

Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden¹

Prof. Dr. iur. Peter Gauch
Universität Freiburg/Schweiz

Justin Sweet
Joan H. Boalt Professor of Law
University of California, Berkeley

Publiziert in: Festschrift MAX KELLER, Zürich 1989, S. 117 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

I. Einleitung

1. [117] «*Torts is at once one of the simplest and one of the most complex areas of the law.*»² Dieser Satz, für anglo-amerikanische Verhältnisse geschrieben, gilt zweifellos auch für die Schweiz. «Einfach» ist das private Deliktsrecht deshalb, weil es Sachverhalte regelt, die praktisch jedermann geläufig sind. «Kompliziert» dagegen wird das Recht der «unerlaubten Handlung» (Art. 41 ff. OR), sobald man (auch nur ein wenig) in den Bereich der sich stellenden Rechtsfragen eindringt. Das ist eine Erfahrung, die jeder macht, der sich in Praxis oder Lehre mit dem Haftpflichtrecht auseinandersetzt. Unserem verehrten und geschätzten Kollegen MAX KELLER, dem diese Festschrift gewidmet ist, wird es gewiss nicht anders ergehen, obwohl gerade er es meisterhaft versteht, das komplizierte Haftpflichtrecht einfach und verständlich darzustellen³.

2. Kopfzerbrechen bereitet schon *die Frage nach dem Schaden*, der aus unerlaubter Handlung zu ersetzen ist. Selbst wenn man die aus Deutschland exportierte Kontroverse um den «richtigen» Begriff des Schadens für einmal ignoriert, sich also dem Kampf zwischen «klassischem» und «normativem» Schadensbegriff⁴ entzieht, bleibt ein ganzes Bündel herrlicher Streitfragen, die den juristischen Nährboden für «herrschende», «verbreitete» und «andere» Meinungen abgeben. So stellt sich z.B. [118] die Frage, ob es eine *Deliktshaftung auch für reinen Vermögensschaden* (für «purely economic loss») gibt⁵.

¹ Dieser Beitrag entstand aus einer gemeinsamen Lehrveranstaltung, die von den beiden Autoren im Wintersemester 1987 an der *Law School (Boalt Hall) von Berkeley* gehalten wurde. Von JUSTIN SWEET stammt der englischsprachige Teil über Kalifornien (III. The Economic Loss Rule in California - Ein Ausblick nach Amerika); von PETER GAUCH stammt der Rest.

Obwohl Boalt Hall über eine ganz hervorragende Bibliothek verfügt, ist die Schweizer Literatur doch nicht vollständig vertreten, was (unter anderem) die eine oder andere «Zitatlücke» erklären mag.

Herzlichen Dank schulden wir Frau RA MONIKA BÜRGE-LEU. Sie hat den Text kritisch durchgelesen, die Korrekturarbeiten ausgeführt und die Verantwortung für die Drucklegung übernommen.

² EPSTEIN, *A Theory of Strict Liability*, in ROBERT R. RABIN, *Perspectives on Tort Law*, 2. Aufl., Boston und Toronto 1983, S. 256.

³ KELLER/GABI, *Das Schweizerische Schuldrecht*, Bd. II, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1988.

⁴ Vgl. darüber z.B. GAUCH/SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Zürich 1987, Nr. 1606 ff.

⁵ Vgl. statt vieler GABRIEL, *Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR*, Diss. Freiburg 1987, Nr. 247 ff., Nr. 366 ff.; RASCHEIN, *recht* 1988, S. 90 f.

Ein kurzer Rechtsvergleich genügt, um zu erkennen, dass es sich hierbei um eine grenzüberschreitende Fragestellung handelt. So schreibt z.B. JOHN G. FLEMING: «Most controverted of all is the question whether the law of negligence allows recovery for purely economic losses.»⁶ Und B. S. MARKESINIS doppelt nach, indem er festhält: «The theoretical difficulties associated with some of the recent economic loss cases place them indisputably in the fast rank of problem areas of modern tort law. This case law is not unique to England. Courts in the USA, Canada, Australia, New Zealand and Germany have all in the last two decades been called upon to decide when and on what basis pure economic loss should be compensated.»⁷

Doch bleiben wir zunächst in der Schweiz!

II. Die Rechtslage in der Schweiz – Tradition und Zweifel

A. Tradition

1. Wer sich streng an *die (heutzutage) traditionelle Schweizer Lehre*⁸ hält, der ist, wenn es um die Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden geht, kaum verlegen. Er verweist auf die Grundnorm des Art. 41 Abs. 1 OR, wonach ein Schädiger nur dann schadenersatzpflichtig wird, wenn er den andern «widerrechtlich» («d'une manière illicite»; «illicitamente») schädigt⁹. Die Haftungsvoraussetzung der «Widerrechtlichkeit» (so fährt er fort) sei in Art. 41 Abs. 1 OR «objektiv» zu verstehen [119] (*objektive Widerrechtlichkeitstheorie*)¹⁰. Danach handle «widerrechtlich» nur, wer «gegen eine allgemeine... Pflicht» verstösst, insbesondere ein «absolutes Recht des Geschädigten wie das Eigentum oder das Persönlichkeitsrecht verletzt»¹¹. Der Verstoss richte sich «gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsordnung..., die dem Schutze des verletzten Rechtsgutes dienen»¹². Das Vermögen an sich gehöre aber nicht zu den geschützten Rechtsgütern¹³,

⁶ FLEMING, An Introduction to the Law of Torts, Oxford 1985, S. 34.

⁷ MARKESINIS, An expanding Tort Law – The Price of a rigid Contract Law, The Law Quarterly Review, July 1987, S. 354; zum Diskussionsstand in Deutschland vgl. z.B. PICKER, Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, Juristen Zeitung 42, 1987, S. 1041 ff. (mit originellem Lösungsversuch).

⁸ Z.B. TERCIER, La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, in: Gedächtnisschrift PETER JAEGGI, Freiburg 1979, S. 260 ff.; BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 3. Teilbd., 1. Unterteilbd I., Lieferung 1 (Kommentar zu Art. 41-44 OR), Bern 1986, N 33 ff. zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, Zürich 1987, S. 17.

⁹ Mit vollem Wortlaut liest sich Art. 41 Abs. 1 OR wie folgt: «Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.» Die widerrechtliche Schadenszufügung genügt also nicht, um eine Ersatzpflicht zu begründen. Vielmehr muss, soweit keine Sonderbestimmung eingreift, die Schadenszufügung schuldhaft (absichtlich oder fahrlässig) erfolgen. Darüber neuerdings und grundlegend: WERRO, La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité, «Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg» (AISUF), Band 71, Freiburg 1986 (zweite, leicht veränderte Auflage: Freiburg 1986).

¹⁰ KELLER/GABI, zit. Anm. 3, S. 37; OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Bd., Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975, S. 128, Anm. 4: «Theorie der objektiven Widerrechtlichkeit»; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., Obligationenrecht, 1. Halbd., Zürich 1929, N 8 zu Art. 41 OR: «Objektive Theorie» der Widerrechtlichkeit; DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982, S. 69: «La théorie objective».

¹¹ BGE 108 II 311.

¹² BGE 95 III 91.

¹³ KELLER/GABI, zit. Anm. 3, S. 37; GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980, S. 165; OFTINGER/STARK, zit. Anm. 8, S. 33.

weshalb die Schädigung als solche (für sich allein) nicht «widerrechtlich» sei. Ebensoviele stelle die Verletzung eines nur relativen Rechts, namentlich die Verletzung einer blossen Vertragspflicht¹⁴, eine «Widerrechtlichkeit» dar¹⁵.

2. Nach dieser eingebürgerten Doktrin¹⁶ ist widerrechtlich sicher eine Schadenszufügung, die durch Verletzung eines absoluten Rechts (bzw. eines «absolut geschützten Rechtsgutes», wie Leib, Leben, Eigentum) des Geschädigten geschieht¹⁷. Tritt der Schaden dagegen ohne solche Rechtsgutsverletzung ein, so handelt es sich um *reinen Vermögensschaden*. Dessen Zufügung ist nicht widerrechtlich, es sei denn, das schädigende Verhalten verletze ausnahmsweise eine geschriebene¹⁸ oder ungeschriebene¹⁹ Schutznorm²⁰, die dem Schutze des Betroffenen²¹ vor Schädigungen der vorliegenden Art und damit dem Schutze des Vermögens als solchem dient²². Das aber bedeutet, dass der reine Vermögensschaden durch eine erhebliche Einschränkung der Haftung deliktsrechtlich «diskriminiert» wird²³. Denn:

Reine Vermögensschädigungen «ohne Schutznormverstoss»²⁴ begründen, da es an der vorausgesetzten Widerrechtlichkeit fehlt, grundsätzlich keine Deliktshaftung. [120] Vorbehalten bleibt die selten angewandte Sondervorschrift des Art. 41 Abs. 2 OR, wonach zum Ersatze auch derjenige verpflichtet ist, der «einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt». Bei absichtlicher Schadenszufügung genügt also die Sittenwidrigkeit der Schädigung; Widerrechtlichkeit ist nicht verlangt.

B. Zweifel

1. Wer die traditionelle Auffassung (wie sie soeben geschildert wurde) übernimmt, hat gewiss den *Vorteil, sich in dogmatisch abgesichertem Gelände und im Schutzbereich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*²⁵ zu bewegen. Dazu kommt, dass die Rechtstradition schon aus sich heraus (weil es sie gibt) eine erhebliche Überzeugungskraft entfaltet. Diese Überzeugungskraft wird in zweifacher Weise noch verstärkt: Einmal durch die verbreitete Annahme, dass eine Haftungsbegrenzung, wie sie dem herrschenden Verständnis der Widerrechtlichkeit entspricht, die Rechtsanwendung erleichtert und die Rechtssicherheit för-

¹⁴ BGE 74 II 26; OFTINGER, zit. Anm. 10, S. 132.

¹⁵ DESCHENAUX/TERCIER, zit. Anm. 10, S. 71; OFTINGER, zit. Anm. 10, S. 132.

¹⁶ Heute folgen ihr fast alle Haftpflichtrechtler (GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 225); neuerdings auch RASCH-EIN, Die Widerrechtlichkeit im System des schweizerischen Haftpflichtrechts, Diss. Bern 1986.

¹⁷ Vgl. GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 235 ff. und dort Zitierte. Rechtfertigungsgründe bleiben immer vorbehalten.

¹⁸ Z.B. Art. 252 StGB: BGE 101 II 72 f.

¹⁹ Z.B. BGE 57 II 86.

²⁰ Insbesondere eine Norm des Verwaltungs- oder Strafrechts. Für Beispiele privatrechtlicher Schutznormen: WERRO, zit. Anm. 9, Nr. 405.

²¹ OFTINGER, zit. Anm. 10, S. 131.

²² Theorie der Schutznormverletzung. Statt vieler: STARK, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, Nr. 264; TERCIER, zit. Anm. 8, S. 261; im einzelnen vgl. dazu GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 247 ff., OFTINGER/STARK, zit. Anm. 8, S. 35 f., und KRAMER, «Reine Vermögensschäden» als Folge von Stromkabelbeschädigungen, in: recht 1984 (S. 128 ff.), S. 131, alle mit weiteren Hinweisen. KELLER/GABI allerdings scheinen die Meinung zu vertreten, dass es Normen, die das Vermögen als solches schützen, überhaupt nicht gibt (zit. Anm. 3, S. 45).

²³ KRAMER, zit. Anm. 22, S. 132.

²⁴ GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 275.

²⁵ Übersicht: GAUCH/AEPLI/CASANOVA, OR Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, Zürich 1983, S. 63 ff. (mit zahlreichen Beispielen).

dert²⁶. Zum andern durch eine tief-sitzende «Angst vor uferloser Ausweitung der Haftung»²⁷, die zur Vorsicht mahnt, wenn einer sich daran macht, reine Vermögensschäden deliktsrechtlich den Personen- und Sachschäden gleichzustellen²⁸.

Trotz allem aber melden sich *Zweifel* an der Richtigkeit der herrschenden Meinung, sobald man sich mit dem Problem des reinen Vermögensschadens näher befasst. Zumindest gibt es verschiedene Gründe, die es rechtfertigen, über diese herrschende Meinung kritisch nachzudenken.

2. Allein schon ein Blick in *die neuere Literatur* zeigt, dass die traditionelle Auffassung von der Widerrechtlichkeit weder unanfechtbar noch unangefochten ist. Vielmehr trifft sie auf ernst zu nehmenden (wenn auch nur vereinzelt) Widerstand. Das zeigt sich etwa im «unorthodoxen» Aufsatz von PETER JAEGGI über den «Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung»²⁹, worin JAEGGI von einem allgemeinen Schädigungsverbot ausgeht und auch die Verletzung relativer Pflichten deliktsrechtlich erfasst. Dann im Aufsatz von WERNER PERRIG über den «Begriff der Widerrechtlichkeit»³⁰, in der Urteilsbesprechung von ERNST. A. KRAMER zum [121] jüngsten Stromkabelfall des Bundesgerichts (BGE 106 II 75)³¹ und schliesslich in der vor kurzem erschienenen Freiburger Dissertation von BRUNO GABRIEL über «die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR»³².

BRUNO GABRIEL schlägt sich mit beachtlichen Argumenten auf die Seite der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie³³, wonach jede Schädigung ohne Rechtfertigungsgrund widerrechtlich ist³⁴. Diese Theorie hatte früher recht zahlreiche Anhänger und fand auch Widerhall in der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts³⁵. Von der jetzt herrschenden Meinung wird sie namentlich unter Berufung auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 41 Abs. 1 OR abgelehnt. Die beiden Ablehnungsgründe sind jedoch, wie GABRIEL durch seine Analysen nachweist³⁶, nicht haltbar. Weder sprechen Wortlaut und Entstehungsgeschichte gegen die subjektive Theorie, noch geben diese Auslegungsmittel überhaupt eine Antwort auf die Frage, ob die eine oder die andere (die objektive oder die subjektive) Theorie den Vorzug verdient³⁷. Das aber bedeutet für den vorliegenden Zusammenhang, dass

²⁶ MERZ, Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, ZBJV 91bis, 1955, S. 310.

²⁷ KRAMER, zit. Anm. 22, S. 132 (mit Hinweisen); GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 848 f.; vgl. z.B. OFTINGER/STARK, zit. Anm. 8, S. 34, Anm. 151; PICKER, zit. Anm. 7, S. 1053.

²⁸ Zu dieser Einteilung: TERCIER, De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages, in: Festschrift Assista, Genf 1979, S. 247 ff.

²⁹ In: Festgabe WILHELM SCHÖNENBERGER, Freiburg 1968, S. 181 ff.

³⁰ PERRIG, SJZ 55, 1959, S. 325 ff.; er vertritt die Meinung, dass «jede Schädigung, bei welcher das geschädigte Interesse gegenüber dem Interesse an der Schädigung das schutzwürdige ist, widerrechtlich ist» (S. 327). Damit nimmt er Gedankengänge vorweg, die heutzutage, im Zeitalter der ökonomischen Analyse des Rechts, ganz vertraut klingen.

³¹ Zitiert in Anm. 22.

³² Zitiert in Anm. 5.

³³ GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 898 ff.

³⁴ Weshalb die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR nichts anderes bedeutet als «ohne Berechtigung». Zum Ganzen: GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 288 f.

³⁵ Vgl. die Nachweise bei GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 284 (Lehre) und Nr. 562 ff. (Rechtsprechung: BGE X, S. 367 und 575 f.).

³⁶ GABRIEL, zit. Anm. 5 Nr. 378 ff. und Nr. 495 ff.

³⁷ GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 482 und Nr. 645. Anders verhält es sich mit Bezug auf Art. 50 aOR (den Vorläufer des Art. 41 Abs. 1 OR). Was ihn betrifft, führen die beiden Auslegungsmittel (Wortlaut und Entstehungsgeschichte) zur Erkenntnis, «dass das Tatbestandselement der Widerrechtlichkeit ... die subjektive Bedeutung hatte» (GABRIEL, Nr. 578). Erst unter dem Einfluss des deutschen BGB ist (seit Beginn

die beiden Auslegungsmittel jedenfalls kein Hindernis sind, um die Deliktshaftung auch für reine Vermögensschäden «ohne Schutznormverstoss» zu öffnen.

3. Dass der Umfang einer solchen Öffnung sorgfältig überdacht werden müsste, versteht sich von selbst. Hier geht es nur um das *Prinzip* der Öffnung. Dafür allerdings scheint manches zu sprechen: vor allem der Umstand, dass *der Geschädigte durch die «Diskriminierung reiner Vermögensschäden»³⁸ in vielen Fällen schutzlos gestellt* wird, in denen er in den Augen des Rechtsanwendenden Rechtsschutz verdient. Um dem Schutzwürdigen in solchen Fällen doch noch zu helfen (und missliebige Ergebnisse zu vermeiden), ist der Rechtsanwendende gezwungen, nach *Auswegen* zu suchen. Verschiedene Wege werden gegangen, namentlich die folgenden:

a. *Die «Reduktion» der Doktrin.* Dieser erste Ausweg bezieht sich auf Sachschäden, bei denen die Widerrechtlichkeit nach traditioneller Doktrin in der Eigentumsverletzung liegt. Käme die Doktrin voll (nicht nur «reduziert») zum Tragen, dann müsste der Ersatzanspruch des Geschädigten sich rechtslogisch auf den «unmittelbaren Schaden an der Sache selber»³⁹ beschränken. Das aber wird kaum von jemandem [122] vertreten. Vielmehr nimmt man allgemein an, dass Gegenstand des Schadenersatzanspruches (unter Vorbehalt anderslautender Spezialgesetze) auch «der entgangene Gewinn und der sonstige mittelbare Schaden» sein können⁴⁰. Wird etwa eine Produktionsmaschine beschädigt oder zerstört, so ist z.B. auch der dadurch bewirkte Produktionsverlust des Eigentümers ersatzfähig⁴¹.

- Diese Zurechnung des Folgeschadens zum ersatzfähigen Sachschaden ist vom Ergebnis her zwar richtig. Sie entspricht denn auch der Rechtslage, wie sie von Gesetzes wegen für den *Körperschaden* gilt. Denn bei Tötung oder Verletzung eines Menschen sind nicht nur die entstandenen Kosten, sondern auch die Vermögensnachteile einer allfälligen Arbeitsunfähigkeit zu ersetzen (Art. 45 und 46 OR). Und haben andere Personen durch die Tötung ihren Versorger verloren, so ist den Betroffenen sogar für diesen reinen Vermögensschaden Ersatz zu leisten (Art. 45 Abs. 3 OR)⁴².
- Andererseits aber führt die erwähnte Behandlung des Folgeschadens zu *merkwürdigen Differenzierungen*. Wer z.B. eine fremde Produktionsmaschine stoppt, indem er sie (ohne Rechtfertigungsgrund) beschädigt, haftet unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit auch für den entstehenden Produktionsverlust des Eigentümers. Hingegen fehlt es (falls nicht irgendeine Schutznorm eingreift) an der Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit, wenn die Maschine ohne Beschädigung gestoppt wird⁴³. Eine einleuchtende Begründung für diese unterschiedliche Behandlung des durch den Betriebsunterbruch entstehenden Schadens ist unter wertenden Gesichtspunkten kaum zu finden. Und dem Juristen, der auf Begründungen bedacht ist, fällt es zunehmend schwerer, solche Ungereimtheiten (als Nebenprodukt der traditionellen Doktrin) in Kauf zu nehmen.

b. *Die «Kreation» von Schutznormen.* Dieser zweite Ausweg besteht darin, dass eine Schutznorm zur Anwendung kommt, die es in Wirklichkeit gar nicht oder nicht mit dem

des 20. Jahrhunderts) die subjektive Theorie immer mehr durch die objektive verdrängt worden (GABRIEL, Nr. 579).

³⁸ KRAMER, zit. Anm. 22, S. 132.

³⁹ KELLER/GABI, zit. Anm. 3, S. 99.

⁴⁰ OFTINGER, zit. Anm. 10, S. 255; statt vieler auch KELLER/GABI, zit. Anm. 3, S. 99.

⁴¹ Vgl. STARK, zit. Anm. 22, Nr. 156.

⁴² In Art. 45 Abs. 3 OR (Versorgerschaden) übernimmt das schweizerische Haftpflichtrecht, was die geldmässige Bewertung des Lebens betrifft, den «loss-to-survivors approach».

⁴³ Vgl. KELLER/GABI, zit. Anm. 3, S. 44 (zum Stromkabelfall).

angeblichen Schutzzweck gibt. Der Ausweg ist beliebt, was nicht verwundert, wenn man «das buntscheckige Bild gesetzlicher Schutznormen»⁴⁴ vor Augen hat und weiss, wie zufällig es ist, ob für den konkreten Fall eine einschlägige Vorschrift gerade zur Verfügung steht oder nicht. Der Richter, der ein gerechtes (nicht vom legislatorischen Zufall diktiertes) Urteil fällen möchte, sieht sich häufig veranlasst, eine passende Schutznorm vorzuschieben, damit (weil nach der konkreten Sachlage angezeigt) auch reiner Vermögensschaden deliktsrechtlich gedeckt ist⁴⁵. Zwei Beispiele mögen dies demonstrieren:

- [123] Beim *ersten Beispiel* geht es um eine bekannte (und auch international diskutierte⁴⁶) Fallkonstellation: Ein Abnehmer von Energie (Strom, Wasser usw.) erleidet reinen Vermögensschaden durch Betriebsausfall, weil ein Dritter (z.B. ein Bauunternehmer) die *Zuleitung aus dem Versorgungsbetrieb* (z.B. Elektrizitäts- oder Wasserwerk) *unterbrochen* hat. Die Leitung gehört, wie hier vorausgesetzt wird, dem Versorgungsbetrieb; und der Betriebsausfall ist eine unmittelbare Folge des Unterbruchs, beruht also nicht darauf, dass z.B. Maschinen oder andere Einrichtungen des Abnehmers durch den Unterbruch beschädigt wurden.

Will sich nun der Abnehmer schadlos halten, indem er den Dritten deliktisch haftbar macht, so ist er nach traditionellem Verständnis der Widerrechtlichkeit auf eine einschlägige Schutznorm angewiesen. Er befände sich deshalb in einer misslichen Lage, wenn nicht die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts⁴⁷ Art. 239 StGB hervorgeholt und daraus eine einschlägige Schutznorm entwickelt hätte. Jetzt aber kann der Geschädigte, falls der Schädiger sich auf fehlende Widerrechtlichkeit beruft, mit dem Bundesgericht⁴⁸ entgegenhalten:

Art. 239 StGB pönalisiert die Behinderung, Störung oder Gefährdung des Betriebes «einer zur allgemeinen Versorgung mit Wasser, Licht, Kraft oder Wärme dienenden Anstalt oder Anlage». Diese Strafbestimmung bezweckt, neben dem Schutz der Unternehmerinteressen, auch den Schutz der Abnehmer, die gerade zu dem Publikum gehören, das die Gesetzesvorschrift im Auge hat. Wer die Versorgung der Abnehmer durch Unterbruch der Zufuhr (z.B. durch Stromkabel- oder Wasserleitungsbruch) beeinträchtigt, handelt deshalb widerrechtlich im Sinne des Art. 41 Abs. 1 OR. Deshalb haftet er den Abnehmern für den Schaden, den diese infolge des Unterbruchs erleiden, sofern auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind⁴⁹.

⁴⁴ KRAMER, zit. Anm. 22, S. 133.

⁴⁵ Vgl. GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 708; KRAMER, zit. Anm. 22, S. 133.

⁴⁶ Vgl. z.B. die unten aufgeführten Urteile des niederländischen «Hoge Raad»; ferner etwa BÜRGE, Die Kabelbruchfälle, Juristische Blätter 1981, S. 57 ff.; FLEMING, zit. Anm. 6, S. 64 f.; BGH NJW 1976, S. 1740 f.; SPARTAN STEEL v. MARTIN, (1973) Q.B. 27 (C.A.) (siehe Anm. 49) und CALTEX OIL, AND THE DREDGE WILLEMSTAD (1976) II A.L.R. 227 (Bruch einer australischen Pipeline; siehe unten im Text bei Anm. 78 f.).

⁴⁷ BGE 101 Ib 252 ff.: (Bruch einer Wasserleitung); BGE 102 II 85 ff. (Bruch eines Stromkabels).

⁴⁸ BGE 102 II 86 ff.

⁴⁹ Kritisch zur Begründung: TERCIER, zit. Anm. 8, S. 263; KRAMER, zit. Anm. 22, S. 133 und die dort (in Anm. 36) Zitierten. In einem weiteren Stromkabelfall (BGE 106 II 75 f.) wird der Ersatzanspruch des Geschädigten zwar abgelehnt, aber nicht mangels Widerrechtlichkeit der Schädigung, sondern allein auf der Basis des zur Anwendung gebrachten SVG (weil es eine Halterhaftung für reine Vermögensschäden nicht gäbe).

Zu einem andern Ergebnis gelangt der deutsche Bundesgerichtshof in «seinem» Stromkabelfall (BGH NJW 1976, S. 1740 f.), indem er den Ersatz von Produktionsausfallschäden ablehnt. Wie der deutsche BGH auch der englische Entscheid SPARTAN STEEL v. MARTIN, (1973) Q.B. 27 (C.A.): Der Bauunternehmer, der das Stromkabel beschädigt hat, ist dem Eigentümer des Kabels haftbar; die blossen Stromabnehmer hingegen können zwar allfällige Sachschäden geltend machen, nicht aber verlangen, dass der durch den Betriebsausfall entgehende Gewinn ersetzt wird. Solche Schäden nämlich seien vom

- Das *zweite Beispiel* betrifft wiederum einen bekannten (und viel diskutierten) Sachverhalt: nämlich *die ausservertragliche Auskunftserteilung*. Wer reinen [124] Vermögensschaden erleidet und einen Deliktsanspruch geltend macht, weil die ihm erteilte Auskunft unrichtig war, gerät sogleich in Schwierigkeit. Denn nach traditionellem Verständnis scheint es für den Ersatzanspruch am Erfordernis der Widerrechtlichkeit zu fehlen⁵⁰. Doch erneut wird eine einschlägige (diesmal ungeschriebene) Schutznorm entwickelt⁵¹ und so das Hindernis (wenigstens für bestimmte Fälle) «kreativ» umgangen⁵². In der Sprache des Bundesgerichtes liest sich das wie folgt:

Obwohl es keine allgemeine Wahrheitspflicht gibt, «muss (es) im Interesse eines geordneten Rechtslebens als ein Gebot der allgemeinen Rechtsordnung erachtet werden, dass derjenige, der über Verhältnisse befragt wird, in die er kraft seiner Stellung besonders Einblick besitzt (wenn er sich überhaupt auf eine Antwort einlassen will), wahrheitsgetreue Auskunft zu geben hat, sofern für ihn erkennbar ist, dass diese für den Fragesteller voraussichtlich folgenschwere Bedeutung hat bzw. haben kann. Er darf nicht absichtlich falsche Tatsachen behaupten, oder leichtfertig Angaben machen, deren Unrichtigkeit bzw. Ungenauigkeit ihm ohne lange Prüfung in die Augen springen muss⁵³.» Der Angefragte handelt im übrigen auch dann widerrechtlich, «wenn er Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnte»⁵⁴.

In beiden Beispielen gelangt das Bundesgericht zu einem sachlich befriedigenden Ergebnis, jedoch unter Einschlebung von Schutznormen, die zumindest zweifelhaft sind. Im zweiten Beispiel wird die Widerrechtlichkeit sogar von der «Absicht» oder «Leichtfertigkeit» des Schädigers abhängig gemacht, wodurch Widerrechtlichkeit und Verschulden (sonst säuberlich getrennt⁵⁵) durcheinandergeraten. Die Beispiele liessen sich vermehren, etwa um den Fall des ausserehelichen Schwängerers, der dem Registervater für die nicht-einbringlichen Kosten der gerichtlichen Vaterschaftsanfechtung⁵⁶ gestützt auf den weithin geholten Art. 28 ZGB einzustehen hatte⁵⁷. [125] Dadurch wurde Art. 28 ZGB mit einem Schutzzweck angereichert, der ihm von Hause aus mit Bestimmtheit fremd ist.

betroffenen Abnehmer besser berechenbar; und der Abnehmer könne sich dagegen im voraus schützen, z.B. durch die Einrichtung von Notstromgeneratoren oder die Einkalkulierung des Risikos in die Preise (ablehnend gegenüber dem Argument des möglichen Selbstschutzes: BGE 97 II 229 f., da niemand gehalten sei, sich gegen die abstrakte Möglichkeit rechtswidriger Eingriffe in das Vermögen zu schützen).

⁵⁰ Vgl. KUHN, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, SJZ 82, 1986, S. 353. Anders verhält es sich natürlich, wenn der Betroffene infolge der falschen Auskunft einen Körper- oder Sachschaden erleidet, weil dann das Erfordernis der Widerrechtlichkeit ohne weiteres erfüllt ist.

⁵¹ OFTINGER/STARK, zit. Anm. 8, S. 42 ff.; GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 256a.

⁵² Zur Anwendung des Art. 41 Abs. 2 OR, der bei fehlender Widerrechtlichkeit allenfalls weiterhelfen kann, vgl. BGE 108 II 312.

⁵³ BGE 57 II 86; 111 II 474. Ähnlich (aber strenger) das englische House of Lords in HEDLEY BYRNE AND HELLER & PARTNERS: «... a negligent, though honest, misrepresentation, spoken or written, may give rise to an action for damages for financial loss, caused thereby, apart from any contract or fiduciary relationship, since the law will imply a duty of care when a party seeking information from a party possessed of a special skill trusts him to exercise due care, and that party knew or ought to have known that reliance was being placed on his skill and judgment» (1964) A.C. pp. 466 («syllabus»), 486, 502, 514.

⁵⁴ BGE 80 III 54; 111 II 474.

⁵⁵ Dazu aber kritisch: WERRO, zit. Anm. 9, Nr. 312 ff. und Nr. 399 ff.

⁵⁶ Die beklagte Mutter vermochte die ihr auferlegten Gerichts- und Anwaltskosten nicht zu bezahlen, weshalb der Registervater mit einem Verlustschein vorlieb nehmen musste.

⁵⁷ BGE 109 II 4 ff.; vgl. des weiteren auch SJZ 83, 1987, S. 257 ff. (Nr. 36), wonach die Zeugung eines Kindes im Ehebruch eine widerrechtliche (weil Art. 28 ZGB verletzende) Handlung der Ehefrau gegenüber ihrem Ehemann sei (deshalb deliktischer Schadenersatzanspruch des Mannes auf Rückzahlung ge-

c. Die «Konstruktion» von Rechtsfiguren, die es erlauben, aus dem Deliktsrecht auszubrechen und so die Haftungsvoraussetzung der «Widerrechtlichkeit» (im Sinne des Art. 41 Abs. 1 OR) zu umgehen⁵⁸. Exemplarische Figuren, die diesen dritten Ausweg markieren, sind die folgenden:

- Die «*Culpa-Haftung*», die schon von JHERING «entdeckt» wurde⁵⁹. Sie ist eine dogmatische Hilfsfigur, die dazu dient, eine «Haftung zwischen Vertrag und Delikt»⁶⁰ zu begründen. Sie sanktioniert die Verletzung verschiedener Einzelpflichten (namentlich die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln), die sich aus dem Treueverhältnis der Verhandlungspartner ergeben. Obwohl auch in der Schweiz grundsätzlich anerkannt, bildet sie hier noch immer Gegenstand zahlreicher Streitfragen⁶¹.
- Die «*Drittschutzwirkung*» von Verträgen⁶². Sie zielt darauf ab, einem vertragsfremden Dritten (z.B. dem Ehemann der Mieterin oder dem Angestellten des Werkbestellers), der durch das vertragswidrige Verhalten einer Vertragspartei geschädigt wird, einen vertraglichen Schadenersatzanspruch zu geben. Der Dritte wird in den «Schutzbereich» des Vertrages einbezogen und kann (obwohl am Verträge unbeteiligt) aus Vertragsverletzung klagen. Vorausgesetzt ist, dass er «in Leistungsnähe» des Vertrages steht und dass der Gläubiger (weil er z.B. obhuts- und fürsorgepflichtig ist) ein Interesse am Schutz des Dritten hat.

Die bildhafte Sprache («Schutzbereich des Vertrages», «Leistungsnähe» usw.), die zur Umschreibung der «Drittschutzwirkung» aufgewendet wird, vermag das Paradoxum, dass ein geschädigter Dritter Vertragsschutz «ohne Vertrag» geniessen soll, nur schwer zu erklären⁶³. Entsprechend vielfältig sind denn auch die Gründe, die man ins Feld führt, um das dogmatische Kunststück zu rechtfertigen. Sie reichen von der Vertragsergänzung⁶⁴ – über Treu und Glauben – bis zum gesteigerten Sozialkontakt⁶⁵. Insgesamt bleibt der Vertrag mit «Drittschutzwirkung» eine «schillernde Rechtsfigur»⁶⁶, was aber nicht hindert, dass sie heutzutage auch in der Schweiz einige prominente Befürworter hat⁶⁷.

- [126] Die «*Drittschadensliquidation*»⁶⁸. Sie erlaubt es einer Vertragspartei (z.B. einem Bauunternehmer), den Schaden, den ein Dritter durch das vertragswidrige Verhalten ih-

leisteter Unterhaltsbeiträge unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit bejaht); zum ganzen Fragenkreis siehe OFTINGER/STARK, zit. Anm. 8, S. 47 ff.

⁵⁸ Überblick: GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 778 ff. und Nr. 796 ff.

⁵⁹ JHERING, *Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, *Jherings Jb.*, 4. Bd., 1861, S. 183 ff.

⁶⁰ GAUCH/SCHLUEP, zit. Anm. 4, Nr. 726a; BGE 68 II 303.

⁶¹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP, zit. Anm. 4, Nr. 720 ff. und dort Zitierte.

⁶² Vgl. darüber GAUCH/SCHLUEP, zit. Anm. 4, Nr. 2580 ff., mit weiterführenden Hinweisen.

⁶³ Vorbehalten bleiben natürlich Fälle, in denen ein echter Vertrag zugunsten Dritter vereinbart wurde (Art. 112 Abs. 2 OR) oder der Vertrag ausnahmsweise (z.B. Art. 399 Abs. 3 OR) mit gesetzlicher Drittwirkung ausgestattet ist.

⁶⁴ Ablehnend: JAEGGI/GAUCH, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, V. Bd., Obligationenrecht, Teilbd. V 1b, Zürich 1980, N 537 zu Art. 18 OR.

⁶⁵ Vgl. GAUCH/SCHLUEP, zit. Anm. 4, Nr. 2582.

⁶⁶ SONNENSCHNEIN, *Juristische Arbeitsblätter* 11, 1979, S. 231.

⁶⁷ Z.B. KRAMER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. VI, 1. Teilbd., Zürich 1986, N 144 ff. der Allgemeinen Einleitung vor Art. 1 OR; SPIRO, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, Bern 1984, S. 293 ff.; kritisch dagegen: MERZ, *Schweizerisches Privatrecht VI/1*, Basel und Frankfurt am Main 1984, S. 190, Anm. 14; PIOTET, *Une théorie juridique allemande en Suisse*, in: *Les étrangers en Suisse*, Lausanne 1982, S. 341.

⁶⁸ Vgl. darüber GAUCH/SCHLUEP, zit. Anm. 4, Nr. 1620 ff., mit weiterführenden Hinweisen.

res Vertragspartners (z.B. eines Subunternehmers) erlitten hat, im eigenen Namen (und als Vertragsschaden) geltend zu machen. Der geschädigte Dritte (z.B. der Bauherr) ist mit einem Abtretungsanspruch ausgerüstet und hat es deshalb in der Hand, die Durchsetzung der Schadenersatzforderung an sich zu nehmen. Wiederum in Deutschland entwickelt, wird diese Figur in der Schweiz nur zögernd (etwa in Fällen der indirekten Stellvertretung) anerkannt⁶⁹.

Alle drei Figuren⁷⁰ haben gemeinsam, dass sie (was vorliegend interessiert) den Ersatz auch von reinem Vermögensschaden zulassen. Das allerdings ist nicht der einzige Vorteil, den sie dem Geschädigten bieten. Vielmehr bauen sie überdies eine dogmatische Brücke, um zugunsten des Geschädigten von den Modalitäten der Deliktshaftung zu jenen der Vertragshaftung überzuwechseln, was namentlich für die Verjährung (Art. 60/127 ff. OR) und für die Hilfspersonenhaftung (Art. 55/101 OR) bedeutsam ist⁷¹. In solcher Dogmatik äussert sich das seit langem feststellbare Bestreben, die für den Geschädigten günstigere Vertragshaftung einem immer weiteren Anwendungsbereich zuzuführen.

d. *Die «Abstraktion» vom Erfordernis der (traditionell verstandenen) Widerrechtlichkeit.* Dieser letzte Ausweg wird insbesondere dann gewählt, wenn unvermeidbare Bauimmissionen bewirken, dass benachbarte Geschäftsbetriebe Geschäftseinbussen erleiden. Die betroffenen Geschäftsinhaber müssen die unvermeidbaren Immissionen zwar dulden; doch können sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts den bauenden Grundeigentümer auf Schadenersatz belangen, obwohl dieser sein Eigentumsrecht nicht überschreitet, sondern es rechtmässig ausübt⁷². Der belangte Grundeigentümer haftet für den reinen Vermögensschaden der Geschäftsinhaber, ohne dass er eine Schutznorm verletzt hat⁷³.

4. [127] Die aufgezeigten Wege, die gegangen werden, um missliebige Ergebnisse zu vermeiden, gehören zum zeitgenössischen Lehr- und Lernstoff der juristischen Fakultäten; sie sind dem Schweizer Juristen wohlbekannt, weshalb hier auf eine detaillierte Präsentation verzichtet wird. Weniger bekannt dürfte dagegen sein, dass die aufkommenden Zweifel an der Richtigkeit der traditionellen Doktrin keine isoliert-schweizerische Erscheinung sind.

⁶⁹ Sehr weitgehend aber VON THUR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 112, und SPIRO, zit. Anm. 67, S. 287 ff.

⁷⁰ Die Aufzählung ist nicht vollständig. Weitere Figuren, die dazu dienen, aus dem Deliktsrecht auszubrechen, sind etwa: Die «Culpa post contractum perfectum», das «faktische Vertragsverhältnis», die «positive Vertragsverletzung» (vgl. Anm. 137) und der fingierte «Garantievertrag» zwischen Produzent und Endverbraucher.

⁷¹ Die Culpa-Haftung allerdings untersteht nach der jetzigen Rechtsprechung des Bundesgerichts der deliktsrechtlichen Verjährungsbestimmung des Art. 60 OR (BGE 108 II 422; anders z.B. KRAMER, zit. Anm. 67, N 141 der Allgemeinen Einleitung vor Art. 1 OR). Zur Culpa-Haftung für Hilfspersonen hat sich das Bundesgericht zwar noch nicht grundsätzlich geäußert; in BGE 108 II 422 aber hat es doch entschieden, dass bei täuschendem Verhalten des Abschlussgehilfen Art. 101 OR (nicht Art. 55 OR) zur Anwendung komme.

⁷² So: BGE 91 II 100 ff.; Semjud. 1987, S. 145 ff. Vgl. auch DESAX, Haftung für erlaubte Eingriffe, «Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg» (AISUF), Bd. 46, Freiburg 1977.

⁷³ Was die Widerrechtlichkeit betrifft, gibt es in solchen Fällen nur drei Möglichkeiten: Entweder man vermeidet das Problem der Widerrechtlichkeit, indem man den Anspruch des Geschädigten gar nicht als deliktischen Schadenersatzanspruch (sondern als «Anspruch zum Ausgleich einer gesetzlichen Duldungspflicht») auffasst (z.B. OFTINGER/STARK, zit. Anm. 8, S. 59). Oder man begnügt sich mit der Erklärung, dass es auch Schadenersatzhaftung für erlaubte Schädigung gibt. Oder man geht schliesslich davon aus, dass einzig die Immission erlaubt sei, nicht aber die durch die Immission hervorgerufene Schädigung. Vgl. zum letzteren JAEGGI, wonach beim Notstand und ähnlichen Fällen (Art. 52 OR; Art. 700 und 710 ZGB) zwar in fremdes Eigentum eingegriffen werden dürfe, die damit verbundene Schädigung aber dennoch widerrechtlich sei (zit. Anm. 29, S. 186 f.).

Vielmehr werden sie begleitet und verstärkt durch *ausländische Entwicklungen*, die darauf abzielen, den reinen Vermögensschaden deliktsrechtlich besser zu stellen.

a. Zum Beispiel hat *der niederländische «Hoge Raad»* in zwei grundsätzlichen Urteilen⁷⁴ entschieden, dass im Falle einer unerlaubten Handlung auch Dritte, die reinen Vermögensschaden erleiden, forderungsberechtigt sein können⁷⁵.

In beiden Urteilen ging es um die Störung eines öffentlichen Versorgungsbetriebes durch Fremdeinwirkung (Beschädigung einer Leitung) und um den Betriebsausfallschaden, den industrielle Abnehmer (eine Textil- und eine Ziegelfabrik) infolge der Störung erlitten hatten. Verantwortlich für die Störung und eingeklagt war im ersten Fall (Beschädigung einer Hochspannungsleitung durch ein Militärflugzeug)⁷⁶ der niederländische Staat; im zweiten Fall (Beschädigung einer Erdgasleitung)⁷⁷ war es ein Bauunternehmen. Der Einwand der Beklagten, dass es im Verhältnis zu den geschädigten Abnehmern an einer unerlaubten Handlung fehle, wurde vom «Hoge Raad» verworfen. Dieser hiess die Schadenersatzklage gut und betonte, dass auch eine mögliche Kaskade von Schadenersatzansprüchen kein Grund sei, um in Fällen dieser Art von einer Haftpflicht abzusehen. Wer Sturzflüge in der Nähe von Hochspannungsleitungen oder Arbeiten in der Nähe von Erdgasröhren ausführe, sei eben verpflichtet, Beschädigungen auch im Interesse der Abnehmer zu unterlassen.

b. Die soeben erwähnten Urteile des niederländischen «Hoge Raad» haben eine Parallele im *australischen Pipeline-Entscheid* (CALTEX OIL AND THE DREDGE «WILLEMSTAD»^{78,79}). Sie vermeiden den gekünstelten Rückgriff auf strafrechtliche Schutznormen, kommen aber doch zum gleichen Ergebnis wie das schweizerische Bundesgericht im Stromkabel- und Wasserleitungsfall. Vom Ergebnis her vermögen sie daher auch einen Schweizer Juristen kaum zu überraschen. Schon viel spektakulärer ist dagegen, was in *England* geschah. Dessen Deliktsrecht war über lange Zeit hin «obstinately simplistic in its animosity towards pure economic loss [128] with the result that many of these cases... remained beyond the pale of law»⁸⁰. Dann aber kam es zum Entscheid in Sachen JUNIOR BOOKS LTD. AND VEITSCHI CO. LTD.

In diesem berühmt gewordenen⁸¹ Fall⁸² griff das House of Lords in das komplexe Verhältnis zwischen Bauherr, Unternehmer und Subunternehmer ein. Der Subunternehmer (ein spezialisierter Bodenleger) hatte seine Arbeit (die Verlegung von Böden in einem Fabrikneubau) mangelhaft ausgeführt, worauf er vom Bauherrn auf Ersatz von Verbesserungskosten

⁷⁴ «Hoge Raad» 14. März 1958 (STAAT VS. MEYERINK), *Nederlandse Jurisprudentie* 1961, 570; 1. Juli 1977 (VAN HEES VS. ESBEEK), *Nederlands Jurisprudentie* 1978, 84.

⁷⁵ Den Hinweis auf diese Urteile (samt deutschsprachiger Inhaltsangabe) verdanke ich meinem Kollegen SJEF VAN ERP von der Katholieke Universiteit Brabant.

⁷⁶ STAAT VS. MEYERINK.

⁷⁷ VAN HEES VS. ESBEEK.

⁷⁸ (1976), 11 A.L.R. 227 = *The Commonwealth Law Reports*, 136, 1976-1977, 529.

⁷⁹ Durch die Beschädigung und Unterbrechung einer Oil-Pipeline wurde CALTEX, Eigentümerin des «Terminals» gezwungen, vorübergehend eine Ersatzleitung einzurichten, um ihr Öl zum «Terminal» zu transportieren. Obwohl die beschädigte Pipeline nicht ihr (sondern einer andern Gesellschaft) gehörte, klagte sie auf Ersatz der dadurch entstandenen Kosten. Das Gericht entschied, dass es sich hierbei um «purely economic loss» handle, sprach aber die Klage gut.

⁸⁰ MARKESINIS, zit. Anm. 7, S. 385; zur falschen Auskunftserteilung vgl. aber Anm. 50.

⁸¹ Vgl. z.B. auch SCHLECHTRIEM, Deliktshaftung des Subunternehmers gegenüber dem Bauherrn wegen Minderwerts seines Werkes – Eine neue Entscheidung des House of Lords, 25 Jahre *Karlsruher Forum*, 1983, S. 64 ff.

⁸² House of Lords, (1983) *Appeal Cases* (A.C.) 520.

ten und Gewinnausfall (verursacht durch die Reparaturarbeiten) eingeklagt wurde⁸³. Die Klage hatte Erfolg, obwohl zwischen Bauherr und Subunternehmer kein Vertragsverhältnis bestand. Das House of Lords bejahte einen Deliktsanspruch des Bauherrn. Unter anderem zog es in Erwägung, «that where the relationship between the parties (Bauherr/Subunternehmer) was sufficiently close, the scope of the duty of care in delict or tort owed by a person doing work was not limited to a duty to avoid causing foreseeable harm to persons or to property other than the subject-matter of the work by negligent acts or omissions, but extended to a duty to avoid causing pure economic loss consequential on defects in the work and... to avoid defects in the work itself»⁸⁴.

c. Von England *nach Kanada, nach Neuseeland und in die Vereinigten Staaten!* Die Reise lohnt sich. Denn überall stösst man auf neue Entscheide, die das Deliktsrecht für reinen Vermögensschaden öffnen. In *GARTSIDE V. SHEFFIELD, YOUNG & ELLIS*⁸⁵ (Neuseeland) hatte ein mit der Vorbereitung eines Testaments beauftragtes Anwaltsbüro die Arbeit so lange hinausgezögert, bis der Auftraggeber gestorben war; die Deliktsklage eines Dritten, der durch das Testament begünstigt worden wäre (jetzt aber leer ausging), wurde vom Court of Appeal gutgeheissen. In *B.D.C. LTD. V. HOFSTRAND FARMS LTD.*⁸⁶ befasste sich der kanadische Supreme Court mit der Deliktsklage gegen einen privaten Postkurier; der Beklagte musste für den Schaden einstehen, den er durch die verzögerte Ausführung seines Auftrages einem Dritten (nicht dem Vertragspartner) zugefügt hatte.

[129] Kaum woanders aber ist die Diskussion über die Ersatzfähigkeit des reinen Vermögensschadens so stark in Gang gekommen wie *in den Vereinigten Staaten*⁸⁷. Das gilt insbesondere für Kalifornien, wo die traditionelle «economic loss rule», die eine Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden verneint, schrittweise abgebaut wurde. Deshalb rechtfertigt es sich, gerade die kalifornische Entwicklung herauszuheben, um sie im folgenden (mit Justin Sweet) etwas näher zu betrachten.

III. The Economic Loss Rule in California – Ein Ausblick in die Vereinigten Staaten

⁸³ «The defenders, specialist flooring contractors, were engaged as sub-contractors to lay a floor in a factory which was being erected for the pursuers by a building company. There was no contractual relationship between the pursuers and the defenders. The pursuers averred that the floor was defective owing to the defenders' negligence ... and they brought an action claiming for the estimated cost of relaying the floor and various items of economic and financial loss consequential on replacement such as the cost of removal of machinery and loss of profits while the floor was being relaid» (1983) A.C. 520 («syllabus»).

⁸⁴ (1983) A.C. 520 («syllabus»). Dass dieser Entscheid Aufsehen erregen und in der traditionsbewussten Juristenwelt auch auf Ablehnung stossen würde, stand wohl von Anfang an fest. Kritisch reagierten nicht nur die Gerichte (vgl. MARKESINIS, zit. Anm. 7, S. 387), sondern auch verschiedene Haftpflichtrechtler wie z.B. FLEMING (zit. Anm. 6, S. 66): «... this decision by the House of Lords is not free from criticism. It used to be assumed that tort liability for a defective product was confined to damage it might do to other property and that complaints about its own condition fell to the province of contract alone. Tort deals with accidents and safety, contract with bad bargains...».

⁸⁵ (1983) NZLR (= New Zealand Law Reports) 37.

⁸⁶ (1986) 1 S.C.R. 228.

⁸⁷ Aus der Literatur beachte etwa: FELDTUSEN, *Economic Negligence* (based on the case law in the United States and in the British Commonwealth), Toronto 1984; RABIN, *Tort Recovery for Negligently Inflicted Economic Loss: A Reassessment*, *Stanford Law Review*, 1985, S. 1513 ff.; SCHWARTZ, *Economic Loss in American Tort Law: The Examples of J'AIRE and of Products Liability*, *San Diego Law Review* 37, 1986, S. 37 ff.; THENIA/ULRICH, *A Return to Principles of Corrective Justice in Deciding Economic Loss Cases*, *Virginia Law Review* 69, 1983, S. 1517 ff.; JAMES, *Limitations of Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal*, *Vanderbilt Law Review* 25, 1972, S.43 ff.

1. Introduction

1. The private law of any legal system must draw *lines between permissible and impermissible conduct* and between those interests protected and those unprotected. These lines determine whether losses can be transferred from the party incurring them to the person causing them. Clear and distinct lines are necessary to predict legal outcomes accurately. Predictability reduces the costs of counseling, negotiating and litigating disputes. In addition, legal systems seek to draw lines in such a way as to avoid unlimited and uncertain liability. Uncertainty as to the extent of liability makes the pricing of services and products very difficult as well as limits the likelihood insurance will be available to take care of certain risks. Finally, making a person (or entity) responsible for every loss that his socially useful activity has caused may reduce the scope of the activity as well as give that person the feeling he has been unjustly treated and exposed to the risk of an arbitrary judicial outcome.

Lines, at least in *American tort law*, have moved significantly during the past generation toward the increased likelihood that those who have suffered losses can transfer them to those who have caused them. Increasingly the conduct which creates liability no longer requires fault, at least for those who manufacture and sell defective products⁸⁸. Also, the type of harm which justifies liability has expanded. As an illustration, American tort law has moved the line which determines whether emotional distress negligently inflicted will be compensated. Traditionally, those who suffered emotional distress were required to establish that there had been physical impact upon them. Then this line was moved to requiring that the claimant had been in a zone of physical danger. Finally, most states moved the line to one [130] which focuses on foreseeability and which culminates in the extension of more protection to those who suffer emotional distress⁸⁹.

2. Another line drawn by traditional tort law was to bar *recovery of purely economic losses*, those unconnected to personal harm or damage to property. Pure economic losses are disappointed commercial expectations, which under the traditional economic loss rule could be protected only if the party suffering the loss had obtained contractual protection – not simply the protection accorded by tort law. Illustrations most of which we will see in the California cases, are lost inheritances, additional expense of performing a contract, lost economic opportunities and failure of property that has been built or purchased to measure up to the value expectations of the person for whom the property had been built or who has purchased it.

One special justification for the economic loss rule is the difficulty of establishing the value of some economic claims, particularly those related to interference with an existing or prospective contract: Has the conduct caused the loss? Will there *be* a loss? What is its extent? Proof of the loss can be relatively, as in lost inheritance cases or almost impossible, as in mass disaster cases.

2. California Abolishes Economic Loss Rule

California law has moved from the traditional denial of such claims to an open-textured (or perhaps open-ended) rule which allows recovery for economic losses caused by negligent performance of services or supply of goods.

⁸⁸ PROSSER and KEETON, *Torts*, 692-702 (5th ed. 1984).

⁸⁹ *Id.* at 359-367.

1. Before proceeding directly to purely economic loss cases and the demise of the economic loss rule in California, we should look at *BUCKLEY V. GRAY*⁹⁰. It denied tort recovery in the first of a number of the *lost inheritance cases*. Yet it would have barred *all* claims, whether those relating to personal harm, damage to property or purely economic loss, unless there was privity between the claimant and the negligent person whose improper performance of a contract caused the harm. Tort law then, as now, requires that there be a duty of the defendant to avoid exposing the claimant to the unreasonable risk of harm before a loss can be transferred from claimant to defendant. This can be established by a finding of «privity», a particular relationship between the party suffering the loss and the party causing it or the existence of a contractual relationship. Without privity there was no duty and no tort.

a. *BUCKLEY V. GRAY* pointed to the English case of *WINTERBOTTOM V. WRIGHT*⁹¹ which had required privity and barred third party claims, even those for personal harm. To be sure the privity requirement in cases of negligently manufactured products was eliminated in the early 20th Century⁹². But the reason given in [131] *BUCKLEY V. GRAY* for denying recovery, that recovery would push liability «to an impracticable extreme» and that «There will be no bounds to actions and litigious intricacies»⁹³ are reasons frequently given for barring purely economic loss cases.

b. In 1958 *BIAKANJA V. IRVING*⁹⁴ began the process by which the economic loss rule was abolished in California. The claimant would have been a beneficiary of a will. She sought to recover her lost inheritance, a purely economic loss, from the public notary who had drafted the will but did not have it properly attested. In the United States a public notary, unlike a notary in Continental Europe is likely to be a clerk in an office whose employer has posted a bond to obtain a notary book and seal. She is allowed to authenticate signatures of those who sign before her. The notary who drew up the will was engaging in the unlawful practice of law.

The Court stated that the privity rule, the relationship needed to create a tort duty, had been eliminated in claims involving personal harm. It also noted that New York had allowed a negligence claim be brought by a third party claimant against a public weigher⁹⁵ but refused to allow a claim by a third party claimant against a negligent public accountant who had negligently certified a balance sheet for its client⁹⁶. In the latter case the loss and the particular claimant suffering it were not foreseeable. Liability exposure could be almost limitless as many persons might rely upon the information supplied by the accountant. The court in the *BIAKANJA* case articulated what then became critical factors which were to be «balanced» in determining whether the defendant owed a duty to the claimant and was entitled to protection from negligent acts by the defendant. The court stated:

The determination whether in a specific case the defendant will be held liable to a third party not in privity is a matter of policy and involves the balancing of various factors, among which are the extent to which the transaction was intended to effect the plaintiff, the foreseeability of harm to him, the degree of certainty that the plaintiff suffered injury, the closeness

⁹⁰ 110 Cal. 339, 42 P 900 (1895).

⁹¹ 10 M&W 109, 152 Eng. Rep. 402 (1842).

⁹² *MACPHERSON V. BUICK MOTOR CO.*, 217 N.Y. 382, III N.E. 1050 (1916).

⁹³ 110 Cal. at 344, 42 P. at 901.

⁹⁴ 49 Cal. 2d 647, 320 P.2d 16 (1958).

⁹⁵ *GLANZER V. SHEPARD*, 233 N.Y. 236, 135 N.E. 275 (1922).

⁹⁶ *ULTRAMARES CORP. V. TOUCHE*, 255 N.Y. 170, 174 N.E. 441 (1931). 97 49 Cal. 2d at 650, 320 P.2d at 19.

of the connection between the defendant's conduct and the injury suffered, the moral blame attached to the defendant's conduct, and the policy of preventing future harms⁹⁷.

California decisions have added other factors tailored to the specific case and often vague in nature⁹⁸. Yet major emphasis has been upon the factors specified in the BIAKANJA case. They must be weighed and balanced to determine whether the defendant owed a duty to the claimant in claims involving personal harm or damage to property and at the time of the BIAKANJA case, in negligently drawn wills, special claims for economic loss.

[132] Evaluating these factors, the Court noted that the duty requirement protects defendants. But it held that the notary who was violating the law did not deserve such immunizing protection.

However, the BIAKANJA case did not present the difficulties of infinite liability and measurement which we will see in other cases involving purely economic losses. Only a limited number of persons would suffer loss if the will were invalid and the amount of the loss was easily ascertainable. Not only would the client who contracted for and paid for the services have difficulty in establishing his loss but also it was clear that the client had intended to benefit those who would derive benefit from the will, the creation of a «quasi-privity» between the will drafter and the beneficiaries. The court could also invoke the established contract law rule which grants an intended beneficiary a right to bring legal action for a contract breach.

c. LUCAS V. HAMM, another lost inheritance case came before the Supreme Court in 1961⁹⁹. But the defendant was a licensed attorney, not a notary violating the law. The claimant asserted two theories, negligence and breach of a contract intended for his benefit. First, the court permitted the negligence claim to be asserted. It applied the BIAKANJA factors and also asked whether liability would place an undue burden on the profession. (The court held it would not.)

The court devoted little analysis to the tort claim but focused on the plaintiff as an *intended* beneficiary of the contract between the client and his attorney. This helped provide a more acceptable basis for placing liability on the attorney.

However, the intended beneficiary theory can be dangerous. The attorney's contract with the client may bar liability to third parties. The contract may require conduct which differs from the tort standard. Also, as seen in HEYER V. FLAIG¹⁰⁰ decided in 1969, tort law can be better for the claimant. In this case a contract claim would have been barred because of the Statute of Limitations. (The point at which the period to commence legal action is different.) Faced with this possibility, the Court held that *in essence* the claim was one in tort.

⁹⁷ CONNOR V. GREAT W. SAV. & LOAN ASS'N 69 Cal. 2d 850, 447 P.2d 609, 73 Cal. Rptr. 369 (1968) (effect on housing and housing costs, number of builders in market); ROWLAND V. CHRISTIAN, 69 Cal. 2d 108, 443 P.2d 561, 70 Cal. Rptr. 97 (1968) (availability of insurance); WEIRUM V. RKO GEN. INC., 15 Cal. 3d 40, 539 P.2d 36, 123 Cal. Rptr. 468 (1975) (guidance of our history, our continually refined concepts of morals and justice, the convenience of the rule, and social judgment as to where the loss should fall).

⁹⁸ CONNOR V. GREAT W. SAV. & LOAN ASS'N, 69 Cal. 2d 850, 447 P.2d 609, 73 Cal. Rptr. 369 (1968) (effect on housing and housing costs, number of builders in market); ROWLAND V. CHRISTIAN, 69 Cal. 2d 108, 443 P.2d 561, 70 Cal. Rptr. 97 (1968) (availability of insurance); WEIRUM V. RKO GEN. INC., 15 Cal. 3d 40, 539 P.2d 36, 124 Cal. Rptr. 468 (1975) (guidance of our history, our continually refined concepts of morals and justice, the convenience of the rule, and social judgement as to where the loss should fall).

⁹⁹ 56 Cal. 2d 583, 364 P.2d 685, 15 Cal. Rptr. 821 (1961).

¹⁰⁰ 70 Cal. 2d 223, 449 P.2d 161, 74 Cal. Rptr. 225 (1969).

2. Shortly after *BIAKANJA V. IRVING* had been decided in 1958, the courts faced economic loss claims in the construction project context. Major participants in a *construction project* are not parties to a common contract. Usually each has a contract with another party, and the result is a linked set of contracts. For example, there is a contract between the owner and the architect, the owner and its lender, the architect and a consulting engineer, the owner and a contractor and between the contractor and various subcontractors. Yet negligent conduct by any of these contracting parties can cause economic loss, such as additional cost of performance, to a party with whom it does not have a contract.

A few months after the *BIAKANJA* case a federal district court applying California law decided *U.S. v. ROGERS & ROGERS*¹⁰¹. (In private claims brought in federal court generally the Court applies the law of a particular state.) It allowed the [133] contractor to sue the architect in tort for purely economic losses. The court emphasized that the power of the engineer to stop the work is one of life and death over the contractor and that this authority carries «commensurate legal responsibility»¹⁰². Similarly, in 1961 a California intermediate appellate court allowed a contractor to sue an architect in tort for added expense of performance¹⁰³. In 1968 the California Supreme Court allowed the purchasers of homes to sue the lender when houses built did not meet buyer expectations¹⁰⁴. (In this case the lender took an active role in planning and monitoring the housing project.) In 1978 an owner was allowed to sue a subcontractor whose breach of contract led to a completed project which did not meet owner expectations¹⁰⁵.

In these cases the claimant, unlike those in lost inheritance cases, had made a contract with someone. Yet for various reasons the claimant did not assert a claim against its contracting partner. Instead it chose to bring a tort claim against a third party. Also, these cases involved planned transactions. Not only did the claimant have a contract with a person other than the defendant but the defendant *also* had a contract, usually with the same party with whom the claimant had a contract. In addition to the use of tort for procedural and remedial advantages, a tort claim may avoid defenses that might bar a claim against the contract partner or avoid a defence by the third party based upon the contract between the defendant and its contacting partner. Finally, the tort claim may have been brought against the third party if any judgement against the other contracting partner would not be collectable. The effect of allowing such claims, as in modern tort law generally, gives someone who has suffered a loss a wide number of potential «deep pockets» from which to recover a loss.

3. Now let us detour to *FIFIELD MANOR V. FINSTON*¹⁰⁶ and *ADAMS V. SOUTHERN PAC. TRANSPORTATION CO.*¹⁰⁷, cases which involved claims classified as *tortious interference with a contract*, the first case making the contract more expensive to perform and the second case destroying an opportunity to perform an existing contract.

a. In *FIFIELD MANOR* case, a negligent automobile driver struck a pedestrian. That pedestrian was living in a nursing care facility which had contracted to take care of the pedestrian for the rest of his life under a life care contract. As a result of the injury to the pedes-

¹⁰¹ 161 Fed. Supp. 132 (S.D. Cal. 1958).

¹⁰² *Id.* at 136.

¹⁰³ *M. MILLER CO. V. DAMES & MOORE*, 198 Cal. App. 2d 305, 18 Cal. Rptr. 13 (1961).

¹⁰⁴ *CONNOR V. GREAT W. SAV. & LOAN ASS'N*, 69 Cal. 2d 850, 447 P.2d 609, 73 Cal. Rptr. 369 (1968).

¹⁰⁵ *GILBERT FINANCIAL CORP. V. STEEL FROM CONTRACTING CO.*, 82 Cal. App. 3d 65, 145 Cal. Rptr. 448 (1978).

¹⁰⁶ 54 Cal. 2d 632, 354 P.2d 1073, 7 Cal. Rptr. 377 (1960).

¹⁰⁷ 50 Cal. App. 3d 37, 123 Cal. Rptr. 216 (1975).

trian, the care facility had to provide additional medical services. The court could have, as would later cases, looked at this claim from the perspective of the automobile driver. Was he reasonably able to foresee that if he struck a pedestrian, a third party might incur such additional expenses? Instead the Court looked at the effect of the driver's negligence on the life care contract. It concluded [134] that the contract would be protected only from *intentional* but not *negligent* interference by a third party.

b. The ADAMS case involved a mass disaster. The claimants were workers who could not perform because their workplace had been destroyed by an explosion in a railroad car owned by the defendant. As in the FIFIELD MANOR case, the employees were asserting that the railroad company had negligently interfered with their employment contracts. In the ADAMS case, the court felt that its hands were tied by the FIFIELD MANOR case. It even invited the Supreme Court to reverse the latter case. The Supreme Court did not take up its invitation.

c. The interference with contract claims in the mass disaster contract unveils a reason for the survival of the economic loss rule. This requires that we look briefly at two cases from states other than California. Like the ADAMS case, Nevada held in LOCAL JOINT EXECUTIVE BOARD OF LAS VEGAS V. STEIN¹⁰⁸ that employees of a large luxury hotel and their union could not sue the contractor and architect whose alleged negligence had caused a fire severely damaging their place of employment. While it is likely that the claimants' losses *can* be established, many others are likely to suffer losses when such a mass disaster occurs. Tort causation rules could draw a protective line. But Nevada used the economic loss doctrine to bar the claim and protect the defendants from endless claims.

Yet a few years later the Supreme Court of New Jersey in PEOPLE EXPRESS AIRLINES, INC. V. CONSOLIDATED RAIL CORP.¹⁰⁹ would not apply the economic loss doctrine. In this case an airline claimed against a railroad whose alleged negligence had caused a chemical spill forcing a 12 hour evacuation of the airport at which the airline operated. But there, in addition to the multitude of potential claimants, the law would face the daunting prospect of determining *how much* revenue was lost *because of* the evacuation. The Court felt that the proximate cause doctrine and the rules establishing damages were enough to protect the defendant from endless and unpredictable claims.

4. In 1979 the California Supreme Court decided J'AIRE CORP. V. GREGORY¹¹⁰. This case *abolished the economic loss rule in service transactions*. It focused on the factors noted in the BIAKANJA case and emphasized foreseeability. In doing so, it distinguished the FIFIELD MANOR case on the ground of foreseeability and disapproved the ADAMS case to the extent it had been based upon the FIFIELD MANOR case.

a. A *claim* had been made by the operator of a restaurant in a county airport. Under the lease, the county was to furnish heat and air conditioning. In 1975 the county entered into a contract with the defendant contractor to improve the restaurant and renovate the heating and air conditioning system. There was no fixed time for completion. Since there was no fixed time for completion, the contractor [135] was to complete within a reasonable time. The restaurant operator claimed that the contractor did not do so, and that he suffered losses of \$50,000. He asserted that he could not operate at all for one month, and during the rest of the renovation period, he had to operate without heating and air conditioning.

¹⁰⁸ 651 P.2d 637 (Nev. 1982).

¹⁰⁹ 100 N.J. 246, 495 A.2d 107 (1985).

¹¹⁰ 24 Cal. 3d 799, 598 P.2d 60, 157 Cal. Rptr. 407 (1979).

The restaurant operator did not sue the county even though he thought the county had breached the contract. He did not wish to incur the ill will of the county. This might have made it difficult to obtain lease renewals¹¹¹. Instead he brought his claim against the contractor.

The claim was asserted on two theories. First he claimed that there had been a *negligent* failure by the renovation contractor to complete within a reasonable time, a *tort* claim. Second, the restaurant operator claimed he was an *intended beneficiary* of the contract between the contractor and the county. The trial judge dismissed each claim without a trial, but the attorney only sought to reverse his decision on the first theory, that of negligent failure to complete within a reasonable time. (An interview with the restaurant operator's attorney revealed that the reason the contract claim was abandoned on appeal was that the attorney had done poorly in his Contracts course in the law school!¹¹²)

b. In handling the tort claim, the court immediately plunged into the issue of duty. It looked not only at the six BIAKANJA factors but at others, such as the character of the contractor's services, the relationship between the parties and «the interdependent nature of human society»¹¹³. As a shorthand, the court noted that duty depended upon whether the plaintiffs interests «are entitled to legal protection against the defendant's conduct»¹¹⁴. The court saw no reason to distinguish claims for economic losses attached to personal harm or property damage from those not attached to such harm, and noted that even purely economic loss claims had been allowed in the lost inheritance cases.

The court emphasized that it wanted to avoid the rigidity of common law formulations of duty and preferred the foreseeability standard decided on a case-by-case basis. Despite the court seeking to limit claims which simply involve «ordinary business risk»¹¹⁵, intermediate courts appear to have expanded the J'AIRE case¹¹⁶.

5. *California has gradually eliminated the economic loss rule*, the likely result being a claimant will be able to get his claim to a jury. Abolition began in the will drafting cases which are essentially unplanned transactions. Yet these cases were used to extend the abolition to construction related claims contracts which are [136] planned transactions. The standards which determine whether the defendant owes a duty to the claimant are so many and so difficult to apply analytically that the matter is simply given to the judge for his or her determination of what is fair.

Claimants will not always obtain a judgment. In fact it is likely that *many* claims will be ultimately unsuccessful. Those who suffer economic losses may not be able to prove their case or the extent of their loss. For example, in the ADAMS case, a case of an explosion of a railroad car in a railroad yard, a judge might believe that the defendant should not have to respond to all those who may have suffered losses. If so, he or she would be able to use the duty concept or cause to protect the defendant from remote claims. Similarly, claimants such as the restaurant operator in the J'AIRE case may find it difficult to establish what caused their diminished revenues or their extent. Proving negligence may be difficult. For

¹¹¹ Interview with the plaintiffs attorney as quoted in SCHWARTZ, *Economic Loss in American Tort Law: The Examples of J'Aire and of Products Liability*, 23 San Diego L. Rev. 37, 41 (1986).

¹¹² *Id.* at 43.

¹¹³ 24 Cal. 3d at 803, 598 P. 2d at 62, 157 Cal. Rptr. at 409.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ 24 Cal. 3d at 808, 598 P.2d at 65-66, 157 Cal. Rptr. at 413.

¹¹⁶ CHAMELEON ENGINEERING CORP. v. AIR DYNAMICS, Inc. 101 Cal. App. 3d 418, 161 Cal. Rptr. 463 (1980) (claim by Contractor against its subcontractor's supplier); ALES-PERATIS FOODS v. AMERICAN CAN CO., 164 Cal. App. 3d 280, 209 Cal. Rptr. 917 (1985) (claim by purchaser of cans against third party manufacturer).

example, the claimant in the J'AIRES case did not ultimately recover anything because he could not establish that the contractor had been negligent¹¹⁷. Similarly, the claimant in LUCAS V. HAMM, a lost inheritance case, was denied recovery as he could not establish the attorney's negligence.

The rejection of the economic loss doctrine has opened the courthouse door to many claims which would have been barred under the economic loss rule.

IV. Zurück zur Schweiz

1. Die Rückkehr zur Schweiz erfolgt zwar ohne Patentlösung im Gepäck, aber mit der festen Überzeugung, dass die deliktsrechtliche «Diskriminierung» reiner Vermögensschäden abzubauen und das Deliktsrecht in angemessenem Umfang zu öffnen ist. In der Tat gibt es keine Gründe, die es rechtfertigen, den reinen Vermögensschaden prinzipiell anders zu behandeln als z.B. Körper- oder Sachschaden.

a. Insbesondere lässt sich (wie bereits gesagt) die «Diskriminierung» des reinen Vermögensschadens weder mit dem *Wortlaut* noch mit der *Entstehungsgeschichte* des Art. 41 Abs. 1 OR untermauern. Vielmehr deutet vieles darauf hin, dass die heute herrschende Auslegung des massgebenden Widerrechtlichkeitsbegriffs nichts anderes ist als eine «Rezeption BGB-rechtlichen Gedankenguts in die schweizerische Rechtsordnung»¹¹⁸. Das vermag denn auch nicht zu verwundern, da der Schweizer Jurist nur allzugerne auf die deutschnachbarliche Rechtslandschaft hinüberschaut (ganz nach dem Motto: «the grass is always greener on the other side of the fence!»).

b. [137] Aber auch die Gefahr einer «uferlosen Ausweitung der Haftung»¹¹⁹ verliert von ihrem Schrecken, sobald man erkennt, «dass dieser Gefahr mit Hilfe allgemeiner haftpflichtrechtlicher Kriterien... und unter Ausschöpfung der Art. 43, 44 OR ausreichend gewehrt werden könnte»¹²⁰. Zudem weiss jeder, dass moderne Massenkatastrophen (z.B. Nuklear- und Chemieunfälle, Feuersbrünste, Grundwasserverschmutzungen) unübersehbare Körper- und Sachschäden zur Folge haben können, ohne dass deswegen die grundsätzliche Klageberechtigung der Betroffenen angezweifelt wird. Wenn das aber zutrifft, so lässt sich die Unterscheidung zwischen reinen Vermögens- und andern Schäden nur schlecht mit der erwähnten Gefahr begründen; soweit die Unterscheidung jedoch auf einer Wertung beruht, welche diese Schäden ersatzwürdiger erachtet als jene, fehlt es an überzeugenden Sachargumenten¹²¹.

¹¹⁷ *Op. cit. supra* note 111 at 44.

¹¹⁸ KRAMER, zit. Anm. 22, S. 131 f.; vgl. auch oben, Anm. 37.

¹¹⁹ Vgl. oben im Text (bei Anm. 27). Mit dieser Angst gekoppelt ist das «floodgates» Argument: Die Befürchtung, dass eine Öffnung des Deliktsrechts zu einer Häufung von Klagen führt, welche die Kapazität der Gerichte übersteigt (vgl. FELDTHUSEN, zit. Anm. 87, S. 10). Bei allem Verständnis für das Postulat eines praktikablen Rechts kann die Kapazität der Gerichte (in einem glaubwürdigen Rechtsstaat) jedoch kein Kriterium dafür sein, ob ein Rechtsanspruch besteht oder nicht. Die Ausstattung der Gerichte hat sich nach den zu beurteilenden Ansprüchen zu richten, nicht umgekehrt.

¹²⁰ KRAMER, zit. Anm. 22, S. 132.

¹²¹ MARKESINIS, zit. Anm. 7, S. 384; richtig auch PICKER (zit. Anm. 7, S. 1051), wonach der «prinzipielle Ausschluss der Haftung für Vermögensverluste, die nicht durch die Verletzung von absoluten Rechten oder Schutzgesetzen vermittelt sind, ... kein 'Naturgesetz' und nicht einmal eine Entscheidung von materialer Gerechtigkeit» darstelle.

c. Und was schliesslich das *Argument der Rechtssicherheit*¹²² betrifft, so ist es einerseits zwar durchaus ernst zu nehmen. Andererseits aber darf nicht vergessen werden, dass auch die Regeln der traditionellen Doktrin weder einfach zu verstehen noch einfach zu befolgen sind. Vielmehr begründet die herrschende Doktrin schon deshalb zahlreiche Rechtsunsicherheiten, weil sie gezwungen ist, ihre «Diskriminierung» des reinen Vermögensschadens über mancherlei Auswege (z.B. über die «Verkleidung» von Delikts- als Vertragsklagen¹²³) wieder zu mildern¹²⁴. Zum Ausweg der soeben erwähnten «Verkleidung» müsste man z.B. greifen, wenn man den Klägern in JUNIOR BOOKS AND VEITCHI, GARTSIDE V. SHEFFIELD, BIAKANJA V. IRVING, B.D.C. LTD. V. HOFSTRAND oder J' AIRE V. GREGORY helfen wollte, ohne den Klägern einen Deliktsanspruch einzuräumen¹²⁵.

2. Wer eine Öffnung des Deliktsrechts postuliert, der muss sich auch überlegen, *wie die Öffnung geschehen soll*. Vor allem zwei Wege bieten sich an:

a. [138] *Der erste Weg ist der «radikale»*. Er wendet sich ab von der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie, um die subjektive Theorie aufzunehmen¹²⁶. Mit der subjektiven Theorie der Widerrechtlichkeit sind reine Vermögensschäden ohne weiteres erfasst, ohne dass es erforderlich wäre, auf das Kriterium einer Schutznormverletzung zurückzugreifen¹²⁷.

Der Weg ist verlockend, weil vordergründig einfach. Im Hintergrund jedoch wartet eine grosse Aufgabe, die man unter der objektiven Theorie nur rudimentär zu lösen brauchte. Wird nämlich jede Schädigung ohne Rechtfertigungsgrund als widerrechtlich erklärt, so muss ein ganzes System von Rechtfertigungsgründen entwickelt werden, damit das Haftpflichtrecht praktikabel bleibt. Die Lösung dieser Aufgabe mag zwar ein willkommener Anlass sein, um die Grundzüge des Haftpflichtrechts neu zu überdenken. Die Schwierigkeit der Aufgabe mahnt aber auch denjenigen zur Zurückhaltung, der an die dogmatische «Richtigkeit» der subjektiven Theorie zu glauben beginnt.

b. *Der zweite Weg ist der «vorsichtige»*. Er setzt ein bei der herrschenden Lehre und Rechtsprechung, ergänzt aber die traditionell anerkannten Fälle von Widerrechtlichkeit durch weitere Kategorien, die eine angemessene Öffnung des Deliktsrechts für reine Vermögensschäden gestatten. Das kann (unter anderem) auch dadurch geschehen, dass bereits entwickelte Haftungsideen verallgemeinert werden. Zum Beispiel läge es nahe, das für «falsche Auskunft» entwickelte Haftungsprinzip¹²⁸ auch zwischen Architekt und Unternehmer spielen zu lassen, wenn dieser von jenem unrichtige Angaben (etwa über den Baugrund) erhält. Vor- und Nachteile dieses Weges (auf dem vielleicht sogar der literarisch verschmähte Gefahrensatz¹²⁹ nützlich wäre) liegen auf der Hand. Mit dem Vorteil, an Eingelebtes anzu-

¹²² Vgl. oben im Text (bei Anm. 26).

¹²³ Z.B. Vertrag mit «Drittschutzwirkung»/«Drittschadensliquidation».

¹²⁴ So auch MARKESINIS (zit. Anm. 7, S. 355): «..., alongside judicial dicta proclaiming continued faith in legal orthodoxy – which denies a tort action for negligently inflicted economic loss – there is an ever-increasing number of exceptions plunging both teachers and practitioners into a confusing, if not unparalleled, state of uncertainty.»

¹²⁵ Zur Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation im Zusammenhang mit Werk- und Subunternehmerverträgen siehe die zurückhaltenden Ausführungen bei GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl. Zürich 1985, Sachregister, Stichworte «Drittschadensliquidation» und «Drittschutzwirkung».

¹²⁶ So: GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 718 f. und 898 ff.

¹²⁷ Vgl. GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 367.

¹²⁸ Vgl. oben im Text (bei Anm. 51).

¹²⁹ Wer einen Zustand schafft, der einen an dem schädigen könnte, hat die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Schutzmassnahmen zu ergreifen. Dieser Gefahrensatz spielt in der Praxis (vgl. GAUCH/AEPLI/CASANOVA, zit. Anm. 25, S. 65) bereits jetzt «eine bedeutende Rolle für die Ermittlung der Widerrechtlichkeit» (KELLER/GABI, zit. Anm. 3, S. 42), obwohl seine Verletzung nach traditioneller

knüpfen und es schrittweise (für typische Fallgruppen) weiterzuentwickeln, verbindet sich allerdings der Nachteil, dass die Mängel der traditionellen Doktrin nicht auf einmal behoben, sondern (nach und nach) durch Korrekturen ausgebessert werden.

3. Welcher Weg beschritten werden soll, mag hier offen bleiben. MAX KELLER, dem die Schweizerische Rechtsdogmatik unzählige Anregungen verdankt, scheint sich für den zweiten Weg entschieden zu haben, indem er auch «*Treu und Glauben*» (Art. 2 ZGB) zu den geschützten Rechtsgütern zählt, deren Verletzung nach Art. 41 Abs. 1 OR widerrechtlich ist¹³⁰. Diese Erweiterung des klassischen [139] Rechtsgüterschutzes erlaubt es ihm, Schädigungen, durch die ein «*besonderes Vertrauens- und Treueverhältnis*» verletzt wird (z.B. *Culpa in contrahendo*, falsche Auskunftserteilung, Drittschädigung durch Ausstellung eines unrichtigen Arbeitszeugnisses¹³¹), in den Anwendungsbereich des Art. 41 Abs. 1 OR einzubeziehen¹³². Das ist ein dogmatischer Ansatz, der natürlich weitere Fragen aufwirft, zum Beispiel die folgenden:

a. Zunächst stellt sich die Frage, was es braucht, damit zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten ein «*besonderes Vertrauens- und Treueverhältnis*» besteht. Ist eine solche (haftungsbegründende) Sonderverbindung z.B. auch zwischen Bauherrn und Subunternehmer (JUNIOR BOOKS AND VEITCHI) zu bejahen? Und wie verhält es sich diesbezüglich zwischen Bauunternehmer und Mieter des Bauobjektes (J'AIRE V. GREGORY) oder zwischen Architekt und Unternehmer (U.S. V. ROGERS & ROGERS)? Kann schliesslich ganz allgemein gesagt werden, dass der Vertragsschuldner und ein Dritter, der sich nach der Lehre von der «*Drittschutzwirkung*» im Schutzbereich des Vertrages bewegt, durch ein entsprechendes Treueverhältnis verbunden sind?

Wie man diese Fragen auch immer beantworten mag, eines ist sicher: Das Konzept des «*besonderen Vertrauens- und Treueverhältnisses*» ist in einem starken Masse ausfüllungsbedürftig. Diesbezüglich verhält es sich gleich wie mit der amerikanischen Haftungsvoraussetzung der «*duty*»¹³³, von der man vielleicht die eine oder andere Idee übernehmen könnte, obwohl von ihr gesagt wird: «No better general statement can be made than that the courts will find a duty where, in general, reasonable persons would recognize it and agree that it exists.»¹³⁴

b. Sodann fragt es sich, wie Vertragsverletzungen zu behandeln sind, von denen ja ausser Zweifel steht, dass sie gegen *Treu und Glauben* verstossen. Ist auch das vertragswidrige Verhalten eine widerrechtliche Handlung im Sinne des Art. 41 Abs. 1 OR?¹³⁵ Die Beantwortung dieser Frage hat grundsätzlich-systematische Bedeutung. Wird sie nämlich bejaht, dann entpuppt sich Art. 41 Abs. 1 OR als Grundnorm eines gesamten und einheitlichen Schadenersatzrechts, das (nach der Vision von PETER JAEGGI¹³⁶) ohne Anspruchskonkur-

Doktrin keine Widerrechtlichkeit begründet (WERRO, zit. Anm. 9, Nr. 409 ff.; BREHM, zit. Anm. 8, N 51 zu Art. 41 OR; KELLER/GABI, zit. Anm. 3, S. 43; STARK, zit. Anm. 22, Nr. 271 ff.).

¹³⁰ KELLER, Ist eine *Treu und Glauben* verletzende Schädigung widerrechtlich?, recht 1987, S. 136; KELLER/GABI, zit. Anm. 3, S. 37 und 39 ff.; so auch OFTINGER, zit. Anm. 10, S. 130; vgl. demgegenüber BGE 108 II 311; zurückhaltend z.B. GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 240, STARK, zit. Anm. 22, Nr. 277 ff.; OFTINGER/STARK, zit. Anm. 8, S. 39 ff. und 45.

¹³¹ BGE 101 II 69 ff. Das Bundesgericht zieht Art. 252 StGB («*Fälschung von Ausweisen*») als Schutznorm herbei.

¹³² KELLER, zit. Anm. 130, S. 137; KELLER/GABI, zit. Anm. 3, S. 41.

¹³³ Statt vieler: FLEMING, zit. Anm. 6, S. 32 ff.

¹³⁴ PROSSER and KEETON, zit. Anm. 88, S. 359.

¹³⁵ Offengelassen in KELLER/GABI, zit. Anm. 3, S. 41 f.

¹³⁶ JAEGGI, zit. Anm. 29, S. 181 ff., insbes. S. 182 f.

renz auskommen und z.B. auch darauf verzichten kann, Art. 97 Abs. 1 OR um den Tatbestand der positiven Vertragsverletzung zu erweitern¹³⁷.

4. [140] Die Diskussion ist offen. Wer sie aufnimmt, wird sich rasch bewusst, dass das Problem des reinen Vermögensschadens nicht gesondert gelöst werden kann. Wird z.B. das Deliktsrecht auf Schadenstatbestände ausgedehnt, die bis anhin nach den Grundsätzen der Vertragshaftung behandelt wurden, so stellt sich sofort die Frage, ob auf jede Schadenersatzforderung aus unerlaubter Handlung auch alle *Modalitäten* (Beweislast, Hilfspersonenhaftung, Verjährung) passen, die das Deliktsrecht vorsieht. Ist die Frage für diese oder jene Schadenersatzforderung zu verneinen, so bildet dies aber noch keinen Grund, die Deliktsforderung wieder als Vertragsforderung zu verkleiden. Vielmehr ist es angebracht und entspricht dem Postulat der Methodenehrlichkeit, sich in solchen Fällen offen zu einer Gesetzeslücke zu bekennen, um auf dem Wege der Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) die angemessene Lösung zu treffen (etwa Art. 101 statt Art. 55 OR anzuwenden)¹³⁸.

Korr.: sf 15.6.2007

¹³⁷ Zur Lehre von der positiven Vertragsverletzung vgl. GAUCH/SCHLUEP, zit. Anm. 4, Nr. 1598 ff. Die positive Vertragsverletzung ist ihrerseits eine konstruierte Rechtsfigur, die es ermöglichen soll, vom Deliktsrecht ins Vertragsrecht auszuberechnen, um die Klippe der «Widerrechtlichkeit» (Art. 41 Abs. 1 OR) zu umgehen und von den (für den Geschädigten günstigeren) Modalitäten der Vertragshaftung zu profitieren. Vgl. die kritische Würdigung bei GABRIEL, zit. Anm. 5, Nr. 784 ff.

¹³⁸ Vgl. GAUCH/SCHLUEP zit. Anm. 4, Nr. 726a und JAEGGI/GAUCH, zit. Anm. 64, N 537 zu Art. 18 OR.