

§ 17 Verpflichtungen im Rahmen vorvertraglicher Beziehungen; Haftung aus «culpa in contrahendo»	277
I. Allgemeines. Entstehung der Doktrin der culpa-in-contrahendo-Haftung	278
II. In ZGB und OR positivrechtlich verankerte Tatbestände von c.i.c. -Haftung	279
III. Anwendung des Grundsatzes der c.i.c.-Haftung in gesetzlich nicht geregelten Fällen	281
1. Bei Vertragsnichtigkeit infolge ursprünglicher Unmöglichkeit	281
2. Führen von Vertragsverhandlungen ohne Abschlusswillen; Nichterfüllen von Formvorschriften	281
3. Vertragloses Erteilen falscher Auskunft	282
4. Weitere Tatbestände; schuldhaftes Nichtbeachten der Lage der Gegenpartei	283
5. Hinweis auf Art. 1338 des italienischen CC	285
6. Schädigungen beim Vorgang des Vertragsschlusses	285
IV. Die «Rechtsnatur» der c.i.c.-Haftung (Verjährung, Haftung für Hilfspersonen)	286

§ 17 Verpflichtungen im Rahmen vorvertraglicher Beziehungen; Haftung aus «culpa in contrahendo»

Literatur

Schweizerische: J. ANEX, L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, thèse Lausanne 1977, R. GONZENBACH, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1987; E. HERZ, Culpa in contrahendo nach heutigem Recht in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Zürich 1935; P. PIOTET, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Bern 1963; DERS., Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle, ZSR 94/1975, Bd. I, p. 253 ff.; DERS., La culpa in contrahendo aujourd'hui, SJZ 77/1981, p. 225 ff.; DERS., Développements récents de la théorie de la culpa in contrahendo, Mélanges Guy Flattet, Lausanne 1985, p. 363 ff.; E. RABEL, Der sogenannte Vertrauensschaden im schweizerischen Recht, ZSR 27/1908 p. 291 ff. (= Gesammelte Aufsätze, Bd. I, Tübingen 1965, p. 147 ff.); A. SIMONIUS, Über den Ersatz des «aus dem Dahinfallen des Vertrages» erwachsenen Schadens, ZSR 37/1918 p. 225 ff.; K. SPIRO, Die Haftung für Abschluss- und Verhandlungshelfen, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, ZSR 105/1986, p. 619 ff.; P. TERCIER, La culpa in contrahendo en droit suisse, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Premières journées juridiques yougoslavo-suisse, Zürich 1984, p. 225 ff.; vgl. ferner Kommentare, Lehr- und Handbücher zum Stichwort «c. i. c.» und zu den gesetzlich geregelten Anwendungsfällen sowie die bei § 20/III/2 zit. Literatur.

Ausländische und rechtsvergleichende: K. BALLERSTEDT, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP 151, p. 501 ff.; U. DIEDERICHSEN, Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Verschulden beim Vertragsabschlusse und Sachmängelgewährleistung, BB 1965, p. 401 ff.; M. FROST, «Vorvertragliche» und «vertragliche» Schutzpflichten, Berlin/München 1981; G. FROTZ, Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, Gedenkschrift für Gschnitzer, Innsbruck 1969, p. 163 ff.; F. KESSLER, Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der neueren amerikanischen Rechtsprechung, FS von Caemmerer, Tübingen 1978, p. 873 ff.; K. LARENZ, Bemerkungen zur Haftung für «culpa in contrahendo», FS Ballerstedt, Berlin 1975, p. 397 ff.; F. LEONHARD, Verschulden beim Vertragsschlusse, Berlin 1910; D. MEDICUS, Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, p. 209 ff.; R. NIRK, Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, RabelsZ 18/1953, p. 310 ff.; DERS., Culpa in contrahendo - eine richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, FS Möhring, Berlin/München 1965, p. 385 ff.; DERS., Culpa in contrahendo - eine geglückte richterliche Rechtsfortbildung - Quo vadis? FS Möhring, 1975, p. 71 ff.; E. PICKER, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo - Zur Problematik der Haftung zwischen Vertrag und Delikt, AcP 183/1983, p. 369 ff.; E. SCHANZE, Culpa in contrahendo bei Jhering, in Ins Commune, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Band 7, Frankfurt a/M. 1978, p. 326 ff.; E. SCHMITZ, Dritthaftung aus culpa in contrahendo, Berlin/München 1980; HANS STOLL, Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, FS von Caemmerer, Tübingen 1978, p. 435 ff.; DERS., Haftungsfolgen fehlerhafter Erklärungen beim Vertragsschluss, FS Riesenfeld, Heidelberg 1983; HEINRICH STOLL, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1923 p. 532 ff.; R. Thiemann, Culpa in contrahendo - ein Beitrag zum Deliktsrecht, Gelsenkirchen 1984; R. WELSER, Das Verschulden beim Vertragsschluss im österreichischen bürgerlichen Recht, OeJZ 1973, p. 281 ff.; DERS., Die culpa in contrahendo im österreichischen Recht, LJZ 1984, p. 101 ff.

I. Allgemeines. Entstehung der Doktrin der *culpa-in-contrahendo*-Haftung

Der Rechtsbegriff der *culpa in contrahendo* (c.i.c.) wurde von RUD. VON JHERING entwickelt und hat in der Folge die Rechtsentwicklung entscheidend beeinflusst. Ausgangspunkt war seine Feststellung, dass das Gemeine Recht keine befriedigende Lösung vorsah für die häufigen Fälle, wo ein Vertrag (z. B. wegen wesentlichen Irrtums der einen Partei) nicht zustande kam und der eine Vertragspartner mit der Ausführung des Vertrages schon begonnen und Aufwendungen gemacht hatte². Das Besondere derartiger Fälle wurde darin gesehen, dass eine *Obligation begründet* werde durch «*culpa*, begangen bei Gelegenheit eines *intendierten Contractsverhältnisses*; der eine Theil ist dadurch in Schaden geraten, dass er einen ihm von andern proponirten und dem *äussern Hergang* nach zu Stande gekommenen Vertrag ausführte». Und das Ergebnis: «Damit hatte ich eine feste Abgränzung des Gebiets unserer *culpa* gewonnen, nämlich die der *culpa* bei Abschluss von *Contracten: culpa in contrahendo*³.»

In der Substanz war die Lehre einer Haftung im umschriebenen Sinn nicht völlig neu; JHERING selber fand in den römischen Quellen Beispiele dafür, zumal in Fällen der Vereinbarung anfänglich unmöglicher Leistungen⁴. Im Anschluss an das Modell der «*actiones in factum*» gibt es aber auch z. B. in der französischen Tradition Ansätze einer Schadenersatzpflicht bei fahrlässigem Irrtum (z. B. betreffend die Person des Vertragspartners)⁵. Aber auch die Naturrechtskodifikationen, besonders

¹ In seiner Abhandlung *Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Jher. Jb. 4 (1861), p. 1-112.

² Vertragliche Haftung scheidet mangels eines gültigen Vertrages aus; ein Delikt liegt ebenfalls nicht vor, da der Irrende weder ein absolutes Recht verletzt noch den Irrtum absichtlich (*dolos*) erregt hat, d. h. da grundsätzlich das Abschliessen eines ungültigen Vertrages nicht widerrechtlich ist. Die *Theorie der c.i.c.* versucht im Gegensatz dazu, die mit ergebnislosem Vertragschliessen bewirkten Schadenszufügungen im Ergebnis (widerrechtlichen) Deliktssachverhalten gleichzustellen.

³ JHERING, a.a.O., p. 7. Damit setzte er sich in Widerspruch zur h. M., vgl. nur etwa SAVIGNY, *System III*, p. 295 Note d: «*culpa* ist gar nicht allgemein eine *causa obligationis* ...», und dazu JHERING selbst a.a.O., p. 4, Anm. 4, p. 11 ff.

⁴ JHERING, a.a.O., p. 9 f.; vgl. weiterhin zusammenfassend SIMONIUS, a.a.O., bes. Anm. 119, p. 285 ff.; sodann E. RABEL, *Der sog. Vertrauensschaden im schweizerischen Recht*, ZSR 27/1908, p. 303 f. (= RABEL, *Ges. Aufsätze*, p. 157); F. PETERS, *Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf*, Festschrift M. Kaser, München 1976, p. 284 ff.

⁵ Vgl. POTHIER, *Tome I, partie I, chap. I, N. 19*, mit Fallbeispiel; jedoch ablehnend gegenüber der c.i.c.-Doktrin die moderne französische Theorie, vgl. MAZEUD/TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6. A., Paris 1965, *Tome I*, N. 118; J. GHESTIN, *Traité de Droit Civil*, Paris 1980, *Tome II*, N. 938: «... il suffit d'appliquer le principe général de responsabilité contenu dans l'art 1382 du CC.»

das Allg. *Preuss. Landrecht*, enthalten Regeln, die den Gehalt der Lehre von der c.i.c. vorwegnehmen⁶.

Die Lehre Jherings hat die modernen schuldrechtlichen Kodifikationen OR und BGB entscheidend beeinflusst, insbesondere hinsichtlich der Statuierung einer Haftung des den Vertrag wegen Irrtums anfechtenden fahrlässig Irrenden und des Stellvertreters ohne Vollmacht⁷.

Als doktrinelles Topos ist der Begriff der c.i.c. notwendigerweise lebendig geblieben in der Erfassung der vom Gesetzgeber nicht durch Sonderbestimmungen normierten Tatbestände⁸; es liegt der bezeichnende Fall von unvermeidlicher Begriffsjurisprudenz in einem nichtkodifizierten Raum vor⁹. Dabei entfaltet die Vorstellung eine seltsame Eigendynamik in dem Sinne, dass eine Berufung auf c.i.c. sogar dann noch erfolgt, wenn dazu (im Bereich gesetzlicher Sondernormen) kein Anlass besteht und diese Berufung auch dazu dient, den Auffassungen Jherings entgegengesetzte Resultate zu begründen¹⁰.

Die Lehre bzw. Praxis der *culpa in contrahendo* berührt sich mit derjenigen von den «*faktischen Vertragsverhältnissen*» (vgl. dazu den vorangehenden § 16), die beide gleichermaßen bestimmt sind, aus vertragsähnlichen Situationen vertragliche oder doch vertragsähnliche Ansprüche abzuleiten: vertragliche *Leistungsansprüche* bei «*faktischen Vertragsverhältnissen*», vertragsähnliche *Sanktionsansprüche* bei *culpa in contrahendo*.

II. In ZGB und OR positivrechtlich verankerte Tatbestände von c.i.c.-Haftung

Unter dem Einfluss der c.i.c.-Lehre hat der Gesetzgeber für eine Reihe konkreter Lebenssachverhalte eine Haftung, ausgerichtet auf den Ersatz des negativen Vertragsinteresses, statuiert, wobei die schuldrechtlichen Haftungstatbestände

⁶ Vgl. ALR I 5, §§ 284/85:

§ 284: «Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch auf den Fall, wenn einer der Contrahenten bei *Abschliessung* des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat.»

§ 285: «Wer bei *Abschliessung* oder Erfüllung des Vertrages seine Pflichten vorsätzlich oder aus grobem Versehen verletzt hat, muss dem Andern sein ganzes Interesse vergüten.» - Vgl. zu diesen und weiteren Anwendungsfällen im ALR JHERING selbst, a.a.O. p. 45 ff.; zum ABGB M. WELLSPACHER, Das Naturrecht und das ABGB, FS zur Jahrhundertfeier des ABGB, Wien 1911, p. 173 ff., ferner etwa CC art. 1599.

⁷ aOR 23 bzw. OR 26, BGB § 122; aOR 48 bzw. OR 39, BGB § 179. - Vgl. sodann die unten Ziff. II genannten Tatbestände gesetzlicher c.i.c.-Haftung.

⁸ Vgl. die unten Ziff. III genannten Fallgruppen.

⁹ Zum Phänomen begriffsjuristischer Argumentation in einer vorpositiven Phase der Rechtsentwicklung BUCHER, Was ist «Begriffsjurisprudenz»? ZBJV 102/1966, p. 274-304.

¹⁰ Vgl. BGE 101 II 266, 104 II 94 und unten Ziff. IV.

durchwegs bereits im alten OR Aufnahme gefunden hatten¹¹. Im folgenden sind die wichtigsten dieser «*Sondertatbestände von c.i.c.-Haftung*» zusammenzustellen:¹²

- OR 26 statuiert für den Fall des wegen *Irrtums* angefochtenen Vertrages eine Ersatzpflicht des Irrenden, vorausgesetzt, dass dieser «den Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat»; aus Billigkeitsrücksichten kann der Richter neben dem Ersatz des negativen Interesses Ersatz «weiteren Schadens» zusprechen.
- OR 31/III statuiert eine Schadenersatzpflicht des Täuschenden oder Drohenden (bei aufgehobenem oder aufrechterhaltenem Vertrag).
- OR 36/II statuiert für den Aussteller einer Vollmachtsurkunde eine Schadenersatzpflicht, wenn er die Vollmacht revoziert, ohne gleichzeitig die Vollmachtsurkunde zurückzufordern, und gestützt auf diese vom vollmachtlosen Vertreter ein nichtiger Vertrag geschlossen wird.
- OR 39 macht den *vollmachtlosen Stellvertreter*, der einen wegen Fehlens der Vollmacht bzw. Ausbleibens der Genehmigung ungültigen Vertrag geschlossen hat, im Umfang des negativen Interesses ersatzpflichtig (ohne Möglichkeit, sich durch den Nachweis fehlenden eigenen Verschuldens zu entlasten); im Falle eines Verschuldens kann der Richter aus Billigkeit «Ersatz weiteren Schadens» zusprechen¹³.
- ZGB 411/II statuiert eine Ersatzpflicht des urteilsfähigen Unmündigen, der den Partner «zu der irrtümlichen Annahme seiner Handlungsfähigkeit verleitet». Diese Vorschrift ist ihrerseits eine (dem Vorbild von aOR 33/III nachgebildete) gesetzliche Verankerung der *c.i.c.-Haftung*¹⁴.

¹¹ OR 5/III statuiert im Hinblick auf die rechtzeitig abgesandte, jedoch verspätet eingetroffene Annahmeerklärung für den Fall des Ausbleibens einer ablehnenden Erklärung des Offerenten bzw. Akzeptempfängers ein Zustandekommen des Vertrages (Einfluss von BGB § 149), während der funktionelle Vorläufer von aOR 5/II noch eine (das negative Vertragsinteresse erfassende) Schadenersatzpflicht des den Vertrag nicht gelten lassenden Partners nach dem Muster der *c.i.c.-Haftung* vorgesehen hatte. Ob BGB § 149 bzw. rev. OR 5/III einen wirklichen Fortschritt darstellen, ist (wohl zu unrecht) umstritten, Vgl. PIOTET, a.a.O., p. 131 f., JÄGGI, OR 5 N. 31 f., C.-W. CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, p. 326 ff.

¹² BGE 77 II 136 gibt einen Überblick über Gesetzesvorschriften, welche «eine präkontraktuelle Rechtsbeziehung voraussetzen»; das Bundesgericht weist neben den im folgenden genannten Bestimmungen weiterhin auf OR 3 und 5, OR 195/II, OR 208/III, OR 248/I, OR 473/II (welche Bestimmungen, obwohl streng gesehen der Schuldner für ein vorvertragliches Verhalten einzustehen hat, heute nicht mehr als *c.-i.-c.-Fälle* gesehen, sondern wie eine Verletzung nach Vertragsschluss behandelt werden) sowie auf BGB §§ 307, 309 hin.

¹³ Neben die Haftung des vollmachtlosen Vertreters tritt allenfalls die solidarische Haftung des Ausstellers einer Vollmachtsurkunde gemäss OR 36/II wie im Text genannt.

¹⁴ Vgl. dazu BUCHER, ZGB 19 N. 403-419. Als weiterer Vorläufer ist noch ABGB § 866 zu nennen. - Die Haftung von ZGB 411/II trifft gleichermassen den Unmündigen wie den Entmündigten; sie greift auch Platz, wenn die Täuschung sich nicht auf die Tatsache der Mündigkeit, sondern jene der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bezieht. Auch wenn man, mit BGE 102 II 228, über OR 54/I eine Billigkeitshaftung des urteilsunfähigen Vertragspartners annimmt, setzt dies die Konzeption der *c.i.c.-Haftung* voraus (oben Anm. 2).

III. Anwendung des Grundsatzes der c.i.c.-Haftung in gesetzlich nicht geregelten Fällen

1. Bei Vertragsnichtigkeit infolge ursprünglicher Unmöglichkeit

Ist eine vertraglich vereinbarte Leistung bereits bei Vertragsschluss unmöglich, gilt der Vertrag als nichtig (OR 20). Diese Regel scheint sachlich nicht gerechtfertigt¹⁵; angemessener wäre - Ernsthaftigkeit des Vertragsschluss-Willens vorausgesetzt - eine Ersatzpflicht des die unmögliche Leistung versprechenden Partners unter Vorbehalt des Entlastungsbeweises im Sinne des Nicht-Kennenkönnens. Hier muss die c.i.c.-Doktrin einspringen, bereits in frühen Entscheidungen hat sich das Bundesgericht für eine in diesem Sinne ausgestaltete vorvertragliche Haftung ausgesprochen^{16, 17}.

Die c.i.c.-Haftung kann auch dann Bedeutung erlangen, wenn innerhalb eines im übrigen gültigen Vertrages eine Teilleistung unmöglich bzw. widerrechtlich und daher die entsprechende Klausel nichtig ist (Teilnichtigkeit nach OR 20/II), dies allerdings nur, soweit nicht bereits nach Bereicherungsrecht ein Ausgleich zu schaffen ist¹⁸.

2. Führen von Vertragsverhandlungen ohne Abschlusswillen; Nichterfüllen von Formvorschriften

Nicht bloss ein Vertrag selber, sondern bereits das Führen von Vertragsverhandlungen kann für die Beteiligten mit erheblichen Aufwendungen verbunden sein (Zeitverlust, Reisekosten usw.). Hängige Verhandlungen können einen Partner davon abhalten, andere Gelegenheiten zum Vertragsschluss zu verfolgen; im Vertrauen auf das Zustandekommen eines Vertrages können Aufwendungen gemacht (Bereitstellen der eigenen Leistung, z.B. Kapitalbeschaffung; Aufwendungen zur

¹⁵ Es dürften verfehlt begriffsjuristische Überlegungen und eine falsch verstandene Tradition sein, welche zu dieser Regel führten; vgl. oben § 15 Anm. 23.

¹⁶ BGE 36 II 203 beruft sich ausdrücklich auf die c.i.c.-Doktrin (in casu eine Ersatzpflicht verneint, weil der Vertragspartner die Unmöglichkeit der Leistung bei angemessener Sorgfalt hätte erkennen können). In BGE 45 II 553 E. 5 wird (ohne Abstellen auf die c.i.c.) eine direkt aus OR 41 abgeleitete Haftung des Vertragspartners angenommen, der einen künstlichen Süsstoff verkauft hatte, von dem er hätte wissen müssen, dass Lieferung nicht gestattet war.

¹⁷ BGB § 307 statuiert ausdrücklich im Falle anfänglicher Unmöglichkeit eine Ersatzpflicht, welcher Tatbestand auch für JHERING (a.a.O., p. 8) im Vordergrund seiner Überlegungen gestanden hatte.

¹⁸ So der in BGE 40 II 370 beurteilte Fall (der vom Verkäufer geschuldete Ausbau des Dachstocks des verkauften Hauses ist baupolizeilich unzulässig: geschuldet wird der im Falle des Ausbaus erzielte hypothetische Mehrwert). Vgl. auch unten Ziff. 4.

Entgegennahme, Lagerung oder Gebrauch der Gegenleistung) und Verträge mit Dritten geschlossen werden. Es liegt auf der Hand, dass bis zum eigentlichen Vertragsschluss die Partner ihre Freiheit behalten müssen, von der Sache gänzlich Abstand zu nehmen. Umgekehrt kann der von Anfang an zum Nichtkontrahieren entschlossene Partner, der Interesse, ja bestimmten Abschlusswillen vortäuscht und eine Schädigung des Verhandlungsgegners in Kauf nimmt, sich einer Verantwortung nicht entziehen. Der Verkäufer, der über eine bereits verkaufte Sache Verkaufsverhandlungen führt, oder der Arbeitgeber, der über die Besetzung einer bereits vergebenen Stelle verhandelt, hat Reisekosten und vergleichbare Auslagen zu ersetzen und sonstigen durch die Verhandlungen entstandenen Schaden zu vergüten¹⁹.

Das Gesagte erlangt besondere praktische Bedeutung bei *formbedürftigen Verträgen* (vorab Liegenschaftskäufen), wenn die Parteien zu einem Vertragskonsens gelangen und den Vertrag oft auch in Schriftform kleiden, der eine Partner sich aber nachträglich weigert, den Vertrag, wie erforderlich, auch in öffentlich beurkundeter Form zu schliessen. Sofern der sich nachträglich weigernde Partner die Schädigung des Gegners voraussehen konnte, hat er diesen so zu stellen, wie wenn es nie zum Konsens der Parteien gekommen wäre²⁰. In einer Reihe von Entscheidungen hat sich das Bundesgericht mit derartigen Tatbeständen zu befassen gehabt und auch die hier genannten Grundsätze als solche bekräftigt, wenn auch im konkreten Fall der Schadenersatzanspruch jeweils zu verweigern war²¹.

3. Vertragloses Erteilen falscher Auskunft

Immer wieder stellt sich die Frage, ob die Erteilung einer unrichtigen Auskunft, wenn nicht im Rahmen eines Vertragsverhältnisses (z. B. Mandats) erfolgt,

¹⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 77 II 137 (Haftung nach dem Grundsatz der *c.i.c.* bejaht; in casu Voraussetzungen nicht erfüllt); BGE 80 II 37/38 (*obiter dictum*; in casu Voraussetzungen nicht erfüllt) sowie BGE 105 II 77 (unten Ziff. 4).

²⁰ Beispiel aus der Praxis: Nachbarn vereinbaren bei einer Flasche Wein den Kauf eines Landstücks zur Begradigung der gemeinsamen Grenze; das wird schriftlich festgehalten, die öffentliche Beurkundung jedoch für spätere Gelegenheit aufgeschoben. Mit Wissen des Partners lässt der Käufer einen kostspieligen Zaun entlang des neuen Grenzverlaufs errichten. Pflicht zum Ersatz der Kosten, wenn der «Verkäufer» sich weigert, formgültig zu kontrahieren und vereinbarungsgemäss zu übereignen.

²¹ BGE 39 II 227 E. 4 («Arglist» des Partners nicht substantiiert); BGE 41 II 101 E. 2 (ähnlich wie 39 II 227); BGE 49 II 67 E. 4 (Schaden nicht substantiiert); BGE 68 II 236 f. (Berufung aus Formmangel nicht rechtsmissbräuchlich); BGE 90 II 33 (Schaden nicht substantiiert); BGE 98 II 28 E. 3 (Vertragsungültigkeit ist vom Partner in Kauf genommen worden); BGE 106 II 41 E. 5 (gleiches Verschulden beider Parteien); das Verschulden liegt nach Bundesgericht in der Tatsache nicht richtiger Beurkundung; richtiger wäre es auf die Tatsache des Unterlassens nachträglicher Erfüllung zu beziehen.

eine Ersatzpflicht zu begründen vermöge^{22,23}. Das Bundesgericht hat in einer Reihe von beachtenswerten Entscheidungen eine (meist auf OR 41 gestützte) Haftung grundsätzlich bejaht²⁴. Bei derartigen Tatbeständen ist zu beachten, dass die falsche Auskunft selten alleinige Schadenursache ist, der Auskunfterteilende meist nicht voraussehen kann, in welchem Umfang auf seine Auskunft abgestellt werden wird, und den Geschädigten oft ein erhebliches Selbstverschulden trifft²⁵.

4. Weitere Tatbestände; schuldhaftes Nichtbeachten der Lage der Gegenpartei

Die Regel der c.i.c. als allgemeines Haftungsprinzip ist geeignet, in verschiedensten Zusammenhängen die Möglichkeit einer Korrektur zu bieten, wenn ein Ausserachtlassen gebotener Rücksicht auf den Vertragspartner vorgeworfen werden kann. Aus der Praxis des Bundesgerichts:

BGE 92 II 334 E. 4 nimmt grundsätzlich eine Haftung aus c.i.c. an, wenn ein Unternehmer im Werkvertrag bei der Renovation eines alten Autos übermässige

²² Die Frage wird, vor allem bezüglich Auskünften von Banken, weltweit diskutiert. Aus der englischen Praxis vgl. *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners, Ltd.* (1963) 2 All E. R. 575 ff. und die zahlreichen dort zit., davon bes. *Candler v. Crane, Christmas & Co.* (1951), *Donoghue (or McAlister) v. Stevenson* (1932), *Derry v. Peek* (1889).

Aus der deutschen Rspr. vgl. BGHZ 77, 172 ff. (Prospekthaftung von Rechtsanwälten / Wirtschaftsprüfern, die «Garantenstellung» einnehmen und «Vertrauenstatbestand» schaffen); BGHZ 87, 27 ff. (falsche Auskunft über wirtschaftliche Lage eines Unternehmens gegenüber Warenkreditgeber; Haftung bejaht).

²³ Auch bei der Patronatserklärung und beim Letter of Intent kann im Einzelfall eine Haftung aus c.i.c. in Betracht kommen, Vgl. W. MÜLLHAUPT, Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Patronatserklärung, SAG 1978, p. 111, M. LUTTER, Der Letter of Intent, Köln 1982, § 10, p. 59 ff.

²⁴ BGE 30 II 267 E. 2 (unter Hinweis auf einen BGE publiziert in Revue der Gerichtspraxis, Bd. XIV Nr. 45. In casu Haftung verneint); BGE 41 II 82-89 (Haftung bejaht im Falle einer Bankauskunft, welche Aufnahme einer Geschäftsverbindung empfiehlt); BGE 57 II 85 E 2f. (das Zugrundelegen mandatsrechtlicher Grundsätze wird abgelehnt, jedoch eine Haftung nach OR 41 ff. bejaht im Falle einer Auskunft des Verwaltungsratspräsidenten einer AG gegenüber einem Aktionär, in der zu Unrecht beruhigende Erklärungen über die Situation der Gesellschaft abgegeben und damit der Aktionär vom Verkauf der Aktien abgehalten wurde); BGer in SJZ 31, p. 186 f. (Bestätigung der bisherigen Praxis; in casu Haftung verneint), BGE 68 II 301 ff. (Haftung einer Bank wegen falscher Auskunftserteilung betr. Sparguthaben-Privileg); BGE 80 III 53 ff. (Ersatzpflicht eines Konkursbeamten, SchKG 5, nach den Grundsätzen des OR; Haftung nach c.i.c. bejaht); BGE 101 II 72 E 2 (Ausstellung eines ausgezeichneten Arbeitszeugnisses trotz vorgekommener Vermögensverfehlungen; Bestätigung «libre de tous engagements» trotz bestehender Schadenersatzpflichten. Berufung allein auf OR 41, da Charakter als unerlaubte Handlung im Vordergrund steht); BGE 110 II 373 E a (Haftung einer Bank wegen Verstoss gegen ihre Informationspflicht betr. Anlagemöglichkeit ausländischen Guthabens).

²⁵ Zu diesen Fragen z. T. bedeutsame Ausführungen in den zit. BGE.

Aufwendungen macht, die erkennbarerweise im Missverhältnis zum Resultat stehen (Haftung in casu verneint).

BGE 102 II 84 betrifft den Fall eines *internen Kalkulationsirrtums*. Unter Bestätigung des Grundsatzes der Haftung aus c.i.c. wird in casu die Haftung verneint, da nicht «der Gegenpartei etwas verschwiegen wird, das sie nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist»; m. a. W. muss sich der Kontrahent auch bei Erhalt einer erstaunlich günstigen Offerte nicht darum kümmern, ob nicht der Partner einen Berechnungsfehler gemacht habe.

BGE 105 II 77 bejaht eine Haftung aus c.i.c. wegen fahrlässiger Verletzung der Aufklärungspflicht über Umstände, die der einen Partei nicht erkennbar sind, jedoch die Entscheidung der Gegenpartei über den Vertragsschluss beeinflussen können. Während langwieriger Verhandlungen über die Finanzierung eines Geschäfts hatte die Bank es versäumt, ihre Verhandlungspartnerin auf die Genehmigungsbedürftigkeit der Vereinbarung durch den Hauptsitz zu unterrichten. Mangels Genehmigung kam der bereits ausgehandelte Vertrag nicht zustande²⁶.

BGE 90 II 453ff. statuiert eine Haftung aus c.i.c. für den Fall, dass ein Vertragspartner fahrlässig verkannt hat, dass der Gegner im Grunde nicht den tatsächlich geschlossenen, sondern einen anderen Vertrag zu schliessen beabsichtigte (Abschluss einer Kaskoversicherung aufgrund des Versicherungsantrages des Geschädigten, wobei die Versicherungsgesellschaft, welche auch die parallel laufende Haftpflichtversicherung gewährt hatte, erkennen musste, dass der Versicherungsnehmer möglicherweise aus Irrtum nicht einen neu angeschafften, sondern den früher betriebenen Lastwagen als Versicherungsobjekt bezeichnete; Haftung des Versicherers nicht aus Vertrag, sondern aus c.i.c. unter Reduktion aus Selbstverschulden des Geschädigten um einen Drittel)²⁷.

Mit *BGE 90 II 453* (und noch deutlicher bereits *BGE 40 II 370*) wird eine Richtung gewiesen, die, zu Ende gedacht, eine Haftung zulassen würde für die Tatsache, dass ein Vertrag nicht mit anderem Inhalt, wie eigentlich «gesollt», geschlossen worden ist. Das kann aber im Ergebnis zu einem Instrument werden, den Vertragsinhalt abzuändern, insbesondere einen vereinbarten Preis, durch Statuierung einer neben dem Vertrag parallel laufenden Haftung, zu erhöhen oder herabzusetzen²⁸. Dass eine derartige Lösung in bestimmten Fällen als sachgerecht erscheinen kann, sei nicht geleugnet. Keinem Zweifel kann es jedoch unterliegen, dass damit

²⁶ Vgl. auch *BGE 111 Ia 76 E c* (Pflicht des Schiedsrichters, die Parteien über Tatsachen zu informieren, die ein Ablehnungsbegehren begründen können).

²⁷ Anwendbar auf die Frage des Zustandekommens des Vertrags, Willensmängel, Auslegung ist nicht VVG, sondern OR (E. 1, 2). Da der Versicherungsnehmer den von ihm nicht gemeinten Wagen bezeichnete und dessen Versicherung nicht zum vornherein sinnlos war, lehnt es das Bundesgericht ab, den Vertrag bezüglich des richtigen Wagens als geschlossen zu betrachten (E. 3). Dem Versicherungsnehmer war damit nur über c.i.c. zu helfen, indem der Versicherer als überwiegend schuldig betrachtet wird, dass der falsche Lastwagen versichert worden war (E. 4).

²⁸ Zur Abänderung des Vertragsinhaltes über das Rechtsinstitut der c.i.c. im deutschen Recht vgl. SCHMITZ, a.a.O., p. 146 ff.; vgl. auch STOLL, FS Riesenfeld, p. 284 ff.

eine Lösung erreicht würde, die der Rechtstradition ebenso wie dem historischen Gesetzgeber fremd ist.

5. Hinweis auf Art. 1338 des italienischen CC

Der italienische CC statuiert in Art. 1338 eine Regel, die wohl ihrerseits Ausfluss der c.i.c.-Doktrin ist und ein auch in der Schweiz oder Deutschland anwendbares Prinzip verkörpert. Danach wird derjenige Vertragspartner, der einen Grund der Ungültigkeit eines geschlossenen Vertrages kennt und den Vertragspartner davon nicht unterrichtet, diesem Schadenersatzpflichtig²⁹. Der Vertragspartner, der einen Vertragsdissens erkennen kann, ist gehalten, die andere Seite zu unterrichten, im Unterlassungsfall sollte eine Haftung für verursachten Schaden eintreten. Ebenso muss derjenige haften, der sich bei Vertragsschluss ohne Verschulden (und damit ohne Ersatzpflicht, OR 26³⁰) in einem Irrtum befand, jedoch nicht unverzüglich nach Entdeckung dem Partner mitteilt, dass er binnen der verfügbaren Jahresfrist möglicherweise den Vertrag wegen Irrtums anfechten wird (Haftung im Umfang der durch Unterbleiben der Mitteilung veranlassten Schädigung unabhängig von der Frage, ob eine Haftung für den Irrtum selber gegeben sei oder nicht), weiterhin derjenige, der bei nachträglich unverschuldet eintretender Unmöglichkeit seiner Leistung (OR 119/I) den Gläubiger nicht sofort unterrichtet.

6. Schädigungen beim Vorgang des Vertragsschlusses

Im weiteren Sinn können als c.i.c.-Tatbestände verstanden werden die Fälle, bei denen eine Partei bei Vertragsverhandlungen verletzt wird und diese Verletzung der anderen zuzurechnen ist³¹.

²⁹ CC ital. art. 1338: «La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto.» Die Anwendung dieser Bestimmung setzt selbstverständlich voraus, dass der haftende Vertragspartner in der Folge sich auf die «causa d'invalidità» berufen wird.

³⁰ Vgl. oben p. 190.

³¹ Leading case: *Linoleumteppich-Entscheidung*. Kundin, die sich im Warenhaus für Linoleumteppich interessiert, wird durch eine vom Angestellten unvorsichtig beiseite gesetzte Linoleumrolle verletzt. Obwohl der Kaufvertrag nachher nicht zustande kommt, haftet das Warenhaus aus c.i.c. für seinen Gehilfen nach *vertraglichen* Grundsätzen; RGZ 78 (1911), 239 ff., unten § 20 Anm. 54. Zu weiteren Fällen E. v. CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, FS zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, p. 56-58 (= Ges. Schriften 1, Tübingen 1968, p. 461-463), HANS STOLL, a.a.O., p. 437, ebenda auch Hinweise auf die Behandlung ähnlicher Sachverhalte im englischen Recht.

IV. Die «Rechtsnatur» der c.i.c.-Haftung (Verjährung, Haftung für Hilfspersonen)

Die «Rechtsnatur» der Haftung aus c.i.c. ist kontrovers, ein Teil der Autoren will die c.i.c.-Haftung nach dem Muster der *Vertragshaftung* verstanden wissen³², andere deuten sie als *Deliktshaftung*³³. Die Frage erlangt insbesondere Bedeutung hinsichtlich der *Verjährung* der Ansprüche des Verletzten (einjährige Deliktsverjährung nach OR 60 oder zehnjährige Frist nach OR 127?) und der *Haftung für Hilfspersonen* (Haftung nach OR 55 mit den dortigen Entlastungsmöglichkeiten, oder Haftung nach OR 101?).

Die bundesgerichtliche Praxis hat sich vor allem in *älteren Entscheidungen* zur Begründung von Ansprüchen aus c.i.c. überwiegend auf OR 41 ff. berufen oder die Haftung als «ausservertragliche» bezeichnet³⁴, in *neueren Entscheidungen* ist dagegen angenommen worden, die Haftung sei vertraglicher Natur³⁵. Dabei ist zu beachten, dass die entsprechenden Stellungnahmen in der Regel nicht die Bedeutung hatten, in der genannten Frage der Verjährung oder Hilfspersonhaftung Stellung zu beziehen. In BGE 101 II 268, 104 II 94 hat das Bundesgericht jedoch, allerdings ohne einlässliche Erwägungen und ohne sich grundsätzlich für eine deliktsrechtliche Konzeption zu entscheiden, angenommen, dass die Haftung aus culpa in contrahendo der *einjährigen Deliktsverjährung von OR 60* unterliege.

Bei grundsätzlicher Betrachtung ist festzuhalten, dass bereits die Frage nach der «Rechtsnatur» bzw. der Alternative Vertrag - Delikt falsch gestellt ist; vielmehr liegt ein Haftungstatbestand eigener Art vor, der seine Grundlage in ZGB 2 findet und richtigerweise auch eigenen Gesetzmässigkeiten unterworfen wird³⁶. Bei der Beurteilung ist davon auszugehen, dass deliktsrechtliche Aspekte (ein gegen Rechts- oder Sittengebote verstossendes Verhalten des Ersatzpflichtigen) wie auch vertragsrechtliche

³² v. TUHR, in v. T./P., § 24/VII bei Anm. 88 (mit weiteren Hinweisen; anders früher v. TUHR, ZSR 16/1897, p. 17 ff., 25 f.); ENGEL, p. 504-506; GUHL, Schweiz. Obligationenrecht, 5. A. 1956, p. 93; RABEL, a.a.O., p. 316 f., 323 ff. (= Ges. Aufsätze, p. 168 f., 173 ff.); K. SPIRO, Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des rev. OR, Basel 1948, p. 34; ANEX, a.a.O., p. 29 und passim.

³³ PIOTET, p. 24 ff.; DERS., Mélanges Flattet, p. 363 ff.; MERZ, in G./M./K., p. 93; DERS., ZBJV 113/1977 p. 183 f. (Bespr. von BGE 101 II 266 ff.); J.-P. CHATELAIN, Tendances actuelles du Tribunal Fédéral dans le domaine de la responsabilité civile, ZBJV 105/1969, p. 223; TERCIER, a.a.O., p. 237.

³⁴ Vgl. BGE 30 II 258 (erwogen aOR 50 ff.); BGE 36 II 203 («responsabilité extracontractuelle»); 39 II 227 E. 4 (Prüfung, ob «Arglist», in casu verneint); BGE 40 II 372 («unerlaubte Handlung, die Schadenersatzpflichtig macht»); 41 II 82 E. 4; 41 II 101; 45 II 554; 46 II 369, 49 II 64 ff., 57 II 85 E. 2, BGer in SJZ 31, p. 187; während das RG zunächst ebenfalls von einer Deliktshaftung ausging, ordnete es im Anschluss an die Abhandlung von LEONHARD (Verschulden beim Vertragsschlusse, 1910) die Haftung aus c.i.c. als vertragliche ein.

³⁵ BGE 90 II 458 E. 6, mit Verweisungen.

³⁶ Das wird erkannt von v. TUHR, a.a.O. und ihm folgend insbesondere BGE 68 II 303, 77 II 137, ebenso ZBJV 105/1969, p. 458; vgl. auch MERZ, ZGB 2 N. 260 ff., 264.

Elemente (die nur durch beidseitiges und erklärtes Einverständnis der Parteien entstehenden besonderen Beziehungen zwischen den Parteien, welche erst die Pflichten entstehen lassen, deren Verletzung haftungsbegründend ist) sich bei den c.i.c.-Tatbeständen verbinden und von Fall zu Fall verschiedenes Gewicht haben können³⁷.

Werden begrifflich-systematische Überlegungen beiseite gelassen und die sich stellenden konkreten rechtlichen Fragen von der Sache her betrachtet, kann eine Anlehnung ans Deliktsrecht nur bedauert werden:

Die *Verjährung* sollte OR 127 unterworfen werden. Zugegebenermassen ist die Zehnjahresfrist sehr lang, aber umgekehrt ist die - in jedem Fall zu kurze - Einjahresfrist von OR 60 gerade bei den c.i.c.-Tatbeständen nicht gerechtfertigt. Ganz allgemein müssen Verjährungsbestimmungen «positivistisch» und restriktiv in dem Sinne verstanden werden, dass der Verlust ausgewiesener Rechtspositionen durch Zeitablauf nur aufgrund klarer, eindeutiger und dem Rechtssuchenden zweifelsfrei erkennbarer Gesetzesgrundlagen eintreten darf. In vorliegender Frage lautet die Alternative nicht, wie meist angenommen: «Deliktsverjährung (1 Jahr) - Vertragsverjährung (10 Jahre)?», sondern «allgemeine Verjährungsfrist (10 Jahre gemäss OR 127) oder Sonderfrist (1 Jahr gemäss OR 60)?» Die Tatsache, dass die c.i.c.-Haftung sich nicht eindeutig als Deliktshaftung qualifiziert, entscheidet demnach automatisch für die allgemeine Zehnjahresfrist, die immer dann Platz greift, wenn nicht die Voraussetzungen einer Sonderverjährung (hier jene von OR 60) klar ausgewiesen sind³⁸. Dazu kommt, dass in den gesetzlich geregelten c.i.c.-Haftungstatbeständen (oben Ziff. II) mangels verjährungsrechtlicher Sondervorschrift ebenfalls die allgemeine Zehnjahresfrist gilt: Die Haftung des fahrlässigen Irrenden (OR 26) oder des vollmachtlosen Stellvertreters (OR 39; jedoch anders das Bundesgericht, vgl. Anm. 39) oder des die Vollmachtsurkunde nicht zurückfordernden Vollmachtgebers (OR 36/II) unterliegt mangels anderslautender Sonderregel der zehnjährigen Verjährung³⁹.

³⁷ Dabei ist ohne weiteres einzuräumen, dass die Theorie der c.i.c.-Haftung, soweit sie nicht einfach einen Sonderfall der Deliktshaftung darstellt, gegenüber dieser eine Erweiterung bringt und in ihrer Eigentümlichkeit der Vertragshaftung näher steht als der Deliktshaftung. So versteht JHERING die c.i.c. als Vertragshaftung (a.a.O., p. 29 f., zusammenfassend p. 52 f.), ähnlich die römischen Quellen (Nachweise bei PETERS, Zit. oben Anm. 4, p. 288, 302 f.); vgl. auch BHGZ 87, 27 (Anspruch aus c.i.c. gegen den Geschäftsführer einer GmbH verjährt in derselben Frist wie *Erfüllungsanspruch* gegen die GmbH).

³⁸ Aus den gleichen Gründen kann etwa ein Kondiktions- oder Schadenersatzanspruch nach ZGB 411 nicht der Delikts- oder Kondiktionsverjährung von OR 60 oder 67 unterworfen werden, weil diese Unterstellung aus dem Gesetz nicht klar hervorgeht. Vgl. BUCHER, ZGB 17/18 N. 199.

³⁹ Nicht weil Vertragsansprüche in eigentlichem Sinn vorliegen würden, sondern weil eine Unterstellung dieser Haftungstatbestände unter OR 60 nicht besteht, so dass die allgemeine Verjährungsregel gilt. - Entgegen der hier vertretenen Auffassung wird in BGE 104 II 94 die Haftung des vollmachtlosen Stellvertreters nach OR 39 als eine aus «*culpa in contrahendo*» bezeichnet und die *Verjährung* der Ansprüche daher der *Einjahresfrist* von OR 60 unterstellt. Am Ausgangspunkt ist nur soviel richtig, dass die Norm von OR 39 (bzw. aOR 48) von der durch Jhering begründeten Lehrmeinung mitbeeinflusst gewesen sein mag.

Insbesondere ist es unhaltbar, den wichtigen c.i.c.-Haftungstatbestand des schuldhaften Abschlusses eines Vertrages mit ursprünglich unmöglicher Leistung (vgl. oben Ziff. III/1) verjährungsrechtlich anders zu behandeln als den in allen rechtswesentlichen Aspekten gleichgelagerten (und auch oft tatbeständlich schwierig zu unterscheidenden) Fall der Haftung nach OR 97 wegen vom Schuldner zu vertretender, erst nachträglich eingetretener Unmöglichkeit.

In der Frage der *Haftung für Hilfspersonen* sind sich die Autoren, soweit sie überhaupt das Problem unter Gesichtspunkten der sachlichen Angemessenheit betrachten, weitgehend einig, dass die c.i.c.-Tatbestände nicht adäquat erfasst werden, wenn man den durch Angestellte vertretenen Verhandlungspartner lediglich nach OR 55 haften lässt und ihm damit den Entlastungsnachweis genügender Sorgfalt in Auswahl, Instruktion und Überwachung des Personals zubilligt, während wesensmässig allein eine vollumfängliche Haftung wie für eigenes Verhalten gemäss OR 101 angemessen ist⁴⁰. So jetzt auch BGE 108 II 421⁴¹.

⁴⁰ Wie hier ENGEL, p. 506, JÄGGI, OR 1 N. 494 mit Hinweis auf PIOTET, p. 77 f.; v. TUHR, ZSR 16/1897, p. 25 f.; SPIRO, ZSR 105/1986, p. 634 ff., DERS., Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, § 101, p. 382 ff. u. Anm. 5; vgl. auch oben Ziff. III/6.

⁴¹ Zur Frage der *Beweislast hinsichtlich des Verschuldens* Vgl. KRAMMER, Berner Komm. VI/1/1, Einl. N. 141, p. 73; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, OR 1, N. 593; GONZENBACH, a.a.O., p. 151 ff.