

---

# Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?

EUGEN BUCHER

## Inhaltsübersicht

- I. Zu Beginn
- II. Die traditionelle Systematik der Obligations-Entstehungsgründe und deren Ungenügen
- III. Die Findelkinder *culpa in contrahendo* und „faktische Vertragsverhältnisse“
  1. *Culpa in contrahendo* (c.i.c.)
    - a) Grundsatz
    - b) Rezeption
    - c) c.i.c. als Sammelposten von Andersartigem
    - d) National unterschiedlicher Denkstil?
  2. „Faktische Vertragsverhältnisse“
- IV. Grundzüge der hier betrachteten Vertrauenshaftung
  1. Ausgangspunkt
  2. „Rechtsnatur“?
  3. Nähe zur Werkeigentümerhaftung
- V. Untauglichkeit anderer Begründungen
- VI. Bisher ausstehende Übernahme echter (helvetischer) Vertrauenshaftung im Ausland
- VII. Zur Systematik der aussergesetzlichen Obligations-Entstehungsgründe
  1. Heutige Schweizer Siebenzahl der Entstehungsgründe
  2. Gegenseitige Abgrenzung der drei extralegalen *causae obligationum*
  3. Insbesondere das Verhältnis von c.i.c. und Vertrauenshaftung
- VIII. Was bleibt zu tun?
- IX. Zum Schluss

## I. Zu Beginn

In vorliegender Geburtstagsgabe sei die Entstehung einer Rechtsfigur betrachtet, welche grundlegende Bedeutung besitzt und als Schöpfung der I. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts zur Zeit der Mitgliedschaft und des Vorsitzes des Jubilars das Licht der Welt erblickte. Auch wenn Verantwortung und Verdienst bei der ganzen Kammer liegen und Interna des Gerichts Interna bleiben sollen, ist offenkundig, dass die hier betrachtete Institution besondere Beziehungsnähe zu HANS-PETER WALTER besitzt: Er hat zweimal sich zu dieser Rechtsfigur geäußert<sup>1</sup> und damit mehr als blosse

<sup>1</sup> HANS PETER WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in ZBJV 132/1996 S. 273-295, und sodann *La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du TF*, S. 146-161 in *La responsabilité fondée sur la confiance - Vertrauenshaftung*, Journée de la responsabilité civile 2000, hgg. von CHRISTINE CHAPPUIS und BÉNÉDICT WINIGER, Zürich 2001.

Mitverantwortung an deren Entstehung eingestanden. Was vielleicht gar erlauben würde, das, was man seither in der Schweiz unter *Vertrauenshaftung* versteht, als *lex Walter* zu etikettieren.

Der genannte *Terminus* (oder besser griechisch der *Topos*) tauchte in der Praxis dieser Kammer erstmals vor zehn Jahren auf: Im sog. *Swissair-Entscheid* (1994) war zu beurteilen eine Klage gegen die damalige nationale Fluggesellschaft, deren konkursite Tochtergesellschaft in der Werbung ihre Beziehung zur Mutter herausgestellt hatte<sup>2</sup>. Die Gutheissung der Klage wurde abgeleitet aus dem bei den Investoren geschaffenen Vertrauen, die Mutter würde kommerziell korrektes Verhalten der Tochter wie auch deren Solvenz gewährleisten. Auf dieser Linie dann in kurzer Folge eine Reihe weiterer Entscheidungen: Der *Freistilringer Grossen* erfüllte die vom nationalen Sportverband formulierten Voraussetzungen der Entsendung als Vertreter der Schweiz an einem internationalen Wettbewerb und war gar schon in Publikationen als solcher genannt worden, wurde aber schliesslich doch nicht delegiert; die Klage auf Ersatz der nutzlos gewordenen Aufwendungen zur Vorbereitung wurde gutgeheissen<sup>3</sup>. Andere Entscheidungen verneinten eine Haftung mangels der notwendigen Voraussetzungen, dies aber unter gleichzeitiger Bestätigung des Haftungsgrundsatzes<sup>4</sup>. Bei der Feststellung, wie ernst es der I. Zivilabteilung mit dem Argument der Vertrauenshaftung ist, haben aber vielleicht jene Fälle am meisten Gewicht, in denen dieses extralegale Argument nicht notwendig war, vielmehr andere Begründungen verfügbar gewesen wären: So vielleicht im Fall der einen Zahlungsauftrag erfolglos abwickelnden Banken, die kurzerhand keinen Rechtstitel hatten, den Auftraggeber zu belasten<sup>5</sup>, jedenfalls aber im vom Schreibenden *Monte Rosa-Entscheid* genannten Fall, wo für die mit schönen und schlüssigen Argumenten als Anspruch aus Vertrauenshaftung begründete Forderung bereits eine im Prozess

<sup>2</sup> BGE 120 II 331 ff.; Name der fallierten Gesellschaft: IGR Holding Golf and Country Residences AG, ihrerseits gegründet von einer Tochtergesellschaft der SWISSAIR, d.h. eigentlich deren Enkelin.

<sup>3</sup> BGE 121 III 350.

<sup>4</sup> BGE 124 III S. 297 ff.: Die *Muttergesellschaft eines Bauunternehmens* haftet nicht für korrekte Ausführung eines von der Tochter übernommenen Auftrags, wenn erstere nicht nach aussen in Erscheinung getreten ist (sc. keine vertrauensbegründenden Massnahmen unternommen oder wenigstens geduldet hat). Der BGE vom 23.12.2003 (4C.230/2003; Publikation vorgesehen) bekräftigt im Grundsätzlichen einmal mehr die Vertrauenshaftung. Es werden dieser insbesondere andere zur Diskussion stehende, aber wenigstens *in casu* nicht brauchbare Haftungsprinzipien gegenübergestellt (so Deliktshaftung, Verträge mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter und c.i.c.). Die Haftung wegen Erstattung eines Gutachtens, das bei der Schätzung des Wertes einer Immobilie bestehende Baumängel nicht erwähnte, wurde verneint; das Gutachten war im Hinblick auf die Erhöhung einer Hypothek verlangt und erstattet worden, wobei der beklagte Architekt dessen spätere Verwendung beim Verkauf und damit die dadurch ausgelöste Fehlinformation von Käufern nicht voraussehen konnte.

<sup>5</sup> BGE 121 III 310.

von allen Instanzen nicht berücksichtigte (übersehene oder vielleicht von den Parteien nicht wirksam angerufene) schriftliche Schuldanererkennung des Schuldners bestand<sup>6</sup>.

Nach den selben argumentativen Regeln sind heute richtigerweise eine ganze Reihe von Sachverhalten zu beurteilen, die bis dahin ohne klares Konzept und mit wackliger Begründung (vor allem Rückgriff auf *culpa in contrahendo* oder auf *Deliktsrecht*) richtig entschieden wurden, aber im Entscheidungsbereich bereits den hier betrachteten Vertrauenshaftungsgrundsatz erkennen lassen<sup>7</sup>. Die Anwendung der Haftungsregel, die seit dem *Swissair-Fall* Vertrauenshaftung heisst, lässt sich weit zurückverfolgen: Bereits im "Steiggurt-Fall" des Jahres 1938 wurde bei mangelhafter Reparatur eines Steiggurtes eine Haftung für den entstehenden Körperschaden angenommen, wobei das Gericht vorerst diese aus Werkvertragsrecht (OR Art. 367) ableitete, aber, diesem über Werkvertragsrecht im traditionellen Sinn hinausgehenden Argument nicht ganz vertrauend in Anspruchskonkurrenz zudem auch einen Deliktsanspruch i.S. OR Art. 41 ff. annahm, was aber noch weniger schlüssig ist<sup>8</sup>. Die Begründung der Entscheidung der selben Problematik (sog. "Schachtrahmenfall" aus Anlass des Absturzes eines in Beton gegossenen Schachtrahmens wegen Ausreissens der Halterung) verlegte sich 1984 demgegenüber allein auf Deliktsrecht, was Bedenken begegnet<sup>9</sup>. Die neuestens im

<sup>6</sup> BGE vom 7.1.1999 (*Monte Rosa*); veröffentlicht in französischer Uebersetzung in Sem.Jud. 123/2001, S. 541-549. Dazu BUCHER, Was man aus einem Fall von "Putativ-Vertrauenshaftung" lernen kann, in recht 2001, (S. 65-81). Dort S. 68-70 auch wiedergegeben die entscheidenden Teile des deutschen Originaltextes.

<sup>7</sup> BGE 124 III S. 364 ff. reflektiert in seiner Begründung noch etwas die frühere Richtungslosigkeit: Das Bundesgericht erachtet es (S. 369) als "sachgerecht, die Haftung für die falsche Auskunft i.c. deliktsrechtlich (BGE 121 II 350 E. 6c) zu erfassen oder den Grundsätzen der Vertrauenshaftung bzw. *culpa in contrahendo* zu unterstellen", welche Formel die damals noch herrschende, heute überwundene dogmatische Unsicherheit illustriert. Zu beurteilen war der Fall einer *Anwaltssozietät*. Soweit eine solche gemeinschaftlich nach aussen auftritt und damit eine Kollektivgesellschaft darstellt, haften zwar alle deren Mitglieder für Fehler, die der Sozietät zuzurechnen sind (OR Art. 368), nicht aber für solche eines Partners, wenn allein dieser handelte (*in casu* lag vor eine unrichtige Bestätigung, ohne dass ein eigentliches Mandatsverhältnis zwischen dem handelnden Anwalt und dem Erklärungsempfänger erwiesen gewesen wäre, weshalb nur dieser in der genannten Haftung steht).

<sup>8</sup> BGE 64 II 254 ff. (zu Werkvertrag Zif. I S. 256 ff., zu Deliktsrecht Zif. II S. 258 ff.).

<sup>9</sup> BGE 110 II 456; es werden die Produktionsabläufe untersucht und im Ergebnis ein Organisationsverschulden wegen Unterlassens planmässiger Prüfung des Produkts angelastet. Die Haftung wird aus OR Art. 55 (der Haftung für Hilfspersonen) abgeleitet, was zwar verbreitete Argumentation, aber trotzdem nicht ganz richtig ist: Art. 55 ist nicht eine Norm der *Haftungsbegründung*, sondern der *Haftungszurechnung*: Man soll zwar "für seine Leute" haften wie wenn man selber gehandelt hätte, aber nicht darüber hinaus (was aber möglicherweise resultiert, wenn man darin eine autonome Haftungsnorm nach dem Muster von Kausalhaftung erblickt). Nach Art. 55 tritt zu der Haftung für eigenes Verschulden (Art. 41) Haftung für das Verschulden der eingesetzten Dritten hinzu. Die Frage der Anwendbarkeit von Art. 41 OR wird S. 465 *in fine* offengelassen. Wie bei *Produktehaftung*

Entscheid vom 23.12.2003 behandelte *Haftung der Verfasser von Gutachten gegenüber Dritten* (Fn. 4) hat eine lange Geschichte. Ihr zur Seite zu stellen ist die Verantwortung für die Richtigkeit von *Arbeitszeugnissen*<sup>10</sup> und ebenso die Haftung der *Banken für Auskünfte über die Kreditwürdigkeit* ihrer Kunden<sup>11</sup>. In all den genannten Fällen ist die angerufene Deliktshaftung eine unzureichende Haftungsgrundlage, wenigstens wenn man sie im herkömmlichen Sinne der Rechtsüberlieferung und des Verständnisses des Gesetzgebers nimmt. Gewiss ist auch die Vertrauenshaftung eine Form eines in erweitertem Sinn verstandenen Deliktsrechts; die gegenüber dem traditionellen Modell vorgenommene Ausweitung folgt indessen einem konsistenten Konzept und ist an klare, die Ausweitung begrenzende Voraussetzungen geknüpft: Der zu vergütende Schade muss die Folge eines eigenen Verhaltens des Geschädigten sein, der dem in der Folge eingetretenen Risiko sich selber ausgesetzt hat aufgrund von Vertrauen auf Gefährlosigkeit seines Tuns, dies unter der weiteren Voraussetzung, dass genanntes Sicherheitsvertrauen vom Haftpflichtigen zu vertreten ist.

Es kann sich hier nicht darum handeln, den gegenwärtigen Stand der bereits gefestigten Gerichtspraxis einschliesslich jener unterer Instanzen darzustellen oder gar einen Ueberblick über die doktrinen Stellungnahmen zu suchen; exemplifikative Hinweise müssen genügen<sup>12</sup>. Verständnis einer Institution und Bildung eines Urteils *pro* oder *contra* setzt immer und überall komparatistische Betrachtung voraus, d.h. hier den Blick in andere Weltgegenden und vor allem in die Vergangenheit. Nur solche Sicht kann die *Frage* beantworten, wo die heute noch offenen Fragen sich verbergen und vor allem, *ob wir eine originell-bedeutsame oder landläufig-banale Sache vor uns haben*

*überhaupt* ist Berufung auf Deliktshaftung hinkend, die Begründung als Vertrauenshaftung dagegen schlüssig.

<sup>10</sup> BGE 101 II 69: Deliktisch begründete Haftung des Unternehmers, der im Falle eines wegen Veruntreuung entlassenen Angestellten ein hervorragendes und Vertrauenswürdigkeit attestierendes Arbeitszeugnis ausstellt und in Folge davon der auf dieses vertrauende neue Arbeitgeber noch Schlimmeres erleben muss. Dazu weiterhin unten bei Fn. 34.

<sup>11</sup> Zur Haftung für Bankauskünfte nach früherer Doktrin BGE 111 II 471 (mit Hinweis auf BGE 57 II 85 E.2, 68 II 302 E.5, 41 II 82 E.4, SJZ 31/1934-35 S. 186); die Frage, ob neben der bisherigen Abstützung auf Deliktshaftung auch Vertrag möglich sei, wird offen gelassen (S. 473 unten). - Zur Haftung für Gutachten C.W. CANARIS, Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, in Zeitsch. f. d. ges. Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 163/1999, S. 206-245, bes. S. 224 ff.; weitere Verweisungen in BGE vom 23.12.2003 (Fn. 4) zitierte.

<sup>12</sup> Neben den bereits genannten Aufsätzen von H.P.WALTER (zit. in Fn. 1) und des Schreibenden (Fn. 6) sei hier vor allem verwiesen auf die bedeutsame von CHRISTINE CHAPPUIS und BÉNÉDICT WINIGER herausgegebene Publikation (zit. Fn. 1) mit Bibliographie, einer Zusammenstellung publizierter und nicht publizierter Entscheidungen des Bundesgerichts (S. 203ff., 213 ff.) wie auch mit rechtvergleichenden Hinweisen auf die Entwicklung im Ausland (S. 235-262). Ablehnende Stimmen sodann noch in der genannten, von CHAPPUIS/WINIGER edierten Publikation, darüber hinaus insbesondere INGEBORG SCHWENZER, Schweiz. Obligationenrecht, allgemeiner Teil, 3. Aufl. Bern 2003, § 52.

*und ob diese neuartig und revolutionär sei oder nur alter Wein in neuen Schläuchen.*

## II. Die traditionelle Systematik der Obligations- Entstehungsgründe und deren Ungenügen

Vertrauenshaftung, so wie vom Bundesgericht und hier verstanden, reiht sich ein unter die Entstehungsgründe der Obligationen. Die Besonderheit dieser *causa obligationis* liegt darin, nicht im Gesetz verankert zu sein: Alle gestützt auf dieses Argument angenommenen Obligationen entbehren gesetzlicher Grundlage. Die Möglichkeit des Verpflichtetwerdens eines Bürgers ohne rechtliche Basis, und sei dies auch bloss auf der Ebene des Privatrechts, ist vorerst einmal Anlass zu Besorgnis oder gar ein Aergernis (*skándalon*). Daher genug Anlass, zu fragen, was vom Schweigen der Gesetze auf dem Felde der Obligationsentstehungsgründe zu halten sei und in welchem Umfeld die Pflanze der Vertrauenshaftung gewachsen ist.

Die Obligationsentstehungsgründe sind in den heutigen Privatrechtskodifikationen auf *Vertrag* und *Delikt* ausgerichtet, welche beiden Kategorien zudem als *kontradiktorische* (nicht etwa bloss konträre) Gegensätze verstanden werden, d.h. als "entweder - oder" unter Ausschluss weiterer Möglichkeiten (*tertium non datur*). Allerdings werden regelmässig neben Vertrag und Delikt zwei weitere Entstehungsgründe (*condictio* und *negotiorum gestio*; ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag; CH/OR Art. 62-67; 419-424; BGB §§677-687; 812-822) gestellt. Diese sind aber exzeptionelle Nebenfiguren, ihrerseits oft wiederum als "quasivertraglich" oder "quasideliktisch" einer der beiden Hauptgruppen zugeordnet. Weltweit stimmen die modernen Privatrechtskodifikationen ausnahmslos in der Grundsatzentscheidung überein, nur die grossen Gruppen Vertrag und Delikt und die Nebenposten *condictio* und *negotiorum gestio* anzuerkennen und im Sinne qualifizierten Schweigens weitere Entstehungsgründe auszuschliessen.

Wie alles geht auch der Gegensatz *Kontrakt - Delikt* auf das *römische Recht* zurück. In den Institutionen des GAIUS (2. Jh.) lesen wir: *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*<sup>13</sup>. Die Institutionen IUSTINIANS des Jahres 533 fügen dem noch die Obligationen *quasi ex contractu* und

<sup>13</sup> "Jegliche Obligation hat nämlich ihren Ursprung in Vertrag oder auch Delikt"; GAIUS Inst. III, 88. NOTA: das *vel ... vel* des lateinischen Textes bedeutet nicht "entweder-oder" (das wäre *aut - aut*), sondern "oder auch"; GAIUS versteht hier die beiden Begriffe *nicht kontradiktorisch*, sondern *konträr*, d.h. weitere Möglichkeiten offen lassend. Dies belegt ein anderes von GAIUS überliefertes Zitat, das die Formel entscheidend ausweitet: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quondam iure ex variis causarum figuris* (in *liber secundus aureorum*, Dig. 44, 7, 1 pr.). "Ex variarum causarum figuris" etwa: Obligationen "aus Gründen verschiedenartiger Erscheinungsform".

*quasi ex maleficio* hinzu (Inst. III,13,2). Diese Benennung ist mit innerem Widerspruch behaftet: Ausweitung der Entstehungsgründe und Verwerfen einer Beschränkung auf Vertrag und Delikt, demgegenüber aber wiederum zwangshafte Annäherung der zusätzlich anerkannten Entstehungsgründe an Vertrag und Delikt, ohne sie diesen ganz zuordnen zu wollen<sup>14</sup>. Aber die Institutionen (und ebenso auch die Digesten) IUSTINIANS wie die anderen römischen Quellen und die juristische Doktrin seit dem Mittelalter bis hinein ins 19. Jahrhundert betrachteten dieses System immer noch als ein offenes, d.h. waren bereit, neben den explizit genannten bei Bedarf weitere zusätzliche Entstehungsgründen anzuerkennen. Vor allem waren die Posten der quasikontraktuellen und quasideliktischen Obligationen nicht zum vornherein auf die beiden allein in die Kodifikationen aufgenommenen Beispiele der *condictio* und der *negotiorum gestio* beschränkt, sondern wurden als Sammelpositionen verstanden, welche der Erweiterung offen standen und insbesondere neben *condictio* und *negotiorum gestio* noch weitere *causae obligationis* kannten<sup>15</sup>, die dann in Aufklärung und Pandektistik beiseite geschoben wurden und daher in den Kodifikationen fehlen.

### III. Die Findelkinder *culpa in contrahendo* und "faktische Vertragsverhältnisse"

Die von den Gesetzgebern allenthalben übereinstimmend angebotenen Obligations-Entstehungsgründe erwiesen sich auch allenthalben als ungenügend. Es waren vorab Doktrin und Praxis des deutschen Sprachbereichs, in denen *extra legem* (genau betrachtet *contra legem*) drei weitere Entstehungsgründe auftauchten, welche dieses Nichtgenügen beheben sollten: Die bereits genannte *culpa in contrahendo*, dann die sog. "faktischen Vertragsverhältnisse" und schliesslich, bisher als letzte, die uns hier beschäftigende *Vertrauenshaftung*.

<sup>14</sup> Die selbe Neigung beobachten wir anderthalb Jahrtausende später erneut, wenn es um die Deutung des extralegalen Obligationsentstehungsgrunds der *culpa in contrahendo* geht: Das Bedürfnis der Anknüpfung entweder an Vertrag oder aber Delikt.

<sup>15</sup> Darunter insbesondere die *faktischen Vertragsverhältnisse* und weitere; vgl. dazu CANNATA (unten Fn. 29). Auch die *recepta* sind dort zu finden (dazu noch unten bei Fn. 41 und 42).

## 1. Culpa in contrahendo (c.i.c.)

### a) Grundsatz

Schöpfer des Terminus ist RUDOLPH VON JHERING (1818-1892) in einem Aufsatz des Jahres 1861<sup>16</sup>. Im Zentrum steht der Tatbestand des *fahrlässigen Irrtums*: Dem Partner des Irrenden entsteht möglicherweise aus dem Dahinfallen (bzw. in damaliger Sicht: der Nichtigkeit infolge des irrumsbedingten Dissenses) des von ihm geschlossenen Vertrages ein Schaden, und JHERING fordert, dass der Irrende, der beim Vertragsschluss fahrlässig verfuhr, seinem Partner Ersatz leiste. Als haftungsbegründend wird das Vorgehen beim Abschluss des Vertrages betrachtet, was sich im Etikett *culpa in contrahendo* (d.h. Verschulden bzw. Fahrlässigkeit beim Vertragsschliessen) spiegelt. Seine These hat, wie auch JHERING wusste, Vorläufer bereits im *römischen Recht*<sup>17</sup>; auch das preussische ALR von 1794 kannte eine Haftung der fahrlässig Irrenden und POTHIER hatte ähnliches gefordert<sup>18</sup>. Zum Irrtum tritt noch hinzu die "Ungültigkeit des Objekts", d.h. die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung. Aus nicht erkennbaren Gründen unterlässt es JHERING, eine Reihe weitere, naheliegender und genau so in das Konzept passender Beispiele ebenfalls zu nennen, so vor allem den *vollmachtlos handelnden Stellvertreter* und den *die Vollmachturkunde bei Widerruf nicht zurückfordernden Vollmachtgeber*.

### b) Rezeption

Die c.i.c., ältester der extralegalen Zusatzentstehungsgründe, genießt seit langem Akzeptanz. Im Mittelpunkt der JHERING'SCHEN Darstellung stand die Ersatzpflicht desjenigen, der infolge seines Irrtums den von ihm geschlossenen Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, dabei aber seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuschreiben muss. Hinzu traten dann jedoch weitere Regeln hinzu, welche den Anwendungsbereich des Grundsatzes erweiterten. So bezog MUNZINGER über JHERING hinausgehend den vollmachtlosen Stellvertreter ein, ebenso das Problem des Belassens einer

<sup>16</sup> JHERING, "Culpa in contrahendo – oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", in (Jherings) Jahrbücher für Dogmatik, hgg. von Gerber, Band 4, Jena 1861, S. 1-112.

<sup>17</sup> Dig. 18,1,62,1: Wer unwissend sakrale Liegenschaften kauft und dieser Kauf daher ungültig ist, hat einen Anspruch gegen den Verkäufer, damit er erhalte, was ihm daran lag und er nicht getäuscht sei (gleicher Sachverhalt auch in Inst. 3,23,5, wo die Schadenersatzpflicht eines bösgläubigern Verkäufers festgehalten wird). Schliesslich noch Dig. 11,7,8,1 und Dig. 18,4,8 (Beispiele genannt von JHERING a.a.O. S. 9 f.).

<sup>18</sup> ALR I,4 § 79 (weiterhin auch I,5 §§ 284f.); POTHIER (1699-1772), *Traité des Obligations* (1. Auflage 1761) N. 19.

widerrufenen Vollmachturkunde in den Händen des früheren Bevollmächtigten. In der Schweiz sind die von JHERING genannten und darüber hinaus weitere, von MUNZIGER geforderte Anwendungsfälle des c.i.c.-Prinzips seit dem Inkrafttreten der OR (1883) gesetzlich festgeschrieben<sup>19</sup>.

Die Väter des BGB sahen seinerzeit keinen Anlass, die c.i.c.-Theorie JHERINGS zu übernehmen oder der Schweiz zu folgen. Die in § 122 (alt und neu) statuierte *verschuldensunabhängige* Ersatzpflicht des Irrenden nimmt zwar die Ersatzpflicht des Irrenden auf, aber der genannte § 122 läuft den Intentionen JHERINGS zuwider und steht auch in offenem Widerspruch zu gemeinrechtlicher Tradition und den Lehren der römische Klassik. Derartige Regel macht allein Sinn beim Erklärungsirrtum, dieser einengend verstanden als Fehler eines der Kontrahenten (d.h. im Sinn von BGB § 120), für welchen Fall denn vielleicht auch § 122 allein gedacht war<sup>20</sup>, erfasst textlich aber sämtliche Irrtumsfälle von § 119 und stellt damit die Durchsetzung der seit je und heute noch allenthalben anerkannten *errores in corpore, persona, negotio* in Frage, die überwiegend gemeinsame Fehlvorstellungen beider Parteien (*common mistake*, wie man in England sagt) und damit echte Konsensmängel sind.

Erst *anno* 1911, d.h. ein halbes Jahrhundert nach JHERINGS Aufsatz, bekennt sich das deutsche Reichsgericht im sog. Linoleumteppichentscheid im diesem Grundsatz<sup>21</sup>. Dabei bringt das Gericht, seiner Uebung entsprechend, keine Literaturhinweise an und spricht seinerseits nicht von *culpa in contrahendo* oder nennt gar JHERING oder dessen Aufsatz, sondern stellt nur in der Sache fest, dass die Beteiligten "die Hervorbringung eines Kaufs, also eines rechtsgeschäftlichen Erfolgs" beabsichtigten, und knüpft an dies die Folgerung: "...es entstand ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt hat...". Letztere werden umschrieben

<sup>19</sup> Bereits im aOR von 1883 (Ar.23. Art. 28/II, 48f., 43/II) finden sich dessen heutige, Schadenersatzpflicht statuierende Regeln: OR Art. 26 (fahrlässiger Irrtum), Art. 31/III (Täuschung oder Drohung); Art. 39/III (Ersatzpflicht des vollmachtlos handelnden Stellvertreters); Art. 36/II (Ausstellen einer Vollmachturkunde, wenn nach Vollmachtswiderruf die nicht zurückgeforderte Urkunde zur vollmachtlosen Vertretung missbraucht wird). Zu ihnen gesellt sich 1912 Art. 411/II ZGB (Ersatzpflicht des urteilsfähigen Unmündigen, wenn dieser den Partner "zu der irrümlichen Annahme seiner Handlungsfähigkeit verleitet"). Die nachträgliche Unmöglichkeit wird sanktioniert in OR Art. 119 (aOR Art. 145). – Seit 1912 wird in Art. 26 OR der Schadenersatz dem Grundsatz auf das negative Interesse ("Dahinfallen des Vertrages") beschränkt, in Abs. 2 aber ergänzt: "Wo es der Billigkeit entspricht, kann der Richter auf Ersatz weiteren Schadens erkennen."

<sup>20</sup> Dies wird etwa sichtbar bei ENNECCERUS, Lehrbuch Bd.I/1 (zit. 6.-8. Aufl., 1912), § 159 "Entschädigungspflicht": "...Streitfrage, ob derjenige, der eine mit seinem Willen nicht übereinstimmende und deshalb nichtige Erklärung abgegeben hat, dem anderen Teil für den Schaden einstehen muss ...".

<sup>21</sup> Linoleumrollen-Entscheid: RGZ 78 (Band 28 neuer Folge), S. 239. [Bestätigt vom BGH (NJW 62, 31)].

als die Pflicht, "bei der Vorlegung und der Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des andern Teiles zu beobachten." (S. 240)<sup>22</sup>. Angesichts solcher Stellungnahme hat die Doktrin nicht ohne Grund gerade in diesen Entscheid die Anerkennung des bisher (d.h. ein halbes Jahrhundert) in Deutschland allein von der Doktrin getragenen c.i.c.-Konzepts hineingelesen. Die *culpa in contrahendo* gehört seither zum festen Bestand der deutschen Tradition und hat neuerdings auch im revidierten BGB (in Geltung seit 2002) Spuren hinterlassen.

In Österreich hatte die c.i.c. gar bis zum Jahre 1975 auf Anerkennung warten müssen, aber der damalige OHG-Entscheid habe dann "wie ein Paukenschlag" gewirkt<sup>23</sup>. Demnach ist das c.i.c.-Argument heute in Österreich ebenfalls fest verankert, dies ein Jahrhundert nach MUNZINGER und der schweizerischen Gesetzgebung.

### c) c.i.c. als Sammelposten von Andersartigem

In den seither verflossenen anderthalb Jahrhunderten hat die von JHERING in die Welt gesetzte Denkfigur im deutschen Sprachbereich weit über die von ihm geforderte Regel und gar die in seinem Aufsatz vorgeführten Beispiele hinaus expandiert. Hintergrund ist das oben (Zif.II) genannte Ungenügen der in den Kodifikationen genannten Obligations-Entstehungsgründe (Vertrag und Delikt, daneben *condictio* und *negotiorum gestio*) und das Bedürfnis nach Abhilfe: Doktrin und Gerichtspraxis erkennen weitere Bereiche rechtspolitisch geforderter Obligationsentstehungsgründe. Statt die zu postulierenden und einzuführenden neuen *causae obligationum* als solche zu identifizieren und *extra legem* zu fordern (so die Doktrin) oder in die Praxis einzuführen (so die Gerichte), wird von beiden der Weg gewählt, die geforderten Neuerungen insgesamt gemeinschaftlich als Anwendungsfälle der c.i.c.-Regel zu präsentieren. Dieser Ablauf wird nicht von jedermann erkannt; er verdient auf jeden Fall nähere Betrachtung.

Zu den Voraussetzungen genannten Vorgehens hat der Linoleumrollen-Entscheid des Jahres 1911<sup>24</sup> einen Beitrag geleistet. Er wirkt argumentativ

<sup>22</sup> Das Gericht verweist auf in gleicher Richtung weisende frühere Entscheide (RGZ Bd. 65, S. 17, Bd. 66, S. 402 und noch weitere). Abschliessend wird noch folgendes ausgeführt: "Auf die rechtlich bedenklichen Ausführungen des Berufungsgerichts, dass schon durch den Eintritt eines Kauflustigen oder gar eines Besuchers ohne bestimmte Kaufabsicht in ein Warenhaus ein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Warenhausinhaber geschlossen werde, das die mehrerwähnten Sorgfaltspflichten zum Gegenstande habe, braucht hier nicht eingegangen zu werden." (S. 241 letzter Absatz).

<sup>23</sup> So RUDOLF WELSER, in Liechtensteinische Juristenzeitung LJZ 1984 S. 101 ff., Die culpa in contrahendo im österreichischen Recht, mit einem Überblick über die seitherige Gerichtspraxis nach OGH vom 8.10.1975 (in SZ 48/102 und JBl 1976, 205).

<sup>24</sup> Oben Fn. 21.

gequält ("den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis mit vertragsähnlichem Charakter" tönt wolzig-unprofessionell), die Begründung der *culpa* des Handlungsgehilfen kann nicht überzeugen, und *in casu* Kaufabsicht als Haftungsvoraussetzung zu etablieren kann nicht überzeugen und verrät rechtliche Skrupel. Dem Gericht fehlt Mut weniger in der Sache, ist der ihm vorliegende Fall doch zutreffend entschieden, wohl aber die Bereitschaft, die neue Regel als extralegale anzuerkennen und den neuen Haftungstatbestand in angemessener Verallgemeinerung zu umschreiben. Es geht die Bereitschaft ab, die geschaffene Neuerung als solche zu deklarieren und damit die eigene Verantwortung offen zu legen. Dies kein Vorwurf: Bei den Gerichten ist es die Sache, die zählt; die Begründung ist sekundär und interessiert vorab die Wissenschaft und nur wenig die betroffenen Parteien. Überall, wo *case law* betrieben wird, d.i. nicht nur im englischen Sprachbereich, sondern weitgehend auch im alten Rom und ebenso in erheblichem Masse in kontinentaleuropäischer Tradition bis in unsere Tage hinein, entwickelt sich das Recht fort und entsteht Neues durch Verstecken der Neuerungen in altvertrauten Begründungsmustern, durch Vorspiegelung, das Neue sei nicht neu. Der Reichsgerichtsentscheid des Jahres 1911 versucht teilweise Abstützung auf Elemente traditioneller Deliktshaftung und verwendet im übrigen an Vertragsrecht sich anlehrende, schummerige Quasi-Legalbegriffe ("vorbereitendes Rechtsverhältnis", "vertragsähnlicher Charakter" u.dgl.). Was im Ergebnis ein unscharfes Bild ergibt und die sachgebotene Umschreibung der Haftungsvoraussetzungen wie des Anwendungsbereiches des neu eingeführten Haftungsprinzips verunmöglicht<sup>25</sup>. Neben Anklängen an Deliktshaftung und "faktische" Vertragsverhältnisse kann man sogar solche an Vertrauenshaftung erkennen.

Nicht nur wird im Linoleumrollen-Entscheid die Neuerung nicht als solche deklariert, sondern bei der Entstehung weiterer extralegaler *causae obligationis* wiederholt sich der selbe Mechanismus: Sachverhalte, welche offenkundig über die c.i.c. im Sinne JHERINGS (und meist auch über die *ratio decidendi* des Reichsgerichtsentscheids) hinausgehen, werden dieser Figur zugeschlagen, obwohl sie dieser gegenüber Neues und Anderes bringen. Dies bei "faktischen Vertragsverhältnissen", soweit diese anerkannt werden. Und selbst bei der erstmaligen Vorstellung der Vertrauenshaftung durch das Bundesgericht im *Swissair-Entscheid* beruft sich die I. Zivilkammer einleitend auf die traditionelle c.i.c.-Doktrin. Und sogar noch im neuesten Entscheid vom 23.12.2003 (Fn. 4) wird noch einmal auf die c.i.c. Bezug genommen. Wenn in Deutschland die Anerkennung "*faktischer Vertragsverhältnisse*" heute noch überwiegend als Anwendung der c.i.c.-Regel präsentiert wird (dazu noch unten Zif.V), bleibt offen, ob dies die Folge der Unbrauchbarkeit

<sup>25</sup> Anzeigt wäre Absehen von *culpa* der Hilfsperson und ebenso Verzicht auf die Voraussetzung von Vertragsabsichten der Akteure.

der Präsentation dieses Topos durch dessen Erfinder ist oder weil man vorzieht, Neues in alter Packung zu verkaufen, da derartiges vorgehen weniger argumentativen Aufwand und Mut fordert.

d) National unterschiedlicher Denkstil?

Die Tatsache, dass in Deutschland bis heute im Grossen gesehen *culpa in contrahendo* immer noch der einzige offiziell (d.h. in massgeblicher Doktrin und jurisdiktioneller Argumentation) anerkannte extralegale Obligationsentstehungsgrund ist, in der Schweiz dagegen, angeführt vom höchsten Gericht, die in der Sache beidseits des Rheins anerkannten *causae obligationum* in drei Untergruppen aufgeteilt werden, ist vielleicht mehr als eine Zufälligkeit. Wenn man Lust hat, kann man darin einen *Unterschied im Stil juristischen Denkens* im Sinne von ZWEIGERT erkennen<sup>26</sup>. Auch wenn man mit gutem Grund innerhalb der Privatrechtsordnungen kontinental-europäischer Tradition den deutschen Sprachbereich als eine in sich geschlossene Untergruppe betrachtet, muss der Schweizer Jurist und nicht weniger sein österreichischer Kollege erkennen, dass "sein" Recht bei ähnlichem Gehalt sich in der Art der Präsentation und Handhabung von jenem in Deutschland unterscheidet (wie diese beiden "Peripher-Rechte" unter sich ebenfalls verschiedenartig sind und andersartig gehandhabt werden). Die Reduktion sämtlicher extralegaler Obligationsentstehungsgründe auf einen einzigen (sc. auf die c.i.c. als den in der Doktrin zuerst aufgetauchten und der von höchsten Gericht als ersten anerkannten) kann gesehen werden als "stiltypisch" für Deutschland und erklärt als die Folge der dortigen autoritativen Verbindlichkeit massgeblicher Lehre und staatlicher Gesetzgebung. Man reduziert die als Sünde empfundene Ausweitung der *causae obligationum* auf einen einzigen Sündenfall, sagt man doch: Einmal ist keinmal. *Gesetzestreue dokumentierender Stil juristischen Denkens* ist in Deutschland ausgeprägter als andernorts. In der Argumentation der Doktrin wie der Gerichte tritt dies auf Schritt und Tritt hervor: Argumentativ werden Gründe vor allem, ja fast allein aus dem Gesetz gezogen, das seinerseits sich anspruchsvoll gibt, gesetzesgestützte Argumentation fordert und durch seine gewollt komplizierte Stoffpräsentation auch ermöglicht. Sachbezogene Argumente, ein prüfender Blick auf die praktischen Auswirkungen einer doktrinellen Position oder richterlichen Entscheidung sind nicht häufig sichtbar. Denn: Solches Tun könnte (oder müsste gar) in Bewertung des Gesetzes und notfalls in dessen Kritik ausarten. Derartiges gilt nicht nur als konsequenzen- und damit zwecklos, sondern wird wohl auch als *politisch*

<sup>26</sup> KONRAD ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. A. Tübingen 1994, S. 62 ff., § 5, Stil der Rechtskreise.

nicht korrekt empfunden. In der Schweiz hat demgegenüber Strammstehen, hier juristisch-argumentativ gesehen, weniger Tradition: Man fordert von den Gesetzen Volkstümlichkeit, erachtet diese aber nicht als Vorgabe hoher Obrigkeit, sondern als Menschenwerk, das zur Disposition der Bürger steht und daher im Hinblick auf Besserung auch kritisiert werden darf, ja soll<sup>27</sup>. Da sich auf kleinem Raum Neuerungen ohnehin leichter einführen lassen, konnte in der Schweiz entgegen damals herrschender Tradition die c.i.c. ohne Zögern und rascher als andernorts eingeführt werden, und Praxis und Doktrin hatten weniger Bedenken, Gesetzesverstösse, und auch solche in Mehrzahl, offen zu legen, d.h. neben der c.i.c. auch als weitere Obligationsentstehungsgründe "faktische Vertragsverhältnisse" und Vertrauenshaftung herauszustellen.

## 2. "Faktische Vertragsverhältnisse"

Der 1941 von GÜNTER HAUPT<sup>28</sup> in die Diskussion eingeführte unglückliche Terminus "*faktische Vertragsverhältnisse*" will den Ausnahmefall des Entstehens von Obligationen, die üblicherweise vertraglich begründet werden, durch faktisches Verhalten des Verpflichteten bezeichnen: Der auf einem Flugplatz landende Flugzeuglenker muss die Landegebühr bezahlen, obwohl keine Abmachung vorausging (dies HAUPTS Paradebeispiel), ebenso der schwarz fliegende Passagier. Weiter spielt bei HAUPT eine grosse Rolle der quasi-vertragliche Konsum von Bahn- und Bussfahrten, von Wasser oder Elektrizität aus der Leitung usw., wo die tarifgemässe Entschädigung auch ohne expliziten Vertragsschluss geschuldet ist. Daran anschliessend kommen in der Handelsrechtsdoktrin *faktische Gesellschaften* vor, um den Fall zwar rechtlich nicht anerkannter, jedoch tatsächlich gelebter Gesellschaftsverhältnisse zu bezeichnen, die nachträglich nicht anders als nach gesellschaftsrechtlichen Regeln gehandhabt werden können.

Der Grundgedanke ist praktisch bedeutungsvoll und keineswegs neu, vielmehr bereits in altehrwürdiger romanistischer Tradition zu finden<sup>29</sup>:

<sup>27</sup> Die derzeit in diesem Lande zu beklagende Kärglichkeit gesetzeskritischer Stellungnahmen ist nicht durch Gesetzesrespekt, sondern eher durch Fehlen kritischer Gesinnung und vor allem Desinteresse zu erklären. Selbst gegenüber wichtigen Gesetzesvorlagen wie der gegenwärtig laufenden Schaffung einer nationalen Zivilprozessordnung kommt Diskussion und Kritik nicht in gebotenem Umfang auf, dies, obwohl in einem sogenannten Vernehmlassungsverfahren jedermann zur Stellungnahme und damit zur Teilnahme am Gesetzgebungsverfahren eingeladen ist.

<sup>28</sup> GÜNTER HAUPT, Ueber faktische Vertragsverhältnisse (Antrittsvorlesung 1941 an der Universität Leipzig), publiziert in Festschrift für Heinrich Siber, Leipzig 1943, S. 1-37.

<sup>29</sup> Dazu grundlegend CARLO AUGUSTO CANNATA; in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* LIII, 1986 (Rom, Pontifica Universitas Lateranensis): Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen. CANNATA zeigt, dass bei den römischen Quasi-kontrakten sich Anwendungsfälle der Theorie von HAUPT finden und z.B. JOHANNES VOET (1647-1713), *Commentarius ad Pandectas*, zu Dig. 44,7 n.5 schreibt: *Quasi contractus sunt*

HAUPT präsentiert, allerdings ohne dies zu wissen, alten Wein in neuen Schläuchen. Aber nicht nur der von HAUPT seinem Findelkind gegebene Name ist unglücklich<sup>30</sup>, sondern die Präsentation des Grundsatzes insgesamt verfehlt, was in der Folge literarische Diskussion auf sinnloser Ebene auslösen und Auseinandersetzung in der Sache selber verhindern wird: Sinnvoll sind die Beispiele der Flugzeug-Landegebühr und der Verpflichtung des Schwarzfahrers, ausserhalb des Problembereichs liegen Transport- und Wasserbezugsgebühren und dergleichen, da ohnehin nicht primär dem Privatrecht unterliegend. Und verfehlt ist HAUPTS Konzept vor allem im Grundsätzlichen: Er bleibt nämlich bei der fixen Vorstellung, dass allein Verträge Obligationentstehungsgründe abgeben könnten und kommt so zu der These, dass durch das Verhalten des Verpflichteten ("faktisch") *Verträge* entstehen würden, welche ausgefallene Idee verständlicherweise weit herum Missfallen erweckt hat und heute noch Ablehnung erfährt. Sinn macht allein die Annahme, dass unmittelbar und extrakontraktuell die sachlogisch geforderten Obligationen selber entstehen. Dies war die Sicht der genannten romanistischen Tradition, aber auch sofort jene in der Schweiz, als im Jahre 1984 ein Bundesgerichtsentscheid das Argument aufnahm<sup>31</sup> und dieses sich in der Schweiz rasch fest etablierte. In Deutschland geniesst die Figur zur Zeit wenig Kredit. Aber Ablehnung wohl deshalb, dass man die hinkende HAUPT'sche Theorie betrachtet, nicht aber das sie veranlassende Sachproblem<sup>32</sup>. In der Schweiz ist die Figur der "faktischen Vertragsverhältnisse" seit dem genannten BGE des Jahres 1984 fester Bestandteil der Gerichtspraxis auch unterer Instanzen.

*praesumptae conventiones, ex quibus mediante facto valida nascitur obligatio* (Zu den Quasikontrakten zählen auch die bloss präsumierten Vereinbarungen, in deren Rahmen mittels eines Tuns eine gültige Obligation zustande kommt): Dieser Autor nimmt sogar HAUPTS Terminologie vorweg (NOTA: VOET leitet aus den Fakten nicht etwa wie HAUPT einen fiktiven Vertrag, sondern die Obligation selber ab!).

<sup>30</sup> Er wird daher hier meist in Anführungszeichen gesetzt. Trotz aller Vorbehalte will der Schreibende nicht eine Neubenennung versuchen. Die in die Irre leitende Namensgebung rechtfertigt nicht das Verkennen der berechtigten sachlichen Anliegen.

<sup>31</sup> *Leading case* ist BGE 110 II 245, der sich bekennt zu den "faktischen Vertragsverhältnissen" bzw. der *théorie du contrat de fait*. Annahme einer *situation contractuelle de fait*: Im Falle eines nach OR Art. 226a ff. formnichtigen, als *contrat leasing* bezeichneten Abzahlungskaufs forderte der Erwerber eines Autos nach viereinhalbjährigem Lauf des Vertrags mit Berufung auf dessen Nichtigkeit die geleisteten Zahlungen zurück. Das Gericht anerkennt eine verrechenbare Gegenforderung des Autoverkäufers auf Entgelt für die Nutzungsmöglichkeit. Lange Zeit war vom Topos "faktische Vertragsverhältnisse" in der Schweiz kaum Notiz genommen (der Schreibende hat dort als erster dem Thema mehr als bloss beiläufige Erwähnung gewidmet [OR AT / Fn. 47; 1. Aufl. 1979, § 17; 2. Aufl. 1988, S. 277-288]). – Heute ist das Argument fester Bestandteil der Gerichtspraxis; in der Literatur mögen sich noch etwelche ablehnende Positionen finden.

<sup>32</sup> Vgl. die aufschlussreiche Dokumentation bei P.LAMBRECHT, Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen, 1994, welcher Autor allerdings gegenüber den faktischen Vertragsverhältnissen insgesamt ablehnend ist. Vgl. dazu meine Besprechung in ZEuP 1994 S. 715-722 [[www.eugenbucher.ch](http://www.eugenbucher.ch)] Nr. 65].

## IV. Grundzüge der hier betrachteten Vertrauenshaftung

### 1. Ausgangspunkt

Ohne weiteres überzeugende Fälle der Vertrauenshaftung sind jene des Schadenseintritts als Folge äusserer Einwirkung, bei denen eine Haftung deshalb platz greift, weil der Geschädigte sich in einen risikobelasteten Bereich begeben hat und dabei auf Abwesenheit des sich in der Folge verwirklichenden Risikos vertrauen durfte, dabei aber Vertrauensentstehung wie Risiko dem in Haftung Genommenen zuzurechnen ist: Das sachgerecht generalisierte, aus dem verfehlten Umfeld der c.i.c. entfernte Haftungsprinzip des *Linoleumrollen-Falles* des Reichsgerichts der Jahres 1911<sup>33</sup>.

Die Bestimmung des haftungsbegründenden Vertrauens folgt in allen Anwendungsbereichen den gleichen Grundsätzen. Man denke an Schriftstücke: Das *Arbeitszeugnis*<sup>34</sup>, das gegenüber Dritten verwendete *Gutachten*, *Patronatserklärungen* und Ähnliches. Immer kommt es allein darauf an, ob der sich auf den Text Verlassende guten Grund hatte, auf diesen zu vertrauen (oder, im Fall von Patronatserklärungen u.dgl. berechtigt war, für den Fall der eingetretenen Umstände auf einen Verpflichtungswillen zur Leistung zu schliessen). Der Veranstalter einer Ausstellung ist gewiss dafür verantwortlich, dass nicht Ausstellungsobjekte u.dgl. den Besucher schädigen (Linoleumrollen-Regel). Wie weit er aber darüber hinaus auch sonst für gute Ordnung haftet (etwa Angriffe seitens anderer Besucher verhindern muss), entscheidet sich allein danach, welche Erwartungen die Betroffenen bei den gegebenen äusseren Umständen haben dürfen.

### 2. "Rechtsnatur"?

Die von der Doktrin bezüglich der c.i.c. aufgeworfenen Frage nach der "*Rechtsnatur*"<sup>35</sup> wird zweifellos auch im Zusammenhang der Vertrauenshaftung aufkommen und auch dort in dieser Form keinen Sinn machen. Weiterführend ist allein problembezogene Fragestellung, d.h. hier vorab solche bezogen auf subjektive Haftungsvoraussetzungen (Deliktsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit?) oder auf die Verjährung. Die Distanz der Vertrauenshaftung zum Vertragsrecht ist beträchtlich: Schadenseintritt durch Schaffen von Vertrauensanschein durch den Einen und vertrauensbestimmtes schadenskausales Verhalten durch den Anderen kann nur in sehr entfernte in Beziehung zu einem kontraktuellen Vorgang gesetzt werden. Ebenso können

<sup>33</sup> Oben Fn. 21

<sup>34</sup> BGE 101 II 69 ff., wo noch eine Begründung im Deliktsrecht gesucht wurde, die nicht überzeugen kann. Dazu auch BUCHER (Fn. 5) S. 79.

<sup>35</sup> Vorab die Frage: Vertrag oder Delikt? Dazu unten bei Fn. 68

aus Verträgen im Umfeld des Schadenseintritts keine Folgerungen gezogen werden, weil derartiges zufällig und nicht vertrauenshaftungs-typisch ist. Auch darf keine Rolle spielen, ob der Schadenseintritt durch *facere* oder aber als Folge rechtsgeschäftlicher Dispositionen eingetreten ist: Immer ist der Schadenseintritt die Folge des Verhaltens des Geschädigten, und es macht keinen Unterschied, ob dieses Verhalten rein faktisch oder aber rechtsgeschäftlich war oder sich in einem Mittelfeld bewegt<sup>36</sup>. Ebenso hat keine Bedeutung, ob auf Seiten des Haftenden oder zwischen diesem und dem Geschädigten Vertragsbeziehung bestanden<sup>37</sup>. Sinnvoll ist dagegen eine vorsichtige Annäherung der Vertrauenshaftung an das Deliktsrecht.

### 3. Nähe zur Werkeigentümerhaftung

Die modernen Kodifikationen kennen durchwegs *Werkeigentümerhaftung*<sup>38</sup>, die, da grundsätzlich verschuldensunabhängig, über das vorkodifikatorische Verständnis des Deliktsrechts hinausgeht und auch heute noch dort eine Sonderposition einnimmt. Die Vertrauenshaftung kann als eine Erstreckung bisheriger Regeln auf neue Risikoformen gesehen werden, denn auch die richtig verstandene Werkeigentümerhaftung ist an die Voraussetzung berechtigten Vertrauens des Geschädigten geknüpft, d.h. muss entfallen, wenn das verwirklichte Risiko erkennbar und vermeidbar war.

Gleiches gilt auch für angrenzende Bereiche "milder Kausalhaftung": So dürfte *Produktehaftung* nur so weit spielen, als der Konsument keinen Anlass hatte, an der Qualität des Erworbenen zu zweifeln, ebenso die *Tierhalterhaftung* nur im Rahmen berechtigten Vertrauens des Verletzten in die Gutartigkeit des Tieres, dem er sich genähert hat. In gewissem Umfang liegt der Konnex von Vertrauen und Ersatzpflicht dem gesamten Deliktsrecht zugrunde und ist immer dann massgeblich, wenn der Schade deshalb eintritt, weil sich der Verletzte dem in der Folge eintretenden Risiko selber ausgesetzt hat. In allen derartigen (häufigen) Fällen darf Ersatzpflicht nur dann platz greifen, wenn der Geschädigte das Risiko nicht erkennen konnte, das heisst, auf Risi-

<sup>36</sup> So etwa im *Swissair*-Fall (Fn. 2): Die Geschädigten hatten zwar rechtsgeschäftlich Anteilsscheine gezeichnet, dies aber mit einer Tochtergesellschaft der *Swissair*, dh. einem Dritten. Die schadensauslösende Insolvenz der Tochter ist reines Faktum.

<sup>37</sup> Die *Swissair* war zwar rechtsgeschäftlich mit ihrer Tochter verbunden, geriet aber nicht durch diesen rechtlichen Sachverhalt, sondern durch das Faktum ihres Duldens deren vertrauensschaffenden Werbung in Haftung. Im Falle des Freistilringers Grossen (Fn. 3) darf es keine Rolle spielen, ob man die nicht eingehaltene Zusicherung seiner Entsendung an den Wettkampf als rechtsgeschäftlich oder aber als blosses Faktum qualifizieren mag.

<sup>38</sup> Französischer Code Civil Art. 1386; ABGB §§ 1318, 1319; 1319a Haftung für Wege; OR Art. 58f.; BGB §§ 836ff. Bereits aber das Allg.Preussische Landrecht (ALR von 1794, hier I, 8 § 37) sagt: "Dergleichen Gebäude (sc. solche "an Strassen oder öffentlichen Plätzen") muss der Eigentümer, so weit es zur ... Verhütung alles Schadens und Nachtheils für das Publikum notwendig ist, in baulichem Stande unterhalten".

kofreiheit vertrauen durfte. Das führt zur haftungsbegrenzenden Regel: Wo kein Vertrauen, da keine Haftung.

Vertraute der Geschädigte ohne Grund und hätte erkennbaren Gefahren ausweichen müssen, spricht man hierzulande von *Selbstverschulden*. Im hier betrachteten Bereich ist dies fragwürdig, denn dem Verletzten ist nicht ein schadenskausales Mitverschulden vorzuwerfen, sondern allein, sich einer bestehenden und von Dritten zu vertretenden Gefahr ausgesetzt zu haben, statt ihr auszuweichen<sup>39</sup>.

Die heutige *Werkeigentümerhaftung* war im alten Rom nur wenig entwickelt<sup>40</sup>. Klare Tatbestände heutiger Vertrauenshaftung waren dort aber die *recepta*<sup>41</sup> als "formfreie 'Uebnahme' der Garantie für einen bestimmten Erfolg"<sup>42</sup>. Hier nur zu nennen das *receptum nautarum* (oder *exercitorum navium*), *cauponum et stabulariorum*, das die Rechtsstellung der Schiffskapitäne bzw. Schiffsreeder und der Gast- und Stallwirte betrifft, welche unerachtet eines Vertragsschlusses die Pflicht zu heiler Rückerstattung der ihnen eingebrachten Sachen tragen. Es liegen keine Verträge vor, da auf pflichtschaffende Willenserklärungen verzichtet wird: Der Wirt soll haften, sobald seine Leute das Gepäck des Gastes zur Hand nehmen (um möglicherweise damit zu verschwinden), und nicht erst dann, wenn er, Bücklinge machend, dem Gast entgegentritt: Haftungsgrund ist nicht (wie oft in den heutigen Kodifikationen zur Haftung der Wirte) ein Vertrag, sondern das Betreiben der Herberge als solches. I.S. der römischen Juristen soll man diese mit einem Minimum an Vertrauen betreten können. Der Verzicht auf die Voraussetzung eines Vertragsschlusses war bei gegebenen Verhältnissen eine sehr weise Einrichtung<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Besser bereits vor anderthalb Jahrhunderten die Formel des in vieler Hinsicht vorbildlichen *Código Civil von Chile* (1855/57) Art. 2330: *La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente*: Bloss herabgesetzter Schadenersatz bei unvernünftigem sich der Schädigung Aussetzen.

<sup>40</sup> *Ruina* (das Niederstürzen, vor allem Hauseinsturz) war zwar eine geläufige Erscheinung. Aber die in den Digesten genannten Regeln statuieren keine Haftung des Werkeigentümers, sondern betreffen Sekundärfolgen. HEUMANN/SECKEL nennen die folgenden Stellen: Dig. 8,6,14 § 1; 9,2,15 § 1; 10,4,5 § 5; 16,3,1 § 1; 39,2,46; 47,9,2 pr. und 3,4. -- In Richtung der Werkeigentümerhaftung wies die in der Spätzeit entwickelte (und in der Rezeption stark beachtete) *actio de eiectis et effusis*: Der Haus- oder Wohnungseigentümer trägt eine quasideliktische Haftung für Schaden verursacht durch von oberen Stockwerken hinausgeworfenen oder gegossenen Gegenständen, die wohl nur soweit wirkte, als der Betroffene derartiges nach den Umständen nicht voraussehen konnte.

<sup>41</sup> *Receptum* von lat. *recipere* (empfangen, übernehmen); vgl. engl. *receive*, franz. *réception*.

<sup>42</sup> So die Formel von KASER/KNÜTEL, *Römisches Privatrecht* (17. Aufl. München 2003) § 46/III S. 296.

<sup>43</sup> Abgesehen von der üblen Reputation der genannten Berufsgruppen und der Schwierigkeit des Vertragsnachweises im Streitfall ist zu berücksichtigen, dass das Einbringen von Gepäck, Pferden oder Transportgütern zum Schiff vielfach Sklaven übertragen war, die nicht für ihren Herrn kontrahieren konnten.

## V. Untauglichkeit anderer Begründungen

Erstaunlich ist, dass in der Schweiz trotz des heute in der Bundesgerichtspraxis fest etablierten Vertrauenshaftungs-Arguments gegen diese noch etwas Widerstand besteht. Nur gegen das Argument, nicht gegen den Entscheidungselber: Das Ergebnis wird akzeptiert, nicht aber der dieses erlaubende Rechtsgrundsatz. Das Prinzip der Vertrauenshaftung wird als "zu konturenlos" und als für Problemlösung ungeeignet bezeichnet<sup>44</sup>.

Derartige Kritik verlangt, wenn man das Ergebnis bejaht, nach einer besseren Begründung, die durch den Verweis auf Deliktsrecht und die beiden Absätze von Art. 41 OR<sup>45</sup> allerdings nicht geliefert wird:

- die an Stelle der Vertrauenshaftung vorgeschlagenen Haftungsmuster haben keine Grundlage in Deliktsrecht im Sinne der historischen Gesetzgeber. Sowohl im *Swissair*-Fall wie im Fall *Grossen* und den meisten übrigen liegt reiner Vermögensschaden vor, dessen Zufügung nicht als widerrechtlich bezeichnet werden kann, und auch *culpa* im eigentlichen technischen Sinn ist nicht zu erkennen: *Swissair* hat das Tun ihrer Tochter bloss geduldet, selbst aber überhaupt nichts getan, und im Fall *Grossen* kann das Abweichen von der Entscheidung, den Mann nicht an den Wettkampf zu delegieren, nicht widerrechtlich i.S. von Art. 41 Abs. 1 OR sein (für die angeordnete Aenderung mag aner kennenswerter Grund bestanden haben)<sup>46</sup>. Erst recht unbehelflich ist die Berufung auf Absatz 2 des gleichen Artikels (in der OR-Revision des Jahres 1911 nach dem Vorbild von BGB § 826 in den Gesetzestext eingefügt), der für den Fall blosser Vermögensschädigung Ersatzpflicht statuiert, wenn "in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zugefügt" wird: In keinem der beiden genannten Fälle ist auch nur entfernt eine Absicht der Schadenszufügung zu erkennen noch kann das Vorgehen der *Swissair* oder des Sportverbandes als Verstoss gegen die guten Sitten bezeichnet werden<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> So INGEBORG SCHWENZER, Schweiz.Obligationenrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. 2003 Rn. 52.03. Die "Konzern- und Auskunftshaftung" kann nach dieser Autorin "ohne weiteres im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 der Haftung für Verletzung von Berufspflichten ... zugeordnet werden."; gegenüber dem Ringer *Grossen* "hätte sich eine Haftung wegen sittenwidriger Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 begründen lassen." Aehnlich im Ergebnis viele andere: Vgl. etwa B.CHAPPUIS in "Journée 2000" (Fn. 1) S. 97 ff., bes. N. 18,

<sup>45</sup> Weiterhin etwa FRANZ WERRO, in "Journée 2000" (Fn.1) S. 109 ff. Abwägend und im Ergebnis nicht ablehnend dagegen BRUNO SCHMIDLIN in Festschrift für Franz Bydlinki, Wien 2002, S. 415-428.

<sup>46</sup> Der BGE vom 23.12.2003 (Fn. 4) kann denn auch bezogen auf den belangten Architekten als zutreffend festhalten das "Ergebnis, eine ausservertragliche Haftung scheitere am Erfordernis der Widerrechtlichkeit, da den Beklagten keine Rechtspflicht zum Schutze des Vermögens eines Dritten treffe." Gleiches gilt in allen vergleichbaren, insbesondere den oben genannten Fällen.

<sup>47</sup> Im BGE vom 23.12.2003 (Fn. 4 und 46) wird als Basis auch der *Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter* erwogen und mit gutem Grund abgelehnt. In Dreiecks-

- die der Vertrauenshaftung angelastete Konturenlosigkeit besteht allenthalben in den von Generalklauseln beherrschten Bereichen, wird aber durch Berufung auf Vertrauenshaftung nicht grösser, sondern vermindert. Das Gebot der guten Sitten bzw. das Verbot deren Verletzung ist bekanntlich eine der schwammigsten der Generalklauseln modernen Vertragsrechts kontinentaler Tradition, und mit Verweisung auf dieses Argument wird keine Rechtssicherheit gewonnen<sup>48</sup>. Im Gegensatz dazu bewirkt die Theorie der Vertrauenshaftung Präzisierung und Haftungs-Einschränkung: Zur Haftungs- und Anspruchs begründung genügt nicht Eintritt eines Schadens und missbilligenswerte Kausalität, sondern es wird einschränkend zusätzlich eine doppelte Voraussetzung statuiert: Der Schaden muss durch eine bestimmte schadenskausale Haltung des Geschädigten selber veranlasst sein, dies wiederum als Folge eines vom Pflichtigen geschaffenen oder doch zu vertretenden Vertrauens: Fehlt ein schadenskonnexes Vertrauen des Geschädigten, entfällt Haftung: Vertrauen ist nicht, wie viele anzunehmen scheinen, als solches bereits haftungsbegründend, sondern umgekehrt hier dessen Fehlen haftungsausschliessend.

Bei der als Ausweitung der herkömmlichen Werkeigentümerhaftung gesehenen Vertrauenshaftung kann diese Einschränkung illustriert werden: Die Verursachung eines Schadens durch einen Werkmangel sollte allein nicht zur Haftungsbegründung genügen, vielmehr darüber hinaus beim Verletzten ein berechtigtes Vertrauen in die Abwesenheit von Mängeln gefordert werden. Soweit man auf Strassen heruntergehende Dachlawinen als Mängel der Konstruktion oder des Unterhalts des Daches betrachten kann, entfällt Haftung, wenn Passanten bei gegebenen Witterungsverhältnissen nicht auf Sicherung rechnen konnten. Gleiches gilt bei der Haftung der Gemeinwesen für die Sicherheit ihrer öffentlichen Strassen, die in der Schweiz nach privatrechtlichen Grundsätzen (OR Art. 58) gehandhabt wird. Als Exempel erwünschter Einschränkung der Werkeigentümerhaftung durch das Vertrauensrequisit

verhältnissen wie der Verwendung von Gutachten gegenüber Dritten besteht allerdings eine Verwandtschaft, und wie bei der Vertrauenshaftung spielt auch hier das aus den äusseren Umständen zu erschliessende Vertrauen eine Rolle. Bei der Vertrauenshaftung ist indessen das Vertrauen des zu schützenden Dritten massgeblich, bei den "Verträgen mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter" sind zu schützen die berechtigten Erwartungen des Vertragspartners selber, der von seinem Kontrahenten Schutz und Rücksichtnahme zugunsten der ihm nahe Stehenden erwartet. Im Ziel (Erlangung von Ersatz für die geschädigten Dritten) konvergieren die beiden Vorgehensweisen, die entweder vom Vertragspartner oder aber dann von den geschädigten Dritten selber ausgehen. – Zum Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter KRAMER, BK OR Art. 1-18 Allg, Einleitg. N.144-149 (S. 75 ff.); BUCHER, OR AT [Schw. Obligationenrecht, Allgemeiner Teil; 2. Aufl. 1988; <[www.eugenbucher.ch](http://www.eugenbucher.ch)>] § 26/III.

<sup>48</sup> *Sittenwidrigkeit der Schadenszufügung* bleibt in jeder Hinsicht wolkig; nicht einmal ist gewiss, ob die moralische Missbilligung sich auf den schädigenden Akt oder aber auf dessen Ergebnis, den Schädigungserfolg, bezieht.

kann BGE 118 II 37 dienen, der die Haftung eines Ladeninhabers für die vor seinem Eingang bestehende Eisglätte aus der Werkeigentümerhaftung aus Art. 58 OR ableitet. Der Tatbestand stimmt im Grundsätzlichen völlig mit dem 81 Jahre älteren reichsgerichtlichen Linoleumteppichentscheid überein<sup>49</sup>, ist aber im Gegensatz zu diesem nicht zu billigen: Das Gericht, sich auf der Ebene herkömmlicher Sicht der Werkeigentümerhaftung bewegend, erwägt alle möglichen Gesichtspunkte der Zumutbarkeit der Beseitigung des gefährlichen Eises usw. und gelangt damit zur Bejahung der Haftung des Ladeneigentümers. Die gebührende Berücksichtigung der Vertrauensvoraussetzung hätte aber wohl zur Abweisung geführt, da die Vorstellung, dass der Ladeneigner es als seine Pflicht betrachte, nicht nur im Geschäft selber, sondern auch noch auf dem öffentlichen Grund davor für Sicherheit sorgen, sehr weit hergeholt ist<sup>50</sup>.

Insgesamt darf festgehalten werden, dass das Vertrauensrequisit das einzige Element ist, das gegenüber der heute feststellbaren *Tendenz der Ausweitung der Werkeigentümerhaftung* klare Grenzziehung erlaubt. Eine Haftung der Betreiber von Skiliften für die Sicherheit der Abfahrtspisten und vergleichbare Sachverhalte dürfen zum vornherein allein in dem Umfang erwogen werden, als der Schadensbetroffene bei den aktuellen Verhältnissen Anlass zur Annahme hatte, der Unternehmer würde Risiken der eingetretenen Art ausschalten können und wollen, dies unter der weiteren Voraussetzung, dass diese Annahme Ursache des Schadenseintritts war. Derartige doppelte Annahme wird nur ganz ausnahmsweise gerechtfertigt sein. Identische Gesichtspunkte müssen gelten hinsichtlich der Haftung für Schäden durch stürzende oder abbrechende Bäume in öffentlich zugänglichen Bereichen, weshalb bei dem Publikum bereitgestellten und gepflegten Parkanlagen eine Haftung wenigstens in Erwägung gezogen werden kann, nicht aber bei wildwachsendem Baumbestand, wo niemand Sicherungsmassnahmen erwartet.

## VI. Bisher ausstehende Übernahme echter (helvetischer) Vertrauenshaftung im Ausland

"Haftung für geschaffenen Rechtsschein" oder kurz "Vertrauenshaftung" ist in der Diskussion lebendig vor allem seit dem Buch zu diesem Topos von

<sup>49</sup> Vgl. bei Fn. 21.

<sup>50</sup> Der Ladeninhaber besass über das öffentliche, jedermann zugängliche Trottoir weder Verfügungsbefugnis noch Verantwortung. Zufällig stand es in vorliegendem Fall formal in dessen Eigentum, war indessen mit einer Dienstbarkeit der öffentlichen Hand belastet. Die dem Ladeneigentümer verbliebene *nuda proprietas* war weder für den Besucher erkennbar noch überhaupt geeignet, vertrauensbildend zu sein.

C.W.CANARIS des Jahres 1971<sup>51</sup>, ein Werk, das sein Verfasser als "eine rechtsdogmatische, d.h. auf das geltende Recht bezogene Arbeit"<sup>52</sup> bezeichnet und welches dem entsprechend die in Gesetzgebung und Praxis erkennbaren Fälle der Verwirklichung von Vertrauenshaftung systematisch erfassen und auf gemeinsame Grundgedanken zurückführen will. Aber, wenn in der bundesgerichtlichen Praxis und dem entsprechend auch hier von "Vertrauenshaftung" gesprochen wird, steht etwas im Kern Verschiedenes zur Debatte. Der *Anspruch* des Topos Vertrauenshaftung ist ein anderer: Es geht um einen *aussergesetzlichen* Obligationsentstehungsgrund, und es wird normativ ausserhalb des Gesetzes eine neue Anspruchsgrundlage gefordert und dem entsprechend auch geschaffen, nicht bloss deskriptiv positives Recht gedeutet. Und sodann ist die *Zielrichtung* eine andere: Es geht um "Haftung" im engeren, eigentlichen Wortsinn, um Entstehen von *Ersatzpflicht für eingetretenen Schaden* (so der *Swissair*-Entscheid des Bundesgerichts wie der *Linoleumrollen*-Entscheid des Reichsgerichts und alle anderen oben genannten). Auch bei CANARIS steht im Ausgangspunkt vertrauensschaffendes Verhalten, aber das Schwergewicht der Fragestellung ist auf die *rechtsgeschäftlichen Folgen* desselben bezogen, auf Geltung oder Nichtgeltung von Verträgen, allenfalls auch deren Inhalt. Geldersatz bzw. diesbezügliche Haftung erscheinen vielleicht als Sekundärfolge der dabei erteilten Antwort.

Wenn und soweit sie heute von "Vertrauenshaftung" spricht, verharrt die deutsche Doktrin weitgehend beim genannten Verständnis. Hier Hinweise auf Kommentarliteratur: Im Münchener Kommentar titelt SÄCKER: "Eigenständige Vertrauenshaftung und Rechtsgeschäftslehre" und schreibt dem entsprechend über rechtsgeschäftliche Probleme, nicht aber über Haftungsfragen im eigentlichen Wortsinn<sup>53</sup>, bei Staudinger handelt DILCHER über die "Rechtsfolgen des erklärungsähnlichen rechtlich relevanten Verhaltens"<sup>54</sup>, im Historisch-Kritischen Kommentar zum BGB verstehen sowohl ZIMMERMANN wie auch SCHERMAIER Vertrauenshaftung als einen Aspekt der Rechtsgeschäftslehre und der Vertragsentstehung<sup>55</sup>. Dass das Konzept der Vertrauenshaftung, so wie aus der bisherigen Praxis des Bundesgerichts abzuleiten, hauptsächlich auf die Schweiz beschränkt ist und in der deutschen Doktrin

<sup>51</sup> C.W.CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971. Der Autor weist auf Vorläufer hin. - "Vertrauen" steht für *fides*, dies ein seit der Antike wegweisender Topos; "Vertrauenshaftung" wohl erstmals im 20.Jahrhundert.

<sup>52</sup> a.a.O. S. 1.

<sup>53</sup> SÄCKER in Münchener Komm. zum BGB, Bd.I (zit. 2. Aufl.1984), Einleitung N. 154-159.

<sup>54</sup> DILCHER in Staudinger (12. Aufl.1980), Vorbem. zu §§ 116-144, N. 44, und dann bis N. 48.

<sup>55</sup> Historisch-Kritischer Komm. zum BGB, HKK, Bd. I (1. Aufl. 2003); ZIMMERMANN, vor § 1 N. 23; SCHERMAIER, §§ 116-124 (sc. die Bestimmungen über Willensmängel) N. 27, N. 73 (Auseinandersetzung mit KRAMER's Vorschlag, das System des Irrtumsrechts durch eine Vertrauenshaftung zu ersetzen; und nennt vielfache "Versuche, das System des Irrtumsrechts durch neue Systeme der Vertrauenshaftung zu ersetzen"), N. 103.

keine unmittelbaren Vorläufer hat, zeigt schliesslich der *Palandt-Kommentar* zum BGB: In der Auflage des Jahres 2003 (der ersten, die das neue Schuldrecht integriert) ist im sehr ausführlichen Sachverzeichnis das Schlagwort "Vertrauenshaftung" nicht zu finden.

In Deutschland war der Haftungsgrundsatz, wie er der Vertrauenshaftung i.S. des *Swissair*-Entscheids zugrundeliegt, in der Doktrin niemals grundsätzlich postuliert worden; er kann heute nicht als Bestandteil der herrschenden Lehre gelten. Das wird dadurch illustriert, dass (nach dem Wissensstand des Schreibenden) derzeit niemand fordert, den allgemein bekannten und auch heute noch häufig genug zitierten *Linoleumrollen*-Entscheid des Reichsgerichts des Jahres 1911 als Anwendungsfall der Vertrauenshaftung zu qualifizieren und ihn aus dem inkongruenten Umfeld der c.i.c. zu befreien (dazu oben Zif.II/1 lit.c). Vor einem Vierteljahrhundert hatte zwar allerdings der BGH den Begriff "Vertrauenshaftung" in einem mit der hier präsentierten Kasuistik durchaus vergleichbaren Fall tatsächlich verwendet<sup>56</sup>, und dieser Entscheid ist literarisch vereinzelt mit beachtlicher, weiterführender Kommentierung aufgegriffen worden<sup>57</sup>. Aber das blieb eine Episode, und ohne in unseren Tagen erkennbare Folgen.

Die Tatsache, dass das in der Schweiz nun eingebürgerte, als Vertrauenshaftung etikettierte Institut von dem abweicht, was derzeit in der Doktrin zum BGB meist darunter verstanden wird, bedeutet umgekehrt, dass derzeit in Deutschland das vom schweizerischen Bundesgericht zu einer eigenen Kategorie der Haftung erhobene Konzept noch heimatlos ist und keinen Namen hat; im übrigen haben auch die "faktischen Vertragsverhältnisse" nur bescheidenen Raum im gängigen Argumentationsinstrumentarium<sup>58</sup>. In

<sup>56</sup> BGH, 19.12.1977; in NJW 1978, 1374 = JZ1978, 335 = WM 1978, 435 (zit. nach Fn. 57).

<sup>57</sup> Der beachtliche Aufsatz von (damals "Wiss.Assistent Dr.") GERHARD HOHLOCH, Freiburg, "Vertrauenshaftung" - Beginn einer Konkretisierung? NJW 1979, S. 2369-74. Verf. stellt eingangs fest, dass der "haftungsrechtliche Standardbegriff 'Vertrauenshaftung' ... bislang seine schillernde Vieldeutigkeit nie ablegen" konnte. Er anerkennt die im genannten Entscheid sichtbar werdende Ausweitung der Deliktshaftung und folgert: "Die institutionelle Verselbständigung der 'Vertrauenshaftung' ist ... geeignet, die geläufigen Rechtsinstitute der culpa in contrahendo und der positiven Forderungsverletzung zu entlasten, und kann somit zu einer dogmatischen Bereinigung führen." (S. 2374).

<sup>58</sup> Die „faktischen Vertragsverhältnisse“ werden teilweise als nicht der Begründung bedürftige Selbstverständlichkeiten gehandhabt, oder aber untauglichen Regeln (etwa Kondiktion) unterstellt. Nicht wenige Autoren finden Genugtuung dabei, die in der Tat verfehlte Argumentation HAUPT'S auszuräumen, ohne in der Sache selber sich Gedanken zu machen. Dazu BUCHER, Besprechung von Lambrecht (Fn. 32), dessen Schrift dokumentierende Hinweise zum oben Gesagten bringt.

<sup>59</sup> Die Aufblähung des culpa in contrahendo-Sammelpostens wird deutlich im obgenannten Palandt-Kommentar: Während im Sachverzeichnis die "Vertrauenshaftung" überhaupt fehlt, erscheinen unter dem Stichwort "culpa in contrahendo" insgesamt sechs Verweisungen, von denen die wichtigste, jene auf § 311, die N. 11-66 nennt. Dort findet sich ein reich gegliederter Text von insgesamt mehr als sieben Seiten. Der Terminus Vertrauenshaftung erscheint zwar im Text (N. 36), meint aber nur gerade den Fall der Haftung desjenigen, "der

Deutschland ist das c.i.c.-Argument weiterhin dazu verurteilt, Auffangbecken derartiger Obligationsentstehungsgründe zu sein, die zusätzlich zur Befriedigung berechtigter Interessen ausserhalb des Legalsystems von Doktrin und Praxis gewährt werden<sup>59</sup>. Der Unterschied der Lage in der Schweiz und jener in Deutschland liegt in der argumentativen Diktion und nur wenig in der Sache selber, denn in Deutschland werden reihenweise Sachentscheide gefällt, die in der Schweiz gestützt auf die Argumente der faktischen Vertragsverhältnisse oder der Vertrauenshaftung ergangen sind oder ergehen könnten.

Beidseits des Rheins sollte die Juristenschaft sich die beschriebene Verschiedenartigkeit vor Augen halten und Klärung anstreben. Bessere, heisst eindeutige Sprachregelung ist wünschbar, was Einführung mindestens eines zusätzlichen neuen Terms verlangen wird<sup>60</sup>.

## VII. Zur Systematik der aussergesetzlichen Obligations-Entstehungsgründe

### 1. Heutige Schweizer Siebenzahl der Entstehungsgründe

Die in den modernen Privatrechtskodifikationen anerkannten vier *causae obligationum* (Vertrag und Delikt, diese ergänzt durch die Nebenpositionen der *condictio* und der *negotiorum gestio*) sind weit herum als zu eng und als ergänzungsbedürftig erkannt worden. In der ausweitenden Ergänzung sind, wie wir sahen, Deutschland und Österreich bei den *culpa in contrahendo* stehen geblieben, in der Schweiz haben wir, der I. Zivilabteilung sei es gedankt, darüber hinaus, seit dem Jahre 1984, die Figur der *faktischen Vertragsverhältnisse*<sup>61</sup> (dazu oben Zif.III/2), zu der zehn Jahre später die praktisch bei weitem wichtigere, hier betrachtete *Vertrauenshaftung* hinzutrat.

ohne Verschulden bei der Verhandlungsführung Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages erweckt und anschliessend ohne triftigen Grund den Vertragsschluss verweigert" (folgt Hinweis auf BGH 71,375 und weitere). Der helvetischen Vertrauenshaftung stehen tatbeständlich nahe zahlreiche im Zusammenhang von § 311 genannte Entscheide (so bes. unter N. 17 und 34).

<sup>60</sup> "Vertrauenshaftung" als rechtsgeschäftsbezogener Begriff kann zeitliche Priorität beanspruchen. Andererseits passt "Vertrauenshaftung" von der Sache her wesentlich besser für die vom schweizerischen Bundesgericht neu eingeführte *causa obligationis*, die eine Ausweitung des traditionellen Deliktsrechts darstellt, daher als quasideliktische Institution qualifiziert werden kann und im eigentlichen Wortsinn *Haftung* bedeutet.

<sup>61</sup> Vgl. dazu oben Fn. 31.

Das in der Schweiz bestehende Bild der Ergänzung der vier traditionellen Entstehungsgründe durch drei weitere ruft der Frage, ob die heute das helvetische Obligationenrecht bestimmende, symbolträchtige Zahl *sieben* als Richtlinie für alle Zukunft gelten kann. Im Groben mag ein solches Statement angehen, fordert aber Relativierung.

Das Aufzählen von Entstehungsgründen und entsprechende Systembildung darf nicht in jenen Fehler der Kodifikationen zurückfallen, den man mit Schaffung zusätzlicher Typen korrigieren will: Die ab- und ausschliessende Umschreibung der Obligationsentstehungsgründe ist den Kodifikationen nicht geglückt, ist aber auch heute und wohl auch in Zukunft nicht mit letzter Konsequenz möglich. Gruppenbildung ist nützlich und notwendig, muss aber als offenes, der Erweiterung zugängliches System verstanden werden, so wie dies die Sicht der Antike und der romanistischen Tradition war.

## 2. Gegenseitige Abgrenzung der drei extralegalen *causae obligationum*

Die drei *Topoi* der *culpa in contrahendo*, der *faktischen Vertragsverhältnisse* und der *Vertrauenshaftung* sollen nicht als begrenzte Grössen, sondern vielmehr als *Wegweiser* verstanden werden, welche der ausserhalb des Gesetzes sich bewegenden Rechtssuche die Richtung zeigen sollen. Wo die Gesetze schweigen, sind wir auf Fallrecht verwiesen und befinden uns in ähnlicher Lage wie der englischsprachige Jurist mit seinem *case law*. Hier ist nicht Bildung von Fallgruppen ausgeschlossen, und auch das Herausstellen der die einzelnen Gruppen charakterisierenden Prinzipien bleibt erlaubt. Aber durchgehende Folgerichtigkeit darf weder von der Bildung solcher Prinzipien noch deren Anwendung erwartet werden, und scharfe Grenzziehung ist erst recht nicht möglich. Unter diesem Vorbehalt die folgenden Hinweise.

Am einfachsten und klarsten zu fassen ist der älteste extralegale Entstehungsgrund, die *culpa in contrahendo*. Deren Urheber, RUDOLPH V. JHERING (1818-1892) war origineller Denker, wenn auch gelegentlich abwegig und wirr<sup>62</sup>. Indessen kann das wirr-verwirrende *mixtum compositum* der bis heute üblicher Fallzuordnungen im Rahmen der c.i.c. nicht ihm angelastet werden: Die von ihm genannten Beispiele (vorab der fahrlässig irrende Kontrahent, der durch Veranlassung eines unwirksamen Vertrages dem Partner Schaden

<sup>62</sup> Das Hauptbeispiel grundlegenden Missverstehens stellt JHERING'S "Kampf um's Recht" (1872) dar, wo kompromisslose Durchsetzung privater Ansprüche gefordert wird. Da deren Begründetheit kaum je ganz ausser Zweifel steht, kann vorbehaltloser Kampf nicht zur moralischen Forderung erhoben werden. Ebenso wenig Sinn macht JHERING'S Auffassung, dass unentgeltliche Zuwendungen böse seien (so aber die die spiegelbildliche Umkehrung des "Kampfs" darstellende Schrift JHERING'S gegen das Trinkgeld, 1882). Dazu BUCHER, Gegen Jherings "Kampf um's Recht"; was die Privatrechtler aus unsinniger These lernen können, in Festschrift für Peter Gauch (2004); [www.eugenbucher.ch; Nr. 88].

zufügt) sind konsistent und sowohl auf *culpa* bezogen wie mit *contrahere* verbunden. Sie sind in der Schweiz von MUNZINGER umgehend (ende der Sechzigerjahre) in seine Entwürfe aufgenommen worden und finden sich im Obligationenrecht von 1883 wie jenem von 1911 gesetzlich verankert (oben Zif.III/1)<sup>63</sup>.

Sowohl die "faktischen Vertragsverhältnisse" wie die Fälle die Vertrauenshaftung können sich mit Delikten berühren: Oft ist (bei ersteren) die vertragslose Erlangung einer Leistung rechtlich unzulässig und die Haftungsgrundlage damit deliktsähnlich, und die Vertrauenshaftung kann im erweiterten Sinn als Haftpflichtrecht verstanden werden. Bei den "faktischen Vertragsverhältnissen" ist die als Sanktion geschuldete Ersatzpflicht mit Blick auf allenfalls bestehende vertragliche Massstäbe zu bemessen, und bei der Vertrauenshaftung enthält die Voraussetzung des beim Geschädigten entstandenen, jedoch vom Haftpflichtigen geschaffenen Vertrauen wenigstens entfernt einen quasi-konsensualen Aspekt.

Die "*faktischen Vertragsverhältnisse*" (oben Zif.III/2) sind heute in der hiesigen Gerichtspraxis fest verankert, da die unteren Instanzen dem vom Bundesgericht im Jahre 1984 gewiesenen Weg ohne Zögern folgten. Die Begründung kann nicht, wie HAUPT vorschlug und die ablehnende deutsche Doktrin<sup>64</sup> auch heute noch als Grundlage des Konzepts unterstellt, im Fingieren eines Vertrages liegen, der statt durch Konsens exzeptionellerweise durch Fakten zustande kommt. Vielmehr ist das *Faktum*, d.h. das an-sich-Reissen einer rechtmässig nur durch Vertrag zu erlangenden Leistung, *selber Obligationentstehungsgrund*<sup>65</sup>; die Annahme einer Vertragentstehung ist auch nicht als Fiktion notwendig oder sinnvoll.

Dem gegenüber stehen die Fälle der *Vertrauenshaftung* in der Nähe des *Deliktsrechts*. Dies ist deutlich bei der Verletzung absoluter Rechte, d.h. Körperschädigungen wie im Fall der Linoleumteppich-Rollen. Die weitaus wichtigere Gruppe nach dem Muster der Fälle *Swissair* oder *Grossen* betrifft *reine Vermögensschädigungen*, die als solche von der Delikts-Generalklausel der schuldhaft-widerrechtlichen Schädigung zum vornherein nicht erfasst sind, aber auch nicht auf die Regel von Art. 41 Abs. 2 (vorsätzliche sittenwidrige Schadenszufügung) gestützt werden können, da typischerweise weder Sittenwidrigkeit noch gar Schädigungsvorsatz vorliegt (oben Zif.V). Trotzdem

<sup>63</sup> Dazu oben Fn.19.

<sup>64</sup> Dieser folgen vereinzelt Autoren in der Schweiz; vgl. etwa Schweiz.Juristenzeitung (SJZ) 1989 S. 273-277. Von "faktischem Vertrag" spricht I. SCHWENZER (Fn.12 ) 28.57 Ziff. 5 S. 184.

<sup>65</sup> Die Rechtfertigung der Vertrauenshaftung liegt logisch gesprochen in einem *apagogischen Schluss* (Ausschluss der gegenteiligen Antwort): Sanktionslosigkeit des Eingriffs in fremde Vermögenssphäre und kostenlose Erlangung eines rechtermassen nur entgeltlich und durch Vertrag zu erlangenden Leistung darf nicht zulässig sein, würde doch damit ein rechtsfreier Raum entstehen, weshalb eine Gegenleistungspflicht *ex lege* statuiert werden muss.

finden Entscheide wie *Swissair* und *Grossen* unsere Billigung, und eine bessere Begründung als jene der Vertrauenshaftung lässt sich nicht finden. Die Vertrauenshaftung für Vermögensschäden unterliegt anderen Voraussetzungen als jenen von Art. 41 Abs.2 und kennt andere Schranken: Nicht bereits das Verhalten (Verschulden) des Pflichtigen oder objektive, dem Pflichtigen zuzurechnenden Fakten lösen Ersatzpflicht aus, vielmehr wird darüber hinaus ein sich als schadenskausal herausstellendes Verhalten des Anspruchsberechtigten vorausgesetzt. Dieser erfüllt durch sein Verhalten eine notwendige Bedingung des Schadenseintritts, und erst dieser löst den schadenskompensierenden Ersatzanspruch aus. Im Linoleumteppich-Fall hatte die Geschädigte *sua sponte* das gefährdungsbelastete Ladenlokal betreten, im *Swissair*-Fall die Geschädigten aus eigenem Antrieb in die später fallierende Tochter der *Swissair* investiert, *Grossen* seine auf den Wettbewerb vorbereitenden Aufwendungen selber gewollt. Diesen drei und allen anderen typischen Fällen von Vertrauenshaftung ist gemeinsam, dass der Dritter dadurch in Pflicht kommt, dass er den schliesslich Geschädigten zu dem selbstschädigenden Verhalten einlud. Dieses Kriterium steht im Vordergrund, wenn man nach dem Charakteristikum der Vertrauenshaftung und deren Abgrenzung gegenüber den anderen sucht.

### 3. Insbesondere das Verhältnis von c.i.c. und Vertrauenshaftung

In Deutschland werden die der Vertrauenshaftung im hiesigen Verständnis entsprechenden Tatbestände (zusammen mit den "faktischen Vertragsverhältnissen" als Anwendungsfälle der c.i.c.-Doktrin qualifiziert. Wie gesehen vermag dies nicht zu überzeugen. Bei den beispielhaft hier aufgeführten Fällen (Linoleumrollen des RGZ, in der Schweiz die Fälle *Swissair*, *Freistilringer Grossen*, usw.) wie auch in allen anderen hier einzuordnenden (etwa Haftung für Gutachten, Zeugnisse u.dgl.) soll weder Verschulden der Beteiligten vorausgesetzt werden noch besteht bei diesen quasideliktischen Tatbeständen ein Bezug zu Kontrahieren.

Dagegen kann teilweise Logik beanspruchen die Auffassung von ERNST KRAMER, der die Vertrauenshaftung nicht der *culpa in contrahendo* als Sonderfall unterordnet, sondern diese umgekehrt als übergeordnetes Prinzip versteht und die c.i.c. als der Vertrauenshaftung "wichtigste Fallgruppe" bezeichnet<sup>66</sup>. Dies trifft zu, allerdings hauptsächlich für das, was er nennt "die Weiterungen, die aus diesem Ansatz (sc. der c.i.c.) entwickelt worden sind", d.h. das, was hier als zu Unrecht der c.i.c. zugeordnete Fälle der Vertrauenshaftung bezeichnet wird.

<sup>66</sup> ERNST KRAMER, Berner Kommentar zum OR (1986) Art. 1-18, Allg., Einleitung N. 150 (S. 78).

Sonderung der beiden Fallgruppen ist angezeigt: Ursprüngliche c.i.c. und Vertrauenshaftung sind gleichgeordnete, unabhängige Größen (zu denen als dritter extralegalen Obligationensentstehungsgrund die Figur der "faktischen Vertragsverhältnisse hinzutritt). Zur Verdeutlichung des Gegensatzes ist festzuhalten, dass bei c.i.c. (i.S. JHERINGS) Haftung nicht aus Vertrauen abgeleitet wird. Gewiss vertraut der zu Schaden kommende auf die Geltung des von ihm geschlossenen Vertrages, der nun wegen Irrtums des Gegenkontrahenten dahinfällt. Vertrauen in Vertragsgeltung beim Kontrahieren ist indessen bereits Voraussetzung gültigen Vertragsschlusses und bewirkt Vertragsentstehung, nicht aber den Schaden wegen dessen Dahinfallens<sup>67</sup>. Wollte man das Gegenteil annehmen, müsste man Vertrauenshaftung in jedem Fall der Nichtabwicklung des Vertrages annehmen, also neben der Irrtumsanfechtung auch bei jeglicher Vertragsnichterfüllung. Derartige Ausweitung der Vertrauenshaftung hat noch niemand gefordert und würde auch keinen Sinn machen.

## VIII. Was bleibt zu tun ?

Mit dem Akzeptieren der Vertrauenshaftung als Grundsatz ist nicht alles getan, was zu leisten ist.

Zuerst wird zu überlegen sein, ob die zu erfassenden Vertrauenstatbestände *schärfer gefasst* werden können. Vorab ist das *haftungsauslösende Vertrauen* nach dessen *Entstehung* zu differenzieren: Es kann entweder *Individualvertrauen* oder aber *Generalvertrauen* sein. Im ersteren Fall gerät der Betroffene in Haftung aufgrund seines im gegebenen Fall gezeigten besonderen Verhaltens (etwa die *Swissair* durch Dulden der Verweisungen auf sie seitens ihrer Tochtergesellschaft), beim Generalvertrauen sind alle Angehörigen bestimmter Berufsgruppen erfasst, so im alten Rom unter den *recepta* die Wirte, Schiffsbetreiber, die *argentarii* und die *arbitri*, heute vor allem alle jene, welche das Publikum in ihre Gärten und Gebäude einladen und die Gewähr leisten müssen, dass keine ihnen selber zuzurechnenden Gefahren bestehen. Im Linoleumteppich-Entscheid hatte der Ladenbesitzer in keiner Weise sich als besonders zutruenswürdig ausgezeichnet; seine Haftung war eine generalisierte, wie sie jeden anderen Ladeninhaber trifft, darüber hinaus auch Veranstalter von Ausstellungen usw. Die in die Augen springende Gegensätzlichkeit des haftungsauslösenden Vertrauens, je nachdem es nach der hier vorgeschlagenen Benennung *Generalvertrauen* (Linoleumteppich-Fall) oder

<sup>67</sup> Wenn sich ergäbe, dass der durch Irrtumsanfechtung zu Schaden Kommende nicht auf irrumsfreien Kontrahierungswillen vertraute, vertrauen konnte und musste, wäre ein Vertrag gar nicht zustande gekommen, und von Schädigung wegen Irrtums des Gegners dürfte nicht gesprochen werden. Gleiches gilt im Falle der Stellvertretung für das Vertrauen in die Geltung der Vollmacht.

*Individualvertrauen* (Swissair-Fall) darstellt, wurde bisher nicht beachtet, wird aber bei der Bestimmung von Sekundärvoraussetzungen der Haftung (Verschulden?) bedeutsam.

Bei der *culpa in contrahendo* war es lange und ist auch heute noch bräuchlich, nach deren "Rechtsnatur" zu fragen<sup>68</sup> und dann diese (als solche sinnlose) Frage dahin zu präzisieren, ob c.i.c. vertraglicher oder deliktischer Natur sei. Auch das macht wörtlich genommen keinen Sinn, denn wenn die zu erfassenden Tatbestände vertraglich oder deliktisch wären, hätte es nicht der Erfindung der c.i.c. bedurft: *Culpa in contrahendo* steht für sich, ist eben c.i.c. und nichts anderes. Es kann sich allein um die Frage handeln, ob *Sekundärfragen* (vor allem bezüglich Handlungsfähigkeits- bzw. Verschuldensvoraussetzungen oder der Verjährung) den bei Verträgen oder den bei Delikten geltenden allgemeinen Regeln folgen sollen. Dies gilt bei allen extralegalen Obligations-Entstehungsgründen, ganz besonders aber bei den verschiedenen Erscheinungsformen der Vertrauenshaftung, die nicht durch Zuweisung zu Vertrag oder Delikt pauschal erfolgen soll. Hier bloss einige wenige Bemerkungen:

*Verschulden* ist Haftungsvoraussetzung bei der *culpa in contrahendo*. In der Person des Pflichtigen ist Verschuldensfähigkeit (in der Schweiz Urteilsfähigkeit i.S. von ZGB Art. 16) gefordert, nicht aber Geschäftsfähigkeit; dies hat der Gesetzgeber für den Fall der Verleitung zur Annahme der Mündigkeit in ZGB 411 Abs. 2 festgeschrieben, muss aber allgemein gelten<sup>69</sup>. Anders bei den "*faktischen Vertragsverhältnissen*"; diese fordern Unterscheidungen: Der (ohnehin nicht hier einzuordnende) Bezug von Wasser, Strom etc. im normalen Rahmen löst unerachtet eines Vertragsschlusses Gegenleistungspflicht aus und ist daher unabhängig von der Geschäftsfähigkeit des Bezügers geschuldet (ebenso müsste dies für *necessaries* i.S. der englischen Tradition gelten). Beim Schwarzfahrer und bei anderem faktischen Erzwingen der Gegenleistung oder deren Wegnahme wäre dagegen wohl analog zum Deliktsrecht bloss Verschuldensfähigkeit vorauszusetzen. Volle Geschäftsfähigkeit ist aber m.E. immer dann zu fordern, wenn der Haftungsgrund im Rahmen der Abwicklung eines wirksam geschlossenen Vertrages eintritt, etwa die eine Partei die andere durch eigenen Verzug zu Mehraufwand zwingt oder sonstige Mehrleistung veranlasst.

Bei der *Vertrauenshaftung* spielt auf der Seite des Haftenden Verschulden und Verschuldensfähigkeit keine Rolle, wenn die Haftung auf "*Generalvertrauen*" beruht, d.h. bei Tatbeständen nach dem Muster des Linoleumrollen-

<sup>68</sup> Vgl. dazu oben bei Fn. 35.

<sup>69</sup> Der nicht geschäftsfähige irrende Kontrahent benötigt allerdings keine Irrtumsanfechtung, sondern kann fehlende Handlungsfähigkeit anrufen. Gleiches gilt bei der vollmachtlosen Vertretungshandlung. – In Deutschland stellt sich angesichts der Verschuldensunabhängigkeit gemäss § 122 die Frage anders.

Entscheidungen und andere in Verwandtschaft zur Werkeigentümerhaftung stehenden (Haftung für Sicherheit in der Öffentlichkeit geöffneten Räumen, für heruntergehende Dachlawinen usw.): Wie bereits die Werkeigentümerhaftung sollten auch die übrigen Fälle der oben genannten Haftung aus Generalvertrauen reine, vom Verschulden des Pflichtigen unabhängige *Erfolgshaftung* verstanden werden. Als Einschränkung dieser verschuldensunabhängigen Kausalhaftung ist umgekehrt zu fordern, dass das objektiv vorgegebene Vertrauen für das schadenskausale Verhalten des Betroffenen kausal war. Diese für die Vertrauenshaftung charakteristische Voraussetzung bedeutet allerdings auch, dass ausnahmsweise die Urteilsfähigkeit (inhaltlich übereinstimmend mit Deliktsfähigkeit) des Geschädigten gefordert ist, soll dieser Ansprüche aus Vertrauenshaftung erlangen können, denn, fehlt diese, kann er nicht im Rechtssinn Vertrauen erlangt haben (ZGB Art. 18).

Bei Haftung aus "*Individualvertrauen*" nach dem Muster des Swissair-Entscheidens oder der Verleitung zur Annahme der Handlungsfähigkeit muss dagegen Verschulden (und entsprechende Verschuldensfähigkeit) vorausgesetzt werden<sup>70</sup>, wie dies der Gesetzgeber für letzteren Fall festschreibt (ZGB Art. 411 Abs. 2). Offen bleiben mag die wenig bedeutsame Frage, ob in Fällen besonderer Nähe zum Vertragschliessen (Haftung aus Gutachten, Arbeitszeugnissen, Patronatserklärungen und dgl.) volle Geschäftsfähigkeit des Haftenden zu fordern sei.

Bei der Vertrauenshaftung hat erstaunlicherweise eine in die Augen springende Gegensätzlichkeit keinen erkennbaren Einfluss, der Unterschied nämlich, ob der eingetretene Schaden unmittelbar durch *Fakten* (Körperschädigung wie im Linoleumrollen- oder Steigbügel-Fall, Körper- und Sachbeschädigung durch Werkmängel usw. oder infolge Gefahren der Skipiste o.dgl.) verursacht ist oder aber aus *vermögensrelevanten Dispositionen des Geschädigten* folgt, die dieser gestützt auf unberechtigtes Vertrauen selber unternommen hat. Näheres Zusehen zeigt, dass die über Haftung und Nichthaftung entscheidenden Gesichtspunkte der beiden Fälle identisch sind: Ob der Skilift-Betreiber für Mängel auf Abfahrtspisten haftet oder aber der Unterzeichner eines Arbeitszeugnisses oder einer Patronatserklärung, muss da und dort gleichermassen danach entschieden werden, ob der Betroffene im Zeitpunkt seiner Entscheidung (sc. seines schadenskausalen Verhaltens) bei damals gegebenen Umständen annehmen durfte, der in Haftung zu Nehmende würde für Nichtvorhandenseins des sich in der Folge verwirklichenden Risikos Gewähr leisten. Im übrigen muss in beiden Fällen, wie das Bundesgericht

<sup>70</sup> "Verschulden" (*culpa*) bedeutet hier allein wissentliche Veranlassung schadenskausalen Vertrauens, ist daher, anders als bei Delikten i.e.S. nicht auf widerrechtliches, sondern allein auf ordnungswidriges Verhalten bezogen. - Bei Verwendung von Gutachten gegenüber Dritten ist Verschulden des Gutachters nur dann gegeben, wenn dieser die Verwendung gegenüber Dritten autorisiert hat oder sie doch vorausgesehen konnte und nicht verhinderte.

zur Ausstellung eines täuschenden Arbeitszeugnisses festgehalten hat, gleichermaßen gelten, dass nicht das *alles-oder-nichts*-Prinzip gilt, vielmehr auch Annahme von Teil-Kausalität mit beschränkter Ersatzpflicht systemgerecht ist<sup>71</sup>.

*Verjährung* dürfte in all den genannten Beispielen nach dem Geschmack des Schreibenden allein nach der allgemeinen Zehnjahresfrist eintreten, weil keinerlei gesetzlichen Sondervorschriften bestehen. Die Gegenposition verstösst offen gegen den Wortlaut von OR Art. 127: Rechtsverlust durch Verjährung oder Verwirkung darf nur bei klarer positivrechtlicher Grundlage, nicht aber bei blosser richterlichem Gutfinden eintreten (ganz entgegengesetzt aber die Sicht des Bundesgerichts und anderer Verjährungsfreunde).

## IX. Zum Schluss

Abschliessend kann folgendes festgehalten werden:

1. Das Konzept der Vertrauenshaftung erlaubt eine *saubere Begründung* richtiger, notwendiger und im Ergebnis meist auch nicht bestrittener Entscheidungen, die in den Kodifikationen keine Grundlage haben. Deren Anerkennung erübrigt die früher in der Schweiz und heute noch im deutschsprachigen Ausland angerufenen hinkenden Begründungen (so vorab Berufung der *culpa in contrahendo*, allgemeine Deliktshaftung oder sittenwidrig-vorsätzlicher Schadenszufügung i.S. von BGB § 826 und OR Art. 41 Abs.2).

2. Da das schweizerische Obligationenrecht seit 1883 die von JHERING herausgestellten Anwendungsfälle der *c.i.c.* gesetzlich verankerte und darüber hinaus die ebenfalls dahin gehörenden Haftungstatbestände im Zusammenhang vollmachtloser Stellvertretung (OR Art. 39 und 36), besteht seit der Anerkennung der Vertrauenshaftung und der faktischen Vertragsverhältnisse in der Schweiz nur noch in Ausnahmefällen Anlass, sich auf diese Generalklausel zu berufen<sup>72</sup>. Das *c.i.c.*-Argument wird allerdings, dem Trägheitsgesetz gehorchend, noch für eine Weile, auch wo überflüssig geworden, sein Dasein weiter fristen<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Oben Fn. 34. Dort wurde ein Selbstverschulden des Geschädigten als die Haftung auf 50 % herabsetzende konkurrierende Kausalität in Rechnung gestellt.

<sup>72</sup> Weiterhin nicht anders als über *c.i.c.* kann begründet werden die Ersatzpflicht beim Abschluss eines *Vertrages mit unmöglichem Inhalt* trotz Kennen oder Kennenmüssen: Dies gilt bei Ungültigkeit des Vertrages wegen vorbestehender Unmöglichkeit (OR Art. 20), aber auch dann, wenn die Unmöglichkeit nach Vertragsschluss eintritt und der eine Vertragspartner das (ohne Verschulden des Schuldners eintretende) Unmöglichwerden voraussehen konnte.

<sup>73</sup> Selbst der BGE vom 23.12.2004 setzt sich in E.1 Abs. 2 mit dem *c.i.c.*-Argument auseinander, dieses mit guten Gründen verwerfend. Was nicht hindert, in E.2.1 die *c.i.c.* als Anwendungsfall der Vertrauenshaftung zu bezeichnen, ohne dass aus diesem Statement Schlüsse gezogen würden.

3. Die von Vielen gesehene Gefahr der Ausuferung der Haftungstatbestände ist keine Realität. Enttäushtes Vertrauen ist nicht als solches haftungsbegründend, sondern umgekehrt fehlendes Vertrauen haftungsausschliessend (enttäushtes Vertrauen nicht als hinreichende, sondern nur als notwendige Bedingung; nicht *conditio per quam*, sondern allein *conditio sine qua non*). Zusätzlich ist gefordert, dass das enttäuschte Vertrauen vom in Haftung zu Nehmenden veranlasst wurde oder doch wenigstens von ihm vertreten werden muss, schliesslich aber auch, dass der Geschädigte, veranlasst durch genanntes Vertrauen, seinerseits den Eintritt des Schadens ausgelöst hat.

4. Die Vertrauenshaftung ist in wichtigen Anwendungsfällen (Linoleumrollen-Fall und alle verwandten) als erweiterte Werkeigentümerhaftung zu verstehen, und es besteht Anlass, über diese und andere "milde Kausalhaftungen" (Haftung des Tierhaltes, Produktheftung und weitere) nachzudenken. Richtigerweise ist neben Ordnungswidrigkeit im Bereich des Pflichtigen zusätzlich und einschränkend ein vertrauensabhängiges Verhalten des Geschädigten vorauszusetzen (seine Annäherung an den gebissen habenden Hund, sein Konsum des schadhafte Produkts usw.). Derzeit wird nicht immer deutlich genug gesehen, dass Haftung entfallen muss, wenn der Geschädigte keinen Anlass hatte, an die Sicherheit des von ihm betretenen Gebäudes, die Gutmütigkeit des gestreichelten Hundes, an intakte Qualität des konsumierten Produkts zu glauben. Der Topos der Vertrauenshaftung lädt zu restriktiver Handhabung traditioneller Haftungstypen ein.

5. Die *Vertrauenshaftung* muss im Zusammenhang mit der *culpa in contrahendo* und den "*faktischen Vertragsverhältnissen*" gesehen werden. Die Nennung dieser drei Typen darf nicht als abschliessende Aufzählung der ausserhalb der Privatrechtskodifikationen anerkannten extralegalen Obligationen-Entstehungsgründen gesehen werden, muss vielmehr künftiger Erweiterung offen stehen. Jedes der drei Haftungsmodelle beruht auf einem Konzept, das zwar klar ist, ohne aber deshalb durchwegs scharfe Abgrenzung zu ermöglichen oder gar zu fordern. Nach deren "Rechtsnatur" zu fragen, ist sinnlos; Sekundärfragen (Handlungsfähigkeit oder Verschulden der Beteiligten als Haftungsvoraussetzungen, Verjährung entstandener Ansprüche o.dgl.) sind je gesondert, nicht aber durch Qualifikation der Haftungstypen als "vertraglich", "deliktisch" o.dgl. zu entscheiden. Ohne Zweifel dürfen wir feststellen: Weder Doktrin noch Praxis wird es künftig bei der Handhabung und kunstgerechten Erfassung der drei genannten *causae obligationum* an Aufgaben mangeln.

6. Den Obligationenentstehungsgrund der Vertrauenshaftung im Sinn wie heute in der Schweiz verstanden und hier besprochenen *verdanken wir der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts*. Er ist klar konzipiert und weiterführend. All das gilt auch für die bereits früher anerkannten "faktischen Vertragsverhältnisse". Bei letzterem Topos bestand allerdings abundanter, wenn auch kontroverser literarischer Anstoss, und ebenso gab es judizielle Vorbilder.

Ganz anders hier. Die Vertrauenshaftung wie oben besprochen als gesetzergänzendes normatives Konzept ist im grossen Ganzen eine *eigene Schöpfung* des hohen Gerichts; die in Deutschland entwickelten und unter dieser Flagge segelnden Konzepte betreffen fast immer anderes, d.h. vor allem Fragen der Rechtsgeschäftslehre und des Vertragsrechts, nicht aber des Haftungsrechts im engeren Sinne, und sie haben im übrigen primär deskriptiven, nicht aber normativen Habitus. Als eigenständige quasideliktische *causa obligationis* war die hier besprochene Vertrauenshaftung vor dem Swissair-Entscheid des Jahres 1994, soweit dem Schreibenden bekannt, niemals irgendwo je explizit postuliert worden und insbesondere auch ausserhalb der Schweiz nirgends im Gespräch. Dieses Argument ist derzeit noch fast eine helvetische Singularität. Mit zeitlichem Abstand werden aber, gleich wie bei der *culpa in contrahendo*, auch Deutschland und Oesterreich folgen.

7. Auf die eingangs gestellte Frage nach der Bedeutung dieser Neuerung kann die Antwort nur dahin gehen, dass die Vertrauenshaftung im Sinne des schweizerischen Bundesgerichts nicht nur bedeutsam, sondern auch neuartig-revolutionär ist.