

Universität Bern
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Departement für Privatrecht
Institut für Haftpflicht- und Versicherungsrecht
Prof. Dr. Manuel Jaun
Frühjahrssemester 2020

Masterarbeit im Haftpflichtrecht

Das Ende der Vertrauenshaftung?

Eingereicht am 29. Mai 2020

Alain Sommer
Baumgartenstrasse 4
4900 Langenthal
+41 79 719 12 14
10. Semester
15-120-173
alain.sommer@gmail.com

I.	Inhaltsverzeichnis	
II.	Literaturverzeichnis.....	III
III.	Materialienverzeichnis	XIII
IV.	Abkürzungsverzeichnis	XIV
A.	Einleitung	1
B.	Die Vertrauenshaftung	1
I.	Hintergründe.....	1
1.	Entstehungsgeschichte	1
2.	Etablierung im schweizerischen Rechtssystem.....	2
II.	Einordnung und Rechtsfigur.....	3
1.	Rechtsprechung	4
2.	Lehre.....	6
III.	Tatbestandsvoraussetzungen	7
IV.	Haftungsmodalitäten.....	9
V.	Erscheinungsformen	10
VI.	Zwischenfazit	12
C.	Untersuchung der Kritiken an der Vertrauenshaftung	13
I.	Sinn, Zweck und Anerkennung im Ursprungsstaat.....	13
II.	Abnehmende Bedeutung in der Rechtsprechung	14
III.	Konturenlosigkeit und Unstrukturiertheit.....	15
1.	Zahllose Haftungsfälle	15
2.	Rechtliche Sonderverbindung	16
3.	Anwendbare Regelungen	18
4.	Zwischenergebnis.....	19
IV.	Alternativen zur Vertrauenshaftung	19
1.	Culpa in contrahendo	20
2.	Vertrag.....	22

3. Delikt.....	22
a) Allgemeines.....	23
b) Subjektive Widerrechtlichkeitstheorie	25
c) Objektive Widerrechtlichkeitstheorie	26
i) Kritik.....	26
ii) Art. 2 Abs. 1 ZGB als Vermögensschutznorm.....	27
iii) Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung.....	32
iv) Zwischenergebnis	34
d) Neue Widerrechtlichkeitstheorie.....	35
i) Aktueller Stand.....	36
ii) Kritik.....	37
iii) Die neue Theorie als Alternative	38
e) Sittenwidrigkeit	39
4. Die Alternativen im Überblick.....	42
V. Zwischenfazit	43
D. Schlussbesprechung	45
I. Ergebnis.....	45
II. Würdigung.....	46
V. Selbständigkeitserklärung	XVI

II. Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, Diss. Bern 2000. (zit. BERGER)

BERGER BERNHARD, Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung – Zugleich eine Besprechung von BGE 128 III 324, recht 6/2002 S. 201 ff. (zit. recht-BERGER)

BRECHBÜHL BEAT, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Diss. Bern 1998. (zit. BRECHBÜHL)

BREHM ROLAND, Art. 41, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. Aufl., Bern 2013. (zit. BREHM)

BUCHER EUGEN, Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?, in: Forstmoser Peter et al. (Hrsg.), richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis – Festschrift für Hans Peter Walter, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Bern 2005, S. 231 ff. (zit. BUCHER)

BÜHLER CHRISTOPH, Art. 722, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 698-726 und 731b OR – die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich 2018. (zit. BÜHLER)

CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971. (zit. CANARIS)

CHAPPUIS CHRISTINE, La responsabilité fondée sur la confiance, SJ 1/1997 S. 165 ff. (zit. CHAPPUIS)

FEHLMANN REGULA, Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, Diss. St. Gallen 2002. (zit. FEHLMANN)

FELLMANN WALTER ET AL., Art. 46 eOR 2020, in: Huguenin Claire/Hilty Reto, Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – projet relatif à une nouvelle partie général, Zürich 2013. (zit. FELLMANN ET AL.)

FISCHER WILLI, Art. 41, in: Fischer Willi/Luterbacher Thierry (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich 2016. (zit. FISCHER)

FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 2018. (zit. FURRER/MÜLLER-CHEN)

FURRER ANDREAS/WEY RAINER, Art. 98, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 3. Aufl., Zürich 2016. (zit. FURRER/WEY)

GABRIEL BRUNO, die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, Eine These, Diss. Luzern 1987. (zit. GABRIEL)

GAUCH PETER, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 6/1996 S. 225 ff. (zit. GAUCH)

GAUCH PETER/SWEET JUSTIN, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: Forstmoser et al. (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 117 ff. (zit. GAUCH/SWEET)

GIGER HANS, Art. 97, in: Fischer Willi/Luterbacher Thierry (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich 2016. (zit. GIGER)

GORGÉ RÉMY, Die absichtliche Schädigung unter Verstoss gegen die guten Sitten gemäss OR Art. 41 Abs. 2, Diss. Bern 1948. (zit. GORGÉ)

HALLER MAX, Organhaftung und Versicherung, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung, SSHW Bd./Nr. 270/2008 S. 38 f. (zit. HALLER)

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA, Art. 2, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar Bd./Nr. I/1, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012. (zit. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER)

HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Stämpfli Handkommentar, Bern 2003. (zit. HAUSHEER/JAUN)

HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, ZBJV 7-8/1999 S. 401 ff. (zit. ZBJV-HAUSHEER/JAUN)

HEIERLI CHRISTIAN, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, Unter Berücksichtigung der Instrumente des Einziehungsrechts, ZStP Bd./Nr. 253/2012 S. 243 ff. (zit. HEIERLI)

HOFSTETTER KARL, Gutachterhaftung gegenüber Dritten im schweizerischen Recht, AJP 3/1998 S. 261 ff. (zit. HOFSTETTER)

HONSELL HEINRICH ET AL., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013. (zit. HONSELL ET AL.)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019. (zit. HUGUENIN)

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2014 bis 2017 (2/2), ZBJV 2/2019 S. 110 ff. (zit. HÜRLIMANN-KAUP)

JAUN MANUEL, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen, Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen, Bern 2007. (zit. JAUN)

JUNGO ALEXANDRA, Art. 8 ZGB, Beweislast, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2018. (zit. JUNGO)

KELLER MAX ET AL., Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Basel 2012. (zit. KELLER ET AL.)

KELLER MAX, Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?, recht 4/1987 S. 136 f. (zit. KELLER)

KESSLER MARTIN, Art. 41, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, OR I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2019. (zit. BSK OR I-KESSLER)

KOLLER ALFRED, Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten, in: Koller Alfred (Hrsg.), Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Gallen 2004, S. 1 ff. (zit. Baurecht-KOLLER)

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Aufl., Bern 2017. (zit. KOLLER)

KRAMER ERNST, Diskussionsbeitrag zum Thema «Vertrauenshaftung», in: Chappuis Christine/Winiger Bénédict (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zürich 2001, S. 189 ff. (zit. Diskussionsbeitrag-KRAMER)

KRAMER ERNST, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019. (zit. KRAMER)

KRAMER ERNST/SCHMIDLIN BRUNO, Allg. Einl. in das schweizerische OR, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar Bd./Nr. VI/1/1, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986. (zit. KRAMER/SCHMIDLIN)

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Art. 97, in: Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), OFK – Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016. (zit. KREN KOSTKIEWICZ)

KUNZ PETER V., Klarstellungen zur Konzernhaftung – Bundesgerichtsentscheid 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, recht 1/2011 S. 41 ff. (zit. KUNZ)

KUZMIC KRISTINA, Haftung aus «Konzernvertrauen», Die Aussenhaftung des Konzerns im Schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 1998. (zit. KUZMIC)

LOSER PETER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvergleichung, Bern 2006. (zit. LOSER)

LOSER PETER, Vertrauenshaftung: Schutz des Vertrauens auf Honoraransprüche bzw. Leistungserbringung ausserhalb von Verträgen, AJP 9/2007 S. 1171 ff. (zit. AJP-LOSER)

MAURENBRECHER BENEDIKT, Privatrechtliche Haftung für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften, in: Weber Rolf et al. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 555 ff. (zit. MAURENBRECHER)

MORIN ARIANE, Définition de la responsabilité fondée sur la confiance au regard de la jurisprudence récente du tribunal fédéral, SJ 4/2000 S. 161 ff. (zit. MORIN)

MOSER MARTIN, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers, Diss. Bern 1998. (zit. MOSER)

MÜLLER CHRISTOPH, Art. 41, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 3. Aufl., Zürich 2016. (zit. CHK-MÜLLER)

MÜLLER CHRISTOPH, Einl. in das OR, in: Aebi-Müller Regina/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018. (zit. MÜLLER)

MÜLLER-CHEN MARKUS, Haftpflichtrecht in der Krise?, BJM 6/2002 S. 289 ff. (zit. MÜLLER-CHEN)

PETER HENRY, La responsabilité fondée sur la confiance en droit des sociétés, in: Chappuis Christine/Winiger Bénédict (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zürich 2001, S. 49 ff. (zit. PETER)

PETITPIERRE GILLES, Les fondements de la responsabilité civile, ZSR 1997 Bd. 1 S. 273 ff. (zit. PETITPIERRE)

PORTMANN WOLFGANG, Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?, SJZ 93/1997 S. 273 ff. (zit. PORTMANN)

PURTSCHERT TINA, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des ehrenamtlichen Vereinsvorstandes, ZStP Bd./Nr. 232/2012 S. 159 ff. (zit. PURTSCHERT)

REY HEINZ, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, in: Forstmoser et al. (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 231 ff. (zit. REY)

RISCH THOMAS, Die Haftung aus Konzernvertrauen, Die Haftung des herrschenden Unternehmens aus Konzernvertrauen für konzernspezifische Handlungen und Erklärungen, Diss. Bern 2009. (zit. RISCH)

ROBERTO VITO, Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, AJP 5/1999 S. 511 ff. (zit. AJP-ROBERTO)

ROBERTO VITO, Haftung für Dienstleistungen gegenüber vertragsfremden Dritten, in: Meier-Schatz Christian/Schweizer Rainer (Hrsg.), Recht und Internationalisierung, Festgabe gewidmet dem Schweizerischen Juristenverein anlässlich des Juristentags 2000 in St. Gallen durch die Juristische Abteilung der Universität St. Gallen, Zürich 2000, S. 137 ff. (zit. Festgabe-ROBERTO)

ROBERTO VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002. (zit. ROBERTO)

ROBERTO VITO, Verschulden statt Adäquanz – oder sollte es gar die Rechtswidrigkeit sein? – Bemerkungen zum Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt, BJM 6/2001 296 ff., recht 4/2002 S. 145 ff. (zit. recht-ROBERTO)

ROBERTO VITO/KUZNIAR NADIA, Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung, AJP 11/2019 S. 1105 ff. (zit. ROBERTO/KUZNIAR)

SCHMID JÖRG, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2016, ZBJV 11/2017 S. 788 ff. (zit. ZBJV-SCHMID)

SCHMID JÖRG, in: Gauch Peter et al. (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 10. Aufl., Zürich 2014. (zit. SCHMID)

SCHMIDLIN BRUNO, Die Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontakt, neue Wege in der Schweizerischen Rechtsprechung?, in: Koziol Helmut/Rummel Peter (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski, Wien 2002, S. 415 ff. (zit. SCHMIDLIN)

SCHÖNENBERGER BEAT, Art. 41, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Art. 1-1186 OR, Basel 2014. (zit. KUKO OR-SCHÖNENBERGER)

SCHÖNENBERGER BEAT, Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie, HAVE 1/2004 S. 3 ff. (zit. SCHÖNENBERGER)

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016. (zit. SCHWENZER)

SOMMER UELI, Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?, AJP 9/2006 S. 1031 ff. (zit. SOMMER)

STEHLE BERNHARD, Vorb. Art. 1-40g, in: Gauch Peter et al. (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts (1975-2015), 9. Aufl., Zürich 2016. (zit. STEHLE)

TERCIER PIERRE, in: Peter Hans et al. (Hrsg.), Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift, Freiburg 1982, S. 210. (zit. TERCIER)

TOGNELLA REINHARD, Erwerbsunfähigkeitsproblematik bei somatisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, SzS 2004 Bd./Nr. 12 S. 43 ff. (zit. TOGNELLA)

URWYLER THIERRY, «Reden ist Silber, Schweigen ist Gold» – eine Abhandlung zur Haftung für Rat und Auskunft, in: Böhme Anna et al. (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Zürich 2016, S. 529 ff. (zit. URWYLER)

VON GRAFFENRIED CAROLINE, Schadloshaltung des Dritten in zweivertraglichen Dreiparteienverhältnissen, ein Beitrag insbesondere zum Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR), zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und zur Drittschadensliquidation im schweizerischen Recht, Diss. Bern 2019. (zit. VON GRAFFENRIED)

VON HEIN JAN, Der Ersatz reiner Vermögensschäden im schweizerischen Deliktsrecht – Vergleich und Perspektiven, in: Markus Alexander et al. (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 773 ff. (zit. VON HEIN)

VON JHERING RUDOLPH, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in: von Gerber Carl Friedrich/von Jhering Rudolph (Hrsg.), Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 4, Jena 1861, S. 1 ff. (zit. VON JHERING)

WALTER HANS PETER, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR 2001 Bd. 1 S. 79 ff. (zit. ZSR-WALTER)

WALTER HANS PETER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 4/1996 S. 273 ff. (zit. ZBJV-WALTER)

WERRO FRANZ, Die Sorgfaltspflichtverletzung nach Art. 41 OR, Plädoyer für ein modifiziertes Verständnis von Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Haftpflicht, ZSR 1997 Bd. 1 S. 343 ff. (zit. ZSR-WERRO)

WERRO FRANZ, Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung – braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?, recht 1/2003 S. 12 ff. (zit. recht-WERRO)

WICK MARKUS, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, AJP 10/1995 S. 1270 ff. (zit. WICK)

WIDMER CORINNE, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR 2001 Bd. 1 S. 101 ff. (zit. WIDMER)

WIEGAND WOLFGANG, Art. 97, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, OR I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2019. (zit. BSK OR I-WIEGAND)

WIEGAND WOLFGANG, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, recht 3/1997 S. 85 ff. (zit. WIEGAND)

WYSS EVELINE/VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung für Auskunft, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.193/2000 vom 26. September 2001, SZW 2/2002 S. 112 ff. (zit. WYSS/VON DER CRONE)

ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Einl. vor Art. 1 ff., in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, OR I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2019. (zit. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT)

III. Materialienverzeichnis

Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 13.3217 Bischof und 13.3226 Caroni, Modernisierung des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 2018.

Ecoplan, Bedarfsanalyse für einen neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (OR AT) – Umfrageergebnisse, Schlussbericht vom 6. Juni 2017.

IV. Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
allg.	allgemein
Art.	Artikel
ASR	Abhandlungen zum Schweizerischen Recht
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Stand am 19. März 2020)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
bspw.	beispielsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
Einl.	Einleitung
eOR	Entwurf Obligationenrecht
et al.	et alii = und weitere
f.	folgende/r (Singular)
ff.	folgende (Plural)
Fn	Fussnote
gem.	gemäss
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HAVE	Haftung und Versicherung
Hrsg.	Herausgeber
i.S.	im Sinne

i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note, Randnote
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. April 2020, SR 220)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite(n)
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung des Schweizer Bundesrechts
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht
SzS	Schriften zum Sozialversicherungsrecht
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
z.T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2020, SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizer Recht
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht

A. Einleitung

Aufgrund vielzähliger Meinungsunterschiede im Bereich der als Vertrauenshaftung allgemein bekannten Haftungsgrundlage stellt sich die Frage nach deren Sinn oder Unsinn. In der Lehre und Rspr. herrscht Unklarheit darüber, inwieweit das schweizerische Rechtssystem nach dieser nicht im Gesetz verankerten Rechtsfigur verlangt. VITO ROBERTO und NADIA KUZNIAR sprechen sich in ihrem im Jahr 2019 veröffentlichten Aufsatz geradezu für die vollständige Verabschiedung von ihr aus.¹ Es drängt sich folglich auf, sich mit den Kritiken auseinander zu setzen und zu klären, ob das schweizerische Rechtssystem einer autonomen Haftung aus Vertrauen überhaupt bedarf.

Diese Masterarbeit verschafft eingangs einen allg. Überblick über die Vertrauenshaftung. Im anschliessenden Hauptteil werden die ihr gegenüber in der Lehre aufgeworfenen Kritiken analysiert. Ins Zentrum rückt dabei der Einwand, es seien alternative Haftungsgrundlagen vorhanden, die zu mindestens genauso vertretbaren Ergebnissen führen. Anhand der gewonnenen Erkenntnisse wird schliesslich die Titelfrage, ob es Zeit für ein Ende der Vertrauenshaftung im schweizerischen Rechtssystem ist, beantwortet.

B. Die Vertrauenshaftung

Der einleitende Teil dient dazu, eine solide Grundlage für die anschliessende Auseinandersetzung mit den Kritiken an der Vertrauenshaftung zu schaffen. Hierfür werden die unterschiedlichen Aspekte im Folgenden übersichtsmässig beleuchtet.

I. Hintergründe

Zu Beginn gilt es zu klären, woher die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung stammt und wie sie sich schliesslich in der Schweiz etablierte.

1. Entstehungsgeschichte

Die Vertrauenshaftung findet ihren Ursprung im deutschen Recht.² RUDOLPH VON JHERING hat 1861 in einem Aufsatz zum ersten Mal den Terminus «culpa in contrahendo»³

¹ ROBERTO/KUZNIAR, S. 1111.

² BERGER, S. 18; BRECHBÜHL, S. 34; BUCHER, S. 236 ff.; FEHLMANN, S. 55; KUZMIC, S. 20; MÜLLER, Einl. in das OR, N 328; RISCH, S. 13; ROBERTO/KUZNIAR, S. 1106; BGE 121 III 350 E. 6c S. 355.

³ Genauere Ausführungen zur Haftung aus c.i.c. unter Ziff. C.IV.1.

verwendet.⁴ Dieser wurde im deutschen Recht letztendlich Anfang 2002 in § 311 Abs. 2 und 3 BGB gesetzlich verankert.⁵ Die Haftung aus c.i.c. gilt in der Schweiz bis anhin nach h.M. als eine Unter- bzw. Spezialform der Vertrauenshaftung.⁶ In seinem Entscheid vom 2. Februar 2016 hat das Bundesgericht jedoch die Vertrauenshaftung nicht mehr als Oberbegriff der Culpa-Haftung definiert⁷ – was freilich an der ursprünglichen Entstehungsgeschichte nichts zu ändern vermag.⁸

JHERING beschränkte die Anwendung der c.i.c. auf Fälle des fahrlässigen Irrtums eines Vertragsschliessenden⁹. Ein Vertragspartner, der aufgrund eines selbst fahrlässig verschuldeten Irrtums beim anderen durch das Dahinfallen des Vertrages einen Schaden verursachte, sei in die Pflicht zu nehmen, demjenigen diesen zu ersetzen.¹⁰ Erst im Jahre 1971 wurde dann die Vertrauenshaftung von CANARIS in dessen Habilitationsschrift genauer definiert und im Vergleich zur c.i.c. deutlich ausgeweitet.¹¹

2. Etablierung im schweizerischen Rechtssystem

Im sog. «Swissair-Entscheid» des Bundesgerichts vom 15. November 1994¹² trat die Vertrauenshaftung zum ersten Mal in der Schweiz zum Vorschein.¹³ Die Muttergesellschaft Swissair wurde aus Erklärungen haftbar, die sie gegenüber Geschäftspartnern ihrer Tochtergesellschaft abgegeben hatte.¹⁴ Im damaligen Urteil wurde klargestellt, dass auch werbemässige Aussagen, die sich allgemein an potentielle Kunden der Tochtergesellschaft richten, zu einer Haftung führen können.¹⁵ Die Haftung gründet auf erwecktem und später in treuwidriger Weise enttäushtem Vertrauen – und dies trotz des Fehlens einer vertraglichen oder deliktischen Haftungsgrundlage.¹⁶ Angelehnt an den

⁴ VON JHERING, S. 1 ff.

⁵ HONSELL ET AL., § 4, N 22; JUNGO, N 247; AJP-LOSER, S. 1175; VON HEIN, S. 780.

⁶ BÜHLER, Art. 722, N 24; HÜRLIMANN-KAUP, S. 113; JUNGO, N 230; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 44; KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einl. in das schweizerische OR, N 151; KUNZ, S. 43; LOSER, N 2; MAURENBRECHER, S. 577; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 26; BGE 134 III 390 E. 4.3.2 S. 395; BGE 121 III 350 E. 6c S. 354 f.; BGE 120 II 331 E. 5a S. 335 f.

⁷ BGE 142 III 84 E. 3.3 S. 88.

⁸ Genauere Ausführungen zur Einordnung der Vertrauenshaftung unter Ziff. B.II.

⁹ Bei geschlechtsspezifischen Ausdrücken wird der einfacheren Lesbarkeit halber die männliche Form verwendet. Die weibliche Form ist dabei jeweils mitgemeint.

¹⁰ BUCHER, S. 237; VON JHERING, S. 1 ff.

¹¹ BERGER, S. 30 f.; BRECHBÜHL, S. 35; CANARIS, S. 1 ff.; FEHLMANN, S. 61 ff.; RISCH, S. 15.

¹² BGE 120 II 331.

¹³ MÜLLER, Einl. in das OR, N 330; WIEGAND, S. 94.

¹⁴ BRECHBÜHL, S. 44 f.; FEHLMANN, S. 77; HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 76; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 44a; MORIN, S. 162; AJP-ROBERTO, S. 513; SCHMID, N 982d; SCHWENZER, N 52.02.

¹⁵ FEHLMANN, S. 77 ff.; KUZMIC, S. 166; RISCH, S. 115; WICK, S. 1277; BGE 120 II 331 E. 2 S. 333 f.

¹⁶ WICK, S. 1276; BGE 120 II 331 E. 5 S. 335 ff.

Tatbestand der c.i.c. hat das Bundesgericht Voraussetzungen herausgearbeitet¹⁷, unter welchen das in die Vertrauens- und Kreditwürdigkeit eines Konzerns erweckte Vertrauen ebenso schutzwürdig ist wie dasjenige, das sich die Partner von Vertragsverhandlungen entgegenbringen.¹⁸

Ein Jahr später bejahte das Bundesgericht im «Ringer-Fall»¹⁹ erneut eine Haftung aus zuvor gewecktem und dann enttäuschem Vertrauen. Der Schweizerische Amateurringerverband wurde damals zur Leistung von Schadenersatz an einen Ringer verpflichtet. Dieser wurde aufgrund eines kurzfristig angeordneten zusätzlichen Qualifikationskampfs nicht an die Weltmeisterschaft zugelassen, obwohl er die unlängst aufgestellten Selektionskriterien erfüllt hatte.²⁰ Das Bundesgericht hielt am angefochtenen Entscheid fest und der Verein hatte dem Sportler die von ihm getätigten Aufwendungen entsprechend zu ersetzen.²¹

In der Folge ergingen weitere Urteile, in welchen die Vertrauenshaftung verdeutlicht wurde.²²

Zusammenfassend fand die Vertrauenshaftung des schweizerischen Rechts ihren Ursprung in der deutschen Lehre. Sie wurde schliesslich vom Bundesgericht im Jahre 1995 erstmals aufgeführt und bejaht. Bis heute basiert sie auf Richterrecht.²³

II. Einordnung und Rechtsfigur

Eine weitere Problematik, die im Zusammenhang mit der Beantwortung der im Titel aufgeführten Frage mitzubersichtigen sein wird, ist diejenige der Einordnung der Vertrauenshaftung im schweizerischen Rechtssystem.

¹⁷ Genauerer zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Vertrauenshaftung unter Ziff. B.III.

¹⁸ BGE 120 II 331 E. 5a S. 336 f.

¹⁹ BGE 121 III 350.

²⁰ FEHLMANN, S. 87; PURTSCHERT, N 278; AJP-ROBERTO, S. 513; SCHWENZER, N 52.02; STEHLE, Vorb. Art. 1-40g, N 32; BGE 121 III 350 E. 5 S. 352 f.

²¹ PURTSCHERT, N 278; ROBERTO/KUZNIAR, S. 1107; SCHMID, N 982d; BGE 121 III 350 E. 5b S. 353, E. 6d S. 357.

²² So z.B. BGE 142 III 84; BGE 134 III 390; BGE 130 III 345; BGE 124 III 297; Urteil (des Bundesgerichts) 4A_565/2012 vom 21. März 2013; Urteil (des Bundesgerichts) 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010.

²³ KRAMER, S. 269 f.; MÜLLER, Einl. in das OR, N 327; SCHMID, N 982e; ZSR-WALTER, S. 90 ff.

1. Rechtsprechung

Im als ursprünglicher Leitentscheid geltenden *Swissair-Fall*²⁴ hat das Bundesgericht die Vertrauenshaftung als eigenständige Haftungsgrundlage deklariert. Die Richter führen aus, erwecktes Vertrauen könne auch bei Fehlen der vertraglichen oder deliktischen Haftungsvoraussetzungen haftungsbegründend sein. Es wurde jedoch nur sporadisch darauf eingegangen, wo genau diese selbständige Haftungsgrundlage anzusiedeln sei. So wird sie im Verhältnis zur c.i.c. als «*eine allgemeinere Rechtsfigur*» bezeichnet. Es handle sich um «*eine dem Vertragsverhandlungsverhältnis vergleichbare rechtliche Sonderverbindung, aus der sich auf Treu und Glauben beruhende Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben*», welche schliesslich zu Schadenersatzansprüchen führen können.²⁵

Im *Ringer-Entscheid*²⁶ wird als zentrales Element der Verstoss gegen das Handeln nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB aufgegriffen.²⁷ Weiterhin äussert sich das Bundesgericht aber nicht zur genaueren Einordnung der Rechtsfigur.²⁸ Erneut wird von einer autonomen Haftungsgrundlage ausgegangen, die im Verhältnis zur c.i.c. den Generalfall bildet. Die Vertrauenshaftung diene dazu, demjenigen eine aus den Regeln von Treu und Glauben abgeleitete Haftung zuzuschreiben, der eine Vertrauenssituation geschaffen hat, auf welche sich eine andere Person verlassen durfte und sie dieses Vertrauen in Form von finanziellen Aufwendungen tatsächlich kundtat.²⁹

Ebenfalls mehrere darauffolgende Urteile, in welchen teils neue Untergruppen der Vertrauenshaftung herausgebildet wurden, entbehren einer akkuraten Einordnung des Rechtsinstituts ins schweizerische Rechtssystem.³⁰ In einer im Jahr 2002 publizierten Entscheidung wurde schliesslich eine Haftung wegen einer gefälschten Unterschrift auf einem Wechsel bejaht. Es wurden damals grundsätzlich die Regeln der Vertragshaftung für anwendbar erklärt, was eine gewisse Nähe zum Vertrag vermuten lässt.³¹

²⁴ Weitere Ausführungen zum *Swissair-Entscheid* unter Ziff. B.I.2.

²⁵ BRECHBÜHL, S. 44 ff.; KUZMIC, S. 166; MÜLLER, Einl. in das OR, N 330; RISCH, S. 116 f.; STEHLE, Vorb. Art. 1-40g, N 32; BGE 120 II 331 E. 5a S. 335 f.

²⁶ Weitere Ausführungen zum *Ringer-Entscheid* unter Ziff. B.I.2.

²⁷ BGE 121 III 350 E. 6d S. 356 f.

²⁸ FEHLMANN, S. 89.

²⁹ FEHLMANN, S. 87 f.; BGE 121 III 350 E. 6c S. 355.

³⁰ So z.B. BGE 124 III 363 (Haftung für falsche Auskunft); BGE 124 III 297 (Haftung aus Konzernvertrauen verneint); Urteil (des Bundesgerichts) 4C.296/1999 vom 28. Januar 2000 E. 3a (Ablehnung der Vertrauenshaftung in einem Baurechtsfall).

³¹ BGE 128 III 324 E. 2.5 S. 329.

Im Dezember 2003 nimmt das Bundesgericht erstmals eine grobe Einordnung der Vertrauenshaftung im haftungsrechtlichen System der Schweiz vor: «Die Haftung aus erwecktem Vertrauen, welche als Oberbegriff jene aus c.i.c. und die weiteren interessensmässig gleich gelagerten Tatbestandsgruppen umfasst [...], ist zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt.»³² Im Urteil wird weder eine besondere Nähe zur vertraglichen, noch eine solche zur ausservertraglichen Haftung ersichtlich. Die Vertrauenshaftung sei folglich als eigenständige Haftungsgrundlage zwischen Delikt und Vertrag anzusiedeln.³³ Zusätzlich musste sich das Bundesgericht im Jahr 2008 zum ersten Mal zur anwendbaren Verjährungsfrist äussern.³⁴ Es kam zum Schluss, dass aus Gründen der Beweisschwierigkeiten infolge Zeitablaufs und damit der Rechtssicherheit halber sowie in Anlehnung an die Verjährungsfrist von Forderungen aus c.i.c. die kürzere – damals noch einjährige³⁵ – deliktsrechtliche Verjährungsfrist von Art. 60 OR anwendbar sei.³⁶ Dies lässt wiederum – zumindest unter diesem Blickwinkel – eine Annäherung zum Delikt erkennen.

In der aktuellsten Entscheidung aus dem Jahr 2016³⁷, in welcher ein Anspruch verneint wurde, taucht die Einordnung der Vertrauenshaftung als Oberbegriff der c.i.c. sowie weiterer interessensmässig gleich gelagerter Tatbestände nicht mehr auf. Sie wird allerdings immer noch als Haftung zwischen Vertrag und Delikt bezeichnet.³⁸ Dabei gelte es sicherzustellen, die Vertrauenshaftung nicht ausufern und dadurch das Rechtsinstitut des Vertrages aushöhlen zu lassen.³⁹ Diese Aussage zeigt, was bereits elf Jahre vorher klargestellt wurde:⁴⁰ Das Bundesgericht will die Vertrauenshaftung nur subsidiär zur vertraglichen Haftung anwenden.⁴¹

³² BGE 130 III 345 E. 2.1 S. 349.

³³ FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 61; HUGUENIN, N 1730; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 44; SOMMER, S. 1039; ZSR-WALTER, S. 90; WIDMER, S. 101; BGE 134 III 390 E. 4.3.2 S. 395; BGE 130 III 345 E. 1 S. 348, E. 2.1 S. 349; Urteil (des Bundesgerichts) 4A_565/2012 vom 21. März 2013 E. 2.3; Urteil (des Bundesgerichts) 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5.1.

³⁴ BGE 134 III 390 E. 4.3 S. 393.

³⁵ Art. 60 OR statuiert seit dem 1. Januar 2020 für das ausservertragliche Haftpflichtrecht eine relative Verjährungsfrist von drei Jahren.

³⁶ HUGUENIN, N 1723; BGE 141 V 127 E. 2 S. 129; BGE 134 III 390 E. 4.3.2 S. 396, E. 4.3.3 S. 398.

³⁷ BGE 142 III 84 (Ablehnung der Vertrauenshaftung einer Zertifizierungsgesellschaft für den Schaden bei Kunden einer zertifizierten Gesellschaft).

³⁸ ROBERTO/KUZNIAR, S. 1109; ZBJV-SCHMID, S. 798; BGE 142 III 84 E. 3.3 S. 88.

³⁹ BGE 142 III 84 E. 3.3 S. 88; BGE 130 III 345 E. 3.2 S. 353; Urteil (des Bundesgerichts) 4C.28/2007 vom 12. Juni 2007 E. 4.1.

⁴⁰ BGE 131 III 377 E. 3 S. 380.

⁴¹ HUGUENIN, N 1762; SCHWENZER, N 52.03.

Insgesamt hat sich das Bundesgericht in den zahlenmässig eher spärlich vorhandenen Urteilen zum Themengebiet bisher nicht für eine klare Einordnung der Vertrauenshaftung im schweizerischen Rechtssystem entschieden, was unter Gesichtspunkten der Rechtssicherheit bedenklich erscheint. Durchwegs erwähnt wird immerhin die Einreihung als eigenständige Haftungsgrundlage, irgendwo zwischen Vertrag und Delikt.

2. Lehre

Dem Grundsatz nach teilt sich die Lehre in zwei Lager: die Gegner und die Befürworter der Vertrauenshaftung.⁴²

Die Ersteren betrachten die Vertrauenshaftung als hinfällig oder von vornherein unnötig.⁴³ Dieser Kreis der Autoren verzichtet auf jegliche Einordnung im rechtlichen Gesamtsystem. Dies meist mit der Begründung, dass die mit der Vertrauenshaftung begründeten Ansprüche ihres Erachtens auch unter Heranziehung anderer Haftungstatbestände bestehen würden.⁴⁴

Der zweite Teil der Lehre begrüsst die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung grundsätzlich, steht ihr jedoch mit teils unterschiedlichen Einordnungsansätzen gegenüber.⁴⁵ Zahlreiche Autoren vertreten allgemein eine ähnliche Meinung wie das Bundesgericht⁴⁶ und gliedern die von diesem ins Leben gerufene Haftungsgrundlage zwischen Vertrag und Delikt ein.⁴⁷ Sie wird in dieser Hinsicht auch als Anwendungsfall eines einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses bezeichnet.⁴⁸ Es wird ausserdem auf die Grundsätze der c.i.c. und damit die Nähe zu dieser⁴⁹ oder zur Vertragshaftung⁵⁰

⁴² HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 77; KOLLER, N 28.61; LOSER, N 1 f.; ROBERTO/KUZNIAR, S. 1107; SCHWENZER, N 52.01; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Einl. vor Art. 1 ff., N 101a.

⁴³ CHAPPUIS, S. 169 f.; FISCHER, Art. 41, N 112 f.; HONSELL ET AL., § 4, N 22; MORIN, S. 191 f.; MÜLLER, Einl. in das OR, N 350; PETER, S. 63 ff.; Festgabe-ROBERTO, S. 151; recht-ROBERTO, S. 149; ROBERTO/KUZNIAR, S. 1110 f.; SCHWENZER, N 52.03 ff.; recht-WERRO, S. 20; WICK, S. 1277 ff.; WIDMER, S. 101 ff.

⁴⁴ Ziff. C.IV.

⁴⁵ FEHLMANN, S. 52 f., 55 ff.; ZBJV-HAUSHEER/JAUN, S. 404; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 44b; MÜLLER, Einl. in das OR, N 347.

⁴⁶ Ausführungen zur Einordnung der Vertrauenshaftung des Bundesgerichts unter Ziff. B.II.1.

⁴⁷ BRECHBÜHL, S. 51; ZBJV-HAUSHEER/JAUN, S. 405; Diskussionsbeitrag-KRAMER, S. 189 f.; KUNZ, S. 46; KUZMIC, S. 32, 139; MOSER, S. 130; RISCH, S. 29; SCHMID, N 982l; STEHLE, Vorb. Art. 1-40g, N 24.

⁴⁸ KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einl. in das schweizerische OR, N 142 ff.; LOSER, N 1290; WIEGAND, S. 86 ff.

⁴⁹ KOLLER, N 28.59; KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einl. in das schweizerische OR, N 141; KUZMIC, S. 21, 32; SCHMID, N 982c.

⁵⁰ Diskussionsbeitrag-KRAMER, S. 190; KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einl. in das schweizerische OR, N 141; MORIN, S. 192; AJP-ROBERTO, S. 517 f.; ZBJV-WALTER, S. 295.

verwiesen. Ähnliche Äusserungen finden sich bezogen auf eine gewisse Verwandtschaft zum Deliktsrecht.⁵¹ Ergänzend trifft man auf die Ansicht, die Vertrauenshaftung sei als gesetzesübersteigendes Richterrecht, welches aufgrund eines qualifizierten gesetzlichen Schweigens zulässig ist, zu verstehen.⁵²

Eine meinungsübergreifende Interpretation der teils kontroversen Ansätze führt zu einem ähnlichen Resultat, wie es bereits das Bundesgericht anführt. Die Vertrauenshaftung stellt demnach ein eigenständiges Gebilde im haftpflichtrechtlichen System dar.

III. Tatbestandsvoraussetzungen

Wie bereits im *Swissair-Entscheid*⁵³ erwähnt, gilt auch allgemein als unumstritten, dass die Anwendung der Vertrauenshaftung an strenge Voraussetzungen gebunden ist.⁵⁴ Im Folgenden werden die Haftungsvoraussetzungen kurz abgehandelt. Auf Einzelne wird im Verlauf der Arbeit punktuell genauer eingegangen.

Eine erste und sehr zentrale Voraussetzung stellt die rechtliche Sonderverbindung⁵⁵ zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten dar.⁵⁶ Eine solche gilt als vorhanden, wenn ein besonderes Vertrauens- und Treueverhältnis zwischen den Beteiligten besteht und führt dazu, dass die aus Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB hergeleiteten Schutzpflichten greifen.⁵⁷ Sie muss dabei aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten der schädigenden Person entstanden sein.⁵⁸ Nach der entsprechenden Intensität einer derartigen Sonderverbindung, welche sich durch die konkreten Um-

⁵¹ ZBJV-HAUSHEER/JAUN, S. 409; JAUN, S. 487; KOLLER, N 28.61; LOSER, N 210.

⁵² HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 78 ff.; JAUN, S. 488; SCHMID, N 982f; ZSR-WALTER, S. 91.

⁵³ Weitere Ausführungen zum *Swissair-Entscheid* unter Ziff. B.I.2., B.II.1.

⁵⁴ HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 81; ZBJV-HAUSHEER/JAUN, S. 408 ff.; HONSELL ET AL., § 4, N 22; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 44; MÜLLER, Einl. in das OR, N 337; STEHLE, Vorb. Art. 1-40g, N 27; BGE 142 III 84 E. 3.3 S. 88 f.; BGE 133 III 449 E. 4.1 S. 451 f.; BGE 121 III 350 E. 6c S. 355 f.; BGE 120 III 331 E. 5a S. 336 f.; Urteil (des Bundesgerichts) 4A_565/2012 vom 21. März 2013 E. 2.3.

⁵⁵ Ausführungen zur Kritik am Tatbestandselement der rechtlichen Sonderverbindung unter Ziff. C.III.2.

⁵⁶ BERGER, S. 76 f., 173; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 44; Baurecht-KOLLER, N 19; MÜLLER, Einl. in das OR, N 338 f.; SCHMID, N 982f; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Einl. vor Art. 1 ff., N 101d ff.; BGE 130 III 345 E. 2.2 S. 349.

⁵⁷ FEHLMANN, S. 171 f.; FURRER/WEY, Art. 98, N 14; HUGUENIN, N 1740; STEHLE, Vorb. Art. 1-40g, N 26; BGE 121 III 350 E. 6c S. 356; Urteil (des Bundesgerichts) 4A_565/2012 vom 21. März 2013 E. 2.3.

⁵⁸ MÜLLER, Einl. in das OR, N 339; SCHMID, N 982f; ZSR-WALTER, S. 97; BGE 130 III 345 E. 2.2 S. 349; BGE 128 III 324 E. 2.2 S. 327.

stände, den gesellschaftlichen und beruflichen Kontext sowie die soziale Rolle der Betroffenen ergibt, richtet sich schliesslich der Umfang der Haftung.⁵⁹ Das Verhalten des Schädigers muss beim Ansprecher ein schutzwürdiges Vertrauen hervorgerufen und folglich bestimmte schützenswerte Erwartungen geweckt haben.⁶⁰ Aufgrund dieser muss der Geschädigte letztlich Vermögensdispositionen vorgenommen haben.⁶¹ M.a.W. wird vorausgesetzt, dass beim Vertrauenden ein natürlich und adäquat kausaler Schaden entsteht.⁶² Die Haftung bedingt also ein ursprünglich gewecktes und danach pflichtwidrig wieder enttäushtes Vertrauen – mithin liegt in dieser Enttäuschung die tatbestandsbegründende Pflichtverletzung.⁶³ Ergänzend hat beim Schädiger die allgemeine haftpflichtrechtliche Voraussetzung des Verschuldens, sprich Absicht oder zumindest Fahrlässigkeit, vorzuliegen.⁶⁴ Schliesslich darf die Anerkennung der Vertrauenshaftung nicht zu einer Aushöhlung des Rechtsinstituts des Vertrages führen.⁶⁵ Demgemäss darf es dem Vertrauenden nicht zumutbar gewesen sein, sich vertraglich abzusichern.⁶⁶

Die strengen Voraussetzungen, welche zur Begründung einer Haftung aus Vertrauen aufgeführt werden sowie der Umstand, dass eine solche seit einem Entscheid im Jahr 2002⁶⁷ nicht mehr bejaht wurde, deutet unbestrittenermassen auf den Willen einer sehr zurückhaltenden kumulativen Bejahung der Tatbestandselemente hin.

⁵⁹ ZSR-WALTER, S. 97; BGE 142 III 84 E. 3.3 S. 89; BGE 130 III 345 E. 2.2 S. 351.

⁶⁰ BERGER, S. 173; HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 82; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 44; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Einl. vor Art. 1 ff., N 101h; BGE 142 III 84 E. 3.3 S. 88; BGE 133 III 449 E. 4.1 S. 451; BGE 124 III 297 E. 6a S. 304.

⁶¹ FEHLMANN, S. 180 f.; ZBJV-HAUSHEER/JAUN, S. 410; SCHMID, N 982g; BGE 130 III 345 E. 2.2 S. 350.

⁶² FEHLMANN, S. 183; HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 83; MÜLLER, Einl. in das OR, N 338; SCHMID, N 982i; BGE 121 III 350 E. 7a S. 357; BGE 120 II 331 E. 5a S. 337.

⁶³ BERGER, S. 175; FEHLMANN, S. 180; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 36, 44; STEHLE, Vorb. Art. 1-40g, N 24; ZBJV-WALTER, S. 290; BGE 128 III 324 E. 2.2 S. 327; BGE 124 III 297 E. 6a S. 304; BGE 121 III 350 E. 6c S. 355.

⁶⁴ BERGER, S. 176 f.; FEHLMANN, S. 182; MÜLLER, Einl. in das OR, N 338, 343; SCHMID, N 982j; SOMMER, S. 1037.

⁶⁵ Fn 39.

⁶⁶ HUGUENIN, N 1738, 1747 ff.; SCHMID, N 982g; BGE 133 III 449 E. 4.1 S. 451; Urteil (des Bundesgerichts) 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5.1.

⁶⁷ BGE 128 III 324.

IV. Haftungsmodalitäten

Dem *Swissair-Urteil*⁶⁸ folgend muss die Vertrauenshaftung dort zur Anwendung gelangen, wo keine vertragliche oder deliktische Haftungsgrundlage – hingegen aber gewecktes und enttäushtes Vertrauen – haftungsbegründend sind.⁶⁹ Sie soll Verwendung finden, wenn ein Haftungsbedarf trotz des Fehlens der gesetzlich verankerten und anerkannten Tatbestände objektiv wünschenswert erscheint.⁷⁰ Dem herrührend sind einige Punkte bezüglich der vermeintlich einschlägigen Regelungen und damit der auf die Vertrauenshaftung anzuwendenden Haftungsmodalitäten nicht restlos geklärt.⁷¹

Die grundsätzliche Rechtsfolge, wonach der Schädiger dem Vertrauenden den adäquat verursachten Schaden zu ersetzen hat, liegt auf der Hand und ist nicht streitig.⁷² Jedoch herrscht Unklarheit hinsichtlich der Art und der Berechnungsgrundlage für die Höhe des Schadenersatzes. M.a.W. wird diskutiert, ob beim Vertrauensschutz das positive oder negative Interesse⁷³ ersetzt werden soll oder u.U. Erfüllungsansprüche⁷⁴ durchgesetzt werden können. Nach h.M. ist das negative Interesse zu ersetzen. Der Vertrauende ist demnach so zu stellen, wie wenn nie eine Vertrauenssituation bestanden hätte.⁷⁵

Ebenfalls Uneinigkeit liegt bezüglich der Tatbestandsvoraussetzung des Verschuldens vor. Nach der h.L. wird dieses entsprechend Art. 97 Abs. 1 OR jedoch vermutet.⁷⁶

Ein Streit zwischen Lehre und Rspr. hat sich im Bereich der anwendbaren Bestimmungen zur Verjährung gebildet. So entschied sich das Bundesgericht dafür, Art. 60 OR aus dem Recht der unerlaubten Handlung heranzuziehen⁷⁷, während die

⁶⁸ Weitere Ausführungen zum *Swissair-Entscheid* unter Ziff. B.I.2., B.II.1.

⁶⁹ BGE 120 II 331 E. 5a S. 335.

⁷⁰ LOSER, N 1 ff.; SCHMID, N 982l; ZBJV-WALTER, S. 275.

⁷¹ HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 86; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 44b; Festgabe-ROBERTO, S. 147; SCHWENZER, N 52.05; ZSR-WALTER, S. 99.

⁷² HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 76; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 44; MOSER, S. 127; SCHMID, N 982k; BGE 123 III 220 E. 4e f. S. 231 f.; BGE 120 II 331 E. 5a S. 336 f.

⁷³ CANARIS, S. 518.

⁷⁴ ZBJV-HAUSHEER/JAUN, S. 411 f.; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Einl. vor Art. 1 ff., N 104.

⁷⁵ BERGER, S. 177; FEHLMANN, S. 189; MÜLLER, Einl. in das OR, N 344; ROBERTO/KUZNIAR, S. 1108; SCHMID, N 982k; SOMMER, S. 1037; ZSR-WALTER, S. 100; BGE 124 III 363 E. II.5b S. 369; Urteil (des Bundesgerichts) 4C.278/2001 vom 20. Februar 2002 E. 6b.

⁷⁶ BERGER, S. 176 f.; FEHLMANN, S. 182; MÜLLER, Einl. in das OR, N 338, 343; SCHMID, N 982j; ZBJV-WALTER, S. 280; a.M. BUCHER, S. 257 f.

⁷⁷ Fn 35, 36.

Lehre sich eher für eine Anwendung der vertragsrechtlichen Norm des Art. 127 OR und damit der zehnjährigen Verjährungsfrist ausspricht.⁷⁸

Eine letzte im Gebiet der Vertrauenshaftung höchststrichterlich ungeklärte Modalität ergibt sich aus der Problematik der Haftung für Hilfspersonen. Auch hier stellt sich die Frage, ob Vertrags- oder Deliktsrecht zur Anwendung gelangen soll.⁷⁹ Angelehnt an ein im Jahr 1982 ergangenes Urteil zur c.i.c.⁸⁰ hat sich eine einheitliche Meinung in Richtung der Anwendbarkeit von Art. 101 OR herauskristallisiert.⁸¹ Dies macht insofern Sinn, als dass die vertragliche Regelung für die im Vertrauen missbrauchte Person vorteilhafter ist, weil damit die Hilfsperson des Schädigers schneller zur Verantwortung gezogen werden kann.⁸²

Verkürzt kann festgehalten werden, dass sich die h.L. in Bezug auf die Haftungsmodalitäten der Vertrauenshaftung für eine Anwendung der vertragsrechtlichen Normen ausspricht. Dies zum einen wegen der Nähe zur c.i.c. und zum anderen, weil die entsprechenden Regelungen für die geschädigte Person vorteilhafter ausfallen. Daran vermag auch die Praxis des Bundesgerichts, die haftungsrechtliche Verjährungsfrist von Art. 60 OR anzuwenden, nichts zu ändern. Bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen soll schliesslich nach überwiegender Meinung das negative Vertrauensinteresse ersetzt werden.

V. Erscheinungsformen

Insb. im Schrifttum finden sich verschiedenste Erscheinungsformen der Vertrauenshaftung, welche nicht selten unterschiedlich betitelt und eingeordnet werden.⁸³ Die anschliessende Abhandlung wird aus Gründen der Komplexität kurzgehalten und soll lediglich der groben Übersicht dienen. Sofern für den Ausgang der Arbeit entscheidend, folgen die entsprechenden genaueren Ausführungen später.

⁷⁸ BUCHER, S. 259; FEHLMANN, S. 193 f.; FURRER/WEY, Art. 98, N 14; HUGUENIN, N 1761; MÜLLER, Einl. in das OR, N 345; ROBERTO/KUZNIAR, S. 1108; SCHMID, N 982k; ZBJV-WALTER, S. 280; ZSR-WALTER, S. 99.

⁷⁹ HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 86; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 44b.

⁸⁰ BGE 108 II 419 E. 5 S. 422; vgl. auch Urteil (des Bundesgerichts) 4C.394/2006 vom 24. April 2007 E. 4.3.3.

⁸¹ HUGUENIN, N 1761; MÜLLER, Einl. in das OR, N 346; SCHMID, N 982k f.; STEHLE, Vorb. Art. 1-40g, N 28; ZSR-WALTER, S. 99.

⁸² LOSER, N 1106 f., 1127; MÜLLER, Einl. in das OR, N 364; ZBJV-WALTER, S. 277; a.M. WIDMER, S. 105 ff.

⁸³ Vgl. dazu etwa BUCHER, S. 257; FEHLMANN, S. 115 ff.; LOSER, N 256 ff.; WIEGAND, S. 91.

Im Wesentlichen wird die Vertrauenshaftung vom Bundesgericht durchwegs als Haftung aus erwecktem Vertrauen bezeichnet. Diese erfasse als Oberbegriff die Haftung aus c.i.c. sowie weitere interessenmässig bzw. wertungsmässig vergleichbare Fälle.⁸⁴ Gemäss dieser Formel ist also grundsätzlich eine unbestimmte Vielzahl von Ausprägungen denkbar.⁸⁵ Wie weiter vorne bereits mehrfach erkannt, stellt insb. die c.i.c. eine dieser Erscheinungsformen dar.⁸⁶ Eine hier ebenso wichtig zu nennende ist die Haftung aus erwecktem und enttäuschem Konzernvertrauen⁸⁷, wie sie im Ursprungsentscheid «Swissair»⁸⁸ in Erscheinung trat.⁸⁹ Eine dritte Fallgruppe ist diejenige der ausserhalb eines Vertrages angesiedelten Haftung für falschen Rat respektive mangelhafte Auskunft.⁹⁰ Zum Abschluss gilt es noch die Drittvertrauenshaftung⁹¹ zu erwähnen. Gemeint ist damit die Haftung gegenüber einem vertragsfremden Dritten, welcher i.d.R. der Geschädigte ist und dessen Haftungsansprüche im Raum stehen. In diesen Fallkonstellationen wird auch von einer Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gesprochen.⁹² Das Bundesgericht hat eine so gelagerte Haftung jedoch bisher nie grundsätzlich bejaht.⁹³

Unter dem Strich fällt auf, dass für die Haftung aus Vertrauen grundsätzlich dutzende Fallkonstellationen möglich sind. So hat LOSER in seiner Habilitationsschrift auf beinahe 500 beschriebenen Seiten mögliche Erscheinungsformen detailliert abgehandelt.⁹⁴ Die praxisrelevantesten wurden soeben erwähnt, wobei insb. auf die Haftung aus c.i.c.⁹⁵ und diejenige für fehlerhafte Auskunft und Beratung⁹⁶ genauer einzugehen sein wird.

⁸⁴ BGE 142 III 84 E. 3.3 S. 88; BGE 134 III 390 E. 4.3.2 S. 395; BGE 130 III 345 E. 2.1 S. 349.

⁸⁵ Für detaillierte Aufführungen der Erscheinungsformen der Vertrauenshaftung vgl. FEHLMANN, S. 115 ff.; LOSER, N 256 ff.

⁸⁶ recht-BERGER, S. 204; FEHLMANN, S. 124; HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 71; KOLLER, N 28.60; STEHLE, Vorb. Art. 1-40g, N 33; BGE 121 III 350 E. 6c S. 355; BGE 120 II 331 E. 5a S. 335 f.

⁸⁷ Eingehend behandelt in BRECHBÜHL, S. 55 ff.; KUZMIC, S. 139 ff.; RISCH, S. 59 ff.

⁸⁸ Weitere Ausführungen zum Swissair-Entscheid unter Ziff. B.I.2., B.II.1.

⁸⁹ BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 44a; BGE 120 II 331 E. 5a ff. S. 335 ff.

⁹⁰ ZBJV-HAUSHEER/JAUN, S. 404; KOLLER, N 28.60; SCHMID, N 982c; BGE 134 III 390 E. 4.3.2 S. 395; genauere Ausführungen zur Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung unter Ziff. C.IV.3.c) ii), iii).

⁹¹ Weitergehende Ausführungen in MOSER, S. 138 ff.; VON GRAFFENRIED, N 125 ff.

⁹² recht-BERGER, S. 205; FEHLMANN, S. 144 ff.; WIEGAND, S. 93 f.; Urteil (des Bundesgerichts) 4C.194/1999 vom 18. Januar 2000 E. 4.

⁹³ ZBJV-HAUSHEER/JAUN, S. 404; VON GRAFFENRIED, N 526; BGE 130 III 345 E. 1 S. 347 f.

⁹⁴ LOSER, N 256 ff.

⁹⁵ Ziff. C.IV.1.

⁹⁶ Ziff. C.IV.3.c) ii), iii).

VI. Zwischenfazit

Im ersten Teil der Arbeit wurden die einzelnen Aspekte der Vertrauenshaftung übersichtsmässig zu einem Ganzen zusammengefügt. Es konnte deutlich gezeigt werden, dass auch unter den Befürwortern der Vertrauenshaftung regelmässig differenzierte Ansichten zu gewissen Teilproblemen bestehen. Im Ergebnis entstand ein grober Querschnitt, aus welchem die strittigen und damit resultatrelevanten Faktoren hervorgehen. Diese dienen nun als wichtiger Bestandteil für die Beantwortung der im Titel gestellten Frage im anschliessenden Hauptteil.

C. Untersuchung der Kritiken an der Vertrauenshaftung

Nebstdem die Mehrheit der Autoren sowie das Bundesgericht nach wie vor hinter dem Rechtsinstitut der Vertrauenshaftung im schweizerischen Rechtssystem stehen, trifft man zunehmend auf die Ansicht, der Haftung aus Vertrauen bedürfe es aus unterschiedlichen Gründen nicht. Insb. liessen sich unter Heranziehung anderer Haftungsgrundlagen für sämtliche Sachverhaltsvarianten mindestens genauso vernünftige Ergebnisse erzielen.

In den nachgehenden Abhandlungen soll das erfolgen, worauf HANS PETER WALTER in seinem Beitrag zur Vertrauenshaftung aus dem Jahr 2001 noch ausdrücklich verzichtete.⁹⁷ Der folgende Hauptteil setzt sich mit den vorgebrachten Kritiken an der Vertrauenshaftung auseinander. Die genannten Gründe, welche vermeintlich zur Ablehnung des Rechtsinstituts der Vertrauenshaftung führen, werden aufgegliedert und gesondert auf ihre Begründetheit hin überprüft. Wegweisend taucht dabei immer wieder der bereits in der Einleitung erwähnte und sehr aktuelle Artikel von VITO ROBERTO und NADIA KUZNIAR auf⁹⁸, wobei auch andere Gegner⁹⁹ nicht zu kurz kommen sollen. Als Grundlagen dienen zudem die dem vorhergegangenen allgemeinen Teil entnommenen strittigen Faktoren sowie dort erkannte, mögliche alternative Haftungsgrundlagen.

I. Sinn, Zweck und Anerkennung im Ursprungsstaat

Weder die Hintergründe, welche anno dazumal in der deutschen Lehre verfolgt wurden, noch die Haftungsvoraussetzungen, die CANARIS anführte, sind zur Beantwortung der im Titel dieser Arbeit aufgeführten Frage, ob die Vertrauenshaftung in der Schweiz wie bisher als Institut bestehen bleiben muss, von Relevanz.¹⁰⁰ Das Konzept der Vertrauenshaftung vermochte sich im deutschen Recht weder in der Lehre noch in der Rspr. durchzusetzen.¹⁰¹ Für die Klärung der Aktualität der Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht darf aber auch dieser Umstand nicht von Belang sein.¹⁰² Es gilt ausschliesslich die Frage zu beantworten, ob denn die Haftung aus erwecktem und

⁹⁷ ZSR-WALTER, S. 79.

⁹⁸ ROBERTO/KUZNIAR, S. 1105 ff.

⁹⁹ Fn 43.

¹⁰⁰ A.M. Festgabe-ROBERTO, S. 151; ROBERTO/KUZNIAR, S. 1106 f.

¹⁰¹ KUZMIC, S. 20; MÜLLER, Einl. in das OR, N 328; Festgabe-ROBERTO, S. 147; ROBERTO/KUZNIAR, S. 1106; SCHWENZER, N 52.01.

¹⁰² A.M. Festgabe-ROBERTO, S. 151; ROBERTO/KUZNIAR, S. 1106 f.

enttäuschem Vertrauen, wie sie sich bis hierher entwickelt und etabliert hat, weiterhin bedeutungsvoll ist.

II. Abnehmende Bedeutung in der Rechtsprechung

Wie gezeigt wurde¹⁰³, hat das Bundesgericht letztmals im Jahr 2002 eine Haftung auf der Grundlage von erwecktem und enttäuschem Vertrauen als begründet erachtet.¹⁰⁴ Dass seither bald 20 Jahre vergangen sind, lässt für VITO ROBERTO und NADIA KUZNIAR eine höchst düstere Zukunft für die Vertrauenshaftung erahnen. Auch wenn sie in weiteren Entscheiden noch erwähnt und stückweise geprüft wurde¹⁰⁵, sehen die beiden Autoren in dieser Entwicklung eine Distanzierung des Bundesgerichts zu diesem von ihm selbst ins Leben gerufenen Rechtsinstitut.¹⁰⁶ Die Feststellung, dass die Vertrauenshaftung seit 2002 in der Schweiz nicht mehr bejaht wurde¹⁰⁷, entspricht durchaus der Wahrheit. Dennoch ist sie zu relativieren.

Bis ins Jahr 2016 finden sich immer wieder Entscheide, welche die Vertrauenshaftung thematisieren.¹⁰⁸ Wie ROBERTO und KUZNIAR in ihrem Artikel unter Heranziehung eines langen Zitats selbst ausführen, hat das Bundesgericht zuletzt sogar die Voraussetzungen nochmals ausführlich verdeutlicht.¹⁰⁹ Vergleicht man diese mit den durch die Lehre und Rspr. über die Jahre entwickelten, sind keine weiteren Einschränkungen ersichtlich.¹¹⁰ So werden in diesem Urteil entgegen der Meinung von ROBERTO und KUZNIAR nicht etwa nur die Einschränkungen erläutert, sondern nebst einer zusammenfassenden Auflistung der Tatbestandsvoraussetzungen sogar Beispiele umschrieben, in welchen eine Vertrauenshaftung zum Tragen kommen würde.¹¹¹ Aus einer wiederholten Aufzählung von Voraussetzungen, unter welchen das Bundesgericht die Vertrauenshaftung bejahen würde, lässt sich m.E. nicht schliessen, es liege ein Wille in Richtung einer restriktiveren Anwendung vor.¹¹² Es muss vielmehr daraus

¹⁰³ Ziff. B.III.

¹⁰⁴ BGE 128 III 324.

¹⁰⁵ So etwa in BGE 142 III 84; BGE 141 V 127; BGE 134 III 390; BGE 133 III 449; BGE 131 III 377; BGE 130 III 345; Urteil (des Bundesgerichts) 4A_565/2012 vom 21. März 2013; Urteil (des Bundesgerichts) 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010.

¹⁰⁶ ROBERTO/KUZNIAR, S. 1109.

¹⁰⁷ ROBERTO/KUZNIAR, S. 1108.

¹⁰⁸ Fn 105.

¹⁰⁹ ROBERTO/KUZNIAR, S. 1109; BGE 142 III 84 E. 3.3 S. 88 f.

¹¹⁰ Vgl. Ausführungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Vertrauenshaftung unter Ziff. B.III.

¹¹¹ BGE 142 III 84 E. 3.3 S. 89; a.M. ROBERTO/KUZNIAR, S. 1109.

¹¹² A.M. ROBERTO/KUZNIAR, S. 1109.

abgeleitet werden, dass sich das Bundesgericht weiterhin offen zur Rechtsfigur bekennt – ja diese innerhalb der genannten Schranken sogar begrüsst.

Ob das Bundesgericht in naher Zukunft die strengen Voraussetzungen der Vertrauenshaftung wieder einmal als gegeben erachten wird, lässt sich nicht erahnen. Sicher ist hingegen, dass es dies im Sinne einer stringenten Rspr. bei Erfüllung der 2016 rezipierten Bedingungen tun muss.

III. Konturenlosigkeit und Unstrukturiertheit

Regelmässig trifft man auf das Argument, die Vertrauenshaftung sei unstrukturiert oder konturenlos.¹¹³ Zu diesem Schluss gelangen die verschiedenen Autoren aufgrund von andersgearteten aber teilweise ineinander übergehenden Argumentationen.

1. Zahllose Haftungsfälle

In der älteren wie jüngeren Lehre findet sich die Meinung, dass die Vertrauenshaftung den blossen sozialen Kontakt zum Haftpflichttatbestand mache und damit eine Büchse der Pandora mit zahllosen Haftungsfällen öffne.¹¹⁴ Einer Begründung entbehren die knappen Abhandlungen jedoch. Der Begriff des sozialen Kontakts ist sehr schwammig und bleibt im Groben undefiniert. Unter sozialem Kontakt kann ebenso gut der tagtägliche Kauf eines Brotes in einer Bäckerei oder der fahrlässig verursachte Fahrradunfall verstanden werden. Entsprechend darf in Abgrenzung dazu auch im Bereich der Haftung aus Vertrauen angesichts der sehr strengen Voraussetzungen¹¹⁵ nicht behauptet werden, dass bereits der alleinige soziale Kontakt zu einer Haftung führe. Ähnliches gilt für die von ARIANE MORIN als die sich in den Nebel tauchend beschriebene auf Vertrauen basierende Haftung.¹¹⁶ Sie kritisiert, die als Vertrauenshaftung allgemein bekannte Grundlage stütze sich nicht auf eine dem schweizerischen Privatrecht bekannte Institution und führe dadurch zu unmessbaren Haftungstatbeständen.

¹¹³ FISCHER, Art. 41, N 113; MÜLLER, Einl. in das OR, N 349; recht-ROBERTO, S. 149; ROBERTO/KUZNIAR, S. 1107; SCHWENZER, N 52.03; WIDMER, S. 119, 124 ff.

¹¹⁴ HONSELL ET AL., § 4, N 22; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 44b; MÜLLER, Einl. in das OR, N 349; SCHWENZER, N 52.05; WICK, S. 1280.

¹¹⁵ Vgl. Ziff. B.III.

¹¹⁶ MORIN, S. 192.

Die hiernach folgenden Unterabschnitte werden zeigen, dass die Lehre in gewissen Punkten betreffend die Konturenlosigkeit und Unstrukturiertheit detailliertere Begründungen aufführt. Die schlichte Aussage, die Vertrauenshaftung führe zu zahllosen Haftungsfällen, vermag die generelle Ablehnung des Rechtsinstituts nicht ausreichend darzulegen. Dies schon deshalb nicht, weil die gleiche Aussage sowohl in Bezug auf die deliktische als auch auf die vertragliche Haftung Zustimmung verdient. So führt in diesen Bereichen eine genauso unzählbare Fülle an Sachverhalten schliesslich zu einer Haftung eines Vertragsverletzenden respektive eines widerrechtlich Handelnden. Darüber hinaus hat sich in der Praxis deutlich gezeigt, dass es nicht zu zahllosen Haftungsfällen kam. Im Gegenteil, die vermeintlich geringe Bedeutung in der Rspr. gilt sogar als Kritikpunkt.¹¹⁷

2. Rechtliche Sonderverbindung

Regelmässige Kritik wird an einer der zentralen Grundvoraussetzungen geübt. Das Kriterium der rechtlichen Sonderverbindung sei zu ungenau definiert. Es bestehe grosse Unsicherheit darüber, welche Anforderungen das Bundesgericht an dieses Merkmal knüpfe.¹¹⁸

Insb. CORINNE WIDMER spricht sich nebst anderem in ihrer Ode gegen die Vertrauenshaftung eingehender für die Unklarheit des Kriteriums der rechtlichen Sonderverbindung aus.¹¹⁹ Sie hebt speziell hervor, die bestehenden Sonderbeziehungen in den Leitentscheiden des Bundesgerichts würden ihrem Namen nicht gerecht. Beim *Swissair-Entscheid*¹²⁰ habe die besondere Beziehung nicht nur zur schliesslich klagenden Partei bestanden, sondern genauso zu einer unbestimmten Vielzahl von weiteren Personen. Die Konzernmutter *Swissair* habe m.a.W. zu allen Kunden der Tochtergesellschaft gleichermassen vertrauenserweckende Erklärungen abgegeben.¹²¹ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Die vom Bundesgericht als spezielle und exklusive Verbindung angepriesene Vertrauensbeziehung bestand potentiell in gleichem Umfang zu allen anderen Personen, welche die werbemässigen Aussagen sehen konnten. Jedoch

¹¹⁷ Ziff. C.II.

¹¹⁸ HUGUENIN, N 1746; Baurecht-KOLLER, N 22; SCHWENZER, N 52.04; WICK, S. 1278 f.

¹¹⁹ WIDMER, S. 115 ff., 125.

¹²⁰ Genauere Ausführungen zum *Swissair-Entscheid* unter Ziff. B.I.2., B.II.1.

¹²¹ WIDMER, S. 115.

hat man hier m.E. weiterführende Schritte vorzunehmen. WIDMER geht in die Sonderverbindung thematisierenden Abschnitt auf dieses Kriterium einzeln ein. Dies obwohl sie bereits selbst andeutet, dass die Voraussetzungen der Vertrauenshaftung nicht nur isoliert betrachtet werden können.¹²² Demgemäss muss in dem als Sonderverbindung qualifizierten Verhältnis schliesslich Vertrauen erweckt und enttäuscht werden. Zusätzlich müssen aufgrund dieses schutzwürdigen Vertrauens auf Seiten des Geschädigten Vermögensdispositionen getroffen werden, welche schliesslich auch zu einem Schaden im vermögensrechtlichen Sinn führen.¹²³ Betrachtet man nun also die Tatbestandsvoraussetzung der Sonderverbindung unter diesem Blickwinkel, wird klar, dass der Personenkreis dadurch entscheidend eingegrenzt wird. Bei wie vielen anderen Personen die oben beschriebene Sonderverbindung Vertrauen erweckte, welches zu Vermögensdispositionen führte und im Ergebnis tatsächlich einen Schaden hervorrief, ist dem Entscheid nicht zu entnehmen. Klar ist jedenfalls, dass die Geschädigte im vorliegenden Fall als Einzelklägerin auftrat.

Zu einem ähnlichen Resultat gelangt man gegenüber der von WIDMER an der Ringer-Entscheidung¹²⁴ vorgebrachten Kritik.¹²⁵ Zu Beginn führt sie aus, der Schweizerische Ringerverband bestehe aus mehreren Unterverbänden, welche wiederum in zahlreiche Vereine mit jeweils mehreren Mitgliedern eingeteilt seien. Aus diesem Grund bestehe, wie bereits bei den Kunden der Tochtergesellschaft der Swissair, zu einer quasi unbestimmten Vielzahl von Ringern eine Sonderverbindung. Sie beschreibt jedoch sinngemäss, was hier oberhalb für den Swissair-Fall gerade dargelegt wurde. So erleidet letztendlich nur ein einziger Ringer einen Schaden.¹²⁶

Nur da, wo der Personenkreis von Anfang an aufgrund der besonderen Fallkonstellation eng umgrenzt sei, führe das Kriterium der rechtlichen Sonderverbindung nicht

¹²² WIDMER, S. 125; dies gilt gemeinhin für alle Haftungstatbestände. Erst das kumulative Vorliegen aller Voraussetzungen führt jeweils zu einer Haftung.

¹²³ Genauere Ausführungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Vertrauenshaftung unter Ziff. B.III.

¹²⁴ Ausführungen zum Ringer-Entscheid unter Ziff. B.I.2., B.II.1.

¹²⁵ WIDMER, S. 116.

¹²⁶ WIDMER stützt die Haftung aber schliesslich doch auf Art. 41 OR. Dieses Resultat erreicht sie allerdings nur anhand eines Vergleichs mit dem Kartellrecht. Weder im Entscheid des Bundesgerichts noch von WIDMER selbst oder sonst wo wurde im Rahmen des Ringer-Entscheids diskutiert, ob der schweizerische Ringerverband ein marktbeherrschendes Unternehmen i.S. des Kartellgesetzes ist und damit der Fall allenfalls unter Heranziehung kartellrechtlicher Regelungen hätte abgewickelt werden können. Ohne diese Frage geklärt zu haben, scheint die Methode, mit Hilfe einer Parallele Kartellrecht zur Anwendung zu bringen, unbegründet. Aus diesen Gründen wird auf diese Problematik nicht weiter eingegangen.

zu Problemen, ergänzt WIDMER. Dort werde die Sonderverbindung von der Exklusivität abhängig gemacht, die sie auch verdiene.¹²⁷

Dem Argument, die für die Tatbestandsmässigkeit verlangte rechtliche Sonderverbindung entbehre jeglicher Eingrenzungsfunktion ist insofern zu widersprechen, als man die weiteren Voraussetzungen der Vertrauenshaftung bei der Beurteilung nicht ausser Acht lassen darf.¹²⁸ Berücksichtigt man folglich die Voraussetzungen des erweckten und enttäuschten Vertrauens sowie den durch die Vermögensdisposition eingetretenen Schaden, wird der Kreis der potentiell Anspruchsberechtigten sofort sehr überschaubar. Zudem hat das Bundesgericht eine Haftung aus Vertrauen aus dem Grund einer unzureichenden Sonderverbindung mehrfach verneint und auch anderweitig die Höhe dieser Hürde klar hervorgehoben.¹²⁹

3. Anwendbare Regelungen

Oben wurden die umstrittenen Haftungsmodalitäten aufgeführt und die jeweiligen Stossrichtungen in der Lehre und Rspr. erläutert. Dem Grundsatz nach ist die Frage zentral, ob auf die Vertrauenshaftung vertrags- oder deliktsrechtliche Prinzipien Anwendung finden sollen.¹³⁰

Es ist zu klären, ob es für die Beantwortung der im Titel gestellten Frage relevant ist, dass die Problematik, welche Rechtsfolgennormen anzuwenden sind, in der Rspr. und Lehre abschliessender Einigkeit entbehrt. Es wurde aufgezeigt, dass im Bereich der Haftungsmodalitäten noch Klärungsbedarf besteht. Die Lehre spricht sich allerdings deutlich für die Anwendung vertragsrechtlicher Grundsätze aus.¹³¹ Die wiederholt erwähnte Nähe zur c.i.c. und der Schutz des Schwächeren lassen vertragsrechtliche Regelungen in den Vordergrund rücken, während dem Schrifttum widersprechend vom Bundesgericht im Bereich der Verjährung aus Gründen der Beweisschwierigkeiten

¹²⁷ WIDMER, S. 117 f.

¹²⁸ In diesem Sinne FISCHER, Art. 41, N 111; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 44; SCHMID, N 982g; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Einl. vor Art. 1 ff., N 101g; BGE 142 III 84 E. 3.3 S. 88.

¹²⁹ SCHMIDLIN, S. 421; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Einl. vor Art. 1 ff., N 101h f.; BGE 130 III 345 E. 3.2 S. 352 f.; BGE 128 III 324 E. 2.2 S. 327; BGE 124 III 297 E. 6a S. 303 f.; Urteil (des Bundesgerichts) 4C.280/1999 vom 28. Januar 2000 E. 3a.

¹³⁰ ROBERTO/KUZNIAR, S. 1108; SCHWENZER, N 52.05; ZSR-WALTER, S. 99; WIDMER, S. 105 ff., 122 ff.

¹³¹ Ziff. B.IV.

und der Rechtssicherheit die kürzere, nunmehr dreijährige Frist¹³² in Betracht gezogen wird.¹³³ Dabei darf stets nicht ausser Acht gelassen werden, dass es immer Ziel sein muss, eine einzelfallgerechte Beurteilung verschiedener Sachverhalte sicherzustellen.¹³⁴

Dass es in der Jurisprudenz, gerade in Bereichen, wo eine klare gesetzliche Regelung fehlt, zu Meinungsdivergenzen kommt, ist einleuchtend. Solche allein reichen allerdings nicht aus, um eine anno 1994 vom Bundesgericht begründete Haftungsgrundlage über das Bord des schweizerischen Rechtssystems zu werfen. Bezüglich den anwendbaren Haftungsmodalitäten haben sich denn sogar eindeutig überwiegende Ansichten entwickelt. Das Ende der Vertrauenshaftung aufgrund der nicht völlig restlos geklärten Haftungsmodalitäten zu fordern ist folglich übereilig und unverhältnismässig.

4. Zwischenergebnis

Im Umfeld des Arguments der Konturenlosigkeit bzw. Unstrukturiertheit fehlen mehrheitlich genauere Äusserungen oder Begründungen.¹³⁵ Hinsichtlich der verbleibenden Bereiche konnte gezeigt werden, dass die unterschiedlich ausgeprägten Vorbringen nicht ausreichen, um das Institut der Haftung aus Vertrauen abzulehnen. Insb. zeigen die Tatbestandsvoraussetzungen¹³⁶ und die zurückhaltende Anwendung, welche seinerseits als Kritikpunkt gilt¹³⁷, dass die Vertrauenshaftung durchaus strengen Konturen unterworfen ist.

IV. Alternativen zur Vertrauenshaftung

Das zentralste und in dieser Arbeit besonders hervorzuhebende Argument ist darin begründet, dass sämtliche über die Vertrauenshaftung abgewickelten Schadenersatz-

¹³² Fn 35.

¹³³ BGE 134 III 390 E. 4.3.3 S. 398.

¹³⁴ ZBJV-HAUSHEER/JAUN, S. 411.

¹³⁵ So beispielhaft ROBERTO/KUZNIAR, S. 1107; SCHWENZER, N 52.03.

¹³⁶ Ziff. B.III.

¹³⁷ Ziff. C.II.

zusprachen auch unter Anwendung der herkömmlichen Haftungstatbestände hätten erfolgen können.¹³⁸ Ist dies möglich, erübrigt sich das richterrechtlich eingeführte autonome Rechtsinstitut der Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen.¹³⁹ Meist führen die Autoren anhand unterschiedlicher Begründungen aus, die deliktsrechtlichen Grundlagen hätten zur Lösung der Fälle Abhilfe verschaffen können. Mit dem Ziel der endgültigen Klärung der im Titel aufgeworfenen Frage sind im Folgenden auch die anderen naheliegenden Alternativen in Betracht zu ziehen, welche gegebenenfalls für gewisse vom Bundesgericht über die Vertrauenshaftung abgehandelten Sachverhalte eine Lösung hätten herbeiführen können.

Sofern die wegweisenden Urteile des Bundesgerichts jeweils auch ohne die Anwendung der eigenständigen Vertrauenshaftung – sondern mit Hilfe der geläufigen Haftungsgrundlagen – hätten gelöst werden können, kann diese, wie von WIDMER ausdrücklich getan, als überflüssig bezeichnet werden.¹⁴⁰ Die schweizerische Rspr. hätte damit keinen Bedarf mehr, sie weiterhin zu prüfen¹⁴¹ und könnte der Rechtsfigur, entsprechend der Forderung von ROBERTO und KUZNIAR¹⁴², endgültig den Rücken zuwenden.

Die nachgehenden Ausführungen sollen nicht bloss dazu dienen, die Lehrmeinungen zu bestätigen oder zu widerlegen. Vielmehr wird im Sinne einer ausführlichen Beantwortung der Titelfrage überdies aufgezeigt, wie bereits bestehende Theorienansätze – insb. im Bereich des Deliktsrechts – die Vertrauenshaftung dem schweizerischen Rechtssystem entbehrlich machen könnten.

1. Culpa in contrahendo

Die c.i.c. beruht auf der Überlegung, dass man sich während Vertragsverhandlungen entsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben zu verhalten hat.¹⁴³ Erstmals her-

¹³⁸ MÜLLER, Einl. in das OR, N 350; ROBERTO/KUZNIAR, S. 1107 f.; SCHWENZER, N 52.03; SOMMER, S. 1038; WICK, S. 1282.

¹³⁹ Festgabe-ROBERTO, S. 151; WIDMER, S. 101, 125.

¹⁴⁰ WIDMER, S. 125.

¹⁴¹ Wie unter den Ziff. B.III. und C.II. ausgeführt, wurde die Vertrauenshaftung seit 2002 in gewissen Urteilen jeweils geprüft bzw. angeprüft. Bejaht wurde eine Haftung auf dieser Grundlage aber seitdem nicht mehr.

¹⁴² ROBERTO/KUZNIAR, S. 1111.

¹⁴³ SCHMID, N 963; BGE 116 II 695 E. 3 S. 698; BGE 105 II 75 E. 2a S. 79 f.

vorgebracht wurde diese eigenständige vorvertragliche Haftungsgrundlage von RUDOLPH VON JHERING im Jahr 1861.¹⁴⁴ Die Idee der c.i.c. ist es, die Verletzung gewisser Pflichten, die bereits vor dem Vertragsschluss bzw. während den Vertragsverhandlungen bestehen, unter gegebenen Voraussetzungen einer Haftung zuzuführen.¹⁴⁵ Die Entstehung der Vertrauenshaftung folgte schliesslich aus einer Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung aus c.i.c.¹⁴⁶ So sei einem Geschädigten in wertungsmässig mit der c.i.c. vergleichbaren Fällen ebenfalls haftpflichtrechtlicher Schutz zu gewähren.¹⁴⁷ Die Vertrauenshaftung gilt insofern also als Oberbegriff der c.i.c.¹⁴⁸

Weil die c.i.c., wie erwähnt¹⁴⁹, im jüngsten Urteil des Bundesgerichts nicht mehr als Unterbegriff der Haftung aus Vertrauen qualifiziert wird, stellen sich die Fragen, in welchem Verhältnis diese zwei Rechtsfiguren zueinanderstehen und ob die in der Schweiz gefestigtere Haftung aus c.i.c. gewisse Anwendungsfälle der Vertrauenshaftung miteinschliessen könnte.

Die Culpa-Haftung setzt Vertragsverhandlungen von Parteien voraus.¹⁵⁰ Damit wird eine Beziehung verlangt, die auf einen Vertrag hinausläuft oder zumindest hinauslaufen soll. Es treffen im Gegensatz zu ausservertraglichen Sachverhalten folglich nicht zufällig zwei Parteien aufeinander. Obwohl sich das Bundesgericht, wie auch bei der Vertrauenshaftung¹⁵¹, noch immer für die Heranziehung der deliktsrechtlichen Verjährungsfrist ausspricht¹⁵² und die c.i.c. als Haftung eigener Art bezeichnet wird¹⁵³, ist die Nähe zur Vertragshaftung offensichtlich.¹⁵⁴ Ein so gearteter Bezug zum Vertrag fehlt der Vertrauenshaftung.¹⁵⁵ Entsprechend wird sie regelmässig als ein zwischen Vertrag und Delikt angesiedeltes Rechtsinstitut bezeichnet.¹⁵⁶

¹⁴⁴ MÜLLER, Einl. in das OR, N 299; SCHMID, N 982b; VON JHERING, S. 1 ff.; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Einl. vor Art. 1 ff., N 89.

¹⁴⁵ JUNGO, N 247; KUZMIC, S. 31; MÜLLER, Einl. in das OR, N 298; SCHMID, N 965.

¹⁴⁶ Ziff. B.1.

¹⁴⁷ BGE 123 III 220 E. 4e S. 231; BGE 120 II 331 E. 5a S. 335 f.

¹⁴⁸ HUGUENIN, N 1731; KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einl. in das schweizerische OR, N 151; KUZMIC, S. 31 f.; MÜLLER, Einl. in das OR, N 311; BGE 134 III 390 E. 4.3.2 S. 395.

¹⁴⁹ Vgl. zur Einordnung der Vertrauenshaftung des Bundesgerichts Ziff. B.II.1.

¹⁵⁰ KOLLER, N 28.59; BGE 116 II 695 E. 3 S. 698; Urteil (des Bundesverwaltungsgerichts) A-682/2019 vom 30. September 2019 E. 4.3.2.

¹⁵¹ Ausführungen zur Verjährungsfrist der Vertrauenshaftung unter Ziff. B.II.1., B.IV.

¹⁵² BGE 108 II 419 E. 5 S. 422; BGE 104 II 94 E. 3a S. 94; BGE 101 II 266 E. 4c S. 269.

¹⁵³ SCHMID, N 981; BGE 134 III 390 E. 4.3.2 S. 397; BGE 120 II 331 E. 5a S. 335 f.

¹⁵⁴ FURRER/WEY, Art. 98, N 13; KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einl. in das schweizerische OR, N 141; SCHWENZER, N 48.07; WIDMER, S. 120; BGE 68 II 295 E. 5 S. 303.

¹⁵⁵ KOLLER, N 28.59; WIDMER, S. 120.

¹⁵⁶ Ausführungen zur Einordnung der Vertrauenshaftung unter Ziff. B.II.

Nach dem Gesagten scheint es also nicht möglich, gewisse Anwendungsfälle der Vertrauenshaftung ebenfalls auf die Haftungsgrundlage der c.i.c. zu stützen. Eine wesentliche Voraussetzung der c.i.c. stellt das Vorliegen von Vertragsverhandlungen dar.¹⁵⁷ Bei den Urteilen zur Vertrauenshaftung findet sich jeweils kein solcher vorvertraglicher Kontakt zwischen der haftenden und der geschädigten Person.¹⁵⁸ Wohl gerade deswegen wurde die c.i.c. neben anderen ursprünglich als Unterbegriff der Vertrauenshaftung bezeichnet.

Die Culpa-Haftung hält folglich für die anderen Anwendungsfälle der Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen keine Lösungen bereit.¹⁵⁹

2. Vertrag

Die Haftung aus Vertrag verlangt unmissverständlich das Vorliegen einer vertraglichen Bindung.¹⁶⁰ Eine solche besteht bei der Vertrauenshaftung gerade nicht. Wie oben ausgeführt begründet sich die Haftung vielmehr aus dem entstandenen Sonderverhältnis, welches beim Anspruchsberechtigten Vertrauen erweckt und schliesslich durch dessen Enttäuschung zu einem Schaden führt.¹⁶¹ Obschon die h.L. vertragsrechtliche Modalitäten analog angewendet sehen will¹⁶², ist die Abwicklung der zentralen Urteile zur Vertrauenshaftung über den vertraglichen Haftungstatbestand nicht denkbar. Stets fehlt die Grundvoraussetzung der Vertragshaftung – der Vertrag. Eine Gleichbehandlung einer vertraglichen Bindung mit einer rechtlichen Sonderverbindung würde überdies viel zu weit führen und die Vertragshaftung aus Art. 97 ff. OR völlig ausufern lassen.

3. Delikt

Die wichtigste zur Vertrauenshaftung vermeintlich alternative Haftungsgrundlage stellt die unerlaubte Handlung i.S.v. Art. 41 OR dar. In der Lehre finden sich ver-

¹⁵⁷ KOLLER, N 28.59; KUZMIC, S. 31; MÜLLER, Einl. in das OR, N 315 f.; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Einl. vor Art. 1 ff., N 92; BGE 125 III 86 E. 3c S. 89; BGE 108 II 419 E. 5 S. 421 f.

¹⁵⁸ WIDMER, S. 125.

¹⁵⁹ KOLLER, N 28.59.

¹⁶⁰ FURRER/WEY, Art. 98, N 24 ff.; GIGER, Art. 97, N 4 ff.; KREN KOSTKIEWICZ, Art. 97, N 4 ff.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97, N 1 ff.

¹⁶¹ Genauere Ausführungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Vertrauenshaftung unter Ziff. B.III.

¹⁶² Ziff. B.IV., C.III.3.

schiedenste Ansätze, die allesamt darauf hinauslaufen, das Anwendungsfeld der deliktsrechtlichen Haftung gewissermassen zu verändern oder zu erweitern. Schliesslich könnten dadurch die Fälle, die bisher über die Vertrauenshaftung abgewickelt worden sind, allenfalls mit Hilfe der Art. 41 ff. OR gelöst werden. In diesen Bereichen überschneiden sich die Meinungen der Kritiker der Vertrauenshaftung mit den allgemeinen Lehren zum Deliktsrecht. Auch unabhängig der Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen verlangen zahlreiche Autoren, gewisse Elemente der Deliktshaftung andersartig auszulegen, um im Ergebnis angeblich vernünftiger Lösungen zu erreichen. Meist stützen sich diese Theorieansätze auf eine differenzierte Auffassung des Tatbestandsmerkmals der Widerrechtlichkeit.

Zu Beginn wird der Übersicht und Vollständigkeit halber der aktuelle Stand der unerlaubten Handlung nach Art. 41 OR überblicksmässig rezipiert. Anschliessend folgt eine Darlegung und Analyse der unterschiedlichen Auffassungen, die im Ergebnis zu einer Verwerfung der Vertrauenshaftung führen könnten.

a) Allgemeines

Gem. Art. 41 Abs. 1 OR ist derjenige, der einem anderen mit Absicht oder aus Fahrlässigkeit widerrechtlich Schaden zufügt, diesem zum Ersatze verpflichtet. Gleiches gilt nach Abs. 2, wenn der Schaden absichtlich in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise herbeigeführt wurde.¹⁶³

Art. 41 OR ist die Grundnorm der schweizerischen ausservertraglichen Verschuldenshaftung.¹⁶⁴ Zur Bejahung einer Haftung aus Delikt werden kumulativ vier Voraussetzungen verlangt.¹⁶⁵ Verschulden liegt vor, wenn der schädigenden Person vorgeworfen werden kann, sie habe vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit gegen eine von der Rechtsordnung statuierte Pflicht verstossen.¹⁶⁶ Bedingung ist dabei, dass der Schädiger erkennt oder zumindest erkennen kann, dass sein Verhalten die Schädigung eines Dritten verursachen könnte.¹⁶⁷ Zweite Voraussetzung ist ein Schaden. Als Schaden gilt eine unfreiwillige Vermögensverminderung bei der geschädigten Person.¹⁶⁸ Diese be-

¹⁶³ Genauere Ausführungen zur Sittenwidrigkeit unter Ziff. C.IV.3.e).

¹⁶⁴ GAUCH, S. 232, 234, 236; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 1; TOGNELLA, S. 43.

¹⁶⁵ BREHM, Art. 41, N 222a; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 2c; BGE 132 III 122 E. 4.1 S. 130.

¹⁶⁶ GAUCH, S. 235; CHK-MÜLLER, Art. 41, N 7.

¹⁶⁷ FISCHER, Art. 41, N 159; Urteil (des Bundesgerichts) 4A_606/2017 vom 30. April 2018 E. 3.1.1.

¹⁶⁸ BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 3; CHK-MÜLLER, Art. 41, N 20; TOGNELLA, S. 43.

steht in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in einem entgangenen Gewinn. Der Schaden entspricht dabei – der vorherrschenden Differenztheorie folgend – der Differenz zwischen dem gegenwertigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.¹⁶⁹ Des Weiteren wird ein Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Verhalten und dem Schaden verlangt.¹⁷⁰ Ein solcher besteht aus zwei Aspekten. Zum einen ist dies die natürliche Kausalität. Diese ist gegeben, wenn die schädigende Handlung eine *conditio sine qua non*, sprich eine nicht wegzudenkende Bedingung für den eingetretenen Schaden darstellt.¹⁷¹ Zum anderen wird ein adäquater Kausalzusammenhang verlangt. Demnach ist ein Verhalten des Schädigers nur haftungsbegründend, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg in der Art des eingetretenen herbeizuführen bzw. zumindest zu begünstigen.¹⁷²

Die letzte und für die folgenden Ausführungen hauptsächlich relevante Haftungsvoraussetzung ist diejenige der Widerrechtlichkeit.¹⁷³ Zur Definition dieses Kriteriums existieren verschiedene Theorien. Die subjektive Widerrechtlichkeitstheorie basiert darauf, dass jedes Verhalten, das zu einer Schädigung einer Drittperson führt, prinzipiell widerrechtlich ist. Die Schadenszufügung ist nur dann rechtmässig, wenn sie aufgrund einer subjektiven Rechtfertigung erfolgte.¹⁷⁴ I.S. eines allgemeinen Schädigungsverbots gilt somit jede Verhaltensweise, für die keine rechtliche Befugnis vorliegt, als widerrechtlich.¹⁷⁵ Die heute vorherrschende und vom Bundesgericht vertretene Theorie ist diejenige der objektiven Widerrechtlichkeit.¹⁷⁶ Diese verlangt einen Verstoß gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht. Die Widerrechtlichkeit einer schädigenden Handlung ergibt sich demzufolge entweder durch die nicht gerechtfertigte Schädigung eines absoluten Rechts (sog. Erfolgsunrecht) oder, im Falle eines reinen

¹⁶⁹ BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 323 f.; BGE 129 III 331 E. 2.1 S. 332; BGE 90 II 417 E. 3 S. 424.

¹⁷⁰ GAUCH, S. 228; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 13; BGE 137 III 539 E. 5.2 S. 544.

¹⁷¹ FISCHER, Art. 41, N 131; BGE 128 III 174 E. 2b S. 177; BGE 121 IV 207 E. 2a S. 212.

¹⁷² GAUCH, S. 229; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 16; BGE 129 II 312 E. 3.3 S. 318; BGE 93 II 329 E. 4 S. 337.

¹⁷³ FISCHER, Art. 41, N 58; GAUCH, S. 232; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 30; MÜLLER-CHEN, S. 299.

¹⁷⁴ GABRIEL, S. 81; HUGUENIN, N 1943; CHK-MÜLLER, Art. 41, N 43; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 22; BGE 115 II 15 E. 3a S. 18.

¹⁷⁵ BREHM, Art. 41, N 33e f.; FISCHER, Art. 41, N 72; GABRIEL, S. 81; GAUCH/SWEET, S. 118 ff.; TOGNELLA, S. 55.

¹⁷⁶ BREHM, Art. 41, N 33c; GAUCH, S. 232; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N 136; HUGUENIN, N 1942; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 31; Baurecht-KOLLER, N 5; CHK-MÜLLER, Art. 41, N 43; SCHWENZER, N 50.04; TOGNELLA, S. 55; BGE 123 III 306 E. 4a S. 312; BGE 117 II 315 E. 4d S. 317 f.; BGE 115 II 15 E. 3a S. 18.

Vermögensschadens, aus dem Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm, die vor derartigen Schäden schützen soll (sog. Verhaltensunrecht).¹⁷⁷ Nach der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie entfällt also die Widerrechtlichkeit, sofern bei einer Schädigung reiner Vermögensrechte keine Verhaltensnorm verletzt wurde, die vor solch gearteten Schäden schützen soll.¹⁷⁸ Im Verlauf der Zeit wurde eine neue, dritte Widerrechtlichkeitstheorie entwickelt. Diese verlangt zur Bejahung der Widerrechtlichkeit je nach Begründung einen Verstoss gegen eine Schutz-, Verhaltens- oder Sorgfaltpflicht. Auf eine Differenzierung der betroffenen Rechtsgüter kann hierbei verzichtet werden.¹⁷⁹ Auf diese Theorien wird in den nachfolgenden Abhandlungen genauer einzugehen sein.¹⁸⁰ Gleiches gilt für den Verstoss gegen die guten Sitten gem. Art. 41 Abs. 2 OR als Äquivalent zur Widerrechtlichkeit.¹⁸¹

Sofern die soeben aufgeführten vier allgemeinen Voraussetzungen gegeben sind, gilt der Tatbestand von Art. 41 OR als erfüllt und die schädigende ist der geschädigten Person haft- und unter Berücksichtigung der konkretisierenden Regelungen von Art. 42 ff. OR schadenersatzpflichtig.¹⁸²

b) Subjektive Widerrechtlichkeitstheorie

Auch wenn es denkbar ist, die über die Haftung aus Vertrauen abgewickelten Sachverhalte unter Anwendung der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie¹⁸³ dem Deliktsrecht zu unterstellen, wird die Vertrauenshaftung für das schweizerische Rechtssystem nicht obsolet. Die Theorie der subjektiven Widerrechtlichkeit gilt gem. Bundesgericht und annähernd einhelliger Lehre als überholt.¹⁸⁴ Sie wird als uferlos bezeichnet, da

¹⁷⁷ FELLMANN ET AL., Art. 46 eOR 2020, N 5; HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 63; HUGUENIN, N 1942; MÜLLER-CHEN, S. 299 f.; SCHWENZER, N 50.28; BGE 123 II 577 E. 4c S. 581; BGE 122 III 176 E. 7b S. 192.

¹⁷⁸ GAUCH, S. 232; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 34; BGE 119 II 127 E. 3 S. 128 f.; BGE 116 Ib 367 E. 4b S. 374.

¹⁷⁹ BREHM, Art. 41, N 33i; FISCHER, Art. 41, N 78; FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 24; HALLER, N 86 ff.; HEIERLI, N 541 ff.; HUGUENIN, N 1943; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 32a; SCHÖNENBERGER, S. 3, 6; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 26; SCHWENZER, N 50.04; WIDMER, S. 111 ff.

¹⁸⁰ Ziff. C.IV.3.b)-d).

¹⁸¹ Ziff. C.IV.3.e).

¹⁸² FISCHER, Art. 41, N 177 f.; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 54; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 36.

¹⁸³ Vgl. zur Definition der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie Ziff. C.IV.3.a).

¹⁸⁴ GABRIEL, S. 82; GAUCH, S. 233, Fn 87; HEIERLI, N 540; HUGUENIN, N 1943; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 22; SCHWENZER, N 50.04; ZSR-WALTER, S. 95; BGE 115 II 15 E. 3a S. 18; a.M. GAUCH/SWEET, S. 118 ff.

ständig neue Rechtfertigungsgründe gesucht werden müssten.¹⁸⁵ Damit fällt sie als möglicher alternativer Lösungsansatz ausser Betracht. Aus diesen Gründen wird an dieser Stelle auf weitere Ausführungen zum auf der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie basierenden Deliktsrecht verzichtet.

c) Objektive Widerrechtlichkeitstheorie

Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie¹⁸⁶ wird von der h.L. und insb. vom Bundesgericht vertreten.¹⁸⁷ Gerade in der jüngeren Lehre wird sie jedoch immer öfter kritisiert. Die folgenden Ausführungen zeigen zunächst die problematischen Punkte auf. Sodann werden die im Schrifttum vertretenen Auslegungen und Teilaspekte dieser Theorie beleuchtet, deren Berücksichtigung die Überflüssigkeit der autonomen Vertrauenshaftung begründen könnten.

i) Kritik

In der Lehre finden sich immer mehr Stimmen, die an der vorherrschenden Theorie zur Widerrechtlichkeit Kritik üben. Dies insb., weil die Berücksichtigung der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie¹⁸⁸ zu einer Ungleichbehandlung bzw. Diskriminierung von reinen Vermögensschäden führe.¹⁸⁹ Beim Erfolgsunrecht liegt Widerrechtlichkeit immer vor, wenn die Schädigung nicht gerechtfertigt ist und in ein absolut geschütztes Rechtsgut eingegriffen wird.¹⁹⁰ Dabei ist unerheblich, ob der Schädiger zusätzlich gegen eine bestimmte Verhaltensnorm verstossen hat und wie genau er gehandelt hat.¹⁹¹ Anders verhält es sich hingegen bei reinen Vermögensschäden. Dort steht das Verhaltensunrecht im Zentrum. Eine Schädigung gilt demgemäss nur dann als widerrechtlich,

¹⁸⁵ BREHM, Art. 41, N 33g; FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 23; HEIERLI, N 539; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 32; BGE 115 II 15 E. 3a S. 19.

¹⁸⁶ Vgl. zur Definition der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie Ziff. C.IV.3.a).

¹⁸⁷ Fn 176.

¹⁸⁸ Vgl. zur Definition der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie Ziff. C.IV.3.a).

¹⁸⁹ FISCHER, Art. 41, N 77; GAUCH/SWEET, S. 119; SCHÖNENBERGER, S. 5; recht-WERRO, S. 13; WIDMER, S. 102 ff., 110 f.

¹⁹⁰ HUGUENIN, N 1942; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 23; SCHWENZER, N 50.05; BGE 122 III 176 E. 7b S. 192; BGE 119 II 127 E. 3 S. 128; BGE 118 Ib 473 E. 2b S. 476.

¹⁹¹ BREHM, Art. 41, N 35b; FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 17; CHK-MÜLLER, Art. 41, N 44; TONNELLA, S. 64; BGE 112 II 118 E. 5e S. 128.

wenn eine einschlägige Vermögensschutznorm, die ihrem Zweck nach vor Schädigungen dieser Art schützen soll, verletzt wird.¹⁹² Zusätzlich wird der Theorie des Erfolgsunrechts vorgeworfen, sie führe bei Unterlassungen zu unbefriedigenden Ergebnissen. So könne sich die Widerrechtlichkeit in Unterlassungssituationen wiederum nur aufgrund der Verletzung von Handlungspflichten und damit i.S. des Verhaltensunrechts ergeben.¹⁹³ Ebenfalls nicht zu geeigneten Lösungen führe die Lehre vom Erfolgsunrecht bei bloss mittelbaren Schädigungen.¹⁹⁴ Darüber hinaus beschreibt SCHÖNENBERGER Beurteilungsprobleme, welche bei reinen Vermögensschäden entstehen können. So lasse sich bspw. für durch ungenaue Auskunft entstandene Vermögenseinbussen keine passende Schutznorm finden, was streng genommen im Ergebnis mangels Widerrechtlichkeit die Haftung entfallen lasse.¹⁹⁵ Ferner fehle es an der Rechtssicherheit, da die Bestimmung einer Schutzvorschrift einzig den Gerichten überlassen sei.¹⁹⁶

ii) Art. 2 Abs. 1 ZGB als Vermögensschutznorm

Die erste Möglichkeit, die mittels Vertrauenshaftung gelösten Fälle durch die auf der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie basierende deliktsrechtliche Haftung zu decken, ist, Art. 2 Abs. 1 ZGB – zumindest in gewissen Situationen – als Vermögensschutznorm aufzufassen.¹⁹⁷ Gem. dieser Bestimmung hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

Die h.L. ist klar der Ansicht, Art. 2 Abs. 1 ZGB könne keine eigenständige Schutznorm i.S. des Verhaltensunrechts darstellen. Diese Bestimmung dürfe nur i.V.m. anderen Normen verstanden werden und biete damit keine autonome Grundlage für die Bejahung der Widerrechtlichkeit im ausservertraglichen Haftpflichtrecht.¹⁹⁸ Gemäss bundesgerichtlicher Rspr. knüpft das Gebot von Treu und Glauben an vorbestehende

¹⁹² BREHM, Art. 41, N 38d; FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 20; HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 63; SCHWENZER, N 50.28; BGE 136 III 113 E. 3.2 S. 119; BGE 132 III 122 E. 4.1 S. 130; BGE 115 II 15 E. 3a S. 118.

¹⁹³ FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 18; HUGUENIN, N 1949; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 37; PORTMANN, S. 275 f.; SCHÖNENBERGER, S. 9; SCHWENZER, N 50.29.

¹⁹⁴ FELLMANN ET AL., Art. 46 eOR 2020, N 6; FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 19; MÜLLER-CHEN, S. 300; ROBERTO, N 268; SCHÖNENBERGER, S. 9; SCHWENZER, N 50.29.

¹⁹⁵ SCHÖNENBERGER, S. 5.

¹⁹⁶ FELLMANN ET AL., Art. 46 eOR 2020, N 6.

¹⁹⁷ FISCHER, Art. 41, N 112 f.; HOFSTETTER, S. 264; Baurecht-KOLLER, N 93; SOMMER, S. 1038; WYSS/VON DER CRONE, S. 117.

¹⁹⁸ FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 55; HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 63; HAUSHEER/MÜLLER-AEBI, Art. 2, N 136; HONSELL ET AL., § 2, N 7; HUGUENIN, N 1954; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 36;

Rechte und Pflichten der Parteien an. Ihm könne höchstens in engen Grenzen Schutznormcharakter zukommen.¹⁹⁹ Dem diametral entgegengestellt vertritt ein vernachlässigbarer Teil der überwiegend älteren Lehre die Meinung, Art. 2 Abs. 1 ZGB komme vollwertigen Schutznormcharakter zu.²⁰⁰ Diese Ansicht führt unumgänglich zu einer unvergleichbaren Ausweitung des privatrechtlichen Systems.²⁰¹ Mit der Anerkennung dieser Auffassung würde man eine deliktische Widerrechtlichkeit schaffen, die selbst bei Vertragsverletzungen zu bejahen wäre.²⁰² M.a.W. würde damit die vertragliche Pflichtverletzung, da eine solche gegen das Gebot von Treu und Glauben verstösst, bei Vorliegen der restlichen Voraussetzungen²⁰³, zu einer Haftung aus unerlaubter Handlung führen. Eine derartige Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein und wurde vom Bundesgericht abgelehnt.²⁰⁴

Damit ist klar, dass im Rahmen der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie weder die vollständige Anerkennung noch die gänzliche Ablehnung von Art. 2 Abs. 1 ZGB als Vermögensschutznorm die Vertrauenshaftung ersetzen können.

Wie soeben erwähnt, führt das Bundesgericht allerdings aus, in eng begrenzten Ausnahmefällen könne dem Gebot von Treu und Glauben durchaus Schutznormcharakter zukommen.²⁰⁵ So hat sich denn auch ein Teil der Lehre dieser relativierten Betrachtung angeschlossen.²⁰⁶

Das Bundesgericht betont wiederholt, Art. 2 ZGB knüpfe – wie sich aus dem Wortlaut ergebe – nur an bereits bestehende Rechte und Pflichten einer Person an.²⁰⁷ Wo

SCHÖNENBERGER, S. 5; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 23; SCHWENZER, N 50.22; TONNELLA, S. 56; ZSR-WALTER, S. 95; recht-WERRO, S. 13; WICK, S. 1280.

¹⁹⁹ BGE 130 III 113 E. 4.2 S. 123; BGE 124 III 297 E. 5c S. 301; BGE 121 III 350 E. 6b S. 354; BGE 116 Ib 367 E. 6c S. 376; BGE 108 II 305 E. 2b S. 311.

²⁰⁰ FISCHER, Art. 41, N 101, 113; KELLER, S. 137; KELLER ET AL., S. 49; Baurecht-KOLLER, N 93; PETITPIERRE, S. 279.

²⁰¹ HONSELL ET AL., § 2, N 7.

²⁰² GAUCH/SWEET, S. 139; SCHMID, N 980; SCHÖNENBERGER, S. 5; SCHWENZER, N 50.22; WYSS/VON DER CRONE, S. 118.

²⁰³ Vgl. Ziff. C.IV.3.a).

²⁰⁴ BGE 74 II 23 E. 1b S. 26.

²⁰⁵ Fn 199.

²⁰⁶ BREHM, Art. 41, N 53a ff., insb. 53i; FELLMANN ET AL., Art. 46 eOR 2020, N 15; FISCHER, Art. 41, N 101; HOFSTETTER, S. 264; KELLER, S. 137; KELLER ET AL., S. 49; MORIN, S. 184, 191 f.; URWYLER, S. 540.

²⁰⁷ BGE 124 III 297 E. 5c S. 301; BGE 121 III 350 E. 6b S. 354; BGE 108 II 305 E. 2b S. 311.

jemand weder durch Vertrag noch nach Gesetz zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist, könne jedoch in engen Grenzen bzw. in eng umgrenzten Ausnahmefällen eine solche Pflicht selbständig aus Art. 2 ZGB abgeleitet werden.²⁰⁸ Das Bundesgericht scheint sich also in gewissen Fällen von der Auffassung der h.L., die der Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben keinen autonomen Schutzcharakter einräumt²⁰⁹, zu distanzieren. Erstaunlich ist ferner, dass sich sogar höchstrichterliche Passagen finden, in denen Art. 2 ZGB quasi vorbehaltlos als Verhaltensnorm verstanden wird²¹⁰; wobei jeder einen Vermögensschaden auslösende Verstoss gegen eine derartige Regelung als widerrechtlich gilt.²¹¹

Eine ausdrückliche Ausnahme von der grundsätzlichen Ablehnung des Vermögensschutzcharakters der Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben stellt gem. Bundesgericht die Haftung aus treuwidriger Enttäuschung erweckten Vertrauens dar.²¹² Im darauffolgenden Satz desselben Urteils wird hingegen angemerkt, die Vorinstanz habe Art. 2 ZGB zurecht nicht als haftpflichtrechtliche Grundschutznorm aufgefasst. Das Bundesgericht äussert sich hier insofern widersprüchlich, als es Art. 2 ZGB zum einen als Grundschutznorm ablehnt, zum anderen jedoch – wenn auch ein Ausnahmefall vorliegt – diesen als solche akzeptiert. Ausserdem wird im Ringer-Entscheid²¹³ die Auffassung rezipiert, jemand, der sich auf einem bestimmten Gebiet besonders gut auskenne und sich deshalb bereit erkläre, einem anderen ausserhalb eines Vertragsverhältnisses Ratschläge zu erteilen, entsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben handeln müsse. Verletzt er vorsätzlich oder fahrlässig diese Pflicht – sei es durch aktive Auskunftserteilung oder durch Verschweigen von Tatsachen, deren Wichtigkeit für die Gegenpartei für ihn zumindest erkennbar sein musste – so liege Widerrechtlichkeit vor, die im Ergebnis schliesslich zur Haftung führe.²¹⁴

Eine ähnliche Kontroverse wirft ein im Jahr 2001 ergangenes Urteil auf. Das Bundesgericht stützte in einem die unrichtige Rats- und Auskunftserteilung²¹⁵ betreffenden Entscheid das angefochtene Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau. Es

²⁰⁸ BGE 121 III 350 E. 6b S. 354; BGE 116 Ib 367 E. 6c S. 376; BGE 108 II 305 E. 2b S. 311.

²⁰⁹ Fn 198.

²¹⁰ BREHM, Art. 41, N 53d; BGE 117 II 394 E. 3b S. 396; BGE 116 Ia 162 E. 2c S. 169.

²¹¹ Fn 192.

²¹² BGE 124 III 297 E. 5c S. 301.

²¹³ Ausführungen zum Ringer-Entscheid unter Ziff. B.I.2., B.II.1.

²¹⁴ BGE 121 III 350 E. 6c S. 355; so auch BGE 116 II 695 E. 4 S. 699; BGE 111 II 471 E. 2 f. S. 473 f.; BGE 57 II 81 E. 2 S. 86.

²¹⁵ Genaueres zur Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung unter Ziff. C.IV.3.c) iii).

bestätigte auf diese Weise eine kumulativ sowohl aus Delikt als auch aus Vertrauenshaftung abgeleitete Haftpflicht für denselben Sachverhalt.²¹⁶ Stellt man sich gegen die Vertrauenshaftung als eigenständiges Rechtsinstitut, wird in einem solchen Fall deren zusätzliche Heranziehung und Prüfung zurecht als unangebracht kritisiert.²¹⁷

Wenn das Bundesgericht, wie oberhalb erwähnt, bei der treuwidrigen Enttäuschung von erwecktem Vertrauen Art. 2 ZGB ausnahmsweise als Schutznorm gelten lassen will²¹⁸, ist fraglich, wieso es die Haftung nicht bereits auf deliktischer Grundlage bejaht, sondern auf das vermeintlich eigenständige Institut der Vertrauenshaftung verweist.²¹⁹ Denn der verursachte reine Vermögensschaden wird dieser Argumentation folgend von einer Schutznorm – nämlich dem ausnahmsweise autonom heranziehbaren Art. 2 Abs. 1 ZGB – geschützt. Dieses Ergebnis wäre grundsätzlich durchaus mit der herrschenden objektiven Widerrechtlichkeitstheorie kompatibel und würde damit zur Haftpflicht des Schädigers nach Art. 41 Abs. 1 OR führen. Auch die Erwägung, die Anwendung des Art. 2 ZGB setze eine rechtlich relevante Sonderverbindung, sprich eine über den reinen Zufallskontakt hinausgehende Beziehung mehrerer Rechtssubjekte voraus²²⁰, vermag an diesem Resultat nichts zu ändern.

Diese Überlegungen scheinen zur stringenten Schlussfolgerung zu führen, das Bundesgericht subsumiere die Vertrauenshaftung implizit unter den Anwendungsbereich des ausnahmsweise als Vermögensschutznorm zu verstehenden Art. 2 ZGB. Dies unter der Voraussetzung einer bestehenden Sonderverbindung²²¹, welche berechtigtes Vertrauen erweckt und durch dessen Enttäuschung schliesslich ein Vermögensschaden entsteht.²²² Im Umkehrschluss würde die Befürwortung dieser Einordnung²²³ bedeuten, dass, sofern eine vertrauensschaffende rechtliche Sonderverbindung vorliegt, Art. 2 ZGB als Schutznorm im Sinne des Verhaltensunrechts gilt. Basierend auf der Grundlage der vorherrschenden objektiven Widerrechtlichkeitstheorie läge die Vertrauenshaftung damit im Anwendungsbereich der deliktischen Haftung gem.

²¹⁶ URWYLER, S. 537 f.; Urteil (des Bundesgerichts) 4C.193/2000 vom 26. September 2001 E. 5.

²¹⁷ SCHWENZER, N 52.03; WYSS/VON DER CRONE, S. 118.

²¹⁸ Fn 205.

²¹⁹ BGE 124 III 297 E. 5c S. 301 i.V.m. E. 6 S. 303 ff.

²²⁰ WYSS/VON DER CRONE, S. 117; BGE 130 III 113 E. 4.2 S. 123.

²²¹ HOFSTETTER, S. 264; KELLER, S. 137; KELLER ET AL., S. 49; REY, S. 239 ff.

²²² Genauere Ausführungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Vertrauenshaftung unter Ziff. B.III.

²²³ Vgl. zur Einordnung der Vertrauenshaftung Ziff. B.II.

Art. 41 OR und die Qualifikation als eigenständige Haftungsgrundlage würde sich erübrigen.²²⁴

Dem ist jedoch hinzuzufügen, dass die Vertrauenshaftung in zahlreichen Entscheidungen immer wieder geprüft oder zumindest erwähnt wurde.²²⁵ Wie oberhalb bereits aufgezeigt, kann somit nicht behauptet werden, das Bundesgericht habe sich in jüngerer Zeit von diesem Rechtsinstitut distanzieren wollen.²²⁶ Wiederholt wird die Haftung aus Vertrauen dabei als autonome, zwischen Vertrag und Delikt angesiedelte Grundlage bezeichnet.²²⁷ Wie es UELI SOMMER beispielhaft erwähnt, könnte diese Einordnung auf den Willen einer Umgehung der strengeren deliktsrechtlichen Modalitäten²²⁸ zurückzuführen sein.²²⁹ So würden im Falle der Einordnung der Vertrauenshaftung unter Art. 2 ZGB als ausnahmsweise heranziehbare Vermögensschutznorm und damit unter Art. 41 OR keine vertragsrechtlichen Haftungsmodalitäten mehr Einklang finden können. Ausserdem sprechen sich noch immer die deutliche Mehrheit der Stimmen in der Lehre²³⁰ sowie – wenngleich meist unter Erwähnung der Möglichkeit von Ausnahmefällen – das Bundesgericht²³¹, gegen aus Art. 2 ZGB abgeleitete deliktische Verhaltenspflichten aus.

Zusammenfassend wurde im zweiten Teil dieses Abschnitts eine plausible und grundsätzlich schlüssige Alternative zur Vertrauenshaftung als eigenständige Rechtsfigur veranschaulicht. Akzeptiert man Art. 2 ZGB in Ausnahmefällen – namentlich bei Vorliegen der geläufigen Voraussetzungen der Vertrauenshaftung – als Vermögensschutznorm i.S. des Verhaltensunrechts, kann auf die autonom angesiedelte Vertrauenshaftung verzichtet werden.²³² Dabei muss die dominierende objektive Widerrechtlichkeitstheorie ihrem Grundsatz nach nicht angezweifelt werden. Man stellt sich mit dieser Ansicht aber freilich gegen die h.L. und muss sich von den für die geschädigte Person günstiger ausfallenden Vertragsmodalitäten distanzieren. Der Meinung des

²²⁴ FISCHER, Art. 41, N 113; Baurecht-KOLLER, N 93; SOMMER, Fn 98; URWYLER, S. 539 f.; WYSS/VON DER CRONE, S. 117.

²²⁵ Fn 105.

²²⁶ Ziff. C.II.

²²⁷ Fn 33.

²²⁸ Ausführungen zu den Haftungsmodalitäten der Vertrauenshaftung unter Ziff. B.IV., C.III.3.

²²⁹ SOMMER, S. 1038.

²³⁰ Fn 198.

²³¹ Fn 199.

²³² Genauso auch URWYLER, S. 539 f.

Bundesgerichts, zumindest solange man sich auf dessen Wortlaut verlässt, widerspricht man insofern jedoch nicht.

iii) Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung

Die Haftung für Rat und Auskunft wurde bis zur Einführung der Vertrauenshaftung in der schweizerischen Rspr. stets auf deliktische Grundsätze gestützt.²³³ Von ROBERTO und KUZNIAR wird vorgebracht, die Vertrauenshaftung sei keine eigenständige Haftungsfigur zwischen Vertrag und Delikt, vielmehr umfasse sie nur (noch) die Fälle der ausservertraglichen Haftung für falsche Auskunft.²³⁴ Diesen Schluss ziehen sie aus dem Wortlaut der jüngsten die Haftung aus Vertrauen betreffenden Entscheidung.²³⁵ Darin führte das Bundesgericht aus, dass sich aus einer konkreten, berechtigten Erwartungen weckenden Kundgabe, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen, grundsätzlich eine Haftung ergeben könne.²³⁶ Auch weitere Autoren behaupten, gewisse Sachverhalte hätten mit der deliktsrechtlichen Haftung für fehlerhafte Auskünfte begründet werden können.²³⁷

Zustimmung verdient die Aussage, dass in Rats- und Auskunftsfällen während einer langen Zeitspanne die ausservertraglichen Haftungsgrundlagen herangezogen wurden. Bereits im Mai des Jahres 1904 erwog das Bundesgericht, in ausservertraglichen Rechtsverhältnissen sei «für die schädlichen Folgen einer unrichtigen Empfehlung bzw. eines schlechten Rates» zu haften.²³⁸ Diese auf den deliktsrechtlichen Art. 41 ff. OR basierende Rspr. wurde in der Folge mehrmals bestätigend wiederholt.²³⁹ Der als Leitentscheid geltende BGE definiert schliesslich: «Wer über Verhältnisse befragt wird, in die er Kraft seiner Stellung besonderen Einblick besitzt, hat – wenn er sich überhaupt auf eine Antwort einlässt – wahrheitsgetreu Auskunft zu geben, sofern für ihn erkennbar ist, dass diese für den Adressaten voraussichtlich folgen-schwere Bedeutung hat oder haben kann; er darf nicht absichtlich falsche Tatsachen

²³³ FISCHER, Art. 41, N 95; ROBERTO/KUZNIAR, S. 1110; SCHWENZER, N 50.24; SOMMER, S. 1033; URWYLER, S. 533; WICK, S. 1275.

²³⁴ ROBERTO/KUZNIAR, S. 1110 f.

²³⁵ Vgl. dazu Ziff. C.II.

²³⁶ BGE 142 III 84 E. 3.1 S. 87.

²³⁷ MÜLLER, Einl. in das OR, N 350; SCHWENZER, N 52.03; recht-WERRO, S. 20.

²³⁸ BGE 30 II 258 E. 2 S. 267 f.

²³⁹ BGE 101 II 69 E. 2 S. 72 f.; BGE 80 III 41 E. 4 S. 54; BGE 68 II 295 E. 5 S. 302; BGE 57 II 81 E. 2 S. 85 f.; BGE 41 II 77 E. 4 S. 82.

*behaupten oder leichtfertig Angaben machen, deren Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit ihm ohne lange Prüfung in die Augen springen muss».*²⁴⁰ Tut er dies trotzdem, wird – sofern die Auskunft unentgeltlich und nicht gewerblich erteilt wird – ausservertragliches Handeln angenommen, das folgerichtig zu einer Haftung aus Art. 41 OR führt.²⁴¹ Eine solche Haftung wird zum einen aufgrund des Bestehens einer ungeschriebenen Rechtsnorm begründet²⁴², zum anderen wird entsprechend obigen Ausführungen Art. 2 ZGB ausnahmsweise als Schutznorm herangezogen.²⁴³ Im *Swissair-Entscheid*²⁴⁴ stuft das Bundesgericht die Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung als Unterfall der Vertrauenshaftung ein.²⁴⁵ Damit kann die Unterscheidung zwischen dem zufälligen Zusammentreffen mehrerer Parteien und den Situationen, in denen eine Sonderverbindung besteht, deutlich gemacht werden.²⁴⁶ Wie SOMMER treffend ausführt ist aber durchaus erstaunlich, dass das Bundesgericht selbst diese Einordnung der unrichtigen Auskunftserteilung unter den Anwendungsbereich der Haftung aus Vertrauen im *Ringer-Fall*²⁴⁷ lediglich als obiter dictum bezeichnet.²⁴⁸ Zusätzlich wird in einem darauffolgenden Entscheid angemerkt, die Haftung für falsche Auskunft könne deliktsrechtlich erfasst oder den Grundsätzen der Vertrauenshaftung unterstellt werden.²⁴⁹ Gleiches wurde im oberhalb bereits erwähnten Urteil aus dem Jahr 2001 statuiert.²⁵⁰ Ferner stellt das Bundesgericht klar, die Haftung aus Konzernvertrauen berühre sich mit der Haftung aus falschem Rat und mangelhafter Auskunft.²⁵¹ Im neusten Entscheid²⁵² ist schliesslich anstelle von Auskunft stets vom damit vergleichbaren Begriff der Information die Rede.

²⁴⁰ BGE 111 II 471 E. 3 S. 474.

²⁴¹ FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 59; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N 169 ff.; Baurecht-KOLLER, N 75; ROBERTO/KUZNIAR, S. 1110; SCHWENZER, N 50.24; recht-WERRO, S. 13; WICK, S. 1275; WYSS/VON DER CRONE, S. 115; BGE 116 II 695 E. 4 S. 699; BGE 112 II 347 E. 1a S. 350; BGE 111 II 471 E. 2 S. 473.

²⁴² BREHM, Art. 41, N 48a; FISCHER, Art. 41, N 95 f.; GAUCH, S. 232; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N 171; SCHÖNENBERGER, S. 6; BGE 80 III 41 E. 4 S. 54 f.; BGE 57 II 81 E. 2 S. 86.

²⁴³ Ziff. C.IV.3.c) ii).

²⁴⁴ Ausführungen zum *Swissair-Entscheid* unter Ziff. B.I.2., B.II.1.

²⁴⁵ FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 60; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N 171; SOMMER, S. 1033; WICK, S. 1275; BGE 120 II 331 E. 5a S. 336.

²⁴⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N 178; MÜLLER, Einl. in das OR, N 339; recht-WERRO, S. 14; WICK, S. 1278; BGE 130 III 345 E. 2.2 S. 349 f.; BGE 128 III 324 E. 2.2 S. 327; Urteil (des Bundesgerichts) 4C.193/2000 vom 26. September 2001 E. 5.

²⁴⁷ Ausführungen zum *Ringer-Entscheid* unter Ziff. B.I.2., B.II.1.

²⁴⁸ SOMMER, Fn 21; BGE 121 III 350 E. 6c S. 355.

²⁴⁹ SOMMER, Fn 21; URWYLER, S. 537; BGE 124 III 363 E. II.5b S. 369.

²⁵⁰ Fn 216.

²⁵¹ BGE 130 III 345 E. 2.2 S. 350; BGE 120 III 331 E. 5a S. 337.

²⁵² Ausführungen dazu unter Ziff. C.II.

Bspw. die werbemässigen Aussagen im Swissair-Fall²⁵³, die ursprünglichen Selektionskriterien des Ringer-Entscheids²⁵⁴, die Informationen des jüngsten die Vertrauenshaftung betreffenden Urteils²⁵⁵, unvollständige Faxschreiben²⁵⁶ oder unkorrekte Preisschätzungen²⁵⁷ können unter grosszügiger Begriffsdefinition als Auskünfte verstanden werden. Daher scheint es überblickend betrachtet, wie ROBERTO und KUZNIAR behaupten²⁵⁸ und das Bundesgericht auch in jüngerer Zeit mehrfach andeutet, in der Tat möglich, die bereits sehr früh entwickelte Rspr. der Rats- und Auskunftshaftung stringent weiterzuziehen und infolgedessen auf die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung zu verzichten. Wie im vorhergehenden Abschnitt²⁵⁹ spricht man sich jedoch mit der Befürwortung dieses Vorgehens erneut implizit gegen die Anwendung der vertragsrechtlichen Modalitäten aus. Dadurch wird die vom Bundesgericht mit der Einführung der Vertrauenshaftung gewünschte Differenzierung zwischen ungewolltem oder zufälligem Zusammentreffen von Parteien und solchen, die in eine Sonderverbindung zueinander getreten sind, vernachlässigt.²⁶⁰

iv) Zwischenergebnis

Obige Ausführungen haben gezeigt, dass, ohne die in der Schweiz gem. h.M. dominierende objektive Widerrechtlichkeitstheorie gänzlich ablehnen zu müssen, Alternativen zur selbständigen Vertrauenshaftung ersichtlich sind. Es sind dafür freilich kleinere Abänderungen in Teilbereichen vorzunehmen. Zum einen verhilft die ausnahmsweise – namentlich im Falle des Vorliegens aller gängigen Voraussetzungen der Vertrauenshaftung – Heranziehung von Art. 2 ZGB als Vermögensschutznorm i.S. des Verhaltensunrechts zu vertretbaren Ergebnissen.²⁶¹ Zum anderen kann mithilfe einer grosszügigen Auslegung des Begriffs «Auskunft» auf das autonome Rechtsinstitut der

²⁵³ BGE 120 II 331; vgl. dazu auch Ziff. B.I.2., B.II.1.

²⁵⁴ BGE 121 III 350; vgl. dazu auch Ziff. B.I.2., B.II.1.

²⁵⁵ BGE 142 III 84; vgl. dazu auch Fn 37 und Ziff. C.II.

²⁵⁶ In BGE 128 III 329 hat die Beklagte der Klägerin in beiden der an diese gerichteten Faxschreiben nicht mitgeteilt, dass es sich bei der Unterschrift auf einem Wechsel um eine Fälschung handelt.

²⁵⁷ In BGE 130 III 345 hat ein in der Gegend anerkannter und vom Verkäufer beauftragter Liegenschaftsschätzer verschiedene Mängel an einer Liegenschaft nicht erkannt. Nach dem Kauf wurden von den neuen Eigentümern mehrere Mängel festgestellt. Die Haftung des Schätzers gegenüber den Käufern wurde schliesslich wegen Ermangelung einer Sonderverbindung verneint.

²⁵⁸ ROBERTO/KUZNIAR, S. 1110 f.

²⁵⁹ Ziff. C.IV.3.c) ii).

²⁶⁰ Fn 246; kritisch dazu WICK, S. 1278.

²⁶¹ Ziff. C.IV.3.c) ii).

Haftung aus Vertrauen verzichtet werden. Hierzu muss die bereits sehr früh entwickelte Rspr. zu Art. 41 OR betreffend die Haftung für fehlerhafte Beratung und Auskunft wieder aufgenommen und stringent weiterverfolgt werden.²⁶²

Die Vertretung beider Ansichten bedingt die Bereitschaft, auf die Anwendung der für den Geschädigten vorteilhafter ausfallenden vertraglichen Modalitäten zu verzichten und insofern die Grenzziehung zwischen dem Vorhandensein einer Sonderverbindung und der Situation des ungewollten oder zufälligen Zusammenpralls unbeachtet zu lassen. Ferner widerspricht man mit der Befürwortung der ersten wie der zweiten Auffassung der Meinung der h.L.

d) Neue Widerrechtlichkeitstheorie

Die oben erläuterten Kritiken²⁶³ an der vorherrschenden Theorie zur Widerrechtlichkeit im ausservertraglichen Haftpflichtrecht haben schliesslich zur Heranbildung einer neuen bzw. dritten Widerrechtlichkeitstheorie geführt²⁶⁴. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob das Deliktsrecht auf der Basis dieser Widerrechtlichkeitstheorie für die über die Vertrauenshaftung abgewickelten Fälle eine Alternative darstellt. Es ist dabei ausdrücklich nicht das Ziel, die verschiedenen Aspekte der Theorie detailliert auszuführen und deren sich stückweise unterscheidenden Teilansätze²⁶⁵ einander gegenüber zu stellen oder zu bewerten. Die Ausführungen sollen nur – aber immerhin – soweit gehen, als es für die Beantwortung der im Titel gestellten Frage nötig ist. So könnte die dritte Widerrechtlichkeitstheorie Abhilfe verschaffen, sofern bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen der Vertrauenshaftung, je nach Theorieanschauung, die Verletzung einer Sorgfalts-, Schutz- oder Verhaltenspflicht vorliegt.²⁶⁶ Beispielhaft dazu führt FRANZ WERRO als Vertreter der dritten Widerrechtlichkeitstheorie aus, man benötige die neue Haftungskategorie der Vertrauenshaftung nicht. Die entsprechenden Fälle seien mit einer weitergehenden Auslegung des Art. 41 OR durchaus lösbar.²⁶⁷

²⁶² Ziff. C.IV.3.c) iii).

²⁶³ Ziff. C.IV.3.c) i).

²⁶⁴ Vgl. zur Definition der dritten Widerrechtlichkeitstheorie Ziff. C.IV.3.a).

²⁶⁵ Vgl. dazu etwa SCHÖNENBERGER, S. 3 m.w.H. in Fn 2, 3 und 4.

²⁶⁶ HALLER, N 89; recht-ROBERTO, S. 148 f.; SCHÖNENBERGER, S. 7; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 26; SCHWENZER, N 52.03; WIDMER, S. 112.

²⁶⁷ recht-WERRO, S. 14.

i) Aktueller Stand

Ziel der neuen Widerrechtlichkeitstheorie ist es, sowohl bei reinen Vermögensschäden als auch bei der Verletzung eines absoluten Rechts am menschlichen Verhalten anzuknüpfen und sich dadurch von der Trennung zwischen Erfolgs- und Verhaltensunrecht zu distanzieren.²⁶⁸ Dieses Ziel soll erreicht werden, indem die Widerrechtlichkeit vom Bestehen einer Schutz-, Verhaltens- oder Sorgfaltspflicht abhängt.²⁶⁹ Solche Pflichten können sich entweder aus positiv-rechtlichen Schutznormen ergeben oder im Verfahren der richterlichen Regelbildung entwickelt werden.²⁷⁰ Verlangt man eine Sorgfaltspflichtverletzung²⁷¹, lässt sich die zu beachtende Sorgfalt aus dem allg. Grundsatz ableiten, wonach jeder die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beachten hat.²⁷² M.a.W. ist entscheidend, ob in der konkreten Situation eine vernünftige Person zu sorgfältigem Verhalten verpflichtet gewesen wäre.²⁷³ Gemäss WERRO sind in diesem Kontext überdies die vom Schädiger freiwillig übernommenen vertraglichen Verpflichtungen zu berücksichtigen.²⁷⁴ Wird die Widerrechtlichkeit als Verletzung einer Schutzpflicht definiert²⁷⁵, sind die verlangten Schutzpflichten von der Lehre und Rspr. fallgruppenweise herauszuarbeiten.²⁷⁶ Als Beispiele solcher Fallgruppen werden nebst der fehlerhaften Auskunft²⁷⁷ etwa die mangelhafte Erbringung einer Dienstleistung, das Inverkehrbringen von unrichtigen Schriftstücken, die Einleitung von ungerechtfertigten Verfahren, fehlerhafte Produkte und reflektorische Vermögensschäden genannt.²⁷⁸ Ferner spielt die Möglichkeit der geschädigten Person, den eingetretenen Schaden zu verhindern, bei der Beurteilung des Umfangs der Schutzpflicht eine bedeutende Rolle.²⁷⁹ Ähnliches soll gelten, wenn sich das Kriterium der Widerrechtlichkeit auf die

²⁶⁸ FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 24; HALLER, N 88; HEIERLI, N 541; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 32a; recht-ROBERTO, S. 148; SCHÖNENBERGER, S. 9; SCHWENZER, N 50.04.

²⁶⁹ Fn 179.

²⁷⁰ FELLMANN ET AL., Art. 46 eOR 2020, N 7; FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 25; HEIERLI, N 542; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 32a; recht-WERRO, S. 14; WIDMER, S. 112.

²⁷¹ FELLMANN ET AL., Art. 46 eOR 2020, N 7; HONSELL ET AL., § 6, N 21; recht-WERRO, S. 14 f.; ZSR-WERRO, S. 346 ff.; WIDMER, S. 111, 124.

²⁷² FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 25; ROBERTO, N 40; WIDMER, S. 111.

²⁷³ FELLMANN ET AL., Art. 46 eOR 2020, N 7; HALLER, N 89; SCHÖNENBERGER, S. 6 f., 10; recht-WERRO, S. 14; ZSR-WERRO, S. 347.

²⁷⁴ recht-WERRO, S. 14.

²⁷⁵ HALLER, N 88 f.; HOFSTETTER, S. 260 ff.; SCHÖNENBERGER, S. 11 f.; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 26; SCHWENZER, N 50.04.

²⁷⁶ HALLER, N 89; HEIERLI, N 542; SCHÖNENBERGER, S. 7; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 26.

²⁷⁷ Vgl. dazu Ziff. C.IV.3.c) iii).

²⁷⁸ HEIERLI, N 542; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 32a; AJP-ROBERTO, S. 520 ff.

²⁷⁹ SCHÖNENBERGER, S. 8.

Verletzung von Verhaltenspflichten stützt.²⁸⁰ In diesem Fall soll die notwendige Haftungsbegrenzung der Bildung verschiedener Fallgruppen von Verkehrspflichten entspringen.²⁸¹

ii) Kritik

Die soeben aufgeführten unterschiedlichen Herangehensweisen²⁸² zeigen, dass sich bisher keine einheitliche neue Widerrechtlichkeitstheorie entwickelt hat. Vielmehr wurden sich teils überschneidende – aber in gewissen Bereichen nicht unbeachtlich voneinander abweichende – Lösungsansätze herausgearbeitet, denen immerhin allesamt die Loslösung vom Erfolgsunrecht und die gleichzeitige Hingabe zum Verhaltensunrecht gemeinsam ist.

Gewisse Ungereimtheiten werden sodann auch im die dritte Widerrechtlichkeitstheorie vertretenden Kommentar zum Entwurf eines neuen Allgemeinen Teils des Obligationenrechts ersichtlich. So wird ausgeführt, der Verstoss gegen eine Sorgfaltspflicht verlange nach einer Wiedergutmachung²⁸³, während der Artikel selbst allgemeine Verhaltenspflichten anspricht.²⁸⁴ Entsprechend hat der Bundesrat aufgrund einer deutlich ausgefallenen landesweiten Umfrage in juristischen und unternehmerischen Kreisen²⁸⁵ erkannt, einer weitreichenden Revision des Allgemeinen Teils des OR bedürfe es zurzeit nicht.²⁸⁶

Darüber hinaus wird die neue Theorie in der Lehre verschiedentlich kritisiert.²⁸⁷ Es seien keine plausiblen Gründe ersichtlich, sich endgültig von der Lehre vom Erfolgsunrecht zu verabschieden.²⁸⁸ Insb. aus einer historischen Auslegung des Art. 41 Abs. 2 OR ergebe sich, dass der Gesetzgeber nicht von einem neuartigen Widerrecht-

²⁸⁰ Baurecht-KOLLER, N 13 f., 39; MÜLLER-CHEN, S. 301; ROBERTO, N 40; Festgabe-ROBERTO, S. 151; recht-ROBERTO, S. 148 f.

²⁸¹ MÜLLER-CHEN, S. 301 f.; AJP-ROBERTO, S. 519 f.; SCHWENZER, N 52.03.

²⁸² Ziff. C.IV.3.d) i).

²⁸³ FELLMANN ET AL., Art. 46 eOR 2020, N 7.

²⁸⁴ FELLMANN ET AL., Art. 46 eOR 2020, N 8; eine ähnliche Kontroverse findet sich bei WIDMER, S. 111 ff.

²⁸⁵ Ecoplan, Bedarfsanalyse für einen neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (OR AT) – Umfrageergebnisse, Schlussbericht vom 6. Juni 2017, S. 1 ff.

²⁸⁶ Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 13.3217 Bischof und 13.3226 Caroni, Modernisierung des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 2018, S. 6 ff., insb. 14.

²⁸⁷ BREHM, Art. 41, N 33i; FISCHER, Art. 41, N 79; FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 29; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 32c; MÜLLER-CHEN, S. 302.

²⁸⁸ BREHM, Art. 41, N 33i.

lichkeitsbegriff ausgehe, stelle doch jede Sittenwidrigkeit genauso eine Verhaltenspflichtverletzung dar. Überdies wird angefügt, die Anwendung dieser Theorie könne zu einer Spaltung der Rechtswidrigkeit und im Rahmen von Gefährdungshaftungen zu problematischen Ergebnissen führen.²⁸⁹ Im Rahmen der Verletzung einer Sorgfaltspflicht bestehen zudem Unklarheiten bezüglich der Abgrenzung der beiden Tatbestandsmerkmale Widerrechtlichkeit und Verschulden.²⁹⁰ MARKUS MÜLLER-CHEN macht schliesslich auf die nicht zu unterschätzenden wirtschaftlichen Auswirkungen, die mit einer Änderung der Definition der Widerrechtlichkeit einhergehen, aufmerksam. Eine nicht bis ins Detail durchdachte Lösung könne diesem Umstand nicht zur Genüge Rechnung tragen.²⁹¹

iii) Die neue Theorie als Alternative

Schliesst man sich den Vertretern der dritten Widerrechtlichkeitstheorie an, kann richtigerweise vom Institut der Vertrauenshaftung abgesehen werden.²⁹² Dabei ist unerheblich, ob man die Widerrechtlichkeit als Sorgfalts-, Verhaltens- oder Schutzpflichtverletzung definiert. Zum einen ist vertretbar, alle Unterkategorien bzw. Anwendungsfälle der Vertrauenshaftung als einzelne Fallgruppen zu verstehen. Diese Vorgehensweise unterstützend wurden bereits gewisse Bereiche der bisherigen Haftung aus Vertrauen als solche Fallgruppen definiert.²⁹³ Zum anderen besteht die Möglichkeit, im Rahmen einer Sonderverbindung erwecktes und enttäushtes Vertrauen generell als Pflichtverletzung zu verstehen. Diese Variante hat den Vorteil, dass die bis heute entwickelten Tatbestandsvoraussetzungen²⁹⁴ weiterhin herangezogen werden können. Das Institut der Vertrauenshaftung ist laut diesem Vorgehen also nicht mehr zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt. Vielmehr ist die Enttäuschung des in einer Sonderverbindung geschaffenen Vertrauens als Verletzung einer Sorgfalts-, Verhaltens- oder Schutzpflicht und damit i.S. der neuen Widerrechtlichkeitstheorie als widerrechtlich zu verstehen. Bei Vorliegen der restlichen Voraussetzungen²⁹⁵ wäre im Ergebnis der Tatbestand der unerlaubten Handlung gem. Art. 41. OR erfüllt.

²⁸⁹ FISCHER, Art. 41, N 79; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 32c.

²⁹⁰ BREHM, Art. 41, N 52a f.; FURRER/MÜLLER-CHEN, § 11, N 29; SCHÖNENBERGER, S. 11 f.; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 26.

²⁹¹ MÜLLER-CHEN, S. 302.

²⁹² Fn 266.

²⁹³ Ziff. C.IV.3.d) i).

²⁹⁴ Ziff. B.III.

²⁹⁵ Ziff. C.IV.3.a).

Wie oberhalb bereits erkannt, wird sich auch mit diesem Lösungsvorschlag gegen die h.L. gestellt und es kommen durchwegs die deliktsrechtlichen Modalitäten zur Anwendung.²⁹⁶ Nebstdem besteht (noch) keine Einigkeit über die genauen Charakterzüge der neuen Theorie. Die unterschiedlichen Auffassungen zu der Art der Pflichtverletzung und der Bestimmung und Einordnung der entsprechenden Pflichten zeigen dies deutlich.²⁹⁷ So vertritt auch das Bundesgericht weiterhin die objektive Widerrechtlichkeitstheorie.²⁹⁸

Zusammenfassend scheint die neue Widerrechtlichkeitstheorie – zumindest nach heutigem Stand – nicht reif genug, um die Vertrauenshaftung endgültig zu ersetzen. Während die unterschiedlichen Ansichten im Schrifttum zu Unsicherheit führen, hat sich das Bundesgericht weiterhin nicht zu einer neuen Theorie bekannt. Der generelle Ansatz, sich vom Erfolgsunrecht zu verabschieden und ausschliesslich auf das Kriterium der Verletzung von geschriebenen oder ungeschriebenen Verhaltens-, Schutz- oder Sorgfaltspflichten abzustellen, kann aber für die Problemstellungen der Vertrauenshaftung durchaus Lösungen bieten. Dafür müssen jedoch, um dem Bedürfnis genügender Rechtssicherheit nachzukommen, vorab die verbleibenden Ungereimtheiten im Bereich der dritten Widerrechtlichkeitstheorie aus der Welt geschaffen werden.

e) Sittenwidrigkeit

Nach Art. 41 Abs. 2 OR ist jemand einem anderen zum Ersatze verpflichtet, wenn er diesem in einer gegen die guten Sitten verstossender Weise absichtlich Schaden zufügt. Die Voraussetzung der Sittenwidrigkeit stellt das Äquivalent zur Widerrechtlichkeit von Abs. 1 dar.²⁹⁹ Abs. 2 kann insb. zur Anwendung gelangen, wenn sich bei reinen Vermögensschäden keine Schutznorm finden lässt.³⁰⁰ Er soll generell dort subsidiär greifen, wo das Rechtsgefühl trotz fehlender Widerrechtlichkeit eine Ersatzpflicht verlangt.³⁰¹ Freilich beschränkt sich dieser Haftungsgrund auf ein Minimum an ethisch vorwerfbarem Verhalten und ist – wenn überhaupt³⁰² – nur ausnahmsweise und

²⁹⁶ Ziff. C.IV.3.c) ii)-iv).

²⁹⁷ Ziff. C.IV.3.d) ii).

²⁹⁸ Fn 176.

²⁹⁹ BREHM, Art. 41, N 234; HONSELL ET AL., § 7, N 6; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 38; BGE 95 III 83 E. 6e S. 92.

³⁰⁰ BREHM, Art. 41, N 236b; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 40; SCHWENZER, N 51.01.

³⁰¹ FISCHER, Art. 41, N 87; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 37; BGE 108 II 305 E. 2c S. 312.

³⁰² Etwa GORGÉ, S. 1 ff., insb. 69 ff. und TERCIER, S. 210 bezeichnen Art. 41 Abs. 2 OR als überflüssig.

mit grösster Zurückhaltung als erfüllt zu betrachten.³⁰³ Sittenwidrig ist ein Verhalten gem. Bundesgericht dann, wenn es nicht der Wahrnehmung eigener Interessen dient, sondern ausschliesslich oder primär darauf abzielt, andere zu schädigen.³⁰⁴ Im Gegensatz zu Abs. 1 genügt hier im Bereich der Tatbestandsvoraussetzung des Verschuldens Fahrlässigkeit nicht; es wird absichtliches bzw. zumindest eventualvorsätzliches Verhalten verlangt.³⁰⁵ In der Lehre und Rspr. haben sich sodann unter diesen Gesichtspunkten verschiedene Fallgruppen herausgebildet.³⁰⁶

Die Literatur plädiert z.T. dafür, die mithilfe der autonomen Vertrauenshaftung gelösten Sachverhalte – insb. den Ringer-Fall³⁰⁷ – dem Verstoss gegen die guten Sitten gem. Art. 41 Abs. 2 OR unterzuordnen.³⁰⁸ Eine ähnliche Richtung schlug das Bundesgericht in einem älteren Urteil aus dem Jahr 1982 ein. Es hielt damals fest, bei einer unaufgeforderten Erteilung eines falschen Rates könne es sich um einen Fall der sittenwidrigen Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 OR handeln.³⁰⁹ Wie dargelegt wurde, werden aber in näherer Vergangenheit die Fälle der falschen Rats- und Auskunftserteilung der Vertrauenshaftung unterstellt.³¹⁰

Die aufgeführten Nachweise³¹¹ entbehren einer eingehenden Begründung, weswegen die Akzeptanz dieser vermeintlichen Alternative grundsätzlich schwierig erscheint. Folgt man entgegen der h.L. der Ansicht, welche strikt auf den Wortlaut von

³⁰³ FISCHER, Art. 41, N 87; HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 64; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 37; WICK, S. 1281; BGE 124 III 297 E. 5e S. 302 f.; BGE 114 II 91 E. 4a aa S. 98; BGE 95 III 83 E. 6e S. 92.

³⁰⁴ HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 64; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 43; SCHWENZER, N 51.01; BGE 124 III 297 E. 5e S. 303.

³⁰⁵ HAUSHEER/JAUN, Art. 2, N 64; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 42; ROBERTO, N 63; SCHWENZER, N 51.04; WICK, S. 1281 f.

³⁰⁶ BREHM, Art. 41, N 245 ff.; HUGUENIN, N 1960; BSK OR I-KESSLER, Art. 41, N 43; ROBERTO, N 63; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41, N 41; SCHWENZER, N 51.05 ff.; so etwa BGE 114 II 91 E. 4a aa S. 98 (Verleitung zum Vertragsbruch); BGE 109 II 123 E. 2b S. 126 (Abrede des Versteigerers mit einem Bietenden); BGE 108 II 305 E. 2c S. 312 (Schädigung durch unterlassene Warnung vor einer Gefahr; unaufgeforderte Erteilung eines falschen Rates); BGE 80 II 26 E. 4c S. 37 (sachlich nicht gerechtfertigte Verweigerung des Vertragsabschlusses verletzt oder gefährdet lebenswichtige Interessen des davon Betroffenen).

³⁰⁷ Ausführungen zum Ringer-Entscheid unter Ziff. B.I.2., B.II.1.

³⁰⁸ BREHM, Art. 41, N 49; HONSELL ET AL., § 4, N 22; MÜLLER, Einl. in das OR, N 350; SCHWENZER, N 52.03; WICK, S. 1282.

³⁰⁹ BGE 108 II 305 E. 2c S. 312.

³¹⁰ Ziff. B.V., C.IV.3.c) iii).

³¹¹ Fn 308.

Art. 41 Abs. 2 OR vertraut, lässt man auf der Verschuldensebene ausschliesslich Absicht genügen.³¹² Damit wird die Heranziehung dieser Haftungsgrundlage für die Vertrauenshaftungsfälle gar nahezu unmöglich, da ein absichtliches Handeln den jeweiligen Schädigern kaum unterstellt werden kann.³¹³ Trotzdem ist theoretisch denkbar, die Vertrauenshaftung als Fallgruppe der sittenwidrigen Schädigung gem. Art. 41 Abs. 2 OR zu definieren.³¹⁴ So führt MARKUS WICK aus, besonders krasse Formen von schädigenden Vertrauensenttäuschungen seien als sittenwidrige Schädigungen nach Art. 41 Abs. 2 OR zu qualifizieren. Wird die hohe Hürde jedoch nicht erreicht, wie dies etwa bei Haftungen für Rat und Auskunft, Patronatserklärungen oder Konzernvertrauen der Fall sei und liegt kein eigentliches Vertragsverhältnis vor, sei eine Haftung hingegen abzulehnen.³¹⁵ Selbst dieser grundsätzlich zustimmende Standpunkt lässt gewisse Unsicherheiten erblicken. Ferner wirft insb. der bei sittenwidrigen Schädigungen zu beachtende Grundsatz der schonenden Rechtsausübung Bedenken auf. Demnach verstösst ein Verhalten, wie oben erwähnt, nur gegen die guten Sitten, wenn damit nicht eigene Interessen wahrgenommen werden, sondern es wenigstens primäres Ziel ist, andere damit zu schädigen.³¹⁶ Ob die Schädiger in den der Vertrauenshaftung untergeordneten Sachverhalten – speziell auch im Ringer-Fall³¹⁷ – primär oder sogar ausschliesslich darauf abzielten, andere zu schädigen, ist zumindest fraglich.

Insgesamt betrachtet ist die Sittenwidrigkeit als Alternative für die Vertrauenshaftung eine selten erwähnte, spärlich begründete und ungefestigte Auffassung. Die sehr restriktive Anwendung von Art. 41 Abs. 2 OR sowie die damit insb. in jüngerer Zeit verbundene geringe Bedeutung in der Praxis ermöglichen es kaum, den Verstoss gegen die guten Sitten für die Fälle der Vertrauenshaftung alternativ heranzuziehen und die Bestimmung insofern auszuweiten. Tut man dies dennoch, indem man sich auf die ebenfalls bei der Vertrauenshaftung einschlägige Zurückhaltung beruft, sieht man sich erneut mit der h.L. und der Problematik der Haftungsmodalitäten konfrontiert.³¹⁸

³¹² BREHM, Art. 41, N 243; SOMMER, S. 1037.

³¹³ SOMMER, Fn 91.

³¹⁴ A.M. ausdrücklich BUCHER, S. 254.

³¹⁵ WICK, S. 1282.

³¹⁶ Fn 304.

³¹⁷ Ausführungen zum Ringer-Entscheid unter Ziff. B.I.2., B.II.1.

³¹⁸ Ziff. C.IV.3.c)-d).

4. Die Alternativen im Überblick

Angesichts des Fehlens eines vorvertraglichen Kontakts bzw. von Vertragsverhandlungen in den Sachverhalten, die den Entscheiden zur Vertrauenshaftung zugrunde liegen, fällt die c.i.c. als alternative Haftungsgrundlage ausser Betracht.³¹⁹ Umso mehr gilt dies für die Vertragshaftung, deren Heranziehung einen Vertrag voraussetzt.³²⁰

Taugliche Alternativen bieten bloss gewisse Bereiche des Deliktsrechts. Dabei steht insb. das Tatbestandskriterium der Widerrechtlichkeit im Zentrum.

Das Deliktsrecht auf der Basis der subjektiven Widerrechtlichkeit könnte grundsätzlich als schlüssige Alternative dienen. Da diese Theorie jedoch wegen Uferlosigkeit gem. einhelliger Lehre als überholt gilt, muss von ihr abgesehen werden.³²¹

Vertritt man – wie die h.L. und das Bundesgericht – die objektive Widerrechtlichkeitstheorie, sind die Türen für zwei Lösungsvorschläge, welche die Vertrauenshaftung ersetzen könnten, geöffnet. Zum einen ist dies, wie es das Bundesgericht mehrmals ausdrücklich anerkennt, Art. 2 ZGB ausnahmsweise als Vermögensschutznorm i.S. des Verhaltensunrechts gelten zu lassen. Dafür muss ein entsprechender Ausnahmefall dann vorliegen, wenn die geläufigen Voraussetzungen der Vertrauenshaftung erfüllt sind.³²² Zum anderen können mittels einer grosszügigen Begriffsdefinition sämtliche Vertrauenshaftungsfälle der Haftung für fehlerhafte Auskunft oder Beratung unterstellt werden. Es wäre dazu allerdings notwendig, dass das Bundesgericht für die Lösung zukünftiger ähnlicher Situationen seine frühere Rspr. zurück ins Leben ruft, was wohl nicht ohne weiteres zu erwarten ist.³²³

In der Literatur wird vermehrt eine dritte, neue Widerrechtlichkeitstheorie vertreten. Befürwortet man im Rahmen dieser Theorie das Vorliegen einer Sorgfalts-, Verhaltens- oder Schutzpflichtverletzung bei Vorhandensein der gängigen Voraussetzungen der Vertrauenshaftung, kann von deren Einordnung als eigenständiges Rechtsinstitut abgesehen werden. Einige Mängel an Einigkeit, Klarheit und Sicherheit der dritten Widerrechtlichkeitstheorie sowie der Umstand, dass das Bundesgericht bis anhin

³¹⁹ Ziff. C.IV.1.

³²⁰ Ziff. C.IV.2.

³²¹ Ziff. C.IV.3.b).

³²² Ziff. C.IV.3.c) ii).

³²³ Ziff. C.IV.3.c) iii).

der objektiven Theorie folgt, verhindern hingegen – jedenfalls zurzeit – die Überflüssigkeit der autonomen Vertrauenshaftung.³²⁴

Dem Art. 41 Abs. 2 OR wird in der Lehre und Rspr. wenig Bedeutung eingeräumt. Es ist nicht anzunehmen, dass die sehr restriktive Anwendung um den Bereich der Haftung aus Vertrauen erweitert werden soll. Überdies ist zumindest fraglich, ob bei gegebenen Voraussetzungen der Vertrauenshaftung auch diejenigen der Haftung wegen Sittenwidrigkeit gegeben sind und somit eine taugliche Alternative überhaupt besteht.³²⁵ Klar ist immerhin, dass diese Diskussion bei Befürwortung der neuen Widerrechtlichkeitstheorie hinfällig ist, da der Sittenwidrigkeit unter diesen Umständen keine eigenständige Bedeutung zukommt.³²⁶

Unterstellt man die Vertrauenshaftung einem der genannten Bereiche des Deliktsrechts, stellt man sich durchwegs gegen die Meinung der momentan h.L. Darüber hinaus muss man auf die vom Bundesgericht mit der Vertrauenshaftung angestrebte Trennung zwischen zufälligem Zusammentreffen und dem Bestehen einer Sonderverbindung verzichten und sich folglich von den für den Geschädigten günstiger ausfallenden Modalitäten der Vertragshaftung distanzieren.³²⁷

V. Zwischenfazit

Im Hauptteil wurden die verschiedenen Kritiken am eigenständigen Rechtsinstitut der Vertrauenshaftung aufgeführt und auf ihre Begründetheit hin überprüft.

Eingangs hat sich gezeigt, dass die Beweggründe für die Einführung der Vertrauenshaftung und deren Akzeptanz im Herkunftsstaat für das Bestehen dieser Rechtsfigur im schweizerischen Rechtssystem nicht von Belang sind.³²⁸ Gleiches gilt für die umstrittene Kritik, die Bedeutung der Haftung aus Vertrauen nehme in der schweizerischen Rspr. ab.³²⁹ Auch der Vorwurf der vermeintlichen Konturenlosigkeit und Unstrukturiertheit erweist sich als zu wenig begründet.³³⁰

³²⁴ Ziff. C.IV.3.d).

³²⁵ Ziff. C.IV.3.e).

³²⁶ Ziff. C.IV.3.c) ii), C.IV.3.e).

³²⁷ Ziff. C.IV.3.c)-e).

³²⁸ Ziff. C.I.

³²⁹ Ziff. C.II.

³³⁰ Ziff. C.III.

Nur das Argument, es seien für haltbare Abwicklungen der über die Vertrauenshaftung abgewickelten Fälle alternative Haftungsgrundlagen vorhanden, verdient teilweise Zustimmung. So sind insb. in unterschiedlichen Bereichen des Deliktsrechts durchaus plausible und vertretbare Lösungen ersichtlich. In all diesen Bereichen müssen dafür jedoch gewisse Ansichten vertreten werden, die der h.L. oder dem Bundesgericht widersprechen.³³¹

³³¹ Ziff. C.IV.

D. Schlussbesprechung

I. Ergebnis

Die einleitenden allgemeinen Ausführungen zeigen, dass die Vertrauenshaftung grundsätzlich als eigenständige Haftungsgrundlage zwischen Vertrag und Delikt verstanden wird, wobei die Enttäuschung des in einer Sonderverbindung geweckten Vertrauens haftungsbegründend ist. Bei Erfüllung aller Tatbestandsvoraussetzungen sollen die für die geschädigten Personen günstiger ausfallenden Modalitäten des Vertragsrechts zur Anwendung gelangen. Regelmässig wird an verschiedenen Aspekten dieses Rechtsinstituts jedoch Kritik geübt. Anhand dieser in der Literatur erwähnten Kritiken wurde im Hauptteil dieser Masterarbeit stets das Ziel verfolgt, am Schluss über Sinn oder Unsinn der Vertrauenshaftung im schweizerischen Rechtssystem entscheiden zu können. Die vorgebrachten Argumente gegen die Notwendigkeit erwiesen sich grösstenteils nicht als überzeugend, um die Überflüssigkeit der Vertrauenshaftung zu besiegen. Einzig der Einwand, es seien alternative Lösungen vertretbar, die auf gefestigteren und gesetzlich verankerten Haftungstatbeständen beruhen, verlangte nach einer eingehenderen Prüfung.

Dass die Sachverhalte, die den Urteilen der Vertrauenshaftung zugrunde liegen, zu einer Haftung des Schädigers führen müssen, wird kaum bestritten.³³² Das Haftungsbedürfnis in solchen Fällen ist folglich vorhanden. Damit ist klar, dass im Moment, in dem die Vertrauenshaftung als autonome Haftungsgrundlage wegfallen soll, die Haftung anderweitig müsste begründet werden können. Dies setzt wiederum im Zeitpunkt der gewünschten Ablösung das Vorhandensein einer breit vertretenen, schlüssigen und überzeugenden Alternative voraus, der die Lehre so viel Akzeptanz entgegenbringt, dass sich im praktischen Anwendungsfall auch das Bundesgericht dieser Meinung anschliessen muss. Unterschiedliche und verstreute Lösungsansätze im Bereich des Deliktsrechts, die allesamt im Kern der h.L. widersprechen, vermögen dieses Bedürfnis indes nicht zu befriedigen. Die allgemeine schweizerische Rechtsauffassung steht folglich – zumindest momentan – einer Verabschiedung und damit dem Ende der eigenständigen Vertrauenshaftung entgegen. Eine detailliert herausgearbeitete und gefestigte zielführende Alternative, die das schweizerische Bundesgericht letztlich umstimmen könnte, ist zurzeit nicht vorhanden. Zu einem ähnlichen Resultat gelangen

³³² A.M. etwa WICK, S. 1282.

schliesslich auch die Gegner der Vertrauenshaftung VITO ROBERTO und NADIA KUZNIAR in ihrem Artikel, welcher den Anlass zu dieser Abhandlung gab. Zusammenfassend halten sie fest, ein Nachruf erscheine gegenwärtig verfrüht, wenngleich der Abschied ihres Erachtens nun eingeleitet werden könne.³³³

II. Würdigung

Die Auswertung der gewonnenen Erkenntnisse hat gezeigt, dass ein Ende der Vertrauenshaftung im schweizerischen Rechtssystem derzeit nicht in Frage kommt. Es sind jedoch im Bereich des Deliktsrechts Alternativen vorhanden, deren Akzeptanz eine autonome Haftungsgrundlage für enttäushtes Vertrauen in Zukunft hinfällig werden lassen könnte. Bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen der Vertrauenshaftung konstant eine Haftung für fehlerhafte Auskunft gem. überholter Rspr. oder eine Sittenwidrigkeit nach dem praktisch beinahe bedeutungslosen und umstrittenen Art. 41 Abs. 2 OR anzunehmen, wird sich kaum durchzusetzen vermögen. Schon realistischer scheint in diesen Fällen die Heranziehung von Art. 2 ZGB als Vermögensschutznorm, wie sie das Bundesgericht laut Wortlaut in Ausnahmefällen zulassen will. Wobei auch hier nicht zu erwarten ist, dass die deutlich h.M., dem Gebot von Treu und Glauben komme nie Schutznormcharakter zu, umschlagen wird.

In der Durchsetzung der neuen, dritten Widerrechtlichkeitstheorie liegen m.E. die grössten Erfolgsaussichten, der Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht in Zukunft den Rücken zuwenden zu können. Sie gewinnt in der Lehre des Deliktsrechts immer mehr Anhänger, wenngleich das Bundesgericht weiterhin der objektiven Theorie folgt. Ob sich die neue Theorie behaupten und in welche Richtung sie sich entwickeln wird, ist allerdings aktuell noch unklar.

Damit eine der denkbaren deliktsrechtlichen Alternativen die eigenständige Vertrauenshaftung ablösen könnte, müsste man sich von der Anwendung der vertragsrechtlichen Modalitäten verabschieden. Dies sollte jedoch m.E. keine grössere Opposition auslösen. So gilt zum einen seit dem 1. Januar 2020 nach Art. 60 OR eine längere, nunmehr dreijährige relative Verjährungsfrist und zum anderen besteht bloss eine Sonderverbindung und kein Vertrag, was im Vergleich den allgemein geringeren Schutz der geschädigten Person rechtfertigt.³³⁴

³³³ ROBERTO/KUZNIAR, S. 1111.

³³⁴ So auch WICK, S. 1282.

Insgesamt betrachtet ist nicht zu erwarten, dass das autonome Rechtsinstitut der Vertrauenshaftung in naher Zukunft aus dem schweizerischen Rechtssystem wegzudenken sein wird. Sollte sich allerdings die neue, dritte Widerrechtlichkeitstheorie – welche als Alternative am ehesten zur Diskussion steht – durchsetzen, könnte dies das Ende der Vertrauenshaftung bedeuten.

V. Selbständigkeitserklärung

«Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist. Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hierzu zur Verfügung zu stellen.»³³⁵

Bern, 29. Mai 2020



Alain Sommer

³³⁵ Art. 42 Abs. 2 Reglement über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 21. Juni 2007 mit Änderungen vom 14. Mai 2009 und vom 22. Mai 2014 (Studienreglement RW [RSL RW]).