

Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens

511



Prof. Dr. VITO ROBERTO,
Rechtsanwalt, Zürich/
Universität St. Gallen

Inhaltsverzeichnis:

- A. Einleitung
- B. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts
 - 1. Kabelbruchfälle
 - 2. Unrichtige Auskünfte
 - 3. Amtliche Informationstätigkeit
 - 4. Vertrauenshaftung
 - 5. Fazit
- C. Rechtsvergleichende Hinweise
 - 1. Deutsche Rechtsprechung
 - 2. Angloamerikanische Rechtsprechung
 - 3. Fazit
- D. Dogmatische Grundlagen
 - 1. Die unterschiedlichen dogmatischen Konzepte
 - 2. Vertrauenshaftung als quasivertragliche Haftung
 - 3. Definition der Widerrechtlichkeit als Problem
- E. Verhaltenspflichten zum Schutz fremder Vermögensinteressen
 - 1. Vorbemerkungen
 - 2. Falsche Auskünfte
 - 3. Mangelhafte Erbringung einer Dienstleistung
 - 4. Fehlerhafte Produkte
 - 5. Reflektorische Vermögensschädigungen
- F. Schluss

A. Einleitung

Die Verletzung einer Person oder die Beschädigung fremden Eigentums ist – nach der in der Schweiz herrschenden Auffassung – widerrechtlich und führt, falls die weiteren Haftungsvoraussetzungen vorliegen, ohne weiteres zu einem Schadenersatzanspruch des Beeinträchtigten. Unklar ist dagegen die deliktische Haftung für unmittelbare Schädigungen des Vermögens; d.h., wenn der Kläger weder einen Personen- noch einen Sachschaden erleidet, sondern "nur" eine *Einbusse seines Vermögensstandes*. In der Schweiz spricht man in bezug auf solche primären Vermögensschädigungen von "reinen Vermögensschäden".

Die Fragestellung, ob eine deliktsrechtliche Haftung für primäre Vermögensschädigungen zu anerkennen sei, gehört zu den bislang nicht gelösten Grundproblemen des Haftpflichtrechts; ein Befund, der nicht nur für die Schweiz¹, sondern wohl für sämtliche Rechtsordnungen zutrifft². Mitte der achtziger Jahre hatte KRAMER³ bereits gewarnt,

dass mit dieser Fragestellung "ausserordentlich unwegsames Terrain betreten wird. Gesicherte dogmatische Leitlinien, auf die man sich stützen könnte, fehlen in einem selbst für das an sich 'weiche' Haftpflichtrecht erstaunlichen Masse". Und unlängst hat GAUCH⁴ diesbezüglich ausgeführt, dass die herkömmliche Behandlung der reinen Vermögens-

- 1 Siehe aus neuerer Zeit insbesondere F. WERRO, Tort Liability for Pure Economic Loss: A Critique of Current Trends in Swiss Law, in: Civil Liability for Pure Economic Loss, hrsg. von E. K. BANAKAS, London/The Hague/Boston 1996, 181–196; DERS., Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, ZSR (116) 1997 I, 343, 361 ff.; I. SCHWENZER/B. SCHÖNENBERGER, Civil Liability for Purely Economic Loss in Switzerland, in: Swiss Reports Presented at the XVth International Congress of Comparative Law, hrsg. vom Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, Zürich 1998, 353–381; ausführlich zum Problemkreis K. KUZMIC, Haftung aus "Konzernvertrauen", Zürich 1998; M. MOSER, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Bern 1998; vgl. ferner C. ARMBRÜSTER, Drittschäden und vertragliche Haftung, recht 1993, 84–91; BK/BAUMANN, Art. 2 ZGB N 105 ff.; BK/KRAMER, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N 150 ff.; B. BRECHBÜHL, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Bern 1998, 32 ff.; P. GAUCH/J. SWEET, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, FS Keller, Zürich 1989, 117–140; E. A. KRAMER, "Reine Vermögensschäden" als Folge von Stromkabelbeschädigungen, recht 1984, 128–134; F. LORANDI, Haftung für reinen Vermögensschaden, recht 1990, 19–26 (mit Hinweisen auf die verwendeten Ausdrücke bei 19 f.); H. REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. A., Zürich 1998, N 703 ff.; H. P. WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV (132) 1996, 273–295; speziell zur Auskunftshaftung W. FISCHER, Dritthaftung für falsche freiwillige Auskünfte, ZVglRWiss (83) 1984, 1–31; M. KUHN, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, SJZ (82) 1986, 345–356; U. KAISER, Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten, Bern 1987; CH. J. MEIER-SCHATZ, Über die privatrechtliche Haftung für Rat und Anlagerat, FS Piotet, Bern 1990, 151–172.
- 2 Vgl. aus englischer Perspektive R. BERNSTEIN, Economic Loss, London 1993; aus kanadischer Sicht B. FELDTHUSEN, Economic Negligence, 3. A., Scarborough/Ontario 1994; für die Rechtslage in den Vereinigten Staaten J. M. FEINMAN, Economic Negligence, Liability of Professionals and Businesses to Third Parties for Economic Loss, Boston u.a. 1995; rechtsvergleichend K. M. HOGG, Negligence and Economic Loss in England, Australia, Canada and New Zealand, International and Comparative Law Quarterly (43) 1994, 116–141; E. K. BANAKAS, Tender in the Night: Economic Loss – the Issues, in: Civil Liability for Pure Economic Loss, hrsg. von E. K. BANAKAS, London/The Hague/Boston 1996, 1–25; siehe auch P. GAUCH/J. SWEET (FN 1), 118 und 127 ff.; zur Rechtslage in Deutschland hinten Ziff. C/1.
- 3 E. A. KRAMER (FN 1) 131.
- 4 Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996, 225, 233.

schäden zwar nicht zu befriedigen vermag; wer Bedenken anmeldet, werde indes gefragt, wie Abhilfe zu schaffen sei. Das allerdings sei der Punkt, der ihn insofern in Schwierigkeiten bringe, als er selbst keine patente Lösung anzubieten habe.

Haftpflichtrecht ist in ausgeprägtem Masse Fallrecht. Wer rechtsfortbildende Aussagen in diesem Bereich sucht, ist gut beraten, wenn er in erster Linie auf den induktiven Weg vertraut. Aus diesem Grunde sei zunächst auf einige Beispiele aus der Rechtsprechung eingegangen, welche die Problematik veranschaulichen sollen. Die verschiedenen nachfolgend erwähnten Fälle aus der neueren Bundesgerichtspraxis betreffen zwar unterschiedliche Sachverhalte, haben aber eines gemeinsam: Eingeklagt wurde jeweils nicht eine Vermögenseinbusse, welche infolge einer Verletzung eines absoluten Rechts entstanden ist, sondern eine unmittelbare Beeinträchtigung des Vermögens selbst.

B. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

1. Kabelbruchfälle

Das Musterbeispiel eines primären Vermögensschadens liegt bei den sog. Kabelbruchfällen vor. Das Bundesgericht hatte bereits verschiedentlich Gelegenheit, zu solchen Fällen Stellung zu nehmen. Die bekannteste Entscheidung dürfte den Fall betreffen, in welchem ein Bauunternehmen mit einem Bagger die Hochspannungsleitung eines Stromversorgungsbetriebs beschädigte⁵. Die Stromzufuhr wurde während weniger Stunden unterbrochen. Zwei der dadurch betroffenen Betriebe klagten auf Schadenersatz wegen Produktionsausfalls. Das Bundesgericht hiess die Klage gut. Als Begründung verwies das Gericht auf Art. 239 StGB: Danach ist die Störung eines Betriebs, welcher der allgemeinen Versorgung mit Wasser, Licht, Kraft oder Wärme dient, strafbar.

Einige Jahre später lag dem Bundesgericht ein ähnlicher Sachverhalt vor⁶. Ein Angestellter eines landwirtschaftlichen Betriebs war damit beschäftigt, mit einem am Traktor befestigten Tieflockerungsgerät den Boden umzubringen, als er an einer bestimmten Stelle auf ein Hindernis stiess. In der Annahme, es handele sich um einen Stein, fuhr er zurück und überwand das Hindernis mit Anlauf. Später stellte sich heraus, dass das Hindernis ein Stromkabel war, welches verschiedene Betriebe in der Umgebung mit Strom versorgt. Zwei Betriebe klagten auf Schadenersatz. Das Bundesgericht wies diesmal die Klage ab mit der Begründung, die Haftung basiere in diesem Fall auf der Gefährdungshaftung in Art. 58 SVG; nach dieser Bestimmung werde aber nur für Personen- und Sachschaden gehaftet⁷.

2. Unrichtige Auskünfte

Bedeutsam sind auch die Sachverhalte, in denen eine *unrichtige Auskunft* zu einem Vermögensschaden führt. Zu

erwähnen ist diesbezüglich namentlich der Fall, in welchem eine Bank einem deutschen Lieferanten eine Kreditauskunft über ein Unternehmen gab⁸. Die Bank führte auf Anfrage hin aus:

"Mit der angefragten Gesellschaft stehen wir seit einigen Jahren in Geschäftsverbindung. Das Konto wurde bisher nur auf Guthabenbasis geführt, so dass wir keine Veranlassung hatten, näheren Einblick in die Vermögensverhältnisse zu nehmen.

Unseres Wissens soll in Deutschland Immobilienbesitz vorhanden sein, der nur teilweise belastet sein soll. Etwas Nachteiliges ist uns nicht bekannt. Eine Geschäftsverbindung kann empfohlen werden."

Am Schluss des Schreibens wurde noch vermerkt: "ohne obbligo".

Aufgrund dieser Auskunft lieferte das deutsche Unternehmen dem schweizerischen Besteller Waren im Wert von mehreren hunderttausend Franken. Wenig später fiel der Besteller in Konkurs. Der Lieferant klagte gegen die Bank auf Schadenersatz⁹.

5 BGE 102 II 85; vgl. auch BGE 101 Ib 252.

6 BGE 106 II 75.

7 A.a.O. 78; vgl. ferner BGE 114 II 376: Ein Landwirt mähte neben einer Eisenbahnlinie eine Wiese. Während des Mähens lösten sich zwei Messer des Kreiseljägers; eines dieser Messer durchtrennte die Fahrleitung der Eisenbahnlinie, und es kam zu einer erheblichen Störung des Betriebes. Das Bundesgericht lehnte eine Haftung ab. Die Schädigung sei keine Folge der Betriebsgefahr, weshalb sie nicht unter die Gefährdungshaftung in Art. 58 SVG falle. Eine Haftung aus Art. 41 OR kam mangels Verschulden ohnehin nicht in Betracht.

8 BGE 111 II 471; zahlreiche weitere Fälle aus der Rechtsprechung finden sich bei H. SCHÖNLE, La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexacts, FS Deschenaux, Freiburg 1977, 387 in FN 3. Hinsichtlich eines Falles, in welchem die unrichtige Auskunft auf einer Urkunde weitergegeben wurde, vgl. BGE 101 II 69: Ein Arbeitgeber stellt ein Zeugnis aus, welches gravierende Verfehlungen des Arbeitnehmers verschweigt. Der Arbeitnehmer lässt sich beim neuen Arbeitgeber wieder schwere Verfehlungen zuschulden kommen. Das Bundesgericht bejahte eine Schadenersatzpflicht des früheren Arbeitgebers. Siehe auch BGE 93 II 329, 339 f. betreffend ein unrichtig ausgestelltes Akkreditiv: Danach haftet der Akkreditiv-Aussteller für die geschaffene Gefahr, dass Dritte geschädigt werden könnten. Aus neuerer Zeit BGE 124 III 363, 368: unrichtige Bestätigung über Vermögenswerte durch einen Anwalt.

9 Ein ähnlicher Fall lag dem leading case des englischen House of Lords zugrunde, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, Appeal Cases 1964, 465: Auch in diesem Fall informierte sich der Kläger bei der Bank des (später in Konkurs gefallenen) Vertragspartners über dessen Kreditwürdigkeit. Die angefragte Bank gab folgende Auskunft: "Confidential. For your private use and without responsibility on the part of this bank or its officials ... Respectably constituted company, considered good for its ordinary business engagements. Your figures are larger than we are accustomed to see ..." Das House of Lords lehnte eine Haftung indessen ab, da die Auskunft ausdrücklich unter dem Vorbehalt "without responsibility" erteilt wurde; siehe auch hinten bei FN 29.

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass die Erteilung einer Auskunft, welche weder in Ausübung eines Gewerbes noch sonst gegen Entgelt gegeben wird, keine vertragliche Erfüllungshandlung, sondern allenfalls eine ausservertragliche Handlung darstelle. Dies gelte insbesondere auch für Bankauskünfte, die nicht gegenüber einem Bankkunden erteilt werden. Aber auch ausservertraglich kann die Erteilung einer Auskunft zur Haftung führen, wenn der Angefragte aufgrund seines *Fachwissens* in Anspruch genommen wird, er *leichtfertig* unrichtige Angaben macht bzw. wesentliche Tatsachen verschweigt und für ihn die *Bedeutung* der Auskunft für den Adressaten *erkennbar* ist¹⁰.

Eine falsche Auskunft lag auch dem folgenden Entscheid zugrunde: Ein Ehepaar, das Eigentümerin einer Lampe von Emile Gallé war, hatte sich an eine im Kunsthandel tätige Gesellschaft gewandt mit der Bitte, den Wert der Lampe zu schätzen. Infolge eines internen Kommunikationsfehlers nahm der Experte an, es handle sich um eine Serienlampe und schätzte die Lampe auf 8000 bis 12000 Fr. Aufgrund dieser Auskunft verkaufte das Ehepaar die Lampe an einen Dritten für 16500 Fr. Später stellte sich heraus, dass die Lampe eine Einzelausfertigung darstellte, der Wert mithin erheblich höher zu veranschlagen war. Das Ehepaar klagte gegen das Kunsthandelsunternehmen auf Schadenersatz. Das Bundesgericht hiess die Klage gut, indem es einen *konkludent abgeschlossenen Auskunftsvertrag* unterstellte, welcher durch die falsche Auskunft verletzt wurde¹¹.

3. Amtliche Informationstätigkeit

Sodann können auch amtliche Informationstätigkeiten Vermögenseinbussen zur Folge haben. Ein interessantes Beispiel ist der *Tschernobyl-Fall*. Aufgrund der nach dem Reaktorunfall auch in der Schweiz erhöhten Strahlenwerte veröffentlichten Bundesstellen Empfehlungen, die zum einen zu gründlichem Waschen des Blattgemüses rieten und zum anderen schwangeren oder stillenden Frauen sowie Kindern unter zwei Jahren nahelegten, auf den Konsum von Freilandprodukten zu verzichten. Diese Empfehlungen trugen dazu bei, dass der Konsum dieser Produkte erheblich zurückging. Ein Gemüseproduzent klagte aufgrund des Erwerbsausfalles gegen den Bund auf Schadenersatz. Das Bundesgericht hiess die Klage gut, musste aber die Haftung des Bundes für dessen Verlautbarungen nicht entscheiden. Statt dessen qualifizierte das Gericht die radioaktive Verstrahlung als Beeinträchtigung des Eigentums¹².

Ein ähnlicher Sachverhalt lag dem Bundesgericht kurze Zeit später im Zusammenhang mit der Listeriose-Affäre beim *Vacherin Mont d'Or* vor¹³. Die Bundesbehörden sahen sich wieder veranlasst, Verhaltensempfehlungen herauszugeben, diesmal aber hinsichtlich des Konsums von Weichkäse. Die Klage der Weichkäseproduzenten wegen des dadurch verursachten Verkaufsrückgangs auf Schadenersatz gegen den Bund wurde in diesem Fall durch das Bundesgericht nicht geschützt. Denn die Informationstätigkeit der Bundesbehörden sei nicht zu beanstanden, weshalb ihr Handeln kein Verhaltensunrecht darstellen könne¹⁴.

4. Vertrauenshaftung

Schliesslich hat das Bundesgericht in neuerer Zeit bei Haftungen wegen primärer Vermögensschädigungen wiederholt den Gedanken der Vertrauenshaftung herangezogen. Zu erwähnen ist namentlich die unlängst ergangene *Swissair-Entscheidung*¹⁵. Die Swissair als Muttergesellschaft eines Unternehmens, welches langjährige Nutzungsrechte für Ferienunterkünfte anbietet, wirbt für die Annahme von Vertragsofferten ihrer Tochtergesellschaft. Dadurch erweckt die Swissair den Anschein, hinter dem Projekt zu stehen. Als die Tochter in Konkurs geriet, stellte sich die Frage nach der Haftung der Muttergesellschaft. Das Bundesgericht hat eine Haftung bejaht. Massgeblicher Gesichtspunkt war, dass die werbemässig herausgestrichene Einbindung der Tochter in den Swissair-Konzern ein berechtigtes Vertrauen begründet habe, die Swissair als Muttergesellschaft verbürge sich für ein zuverlässiges und korrektes Geschäftsgebahren der Tochter.

Eine Vertrauenshaftung wurde auch in der Entscheidung betreffend den *Schweizerischen Amateurringerverband* bejaht¹⁶. Der Verband hatte gegenüber einem Sportler berechnete Hoffnung auf die Teilnahme an den Weltmeisterschaften geweckt. Der Sportler bereitete sich deshalb gewissenhaft auf diesen Anlass vor, durfte aber aufgrund der seltsamen Auswahlkriterien des Verbandes dann doch nicht an die Weltmeisterschaften. Der Sportler klagte gegen den Verband auf Schadenersatz. Das Bundesgericht bejahte den Anspruch, da der Verband das Vertrauen des Sportlers auf treuwidrige Weise verletzt habe.

5. Fazit

Insgesamt lässt sich feststellen, dass es dem Bundesgericht in denjenigen Fällen, in denen es eine Einstandspflicht des Schädigers für primäre Vermögensschädigungen für angebracht hielt, jeweils auch gelang, eine Begründung für die Haftung zu finden: sei es durch eine *Vertragsfiktion*, wie bei der Emile Gallé-Lampe; sei es durch den Verweis auf

10 BGE 111 II 474; bestätigt in BGE 116 II 695, 699; siehe auch BGE 124 III 363, 368 f. Weitergehend BGE 57 II 81, 86, betreffend die Haftung des Verwaltungsrates einer AG für einen Aktionär gegenüber auf private Anfrage hin erteilte unrichtige Auskunft über die finanzielle Lage der Gesellschaft.

11 BGE 112 II 347, 350 f.

12 BGE 116 II 480, 492. Gemäss Art. 2 I c Kernenergiehaftpflichtgesetz (KHG) ist der Schaden zu ersetzen, der als Folge behördlich empfohlener Massnahmen im Zusammenhang mit einer nuklearen Gefährdung eintritt; ausgenommen ist freilich der entgangene Gewinn. Liegt dagegen eine Widerrechtlichkeit vor, kann nach Art. 2 I a KHG der ganze Schaden geltend gemacht werden.

13 BGE 118 Ib 473.

14 BGE 118 Ib 477.

15 BGE 120 II 331.

16 BGE 121 III 350.

eine Norm, die angeblich zugunsten der Geschädigten erlassen wurde, wie zum Beispiel Art. 239 StGB bei den Kabelbruchfällen; sei es durch das Heranziehen einer *ungeschriebenen Norm*, wie namentlich bei den Fällen der falschen Auskunft; oder sei es aufgrund der *Vertrauenshaftung*, deren Rechtsnatur das Bundesgericht offengelassen hat, wie bei den Entscheidungen betreffend die Swissair und den Amateurringerverband. Nicht gelungen ist es dem Gericht dagegen, für diesen Bereich aussagekräftige Leitlinien oder Prinzipien zu entwickeln.

Wie einleitend bereits bemerkt, ist der Ersatz primärer Vermögensschädigungen kein genuin schweizerisches Haftpflichtrechtsproblem. Die entsprechende Fragestellung ist auch in anderen Rechtsordnungen kontrovers. Nachfolgend soll daher – in der gebotenen Kürze – erläutert werden, zu welchen Lösungen die deutschen und die angloamerikanischen Gerichte gelangten¹⁷.

C. Rechtsvergleichende Hinweise

1. Deutsche Rechtsprechung

Das *deutsche BGB* zählt in § 823 Abs. 1 BGB die geschützten Güter und Rechte auf¹⁸; das Vermögen gehört nicht dazu. Nach herrschender Auffassung besteht daher bei primären Vermögensschäden kein genereller deliktsrechtlicher Schutz¹⁹. Ein Anspruch besteht bloss bei Verletzung eines Schutzgesetzes²⁰ oder bei einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung²¹. Gleichwohl hat die BGH-Rechtsprechung den Schutz der Vermögensinteressen auf unterschiedlichen Wegen massgeblich erweitert²².

Zum einen entwickelte die deutsche Rechtsprechung ein sogenanntes Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb", welches eine beschränkte deliktische Generalklausel darstellt und dem Schutz der Grundlagen und des Freiheitsspielraumes der unternehmerischen Tätigkeit gilt²³.

Sodann wurde die *vertragsrechtliche Haftung* im Verlaufe der Zeit *erheblich ausgeweitet*: Zu erwähnen ist neben der Rechtsfigur der culpa in contrahendo vor allem die Konstruktion von faktischen Verträgen²⁴, konkludenten Auskunftsverträgen, gesetzlichen Sonderverbindungen, Verträgen mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter²⁵ oder gar einer Kombination dieser Konstruktionen etwa bei der culpa in contrahendo mit Schutzwirkung zugunsten Dritter²⁶. Die Rechtsprechung hat die Grenzen des vertragsrechtlichen Schutzes von Drittpersonen immer weiter gezogen, so dass die Kriterien des geschützten Personenkreises inzwischen bis zur Unkenntlichkeit verwischt sind²⁷.

Bedeutung dürfte schliesslich auch die Ausweitung des Anwendungsbereiches der sittenwidrigen Schädigung sein. Diese Bestimmung, die Art. 41 Abs. 2 OR entspricht, konnte für den deliktischen Vermögensschutz dadurch nutzbar gemacht werden, dass man die subjektiven Elemente der Vorschrift zunehmend reduzierte. So wird beispielsweise die Sittenwidrigkeit bei Gutachtertätigkeiten jeweiligen

bereits dann bejaht, wenn der Sachverständige angesichts der grossen Bedeutung seines Gutachtens nicht mit ganz

- 17 Für eine ausführlichere Darstellung vgl. die Beiträge in: Civil Liability for Pure Economic Loss, hrsg. von E. K. BANAKAS, London/The Hague/Boston 1996, von E. DEUTSCH, Der Ersatz reiner Vermögensschäden nach deutschem Recht, 55–71; von D. HOWARTH, Economic Loss in England: the Search for Coherence, 27–53; von G. T. SCHWARTZ, The Economic Loss Doctrine in American Tort Law: Assessing the Recent Experience, 103–130; von B. FELDTHUSEN, The Recovery of Pure Economic Loss in Canada: Proximity, Justice, Rationality and Chaos, 131–148; ferner J. HERBOTS, Le "duty of care" et le dommage purement financier en droit comparé, *Revue de droit international et de droit comparé* (62) 1985, 7–33; B. S. MARKESINIS, La politique jurisprudentielle et la réparation du préjudice économique en Angleterre: une approche comparative, *Revue internationale de droit comparé* (35) 1983, 31–50; I. SCHWENZER/M. MÜLLER-CHEN, Rechtsvergleichung, Tübingen 1996, 187 ff.; K. ZWIGERT/H. KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. A., Tübingen 1996, 615 ff.
- 18 Die Bestimmung lautet: "Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."
- 19 Siehe statt aller K. LARENZ/C.-W. CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. A., München 1994, 374 ff. und 405 f.; E. DEUTSCH, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. A., Köln u.a. 1995, 444 ff.; vgl. aber etwa CHR. v. BAR, Verkehrspflichten, Köln u.a. 1980, 204 ff.; G. BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht, Baden-Baden 1986, N 77; 445 ff.; K. HUBER, Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens, FS v. Caemmerer, Tübingen 1978, 359–388; H.-J. MERTENS, Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, *AcP* 1978, 227–262.
- 20 § 823 Abs. 2 BGB, wonach schadenersatzpflichtig ist, wer "gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstösst".
- 21 § 826 BGB, welcher Art. 41 Abs. 2 OR entspricht.
- 22 Vgl. MünchKomm/MERTENS § 823 BGB N 470 ff.
- 23 Vgl. K. LARENZ/C.-W. CANARIS (FN 19) 537 ff. m.w.N.
- 24 Diese in Deutschland entwickelte Theorie wurde in der deutschen Rechtsprechung bereits in den fünfziger Jahren aufgegeben; vgl. etwa PALANDT/HEINRICHS vor § 145 N 25 ff.
- 25 Grundlegend BGH NJW 1965, 1955, in welchem ein Anwalt die Aufnahme eines Testaments schuldhaft bis zum Versterben des Erblassers verzögerte; die beabsichtigte testamentarische Begünstigung der Klägerin wurde dadurch verunmöglicht; zu einem analogen englischen Fall vgl. *White v. Jones* in FN 81.
- 26 Vgl. den Leitsatz von BGHZ 66, 51: "Begleitet ein Kind seine Mutter zum Einkauf in einen Selbstbedienungsladen, so können ihm, wenn es dort zu Fall kommt, unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter Schadenersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss zustehen"; kritisch G. HOHLOCH, Vorvertragliche Haftung nach culpa-in-contrahendo-Grundsätzen auch zugunsten Dritter? *JuS* 1977, 302, 304 ff.; H.-J. MERTENS (FN 19) 237 f.
- 27 MünchKomm/MERTENS § 823 BGB N 472.

besonderer Sorgfalt vorgeht. Und für den Vorsatz genügt es, dass er damit rechnen muss, jemand werde aufgrund seines Gutachtens Vermögensdispositionen treffen. In der Kommentarliteratur findet man einen ganzen Katalog von Anwendungsfällen, welche von der unrichtigen Auskunftserteilung über die unlautere Inanspruchnahme staatlicher Verfahren bis zur Verleitung zum Vertragsbruch reichen.

2. Angloamerikanische Rechtsprechung

In den *angloamerikanischen Rechtsordnungen* war die Rechtslage bis Anfang der sechziger Jahre weitgehend einheitlich und klar: Für primäre Vermögensschäden bestand, mit wenigen begrenzten Ausnahmefällen, keine Haftpflicht²⁸. Im Jahre 1964 hat das englische *House of Lords* erstmals eine *Haftung für eine fahrlässig gemachte, unrichtige Angabe* im Grundsatz *bejaht*²⁹, im konkreten Fall die Einstandspflicht aber verneint (was insofern bemerkenswert ist, als dadurch die Anerkennung der Ersatzfähigkeit wegen falscher Auskünfte auf einem reinen obiter dictum beruht). In der Folge wurde sowohl in England als auch in Kanada, Australien und Neuseeland in verschiedenen Fällen Schadenersatz für reine Vermögensschäden zugesprochen³⁰.

Anfang der neunziger Jahre scheint jedoch im *House of Lords* ein Meinungsumschwung stattgefunden zu haben. Jedenfalls lehnen die neueren Entscheide den Ersatz eines "pure economic loss" regelmässig ab³¹. Bemerkenswerterweise weigerten sich die Gerichte in Kanada, Australien und Neuseeland, dem *House of Lords* zu folgen und zu der früheren Rechtsprechung zurückzukehren, welche primäre Vermögensschäden haftpflichtrechtlich diskriminierte³².

Weitaus die grösste Beachtung hat dabei eine Entscheidung des *kanadischen Supreme Court* aus dem Jahre 1992³³ gefunden. Dies aus einem doppelten Grunde: Zum einen wurde die *Ersatzfähigkeit primärer Vermögensschädigungen* – entgegen der kurz zuvor ergangenen Entscheidungen des *House of Lords* – im Grundsatz *bejaht*³⁴; zum anderen ist die (über hundert Seiten lange) Urteilsbegründung ein bemerkenswertes Beispiel der praktisch angewandten Rechtsvergleichung. Das Gericht erwähnt in seiner rechtsvergleichenden Umschau insgesamt 62 Entscheidungen aus fünf Rechtsordnungen und 32 Autoren, welche die Rechtslage in sieben verschiedenen Ländern schildern³⁵.

Der zu beurteilende Sachverhalt war der folgende: Eine Eisenbahnbrücke über einen Fluss im Westen Kanadas wurde durch ein Schiff erheblich beschädigt. Eine kanadische Eisenbahngesellschaft konnte infolgedessen während längerer Zeit die betreffende Strecke nicht benutzen und musste erhebliche Umwege in Kauf nehmen. Die Eisenbahngesellschaft ist zwar Eigentümerin der Geleiseanlagen samt dazugehörendem Land vor und nach der Brücke; die

war es bis in die fünfziger Jahre "virtually impossible for a party who was not in privity with the defendant to recover for negligently inflicted injuries that consisted solely of economic loss". Siehe auch die weitere in FN 2 zit. Literatur.

- 29 Es handelte sich um den in FN 9 zitierten Fall *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*: "A negligent, though honest, misrepresentation, spoken or written, may give rise to an action for damages for financial loss caused thereby, apart from any contract or fiduciary relationship, since the law will imply a duty of care when a party seeking information from a party possessed of a special skill trusts him to exercise due care, and that party knew or ought to have known that reliance was being placed on his skill and judgment. However, since here there was an express disclaimer of responsibility, no such duty was, in any event, implied" (466).
- 30 Vgl. die Hinweise bei R. BERNSTEIN, B. FELDTHUSEN und K. M. HOGG (zit. in FN 2). Am grosszügigsten scheint die Rechtsprechung in Neuseeland zu sein, vgl. R. TOBIN, *The Last Word on Building Negligence?*, *Invercargill City Council v. Hamlin*, *Torts Law Journal* (4) 1996, 13–23. In bezug auf das amerikanische Recht ist anzumerken, dass sich die Rechtslage in den einzelnen Bundesstaaten erheblich unterscheidet und einigermassen gesicherte Kriterien lediglich in bezug auf "negligent misrepresentation" entwickelt wurden; vgl. dazu etwa P. W. KEETON/D. B. DOBBS/R. E. KEETON/D. G. OWEN, *Prosser and Keeton on The Law of Torts*, 5. A., St. Paul 1984, 745 ff. Allgemein zur Problematik aus amerikanischer Sicht J. M. FEINMAN (FN 2); ferner CH. S. D'ANGELO, *The Economic Loss Doctrine: Saving Contract Warranty Law from Drowning in a Sea of Torts*, *University of Toledo Law Review* (26) 1995, 591–619, mit einer Zusammenstellung der massgebenden Entscheidungen in den einzelnen Bundesstaaten in 609 ff. Auffallend ist, dass zahlreiche Entscheidungen und Stellungnahmen in der Literatur die Haftungsverhältnisse im Zusammenhang mit mangelhaft ausgeführten Bauten bzw. Verzögerungen bei der Fertigstellung einer Baute betreffen. Ausführlich dazu *State by State Survey of the Economic Loss Doctrine in Construction Litigation*, hrsg. von der American Bar Association, Chicago 1996.
- 31 Vgl. namentlich *Caparo Industries Plc. v. Dickman*, *Appeal Cases* 1990/2, 605; *Murphy v. Brentwood District Council*, *Appeal Cases* 1991/1, 398; *Department of the Environment v. Thomas Bates and Son Ltd.*, *Appeal Cases* 1991/1, 499, 519.
- 32 Vgl. die Nachweise bei K. M. HOGG (FN 2), 122 ff.
- 33 *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd. et al.*, *Dominion Law Reports* 4th (91) 1991, 289. Siehe dazu C. F. STYCHIN, "Principled Flexibility": An Analysis of Relational Economic Loss in Negligence, *Anglo-American Law Review* (25) 1996, 318–340. Vgl. auch J. G. FLEMING, *Economic Loss in Canada*, *Tort Law Review* (1) 1993, 68, 74: "This case is undoubtedly of first class importance and destined to become the point of reference for other courts throughout the common law world."
- 34 Die Rechtslage ist aber keineswegs geklärt, da das siebenköpfige Richtergremium in drei Lager geteilt war: drei Richter lehnten die Haftung ab, drei Richter bejahten die Haftung für solche Sachverhalte, und ein Richter gab eine gesonderte Stellungnahme ab, in welcher er die Haftung zwar bejahte, aber gestützt auf Erwägungen, die von den anderen sechs Richtern abgelehnt wurden.
- 35 Gemäss der Zählung von B. S. MARKESINIS, *The German Law of Torts, A Comparative Introduction*, 3. A., Oxford 1994, 265.

28 K. M. HOGG (FN 2) 116 mit Nachweisen in FN 2. Für das amerikanische Recht siehe J. M. FEINMAN (FN 2) 28: Danach

Brücke selbst steht dagegen im Eigentum des Staates³⁶. Die Kosten für die Reparatur der Brücke wurden anstandslos ersetzt. Dagegen lehnte es die Schiffahrtsgesellschaft ab, den Schaden der Eisenbahngesellschaft zu ersetzen.

Das Gericht analysierte die Problematik aus verschiedenen Blickwinkeln. So wird etwa die vor allem im französischen Recht vorherrschende Auffassung erörtert, wonach die Frage der Entschädigungsfähigkeit primärer Vermögensschädigungen aufgrund von Kausalitätsüberlegungen zu entscheiden sei. Die Mehrheit der Richter lehnt diesen Ansatz jedoch – m.E. zu Recht – ab³⁷. Eingehend wird auch die Anwendbarkeit der "transferred loss theory", d.h. der Drittschadensliquidation, analysiert. Gemäss dieser Theorie könnte die Eisenbahngesellschaft Ersatz aus dem Grunde beanspruchen, weil sie den Schaden, aber keinen Anspruch hat, während der Staat als Eigentümer der Brücke einen Anspruch, aber keinen Schaden hat. Eine solche generelle Anerkennung der Drittschadensliquidation ist indes nach Auffassung des Gerichts – m.E. wiederum zu Recht – abzulehnen³⁸. Sodann wird das Vorliegen eines "joint" oder "common venture" geprüft. Selbst die restriktive englische Rechtsprechung gewährt Ersatz für primäre Vermögensschäden, wenn der Geschädigte und der Eigentümer einer beschädigten Sache ein Joint-Venture bildeten³⁹. Dieser letzte Gesichtspunkt scheint dann im konkreten Fall tatsächlich der entscheidende gewesen zu sein, was insofern erstaunlich ist, als der Nutzungsberechtigte und der Eigentümer einer Sache auch nach kanadischem Recht in aller Regel wohl nicht als Joint-Venture-Partner gelten, auch nicht, wenn sich der Eigentümer und der Nutzungsberechtigte über notwendig werdende Unterhaltsarbeiten abzusprechen pflegen, und ebenfalls nicht, wenn sich der Nutzungsberechtigte verpflichtet, gewisse Unterhaltsarbeiten auszuführen⁴⁰.

3. Fazit

Insgesamt lässt sich festhalten, dass sich die deutsche und die angloamerikanische Rechtsprechung weniger in den erzielten Ergebnissen als in den *Begründungen unterschieden*⁴¹. In Deutschland tendiert man – wohl infolge fehlender deliktischer Generalklausel⁴² – des öfteren dahin, eine Haftung aufgrund einer vertragsrechtlichen Konstruktion zu erreichen, während die angloamerikanischen Gerichte jeweils danach trachten, eine sog. "duty of care"⁴³ zu formulieren. Falls man überhaupt einen Punkt ausmachen kann, in dem sich die Auffassungen in den verschiedenen Rechtsordnungen zunehmend annähern, dann denjenigen, dass sich ein allgemeines Prinzip in bezug auf den Ersatz

drawing the line on the issue of liability" (387). Siehe aber die Minderheitsmeinung, wonach "the control mechanism against unlimited loss in the civil law lies not in the type of loss but in the factual determination of whether the loss is a direct, certain and immediate result of the negligence. It appears to have worked well in avoiding frivolous claims and the threat of unlimited liability" (363). Diese Einschätzung ist zu wohlwollend. Die französische Rechtsprechung hat im allgemeinen einen Ersatz für reine Vermögensschäden abgelehnt; seltsamerweise aber etwa im Falle der Tötung eines Fussballstars einen Anspruch des Fussballvereins bejaht, wogegen bei Verletzung eines Opernsängers der Anspruch des Opernhauses abgelehnt wurde; unerklärlich ist auch eine Entscheidung des französischen Cour de Cassation, die einer Transportunternehmung Ersatz für den Einnahmenausfall zubilligte, den das Unternehmen infolge eines durch einen Verkehrsunfall verursachten Verkehrsstaus erlitten hat; vgl. zum französischen Recht B. STARCK, *Droit civil – Responsabilité délictuelle*, 3. A., Paris 1988, N 130; CHR. L. DESCHAMPS, *La réparation du préjudice économique pur en droit français*, in: *Civil Liability for Pure Economic Loss*, hrsg. von E. K. BANAKAS, London/The Hague/Boston 1996, 89–101. In der Schweiz befürwortet E. A. KRAMER (FN 1) 134 das Heranziehen des Adäquanzkriteriums.

38 A.a.O. 331: "To extend recovery to everything that *could* be recovered by an owner would be impractical (...). True transferred loss cases involve a claim which is in essence a claim for property damage which the owner himself would have recovered, had the loss not fallen on the plaintiff because of their contract."

39 A.a.O. 332 und 376 m.N.

40 Siehe die überzeugende Kritik in der "dissenting opinion", a.a.O. 332.

41 Siehe auch die vergleichende Würdigung bei J. G. FLEMING, *Tort in a Contractual Matrix*, *Tort Law Review* (3) 1995, 12, 24, wonach sich die englischen Gerichte im Vertragsrecht durch die "privity rule" einschränken lassen. "Resort to tort is therefore seen as the only feasible avenue to the desired outcome, in much the same way as conversely German law has been forced into contract routines in order to escape the straitjacket of its outdated Code regime of tort. By contrast, American and Canadian courts have felt freer to choose between contract and tort without comparable doctrinal constraints"; siehe auch DERS., *Property Damage – Economic Loss: A Comparative View*, *Law Quarterly Review* (105) 1989, 508, 511.

42 Die rechtliche Anordnung in §§ 823 und 826 BGB, welche zwischen Verletzung von Rechten und Gütern, Verletzung von Schutzgesetzen und sittenwidriger Schädigung unterscheidet, wurde schon frühzeitig kritisiert; vgl. etwa O. v. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Bd. III, Schuldrecht, München/Leipzig 1917, 886. Siehe dazu auch hinten bei FN 64.

43 Zum Begriff "duty" vgl. etwa PROSSER and KEETON (FN 30) 356 ff., wonach die "duty" "is only an expression of the sum total of those considerations of policy which lead the law to say that the plaintiff is entitled to protection" (358); siehe auch Queen's Bench Division, *Nitirgin Eireann Teoranta v. Inco Alloys Ltd.*, *Weekly Law Reports* 1992/1, 498, 501: "To succeed in a claim in negligence, a plaintiff has to establish that the defendant owes him a duty of care and that there has been a breach of that duty causing actionable damage. The critical question is whether the scope of the duty of care in the circumstances of the case is such as to embrace damage of the kind which the plaintiff claims to have suffered."

36 Die Eisenbahngesellschaft hatte lediglich einen vertraglichen Anspruch, die Brücke zu nutzen, wobei der Vertrag einen Ersatzanspruch infolge eines Nutzungsunterbruchs ausdrücklich ausschloss.

37 A.a.O. 344 und 386 f.: "Proximity expresses a conclusion, a judgment, a result, rather than a principle (...) The concept of proximity is incapable of providing a principled basis for

primärer Vermögensschädigungen nicht formulieren lässt, die Suche nach einer *Einheitslösung* infolgedessen verfehlt ist⁴⁴.

D. Dogmatische Grundlagen

1. Die unterschiedlichen dogmatischen Konzepte

Nach der Umschau auf die Rechtsprechung in bezug auf primäre Vermögensschädigungen ist auf den dogmatischen Hintergrund einzugehen, welcher für Eingriffe in Vermögensinteressen massgebend ist. In der Schweiz lassen sich *drei Konzepte* unterscheiden; die ersten beiden betreffen die Definition der Widerrechtlichkeit, die dritte basiert auf einem vertragsähnlichen Ansatz:

- Gemäss der *herrschenden* und auf MERZ⁴⁵ zurückgehenden Doktrin ist widerrechtlich die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes (Erfolgsunrecht) oder der Verstoss gegen eine Schutznorm (Verhaltensunrecht). Diese Definition der Widerrechtlichkeit ist auch durch die Rechtsprechung anerkannt⁴⁶. Danach kann also die Schädigung fremder Vermögensinteressen für sich allein nicht widerrechtlich sein, da das Vermögen nicht zu den absolut geschützten Rechtsgütern zählt. Vermögensschädigungen ohne gleichzeitige Rechtsgutverletzungen sind nur dann rechtswidrig, "wenn sie auf ein Verhalten zurückgehen, das von der Rechtsordnung als solches, d.h. unabhängig von seiner Wirkung auf das Vermögen, verpönt wird", wobei "die verletzten Verhaltensnormen zum Schutz vor diesen Schädigungen dienen" müssen⁴⁷; d.h., es muss ein Verstoss gegen eine Schutznorm vorliegen.
- Eine *Mindermeinung* vertritt dagegen die Ansicht, jede Schädigung sei widerrechtlich⁴⁸. Das Korrektiv gegen eine Ausuferung der Haftpflicht wird in einem grosszügigen Ausbau der Rechtfertigungsgründe gesehen. Teilweise vertraut man auch darauf, dass die Ausuferungsgefahr mit den übrigen Haftungsvoraussetzungen, namentlich der Kausalität und dem Verschulden, gebannt werden kann bzw. dass sich dies mit Hilfe der Schadensbemessung gemäss Art. 43 und 44 OR erreichen lässt⁴⁹.
- Eine *neuere Auffassung* zur Bewältigung primärer Vermögensschädigungen basiert auf der Haftung für erwecktes, aber enttäushtes Vertrauen. Die sogenannte Vertrauenshaftung⁵⁰ setzt eine Sonderverbindung (bzw. ein gesetzliches Schuldverhältnis)⁵¹ zwischen Schädiger und Geschädigtem voraus und fristet – wie Bundesrichter WALTER bildhaft formuliert – "ihr unsicheres Dasein in zitternden Wogen zwischen Vertrag und Delikt"⁵². Dieser Ansatz beschränkt sich freilich von vornherein auf einen Teil der Fälle, da beispielsweise bei den Stromkabelfällen nicht von einem Vertrauensverhältnis bzw. einer Sonderverbindung die Rede sein kann.

2. Vertrauenshaftung als quasivertragliche Haftung

Die Vertrauenshaftung gründet auf einer sogenannten *Sonderbeziehung*, welche aber nicht von einem vertraglichen Konsens beherrscht wird. Wegen des Bezugs auf erwecktes und enttäushtes Vertrauen führe die Vertrauenshaftung gleichwohl aus dem Deliktsrecht hinaus und nehme quasivertragliche Gestalt an. Folgerichtig sei sie auch den vertragsrechtlichen Regeln zu unterstellen. Letztlich handle

- 44 Siehe dazu etwa R. BERNSTEIN (FN 2) 6: "Different policy considerations apply to different categories of cases"; vgl. ferner die Nachweise bei C. S. C. SELLER, *Pride and Precedent: Economic Loss – the Search for a New Bright Line*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 1995, 203–220.
- 45 Die Widerrechtlichkeit als Rechtsquellenproblem, ZBJV (91⁹⁶) 1955, 301, 309 ff., welcher auf die deutsche Lösung in § 823 BGB hinweist (a.a.O. 310).
- 46 Vgl. etwa BGE 119 II 127, 128 f.; 124 III 297, 300 f.; anders aber noch BGE 64 II 254, 259; 82 II 25, 28.
- 47 BGE 118 Ib 473, 476.
- 48 Siehe vor allem B. GABRIEL, *Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR*, Freiburg 1987; weitere Nachweise bei K. OETINGER/E. W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd. I, 5. A., Zürich 1995, § 4 FN 17.
- 49 Siehe E. A. KRAMER (FN 1) 132; zustimmend P. GAUCH/J. SWEET (FN 1) 137; auf die objektive Voraussehbarkeit des eingetretenen Schadens stellt auch F. WERRO, ZSR 1997 I (FN 1), 347, ab. Kritisch zum herrschenden Verständnis der Art. 43 und 44 OR V. ROBERTO, *Schadensrecht*, Basel 1997, 281 ff.
- 50 Siehe insbesondere H. P. WALTER, *Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages*, ZBJV 1996, 273–295; vgl. auch die vorne bei FN 15 und 16 erwähnten Entscheide betreffend die *Swissair*, BGE 120 II 331, 337: "Die Haftung aus Konzernvertrauen ... als Anwendungsfall der Vertrauenshaftung"; und betreffend den *Amateurringerverband*, BGE 121 III 350, 355: "...cette forme juridique consiste à imputer une responsabilité déduite des règles de la bonne foi à celui qui a créé une situation de confiance à laquelle une autre personne peut se fier et s'est du reste fiée en réalité". Siehe ferner BGE 124 III 363, 369. Die Vertrauenshaftung wurde in Deutschland entwickelt, vor allem durch C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971; DERS., *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, FS Larenz, München 1983, 27–110.
- 51 Dazu H. REY, *Rechtliche Sonderverbindung und Rechtsfortbildung*, FS Keller, Zürich 1989, 231–243; S. ABEGGLEN, *Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft*, Bern 1995, 147 ff.; W. WIEGAND, *Von der Obligation zum Schuldverhältnis*, recht 1997, 85–94; K. KUZMIC (FN 1) 145 ff.; M. MOSER (FN 1) 28 ff. und 102 ff.; grundlegend C.-W. CANARIS, *Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen*, *Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen*, JZ 1965, 475, 478 ff.
- 52 H. P. WALTER (FN 1) 277.

es sich bei der Vertrauenshaftung um eine Verallgemeinerung eines Gedankens, welcher bereits der Haftungsgrundlage der culpa in contrahendo zugrunde liege⁵³.

Die Einbettung der Vertrauenshaftung in die vertragsrechtliche Haftung ist indes nicht zwingend; gleiches gilt für die Haftung aus culpa in contrahendo, aus positiver Vertragsverletzung⁵⁴ oder aufgrund der Konstruktion des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter⁵⁵. Denn der *allgemeine Schutz der Rechtsgüter* gehört an sich in den *typischen Aufgabenbereich des Deliktsrechts*⁵⁶. Wenn man sich bei der Begründung einer expansiven Vertragshaftung auf die deutsche Rechtsentwicklung beruft, dann sollte dabei nicht übersehen werden, dass diese Entwicklung in Deutschland mit bestimmten Defiziten des deutschen Deliktsrechts zusammenhängt⁵⁷. Für die Schweiz gilt dagegen keineswegs als ausgemacht, dass der bloss beschränkte Schutz reiner Vermögensschäden positivrechtlich vorgegeben ist.

3. Definition der Widerrechtlichkeit als Problem

Die Frage, ob und inwieweit das Deliktsrecht für die Entschädigung primärer Vermögensschädigungen herangezogen werden kann, hängt letztlich von der Definition der Widerrechtlichkeit ab. Es kann hier nicht eingehend zu der Kontroverse zwischen der *erfolgsbezogenen* und der *verhaltensbezogenen* Widerrechtlichkeitstheorie Stellung genommen werden. Einige grundsätzliche Bemerkungen müssen genügen.

Wie bereits erwähnt, geht die vorherrschende Auffassung primär vom Erfolgsunrecht aus; bei Schädigungen des Vermögens wird dagegen ergänzend auf den Verstoß gegen eine Schutznorm abgestellt. Gegen die Einschränkung der Ersatzfähigkeit auf Verletzungen von Schutznormen werden in der Literatur zu Recht Bedenken angemeldet. Diese Vorgehensweise begründe eine "aleatorische" Rechtslage, da es vom reinen Zufall abhängt, ob für den konkreten Schadensfall eine passende Schutznorm zur Verfügung steht oder nicht⁵⁸.

Die Stellungnahmen in der Literatur vermitteln gelegentlich den Eindruck, die in der Schweiz vorherrschende Definition der Widerrechtlichkeit sei im Gesetz vorgegeben oder leuchte doch zumindest unmittelbar ein⁵⁹. Letzteres scheint eine gewagte Aussage zu sein, wenn man an die weit zurückreichende Diskussion um die zutreffende Definition der Widerrechtlichkeit denkt; und ersteres ist – zumindest de lege lata – ohnehin nicht zutreffend, wie ein kurzer Blick in die deliktische Generalklausel in Art. 41 Abs. 1 OR belegt. De lege ferenda schlägt indessen die Studienkommission zur Revision des Haftpflichtrechts vor, den Begriff der Widerrechtlichkeit folgendermassen zu definieren: "Rechtswidrig ist eine Schadenszufügung, die durch Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter oder durch Verletzung einer Schutznorm entsteht."⁶⁰

Eine solche Anerkennung des Erfolgsunrechts mit der Ergänzung der Schutznormverletzung entspricht dem deut-

schen § 823 BGB⁶¹. In Deutschland ist man jedoch keineswegs glücklich mit dieser Normierung. Dies belegt bereits der Umstand, dass man mit erheblichem Aufwand an juri-

- 53 In der Schweiz grundlegend BK/KRAMER, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR N 68, 142 ff., insbesondere 151: "Das Verhältnis zwischen Vertrauenshaftung und dem Rechtsinstitut der culpa in contrahendo (...) sollte demnach im Ansatz so gesehen werden, dass man die Vertrauenshaftung als Oberbegriff über die culpa in contrahendo (...) sowie anderen Tatbestände der Vertrauenshaftung sieht". Befürwortend aus neuerer Zeit M. MOSER (FN 1) 116 ff. und 138 ff.; P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. I, 7. A., Zürich 1998, 982m; kritisch K. KUZMICH (FN 1) 139 ff.; H. HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. A., Zürich 1996, § 4 N 22: "Wer den blossen sozialen Kontakt zum Haftpflichttatbestand macht, öffnet eine Büchse der Pandora mit zahllosen Haftungsfällen."
- 54 Vgl. die Differenzierung bei A. KOLLER, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP/PJA 1992 1483, 1489 ff.
- 55 Siehe dazu S. SIEGRIST, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1997.
- 56 Vgl. CHR. V. BAR, Vertragliche Schadenersatzpflichten ohne Vertrag, JuS 1982, 637–645; A. KOLLER (FN 54) 1490; H. HONSELL (FN 53) § 4 N 22.
- 57 Die Aufzählung der geschützten Rechte und Güter in § 823 Abs. 1 BGB lässt es nach herrschender Ansicht de lege lata nicht zu, dem Vermögen als solchem ebenfalls einen umfassenden Schutz zuzuerkennen; anderenfalls würde man im Ergebnis wieder zu einer "grossen" Generalklausel gelangen und damit den im BGB niedergelegten Gedanken eines differenzierenden Rechtsgüterschutzes unterlaufen; vgl. etwa K. LARENZ/C.-W. CANARIS (FN 19) 356; a.M. aber CHR. V. BAR (FN 19) 233 ff.; DERS. (FN 56) 643 ff.; G. BRÜGGEMEIER (FN 19) N 94 ff.; K. HUBER (FN 19) 377 ff.; H.-J. MERTENS (FN 19) 236 f., 251 ff.
- 58 P. GAUCH (FN 4) 232.
- 59 Vgl. etwa K. OFTINGER/E. W. STARK (FN 48) § 4 N 21 f.; vgl. auch die Ausführungen bei BK/BREHM Art. 41 OR N 33a ff., 36, 48b f.
- 60 These 52–2, abgedruckt in AJP/PJA 1992 1099; gemäss Art. 13 Abs. 2 des Vorentwurfes, abgedruckt in ZSR 1997 I 413, soll neben der Verletzung einer Norm auch der Verstoß gegen Treu und Glauben oder gegen eine vertragliche Pflicht widerrechtlich sein, vgl. dazu P. GAUCH, Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung, ZSR (116) 1997 II, 315, 318 f. und 338 f. Dagegen soll gemäss der Kommission auf eine besondere Bestimmung über die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden verzichtet werden. Im Entwurf ist dann freilich in Art. 6 Abs. 2 vorgesehen: "Der Vermögensschaden umfasst die in den nachfolgenden Artikeln 7 bis 10 aufgeführten Kategorien sowie den reinen Vermögensschaden". Diese Bestimmung ist schwer verständlich. Als Definition des Schadens ist sie überflüssig; denn dass der Vermögensschaden den reinen Vermögensschaden mit umfasst, bedarf wohl keiner expliziten Erwähnung. Wollte man die Frage der Haftung für "reine" Vermögensschäden regeln, gehört die Bestimmung nicht zum Schaden, sondern zur Widerrechtlichkeit.
- 61 Siehe vorne FN 18.

stischer Argumentation und einem mühsamen Prozess richterrechtlicher Rechtsfortbildung versucht, die gesetzliche Systematik aufzubrechen und § 823 BGB im Ergebnis in eine deliktische Generalklausel umzuinterpretieren. Es sind daher durchaus Zweifel angebracht, wenn die herrschende Auffassung in der Schweiz gerade den umgekehrten Weg beschreitet und in die Generalklausel des Art. 41 Abs. 1 OR einen erfolgsbezogenen Deliktstatbestand nach dem Vorbild des § 823 Abs. 1 BGB hineinliest. Dieser Vorbehalt ist auch und vor allem gegenüber der Empfehlung der Studienkommission zur Revision des Haftpflichtrechts anzubringen, welche die herrschende Definition der Widerrechtlichkeit kurzerhand als geltendes Recht behandelt, welches es nunmehr in Gesetzesform zu bringen gelte.

Der "Erfolg", d.h. die Verletzung eines Rechtsgutes an sich, sollte nicht mit der Widerrechtlichkeit gleichgesetzt werden. An sich weist auch der Bericht der Studienkommission für die Revision des Haftpflichtrechts zutreffend darauf hin, dass eine solche Gleichsetzung zumindest im Rahmen der Persönlichkeitsverletzungen problematisch ist. Denn die Persönlichkeit zähle zwar zu den absolut geschützten Rechtsgütern; der Eingriff sei daher gemäss der Lehre vom Erfolgsunrecht rechtswidrig. Doch lasse sich das Rechtsgut "Persönlichkeit" nicht präzise definieren, weshalb die Abgrenzung des Schutzbereichs im Einzelfall jeweils auf die Umschreibung einer Schutznorm hinauslaufe⁶².

Entgegen der Ansicht der Studienkommission gilt dies nicht bloss hinsichtlich einiger Spezialfälle, wie beispielsweise der Persönlichkeit, sondern ganz allgemein: Widerrechtlich kann nur ein Verstoß gegen eine Verhaltensnorm sein; *Rechtswidrigkeit ist mithin gleichzusetzen mit Pflichtwidrigkeit*⁶³. Bezeichnenderweise hat man auch im deutschen Recht, trotz des angeblich gesetzlich vorgeschriebenen Erfolgsunrechts, einen umfangreichen Katalog sogenannter Verkehrspflichten zum Schutze der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter entwickelt. Die im Zusammenhang mit primären Vermögensschädigungen entscheidende und in Deutschland heftig umstrittene Frage ist, ob es solche Verkehrspflichten nur in bezug auf absolut geschützte Rechtsgüter oder auch zum Schutz fremden Vermögens geben kann⁶⁴.

Die deutsche Kontroverse erklärt sich aus der Eigenart des dortigen Deliktsrechts. Dem Vorschlag in der neueren deutschen Lehre, Verkehrspflichten zum Schutz primärer Vermögensschädigungen anzuerkennen, wird in erster Linie vorgeworfen, die gesetzgeberische Entscheidung gegen einen allgemeinen Deliktstatbestand zu missachten. Anders als das deutsche BGB enthält aber das schweizerische Obligationenrecht in Art. 41 Abs. 1 eine deliktsrechtliche Generalklausel. Die Anerkennung von Schutzpflichten in bezug auf das Vermögen Dritter setzt sich infolgedessen nicht dem Vorwurf der "Rechtsfortbildung contra legem" aus⁶⁵. Auch in sachlicher Hinsicht ist nicht einzusehen, weshalb bloss Verhaltenspflichten zum Schutze der physischen Integrität von Personen und Sachen, nicht auch solche zum Schutze von Vermögensinteressen anerkannt werden sollen.

E. Verhaltenspflichten zum Schutz fremder Vermögensinteressen

1. Vorbemerkungen

Nach der hier vertretenen Auffassung sollte also der Ersatz primärer Vermögensschädigungen nicht auf die in der Rechtsordnung angeblich niedergelegten Schutznormen beschränkt sein; vielmehr sollten – im Interesse der Methodenehrlichkeit – *Fallgruppen* gebildet und konkretisiert werden, in welchen Verhaltenspflichten (oder nach deutscher Terminologie: Verkehrspflichten) zum Schutze fremder Vermögensinteressen sachgerecht und wünschbar erscheinen. Diese Auffassung entspricht auch der im angloamerikanischen Recht zunehmend anerkannten Vorgehensweise⁶⁶.

62 Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, hrsg. vom Bundesamt für Justiz, Bern 1991, 41.

63 Vgl. V. ROBERTO (FN 49) 91 f.; F. WERRO, Tort Liability (FN 1) 190; I. SCHWENZER/B. SCHÖNENBERGER (FN 1) 378 ff.; H. HONSELL (FN 53) § 6 N 21, welcher befürchtet, dass diese Auffassung "obwohl sachlich richtig, ... angesichts des Beharrungsvermögens der überkommenen Dogmen und der Unbeweglichkeit von herrschenden Lehren kaum eine Chance (hat), sich durchzusetzen".

64 Letzteres wird namentlich befürwortet von CHR. V. BAR (FN 19) 204 ff.; G. BRÜGGEMEIER (FN 19) N 77 und 445 ff.; K. HUBER (FN 19) 377 ff.; H.-J. MERTENS (FN 19) 251 ff.; a.M. die herrschende Lehre und Rechtsprechung, siehe namentlich die Ausführungen bei H. STOLL, Richterliche Fortbildung und gesetzliche Überarbeitung des Deliktsrechts, Heidelberg 1984, 42 ff.; M. BÖRGERS, Von den "Wandlungen" zur "Restrukturierung" des Deliktsrechts?, Berlin 1993, 30, spricht diesbezüglich von der "Gretchenfrage der aktuellen theoretischen Diskussion des ausservertraglichen Haftungsrechts".

65 Für Deutschland vgl. dagegen etwa M. BÖRGERS (FN 64) 22 ff.

66 Vgl. insbesondere High Court of Australia, *Sutherland Shire Council v. Heyman*, Australian Law Reports (60) 1985, 1, 43 f.: "It is preferable, in my view, that the law should develop novel categories of negligence incrementally and by analogy with established categories, rather than by a massive extension of a prima facie duty of care restrained only by indefinable 'considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed'." Siehe auch die Zustimmung des House of Lords in *Caparo Industries Plc. v. Dickman* (zit. in FN 31) 618, 633, sowie die Erläuterung in 628, wonach "it has now to be accepted that there is no simple formula or touchstone to which recourse can be had in order to provide in every case a ready answer to the questions whether, given certain facts, the law will or will not impose liability ... If this conclusion involves a return to the traditional categorisation of cases as pointing to the existence and scope of any duty of care ... I think this is infinitely preferable to recourse to somewhat wide generalisations which leave their practical

Das Bilden von Fallgruppen, in welchen primäre Vermögensschädigungen zu ersetzen sind, ist schon deshalb notwendig, weil in bezug auf die verschiedenen Sachverhalte nicht die gleichen Regeln gelten. So können etwa auf die Fälle der unrichtigen Auskunft, in welchen das Vertrauenselement des Adressaten im Vordergrund steht, nicht dieselben Kriterien zur Anwendung gelangen wie beispielsweise bei den Kabelbruchfällen. Es ist Aufgabe der Lehre, die Rechtsprechung beim Auffinden und bei der Umschreibung der verschiedenen Fallgruppen zu unterstützen⁶⁷.

In der Schweiz findet sich ein Vorschlag zur Bildung entsprechender Sachverhaltsgruppen bei M. KELLER⁶⁸. Er bezeichnet als eigenständige Falltypen etwa die unrichtige Auskunft oder Raterteilung sowie das Inverkehrbringen von unrichtigen Urkunden oder anderen Schriftstücken. Ferner erwähnt er die culpa in contrahendo und die Einleitung von ungerechtfertigten prozessualen und verwaltungsrechtlichen Verfahren. Ein Vorbehalt ist dagegen gegenüber dem Vorschlag von KELLER anzubringen, Treu und Glauben als sogenannte Grundschnitznorm heranzuziehen⁶⁹. Denn das Deliktsrecht regelt typischerweise Sachverhalte, in denen sich Schädiger und Geschädigter vor dem Schadensfall als *weder durch Treuepflicht noch durch "Glauben" verbundene Fremde* gegenüberstehen.

Nachfolgend soll in Anlehnung an die im angloamerikanischen Schrifttum vorgeschlagenen Gruppierungen auf einige Fallgruppen kurz eingegangen werden.

2. Falsche Auskünfte

Die in allen Rechtsordnungen meist diskutierte Fallgruppe, die auch die Gerichte am öftesten beschäftigt, betrifft die falsche Auskunft⁷⁰. In diese Kategorie gehört auch das Inverkehrbringen von unrichtigen Urkunden. Zu dieser Fallgruppe, der sog. negligent misrepresentation, besteht namentlich im amerikanischen Recht eine umfangreiche und weit zurückreichende Rechtsprechung⁷¹.

Nicht jede unrichtige Auskunft oder Angabe kann freilich eine Haftung begründen. Bei der Frage, wie man die Angaben, welche eine Haftpflicht auslösen können, abgrenzen soll, hat man ursprünglich auf eine "special relationship"⁷², eine rechtlich bedeutsame *Sonderverbindung* zwischen Schädiger und Geschädigtem, abgestellt. Es handelt sich dabei aber um einen weitgehend *inhaltsleeren Begriff*; entscheidend ist, welche Faktoren eine solche Sonderverbindung begründen.

Wie bereits erwähnt, hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung folgende Kriterien entwickelt: (i) der Angefragte wurde aufgrund seines Fachwissens in Anspruch genommen, (ii) er macht leichtfertig unrichtige Angaben bzw. verschweigt wesentliche Tatsachen, und (iii) für den Angefragten ist die Bedeutung der Auskunft für den Adressaten erkennbar⁷³. Entsprechend der angloamerikanischen Rechtsprechung⁷⁴ sollte zusätzlich noch erforderlich sein, dass (iv) der Angefragte aufgrund seiner Stellung oder seines Fachwissens die Verantwortung für die gemachten Angaben

application matters of difficulty and uncertainty." Ebenso R. S. CHAMBERS, *Economic Loss*, in: *Essays on Torts*, hrsg. von P. D. FINN, Sydney 1989, 43, 70: "It is not possible – indeed probably not desirable – to try to formulate a general rule which would hold good for all cases of economic loss."

67 Siehe auch den Versuch des Supreme Court of California in *Biakanja v. Irving*, Pacific Reporter 2d (320) 1958, 16, 19, einige Faktoren zu formulieren, die bei dieser Fragestellung zu beachten sind, etwa "the extent to which the transaction was intended to affect the plaintiff, the foreseeability of harm to him, the degree of certainty that the plaintiff suffered injury, the closeness of the connection between the defendant's conduct and the injury suffered, the moral blame attached to the defendant's conduct and the injury suffered, the moral blame attached to the defendant's conduct, and the policy of preventing future harm."

68 Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?, recht 1987, 136 f.; ferner M. KELLER/S. GABI, *Haftpflichtrecht*, 2. A., Basel 1988, 40 f. Siehe auch den Vorschlag von B. FELDTHUSEN (FN 2) 21 ff., welcher aufgrund der Rechtsprechung im angloamerikanischen Recht fünf Gruppen unterscheidet; siehe auch den erweiterten Vorschlag bei R. S. CHAMBERS (FN 66) 54 ff. Für eine Analyse, in welchen Fällen der Schutz durch das Vertragsrecht gewährleistet werden soll, vgl. etwa J. HOLYOAK/F. MAZZOCCHETTI, *The Legal Protection of Economic Interests*, Tort Law Review(1) 1993, 185–196.

69 KELLER a.a.O.; ihm folgend W. FISCHER (FN 1) 25 ff.; ZK/BAUMANN, Art. 2 ZGB N 24; siehe auch H. REY, *Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung*, FS Keller, Zürich 1989, 231–243; kritisch W. FELLMANN, *Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht?*, recht 1997, 95, 106.

70 Vgl. etwa ZK/BAUMANN, Art. 2 ZGB N 109 ff.; BK/FELLMANN, Art. 394 OR N 205 ff.; für Deutschland vgl. etwa H. HONSELL, *Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten*, JuS 1976, 621–629.

71 Zu den "leading cases" zählen nach wie vor Court of Appeals of New York, *Glanzer v. Shepard*, North Eastern Reporter (135) 1922, 275; Court of Appeals of New York, *Ultramares Corp. v. Touche*, North Eastern Reporter (174) 1931, 441; vgl. auch die Formulierung in § 552 Restatement (Second) of Torts: "(1) One who, in the course of his business, profession or employment, or in any other transaction in which he has pecuniary interest, supplies false information for the guidance of others in their business transactions, is subject to liability for pecuniary loss caused to them by their justifiable reliance upon the information, if he fails to exercise reasonable care or competence in obtaining or communicating the information. (2) ... the liability ... is limited to loss suffered (a) by the person or one of a limited group of persons for whose benefit and guidance he intends to supply the information or knows that the recipient intends to supply it; and (b) through reliance upon it in a transaction that he intends the information to influence or knows that the recipient so intends or in a substantially similar transaction".

72 Vgl. etwa das House of Lords in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.* (zit. in FN 9) 474.

73 BGE 111 II 474; bestätigt in BGE 116 II 695, 699.

74 Siehe die zahlreichen Nachweise auf die amerikanische Rechtsprechung bei PROSSER und KEETON (FN 30) 745 ff.; allgemein zur angloamerikanischen Rechtsprechung B. FELDTHUSEN (FN 2) 43 ff.

übernommen hat⁷⁵ und (v) der Adressat berechtigterweise auf die Angaben hat vertrauen und die vorgekehrten Dispositionen treffen dürfen⁷⁶.

3. Mangelhafte Erbringung einer Dienstleistung

In der angloamerikanischen Doktrin erwähnt man sodann als weitere Fallgruppe die mangelhafte Erbringung einer Dienstleistung. Anvisiert sind in erster Linie die Anwälte⁷⁷ sowie die Buchhalter und Revisoren⁷⁸. Überdies werden als weitere Untergruppierungen etwa erwähnt die Liegenschaftshändler und Liegenschaftsschätzer, die Banken und andere Finanzinstitute, die Versicherungsagenten sowie die Sachverständigen⁷⁹.

Vorweg sei bemerkt, dass sich zahlreiche dieser Fälle auch unter die Haftung für falsche Auskunft subsumieren liessen. Bei den übrigen Fällen liegt das Problem oftmals darin, dass es sich um unentgeltliche Dienstleistungen handelt, so dass eine vertragliche Einstandspflicht im "common law" mangels "consideration" nicht in Frage kommt⁸⁰. Bei den Gerichten des Commonwealth kommt hinzu, dass sie den Vertrag zugunsten Dritter nicht anerkennen, die begünstigten Drittpersonen infolgedessen auf einen deliktischen Anspruch angewiesen sind. Schliesslich beziehen sich manche der von den angloamerikanischen Gerichten entschiedenen Fälle auf Sachverhalte, in denen ein Auftraggeber geschädigt ist, aber nur der Beauftragte einen vertraglichen Anspruch gegen den Drittschädiger geltend machen kann. In der Schweiz könnte dem Auftraggeber in solchen Fällen auf der Grundlage von Art. 401 Abs. 1 OR geholfen werden.

Ein interessanter Fall, welcher sich nicht unter die Kategorie der falschen Auskünfte subsumieren lässt und auch nicht eine unentgeltliche Vertragsleistung betrifft, ist die *fehlerhafte Erstellung eines Testaments*. In der angloamerikanischen Rechtsprechung liegen mehrere Entscheidungen vor, in denen infolge eines Fehlers eines Anwaltes ein Testament nicht oder nicht gültig aufgesetzt wurde, wodurch eine im Testament begünstigte Person leer ausging⁸¹. Die unrichtige Aufsetzung des Testaments bzw. die fehlerhafte Beratung stellt zwar eine Vertragsverletzung gegenüber dem Erblasser dar. Doch der Nachlass erleidet zum einen

78 Siehe etwa die in FN 31 erwähnte Entscheidung des House of Lords in *Caparo Industries Plc. v. Dickman* betreffend die Haftung der Revisoren gegenüber Übernahmeaktionären. Zweck der Revision sei es, die Aktionäre bei der Wahrung ihrer Interessen in den Generalversammlungen zu helfen, nicht aber "to assist shareholders in the making of decisions as to future investment in the company ... even when the affairs of the company were known to be such as to render it susceptible to an attempted take-over, the auditors had not owed any duty of care to the plaintiffs in respect of their purchase of F. Plc.'s shares" (606); ein analoger Fall lag auch der in FN 71 erwähnten Entscheidung *Ultramares Corp. v. Touche* zugrunde. Allgemein zur Haftung der Revisoren A. CORBETT, *The Rationale for the Recovery of Economic Loss in Negligence and the Problem of Auditors' Liability*, Melbourne University Law Review (19) 1994, 814–867.

79 Vgl. die eingehenden Erläuterungen bei J. M. FEINMAN (FN 2) 211 ff. und R. BERNSTEIN (FN 2) 406 ff. Auch der in FN 71 erwähnte Entscheid *Glanzer v. Shepard* liesse sich unter diese Gruppe subsumieren. Der Kläger hatte in Säcke abgefüllte Bohnen gekauft, welche der Verkäufer beim Beklagen hatte wägen lassen. Später stellte sich heraus, dass die Gewichtsangabe unrichtig gewesen war. Der bekannte Richter Cardozo erwähnte, dass man die Haftung auch aufgrund eines Vertrages zugunsten Dritter begründen könnte. Er bevorzugte indes "to reach the goal more simply. The defendants, acting, not casually nor as mere servants, but in the pursuit of an independent calling weighed and certified at the order of one with the very end and aim of shaping the conduct of another. Diligence was owing, not only to him who ordered, but to him also who relied" (aaO. 277). In neuerer Zeit haben sich skeptische Stimmen zu dieser "commercial malpractice"-Haftung zu Wort gemeldet; siehe etwa T. J. CUNNINGHAM, *Orphans of the Economic Loss Doctrine: Tort Liability of Information Providers and Preclusion of Comparative Negligence*, DePaul Business Law Journal (8) 1995, 41, 74, welcher namentlich darauf hinweist, dass "companies and businesses that are not financially sound will find it difficult to obtain the services of respected accountants and appraisers, who will be reluctant to incur the significantly increased risk of liability posed by the rationale of these cases. Indeed, there is already some evidence of this" (73 f.).

80 Vgl. B. FELDTHUSEN (FN 2) 134 ff.

81 Vgl. den englischen Grundsatzentscheid *Ross v. Caunters*, Chancery Division 1980, 297; ferner House of Lords, *White v. Jones*, Appeal Cases 1995/2, 207, in welchem der Anwalt beauftragt wurde, ein neues Testament aufzusetzen; die Angelegenheit blieb indes einige Wochen liegen, und knappe zwei Monate nach Auftragserteilung verstarb der Auftraggeber. "Instructions to prepare a will are different from other instructions to a solicitor. The failure to carry them out properly results in the client's purpose being thwarted but leaves the client's estate with no effective remedy. There is good reason why the solicitor should be liable to a third party in this very special situation" (224); für einen entsprechenden kanadischen Fall British Columbia Supreme Court, *Whittingham v. Crease & Co.*, Dominion Law Reports 3d (88) 1979, 353; für die Vereinigten Staaten siehe bereits Supreme Court of California, *Biakanja v. Irving*, Pacific Reporter 2d (320) 1958, 16; für Deutschland vgl. die in FN 25 zitierte Entscheidung BGH NJW 1965, 1955, in welcher das Gericht den Schutzbereich des Vertragsverhältnisses auf den Begünstigten erstreckte und infolgedessen einen vertraglichen Anspruch anerkannte.

75 Im Regelfall dürfte es an einer solchen Übernahme der Verantwortung dann fehlen, wenn die Auskunft unter einem entsprechenden ausdrücklichen Vorbehalt gegeben wird.

76 Dazu gehört, dass die aufgrund der erhaltenen Auskunft getroffenen Dispositionen sich in einem vernünftigen und gerechtfertigten Rahmen bewegen. Oder wie PROSSER and KEETON (FN 30) 753 formulieren: "The party deceived must not only be justified in his belief that the representation is true, but he must also be justified in taking action on that basis."

77 Vgl. etwa die Analyse der Rechtsprechung bei J. L. DWYER, *Solicitors' Duties in Tort to Persons other than their Clients*, Tort Law Review (2) 1994, 29–59.

keinen Schaden, und zum anderen dürfte den durch das Missgeschick des Anwaltes begünstigten gesetzlichen Erben nichts ferner liegen, als eine Klage gegen den Anwalt anzustrengen. Gleichwohl weckt die Zusprechung eines Ersatzanspruches Zweifel, kann dies doch im Ergebnis zu einer doppelten Ausrichtung der Erbschaft führen⁸².

Ob neben solchen speziellen Sachverhalten die Notwendigkeit einer weitergehenden ausservertraglichen Haftung für fehlerhafte Dienstleistungen besteht, mag dahingestellt bleiben. Es darf in diesem Zusammenhang aber darauf hingewiesen werden, dass auch nach der vor einigen Jahren diskutierten Richtlinie zur Einführung einer Dienstleistungshaftung in der EU nur Körper- und Sachschäden ersatzpflichtig machen sollten.

4. Fehlerhafte Produkte

Erhebliche Aufmerksamkeit haben in den angloamerikanischen Rechtsordnungen jene Fälle gefunden, in welchen ein fehlerhaftes Produkt hergestellt und auf den Markt gebracht bzw. ein mangelhaftes Bauwerk erstellt wird, wodurch jemand, der nicht in einer vertraglichen Beziehung zu dem Hersteller steht, eine Beeinträchtigung seiner Vermögensinteressen erleidet. In neuerer Zeit haben aber obere Gerichte – m.E. zu Recht – die Entschädigung für solche Schäden wieder in ihr angestammtes Gebiet, nämlich die Vertragshaftung, zurückgeführt. So hat z.B. der amerikanische Supreme Court ausgeführt, dass die infolge eines fehlerhaften Produktes notwendig gewordenen Reparaturkosten, der Minderwert der Sache und der erlittene Gewinnausfall in den *Aufgabenbereich des Vertragsrechts* gehören⁸³.

5. Reflektorische Vermögensschädigungen

Die Vermögensschädigung, die jemand erleidet, weil der Haftpflichtige nicht ihm, sondern einer Drittperson einen Personen- oder Sachschaden zugefügt hat, gehört zu denjenigen Fällen, die man als "Reflexschäden" zu bezeichnen pflegt⁸⁴: In der Literatur wird in neuerer Zeit Kritik am Begriff des "Reflexschadens" geübt, da kein Grund bestehe, diesen anders zu behandeln als irgendeine andere Schädigung. Der Verursacher hafte dem Reflexgeschädigten, sofern die Voraussetzungen der Haftpflicht, namentlich das Erfordernis der Widerrechtlichkeit, vorliegen⁸⁵. Dem ist an sich zuzustimmen, nur wird damit die eigentliche Frage übergangen: Soll C einen Ersatzanspruch gegen A haben, wenn A den B widerrechtlich geschädigt hat und diese Schädigung Ursache für den bei C eingetretenen Vermögensschaden ist? Die klassischen Beispiele bilden die bereits erwähnten Kabelbruchfälle.

Das schweizerische Bundesgericht hat, wie bereits erwähnt, bei Kabelbrüchen eine Entschädigung wiederholt gewährt. Begründet wurde dies mit Art. 239 StGB, welcher die Störung eines Versorgungsbetriebs unter Strafe stellt. In Deutschland und in den angloamerikanischen Rechtsordnungen hat man dagegen eine Haftung bei den Kabelbruchfällen abgelehnt⁸⁶. Diese Auffassung verdient m.E.

den Vorzug. Denn in dogmatischer Hinsicht vermag die Uminterpretation des Art. 239 StGB in eine Schutznorm für Betriebe, denen die Stromzufuhr abgeschnitten wird, nicht zu überzeugen. Aber auch sachlich ist keine besondere Schutzwürdigkeit für die in der Regel ohnehin nur wenige Stunden dauernden Stromunterbrüche erkennbar. Vielmehr sollten solche Unterbrüche dem *normalen Lebensrisiko* zugeschlagen werden; dies nicht bloss bei den Kabelbruchfällen, sondern grundsätzlich bei allen reflektorischen Vermögensschädigungen⁸⁷.

- 82 G. KEGEL, Die lachenden Doppelerben: Erbfolge beim Versagen von Urkundspersonen, FS Flume I, Köln 1978, 545–558.
- 83 US Supreme Court, *East River Steamship Corp. et al. v. Transamerica Delaval Inc.*, United States Report (476) 1986, 858, 870: "Even when the harm to the product itself occurs through an abrupt, accident-like event, the resulting loss due to repair costs, decreased value, and lost profits is essentially the failure of the purchaser to receive the benefit of its bargain – traditionally the core concern of contract law." Ebenso das englische House of Lords, in *D&F Estates Ltd. v. Church Commissioners for England*, Appeal Cases 1989, 177, insbesondere 206 ff., sowie in *Murphy v. Brentwood District Council* (zit. in FN 31). Anders aber etwa die Rechtsprechung in Australien, vgl. High Court of Australia, *Bryan v. Maloney*, Australian Law Reports (128) 1995, 163, und die Besprechung bei P. CLIFFORD/C. SHARP, Negligence, Duty, Economic Loss and Policy, Tort Law Review (3) 1995, 173–177.
- 84 Zum Begriff Reflexschaden vgl. E. A. KRAMER 132 (FN 1) FN 26.
- 85 Vgl. K. OFTINGER/E. W. STARK (FN 48) § 2 N 73 ff.; P. GAUCH (FN 4) 227; W. FELLMANN, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, AJP/PJA 1995, 878, 885.
- 86 Für Deutschland siehe etwa BGHZ 29, 65 = NJW 1959, 479; BGHZ 66, 388 = NJW 1976, 1740; K. LARENZ/C.-W. CANARIS (FN 19) 390 f.; für England Court of Appeal, *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co.*, Queen's Bench Division 1973/1, 27; weitere Nachweise bei B. FELDTHUSEN (FN 2) 235 ff.; bekannteste Ausnahme ist die australische Entscheidung High Court of Australia, *Istex Oil (Aust) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"*, Australian Law Reports (11) 1976, 227, welche die Beschädigung einer Ölleitung betraf. Allgemein zu den Reflexschäden in der Rechtsprechung in Australien, England, Kanada und Neuseeland K. HOGG, Relational Loss, the Exclusionary Rule and the High Court of Australia, Tort Law Review (3) 1995, 26–55.
- 87 Zu diesem Schluss kommt für das angloamerikanische Recht auch B. FELDTHUSEN (FN 2) 269, welcher sich wohl wie kein zweiter mit der Problematik seit Jahren beschäftigt: "In the large residual category of cases the exclusionary rule, which can be applied with certainty, is an effective limiting formula which minimizes social cost without producing great hardship"; ebenso R. BERNSTEIN (FN 2) 178: "While it is easy to criticise the exclusionary rule as excluding recovery by innocent plaintiffs who have suffered losses as a result of a defendant's negligence, it must be appreciated that, whichever other alternative theory, or test, is applied, recovery will still be denied to the vast majority of relational economic loss sufferers." Auch aus ökonomischer Sicht sei ein Ersatz im Regelfall abzulehnen, siehe B. FELDTHUSEN/J. PALMER, Economic Loss and the Supreme Court of Canada: An Economic

Ob man von dieser Regel für bestimmte Sachverhaltskonstellationen Ausnahmen machen soll, etwa entsprechend der angloamerikanischen Rechtsprechung bei Vorliegen eines Joint-Ventures zwischen dem geschädigten Eigentümer und dem in seinem Vermögen Geschädigten, wäre zu prüfen. Bei der Analyse müsste ohnehin der Zusammenhang mit der Haftungsausweitung auf der vertragsrechtlichen Schiene im Auge behalten werden – angesprochen ist die Anerkennung und der Ausbau von Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sowie eine grosszügige Gewährung der Drittschadensliquidation.

F. Schluss

In Vorlesungen vor Studienanfängern kommt auf die Frage: "Wer haftet, wenn jemand unvorsichtig eine andere Person verletzt?" als Antwort oftmals: "Die Versicherung". Auch wenn man sich als Jurist auf eine solche Frage hin gerne die Prüfung möglicher Anspruchsgrundlagen wünschen würde, bleibt unabweisbar, dass die Antwort im Ergebnis meist zutreffend ist. In der Tat spielt das Deliktsrecht im *Unfallrecht* zunehmend bloss noch eine untergeordnete Rolle.

Statt dessen sind ihr neue Aufgaben zugewachsen, wie beispielsweise der hier erörterte Schutz vor Eingriffen in Vermögensinteressen. Entgegen der vor allem in Deutschland vorherrschenden Auffassung sollte die Lösung indes nicht mittels immer weitergehender vertraglicher oder vertragsähnlicher Haftungskonstruktionen, sondern auf dem *Boden des Deliktsrechts* gesucht werden⁸⁸. Zuzugeben ist, dass sich mit der herrschenden Definition der Widerrechtlichkeit die anstehenden Probleme nicht sachgerecht erfassen lassen. Denn der Verweis auf eine einschlägige Schutznorm zwingt den Richter, der einen Ersatz im konkreten Fall zusprechen will, im Bundesrecht und im kantonalen Recht nach einer Norm zu fahnden, die sich – notfalls durch Hineininterpretieren ungeschriebener Schutzaspekte – als "Schutznorm" für den konkret Betroffenen ausgeben lässt⁸⁹. Richtigerweise sollte die *Widerrechtlichkeit als Verstoss gegen eine Verhaltensnorm* verstanden werden; Widerrechtlichkeit wäre daher gleichzusetzen mit Pflichtwidrigkeit.

Aus der grundsätzlichen Anerkennung einer deliktischen Haftung für primäre Vermögensschädigungen folgt indes nicht, dass ein entsprechender Anspruch in allen Fällen zu bejahen wäre oder dass alle Fälle nach denselben Kriterien – etwa nach Massgabe des Adäquanzkriteriums – zu beurteilen sind⁹⁰. Entsprechend der sowohl in der angloamerikanischen Rechtsprechung als auch der neueren deutschen Lehre sich im Vordringen befindenden Auffassung liegt der zutreffende Lösungsansatz vielmehr darin, Fallgruppen zu bilden und zu konkretisieren, in welchen Verhaltenspflichten zum Schutz fremder Vermögensinteressen bestehen. Einige Fallgruppen wurden vorstehend kurz erörtert; weitere lassen sich, insbesondere durch Heranziehen rechtsvergleichender Erkenntnisse, formulieren.

Wer bei der Fortbildung des schweizerischen Deliktsrechts ausländische Erfahrungen mit berücksichtigt, sollte indes beachten, dass die deutschen Gerichte eine vertragsrechtliche Haftung oftmals nur wegen der Defizite des deutschen Deliktsrechts befürworten – umgekehrt weichen angloamerikanische Gerichte gelegentlich wegen bestimmter Defizite des Vertragsrechts auf eine deliktische Haftung aus. Des weiteren muss auch vor einer zu grosszügigen Anerkennung der Haftung für primäre Vermögensschädigungen gewarnt werden; gerade in diesem Bereich sind bei der Weiterentwicklung des Haftungsrechts jeweils die Ausuferungsgefahren im Auge zu behalten.

Critique of Norsk Steamship and Bird Construction, Canadian Bar Review (74) 1995, 427–445; für eine gegenteilige Auffassung siehe etwa D. JUTRAS, Civil Law and Pure Economic Loss: What Are we Missing?, Canadian Business Law Journal (12) 1987, 295–311; A. O'BRIEN, Limited Recovery Rule as a Dam: Preventing a Flood of Litigation for Negligent Infliction of Pure Economic Loss, Arizona Law Review (31) 1989, 959–973.

88 Ebenso in neuerer Zeit I. SCHWENZER/B. SCHÖNENBERGER (FN 1) 363; siehe auch F. WERRO, Tort Liability (FN 1) 195.

89 So bereits E. A. KRAMER (FN 1) 133; ebenso P. GAUCH (FN 4) 232.

90 Vgl. auch die Ausführung in der Entscheidung des kanadischen Supreme Court in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd. et al.* (zit. in FN 33) 299: "The fact is that different types of factual situations may invite different approaches to economic loss, and it seems to me to be at best unwise to lump them all together for purposes of analysis."

Le problème du dommage économique pur est difficile à traiter non seulement en Suisse mais dans tous les systèmes juridiques. En Suisse, le problème réside dans la définition même de l'acte illicite, une définition développée dans le droit allemand. Selon cette définition, un acte est considéré illicite s'il enfreint une prescription générale de la loi en portant atteinte soit à un droit absolu du lésé, soit à son patrimoine. Dans ce dernier cas, la norme violée doit avoir pour but de protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé. Particulièrement dans les cas de renseignements inexacts, cette conception peut conduire à des solutions inéquitables. C'est pourquoi des théories ont été proposées afin de permettre au tiers lésé de faire tout de même valoir une prétention en dommages-intérêts. La doctrine a avant tout proposé des concepts quasi-contractuels, comme par exemple la théorie du "déplacement de l'intérêt", le "contrat comportant un effet de protection envers les tiers" ou encore la responsabilité fondée sur la confiance.

Le problème du dommage économique pur ne peut de ce fait pas être résolu par la responsabilité contractuelle mais uniquement par une définition adéquate de l'acte illicite. Cet acte illicite doit donc être compris comme un acte contraire à l'obligation de diligence. Cette obligation existe non seulement pour la protection des droits absolus mais également pour la protection de l'intérêt patrimonial. La protection ne peut toutefois pas être absolue. Comme en droit anglais il convient de formuler des "duties of care" – ce qui signifie des obligations de diligence pour la protection des intérêts patrimoniaux des tiers.