

Aufklärungspflicht im Rahmen von Art. 28 OR

Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 16. Februar 2017

Mit Bemerkungen von Melanie Gottini und Hans Caspar von der Crone*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Handelsgerichts
 - 1. Absichtliche Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR
 - 2. Folgen der Ungültigkeit
- III. Bemerkungen
 - 1. Voraussetzungen von Art. 28 Abs. 1 OR
 - 2. Vorvertragliche Aufklärungspflichten
 - 3. Haftung beim zustande gekommenen Vertrag
 - 4. Vertrauenshaftung
 - 5. Schlussbemerkungen

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die Klägerin und Widerbeklagte (nachfolgend: Klägerin) ist eine Aktiengesellschaft, die den Vertrieb von Textilien aller Art und verwandten Produkten bezweckt. Bei der Beklagten und Widerklägerin (nachfolgend: Beklagte), handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, die den Betrieb und die Beratung von Detailhandelsunternehmen im Textilbereich bezweckt.

Die Beklagte hatte an der Bahnhofstrasse in Zürich eine Boutique geführt und war dabei Untermieterin der Klägerin, welche die Räumlichkeiten wiederum von der F. AG gemietet hatte. Nach längeren Verhandlungen entschloss sich die Beklagte, auf eine Weiterführung des Untermietverhältnisses zu verzichten und das Ladengeschäft der Klägerin zu verkaufen. In der Folge verzichtete die Klägerin ihrerseits darauf, eine Option zur Verlängerung des befristeten Mietvertrags auszuüben, wofür sie von der F. AG mit CHF 5,3 Mio. entschädigt wurde. Als die Beklagte davon Kenntnis erlangte, focht sie den Kaufvertrag wegen absichtlicher Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR an.

Die Klägerin reichte am 5. September 2014 beim Handelsgericht Klage auf Erfüllung des Kaufvertrags ein (ursprüngliches Rechtsbegehren). Mit Vereinbarung vom 17. November 2014 hielten die Parteien fest, dass die von der Beklagten ausgesprochene Anfechtung des Kaufvertrags lediglich den Kaufpreis betreffe und der Vertrag im Übrigen gültig sei. Mit Eingabe vom 12. Dezember 2014 erging die Klage-

antwort. Darin erhob die Beklagte Widerklage und verlangte einen Anteil an der Entschädigungszahlung in der Höhe von CHF 5,3 Mio., welche die Klägerin von der F. AG erhalten hatte. Nachdem die Klägerin den anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 7. Juli 2015 geschlossenen Vergleich fristgerecht widerrief, wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. In ihrem reduzierten Rechtsbegehren gemäss Replik vom 20. Oktober 2015 forderte die Klägerin die Feststellung der Gültigkeit des Kaufvertrags. Die Beklagte hielt gemäss Klageduplik/Widerklagereplik vom 8. Januar 2016 an ihren ursprünglichen Rechtsbegehren fest. In der Folge scheiterten auch aussergerichtliche Vergleichsgespräche, und die Parteien verzichteten auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung, womit der Prozess spruchreif war. Am 16. Februar 2017 erging das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich. Der Entscheid ist rechtskräftig.

II. Erwägungen des Handelsgerichts

1. Absichtliche Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR

Die Klägerin hatte die Beklagte unbestrittenermassen nicht über die parallel laufenden Vertragsverhandlungen mit einem Dritten betreffend eine Entschädigung für den Verzicht auf die Ausübung der Mietoption informiert.¹ Das Handelsgericht prüft eingehend, ob die Klägerin diesbezüglich gegenüber der Beklagten aufklärungspflichtig gewesen wäre.² Das Vorliegen einer Aufklärungspflicht sowie die übrigen Voraussetzungen einer absichtlichen Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR werden vom Handelsgericht bejaht.³

2. Folgen der Ungültigkeit

Da beide Parteien zum Ausdruck gebracht haben, dass sie den – durch die Anfechtung der Beklagten grundsätzlich vollumfänglich unwirksam gewordenen – Vertrag auch unter veränderten Bedingungen abgeschlossen hätten, prüft das Handelsgericht, ob

* MLaw *Melanie Gottini* und Prof. Dr. *Hans Caspar von der Crone*, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

¹ Urteil des Handelsgerichts vom 16. Februar 2017 E. 2.4.3.

² Urteil des Handelsgerichts vom 16. Februar 2017 E. 2.4.3.1.2.

³ Urteil des Handelsgerichts vom 16. Februar 2017 E. 2.4.3.1.2. ff.

eine Teilungültigkeit unter Ergänzung des Vertrags durch den Richter in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 1 OR in Frage kommt.⁴ Aufgrund der Sachdarstellungen und der Ausführungen der Parteien sei ein hypothetischer Parteiwille über den Kaufpreis bei Offenlegung sämtlicher relevanter Tatsachen festzustellen. Das Gericht habe deshalb den Vertrag im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR zu ergänzen. Aus der Perspektive redlich handelnder Parteien erscheine es angemessen, der Beklagten einen Anteil von 15% an der Entschädigungszahlung zuzusprechen. Im Ergebnis legt das Handelsgericht den Kaufpreis daher auf CHF 1 165 000 (15% von CHF 5 300 000 + der ursprünglich vereinbarte Kaufpreis in der Höhe von CHF 370 000) zzgl. MwSt. fest.⁵

III. Bemerkungen

1. Voraussetzungen von Art. 28 Abs. 1 OR

Eine absichtliche Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR setzt eine Täuschungshandlung voraus, die in der Vorspiegelung falscher Tatsachen oder im Verschweigen vorhandener Tatsachen bestehen kann.⁶ Das Verschweigen vorhandener Tatsachen stellt eine Täuschungshandlung i.S.v. Art. 28 OR dar, wenn der täuschenden Partei eine Aufklärungspflicht obliegt.⁷ Eine solche kann sich aus Gesetz, Vertrag oder Treu und Glauben ergeben.⁸ Vorausgesetzt ist weiter die Täuschungsabsicht, wobei *dolus eventualis* genügt.⁹ Die Täuschung muss auf der Seite der getäuschten Partei einen Motivirrtum hervorrufen oder aufrecht-

erhalten.¹⁰ Der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum muss für den Vertragsschluss bzw. den Vertragsinhalt kausal sein.¹¹ Anders als beim Grundlagenirrtum (Art. 23 bzw. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) muss der Irrtum nach Art. 28 Abs. 1 OR keinen objektiv wesentlichen Sachverhalt betreffen.

2. Vorvertragliche Aufklärungspflichten

2.1 Allgemeines

Das schweizerische Vertragsrecht kennt keine allgemeine Aufklärungspflicht: Grundsätzlich ist jede Partei selbst für die Beschaffung und Auswahl ihrer Informationen verantwortlich.¹² Wer bei Vertragsverhandlungen nicht nach Irrtümern der Gegenpartei forscht, welche diese bei gehöriger Aufmerksamkeit selbst wahrnehmen könnte, handelt nicht gegen Treu und Glauben.¹³ Jede Vertragspartei ist mithin grundsätzlich berechtigt, ihre eigenen Interessen denjenigen der Gegenpartei voranzustellen und dieser insbesondere für den eigenen Standpunkt Nachteiliges vorzuenthalten.¹⁴

2.2 Täuschung durch Schweigen

2.2.1 Ausgangslage

Ist ausnahmsweise eine der Parteien gegenüber der anderen aus Gesetz, Vertrag oder Treu und Glauben aufklärungspflichtig, so kann nach Rechtsprechung

⁴ Urteil des Handelsgerichts vom 16. Februar 2017 E. 3.3.1 ff.

⁵ Urteil des Handelsgerichts vom 16. Februar 2017 E. 3.4.

⁶ BGE 116 II 431 E. 3.a; *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, 218 f.

⁷ BGE 116 II 431 E. 3.a; *Ingeborg Schwenger*, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 8 zu Art. 28 OR.

⁸ BGE 116 II 431 E. 3.a; *Bucher* (Fn. 6), 219; so bereits *Hermann Viktor Gilomen*, Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Bern 1950, 62.

⁹ BGE 53 II 143 E. 1.a; *Bucher* (Fn. 6), 220.

¹⁰ *Claire Huguenin*, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 543; *Ingeborg Schwenger*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 38.01.

¹¹ *Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Susan Emmenegger*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 856; *Schwenger* (Fn. 10), N 38.10; vgl. auch BGE 129 III 320 E. 6.3.

¹² *Christoph Hehli*, Die alternativen Rechtsbehelfe des Käufers, Unter besonderer Berücksichtigung der Haftung aus culpa in contrahendo, Zürich/Basel/Genf 2008, N 367 m.w.H.; vgl. auch *Stephan Hartmann*, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Freiburg Schweiz 2001, N 49.

¹³ BGE 102 II 81 E. 2; vgl. auch Art. 26 OR.

¹⁴ *Gilomen* (Fn. 8), 62.

und herrschender Lehre in der unterlassenen Aufklärung eine Täuschung liegen.¹⁵ Hat die Gegenseite absichtlich oder zumindest eventualvorsätzlich gehandelt, ist der Tatbestand der Täuschung im Sinne von Art. 28 OR erfüllt: Das Unterhalten eines Irrtums durch Verschweigen von Tatsachen, für die eine Aufklärungspflicht bestehen würde, fällt als passive Täuschung genauso in den Anwendungsbereich von Art. 28 OR wie die aktive Täuschung.¹⁶ Eine Aufklärungspflicht kann sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus Gesetz, aus konkreten vertraglichen Pflichten oder aus einem Vertrauensverhältnis ergeben.¹⁷ Werden beispielsweise frühere Ausführungen oder Auskünfte einer Partei zu Verhandlungsgegenständen durch neue Entwicklungen oder Erkenntnisse überholt, so ist sie nach der Rechtsprechung zur Korrektur verpflichtet.¹⁸ In welchem Masse die Parteien einander aufzuklären haben, entscheidet sich nicht abstrakt, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Natur des Vertrags, dem Verlauf der Vertragsverhandlungen sowie den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten.¹⁹ So werden beim Abschluss von Verträgen über länger dauernde oder persönliche Leistungen höhere Anforderungen an die Aufklärungs-

pflcht gestellt als bei einmaligen Austauschverträgen über reine Sachleistungen.²⁰

Bestand und Umfang der Aufklärungspflicht hängen vom Grad der Erkennbarkeit und der Relevanz der bloss einseitig bekannten Tatsachen ab. Könnte sich die Gegenpartei die asymmetrisch verteilten Informationen selbst nur schwer beschaffen, ist eher eine Aufklärungspflicht anzunehmen.²¹ Umgekehrt besteht keine Aufklärungspflicht, wenn nach Treu und Glauben davon ausgegangen werden kann, die Gegenseite werde den Sachverhalt aus eigener Anschauung richtig einschätzen können.²² Von erhöhten Aufklärungspflichten ist sodann auszugehen, wenn aufgrund besonderer Fachkenntnisse einer Partei zwischen den Parteien ein strukturelles Informationsgefälle besteht oder wenn eine der Parteien der anderen in ihrer Verhandlungsmacht klar überlegen ist.²³ Während der Sachverhalt der Marktmacht eher die Ausnahme darstellen dürfte, ist derjenige des fachlichen Vorsprungs im Geschäftsverkehr alltäglich und daher von grosser praktischer Bedeutung.

2.2.2 Konkretisierung des Vertrauensverhältnisses

Langjährige Geschäftsbeziehungen implizieren häufig ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien. Tendenziell ist deshalb bei Dauerschuldverhältnissen eine Aufklärungspflicht eher zu bejahen, als bei einem einmaligen Austauschverhältnis. Entscheidend ist dabei allerdings nicht nur die Dauer, sondern auch die Natur und Tragweite der Geschäftsbeziehung.²⁴ Zu bejahen ist ein Vertrauensverhältnis insbesondere bei komplexen Rechtsbeziehungen mit grosser Bedeutung für die beteiligten Parteien. Das Recht kann solche Verhältnisse aufgrund der Vielzahl möglicher Eventualitäten nicht in allen Einzelheiten regeln. Die resultierende Unschärfe des Vertragsinhalts akzentuiert die Pflicht der Parteien zum Handeln nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB).

Besonders deutlich zeigt sich der Zusammenhang zwischen der unvermeidlichen Unschärfe des Vertrags und dem Gebot des Handelns nach Treu und

¹⁵ In der Lehre wird demgegenüber vereinzelt auch die Ansicht vertreten, dass bei einer Unterlassung keine Täuschung gemäss Art. 28 OR vorliege, weil kein Irrtum «erregt» werde, wie es der deutsche Gesetzestext ausdrücklich verlangt, und das Absichtserfordernis nicht erfüllt sei, da der durch Schweigen «Täuschende» von der Aufklärungspflicht regelmässig keine gesicherte Kenntnis habe. Der Unrechtsgehalt sei bei blossem Schweigen wesentlich geringer als bei einer aktiven Täuschung, sodass die Anwendung der pönalisierenden Bestimmung von Art. 28 OR nicht zu rechtfertigen sei. Die bundesgerichtliche Praxis verändere damit die gesetzgeberische Konzeption der Absichtsanfechtung und mache aus dem Arglistverbot in Art. 28 OR ein Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (*Hehli* [Fn. 12], N 283 ff.; vgl. dazu auch III.4.2).

¹⁶ BGer 4C.348/2006 E. 7.1; BGE 132 II 161 E. 4.1; BGE 116 II 431 E. 3.a; *Pierre Engel*, *Traité des obligations en droit suisse*, Bern 1997, 352 f.; *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 11), N 861 f.; *Huguenin* (Fn. 10), N 538; *Bruno Schmidlin*, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses*, Art. 23–31 OR, N 28 ff. zu Art. 28 OR; BSK OR I-Schwenzer (Fn. 7), N 8 zu Art. 28 OR.

¹⁷ BGE 116 II 431 E. 3.a.

¹⁸ BGer 4C.26/2000 E. 2.a.bb; vgl. auch BGE 105 II 75 E. 2.a.

¹⁹ BGer 4C.26/2000 E. 2.a.bb.

²⁰ BGer 4C.26/2000 E. 2.a.bb; *Schwenzer* (Fn. 10), N 38.06.

²¹ *Bucher* (Fn. 6), 220; BK-Schmidlin (Fn. 16), N 33.

²² BGE 116 II 431 E. 3.a.

²³ *Huguenin* (Fn. 10), N 538; BSK OR I-Schwenzer (Fn. 7), N 9 zu Art. 28 OR; vgl. auch BK-Schmidlin (Fn. 16), N 35.

²⁴ Beispielsweise besteht zwischen einem langjährigen Kunden und einem Detailhandelsgeschäft und diesem kein besonderes Vertrauensverhältnis.

Glauben im höchstpersönlichen Bereich, wie etwa beim Arzt- oder Anwaltsauftrag. Einen hohen Stellenwert hat Treu und Glauben aber auch in Vertragsverhältnissen, in denen eine der Parteien Investitionen zu tätigen hat, die sich nur amortisieren lassen, wenn die Vertragsbeziehung fortgeführt wird. Erfordert die konkrete Geschäftsbeziehung Investitionen, die ausserhalb dieser vertraglichen Zusammenarbeit für die investierende Person wenig oder gar keinen Wert hat, spricht man in der ökonomischen Terminologie von einer transaktionsspezifischen Investition, wobei mit dem Begriff der Transaktion die Vertrags- oder Geschäftsbeziehung als Ganzes bezeichnet wird.²⁵ Transaktionsspezifische Investitionen verschieben das Vertragsgleichgewicht zulasten der investierenden Partei, ist diese zum Schutz ihrer Investitionen doch auf eine Weiterführung der Geschäftsbeziehung angewiesen. Dient die transaktionsspezifische Investition auch der Gegenseite, so ist diese in erhöhtem Mass zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet: Wirtschaftlich gesehen liegt eine gemeinsame Investition vor. Rechtlich zeigen sich Parallelen zu einer einfachen Gesellschaft, bei der sich die Gesellschafter gegenseitig Aufwendungsersatz schulden, wenn einer der Partner Aufwendungen getätigt hat, die wirtschaftlich gesehen der Partnerschaft als Ganzes zukommen. Auch transaktionsspezifische Investitionen einer Vertragspartei, die beiden Vertragsparteien zugutekommen, können deshalb eine über das Allgemeine hinausgehende Verpflichtung zu einem Verhalten nach Treu und Glauben begründen.

2.2.3 Anwendung auf die vorliegende Konstellation

Im vorliegenden Fall ging es um einen am 25. Juni 2014 zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrag betreffend den Erwerb des Ladengeschäfts und des Inventars der Beklagten an der Bahnhofstrasse.²⁶ Zentral ist dabei die Frage, ob die Klägerin gegenüber der Beklagten bezüglich der parallel laufenden Vertragsverhandlungen über eine Entschädigung für den Verzicht auf die Ausübung der Mietoption aufklärungspflichtig gewesen wäre, sodass der

Kaufvertrag aufgrund einer passiven absichtlichen Täuschung durch die Klägerin ungültig ist.²⁷

Ein Kaufvertrag über den Erwerb eines Ladengeschäfts stellt grundsätzlich einen einmaligen Austauschvertrag dar. Der vorliegende Kaufvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten kann jedoch mit Blick auf die allgemeine Aufklärungspflicht der Klägerin nicht losgelöst vom dahinterstehenden Mietverhältnis betrachtet werden. Gemäss übereinstimmender Angaben der Parteien bestand zwischen ihnen im Zeitpunkt der Vertragshandlungen eine bereits rund neun Jahre andauernde Geschäftsbeziehung.²⁸ Im Rahmen dieser langfristigen Vertragsbeziehung hat die Beklagte transaktionsspezifische Investitionen in bedeutendem Umfang getätigt. Erst mit dem mieterseitigen Ausbau nämlich liess sich das vermietete Ladengeschäft zweckkonform als Boutique an exklusiver Lage nutzen. Diese Nutzung aber war Voraussetzung dafür, dass die Vermieterin mit dem Mietobjekt die Erträge erwirtschaften konnte, die den substanziellen Mietzins rechtfertigten. Der mieterseitige Ausbau lag damit auch im Interesse der Vermieterin. Mit der transaktionsspezifischen Investition begab sich die Beklagte in eine Abhängigkeit von der Klägerin, die – in Verbindung mit der langjährigen Geschäftsbeziehung – ein Vertrauensverhältnis und eine qualifizierte gegenseitige Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben begründete.

Akzentuiert wurde die Abhängigkeit der Beklagten durch ihre spezifische Stellung als Untermieterin, in der sie von der Entwicklung des Hauptmietverhältnisses abhängig war, über das sie sich nicht selbständig informieren konnte. Die grosse Bedeutung der Entwicklung des Hauptmietverhältnisses für die Untermieterin war für die Klägerin ohne weiteres erkennbar. Dies gilt ganz besonders für den Verlauf der Verhandlungen zwischen der Klägerin und der F. AG (Grundstückeigentümerin und Hauptvermieterin). Der Verzicht der Beklagten auf die Verlängerung der Mietoption im Untermietverhältnis war eine Voraus-

²⁵ Johannes Vetsch/Hans Caspar von der Crone, Die Kundenschaftsentschädigung in Vertriebssystemen, SZW 81 (2009) 1, 79–93, 84; vgl. auch Hans Caspar von der Crone, Rahmenverträge, Zürich 1993, 254 f.

²⁶ Urteil des Handelsgerichts vom 16. Februar 2017 E. 2.

²⁷ Urteil des Handelsgerichts vom 16. Februar 2017 E. 2.4.3. Die von der Beklagten ebenfalls geltend gemachte aktive Täuschung (Vorspiegelung des Verbleibs im Ladenlokal durch die Klägerin) scheiterte hingegen schon am Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen der Täuschung und dem schliesslich erfolgten Abschluss des Kaufvertrags (Urteil des Handelsgerichts vom 16. Februar 2017 E. 2.4.2.4).

²⁸ Urteil des Handelsgerichts vom 16. Februar 2017 E. 2.4.3.1.2.

setzung für den Verzicht der Klägerin auf eine Verlängerung des Hauptmietvertrags, für den diese von der F. AG mit CHF 5,3 Mio. abgegolten wurde. Bezeichnend ist denn auch der Verlauf der Verhandlungen über eine allfällige Verlängerung des Untermietverhältnisses: Zu Beginn dieser Verhandlungen wollte die Beklagte die Mietoption wahrnehmen und die Boutique weiterführen. Als ihr die Klägerin in der Folge massive Mietzinssteigerungen ankündigte, entschied sich die Beklagte für einen Ausstieg aus dem Boutiquengeschäft und schlug der Klägerin schriftlich verschiedene Alternativen vor, von welchen eine den Verzicht auf die Mietoption gegen Entschädigung beinhaltete.²⁹ Als blasse Untermieterin war es der Beklagten allerdings nicht möglich, eine entsprechende Vereinbarung direkt mit der Hauptvermieterin und Grundstückeigentümerin zu treffen.

Bei Abschluss des Vertrags über den Verkauf der Ladeneinrichtung an die Klägerin irrte die Beklagte über die Entschädigungszahlung, mit der die F. AG die Klägerin für den Verzicht auf die Mietoption im Hauptmietverhältnis entschädigte, der ohne den spiegelbildlichen Verzicht der Beklagten im Untermietverhältnis nicht möglich gewesen wäre. Im Hinblick auf den Verkauf des Ladengeschäfts stellt dies einen Irrtum über einen wertbeeinflussenden Faktor dar.³⁰ Die Beklagte war aufgrund ihrer Stellung als Untermieterin nicht in der Lage, diesen Irrtum selbst aufzudecken.³¹ Hinzu kommt, dass die Beklagte selbst einen Verzicht auf die Verlängerung des Untermietvertrags gegen Zahlung einer Entschädigung vorgeschlagen hatte. Der Klägerin musste also bewusst sein, dass die Beklagte nicht damit rechnete, dass die Klägerin ihrerseits gegen eine derart substanzielle Entschädigungszahlung auf die Verlängerung des Hauptmietvertrags verzichten würde. Die Klägerin wäre deshalb grundsätzlich verpflichtet gewesen, die Beklagte über den Stand der Verhandlungen mit der F. AG aufzuklären.

Dass die Beziehung zwischen den Parteien in jüngster Zeit nicht mehr ganz harmonisch verlaufen ist und dass es insbesondere immer wieder zu Kon-

flikten mit einem Vertreter der Beklagten gekommen ist, vermag an diesem Umstand nichts zu ändern. Konflikte zwischen den Parteien bzw. ihren Vertretern machen das Vertrauensverhältnis für sich alleine noch nicht ungeschehen. Alles andere könnte gerade dazu einladen, Meinungsverschiedenheiten oder Missverständnisse mit der Gegenpartei zu fördern und solche Konflikte als Rechtfertigung nicht erfolgter Aufklärung vorzuschieben.

2.2.4 Geheimhaltungspflicht

(1) Ausgangslage

Die Klägerin machte vorliegend geltend, dass sie aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung mit der Drittpartei (F. AG) verpflichtet gewesen sei, die Entschädigungsvereinbarung gegenüber Dritten geheim zu halten. Das Handelsgericht führte diesbezüglich aus, dass es bei bestehender Aufklärungspflicht Sache der Klägerin gewesen wäre, dafür zu sorgen, die erforderlichen Auskünfte erteilen zu können. Dies gelte umso mehr, als in der vorliegenden Konstellation davon auszugehen sei, dass die Geheimhaltung gegenüber der Beklagten zumindest teilweise im Interesse der Klägerin lag.³²

Nachfolgend soll deshalb das Verhältnis zwischen parallel bestehender Aufklärungs- und Geheimhaltungspflicht beleuchtet werden. Es stellt sich mit anderen Worten die Frage, ob eine vertraglich vereinbarte oder gesetzlich vorgesehene Geheimhaltungspflicht der vorvertraglichen Aufklärungspflicht vorgeht, was zur Folge hätte, dass in solchen Fällen keine Täuschung im Sinne von Art. 28 OR vorliegt, obwohl die Gegenpartei nicht aufgeklärt wurde.

(2) Art der Geheimhaltungspflicht

Gesetzliche Geheimhaltungspflichten wie beispielsweise Berufs- oder Amtsgeheimnisse haben im Verhältnis zu einer allfälligen Aufklärungspflicht im Rahmen von Art. 28 OR Vorrang, es sei denn, eine Entbindung sei im konkreten Fall geboten, d.h. zulässig und sinnvoll. In Bezug auf die von einer gesetzlichen Geheimhaltungspflicht erfassten Tatsachen besteht folglich keine Aufklärungspflicht. Weniger klar ist die Frage, wie es sich mit vertraglich vereinbarten Geheimhaltungspflichten verhält. Es kommt in der

²⁹ Vgl. dazu Urteil des Handelsgerichts vom 16. Februar 2017 E. 2.4.3.1.1.a. und E. 2.4.3.5.

³⁰ Eingehend dazu *Linus Cathomas/Hans Caspar von der Crone*, Der Irrtum über den Wert des Vertragsgegenstands, insbesondere beim Unternehmenskauf, SZW 89 (2017) 1, 112–122, 114 ff.

³¹ Vgl. dazu Art. 26 OR.

³² Urteil des Handelsgerichts vom 16. Februar 2017 E. 2.4.3.2.1.

Praxis häufig vor, dass Parteien im Hinblick auf Vertragsverhandlungen förmliche Abreden betreffend die Geheimhaltung von bestimmten Tatsachen treffen.³³ Ist eine der Parteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit einem Dritten eine Geheimhaltungspflicht eingegangen, die Tatsachen betrifft, für die sie gegenüber einer anderen Partei aufklärungspflichtig ist, stehen zwei sich widersprechende, privatautonom begründete Pflichten gegenüber.

Zunächst ist relevant, um welche Art von Tatsachen es sich handelt und insbesondere aus welchen Gründen sich die Parteien in Bezug auf diese Tatsachen zur Geheimhaltung verpflichtet haben. Besteht das Geheimhaltungsinteresse gegenüber einer allgemeinen Öffentlichkeit, d.h. gegenüber sämtlichen ausserstehenden Personen, dürfte die spezifische Aufklärungspflicht gegenüber direkt involvierten Personen grundsätzlich Vorrang haben. Die aufklärungspflichtige Partei hat in diesem Fall dafür zu sorgen, dass sie dem Dritten die entsprechenden Informationen zugänglich machen kann, indem sie sich von der Gegenpartei teilweise von der Geheimhaltungspflicht entbinden lässt. Allenfalls kommt dabei eine Anonymisierung oder Schwärzung sensibler Daten in Frage. Geht es demgegenüber um Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse, die einen bestimmten Personenkreis, wie etwa Konkurrenten, nicht bekannt gegeben werden dürfen, wird sich die Geheimnisherin dem Ersuchen auf partielle Offenlegung in der Regel widersetzen dürfen. Will die zur Geheimhaltung verpflichtete Person die Verletzung der Aufklärungspflicht und damit den Eintritt des Tatbestandes von Art. 28 OR verhindern, so bleibt ihr wohl nur der Verzicht auf Vertragsverhandlungen mit Konkurrenzunternehmen der Geheimnisherrin.

Erschwert wird die Stellung der geheimhaltungspflichtigen Person durch die fehlende gesetzliche Normierung der Aufklärungspflichten. Insbesondere in Grenzfällen wird sich nicht immer feststellen lassen, wieweit eine Aufklärungspflicht besteht.³⁴

³³ Valentin Monn, Die Verhandlungsabrede, Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten, Zürich 2010, N 748; vgl. auch Urs Schenker, Unternehmenskauf, Bern 2016, 106 ff.

³⁴ Vgl. dazu Hehli (Fn. 12), N 285 ff., der im Zusammenhang mit dem Absichtserfordernis von Art. 28 Abs. 1 OR auf diese Problematik hinweist.

(3) Vorliegende Konstellation

Mit der im vorliegenden Fall zwischen der Klägerin und der F. AG vereinbarten Geheimhaltungspflicht hinsichtlich der (Verhandlungen über eine) Entschädigungszahlung sollte verhindert werden, dass die Öffentlichkeit von der Entschädigungszahlung für den Verzicht auf die Mietoption durch die Klägerin in der Höhe von CHF 5,3 Mio. erfährt. Es dürfte im Interesse beider Parteien gelegen haben, dass eine solche Entschädigungsvereinbarung nicht Gegenstand medialer Aufmerksamkeit wird. Nicht ersichtlich ist dagegen, weshalb die Beklagte aus Sicht der F. AG unter keinen Umständen über diesen Sachverhalt hätte informiert werden dürfen. Die Geheimhaltung der Verhandlungen über eine Entschädigungszahlung gegenüber der Beklagten liegt vielmehr im alleinigen Interesse der Klägerin. Die Klägerin hätte sich deshalb von Anfang an das Recht zur Offenlegung gegenüber der Untermieterin vorbehalten müssen. In Ermangelung eines solchen Vorbehalts hätte sie zumindest im Nachhinein das ihr Mögliche unternehmen müssen, um die F. AG zu einer limitierten Entbindung von der Geheimhaltungsklausel zu bewegen, allenfalls unter Anonymisierung. Nachdem sich die F. AG ihrerseits der besonderen Interessenlage im Untermietverhältnis bewusst gewesen sein muss, hätte sich die Klägerin dabei durchaus auf den Standpunkt stellen können, die F. AG sei nach Treu und Glauben zur Entbindung verpflichtet. Nachdem die Klägerin offensichtlich nicht einmal versucht hat, sich von der Geheimhaltungspflicht entbinden zu lassen, rechtfertigt ihre Vereinbarung mit der F. AG die Verletzung der Aufklärungspflicht von vornherein nicht.

(4) Pflichtenkollision

Die Klägerin hat sich also in der Situation einer Partei befunden, die mit verschiedenen Gegenparteien sich widersprechende Vereinbarungen eingegangen ist. Im Fall eines solchen Konflikts zwischen zwei subjektiven Rechten stellt sich zuerst die Frage, ob eine der beiden Verpflichtungen gegen objektives Recht verstösst. Neben allgemeinen Sachverhalten der Widerrechtlichkeit bzw. der Sittenwidrigkeit kommt in der konkreten Konstellation insbesondere der Tatbestand einer Verleitung zur Vertragsverletzung im Sinne von Art. 4 UWG in Frage, dies nämlich dann, wenn die Partei, bei der sich der Konflikt manifestiert, eine der beiden vertraglichen Verpflichtungen gezielt – mit dem Neben- oder Haupteffekt – eingegangen ist, die

Gegenpartei aus einem anderen Vertragsverhältnis in ihren Rechten zu beschränken.

Liegt demgegenüber kein Tatbestand der Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit vor, dürfte für die Frage des Umgangs mit den zwei sich gegenseitig ausschliessenden Pflichten in erster Linie das Prozessrecht relevant werden. Ein Beispiel soll dies veranschaulichen: A hat sich in einem Vertrag mit B bezüglich einer bestimmten Tatsache unter Androhung einer Konventionalstrafe zur Geheimhaltung verpflichtet. In einem zweiten, mit C abgeschlossenen Vertrag wäre A hinsichtlich genau dieser Tatsache aufklärungspflichtig gewesen, hat diese Pflicht aber verletzt. Wenn C von der verletzten Aufklärungspflicht Kenntnis erlangt, wird er einen Prozess gegen A anstrengen. C weiss nur allerdings gerade nicht, über welche Tatsachen A pflichtwidrig nicht aufgeklärt hat und welcher Schaden daraus für C entstanden ist. C kann daher seine Klage nicht substantiieren. Bei dieser Ausgangslage stehen dem Kläger verschiedene vorprozessuale Behelfe zur Verfügung, um sich die für die richtige Bezifferung des Schadens notwendigen Informationen zu beschaffen. Zu denken sind etwa an Massnahmen der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO.³⁵ Ist es dem Kläger unmöglich oder unzumutbar, seine Forderung zu Beginn des Prozesses zu beziffern, kann er eine unbezifferte Forderungsklage im Sinne von Art. 85 Abs. 1 ZPO erheben, wobei der anzugebende Mindestwert als vorläufiger Streitwert gilt. Die Forderung ist zu beziffern, sobald die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die beklagte Partei dazu in der Lage ist (Art. 85 Abs. 2 ZPO). C könnte also zunächst lediglich geltend machen, dass A eine Aufklärungspflicht verletzt hat und dadurch für C ein Schaden entstanden sei, wobei ein Mindestbetrag anzugeben wäre. Anschliessend könnten die notwendigen Informationen im Beweisverfahren beschafft werden (vgl. Art. 160 ff. ZPO).

Sinnvoll wäre in der vorliegenden Konstellation auch eine Stufenklage. Diese ist nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt, aber als Bestandteil des ungeschriebenen Bundeszivilprozessrechts anerkannt.³⁶ Eine Stufenklage setzt voraus, dass die Voraussetzungen des Art. 85 ZPO für die unbezifferte Forderungs-

klage erfüllt sind und der Kläger zudem einen privatrechtlichen Informationsanspruch behauptet.³⁷ Die Stufenklage besteht somit in einer Kombination eines Rechtsbegehrens auf Information mit einem Rechtsbegehren auf Leistung desjenigen Betrags, welcher sich aus dieser Information ergibt.³⁸ Im Beispielfall könnte C also zuerst seinen materiellen Aufklärungsanspruch geltend machen (Stufe 1) und danach je nach Ergebnis auf die Leistung des Betrags klagen, welcher sich aus dieser Auskunft bzw. der Pflichtverletzung ergibt (Stufe 2).³⁹

Schliesslich stellt sich die Frage, welche Folgen es hat, wenn A sich weigert, die notwendigen Informationen preiszugeben. Die Parteien sind im Zivilprozess gemäss Art. 160 Abs. 1 ZPO grundsätzlich zur Mitwirkung verpflichtet. Verweigert eine Partei die Mitwirkung unberechtigterweise, so berücksichtigt dies das Gericht bei der Beweiswürdigung (Art. 164 ZPO). Wenn eine Partei Fragen des Richters nicht beantwortet oder Urkunden nicht ediert, führt dies nicht dazu, dass ohne weiteres die Darstellung der anderen Partei als erstellt gilt.⁴⁰ Der durch die Verweigerung der Gegenpartei entstehende Nachteil muss jedoch kompensiert werden.⁴¹ Dabei kommt als schwerste Konsequenz eine Umkehr der Beweislast in Frage, insbesondere dann, wenn die Gegenpartei durch die Verweigerung in Beweisnot gerät.⁴² In der Lehre wird diesbezüglich aber auch ausgeführt, das Gesetz begründe in Art. 164 ZPO eine formelle Beweisregel, die praktisch in vielen Fällen in eine Umkehr der Beweislast münden werde.⁴³ Verweigert die beklagte Partei trotz entsprechendem Antrag der klagenden Partei die Edition eines bestimmten Dokuments und steht fest, dass sich dieses in ihrem Besitz befindet, gehen die Gerichte für gewöhnlich davon aus, dass der von der klagenden Partei behauptete Inhalt wahr ist, weshalb der beklagten Partei dann faktisch der Beweis des Gegenteils obliegt.⁴⁴ Ist die Information, deren Bekanntgabe die beklagte Partei

³⁵ Paul Oberhammer, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2013, N 5 zu Art. 85 ZPO.

³⁶ KUKO ZPO-Oberhammer (Fn. 35), N 12 zu Art. 85 ZPO.

³⁷ KUKO ZPO-Oberhammer (Fn. 35), N 13 zu Art. 85 ZPO.

³⁸ KUKO ZPO-Oberhammer (Fn. 35), N 13 zu Art. 85 ZPO.

³⁹ Vgl. dazu auch Art. 125 lit. a ZPO.

⁴⁰ BGer 4P85/2005 E. 3; Hans Schmid, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, N 12 zu Art. 157 ZPO.

⁴¹ KUKO ZPO-Schmid (Fn. 40), N 12 zu Art. 157 ZPO.

⁴² KUKO ZPO-Schmid (Fn. 40), N 12 zu Art. 157 ZPO.

⁴³ Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, § 18 N 82.

⁴⁴ Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 43), § 8 N 82.

verweigert, für die Berechnung des Schadens der klagenden Partei relevant, bleibt dem Gericht als letzte Möglichkeit eine Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR. Ferner kann im Beweisverfahren der Dritte, mit dem die Geheimhaltung vereinbart wurde (im Beispielfall also B), als Zeuge aufgerufen werden. Dieser wird sich im Normalfall nicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht nach Art. 166 ZPO berufen können. Den schutzwürdigen Interessen des Dritten könnte dann immerhin durch die Anordnung von Schutzmassnahmen nach Art. 156 ZPO Rechnung getragen werden.

In aller Regel dürfte es der Partei, gegenüber der eine Aufklärungspflicht besteht, im Zivilprozess also möglich sein, sich – sei es von der unmittelbaren Gegenpartei, sei es von der Drittpartei, der ein Geheimhaltungsanspruch zusteht, – die notwendigen Informationen für die Beweisführung zu beschaffen.

2.3 Culpa in contrahendo

Vertragliche Aufklärungspflichten stehen in einem natürlichen Zusammenhang zu den Grundsätzen über die *culpa in contrahendo*.

2.3.1 Ausgangslage

Die Haftung aus *culpa in contrahendo* beruht auf der Überlegung, dass sich potentielle Vertragspartner im Rahmen der Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben zu verhalten haben.⁴⁵ Verstösst ein Verhandlungspartner gegen eine vorvertragliche Pflicht, hat er gegenüber der anderen Seite – bei gegebenen Voraussetzungen – für den daraus resultierenden Schaden einzustehen.⁴⁶ Folgende Voraussetzungen sind für eine Haftung aus *culpa in contrahendo* zu prüfen: Vorliegen von Vertragsverhandlungen, schutzwürdiges Vertrauen beim Geschädigten, Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht, Schaden, natürlicher sowie adäquater Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden und Verschulden.⁴⁷ Die Haftung setzt hingegen nicht voraus, dass der Vertrag, über den verhandelt wird, zum Ab-

schluss gelangt.⁴⁸ Die Schadenersatzpflicht bei einer *culpa*-Haftung bezieht sich auf das negative Interesse.⁴⁹ Die Rechtsnatur dieser Haftung ist in der Lehre umstritten.⁵⁰ Zum Teil wird bereits die Frage als falsch gestellt kritisiert.⁵¹ Das Bundesgericht hat in BGE 90 II 449 eine vertragsähnliche Haftung angenommen.⁵² In späteren Urteilen hat es die Frage dann wieder offen gelassen.⁵³

2.3.2 Vorliegende Konstellation

Im vorliegenden Fall wurden keine Haftungsansprüche aus *culpa in contrahendo* geltend gemacht. Dies kann zum einen daran liegen, dass die *culpa*-Haftung typischerweise dann ins Feld geführt wird, wenn die Parteien zwar Vertragsverhandlungen geführt haben, der Vertrag jedoch nicht zum Abschluss gelangt. Vorliegend kam ein Vertrag zustande, dessen Gültigkeit aber von der Beklagten bestritten wurde. Andererseits wäre der Beklagten der Schadennachweis wohl erst aufgrund des Beweisverfahrens möglich geworden, weshalb die Teilanfechtung des Vertrags nach Art. 28 Abs. 1 OR aus Sicht der Beklagten wohl als naheliegender und erfolgsversprechend erschien.

3. Haftung beim zustande gekommenen Vertrag

3.1 Verhältnis zwischen Ansprüchen aus *culpa in contrahendo* und aus Vertrag

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Ansprüche aus *culpa in contrahendo* infolge Verletzung der Aufklärungspflicht wie Schadenersatzansprüche wegen absichtlicher Täuschung zu behandeln.⁵⁴ Wie bereits erwähnt, setzt die Haftung aus *culpa in contrahendo* nicht voraus, dass der Vertrag zustande ge-

⁴⁵ BGer 4C.320/2002 E. 3.2; vgl. auch BGE 125 III 86 E. 3.c; eingehend zur c.i.c. *Hehli* (Fn. 12), N 365 ff.

⁴⁶ *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 11), N 963; *Huguenin* (Fn. 10), N 1524.

⁴⁷ *Huguenin* (Fn. 10), N 1534.

⁴⁸ BGE 77 II 135 E. 2.a; *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 11), N 969.

⁴⁹ *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 11), N 965 f.; vgl. auch *Iole Fagnoli*, *Culpa in contrahendo* im «Dornröschenschlaf»? , SJZ 107 (2011) 8, 173–180, 173.

⁵⁰ Statt vieler *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 11), N 975 ff.; *Hehli* (Fn. 12), N 374 ff.

⁵¹ *Peter Jäggi*, in: *Schönenberger Wilhelm/Jäggi Peter* (Hrsg.), *Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung* (Art. 1–529 OR), 3. Aufl., Zürich 1973, N 592 zu Art. 1 OR.

⁵² BGE 90 II 449 E. 6.

⁵³ BGE 101 II 266 E. 4.c; BGE 104 II 94 E. 3.a.

⁵⁴ BGE 109 Ia 5 E. 4.b mit Hinweis auf BGE 105 II 75 E. 3.

kommen ist. Demnach müsste die Haftung aus *culpa in contrahendo* grundsätzlich auch trotz eines zustande gekommenen Vertrags zum Tragen kommen. Damit stellt sich die Frage nach der Konkurrenz zu vertraglichen Ansprüchen, wenn ein pflichtwidriges Verhalten vor Vertragsabschluss erfolgt und der Vertrag dennoch gültig zustande kommt und bestehen bleibt. Nach der in der Lehre teilweise postulierten relativen Absorptionstheorie treten die vorvertraglichen Ansprüche hinter die vertraglichen zurück, es sei denn, der Anspruch aus *culpa in contrahendo* vermag sich trotz bestehendem Vertrag nicht in diesem zu manifestieren.⁵⁵ Mit der Metapher des «Dornröschenschlafs» wird im Zusammenhang mit der relativen Absorptionstheorie Folgendes veranschaulicht: Die Ansprüche aus *culpa in contrahendo* werden in der Regel von den vertraglichen Haftungsansprüchen verdrängt, obwohl sie wieder aufleben können, wenn beispielsweise der Vertrag nachträglich dahinfällt.⁵⁶

Das Bundesgericht hat sich in einem (unveröffentlichten) Entscheid vom 8. Juni 1998 zu dieser Thematik geäußert.⁵⁷ Es hat festgehalten, dass die Absorptionstheorie dann ihre Berechtigung verliere, wenn ein vorvertraglicher Anspruch nicht durch eine vertragliche Klage absorbiert werden könne. Bereits der Begriff der «relativen Absorptionstheorie» impliziere, dass es vom Grundsatz der Absorption auch Ausnahmen geben müsse. Eine solche Ausnahme sei in Art. 31 Abs. 3 OR sogar gesetzlich vorgesehen, indem die Bestimmung der getäuschten oder bedroh-

ten Person unter Umständen erlaubt, Schadenersatz zu verlangen, obwohl sie den Vertrag genehmigt hat.⁵⁸ Damit sprach sich das Bundesgericht indirekt für die relative Absorptionstheorie aus.⁵⁹ In anderen Entscheidungen hat sich das Bundesgericht tendenziell von der Absorptionstheorie distanziert, indem es beispielsweise in einem Entscheid aus dem Jahr 2000 ausführte, dass zum einen die Zulassung einer *culpa in contrahendo* unabhängig vom Schicksal des geplanten Vertrags sei und zum anderen eine Haftung aus *culpa in contrahendo* nicht ausgeschlossen sei, wenn der Vertrag zustande kommt.⁶⁰ Die Frage ist mit anderen Worten zurzeit nicht höchstrichterlich entschieden.

3.2 Haftung im Rahmen von Art. 28 OR

Eine Partei, die durch Täuschung oder Drohung zum Abschluss eines Vertrags gebracht wurde, kann vom Täuschenden oder Drohenden grundsätzlich Schadenersatz verlangen.⁶¹ Nicht vollständig geklärt ist allerdings, woraus sich der entsprechende Schadenersatzanspruch ableitet.⁶² So ging das Bundesgericht in einem älteren Entscheid von einem deliktischen Entstehungsgrund aus,⁶³ während in der Lehre sowohl auf Art. 41 ff. OR als auch auf die *culpa in contrahendo* verwiesen wird.⁶⁴

Gemäss Art. 31 Abs. 3 OR schliesst die Genehmigung eines wegen Täuschung unverbindlichen Vertrags (vgl. Art. 31 Abs. 1 OR) den Anspruch auf Schadenersatz für sich allein noch nicht aus. Diese Bestimmung stellt keine selbständige Haftungsgrundlage dar,⁶⁵ sondern verweist auf Schadenersatzan-

⁵⁵ Jean Anex, *L'intérêt négatif, sa nature et son étendue*, Lausanne 1977, 63 ff.; Fagnoli (Fn. 49), 180; vgl. auch Rainer Gonzenbach, *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, Bern 1987, 49 ff.; a.A. Hehli (Fn. 12), N 426, der die Absorptionstheorie ablehnt, da sie aufgrund mehrfacher Relativierungen weder sinnvoll noch hilfreich sei und zu zahlreichen dogmatischen Schwierigkeiten führe; Paul Piotet, *Développements récents de la théorie de la culpa in contrahendo*, in: Dutoit Bernard/Hofstetter Josef/Piotet Paul (Hrsg.), *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne 1985, 363–379, 370 f., der die Absorptionstheorie kritisiert und die Ansicht vertritt, dass eine (ständige) Anspruchskonkurrenz zwischen Ansprüchen aus c.i.c. und Vertrag vorliege.

⁵⁶ Gonzenbach (Fn. 55), 51; Fagnoli (Fn. 49), 180; ablehnend Hehli (Fn. 12), N 439 f. und N 445, mit der Begründung, der Mechanismus des Dornröschenschlafs sei dogmatisch nur unzureichend begründet.

⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts vom 8. Juni 1998, in: SJ 1999 I 113 ff.

⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts vom 8. Juni 1998, in: SJ 1999 I 116, E. 3.a.

⁵⁹ So auch Fagnoli (Fn. 49), 177.

⁶⁰ BGer 4C.237/1999 E. 2.b.; vgl. auch BGer 4C.20/2005 E. 4, wo das Bundesgericht Ansprüche aus c.i.c. prüfte, obwohl ein gültiger Vertrag zustande gekommen war; zu diesem Urteil eingehend Paul Felix Wegmann/Hans Caspar von der Crone, *Aufklärungspflicht und Haftung bei der Anleihsenmission*, SZW 78 (2006) 4, 308–318.

⁶¹ BK-Schmidlin (Fn. 16), N 133 zu Art. 31 OR.

⁶² Eingehend dazu BK-Schmidlin (Fn. 16), N 134 ff. zu Art. 31 OR; vgl. auch Fagnoli (Fn. 49), 178 ff.

⁶³ BGE 66 II 158 E. 4; so auch Engel (Fn. 16), 359; Andreas von Tuhr/Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Erster Band, 3. Aufl., Zürich 1979, 339.

⁶⁴ Bucher (Fn. 6), 222; BSK OR I-Schwenzer (Fn. 7), N 23 zu Art. 31 OR.

⁶⁵ BSK OR I-Schwenzer (Fn. 7), N 23 zu Art. 31 OR.

sprüche, die sich aus den Haftungstatbeständen der Täuschung (und Drohung) ergeben: *culpa in contrahendo* für schuldhaft treuwidriges Verhalten bei Abschluss des Vertrags und Haftung für unerlaubte Handlung, wenn die Täuschung (oder Drohung) zu weiteren Vermögensschäden des Opfers geführt haben.⁶⁶

Der Vorbehalt des Art. 31 Abs. 3 OR greift gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann, wenn dem Getäuschten aus der Vertragsanfechtung weitere unzumutbare Nachteile erwachsen würden.⁶⁷ Zudem entfallen Schadenersatzansprüche ganz oder teilweise, wenn der Getäuschte den Schaden durch Anfechtung des Vertrags hätte vermeiden oder vermindern können.⁶⁸

In der Lehre ist umstritten, ob Art. 31 Abs. 3 OR für oder gegen die Absorptionstheorie spricht.⁶⁹ Im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist Art. 31 Abs. 3 OR als gesetzliche Ausnahme zur Absorptionstheorie und folglich eher als Argument für diese Theorie zu verstehen.⁷⁰

4. Vertrauenshaftung

4.1 Rechtsfigur der Vertrauenshaftung

Das Bundesgericht hat die Grundsätze der oben beschriebenen *culpa*-Haftung in verschiedenen Urteilen verallgemeinert und bejaht auf dieser Basis unter gewissen Voraussetzungen eine sogenannte Vertrau-

enshaftung⁷¹, also eine Haftung für treuwidrige Enttäuschung von erwecktem Vertrauen.⁷² In BGE 120 II 331 bejahte das Bundesgericht beispielsweise eine Haftung aus erwecktem (Konzern-)Vertrauen.⁷³ In der Literatur folgte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine rege Diskussion: Ein Teil der Lehre lehnte die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung ab, während andere Autoren vor allem fehlende Präzisierung des Tatbestands und der Rechtsfolgen kritisierten.⁷⁴ In späteren Entscheiden hat das Bundesgericht die Voraussetzungen der Vertrauenshaftung konkretisiert und deren Anwendungsbereich dabei deutlich eingeschränkt.⁷⁵

Zentrale Voraussetzung der Vertrauenshaftung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine rechtliche Sonderverbindung zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten, aus welcher sich auf Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) beruhende Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben.⁷⁶ Weiter setzt die Vertrauenshaftung voraus, dass im Rahmen dieser rechtlichen Sonderverbindung durch das Verhalten der einen Partei bei der anderen Partei ein schutzwürdiges Vertrauen erweckt wird, das geeignet ist, bei dieser konkrete Erwartungen hervorzurufen.⁷⁷ Diese Erwartungen werden durch die Partei, welche sie erweckt hat, in treuwidriger Weise enttäuscht.⁷⁸ Dadurch wiederum entsteht der vertrauenden Partei adäquat kausal ein Schaden.⁷⁹ Das Verschulden der

⁶⁶ BK-Schmidlin (Fn. 16), N 145 zu Art. 31 OR.

⁶⁷ BGE 109 Ia 5 E. 4.b; vgl. auch BGE 89 II 239 E. 6; gl.A. Bucher (Fn. 6), 223; Theo Guhl/Alfred Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 17 N 13; BSK OR I-Schwenzer (Fn. 7), N 22 zu Art. 31 OR; von Tuhr/Peter (Fn. 63), 340; für eine differenzierte Betrachtungsweise vgl. BK-Schmidlin (Fn. 16), N 145 zu Art. 31 OR.

⁶⁸ BGE 109 Ia 5 E. 4.b; BSK OR I-Schwenzer (Fn. 7), N 22 zu Art. 31 OR.

⁶⁹ Namentlich kommt *Anex* zum Ergebnis, dass Art. 31 Abs. 3 OR kein unüberwindliches Hindernis für das Absorptionsprinzip darstelle (*Anex* [Fn. 55], 70), während *Hegli* geltend macht, dass die Norm in einem direkten Widerspruch zur Absorptionstheorie stehe (*Hegli* [Fn. 12], N 433). Wieder andere Autoren gehen im Zusammenhang mit dieser Bestimmung von einem dogmatischen Irrtum aus (*Engel* [Fn. 16], 359; *Gonzenbach* [Fn. 55], 54 f.; *Max Keller/Christian Schöbi*, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Das Schweizerische Schuldrecht Band I, 3. Aufl., Basel 1988, 166 f.).

⁷⁰ *Fargnoli* (Fn. 49), 180; Urteil des Bundesgerichts vom 8. Juni 1998, in: SJ 1999 I, 116, E. 3.a.

⁷¹ Erstmals in BGE 120 II 331; vgl. namentlich auch BGE 121 III 350 oder BGE 128 III 324.

⁷² BGE 128 III 324 E. 2.2; *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 11), N 982c; *Huguenin* (Fn. 10), N 1712.

⁷³ Kurze Zeit später wurde in BGE 121 III 350 erneut eine Vertrauenshaftung angenommen.

⁷⁴ Für eine Übersicht vgl. *Ueli Sommer*, Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflichts- und Obligationenrechts?, AJP (2006) 9, 1031–1041, 1031.

⁷⁵ BGE 124 III 297 E. 6; BGE 128 III 324 E. 2.2; BGE 130 III 345 E. 2.2; BGE 133 III 449 E. 4.1; BGE 134 III 390 E. 4.3.3; ausführlich zu den Voraussetzungen der Vertrauenshaftung *Benedict Burg/Hans Caspar von der Crone*, Vertrauenshaftung im Konzern, SZW 82 (2010) 5, 417–426, 421 ff.

⁷⁶ BGE 120 II 331 E. 5.a; BGE 121 III 350 E. 6.c; BGE 128 III 324 E. 2.2.

⁷⁷ BGE 128 III 324 E. 2.2; *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 11), N 982g.

⁷⁸ BGE 120 II 331 E. 5.a und E. 5.c; *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 11), N 982h.

⁷⁹ *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 11), N 982i; vgl. auch BGE 120 II 331 E. 5.a und E. 6; BGE 121 III 350 E. 7.a.

schädigenden Partei wird nach h.L. in analoger Anwendung von Art. 97 Abs. 1 OR vermutet.⁸⁰ Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts kann sich ein Geschädigter nur dann auf die Vertrauenshaftung berufen, wenn es ihm aufgrund der Machtverhältnisse oder Abhängigkeiten faktisch nicht möglich war, auf eine vertragliche Regelung der Frage zu bestehen und ihm der Verzicht auf das Geschäft nicht zuzumuten war.⁸¹

Der Oberbegriff der Vertrauenshaftung umfasst heterogene Unterkategorien wie die Haftung aus *culpa in contrahendo*, die Haftung für Konzernvertrauen und die Haftung für falsche Auskunft.⁸² Die Vertrauenshaftung steht zwischen der Delikts- und der Vertragshaftung,⁸³ wobei sie gegenüber der Vertragshaftung subsidiär ist.⁸⁴

4.2 Gegenüberstellung der Vertrauenshaftung und der Aufklärungspflicht im Rahmen von Art. 28 OR

Im Unterschied zur Rechtsfigur der Vertrauenshaftung, die in der Lehre – wie bereits dargestellt – viel diskutiert und zum Teil vehement kritisiert wird,⁸⁵ wird das Konzept der passiven Täuschung (durch Unterlassen der Aufklärung) kaum hinterfragt. Dies erstaunt umso mehr, als das Bestehen einer Aufklärungspflicht an eher vage Voraussetzungen geknüpft ist, während umgekehrt die bundesgerichtliche Rechtsprechung das Bestehen einer Vertrauenshaftung nur noch zurückhaltend bejaht.

Das Bundesgericht selbst scheint sich der verschiedenen Unschärfen im Zusammenhang mit der passiven Täuschung durchaus bewusst zu sein: Zunächst wurden die Voraussetzungen des Bestehens einer Aufklärungspflicht vom Bundesgericht (und der Lehre) konkretisiert und weiterentwickelt.⁸⁶ So dann hat das Bundesgericht in Bezug auf die Täuschungsabsicht ausgeführt, dass die Umriss des – für die Bejahung einer Täuschungsabsicht ausreichenden – Eventualvorsatzes bei einer Täuschung durch das bloße Verschweigen einer Information schwieri-

ger zu definieren seien als bei einer aktiven Täuschung durch das Behaupten einer unwahren Tatsache.⁸⁷ Auch in der Lehre wurde teilweise auf die Problematik des Absichtserfordernisses hingewiesen.⁸⁸ Im Kern geht es dabei um die Frage, ob der Täuschende gesicherte Kenntnis von der Aufklärungspflicht sowie deren Konsequenzen hatte oder nicht. Obwohl das Gericht diese Probleme also erkannt hat, verzichtete es in aller Regel auf eine Klärung dieser Fragen.⁸⁹

Diese doch sehr unterschiedliche Behandlung der beiden Rechtsfiguren wirft Fragen auf. Immerhin ginge es wohl zu weit, die verhältnismässig tieferen Anforderungen an eine Aufklärungspflicht im Rahmen von Art. 28 OR und den Verzicht auf die genaue Prüfung der Täuschungsabsicht im Rahmen der passiven Täuschung gewissermassen als Ausgleich zur strengen Rechtsprechung zur Vertrauenshaftung zu verstehen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die bundesgerichtliche Praxis zur passiven Täuschung seit dem Urteil BGE 116 II 431 aus dem Jahr 1990 relativ konstant ist, wohingegen die Vertrauenshaftung seit ihrer erstmaligen Bejahung im «Swissair-Entscheid» (BGE 120 II 331 vom 15. November 1994) in der Rechtsprechung immer weiter eingeschränkt wurde.

5. Schlussbemerkungen

Im vorliegenden Fall wurden die Aufklärungspflicht und die übrigen Voraussetzungen einer absichtlichen Täuschung bejaht, obwohl die Klägerin hinsichtlich der Tatsache, über welche sie hätte aufklären müssen, aufgrund der Vereinbarung mit einer Drittpartei auch zur Geheimhaltung verpflichtet war.

Grundsätzlich ist im Konflikt zwischen Aufklärungspflicht und Geheimhaltungspflicht zunächst zu untersuchen, ob eine der beiden Pflichten widerrechtlich oder sittenwidrig ist. Ist dies zu verneinen,

⁸⁰ Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger (Fn. 11), N 982j; Huguenin (Fn. 10), N 1757.

⁸¹ BGE 133 III 449 E. 4.1.

⁸² BGE 134 III 390 E. 4.3.2; Schwenzler (Fn. 10), N 52.02.

⁸³ BGE 134 III 390 E. 4.3.2.

⁸⁴ BGE 131 III 377 E. 3.

⁸⁵ Vgl. statt vieler Schwenzler (Fn. 10), N 52.03 ff.

⁸⁶ Vgl. dazu III.2.2.1.

⁸⁷ BGer 4A_23/2016 E. 8.2.

⁸⁸ Hehli (Fn. 12), N 285 ff.; Heinrich Honsell, Arglistiges Verschweigen in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, in: Tercier Pierre/Amstutz Marc/Koller Alfred/Schmid Jörg/Stöckli Hubert (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, 101–120, 115; vgl. auch Peter Loser-Krogh, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 12.2.2001, i.S. X. S.A. (Banque) c. A. S.A., BGE 127 III 147 ff., Berufung, AJP 10 (2001) 10, 1224–1228, 1227, der in diesem Zusammenhang den Begriff der fahrlässigen «Täuschung» verwendet.

⁸⁹ Hehli (Fn. 12), N 285, m.w.H.

ist die pflichtwidrig nicht aufgeklärte Partei auf die Instrumente des Zivilprozessrechts angewiesen. Geeignet erscheint insbesondere die Stufenklage, mit der zunächst ein Rechtsbegehren auf Information und sodann ein Rechtsbegehren auf Leistung des Betrags, welcher sich aus der Information ergibt, gestellt werden kann. Die unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung der aufklärungspflichtigen Partei im Beweisverfahren kann im Einzelfall aufgrund von Art. 164 ZPO eine Umkehr der Beweislast zur Folge haben. Schliesslich können die notwendigen Informationen allenfalls auch durch Zeugenbefragung der Drittpartei, welcher ein Geheimhaltungsanspruch zusteht, beschafft werden. Zur Wahrung schutzwürdiger Interessen des Dritten kann das Gericht in diesem Fall Schutzmassnahmen nach Art. 156 ZPO treffen.

Zusammenfassend kann sodann festgehalten werden, dass der vorvertragliche Bereich zwar kein rechtsfreier Raum ist, dass jedoch hinsichtlich der in diesem

Kontext relevanten Rechtsfiguren (*culpa in contrahendo* und Vertrauenshaftung im Generellen), deren rechtliche Einordnung und Zusammenspiel mit allfälligen vertraglichen Ansprüchen nach wie vor Unklarheiten bestehen.

Auffallend ist insbesondere die in der Lehre kaum vorhandene Kritik an der passiven absichtlichen Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR, zumal schon der Begriff selbst zumindest den Anschein einer *contradictio in adjecto* macht. Das Absichtserfordernis kann denn bei einer passiven Täuschung problematisch sein. Bei bloss passiver Täuschung wird sich die Absicht nicht leicht feststellen lassen. Hinzu kommt, dass die Voraussetzungen einer Aufklärungspflicht der täuschenden Partei durch Lehre und Rechtsprechung zwar konkretisiert, bis anhin aber noch nicht scharf abgegrenzt wurden. Dies steht in markantem Kontrast zur geradezu hingebungsvollen Auseinandersetzung der Lehre mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Vertrauenshaftung.