

Der Schätzer und die Dritten

Methodisches zu BGE 130 III 345 ff., zur Deliktshaftung und zu den Haftungsfiguren der vertraglichen Drittschutzwirkung, der Culpa- und der Vertrauenshaftung

Dr. iur., Dr. h.c. Peter Gauch

Professor an der Universität Freiburg/Schweiz
und ständiger Gastprofessor an der Universität Luzern

Publiziert in: *Norm und Wirkung*, Festschrift für WOLFGANG WIEGAND, Bern 2005, S. 823 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

[823] Ein Schriftsteller müsse sich, habe ich irgendwo gelesen, in einem manischen Zustand befinden, um kreativ zu sein. Das bin ich nicht. Dennoch will ich versuchen, für Dich, WOLFGANG WIEGAND, einen Aufsatz zu schreiben, um Dir zu Deinem fünfundsechzigsten Geburtstag ein Geschenk zu präsentieren. Dass es „wahnsinnig schwer“ ist, „seinen Zeitgenossen geistige Geschenke zu machen“¹, ist mir zwar durchaus bewusst. Auch habe ich das juristische Pulver, das mir zur Verfügung stand, weitgehend schon in andere Beiträge verschossen, die in der letzten Zeit angefallen sind. Zum Glück aber gibt es das Bundesgericht, das uns immer wieder mit Schreibstoff versorgt. Unter seinen Urteilen befinden sich gewiss solche, die man nur liest, um sie wieder beiseite zu legen. An anderen aber bleibt man hängen, weil sie zum [824] Nachdenken anregen. So ist es mir ergangen, als ich BGE 130 III 345 ff. gelesen habe.² Darin geht es um den Fall eines Schätzers und um die Frage seiner Haftbarkeit.

I. Der Fall und seine Beurteilung durch das Bundesgericht

1. Der Fall ist schon deshalb komplex, weil nach dem Sachverhalt, den der Entscheid auf S. 346 f. erzählt, *mehrere Personen daran beteiligt* sind: ein Liegenschaftenschätzer (Beklagter), seine Auftraggeber (Eigentümer eines Hauses)³ und zwei Käufer (Kläger), denen die Auf-

Mein Assistent lic. iur. FABIAN WÄGER hat den Text korrigierend durchgesehen, die Zitate kontrolliert und zum Teil auch ergänzt. Ihm danke ich herzlich für diese wertvolle Mitarbeit.

¹ FRANZ MARC, in: KANDINSKY/MARC (Hg.), *Der Blaue Reiter*, München 1912, Neuausgabe München 1965, S. 22.

² Dass ich nicht der Einzige bin, dem es so ergangen ist, demonstrieren z.B. die eingehenden Besprechungen des Entscheides durch ALFRED KOLLER, *Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten*, in: ALFRED KOLLER (Hg.), *Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht*, St. Gallen 2004, S. 22 ff., und ROLAND HÜRLIMANN/THOMAS SIEGENTHALER, *Die Haftung des Liegenschaftenschätzers gegenüber einem vertragsfremden Dritten*, *Baurecht (BR)* 2004, S. 105 ff.; DIESELBEN, *Die Haftung des Sachverständigen gegenüber vertragsfremden Dritten*, in: *Jusletter* vom 14. Juni, 2004 (<http://www.jusletter.ch>, letztmals besucht am 18. Oktober 2004).

³ Im Sachverhalt (S. 346 f.) ist von „Eigentümern“ in der Mehrzahl die Rede, in den Erwägungen (S. 352 ff.) dann nur noch von *einem* Eigentümer. Ich halte mich im Folgenden an die jeweilige Sprechweise des Bun-

traggeber das in ihrem Auftrag⁴ geschätzte Haus zwei Jahre später verkauft haben. Das Schätzungsgutachten war von den Auftraggebern (den Liegenschaftseigentümern) im Hinblick auf ein Gesuch um die Erhöhung des Hypothekarkredits bestellt, der abgelieferte Schätzungsbericht in den späteren Verkaufsverhandlungen aber auch den Käufern ausgehändigt worden.

Kurz nach Besitzantritt entdeckten die Käufer der Liegenschaft verschiedene Mängel am gekauften Haus, die im Schätzungsbericht nicht erwähnt waren. Für die daraus entstehenden Sanierungskosten verklagten sie den Liegenschaftschätzer auf Bezahlung von Schadenersatz im Umfang von Fr. 68 228.65 nebst Zins. Obwohl die Kläger mit dem beklagten Schätzer in keinem Vertragsverhältnis gestanden [825] hatten, eine Ersatzpflicht aus der Verletzung eines zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrages somit ausser Betracht fiel und der geltend gemachte Schaden ausserdem ein reiner Vermögensschaden war, wurde die Klage von den kantonalen Gerichten (einem Bezirksgericht und dem Kantonsgericht St. Gallen), zwar in einem reduzierten Umfang, aber doch gutgeheissen.⁵ Die beiden Gerichte stützten ihre Urteile aber nicht auf die ausservertragliche Deliktshaftung des Gesetzes (Art. 41 ff. OR), sondern bejahten eine Vertrauenshaftung des Beklagten. Sie instrumentalisierten damit die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung, die das Bundesgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung (seit dem „Swissair-Fall“ BGE 120 II 331 ff.) als eigenständige Haftungsgrundlage anerkennt⁶, nachdem sie zuvor schon in die schweizerische Lehre vorgedrungen war. Wie Patienten auf neue Medikamente besonders gut ansprechen, benutzten die kantonalen Instanzen die neue Vorgabe des Bundesgerichts, um ihr Ergebnis zu rechtfertigen.

2. *Das Bundesgericht*, an das der Haftungsfall mit Berufung des Beklagten weitergezogen wurde, kommt zu einem anderen Ergebnis. Es verneint eine Schadenersatzpflicht des Liegenschaftschätzers, da kein Haftungsgrund vorliege. Denn:

- „Eine ausservertragliche Haftung scheitere am Erfordernis der Widerrechtlichkeit, da den Beklagten keine Rechtspflicht zum Schutze des Vermögens eines Dritten treffe.“
- „Eine Haftung des Beklagten aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ sei „in der bisherigen Praxis nie grundsätzlich bejaht worden“ und scheidet im vorliegenden Fall „auch nach Auffassung der in der neueren Rechtslehre vertretenen Befürworter dieser Rechtsfigur aus“, da die Interessen der Verkäufer und Käufer des Hauses „gegenläufig“ gewesen seien.
- „Eine Haftung des Beklagten als Gehilfe oder Mittäter aus culpa in contrahendo“ scheidet aus. „Eine absichtliche Täuschung [826] (Art. 28 OR) der Kläger durch den Beklagten“ sei „nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht auszumachen“. „Ob Fahrlässigkeit für die culpa in contrahendo“ genüge, könne „offen bleiben, weil die er-

desgerichts.

⁴ Das Bundesgericht unterstellt auf S. 352 des Entscheides, dass es sich bei diesem „Auftrag“ um einen einfachen Auftrag im Sinne der Art. 394 ff. OR, nicht um einen Werkvertrag, gehandelt hat, ohne auf seine differenzierende Rechtsprechung zur Qualifizierung von Gutachterverträgen in BGE 127 III 328 ff. Bezug zu nehmen. Vorliegend verzichte ich darauf, die Qualifikationsfrage kritisch zu erörtern.

⁵ Der Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 2. Juni 2003 (BZ.2002.33) ist im Internet abrufbar unter der Internetadresse <http://www.gerichte.sg.ch>, Rubrik Rechtsprechung, Aktuelle Entscheide Kantonsgericht (letztmals besucht am 18. Oktober 2004).

⁶ Vgl. dazu statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, Nr. 982c ff.

forderliche Sachnähe des Gutachtens zu den Verhandlungen des Kaufvertrages“ fehle. Das Gutachten sei „nicht im Hinblick auf diese Verhandlungen erstellt, sondern zwei Jahre nach der Ablieferung dazu verwendet“ worden. „Auf diese zeitliche Distanz“ erscheine „eine culpa in contrahendo“ ausgeschlossen.

- Eine Vertrauenshaftung gegenüber Dritten für ein bei ihnen erwecktes und dann enttäushtes Vertrauen komme bei derartigen Gutachten zwar in Frage, sei im konkreten Fall aber zu verneinen, weil es an einer „rechtlichen Sonderverbindung“ zwischen dem Schätzer und den Käufern gefehlt habe, die eine solche Haftung erst rechtfertigen würde. Denn zwischen den Parteien habe „zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens keine Verbindung“ bestanden, „die ein legitimes Vertrauen der Kläger in die Richtigkeit des vom Beklagten erstellten Gutachtens hätte begründen können“. Ebenso wenig sei „für den Beklagten voraussehbar“ gewesen, „dass der Liegenschaftseigentümer⁷ das Gutachten, welches dieser im Hinblick auf ein Gesuch um die Erhöhung des Hypothekarkredits bestellt“ habe, „zwei Jahre später in einem andern Zusammenhang, dem Verkauf der Liegenschaft, nochmals verwenden würde“.

3. Soweit (in verkürzter Form) *die Argumente des Bundesgerichts*, die zur höchstrichterlichen Ablehnung einer Schadenersatzpflicht führten. In erster Linie wird eine ausservertragliche Haftung (gemeint: eine Deliktshaftung nach Art. 41 ff. OR) negiert, weil es hierfür am gesetzlichen Erfordernis der Widerrechtlichkeit (Art. 41 Abs. 1 OR) fehle. Obwohl das Bundesgericht es nicht explizit sagt, lässt es sich dabei von „seinem“ objektiven Begriff der Widerrechtlichkeit leiten, wonach eine reine Vermögensschädigung nur dann widerrechtlich ist, wenn der Schädiger eine einschlägige Schutznorm verletzt, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schädigungen schützen soll⁸. Eine solche [827] Widerrechtlichkeit wird vom Bundesgericht, das insofern die Meinung der Vorinstanzen bestätigt, mit dem lapidaren Satz verneint, dass „den Beklagten keine Rechtspflicht zum Schutze des Vermögens eines Dritten treffe“. Dass dieser Satz, selbst wenn man ihn in die Vergangenheitsform versetzt, viel zu allgemein formuliert ist, liegt auf der Hand, weil sich sonst alle weiteren Erwägungen des Gerichts erübrig hätten. Gedacht war wohl, dass der beklagte Schätzer keine unter dem Gesichtspunkt der deliktischen Widerrechtlichkeit (Art. 41 Abs. 1 OR) relevante Schutznorm gegenüber den Käufern verletzt habe. Eine Deliktshaftung ohne Widerrechtlichkeit, wie namentlich Art. 41 Abs. 2 OR sie als Ausnahme vorsieht, wurde vom Gericht nicht in Erwägung gezogen und bleibt auch in meinen folgenden Ausführungen ausgeklammert, da die Voraussetzungen einer solchen Haftung offensichtlich nicht vorlagen.

Mit der Ablehnung einer Deliktshaftung wäre der Fall nach dem zweigliedrigen Haftungssystem des Gesetzes (Delikts- und Vertragshaftung)⁹ entschieden gewesen, nachdem

⁷ Vgl. Fn. 3.

⁸ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt Art. 41 Abs. 1 OR die objektive Widerrechtlichkeitstheorie zugrunde. Danach ist die Schadenszufügung (unter Vorbehalt eines Rechtfertigungsgrundes) widerrechtlich im Sinne dieser Bestimmung, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, sei es, dass ein absolut geschütztes Recht des Geschädigten verletzt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verletzung einer einschlägigen Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht). Das Vermögen als solches ist kein Rechtsgut, seine Schädigung für sich allein nicht widerrechtlich. Nachweise in GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, Präjudizienbuch zum OR, Zürich 2002, N 1 zu Art. 41 OR; neuerdings BGE 126 III 522 mit Rückverweisen auf frühere Entscheide.

⁹ Bei der Delikts- und Vertragshaftung handelt es sich um „die grossen Haftungskategorien, die das private Unrecht strukturieren“ (GAUCH/SCHLUEP/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,

zwischen dem Beklagten und den Klägern auch kein Vertrag bestand, den der Beklagte hätte [828] verletzen können. Nun aber haben Lehre und Rechtsprechung eine Reihe *dogmatischer Haftungsfiguren* in die schweizerische Jurisprudenz¹⁰ eingeführt, die weder eine deliktische Widerrechtlichkeit noch eine Vertragsverletzung gegenüber dem Geschädigten voraussetzen, sondern je eine eigenständige Haftung „zwischen Vertrag und Delikt“¹¹ ermöglichen sollen. Im zitierten Entscheid führt das Bundesgericht die geläufige Palette dieser zum Teil umstrittenen Figuren (Vertrag mit Drittschutzwirkung, Culpa-Haftung, Vertrauenshaftung) auf, umschreibt die einzelnen Figuren genauer, wendet sie auf den konkreten Fall an und kommt zum Schluss, dass eine Haftung des Beklagten weder nach der einen noch der andern noch der dritten Rechtsfigur zu bejahen sei.

Ob eine *Haftung aus Vertrag mit Drittschutzwirkung*¹² nach schweizerischem Recht überhaupt in Betracht käme, lässt das Gericht offen, da ein derartiger Vertrag auch nach „den Befürwortern“ dieser Rechtsfigur im konkreten Fall ausscheide. Zitiert werden freilich nur *zwei* Befürworter (ein schweizerischer und ein deutscher Autor), welche die vom Gericht vertretene Auffassung stützen, während die Praxis in Deutschland, wo der Vertrag mit Drittschutzwirkung erfunden wurde, auf einem anderen Standpunkt stehe.¹³ Das ist vor dem Hintergrund der Gerichtspraxis in Deutschland, die der erwähnten Figur zum praktischen Einsatz in ihrem Herkunftsland verhalf, ein magerer Autoritätsbeweis. Beinahe gewinnt man den Eindruck, das Bundesgericht habe die zwei Belegautoren vorgeschoben, um der Grundsatzfrage

Band II, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, Nr. 2922). Jede dieser Kategorien (Art. 41 ff. und Art. 97 ff. OR, je mit den dazugehörigen Sonderbestimmungen) hat ihren eigenen, abgegrenzten Herrschaftsbereich (vgl. aber PETER JÄGGI, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: Festgabe für WILHELM SCHÖNENBERGER, Freiburg 1968, S. 181 ff.), wobei allerdings ein und derselbe Schadensfall die Haftungsvoraussetzungen beider Kategorien erfüllen kann und die Bestimmungen des Deliktsrechts über das „Mass der Haftung“ auf die Vertragshaftung entsprechend anwendbar sind (Art. 99 Abs. 3 OR).

In meinem Beitrag folge ich dieser Zweiteilung (Delikts- und Vertragshaftung), die sich mit ihren Bezeichnungen eingebürgert hat (vgl. z.B. ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Auflage, Bern 2002, S. 53), obwohl die allgemeinen Regeln des Gesetzes, welche die Vertragshaftung beherrschen (Art. 97 ff. OR), sich nicht auf die Regelung von Vertragsverletzungen (unter Einschluss positiver Vertragsverletzungen) beschränken, sondern sich auch mit der Verletzung von Forderungen befassen, die aus einem anderen Grund als einem Schuldvertrag entstanden sind. Die Verletzung einer solchen Forderung fiel im Schätzungsfall ausser Betracht.

¹⁰ Den Ausdruck „Jurisprudenz“ verstehe ich in einem weiten Sinne, der über die Rechtswissenschaft hinaus auch die Rechtsprechung einschliesst, für die man in der französischen Schweiz das Wort „jurisprudence“ und in der italienischen Schweiz das Wort „giurisprudenza“ verwendet (vgl. schon Art. 1 Abs. 3 ZGB in seiner französischen und italienischen Fassung). So ist mein Sprachgebrauch ein schweizerischer Sprachenkompromiss.

¹¹ Vgl. z.B. BGE 68 II 303 und 130 III 349.

¹² Vgl. dazu statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/REY, zit. in Fn. 9, Nr. 4140 ff.

¹³ Das Zitat (auf S. 348 des Entscheides) lautet wörtlich: „In einem solchen Fall scheidet die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch nach Auffassung der in der neueren Rechtslehre vertretenen Befürworter dieser Rechtsfigur aus (vgl. HANS PETER WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in: ZBJV 132/1996 S. 291 f.; anders die Praxis in Deutschland: Urteil des Bundesgerichtshofes [BGH] vom 10. November 1994 – III ZR 50/94 [Köln], publ. in: Neue Juristische Wochenschrift 1995 S. 392; im Ergebnis zustimmend DIETER MEDICUS, Anmerkung, Juristenzeitung 1995 S. 308 f.; wie hier CLAUS-WILHELM CANARIS, Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei „Gegenläufigkeit“ der Interessen ..., publ. in: Juristenzeitung 1995 S. 441 ff.).“

[829] auszuweichen, ob die vertragliche Drittschutzhaftung (nach HEIN KÖTZ eine „Kuriosität“¹⁴) auch in der Schweiz höchstrichterlich anzuerkennen sei.¹⁵ Und so steht denn diese Figur in der schweizerischen Rechtslandschaft, ohne dass sich sagen lässt, wie es mit ihr weitergeht. Sie erinnert an eines jener italienischen Häuser von HERBERT ROSENDORFER, „von denen man nicht weiss, ob sie noch Bauruinen oder schon im Verfall begriffen sind“¹⁶.

4. Ob *das Entscheidungsergebnis*, zu dem das Bundesgericht gelangt, „richtig“ oder „falsch“ ist, mag hier dahingestellt bleiben. Die einen werden dem Bundesgericht im Ergebnis zustimmen, die andern gelangen zu einem anderen Resultat¹⁷. Mit einem Buchtitel von HELGA NOWOTNY möchte ich nur beifügen: „*Es ist so. Es könnte auch anders sein*“¹⁸. Dass es auch anders sein könnte, das haben die Urteile der kantonalen Gerichte gezeigt, von denen sich der Entscheid des Bundesgerichts zwar dadurch unterscheidet, dass er letztinstanzlich „gilt“, was aber noch nicht beweist, dass er der „richtigere“ ist. Mit der Rechtsprechung verhält es sich eben wie mit der Malerei, von der PABLO PICASSO gesagt haben soll: „Gäbe es nur eine einzige Wahrheit, so könnte man nicht hundert Bilder über das gleiche Thema malen.“

Was mich vorliegend interessiert, ist also *nicht* das binäre „Entweder-Oder“: *nicht* das „Richtig oder Falsch“ des Ergebnisses, das [830] zwischen seinen asymmetrischen Gegenpolen¹⁹ keinen Raum für ein „Sowohl-als-auch“ lässt. Vielmehr interessiert mich *das Methodische*, über das nachzudenken der Entscheid des Bundesgerichts in vielfacher Weise Anlass gibt. Darüber möchte ich reflektierend schreiben, wohl wissend, dass es bei jedem Schreiben, das sich als Reflexionsprozess versteht, zu Rückgriffen auf *das* und zu Varianten zu *dem* kommt, was man früher geschrieben hat.²⁰ Das ist so unvermeidbar, wie es sich auch nicht vermeiden lässt, dass in die Reflexion über ein Gerichtsurteil anderer die individuelle Sonderbarkeit des Reflektierenden einfließt, der beim Zustandekommen des Entscheides und bei der

14 HEIN KÖTZ, Europäisches Vertragsrecht, Band I, Tübingen 1996, S. 383.

15 Das Bundesgericht übe sich, schreiben HÜRLIMANN/SIEGENTHALER in Jusletter (zit. in Fn. 2), „in einer rein hypothetischen Anwendung der Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“. Das aber überzeuge auf die Dauer nicht: Entweder halte man den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter mit den gesetzgeberischen Wertungen für vereinbar oder man verwerfe die Anerkennung dieser Konstruktion.

16 HERBERT ROSENDORFER, Die besten Geschichten, München 1999, S. 124 (aus: Die Frau seines Lebens).

17 Vgl. z.B. ALFRED KOLLER, zit. in Fn. 2, S. 46 ff.

18 HELGA NOWOTNY, *Es ist so. Es könnte auch anders sein*, Frankfurt am Main, 1999. Die Autorin, Professorin für Wissenschaftsphilosophie und Wissenschaftsforschung, hat in einem Interview (veröffentlicht im NZZ-Folio 2001/1) ihre Erfahrungen mit der Juristerei wie folgt beschrieben: „Ich habe zuerst Jura studiert und war dann Assistentin bei einem Professor für Strafrecht und Kriminologie, der auch Gutachten schrieb. Das fehlende Mitgefühl und die arrogante Sicherheit dieser Gutachten berührten mich unangenehm. Es wurden Urteile gefällt, die unantastbar dastanden, obwohl doch auch andere Interpretationen möglich gewesen wären. Da habe ich kennen gelernt, was ich den kalten Blick der Wissenschaft nenne.“

19 „Richtig“ und „Falsch“ sind ein Paradebeispiel asymmetrischer Gegenbegriffe, bei der eine Seite höher bewertet wird als die andere (vgl. dazu DIETRICH SCHWANITZ, *Bildung*, München 2002, S. 457).

20 Vgl. HUGO LOETSCHER, *Lesen statt Klettern*, Zürich 2003, S. 213. Im Kopf sind mir namentlich noch meine neueren Aufsätze „Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung“ (ZSR 119, 2000 I, S. 1 ff.), „Argumente“ (recht 2000, S. 87 ff.), „Holosalt“ (in: K[]eine Festschrift für PIERRE TERCIER, Freiburg 2003), „Die Fehlerwelt der Juristen“ (in: Festschrift für HEINZ REY, Zürich 2003), „Juristisches Denken. Wie denken Juristen?“ (in: Festschrift für ERNST A. KRAMER, Basel 2004) und „Grenzüberschreitungen“ (in: Festschrift für HANS PETER WALTER, Bern 2004).

Formulierung der Entscheidungsmotive nicht dabei war. Zwar könnte ich mich diesbezüglich auf GOTTFRIED KELLER und seine „oft zitierte Bemerkung“²¹ berufen, man vermöge einen Umzug nur zu beschreiben, wenn man nicht daran teilnimmt, sondern vom Strassenrand aus zuschaut. Und doch verhalte ich mich, wenn ich über ein Urteil des Bundesgerichts schreibe, wie einer, der sich anschickt, über ein fremdes Bild zu sprechen, statt es in Ruhe zu lassen, was nach HANS MAGNUS ENZENSBERGER der adäquate Umgang mit Kunstwerken wäre²². PAUL VALÉRY hat sogar gefordert, man müsse sich entschuldigen, wenn man über Malerei spreche („On doit toujours s’excuser de parler peinture“), um dann aber sofort beizufügen: „Mais il y a de grandes raisons de ne pas s’en taire.“²³

So verhält es sich auch mit Bezug auf die Rechtsprechung, die nicht deswegen publiziert wird, dass man darüber schweigt. Jedenfalls zählt die Auseinandersetzung mit Gerichtsentscheiden zu den Kernaufgaben der Rechtslehre, wie dies immer wieder und in brillanter Weise auch [831] von Dir, WOLFGANG WIEGAND, vorgeführt wird. Deine Besprechungen der schuldrechtlichen Bundesgerichtspraxis gehören zum Lesenswertesten der schuldrechtlichen Literatur. Sie führen kompetent und geradlinig zu den Punkten, die Du als wesentlich ergreifst.

II. Ein Musterbeispiel analytischer Denkweise

5. Meine Reflexionen zum angeführten Bundesgerichtsentscheid beschränken sich, wie gesagt, auf methodische Aspekte. Diesbezüglich ist der Entscheid (so, wie ich ihn als Ganzes wahrnehme) ein Musterbeispiel für *die linear analytische Weise, wie wir juristische Probleme zu lösen pflegen*. Das rechtliche Problem, ob der beklagte Schätzer gegenüber den Käufern der Liegenschaft haftet, wird aufgeteilt in unterschiedliche Teilfragen, die getrennt, eine nach der andern, zur Beantwortung gelangen. Zunächst wird die gesetzliche Deliktshaftung, dann die vertragliche Drittschutzhaftung, darauf die Culpa-Haftung und schliesslich die (übergreifende) Vertrauenshaftung ins Spiel gebracht, um zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer dieser Haftungen erfüllt sind. Da dies nach Massgabe der schrittweisen Prüfung nicht der Fall ist, kommt das Gericht zum Schluss, dass den Beklagten keine Schadenersatzpflicht gegenüber den Klägern treffe. Damit ist das Problem nach der Diktion des Entscheides gelöst. Die Ergebnisse der Teilprüfungen sind wie geistige Lego-Bausteine zu einem Gesamtergebnis zusammengefügt, während doch das Ganze immer etwas anderes ist als nur die Summe seiner Teile.

Der geschilderte Lösungsweg des „Trennens“ und „Unterscheidens“ folgt der Methode des Reduktionismus, die den klassischen Wissenschaften zugrunde liegt und bis zum heutigen Tag auch das Denkmodell der Jurisprudenz beherrscht, in der das neunzehnte Jahrhundert etwas länger nachwirkt. Dem analytisch geschulten Juristen ist der eingeschlagene Weg somit vertraut; für ihn ist er überzeugend, ja geradezu selbstverständlich, mag der eine oder andere auch daran zweifeln, ob das Bundesgericht diese oder jene Haftung (z.B. die gesetzliche Delikts- oder die Vertrauenshaftung) zu Recht verneint hat.

Indem der Entscheid die einzelnen Prüfungsschritte und die dabei verwendeten Argumente klar aufzeigt, entspricht er auch den [832] Anforderungen der Mitteilbarkeit, was den Lösungsweg für die juristischen Insider nachvollziehbar macht. Der „Professor des Haftungsrechts“, der nach höchstrichterlichen Entscheiden Umschau hält, die er im Unterricht präsentieren könnte, wird an *diesem* Entscheid des Bundesgerichts jedenfalls nicht vorbeikommen.

²¹ Vgl. HUGO LOETSCHER, zit. in Fn. 20, S. 129.

²² HANS MAGNUS ENZENSBERGER, *Mittelmass und Wahn*, Frankfurt am Main 1988, S. 31 ff.

²³ PAUL VALÉRY, *Pièces sur l’art*, 8. Auflage, Paris 1936, S. 155.

Denn auf das Vortrefflichste demonstriert er das schrittweise Verfahren, das nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts einzuschlagen ist, um ausservertragliche Haftungsfälle einer Lösung entgegenzuführen, ohne an der gesetzlichen Deliktshaftung höchstrichterlicher Prägung haften zu bleiben. Zu befürchten bleibt nur, dass der Algorithmus, den der Entscheid vorzeichnet, zu einem Standard wird, dessen Beherrschung über das Examensschicksal der Studierenden entscheidet, so dass nicht das, was sie selber denken und empfinden, zum Erfolge führt, sondern das Abschreiten des *vorgeschriebenen* Lösungsweges.

6. Das vom Bundesgericht gewählte Vorgehen ist zwar typisch für das juristische Denkmuster unserer Art, das sich über Jahrzehnte hinweg als effizient erwiesen hat. Zugleich aber offenbart es auch *die inhärente Schwäche*, die einer solchen Vorgehensweise anhaftet. Denn geprüft und entschieden wird im zitierten Entscheid nicht die Frage, ob es sich rechtfertigt, den Beklagten für den Schaden der Kläger einstehen zu lassen. Geprüft und entschieden wird diese Frage vielmehr nur unter ausgewählten Gesichtspunkten: jenen der gesetzlichen Deliktshaftung und der weiteren Haftungsfiguren, die das Gericht im Entscheid aufführt und in ihrem Anwendungsbereich begrenzt.

Damit wird deutlich, dass das Recht, welches das Urteil den Parteien nach seinem Wortlaut verschafft, von den gerade bekannten und gerichtlich anerkannten Haftungsfiguren und deren begrifflicher Eingrenzung abhängt. Das vom Gericht gesprochene Recht ist somit nicht Recht „an sich“, sondern Recht, das der gerichtlichen Fragestellung ausgesetzt war.²⁴ Wäre z.B. der Begriff der deliktischen Widerrechtlichkeit vom Gericht anders verstanden oder der Anwendungsbereich der Vertrauenshaftung weiter gezogen worden, so würde das Urteil [833] womöglich zugunsten der Kläger lauten, ganz abgesehen vom Fall, da es noch zusätzliche Haftungsfiguren gäbe, die auf ihre dogmatische Erfindung warten oder die, schon entdeckt, dem Gericht einfach nicht bekannt waren. Wer die Erwägungen des Entscheides liest, mag sich dessen bewusst werden oder nicht. So oder anders stösst er darin auf Begriffe, Formeln und logische Schlussketten, wie wenn diese Hilfsmittel des menschlichen Geistes an die Stelle des Rechts getreten wären, das Recht sich in ihnen verflüchtigt hätte. Die Entfernung zwischen dem, was da geschrieben steht, und der Lebenswelt, in der sich die rechtlichen Probleme stellen, ist enorm.

7. Präzisierend bleibt dem Gesagten freilich beizufügen, dass die formulierten Erwägungen eines Gerichts lediglich die sprachliche Oberfläche des Entscheides bilden. Denn auch Richter denken mehr, als was sie schreiben (oder schreiben lassen). Und ausgeklammert vom Geschriebenen bleibt vor allem *das Unbewusste*, das keiner Sprache zugänglich ist, obwohl es bei jeder (auch gerichtlichen) Entscheidungsfindung eine zentrale Rolle spielt. Der HOMO FABER der Jurisprudenz²⁵, dessen logozentrisches Weltbild durch den Glauben an die Rationalität und durch das Vertrauen in die juristische Technik geprägt ist, wird es zwar bestreiten – und doch ist es so, dass die rationalen Argumente der Gerichte häufig nur nachträgliche Rationalisierungen prärationaler Vorgänge sind²⁶, die nicht ins Bewusstsein der beteiligten Menschen dringen, deren Entscheide aber dennoch leiten.²⁷

²⁴ Dies ist eine auf die Rechtsprechung bezogene Paraphrase von WERNER HEISENBERG's berühmter Aussage, dass die Naturwissenschaft die Natur nicht einfach so beschreibt und erklärt, „wie sie 'an sich' ist“, sondern „die Natur, die unserer Fragestellung und unseren Methoden ausgesetzt ist“ (WERNER HEISENBERG, Physik und Philosophie, Frankfurt am Main/Berlin/Wien 1981, S. 60 f.).

²⁵ Zum „richtigen“ Homo Faber vgl. das gleichnamige Buch von MAX FRISCH, Frankfurt am Main 1957.

²⁶ Vgl. dazu JOHN HORGAN, Der menschliche Geist, München 2000, S. 306.

²⁷ Vgl. dazu JOHN HORGAN, zit. in Fn. 26, S. 342.

Hätte das prärationale beeinflusste Gerechtigkeitsgefühl der entscheidenden Bundesrichter und -richterrinnen oder deren Mehrheit in eine andere Richtung gewiesen, so ist nicht auszuschliessen, dass im Schätzungsfall der Schadenersatzanspruch der Kläger mit modifizierten Argumenten geschützt worden wäre. Vielleicht hätte das Gericht eine Vertrauenshaftung bejaht und zu diesem Zweck vom Erfordernis einer „rechtlichen Sonderverbindung“ abgesehen²⁸ oder argumentiert, eine haftungsbegründende Sonderverbindung habe vorgelegen, was durch die unscharfen Konturen dieser eigenartigen [834] „Verbindung“²⁹ erleichtert worden wäre. Wie dem auch immer sei – jedenfalls spielen Gerechtigkeitsgefühl und sprachliche Argumente im Normalfall zusammen, wobei es sogar vorkommen kann, dass das Gericht aus dem gefestigten Argumentarium der Jurisprudenz ausbricht, indem es schlicht und einfach die „rechtliche Wertung“ ins Feld führt, um seinen Standpunkt zu begründen³⁰. Weichen die Argumente, die nach den Entstehungsbedingungen des Urteils verwendet werden, vom Gerechtigkeitsgefühl der Richtenden ab, so versuchen sich die Argumentierenden nicht selten mit der Parömie „dura lex, sed lex“ zu beruhigen.

III. Der Rückgriff auf dogmatische Haftungsfiguren

8. Ein weiterer Aspekt, den ich hervorheben möchte, betrifft *die dogmatischen Haftungsfiguren*: den Vertrag mit Drittschutzwirkung, die Culpa-Haftung und die Vertrauenshaftung, die das Bundesgericht in die Erwägungen des besprochenen Entscheides einbezieht. Bei all diesen Figuren handelt es sich um Rechtsfiguren der deutschen Dogmatik³¹, die von einem Teil der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung übernommen wurden und hierzulande dazu dienen, eine eigenständige Haftung für ausservertragliche (auch vorvertragliche) Schädigungen jenseits der gesetzlichen Deliktshaftung zu ermöglichen.³² Wie die abbeschriebenen Liebesbriefe, von denen HANS MAGNUS [835] ENZENSBERGER berichtet³³, wurden sie einem fremden Repertoire entnommen und für die eigenen Zwecke neu montiert.

Dass das schweizerische Gesetz diese Rechtsfiguren³⁴ nicht als eigenständige Haftungsfiguren kennt, hindert die besagte Lehre und Rechtsprechung nicht, gleichwohl darauf zurückzugreifen. Das bedürfte, wenn Art. 1 ZGB ernst genommen wird, einer Lückenfüllung

²⁸ Kritisch zu diesem Erfordernis: ALFRED KOLLER, zit. in Fn. 2, S. 31 f.

²⁹ Vgl. ALFRED KOLLER, zit. in Fn. 2, S. 19, wonach es noch wenig geklärt ist, „welche Anforderungen das Bundesgericht an die Sonderverbindung, das zentrale Merkmal der Vertrauenshaftung, stellt“.

³⁰ So: BGE 121 III 317.

³¹ Zur „Culpa-Haftung“ vgl. jetzt aber den neuen § 311 Abs. 2 BGB, der (zusammen mit der Erweiterung des Abs. 3) die Voraussetzungen schafft, um in Deutschland den Tatbestand der „culpa in contrahendo“ einer gesetzlichen Regelung zuzuführen. Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche, die sich aus der „culpa in contrahendo“ herleiten, ist nunmehr § 280 Abs. 1 in Verbindung mit § 311 Abs. 2 BGB.

³² Beim Vertrag mit Drittschutzwirkung wird der geschützte Dritte zwar in den „Schutzbereich des Vertrages einbezogen“, was aber nichts daran ändert, dass seine Schädigung im Verhältnis zum Schädiger eine ausservertragliche Schädigung ist. Das ist der Grund, weshalb ich diese Haftungsfigur ebenfalls hier einreihe, obwohl nach ihrer Konstruktion die Haftung des Schädigers auf einer Vertragsverletzung gegenüber seinem Vertragspartner beruht.

³³ HANS MAGNUS ENZENSBERGER, zit. in Fn. 22, S. 49.

³⁴ Zur „Figur der Rechtsfigur“ vgl. MARC BORS, in: K(I)eine Festschrift für PIERRE TERCIER, Freiburg 2003, S. 219 ff.

durch Gewohnheits- oder Richterrecht (Art. 1 Abs. 2 ZGB)³⁵, was wiederum eine Lücke im Gesetz voraussetzen würde. Derartige Erwägungen sind im zitierten Bundesgerichtsentscheid aber nicht aufzufinden. Vielmehr bringt das Bundesgericht die erwähnten Figuren über die gesetzliche Deliktshaftung hinaus so selbstverständlich ins Spiel, wie wenn sie in der Schweiz Gesetzescharakter hätten. Für die Haftung aus Vertrag mit Drittschutzwirkung lässt es zwar die Grundsatzfrage offen, ob eine solche Haftung als Rechtsinstitut des schweizerischen Rechts zu bejahen wäre, dies aber auch, ohne die Frage einer gesetzlichen Grundlage oder jene nach einer Gesetzeslücke auch nur anzusprechen.

9. Das alles scheint mir *unter methodischen Gesichtspunkten fragwürdig* zu sein. Es kontrastiert denn auch mit einer Stelle in einem anderen Entscheid des gleichen BGE-Heftes, worin das Bundesgericht eine rechtliche Lösung mit dem Satz ablehnt, qu'elle „ne correspond pas à la volonté du législateur“³⁶. Dort wird auf den schweizerischen Gesetzgeber abgestellt, hier auf die „corpora aliena“ der deutschen Rechtsfiguren. Die Selbstverständlichkeit, mit der das Letztere geschieht, ist symptomatisch für den bedeutsamen Einfluss, den die deutsche Dogmatik und deren „imagineering“³⁷ auf das hierzulande gelehrte und [836] praktizierte Schuldrecht ausüben, obwohl die deutsche Lehre unter anderen Voraussetzungen geformt wurde. Wenn ich eine besondere Fähigkeit der schweizerischen Jurisprudenz hervorheben müsste, so würde ich sagen: Wir sind Spezialisten im Übernehmen deutsch-nachbarlichen Gedankengutes.

Dagegen, dass wir uns für ausländische Rechtsideen und Lösungen offen zeigen, ist gerade in einer Zeit, in der eine Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts diskutiert wird³⁸, natürlich nichts einzuwenden, auch wenn diese „durch die gesellschaftlichen und psychologischen Vorlieben der [sie] umgebenden Kultur gefärbt“ sind³⁹. Die gedankliche Öffnung nach aussen ist sogar erforderlich, um einem seldwylahaften Stillstand vorzubeugen. Nur muss der Transfer ausländischer Ideen und Lösungen stets im Einklang mit Art. 1 ZGB begründet werden, weil rechtlich „haltbar“ nur das Begründete ist. Und ausserdem fragt sich, weshalb wir uns, wenn wir heutzutage ins Ausland blicken, um den Horizont zu erweitern, fast ausschliesslich an Deutschland orientieren⁴⁰, wo doch in unserem Land verschiedene Sprachen und Kulturen zusammenfliessen. Dafür mag es mehrere Gründe geben. Ein erster besteht gewiss in der besonderen Faszination, welche die deutsche Dogmatik mit ihren mathematisch anmutenden Konstruktionen und Ableitungen auf den Intellekt „logisch“ denkender Juristen ausübt. Ein weiterer besteht darin, dass die deutsche Lehre der deutschsprachigen

³⁵ Als primäres Mittel der Lückenfüllung nennt Art. 1 Abs. 2 ZGB das Gewohnheitsrecht, weshalb ich es auch in meinen Text einbeziehe. Doch ist zweifelhaft, ob sich „in unserer komplexen, pluralistischen Industriegesellschaft“ überhaupt noch Gewohnheitsrecht bilden kann, wenn man dem „gesetzesübersteigenden“ Richterrecht keinen Gewohnheitsrechtscharakter zumisst (vgl. dazu ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 161 und 175 ff.).

³⁶ BGE 130 III 367.

³⁷ Das Wort „imagineering“ wurde in den Produktionsstätten von WALT DISNEY erfunden, lässt sich aber (und das ist nicht despektierlich gemeint) auch auf die Kreation von Rechtsfiguren anwenden, die ihrerseits Bilder oder zu mindest durch Bilder beeinflusst sind, die dem Begrifflichen vorangehen.

³⁸ Vgl. z.B. FRANZ WERRO (Hg.), L'eupéanisation du droit privé, Freiburg 1998.

³⁹ Vgl. sinngemäss (bezogen auf Theorien): STEPHEN JAY GOULD, Ein Dinosaurier im Heuhaufen: Streifzüge durch die Naturgeschichte, Frankfurt am Main 2002, S. 543.

⁴⁰ Vgl. aber z.B. PIERRE TERCIER, Entre contrat et délit: les groupes de contrats du droit français, in Festschrift für PETER GAUCH, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 667 ff.

Mehrheit unserer schweizerischen Juristengemeinde schon von der Sprache und vielleicht auch von der gedanklichen Struktur her zugänglicher ist als die Dogmatik anderer Länder. Und ein dritter Grund könnte darin liegen, dass an unseren Rechtsfakultäten schon seit Langem viele hervorragende Kollegen und Kolleginnen aus Deutschland lehren, die das schweizerische Recht in *ihrer* Sichtweise wahrnehmen. Seit der erkenntnistheoretischen Wende des zwanzigsten Jahrhunderts hat sich jedenfalls die Einsicht durchgesetzt, dass Beobachter und Beobachtetes sich nicht trennen lassen, sondern der Beobachter zu einem Teil dessen wird, was er beobachtet.

IV. Die Rückführung ins gesetzliche Deliktsrecht

10. [837] Dass Beobachter und Beobachtetes sich nicht trennen lassen, trifft auch auf meine „Beobachtung“ des erörterten Bundesgerichtsentscheides zu, die mich zur *Frage* führt, *ob der Transfer der deutschen Haftungsfiguren in das schweizerische Recht überhaupt sinnvoll war*. Daran habe ich meine Zweifel, obwohl ich erst kürzlich, ohne mich in die erwähnte Frage zu vertiefen, noch anerkennend schrieb, mit den besagten Figuren lasse sich vermeiden, dass das zweigliedrige Haftungssystem des Gesetzes über „die Angemessenheit der Lösungen“ triumphiere⁴¹.

Nehme ich diesen Faden wieder auf, so halte ich zwar am Erfordernis „angemessener Lösungen“ fest, obgleich die „Angemessenheit“ einer Lösung nicht durch objektive Kriterien determiniert, sondern durch ein menschlich-subjektives Werturteil bestimmt wird. Umgekehrt aber meine ich, dass zur Erreichung des anvisierten Ziels *ein anderer Weg* einzuschlagen, nämlich der Anwendungsbereich der gesetzlichen Deliktshaftung so weit auszudehnen ist, dass sie befriedigende Lösungen auch im Bereich der reinen Vermögensschäden erlaubt.⁴² Der Begriff der deliktischen Widerrechtlichkeit, den das Bundesgericht als ein Instrument zur Einschränkung der deliktischen Haftung verwendet⁴³, steht einem solchen Vorgehen offenbar im Weg. Wie das Ungenügen einer Metapher neue Bilder hervorbringt⁴⁴, führt das Ungenügen des erwähnten Begriffs zur Anwendung gesetzesfremder Haftungsfiguren, die das Übel nicht an der Wurzel packen, sondern die Symptome bekämpfen. Fast möchte es scheinen, das Bundesgericht sei in seiner Begriffswelt gefangen, ähnlich wie der Mensch, von dem LUDWIG WITTGENSTEIN berichtet, dass er in seinem Zimmer gefangen ist, weil er nicht auf die Idee kommt, die unversperrte Türe nach innen statt nach aussen zu öffnen⁴⁵.

11. [838] Das Bild von WITTGENSTEINS Gefangenenem scheint mir auch deshalb zu „passen“, weil der schweizerische Gesetzgeber die deliktische Widerrechtlichkeit nicht definiert hat, weshalb es *keine Legaldefinition* gibt, die den Zugang zu einer angemessenen Verwendung

⁴¹ So in meinem Aufsatz „Grenzüberschreitungen“, zit. in Fn. 20, der bei der Abfassung des vorliegenden Beitrages aber noch nicht erschienen ist.

⁴² So z.B. auch ALFRED KOLLER, zit. in Fn. 2, S. 52 f.

⁴³ Vgl. Fn. 8.

⁴⁴ SIGRID WEIGEL, Zur Rolle von Bildern und Metaphern in der Rhetorik der Biowissenschaften, in: BERNHARD VON MUTIUS (Hg.), Die andere Intelligenz, Stuttgart 2004, S. 100.

⁴⁵ LUDWIG WITTGENSTEIN, Remarks on the Foundations of Mathematics, Oxford 1967, S. 125^c, Nr. 37: “A human being is imprisoned in a room, if the door is unlocked but opens inwards; he, however, never gets the idea of pulling instead of pushing against it.”

des Begriffs⁴⁶ versperren würde. Warum das Bundesgericht die unverschlossene Tür nicht öffnet, obwohl die Problematik seiner Begriffsbestimmung immer stärker zutage tritt, weiss ich nicht. Vielleicht fürchtet man am Gericht, eine andere Definition der Widerrechtlichkeit, wie sie etwa in der Literatur vorgeschlagen wird⁴⁷, würde nur bei neuen Aus- und Eingrenzungen enden, deren praktische Tragweite nicht absehbar wäre. Und in der Tat erwecken formelhafte Definitionen zwar den Anschein von Genauigkeit, sind aber „an den Rändern – also dort, wo es darauf ankommt – nie genau“⁴⁸, was sich erst beim praktischen Gebrauch herausstellt, so wie sich erst beim Verzehr herausstellt, ob ein Kuchen schmeckt oder nicht. Deshalb habe ich in einem früheren Festschriftbeitrag (schon vor Jahren) vorgeschlagen, den verwendeten Begriff der Widerrechtlichkeit und damit den Bereich der Deliktshaftung nicht durch die Erfindung einer generellen Formel (die „alles auf einen Nenner bringt“), sondern vorsichtig-pragmatisch in der Weise zu öffnen, dass die traditionell anerkannten Fälle von Widerrechtlichkeit durch weitere Kategorien ergänzt werden.⁴⁹ Darunter könnten dann auch jene Fälle reiner Vermögensschäden eingeordnet werden, für die man die dogmatischen Haftungsfiguren aus Deutschland (den Vertrag [839] mit Drittschutzwirkung, die Culpa-Haftung oder die Vertrauenshaftung) als Haftungsgrundlagen bemüht⁵⁰ – immer vorausgesetzt, dass die darin anvisierten Schädigungen tatsächlich ein „Unrecht“ sind, die bei gegebenen (weiteren) Voraussetzungen eine Haftung des Schädigers rechtfertigen. In welchem Umfang dies zutrifft, hängt davon ab, wie weit man die deliktische Haftung ausdehnen will.⁵¹ Das ist eine Ziel- und Wertungsfrage, welche die Lehre und Rechtsprechung anhand der zu lösenden Fälle gesellschaftsbezogen zu beantworten haben, ohne die Vorgaben dogmatischer Haftungsfiguren als allgemein gültige Prinzipien zu übernehmen. Soweit die erwähnten Haftungsfiguren auch Schädigungen durch Verletzung absoluter Rechtsgüter erfassen⁵², ist die deliktische Wider-

⁴⁶ Obwohl „Begriff“ und „Wort“ nicht dasselbe sind, scheint mir auch für den Begriff zuzutreffen, dass seine Bedeutung eine Art seiner Verwendung ist. Zum Wort vgl. LUDWIG WITTGENSTEIN, *Über Gewissheit*, Frankfurt am Main 1970, S. 24, Nr. 61: „Eine Bedeutung eines Wortes ist eine Art seiner Verwendung.“

⁴⁷ Aus neuerer Zeit vgl. z.B. BEAT SCHÖNENBERGER, *Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie*, HAVE 2004, S. 3 ff. mit den dortigen Hinweisen; FRANZ WERRO, *Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR – Plädoyer für ein modifiziertes Verständnis von Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Haftpflicht*, ZSR 1997 I, S. 343 ff.; CORINNE WIDMER, *Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen*, ZSR 2001 I, S. 101 ff. Einige Jahre zurückliegend: BRUNO GABRIEL, dessen Dissertation (*Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR*, Freiburg 1987) zu den meist (wenn auch meist ablehnend) zitierten Dissertationen des Haftpflichtrechts gehört, weil sie in Abweichung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine „subjektive Widerrechtlichkeitstheorie“ propagiert.

⁴⁸ MICHAEL BARTSCH, *Neues Leben – alte Normen*, in: *Die andere Intelligenz*, zit. in Fn. 44, S. 249.

⁴⁹ Vgl. PETER GAUCH/JUSTIN SWEET, *Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden*, in: *Festschrift für MAX KELLER*, Zürich 1989, S. 138.

⁵⁰ Vgl. ALFRED KOLLER, zit. in Fn. 2, S. 40 ff.

⁵¹ ALFRED KOLLER, zit. in Fn. 2, S. 35, vertritt z.B. die Ansicht, Art. 41 OR enthalte einen ungeschriebenen dritten Absatz, der besage: „Wer im Rechtsverkehr schuldhaft einen falschen Anschein erweckt oder aufrechterhält, wird Dritten, die dadurch irregeführt werden, zum Ersatz verpflichtet.“ Wenn man dieser Ansicht im Prinzip folgen will, könnte man auf die „Fiktion“ eines dritten Absatzes verzichten und die Schädigung der Irregeführten zu den widerrechtlichen Schädigungen im Sinne des Art. 41 Abs. 1 OR zählen.

⁵² Zweifelnd für die Vertrauenshaftung: ALFRED KOLLER, zit. in Fn. 2, S. 18.

rechtlichkeit nach dem vom Bundesgericht verwendeten Begriff⁵³ ohnehin erstellt, so dass es insofern keines Rückgriffs auf diese Figuren bedarf.

12. Ich plädiere also dafür, dass wir einerseits über die Bedeutung des deliktischen Widerrechtlichkeitsbegriffs und seine Erweiterung nachdenken und uns andererseits auf das Gesetz zurückbesinnen, indem wir für die von den dogmatischen Haftungsfiguren erfassten Schadensfälle entweder eine Delikts- oder überhaupt keine Haftung zulassen. Damit entfallen diese Rechtsfiguren (Vertrag mit Drittschutzwirkung, Culpa-Haftung und Vertrauenshaftung) als eigenständige Haftungsgrundlagen. An deren Stelle tritt die gesetzliche Deliktshaftung, in die sie integriert werden, womit freilich die *Frage, welche Regeln hinsichtlich der Beweislast für das Verschulden, der Hilfspersonenhaftung und der Verjährung gelten sollen*, noch nicht beantwortet ist. Nach ihrer systematischen Stellung im Gesetz sind es zwar die Regeln des gesetzlichen Deliktsrechts, die im Bereich der Deliktshaftung gelten. Das aber schliesst nicht aus, gesetzliche Regeln aus dem Gebiete der Vertrags- statt der [840] Deliktshaftung beizuziehen, soweit eine sinngemässe Anwendung dieser Regeln nach der Eigenart des Haftungsfalles sich rechtfertigt.

Somit ist es „möglich“, gesetzliche Regeln über die Beweislast, die Hilfspersonenhaftung oder die Verjährung, die „systematisch“ für die Vertragshaftung gelten, analog auf Fälle der Deliktshaftung anzuwenden. Das zweigliedrige Haftungssystem des Gesetzes steht dem nicht entgegen; dies umso weniger, als Delikts- und Vertragshaftung schon durch Art. 99 Abs. 3 OR miteinander verknüpft sind und die analoge Gesetzesanwendung nach der von EUGEN HUBER vertretenen und neuerdings wieder entdeckten Meinung⁵⁴ kein Anwendungsfall der gesetzlichen Lückenfüllung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB⁵⁵, sondern ein solcher der Gesetzesanwendung nach Art. 1 Abs. 1 ZGB ist.⁵⁶

Dieses Gesetzesverständnis von EUGEN HUBER, das mich überzeugt⁵⁷, gibt jeder gesetzlichen Norm eine eigene Wirkungsbreite, die sich nicht mit ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich zu decken braucht. Dies erleichtert es auch methodisch, die Norm eines gesetzlichen Haftungstyps ausserhalb ihres gesetzlichen Standortes anzuwenden, wenn es dem Sinn und Zweck der Norm entspricht.⁵⁸ Eine solche Anwendung ist nicht etwa ein innerer Systembruch, sondern nichts anderes als Gesetzestreue⁵⁹. Sie verlangt aber, dass das regelungsbe-

⁵³ Vgl. Fn. 8.

⁵⁴ Vgl. z.B. BRUNO HUWILER, Privatrecht und Methode, recht, Studienheft 5, S. 14 ff.; ANDREAS ABEGG, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Diss. Freiburg 2004, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg/Schweiz, Band 225, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 253 ff.

⁵⁵ Nach EUGEN HUBER liegt eine Gesetzeslücke nur dann vor, „wenn für einen gegebenen Fall das Gesetz keinen Rechtssatz enthält, der direkt oder auf dem Wege der Analogie zur Anwendung gebracht werden dürfte“ (EUGEN HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung, 2. Auflage, Basel 1925, S. 354).

⁵⁶ Vgl. die Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches (Bern 1914), Band I, S. 36. Dort hält EUGEN HUBER fest, „dass in erster Linie das gesetzte Recht zur Anwendung gebracht werden muss. Und zwar nicht nur soweit sein Wortlaut reicht, sondern auch soweit es in irgendeiner Art von Auslegung oder auf dem Wege der Analogie herangezogen werden kann. Darauf verweist zunächst Abs. 1 des Art. 1.“

⁵⁷ Ablehnend z.B. ERNST A. KRAMER, zit. in Fn. 35, S. 146 f.

⁵⁸ Vgl. sinngemäss MICHAEL BARTSCH, zit. in Fn. 48, S. 251.

⁵⁹ MICHAEL BARTSCH, zit. in Fn. 48, S. 251. Vgl. auch BRUNO HUWILER, zit. in Fn. 54, S. 17, wonach „der Gesetzesimmanente Analogieschluss ... ein Moment des Auslegungsvorganges innerhalb des Normbe-

dürftige Einzelproblem einer wertenden Beurteilung unterzogen wird, was z.B. nicht geschieht, wenn vertragsrechtliche Regeln nur deshalb zur [841] Anwendung gelangen, weil nach der dogmatischen Begriffsbildung und Bezeichnung eine Haftung „zwischen Vertrag und Delikt“ in Frage steht. Bezüglich der Culpa-Haftung hat dies bereits PETER JÄGGI auf den Punkt gebracht, indem er postulierte, dass die Frage, welchen Modalitäten die Haftung aus „culpa in contrahendo“ unterstehe, für jede Modalität gesondert zu beantworten sei, und zwar so, dass sich im Einzelfall eine angemessene Lösung ergäbe⁶⁰. ALFRED KOLLER indes lehnt eine Anwendung vertragsrechtlicher Regeln auf die Culpa-Haftung, unter Vorbehalt gesetzlicher Sonderbestimmungen, überhaupt ab.⁶¹

13. Natürlich bin ich mir bewusst, dass man Unterschiede nur machen soll, wenn sich tatsächlich ein Unterschied ergibt. *Der Unterschied* zwischen meinem Postulat einer „erweiterten Deliktshaftung“ und dem praktizierten oder gelehrten „Nebeneinander von gesetzlicher Deliktshaftung und dogmatischen Haftungsfiguren“ besteht zunächst in der methodischen Richtigkeit des vorgeschlagenen Konzepts, das sich auf das zweigliedrige Haftungssystem des Gesetzes zurückbesinnt. Sodann vermeidet dieses Konzept, dass der enge Begriff der deliktischen Widerrechtlichkeit in seiner höchstrichterlich zementierten Bedeutung unkritisch hochgehalten und ob seinem Ungenügen auf die gesetzesähnliche Anwendung dogmatischer Hilfskonstruktionen ausgewichen wird, statt sich um die Bedeutung des Begriffs zu kümmern. Und schliesslich zwingt es die Rechtsanwendenden, den Haftungsbereich für ausservertragliche Schädigungen und die anwendbaren Modalitäten wertend zu bestimmen, ohne der bildhaften Suggestivkraft der gerade verfügbaren Haftungsfiguren zu erliegen, welche die deutsche Dogmatik bereithält. In einem gewissen Sinne stimmt auch hier, was MARCEL PROUST geschrieben hat: dass man die besten Entdeckungsreisen nicht in fremden Ländern macht, sondern indem man die Welt mit neuen Augen betrachtet.⁶²

V. Schluss

14. [842] Die Welt mit neuen Augen zu betrachten und dies immer wieder zu tun – das ist *eine programmatische Aufforderung* auch an die Professoren, unter die wir beide, Du WOLFGANG und ich, schon in jungen Jahren geraten sind. Du hast mich, wenn ich zurückblicke, oft motiviert, bereits Gesehenes nochmals zu sehen. Gerade weil wir das, was Recht ist oder was Recht sein soll, häufig in verschiedener Weise wahrgenommen und vertreten haben, wurde mir klar, dass jeder den andern und dessen Sichtweise braucht, damit sich seine Gedanken nicht verfestigen.

Bei alledem will ich nicht leugnen, dass ich Deine abweichenden Gedanken bisweilen auch als „Störung“ empfand. Denn wir Menschen freuen uns viel stärker über fremde Ansichten, die uns bestätigen, als über solche, die uns widersprechen. Und doch haben wir mit beidem zurechtzukommen, umso mehr, als es letztlich „nicht entscheidend ist, ob man Ansichten

reichs des Art. 1 Abs. 1 ZGB“ ist.

⁶⁰ PETER JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 592 zu Art. 1 OR. Das vorvertragliche Verhandlungsverhältnis hat PETER JÄGGI als vertragliches Gesellschaftsverhältnis verstanden (N 567 ff. zu Art. 1 OR): eine Idee, die ich nicht teile, obwohl sie in einer unlängst erschienenen Freiburger Dissertation wieder aufgegriffen wurde (so: RAMON MABILLARD, Gesellschaftsrechtliche Aspekte der Vertragsverhandlungen, Diss. Freiburg 2004).

⁶¹ ALFRED KOLLER, zit. in Fn. 2, S. 41.

⁶² MARCEL PROUST, *A la recherche du temps perdu*, XII, *La prisonnière*, Paris 1947, S. 69: „Le seul véritable voyage ..., ce ne serait pas d’aller vers de nouveaux paysages, mais d’avoir d’autres yeux.“

teilt oder nicht, sondern auf welchem Niveau die Auseinandersetzung stattfindet⁶³. So verhält es sich namentlich auch, wenn es um das Verständnis des Rechts oder gar um seine Fortentwicklung geht, die – wie die „Wilden“ um WASSILY KANDINSKY es für die Kunst gefordert haben⁶⁴ – nicht formal sein darf, sondern ein Neubeginn des Denkens sein muss. Denn neues Denken entsteht nur in der Auseinandersetzung, nicht im juristischen Herbarium, in das sich der Einzelne mit seinen Einsichten verkriecht. Wohin eine solche Isolation führen kann, erzählt PETER BICHSELS Kindergeschichte vom alten Mann, der – um der Eintönigkeit seines Daseins zu entfliehen – allen Dingen neue Namen gab, bis ihn niemand mehr verstand und er bloss noch mit sich selber sprach.⁶⁵

15. Wir sind also, auch im fortgeschrittenen Alter, auf die Auseinandersetzung angewiesen. Begreifen wir das Recht als einen „gemeinsam mit andern zu konstruierenden und veränderbaren Möglichkeitsraum“, [843] wie der Sozialwissenschaftler BERNHARD VON MUTIUS die Wirklichkeit versteht⁶⁶, können wir unsere „Arbeit am Recht“ ohnehin *nur in Verbindung und im dynamischen Dialog mit andern* (kurz: in einem Netzwerk von Kommunikationen) vollbringen. Allein ist der Einzelne nichts: entbehrlich, wenngleich er „glauben muss, mehr zu sein, um das sein zu können, was er ist“⁶⁷. So mag denn auch mein vorliegender Beitrag in die Kommunikation einfließen, zusammen mit dem Widerspruch, den er da und dort erwecken wird.

Der Widerspruch ist absehbar. Denn schon mein Hinweis auf die inhärente Schwäche der juristischen Denkweise ist kaum dazu angetan, auf ungeteilte Akzeptanz zu stossen. Meine Zumutung, auf lieb gewordene Haftungsfiguren oder deren Eigenständigkeit zu verzichten, dürfte keine allgemeine Begeisterung auslösen, da der Mensch ja den Verzicht als Verlust und gegen den Verlust eine tiefe Abneigung empfindet⁶⁸. Und mein Postulat, die Grenzen des gängigen Widerrechtlichkeitsbegriffs aufzubrechen, harmoniert zwar mit einer gleichlaufenden Stossrichtung in der Rechtsliteratur, nicht aber mit der Praxis des höchsten Gerichts, dessen Widerstand gegen die vorgeschlagene Veränderung sich durch theoretische Aufsätze so rasch nicht brechen lässt. Diesbezüglich gilt jedoch, was der britische Mathematiker und Philosoph ALFRED NORTH WHITEHEAD formuliert hat: „A civilization which cannot burst through its current abstractions is doomed to sterility after a very limited period of progress.“⁶⁹

Korr.: FW, 20.06.2005

⁶³ HUGO LOETSCHER, zit. in Fn. 20, S. 185.

⁶⁴ Vgl. FRANZ MARC, in: KANDINSKY/MARC (Hg.), *Der Blaue Reiter*, München 1912, Neuausgabe München 1965, S. 30: „... man begriff, dass es sich in der Kunst um die tiefsten Dinge handelt, dass die Erneuerung nicht formal sein darf, sondern eine Neugeburt des Denkens ist.“

⁶⁵ PETER BICHSEL, *Kindergeschichten*, München 1995, S. 25 ff. (in: *Ein Tisch ist ein Tisch*).

⁶⁶ BERNHARD VON MUTIUS, *Die andere Intelligenz oder: Muster, die verbinden*, in: *Die andere Intelligenz*, zit. in Fn. 44, S. 24.

⁶⁷ ROBERT MUSIL, *Der Mann ohne Eigenschaften I*, Reinbek bei Hamburg 1987, S. 529.

⁶⁸ UWE JEAN HEUSER, *Homo oeconomicus humanus*, in: *Die andere Intelligenz*, zit. in Fn. 44, S. 208.

⁶⁹ ALFRED NORTH WHITEHEAD, *Science and the Modern World*, New Impression, Cambridge 1927, S. 73.