

Alfred Koller

**Haftung einer Vertragspartei
für den Schaden eines
vertragsfremden Dritten**

Sonderdruck aus:
Alfred Koller (Hrsg.)
Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht

Vereinigung für Baurecht V•BR
Universität St. Gallen

Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten

ALFRED KOLLER

INHALTSVERZEICHNIS

Literatur	3
I. Einleitung	9
II. Haftung eines Ingenieurs für mangelhafte Hangsicherung gegenüber einem Dritten? Bemerkungen zu BGE 4C.296/1999 vom 28.1.2000	10
1. Sachverhalt und Erwägungen	10
2. Kommentar	14
A. Bemerkungen zur Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR	14
B. Bemerkungen zur Vertrauenshaftung	17
C. Bemerkungen zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	20

III. Dritthaftung eines Schätzers gegenüber einem Käufer der geschätzten Liegenschaft?

Bemerkungen zu BGE 130 III 345 ff.	22
1. Sachverhalt und Erwägungen	22
2. Kommentar	24
A. Die ausservertragliche Haftung für reinen Vermögensschaden im Allgemeinen	25
a. Einleitung	25
b. Allgemeine Deliktshaftung (Art. 41 Abs. 1 OR)	27
aa. Tatbestand	27
bb. Haftungsfolgen und Haftungsmodalitäten ..	33
c. Besondere Deliktshaftungen	34
aa. Tatbestände	35
bb. Haftungsfolgen	37
cc. Rechtsnatur der Haftungen	40
B. (Vertrauens-)Haftung des Schätzers im konkreten Fall?	46
a. Haftungsvoraussetzungen	46
b. Haftungsfolgen	51
C. Schlussbemerkung	52
Anhang: BGE 4C.296/1999 vom 28.1.2000	55

LITERATUR

Die nachstehenden Werke werden im Text mit dem Verfasseramen, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz zitiert. Die hauptsächlichen schweizerischen Kommentarwerke (Berner Kommentar, Zürcher Kommentar, Basler Kommentar) werden mit dem Namen des Bearbeiters und einem Kürzel für den Kommentar (BerK, ZürK, BasK) zitiert (z.B. BECKER, BerK, N ... zu Art. ... OR). Bei ausländischen Kommentaren werden Kommentarnamen (z.T. gekürzt) und Bearbeiter erwähnt (z.B. MünchKomm/EMMERICH, N ... zu § ... BGB). – Weitere Literaturhinweise finden sich in den Anmerkungen.

ALTENBURGER PETER, Die zivilrechtliche Haftung des Architekten für Vermögensschäden Dritter aufgrund unrichtig erteilter Auskünfte und Gutachten, Münster 1996 (zit. ALTENBURGER, Haftung des Architekten).

– Grundlagen der Dritthaftung von Sachverständigen für fahrlässig falsche Beleihungswertgutachten, in: WM 1994, S. 1597 ff. (zit. ALTENBURGER, WM 1994).

VON BAR CHRISTIAN, Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten, in: JuS 1988, S. 169 ff.

– Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag, in: JuS 1982, S. 637 ff.

BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001.

BAYER WALTER, Vertraglicher Drittschutz, in: JuS 1996, S. 473 ff.

BERGER BERNHARD, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, Bern 2000.

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT).

– Was man aus einem Fall von «Putativ-Vertrauenshaftung» lernen kann, in: recht 2001, S. 65 ff. (zit. BUCHER, recht 2001).

CANARIS CLAUD-WILHELM, Ansprüche wegen positiver Forderungsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen. Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, in: JZ 1965, S. 475 ff. (zit. CANARIS, JZ 1965).

- Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (zit. CANARIS, Vertrauenshaftung).
 - Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983 (zit. CANARIS, FS Larenz).
 - Die Haftung des Experten gegenüber Dritten, in: ZHR 1999, S. 206 ff. (zit. CANARIS, ZHR 1999).
 - Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich/Klaus J. Hopt/Claus Roxin/Ulrich Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, Bd. I, S. 129 ff. (zit. CANARIS, 50 Jahre Bundesgerichtshof).
- CHAPPUIS CHRISTINE, La responsabilité fondée sur la confiance, in: SemJud 1997, S. 165 ff. (zit. CHAPPUIS, SemJud 1997).
- Les règles de la bonne foi entre contrat et délit, in: Pacte, convention, contrat, Mélanges en l'honneur de Bruno Schmidlin, Basel 1998, S. 227 ff. (CHAPPUIS, Mélanges Schmidlin).
 - Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d'horizon, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zürich 2001, S. 21 ff. (zit. CHAPPUIS, tour d'horizon).
- DELCÒ FABIO, Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden, Diss. Zürich 2000.
- FEHLMANN REGULA, Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, St. Gallen 2002.
- FELLMANN WALTER, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, in: AJP 1995, S. 878 ff.
- FOËX BÉNÉDICT, L'article 841 CC: un précurseur?, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zürich 2001, S. 143 ff.
- FRASSEK RALPH, Umfang der Haftung eines vertraglichen Ratgebers und Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich vorvertraglicher Pflichten, in: JuS 2004, S. 285 ff.
- GAUCH PETER, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, in: recht 1996, S. 225 ff.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Bd., 8. Aufl., Zürich 2003.

- GIRSBERGER DANIEL/WEHRLI OLIVIER, Vertragsrecht, in: Walter Fellmann/Thomas Poledna (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2003, Bern 2004, S. 173 ff.
- GONZENBACH RAINER, Senkrechtstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus «Konzernvertrauen», in: recht 1995, S. 117 ff.
- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, bearbeitet von Alfred Koller, Anton K. Schnyder und Jean Nicolas Druey, §§ 1-47 bearbeitet von Alfred Koller (zit. GUHL/KOLLER, § ... N ...).
- HIRSCH ALAIN, La responsabilité des experts envers les tiers, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zürich 2001, S. 77 ff.
- HOFSTETTER KARL, Gutachterhaftung gegenüber Dritten im schweizerischen Recht, in: AJP 1998, S. 261 ff.
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1996 (zit. HONSELL, Haftpflichtrecht).
- Die Haftung für Gutachten und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung von Drittinteressen, in: Volker Beuthien/Maximilian Fuchs/Gottfried Schiemann/Andreas Wacke (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Köln etc. 1999 (zit. HONSELL, FS Medicus).
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Diss. Freiburg/CH 1999.
- HÜRLIMANN ROLAND/SIEGENTHALER THOMAS, Die Haftung des Sachverständigen gegenüber vertragsfremden Dritten, Bemerkungen zum BGE 4C.230/2003 vom 23. Dezember 2003 und zum Entscheid des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 2. Juni 2003 (BZ.2002.33), in: Jusletter vom 14. Juni 2004 (www.jusletter.ch).
- JAUERNIG OTHMAR (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl., München 2004 (zit. JAUERNIG/BEARBEITER).
- KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002.
- KÖTZ HEIN/WAGNER GERHARD, Deliktsrecht, 9. Aufl., Neuwied 2001.
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Bd. I, Bern 1996 (zit. KOLLER, OR AT).
- Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001 (zit. KOLLER, Formmangel).
 - Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, in: AJP 1992, S. 1489 ff. (zit. KOLLER, AJP 1992).

- KOZIOL HELMUT, Schadenersatz für reine Vermögensschäden, in: JBl 2004, S. 273 ff.
- KOZIOL HELMUT/WELSER RUDOLF, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Erbrecht, 12. Aufl., 2001.
- LARENZ KARL, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987 (zit. LARENZ, SchR AT).
- Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht, in: Ernst von Caemmerer/Arthur Nikisch/Konrad Zweigert (Hrsg.), Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Bd. I, Tübingen 1963, S. 169 ff. (zit. LARENZ, FS Dölle).
- LORENZ WERNER, Anwaltshaftung wegen Untätigkeit bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen, in: JZ 1995, S. 317 ff.
- LOSER PETER, Vertrauenshaftung und Schutzpflicht – Vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung, in: Christian J. Meier-Schatz/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Recht und Internationalisierung, Zürich 2000, S. 113 ff. (zit. LOSER, Vertrauenshaftung und Schutzpflicht).
- Konkretisierung der Vertrauenshaftung, in: recht 1999, S. 73 ff. (zit. LOSER, recht 1999).
- MEDICUS DIETER, Bürgerliches Recht, 19. Aufl., Köln etc. 2002.
- MEYER RENÉ, Die Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, Zürich 1972.
- MOSER MARTIN, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers, Bern 1998.
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Haftpflichtrecht in der Krise?, in: BJM 2002, S. 289 ff.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. im Erscheinen ab 2000, sonst noch 3. Aufl., München (zit. Münch-Komm/BEARBEITER).
- NOTH MICHAEL/GROB EVELYNE, Rechtsnatur und Voraussetzungen der obligationsrechtlichen Prospekthaftung – ein Überblick, in: AJP 2002, S. 1435 ff.
- OFTINGER KARL/STARK EML W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/1, 4. Aufl., Zürich 1987.
- PETRIN MARTIN, Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz, Diss. St. Gallen 2004.

- VON PLANTA ANDREAS, in: Nedom Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel etc. 1999.
- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003.
- RIKLIN FRANZ, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Architekten, in: Peter Gauch/Pierre Tercier (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 513 ff.
- ROBERTO VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002 (zit. ROBERTO, Haftpflichtrecht).
- Schadensrecht, Basel 1997 (zit. ROBERTO, Schadensrecht).
 - Haftung für Dienstleistungen gegenüber vertragsfremden Dritten, in: Christian J. Meier-Schatz/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Recht und Internationalisierung, Zürich 2000, S. 137 ff. (zit. ROBERTO, Recht und Internationalisierung).
 - Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, in: AJP 1999, S. 511 ff. (zit. ROBERTO, AJP 1999).
- ROTH KATJA/VON DER CRONE HANS CASPAR, Zurechenbarkeit im Wertpapierrecht, in: SZW 74 (2002), S. 311 ff.
- SCHIMMEL ROLAND/BUHLMANN DIRK, Fehlerquellen im Umgang mit dem neuen Schuldrecht, Neuwied 2002.
- SCHÖNENBERGER BEAT, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten, Eine rechtsvergleichende Studie, Basel 1999 (zit. SCHÖNENBERGER, Haftung für Rat und Auskunft).
- Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie, in: HAVE 2004, S. 3 ff. (zit. SCHÖNENBERGER, HAVE 2004).
- SCHÖNLE HERBERT, La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexacts, in: Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Fribourg 1977, S. 387 ff.
- SCHNEIDER A./FICK H., Das Schweizerische Obligationenrecht (Kommentar zum aOR), 2. Aufl., Zürich 1883.
- SCHWAB MARTIN, Grundfälle zu culpa in contrahendo, Sachwalterhaftung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach neuem Schuldrecht, in: JuS 2002, S. 773 ff.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003 (zit. SCHWENZER, OR AT).
- Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, in: Ingeborg Schwenzler (Hrsg.), Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21.

- Jahrhundert, Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Peter Schlechtriem, Tübingen 1999, S. 59 ff. (zit. SCHWENZER, Symposium Schlechtriem).
- STARK EMIL W., Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl. 1996.
- VON STAUDINGER JULIUS, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl., Berlin ab 1993 (zit. STAUDINGER/BEARBEITER).
- TRECHSEL STEFAN, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997.
- TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 5. Aufl., Zürich 1998.
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.
- URBAN WERNER, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, Bergisch Gladbach 1989.
- VOLLMER LOTHAR, Haftungsbefreiende Übertragung von Verkehrssicherungspflichten, in: JZ 1977, S. 371 ff.
- WALTER HANS PETER, Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsoptionen, in: Alfred Koller (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 43 ff. (zit. WALTER, Haftung aus Vertrag).
- Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, in: ZSR 2001, S. 79 ff. (zit. WALTER, ZSR 2001).
- WERRO FRANZ, Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung – braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?, in: recht 2003, S. 12 ff.
- WESTERMANN HARM PETER, Vertragliche Dritthaftung im neuen Schuldrecht, in: Friedrich Harrer/Wolfgang Portmann/Roger Zäch (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, S. 148 ff.
- WIDMER CORINNE, Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, in: ZSR 2001 I, S. 101 ff.
- WYSS EVELINE/VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung für Auskunft, in: SZW 74 (2002), S. 112 ff.

I. Einleitung

Ein Vertragspartner haftet für den Schaden eines vertragsfremden Dritten grundsätzlich nur dann, wenn dem Dritten gegenüber ein Haftungstatbestand erfüllt ist, d.h. wenn der Dritte direkt (unmittelbar) geschädigt ist. Ist er bloss indirekt (mittelbar) geschädigt, so haftet der Vertragspartner für den Drittschaden nur ganz ausnahmsweise: in den Fällen der sog. Drittschadensliquidation. Wer als direkt bzw. bloss indirekt geschädigt anzusehen ist, hängt von der jeweiligen Haftungsnorm ab. Im Bereich der Verschuldenshaftung (Art. 41, 97 OR usw.) ist massgebliches Kriterium die Schutzrichtung der verletzten Pflicht. Es ist also jeweils zu prüfen, zu wessen Gunsten die verletzte Pflicht besteht bzw. bestand. Ausservertragliche Pflichten können gegenüber einem Dritten ebenso gut bestehen wie gegenüber dem Vertragspartner. Demgegenüber bestehen vertragliche Pflichten im Allgemeinen (nur) zugunsten des Vertragspartners. Dritte scheiden daher als Anspruchsberechtigte im Falle einer Pflichtverletzung regelmässig aus. Immerhin gibt es Ausnahmen. Man denke nur an den echten Vertrag zugunsten Dritter oder an den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Im ersten Fall besteht gegenüber einem Dritten eine Leistungspflicht, im zweiten Fall eine vertragliche Nebenpflicht (Schutzpflicht). Eine schuldhaftige Pflichtverletzung macht dem Dritten gegenüber haftbar (Art. 97 OR). Wie gesagt, erfasst die Haftpflicht ausnahmsweise auch den Schaden eines bloss indirekt geschädigten Dritten. Anspruchsberechtigt ist dann jeweils – anders als im Falle direkter Schädigung – nicht der Dritte, sondern der Vertragspartner des Haftpflichtigen. Sein Anspruch geht jedoch nicht auf Zahlung an sich, sondern auf Leistung an den Dritten¹. Allerdings kann der Anspruch an den geschädigten Dritten abgetreten werden, regelmässig steht diesem sogar ein Anspruch auf Abtretung zu². In gewissen Ausnahmefällen (z.B. Art. 401 OR) findet eine

¹ BGE 81 II 129, 132; das entspricht «der Sachlage und dem Zweck des Schadenersatzes» (VON TUHR/ESCHER, S. 112). Sobald allerdings der Vertragspartner den Dritten entschädigt hat, kann er den Haftpflichtigen auf Zahlung an sich belangen.

² VON TUHR/ESCHER, S. 113. Wo zwischen dem Dritten und dem anspruchsberechtigten Vertragspartner ein Rechtsverhältnis besteht, kann die Abtretung u.U. von der «Bereinigung» dieses Rechtsverhältnisses abhängig gemacht werden (Art. 82 OR). Beispiel: V hat dem K ein Auto verkauft; die Lieferung soll bis Ende April erfolgen. Zwecks Erfüllung seiner Lieferverpflichtung wendet sich V an X und macht mit diesem ab, er solle ein Auto der geschuldeten Art bis spätestens zum angegebenen Zeitpunkt an K liefern. Kommt X dieser Verpflichtung schuldhaft nicht rechtzeitig nach und erleidet dadurch K einen Schaden (Verspätungsschaden), so ist einerseits V dem K nach Art. 101 OR zum Ersatz verpflichtet, andererseits X dem V (Art. 103 OR; Haftungsinteresse). V kann von X verlangen, dass

Legalzession statt, im Falle von Art. 45 Abs. 3 OR entsteht der Schadenersatzanspruch aus besonderem Grund direkt im Dritten.

- 2 Im Folgenden werden zwei neuere Entscheide besprochen, in denen sich das Bundesgericht mit der Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten befasst hat. Im einen Fall (4C.296/1999 vom 28.1.2000) ging es um die Haftung eines Ingenieurs, der seinen Auftrag mangelhaft erfüllt und dadurch einen Nachbarn des Auftraggebers geschädigt hatte. Im zweiten Fall (BGE 130 III 345 ff.) ging es um die Haftung eines Liegenschaftenschätzers, der im Auftrag eines Grundeigentümers dessen Grundstück geschätzt, dabei gewisse Mängel übersehen und dadurch einen Dritten bewogen hatte, das Grundstück zu einem überetzten Preis zu kaufen. In beiden Fällen hat das Bundesgericht die Haftung verneint, wogegen die kantonalen Vorinstanzen die Haftung noch bejaht hatten. Das Bundesgericht hat jeweils nur geprüft, ob eine Haftung wegen direkter Drittschädigung Platz griff. Auf die Drittschadensliquidation ist es nicht eingegangen. Das erübrigte sich deshalb, weil der geschädigte Dritte es unterlassen hatte, sich einen allfälligen Anspruch auf Drittschadensliquidation abtreten zu lassen. Die Frage der Drittschadensliquidation wird auch im Folgenden nicht geprüft.

II. Haftung eines Ingenieurs für mangelhafte Hangsicherung gegenüber einem Dritten?

Bemerkungen zu BGE 4C.296/1999 vom 28.1.2000

1. Sachverhalt und Erwägungen

- 3 **1. Sachverhalt.** Jaroslav und Vera Caesar sind Eigentümer einer Liegenschaft in Lauerz. Auf den darunter liegenden Grundstücken erstellte deren damaliger Eigentümer, Isidor Zürcher, in den Jahren 1990 und 1991 zwei Doppeleinfamilienhäuser. Als Ingenieurin zog Zürcher die A. Gürber AG bei. Im Rahmen der Aushubarbeiten, die vom Bauherrn ausgeführt wurden, kam es wiederholt zu Böschungsbrüchen und Instabilitäten, welche

er den K entschädigt (unechte oder uneigentliche Drittschadensliquidation; z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Nr. 2714). K hat Anspruch auf Abtretung dieses Anspruchs. Angenommen nun, K hat das Auto – wenn auch mit Verspätung – erhalten, jedoch seinerseits den Kaufpreis dem V vertragswidrig noch nicht bezahlt. Hier wird man dem V das Recht zugestehen müssen, die Abtretung des gegen X bestehenden Anspruchs davon abhängig zu machen, dass K gleichzeitig seinen eigenen vertraglichen Pflichten nachkommt. Entschädigt V den K, so kann er von X Zahlung an sich verlangen (Anm. 1 a.E.).

in der zweiten Bauetappe das Grundstück des Ehepaars Caesar sowie deren Haus in Mitleidenschaft zogen. Am 9. März 1992 belangten die Eheleute Caesar die A. Gürber AG auf Schadenersatz im Betrag von Fr. 528'050.45 nebst Zins. Mit Urteil vom 19. Juni 1997 verpflichtete das Bezirksgericht Schwyz die Beklagte zur Zahlung von Fr. 436'376.30 nebst Zins. Mit Urteil vom 26. Januar 1999 wies das Kantonsgericht Schwyz eine Berufung der Beklagten ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil. Es führte u.a. aus, die Beklagte sei als Ingenieurin verpflichtet gewesen, zum Schutz umliegender Grundstücke konkrete Anweisungen über die auf der Baustelle zu treffenden Sicherungsmassnahmen zu erteilen sowie bei Fehlhandlungen korrigierend einzugreifen. Diesen Pflichten sei sie nur fehlerhaft nachgekommen. Die Beklagte hat eidgenössische Berufung eingereicht. Das Bundesgericht hat diese gutgeheissen und die Klage abgewiesen³. Es hat drei Anspruchsgrundlagen geprüft: Art. 41 Abs. 1 OR, Vertrauenshaftung und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten.

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

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

Sodann hält das Bundesgericht an der Theorie vom Erfolgsunrecht fest. Nach dieser Theorie erfüllt die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes durch positives Tun immer den Tatbestand der Widerrechtlichkeit, sofern nicht ausnahmsweise ein Rechtfertigungsgrund (z.B. Notwehr oder Notstand, Art. 52 OR) gegeben ist. Ob der präsumtive

³ Schadenersatz verlangten die Kläger ferner vom Geologen, der sich zusammen mit der Ingenieurin um die Hangsicherung zu kümmern hatte. Auch diese Klage wurde von den kantonalen Instanzen gutgeheissen, vom Bundesgericht aber abgewiesen. Der Entscheid (4C.280/1999 vom 28.1.2000) ist wiedergegeben in ZBJV 2000, S. 289 ff. (CHRISTOPHE LEUENBERGER) und in SemJud 2000, S. 549 ff. Die rechtlichen Erwägungen entsprechen bis auf wenige Details dem hier referierten Urteil.

Haftpflichtige sich pflichtgemäss verhalten hat oder nicht, spielt keine Rolle. Diese Frage ist vielmehr erst im Rahmen des Verschuldens zu prüfen. Anders verhält es sich, wenn der präsumtive Haftpflichtige das absolut geschützte Gut nicht durch positives Tun verletzt hat und also lediglich eine Verletzung durch Unterlassung in Frage kommt. Diesfalls ist unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit zu prüfen, ob der präsumtive Haftpflichtige «gegen eine spezifische Rechtspflicht zur Abwendung des drohenden Verletzungserfolges verstossen» hat (E. 1a). Die Frage der Pflichtwidrigkeit ist diesfalls also nicht beim Verschulden, sondern gleichsam auf höherer Ebene zu prüfen. Dass die Widerrechtlichkeit bei Unterlassungen und positivem Tun eine ganz unterschiedliche Rolle spielen soll, leuchtet den Vertretern der Theorie vom Verhaltensunrecht nicht ein. Sie sind der Meinung, dass Widerrechtlichkeit immer pflichtwidriges Verhalten bedeutet. Bei sog. reinen, also nicht durch die Verletzung eines absolut geschützten Gutes vermittelten Vermögensschäden besteht die Widerrechtlichkeit nach beiden Theorien darin, dass gegen eine einschlägige «Schutznorm» (E. 1a) bzw. gegen eine Verhaltenspflicht verstossen wurde.

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

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

- 9 Stehen Schädiger und Geschädigter ausserhalb einer vertraglichen Bindung in einem besonderen Vertrauensverhältnis, kraft welchem der Geschädigte sich nunmehr als nachteilig erweisende Dispositionen trifft, hat der Schädiger für den aus enttäuschem Vertrauen verursachten Schaden einzustehen (BGE 124 III 297 E. 6a; 121 III 350 E.

6c; 120 II 331 E. 5a; Kramer, Berner Kommentar, Allg. Einleitung in das schweizerische OR, N. 150). Eine derartige Sonderverbindung entsteht allerdings nur aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten des in Anspruch Genommenen, nicht aber aus einem zufälligen und ungewollten Zusammenprallen, wie es im Regelfall einer auf Fahrlässigkeit gründenden Delikthaftung eigen ist (Kramer, a.a.O., N. 141). Schutzwürdiges Vertrauen setzt zudem ein Verhalten des Schädigers voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken (BGE 124 III 297 E. 6a). Die Eigenhaftung eines Erfüllungsgehilfen kommt damit nur in Betracht, wenn er selbst in engen persönlichen Beziehungen zum Kunden seines Auftraggebers stand oder wenn er diesem aufgrund seines gesamten Verhaltens gleichsam persönliche Gewähr für das Gelingen des übernommenen Geschäfts gab (Wiegand/Berger, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, ZBJV 135 [1999], S. 713 f., 743).

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

4. Schliesslich hat das Bundesgericht auch eine Haftung der Beklagten aus **vertraglicher Drittschutzwirkung** abgelehnt, «sofern eine solche Rechtsfigur für das geltende Recht bejaht würde» (E. 3b). Zur Begründung führt es – wörtlich – aus:

- b) (...) Danach [nach der Lehre vom Vertrag zugunsten Dritter] setzt der vertragliche Schadenersatzanspruch eines vertragsfremden Dritten voraus, dass er mit der Hauptleistung – für den Schuldner erkennbar – bestimmungsgemäss in Berührung kommt, der Gläubiger der Hauptleistung dem Dritten gegenüber zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist und deshalb ein Interesse am Einbezug des Dritten in den Schutzbereich hat oder allgemein die Vertragsparteien den Willen besassen, zu Gunsten des vertragsfremden Dritten eine Schutzpflicht des Schuldners zu begründen (Martin Moser, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Diss. Bern 1998, S. 15, 47 f., 50 und 55, mit zahlreichen Hinweisen auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung; vgl. auch Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., Rz 4044; Schwenger, a.a.O., Rz 87.04). Weder standen der Bauherr und die Kläger als blosser Nachbarn in einem Fürsorgeverhältnis zueinander, noch war für die Beklagte ohne weiteres erkennbar, dass die Kläger in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen werden sollten. Der Beizug der Ingenieurin diene offensichtlich dazu, die plankonforme Bauwerkerrichtung sicherzustellen und aus den Bauarbeiten resultierende Gefahren für die umliegenden Grundstücke zwecks Absicherung des Bauherrn abzuwenden. Die rein räumliche und nicht auf persönlichen Verhältnissen beruhende Nähe der Kläger zum Bauherrn reicht für deren

Einbezug in den Schutzbereich des Ingenieurvertrages nicht aus. Zudem besitzen die Kläger einen direkten Anspruch auf Schadenersatz gegenüber dem Vertragsgläubiger, weshalb sich auch insoweit eine Drittschutzwirkung nicht aufdrängt (vgl. Moser, a.a.O. S. 60; Gauch/Schlupe/Schmid, a.a.O., Rz 4046).

2. Kommentar

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

- 13 1. Die Lehre vom Erfolgsunrecht war lange Zeit herrschend⁴. Die neuere Lehre steht aber fast durchwegs auf dem Boden der Lehre vom Verhaltensunrecht⁵. Diese Theorie verdient m.E. den Vorzug. Erstens macht es wenig Sinn, identische Fragen einmal unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit, ein andermal unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens zu prüfen⁶. Zum Zweiten können Unterlassen und Tun oft nicht klar auseinander gehalten werden⁷. Meist ist es eine Kombination von beidem, welche zu einem Schadenseintritt führt. Ein Drittes: Nach der Theorie vom Erfolgsunrecht hat jeder, der in irgendeiner Weise durch positives Tun zum Erfolg beigetragen hat, diesen auch widerrechtlich verursacht. Wer beispielsweise Autos vertreibt, tötet nach der Theorie vom Erfolgsunrecht jedes Jahr widerrechtlich eine Vielzahl von Menschen. Die Haftung entfällt zwar (regelmässig) wegen fehlendem Verschulden, aber es scheint schon sachwidrig, die Widerrechtlichkeit zu bejahen. Daher haben Einzelne die Theorie vom Erfolgsunrecht abgeschwächt: Nur wer einen Erfolg *unmittelbar* verursacht, soll sich dem Vorwurf der Widerrechtlich-

⁴ Sie stammt aus dem deutschen Recht. «Dort ist Widerrechtlichkeit im Sinne des Erfolgsunrechts ergänzt durch den Schutznormverstoss in § 823 BGB niedergelegt» (ROBERTO, Recht und Internationalisierung, S. 148; zur Konzeption von § 823 BGB s. auch Anm. 49). Das OR (Art. 41 Abs. 1) kennt demgegenüber eine Generalklausel der Widerrechtlichkeit; in dieser findet sich die deutsche Unterscheidung nicht.

⁵ MARKUS MÜLLER-CHEN, S. 299 ff.; SCHWENZER, Nr. 50.28 ff., insbes. Nr. 50.31 m.w.Nw.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, Nr. 40, 41 ff., insbes. 246 ff.; DERS., AJP 1999, S. 523 und passim; REY, Nr. 682 ff.; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 4 N 2; FELLMANN, S. 885; GAUCH, S. 225 ff., insbes. 232 f.; a.A. OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 44; STARK, Nr. 260; KELLER, Bd. I, S. 106, 107; SCHNYDER, BasK, N 31 zu Art. 41 OR; GUHL/KOLLER, § 24 N 4. Zum Meinungsstand s. neustens SCHÖNENBERGER, HAVE 2004, S. 3 ff. Rechtsvergleichend ist die Theorie vom Verhaltensunrecht herrschend (s. ROBERTO, Recht und Internationalisierung, S. 149).

⁶ Vgl. etwa KÖTZ/WAGNER, Nr. 107.

⁷ ROBERTO, Schadensrecht, S. 52 ff.

keit aussetzen⁸. Diese Theorie beseitigt aber nicht die anderen Einwände gegen die Theorie vom Erfolgsunrecht, und zudem schafft sie ein neues, kaum lösbares Problem, nämlich die Abgrenzung von unmittelbarer und mittelbarer Verursachung. Dass es hierbei bloss um «Randunschärfen» geht, wie VON BAR⁹ meint, halte ich für unzutreffend.

Verdient die Theorie vom Verhaltensunrecht den Vorzug, so ist die Widerrechtlichkeit generell als Pflichtwidrigkeit zu verstehen: Der präsumtive Haftpflichtige muss eine zum Schutz des Geschädigten aufgestellte – geschriebene oder ungeschriebene – Verhaltensnorm verletzt haben, und zwar eine allgemeine, nicht bloss eine relative Pflicht. 14

2. Das referierte Urteil erweckt den Eindruck, ein Erfüllungsgehilfe sei 15 einem vertragsfremden Dritten gegenüber nie verpflichtet, für die Beseitigung eines gefährlichen Zustandes zu sorgen. Vielmehr sei er, wenn schon, nur dem Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet, und zwar vertraglich, sofern zwischen dem Gehilfen und dem Geschäftsherrn – wie regelmässig – ein Vertragsverhältnis besteht. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden:

Ob jemand gegenüber einem Dritten verpflichtet ist, eine Gefahr für des- 16 sen absolut geschützte Rechtsgüter abzuwenden, hängt davon ab, ob ihm eine Garantenstellung zukommt. Garantenpflichten können verschiedene Rechtsgründe haben¹⁰. Der vom Bundesgericht herangezogene Gefahrensatz ist nur *eine* Quelle (sog. Ingerenz). «Klassische» Entstehungsgründe sind sodann Gesetz und Vertrag¹¹. Freilich haben vertragliche Pflichten «nur dann den Rang einer Garantenpflicht, wenn dem Verpflichteten eine Autoritäts- oder Vertrauensstellung mit besonderen Obhuts-, Sorge- und Aufsichtspflichten zukommt» (STRATENWERTH¹²). «Die Garantenpflicht entsteht auch nicht schon durch die Vereinbarung als solche, sondern erst durch die faktische Übernahme der Stellung [...]: Der Schutz des [fremden] Rechtsgutes muss tatsächlich in die Hände des Verpflichteten gelegt worden sein» (STRATENWERTH, wie Anm. 12)¹³. Nach dem Gesagten

⁸ Diese Unterscheidung geht zurück auf LARENZ, FS Dölle, S. 169 ff. Sie wurde später in Deutschland weitgehend rezipiert (s. z.B. VON BAR, JuS 1988, S. 170).

⁹ VON BAR, JuS 1988, S. 170.

¹⁰ SCHNYDER, BasK, N 37 f. zu Art. 41 OR.

¹¹ TRECHSEL/NOLL, S. 242 ff.

¹² STRATENWERTH, § 14 N 16, unter Hinweis auf BGE 98 IV 172 ff.

¹³ Vgl. MEYER, S. 150 ff. Die Garantenstellung folgt «aus der Übernahme einer Aufgabe» (STAUDINGER/HAGER, N 21 zu § 823 BGB); aus der Rechtsprechung s.

muss gelten, dass jemand, der den Auftrag erhält, eine Gefährdung absolut geschützter Güter Dritter zu verhindern, auch dem Dritten gegenüber verpflichtet ist, die erforderlichen Schutzmassnahmen zu ergreifen. Der Beauftragte (Erfüllungsgehilfe) hat dann gleichsam in Vertretung des Auftraggebers (Geschäftsherrn) für die Gefahrenabwehr zu sorgen. Kommt er dieser Aufgabe nicht oder nur ungenügend nach, kann er im Einzelfall sogar strafrechtlich verantwortlich werden^{14,15}.

- 17 Im konkreten Fall hatte das Kantonsgericht Schwyz als Vorinstanz die Haftung der Beklagten bejaht. Diese sei als Ingenieurin nicht nur für den Hochbau zuständig gewesen, sondern habe zusammen mit dem Geologen die Aufgabenbereiche Bodenkontrolle und Baugrubenaushub und damit die Pflicht übernommen, den Aushub zu überwachen, die zuständigen Arbeiter zu instruieren, zum Schutz umliegender Grundstücke konkrete Anweisungen über die auf der Baustelle zu treffenden Sicherungsmassnahmen zu erteilen sowie bei Fehlhandlungen korrigierend einzugreifen (s. die Sachverhaltsschilderung im referierten Entscheid). Der Bauherr hatte somit nicht nur, aber auch die Hangsicherung in die Hände der Beklagten gelegt. Dieser kam daher nach der hier vertretenen Ansicht Garantenstellung zu¹⁶. Quelle dieser Pflicht war nicht der Gefahrensatz, sondern die Tatsache, dass sich die Beklagte angeboten hatte, anstelle des Bauherrn dessen Pflichten gegenüber dem Oberlieger (dem Ehepaar Caesar) zu erfüllen. Das ist zu betonen, weil das Bundesgericht davon auszu-

BGHZ 68, S. 175; NJW 1997, S. 582 f.; BGH LINDENMAIER-MÖHRING, Nr. 148 zu § 823 BGB.

14 S. RIKLIN, Nr. 1776 ff., mit dem Hinweis, dass der Architekt (oder Ingenieur) «auch durch ein Unterlassen» strafrechtlich verantwortlich werden kann (Nr. 1811 ff.).

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

16 M.E. zutreffend hält das Kantonsgericht Schwyz fest, die Ingenieurin sei zusammen mit dem Geologen verpflichtet gewesen, «den Aushub zu überwachen und diesbezüglich, auch zum Schutze umliegender Grundstücke, konkrete Anweisungen über die zu treffenden Vorkehrungen und Sicherungsmassnahmen auf der Baustelle, dem Baufortschritt folgend, zu erteilen» (E. 4b; Hervorhebung hinzugefügt), sie habe «deshalb (auch) für die Kläger eine Garantenstellung übernommen». Dem Kantonsgericht Schwyz sei für die freundliche Überlassung des Urteils bestens gedankt.

gehen scheint, dass eine Garantenpflicht nur aus dem Gefahrensatz fließen kann (s. insbesondere E. 2c). Wie das Kantonsgericht Schwyz hätte wohl auch der deutsche Bundesgerichtshof entschieden. Das Bundesgericht hat dies ausdrücklich festgestellt (E. 2b in fine), ohne sich jedoch mit dieser abweichenden deutschen Auffassung inhaltlich auseinander zu setzen.

Bejaht man die Widerrechtlichkeit, so ist auch das Verschulden der Beklagten zu bejahen. Denn die Verletzung einer Verhaltenspflicht (darin besteht ja die Widerrechtlichkeit) erfolgt immer auch schuldhaft, so jedenfalls dann, wenn man mit der herrschenden Lehre¹⁷ von einem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff ausgeht. Vorbehalten ist lediglich der Fall, dass der präsumtive Haftpflichtige aus den in Art. 16 ZGB erwähnten Gründen gar nicht imstande war, sich pflichtgemäss zu verhalten.

B. Bemerkungen zur Vertrauenshaftung

1. Die Vertrauenshaftung hat ihren Ursprung in Deutschland. CANARIS, 19 der sie zwar nicht erfunden, aber wesentlich gefördert hat, unterscheidet zwischen «vertrauensrechtlicher Schadenersatzhaftung» und «vertrauensrechtlicher Erfüllungshaftung»¹⁸. Zur vertrauensrechtlichen Schadenersatzhaftung werden so unterschiedliche Institute wie culpa in contrahendo, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sowie positive Vertragsverletzung gerechnet¹⁹. In der Schweiz ist man lange Zeit – ohne Nachteil – ohne den Begriff der Vertrauenshaftung ausgekommen. Eingeführt in die Diskussion wurde er von KRAMER, durchgesetzt hat er sich aber erst, seitdem ihn das Bundesgericht im *Swissair*-Entscheid (BGE 120 II 331) übernommen hat. Was darunter zu verstehen ist, ist bis heute nicht geklärt. Das Bundesgericht fasst die Vertrauenshaftung – soweit ersichtlich – immer als Schadenersatzhaftung auf, sodann als ausservertragliche Haftung, ferner – mit Ausnahme des hier referierten Entscheids – als Haftung für reinen Vermögensschaden²⁰. Unsicher ist, was das Bundesgericht meint, wenn es die Vertrauenshaftung als Haftung «aus

17 REY, Nr. 843 ff., m.w.Nw.

18 CANARIS, 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 171 ff.

19 VON BAR, JuS 1982, S. 645 I.Sp. unten.

20 Anders LOSER, recht 1999, S. 74: «Unter Vertrauenshaftung wird die Begründung einer Obligation gestützt auf Vertrauen in Sonderverbindungen verstanden. Dabei kommt ein weiter Begriff der «Haftung» zur Anwendung: Ob dies eine Erfüllungspflicht oder eine Schadenersatzpflicht ist, spielt keine Rolle.»

erwecktem Vertrauen» bezeichnet (so BGE 130 III 345 E. 2.1). Ist damit jede Haftung gemeint, welche an die Verletzung vertrauensschützender Pflichten anknüpft (vgl. dazu unten Nr. 41 ff.), oder ist damit – weiter gehend – jede Haftung gemeint, welche tatbestandsmässig voraussetzt, dass der Geschädigte zufolge Vertrauensenttäuschung einen Schaden erlitten hat (z.B. Art. 26, 36 Abs. 2, 39 OR)? Während in die erste Kategorie nur Verschuldenshaftungen fallen, fallen in die zweite auch Kausalhaftungen (z.B. jene aus Art. 39 Abs. 1 OR). Das Bundesgericht setzt zudem eine Sonderverbindung («Vertrauensverhältnis») voraus, doch ist nicht klar, ob diesem Erfordernis wirklich selbständige Bedeutung zukommt oder ob damit nicht einfach eine haftungsbegründende Pflichtverletzung oder ein sonstiger haftungsbegründender Umstand gemeint ist. Insgesamt scheinen die Begriffsmerkmale wenig geklärt.

- 20 Das Gesetz kennt den Ausdruck Vertrauenshaftung nicht. Falls man ihn überhaupt verwenden will, kann man ihn daher mit beliebigem Inhalt füllen. Nur klar sollte der Begriff sein und die juristische Diskussion nicht erschweren, sondern erleichtern. Diesen Anforderungen genügt eine Umschreibung, wonach Vertrauenshaftung jede Haftung ist, welche eine Schädigung zufolge Vertrauensenttäuschung voraussetzt. Eine Vertrauenshaftung in diesem Sinne bilden all jene Haftungen, welche die Haftung von der Gutgläubigkeit des Geschädigten abhängig machen, sei es ausdrücklich (Art. 26, 36 Abs. 2, 39 OR) oder doch der Sache nach (Art. 411 Abs. 2 ZGB). Keine Vertrauenshaftung ist beispielsweise die Haftung aus Art. 841 ZGB²¹. Die Vertrauenshaftung im hier verstandenen Sinne könnte man auch als Gutglaubensschutzhaftung bezeichnen. Es geht immer um die Frage, ob das Vertrauen einer Person auf das Vorliegen eines bestimmten Umstandes durch eine Haftung geschützt ist.

- 21 2. Die Vertrauenshaftung wurde bis zu dem hier referierten Entscheid – wie gesagt – immer als ausservertragliche Haftung für reinen Vermögensschaden verstanden²². Im konkreten Fall werden die dazu entwickelten Grundsätze auf die Verletzung eines absolut geschützten Gutes (Eigentum) angewendet. Das scheint gewagt. Freilich können Vertrauensge-

²¹ Anders FOEX, S. 143 ff. Um eine Vertrauenshaftung geht es hier ebenso wenig wie etwa in den Kabelbruch-Fällen (Anm. 51).

²² S. neustens BGE 128 III 324 ff. (dazu ROTH/VON DER CRONE, S. 311 ff.; BERNHARD BERGER, Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung, recht 2002, S. 201 ff.) und BGE 130 III 345 ff. (dazu unten Nr. 27 ff.), aus der Lehre etwa die Arbeiten von FEHLMANN, MOSER und SCHÖNENBERGER, Haftung für Rat und Auskunft.

sichtspunkte auch bei der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter eine Rolle spielen. Es scheint aber nahe liegend, dass sie eine andere Rolle spielen als bei reinen Vermögensschäden. Wenn schon, sollten daher eigenständige Tatbestände der Vertrauenshaftung entwickelt werden, wie etwa in Deutschland die «Anvertrauenshaftung» (CANARIS²³) oder die Haftung wegen Missachtung der Produktbeobachtungspflicht²⁴. Solche Tatbestände mag man – mit der Vertrauenshaftung für reine Vermögensschäden – unter einen einheitlichen Oberbegriff der Vertrauenshaftung pressen. Sinn macht dies freilich kaum, im Gegenteil kann dies nur verwirren, weil der unrichtige Eindruck entsteht, dass ein einziges einheitliches Kriterium über die Haftungszurechnung entscheidet²⁵.

3. Betrachtet man nur die ausservertragliche Vertrauenshaftung für reine Vermögensschäden, wie sie vom Bundesgericht in den letzten zehn Jahren konzipiert wurde²⁶, so vermisst man eine präzise Umschreibung der Anspruchsvoraussetzungen²⁷. Insbesondere scheint noch wenig geklärt, welche Anforderungen das Bundesgericht an die Sonderverbindung, das zentrale Merkmal der Vertrauenshaftung, stellt. M.E. ist der Ansatz, für die Haftung an eine Sonderverbindung anzuknüpfen, verfehlt. Damit wird nämlich verdeckt, worum es schwergewichtig geht: um die Herausarbeitung von Kriterien für die Anerkennung vermögensschützender Pflichten (s. im Einzelnen unten Nr. 40 ff.)²⁸.

²³ CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 539 ff.; DERS., FS Larenz, S. 107; VON BAR, JuS 1988, S. 170 r.Sp.

²⁴ S. dazu etwa KÖTZ/WAGNER, Nr. 448.

²⁵ Vgl. HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 377 f.

²⁶ Grundlegend BGE 120 II 331 ff.

²⁷ SCHWENZER, Symposium Schlechtriem, S. 68, spricht von «nebulösen» Haftungsvoraussetzungen.

²⁸ «Die Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde von verschiedenster Seite kritisiert.» (WERRO, S. 14, mit Hinweisen) WERRO selbst steht ihr ebenfalls kritisch gegenüber.

C. Bemerkungen zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

- 23 Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten hat mit dem echten Vertrag zugunsten Dritter gemein, dass gegenüber einem Dritten vertragliche Pflichten bestehen. Indes handelt es sich nicht um Leistungspflichten (der Dritte ist daher nicht Gläubiger), sondern um blosse Nebenpflichten, insbesondere Schutzpflichten (daher Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter). Eine schuldhaftige Pflichtverletzung begründet einen Schadenersatzanspruch des Dritten (Art. 97 OR)²⁹.
- 24 Schutzpflichten zugunsten eines Dritten können – selbstverständlich – vertraglich vereinbart werden³⁰ oder sich aus dem hypothetischen Parteiwillen ergeben, also das Resultat ergänzender Vertragsauslegung sein. Beides kommt jedoch kaum vor. Eine Ausnahme macht der echte Vertrag zugunsten eines Dritten (weshalb dieser ohne weiteres auch Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten ist): Das Schuldverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Dritten beschränkt sich – nach dem Willen der Vertragsparteien – nicht auf das Forderungsrecht, vielmehr umfasst es auch Nebenpflichten, gleich wie wenn der Dritte selbst den Vertrag geschlossen hätte. Insbesondere hat der Schuldner bei der Leistungsbewirkung auf die absolut geschützten Güter des Dritten Rücksicht zu nehmen. Bei anderen Verträgen lassen sich Schutzwirkungen zugunsten eines Dritten jedoch kaum je auf den Vertragswillen zurückführen. Insbesondere hilft auch die ergänzende Vertragsauslegung meist nicht weiter, weil der Vertrag keinerlei konkrete Anhaltspunkte aufweist, welche für eine Drittbegünstigung im umschriebenen Sinne sprechen³¹. Schutzpflichten zugunsten eines Dritten lassen sich ferner ausnahmsweise aus dem Gesetz ableiten (vgl. z.B. Art. 399 Abs. 3 OR). Im Regelfall aber kann sich nur

²⁹ STADLER definiert die Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als «Verträge, in deren Schutzbereich am Vertragsschluss nicht beteiligte Dritte in der Weise einbezogen sind, dass ihnen zwar keine primären Leistungsansprüche, wohl aber Ansprüche auf Beobachtung der vertraglichen Verhaltenspflichten [...] zustehen» (JAUERNIG/STADLER, N 19 zu § 328 BGB). Um eigentliche «Ansprüche», also Forderungen, handelt es sich freilich nicht, da Verhaltenspflichten – jedenfalls normalerweise – nicht klagbar sind. Vielmehr geht es lediglich darum, dass die Verhaltenspflichten unmittelbar dem Dritten gegenüber bestehen, gleichsam in ihre Richtung gedreht sind. Das ist auch die Auffassung von STADLER, die sie ausdrücklich nicht als Leistungspflichten begreift (a.a.O.; vgl. ferner z.B. LORENZ, S. 318 oben; BGH, NJW 1977, S. 2074).

³⁰ URBAN, S. 178.

³¹ Vgl. KOLLER, OR AT, Nr. 616.

fragen, ob drittbegünstigende Schutzpflichten im Wege der *Gesetzesergänzung* zu begründen sind. M.E. ist dies zu verneinen³².

Wo sich ein vertraglicher Drittschutz rechtfertigt, ist dem Dritten mit dem Institut der Drittschadensliquidation, nicht dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, zu «helfen». Dementsprechend ist – bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen – der Vertragspartner befugt, den Drittschaden zu liquidieren. Dem Dritten steht zwar regelmässig ein Abtretungsanspruch zu, doch kann er diesen u.U. nur durchsetzen, wenn er gleichzeitig seinen Verpflichtungen aus dem Rechtsverhältnis zum anspruchsberechtigten Vertragspartner nachkommt (s. Anm. 2). Das Abtretungserfordernis anstelle der direkten Anspruchsberechtigung ist nur schon aus diesem Grunde gerechtfertigt. Zudem rechtfertigt es sich im Interesse des Schuldners, welcher über die Forderungszuständigkeit Klarheit haben muss.

Auf europäischer Ebene ist der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eine «Kuriosität» (KÖTZ³³). Diese glaubte man in Deutschland (und Österreich) zur Überwindung deliktsrechtlicher Defizite in Kauf nehmen zu müssen. Insbesondere sollte damit die Möglichkeit eröffnet werden, die strengere vertragliche Hilfspersonenhaftung (§ 278 BGB, § 1313a AGB) an die Stelle der deliktischen Hilfspersonenhaftung (§ 831 BGB, § 1315 ABGB) zu setzen³⁴. Indes kann man diesem Anliegen auch auf dem Wege der Drittschadensliquidation Rechnung tragen³⁵.

³² Anders im Ergebnis – freilich ohne nähere Prüfung der Frage – WOLFGANG WIEGAND, ZBJV 1999, S. 740, und die dort in Anm. 131 zitierten Autoren. Die deutsche Rechtsprechung stützt den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auf den Parteiwillen ab. Dass dies in aller Regel eine «glatte Fiktion» ist (GEORG WILHELM, *ecolex* 1991, S. 157 f. mit illustrativen Rechtsprechungshinweisen), dürfte heute weitgehend anerkannt sein (vgl. GUHL/KOLLER, § 31 N 45; BAYER, S. 475 f.; KOZIOL/WELSER, Bd. II, S. 136 mit Anm. 19, 137; CANARIS, JZ 1965, S. 475 ff.; URBAN, S. 178; HONSELL, FS Medicus, S. 233 und passim).

³³ HEIN KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen 1996, S. 383.

³⁴ Statt vieler LARENZ, *SchR AT*, S. 225, § 17 II.

³⁵ Vgl. MEDICUS, Nr. 839.

III. Dritthaftung eines Schätzers gegenüber einem Käufer der geschätzten Liegenschaft?

Bemerkungen zu BGE 130 III 345 ff.

1. Sachverhalt und Erwägungen

- 27 **1. Sachverhalt.** A. ist Architekt und Liegenschaftenschätzer. Im Jahre 1994 verfasste er im Auftrag von X. einen Schätzungsbericht über dessen Liegenschaft. Die Schätzung erfolgte im Hinblick auf die Erhöhung eines Hypothekarkredits. Im Schätzungsbericht fanden sich keine Hinweise auf Mängel des auf der Liegenschaft befindlichen Hauses. Zwei Jahre später liess X. den Schätzungsbericht dem Ehepaar E. und S. B., das am Kauf seiner Liegenschaft interessiert war, zukommen. Das Ehepaar B. erwarb die Liegenschaft und stellte kurz nach Besitzantritt fest, «dass sich beim Vordach Probleme stellen könnten». Eine darauf hin in Auftrag gegebene Expertise brachte zahlreiche Mängel betr. Vordach, Dachkonstruktion, Statik und Keller zu Tage. Die Eheleute B. liessen die Mängel beheben und verlangten die Sanierungskosten von A. ersetzt. Da dieser seine Haftung ablehnte, erhoben sie Klage beim Bezirksgericht Werdenberg. Dieses hiess die Klage teilweise gut. Das Kantonsgericht St. Gallen wies eine von A. eingereichte Berufung ab und bestätigte den Entscheid³⁶. Das Bundesgericht wies hingegen die Klage auf Berufung hin ab. Es hat – wie schon im ersten Fall – drei Anspruchsgrundlagen geprüft: Haftung aus Art. 41 OR, Vertrauenshaftung und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten.
- 28 **2. Das Kantonsgericht St. Gallen hat zur Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR** ausgeführt: «Dem Beklagten kann in der Tat kein widerrechtliches, d.h. gegen allgemeine gesetzliche Gebote und Verbote verstossendes Verhalten vorgeworfen werden. Die Widerrechtlichkeit lässt sich jedenfalls nicht allein aus einer Verletzung von Treu und Glauben ableiten.» Eine Haftung komme daher lediglich nach den Grundsätzen über die Vertrauenshaftung in Frage. Das Bundesgericht hat dem nichts beigelegt.
- 29 **3. Die Vertrauenshaftung,** «welche als Oberbegriff jene aus culpa in contrahendo und die weiteren interessenmässig gleich gelagerten Tatbestandsgruppen umfasst [...], ist zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt. Es handelt sich dabei um die Haftung eines vertragsfremden Dritten, bei welcher das von diesem erweckte Vertrauen die Rechtsgrundlage eines

³⁶ Entscheid BZ.2002.33, abrufbar unter der Internetadresse www.gerichte.sg.ch.

Schadenersatzanspruchs bildet, wenn es anschliessend enttäuscht wird» (E. 2.1). Die so umschriebene Vertrauenshaftung setzt voraus, «dass die Beteiligten in eine sogenannte «rechtliche Sonderverbindung» zueinander getreten sind» (E. 2.2). Ohne solche Sonderbeziehung ist das Verhalten des Schädigers zum vornherein nicht geeignet, «hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken». «Eine derartige Sonderverbindung entsteht aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten der in Anspruch genommenen Person. [...] Die Eigenhaftung eines Erfüllungsgehilfen kommt damit nur in Betracht, wenn er selbst in engen persönlichen Beziehungen zum Kunden seines Auftraggebers stand oder wenn er diesem aufgrund seines gesamten Verhaltens gleichsam persönliche Gewähr für das Gelingen des übernommenen Geschäfts bot [...]. Ein unmittelbarer Kontakt zwischen Ansprecher und Schädiger ist demnach nicht unabdingbar. Es genügt, dass die in Anspruch genommene Person explizit oder normativ zurechenbar kundgetan hat, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen». In der Folge hält das Bundesgericht fest, dass auch ein Experte (wie z.B. ein Liegenschaftenschätzer) «bereits bei einer mittelbaren Beziehung gegenüber einem vertragsfremden Dritten aus erwecktem Vertrauen haftbar werden kann. [...] Dabei spielt keine Rolle, ob der Experte den Dritten kennt oder zumindest weiss, um wen es sich handelt oder nicht, denn das Haftungsrisiko richtet sich nach den davon unabhängigen Kriterien des Inhalts der Expertise und deren Verwendungszwecks».

Im konkreten Fall bestand eine «enge persönliche Beziehung» zwischen dem beklagten Schätzer und den Klägern im Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens offensichtlich nicht: Die beiden Parteien hatten sich zu diesem Zeitpunkt gar nicht gekannt. Es kam somit darauf an, ob der Schätzer den Klägern «eine persönliche Gewähr für das Gelingen des übernommenen Geschäfts» angeboten, also eine Art Richtigkeitsgewähr für den Schätzungsbericht übernommen hatte. Das hat das Bundesgericht verneint: Der Beklagte habe das Gutachten als Grundlage für ein Gesuch um die Erhöhung des Hypothekarkredits angefertigt und er habe nicht damit rechnen müssen, dass das Gutachten später auch für Verkaufszwecke verwendet werde. Daher habe das Gutachten höchstens gegenüber der hypothetisierenden Bank eine haftungsbegründende Vertrauensbasis darstellen können, nicht aber gegenüber einem potenziellen Käufer. Einem solchen gegenüber sollte keinerlei Richtigkeitsgewähr abgegeben werden.

4. Zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter führt das Bundesgericht wörtlich aus:

- 32 Auch eine Haftung des Beklagten aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter lehnten die Vorinstanzen zu Recht ab. Eine solche Haftung ist in der bisherigen Praxis nie grundsätzlich bejaht worden. Die Frage braucht auch vorliegend nicht entschieden zu werden. Denn sie wäre nur denkbar, wenn der Verkäufer im Einverständnis mit den Käufern den Schätzungsauftrag in eigenem Namen erteilt und dem Beklagten diese gemeinsame Interessenlage offen gelegt hätte. Dies trifft im vorliegenden Fall aber nicht zu. Damit aber sind die Interessen der Vertragsparteien gegenläufig: Der Verkäufer ist an einem möglichst hohen, die Käufer an einem möglichst tiefen Verkehrswert interessiert. In einem solchen Fall scheidet die Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch nach Auffassung der in der neueren Rechtslehre vertretenen Befürworter dieser Rechtsfigur aus (vgl. Hans Peter Walter, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in: ZBJV 132/1996, S. 291 f.; anders die Praxis in Deutschland: Urteil des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 10.11.1994 - III ZR 50/94 (Köln), publ. in: Neue Juristische Wochenschrift 1995, S. 392; im Ergebnis zustimmend Dieter Medicus, Anmerkung, Juristenzeitung 1995, S. 308 f.; wie hier Claus-Wilhelm Canaris, Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei «Gegenläufigkeit» der Interessen: zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 10.11.1994 - III ZR 50/94, in: Juristenzeitung 1995, S. 441 ff.).

2. Kommentar

- 33 In dem vom Bundesgericht beurteilten Fall ging es um die Frage, ob ein Vertragspartner (ein Liegenschaftenschätzer) für reinen Vermögensschaden eines vertragsfremden Dritten haftbar werden kann. Im Gesetz finden sich zu dieser Frage keine spezifischen Bestimmungen. Das Bundesgericht hatte sich daher an das allgemeine Haftungsrecht zu halten. Vorerst hat es eine Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR zwar in Betracht gezogen, jedoch mangels Widerrechtlichkeit abgelehnt. Sodann hat es geprüft, ob der Schätzer nach den Grundsätzen über die sog. Vertrauenshaftung, welche das Bundesgericht irgendwo «zwischen Vertrag und Delikt» ansiedelt (E. 2.1), zur Verantwortung gezogen werden kann, und hat auch dies verneint. Schliesslich hat das Bundesgericht geprüft, ob der Schätzer vertraglich haftete, nämlich wegen Verletzung einer den Käufern gegenüber bestehenden vertraglichen Pflicht. Voraussetzung der Haftung wäre – nach Ansicht des Bundesgerichts – die Anerkennung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gewesen. Ob es diesen Schritt tun will, hat das Bundesgericht offen gelassen, weil im konkreten Fall die beiden Parteien des Kaufvertrages gegenläufige Interessen hatten. Das aber schliesst nach Ansicht des Bundesgerichts einen vertraglichen Drittschutz aus. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter generell abzulehnen, soweit er nicht im Einzelfall auf den konkreten Parteiwillen zurückgeführt werden kann. Das wurde bereits begründet (oben Nr. 24). Nachstehend interessieren daher nur mehr ausservertragliche Anspruchsgrundlagen. Im Folgenden

wird die Haftung für reinen Vermögensschaden vorerst in allgemeiner Weise untersucht (A.), sodann in Bezug auf den konkreten, vom Bundesgericht entschiedenen Fall (B.).

A. Die ausservertragliche Haftung für reinen Vermögensschaden im Allgemeinen

a. Einleitung

1. Der Abschnitt über die unerlaubten Handlungen (Art. 41-61 OR) enthält nur eine einzige Bestimmung, welche für reine Vermögensschäden konzipiert ist (Art. 41 Abs. 2 OR). Doch geht die herrschende Lehre und Rechtsprechung davon aus, dass Art. 41 Abs. 1 OR als allgemeine Deliktstnorm auch die Haftung für solche Schäden erfasst^{37,38}. Daneben gibt es im OR zahlreiche Sonderbestimmungen, welche einzelne Tatbestände reiner Vermögensschädigung regeln, so etwa Art. 26, 36 Abs. 2, 39 und 752 OR. Auch ausserhalb des OR finden sich einzelne solche Bestimmungen (z.B. Art. 411 Abs. 2 und 841 ZGB). Die meisten der besonderen Haftungsregeln sind Verschuldenshaftungen, einzelne wenige Bestimmungen sehen eine kausale Haftung vor, z.B. Art. 39 Abs. 1 OR.

2. Soweit ausservertragliche Schadenersatzansprüche nicht auf Art. 41 Abs. 1 OR beruhen, handelt es sich zwar um eigenständige gesetzliche Ansprüche, es sind aber doch Deliktsansprüche, wenn auch eben besondere. Das ist für Ansprüche, welche die Verletzung absolut geschützter Güter sanktionieren (z.B. Art. 679, 700 Abs. 2 OR), völlig anerkannt. Anerkannt ist dies aber auch für die meisten Haftungen, welche reine Vermögensschäden regulieren (z.B. Art. 841 ZGB). Nur für einzelne Haftungen, insbesondere die Haftung für culpa in contrahendo (Art. 26, 39 OR) und andere Haftungen, welche neuerdings unter dem Begriff der Vertrauenshaftung zusammengefasst werden, soll anderes gelten. Einzel-

³⁷ Das ergibt sich beispielsweise aus Art. 9 UWG. Danach kann derjenige, der sich im Wettbewerb unlauter verhält, auf Schadenersatz «nach Massgabe des Obligationenrechts» belangt werden. Dieser Verweis bezieht sich hauptsächlich auf Art. 41 Abs. 1 OR. Auch die historische Auslegung ergibt, dass Art. 41 Abs. 1 OR reine Vermögensschäden ebenfalls betrifft (vgl. WALTER, ZSR 2001, S. 90 f.). Zweifel scheint allerdings BUCHER (recht 2001, S. 80 bei Anm. 56) zu haben.

³⁸ Ebenso findet Art. 55 OR als allgemeine Bestimmung über die Hilfspersonenhaftung Anwendung. In unserem Kontext wird Art. 55 OR allerdings nicht weiter in die Betrachtung einbezogen, da in dem vom Bundesgericht beurteilten Fall die Haftung des Schätzers für eigenes Verhalten in Frage stand.

ne gehen von vertraglichen oder quasi-vertraglichen Haftungen aus, das Bundesgericht spricht – wie gesagt – von einer Haftung «zwischen Vertrag und Delikt» (s. im Einzelnen unten Nr. 47 und Kritik dazu in Nr. 64 ff.).

- 36 3. Soweit besondere Deliktshaftungen keine eigenständige Regelung erfahren haben, sind die vorhandenen Lücken *modo legislatoris* zu schliessen (Art. 1 Abs. 2/3 ZGB). Dabei bietet sich im Allgemeinen eine Anlehnung an das allgemeine Deliktsrecht an, etwa was Art und Grösse des Ersatzes (Art. 43 f. OR) oder die Verjährung (Art. 60 OR) anbelangt (vgl. etwa BGE 127 III 257, 259 mit Bezug auf die Verjährung von Ansprüchen aus Art. 679 ZGB). In einzelnen Fragen drängt sich jedoch, zumindest hinsichtlich gewisser Tatbestände, eine Anlehnung an besonders geregeltes Deliktsrecht an. So sollte etwa beim Tatbestand von Art. 36 Abs. 2 OR eine Analogie zu Art. 26 Abs. 2 und 39 Abs. 2 OR befürwortet werden und daher allenfalls Ersatz des positiven Vertragsinteresses zugesprochen werden, obwohl diese Möglichkeit weder in Art. 36 Abs. 2 OR noch im allgemeinen Deliktsrecht vorgesehen ist (s. Nr. 60). Sodann sollte m.E. bei den Tatbeständen der sog. Vertrauenshaftung die Verjährungsregelung von Art. 760 OR übernommen werden. Andere wollen Art. 127 OR anwenden³⁹. Nicht angemessen scheint jedenfalls die Anwendung von Art. 60 OR (anders allerdings BGE 108 II 405).

- 37 4. «Im Zivilrecht herrscht Anspruchskonkurrenz» (HONSELL⁴⁰). Dieser Grundsatz gilt beispielsweise auch im Verhältnis von Deliktsansprüchen zu vertraglichen Schadenersatzansprüchen oder zu nicht schadenersatzrechtlichen Ansprüchen. Hingegen kann er im Verhältnis spezieller Deliktsgesetze zur allgemeinen Deliktshaftung keine Geltung beanspruchen, hier gilt im Gegenteil der umgekehrte Grundsatz, also der Vorrang der speziellen Bestimmung. Andernfalls würden nämlich die speziellen Bestimmungen faktisch meist leerlaufen. Allgemeine Richtlinien lassen sich allerdings nur beschränkt aufstellen⁴¹. Massgeblich ist letzten Endes im-

³⁹ Vgl. in verwandtem Zusammenhang BGE 67 II 176, 60 II 28. Im ersten Entscheid hat das Bundesgericht erkannt, dass der wechselrechtliche Bereicherungsanspruch (Art. 1052 OR) nicht nach Art. 67 OR, sondern nach Art. 127 OR verjährt. Im zweiten Entscheid wurde dasselbe für den Rückleistungsanspruch aus Art. 109 Abs. 1 OR festgestellt; im Ergebnis gilt diese Rechtsprechung auch heute noch, doch meint das Bundesgericht neuerdings, der Anspruch aus Art. 109 Abs. 1 OR sei ein vertraglicher (BGE 114 II 152).

⁴⁰ HEINRICH HONSELL, Drei Fragen des Bereicherungsrechts, Liber amicorum für Hermann Schulin, Zürich 2001, S. 32.

⁴¹ Vgl. ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 81 ff.

mer die Auslegung der im Spiele stehenden Normen. Unproblematisch ist die Annahme von Anspruchskonkurrenz freilich immer dann, wenn eine spezielle Deliktsgesetznorm für den Geschädigten in jeder Hinsicht vorteilhaft ist. Alsdann besteht nie das Risiko, dass durch Berufung auf die allgemeine Norm die spezielle Norm leerläuft. Nicht definitiv geklärt ist, ob zwischen der allgemeinen Deliktshaftung und der «bundesgerichtlichen» Vertrauenshaftung Anspruchskonkurrenz besteht (bejahend BGE 4C.193/2000).

Dieser Entscheid vom 26.9.2001 betraf folgenden Sachverhalt: A., der Geld anlegen wollte, traf sich zu diesem Zweck mit C. und Dr. D. Diese unterbreiteten ihm die Möglichkeit einer Geldanlage bei der Firma Y. An der massgeblichen Sitzung nahm neben A., C. und D. auch G., Direktor der Bank X, teil. Auf die Frage, ob die Anlage bei der Firma Y sicher sei, wurde von Seiten von C. und D. erklärt, dass ein Abzug von Geld nur im Austausch gegen erstklassige Papiere, die mehr wert seien als der Kontostand, erfolge; das werde von der Bank X überprüft. G. hat zu diesen Äusserungen «geschwiegen und genickt» (E. 4b), obwohl eine Aufsichtsfunktion der Bank nicht vorgesehen war. Darin hat das Bundesgericht ein pflichtwidriges Verhalten von G. bzw. der Bank, der das Verhalten von G. als eigenes zurechenbar war, gesehen. Die Bank wurde daher haftbar erklärt, und zwar sowohl nach Art. 41 Abs. 1 OR als auch nach den Grundsätzen der «bundesgerichtlichen» Vertrauenshaftung⁴². M.E. konkurrierte mit der Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR eine Haftung nach dem ungeschriebenen Art. 41 Abs. 3 OR (s. dazu Nr. 55).

b. Allgemeine Deliktshaftung (Art. 41 Abs. 1 OR)

aa. Tatbestand

Art. 41 Abs. 1 OR macht die Haftung von einem schuldhaften widerrechtlichen Verhalten abhängig. Widerrechtlichkeit bedeutet Verletzung einer Verhaltenspflicht (oben Nr. 13 f.), hier zum Schutze des Vermögens eines Dritten. Pflichtwidriges Verhalten ist immer auch schuldhaft, soweit nicht im Einzelfall aus einem der in Art. 16 ZGB erwähnten Gründe die Fähigkeit zu pflichtgemäsem Verhalten fehlt⁴³. Einer Präzisierung bedarf nur die Widerrechtlichkeit:

⁴² S. zu diesem Entscheid WYSS/VON DER CRONE, S. 112 ff. – In den meisten Entscheiden geht das Bundesgericht davon aus, dass die Vertrauenshaftung gerade dort ihren Platz hat, wo die Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR nicht hin reicht. Hier können nie konkurrierende Ansprüche nebeneinander bestehen (vgl. GIRSBERGER/WEHRLI, S. 235).

⁴³ Vgl. SCHWENZER, OR AT, Nr. 22.21; einschränkend WALTER, Haftung aus Vertrag, S. 68 ff.

- 40 1. Die Beeinträchtigung fremden Vermögens ist grundsätzlich erlaubt, soweit dies – wie im beurteilten Fall – ohne Eingriff in absolut geschützte Güter geschieht⁴⁴. Die Haftung für reine Vermögensschäden setzt also einen besonderen Grund voraus (vgl. z.B. BGE 87 II 48⁴⁵). § 823 Abs. 2 BGB macht die Haftung von der Verletzung eines Schutzgesetzes abhängig. Im schweizerischen Recht gilt dasselbe (BGE 119 II 128 f.⁴⁶). Während jedoch nach deutschem Recht das Schutzgesetz als geschriebene Rechtsnorm verstanden wird⁴⁷, kann nach schweizerischem Recht auch der Verstoss gegen eine ungeschriebene Rechtsnorm Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR begründen^{48,49}. Schutznormen finden sich beispielsweise im Strafrecht (z.B. Art. 252 StGB [BGE 101 II 69: Ausstellung eines unwahren Arbeitszeugnisses]⁵⁰, 239 StGB [BGE 101 Ib 256,

⁴⁴ Das Wesen absolut geschützter Rechtsgüter besteht darin, dass sie – vorbehaltlich eines Rechtfertigungsgrundes – nicht beeinträchtigt werden dürfen. Für sonstige Rechtsgüter, etwa Forderungen, besteht ein solcher absoluter Schutz nicht (OSER/SCHÖNENBERGER, ZÜRICH, N 15 zu Art. 41 OR). Soweit eine Vermögensbeeinträchtigung ohne Verletzung eines absolut geschützten Gutes geschieht, ist daher für Schadenersatzansprüche grundsätzlich kein Raum.

⁴⁵ GUHL/KOLLER, § 24 N 5; pointiert KELLER, S. 106 f.

⁴⁶ SCHNYDER, BasK, N 31 zu Art. 41 OR; SCHWENZER, OR AT, Nr. 50.19.

⁴⁷ So jedenfalls die herrschende Auffassung (s. KÖTZ/WAGNER, Nr. 170, 172; Nachweise bei ALTENBURGER, S. 252 Anm. 559, 560).

⁴⁸ BGE 32 II 360 ff. [zu Art. 50 aOR]; 57 II 81, 86; 111 II 471, 474; 116 II 695, 699 und BGE 4C.193/2000 vom 26.09.2001 E. 4a; zum letzten Entscheid s. oben Nr. 38; GAUCH/SWEET, S. 123 f. m.w.Nw.; GAUCH, recht 1996, S. 232; SCHÖNLE, S. 399 f. Vgl. zur Frage SCHÖNENBERGER, Haftung für Rat und Auskunft, S. 80 Anm. 402.

⁴⁹ Die unterschiedlichen Ansichten beruhen auf einem unterschiedlichen gesetzlichen Haftungskonzept: Nach schweizerischem Recht (Art. 41 Abs. 1 OR) macht jede schuldhaft widerrechtliche Schädigung haftbar (SCHNEIDER/FICK, N 1 zu Art. 50 aOR). Demgegenüber gibt es im deutschen Recht keine derartige Generalklausel, vielmehr begründen nur bestimmte Tatbestände zivilrechtliche Delikte (§ 823 BGB). Das BGB lehnt sich damit an das römische Recht an und hat «den Weg wieder verlassen, den die «geschichtliche Entwicklung, der Vorgang fast aller neueren Kodifikationen» [DERNBURG, Bürgerliches Recht II, § 383 III] nahegelegt haben» (OSER/SCHÖNENBERGER, ZÜRICH, N 1 zu Art. 41 OR).

⁵⁰ Art. 252 StGB schützt Treu und Glauben im Rechtsverkehr (z.B. TRECHSEL, N 1 zu Art. 252 StGB). Das Publikum soll davor geschützt werden, durch falsche Urkunden (Zeugnisse, Bescheinigungen usw.) in die Irre geführt zu werden (BOOG, BasK, N 1 zu Art. 252 StGB). Jede schuldhaft Verletzung dieser Pflicht macht haftbar (Art. 41 Abs. 1 OR), wogegen nur die vorsätzliche Tatbegehung strafbar macht (vgl. demgegenüber ALTENBURGER, WM 1994, S. 1603 r.Sp.; DERS., Haftung des Architekten, S. 139, m.w.Nw. [nur vorsätzliches Verhalten begründet zivilrechtliche Widerrechtlichkeit]).

102 II 88⁵¹) und im Wettbewerbsrecht⁵². Viele Schutznormen sind nicht ausdrücklich festgehalten, lassen sich jedoch mittelbar aus gesetzlichen Haftungsbestimmungen herleiten. So ergibt sich etwa aus Art. 36 Abs. 2 OR⁵³ die Pflicht, eine Vollmachtsurkunde nach Widerruf der Vollmacht zurückzurufen⁵⁴, und aus Art. 752 OR die Pflicht zur wahrheitsgemässen Gestaltung von Prospekten, die zum Kauf von Aktien oder Obligationen einladen sollen⁵⁵ (s. ferner etwa Art. 26 und 39 OR, 411 Abs. 2 und 841 ZGB, Art. 39 BankG)⁵⁶. Ungeschriebene Pflichten zum Schutz fremden Vermögens sind vorab in *Weiterentwicklung bestehender Regeln* durch Gesetzesergänzung (Art. 1 Abs. 2 ZGB⁵⁷) zu gewinnen. Der sehr allgemein gehaltene Wortlaut von Art. 41 OR erlaubt es dem Richter aber auch, (gesetzesergänzende) *eigenständige* Regeln zu schaffen. Dazu muss er befugt sein, weil die gesetzliche Regelung der Haftung für reine Vermögensschäden naturgemäss unvollständig ist und es daher nicht die Meinung des Gesetzgebers sein konnte, eine abschliessende Regelung aufzustellen. Im Gegenteil ist der Richter im Interesse der Wertungseinheit des Gesetzes dazu aufgerufen, die unvollständige gesetzliche Regelung «weiterzudenken» und zu vervollständigen. Das allein entspricht der schweizerischen Widerrechtlichkeitskonzeption (s. dazu Anm. 49).

⁵¹ Ob und inwieweit Art. 239 StGB vermögensschützende Funktion hat, ist freilich umstritten. M.E. ist dies – entgegen dem Bundesgericht – zu verneinen; kritisch auch ROBERTO, AJP 1999, S. 522 l.Sp. unten/r.Sp.; SCHWENZER, OR AT, Nr. 50.20, m.w.Nw. Daher sind die Kabelbruch-Fälle (s. die «Klammer-BGE») m.E. falsch entschieden.

⁵² SCHNYDER, BasK, N 35 zu Art. 41 OR; SCHWENZER, OR AT, Nr. 50.20.

⁵³ Ein Teil der Lehre ordnet Art. 36 Abs. 2 OR bei der Haftung für cic ein (z.B. BUCHER, OR AT, S. 280). Da jedoch der Vertretene und der Dritte nicht in Vertragsverhandlungen stehen, überzeugt diese Einordnung nicht. Hingegen gehört Art. 36 Abs. 2 OR zur Vertrauenshaftung, welche die Haftung für cic mitumfasst.

⁵⁴ KOLLER, OR AT, Nr. 1464.

⁵⁵ Die Verletzung solcher Pflichten begründet zwar Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR, doch haben die besonderen Haftungsbestimmungen (Art. 36 Abs. 2, 752 OR usw.) unter Umständen ausschliessliche Geltung (oben Nr. 37).

⁵⁶ Bei allen diesen Bestimmungen handelt es sich nach der Konzeption des historischen Gesetzgebers und nach der älteren Lehre und Rechtsprechung um deliktsrechtliche Normen (z.B. SCHNEIDER/FICK, N 1 zu Art. 50 aOR, betr. Art. 23 und 33 Abs. 3 aOR, die Vorgänger von Art. 26 OR und 411 Abs. 2 ZGB; BGE 32 II 273 E. 4 [dazu unten Nr. 74] betr. Art. 671 aOR, den Vorgänger von Art. 752 OR). Später ist ein Teil der Lehre dazu übergegangen, die Haftung aus cic als vertragliche oder vertragsähnliche aufzufassen; inzwischen wurden auch noch weitere Haftungen «umfunktioniert», z.B. die Prospekthaftung gemäss Art. 752 OR (vgl. zum Meinungsstand NOTH/GROB, S. 1443 ff.).

⁵⁷ OSER/SCHÖNENBERGER, ZÜRICH, N 13 zu Art. 41 OR.

41 2. Schutzpflichten zugunsten fremden Vermögens entstehen insbesondere dort, wo jemand **einen bestimmten Rechts- oder Tatsachenschein erweckt** und damit rechnen muss, dass (bestimmte oder unbestimmte) Dritte im Vertrauen auf den erweckten Anschein vermögensrelevante Dispositionen treffen oder unterlassen⁵⁸. Wer einen derartigen Anschein erweckt, muss vorab dafür sorgen, dass der Anschein nicht falsch ist (z.B. der Prospekt den Tatsachen entspricht, Art. 752 OR) und dass er berichtigt wird, nachdem er unzutreffend geworden ist (z.B. Pflicht zur Rückforderung einer Vollmachtsurkunde nach Entzug der Vollmacht, Art. 36 Abs. 2 OR⁵⁹). Ob derjenige, der den falschen Anschein setzt, eigene Interessen verfolgt, ist grundsätzlich unerheblich. Das ist auch die Auffassung der Rechtsprechung. So muss derjenige, der ohne vertragliche Bindung einem Dritten eine Auskunft erteilt, im Wissen darum, dass der Dritte auf die Auskunft vertrauen und vermögensrelevante Dispositionen treffen wird, um Korrektheit der Auskunft bemüht sein (BGE 111 II 471 ff.), ferner muss derjenige, der sich gefälligkeitshalber bereit erklärt, die Koordination einer Heizungsanlage zu übernehmen, im Wissen darum, dass der Bauherr auf anderweitige Koordination verzichtet, die Koordination tatsächlich vornehmen (vgl. BGE 116 II 695 ff.)⁶⁰.

42 Schutzpflichten der fraglichen Art werden im Folgenden als **vertrauensschützende Pflichten** bezeichnet. Andere bezeichnen sie als «durch Vertrauen begründete Schutzpflichten» (KÖTZ/WAGNER, Nr. 676). Auf diese Ausdrucksweise wird hier verzichtet, da damit der Eindruck erweckt wird, eine zwischen den Beteiligten bestehende Vertrauensbeziehung schaffe die Schutzpflicht. In Wirklichkeit geht es darum, dass die Pflichten eine Vertrauensenttäuschung verhindern sollen. Allerdings werden solche Pflichten dort, wo eine Vertrauensbeziehung besteht, öfters begründet sein als ohne solche Beziehung. Doch ist eine Vertrauensbeziehung keine Voraussetzung der Pflichtbegründung; man denke nur etwa an

⁵⁸ «Lediglich in Ausnahmefällen kann [...] reiner Vermögensschaden auch ohne das Element des Vertrauens ersetzt werden.» (LOSER, Vertrauenshaftung und Schutzpflicht, S. 118).

⁵⁹ Oder Pflicht zur Berichtigung eines Arbeitszeugnisses, nachdem dieses als wahrheitswidrig erkannt worden ist (BGH, JZ 1979, S. 725 ff., mit Anm. von CHRISTIAN VON BAR).

⁶⁰ Wichtige hierher gehörende Schutzpflichten treffen vor allem auch diejenigen, der Vertragsverhandlungen aufnimmt. Wer dies tut, erweckt den Anschein, es komme allenfalls zum Vertragsabschluss; daher darf, wer zum vornherein nicht abschlussbereit ist, keine Vertragsverhandlungen aufnehmen. Sodann müssen die Verhandlungen abgebrochen werden, sobald der Abschlusswille dahingefallen ist (statt vieler KOLLER, OR AT, Nr. 1755 ff.).

die Pflicht, einen Prospekt gesetzes- und wahrheitsgemäss zu erstellen (Art. 752 OR) oder an die Pflicht, eine Vollmachtsurkunde nach dem Widerruf der Vollmacht zurück zu verlangen (Art. 36 Abs. 2 OR); beide Pflichten bestehen im Interesse beliebiger Dritter und setzen damit naturgemäss keine Vertrauensbeziehung voraus, will man diesem Begriff nicht Zwang antun.

Haftbar macht die Verletzung vertrauensschützender Pflichten nur unter 43 der Voraussetzung, dass sich der Ansprecher hat in die Irre führen lassen und gerade deshalb Nachteile erlitten hat, weil er auf ein korrektes Verhalten vertraut hat. Andernfalls entfällt die Haftung mangels Kausalität. Es handelt sich also – bei gegebenen Voraussetzungen – um eine Vertrauenshaftung (oben Nr. 20).

3. Im schweizerischen Recht gilt – anders als etwa im römischen oder im 44 heutigen deutschen Recht (Anm. 49) – der allgemeine **Grundsatz, dass treuwidriges Verhalten widerrechtlich ist**⁶¹. Aus Art. 2 Abs. 1 ZGB lässt sich dies allerdings – entgegen einem Teil der älteren Lehre⁶² und Rechtsprechung – kaum ableiten (s. unten im Text). Indes stellen zahllose Haftungsbestimmungen nichts anderes als eine Sanktionierung treuwidrigen Verhaltens dar (Art. 26, 36 Abs. 2, 752 OR usw.). Aus diesen und anderen Bestimmungen (z.B. Art. 2 UWG, 252 StGB) lässt sich der allgemeine Grundsatz ableiten, dass treuwidriges Verhalten verboten und ein Verstoss gegen dieses Verbot widerrechtlich (i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR) ist. Es finden sich freilich abweichende Auffassungen:

– Ein Grossteil der Lehre meint, treuwidrig könne man sich nur im 45 Rahmen einer rechtlichen Sonderverbindung verhalten⁶³. Erst die (rechtliche) Sonderverbindung (z.B. ein Vertragsverhandlungsverhältnis) sei es, welche Pflichten zum Handeln nach Treu und Glauben begründe. Auch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts steht –

⁶¹ Der Vorentwurf für ein revidiertes Haftpflichtrecht (abgedruckt in ZSR 1997 I, S. 413) sieht dies ausdrücklich vor (Art. 13 Abs. 2). Gemäss der gleichen Vorschrift soll auch der Verstoss gegen eine vertragliche Pflicht widerrechtlich sein.

⁶² Z.B. OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 9 zu Art. 41 OR: «Die Verpflichtung zum Handeln nach Treu und Glauben» ist «durch Abs. 1 von Art. 2 des ZGB als Rechtspflicht hingestellt.»

⁶³ Z.B. BERGER, S. 41 unten; MOSER, S. 155 und passim; MÜLLER-CHEN, S. 300, unter Hinweis auf DELCÔ. Weitere Nachweise bei CHAPPUIS, tour d'horizon, S. 28 Anm. 42.

mit Ausnahmen – auf diesem Standpunkt⁶⁴. Sie geht offenbar zurück auf BGE 108 II 305⁶⁵. Hier hat das Bundesgericht jedoch lediglich gesagt, ausserhalb einer Sonderverbindung komme treuwidriges Verhalten nur *ausnahmsweise* («in eng umgrenzten Ausnahmefällen») in Betracht; ausgeschlossen hat es dies nicht. Das Bundesgericht hat denn auch seither in mehreren Entscheiden treuwidriges Verhalten ausserhalb einer Sonderverbindung als widerrechtlich qualifiziert (z.B. BGE 111 II 471 ff.).

- 46 Die Ansicht, treuwidrig könne man nur im Rahmen einer Sonderverbindung handeln, wird aus Art. 2 Abs. 1 ZGB abgeleitet. Hier wird jedoch lediglich gesagt, dass die Parteien einer Sonderverbindung («Rechtsverhältnis», Marginalie) bei der Ausübung ihrer Rechte und der Erfüllung ihrer Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln haben. Dass ausserhalb einer Sonderverbindung das Prinzip von Treu und Glauben nicht zu beachten ist, sagt die Bestimmung hingegen nicht. Ein solcher Schluss würde sich an zahlreichen Bestimmungen stossen, welche auch ausserhalb von Sonderverbindungen ein Handeln nach Treu und Glauben vorschreiben. Beispielsweise verbietet Art. 2 UWG treuwidriges Verhalten im Wettbewerb; auf eine Sonderverbindung kommt insoweit nichts an⁶⁶. Eine solche besteht im Gegenteil typischerweise nicht, wo unlauter gehandelt wird^{67,68}. Wenn ferner Art. 252 StGB das Verfälschen von Urkunden unter Strafe stellt, so deshalb, weil darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben im Rechtsverkehr zu sehen ist (Anm. 50). Dass die Urkundenfälschung im Rahmen einer irgendwie gearteten Sonderbeziehung erfolgt, ist wiederum nicht vorausgesetzt. Entsprechendes gilt auch für all jene Haftungsbestimmungen, welche eine besondere deliktische Vertrauenshaftung anordnen, wie etwa Art. 36 Abs. 2 OR: Ohne dass man dem Begriff der Sonderverbindung Gewalt antut, kann von einer Sonderverbindung zwischen dem Vertretenen und dem Dritten, dem gegenüber der falsus procurator auftritt, nicht gesprochen werden. Nicht auf eine Sonderverbindung kommt es jeweils an, sondern darauf, dass besondere Umstände vorliegen, welche dazu nötigen, auf die Vermögensinteressen eines Dritten – ausnahmsweise – Rücksicht zu nehmen, eben etwa die Tatsache, dass der präsumtive Haftpflichtige einen Rechtsschein

⁶⁴ S. neustens BGE 130 III 113 E. 4.2.

⁶⁵ Vgl. BGE 121 III 350 E. 6c = Pra 85 (1996), S. 616.

⁶⁶ BAUDENBACHER, N 16 ff. zu Art. 2 UWG. Die Botschaft geht allerdings davon aus, dass auch Art. 2 UWG eine Sonderbeziehung voraussetzt. Wenn man jedoch zwischen Wettbewerbsteilnehmern oder solchen und Konsumenten eine Sonderbeziehung sieht, dann tut man dem Begriff Gewalt an.

⁶⁷ Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 5 ff. zu Art. 48 OR.

⁶⁸ Art. 2 UWG kodifiziert – wie schon sein «Vorgänger», Art. 48 aOR – eine Rechtsprechung, welche das Bundesgericht noch unter dem aOR begonnen hatte (grundlegend BGE 32 II 360 betr. Boykott). Das Bundesgericht ist in diesem Entscheid der Sache nach davon ausgegangen, dass der Grundsatz von Treu und Glauben ein *allgemeines* Verhaltensgebot begründet und dementsprechend jede Schadenszufügung treuwidrig (und damit widerrechtlich) sein kann.

gesetzt hat. Auch einzelne Bundesgerichtsentscheide, welche formal eine Sonderverbindung verlangen, stellen in Wirklichkeit nicht auf eine solche – wohl aber auf besondere pflichtbegründende Umstände – ab. So ist im grundlegenden *Swissair*-Entscheid (BGE 120 II 331) nicht ersichtlich, worin die (vorbestehende!) Sonderverbindung bestehen soll⁶⁹.

- Treuwidriges Verhalten im Rahmen einer Sonderverbindung begründet nach vielen nicht Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR, sondern eine besondere Art der Widerrechtlichkeit, welche nicht nach Art. 41 Abs. 1 OR, sondern nach speziellen Regeln zu ahnden ist. Die einen wollen Art. 97 OR anwenden (unmittelbar oder analog; vertragliche Vertrauenshaftung⁷⁰), die anderen propagieren eine Haftung «zwischen Vertrag und Delikt»⁷¹. Das Bundesgericht vertritt im hier referierten und in diversen anderen Entscheiden diese letztere Meinung, ohne im Einzelnen zu präzisieren, wie die Haftungsfolgen aussehen sollen. In einem Entscheid aus dem Jahre 2001 hat es demgegenüber die Ansicht vertreten, treuwidriges Verhalten (im Rahmen einer Sonderverbindung) sei sehr wohl widerrechtlich i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR, begründe aber gleichzeitig – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – eine Vertrauenshaftung «zwischen Vertrag und Delikt» (BGE 4C.193/2000 vom 26.9.2001⁷², dazu oben Nr. 38).

bb. Haftungsfolgen und Haftungsmodalitäten

1. **Der zu ersetzende Schaden.** Hat jemand gegenüber einem Dritten (Ansprecher) schuldhaft eine Pflichtwidrigkeit im umschriebenen Sinne begangen, so hat er diesem gemäss Art. 41 Abs. 1 OR den aus der Pflichtverletzung entstehenden Schaden zu ersetzen. Zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden muss ein *adäquater* Kausalzusammenhang bestehen⁷³.

⁶⁹ Das Bundesgericht hält sich denn auch bei dieser Frage nicht lange bzw. überhaupt nicht auf. Vgl. CHAPPUIS, SemJud 1997, S. 172, welche allerdings glaubt, man könne eine Sonderverbindung konstruieren («construire»). WIDMER, S. 115, hält die Sonderverbindung für «konstruiert», ebenso im Ergebnis GONZENBACH, S. 125. In BGE 124 III 297 ff., wo der *Swissair*-Entscheid bestätigt wird, findet das Erfordernis der Sonderverbindung keine Erwähnung.

⁷⁰ Nachweise bei CHAPPUIS, tour d'horizon, S. 30 Anm. 53.

⁷¹ Nachweise bei CHAPPUIS, tour d'horizon, S. 31 Anm. 57-59.

⁷² Dazu WYSS/VON DER CRONE, S. 112 ff.

⁷³ Daran fehlte es teilweise im Entscheid BGH, NJW-RR 2003, S. 1035 (wo freilich die Schutzzwecklehre herangezogen wird), dazu FRASSEK, S. 285 ff.

- 49 Wo die verletzte Pflicht in der Erweckung oder Nichtbeseitigung eines falschen Anscheins besteht, besteht der allenfalls zu ersetzende Schaden darin, dass der Ansprecher im Vertrauen auf den falschen Anschein anscheinsgemässe nachteilige Dispositionen getroffen hat (Vertrauensschaden). Hat der Ansprecher allerdings um die Unrichtigkeit des Anscheins gewusst, also gar nicht darauf vertraut, so entfällt die Haftung wegen Fehlens des natürlichen Kausalzusammenhangs (Vertrauenshaftung)⁷⁴. Hat er die Dispositionen getroffen, obwohl er die Unrichtigkeit des Anscheins ohne weiteres hätte erkennen müssen (grobes Selbstverschulden), so fehlt es an der Adäquanz und die Haftung entfällt aus diesem Grund. Leichtes Selbstverschulden führt hingegen lediglich zu einer Ermässigung der Haftung im Rahmen der Schadenersatzbemessung (Art. 43 f. OR).
- 50 Hat jemand zu Unrecht auf das Vorliegen eines gültigen Vertrags vertraut, so ist nach dem Gesagten nur das negative Vertragsinteresse (das ist diesfalls der Vertrauensschaden) zu ersetzen. Einen Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses kennt Art. 41 Abs. 1 OR nicht (vgl. demgegenüber unten Nr. 60).
- 51 **2. Die Verjährung** richtet sich nach Art. 60 OR. Es gilt somit eine relative einjährige Verjährungsfrist ab Kenntnis des Schadens und des Haftpflichtigen und eine zehnjährige Frist ab der schädigenden Handlung.

c. Besondere Deliktshaftungen

- 52 Das Gesetz kennt neben Art. 41 Abs. 1 OR – wie bereits gesagt – zahlreiche besondere Bestimmungen, welche eine Haftung für reinen Vermögensschaden anordnen. Die meisten Haftungen sind Vertrauenshaftungen im früher umschriebenen Sinne: Haftungen für enttäushtes Vertrauen. Der Grossteil davon sanktioniert die schuldhafte Verletzung einer vertrauensschützenden Pflicht. Einzelne wenige Bestimmungen sehen eine kausale (Vertrauens-)Haftung vor (z.B. Art. 39 Abs. 1 OR). Dazu kommen Bestimmungen, welche keine Vertrauenshaftung anordnen, wie etwa Art. 41 Abs. 2 OR oder Art. 841 ZGB. Neben geschriebenem Recht sind ungeschriebene Regeln anzuerkennen, insbesondere ist Art. 41 OR durch

⁷⁴ Vgl. MünchKomm/EMMERICH, N 235 zu § 311 BGB, mit Rechtsprechungshinweisen. Man denke sich den Fall, dass jemand die Dispositionen in der Meinung, den präsumtiven Haftpflichtigen später (treuwidrig) beim Anschein zu behaften, getroffen hat.

einen ungeschriebenen Abs. 3 OR zu ergänzen. Im Folgenden interessieren nur die Vertrauenshaftungen:

aa. Tatbestände

1. Verschuldenshaftungen. – a) Die Mehrzahl der Bestimmungen, welche die schuldhafte Verletzung vertrauensschützender Pflichten mit einer Haftung belegen, finden sich im OR (Art. 26, 36 Abs. 2, 39 Abs. 2, 752 OR), einzelne aber auch im ZGB (z.B. Art. 411 Abs. 2) und in anderen Gesetzen (z.B. Art. 39 BankG). Alle diese Bestimmungen setzen **tatbestandsmässig** – als Vertrauenshaftungen – voraus, dass der Ansprecher auf einen falschen Anschein (z.B. Vollmacht, Art. 36 Abs. 2 OR) vertraut hat. Berechtigtes Vertrauen ist hingegen nicht vorausgesetzt. Mit anderen Worten kann eine Haftung auch dann Platz greifen, wenn der Ansprecher den Anschein als falsch hätte erkennen müssen, also fahrlässig vertraut hat. Grobe Fahrlässigkeit schliesst allerdings die Haftung aus, es fehlt dann am adäquaten Kausalzusammenhang.

Einzelne Bestimmungen sehen allerdings vor, dass jede (auch leichte) Fahrlässigkeit die Haftung ausschliesst. Das Bundesgericht hat jedoch mit Bezug auf Art. 39 OR erklärt, dass entgegen dem Wortlaut nur ein grobes Selbstverschulden haftungsaus-schliessend wirkt (BGE 116 II 689 ff.). Diese Rechtsprechung ist auf verwandte Tatbestände zu erstrecken, etwa auf jene von Art. 26 und 36 Abs. 2 OR. Im Einzelfall ist freilich denkbar, dass die Haftung gestützt auf Art. 43 f. OR schon bei leichter Fahrlässigkeit entfällt: weil wegen besonderer Umstände jede Haftung als unbillig erscheint⁷⁵.

b) Die vorstehend erwähnten Haftungsregeln lassen sich auf eine allgemeine Grundregel – einen **ungeschriebenen Art. 41 Abs. 3 OR** – zurückführen. Diese Grundregel besagt: Wer im Rechtsverkehr schuldhaft einen falschen Anschein erweckt oder aufrechterhält, wird Dritten, die dadurch irre geführt werden, zum Ersatze verpflichtet.

⁷⁵ An einen Wegfall der Haftung ist insbesondere dort zu denken, wo die Haftung kein Verschulden voraussetzt. Wenn beispielsweise ein falsus procurator vom Fehlen der Vollmacht schuldlos keine Kenntnis hat, wogegen der Dritte das Fehlen hätte erkennen müssen, so mag der Richter den Vertreter von der Haftung aus Art. 39 Abs. 1 OR völlig freistellen, auch wenn dem Dritten nur ein leichter Vorwurf zu machen ist. Fälle, in denen der falsus procurator das Fehlen der Vollmacht schuldlos nicht kennt, sind allerdings selten. Immerhin kommen sie vor (vgl. z.B. BGHZ 86, S. 273 ff.: ein Untervertreter musste nicht wissen, dass der Vertreter zur Unterbevollmächtigung nicht legitimiert war).

56 **2. Kausalhaftungen.** Hierher gehört vorab und vor allem Art. 39 Abs. 1 OR. Die Parallelbestimmung im deutschen Recht, § 179 Abs. 2 BGB, wurde in den Motiven mit einem «stillschweigenden Garantieverprechen» begründet. Indes kann von einer rechtsgeschäftlichen Garantie (Art. 111 OR) im Normalfall nicht die Rede sein. Zutreffender ist die Vorstellung, es handle sich um eine gesetzliche Haftung «im Vorfeld» (EMMERICH⁷⁶) einer echten Garantie⁷⁷.

57 Nach OSER/SCHÖNENBERGER⁷⁸ statuiert auch Art. 36 Abs. 2 OR eine Kausalhaftung. Ihres Erachtens besteht «für jeden Schaden aus dem Missbrauch der Vollmacht Verantwortlichkeit». Demgegenüber nimmt die wohl herrschende Lehre eine Verschuldenshaftung an. Wenn also beispielsweise der Alleinerbe des Vollmachtgebers die Vollmachtsurkunde deshalb nicht zurückruft, weil er vom Tod desselben keine Kenntnis erhalten hat, so scheidet eine Haftung aus. M.E. ist der herrschenden Lehre zuzustimmen, doch wird man eine kausale Haftung beispielsweise dann befürworten müssen, wenn der Bevollmächtigte (bei bestehender Vollmacht) die Vollmachtsurkunde jemandem vorlegt, dem er sie nicht vorlegen darf. Art. 33 Abs. 3 OR scheidet in einem solchen Fall aus, da die Vorlegung nicht als Kundgabe gewertet werden darf⁷⁹. Die Vertretungswirkung tritt somit nicht ein. Hingegen rechtfertigt sich die Analogie zu Art. 36 Abs. 2 OR: Das Risiko vollmachtswidrigen Verhaltens soll zu Lasten des Vollmachtgebers zumindest Haftungsfolgen zeitigen. Dass er mit dem vollmachtswidrigen Verhalten rechnen musste, ist nicht erforderlich. So oder so ist er «näher dran», den Schaden zu tragen als der Dritte (vgl. demgegenüber unten Nr. 80).

58 In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lassen sich Tendenzen erkennen, noch in weiteren Fällen eine kausale Vertrauenshaftung anzuerkennen. So soll es als haftungsauslösendes Moment genügen, «dass die in Anspruch genommene Person explizit oder normativ zurechenbar kundgetan hat, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen» (so

⁷⁶ MünchKomm/EMMERICH, N 216 zu § 311 BGB.

⁷⁷ Die Haftung setzt Gutgläubigkeit des Dritten voraus, nach dem Gesetzeswortlaut sogar berechnigte Gutgläubigkeit. Leichte Fahrlässigkeit des Dritten schliesst jedoch die Haftung nicht ohne weiteres gänzlich aus (BGE 116 II 689 ff.; s. oben Nr. 54).

⁷⁸ OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 7 zu Art. 41 OR.

⁷⁹ ALFRED KOLLER, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Auslegung und systematische Erfassung der Gutglaubensvorschriften im allgemeinen Teil des OR, Freiburg 1985, Nr. 254.

der hier besprochene Entscheid, E. 2.2). Was dies konkret bedeutet, hat das Bundesgericht allerdings noch nicht ausgeführt.

bb. Haftungsfolgen

Einzelne der besonderen Bestimmungen, welche die Verletzung vertrauensschützender Pflichten sanktionieren, weichen hinsichtlich der **Haftungsfolgen** gegenüber der Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR ab. Die Abweichungen gehen in zwei Richtungen:

- Nach Art. 41 Abs. 1 OR kann der Ansprecher nur verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn sich der Haftpflichtige pflichtgemäss verhalten hätte. Daraus folgt: Hat der Ansprecher wegen der Pflichtwidrigkeit auf das Zustandekommen eines gültigen Vertrags vertraut, während dieser in Wirklichkeit nicht wirksam zustande gekommen ist, so hat er nur das negative Vertragsinteresse zugute. Davon weichen einzelne besondere Bestimmungen ab, indem sie alternativ Ersatz des positiven Vertragsinteresses vorsehen, falls dies im Einzelfall der Billigkeit entspricht (Art. 26 Abs. 2, 39 Abs. 2 OR). Diese Bestimmungen bringen einen allgemeinen Gedanken zum Ausdruck. Daher gilt die fragliche Billigkeitshaftung beispielsweise auch im Rahmen von Art. 36 Abs. 2 OR⁸⁰, wo sie nicht ausdrücklich vorgesehen ist (Rechtsanalogie). Das ist offenbar auch die Auffassung des Bundesgerichts (BGE 4C.299/1998 vom 7.1.1999⁸¹; anders aber BGE 124 III

⁸⁰ BECKER, BerK, N 8 zu Art. 36 i.V.m. N 17 zu Art. 31 OR; KOLLER, OR AT, Nr. 1460.

⁸¹ ZBJV 1999, S. 173 ff = SemJud 2000, S. 539 ff. In diesem Entscheid hätte allerdings ein Erfüllungsanspruch zuerkannt werden müssen; die Haftungsfrage hätte sich dann gar nicht gestellt (so schon BGE 25 II 881 E. 2, ferner etwa BGE 111 II 263). Der Entscheid betraf – vereinfacht – folgenden Sachverhalt: Der Käufer eines Grundstücks weigerte sich, einen Teil des Kaufpreises zu bezahlen, indem er sich auf Formungültigkeit des Vertrags berief. Hierauf klagte der Verkäufer die ausstehende Summe ein; er stellte die Formungültigkeit nicht in Frage, machte aber geltend, die Weigerung des Käufers sei rechtsmissbräuchlich. Das Bundesgericht teilte diesen Standpunkt und hiess die Klage gut. Dabei liess es die Anspruchsgrundlage (Erfüllungsanspruch oder Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses) offen. Richtigerweise hätte ein Erfüllungsanspruch bejaht werden müssen: «Der Rechtsmissbrauch hat zur Folge, dass der Formmangel keine Berücksichtigung finden darf und daher die von den Parteien getroffene Vereinbarung Geltung erlangt» (KOLLER, Formmangel, Nr. 101, 41). Aus ähnlichen Überlegungen hätte in BGE 128 III 324 ff. nicht die Vertrauenshaftung bemüht

363 E. 5b a.E.). Die fragliche Analogie kommt aber freilich nur dort in Betracht, wo – wie in Art. 26 Abs. 2 und 39 Abs. 2 OR – das Vertrauen in das gültige Zustandekommen eines Vertrags enttäuscht wurde.

- 61 – Art. 760 OR regelt die Verjährung bei der Prospekthaftung gemäss Art. 752 OR⁸². Er unterscheidet wie Art. 60 OR zwischen einer relativen und einer absoluten Verjährungsfrist. Die absolute Frist beträgt – wie in Art. 60 OR – zehn Jahre. Die relative Frist beträgt hingegen nicht ein Jahr (so Art. 60 OR), sondern fünf Jahre. Dieser Unterschied zu Art. 60 OR wird von der Expertenkommission mit «praktischen Bedürfnissen» gerechtfertigt⁸³. Mehr als solche praktischen Bedürfnisse (welche?!) ist es jedoch das Wesen der Haftung, welche die Abweichung vom allgemeinen Verjährungsrecht rechtfertigt: Die Prospekthaftung knüpft – wie gesehen – an die Tatsache an, dass der Haftpflichtige einen falschen Anschein geschaffen und den Ansprecher dadurch irre geleitet hat. Auf der einen Seite steht ein Vertrauen erweckendes Verhalten, auf der anderen Seite eine Vertrauensentsprechung. Diese Vertrauensrelation ist es, derentwegen es dem Haftpflichtigen zugemutet werden kann, sich für längere Zeit als bei sonstigen deliktischen Schädigungen auf einen Haftpflichtanspruch einzulassen⁸⁴. Dieselbe Überlegung aber gilt auch bei beliebigen anderen Haftungen, welche an die Verletzung vertrauensschützender Pflichten anknüpfen⁸⁵. Daher verjähren beispielsweise auch Ansprüche aus

werden dürfen, sondern ein (wechselrechtlicher) Erfüllungsanspruch bejaht werden müssen. S. ROTH/VON DER CRONE, S. 315 r.Sp.

⁸² Art. 760 OR betrifft auch die Verjährung gewisser anderer Haftungstatbestände (Art. 753-754), diese interessieren hier jedoch nicht.

⁸³ Protokoll der Expertenkommission, herausgegeben vom EJPd, Bern 1926, S. 442 («Bedürfnissen der Praxis»), S. 443 («praktisches Bedürfnis»).

⁸⁴ Dass der historische Gesetzgeber für die Verlängerung der Frist gegenüber Art. 60 OR solche Gründe nicht angeführt hat, ist nicht entscheidend. Denn es steht bei geltungszeitlicher Betrachtung nichts entgegen, der Bestimmung eine andere ratio zu unterlegen.

⁸⁵ Sie gilt aber nicht auch für andere Haftungen für reinen Vermögensschaden (etwa die Haftung nach Art. 841 ZGB oder wegen Verletzung von Art. 239 StGB). Und ebenso wenig gilt sie für die Haftung wegen Verletzung absolut geschützter Güter. Zwar mag zwischen den Parteien bereits vor der Schädigung eine gewisse Sonderbeziehung bestanden haben (man denke an eine Körperverletzung während Vertragsverhandlungen), doch knüpft der Haftungstatbestand nicht an den Umstand an, dass der Ansprecher auf einen dem Haftpflichtigen zurechenbaren falschen Anschein vertraut und gerade deswegen Schaden erlitten hat. Wenn daher beispielsweise jemand beim Besuch eines Kaufhauses auf einer Bananenschale ausrutscht, weil der Ladeninhaber diese pflichtwidrig nicht weggeräumt hat, so

Art. 36 Abs. 2 OR und insbesondere solche aus culpa in contrahendo (Art. 26, 39 Abs. 2 OR) ebenfalls nach Massgabe von Art. 760 OR. Abzulehnen ist die Anwendung von Art. 127/130 OR⁸⁶. Vor allem Art. 130 OR passt nicht, aber auch das Abstellen auf eine einzige Verjährungsfrist (Art. 127 OR) wird Schadenersatzansprüchen nicht gerecht⁸⁷. Noch weniger passt aber Art. 60 OR (daher abzulehnen BGE 104 II 94, 95): Die Einjahresfrist von Art. 60 OR ist «in jedem Fall zu kurz[e]» (BUCHER⁸⁸).

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass für alle Haftungen, welche die Verletzung vertrauensschützender Pflichten regeln, eine fünfjährige relative Verjährungsfrist gilt. Sodann kann überall dort, wo das Vertrauen auf das Zustandekommen eines Vertrages enttäuscht wird, das positive Vertragsinteresse zugesprochen werden, sofern dies im Einzelfall der Billigkeit entspricht. Vorbehalten sind selbstverständlich besondere abweichende Bestimmungen im Gesetz, z.B. Art. 67 AFG⁸⁹. Das Gesagte gilt insbesondere auch hinsichtlich jener Tatbestände, welche unter den ungeschriebenen Art. 41 Abs. 3 OR fallen. Daher gilt beispielsweise auch für den Anspruch eines Dritten wegen der Ausstellung eines unzutreffenden Arbeitszeugnisses eine relative Verjährungsfrist von fünf Jahren. Das Bundesgericht dürfte demgegenüber auf Art. 60 OR abstellen, denn es unterwirft die Haftung für die Ausstellung eines wahrheitswidrigen Arbeitszeugnisses (ausschliesslich) Art. 41 Abs. 1 OR (so jedenfalls BGE 101 II 69)⁹⁰.

Man ist sich in Rechtsprechung und Lehre weitgehend einig darin, dass die Art. 41 ff. OR die Haftung für reine Vermögensschäden nicht in jeder Hinsicht sachadäquat regeln. Zwar erlaubt die offene Formulierung von Art. 41 Abs. 1 OR (im Unterschied zu jener von § 823 BGB), überall dort eine Haftung anzuerkennen, wo sie sich sach-

richtet sich die Verjährung des Schadenersatzanspruchs aus Art. 41 Abs. 1 OR nach Art. 60 OR.

⁸⁶ Anders noch meine Auffassung im OR AT (Nr. 1786).

⁸⁷ Unbefriedigend insoweit Art. 67 AFG.

⁸⁸ BUCHER, OR AT, S. 287.

⁸⁹ Art. 67 AFG regelt allerdings in erster Linie, aber nicht ausschliesslich, vertragliche Haftungsansprüche (VON PLANTA, N 5 zu Art. 65 AFG).

⁹⁰ Auch hinsichtlich Art. 41 Abs. 2 OR hätte sich eine teilweise eigenständige, vom allgemeinen Deliktsrecht abweichende Regelung aufgedrängt. Das gilt jedenfalls für die einjährige relative Verjährungsfrist von Art. 60 OR. Wie in anderen Zusammenhängen (s. etwa Art. 210 Abs. 3 OR) hätte der Absicht auch hier fristverlängernde Wirkung beigemessen werden sollen.

lich aufdrängt⁹¹. Hingegen passt die Verjährungsregelung von Art. 60 OR – wie gesehen – (jedenfalls) dort nicht, wo die Haftung ihren Grund in der Verletzung vertrauensschützender Pflichten hat. Sodann vermisst man in Art. 41 Abs. 1 OR eine Regelung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das positive Vertragsinteresse ersatzfähig ist. Zweifelhaft und umstritten ist, inwieweit und mit welchen methodischen Mitteln die Defizite von Art. 41 ff. OR überwunden werden können. Beispielsweise SCHWENZER meint, dass lediglich die Haftung für culpa in contrahendo einer Sonderregelung bedarf und sich insoweit die Anwendung des Vertragsrechts aufdrängt. Demgegenüber sieht das Bundesgericht einen Handlungsbedarf überall dort, wo eine Sonderbeziehung besteht, und nimmt bei gegebenen Voraussetzungen eine Haftung «zwischen Vertrag und Delikt» an. Zu diesem Ergebnis gelangt es mit Hilfe eines gesetzlichen Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflicht, wogegen SCHWENZER glaubt, das Vertragsverhandlungsverhältnis führe zu einer Vorverlagerung vertraglicher Pflichten. Zu diesen Auffassungen s. sogleich Nr. 65 ff.

cc. Rechtsnatur der Haftungen

- 64 Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich bei allen Vertrauenshaftungen gemäss vorstehend lit. aa und bb (Nr. 53 ff.) um deliktische Haftungen, welche, soweit es sich um Verschuldenshaftungen handelt, an die Verletzung allgemeiner Pflichten anknüpfen. Das ist freilich nicht unbestritten. Abweichendes wird insbesondere mit Bezug auf die Haftung für culpa in contrahendo vertreten, ferner aber auch etwa für die Prospekthaftung gemäss Art. 752 OR.

- 65 **1. Haftung für culpa in contrahendo.** – a) Einzelne fassen die Haftung für culpa in contrahendo als vertragliche Haftung auf. SCHWENZER begründet dies damit, die im Vertragsverhandlungsverhältnis bestehenden Pflichten seien vertraglicher Natur⁹². Andere gehen von vertragsähnlichen Pflichten aus, deren Verletzung ebenfalls der Anwendung des Vertragsrechts rufe. Nach der ersten Ansicht finden die einschlägigen Regeln des vertraglichen Haftungsrechts (Art. 97, 101, 127, 130 OR) unmittelbar Anwendung, nach der zweiten Ansicht nur analog⁹³.

⁹¹ Selbst der Tatbestand von Art. 41 Abs. 2 OR liesse sich ohne weiteres unter Art. 41 Abs. 1 OR subsumieren. Die Bestimmung ist denn auch erst bei der Revision von 1912/1918 ins OR gelangt. Zuvor kam man mit Art. 50 aOR, dem Vorgänger von Art. 41 Abs. 1 OR, zurecht.

⁹² SCHWENZER, OR AT, Nr. 52.03: «Bei diesem [...] Rechtsinstitut [sc. der Haftung für cic] handelt sich [...] um eine Vorverlagerung vertraglicher Pflichten in das Verhandlungsstadium.» Nur die Haftung für cic unterliegt nach SCHWENZER der Vertragshaftung; ansonsten falle die Verletzung vertrauensschützender Pflichten unter das Deliktsrecht. Ähnlich CHAPPUIS, Mélanges Schmidlin, S. 238 ff.

⁹³ Nachweise bei CHAPPUIS, tour d'horizon, S. 30 Anm. 53.

Eine unmittelbare Anwendung scheidet nach der hier vertretenen Ansicht aus, weil die Pflichten im Vertragsverhandlungsverhältnis nicht auf einem vertraglichen Bindungswillen, sondern auf dem Gesetz (Art. 2 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 26 OR usw.) beruhen. Allerdings gibt es gewisse gesetzliche Pflichten, deren Verletzung nach dem Willen des Gesetzgebers vertraglich geahndet wird (z.B. Art. 328 OR⁹⁴), aber dann ist es die gesetzliche Anordnung, welche zur unmittelbaren Anwendung des Vertragsrechts führt. Wo eine solche Anordnung fehlt, findet das Vertragsrecht – wenn schon – nur analog Anwendung. Vorliegend aber rechtfertigt sich m.E. eine analoge Anwendung nicht. Insbesondere passt die Verjährungsregelung nicht (s. oben Nr. 61)^{95,96}.

⁹⁴ Die Pflicht des Arbeitgebers, auf die Gesundheit und Persönlichkeit des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen und die nötigen Schutzmassnahmen zu treffen, ist eine allgemeine, durch das Arbeitsverhältnis konkretisierte Pflicht. Mit der speziellen Erwähnung dieser Pflicht im Arbeitsrecht wollte der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, dass im Verletzungsfalle eine vertragliche Haftung Platz greift. Das bedurfte der ausdrücklichen Normierung, weil früher insoweit (ausschliesslich) Deliktsrecht galt (vgl. KOLLER, AJP 1992, S. 1489 ff.). Mit Art. 328 OR bringt der Gesetzgeber einen allgemeinen Gedanken zum Ausdruck: Allgemeine Pflichten, welche mit dem Vertragsvollzug in engem Zusammenhang stehen, werden im Falle ihrer Verletzung vertragsrechtlichen Regeln unterstellt. Vereinfacht wird dann gesagt, dass es sich um vertragliche Pflichten handelt, obwohl weder der Vertrag noch die Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen diesen Schluss zulassen. Die Qualifikation als vertragliche Pflichten beruht letzten Endes auf Gesetzesergänzung bzw. Richterrecht (Art. 1 Abs. 2 ZGB; KOLLER, OR AT, Nr. 616). Ob es sinnvoll ist, allgemeine Pflichten gleichzeitig als vertragliche zu qualifizieren, scheint zweifelhaft (unten Anm. 100). Nichts steht an sich im Wege, die Vertragshaftung auch auf die Verletzung allgemeiner Pflichten zu erstrecken, ohne diese Pflichten neu zu qualifizieren.

⁹⁵ Immer wieder wird die Flucht ins Vertragsrecht damit gerechtfertigt, die ausservertragliche Hilfspersonenhaftung sei im Bereiche der Haftung für cic unpassend. Sachlich angemessen sei vielmehr Art. 101 OR. M.E. trifft dies – wie an anderer Stelle ausgeführt (KOLLER, OR AT, Nr. 1782 f.) – nicht zu. Vielmehr sollte eine eigenständige Regel entwickelt werden. Neustens überlegt sich ROBERTO (Recht und Internationalisierung, S. 144), ob nicht die Haftung für selbständige Hilfspersonen mit dem Gedanken der nicht delegierbaren Sorgfaltspflichten (dazu z.B. VOLLMER, S. 371 ff.) gerechtfertigt werden könnte. Wenn ich das Bundesgericht richtig verstehe, hat es diesen Gedanken etwa in BGE 110 II 136 (betr. Art. 56 OR) aufgenommen. Zur ganzen Problematik s. neustens PETRIN, S. 81 ff.

⁹⁶ Allerdings wird die Verletzung allgemeiner Pflichten teilweise nach vertragsrechtlichen Grundsätzen geahndet, so etwa die Verletzung von Schutzpflichten (oben Anm. 94). Dafür dürften insbesondere praktische Erwägungen bestimmend gewesen sein: Die Schadensliquidation wird u.U. erheblich vereinfacht, wenn sich der Geschädigte für die Geltendmachung unterschiedlicher Ansprüche (z.B. auf Schadenersatz wegen Schlechterbringung der Leistung und Verletzung des Integritäts-

67 Während das Vertragsrecht keine sachadäquaten Lösungen bereithält, gilt für das Deliktsrecht das Gegenteil. Zwar trifft zu, dass der Abschnitt über die unerlaubten Handlungen (Art. 41-61 OR) die Haftung für culpa in contrahendo nicht sachgerecht regelt. Indes sorgen – wie gesehen – besondere, durch Rechtsanalogie verallgemeinerungsfähige besondere Deliktsregeln (Art. 26, 752 OR usw.) für Abhilfe. Anlass für eine Flucht ins Vertragsrecht besteht daher nicht.

68 b) Das Bundesgericht fasst die Haftung für culpa in contrahendo, wie gesagt, als Haftung «zwischen Vertrag und Delikt» auf. Die Vorstellung geht dahin, dass das Vertragsverhandlungsverhältnis ein gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht darstellt⁹⁷. Die durch dieses Schuldverhältnis begründeten Pflichten sollen spezielle, weder deliktische noch vertragliche Pflichten sein. Deren Verletzung rechtfertigt eine spezielle Haftung «zwischen Vertrag und Delikt». Beispielsweise die Verjährung richtet sich nach Deliktsrecht (Art. 60 OR; BGE 104 II 94), Vertragsrecht (Art. 101 OR) soll hingegen mit Bezug auf die Hilfspersonenhaftung gelten (BGE 108 II 419, 422).

69 Die Theorie des Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflicht wurde aus Deutschland, wo sie inzwischen ihren Niederschlag im Gesetz (§ 311 Abs. 3 n.F. BGB⁹⁸) gefunden hat, importiert. Sie wurde massgeblich von CANARIS geprägt. CANARIS ging es um die Überwindung deliktsrechtlicher Defizite. Diese ortete er einerseits bei der Haftungsbegründung⁹⁹,

interesses) auf dieselbe Rechtsgrundlage und dieselben Haftungsmodalitäten berufen kann. Solche Erwägungen spielen im vorliegenden Kontext keine Rolle, was keiner weiteren Erörterung bedarf.

⁹⁷ BGE 4C.193/2000 vom 26.9.2001, m.w.Nw.; BJM 1999, S. 99, unter Hinweis auf BGE 120 II 331 ff.; s. auch CHAPPUIS, tour d'horizon, S. 30 Anm. 55. Eingehend zur Entwicklung der Figur des Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflicht BERGER, S. 22 ff.

⁹⁸ S. BGH, NJW-RR 2003, S. 1035, dazu FRASSEK, S. 285 ff.

⁹⁹ § 823 Abs. 2 BGB, welcher in allgemeiner Weise die Haftung für reine Vermögensschäden regelt, macht die Haftung von einem Verstoß «gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz» abhängig. Die herrschende Auffassung versteht unter Schutzgesetzen – wie gesagt (Anm. 47) – nur geschriebene Rechtsnormen. Bei Fehlen einer solchen Norm fällt eine Haftung nur ausnahmsweise in Betracht, insbesondere bei vorsätzlicher Schädigung (§ 826 BGB) oder bei Verletzung einer vertraglich Pflicht. Die gesetzliche Haftungsregelung wurde seit Langem als zu eng empfunden. Um das Haftungsbedürfnis zu befriedigen, wurden verschiedene Auswege gesucht (s. KÖTZ/WAGNER, Nr. 170, 172 f., 676): Eine Mindermeinung ist dazu übergegangen, *ungeschriebene* Schutzgesetze anzuerkennen. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung hat dagegen den Ausweg

andererseits bei den Haftungsmodalitäten. Er schlug daher einen neuen Haftungstatbestand «zwischen Vertrag und Delikt» vor; bei gegebenen Voraussetzungen sollte die Haftung vertragsrechtlichen Modalitäten folgen. In dieser letzteren Hinsicht hat das Bundesgericht die deutsche Konzeption also nicht übernommen.

In der Schweiz weist das Deliktsrecht die in Deutschland ausgemachten Defizite nicht auf. Man muss sich nur bewusst sein, dass nicht bloss das allgemeine Deliktsrecht einschlägig ist (dieses enthält in der Tat keine sachadäquate Regelung), sondern auch besondere Deliktsregeln (Art. 26, 39 OR, 411 Abs. 2 ZGB) samt dem ungeschriebenen Art. 41 Abs. 3 OR (Nr. 55). Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb die Haftung für culpa in contrahendo nicht als spezielle Deliktshaftung konzipiert werden sollte, sondern stattdessen als eine Haftung zwischen Vertrag und Delikt bzw. Haftung aus gesetzlichem Schuldverhältnis.

Das Bundesgericht scheint allerdings der Meinung zu sein, das Deliktsrecht scheide deshalb aus, weil die Pflichten in einer Sonderverbindung, wie es das Vertragsverhandlungsverhältnis darstellt, nicht allgemeiner (deliktischer) Natur seien. Indes gehört es zum Wesen vieler allgemeiner Pflichten, dass sie vorerst nur latent und in allgemeiner Weise bestehen und sich erst bei Vorliegen besonderer Umstände zu konkreten Verhaltenspflichten wandeln. Dabei sind es nicht zuletzt Sonderkontakte, welchen konkretisierende Wirkung zukommt. Wer z.B. als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer an einer Maschine arbeiten lässt, hat für die Sicherheit der Maschine zu sorgen. Diese konkrete Verhaltenspflicht ist nichts anderes als die aktualisierte allgemeine Pflicht, Leib und Leben anderer nicht zu verletzen¹⁰⁰. Dass sie nur gerade den konkreten Arbeitgeber trifft und

darin gesehen, das Institut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter immer weiter auszudehnen sowie die Vorsatzhaftung von § 826 BGB teilweise zu einer Fahrlässigkeitshaftung umzufunktionieren. Demgegenüber schlug CANARIS vor, neben der Haftung aus Vertrag und Delikt eine «dritte Spur» zu eröffnen; diese Haftung zwischen Vertrag und Delikt sollte vertragsrechtlichen Grundsätzen unterliegen. – Der Erlass von § 311 Abs. 3 BGB dürfte den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter überflüssig machen (SCHWAB, S. 872; a.A. SCHIMMEL/BUHLMANN, S. 42; WESTERMANN, S. 148 ff.).

¹⁰⁰ Daran ändert nichts, dass der Gesetzgeber mit dem Erlass von Art. 328 OR zum Ausdruck gebracht hat, eine Pflichtverletzung sei auch nach vertraglichen Haftungsgrundsätzen zu ahnden, und man zur Rechtfertigung dieser Haftung dazu übergegangen ist, die allgemeinen Pflichten zusätzlich noch als vertragliche zu deklarieren (Anm. 94), so dass nun die Schutzpflichten des Arbeitgebers sowohl allgemeiner als auch vertraglicher Natur sind. Will man diesen Vorgang im vorliegenden Kontext wiederholen, so kann man die Pflichten im Vertragsverhand-

diesen nur deshalb, weil er sich auf eine Sonderverbindung (Vertrag) eingelassen hat, ändert am allgemeinen Charakter der Pflicht nichts. Entsprechendes gilt auch für die im Vertragsverhandlungsverhältnis bestehenden vermögensschützenden Pflichten. Diese sind Ausfluss der allgemeinen Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten. Wer daher beispielsweise Vertragsverhandlungen nicht abbricht, obwohl er keinen Abschlusswillen mehr hat, verletzt eine allgemeine Pflicht und handelt daher widerrechtlich i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR. Dass die Pflichtverletzung noch einer speziellen Haftung (aus culpa in contrahendo) untersteht, ist unerheblich. Dem Umstand, dass – anders als bei der typischen Schädigungssituation bei der Verletzung absoluter Güter – Vertrauen enttäuscht wird, ist bei den Haftungsfolgen Rechnung zu tragen, nicht aber durch die Umqualifizierung von Pflichten und die Neuschaffung einer Haftungskategorie (Haftung zwischen Vertrag und Delikt), für die sich im Gesetz keinerlei Anhaltspunkt findet¹⁰¹.

- 72 **2. Auch für andere Vertrauenshaftungen als die Haftung für culpa in contrahendo** werden unterschiedliche nicht-deliktsche Theorien vertreten, m.E. wiederum zu Unrecht. Zur Illustration seien die Prospekthaftung und die Haftung aus Art. 39 Abs. 1 OR herausgegriffen:

lungsverhältnis als besondere deliktische Pflichten qualifizieren; eine Notwendigkeit, die Pflichten als hybride Pflichten mit vertraglichen und deliktischen Elementen zu qualifizieren, besteht nicht. Es scheint aber auch zweifelhaft, ob es sinnvoll ist, gleichsam von einer deliktischen Doppelnatur der Pflichten auszugehen. Der gleiche Zweifel besteht natürlich auch hinsichtlich der Schutzpflichten des Arbeitgebers: Warum soll man allgemeine Pflichten, deren Verletzung man aus besonderem Grund (zusätzlich) dem Vertragsrecht unterstellt, auch noch als vertragliche qualifizieren? Wenn sich Lehre und Rechtsprechung dazu gezwungen fühlen, so vielleicht aus der Vorstellung heraus, die vertragliche Haftung setze die Verletzung einer vertraglichen Pflicht voraus. Indes gibt es vertragliche Haftungen, die überhaupt nicht an eine Pflichtverletzung anknüpfen (z.B. Art. 487 und 489 OR).

¹⁰¹ Eine «dritte Spur» «zwischen Vertrag und Delikt» ist an sich durchaus denkbar. Immerhin kennt das OR zahlreiche Entstehungsgründe von Obligationen (nebst Delikt und Vertrag z.B. noch Auslobung, ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag), und innerhalb der deliktischen und vertraglichen Schadenersatzpflichten kennt es je verschiedene «Spuren» (Verschuldenshaftungen, Kausalhaftungen, Haftung für casus mixtus, welche gleichsam zwischen der Verschuldenshaftung und den Kausalhaftungen liegt). Indessen finden sich aus meiner Sicht im Gesetz keinerlei Anhaltspunkte für die hier zur Diskussion stehende «dritte Spur». Insbesondere trifft es nicht zu, dass die vermögensschützenden Pflichten im Vertragsverhandlungsverhältnis keine allgemeinen Pflichten sind. Im Übrigen ist die «Frage der «dritten Spur»» von rein theoretischem Interesse, weil die praktisch relevanten Fragen auch ohne solche «Spur» sachadäquat im Rahmen des Deliktsrechts beantwortet werden können.

Die Haftung aus Art. 39 Abs. 1 OR knüpft nicht an eine Pflichtverletzung an. Man kann daher eine vertragliche Haftung jedenfalls nicht mit der Verletzung einer vertraglichen Pflicht rechtfertigen. Ebenso wenig kann man eine Haftung «zwischen Vertrag und Delikt» mit dem Argument rechtfertigen, bei den im Vertragsverhandlungsverhältnis bestehenden Pflichten handle es sich nicht um allgemeine, sondern um besonders gear-tete Pflichten, die im Verletzungsfalle einer besonderen Haftung rufen. Andere Gründe für die Annahme einer vertraglichen Haftung oder einer Haftung zwischen Vertrag und Delikt sind nicht ersichtlich. 73

Wer einen Emissionsprospekt verfasst, hat im Interesse beliebiger Dritter, welche allenfalls Aktien oder Obligationen erwerben wollen, «unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben» zu unterlassen (Art. 752 OR). Diese (Wahrheits-)Pflicht ist unstrittig nicht vertraglicher Natur. Eine unmittelbare Anwendung des Vertragsrechts scheidet damit aus. Aber auch eine analoge Anwendung rechtfertigt sich nicht; das zur Haftung für culpa in contrahendo Gesagte (Nr. 66) gilt hier entsprechend. Die fragliche Wahrheitspflicht knüpft ferner ersichtlich nicht an eine irgendwie geartete Sonderverbindung an. Die Vorstellung, zwischen dem Emittenten und den Dritten bestehe ein gesetzliches Schuldverhältnis, aus dem sich die besagte Pflicht ableite, ist hier noch weniger angebracht als bei der Haftung für culpa in contrahendo¹⁰². In Wirklichkeit handelt es sich um eine allgemeine Pflicht, welche jeden trifft, der sich zu einer Emission entschliesst. Damit ist auch gesagt, dass die Haftung nicht «zwischen Vertrag und Delikt» steht, sondern deliktischer Natur ist (grundlegend BGE 32 II 273 E. 4, unter ausdrücklicher Ablehnung einer «vertragsähnlichen» Haftung)¹⁰³. 74

Wollte man Haftungen wie jene aus Art. 39 Abs. 1 OR oder die Prospekthaftung als Haftungen «zwischen Vertrag und Delikt» auffassen, so müsste Gleiches auch beispielsweise für die Haftung des Arbeitgebers für das Ausstellen eines wahrheitswidrigen Arbeitszeugnisses oder die Auskunftshaftung gelten. Diese beiden Haftungen sind jedoch nach bundesgerichtlicher Ansicht deliktischer Natur (BGE 101 II BGE 69 und 111 II 471 ff.); hinsichtlich der Auskunftshaftung wurde dies allerdings neulich offen gelassen (BGE 124 III 363 E. 5b). 75

¹⁰² Vgl. KOZIOL, S. 274.

¹⁰³ Bei der Revision der Prospekthaftung hat man diesen Standpunkt übernommen (Expertenkommission [Anm. 83], S. 442, 447, 450). Die herrschende Lehre ist dem gefolgt, doch gibt es verschiedene Mindermeinungen (s. die Nachweise bei NOTH/GROB, S. 1443 ff.).

B. (Vertrauens-)Haftung des Schätzers im konkreten Fall?

- 76 Es ist im Grundsatz weitgehend unbestritten, dass ein Liegenschaftenschätzer wegen einer unzutreffenden Schätzung einem vertragsfremden Dritten haftbar werden kann. Davon geht auch das Bundesgericht in dem hier referierten Entscheid aus. Umstritten sind die Voraussetzungen der Haftung. Nach der hier vertretenen Ansicht kommt ausschliesslich eine deliktische Haftung in Betracht, sei es nach Art. 41 Abs. 1 OR, sei es nach dem ungeschriebenen Art. 41 Abs. 3 OR (Nr. 55). Diese letztere Haftung steht im Vordergrund. Sie setzt voraus, dass der Schätzer schuldhaft pflichtwidrig einen falschen Anschein gesetzt, d.h. einen täuschenden Bericht verfasst hat. Gegebenenfalls haftet er für den Schaden, der einem Dritten adäquat kausal aus der Pflichtwidrigkeit entstanden ist.

a. Haftungsvoraussetzungen

- 77 **1. Allgemeines.** Wer mit der Schätzung einer Liegenschaft beauftragt wird, hat primär die Interessen des Auftraggebers zu wahren. Auf Interessen Dritter hat er grundsätzlich keine Rücksicht zu nehmen. Anders nur dort, wo der Schätzer weiss oder wissen muss, dass sein Schätzungsbericht auch für Dritte bestimmt ist und diesen als Dispositionsgrundlage (etwa im Rahmen einer Erbteilung oder für den Kauf der geschätzten Liegenschaft) dienen wird. Wo dies der Fall ist, trifft den Schätzer eine drittgerichtete Wahrheitspflicht. Das bedeutet im Einzelnen dreierlei:
- 78 a) Der Schätzer kann sich im Gutachten über dessen Zweck und damit auch über den **Adressatenkreis** des Gutachtens äussern. Wenn beispielsweise angegeben wird, die Schätzung erfolge im Rahmen einer Hypothekenzierung, so hat der Schätzer auf die Interessen kreditgewährender Banken Rücksicht zu nehmen, nicht aber beispielsweise auf die Interessen potentieller Käufer. Das gilt auch dort, wo die Angabe über den Zweck des Gutachtens gegen eine mit dem Auftraggeber getroffene Vereinbarung verstösst. In einem solchen Fall hat freilich der Auftraggeber die Befugnis, eine Korrektur des Schätzungsberichts zu verlangen. Tut er dies aber nicht, so macht im Verhältnis zu Dritten die Angabe im Schätzungsbericht Recht.
- 79 Äussert sich der Schätzer in seinem Bericht über dessen Zweck bzw. den Adressatenkreis des Gutachtens nicht, so kommt es entscheidend auf die mit dem Auftraggeber getroffene Vereinbarung an. Bei Fehlen einer ausdrücklichen Abrede entscheidet der Zweck, den der Auftraggeber – für

den Schätzer erkennbar – verfolgt. Benötigt ihn der Auftraggeber beispielsweise für eine Erbteilung, so muss der Schätzer auf die Interessen der Miterben Rücksicht nehmen, benötigt er ihn für Verkaufsverhandlungen über das geschätzte Grundstück, so fallen die Interessen potentieller Käufer in Betracht¹⁰⁴. Legt der Auftraggeber den Zweck nicht offen, so muss der Schätzer damit rechnen, dass er für beliebige Zwecke verwendet wird¹⁰⁵.

Aus dem Gesagten folgt: Legt der Auftraggeber den Schätzungsbericht 80 vertragswidrig einem Dritten vor, für den er nach dem Vertrag nicht bestimmt ist, so haftet der Schätzer dem Dritten gegenüber nicht. Denn der Schätzer musste bei der Abfassung des Schätzungsberichts auf dessen Interessen keine Rücksicht nehmen. Vorbehalten ist höchstens der Fall, dass der Schätzer mit einer vertragswidrigen Vorlegung an einen Dritten unter den gegebenen Umständen rechnen musste. Abgesehen von diesem Ausnahmefall geht eine vertragswidrige Vorlegung zu Lasten des Dritten, der auf den Bericht vertraut. Will also der Dritte sichergehen, dass der Bericht für ihn bestimmt ist, so hat er beim Schätzer Rücksprache zu nehmen. Unbestritten ist dies freilich nicht. Anderer Ansicht scheint etwa MOSER zu sein¹⁰⁶. Letzten Endes geht es um eine Wertungsfrage: Soll sich der Gutachter vor einer vertragswidrigen Verwendung des Gutachtens schützen müssen, indem er sich im Gutachten über den Zweck des Gutachtens äussert? Oder soll es dem vertragsfremden Dritten obliegen, sich durch Rücksprache beim Gutachter vor vertragswidrigem Verhalten des Auftraggebers zu schützen? Ich halte das Letztere für richtig¹⁰⁷: Der Dritte, etwa der Käufer einer Liegenschaft, soll sich primär selbst um seine Angelegenheiten kümmern. Umgekehrt überspannt man die Anforderungen an den Gutachter, wenn man ihm zur Pflicht machen wollte, Dritte vor vertragswidrigem Verhalten seines Vertragspartners zu schützen.

¹⁰⁴ Zu den möglichen Zwecken von Schätzungsberichten s. umfassend ALTENBURGER, Haftung des Architekten, S. 64 ff.

¹⁰⁵ CANARIS, ZHR 1999, S. 238; HIRSCH, S. 83.

¹⁰⁶ Vgl. MOSER, S. 212.

¹⁰⁷ Im Ergebnis entspricht dies der Auffassung des Bundesgerichts im hier referierten Entscheid. Das Bundesgericht hat nämlich unterstellt, der Verwendungszweck (Vorlegung an eine Bank zwecks Erhöhung des Hypothekarkredits) sei dem Gutachter bekannt gewesen. Der Auftraggeber verwendete somit das Gutachten verabredungswidrig gegenüber den Klägern als Käufer. Diese waren nicht geschützt, obwohl sich ein Hinweis auf den vertraglichen Zweck im Gutachten nicht fand.

- 81 Wie nahe die Dinge beieinander liegen, zeigt der Vergleich mit dem Missbrauch einer Vollmachtsurkunde: Wenn der Bevollmächtigte eine solche einem Dritten vorlegt, dem er sie nicht vorlegen dürfte, und mit diesem kontrahiert, so haftet der Vollmachtgeber dem Dritten kausal (oben Nr. 57). Der Vollmachtgeber hat also für vollmachtswidriges Verhalten seines Vertreters einzustehen, nicht der Dritte. Wenn es sich vorliegend anders verhält, so deshalb, weil Schätzungsberichte über Liegenschaften nicht im selben Masse Verkehrsfunktion haben wie Vollmachtsurkunden. Diese haben den Zweck, Dritte von einer Rückfrage beim Vertretenen zu entlasten. Für Schätzungsberichte lässt sich dies nicht sagen.
- 82 b) Der Schätzer muss auf die Interessen Dritter, welche zum Adressatenkreis des Schätzungsberichts gehören, nur Rücksicht nehmen, wenn er damit rechnen muss, dass ihnen der Schätzungsbericht als **Dispositionsgrundlage** (etwa für eine Erbteilung, einen Grundstückkauf usw.) dienen wird. Für Schätzungsberichte, wie sie hier interessieren, trifft dies regelmässig zu. Es verhält sich insoweit anders als etwa hinsichtlich eines juristischen Parteigutachtens, das jemand in einem Streit mit einem anderen einholt. Der Gutachter muss im Allgemeinen nicht damit rechnen, dass der Kontrahent seines Auftraggebers dem Gutachten Glauben schenkt und darauf verzichtet, seinerseits Rechtsrat einzuholen und gegebenenfalls ein Gegengutachten erstellen zu lassen. Im Einzelfall kann es sich freilich anders verhalten. So haben sogenannte third party legal opinions¹⁰⁸ «gerade den Sinn (...), der anderen Seite eigene rechtliche Untersuchungen zu ersparen» (CANARIS, ZHR 1999, S. 233).
- 83 c) Ist der Schätzer im Einzelfall verpflichtet, den Schätzungsbericht auch an den Interessen eines Dritten auszurichten, so trifft ihn diesem gegenüber eine **Wahrheitspflicht**. Das heisst, der Schätzer darf keine täuschenden Angaben machen. Salopp gesagt, muss die Schätzung halten, was sie verspricht. Was dies im Einzelfall bedeutet, hängt von den Umständen ab. Wer beispielsweise eine Wertschätzung abgibt mit dem Hinweis, Sachmängel zwar zu berücksichtigen, sie aber nicht speziell aufzuführen, der verletzt die Wahrheitspflicht nicht, wenn er auf eine Auflistung allfälliger Mängel verzichtet. Eine Wahrheitspflicht kann gegenüber einem Dritten auch dann bestehen, wenn eine solche gegenüber dem Auftraggeber nicht besteht, ja dieser vielleicht gerade darauf drängt, den Dritten zu täuschen. Mit anderen Worten bewahren gegenläufige Interessen

¹⁰⁸ Gemeint sind damit Gutachten, die als rechtliche Basis eines etwaigen gemeinsamen Projekts der Parteien, etwa eines Vertragsschlusses zwischen ihnen, dienen sollen.

von Auftraggeber und Drittem den Schätzer nicht davor, den Schätzungsbericht wahrheitsgemäss abzufassen¹⁰⁹. Angenommen, der verkaufswillige Eigentümer einer Liegenschaft lässt diese schätzen in der Absicht, mit dem Schätzungsbericht die Verkaufsverhandlungen zu beeinflussen. Zwecks Verheimlichung von vorhandenen Mängeln weist er den Schätzer an, diese im Schätzungsbericht nicht aufzuführen. Diese Anweisung schliesst einen *vertraglichen* Drittschutz zum vornherein aus¹¹⁰, nicht jedoch einen deliktischen. Im Gegenteil darf der Schätzer Gebäudemängel nicht verheimlichen, es sei denn, er tue dies im Schätzungsbericht ausdrücklich kund¹¹¹. Vorbehältlich dieses Falls gehen die Pflichten gegenüber dem Dritten über diejenigen gegenüber dem Auftraggeber hinaus.

Hinweise wie etwa der, dass Sachmängel im Schätzungsbericht nicht aufgeführt werden, haben letzten Endes haftungsbeschränkende Wirkung¹¹². Die Haftungsbeschränkung besteht darin, dass die Realisierung eines Haftungstatbestandes verhindert wird, indem Dritten die Vertrauensbasis entzogen wird. Eine andere Frage ist, ob der Schätzer seine Haftung für den Fall, dass sich ein Haftungstatbestand realisieren sollte, ausschliessen kann. Einzelne verneinen dies mit der Begründung, für Haftungsausschlüsse gelte das Vertragserfordernis, zwischen dem Schätzer und dem Dritten fehle es aber naturgemäss an einer vertraglichen Beziehung. Es ist jedoch schwer einzusehen, weshalb der Schätzer seine Haftung im Verhältnis zum Auftraggeber soll einschränken können, im Verhältnis zum Dritten hingegen nicht. M.E. sollte daher eine einseitige Haftungsbeschränkung die Wirkung haben, dass die Haftung für leichtes Verschulden wegbedungen ist¹¹³.

Die Wahrheitspflicht gegenüber einem Dritten hängt nicht davon ab, dass dieser zum Schätzer in irgendeiner Sonderbeziehung steht. Das Bundes-

¹⁰⁹ HOFSTETTER, S. 266 r.Sp. unten; BGH, NJW 1995, S. 392 ff. Ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter scheidet hingegen zum Vornherein aus. Denn es entspricht gerade nicht dem Parteiwillen des Auftraggebers, den Dritten zu schützen. Vertraglich ist daher der Schätzer nicht verpflichtet, die Interessen des Dritten zu wahren.

¹¹⁰ CANARIS, ZHR 1999, S. 233.

¹¹¹ Diesfalls bleibt immer noch eine Haftung nach Art. 41 Abs. 2 OR zu prüfen.

¹¹² Fehlen solche Hinweise im Gutachten, obwohl sie dem Auftraggeber gegenüber gemacht wurden, so haben sie keine haftungsbeschränkende Wirkung: Wer in Kauf nimmt, dass ein Gutachten ohne die erforderlichen vertrauensbeschränkenden Hinweise in Verkehr gesetzt wird, soll dafür einstehen.

¹¹³ A.A. ist HOFSTETTER, S. 268.

gericht hält zwar formal am Erfordernis der Sonderbeziehung fest, eine Sonderbeziehung im sprachüblichen Sinne verlangt es jedoch nicht. Denn die Wahrheitspflicht kann auch nach bundesgerichtlicher Ansicht gegenüber unbestimmten Dritten bestehen, eben z.B. gegenüber potentiellen Käufern der geschätzten Liegenschaft.

- 86 **2. Im konkreten Fall** hatte X. den Schätzungsbericht im Hinblick auf eine Erhöhung des Hypothekarkredites in Auftrag gegeben, nicht im Hinblick auf einen späteren Verkauf der Liegenschaft. War dieser Zweck dem Schätzer A. bekannt, so hatte er auf die Interessen einer hypothezierenden Bank, nicht aber eines allfälligen Käufers Rücksicht zu nehmen. Indes ergibt sich aus dem Urteil nicht, dass X. den mit der Schätzung verfolgten Zweck bekannt gegeben hatte. Im Gegenteil scheint es so, dass A. diesen Zweck nicht gekannt hat. Wenn dem aber so war, so hatte A. nach dem Gesagten damit zu rechnen, dass das Gutachten allenfalls auch für Verkaufsverhandlungen verwendet würde, und es entsprechend abzufassen. Dies hat er nicht getan. Denn er hat für einen Fachmann offenkundige Mängel nicht offen gelegt¹¹⁴, gleichzeitig aber implizit behauptet, das Haus sei mängelfrei. Er hat nämlich in seinem Gutachten als wertvermindernde Faktoren lediglich Alter und normale Abnutzung aufgeführt. Damit musste für einen Dritten der Eindruck entstehen, das Haus weise keine für einen Fachmann ersichtlichen Mängel auf. Aus der Sicht des Schreibenden hatte daher der Gutachter pflichtwidrig gehandelt¹¹⁵. Daran änderte auch der Umstand nichts, dass der Schätzungsbericht im Zeitpunkt, als der Kaufvertrag abgeschlossen wurde, bereits zwei Jahre alt war und daher die Käufer nicht ohne weiteres auf die darin enthaltene Preisangabe abstellen konnten. Dieser Umstand hatte lediglich zur Folge, dass erstens eine Haftung für nachträglich entstandene Mängel ausschied und dass zweitens die Käufer nicht ohne weiteres annehmen durften, der

¹¹⁴ Offenkundig waren gemäss dem kantonsgerichtlichen Urteil folgende Mängel: «Statik des Dachgeschosses», «Statik des Bodens» und «Isolation im Keller».

¹¹⁵ Zwar ist es bei einem Wertgutachten – anders als bei einem Baumängelgutachten – nicht Aufgabe des Sachverständigen, jegliche Mängel ausfindig zu machen (HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Nr. 14). Auch mag man diesen Autoren folgen, wenn sie meinen, dass selbst offenkundige Mängel nicht ohne weiteres aufzuführen sind, falls sie von untergeordneter Bedeutung sind (HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Nr. 17). Wo die Mängel jedoch von einigem Gewicht sind, wie dies etwa für statische Mängel zutrifft, so sind sie aufzuführen. Wer solche Mängel nicht aufführt und gleichzeitig als wertvermindernde Faktoren nur die übliche Abnutzung angibt, der handelt aus meiner Sicht pflichtwidrig (anders wohl HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Nr. 17).

angegebene Schätzungswert gebe immer noch den tatsächlichen Wert der Liegenschaft wieder.

b. Haftungsfolgen

Der Schätzer haftete für den Schaden, der adäquat kausal aus der pflichtwidrigen Verschweigung der Mängel resultierte. Im konkreten Fall verlangten die Käufer vom Schätzer die Mängelbeseitigungskosten ersetzt, und das Kantonsgericht schützte diesen Standpunkt.

- 88 **1. Unter dem Gesichtspunkt der natürlichen Kausalität** ist zu prüfen, ob und inwieweit der Schätzungsbericht beim Dritten zu einem Vermögensverlust geführt hat. Konkret geht es um die Prüfung, ob der Dritte im Vertrauen auf die Richtigkeit des Berichts Dispositionen getroffen hat, welche er bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht getroffen hätte. In dem hier zur Diskussion stehenden Fall sah es das Kantonsgericht als erwiesen an, dass «der Schätzungsbericht den Kaufentschluss der Kläger beeinflusst hat» (S. 13)¹¹⁶. Im Weiteren nahm es an, dass die Kläger den Preis um die Sanierungskosten für die pflichtwidrig verschwiegenen Mängel «gedrückt» hätten, wenn der Bericht wahrheitsgemäss erstellt worden wäre. Der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem geltend gemachten Schaden (Sanierungskosten) und den Fehlern des Schätzungsberichts war daher – immer nach Ansicht des Kantonsgerichts St. Gallen – gegeben. An dieser Auffassung wurden in der Lehre Zweifel geäussert. HÜRLIMANN/SIEGENTHALER glauben, es sei nicht ausgeschlossen, dass auch bei pflichtgemässigem Vorgehen u.U. derselbe Schätzungswert resultiert hätte und die Käufer denselben Preis bezahlt hätten. Hätten aber die Kläger denselben Preis bezahlt, so hätten sie keinen Schaden erlitten. An dieser Ansicht ist sicher soviel richtig, dass es letzten Endes einfach darauf ankommt, was die Käufer bei Kenntnis der fraglichen Mängel zu zahlen bereit gewesen wären. Nicht zu folgen vermag ich den erwähnten Autoren, wenn sie meinen, die Mängel seien nicht unbedingt schätzungsrelevant gewesen: Hätte der beklagte Schätzer die Mängel erkannt, so hätte er sie wertmindernd berücksichtigen müssen, und zwar gerade mit den mutmasslichen Sanierungskosten. Es ist daher sehr wahrscheinlich, dass die Käufer auch nur bereit gewesen wären, diesen reduzierten

¹¹⁶ Der Bericht hatte zumindest mitentscheidende Bedeutung. Das genügt (ALTENBURGER, Haftung des Architekten, S. 449, mit Rechtsprechungshinweisen in Anm. 463).

Schätzpreis zu bezahlen. Das genügt unter dem Gesichtspunkt der natürlichen Kausalität

- 89 2. Die Haftung wäre freilich – wegen **Inadäquanz** bzw. groben Selbstverschuldens – dann entfallen, wenn die Kläger die Fehlerhaftigkeit des Berichts ohne weiteres hätten entdecken müssen. Im vorliegenden Fall traf dies jedoch nicht zu. Man kann sich höchstens fragen, ob die Haftung wegen eines leichten Selbstverschuldens zu reduzieren war. Insoweit kam es darauf an, ob ein durchschnittlicher Käufer sich nicht allein auf den «fremden» Schätzungsbericht verlassen, sondern noch zusätzliche Abklärungen getroffen hätte. Das Kantonsgericht St. Gallen hat dies implizit verneint. Im Übrigen wog das Verschulden des Schätzers schwer. Daher hätte auch ein leichtes Verschulden der Kläger kaum zu einem Abzug führen dürfen.

- 90 Anderer Ansicht sind HÜRLIMANN/SIEGENTHALER¹¹⁷. Sie glauben, die Käufer hätten nicht darauf vertrauen dürfen, «ein damals zwei Jahre alter Schätzungsbericht sei zum Zwecke des Verkaufsprojektes erstellt worden». Wäre dies zutreffend, würde es in der Tat an der Adäquanz des Kausalzusammenhanges fehlen. Indes verliert ein Schätzungsbericht, der für Verkaufsverhandlungen geschaffen wurde, diese Funktion nicht nachträglich dadurch, dass das Haus erst in einem späteren Zeitpunkt verkauft wird. Dieser Umstand ist nur insofern erheblich, als die Käufer nicht darauf vertrauen dürfen, dass der angegebene Schätzungswert tatsächlich noch der Realität entspricht. Am Charakter des Gutachtens ändert er nach meinem Dafürhalten nichts.

C. Schlussbemerkung

- 91 Ein Liegenschaftenschätzer kann nach dem referierten Entscheid für Schaden eines vertragsfremden Dritten, der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Schätzungsberichts nachteilige Dispositionen getroffen hat, nicht deliktisch haftbar werden. Hingegen kommt eine Haftung «zwischen Vertrag und Delikt» in Betracht. Mein «Kommentar» dazu lässt sich im Wesentlichen in zwei Bemerkungen zusammenfassen:
- 92 1. Eine Haftung «zwischen Vertrag und Delikt» (so schon BGE 68 II 303) kann nicht a priori ausgeschlossen werden (Anm. 101). Fraglich ist lediglich, ob dies dem Gesetz entspricht. Ich habe dies früher – in meinem

¹¹⁷ HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Nr. 11.

Buch zum Allgemeinen Teil des OR – mit Bezug auf die Haftung für culpa in contrahendo bejaht. Ich argumentierte, die «dritte Spur» sei im Gesetz selbst angelegt, insbesondere in den Art. 26 und 39 OR, welche den Haftungsumfang abweichend vom allgemeinen Delikts- und Vertragsrecht regeln. Indes lassen sich die fraglichen Bestimmungen auch als besondere *Deliktsnormen* begreifen, gleichsam als dritte (bzw. vierte oder fünfte...) Spur im Deliktsbereich. Diese Auffassung scheint mir nunmehr den Vorzug zu verdienen, weil die Pflichten, um deren Verletzung es geht, allgemeiner Natur sind, weder auf Vertrag beruhen noch auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht. Jedenfalls die Pflicht, Vertragsverhandlungen ohne Abschlusswillen gar nicht erst aufzunehmen, lässt sich nicht auf ein solches gesetzliches Schuldverhältnis zurückführen. Noch viel mehr gilt dies für vermögensschützende Pflichten ausserhalb eines Vertragsverhandlungsverhältnisses. Es sei nur an die Pflicht erinnert, einen Emissionsprospekt wahrheitsgemäss abzufassen.

2. Wichtiger als die Frage der Rechtsnatur sind allerdings die sich stellenden Sachfragen. Die Grundfrage geht dahin, unter welchen Voraussetzungen der Liegenschaftenschätzer verpflichtet ist, auf die Vermögensinteressen Dritter Rücksicht zu nehmen. Bereits aus dem Gesagten folgt negativ, dass eine «rechtliche Sonderverbindung» entgegen dem hier referierten Entscheid nicht erforderlich ist. Die gegenteilige Ansicht beruht auf einem m.E. unrichtigen Verständnis von Art. 2 Abs. 1 ZGB (oben Nr. 45 f.). Sodann ist positiv der Grundsatz festzuhalten, dass das Prinzip von Treu und Glauben generelle Beachtung beansprucht und daher treuwidriges Verhalten generell pflichtwidrig und widerrechtlich ist. Dies folgt – entgegen einem Teil von Lehre und Rechtsprechung – nicht aus Art. 2 Abs. 1 ZGB, sondern aus all jenen Bestimmungen, welche treuwidriges Verhalten für Sonderbereiche unmittelbar (Art. 2 UWG) oder mittelbar (z.B. Art. 36 Abs. 2 OR) verbieten (Rechtsanalogie). Die schuldhaftige Verletzung solcher Pflichten fällt zwar in den Anwendungsbereich von Art. 41 Abs. 1 OR, gleichzeitig jedoch auch in den Anwendungsbereich spezieller Bestimmungen, soweit eine Vertrauenshaftung in Frage steht. Bei diesen speziellen Bestimmungen handelt es sich um *Deliktsregeln*. Soweit geschriebenes Recht (z.B. Art. 36 Abs. 2 und 752 OR) fehlt, ist die Vertrauenshaftung auf einen ungeschriebenen Art. 41 Abs. 3 OR zurückzuführen. Das besondere Deliktsrecht weicht vom allgemeinen Deliktsrecht, was die Tatbestände der Vertrauenshaftung und damit auch die Dritthaftung des Schätzers anbelangt, in zweierlei Hinsicht ab: mit Bezug auf die Verjährung und mit Bezug auf den Haftungsumfang. Was die Verjährung anbelangt, so gilt eine relative Verjährungsfrist von fünf

Jahren (statt der einjährigen von Art. 60 OR, oben Nr. 61); was den Haftungsumfang anbelangt, so kann analog Art. 26 Abs. 2 und 39 Abs. 2 OR allenfalls Ersatz des positiven Vertragsinteresses zugesprochen werden (oben Nr. 60).

Anhang: BGE 4C.296/1999 vom 28.1.2000

I. ZIVILABTEILUNG

28. Januar 2000

Es wirken mit: Bundesrichterinnen und Bundesrichter Walter, Präsident, Leu, Corboz, Klett, Rottenberg Liatowitsch und Gerichtsschreiber Leuenberger.

In Sachen

A. G ü r b e r A G, Herrengasse 3, 6430 Schwyz, Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Stefan Aschwanden-Liechti, Luegisland 18, 6410 Goldau,

gegen

Jaroslav C a e s a r, Finsterrütistrasse 9, 8134 Adliswil, Vera C a e s a r, Finsterrütistrasse 9, 8134 Adliswil, Kläger, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Bruno Beeler, Hauptplatz 7, Postfach 46, 6431 Schwyz,

betreffend
Unerlaubte Handlung,

hat sich ergeben:

A.– Die Kläger sind Eigentümer einer Liegenschaft in Lauerz. Auf den darunter liegenden Grundstücken erstellte deren damaliger Eigentümer, Isidor Zürcher, in den Jahren 1990 und 1991 zwei Doppeleinfamili-

enhäuser, wobei er als Ingenieurin die Beklagte beizog. Im Rahmen der Aushubarbeiten kam es wiederholt zu Böschungsbrüchen und Instabilitäten, welche in der zweiten Baustappe das Grundstück der Kläger sowie deren Haus in Mitleidenschaft zogen.

In einem vorsorglichen Beweissicherungsverfahren wurde 1991 eine Expertise über die Hangstabilität, die aufgetretenen Schäden und die zu deren Behebung notwendigen Massnahmen eingeholt.

B.– Am 9. März 1992 belangten die Kläger die Beklagte auf Schadenersatz. Ähnliche Begehren richteten sie gegen Isidor Zürcher als Bauherrn und Unternehmer, gegen den Architekten und gegen den Geologen. In ihrer Replik bezifferten sie ihren Ersatzanspruch auf insgesamt Fr. 528'050.45 nebst Zins. Mit Urteil vom 19. Juni 1997 verpflichtete das Bezirksgericht Schwyz die Beklagte – unter Vorbehalt des Nachklagerechts der Kläger – zur Zahlung von Fr. 436'376.30 nebst Zins.

Mit Urteil vom 26. Januar 1999 wies das Kantonsgericht des Kantons Schwyz eine Berufung der Beklagten ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil. Es hielt dafür, die Beklagte sei als Ingenieurin nicht nur für den Hochbau zuständig gewesen, sondern habe zusammen mit dem Geologen die Aufgabenbereiche Bodenkontrolle und Baugrubenaushub und damit die Pflicht übernommen, den Aushub zu überwachen, die zuständigen Arbeiter zu instruieren, zum Schutz umliegender Grundstücke konkrete Anweisungen über die auf der Baustelle zu treffenden Sicherungsmassnahmen zu erteilen, auf ingenieurtechnische Anforderungen hinzuweisen sowie bei Fehlhandlungen korrigierend einzugreifen. Ihre aus diesem Auftrag fliessenden Sorgfaltspflichten habe sie schuldhaft verletzt, indem sie insbesondere die zum Schutz der umliegenden Grundstücke notwendigen Massnahmen unterlassen habe, wodurch die Eigentumsrechte der Kläger widerrechtlich verletzt worden seien. Für den entstandenen Schaden habe die Beklagte deshalb einzustehen.

C.– Die Beklagte beantragt dem Bundesgericht mit eidgenössischer Berufung, das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen, eventualiter, die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Kantonsgericht und die Kläger schliessen im Wesentlichen auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.– Das Kantonsgericht bejaht eine aus Art. 41 OR begründete Schadenersatzpflicht der Beklagten. Seiner Auffassung nach haftet sie für die an Haus und Grundstück der Kläger als Folge der Hangrutschungen sorgfaltswidrig und widerrechtlich verursachten Schäden. Die Beklagte bestreitet die Widerrechtlichkeit allfälliger Pflichtverletzungen und deren Kausalität für den eingetretenen Schaden und rügt die gegenteilige Auffassung des Kantonsgerichts als bundesrechtswidrig.

a) Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre liegt der Haftungsnorm des Art. 41 OR die objektive Widerrechtlichkeit zugrunde. Danach ist eine Schadenzufügung widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm (Verhaltensunrecht) bewirkt wird (BGE 122 III 176 E. 7b S. 192; 119 II 127 E. 3). Das Wesen des Erfolgsunrechts liegt darin begründet, dass die Verletzung absoluter Rechte immer rechtswidrig ist, unabhängig davon, wie sie verursacht wurde (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl., S. 175). Indes setzt die Haftung nach Art. 41 OR voraus, dass der eingetretene Verletzungserfolg auf ein rechtswidriges Verhalten des präsumptiven Schädigers zurückzuführen ist. Während positive, ein geschütztes Rechtsgut beeinträchtigende Handlungen ohne weiteres rechtswidrig sind – soweit kein besonderer Rechtfertigungsgrund vorliegt – setzt die Rechtswidrigkeit einer Unterlassung voraus, dass gegen eine spezifische Rechtspflicht zur Abwendung des drohenden Verletzungserfolges verstossen wurde (Brehm, Berner Kommentar, N. 56 zu Art. 41 OR; Soergel/Zeuner, § 823 BGB Rz 154 f., 157). Mithin können Unterlassungen auch bei Verletzungen absoluter Rechtsgüter nur widerrechtlich sein, wenn i.S. des Verhaltensunrechts Handlungspflichten missachtet werden, aufgrund derer der Schädiger in Bezug auf den Geschädigten eine Garantenstellung einnimmt (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, Ziff. 50.29; Brehm, a.a.O., N. 56 zu Art. 41 OR).

b) Vorliegend steht unstreitig fest, dass die für die Schäden an Haus und Grundstück der Kläger ursächlichen Aushubarbeiten nicht von der Beklagten, sondern vom Bauherrn ausgeführt wurden. Dessen nach

Art. 684/685 in Verbindung mit Art. 679 ZGB in Betracht fallende Haftung ist vorliegend nicht zu beurteilen. Ob der Bauherr für seine Haftung auf die Beklagte regressieren kann, bestimmt sich nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis und ist vorliegend ebenfalls nicht zu entscheiden. Die Abtretung allfälliger Ersatzansprüche des Bauherrn gegenüber der Beklagten aus Schlechterfüllung des Auftrages an die Kläger ist weder festgestellt noch behauptet. Die Haftung der Beklagten für den zum Ersatz verstellten Schaden setzt deshalb die Verletzung konkreter, sich aus positiven Verhaltensnormen des Privat-, Verwaltungs- oder Strafrechts ergebenden und im Interesse des Geschädigten bestehenden Handlungspflichten voraus (Schnyder, Basler Kommentar, N. 37 zu Art. 41 OR).

2.– a) Die Beklagte war aus einem Vertragsverhältnis mit dem Bauherrn und Unternehmer nach den soweit unangefochtenen Feststellungen des Kantonsgerichts u.a. zur Überwachung des Baugrubenaushubs und dazu verpflichtet, die zum Schutz der umliegenden Grundstücke notwendigen Sicherungsmassnahmen zu ergreifen. Mit der Übernahme dieses Mandates verpflichtete sie sich ausschliesslich dem Bauherrn gegenüber zu sorgfältiger Erfüllung ihrer Vertragspflichten. Die Kläger ihrerseits blieben ausserhalb dieses Vertragsnexus und können deshalb aus einer allfälligen Verletzung von Sorgfaltspflichten der Beklagten grundsätzlich nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. BGE 114 II 91 E. 4a/aa; Gauch/Schlupe/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Rz 64). Ein übereinstimmender Willen der Vertragsparteien, zu Gunsten der Kläger ein eigenes Forderungsrecht aus dem Ingenieurvertrag nach Art. 112 Abs. 2 OR zu begründen ist weder verbindlich festgestellt noch normativ auszumachen.

b) Die Haftung der Beklagten gegenüber den Klägern setzt somit den Verstoss gegen eine Norm mit Schutzfunktion zu Gunsten der Kläger voraus. Zu prüfen ist, ob die aus dem Gefahrensatz fliessenden Verkehrssicherungspflichten eine derartige Schutznorm darstellen können.

Nach dem Gefahrensatz hat derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Schutzmassnahmen zu ergreifen (BGE 124 III 297 E. 5b). Die Haftung aus dem Gefahrensatz knüpft nicht an eine Handlung, sondern an eine Unterlassung an. Zu fragen ist daher einerseits nach der rechtlichen Handlungspflicht (Sicherungspflicht) und andererseits nach dem normativen Kausalzusammenhang zwischen Unterlassung und Erfolg (Honsell,

Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., S. 51; Schnyder, a.a.O., N. 38 zu Art. 41 OR). Entsprechend vermag erst der Verstoss gegen eine Rechtspflicht zur Schadensverhütung die Widerrechtlichkeit zu begründen, nicht schon die Schaffung oder Duldung eines gefährlichen Zustandes (BGE 124 III 297 E. 5b; 119 II 127 E. 3; Pierre Widmer, Privatrechtliche Haftung, in: Münch/Geiser [Hrsg.], Schaden-Haftung-Versicherung, S. 40 und 41). Beispielsweise leitet das Bundesgericht aus dem Gefahrensatz die Pflicht für Bergbahn- und Siskliftunternehmen als Ersteller und Betreiber von Skipisten ab, die zur Gefahrenabwehr zumutbaren Vorsichts- und Schutzmassnahmen zu ergreifen. Inhalt solcher Verkehrssicherungspflichten bilden etwa das Entfernen von Skiliftmasten oder Bäumen aus dem Pistenbereich, deren Sicherung mittels geeigneter Vorkehrungen (BGE 121 III 358 E. 4a mit Hinweisen), die Signalisation atypischer Gefahren auf Pisten oder unmittelbar anschliessenden Nebenflächen (BGE 110 II 505 E. 3) oder das Aufstellen eines ausreichenden Sicherheitsdispositives zwecks zeitgerechter Ergreifung der zur Gefahrenabwehr notwendigen Massnahmen (BGE 125 IV 9 E. 2a). Auch für den Betreiber eines nahe des Seeufers gelegenen Sprungturmes bejahte das Bundesgericht die Pflicht, die zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, um dessen gefahrlose Benutzung sicherzustellen. Es erklärte – neben dem Eigentümer als Werkeigentümer – auch den Betreiber der Anlage für haftpflichtig, weil die Wassertiefe rund um den Sprungturm ungenügend war und für dessen zweckgemässe Nutzung damit keine hinreichende Sicherheit bestand (BGE 123 III 306 E. 4).

Der gefährliche Zustand wurde vorliegend nicht von der Beklagten, sondern vom Grundeigentümer durch Aushubarbeiten bzw. die dabei unterlassene Hangsicherung geschaffen. Diesen traf damit die Pflicht, die zur Abwehr der von seinem Grundstück ausgehenden Gefahren für benachbarte Liegenschaften notwendigen und zumutbaren Massnahmen zu ergreifen. Er hat deshalb auch für unterlassene oder untaugliche Schutzmassnahmen beigezogener Hilfspersonen einzustehen. Dieselben Sicherungspflichten gegenüber Dritten trifft jedoch nicht auch die Hilfsperson. Diese ist nur – aber immerhin – nach Massgabe der vertraglich übernommenen Pflichten zur Gefahrenabwehr gegenüber ihrem Auftraggeber, nicht aber auch gegenüber vertragsfremden Dritten verpflichtet. Mit der Übernahme des Mandates hat sich die Beklagte zwar gegenüber dem Auftraggeber und Bauherrn verpflichtet, unter Beachtung des gebotenen objektivierten Sorgfaltsmassstabes hangseitige Böschungsabbrüche und Instabilitäten zu verhindern; sie ist aber – mit Bezug auf diese oder weitere Sicherungspflichten – nicht auch gleichzeitig eine Garantenstellung gegenüber den Klägern eingegangen. Entsprechend binden die vom

Grundeigentümer bei der Bauwerkerrichtung zu beachtenden Verkehrssicherungspflichten nicht auch die Beklagte (anders wohl die deutsche Literatur und Rechtsprechung: vgl. Staudinger/Hager, § 823 BGB Rn E 21, 219 f. und 374 f., mit Hinweisen; vgl. auch Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 3. Aufl., Rz 4/58).

c) Die Verletzung einer anderweitigen Schutznorm ist nicht ersichtlich (vgl. Brehm, a.a.O., N. 35b f. zu Art. 41 OR; Oftinger/Stark, a.a.O., S. 180 f., mit Hinweisen). Mangels Garantenstellung gegenüber den Klägern erfüllt die Beklagte auch nicht den Tatbestand der Sachbeschädigung gemäss Art. 144 StGB. Auch diese Norm bietet somit keine Grundlage, die Widerrechtlichkeit einer allfälligen Unterlassung der Beklagten zu begründen. Eine allgemeine Pflicht, fremdes Vermögen vor Einbussen zu schützen, normiert das geltende Recht nicht (Brehm, a.a.O., N. 56 zu Art. 41 OR; Bruno Gabriel, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, Diss. Freiburg 1987, S. 75). Damit gebricht es den Handlungen und Unterlassungen der Beklagten aber an der erforderlichen Widerrechtlichkeit.

3.– Fragen lässt sich allenfalls, ob die Beklagte nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung für den zum Ersatz verstellten Schaden einstehen muss.

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

gand/Berger, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, ZBJV 135 [1999] S. 713 f., 743).

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

b) Ebensowenig fällt eine Haftung der Beklagten aus vertraglicher Drittschutzwirkung in Betracht, sofern eine solche Rechtsfigur für das geltende Recht bejaht würde (Gauch/Schlupe/Schmid, a.a.O., Rz 4042 f.; Hans Peter Walter, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996 S. 273 f., 291). Danach setzt der vertragliche Schadenersatzanspruch eines vertragsfremden Dritten voraus, dass er mit der Hauptleistung – für den Schuldner erkennbar – bestimmungsgemäss in Berührung kommt, der Gläubiger der Hauptleistung dem Dritten gegenüber zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist und deshalb ein Interesse am Einbezug des Dritten in den Schutzbereich hat oder allgemein die Vertragsparteien den Willen besassen, zu Gunsten des vertragsfremden Dritten eine Schutzpflicht des Schuldners zu begründen (Martin Moser, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Diss. Bern 1998, S. 15, 47 f., 50 und 55, mit zahlreichen Hinweisen auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung; vgl. auch Gauch/Schlupe/Schmid, a.a.O., Rz 4044; Schwenzer, a.a.O., Rz 87.04). Weder standen der Bauherr und die Kläger als blosser Nachbarn in einem Fürsorgeverhältnis zueinander, noch war für die Beklagte ohne weiteres erkennbar, dass die Kläger in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen werden sollten. Der Beizug der Ingenieurin diene offensichtlich dazu, die plankonforme Bauwerkerrichtung sicherzustellen und aus den Bauarbeiten resultierende Gefahren für die umliegenden Grundstücke zwecks Absicherung des Bauherrn abzuwenden. Die rein räumliche und nicht auf persönlichen Verhältnissen beruhende Nähe der Kläger zum Bauherrn reicht für deren Einbezug in den Schutzbereich des Ingenieurvertrages nicht aus. Zudem besitzen die Kläger einen direkten Anspruch auf Schadenersatz gegenüber dem Vertragsgläubiger, weshalb

sich auch insoweit eine Drittschutzwirkung nicht aufdrängt (vgl. Moser, a.a.O. S. 60; Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., Rz 4046).

4.– Gebricht es dem Verhalten der Beklagten an der erforderlichen Widerrechtlichkeit und fehlen auch die Voraussetzungen für eine Haftung aus enttäuschem Vertrauen, hat sie gegenüber den Klägern für den zum Ersatz verstellten Schaden nicht einzustehen. Damit ist nicht mehr zu prüfen, ob eine allfällige Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten für den eingetretenen Schaden adäquat kausal war.

5.– Die Berufung ist gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. Die Sache ist zu neuer Entscheidung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im kantonalen Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ausgangsgemäss sind die Kläger kosten- und entschädigungspflichtig.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.– Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz vom 26. Januar 1999 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

2.– Die Gerichtsgebühr von Fr. 7'500.-- wird den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

3.– Die Kläger haben die Beklagte unter solidarischer Haftbarkeit für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 8'000.-- zu entschädigen.

4.– Die Sache wird zu neuer Entscheidung der kantonalen Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

5.– Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht des Kantons Schwyz schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. Januar 2000