen vertretene Ansicht nicht der Rechtslage entsprechen kann, lässt sich zwanglos aus dem UWG ableiten. Denn wenn *wettbewerbsbezogene* Verstösse gegen Treu und Glauben von Art. 41 Abs. 1 OR erfasst sind (Art. 9 Abs. 3 UWG i.V.m. Art. 2 UWG; BGer, 6B\_143/2010, 22.6.2010, E. 3.1), so kann für *sonstige* Verstösse nichts anderes gelten. In die gleiche Richtung weist auch die his-

torische Auslegung von Art. 41 Abs. 1 OR.<sup>11</sup> Dass Verstösse gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB von Art. 41 Abs. 1 OR erfasst sind, bedeutet freilich nicht, dass sie daneben nicht auch sonderrechtlich geregelt sein können (s. sogleich Ziff. 4).

4. Verstösse gegen privatrechtliche Schutznormen fallen zwar, einschliesslich Verstössen gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB, unter die allgemeine Deliktsregel von Art. 41 Abs. 1 OR, mit dieser können jedoch *besondere Haftungsbestimmungen* (z.B. Art. 36 Abs. 2 oder Art. 752 OR) konkurrieren. Einzelne dieser Sonderregeln stimmen inhaltlich mit Art. 41 Abs. 1 OR überein (z.B. Art. 841 ZGB), andere weichen davon ab (z.B. Art. 26 und 39 OR, je Abs. 2). Präzisierungen:

(a) Art. 41 Abs. 1 OR macht die Haftung für reinen Vermögensschaden von einem *Verschulden* abhängig (die Schutzpflicht muss schuldhaft verletzt sein). Jedes Verschulden genügt, also auch Fahrlässigkeit. Auch die meisten anderen hierher gehörigen Haftungsbestimmungen verlangen ein Verschulden, ohne zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu unterscheiden (z.B. Art. 26 OR). Eine Ausnahme macht der erwähnte Art. 41 Abs. 2 OR, der Absicht verlangt. Sodann sieht Art. 39 Abs. 1 OR vom Verschuldenserfordernis ab.<sup>12</sup> Bei einzelnen Bestimmungen ist umstritten, ob die Pflichtverletzung schuldhaft erfolgt sein muss, so etwa hinsichtlich Art. 36 Abs. 2 OR.<sup>13</sup> Die Frage ist im Übrigen von geringer praktischer Bedeutung, weil ein pflichtwidriges Verhalten immer auch schuldhaft ist, sofern es dem präsumtiven Haftpflichtigen nicht im Einzelfall an der Urteilsfähigkeit mangelt (Art. 18 ZGB).<sup>14</sup> Siehe auch noch unten Ziff. 6 (zum Verschuldenserfordernis bei strafrechtlich verpöntem Verhalten).

(b) Nach Art. 41 Abs. 1 OR ist – bei gegebenem Tatbestand – nur der *Vertrauensschaden* zu ersetzen, d.h., der Geschädigte ist so zu stellen, wie wenn es nicht zur schädigenden Handlung gekommen wäre. Im Vordergrund steht der Ersatz von Auslagen, welche durch das pflichtwidrige Verhalten verursacht wurden (z.B. Anwaltskosten) oder dadurch nutzlos geworden sind<sup>15</sup> (z.B. BGE 121 III 350 E. 7a, dazu III./D./1.), im Einzelfall kann jedoch auch entgangener Gewinn ersatzfähig sein (z.B. BGE 105

<sup>8</sup> Die Art. 3–8 UWG enthalten «gesetzlich gefasste Anwendungsfälle der Generalklausel [von Art. 2 UWG]» (CHK-FERRARI/HOFER/VASELLA [FN 1], Art. 1–2 UWG N 5).

<sup>9</sup> Nachweise bei CHRISTINE CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d'horizon, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zürich 2001, 21 ff., 30, Fn 53.

<sup>10</sup> Nachweise bei CHAPPUIS (FN 9), 31, Fn 57–59.

<sup>11</sup> Vgl. HANS PETER WALTER, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR 2001 I, 79 ff., 90 f.

<sup>12</sup> Der Grund liegt darin, dass es sich um einen garantieähnlichen Tatbestand handelt (KOLLER [FN 3], N 20.09).

<sup>13</sup> Nw. bei ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Stellvertretung, Art. 32–40 OR, 2. A., Bern 2014, Art. 36 OR N 52.

<sup>14</sup> Fehlt es ausnahmsweise an der Urteilsunfähigkeit, kommt eine Billigkeitshaftung nach Art. 54 Abs. 1 OR in Betracht.

<sup>15</sup> Sog. Frustrationsschaden, s. dazu allgemein KOLLER (FN 3), N 46.11, m.w.Nw.

II 75 E. 3, dazu III./C./1.). Eine besondere Erscheinungsform des Vertrauensschadens ist das *negative Vertragsinteresse*, wie es dort anfallen kann, wo es zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten zum Abschluss eines unverbindlichen Vertrags gekommen ist.<sup>16</sup> Ersatz des *positiven Vertragsinteresses* ist nach Art. 41 Abs. 1 OR – anders als nach einzelnen Sonderregeln (z.B. Art. 26 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 OR) – nicht geschuldet. Die erwähnten Sonderregeln können nach den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzesanalogie auch bei nicht geregelten Tatbeständen – sinngemäss – zur Anwendung gebracht werden, so etwa bei den Tatbeständen von Art. 36 Abs. 2 und Art. 41 Abs. 2 OR (s. unten III./B./Ziff. 4).

Soweit eine Haftung Platz greift, ist nicht notwendigerweise der ganze Schaden zu ersetzen (Art. 43 Abs. 1 und Art. 44 OR, welche im Rahmen der Haftung nach Art. 41 Abs. 1 oder 2 OR unmittelbar, im Rahmen von Sonderregeln analog anzuwenden sind).<sup>17</sup>

(c) Ansprüche aus Art. 41 Abs. 1 oder 2 OR *verjähren* nach Massgabe von Art. 60 OR. Für sonderrechtlich geregelte – ausservertragliche – Ansprüche gilt dasselbe, freilich unter Vorbehalt von Sonderregeln, gesetzlichen (z.B. Art. 760 OR hinsichtlich der Haftung aus Art. 752 OR) wie richterrechtlichen, also in Füllung einer Gesetzeslücke geschaffenen (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Sehr umstritten ist das Verjährungsregime bei der Haftung für culpa in contrahendo und den sonstigen Vertrauenshaftungen (unten III./B./Ziff. 5).

Namentlich Vertreter der älteren Lehre lehnen das Vorliegen einer Gesetzeslücke im vorliegenden Kontext ab, regelmässig unter Berufung auf «die positivrechtlich vorgegebene Unterscheidung von Vertrag und Delikt» (MERZ<sup>18</sup>). Diese Unterscheidung hat jedoch den Gesetzgeber nicht daran gehindert, die Verletzung vermögensschützender Pflichten teilweise abweichend vom allgemeinen Deliktsrecht zu ahnden, insbesondere was den Haftungsumfang (Art. 26 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 OR), aber auch was die Haftungsmodalitäten anbelangt (s. den erwähnten Art. 760 OR). Solche Bestimmungen lassen sich nicht anders als durch das Ungenügen des allgemeinen Deliktsrechts und damit dessen Lückenhaftigkeit erklären.

5. Wo Art. 41 Abs. 1 OR mit einer anderen Haftungsregel (z.B. Art. 26 oder Art. 36 Abs. 2 OR) in Konkurrenz steht, ist – wie generell bei Gesetzeskonkurrenzen – im Wege der Auslegung der in Frage stehenden Bestimmungen

zu ermitteln, welche Bestimmung zum Tragen kommt.<sup>19</sup> Im Regelfall besteht *Anspruchskonkurrenz*, steht also dem Geschädigten die Berufung auf beide Anspruchsgrundlagen offen. Wer beispielsweise einen Vertrag wegen Grundlagenirrtums anfechtet, kann – bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen – sowohl nach Art. 41 Abs. 1 OR als auch nach Art. 26 OR auf Schadenersatz belangt werden. Das ist dort von praktischem Interesse, wo die Sonderregel weiter gehenden Schadenersatz einräumt als Art. 41 Abs. 1 OR (z.B. Art. 26 Abs. 2 OR) oder die Haftungsmodalitäten (z.B. Verjährungsfrist) für den Geschädigten günstiger sind (z.B. Art. 760 OR betr. die Haftung aus Art. 752 OR).

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, bei Art. 41 Abs. 1 OR handle es sich gegenüber Art. 41 Abs. 2 OR um eine verdrängende Sonderregel.<sup>20</sup> Sachlich rechtfertigen lässt sich dies nicht, wie sich auch umgekehrt nicht rechtfertigen liesse, Art. 41 Abs. 2 OR den Vorrang vor Art. 41 Abs. 1 OR einzuräumen. Es bleibt mithin beim Grundsatz der Anspruchskonkurrenz. Dies kann namentlich beweismässig von Interesse sein, hingegen nicht mit Bezug auf die Haftungsfolgen (diese stimmen überein, sowohl hinsichtlich Umfang als auch Modalitäten).

6. Während die Verletzung privatrechtlicher Schutzpflichten, einschliesslich Verstössen gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB, in den Anwendungsbereich von Art. 41 Abs. 1 OR fällt, trifft dies für die Verletzung *öffentlich-rechtlicher Schutzpflichten*, insbesondere des Straf- und Verwaltungsrechts, grundsätzlich nicht zu. Auch sonstige privatrechtliche Haftungsnormen (z.B. Art. 26 OR) finden im Allgemeinen keine Anwendung. Vorbehalten sind entsprechende Verweisregeln (vgl. z.B. Art. 9 Abs. 3 UWG). Hiervon abgesehen, zeitigt eine Verletzung öffentlich-rechtlicher Schutzpflichten nur Haftungsfolgen, wenn das öffentliche Recht eine eigenständige Haftungsregel (z.B. Art. 5 SchKG<sup>21</sup>) enthält oder das öffentlich-rechtlich gebotene Verhalten auch nach privatrechtlichen Kriterien geboten ist und daher pflichtwidriges Verhalten unter Art. 41 Abs. 1 OR (und allenfalls eine Sonderregel) fällt. Wer beispielsweise ein wahrheitswidriges Arbeitszeugnis unter Verstoß gegen Art. 252 StGB (Fälschung von Ausweisen) in Verkehr setzt, haftet im Verschuldensfall Dritten, welche im Vertrauen auf den dadurch erweckten falschen Anschein schädliche Dispositionen treffen, nach Massgabe von Art. 41 Abs. 1 OR auf Schadenersatz (BGE 101 II

<sup>16</sup> In Lehre und Rechtsprechung werden negatives Vertragsinteresse und Vertrauensschaden oft gleichgesetzt (z.B. BGE 105 II 75; ERNST A. KRAMER/THOMAS PROBST, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Basel 2018, N 119).

<sup>17</sup> «Das ist allgemein anerkannt, aber nicht selbstverständlich» (KOLLER [FN 3], N 24.222, mit entsprechender Begründung).

<sup>18</sup> HANS MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, 2. A., Freiburg 1992, N 154 a.E.

<sup>19</sup> S. zur Gesetzeskonkurrenz allgemein den Überblick bei KOLLER (FN 3), N 2.118 ff.

<sup>20</sup> Z.B. HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich 2018, N 951, m.w.Nw.

<sup>21</sup> Ferner z.B. Art. 454 ZGB, der trotz seiner Stellung im ZGB die Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Schutzpflicht sanktioniert und öffentlich-rechtlichen Charakter hat (CHK-BREITSCHEID [FN 1], Art. 454–456 ZGB N 4 a.E.).



69). Die von der Bestimmung vorausgesetzte Pflichtwidrigkeit ergibt sich aber nicht aus Art. 252 StGB, sondern aus Art. 2 Abs. 1 ZGB (die Fälschung von Ausweisen ist treuwidrig i.S. dieser Bestimmung). Fahrlässigkeit genügt für die Haftbarmachung des Arbeitgebers, entsprechend dem allgemeinen Grundsatz, dass für die Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR jedes Verschulden genügt (oben Ziff. 4). Das Vorsatzerfordernis von Art. 252 StGB ist also zivilrechtlich ohne Belang. Das ist freilich umstritten<sup>22</sup> (in BGE 101 II 69 war Vorsatz gegeben, weshalb die Frage nicht geprüft werden musste).

Inwieweit der Verstoss gegen eine öffentlich-rechtliche Schutznorm auch als widerrechtlich i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR aufzufassen ist, ist teilweise strittig, so etwa hinsichtlich Art. 239 StGB, welcher die Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen, unter Strafe stellt. Während das Bundesgericht die Frage in den sog. Kabelbruch-Fällen bejaht hat (BGE 101 Ib 256 und 102 II 88), ist ein guter Teil der Lehre gegenteiliger Ansicht.<sup>23</sup> Eine entsprechende Kontroverse besteht hinsichtlich Art. 305<sup>bis</sup> StGB.<sup>24</sup> In seiner neusten Rechtsprechung hat das Bundesgericht Art. 163 und 167 StGB – im Unterschied zu Art. 159 StGB (BGE 141 III 112) – deliktsrechtlichen Schutz versagt (BGE 141 III 527), was in einem Teil der Lehre auf Kritik gestossen ist.<sup>25</sup> Während strafrechtlich verpöntes Verhalten in gewissen Fällen zweifellos auch Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR begründet, wird für Verstösse gegen verwaltungsrechtliche Normen teilweise das Gegenteil behauptet.<sup>26</sup> Das geht wohl zu weit, hingegen ist eine gewisse Zurückhaltung bei der Annahme von Widerrechtlichkeit sicher berechtigt. So dürften beispielsweise Verstösse gegen die Schutzpflichten des FIDLEG nicht vom Widerrechtlichkeitsbegriff des Art. 41 Abs. 1 OR er-

fasst sein.<sup>27</sup> Siehe im Einzelnen die Rechtsprechungsübersicht im Basler Kommentar.<sup>28</sup>

7. Das hinsichtlich öffentlich-rechtlicher Schutzpflichten Gesagte gilt mutatis mutandis auch für *vertragliche Pflichten*. Pflichtwidriges Verhalten richtet sich also primär nach den einschlägigen Regeln des Vertragsrechts (insbesondere Art. 97 ff. OR). In den Anwendungsbereich von Art. 41 Abs. 1 OR fällt es nur unter der Voraussetzung, dass sich der vertraglichen Pflicht eine inhaltlich gleiche ausservertragliche überlagert und daher die Vertragswidrigkeit auch vom Widerrechtlichkeitsbegriff des Art. 41 Abs. 1 OR erfasst ist. Wenn beispielsweise eine Bank einem Dritten über einen ihrer Kunden eine Bonitätsauskunft erteilt, muss sie um deren Richtigkeit bemüht sein, dies unabhängig davon, ob sie sich vertraglich zur Auskunft verpflichtet hat oder nicht. Trifft dies zu, haftet sie für eine schuldhaft falsche Auskunft sowohl nach Art. 97 OR (aus positiver Vertragsverletzung) als auch nach Art. 41 Abs. 1 OR (BGE 111 II 471).

Vermögensschutz kann vertraglich zum Gegenstand einer Leistungspflicht einer Partei gemacht werden (so verhält es sich im soeben gemachten Beispiel, wenn die Auskunftserteilung vertraglich [Art. 1 OR] verabredet ist), sei es als Hauptpflicht, sei es als Nebenleistungspflicht. Viel häufiger aber sind auf Vermögensschutz gerichtete Nebenpflichten ohne Leistungscharakter.<sup>29</sup> Illustrative Beispiele finden sich etwa in BGE 111 II 72 (Pflicht eines Architekten, den Bauherrn auf die Zweckmässigkeit einer Haftpflichtversicherung hinzuweisen), 119 II 456 (Pflicht eines Arztes, einem Patienten zutreffende Angaben über die Kostenübernahme durch die Krankenkasse zu machen) und 111 II 72 (Pflicht eines Bankkunden, die Bankkundenkarte zu Hause nicht herumliegen zu lassen, wenn die Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung durch Dritte besteht). Soweit Vermögensschutz zum Leistungsprogramm einer Partei gehört, sind im Falle einer verspäteten Leistung – bei gegebenem Haftungstatbestand – auch reine Vermögensschäden ersatzfähig (s. oben Ziff. 1 a.E.).

<sup>22</sup> Wie hier z.B. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 18 N 59; a.A. z.B. ROBERTO/RICKENBACH (FN 1), 193; KUKO-SCHÖNENBERGER, Art. 41 N 23, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 2. A., Basel 2014, sowie für das deutsche Recht PETER ALTENBURGER, Grundlagen der Dritthaftung von Sachverständigen für fahrlässig falsche Beleihungswertgutachten, WM 1994, 1597 ff., 1603, r.Sp.

<sup>23</sup> Z.B. VITO ROBERTO, Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, AJP 1999, 511 ff., 522, l.Sp. unten/r.Sp.; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016, N 50.21, m.w.Nw.

<sup>24</sup> Deliktsschutz bejahend z.B. URSULA CASSANI, Le blanchiment d'argent, un crime sans victime?, in: Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg, (Hrsg.), Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, 393 ff., 394; verneinend PETER LEHMANN, Ist Geldwäscherei nach Art. 305<sup>bis</sup> StGB eine haftpflichtrechtliche Schutznorm?, in: Bernhard Isenring/Martin Kessler (Hrsg.), Liber amicorum für Heinrich Honsell, Zürich 2007, 1 ff., 17 ff. S. zum Meinungsstand ROBERTO/RICKENBACH (FN 1), 197, Fn 58.

<sup>25</sup> MANUEL JAUN, ZBJV 2019, 295 f., m.Hw. auf die frühere gegenteilige Rechtsprechung des Bundesgerichts.

<sup>26</sup> ROBERTO/RICKENBACH (FN 1), 199.

<sup>27</sup> S. SANDRO ABEGGLEN/LÉONIE LUTERBACHER, Das Verhältnis der FIDLEG-Verhaltensregeln zum Privatrecht, ZSR 2020 I, 223 ff., 246 ff.

<sup>28</sup> BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 35, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020 (zit. BSK OR I-Verfasser).

<sup>29</sup> S. dazu näher KOLLER (FN 3), N 48.35 f.

### III. Insbesondere die Haftung wegen Verstosses gegen Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB)

Das Bundesgericht hat aus Art. 2 Abs. 1 ZGB die Vertrauenshaftungen abgeleitet.<sup>30</sup> Gemeint sind damit Haftungen, welche – wie die Haftung für culpa in contrahendo oder die Haftung für (vertragslose) unwahre Auskunft – an treuwidrig enttäushtes Vertrauen anknüpfen. Ob sich aus Art. 2 Abs. 1 ZGB noch weitere Haftungen ableiten lassen, ist umstritten. Das Bundesgericht verneint dies, m.E. zu Unrecht (unten A.). Allerdings sind in der Praxis allein die Vertrauenshaftungen von einiger Bedeutung. Sie werden daher im Folgenden gesondert behandelt (s. unten B. [Haftungsgrundsätze], C. [Haftung für culpa in contrahendo], D. [sonstige Vertrauenshaftungen]).

#### A. Art. 2 Abs. 1 ZGB als Schutznorm – vertrauensschützende und sonstige Schutzpflichten

1. Inwieweit Art. 2 Abs. 1 ZGB als Schutznorm aufzufassen ist, ist – wie bereits einleitend erwähnt – umstritten (s. die Nw. in BGE 121 III 350 E. 6b). Nach der hier vertretenen Ansicht besagt die Bestimmung, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten ganz allgemein an Treu und Glauben auszurichten haben, also nicht nur bei der Ausübung von Rechten und Pflichten, und dementsprechend jedes treuwidrige Verhalten verboten ist. Für wettbewerbsrelevantes Verhalten ergibt sich dies unmittelbar aus dem Gesetz (Art. 2 UWG),<sup>31</sup> für sonstiges Verhalten kann m.E. nichts anderes gelten.<sup>32</sup> Folgt man dem, so hängt die Anwendung von Art. 2 Abs. 1 ZGB – entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (s. unten Ziff. 3) – nicht vom Vorliegen einer Sonderverbindung ab.

2. Was Treu und Glauben gebieten, ist in Art. 2 Abs. 1 ZGB nicht konkretisiert, wohl aber in zahlreichen anderen Bestimmungen, so etwa in den bereits erwähnten

Art. 3–8 UWG, Art. 36 Abs. 2 OR (Pflicht zum Rückruf der Vollmachtsurkunde nach Erlöschen der Vollmacht) und Art. 752 OR (Pflicht zur wahrheitsgemässen Ausgestaltung von Emissionsprospekten). Nach den allgemeinen Regeln der Analogie können derartige Bestimmungen auch auf nicht geregelte Tatbestände zur Anwendung gebracht werden, so etwa Art. 4 UWG (Verbot der Verleitung zum Vertragsbruch) auch ausserhalb wettbewerbsrelevanten Verhaltens. Von grosser praktischer Bedeutung ist die *Gesamtanalogie*, bei der mehreren gesetzlichen Bestimmungen, die an verschiedene Tatbestände dieselbe Rechtsfolge knüpfen, ein allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen wird.<sup>33</sup> Beispielsweise sind in gesamtanaloger Anwendung von Art. 36 Abs. 2, Art. 752 OR und verwandten Bestimmungen vermögensschützende Pflichten überall dort anzuerkennen, wo jemand einen bestimmten Rechts- oder Tatsachenschein erweckt und damit rechnen muss, dass bestimmte Dritte im Vertrauen auf den erweckten Anschein vermögensrelevante Dispositionen treffen.<sup>34</sup> Diese Pflichten werden hier als vertrauensschützende Pflichten bezeichnet.<sup>35</sup> Zu diesen zählen u.a. die Pflichten in contrahendo, wie z.B. die Pflicht, Vertragsverhandlungen nur aufzunehmen, wenn man den Willen hat, allenfalls – je nach Entwicklung der Verhandlungen – einen Vertrag einzugehen.

Soweit Art. 2 Abs. 1 ZGB nicht im Wege der Analogie konkretisiert werden kann, hat der Richter eigenständige Regeln zu schaffen, freilich nicht nach seinem Belieben, vielmehr hat er die Rechtsfindung – z.B. in Anlehnung an strafrechtliche Tatbestände – an objektiven Kriterien auszurichten und der Verallgemeinerung fähige Pflichten zu bilden.

Im Übrigen lassen sich Analogie und «freie» richterliche Rechtsfindung nicht strikt trennen. So ist etwa Bestimmungen wie Art. 26, Art. 36 Abs. 2 und Art. 39 OR im Wege der Gesamtanalogie der allgemeine Grundsatz zu entnehmen, dass einem Vertragsinteressenten gegenüber besondere Schutzpflichten bestehen; um welche Pflichten es sich handelt, lässt sich jedoch den betreffenden Bestimmungen, sieht man von deren unmittelbarem Anwendungsbereich ab, nicht entnehmen. Insofern ist der Richter vielmehr darauf verwiesen, das gesetzte Recht durch Bildung typischer Pflichten eigenständig «weiterzudenken».

3. Das Bundesgericht macht die Anwendung von Art. 2 Abs. 1 ZGB in seiner neueren Rechtsprechung vom Vorliegen einer «Sonderverbindung» abhängig (z.B. BGE

<sup>30</sup> Der Ausdruck «Vertrauenshaftung» findet sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erstmals im sog. Swissair-Entscheid (BGE 120 III 331). Schon davor gab es jedoch Haftungen, welche heutzutage unter den Begriff der Vertrauenshaftung subsumiert werden, insbesondere die Haftung für culpa in contrahendo (s. z.B. BGE 130 III 345 E. 2.1).

<sup>31</sup> Art. 2 UWG knüpft nicht an vorbestehende Rechte und Pflichten an, damit auch nicht an eine Sonderverbindung, wie sie vom Bundesgericht für die Anwendung von Art. 2 Abs. 1 ZGB verlangt wird (unten Ziff. 3); das scheint unbestritten, s. z.B. BSK UWG-HILTY (FN 7), Art. 2 N 34, m.w.Nw.

<sup>32</sup> So schon in einem früheren Aufsatz: ALFRED KOLLER, Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten, in: St. Galler Baurechtstagung (BRT) 2004, St. Gallen 2004, N 46.

<sup>33</sup> ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. A., Bern 2019, 232 ff.; ALFRED KOLLER, Vertragslücken und deren Füllung, AJP 2019, 1112 ff., 1113, Fn 5.

<sup>34</sup> Vgl. bereits KOLLER (FN 32), N 41 und 53.

<sup>35</sup> In Deutschland werden sie auch als «durch Vertrauen begründete Schutzpflichten» bezeichnet.

142 III 84 E. 3.3 m.w.Nw.).<sup>36</sup> Gemeint ist damit eine Vertrauensbeziehung («Vertrauensverhältnis», BGE 121 III 350 E. 6c), die dadurch entsteht, dass jemand gegenüber bestimmten Dritten besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt und dadurch eine Erwartungssituation begründet, auf welche die betreffenden Dritten nach Treu und Glauben vertrauen dürfen. Der Sache nach anerkennt damit das Bundesgericht die oben erwähnten vertrauensschützenden Pflichten. Andere Pflichten – etwa solche durch analoge Anwendung von Bestimmungen des UWG – scheint es jedoch nicht anzuerkennen, zumindest nicht auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 1 ZGB.

Einzelne Entscheide könnten den Eindruck erwecken, eine «Sonderverbindung» setze einen unmittelbaren Kontakt zwischen den Beteiligten voraus, z.B. ein Vertragsverhandlungsverhältnis (vgl. z.B. BGE 105 II 75 E. 2a; 121 III 350 E. 6c). In Wirklichkeit ist jedoch einzig und allein entscheidend, dass – wie bei den Tatbeständen von Art. 36 Abs. 2 und Art. 752 OR – bestimmte Erwartungen geweckt oder unterhalten werden, welche nach Treu und Glauben nicht enttäuscht werden dürfen. Daher kann etwa ein Gutachter auch gegenüber einem vertragsfremden, ihm unbekanntem Dritten für Fehler seines Gutachtens haftbar werden (BGE 130 III 345, wo allerdings für den konkreten Fall eine Haftung – anders als noch von der Vorinstanz – verneint wurde).

## B. Die Vertrauenshaftungen/Teil 1: die wesentlichen Haftungsgrundsätze

Was oben (II./Ziff. 3–5) zur Haftung für reinen Vermögensschaden im Allgemeinen gesagt wurde, gilt im Wesentlichen auch für die Vertrauenshaftung. Immerhin sind einige präzisierende Bemerkungen angebracht. Einzelne Wiederholungen lassen sich dabei nicht vermeiden.

1. Eine erste Bemerkung betrifft die *Haftungs- bzw. Anspruchsgrundlagen*: Wer eine vertrauensschützende Pflicht verletzt, handelt widerrechtlich i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR und wird daher im Verschuldensfall nach Massgabe dieser Bestimmung haftbar. Das ist die hier und auch in einem guten Teil der Lehre vertretene Ansicht (s. die Nw. in BGE 121 III 350 E. 6b). Demgegenüber vertritt das Bundesgericht in dem eben erwähnten Entscheid (E. 6b) und seither in der gesamten amtlich publizierten

Rechtsprechung die Ansicht, dass Verstösse gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB von Art. 41 Abs. 1 OR nicht erfasst würden, da es sich bei den vertrauensschützenden Pflichten nicht um allgemeine Pflichten handle (so auch noch etwa BGE 130 III 345 E. 1). Als Haftungsgrundlage komme vielmehr nur die – ungeschriebene – Vertrauenshaftung in Betracht. Das überzeugt m.E. schon deshalb nicht, weil nicht einzusehen ist, weshalb die aus Art. 2 Abs. 1 ZGB abgeleiteten Pflichten im Unterschied zu anderen vermögensschützenden Pflichten des Privatrechts nicht allgemeiner Natur sein sollten, und dies, obwohl sich Art. 2 Abs. 1 ZGB ausdrücklich an «jedermann» wendet (!). Vor allem aber ergibt sich aus Art. 9 Abs. 3 UWG, dass Verstösse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 UWG von Art. 41 Abs. 1 OR erfasst sind, also Widerrechtlichkeit im Sinne dieser Bestimmung begründen (BGer, 6B\_143/2010, 22.6.2010, E. 3.1). Warum für treuwidriges Verhalten ausserhalb des UWG anderes gelten sollte, lässt sich m.E. nicht nachvollziehbar begründen (die in BGE 108 II 419 E. 5 gegebene Begründung genügt dieser Anforderung jedenfalls nicht). Zutreffend ist hingegen, dass die Vertrauenshaftung als weitere Haftungsgrundlage – nebst Art. 41 Abs. 1 OR – in Betracht fällt. Denn das allgemeine Deliktsrecht wird den Besonderheiten der Haftung wegen der Verletzung vertrauensschützender Pflichten nicht in jeder Hinsicht gerecht, weshalb das gesetzte Recht lückenfüllend durch eine eigenständige Haftung, eben die Vertrauenshaftung, zu ergänzen ist (s. bereits oben II./Ziff. 4c, Kleindruck, und unten Ziff. 4).

Folgt man dem, so fragt sich, wie sich die beiden Haftungsgrundlagen zueinander verhalten. Meines Erachtens besteht Anspruchskonkurrenz, kann sich also der Geschädigte – entsprechend dem oben (II./Ziff. 5) erwähnten allgemeinen Grundsatz – alternativ sowohl auf Art. 41 Abs. 1 OR als auch auf die einschlägigen Regeln über die Vertrauenshaftung berufen. Auch das Bundesgericht hat sich schon in diesem Sinne ausgesprochen; s. BGE 108 II 419 E. 5 sowie den unten (D./2.) referierten Entscheid 4C.193/2000 vom 26. September 2001, wo der Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB entgegen der neueren amtlich publizierten Rechtsprechung als widerrechtlich i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR angesehen wurde.

2. Die *vertrauensschützenden Pflichten* lassen sich in zwei grosse Gruppen unterteilen: Pflichten in *contrahendo* (a) und sonstige Pflichten (b):

(a) Die *Pflichten in contrahendo* umfassen ihrerseits zwei grosse Kategorien: Pflichten, welche an die Vertragsverhandlungen anknüpfen, und andere, die den Vertragsabschluss betreffen. In die erste Kategorie gehört beispielsweise die bereits erwähnte Pflicht, Vertragsverhandlungen nicht ohne ernsthaften Vertragsabschlusswil-

<sup>36</sup> Z.T. ist auch von einer «rechtlichen» Sonderverbindung die Rede (s. z.B. BGE 130 III 345 E. 2.1; 134 III 390 E. 4.3.2). Dieser Zusatz scheint wenig passend, da das Vertrauensverhältnis, welches die Sonderverbindung ausmacht (s. sogleich im Text), an tatsächliche Verhältnisse anknüpft, nicht an rechtliche. Insbesondere verlangt es keine irgendwie gearteten rechtlichen Zusicherungen. Einzelne Entscheide erwecken allerdings den gegenteiligen Eindruck, s. z.B. BGE 130 III 345 E. 2.2 («explizit oder normativ zurechenbar kundgetan hat, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen»).



len aufzunehmen, in die zweite die Pflicht, bei Abgabe einer Vertragserklärung (Offerte oder Annahme) die nötige Sorgfalt an den Tag zu legen, um nicht einem Erklärungsirrtum zu erliegen (Art. 26 OR; z.B. BGE 105 II 23 E. 6). Diese Kategorisierung ist freilich nicht abschliessend. So kann etwa die Pflicht des Vollmachtgebers, nach dem Widerruf der Vollmacht eine dem Bevollmächtigten ausgestellte Vollmachtsurkunde zurückzuverlangen (Art. 36 Abs. 2 OR), keiner der beiden Kategorien zugeordnet werden.

Vor diesem Hintergrund ist es zumindest missverständlich und irreführend zu sagen, die Haftung für culpa in contrahendo beruhe auf der «Idee, dass die Parteien während der Vertragsverhandlungen gemäss den Regeln von Treu und Glauben handeln müssen» (BGE 121 III 350 E. 6c<sup>37</sup>). Zwar knüpfen verschiedene Pflichten in contrahendo an die Vertragsverhandlungen an, jedoch eben nicht alle. Es ist daher auch ungenau, die Haftung für culpa in contrahendo als Haftung bei Vertragsverhandlungen (so z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID<sup>38</sup>) zu bezeichnen. Aus analoger Überlegung ist auch der Ausdruck «Haftung bei Vertragsabschluss» (so z.B. KRAMER<sup>39</sup>) nicht ganz treffend. Sachlich richtiger wäre der Ausdruck «Haftung für Verschulden im Zusammenhang mit einem angestrebten Vertrag». Diese Bezeichnung hat freilich den Nachteil sprachlicher Schwerfälligkeit.

(b) Die sonstigen vertrauensschützenden Pflichten lassen sich nur schwer in allgemeiner Weise erfassen, denn es hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, ob jemand zu einem Dritten ein besonderes Vertrauensverhältnis geschaffen, bzw. besonderes Vertrauen für sich in Anspruch genommen und damit Erwartungen geweckt hat, die nicht ohne Verstoß gegen Treu und Glauben verletzt werden können. Wie schwierig die Rechtsanwendung im Einzelfall sein kann, zeigt die Rechtsprechung zur Frage, ob eine Muttergesellschaft für Verbindlichkeiten einer Tochtergesellschaft wegen angeblicher Verletzung vertrauensschützender Pflichten haftbar gemacht werden kann (s. einerseits BGE 120 II 331 [Haftung bejaht], andererseits BGE 124 III 297 [Haftung verneint]). Weitere hierher gehörige Entscheide sind BGE 111 II 471 und 116 II 695 (dazu sogleich im Kleindruck) sowie BGE 121 III 350 und BGer, 4C.193/2000, 26.9.2001 (dazu unten D.). Nicht eingegangen wird hier auf BGE 130 II 345, den ich andernorts eingehend besprochen habe.<sup>40</sup>

Zu BGE 111 II 471 (s. dazu bereits oben II./Ziff. 7): Wenn eine Bank einem Dritten über einen ihrer Kunden eine Bonitätsauskunft erteilt, muss sie um deren Richtigkeit bemüht sein, mag

die Auskunft auch unentgeltlich erfolgen. – Zu BGE 116 II 695: Wer sich bereit erklärt, die Koordination einer Heizungsanlage zu übernehmen, im Wissen darum, dass der Bauherr auf anderweitige Koordination verzichtet, der muss die Koordination auch tatsächlich vornehmen, dies unabhängig davon, ob er gefälligkeitshalber handelt oder nicht.

3. Hinsichtlich der *Haftungsvoraussetzungen* ist zweckmässigerweise zwischen der Haftung für culpa in contrahendo und den sonstigen Vertrauenshaftungen zu unterscheiden:

(a) Die Haftung für culpa in contrahendo<sup>41</sup> (cic) oder einfach Culpa-Haftung<sup>42</sup> setzt – abgesehen von Art. 39 Abs. 1 OR, bei dem es sich allerdings nicht um einen eigentlichen Culpa-Tatbestand handelt<sup>43</sup> – ein Verschulden voraus. Das gilt – wie bereits gesehen – auch hinsichtlich Art. 36 Abs. 2 OR, der das Verschuldenserfordernis nicht ausdrücklich erwähnt. *Jedes Verschulden wirkt* – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – *haftungsbegründend*, also auch Fahrlässigkeit (BGE 101 Ib 422 E. 4b; 105 II 75 E. 2a). Die in BGE 106 II 36 E. 5 a.E. vertretene Ansicht, die Haftung für cic bei Abschluss eines formnichtigen Grundstückkaufs setze Vorsatz voraus, verdient keine Zustimmung (vgl. BGH, NJW 1965, 812, dazu sogleich im Kleindruck).<sup>44</sup> Insbesondere verlangt der Formzweck (Art. 216 OR) keine Einschränkung der Culpa-Haftung. Hingegen ist zu beachten, dass der Anspruch auf Erfüllung eines formnichtigen Vertrags regelmässig ein absichtliches Herbeiführen des Formmangels voraussetzt (s. wiederum den erwähnten BGH-Entscheid).<sup>45</sup>

In BGH, NJW 1965, 812, ging es um Folgendes: V verkaufte dem K mit privatschriftlicher Vereinbarung ein Einfamilienhaus. K zog in der Folge in das Haus ein und bewohnte es jahrelang, ohne dass es zum Abschluss eines formgerechten (öffentlich beurkundeten) Kaufvertrags und zur Eigentumsübertragung gekommen wäre. Als Meinungsverschiedenheiten auftraten, klagte V auf Rückgabe des Hauses gegen Rückerstattung des Kaufpreises. K verlangte für den Fall einer Gutheis-

<sup>37</sup> Übersetzung gemäss Pra 1996, Nr. 168.

<sup>38</sup> PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, 10. A., Zürich 2014, N 870 und 966, N 963.

<sup>39</sup> ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung in das OR, Bern 1986, N 298.

<sup>40</sup> KOLLER (FN 32), N 27 ff.

<sup>41</sup> Die Haftung für culpa in contrahendo, wie sie hier verstanden wird, ist eine Haftung für reinen Vermögensschaden. Zur (kontroversen) Frage, ob die entsprechenden Regeln auch auf die Verletzung absoluter Rechtsgüter Anwendung finden, s. KOLLER (FN 3), N 28.52 ff.

<sup>42</sup> Der Ausdruck ist an sich ungenau, weil Culpa-Haftung von der Wortbedeutung her jede Verschuldenshaftung meint (culpa = lat. Verschulden), es vorliegend aber nur um eine bestimmte Verschuldenshaftung geht. Er hat sich jedoch in der schweizerischen Rechtssprache etabliert (s. z.B. BGE 142 III 84 E. 3.3) und wird daher auch hier verwendet.

<sup>43</sup> S. oben FN 12.

<sup>44</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 38), N 583; vgl. auch RAINER GONZENBACH, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1987, 98.

<sup>45</sup> S. Näheres bei ALFRED KOLLER, Anspruch auf Erfüllung eines formnichtigen Vorvertrags zu einem Grundstückkauf?, ZBGR 2020, 229 ff.



sung der Klage widerklageweise Ersatz des positiven Vertragsinteresses (Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Preis für den Kauf eines gleichwertigen Objekts). Die ersten beiden Instanzen hielten das Begehren des V für missbräuchlich und wiesen die Klage ab. Der BGH wies diesen Standpunkt zurück, da seines Erachtens nur ein arglistiges Verhalten den Rechtsmissbrauch hätte begründen können, davon in casu jedoch nicht gesprochen werden konnte. Hingegen hiess es die Widerklage unter dem Gesichtspunkt der *cic gut*, da dem V zwar kein vorsätzliches, immerhin aber ein schuldhaftes Verhalten anzulasten war (er hatte K zum Abschluss einer «nichtigen Vereinbarung veranlasst», von der K glaubte, «damit sei alles Erforderliche geschehen») und es ohne dieses seinerzeit zum Abschluss eines formgültigen Vertrags gekommen wäre.

(b) Das zur Haftung für culpa in contrahendo Gesagte gilt in gleicher Weise für jede andere Vertrauenshaftung. Die Haftung setzt somit eine schuldhafte Pflichtwidrigkeit voraus, und jedes Verschulden wirkt – bei sonst gegebenen Haftungsvoraussetzungen – haftungsbegründend. Hervorzuheben ist, dass dort, wo das haftbarmachende Verhalten auch strafrechtlich verpönt ist, das strafrechtlich häufig gegebene Vorsatzerfordernis haftungsrechtlich ohne Bedeutung ist. Das gilt zwar auch bei Culpa-Tatbeständen, doch sind diese selten strafrechtlich relevant, während dies für andere Vertrauenshaftungen hin und wieder der Fall ist (s. z.B. BGE 101 II 69 [Ausstellung eines falschen Arbeitszeugnisses], dazu oben II./Ziff. 3).

4. Eine vierte Bemerkung gilt den *Haftungsfolgen*: Eine schuldhafte Pflichtverletzung macht nach der hier vertretenen Ansicht nach Massgabe von Art. 41 Abs. 1 OR haftbar. Der Schädiger haftet also bei gegebenen Voraussetzungen auf Ersatz des Vertrauensschadens bzw. dort, wo die Schädigung aus dem Abschluss eines unverbindlichen Vertrags resultiert, auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses (oben II./Ziff. 4b). Einzelne Sonderregeln eröffnen allerdings dem Richter die Möglichkeit, anstelle des negativen Vertragsinteresses das positive Vertragsinteresse zuzugestehen (dort, «wo es der Billigkeit entspricht», Art. 26 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 OR). Diese Sonderregeln sind – unter Annahme einer Gesetzeslücke – auch bei nicht unmittelbar geregelten Culpa-Tatbeständen – hier analog – anzuwenden, sofern es zum Abschluss eines unverbindlichen Vertrags gekommen ist (Gesamtanalogie). Wer dies ablehnt, schafft vom Gesetzgeber nicht gewollte Wertungswidersprüche. So wäre es beispielsweise sachlich nicht zu rechtfertigen, dem Geschädigten beim Tatbestand von Art. 36 Abs. 2 OR Ersatz des positiven Vertragsinteresses – anders als bei den Tatbeständen von Art. 26 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 OR – a priori zu verwehren.<sup>46</sup> Bei andern Vertrauenshaftungen als

den Culpa-Tatbeständen ist zwar die analoge Anwendung nicht von vornherein ausschlossen, doch wird sie regelmässig daran scheitern, dass es nicht zum Abschluss eines unverbindlichen Vertrags gekommen ist. Zu beachten ist aber, dass der Ersatz des negativen Vertragsinteresses faktisch auf Ersatz des positiven hinauslaufen kann (illustrativ BGE 90 II 449 [dazu unten C./2.], wo es allerdings um einen Culpa-Tatbestand ging).

5. Eine letzte Bemerkung betrifft die strittige Frage der *Verjährung*. Das Bundesgericht hat sich – unter Annahme einer Gesetzeslücke – für die (analoge) Anwendung von Art. 60 OR ausgesprochen (s. zuletzt BGE 134 III 390 E. 4.3.2 f. m.w.Nw.). Nach bundesgerichtlicher Ansicht verjähren somit Ansprüche aus Vertrauenshaftung drei Jahre ab Schadenskenntnis, jedenfalls aber zehn Jahre ab der anspruchsauslösenden Pflichtverletzung. Dem ist hinsichtlich der absoluten Verjährungsfrist ohne weiteres beizupflichten, hingegen ist m.E. die relative Verjährungsfrist – in analoger Anwendung von Art. 760 OR – auf fünf Jahre zu bemessen.<sup>47</sup> Demgegenüber vertritt die wohl herrschende Lehre die Ansicht, es komme die Regelverjährung von Art. 127 OR i.V.m. Art. 130 Abs. 1 OR (zehn Jahre ab Fälligkeit des Anspruchs) zum Tragen.<sup>48</sup> Auch das Bundesgericht hat sich schon in diesem Sinne ausgesprochen (BGE 68 II 295 E. 5), später aber die Regelverjährung als unpassend verworfen, m.E. zu Recht:

Die Zehnjahresfrist von Art. 127 OR gilt für alle Forderungen, «für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt». Vorbehalten sind nicht nur *gesetzliche* Sonderregeln, sondern auch – lückenfüllend geschaffene – *ungeschriebene* (Art. 1 Abs. 2 ZGB), insbesondere im Wege der Analogie gewonnene.<sup>49</sup> Für ausservertragliche Ansprüche wie die hier zur Diskussion stehenden dürfte die «Einfristregelung» des Art. 127 OR generell unpassend und eine Regelung vorzuziehen sein, welche

MANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Bern 1945, Art. 31 OR N 17; neuerdings etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 38), N 870 und 966. Anders offenbar BGE 130 III 345 E. 1 a.E., allerdings ohne Diskussion der Frage.

<sup>47</sup> Nähere Begründung bei KOLLER (FN 32), N 61.

<sup>48</sup> Z.B. OLIVER RISKE, La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation de droit privé européen, Diss. Basel 2016, N 1206 f.; CR CO-MORIN, Art. 1 N 145 ff., in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Art. 1–529 CO, 2. A., Basel 2012; CR CO-PICHONNAZ, Art. 127 N 22b; ROLF H. WEBER/SUSAN EMMENEGGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, 2. A., Bern 2020, Vorbemerkungen zu Art. 97–109, N 77.

<sup>49</sup> So verjähren z.B. Ansprüche auf Art. 679 ZGB kraft Richterrechts analog Art. 60 OR statt Art. 127 OR (vgl. BGE 111 II 429 E. 2); weiteres Beispiel bei KOLLER (FN 3), N 67.34, Fn 21.

<sup>46</sup> So schon AUGUST EGGER, Schadenersatz bei absichtlicher Täuschung (O.R. Art. 31 Abs. 3), SJZ 1921/22, 217 ff., 219 f.; HER-

eine relative mit einer absoluten Verjährungsfrist kombiniert. Dafür spricht, dass die einschlägigen ausservertraglichen Verjährungsregeln, soweit ersichtlich, allesamt diesem dualen System folgen.<sup>50</sup> Das spricht für das Vorliegen einer Gesetzeslücke. Diese ist nach Ansicht des Bundesgerichts – wie gesehen – durch analoge Anwendung von Art. 60 OR zu füllen. Meines Erachtens verdient die analoge Anwendung von Art. 760 OR den Vorzug. In BGE 134 III 390 hatte sich zwar der Beschwerdeführer auf diese Bestimmung berufen, das Bundesgericht hat sich dazu aber nicht geäußert.

### C. Die Vertrauenshaftungen/Teil 2: ausgewählte Bundesgerichtspraxis zur Haftung für culpa in contrahendo

Die zwei nachstehend referierten Entscheide beleuchten unterschiedliche Erscheinungsformen der culpa in contrahendo: In BGE 105 II 75 ging es um Verschulden bei den *Vertragsverhandlungen* (schuldhaftes Verschweigen eines Zustimmungserfordernisses), in BGE 90 II 449 um Verschulden beim *Vertragsabschluss* (schuldhafte Verursachung eines Dissenses). In beiden Entscheiden hatte der Kläger, zumindest der Sache nach, Ersatz des positiven Vertragsinteresses verlangt. Im ersten Entscheid wurde der Ersatz zugesprochen, allerdings unter dem Titel des negativen Vertragsinteresses, im zweiten nicht. Beide Entscheide werden im Anschluss an die Urteilszusammenfassung kommentiert, insbesondere zwecks Einordnung in die oben (B.) umschriebenen Haftungsgrundsätze.

#### 1. BGE 105 II 75

Die Escophon AG wollte Fernseh- und Stereogeräte vermieten und die abzuschliessenden Geschäfte durch eine Bank finanzieren lassen. Sie wandte sich an die Filiale Spreitenbach der «Bank in Langenthal». Diese liess ihr Ende Juli 1975 den Entwurf eines Rahmenvertrages zukommen. Da die Parteien sich nicht einigen konnten, legte die Bank am 26. September 1975 neue Entwürfe zu einem Modell-Mietvertrag und einer Rahmenvereinbarung vor. Mit diesen Entwürfen war die Escophon AG einverstanden. Zum Vertragsabschluss kam es jedoch nicht, weil der Hauptsitz der Bank die erforderliche Zustimmung – am 8. Dezember 1975 – verweigerte. Hierauf klagte die Escophon AG gegen die Bank in Langenthal beim Handelsgericht Aargau auf Ersatz ihres positiven Vertragsinteresses in Höhe von CHF 390'000. Das Handelsgericht hiess die Klage im Grundsatz gut, sprach der Klägerin allerdings lediglich Ersatz des Vertrauensschadens – in Höhe von CHF 39'500 – zu, da das positive Vertragsinteresse von der Culpa-Haftung nicht erfasst sei. Das Bundesgericht hat diesen Entscheid bestätigt. Es führte u.a. aus, die Filiale der Bank hätte der Klägerin nach

Treu und Glauben spätestens zusammen mit den neuen Entwürfen vom 26. September 1975 Mitteilung machen müssen, dass sie nur zur Führung der Vertragsverhandlungen, nicht aber zum selbständigen Vertragsabschluss, befugt war. Bei korrektem Vorgehen hätte sich bereits in diesem Zeitpunkt herausgestellt, dass die Zustimmung von Seiten der Zentrale verweigert würde und die Klägerin sich nach einer anderen Finanzierungsquelle umsehen müsste. Die Klägerin habe daher zwei Monate Zeit verloren und ihre Tätigkeit erst entsprechend später aufnehmen können. Dadurch seien ihr von der Beklagten zu ersetzende Mietzinseinnahmen entgangen.

Das Bundesgericht ist ohne Begründung davon ausgegangen, das positive Vertragsinteresse sei von der Haftung für culpa in contrahendo generell ausgenommen (E. 3, zweiter Absatz). Das trifft indes nur hinsichtlich der Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR zu, nicht aber hinsichtlich der spezifischen Culpa-Haftung. Dass diese auch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses gerichtet sein kann, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (Art. 26 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 OR). Diese Bestimmungen sind zudem nach den allgemeinen Regeln der Analogie auch auf nicht unmittelbar geregelte Tatbestände anwendbar (oben B./Ziff. 4). Im konkreten Fall waren die entsprechenden Voraussetzungen allerdings nicht gegeben, weil die Klägerin immer damit rechnen musste, dass der Vertrag scheitern würde, und sie daher – anders als im unmittelbaren Anwendungsbereich der fraglichen beiden Bestimmungen – nicht von einem verbindlichen Vertrag ausgehen durfte. Ein Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses schied daher aus, d.h., die Klägerin konnte nicht verlangen, (schadenersatzrechtlich) so gestellt zu werden, wie wenn es zu einem gültigen Vertragsabschluss mit der «Bank in Langenthal» gekommen wäre. Vielmehr hatte sie lediglich Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens, also auf Ausgleich der finanziellen Nachteile, welche sie dadurch erlitten hatte, dass ihr die Filiale der Bank nicht bereits Ende September 1975 vom Zustimmungserfordernis Mitteilung gemacht hatte.

#### 2. BGE 90 II 449

Georges Gilardi, welcher in Genf ein Transportunternehmen betrieb, stellte im August 1955 der Versicherung «l'Union» den Antrag auf Abschluss eines Kaskoversicherungsvertrags über den Lastwagen Fiat, Chassis Nr. 000807 (im Folgenden: Lastwagen X). Die Versicherung nahm den Antrag an und stellte eine entsprechende Police aus. In Wirklichkeit wollte Gilardi den Lastwagen Fiat, Chassis Nr. 007866 (im Folgenden: Lastwagen Y) versichern lassen. Dieser erlitt am 2. August 1960 einen Unfall. Der Schaden belief sich auf CHF 24'860. Diesen Betrag verlangte Gilardi von der Versicherung ersetzt. Diese verweigerte die Zahlung mit der Begründung, der Lastwagen sei nicht versichert gewesen. Hierauf erhob Gilardi gegen die «Union» Klage. Diese wurde in erster Instanz abgewiesen, in zweiter Instanz jedoch zur Hälfte, also im Betrag von CHF 12'430, gutgeheissen. Das Gericht (Cour de justice du

<sup>50</sup> S. z.B. KOLLER (FN 3), N 68.38 ff.

Canton de Genève) befand, der am Unfall beteiligte Lastwagen sei zwar nicht versichert gewesen, doch hafte die Beklagte aus culpa in contrahendo grundsätzlich für den Schaden, der dem Kläger aus der Nichtversicherung des Lastwagens entstanden sei; die hälftige Schadensteilung begründete es – in Anwendung von Art. 44 OR – mit dem Umstand, dass den Kläger ein erhebliches Mitverschulden treffe (er hätte seinen Irrtum [Verwechslung der Lastwagen] bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt vermeiden können). Das vom Kläger angerufene Bundesgericht erwog, das Verschulden des Klägers wiege weit weniger schwer als dasjenige der Beklagten, es rechtfertige lediglich eine Schadenskürzung um einen Drittel. Dementsprechend hiess es die Klage im Umfang von CHF 16'560 gut.

Gemäss E. 3 des referierten Entscheids durfte die Beklagte nach Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) nicht annehmen, der Kläger wolle den Lastwagen X versichern, sie musste umgekehrt aber auch nicht davon ausgehen, er wolle den Lastwagen Y versichern. Eine rechtlich relevante Vertragserklärung des Klägers wäre daher nur vorgelegen, wenn die Beklagte dessen wahren Vertragswillen tatsächlich erkannt, also gewusst hätte, dass er entgegen seiner Erklärung den Lastwagen Y versichern wollte. Dies war aber unstreitig nicht der Fall. Fehlte es somit an einem Antrag im Rechtssinne, brachte die Annahmeerklärung der Versicherung keinen Vertrag zustande, weder über den einen noch über den anderen Lastwagen. Es lag mit anderen Worten Dissens vor. Dieser war – wie wohl jeder Dissens – beidseits verschuldet. Dementsprechend haftete die Beklagte dem Kläger – unter Vorbehalt des Mitverschuldensabzugs – auf Ersatz des Vertrauensschadens bzw. des negativen Vertragsinteresses. Unter diesem Titel konnte der Kläger verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn sich die Beklagte pflichtgemäss verhalten hätte. Diesbezüglich stellte das Bundesgericht fest, dass die Beklagte, hätte sie das Versehen des Klägers rechtzeitig entdeckt, ohne weiteres bereit gewesen wäre, den «richtigen» Lastwagen (Y) zu versichern, und zwar zur selben Prämie. Dementsprechend hatte der Kläger Anspruch auf – teilweisen – Ersatz der entgangenen Versicherungsleistung. Es wurde ihm also faktisch – unter dem Titel des negativen Vertragsinteresses – das positive Vertragsinteresse zugesprochen.

Das Bundesgericht qualifizierte die Culpa-Haftung als Vertragshaftung («responsabilité contractuelle», E. 6) und brachte deshalb Art. 44 OR über den Verweis von Art. 99 Abs. 3 OR zur Anwendung. Diese Rechtsprechung ist insofern überholt, als das Bundesgericht die Culpa-Haftung – wie gesehen – nicht mehr als vertragliche, sondern als eigenständige Haftung («zwischen Vertrag und Delikt») qualifiziert (s. z.B. BGE 101 II 266 E. 4). An der Anwendung von Art. 44 OR hätte sich freilich auch bei dieser Qualifikation nichts geändert. Denn Art. 44 OR gibt einen allgemeinen Haftungsgrundsatz wieder und kommt

daher auch ausserhalb seines unmittelbaren Anwendungsbereichs (Art. 41 ff. OR) generell und auch ohne spezielle Verweisregel zur Anwendung (oben II./Ziff. 4b).

## D. Die Vertrauenshaftungen/Teil 3: Bundesgerichtspraxis zu weiteren Vertrauenshaftungen

Im Verlaufe der Ausführungen wurde verschiedentlich auf Vertrauenshaftungen hingewiesen, welche nicht der Culpa-Haftung zugeordnet werden können, wie z.B. die Haftung für vertragslose Auskunft. Nachstehend geht es um zwei weitere, bisher nicht erörterte Erscheinungsformen: die Haftung wegen widersprüchlichen Verhaltens (BGE 121 III 350, in: Pra 1996, Nr. 168) und die Haftung wegen Übernahme einer garantieähnlichen Stellung bei einem fremden Vertragsabschluss (BGer, 4C.193/2000, 26.9.2001). Soweit nötig, werden die Entscheide wiederum – im Anschluss an die Urteils wiedergabe – kommentiert.

### 1. BGE 121 III 350

Der Schweizerische Amateurringerverband (SARV), dem u.a. die Selektion der Ringer für internationale Wettkämpfe obliegt, selektionierte für die Weltmeisterschaften 1989 Y, und nicht X, obwohl allein dieser die vom Verband aufgestellten Selektionskriterien erfüllt hatte. Hierauf klagte X gegen den Verband auf Ersatz des Lohnausfalls, der ihm entstanden war, weil er zwecks Erfüllung eines Selektionskriteriums an einem zweiwöchigen Trainingscamp teilgenommen hatte und dafür unbezahlten Urlaub hatte nehmen müssen. Daneben verlangte er Ersatz der Auslagen, welche ihm durch den Beizug eines Anwalts entstanden waren. Das Bundesgericht hiess die Klage – wie schon das Kantonsgericht Wallis als Vorinstanz – gut. Es begründete dies damit, dass der SARV<sup>51</sup> sich widersprüchlich verhalten und dadurch gegen das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) verstossen hätte. Dieses Verhalten sei zwar nicht widerrechtlich i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR, weshalb diese Bestimmung als Haftungsgrundlage ausscheide (E. 6b), es begründe aber eine – zu den Vertrauenshaftungen gehörende – Haftung sui generis (E. 6c). Dabei bestätigte es seine Rechtsprechung (grundlegend BGE 108 II 305), wonach Art. 2 Abs. 1 ZGB bzw. das hier verankerte Prinzip von Treu und Glauben nur dort als Grundlage von Schutzpflichten in Betracht kommt, wo zwischen zwei Parteien eine Sonderverbindung besteht. Erst diese sei geeignet, besondere Pflichten zum Schutze fremden Vermögens zu erzeugen.

Das Bundesgericht hat zweifellos zu Recht entschieden, dass der SARV durch die Nichtselektion des Klägers für die Ringerweltmeisterschaften gegen Treu und Glauben verstossen hatte und daher für dessen Vertrauensschaden

<sup>51</sup> Bzw. das für die Selektion zuständige Zentralkomitee, dessen Verhalten dem Verband nach Art. 55 Abs. 2 ZGB («sonstiges Verhalten») zurechenbar war.



haftbar war. Nicht ohne weiteres einsichtig ist hingegen, weshalb der Verstoss gegen Treu und Glauben an die Monopolstellung des SARV geknüpft wurde (s. E. 6d). Meines Erachtens ist ein Verein unabhängig von einer solchen Stellung nach Treu und Glauben gehalten, sich an die von ihm festgelegten Selektionskriterien (z.B. für die Teilnahme an einem Sportanlass) zu halten, und wird haftbar, wenn er sich nicht an sie hält und dadurch einem Vereinsmitglied Schaden zufügt.

Als einzige Haftungsgrundlage kam nach Ansicht des Bundesgerichts (E. 6c) die ungeschriebene Vertrauenshaftung in Frage. Eine Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR schloss es – anders als im Entscheid 4C.193/2000 vom 26. September 2001 (dazu unten 2.) – aus (E. 6b). Meines Erachtens waren beide Haftungstatbestände erfüllt (die Verletzung einer vertrauensschützenden Pflicht ist immer auch widerrechtlich i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR), und der Kläger konnte sich auf beide Haftungsgrundlagen berufen (Anspruchskonkurrenz). Praktische Bedeutung kam dem freilich nicht zu, weil der Kläger so oder so Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens hatte, also Ersatz des Schadens, der ihm aus dem pflichtwidrigen Verhalten des SARV entstanden war.

Zum Schaden rechneten nicht nur die durch die pflichtwidrige Nichtselektion verursachten Kosten, sondern auch Kosten, die durch die Nichtselektion «frustriert» (unnütz) wurden (sog. Frustrationsschaden [Anm. 15]). In die erste Kategorie fielen die Anwaltskosten (hätte sich der SARV pflichtgemäss verhalten, wären diese nicht angefallen, sie beruhten also natürlich kausal auf dessen Pflichtwidrigkeit), in die zweite die Lohnneinbusse (diese wäre X auch entstanden, wenn er sich für die WM qualifiziert hätte, sie waren also nicht natürlich kausal durch die Pflichtwidrigkeit verursacht, hingegen wurden sie durch diese frustriert).

## 2. BGer, 4C.193/2000, 26.9.2001

A, der Geld anlegen wollte, traf sich zu diesem Zweck mit C und Dr. D. Diese unterbreiteten ihm die Möglichkeit einer Geldanlage bei der Firma Y. An der massgeblichen Sitzung nahm nebst A, C und D auch G, Direktor der Bank X, teil. Auf die Frage, ob die Anlage bei der Firma Y sicher sei, wurde von Seiten von C und D erklärt, dass ein Abzug von Geld nur im Austausch gegen erstklassige Papiere, die mehr wert seien als der Kontostand, erfolge; das werde von der Bank X überprüft. G hat zu diesen Äusserungen «geschwiegen und genickt» (E. 4b), obwohl eine Aufsichtsfunktion der Bank nicht vorgesehen war. Darin hat das Bundesgericht ein pflichtwidriges Verhalten von G bzw. der Bank, der das Verhalten von G als eigenes zurechenbar war, gesehen. In der Folge kam es auf der erwähnten Anlage zu Wertverlusten. Für diese wurde die Bank haftbar erklärt, und zwar sowohl nach Art. 41 Abs. 1 OR als auch nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung, welche das Bundesgericht als Haftung «zwischen Vertrag und Delikt» bezeichnet. Wegen Selbstver-

schuldens wurde die Klage allerdings nur teilweise (im Umfang von 50%) gutgeheissen.

Das Bundesgericht hat vorerst die Widerrechtlichkeit des Verhaltens von G, dessen Verhalten der Bank wie eigenes zurechenbar war (Art. 55 ZGB und Art. 718 f. OR), nach Art. 41 Abs. 1 OR geprüft (E. 4), hierauf ist es (in E. 5) auf die Frage eingegangen, ob auch eine Pflichtwidrigkeit im Sinne der Vertrauenshaftung gegeben war. Beides ist nach bundesgerichtlicher Ansicht nicht identisch (s. E. 5 a.A.). In Tat und Wahrheit hat es jedoch sowohl die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. 1 OR als auch die Pflichtwidrigkeit im Sinne der Vertrauenshaftung nach den gleichen Kriterien überprüft. Für die Bejahung beider Haftungen wurde – wenn auch mit unterschiedlichen Worten – exakt derselbe Massstab verwendet. Zu Recht hat daher das Bundesgericht in späteren Entscheiden die fragliche Unterscheidung fallengelassen, dabei aber gleichsam das Kind mit dem Bade ausgeschüttet, indem es seither durchwegs die Auffassung vertritt, ein im Sinne der Vertrauenshaftung pflichtwidriges Verhalten (Verstoss gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB) sei nicht auch widerrechtlich i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR. Anspruchskonkurrenz, wie sie das Bundesgericht im referierten Fall bejaht hat, kann es daher nicht mehr geben. Einzige mögliche Haftungsgrundlage ist immer nur die Vertrauenshaftung.

## IV. Insbesondere die Haftung wegen Verstosses gegen die guten Sitten (Art. 41 Abs. 2 OR)

1. Nach Art. 41 Abs. 2 OR ist es – wie bereits gesehen – unter Haftungsfolge verboten, jemanden absichtlich in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise zu schädigen. Absicht allein genügt für die Haftung nicht (grundsätzlich darf man das Vermögen eines andern absichtlich beeinträchtigen), ebenso wenig die Sittenwidrigkeit der Schädigung (Fahrlässigkeit schadet nicht).

Das Verbot absichtlicher sittenwidriger Schädigung beschränkt sich selbstverständlich nicht auf reine Vermögensschäden, sondern gilt gleichermassen hinsichtlich absolut geschützter Güter. Diese sind jedoch auch vor *fahrlässiger* Schädigung geschützt (Art. 41 Abs. 1 OR), weshalb Art. 41 Abs. 2 OR insoweit ohne praktische Bedeutung ist.<sup>52</sup> Auch hinsichtlich reiner Vermögensschäden ist dessen Bedeutung im Übrigen beschränkt, weil der Verstoss gegen die guten Sitten häufig auch einen Verstoss gegen Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB und Art. 2 UWG)

<sup>52</sup> Z.B. STEPHAN LORENZ, Grundwissen – Zivilrecht: Haftung aus § 826 BGB, JuS 2020, 493, mit Bezug auf § 826 BGB, die deutsche Parallelregel zu Art. 41 Abs. 2 OR.

beinhaltet<sup>53</sup> und gegebenenfalls auch im Falle von Fahrlässigkeit haftungsbegründend wirkt.

2. Absicht bedeutet Vorsatz (so die deutsche Parallelbestimmung, § 826 BGB), einschliesslich bedingten Vorsatzes (Eventualvorsatz).<sup>54</sup> Die guten Sitten sind gleich zu verstehen wie in Art. 19 Abs. 2 OR und in Anlehnung an diese Bestimmung zu konkretisieren.<sup>55</sup> Demnach kann ein Verhalten aus objektiven Gründen sittenwidrig sein, oft aber wird erst der mit einem objektiv an sich zulässigen Verhalten verfolgte Zweck die Sittenwidrigkeit begründen.<sup>56</sup> Beispielsweise ist die Erhebung einer *aussichtslosen* Baueinsprache ohne weiteres sittenwidrig, der Einsprecher wird aber für allfälligen Schaden des Bauwilligen nur haftbar, wenn er um die Aussichtslosigkeit weiss oder sie zumindest eventualvorsätzlich in Kauf nimmt, also i.S.v. Art. 41 Abs. 2 OR absichtlich handelt.<sup>57</sup> Wer hingegen eine *nicht aussichtslose* Beschwerde erhebt, handelt nicht per se sittenwidrig, die Beschwerdeerhebung kann aber aus besonderem Grund sittenwidrig sein, etwa weil sie mit blosser Schädigungsabsicht erfolgt (vgl. BGE 124 III 297 E. 5e).<sup>58</sup> In diesem letzteren Fall bedarf das Requisite der *absichtlichen* Schädigung keiner besonderen Prüfung mehr.

Im gemachten Beispiel ist bei der ersten Variante die Erhebung der Baueinsprache widerrechtlich i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR. Die Haftung kann daher – im Falle einer vorsätzlichen Tatbegehung – auch auf diese Bestimmung abgestützt werden. Gegebenenfalls kann sich der Geschädigte wahlweise auf beide Absätze von Art. 41 OR berufen (Anspruchskonkurrenz). Bei der zweiten Variante ist hingegen die Erhebung der Baueinsprache nicht widerrechtlich i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR. Zwar verbieten es die guten Sitten, eine Baueinsprache einzig zwecks Schädigung des Bauwilligen zu erheben, die Erhebung ist daher sehr wohl

widerrechtlich, es handelt sich aber um eine besondere Art der Widerrechtlichkeit, weil sie das subjektive Merkmal der Absicht mitumfasst, was beim Tatbestand von Art. 41 Abs. 1 OR nicht der Fall ist. Die gesetzliche Trennung von widerrechtlicher (Art. 41 Abs. 1 OR) und absichtlicher sittenwidriger Schädigung (Art. 41 Abs. 2 OR) darf nach dem Gesagten nicht zum Schluss verleiten, dass eine Schädigung der letzteren Art nicht widerrechtlich ist, nur handelt es sich je nach Tatbestandsvariante um eine besondere, von Art. 41 Abs. 1 OR nicht erfasste Widerrechtlichkeit.

3. Bei den schweizerischen Gerichten ist eine gewisse Zurückhaltung bei der Anwendung von Art. 41 Abs. 2 OR festzustellen.<sup>59</sup> Es finden sich kaum einschlägige Entscheide. Indes gibt es durchaus praktische Anwendungsfelder für die Bestimmung, wie ein Blick auf die Rechtsprechung zur deutschen Parallelregel (§ 826 BGB) zeigt:

(a) In einem Entscheid vom 25. Mai 2020<sup>60</sup> hat der deutsche BGH die Inverkehrsetzung von mit «Schummel-Software» versehenen Autos («Abgasskandal») für sittenwidrig erklärt und die Klage eines Käufers eines mit solcher Software versehenen Autos gegen den Autohersteller VW in Anwendung von § 826 BGB gutgeheissen.

Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde:<sup>61</sup> X (der Kläger) kaufte am 10. Januar 2014 von einem Autohändler einen gebrauchten VW Sharan 2.0 TDI match für EUR 31'490. Der Wagen war mit einem 2,0-Liter-Dieselmotor der Schadstoffnorm Euro 5 ausgestattet. Die Typgenehmigung (Schadstoffklasse Euro 5) war nur erteilt worden, weil VW (die Beklagte) «Schummel-Software» eingesetzt hatte. Diese Software senkt bei einer Messung des Kraftstoffverbrauchs und der Emissionswerte auf einem Prüfstand die Abgasrückführung (insbesondere den Stickoxidausstoss) gegenüber dem normalen Fahrbetrieb. Ohne die Software wären die Stickoxidgrenzwerte der Euro-5-Norm nicht erreicht worden. Im September 2015 räumte VW öffentlich die Verwendung der betreffenden Software ein. Zwei Monate später kündigte VW Software-Updates an, um die Software aus den betroffenen Fahrzeugen zu entfernen. Der Kläger liess das Update im Februar 2017 durchführen, erhob in der Folge aber trotzdem Klage gegen VW auf Zahlung von Schadenersatz in der Höhe von EUR 31'490 (Kaufpreissumme) gegen Übereignung des Autos. Die Klage wurde in erster Instanz abgewiesen, in zweiter Instanz jedoch unter Abzug einer Nutzungsentschädigung gutgeheissen. Der BGH hat dieses Urteil bestätigt. Er bejahte ein vorsätzliches sittenwidriges Verhalten der Beklagten mit der Begründung, sie habe zwecks Gewinnoptimierung systematisch und während Jahren manipulierte Fahrzeuge auf den Markt gebracht. Weiter erwog er, dass der Kläger bei Kenntnis der wahren Gegebenheiten wegen der Gefahr einer Betriebsuntersagung im Falle einer Aufdeckung der Manipulation das Auto vernünftigerweise nicht gekauft

<sup>53</sup> REY/WILDHABER (FN 20), N 952.

<sup>54</sup> Herrschende Ansicht, z.B. REY/WILDHABER (FN 20), N 954; a.A. z.B. ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013, Art. 41 OR N 243, m.w.Nw.

<sup>55</sup> So der Sache nach etwa REY/WILDHABER (FN 20), N 949 f.; BSK OR I-KESSLER (FN 28), Art. 41 N 42.

<sup>56</sup> Vgl. KOLLER (FN 3), N 13.185 ff.

<sup>57</sup> Dass die Schädigung in Ausübung einer formalen Rechtsposition geschieht, schliesst Sittenwidrigkeit nicht aus (vgl. § 1295 Abs. 2 ABGB).

<sup>58</sup> In BGE 123 III 101 war die Erhebung der Baueinsprache nicht aussichtslos, sie war jedoch sittenwidrig, weil sich der Einsprecher damit einen sachfremden Vorteil (Zahlung eines Entgelts für den Rückzug der Einsprache) zu verschaffen versuchte. Im konkreten Fall ging es nicht um die Haftung nach Art. 41 Abs. 2 OR, sondern um die Frage, ob der Bauwillige das von ihm bezahlte Entgelt zurückverlangen konnte. Das Bundesgericht hat dies im Grundsatz bejaht (der entsprechende Vertrag war wegen Sittenwidrigkeit nichtig [Art. 19 f. OR], die Zahlung daher zu Unrecht erfolgt [Art. 62 OR]), aber angenommen, der Rückforderungsanspruch scheiterte an Art. 63 Abs. 2 OR.

<sup>59</sup> BSK UWG-FRICK (FN 7), Art. 4 lit. a–c N 44, befürwortet eine «restriktive» Auslegung von Art. 41 Abs. 2 OR, allerdings ohne jede Begründung und m.E. auch ohne jeden Grund.

<sup>60</sup> Publiziert in WM 2020, 1078 ff.

<sup>61</sup> Sachverhaltswiedergabe in weitgehender Anlehnung an STEFAN ARNOLD, Abgasskandal und vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, JuS 2020, 684 ff.

hätte. Daraus schloss der BGH, der Kläger sei in Höhe des Kaufpreises geschädigt. Die Klage war daher gutzuheissen, allerdings nur gegen Herausgabe des Autos und zudem nur unter Abzug einer Entschädigung für die erfolgte Nutzung. Dass das Auto herauszugeben war, war unbestritten und schon im Klageantrag berücksichtigt. Strittig war demgegenüber der Abzug der Nutzungsentschädigung. Der BGH hat den Abzug gestützt auf die – ausführlich dargelegten – Grundsätze der Vorteilsausgleichung bejaht.

In einer kürzlich erfolgten Urteilsbesprechung vertreten ARNOLD F. RUSCH und ANGELO SCHWIZER die Ansicht, der Fall wäre nach Art. 41 Abs. 2 OR, der Parallelregel von § 826 BGB, gleich zu entscheiden gewesen.<sup>62</sup> Dem ist m.E. aus den von den beiden Autoren gemachten Überlegungen beizupflichten. Beigefügt seien lediglich zwei Punkte, welche beide nicht die Haftung nach Art. 41 Abs. 2 OR als solche, sondern allgemeine Probleme der Schadensliquidation betreffen:

*Erstens:* Durch das sittenwidrige Verhalten von VW hatte der Kläger ein Auto gekauft, das er bei korrektem Verhalten von VW nicht gekauft hätte. Sein Schaden lag also gleichsam im Abschluss des Kaufvertrags. Über die Art des Schadenersatzes entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Art. 43 Abs. 1 OR). Vorliegend war die vom Kläger beanspruchte Schadensliquidation (Naturalrestitution durch Zahlung einer Geldsumme in Höhe des Kaufpreises gegen Rückgabe des Autos) sicher den Umständen angemessen. Zwar hätte es dem Kläger offenstanden, das Auto zu behalten und nur dessen Minderwert ersetzt zu verlangen, die damit verbundenen Beweisprobleme wären jedoch beträchtlich gewesen und wurden vom Kläger sinnvollerweise gemieden. Nachgetragen sei, dass der Schaden – genau genommen – nicht im Abschluss des Kaufvertrags, sondern in der Zahlung des Kaufpreises lag und das Auto unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung, nicht der Schadensfeststellung, herauszugeben war.<sup>63</sup>

*Zweitens:* Ob ein Vorteil (hier der mit der Innehabung des Wagens verbundene Nutzen) auf den Schadenersatz anzurechnen ist, hängt letztlich von Billigkeitsgesichtspunkten ab.<sup>64</sup> Nach Ansicht des BGH wäre es unbillig gewesen, der Beklagten die Vorteilsausgleichung zu versagen, weil der Kläger andernfalls das Auto umsonst hätte nutzen können. Demgegenüber hätten nach der Ansicht ARNOLDS die Nutzungsvorteile dem Kläger aus Präventionsgründen belassen werden müssen.<sup>65</sup> Die Nutzungsvorteile wurden im Übrigen vom BGH nach dem Prinzip der linearen Teilwertabschreibung angerechnet, also «anhand der gefahrenen Kilometerleistung im Verhältnis zu einer Gesamt-

kilometerleistung von 300'000 km».<sup>66</sup> Das überzeugt auch für das schweizerische Recht.<sup>67</sup>

(b) Ein weiteres Anwendungsgebiet für Art. 41 Abs. 2 OR ist die Ausnutzung fremden Vertragsbruchs, vorab die *Verleitung* zum Vertragsbruch i.S.v. Art. 4 UWG (diese fällt ohne weiteres unter die Bestimmung, BGE 114 II 91 E. 4 S. 998<sup>68</sup>), bei Vorliegen besonderer Umstände aber auch eine sonstige Ausnutzung (BGE a.a.O.)<sup>69</sup>.

4. Die Haftungsfolgen des Art. 41 Abs. 2 OR decken sich mit jenen des Art. 41 Abs. 1 OR (s. dazu oben II./Ziff. 4b und c). Konkurriert mit Art. 41 Abs. 2 OR noch eine zweite Haftungsbestimmung, kann sich der Geschädigte gegebenenfalls auf beide Bestimmungen berufen. Es kann auch in dieser Hinsicht auf das zu Art. 41 Abs. 1 OR Gesagte verwiesen werden (oben II./Ziff. 5).

## V. Fazit

1. Verstösse gegen privatrechtliche Schutznormen begründen – jedenfalls im Grundsatz – Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR und machen nach Massgabe dieser Bestimmung haftbar. Weshalb dies für Verstösse gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB bzw. die daraus abgeleiteten Schutzpflichten nicht gelten sollte, wie das Bundesgericht in neuerer Zeit annimmt, ist schlechterdings nicht einzu- sehen; die höchstrichterliche Ansicht scheint angesichts des Umstandes, dass Verstösse gegen die Parallelregel des UWG (Art. 2) von Art. 41 Abs. 1 OR erfasst sind (Art. 9 Abs. 3 UWG), unhaltbar (s. oben II./Ziff. 3 und III./B./Ziff. 1).

Mit Art. 41 Abs. 1 OR konkurrieren allerdings häufig besondere Haftungsregeln (z.B. Art. 36 Abs. 2 OR). Das ist ohne praktische Bedeutung, soweit es sich bei der Sonderregel um eine blosser Wiederholungsregel handelt (z.B. Art. 841 ZGB). Nicht wenige besondere Haftungsregeln sind jedoch für den Geschädigten günstiger als Art. 41 Abs. 1 OR, etwa was den Haftungsumfang (Art. 26 Abs. 2 OR) oder die Verjährung (Art. 760 OR) anbelangt. Als- dann kommt der Frage Bedeutung zu, ob sich der Geschädigte gegebenenfalls auf beide Regeln berufen kann. Das

<sup>62</sup> ARNOLD F. RUSCH/ANGELO SCHWIZER, BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19: Verurteilung von Volkswagen als Herstellerin zur Rücknahme eines abgasmanipulierten Fahrzeugs, AJP 2020, 1205 ff.

<sup>63</sup> S. KOLLER, OR AT (FN 3), N 50.11, mit Hinweis auf OLG Hamm, NJW-RR 1996, 736.

<sup>64</sup> KOLLER (FN 3), N 50.12, mit Aufzählung typischer Anrechnungspositionen in N 50.13 ff.

<sup>65</sup> ARNOLD (FN 61), 687.

<sup>66</sup> RUSCH/SCHWIZER (FN 62), AJP 2020, 1208.

<sup>67</sup> So RUSCH/SCHWIZER (wie vorige FN); STEFAN KOLLER, Vom gewandelten Werkvertrag: Rechtstellung der Parteien nach rechtswirksamer Auflösung, Diss. St. Gallen 2002, 121 f.

<sup>68</sup> Ebenso für das deutsche Recht JAUERNIG/TEICHMANN, Kommentar zum BGB, 17. A., München 2018, § 826 BGB N 19.

<sup>69</sup> S. aus der deutschen Rechtsprechung z.B. BGH, NJW 1981, 2184, wo die Haftung – anders als in BGE 114 II 91 – bejaht wurde.



ist im Grundsatz zu bejahen, es besteht also Anspruchskonkurrenz (s. oben II./Ziff. 4 und 5 sowie III./B./Ziff. 5).

2. Vor rund 25 Jahren hat das Bundesgericht im berühmten «Swissair-Entscheid» (BGE 120 II 331) die Vertrauenshaftung «entdeckt».<sup>70</sup> Diese aus Art. 2 Abs. 1 ZGB abgeleitete Haftung sanktioniert die Verletzung vertrauensschützender Pflichten. Pflichtwidriges Verhalten ist nach der hier vertretenen Ansicht widerrechtlich i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR. Damit konkurriert jedoch eine eigenständige Haftung, welche für den Geschädigten gegenüber der allgemeinen Deliktshaftung Vorteile aufweist, vorab hinsichtlich des Haftungsumfanges (u.U. kommt Ersatz des positiven Vertragsinteresses in Frage statt bloss des negativen wie nach Art. 41 Abs. 1 OR), dann auch hinsichtlich der Verjährung, falls man insoweit – wie hier vertreten – Art. 760 OR analog zur Anwendung bringt. Das Bundesgericht bringt stattdessen Art. 60 OR zur Anwendung, also die Verjährungsregel des allgemeinen Deliktsrechts, dies freilich nur analog. Eine direkte Anwendung fällt seines Erachtens ausser Betracht, da es die vertrauensschützenden Pflichten – entsprechend dem oben in Ziff. 1 Gesagten – nicht als allgemeine Pflichten betrachtet, was eine direkte Anwendung der Art. 41 ff. OR ausschliesst. Im Übrigen qualifiziert es die Vertrauenshaftung als Haftung «zwischen Vertrag und Delikt» und bringt hinsichtlich der – in diesem Aufsatz ausgesparten – Hilfspersonenhaftung die vertragsrechtliche Regel von Art. 101 OR zur Anwendung, freilich wiederum nur analog (s. BGE 108 II 419 E. 5).<sup>71</sup>

3. Das OR kennt nebst Art. 41 Abs. 1 noch eine zweite deliktsrechtliche Generalklausel: Art. 41 Abs. 2. Danach ist zu Schadenersatz verpflichtet, wer einen anderen in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise schädigt, und das mit Absicht. Anders als nach Art. 41 Abs. 1 OR, wonach bei einer widerrechtlichen Schädigung jedes Verschulden haftbar machen kann, genügt also Fahrlässigkeit nicht. Zu beachten ist allerdings, dass eine sittenwidrige Schädigung auch unter Art. 41 Abs. 1 OR fallen kann und dann jedes Verschulden genügt. Das Absichtserfordernis ist praktisch nur dort von Bedeutung, wo erst die Absicht den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründet (s. oben IV./Ziff. 2, Kleindruck).

<sup>70</sup> Vgl. VITO ROBERTO/NADIA KUZNIAR, Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung, Zeit für einen Nachruf?, AJP 2019, 1105 ff. Die im Untertitel gestellte Frage bejahen die beiden Autoren, weil sie davon ausgehen, dass die Vertrauenshaftung mit derjenigen aus Art. 41 ff. OR übereinstimme. Das entspricht allerdings nicht der Ansicht des Bundesgerichts und auch nicht der hier vertretenen Ansicht (s. sogleich im Text).

<sup>71</sup> Zur eigenen Auffassung s. KOLLER (FN 3), N 28.39.