

Was man aus einem Fall von "Putativ-Vertrauenshaftung" lernen kann

BGE vom 7.1.1999 ("Monte Rosa-Fall") ist Anlass weder zu Begeisterung noch Empörung ob der sog. Vertrauenshaftung

Inhaltsübersicht

1. Aktualität des Themas "Vertrauenshaftung" und der neueste Fall deren Anrufung
2. Der "Monte Rosa-Entscheid" und unsere Fragestellung
 - a) Prozessgegenstand
 - b) Die Nichtigkeitsfolge bei unrichtiger Preisverurkundung
 - c) Die Entscheidung der Gerichte
 - d) Fragestellung
 - e) These
3. Text-Auszug aus dem BGE ("Monte Rosa") vom 7. Januar 1999
4. Der vom Käufer gezeichnete "Kreditakt" als einwandfreie Grundlage der streitigen Forderung
 - a) Die Fakten
 - b) Die gegen die Gültigkeit der Darlehensforderung erhobenen Argumente
 - c) Keine Schlüssigkeit dieser Gegenargumente
5. Versuch antezipierender Beantwortung denkbarer Einwände gegen die Gültigkeit des Darlehens
 - a) Keine gegenseitige Abhängigkeit der beiden Verträge (Darlehensvertrag – Grundstückkauf)
 - b) Keine Abhängigkeit der Verträge kraft Parteiwillens; erfolgte Leistung der Darlehensvaluta; keine Stundung
 - c) Schlussbemerkungen zur Nichtberücksichtigung der bestehenden Darlehensforderung
6. Grundsätzliches zu der Argumentationsfigur der Vertrauenshaftung
 - a) Funktion
 - b) Die Grundkonzepte der drei Topoi Vertrauenshaftung, faktische Vertragsverhältnisse und culpa in contrahendo
 - c) Zu den doktrinellen Vorgeschichte der Anrufung der Vertrauenshaftung
 - d) Praxis des Bundesgerichts
 - e) Verschiedene Gruppen der Vertrauenshaftung auslösenden Tatbestände
7. Zum Schluss: Kritischer Blick auf die Anwendung der Vertrauenshaftung im Monte Rosa-Fall

1. Aktualität des Themas "Vertrauenshaftung" und der neueste Fall deren Anrufung

Die von der deutschen Doktrin¹ entwickelte Lehre von der "Vertrauenshaftung" ist mit dem weit herum beachteten "Swissair-Entscheid" (BGE 120 II 331) des Jahres 1994 auch hierzulande zu einem gängigen juristischen *Topos* aufgestiegen. Sie befindet sich in der Schweiz derzeit wohl auf einem Aktualitäts- und Popularitätshoch, wie es dem Erreichen des Zustandes der Selbstverständlichkeit vorauszugehen pflegt. So erschien im Abstand von wenigen Tagen die französische Publikation des Textes eines nicht zur Veröffentlichung bestimmten, aber Aufsehen erregt habenden Entscheids der I. Zivilabteilung vom 7. Januar 1999², am 8. November 2000 fand, vielleicht mit veranlasst durch diesen Entscheid, eine von der Genfer Juristenfakultät veranstaltete "Journée de la Responsabilité Civile – La responsabilité civile fondée sur la confiance (Vertrauenshaftung)" statt, die aussergewöhnlichen Zuspruch fand, rund dreihundert Juristen aus der ganzen Schweiz nach Genf zu locken vermochte und entsprechend von lebhaften Diskussionen getragen war, während am 20. November vor dem Bernischen Juristenverein Frau Professor JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ zu der Frage der international-privatrechtlichen Anknüpfung von unter diesem Rechtstitel zu erhebenden Ansprüchen einen in die Tiefe gehenden Vortrag hielt³.

Vorliegender Beitrag will sich mit dem genannten Entscheid der I. Zivilabteilung unseres höchsten Gerichts auseinandersetzen (wir nennen ihn hier, damit auch dieses Kind seinen Namen habe, "Monte Rosa-Entscheid", obwohl das Drama nicht auf der höchsten schweizerischen Bergspitze spielt, aber doch in einer nach ihr benannten Ferien-Überbauung). Dieser ist im Ergebnis so richtig als ein Entscheid nur richtig sein kann. Aber selbst Anhänger der Vertrauenshaftung können { 65/66 } über deren Anrufung in vorliegendem Fall nicht ganz glücklich sein (dazu unten Ziff. 7). Es soll daher gezeigt werden, dass im zu beurteilenden Sachverhalt zu einer Anrufung dieses neuen Argumentationsmusters keinerlei Anlass bestand, vielmehr bereits nach eindeutigen und von niemandem bestrittenen Regeln unseres Vertragsrechts die Entscheidung nicht anders ausfallen konnte. Das bedeutet, dass die Anrufung dieses Arguments nicht mehr als ein *obiter dictum* darstellt, d. h. nicht entscheidtragend ist und, wenn man gutem Common Law-Brauch folgt, auch keine präjudizielle Bedeutung beanspruchen kann⁴. Im Ergebnis heisst dies, dass dieser Entscheid weder für die Anhänger dieser Lehre Anlass zu Begeisterung noch für deren Gegner Grund zu sorgenvoller Beunruhigung darstellt.

Wenn gezeigt werden wird, dass bereits andere Gründe als die angeführte Vertrauenshaftung zum gleichen Ergebnis führen, bedeutet dies im Ergebnis aber auch, dass alle Beteiligten, das den Entscheid fällende Gericht wie die zu ihm Stellung Nehmenden, je auf ihre Weise Recht haben. Angeschlossen werden sollen einige grundsätzliche Bemerkungen zu Herkunft, Funktion und zulässiger Tragweite dieses neuen Argumentationsmusters (Ziff. 6).

¹ Der Terminus Vertrauenshaftung wird (neben "Haftung aus geschaffenem Rechtsschein" o. dgl.) seit längerem angetroffen, vor allem bei HELMUTH COING (Komm. Staudinger, 11. Aufl. 1957; Vorbem. vor § 116, bes. N. 3 lit. e und f) eingeführt. In der Schrift von C.-W. CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, (Habilitationsschrift) München 1971, wird "Vertrauenshaftung" ins Zentrum einer breit angelegten Untersuchung gestellt, welche die seitherige Doktrin bestimmt.

² SemJud. 2000, S. 533-539 (Übersetzung des deutschen Textes) mit anschliessender Note von ALAIN HIRSCH, Genf.

³ JOLANTA KREN-KOSTKIEWICZ; ZBJV, Bd. 37/2001, S. 161-199.

⁴ Vertrauenshaftung wird erst lebendig im "normativen Notstand", d. h. bei Fehlen gesetzlicher Regeln, was den hier gewählten Titel rechtfertigt: Die Vermeidlichkeit bezieht sich nicht bloss auf das Fehlen vorgegebener Regeln, sondern wird zu solcher des praktizierten Anwendungsfalles der Vertrauenshaftung.

2. Der "Monte Rosa-Entscheid" und unsere Fragestellung

a) Prozessgegenstand

Vorweg zusammengefasst: Es geht um eine einfach-schriftlich festgehaltene Vereinbarung über den Verkauf einer Eigentumswohnung zum Preis von Fr. 309 875.- Franken, die im Jahr darauf mit einer Preisangabe von CHF 216 912.50.- verkündet wurde. Neben diesem Grundstückkauf, der, wie jedermann klar ist, nach herrschender Bundesgerichtspraxis als formnichtig gilt und keinerlei Forderungsrechte begründet, schlossen die Parteien einen Vertrag über ein Darlehen der Verkäuferschaft an die Käufer von Fr. 61 974.-. Bei Fälligkeit dieses Darlehens, das wirtschaftlich gesehen aufgeschobene Zahlung eines Teils des Kaufpreises (und naturgemäss des nicht von der Beurkundung erfassten Teils des Kaufpreises) darstellt, verweigert der Käufer und Darlehensschuldner Zahlung und klagt auf Feststellung seiner Nichtschuld, d. h. erhebt, nachdem auf Grund der Darlehensurkunde provisorische Rechtsöffnung erteilt worden war, Aberkennungsklage. Diese wird vom Obergericht des Kantons Wallis und vom Bundesgericht abgewiesen und damit der Bestand der Forderung bestätigt.

b) Die Nichtigkeitsfolge bei unrichtiger Preisverkündung

Hintergrund der zur Entscheidung anstehenden Rechtsfrage ist die genannte Nichtigkeitspraxis. Wir verzichten darauf die weitherum diskutierte (und meist kritisierte) Konzeption einzubeziehen⁵, denn dazu besteht keinerlei Anlass: Die hier anstehende Entscheidung hat keinerlei Bezug zur Gültigkeit des Kaufvertrages. Dem Komparatisten sei aber die Bemerkung erlaubt, dass das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrages über Grundstücke nirgends sonst auf diesem Planeten zu helvetischen Höhen hochstilisiert⁶ wird, und erst recht nicht hat im Ausland das Erfordernis der richtigen Preisbezeichnung die hiesige Bedeutung⁷. In diese Besonderheit fügt sich

⁵ Etwas Dokumentation findet sich in der unten zitierten Passage des BGE; vgl. E. 2a und 3a; weiterhin BGE 86 II 260, 90 II 24. – Hinweise auch bei E. BUCHER, Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften, in ZBGR 1975, S. 66-80.

⁶ Nirgends im Ausland wird der Grundstückkauf in so weitgehenden Gegensatz zum "Normalkauf" (Fahrniskauf) gestellt, und nirgends ist das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung des Verpflichtungsgeschäfts, soweit überhaupt bestehend, als absolute Gültigkeitsvoraussetzung ausgestaltet. BGB § 313 lässt Grundeigentumserwerb durch Registereintrag auch zu als Folge einer blossen "Auflassung" (formelle Konsenserklärung der Parteien). Nach französischem CC geht Grundeigentum bereits über durch obligatorischen Verkaufsvertrag, der sogar mündlich geschlossen, wenn auch nicht durch Zeugen bewiesen werden kann (eine Beurkundung dieses Vertrages ist allerdings Voraussetzung des Registereintrages; vgl. dazu Hein Kötz, Europäisches Vertragsrecht, Tübingen 1996, S. 136 f. und Fn. 52 ff.). Nach österreichischem ABGB (§ 833) kommt das Verpflichtungsgeschäft formfrei zustande, wenn auch die das Eigentum übertragende "Einverleibung" oder "Intabulation" (sc. Grundbucheintrag) nach § 432 eine "beglaubigte" Urkunde (Ausweis über die Echtheit der Unterschriften) voraussetzt. Diese verlangt nach italienischem CC (Art. 1350 Zif. 1 ff.) nur "scrittura privata". Ähnlich die Verhältnisse in Spanien, wo zwar nach CC Art. 1280 no. 1 öffentliche Beurkundung gefordert ist, diese aber aufgrund eines formlosen Vertrages erzwungen werden kann (vgl. BERND V. HOFFMANN, Das Recht des Grundstückkaufs, Tübingen 1982, S. 111 ff.). Die Regeln des portugiesischen CC (Art. 875) oder Griechenlands (ZGB Art. 1033), die beide öffentliche Beurkundung fordern, werden sich einem dieser Modelle zuordnen lassen. Eine mit CH/OR 216/I vergleichbare Lösung findet sich allein in der Türkei, welche unsere Kodifikation übernommen hat.

⁷ Abgesehen von ausnahmsweise sektoriell angetroffenen Kontrollen des Bodenverkehrs oder gar Vorkaufsrechten der öffentlichen Hand bleiben Grundstückskäufe ausserhalb des öffentlichen Interesses und werden als Privatsache der Parteien betrachtet. In Frankreich scheint theoretisch ein gesetzliches Vorkaufsrecht des Fiskus zu bestehen, was wohl indirekt der Verkündung eines zu geringen Verkaufspreises entgegenwirkt. Im romanischen Sprachbereich wird im übrigen die Preisbezeichnung in den notwendigen Urkunden meistens als eine dem Belieben der Parteien überlassene Formalität ohne Anspruch auf Richtigkeit betrachtet. Vgl. dazu auch

die Poenalisierung der Ausstellung falscher Urkunden ein, die im Ausland wohl nirgends vergleichbare Ausmasse annimmt⁸. { 66/67 }

Die Nichtigkeitsfolge wird allerdings in dem Sinne abgeschwächt, dass im Falle beidseitiger Erfüllung des nichtigen Vertrages keine der Parteien mit Berufung auf die Vertragsnichtigkeit ihre Vertragsleistung zurückzufordern kann. Dieser Rückforderungsausschluss wird aus dem Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 ZGB abgeleitet. Das Argument ist zutreffend, läge doch im Falle einer Rückforderung der Liegenschaft oder auch des Preises ein Musterbeispiel eines unzulässigen *venire contra factum proprium* vor⁹. Festzuhalten bleibt, dass Preisnachforderungen (die sich im Bereich der Schwarzzahlung bewegen würden) durch die Nichtigkeitskonzeption nach wie vor ausgeschlossen bleiben: Das richtig verstandene Rechtsmissbrauchsverbot als die moderne Fassung der römischen *exceptio doli* kann zwar, als Einrede, Forderungen abwehren, aber keine solchen begründen, sodass die vorliegendenfalls im Streite stehende Forderung eines Betrages, der wirtschaftlich Kaufpreisrestanz darstellt, in ZGB Art. 2 keine Grundlage findet (dazu noch unten Ziff. 7).

c) Die Entscheidung der Gerichte

Im Ergebnis will das hohe Gericht wie bereits die Vorinstanz dem Käufer nicht einen Rabatt auf dem von den Parteien vertraglich verabredeten und gewiss der damaligen Marktsituation entsprechenden Kaufpreis gewähren und weist daher die Aberkennungsklage ab. Es will aus genannten Gründen nicht Art. 2 ZGB zu einer Anspruchsgrundlage werden lassen, aber noch weniger von der seit langem festgeschriebenen Praxis abrücken, dass Falschverurkundung des Preises Formnichtigkeit auslöst¹⁰. Der Ausweg wird in der "Vertrauenshaftung" gefunden: Das Gericht verurteilt den Käufer zur Bezahlung der von ihm immer noch geschuldeten Fr. 61' 974.-, aber diese Schuld wird nicht etwa als Kaufpreis-Restschuld (oder eine sonstige Schuld *ex contractu*) qualifiziert oder gar als eine Schuld *ex delicto* i. S. von Art. 41 OR eingestuft, vielmehr mit der Etikette der Schadenersatzleistung wegen verletzten Vertrauens beklebt.

d) Fragestellung

Bei wissenschaftlicher Betrachtung juristischer Entscheidungen stellt sich die Doppelfrage nach der Richtigkeit des Ergebnisses einerseits, dessen Begründung andererseits.

v. HOFFMANN (Fn. 6).

⁸ Diese Poenalisierung verhindert aber anscheinend so wenig wie die Nichtigkeitsfolge eine dem Vernehmen nach verbreitete Übung, bei Grundstückkäufen eine vom tatsächlich gewollten Preis abweichende Ziffer verurkunden zu lassen.

⁹ Bezüglich der Kaufpreis-Rückforderung ist der Rückgriff auf Art. 2 ZGB allerdings entbehrlich, da nach Bereicherungsrecht, das allein Grundlage einer Rückforderungsanspruches sein könnte, eine Forderung mangels Irrtums des Leistenden nicht besteht. Dagegen ist Berufung auf ZGB Art. 2 bezüglich des verkauften Grundstücks nicht zu entbehren angesichts der Kausa-Bedürftigkeit der Eigentumsübertragung, der zufolge bei Vertragsnichtigkeit das Eigentum beim Verkäufer bleibt, welcher dieses nicht kondiziert, sondern vindiziert.

¹⁰ In BGE 49 II 466 kann im Rubrum noch festgestellt werden: "Die Tatsache, das in der öffentlichen Urkunde der seinerzeit vereinbarte Kaufpreis um die vor der Beurkundung geleistete Anzahlung niedriger angegeben wird, tut der Formrichtigkeit des Kaufs keinen Eintrag." (ebenso noch BGE 50 II 145 oder 52 II 61; ähnlich auch 53 II 164). Das soll sich dann ändern und wird heute gänzlich anders gesehen: Wie bereits in BGE 51 II 572 und 75 II 572 entschieden, entwickelt BGE 78 II 224 (in einem Fall *zu hoher* Preisangabe in der Urkunde!) das Argument, dass der verurkundete Vertrag nicht gewollt (simuliert) und daher nichtig, der tatsächlich gewollte Vertrag jedoch nicht beurkundet sei (dies explizit entgegen v. TUHR in ZSR NF 40 S. 45, N. 10 b, sowie mit Hinweis auf BGE 78 IV 114!). Da steht die Praxis bis heute.

Zum Inhalt: Gefühlsmässig und unjuristisch reagierend werden die meisten Betrachter glücklich, heisst mit dem Bundesgericht ganz einverstanden sein: der Bösewicht in dieser Posse ist gewiss der Käufer, der mit einem Trick einen Vorteil herauszuholen versucht, und man ist froh, zu sehen, dass die Gerichte sich nicht zu Komplizen des *villain of the piece* machen lassen. Dem Schreibenden geht es nicht anders, er steht in bestem Einvernehmen mit dem Ergebnis dieses Entscheids.

Zur Begründung: Der hier demonstrierte Anwendungsfall der Vertrauenshaftung weckt Unbehagen, weil nicht Ersatz für erlittene Unbill, sondern ein Leistungsanspruch zuerkannt wird, und dies aufgrund eines Vertrages, der wegen Formmangels als nichtig qualifiziert wird. Dass mit diesem Argument die Nichtigkeitstheorie in Frage gestellt wird, könnte man hinnehmen, weniger dagegen, dass damit indirekt die Konzeption begründet wird, aus dem Rechtsmissbrauchsverbot von ZGB Art. 2 positive Leistungsansprüche abzuleiten, aus einer Regel, die ihrem Wesen nach nur defensive Wirkung haben soll. Vor diesem Hintergrund der Vorbehalte gegenüber der Urteilsbegründung einerseits, der Billigung des Ergebnisses andererseits stellt sich unausweichlich die Frage, ob denn im Monte Rosa-Fall der Rückgriff auf das Argument der Vertrauenshaftung überhaupt notwendig sei.

e) These

Es wird hier die Auffassung vertreten, dass die mit der Aberkennungsklage bestrittene, von den Gerichten durch deren Abweisung gutgeheissene Forderung über Fr. 61 974.- ihre problemlose und selbstverständliche Grundlage in dem von den Parteien geschlossenen (von ihnen "Kreditakt" genannten) Darlehensvertrag findet. Eine andere Begründung dieser Forderung ist daher nicht nur nicht notwendig, sondern genau besehen auch nicht zulässig (dazu unten Ziff. 4 und 5). { 67/68 }

3. Text-Auszug aus dem BGE ("Monte Rosa") vom 7. Januar 1999

Für die Diskussion der Entscheidung ist der Rückgriff auf den Originaltext nicht zu entbehren, sodass hier die in vorliegendem Zusammenhang massgeblichen Passagen im Wortlaut wiedergegeben werden: Die Sachverhaltsdarstellung (lit. A, B und C) und die Erwägungen E. 2, E. 3 sowie die den Rückgriff auf die Vertrauenshaftung enthaltende E. 4 lit. a¹¹.

Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Januar 1999:

"A. – Die deutschen Staatsangehörigen Günter und Johanna A. (Kläger) unterzeichneten am 25. April 1980 mit der Hennig GmbH, Frankfurt, eine Vereinbarung betreffend den Erwerb eines Stockwerkeigentumsanteils mit Tiefgaragenplatz in der noch zu erstellenden Überbauung 'Monte Rosa' in Täsch (VS) zu einem Gesamtpreis von Fr. 309 875.-. Am 17. September 1980 bevollmächtigten sie die in Frankfurt domizilierte Treuhand- und Beratungsgesellschaft mbH (TUB) zum Abschluss eines Kaufvertrages über den Miteigentumsanteil sowie der entsprechenden Kreditverträge. Für die Bauausführung zeichnete der Grundeigentümer Ulrich Imboden als Generalunternehmer verantwortlich; dessen Sohn Robert Imboden (Beklagter) besorgte den Verkauf der einzelnen Stockwerkeigentumsanteile, und die mit ihm vertraglich verbundene Hennig GmbH mit Sitz in Frankfurt war als Vertriebsgesellschaft für die Projektfinanzierung und Werbung potentieller Kunden in Deutschland verantwortlich.

Mit Kaufvertrag vom 7. Oktober 1980 / 20. Mai 1981 verkaufte Ulrich Imboden, handelnd durch den Beklagten, den Klägern den Stockwerkanteil Nr. 9/B2 mit Sonderrecht an der Dreizimmerwohnung Nr. 247 im Haus B, dem

¹¹ Weggelassen wird E. 1 zur Sprache des Urteilstextes, ebenso E. 4 lit. b sowie E. 5, da dort lediglich im Urteil verworfene und hier nicht interessierende Einreden (Verjährung, Verrechnung) behandelt werden.

Keller Nr. 47 im Haus A und der Skibox Nr. 103 im Haus E der 'Residenz Monte Rosa, Täsch bei Zermatt'. Der Kaufpreis wurde mit Fr. 216 912.50.- beurkundet. In einer als 'Kreditakt' bezeichneten Vereinbarung räumte der Beklagte den Klägern ein Darlehen über Fr. 61 974.- ein, welches per 30. Dezember 1986 rückzahlbar erklärt und mittels Kapitalhypothek im 2. Rang, lastend auf dem Stockwerkanteil Nr. 9/B2, sichergestellt wurde.

B. – Mangels Rückzahlung des Darlehens setzte der Beklagte Fr. 61 974.- nebst Zins in Betreuung. Nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung klagten die Kläger beim Bezirksgericht Visp am 15. April 1989 auf Aberkennung der Darlehensforderung, eventualiter auf Verrechnung mit Forderungen wegen Baumängeln aus der Überbauung 'Monte Rosa'. Nach Einholen verschiedener Expertisen und Abschluss des Beweisverfahrens überwies das Bezirksgericht die Sache an das Kantonsgericht Wallis. Dessen Zivilgerichtshof I verpflichtete die Kläger mit Urteil vom 29. Juni 1998 zur Zahlung von Fr. 61 974.- nebst Zins und wies anderslautende Begehren der Parteien ab.

C. – Die Kläger führen eidgenössische Berufung und beantragen dem Bundesgericht im Wesentlichen, das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben und die Aberkennungsklage gutzuheissen, eventualiter die Verrechnung der Darlehensforderung mit eigenen Schadenersatzansprüchen in Höhe von Fr. 15 000.- zuzulassen. – Der Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

...

2. – Nach Auffassung des Kantonsgerichts ist der Kaufvertrag vom 7. Oktober 1980 formungültig, weil darin der Kaufpreis nur mit Fr. 216 912.50.- statt mit Fr. 309 875.- beurkundet worden sei. Der Beklagte hält dem in seiner Berufungsantwort entgegen, im Gesamtpreis seien auch Fr. 22 000.- für Inventar und Mobiliar eingeschlossen sowie Fr. 70 962.50.- für Dienstleistungen der mandatierten Treuhänder.

a) Gemäss Art. 216 Abs. 2 OR bedarf der Kaufvertrag über ein Grundstück zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Wie diese vorzunehmen ist, bestimmt das kantonale Recht (Art. 55 Abs. 1 SchlT/ZGB). Der Begriff der öffentlichen Beurkundung ist jedoch ein solcher des Bundesrechts, welches auch den Umfang des Formzwanges bestimmt (BGE 113 II 402 E. 2a; 106 II 146 E. 1, je mit Hinweisen; LEUENBERGER, in: Alfred Koller [Hrsg.], Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, S. 58 und 67). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes und der herrschenden Lehre fallen sowohl die objektiv als auch die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte unter die Formvorschrift des Grundstückkaufvertrages, doch folgt daraus nicht, dass sich der Formzwang auf sämtliche Punkte erstreckt, die für den Abschluss des in Frage stehenden Vertrages wesentlich sind. Objektive Nebenabreden fallen nur dann zufolge subjektiver Wesentlichkeit unter den Formzwang, wenn sie ihrer Natur nach vom Rahmen eines Kaufvertrages erfasst werden (BGE 119 II 135 E. 2a; 113 II 402 E. 2a; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Rz. 538 f.; PETER RUF, Der Umfang des Formzwanges beim Grundstückkauf, ZBGR 78 [1997], S. 361 f.; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N. 99 f. zu Art. 11 OR; LEUENBERGER, a. a. O., S. 72). Formbedürftig sind daher von vornherein nur Abreden, welche das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung des Kaufvertrages berühren. Es genügt nicht, wenn die eine Verpflichtung bloss Anlass zur andern ist, zwei Verträge beispielsweise in kausaler Abhängigkeit zueinander stehen oder beide gleichzeitig abgeschlossen worden sind (BGE 119 II 135 E. 2a; 113 II 402 E. 2a f.; SCHMIDLIN, a. a. O., N. 102 zu Art. 11 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a. a. O., Rz. 539). Eine qualifizierte Deklarationspflicht besteht hinsichtlich des Kaufpreises; so müssen alle Leistungen, welche der Käufer dem Verkäufer im Sinne eines Gesamtentgelts für die Übertragung des Eigentums am Grundstück erbringt, beurkundet werden. Hierzu gehören auch dem Verkäufer bezahlte Maklerdienste oder sonstige, vor Vertragsabschluss geleistete Anzahlungen (BGE 101 II 329 E. 3a; GIGER, Berner Kommentar, N. 245 f. zu Art. 216 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a. a. O., Rz. 539; BRÜCKNER, Der Umfang des Formzwanges beim Grundstückkauf, ZBGR 75 [1994], S. 1 f., 5).

b) Nach den verbindlichen Feststellungen (Art. 63 Abs. 2 OG) der Vorinstanz diene das mittels Inhabergrundpfand gesicherte Darlehen über Fr. 61 974.- der Tilgung offener Forderungen des Beklagten aus dem Kaufvertrag vom 7. Oktober 1980 / 20. Mai 1981. Ziffer 2 des "Kreditakts" lautet wie folgt: { 68/69 }

'2. Zwischen den Vertragsschliessenden besteht das bekannte Vertragswerk über ein Hotelappartement in der Residenz Monte Rosa, Täsch bei Zermatt. Das in Ziffer 1 bezeichnete Darlehen dient der Resttilgung der dort vereinbarten Forderungen des Kreditgebers. Eine Aufrechnung des Kreditnehmers mit seinen Mietzinsansprüchen gegen den Kreditgeber wird ausdrücklich ausgeschlossen.'

Die Bezugnahme auf den Grundstückkaufvertrag ist bereits aus dem Wortlaut der Kreditvereinbarung ersichtlich, zumal unbestritten geblieben ist, dass die Gesamtkosten für den Stockwerkanteil Fr. 309 875.- betragen und mit Fr. 278 887.- fremdfinanziert werden sollten, davon zu 20 % mittels des Bauträgerdarlehens von

Fr. 61 974.-. Diese Summe bildete offensichtlich Bestandteil der dem Beklagten für den Stockwerkanteil zu erbringenden Leistungen. Um ein eigentliches Darlehen des Beklagten handelt es sich dabei nicht, sondern um eine Stundungsabrede der Parteien bezüglich eines Teils der Kaufpreisschuld (vgl. dagegen den Sachverhalt in BGE 113 II 402 E. 2c). An dessen Beurkundungspflicht ändert der vom Beklagten erhobene Einwand nichts, mit dem streitbetroffenen Betrag hätten Provisionsansprüche deutscher Promotoren des Bauprojekts abgegolten werden müssen, abgesehen davon, dass diese Behauptung in den Feststellungen der Vorinstanz keine Grundlage findet, insoweit neu und damit unzulässig ist (Art. 63 und 64 OG; BGE 115 II 484 E. 2a; 123 III 110 E. 2).

c) Das Kantonsgericht hat somit kein Bundesrecht verletzt, als es angenommen hat, der Kaufvertrag vom 7. Oktober 1980 / 20. Mai 1981 sei formungültig.

3. – a) Der formungültige Grundstückkaufvertrag ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nichtig und damit unheilbar unwirksam (BGE 116 II 700 E. 3b; 112 II 330 E. 2b; 106 II 146 E. 3). Demgegenüber verneint die herrschende Lehre die absolute Nichtigkeit formungültiger Verträge und befürwortet statt dessen eine andersgeartete Ungültigkeit, die im Ergebnis eine Heilung des Formmangels durch Vertragserfüllung erlaubt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a. a. O., Rz. 558 f.; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N. 27 und 40 f. zu Art. 11 OR; DERS., Der formungültige Grundstückkauf, ZSR 109 [1990] Bd. I, S. 223 f.; KOLLER, in: Der Grundstückkauf, op. cit., S. 102 f.; HESS, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., N. 10 f. zu Art. 216 OR; WIEGAND/BRUNNER, Vom Umfang des Formzwanges, recht 1993, S. 1 f., 5). Lehre und Rechtsprechung sind sich darin einig, dass die Nichtigkeits- bzw. Ungültigkeitsfolgen formunwirksamer Verträge einzuschränken sind. So hält das Bundesgericht die Formungültigkeit für unbeachtlich und die Berufung darauf für unstatthaft, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst und einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt. Ob dies im Einzelfall zutrifft, hat das Gericht in Würdigung aller Umstände des konkreten Falles zu prüfen. So hat das Bundesgericht etwa entschieden, dass die den Vertrag freiwillig, irrtumsfrei und mindestens zur Hauptsache erfüllende Partei rechtsmissbräuchlich handle, wenn sie den Restanspruch der Gegenpartei unter Verweis auf den Formmangel verweigert (BGE 116 II 700 E. 3b; 112 II 330 E. 2, 112 II 107 E. 3c). Die Rückforderung des Geleisteten bleibt ausgeschlossen; darüber hinaus gewährt das Bundesgericht trotz formungültigen Vertragsabschlusses gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB einen klagbaren Anspruch auf den ausstehenden Rest (BGE 112 II 107 E. 3c; im Ergebnis zustimmend: KOLLER, a. a. O., Rz. 239 und 242; wohl auch GIGER, a. a. O., N. 446 und 447 zu Art. 216 OR).

SCHMIDLIN geht demgegenüber davon aus, dass das mit einem Formmangel behaftete Geschäft zwar ungültig ist, jedoch als Naturalobligation weiter besteht, nach deren freiwilliger Erfüllung eine Rückforderung nur soweit möglich ist, als ihr die auf den teleologischen Sinn reduzierte Formvorschrift nicht entgegensteht (SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N. 27 zu Art. 11 OR; im Grundsatz zustimmend: MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Rz. 440). Einen klagbaren Anspruch auf den Rest stützt dieser Autor nicht auf Art. 2 Abs. 2 ZGB, sondern auf Art. 41 OR: die irrtumsfrei und freiwillig erfüllende Partei, die sich plötzlich und unerwartet auf die Formungültigkeit beruft, um die ausstehende Restleistung zu verweigern, handelt nicht nur rechtsmissbräuchlich, sondern arglistig, weil sie sich damit auf Kosten des Partners einen ungerechtfertigten Vorteil verschafft (SCHMIDLIN, Der formungültige Grundstückkauf, op. cit. S. 245 und 246). Eine dergestalt unerlaubte Handlung verpflichtet zu Schadenersatz. Der Schaden liegt dabei in der Differenz zwischen der freiwillig erbrachten und der noch ausstehenden Restleistung, (SCHMIDLIN, Der formungültige Grundstückkauf, op. cit., S. 248). Auch weitere Autoren schliessen einen Schadenersatzanspruch aus culpa in contrahendo nicht aus, selbst wenn die Erfüllungsverweigerung keinen Rechtsmissbrauch darstellt (KOLLER, a. a. O., Rz. 243 und 366 f.; vgl. auch GIGER, a. a. O., N. 447 zu Art. 216 OR).

b) Die Vorinstanz hält die Berufung der Kläger auf den Formmangel für rechtsmissbräuchlich. Diese hätten sich erst neun Jahre nach Abschluss des Kaufvertrages und geraume Zeit nach dessen überwiegender Erfüllung auf den Formmangel berufen. Ihnen sei Objekt, Gesamtkaufpreis und Finanzierungsart bekannt gewesen, zumal sie beim Erwerb der Stockwerkeinheit anwaltlich vertreten gewesen seien. Weiter seien mit der jeweiligen Mietzinsabrechnung – vertraglicher Abmachung zufolge hatten die Kläger ihre Wohnung während einer bestimmten Anzahl Tage im Jahr zur hotelmässigen Vermietung zur Verfügung zu stellen – Zinsen für das Bauträgerdarlehen im stillschweigenden Einverständnis mit den Klägern verrechnet worden. Die Kläger stellen in ihrer Berufung nicht in Abrede, sich eines Gesamtkaufpreises von Fr. 309 875.- bewusst und damit einverstanden gewesen zu sein. Eine Verpflichtung zur Zahlung des Restkaufpreises von Fr. 61 974.- bestreiten sie einzig unter Hinweis auf die Nichtigkeit des Kaufvertrages, die sie allerdings als bloss teilweise verstanden haben wollen. Im Ergebnis erachten sie das ungültige Rechtsverhältnis als durch freiwillige Erbringung der bisherigen Leistungen geheilt und halten deren Rückabwicklung für ausgeschlossen. Die Restforderung kann ihrer Auffassung nach nur auf Art. 41 OR gestützt werden und sei verjährt.

Wurden die im Kaufvertrag verabredeten Leistungen seitens des Beklagten vollumfänglich und

klägerischerseits bis auf die Kaufpreisrestanz von Fr. 61 974.- mindestens überwiegend und irrtumsfrei erbracht und verzinsten die Kläger bis Ende 1986 auch den Kredit ohne dessen Grundlage in Frage zu stellen, bleibt der erstmals im kantonalen Behauptungsverfahren am 4. September 1989 erhobene Einwand des Formmangels zufolge Rechtsmissbrauchs unbeachtlich. Zu prüfen bleibt, ob der Beklagte einen Erfüllungs- oder Schadenersatzanspruch in Höhe der Klageforderung besitzt. Jenen bestreiten die Kläger unter { 69/70 } Verweis auf die fehlende Rechtsgrundlage, diesem halten sie die Verjährungseinrede entgegen.

4. – a) Wer schutzwürdiges Vertrauen erweckt und in pflichtwidriger Weise enttäuscht, haftet der Gegenseite für den dadurch adäquat kausal verursachten Schaden (BGE 123 III 220 E. 4e; 121 III 350 E. 6c; 120 II 331 E. 5; GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID, a. a. O., Rz. 98a-k; KRAMER, Berner Kommentar, Allg. Einleitung in das schweizerische OR, N. 150 f.; kritisch: BREHM, Berner Kommentar, 2. Aufl., N. 53b-c zu Art. 41 OR). Damit eine derartige Vertrauenshaftung Platz greift, muss zwischen Schädiger und Geschädigtem eine rechtliche Sonderverbindung bestehen, kraft welcher nach Treu und Glauben spezifische Pflichten zur loyalen, redlichen Rücksichtnahme bestehen (KRAMER, Allg. Einl., op. cit., N. 134; DERS., N. 8 zu Art. 22 OR). Eine derartige Sonderbeziehung zwischen den Parteien ist mit Blick auf das formungültige Vertragsverhältnis ohne weiteres zu bejahen. Der Beklagte hat gestützt darauf Vermögensdispositionen vorgenommen, namentlich den Klägern die Stockwerkeinheit zu Eigentum überschrieben und zusätzlich einen Teil des Kaufpreises gestundet. Nach vollständiger Erfüllung der eigenen versprochenen Leistungen durfte der Beklagte darauf vertrauen, dass die Kläger nebst den bereits erbrachten Teilleistungen (ca. 80 % des Kaufpreises, Darlehenszinsen) auch die zugesagte Restleistung erbringen würden. Indem die Kläger geraume Zeit nach Entgegennahme der klägerischen Leistungen die ihrerseits versprochene Gegenleistung absprachewidrig unter Verweis auf die Formungültigkeit des Vertrages um den streitbetreffenden Rest kürzen wollen, verhalten sie sich illoyal und widersprüchlich. Eine derartige Enttäuschung seines Vertrauens hat der Beklagte nicht hinzunehmen. Vielmehr hat er Anspruch auf Ersatz des dadurch verursachten Schadens, der sich als Differenz zwischen der freiwillig erbrachten und der noch ausstehenden Restleistung berechnet (SCHMIDLIN, Der formungültige Grundstückskauf, op. cit., S. 248).

Indem die Vorinstanz die Forderung des Beklagten auf Rückzahlung der Kreditforderung schützte, hat sie im Ergebnis kein Bundesrecht verletzt. Es kann dabei offen bleiben, ob dem Beklagten auch gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB ein Erfüllungsanspruch auf den Restkaufpreis zustünde, oder die Klageforderung nach Art. 41 OR geschützt werden könnte."

4. Der vom Käufer gezeichnete "Kreditakt" als einwandfreie Grundlage der streitigen Forderung

a) Die Fakten

Die hier relevanten, dem zitierten Text des Urteils (lit. A, Abs. 2) zu entnehmenden Sachverhaltselemente sind einfach genug: "In einer als 'Kreditakt' bezeichneten Vereinbarung räumte der Beklagte den Klägern ein Darlehen über Fr. 61 974.- ein, welches per 30. Dezember 1986 rückzahlbar erklärt" wurde. Über den genauen Zeitpunkt dieses Vertragsschlusses wird nichts gesagt; dieser wird in zeitlicher Nähe zur öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrages (am 20. Mai 1981¹²) stattgefunden haben. Auch über die Verzinsbarkeit erfährt man nichts Genaues; dass eine solche vereinbart gewesen ist, ergibt sich aus einem Hinweis in E. 4 lit. a. Beigefügt wird im übrigen, dass das Darlehen "mittels Kapitalhypothek¹³ im 2. Rang" des verkauften

¹² Das Urteil nennt (lit. A., 2. Absatz) für den Kaufvertrag des Doppeldatum "7. Oktober 1980 / 20. Mai 1981", was wahrscheinlich so zu verstehen ist, dass im ersten Zeitpunkt die Verabredung unter den Parteien erfolgte, am zweiten die Finalisierung des Geschäfts durch dessen öffentliche Beurkundung.

¹³ Dieser Begriff ist dem ZGB nicht bekannt; der Terminus "Hypothek" wird oft mit der Grundpfandverschreibung i. S. von ZGB Art. 824-841 gleichgestellt, ist jedoch auch für die Verpfändung von Schuldbriefen (ZGB Art. 842 ff.) gebräuchlich, die in den meisten Kantonen gegenüber der Bestellung von Grundpfandverschreibungen vorherrscht. Was in unserem Fall vorliegt, ist nicht zu erkennen, jedoch hier ohne Bedeutung.

Stockwerksanteils gesichert wurde. Es ist dieser "Kreditakt", für welchen der Verkäufer Rechtsöffnung erhielt und gegen den sich die zu beurteilende Aberkennungsklage richtet.

Die im "Kreditakt" liegende und provisorische Rechtsöffnung veranlassende "unterschriftliche Schuldanerkennung" i. S. von SchKG Art. 82 Abs. 1 bedeutet Glaubhaftmachung der Forderung. Zwar wird durch die Verweisung des Schuldners in die Klägerrolle die Beweislast nicht verändert; festzuhalten ist indessen, dass im Regelfall eine formelle Schuldanerkennung eine entsprechende Vermutung auf materiellrechtlicher Ebene auslöst. Die Regel von Art. 17 OR¹⁴ besagt im Ergebnis nichts anderes, als dass die explizite Anerkennung einer Schuld die (durch Gegenbeweis zu widerlegende) Vermutung des Bestandes dieser Schuld begründet. Wenn im vorliegenden Fall der die Darlehensschuld verurkundet habende Käufer nicht zahlen will, muss er Beweis erbringen, dass diese Schuld nicht besteht. Wir haben daher allen Anlass zu fragen, worin dieser Beweis seiner Nichtschuld bestehen könnte. Im Urteil fehlt jeder Hinweis auf eine dahingehende Beweisführung des Klägers. Sofern aber der genannte Nachweis ausbleibt, muss die Aberkennungsklage ohne weiteres abgewiesen werden; die Entscheidung des Falles hängt allein vom Vorhandensein oder Fehlen eines Befreiungsgrundes ab. Ob ein solcher überhaupt denkbar ist, macht die im folgenden zu beleuchtende Frage aus.

b) Die gegen die Gültigkeit der Darlehensforderung erhobenen Argumente

Vom Bundesgericht selber wird die Ungültigkeit der Darlehensforderung nur durch eine marginale Andeutung (Hinweis auf Stundung, E. 2 lit. b) angesprochen. Die Nichtexistenz der Forderung, um { 70/71 } welche es in der Aberkennungsklage geht, wird stillschweigend vorausgesetzt und als selbstverständlich präsentiert; eigentliche Argumente zur Begründung der Nichtexistenz der Forderung werden nicht erkennbar. Massgeblich für den Ausgangspunkt der Überlegungen des Bundesgerichts waren die rechtlichen Überlegungen der Vorinstanz und die diese auslösenden Vorbringen der Klägerschaft¹⁵. Diese, so muss man aus der Argumentation schliessen, hat die Ungültigkeit der Darlehensforderung aus OR Art. 216 Abs. 1, d. h. aus der Formnichtigkeit des die Darlehensgewährung veranlassenden Grundstückkaufs abgeleitet. Dem folgen ohne weitere Begründung die Urteilmotive des BGE: E. 2 lit. a und b sind ganz auf die Frage der Nichtigkeit des Kaufvertrages über die Eigentumswohnung fokussiert, d. h. diskutieren unter lit. a die Voraussetzungen formgerechter Beurkundung von Grundstückkäufen, um unter lit. b zu zeigen, dass das Darlehen über Fr. 61 974.- Bestandteil des Kaufpreises gewesen sei und schliesslich unter lit. c festzustellen, die Vorinstanz habe kein Bundesrecht verletzt mit seiner Annahme, dass der Kaufvertrag formungültig sei.

d) Keine Schlüssigkeit dieser Gegenargumente

Die mangels anderer Argumente unvermeidliche Folgerung, dass die streitgegenständliche Entscheidung über den Bestand der Darlehensforderung (unter Vorbehalt sekundärer Argumente,

¹⁴ OR Art. 17: "Ein Schuldbekennnis ist gültig auch ohne die Angabe eines Verpflichtungsgrundes"; oder das Vorbild des französischen CC Art. 1132: "La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée".

¹⁵ Ein dieses Vorbringen andeutender Hinweis findet sich in der der "Formungültigkeit" gewidmeten E. 3, d. i. deren die Rechtsmissbräuchlichkeit der Geltendmachung der Nichtigkeit diskutierenden lit. b, wo das Vorbringen der Kläger wie folgt festgehalten wird: "Eine Verpflichtung zur Zahlung des Restkaufpreises von Fr. 61 974.- bestreiten sie einzig unter Hinweis auf die Nichtigkeit des Kaufvertrages, ... Die Restforderung kann ihrer Auffassung nach nur auf Art. 41 OR gestützt werden und sei verjährt."

wie jenes des Rechtsmissbrauchs) davon abhängen soll, ob der Grundstückkauf gültig oder (form-)ungültig sei, macht uns einigermaßen sprachlos: Rechtsöffnung wurde nicht auf Grund des Kaufvertrages erteilt, und dieser ist nicht Gegenstand der Aberkennungsklage, vielmehr der "Kreditakt". Dass dessen Gültigkeit von der Gültigkeit eines anderen Vertrages, eben des Grundstückkaufs, abhängt, ist *prima vista* nicht einzusehen und müsste erst dargelegt werden, wird aber mit keinem Wort begründet.

5. Versuch antezipierender Beantwortung denkbarer Einwände gegen die Gültigkeit des Darlehens

Die folgenden Erwägungen haben die seltsame Aufgabe, eine Rechtslage (den Bestand der Darlehensforderung) zu bekräftigen, die bisher keine ernst zu nehmende Infragestellung erfahren hat. Die Regel *negativa non sunt probanda* gilt etwas auch hier: Bei anscheinender Gültigkeit des "Kreditaktes", der einen eindeutigen und von niemandem in Frage gestellten übereinstimmenden Vertragskonsens zweifelsfrei dokumentiert, fällt es nicht leicht zu beweisen, dass keine Gründe bestehen, welche diesen unwirksam machen und die daraus abgeleitete Forderung um ihre Gültigkeit bringen könnten. Sie müssten wohl entweder im Darlehensvertrag selber, oder dann in dessen Verbindung mit dem formnichtigen Vertrag über den Grundstückkauf liegen. Da beide Instanzen die Ungültigkeit des Grundstückkaufs ins Zentrum ihrer Urteilsbegründung stellen, soll der letztere Gesichtspunkt an erster Stelle behandelt werden.

a) Keine gegenseitige Abhängigkeit der beiden Verträge (Darlehensvertrag – Grundstückkauf)

Dass das Darlehen wirtschaftlich gesehen einen Teil des Kaufpreises eines Liegenschaftskauf darstellt, bedeutet nicht, dass die für die Gültigkeit des Kaufvertrages statuierten Formvorschriften auch auf einen diesen finanzierenden Darlehensvertrag durchschlagen würden: Die Erfüllung der Formrequisite von OR Art. 216 Abs. 1 ist allein Voraussetzung der Gültigkeit des Grundstückkaufs, während die damit zusammenhängenden sonstigen Abmachungen von diesem Erfordernis in keiner Weise betroffen werden: Niemand wird zu behaupten wagen, dass ein Darlehensvertrag seinerseits öffentlich beurkundet werden müsse, weil er von den Parteien zu einem Inhaltselement eines von ihnen geschlossenen Grundstückkaufs gemacht wird oder diesen finanzieren soll. Die Berücksichtigung des Darlehens im Text der zu errichtenden öffentlichen Urkunde kann nicht Gültigkeitsvoraussetzungen des Darlehensvertrages oder der Darlehensforderung sein, wie dies von den Beteiligten vorliegendenfalls stillschweigend unterstellt worden zu sein scheint¹⁶. Wenn nebenbei im Zusammenhang mit dem fraglichen Darlehen von "Beurkundungspflicht" gesprochen wird (E. 2 lit. c gegen Ende), so kann das nur heissen, dass der Einbezug dieser Leistung in die Beurkundung Voraussetzung der Gültigkeit des Grundstückkaufs sei; mit der Gültigkeit des Darlehensvertrages hat dies aber nichts zu tun¹⁷. {71/72 }

¹⁶ Eine kaufvertragskonnexe Forderung (sei diese im Vertrag kurzerhand als Forderung auf Kaufpreisrestanz deklariert oder aber als eine durch den Kaufvertrag veranlasste Darlehensforderung) hängt dann und nur dann von der Gültigkeit dieses Kaufvertrages ab, wenn sie nicht nur wirtschaftlich mit diesem zusammenhängt, sondern durch ihn erst begründet wird.

¹⁷ Das hier Gesagte deckt sich vollumfänglich mit BGE 113 II 403, wo die Selbstverständlichkeit festgehalten wird, dass ein (den grössten Teil der Kaufsumme, d. h. 8 Mio. von 8,5 Mio. Franken) finanzierendes Darlehen weder seinerseits öffentlich beurkundet noch im finanzierten Grundstückkaufvertrag erwähnt sein muss, da es zu marktüblichen Konditionen gewährt wurde und die Höhe des Kaufpreises nicht beeinflusste. Dieser Entscheid

Auszugehen ist von der Vermutung, dass mehrere von denselben Parteien parallel getroffene Vereinbarungen jede für sich selber und isoliert von den anderen Recht macht. Gegenseitige Abhängigkeit (oder gar eine "Fusion" mehrerer Vereinbarungen zu einer einzigen) ist zwar möglich, bedarf aber einer rechtlichen Grundlage, die regelmässig nur im dahingehenden Willen der Parteien liegen kann. Eine derartige gegenseitige Abhängigkeit mehrerer Verträge (oder gar deren Zusammenwachsen zu einem einzigen) ist auch dann nicht zu vermuten, wenn diese wirtschaftlichen Zusammenhang haben und/oder gleichzeitig geschlossen werden.

Aus dem Urteilstext wird nicht ersichtlich, ob der Abschluss des Darlehensvertrags oder des Kaufvertrags zeitlich voranging. Gleichzeitigkeit beider Vereinbarungen ist hier nicht zu vermuten, da der eine mit einfacher Schriftlichkeit, der andere durch öffentliche Beurkundung zu Stande kam. Aber selbst wenn man hier eine einzige gemeinschaftliche Konsensbildung für beide Geschäfte annehmen wollte, würde dies für sich genommen noch nicht die Abhängigkeit der Geltung des einen Geschäfts von jener des anderen bedeuten¹⁸. Nehmen wir Priorität des Darlehensvertrages an, der geschlossen wurde im Hinblick auf den zwar bereits ausgehandelten, aber durch öffentliche Beurkundung erst noch zu perfektionierenden Grundstückkauf, so wird der bereits gültig zu Stande gekommene Darlehensvertrag nicht nachträglich ungültig, wenn die erfolgte Verurkundung an Formmängeln leidet. Wäre aber der an Formmängeln leidende Grundstückkauf der Errichtung des "Kreditaktes" vorangegangen, so ist nicht zu erkennen, weshalb der Formmangel des vorangegangenen Kaufs die Gültigkeit des nach ihm geschlossenen Darlehensvertrages hindern könnte.

a) Keine Abhängigkeit der Verträge kraft Parteiwillens; erfolgte Leistung der Darlehensvaluta; keine Stundung

aa) Die vorangehenden Feststellungen beruhen auf objektivrechtlichen Regeln der Konsensbildung und der Vertragsgeltung im allgemeinen. Denkbare ist, dass der Vertragswille der Parteien die Geltung des Darlehens von jener des Kaufs abhängig machen würde. Dies trifft insofern zu, als die Darlehensgewährung (oder genauer: die Anerkennung einer Darlehensschuld seitens der Käufers) vom Kauf der Eigentumswohnung abhängig war. Indessen bezog sich dieser Vorbehalt allein auf die Tatsache des (wie auch immer zu "konstruierenden") Erwerbs der Wohnung durch den Käufer; ob der Kaufvertrag als solcher gültig sei, oder ob der Käufer in der Diktion des Bundesgerichts auch formell Eigentümer der Wohnung werden würde, war den Parteien gleichgültig. Zur Begründung der Annahme, dass der Käufer tatsächlich alle Erklärungen abgab, welche zur Begründung der Pflicht zur Zahlung der Fr. 61 974.- erforderlich sind, müssen wir nicht weit ausholen, wird doch eine derartige Prämisse auch der vom Bundesgericht angenommenen Vertrauenshaftung vorausgesetzt. – Wenn es im BGE (E. 2 lit. b, 2. Absatz) heisst:

wurde im vorliegend besprochenen BGE (E. 2 lit. b, Abs. 2) gewissermassen als Gegensatz hingestellt, was nur gerade so weit richtig ist, als im einen Fall der Darlehensbetrag im verurkundeten Kaufpreis enthalten ist (8 Mio.), im anderen nicht (Fr. 61 974.-). Ein Unterschied, der sich aber nur auf die Geltung des Kaufvertrages, nicht aber auf jene des Darlehensvertrages auswirkt.

¹⁸ Zwar ist es möglich und kommt durchaus vor, dass ein Dutzend oder mehr ausgehandelter und ausformulierter Verträge von den Parteien *uno flatu* gemeinschaftlich in Kraft gesetzt werden (ohne Zusammenfallen der Konsensbildung bezüglich mehrerer Verträge ist deren Gleichzeitigkeit nicht anzunehmen, da diesfalls ein minimaler Zeitabstand nicht zu vermeiden ist und die Grösse dieses Zeitabstand, betrage dieser wenige Sekunden oder aber Jahre, bezüglich der fehlenden Gemeinschaftlichkeit des Zustandekommens keinen Unterschied machen kann). Selbst diese Gemeinschaftlichkeit hat aber für sich genommen keine andere Wirkung als dass alle Verträge gleichermaßen entweder zu Stande gekommen sind oder nicht, dies allerdings bloss unter dem Gesichtspunkt des Vertragenskonsenses. Wenn dagegen bei einzelnen von ihnen andere Voraussetzungen der Vertragsgültigkeit fehlen (z. B. eben die Erfüllung von Formvorschriften) oder ihnen zwingendes Gesetzesrecht entgegensteht, kann dies die Geltung der übrigen nicht hindern.

"Um ein eigentliches Darlehen ... handelt es sich dabei nicht, sondern um eine Stundungsabrede der Parteien bezüglich eines Teils der Kaufpreisschuld ..." so ist diese Deutung als Umschreibung des angestrebten wirtschaftlichen Erfolges zutreffend, kann aber nicht begründen, dass die von den Parteien gewählte Weg der formellen Vereinbarung eines Darlehens nicht möglich und das von ihnen tatsächlich gewollte Darlehensverhältnis unwirksam wäre¹⁹.

bb) Hier muss allerdings noch klargestellt werden, dass der geschlossene Darlehensvertrag eine entsprechende Forderung und Schuld begründet, denn dies setzt neben dem Zustandekommen und { 72/73 } der Geltung des Vertrags auch noch die Erbringung der Darlehensvaluta seitens des Darlehensgebers (sc. hier des Verkäufers) voraus²⁰. Letzterer hat die Darlehensvaluta natürlich niemals in bar erbracht. Diese Leistung, welche erst seine Forderung auf die Fr. 61 974.- begründet (und die nur bildlich einen Anspruch auf "Rückzahlung" begründet, da eine "Zahlung" nie erfolgte), kann auf zweierlei Weise gedeutet ("konstruiert") werden: Man kann annehmen, die Kaufpreisschuld des Käufers sei im Umfang des ihm gewährten Darlehens noviert, d. h. von einer Kaufpreisschuld in eine Darlehensschuld umgewandelt worden, oder aber, die Parteien hätten im fraglichen Umfang die Forderung des Verkäufers auf Bezahlung des Kaufpreises und die Forderung des Käufers auf Ausrichtung des Darlehens verrechnet. Wie dem auch sei: Im Ergebnis ist beides dasselbe, und bildhaft können die Vorgänge so gesehen werden, dass bei Durchführung der Transaktion im Jahr 1981 der Verkäufer dem Käufer die Fr. 61 974.- als Darlehen bar in die Hand drückt, auf dass dieser in diesem Umfang seine Kaufpreisschuld wiederum tilge, was denn auch in diesem Bilde durch sofortige Rückgabe der erhaltenen Summe geschieht. An dieser Deutung der Vorgänge kann die Tatsache der Nichtigkeit des Kaufvertrages nicht das Geringste ändern; entscheidend ist allein, dass keine der Parteien auf Grund dieser Nichtigkeit den Kaufvertrag rückgängig machen will, vielmehr der von ihnen angestrebte und bei der Darlehensausrichtung vorausgesetzte Erfolg, dass der Käufer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wird und ungefährdeten Sachgenuss erhält, eingetreten ist.

c) Schlussbemerkungen zur Nichtberücksichtigung der bestehenden Darlehensforderung

Die obigen Betrachtungen schienen notwendig angesichts der Tatsache, dass die, wie wohl angenommen werden darf, mit obigen Hinweisen falsifizierte Auffassung der Nichtexistenz der Darlehensforderung bisher von jedermann wenn nicht vertreten, so doch stillschweigend

¹⁹ Die Möglichkeit der Umwandlung einer Kaufpreisschuld in eine Darlehensschuld ist in BGB § 607/II explizit erwähnt: "Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, dass das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden soll." Diese Regel ist nicht mehr als die informative Erwähnung eines Sonderfalls der Novation, hat rein deklaratorischen Gehalt und gilt unausgesprochen auch in der Schweiz. Genau das haben die Parteien in unserem Fall gemacht. Dies Vorgehen entspricht im übrigen dem bei langfristigen Kreditkäufen häufig geübten Brauch, die Preisrestanz zu einer Darlehensschuld zu machen. Ebenso werden im Verzug befindliche Kaufpreisschuldner häufig veranlasst, die Kaufpreisschuld durch Novation in eine Darlehensschuld zu verwandeln (wofür OR Art. 210 Abs. 2 Anreiz bietet: Der Kaufpreisschuldner kann danach einredeweise Mängel *ad infinitum* geltend machen, welche Möglichkeit ihm abgeschnitten wird im Falle der Tilgung der Kaufpreisschuld mittels Begründung einer Darlehensschuld).

²⁰ Bei den Römern war das Darlehen (*mutuum*) Realkontrakt, d. h. die Schuld auf Darlehensrückerstattung entstand nicht auf Grund der Parteivereinbarung, sondern allein der Sachhingabe. Der mit dieser Konzeption bewirkte Schutz des Schuldners wird wenigstens zu einem gewissen Teil von OR Art. 317 verwirklicht. Daraus darf wohl auch abgeleitet werden, dass bei unstreitiger Nichtigkeitsangabe der Darlehensvaluta die Darlehensforderung davon abhängt, dass der Darleiher einen anderen Schuldgrund nachweist (dies im Gegensatz zu einer "blanken", einen Grund nicht nennenden Schuldanerkennung i. S. von OR Art. 17, wo jedenfalls die Beweislast für das Fehlen eines Rechtsgrundes beim Schuldner liegt). Ein solcher Rechtsgrund ist indessen im vorliegenden Fall unstreitig gegeben, wie man auch immer die Vorgänge rechtlich deuten möge.

vorausgesetzt und den Überlegungen zu Grunde gelegt wurde. Die gezeigten Zusammenhänge sind einfach genug, schwierig allein die Frage, wie sie übersehen werden konnten. Bei den bisherigen Kommentatoren des Themas Vertrauenshaftung erklärt deren Engagement für oder gegen diese Vorstellung, dass sie der Vorfrage nach der Notwendigkeit des Rückgriffs auf dieses Argument keine Aufmerksamkeit schenken. Für das Bundesgericht bleibt festzuhalten, dass der Prozessstoff, wie er aus dem Wallis nach Lausanne kam, gänzlich auf die von der Klägerschaft behauptete und von der Vorinstanz auch bejahte Frage der Formnichtigkeit ausgerichtet war und die Parteien nur noch über diese und deren Folgen stritten. Insbesondere war die Berufungsbegründung wie deren Beantwortung allen Anzeichen zufolge allein auf diese Fragen ausgerichtet. Wie soll man da von der unglaublich überlasteten I. Zivilabteilung erwarten, dass sie Gesichtspunkte erwägt, welche mit der Berufung nicht releviert wurden, dass sie nach Rechtsmängeln sucht, welche nicht beanstandet waren²¹, Aspekte in Zweifel zieht, über welche bei den Parteien Einvernehmen zu bestand?

6. Grundsätzliches zu der Argumentationsfigur der Vertrauenshaftung

Der "Monte Rosa-Entscheid" des Bundesgerichts, der, wenn auch ohne Not, auf die Figur der Vertrauenshaftung zurückgreift, ist Anlass zu einigen allgemeinen Überlegungen zu diesem Argument.

a) Funktion

Der *Topos* "Vertrauenshaftung" schafft nicht neues Recht, ist vielmehr Bezeichnung für einen Obligationen-Entstehungsgrund, der seit langem anerkannt ist und nicht erst als Folge der Erfindung dieses Terminus besteht. Darin stimmt er überein mit den Figuren der "faktischen Vertragsverhältnisse"²² und der *culpa in contrahendo*, die beide von vielen der Vertrauenshaftung an die Seite gestellt {73/74} werden. Alle drei stehen für rechtliche Grundsätze, die ihrerseits

²¹ Warum die Vorinstanz sich auf diese Ebene begeben hatte, kann vom Aussenstehenden nur vermutet werden: Grund könnte der Umstand sein, dass die beklagte Partei (der Verkäufer und Gläubiger) sich auf Bestreitungen der klägerischen Behauptungen verlegte, d. h. die Formnichtigkeit des Kaufvertrages bestritt (wegen Befürchtung strafrechtlicher Sanktionen?). Damit geriet die Auseinandersetzung thematisch ins Abseits und konnte von da nicht mehr zurück auf den rechten Weg gebracht werden. Es ist eine häufig anzutreffende anwaltliche Fehlreaktion, gegnerische Vorbringen unbedacht kurzerhand zu bestreiten und damit ungewollt deren rechtliche Relevanz anzuerkennen. Erfolg hat die entgegengesetzte Taktik: Zugabe der Richtigkeit der gegnerischen Vorbringen, aber Bestreiten deren rechtlichen Relevanz. In der "Monte Rosa-Sache" hätte das Verfahren wohl nicht lange weitergehen können, wenn die Beklagten zum Thema der Gültigkeit des Kaufvertrages schlicht entgegnet hätten: "Mag alles richtig sein, aber hier geht es nicht um den Kaufvertrag, sondern um das Darlehen."

²² Der erste Hinweis in der Schweiz auf die faktischen Vertragsverhältnisse findet sich wohl bei E. BUCHER, Allgemeiner Teil des OR (1. Auflage 1979, jetzt 2. Aufl. 1988, je § 16), welche Formel von BGE 110 II 244 aufgenommen wird. Der Schreibende hält diese Figur auch dann noch für sinnvoll, wenn er von A. CANNATA (Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen, in *Studia et Documenta Historiae Juris*, Rom, LIII/1987 S. 297-312) lernt, dass die meisten Anwendungsfälle sich bereits im römischen Recht finden (die dort sog. *obligationes quasi ex contractu*) und sich sogar der Terminus bei Romanisten früherer Jahrhunderte findet, so bei JOH. VOET (1647-1713, in dessen Pandektenkommentar zu Dig. 44, 7 n. 5 zu Beginn: *Quasi contractus sunt praesumptae conventiones, ex quibus mediante facto valida nascitur obligatio*). In der Schweiz ist der Terminus seit dem genannten BGE geläufig; die Sache selbst findet sich bereits auch vorher. Vgl. auch P. LAMBRECHT, die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, welcher die deutschen (derzeit erstaunlicherweise negativen) Auffassungen repräsentiert und im übrigen wertvolle Hinweise auf die zahlreichen Autoren gibt, die bereits vor HAUPT, als dem vermeintlichen Erfinder dieser Figur, ähnliche Auffassungen entwickelt haben. Vgl. dazu auch E. BUCHER, in ZEuP 1996 S. 715-722.

zwar nicht im positiven Recht, wohl aber in guter Rechtsüberlieferung²³ fest etabliert sind. So gesehen sind sie letztlich entbehrlich, aber deshalb nicht weniger fruchtbarer Ausgangspunkt eigener Überlegungen und nützlich als Kurzformeln bei Begründung rechtlicher Standpunkte und insbesondere auch von Gerichtsurteilen. Es ist angezeigt, nicht über die "Richtigkeit" (oder gar "Existenz") dieser Figuren zu diskutieren: Wenn es um deren Gehalt, Tragweite und Bedeutung geht, soll man nicht bei Worten stehen bleiben, sondern die durch sie repräsentierten Probleme und Lösungsmuster selber angehen; gefordert ist sachbezogene Diskussion des einzelnen Anwendungsfalles. Auch wenn bei jedem dieser Begriffe ein einigermaßen klares Konzept zu Grunde liegt, schliesst dies keineswegs aus, dass die Anwendungsfälle weit auseinander liegen können und jede der erkennbaren Untergruppen besonderen Gesetzen folgt.

Das schweizerische OR wie das ihm zeitlich nachfolgende BGB stehen in der Tradition der Pandektistik des 19. Jahrhunderts. Diese muss sich aus heutiger Sicht vorhalten lassen, dass sie, bei allen ihren Leistungen der Aufbereitung der römischen Überlieferung für heutige Bedürfnisse, ein simplifiziertes, um nicht zu sagen primitivisiertes Bild der romanistischen Tradition gibt, dabei bis zu einem gewissen Grade angesteckt von dem Drang zur Systembildung und der Neigung zur Begrifflichkeit, wie sie für die vorangegangene Aufklärungszeit charakteristisch war. Die Pandektistik richtete sich aus auf einen Gegensatz zwischen *obligationes ex contractu* und solchen *ex delicto*, welcher Gegensatz höchstens noch durch die *condictio* ergänzt wurde²⁴. Erstaunlich genug, dass die sich "historisch" nennende Rechtsschule des 19. Jahrhunderts die in den römischen Quellen wie auch der Literatur vorangegangener Jahrhunderte fest verankerten *obligationes quasi ex contractu*²⁵ und *quasi ex delicto* (die noch seit alters durch die *obligationes ex variarum causarum figuris*²⁶ ergänzt wurden) beiseite lässt und aus der Sicht verdrängt. Alle drei hier genannten Denkfiguren erfüllen die Aufgabe, eine durch die modernen Kodifikationen eingeführte Simplifizierung der Verhältnisse zu korrigieren und die durch sie veranlasste legislatorische Vernachlässigung jener Probleme, die sich nicht dem vorgegebenen Regelschema einordnen lassen, zu überwinden²⁷.

b) Die Grundkonzepte der drei Topoi Vertrauenshaftung, faktische Vertragsverhältnisse und culpa in contrahendo

aa) Vertrauenshaftung

Das Vertrauen der Rechtsgenossen zu schützen ist eine zentrale Aufgabe des Vertragsrechts und

²³ Zur Bedeutung der Rechtstradition im allgemeinen E. BUCHER, Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, ZEuP 2000, S. 394-543.

²⁴ Der Allgemeine Teil des CH/OR zeigt deutlich genug dieses geschlossene und für Nebenerscheinungen keinen Platz lassende Systemkonzept: Dessen erster Titel (Die Entstehung der Obligationen) zerfällt in drei Abschnitte: Entstehung aus Vertrag (Art. 1 ff.) – Entstehung durch unerlaubte Handlung (Art. 41 ff.) – Entstehung aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff.).

²⁵ Vgl. dazu die oben erwähnte Abhandlung von CANNATA (Fn. 22), welche die grosse Streubreite der durch die *obligationes quasi ex contractu* abgedeckten Problemlagen aufzeigt.

²⁶ Der Gegensatz zwischen *obligationes ex contractu* und *ex delicto* wird bereits von GAIUS herausgestellt (G. Inst. III, 88, wo auch die Darstellung der ersten Gruppe beginnt, während jene der zweiten in III, 183 ff. folgt). Auch in Dig. 44, 7, 1, pr. wird GAIUS (*libro secundo aureorum*) für diese Gegensatzbildung zitiert, wobei dort als Fortsetzung folgt: *aut ex variis causarum figuris*, sodass ihm vielleicht auch für diesen Begriff die Urheberschaft zukommt.

²⁷ Die hier als selbstverständlich vorausgesetzte Auffassung, dass die c.i.c.-Haftung ausserhalb der Vertrags- wie der Deliktshaftung steht und weder OR Art. 41 ff. noch Art. 97 ff. zugeordnet werden kann, dürfte heute herrschend sein. So insbesondere auch neuestens STEPHAN HARTMANN, Vertragliche Informationspflichten und ihre Verletzung, Freiburg/CH 2001, S. 105 ff., bes. Rn. 250-255. Dieser Autor sieht die c.i.c. als Sonderanwendungsfall der Vertrauenshaftung (Rn. 156 ff.).

angrenzender Gebiete, während ein vergleichbares Anliegen etwa dem Deliktsrecht fremd ist. Die Herausbildung eines Schutzes von Vertrauen markiert gewissermassen den Anfang des Entstehens von Vertragsrecht: Bei fehlendem Vertrauensschutz beschränkt sich der Warenverkehr ausserhalb der vertrauten Sippe auf Bargeschäfte, d. h. in den historischen Anfängen auf den Tauschhandel²⁸. Schuldrechtliche Beziehungen entstehen mit der Kreditgewährung, d. h. dann, wenn eine der Parteien vorleistet, während der anderen deren Sach- oder Geldschuld gestundet wird²⁹. Der schuldrechtliche Vertrag steht am Anfang obligationenrechtlichen Vertrauensschutzes. Aber auch der Schutz persönlicher Beziehungen, die nicht Verträge in heutigen Sinn sind, geht weit zurück: Die bereits genannte römische Tradition der Quasi-Kontrakte, die sich bis hinein ins 19. Jahrhundert hält und erst in der Pandektenlehre {74/75} verloren geht, und nicht anders die germanische Tradition, die im Sachenrecht den Eigentumserwerb kraft gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten anvertrauter Sachen kennt und im Vertragsrecht einen heute jeden Tag grössere Bedeutung erlangenden Beitrag geleistet hat durch das Modell der Vertretung der juristischen Personen i. S. der Repräsentation durch Organe. Zur Seite treten dieser Konzeption im Spätmittelalter jene der Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, wo nichts anderes vorliegt als Vertrauensschutz hinsichtlich der Vertretungsmacht des Vertragsschliessenden: Anders als bei der nicht-kaufmännischen Stellvertretung kommt es auf den Geschäftswillen des Vertretenen nicht im Geringsten an: Es genügt, dass der Vertretene den Anschein geschafft hat, dass er den Handelnden als seinen Vertreter anzuerkennen bereit sei, um durch dessen Rechtshandlungen verpflichtet zu werden (und dies selbst dann, wenn der Vertretene diese in keiner Weise billigt oder gar der Vertreter betrügerisch in seine eigene Tasche hinein disponiert³⁰).

Nicht behandelt, sondern nur angedeutet werden können hier die subjektiven Voraussetzungen seitens des Vertrauensschaffenden und potenziell Haftenden: Soll die Wirksamkeit des vertrauens- und deshalb haftungsschaffenden Verhaltens von dessen (voller oder beschränkter?) Handlungsfähigkeit abhängen? Im Rahmen "vertragsnaher" (quasikontraktuelle) Vertrauenshaftung, d. h. der Schaffung von Rechtsschein, ist wohl Geschäftsfähigkeit vorzusetzen, wobei allerdings bei Schaffung einer Anscheinsbevollmächtigung analog zu ZGB Art. 411/II Urteilsfähigkeit genügen müsste. Die Frage der Irrtumsanfechtung steht im Raum. Bei quasi-deliktischen Tatbeständen, vor allem jenen, welche bisher gerne als c.i.c. qualifiziert wurden, jedoch jetzt der Vertrauenshaftung zugeordnet sind, ist über die Verschuldensvoraussetzung zu diskutieren. JHERING hat wie viele andere im 19. Jahrhundert diese Voraussetzung überbetont; wenigstens bei den Fällen nach dem Schema des Linoleumteppich- und des Trottoir-Entscheides (RGZ 78, 239 ff., und BGE 118 II 36; dazu unten Ziff. 6 lit. d/cc) muss vom Verschuldensgesichtspunkt ganz abgesehen und eine reine Erfolgshaftung angenommen werden, weil es sich letztlich um eine ausgeweitete Werkeigentümerhaftung handelt.

bb) Faktische Vertragsverhältnisse

Vielleicht noch deutlicher als bei der Vertrauenshaftung geht es bei den sog. faktischen Vertragsverhältnissen um die Begründung einer Pflicht, die ihrem Wesen nach durch Vertrag begründet werden könnte, ja müsste. Eindeutige gegenseitige Abgrenzung der beiden Figuren ist ohne weiteres möglich, stellt doch die eine gewissermassen das spiegelbildliche Gegenstück der anderen dar. Es geht jedem Fall um die Person des zur Leistung zu Verpflichtenden: Im Falle der

²⁸ Wenn man Tauschgeschäfte oder Barkäufe nach heutigen rechtlichen Kategorien einordnen will, stellen sie sachenrechtliche Verfügungen der Eigentumsübertragung dar, denen ursprünglich keinerlei schuldrechtliche Pflichten beigesellt sind.

²⁹ Historisch traten typischerweise als erstes die Geschäfte zur Sicherung dieser gestundeten Leistungen ins Bewusstsein (Bestellung von Bürgschaft und Pfand).

³⁰ Vgl. dazu E. BUCHER, Organshaft, Prokura, Stellvertretung; in "Lebendiges Aktienrecht", Festgabe für W. F. Bürki, Zürich (Schulthess) 1971, S. 39-64, sowie OR Allg. Teil (Fn. 22) § 33, Ziff. I, VI.

Vertrauenshaftung präsentiert dieser seinem Gegenüber eine Situation, welche eine eigene Haftung voraussetzt und mittelbar zusichert (Swissair verhält sich so, dass jedermann auf deren Einstehenwollen für ihre Tochter schliessen darf), im Falle des faktischen Vertragsverhältnisses dagegen nimmt der sich Verpflichtende eine von der Gegenseite vertraglich offerierte Leistung in Anspruch, ohne einen Vertrag schliessen und ohne die geforderte Gegenleistung erbringen zu wollen (der Flieger, der auf dem Flugfeld landet, der Automobilist, der parkiert, ohne die geforderte Gebühr zu erlegen). Im ersten Fall *verspricht* der Verpflichtete (durch Schaffen eines Rechtsscheins), im zweiten *nimmt* er (durch tätliches Ansiehziehen einer Leistung). In welchem letzterem Fall denn auch die Rechtfertigung des Entstehens einer Vertragspflicht durch blosser Fakten besonders deutlich hervortritt: Es darf nicht sein, dass derjenige, der mit Eigenmacht und ohne Zustimmung des in Anspruch genommenen eine vertraglich angebotene Leistung an sich reiss, besser gestellt ist als jener, der korrekt den ihm angebotenen Vertrag annimmt und die in Frage stehende Leistungspflicht vertraglich begründet³¹.

cc) culpa in contrahendo

Der Gehalt der sog. *culpa in contrahendo* (c.i.c.) lässt sich weniger leicht umschreiben als jener der beiden bisher genannten. Die Bezeichnung geht bekanntlich auf RUDOLF VON JHERING zurück³², einen Autor, der, originell und anregend wie wenige³³, die *culpa* zu einem obligationenrechtlichen Zentralbegriff hochstilisiert (und dabei allerdings {75/76} übertrieben) hat³⁴. Seine Figur der *culpa in contrahendo* stellt einen fruchtbringenden Ansatz weiterer Überlegungen dar. Sie hat sich in der Schweiz früher als in Deutschland durchgesetzt³⁵, in der Folge jedoch im deutschen Sprachbereich weite Anerkennung gefunden³⁶. In der Folge haben sich indessen alle möglichen *obligationes ex variarum causarum figuris* unter dieser Etikette versammelt, darunter manche, die besser bei den faktischen Vertragsverhältnissen oder eben bei der Vertrauenshaftung ihren Platz fänden und dorthin rückübersiedelt werden sollten.

³¹ Es liegt eine apagogische Beweisführung vor: Es wird nicht direkt erwiesen, dass es richtig sei, aus faktischem Verhalten vertragliche Pflichten abzuleiten, sondern gezeigt, dass die Gegenposition (hier: das Nichtentstehen von Pflichten) inakzeptabel ist. Diese logische Struktur der die Entstehung vertraglicher Pflichten aus Fakten rechtfertigenden Schlussfolgerung mag erklären, weshalb viele Juristen sich schwer taten, aus blossen Fakten vertragliche Pflichten abzuleiten. Aber das Bedenken der Gegenposition (Sanktionslosigkeit der faktischen Beanspruchung von vertraglich angebotenen Leistungen), die nicht zum Grundsatz erhoben werden kann, ohne einen Raum von Rechtlosigkeit zu institutionalisieren, sollte genügen zur Rechtfertigung der Regel, dass das tatsächliche Inanspruchnehmen vertraglich angebotener Leistungen zur Erbringung der vom Anbieter geforderten Gegenleistung verpflichtet.

³² RUD. V. JHERING, in JHERING's Jahrbuch 4 (1861), S. 1-112. Vgl. im übrigen zu Vorläufern wie zur Vor- und Wirkungsgeschichte E. BUCHER (Fn. 22) § 17.

³³ Dabei darf wenigstens in einer Fussnote angemerkt werden, dass JHERING gelegentlich in Unklarheit verfiel und abwegige Vorstellungen in die Welt setzte, so in seinem "Kampf ums Recht" (und dem Gegenstück dazu, seinem Kampf gegen das Ausrichten von Trinkgeld); dazu E. BUCHER, in ZEuP 2000, S. 394-543, Fn. 76.

³⁴ Vgl. dazu auch die Darstellung von MARTIN IMMENHAUSER, "Culpa ist gar nicht Allgemein eine causa obligationis ...", Zur Rolle des Verschuldensprinzips im 19. Jh.; in "Rechtsgeschichte(n)", hgg. vom Verein Junger RechtshistorikerInnen Zürich, Bern 2000, S. 283-305 (mit Hinweisen).

³⁵ Der schweizerische Gesetzgeber des OR von 1883 hat bei der Irrtumsanfechtung (aOR Art. 23 bzw. jetzt OR Art. 26) und bei der Haftung des vollmachtlosen Vertreters (aOR 48 bzw. OR Art. 39; beim beschränkt Handlungsfähigen dann auch ZGB Art. 411) explizit entsprechende Haftungsregeln statuiert; ähnlich in der Folge auch das BGB (§§ 122, 179). Allerdings war eine derartige Haftung der Vertragsschliessenden keineswegs so neu, wie heute meist angenommen; entsprechende Regeln bestanden in romanistischer Tradition und bei POTHIER, ebenso im preussischen ALR von 1794 (I, 5 §§ 284 und 285); vgl. Zitate bei E. BUCHER (Fn.22) § 17 Anm. 6.

³⁶ Es dauerte bis ins Jahr 1911, dass das Reichsgericht in seinem Linoleumentscheid (unten Fn. 41) sich erstmals zum Haftungsgrund der c.i.c. bekannte. Die heutige Bedeutung dieses Grundsatzes in Deutschland bedarf keines Nachweises (statt aller der abundante Nachweis von Dokumentation bei HEINRICH-PALANDT, BGB § 276, Zif. 6; N. 65-103).

Der Ausgangspunkt, der auch allein die Position JHERINGS war, bezieht sich auf einen von den Parteien wenigstens intendierten Vertragsschluss, der wegen Unmöglichkeit der charakteristischen Leistung, einem Willensmangel, mangelnder Handlungsfähigkeit oder Vertretungsmacht des einen Vertragsschliessenden zu keinem wirksamen Vertragsverhältnis führt und wo vorab die vorleistende Gegenpartei schadlos zu halten ist. Heute treten hinzu die Fälle mangelnder Ernsthaftigkeit von Vertragsverhandlungen, welche den Verhandlungspartner zu sinnlosen Aufwendungen veranlasst³⁷. In diesen Zusammenhang sind auch jene Fälle zu stellen, in denen ein Grundstückskauf zwar verbindlich verabredet wird und der Käufer bereits Aufwendungen macht, der Verkäufer aber nachträglich die öffentliche Beurkundung verweigert³⁸. Der jeweilige Schadenersatz geht in derartigen Fällen höchstens auf das negative Interesse, den Vertrauensschaden, wie man in der Schweiz gut und bildhaft sagt.

Während bei den vorstehend genannten Fällen noch ein Zusammenhang erkannt werden kann mit der ursprünglichen Konzeption der c.i.c. als einer Grundlage von Sanktionen bei Vertragsabschluss-Mängeln, fehlt ein solcher bei einer langen Reihe von Tatbeständen, die in der Folge von Doktrin oder Praxis hier angesiedelt wurden: So beim vertragslosen Erteilen falscher Auskünfte³⁹ oder bei der Annahme einer Ersatzpflicht als Folge der Verletzung einer behaupteten Pflicht der Aufklärung des Gegners bei Vertragsverhandlungen⁴⁰. Als besondere Gruppe sind hier sodann insbesondere die Fälle zu nennen, die in der Nachfolge des berühmten "Linoleumteppich-Entscheids" stehen, mit welchem das Reichsgericht sich erstmals zur c.i.c.-Haftung bekennt⁴¹ und der in BGE 118 II 36 seinen Nachfolger gefunden hat (vgl. dazu unten Ziff. 6 lit. d/cc).

c) Zu der doktrinellen Vorgeschichte der Anrufung der Vertrauenshaftung

Der Schutz des Vertrauens darf wohl als zentrales Anliegen deutschrechtlicher Rechtsüberlieferung betrachtet werden, die sich seit dem 19. Jahrhundert in Praxis und Gesetzgebung niederschlägt⁴². Es sind ausländische Beobachter, welche zudem annehmen, dass in der Schweiz besondere Hinneigung zu diesem Anliegen bestand. So zeigte HERBERT MEYER in seiner Monografie über das Publizitätsprinzip die Verwurzelung der germanischen Gewere (und damit des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers im Sachenrecht) im Vertrauensschutz, wobei er EUGEN HUBER als Pionier der Überführung dieses Gedankens in die Moderne bezeichnet⁴³. ERNST RABEL sodann deutet die in der Schweiz traditionelle Bezeichnung des negativen Interesses

³⁷ In dieser Richtungweisend BGE 77 II 137; 80 II 37/38; 105 II 77.

³⁸ Vgl. etwa BGE 4 II 101 E. 2 und 39 II 227 E. 4; 49 II 67 E. 4; 68 II 236 f.; 90 II 33; 98 II 28 E. 3; 106 II 41 E. 5.

³⁹ Dazu E. BUCHER (Fn. 22) § 17 Anm. 22-25. Dazu auch unten Ziff. 6 lit. e/bb.

⁴⁰ BGE 105 II 77.

⁴¹ RGZ 78 (1911). Näheres dazu und weitere Entscheidungen bei BUCHER (Fn. 22) § 17 Anm. 31.

⁴² Vgl. dazu etwa HEINRICH STOLL, Haftung aus Bescheinigung, in AcP 135 (1932) S. 89-116; PAUL OERTMANN, Lehre vom Rechtsschein, in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht (ZHR) 95 (1930), S. 443-485; H. MEYER, Fn. 43.

⁴³ Herbert Meyer, Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, München 1909. Die Darstellung beginnt unter dem Titel "Die Entwicklung der modernen Publizitätstheorie" unter "§ 1. Hubers Gewerelehre" so: "Das Verdienst, das sich Eugen Huber (Fn. Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, Berner Festschrift für Halle, 1894) durch seine Geweretheorie um die Geschichte und die Dogmatik unseres Sachenrechts erworben hat, wird heute wohl allgemein anerkannt." (S. 1). Im Schlussabschnitt (III. Die Bedeutung der Publizitätstheorie für das geltende bürgerliche Recht; S. 83 ff.) werden, allerdings meist bezogen auf den Schutz des guten Glaubens im Sachenrecht (also vorab unsere Art. 933, 934/II und 973 ZGB), allgemeine Grundsätze zur Vertrauenshaftung entwickelt, die bis zu einem gewissen Grade als bei der hier betrachteten Vertrauenshaftung zu berücksichtigen sind; MEYER wird denn auch von CANARIS (Fn. 1) in doktrinellen Stammbaum der Vertrauenshaftung als Vertreter der "älteren 'allgemeinen' Rechtsscheinstheorien" aufgeführt, allerdings im Grundsätzlichen abgelehnt (S. 10 f.).

als "Vertrauensschaden" (z. B. der aus enttäuschem Vertrauen in die behauptete Vertretungsmacht des Partners oder dessen Geschäftsfähigkeit entstehende Nachteil⁴⁴) als Hinweis, dass der Vertrauensschutzes als allgemeines Rechtspostulat { 76/77 } hier zu lande seit langem anerkannt ist (auf die ganz auf den Vertrauensschutz ausgerichtete Regelung der Vertretungsmacht im Handelsrecht wurde bereits oben hingewiesen).

Es ist nicht zufällig, dass die von der deutschen Doktrin entwickelte Konzeption der Vertrauenshaftung sich hierzulande rasch fest etabliert hat, während sie in Deutschland wenigstens in der herrschenden Begründungspraxis noch wenig offene Gefolgschaft findet⁴⁵. Das erinnert daran, dass auch die Konzeption der c.i.c. in der Schweiz sich sehr viel rascher durchsetzte als in Deutschland. Sie war bereits im CH/OR von 1883 rezipiert, bevor sie sich in Deutschland etabliert hatte⁴⁶.

d) Praxis des Bundesgerichts

Im folgenden sollen kurz die wichtigsten höchstrichterlichen Entscheidungen genannt und auf ihren Gehalt hin befragt werden, die explizit diesen Terminus verwenden⁴⁷. An sich ist auch eine systematische Suche nach älteren Entscheidungen angezeigt, welche diesen Haftungsgrundsatz verwirklichen, jedoch eine andere (weniger überzeugende) Haftungsgrundlage (Vertrag, Delikt oder c.i.c.) anrufen. Dies kann an dieser Stelle nicht unternommen werden⁴⁸.

- Der *Swissair*-Entscheid (BGE 120 II 331 ff.), der zum ersten mal den Terminus

⁴⁴ Dazu ERNST RABEL, Der so genannte Vertrauensschaden im schweizerischen Recht, ZSR 27 (1908), S. 291-328, oder Gesammelte Aufsätze Bd. I (Tübingen 1965) S. 147-177, mit Hinweisen auf die Vertragsunwirksamkeit infolge fehlender Vertretungsmacht oder voller Geschäftsfähigkeit bzw. wegen Irrtums, womit die Verbindung zu *culpa in contrahendo* und zu JHERING hergestellt wird. S. 323 bzw. 173 heisst es unter lit. C: "Die Natur des Anspruchs. Die fraglichen Ersatzpflichten entstehen nicht aus einem Delikt, und von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht aus dem Verträge. Die Systematik des Gesetzes nötigt uns daher, die beherrschenden Rechtssätze auf eigenem Wege zu suchen." (Im übrigen wird untersucht, dies etwa im Hinblick auf die erforderliche vertragliche oder deliktische Handlungsfähigkeit, ob die einzelnen Tatbestände der gesetzlich geregelten Vertrags- oder Deliktshaftung näher stehen. Die Ausführungen Rabels nehmen manche von der Vertrauenshaftung aufgeworfenen Fragen vorweg und verdienen durchwegs auch in der heutigen Diskussion Beachtung.

⁴⁵ I. SCHWENZER (Fn. 56), S. 298 f. (Rn. 52.01), die allerdings jegliche Anerkennung der "Vertrauenshaftung" in der deutschen Praxis verneint, was allein hinsichtlich der fehlenden verbalen Bekennung zu dieser Haftungsgrundlage zugreift.

⁴⁶ Im kleinen Raum können sich Neuerungen oft rascher durchsetzen als in der grossen Fläche. Vgl. im übrigen oben Fn. 35/36.

⁴⁷ Vgl. im übrigen zur Praxis die Darstellung von Bundesrichter HANS PETER WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in ZBJV 132 (1996), S. 273-295; sodann zum Grundsätzlichen auch W. WIEGAND, Rechtsschein und Vertrauen, in Hagen/Kummer et al. (Hrsg.), Recht und Verhalten, Baden/Baden 1994, S. 183 ff. – In diesem Zusammenhang darf als Vorläufer der Vertrauenshaftung auch der vorstehend genannte BGE 118 II 36 genannt werden, der (wie der Linoleumrollen-Entscheid des RGZ) einen sehr einleuchtenden Tatbestand der Vertrauenshaftung repräsentiert und wegweisend bleiben kann, auch wenn man *in casu* die Annahme eines zu schützenden Vertrauens entschieden ablehnt.

⁴⁸ Ein hierher gehörender Fall ist BGE 101 II 69 ff. (dazu die folgende lit. e/bb und Fn. 54). Zu der älteren, nicht auf Vertrauenshaftung abgestützte Praxis vgl. MORITZ KUHN, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, in SJZ 82 (1986), S. 234-456. – In Deutschland lässt sich eine weit zurückreichende Praxis nachweisen, welche wir heute der Vertrauenshaftung zuweisen würden. So schreibt STOLL (Fn. 42), S. 90: "Zeigen, ... wie unser oberstes Gericht unter Berufung auf frühere Urteile ...und die Anforderungen der Verkehrssicherheit immer entschiedener zu dem Grundsatz bekennt: Der Austeller einer Bescheinigung haftet einem Dritten aus Vertrag, wenn er die Bescheinigung in dem Bewusstsein ausgestellt hat, dass sie dem Dritten vorgelegt werde." (folgt Hinweis auf die englische Estoppel-Lehre; dazu Fn. 60). Von da aus ist es kein grosser Schritt bis hin zum *Swissair*-Entscheid.

Vertrauenshaftung verwendet, betrifft den Sachverhalt, dass eine Tochtergesellschaft der Swissair im Einvernehmen mit ihrer Mutter gegenüber dem Publikum ihre Verbindung mit dieser demonstrativ herausgestellt hat, damit einen Anschein schaffend, der gebietet, das damit gesetzte Vertrauen in die Haftung der Mutter für die Solvenz ihrer Tochter rechtlich zu berücksichtigen. Dieser Fall macht aber auch deutlich, dass die von Gegnern der Vertrauenshaftung vertretene These, die Figur sei entbehrlich, und die Fälle nach dem hier vorliegenden Schema liessen sich als Deliktstatbestände und gestützt auf OR Art. 41 Abs. 1 begründen, nicht durchschlägt; die Annahme einer "Haftung für Verletzung von Berufspflichten zum Schutze fremden Vermögens"⁴⁹ hat weder im überlieferten Verständnis des schweizerischen Haftungsrechts noch in der Rechtstradition eine Grundlage. Eine solche könnte höchstens die handelnden Angestellten treffen und würde von einem Verschuldensnachweis abhängen, beides Dinge, die wenig sachgerecht sind.

- BGE 121 II 310 betrifft einen fehlerhaft ausgeführten Vergütungsauftrag seitens einer Bank. Nach der Zusammenfassung im Aufsatz von Bundesrichter WALTER⁵⁰ handelt es sich um eine Frage der "Haftung" der fehlerhaft handelnden (eine Sperrklausel missachtenden) Zweit- bzw. Empfängerbank. Wenn man bei dieser Feststellung stehen bleibt, hat man Mühe zu akzeptieren, dass dem geschädigten Bankkunden und Erteiler des Zahlungsauftrages keine vertraglichen Ansprüche zustehen sollen und er deshalb auf den Notbehelf eines ausservertraglichen, eben durch Vertrauensschutz zu begründenden Anspruch verwiesen sei. Denn es geht nicht darum, dem armen Bankkunden einen Anspruch auf Ersatz seines Schadens zu verschaffen: Die Zweitbank hat ihren Auftrag nicht ausgeführt (die ohne Sperrung erfolgte Vergütung kommt der Vergütung auf einem falschen Konto gleich, ist kurzerhand Nichtvergütung), und um die Dinge ins Lot zu bringen genügt die Feststellung, dass die Zweitbank, die ihm Rahmen des erteilten Auftrages nichts geleistet hat, keinen { 77/78 } Ersatzanspruch gegenüber der Erstbank besitzt, diese daher ihrerseits keinen Anlass hat, den Auftragserteilungen Kunden zu belasten⁵¹. Bankkonten sind nichts anderes als Rechnungsgrössen, welche die gegenseitigen Guthaben und Schulden repräsentieren. Die Bank leistet in jedem Fall vorerst aus eigener Tasche und kann den Kunden bei auftragsgemäsem Handeln belasten; bei Fehlvergütungen fehlt ihr dieses Recht, und der Verlust bleibt bei der Bank, wo er entstanden ist⁵². In vorliegendem Fall werden die Dinge allerdings dadurch kompliziert, dass die Aufklärung des unterlaufenen Fehlers sich hinauszieht und der Auftraggeber bei Kenntnis von den Vorgängen nicht sofort zum Ausdruck bringt, die geschehene Vergütung nicht gelten zu lassen, vielmehr mitteilt, "er mache vorsorglich Schadenersatzansprüche geltend", sodass der Anspruch auf Stornierung der erfolgten Kontokorrentbelastung als verwirkt, damit der Rückgriff auf Vertrauenshaftung als notwendig betrachtet werden mag. Trotzdem bleiben Zweifel, ob es ganz zutreffend ist, an die Stelle des Anspruchs auf Belastungs-Stornierung bzw. auf erneute, diesmal richtige, Ausführung

⁴⁹ So insbesondere INGEBORG SCHWENZER, Obligationenrecht (Fn. 56) § 52; das Zitat S. 307. – Berufspflichten, die nicht gegenüber dem Arbeitgeber, sondern (wie hier) gegenüber ganz fernstehenden Dritten spielen, sind nicht leicht zu begründen und in den Wirkungen problemvoll: Das in der Sache involvierte Unternehmen wäre nicht in Pflicht, sondern die handelnden Funktionäre. Bei einer Grossfirma wie der Swissair stünde entweder das gesamte Kader in persönliche Haftung oder aber bloss einzelne Personen, deren Ausmittlung von der Sache her ein mehr als fragwürdiges Unterfangen wäre.

⁵⁰ H. P. WALTER (Fn. 47), S. 274 Ziff. 2 und sodann Ziff. VIII, S. 284 ff.

⁵¹ Oder wenn bereits Gutschrift bei der Zweitbank erfolgt ist, ist diese weiterhin gedeckt für erneute, diesmal richtige (gesperrte) Gutschrift gemäss der erteilten Anweisung; falls sich diese entgegen der Rechtslage weigert, muss sie nach Kondiktionsprinzipien der Erstbank rückvergüten.

⁵² Es braucht nicht der Kunde eine Grundlage für eine Forderung auf Rückerstattung, sondern der Bank fehlt eine solche für die erfolgte Belastung des Kundenkontos, die daher zu stornieren ist. – Gleiches hat der Schreibende bereits aus Anlass von BGE 108 II 315 und 109 II 116 ausgeführt in recht 1984 S. 97-104 ("Wer haftet wem?"; vgl. bes. dortige Ziff. IV, S. 99 f.).

des Vergütungsauftrages einen Schadenersatzanspruch treten zu lassen. Dieses Banküberweisungsproblem braucht hier nicht vertieft zu werden; der Entscheid zeigt indessen, dass die überzeugende und einnehmende Idee der Vertrauenshaftung auch Gefahr läuft, ohne Not aufgerufen zu werden. Sie könnte damit zu einem Instrument verkommen, in nicht voraussehbaren Zusammenhängen ungeliebten Ergebnissen aus dem Weg zu gehen. Dies gilt es zeitig zu vermeiden.

- BGE 121 III 350. Der Freistilringer Grossen war nach den Regeln der Fédération Suisse de Lutte Amateur als Vertreter der Schweiz an internationalen Wettkämpfen qualifiziert und wurde vom Verband auf die Liste der Teilnehmer der Weltmeisterkämpfe gesetzt, indessen nachträglich ausgeschieden. Die Klage des Sportlers auf Ersatz gemachter Aufwendungen wurde mit gutem Grund gestützt auf den Vertrauensgrundsatz gutgeheissen. Andere Rechtsgrundlagen des geltend gemachten Anspruchs sind nicht zu erkennen, wenn sich aus den Satzungen des Verbandes eine Ersatzpflicht nicht ableiten lässt.
- BGE 124 III 297. Mit der hier beurteilten Klage aus angeblichen Fehlern eines Generalunternehmers wurde, an Stelle dessen selbst (Mobag AG) deren Muttergesellschaft (Motor Columbus AG) eingeklagt. Zu recht hat das Bundesgericht wie bereits die Vorinstanz (unter grundsätzlicher Bestätigung der Vertrauenshaftung) die Passivlegitimation der Beklagten verneint und in E. 6 herausgestellt, dass im Gegensatz zum *Swissair*-Entscheid gegenüber der Klägerin von der Muttergesellschaft keinerlei Vertrauen geschaffen wurde, die Mutter werde für technisch korrektes Vorgehen der Tochter Gewähr leisten.
- BGE 124 III 364 kann besonderes Interesse beanspruchen, weil er deutlich macht, dass die für die hier behandelte Vertrauenshaftung massgeblichen Grundsätze ganz mit denjenigen übereinstimmen, welche für die handelsrechtlichen (*in casu* die Kollektivgesellschaft betreffenden) Vertretungsverhältnisse gelten. Daraus ergibt sich, dass eine Anwaltssozietät, obwohl unter gemeinschaftlichem Namen (und damit nach den Regeln der Kollektivgesellschaft) auftretend, nicht für das Handeln eines ihrer Teilhaber haftet, wenn dieser gegenüber dem Dritten allein und ohne jede Involvierung der Partnerschaft eine sich als unrichtig erweisende Erklärung abgegeben hat (wobei der Handelnde seinerseits, was aus dem veröffentlichten Teil der Entscheidung nicht zu ersehen ist, nach Grundsätzen der Vertrauenshaftung für den dem Dritten erwachsenen Schaden einzustehen hat).

e) Verschiedene Gruppen der Vertrauenshaftung auslösenden Tatbestände

aa) Vertrauensschaffendes Verhalten des Haftenden

Es sind hier an erster Stelle zu nennen jene Fälle, die in die Nähe vertraglicher Zusicherungen rücken, jedoch nicht als quasi-deliktisch qualifiziert werden sollten. Hier können alle die vorstehend lit.c genannten höchstrichterlichen Entscheidungen eingereiht werden. Mit dem *Swissair*-Entscheid ist das allgemeine, auch die deutsche Doktrin beschäftigende Problematik des "Konzernvertrauens" angesprochen⁵³. Als Sondergruppe mögen die folgenden Tatbestände gelten: { 78/79 }

⁵³ Aus der abundanten Literatur zur Haftung aus "Konzernvertrauen", zu jener des Gutachters usw. vergleiche BERNHARD BERGER, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, dargestellt anhand der Informationspflicht des Effekthändlers, Diss. Bern 2000; BEAT BRECHBÜHL, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Diss. Bern 1998; KRISTINA KUZMIC, Haftung aus Konzernvertrauen, Diss. Zürich 1998; MARTIN MOSER, Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gez. am Beispiel des Wirtschaftsprüfers, Diss. Bern 1999; ALEXANDER VOGEL, Haftung der Muttergesellschaft etc., Übersicht über andere Konzernhaftungsansätze, Diss. St. Gallen, Bern 1997.

bb) Sonderfall der unentgeltliche Auskünfte, für Zeugnissen, Gutachten, Patronatserklärungen etc.

Anschauungsbeispiel: Wer wahrheitswidrig in einem Arbeitszeugnis behauptet, sein wegen Betrügereien entlassener Angestellter scheidet "frei von Verbindlichkeiten aus" ("libre de tous engagements"), muss bereit sein, sich am dem neuen Arbeitgeber durch weitere Betrügereien veranlassten Schaden zu beteiligen. So zutreffend entschieden in BGE 101 II 69 ff., wo die Haftung des Zeugnisausstellers allerdings als eine deliktische qualifiziert wird, was mit der traditionellen Vorstellung widerrechtlicher Schadenszufügung m. E. nicht leicht zu vereinbaren ist⁵⁴: die angemessene Begründung würde die Entscheidung in der Vertrauenshaftung finden.

Vor uns liegt der weite Bereiche erfassenden Tatbestandskreis, der traditionell gerne unter dem Gesichtspunkt der *culpa in contrahendo* gesehen, jedoch unter dem Gesichtspunkt der Vertrauenshaftung besser erfasst wird: Unentgeltliche Erteilung von Auskunft, Ausstellung von Arbeitszeugnissen, Abgabe von "Patronatserklärungen" und schliesslich der Erstattung von Gutachten, Prüfungsberichten usw., welche vom Auftraggeber Dritten zugänglich gemacht werden und welche diese Dritten bei deren Dispositionen beeinflussen und damit schädigen können⁵⁵. Den genannten Sachverhalten ist gemein, dass generelle Regeln nicht aufgestellt werden dürfen, vielmehr jeder vorkommende Fall gesondert untersucht werden muss, wobei jedoch allein gemeinsam ist, dass sowohl die Grundsatzfrage der Haftung wie allenfalls deren Umfang immer vom Kriterium abhängt, in welchem Masse der sich auf das fragliche Dokument (oder die gegebene Auskunft) verlassende Dritte berechtigten Anlass hatte, den ihm unterbreiteten Informationen zu vertrauen.

Die Etikette der Vertrauenshaftung hat den unschätzbaren Vorzug, zum vornherein den tatsächlich massgeblichen Gesichtspunkt in den Vordergrund zu stellen, während die Vorstellung der c.i.c. falsche Massstäbe setzt. Denn mit c.i.c. wird der Blick auf den potentiell haftenden Urheber der inkriminierten Auskunft oder Dokumentation gerichtet und der falsche Anschein erweckt, dass die Haftung von der Unrichtigkeit der Information und dem subjektiven Verschulden (sc. dem Wissen um die Unrichtigkeit) des Informanten abhängig sei. Das ist sie nur in dem Sinne zutreffend, als natürlich bei Richtigkeit der Stellungnahme eine Haftung zum vornherein entfällt. Inhaltliche Unrichtigkeit ist indessen nur notwendige, keinesfalls aber hinreichende Bedingung der Haftung; diese hängt vielmehr davon ab, ob und in welchem Umfang der die falsche Erklärung Abgebende damit rechnen musste, dass diese seine Erklärung das Verhalten der Adressaten beeinflussen werde, diese auf seine Erklärung vertrauen würden und auch vertrauen dürften.

Das Gesagte umschreibt die massgeblichen Gesichtspunkte der zu treffenden Einzelfallbeurteilung. Gefordert ist eine differenzierende Betrachtung der einzelnen der genannten Fallgruppen. An dieser Stelle sind naturgemäss nicht mehr als einige Hinweise möglich:

- Der Aussteller eines Arbeitszeugnisses muss regelmässig damit rechnen, dass dieses bei künftigen Bewerbungen des Arbeitnehmers eine wesentliche Rolle spielen wird, darf aber ebenfalls davon ausgehen, dass dieses nicht einzige Entscheidungsgrundlage bilden werde, vielmehr der künftige Arbeitgeber seine Entscheidung auch vom selber gebildeten Eindruck abhängig macht. Ein in allgemeinen Floskeln sich ergehendes Zeugnis wird weniger Vertrauen schaffen als ein solches, das spezifische Angaben vermittelt. Das Nichterwähnen

⁵⁴ Von einer direkten widerrechtlichen Schadenszufügung im Verständnis des historischen Gesetzgebers kann nicht gesprochen werden; die Begründung steht auch in Widerspruch zu dem "Kabelbruchfall", den die selbe I. Zivilabteilung zehn Monate später Fällen wird (BGE 102 II 88 E. 5) wird. – Zutreffenderweise wurde dem Zeugnisaussteller nicht der ganze Schade aufgebürdet, vielmehr in E. 5 (p. 75 f.) unter Berufung auf Selbstverschulden des Geschädigten die von der Vorinstanz festgesetzte Haftung im Umfang rund der Hälfte des Schadens bestätigt. In der Argumentation wird jedoch auf Vertrauensgesichtspunkte Bezug genommen.

⁵⁵ Vgl. auch den von Bundesrichter WALTER (Fn. 47) genannten Fall der Haftung eines Gutachters.

offenkundiger Schwächen wie mangelnder Zutrauenswürdigkeit hat für sich genommen noch keine weittragende vertrauensbildende Kraft, ganz anders dagegen (in einem insgesamt äusserst lobenden Text) die wahrheitswidrige Zusicherung der Zutrauenswürdigkeit des Kandidaten und die unwahre Behauptung, dieser verlasse seinen Posten "frei von Verbindlichkeiten" (so der Fall von BGE 101 II 69), was guten Grund weitgehender Haftung konstituiert.

- Bei der Abgabe sogenannter "Patronatserklärungen" wird von der Literatur z. T. unterschieden zwischen "harten" und sonstigen Patronatserklärungen. Der erstere Fall kann dann angenommen werden, wenn zwischen den Parteien Klarheit besteht, dass mit der Erklärung eine bürgschaftsähnliche Kreditsicherung gewollt ist, in welchem Falle das Einstehe nmüssen des Erklärenden für die Solvenz der Tochter in weitem Umfang angenommen werden kann.
- Bei der Erstattung von Gutachten spielt einmal der Gesichtspunkt der Stellung des Gutachters eine Rolle, und zwar in doppeltem Sinn: Der Praktiker (der freiberufliche Ingenieur oder Anwalt) riskiert etwas weniger, Vertrauen zu { 79/80 } schaffen als der der Wissenschaft verpflichtete Universitätslehrer. Wichtig sind sodann die Umstände der Auftragserteilung: Der von den Interessierten um ein Parteigutachten ersuchte Gutachter muss nicht sehr viel Vertrauensschaffung befürchten, mehr jedoch der von einem uninteressierten Dritten oder gar von allen Beteiligten gemeinsam bestellte Sachverständige. Jeder Gutachter hat es im übrigen der Hand, die vertrauensschaffende Wirkung seiner Stellungnahme zu dosieren, indem er diese als im Interesse des Auftraggebers erstellt oder umgekehrt explizit als "nach bestem Wissen und Gewissen" erstattet deklariert, den Umfang der eigenen Abklärungen nennt und auch angibt, wenn er sich auf Angaben Dritter abgestützt hat.

cc) Schadenseintritt im Verantwortungsbereich des Haftenden

Der Figur der Vertrauenshaftung ist die Aufgabe eigen, die ausservertragliche Haftung zu erweitern auf Tatbestände, welche keinen Platz innerhalb der an die Vorstellungen der Widerrechtlichkeit bzw. Verletzung eines absoluten Rechts im Verständnis des 19. Jahrhunderts geknüpften Deliktshaftung finden⁵⁶.

Hier haben jene Fälle ihren Platz, die in der Nachfolge des berühmten "Linoleumteppich-Entscheids" stehen, mit welchem das Reichsgericht sich erstmals zur c.i.c.-Haftung bekennt und ein Warenhaus als schadenersatzpflichtig erklärt gegenüber einer Kaufsinteressentin, die durch eine umgestürzte Rolle zu Schaden gekommen war⁵⁷. Dieser Entscheid findet seinen Nachfolger in einem vor wenigen Jahren ergangenen Bundesgerichtsentscheid: BGE 118 II 36 lässt einen Ladeninhaber für den Schaden haften, den ein Besucher beim Verlassen seines Geschäfts durch

⁵⁶ Auf die Funktion der Ausweitung der Deliktshaftung weist auch Bundesrichter WALTER hin (oben Fn. 47), S. 280 ff.; ebenso sieht das INGEBORG SCHWENZER (Schweiz. Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000, § 52, hier bes. S. 307). Nicht zuzustimmen ist dieser Autorin allein darin, dass sie für die hier genannten Fälle bereits im traditionellen Deliktsrecht nach OR Art. 41 ff. eine Haftungsgrundlage annimmt und dabei insbesondere auf die Figur der Berufspflicht abstellen will, um die Entbehrlichkeit der Vertrauenshaftung zu zeigen. "Berufspflicht" ist eine unklare Vorstellung; privatrechtlich schafft die Ausübung eines Berufes genauso wie jede andere Tätigkeit für sich genommen keinerlei Sonderstellung und gegenüber Dritten weder Rechte noch Pflichten; solche ergeben sich allein aus den vertraglichen Beziehungen des Tätigen (zum Arbeitgeber, zum Mandanten oder zu wem auch immer). So folgt die Verantwortung des Arztes (oder irgend einer sonstigen um Heilung bemühten Person) nicht aus dessen Berufsstellung, sondern allein aus dem fallweise beim Hilfesuchenden geschaffenen Vertrauen in Fachkenntnis, Übernahme von Verantwortung usw. Gleiches gilt für Anwälte wie auch alle anderen Professionen: Das geschaffene Vertrauen bestimmt hier den Umfang der Vertragshaftung.

⁵⁷ RGZ 78 (1911). Näheres dazu und weitere Entscheidungen bei BUCHER (Fn. 22) § 17 Anm. 31.

Ausrutschen auf dem vereisten Trottoir erleidet. Hier wie beim Linoleumrollen-Entscheid wird deutlich, dass derartige Fälle mit der Grundidee der c.i.c. wenig zu tun haben: In Frage steht nicht ein Vertragsschluss (die Kunden würden Schutz auch verdienen, wenn sie keinerlei Kaufabsichten gehabt und nur Informationen gesucht hätten), und die Bezugnahme auf Verschulden macht wenig Sinn, da Schutz (genau wie bei der Werkeigentümerhaftung, um deren Ausweitung es sich handelt) unabhängig von einem Verschuldensnachweis zustehen soll. Hier bringt das Konzept der Vertrauenshaftung die Dinge auf den entscheidenden Punkt, d. h. auf den Umstand, dass das Publikum darauf soll vertrauen können, Ladengeschäfte ohne Gefahr zu betreten. Das Kriterium des Publikumsvertrauens signalisiert indessen auch die Grenzen dieser Haftungsform: Die Ladenbesucher dürfen zwar erwarten, gegen Anrempelungen seitens anderer Kunden einigermaßen geschützt zu werden, ohne dass deshalb ein Schutz vor jeglichem Angriff erwartet werden dürfte, etwa einen solchen im Zusammenhang mit einem Räuberüberfall. Wenn man den RGZ-Entscheid vorbehaltlos billigen kann, gelingt gleiches nicht im hier zitierten BGE: Das Publikum darf sicheren Aufenthalt im Schmuckwarengeschäft erwarten, aber dafür, diese Schutzerwartung auch auf das öffentliche Trottoir vor dem Ladengeschäft auszudehnen, kann keinerlei Rechtfertigung erkannt werden⁵⁸. Ein Vorzug der Vertrauenshaftung liegt darin, Einschränkungen der Haftung zuzulassen, ja zu fordern.

7. Zum Schluss: Kritischer Blick auf die Anwendung der Vertrauenshaftung im Monte Rosa-Fall

Es bleibt, zu erklären, weshalb im hier betrachteten Entscheid vom 7. Januar 1999 die Berufung des schönen Grundsatzes der Vertrauenshaftung, selbst wenn dazu Anlass bestanden hätte, nicht angemessen war und eine Fortsetzung dieser Praxis für die Zukunft ungute Perspektiven eröffnen würde. Wollte man mit dem hier Entschiedenen ernst machen, würde die Krücke der Vertrauenshaftung für alle Fälle zur Verfügung gestellt, in denen die Parteien vertragliche Ansprüche begründen wollten, aber diesen Erfolg aus irgend welchen Gründen verfehlten. Mit derartiger Praxis ernst gemacht würden die meisten Nichtigkeits- und Forderungserlöschungsgründe { **80/81** } des Vertragsrechts in Frage gestellt. Die Vertrauenshaftung machte zwar Sinn im Falle der Vertragsnichtigkeit wegen vorbestehender Unmöglichkeit einer der Vertragsleistungen (OR Art. 20 Abs. 1), wo der dem Vertragsgegner die unmögliche Leistung zusichernde Partner eine Haftung aus c.i.c. bzw. Vertrauenshaftung tragen soll. In anderen Zusammenhängen (etwa dem Fall nachträglicher Unmöglichkeit i. S. von OR Art. 119) hat indessen die Vertrauenshaftung wohl nichts zu suchen. Jede aus einer Forderungsverjährung resultierende Unklagbarkeit schafft einen Vertrauensschaden, aber selbst der Schreibende, der nicht müde wird, die allzu grosse Verjährungsfreundlichkeit des schweizerischen Gesetzgebers wie des Bundesgerichts zu beklagen, kann nicht wünschen, dass Besserung im Bereich der Verjährung auf dem Wege der Zulassung entsprechender Vertrauenshaftung erfolge.

Der vorliegende Entscheid, der (wenn auch ohne Grund) auf den Gesichtspunkt der Nichtigkeit des mit falschem Preis verkündeten Grundstückkaufs einerseits, die Unzulässigkeit der Geltendmachung dieser Nichtigkeit nach dem Rechtsmissbrauchsverbots andererseits abstellt, bedeutet im Ergebnis nichts anderes als das Ableiten eines positiven Leistungsanspruchs aus eben

⁵⁸ Wenn dieser Schutz nicht bei der Ladentür beginnt und endet, ist eine sinnvolle Begrenzung der Haftung nicht mehr abzusehen. Soll die blosser Behauptung, man habe den Laden aufsuchen wollen, genügen, um den Ladeninhaber für Stürze in der Nähe seines Ladens haftbar zu machen? Will man dem Ladeninhaber die Risiken des gesamten Weges, den der Kunde zurückzulegen hat, aufbürden, wenn dieser nachweist, dass er den Gang in die Stadt allein deshalb unternahm, um in diesem Laden eine Ware umzutauschen oder einen Sachmangel geltend zu machen?

diesem Rechtsmissbrauchsverbot. Dies wird in den Urteilsmotiven (E. 3a und E. 4a) denn auch offen eingestanden: Es wird die Vertrauenshaftung für den Fall von "Sonderbeziehungen" vorgesehen, solche Sonderbeziehung im "formungültigen Vertragsverhältnis" erkannt und daraus gefolgert: "Nach vollständiger Erfüllung der eigenen versprochenen Leistung durfte der Beklagte darauf vertrauen, dass die Kläger ... auch die zugesagte Restleistung erbringen würden." Dem darf entgegengehalten werden, dass das Rechtsmissbrauchsverbot des schweizerischen ZGB wie auch der übrigen Privatrechtskodifikationen kontinentaler Tradition nichts anderes sein will als die in eine Verbotsnorm gekleidete, altehrwürdige *exceptio doli*, d. h. die prozessuale Einrede der Arglist. Und Einreden haben nun einmal allein abwehrenden Charakter, sie begründen Verteidigungspositionen gegenüber gegnerischen Ansprüchen, geben aber niemals Grundlage für Forderungen ab und können keine Ansprüche verleihen, wo nach objektivem Recht keine solchen bestehen. Im übrigen muss klar festgehalten werden, dass in der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung glücklicherweise keine Tradition erkannt werden kann, welche dieser Feststellung zuwider laufen würde; die im Urteil (E. 3 lit. a) in diesem Zusammenhang genannten Präjudizien weisen keineswegs, wie der Anschein erweckt wird, in der Richtung der Zulassung von aus dem Rechtsmissbrauchsverbot abzuleitenden Leistungsansprüchen⁵⁹.

Dem englischsprechenden Juristen, dem begriffliche Schärfe fremd ist, mag es gestattet sein, seinem Rechtsmissbrauchsverbot, dem sog. *estoppel*⁶⁰, ein positives Gegenstück (*promissory estoppel*) zur Seite zu stellen und so aus allgemeinen, unserem Rechtsmissbrauchsverbot verwandten Überlegungen ein Verbot der Leistungsverweigerung zu konstruieren, um damit Forderungsrechte zu begründen. Für ein derartige Erweiterung des Rechtsmissbrauchsverbots kann ich auf den Kontinent im allgemeinen und in der Schweiz im besonderen keinerlei Anlass erkennen: Die verdienstvolle Figur der Vertrauenshaftung sollte nicht dazu missbraucht werden, auf Umwegen aus dem Rechtsmissbrauchsverbot Leistungsansprüche hervorzuzaubern. Im Zusammenhang des mit unrichtiger Preisangabe verurkundetem Grundstückkaufs besteht guter Grund, die traditionelle Nichtigkeitsdoktrin zu überdenken. Aber so lange man an ihr festhält, sollte es dabei bleiben, dass Preisnachforderungen nicht klagbar sind.

Die Wirkung von Verträgen sollte abschliessend im Vertragsrecht geregelt bleiben. Gefordert ist die Einsicht, dass der richtig verstandene Schutz des Vertrauens des Partners durch die Vertrauenshaftungen seinen Grund darin hat, dass zwar Erwartungen geweckt wurden, eine vertragliche Vereinbarung hinsichtlich dieser Haftung aber gerade nicht erfolgt ist und auch von den Parteien nicht erwogen wurde. Von dem Momente an, da Vertragsverhandlungen der Parteien zu einem Abschluss gekommen sind, soll nicht mehr nach Vertrauensschutz gefragt werden, vielmehr allein das von den Parteien vertraglich Verabredete und die Regeln des objektiven Vertragsrechts Recht machen.

⁵⁹ BGE 116 II 700 statuiert, dass erbrachte Arbeitsleistung trotz fehlender schriftlicher Vereinbarung zu entschädigen ist, was indessen bereits daraus folgt, dass der die Schriftform verlangende Art. 347a OR dieses Erfordernis (anders als OR Art. 216) nicht als Gültigkeitsvoraussetzung versteht (was S. 701 E. 3a gleich zu Beginn denn auch festgehalten wird), weshalb die Anrufung des Rechtsmissbrauchsverbot überflüssig und nicht entscheidungstragend ist. Aber auch etwa die in diesem Entscheid genannten BGE 112 II 111 und BGE 104 II 101 können nicht als Beispiele von Art. 2 ZGB als Grundlage von Forderungen betrachtet werden: Der erste Entscheid betrifft (im Zusammenhang des Kernkraftwerkes Kaiseraugst) einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, auf den Art. 2 ZGB nur bedingt anwendbar ist, während der zweite die Rückgängigmachung eines Grundstückkaufs aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbots verweigert, dies u. a. auch gestützt darauf, dass der die Vertragsauflösung verlangende Verkäufer im Rahmen der Rückabwicklung indirekt auch die sonst nicht erhältliche Schwarzzahlung erhältlich zu machen versuchte: Der Versuch der Erlangung der Restforderung als Grund der Klageabweisung! Auch der im Monte Rosa-Entscheid weiterhin genannte BGE 112 II 330 verleiht keinen Erfüllungsanspruch, sondern verweigert umgekehrt die Rückgängigmachung des formnichtigen Vertrages.

⁶⁰ *Estoppel* von lat. *stoppa* (Seil): Man ist gehindert ("gestoppt", wie man den englischen Ausdruck eindeutschte), eine bestimmte Rechtsposition einzunehmen.