

## Vertrauenshaftung im Konzern

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010 i.S. A-Bank AG, B-Bank, C-Bank, D-Bank, E-Bank GmbH (Beschwerdeführerinnen) gegen F-Bank AG (Beschwerdegegnerin)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Benedict Burg und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
  - 1. Überblick
  - 2. Argumente der Beschwerdeführerinnen
  - 3. Theoretische Grundlagen der Vertrauenshaftung
  - 4. Begründung
- III. Bemerkungen
  - 1. Begriff der Vertrauenshaftung
  - 2. Kurzüberblick über wichtige Entscheide zur Vertrauenshaftung
    - 2.1 BGE 120 II 331 vom 15. November 1994 («Swissair-Entscheid»)
    - 2.2 BGE 123 III 220 vom 6. November 1996 («Omni-Holding-Entscheid»)
    - 2.3 BGE 124 III 297 vom 16. April 1998 («Motor-Columbus-Entscheid»)
    - 2.4 BGE 133 III 449 vom 12. Juni 2007
    - 2.5 BGE 134 III 390 vom 13. Mai 2008
  - 3. Voraussetzungen der Vertrauenshaftung
    - 3.1 Im Allgemeinen
    - 3.2 Rechtliche Sonderverbindung
    - 3.3 Vertrauenstatbestand
      - 3.3.1 Vertrauenerweckendes Verhalten
      - 3.3.2 Berechtigtes Vertrauen
    - 3.4 Treuwidrige Enttäuschung des Vertrauens
    - 3.5 Keine Möglichkeit zum Vertragsschluss
  - 4. Schlussbetrachtung

### I. Sachverhalt

Die S-AG ist eine auf IT-Dienstleistungen spezialisierte, 100%ige Tochtergesellschaft der F-Bank AG (Beschwerdegegnerin). Anfang 2000 übernahm die S-AG die in Köln ansässige V-Gruppe. Die Akquisition wurde mittels Krediten finanziert, die von einem Bankenkonsortium (Beschwerdeführerinnen) bereitgestellt wurden. Als Kreditnehmerin fungierte eine eigens zu diesem Zweck gegründete S-Deutschland-GmbH (mit der S-AG als einzigen Gesellschafterin), mit welcher die A-Bank (Anführerin des Bankenkonsortiums / Beschwerdeführerin) eine Kreditvereinbarung geschlossen hatte. Mit der S-AG wiederum schloss die A-Bank AG einen Kreditversicherungsvertrag, mit welchem die Sicherstellung von max. DM 170 Mio. garantiert wurde.

Am 20. Dezember 2001 wurde zwischen dem Bankenkonsortium und der F-Bank AG eine Restrukturierungsvereinbarung geschlossen, um den Liquiditätsbedarf der S-AG und der S-Deutschland-GmbH (Kreditnehmerin) zu sichern sowie die drohende Überschuldung zu verhindern. Unter anderem wurde darin die Tilgung der Kredite bis zum 31. Dezember 2003 ausgesetzt, ein Zinsanteil gestundet und eine «working-capital-facility» im Betrag von EUR 7,65 Mio. eingeräumt. Im Gegenzug verpflichtete sich die F-Bank AG, im Rahmen der Restrukturierung weitere Kreditmittel als Darlehen zur Verfügung zu stellen und diverse Forderungen zu subordinieren. Am 15. November 2002 erklärte die A-Bank AG im Namen der Sicherheitspoolbanken die Inanspruchnahme der Garantie der S-AG bis maximal DM 170 Mio.

Das Bezirksgericht Zürich eröffnete schliesslich nach erfolgloser Nachlassstundung am 3. November 2003 den Konkurs über die S-AG. Die Forderungen des Bankenkonsortiums wurden im Konkursverfahren im Umfang von rund CHF 111 Mio. zugelassen. Die S-Deutschland-GmbH befand sich zur selben Zeit in Deutschland in einem Insolvenzverfahren. Nachdem das Bankenkonsortium in einem Vergleich mit der Konkursverwaltung vom 9. März 2005 seine Hauptforderung um CHF 14 Mio. reduziert hatte, verblieben offene Forderungen im Betrag von rund CHF 97 Mio.

Am 8. November 2006 klagten die Beschwerdeführerinnen beim Handelsgericht Zürich gegen die F-Bank AG als Muttergesellschaft der S-AG und forderten aufgrund erweckten und enttäuschten Vertrauens, positiver Vertragsverletzung und aktienrechtlicher Verantwortlichkeit die Bezahlung von CHF 97 Mio. Gegen den Abweisungsentscheid des Handelsgerichts vom 12. Mai 2009<sup>1</sup> erhoben die Beschwerdeführerinnen Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Dieses wies die Beschwerde mit Urteil vom 8. Februar 2010 ab und bestätigte den vorinstanzlichen Entscheid des Handelsgerichts Zürich.

\* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 12. Mai 2009, Geschäfts-Nr. HG 060388.

## II. Erwägungen des Bundesgerichts

### 1. Überblick

Nach Prüfung der Beschwerdevoraussetzungen (Erwägung 2) und des anwendbaren Rechts (Erwägung 3) befasste sich das Bundesgericht mit den verschiedenen Klagebegründungen der Beschwerdeführerinnen. Als Erstes wurde die Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen verneint (Erwägung 4 und 5). Sodann wurde eine Ersatzpflicht aus der Verletzung verschiedener Nebenpflichten der Restrukturierungsvereinbarung abgelehnt (Erwägung 6) und schliesslich auch eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Beschwerdegegnerin (F-Bank AG) verneint (Erwägung 7). Zu Bemerkungen Anlass geben die Ausführungen des Bundesgerichts zur Vertrauenshaftung.

### 2. Argumente der Beschwerdeführerinnen

Zur Begründung der Vertrauenshaftung bringen die Beschwerdeführerinnen einerseits die Initiierung der Vertragsverhandlungen durch die F-Bank AG als Muttergesellschaft der S-AG, andererseits das Erstellen eines «Information Memorandum» vor. In Letzterem wurde in Bezug auf den Aktionärskreis der S-AG explizit festgehalten, mit der F-Bank AG bestehe ein exzellenter und erfahrener Gesellschafter, der seinerseits über hervorragende Marktkontakte verfüge. Im «Information Memorandum» mehrfach positiv hervorgehoben wurden auch die langfristigen Geschäftsbeziehungen der S-AG mit der F-Bank AG und die Auftragsvergabe der F-Bank AG an die S-AG im Umfang von jährlich DM 170 Mio. Durch die Genehmigung des Memorandums durch die F-Bank AG sei dieser Umsatz ausdrücklich zugesichert und nachträglich nicht eingehalten worden, wodurch die Beschwerdeführerinnen in ihrem berechtigten Vertrauen enttäuscht worden seien.<sup>2</sup> Eine vertragliche Absicherung in Form einer Garantie sei aufgrund des erweckten Vertrauens nicht verlangt worden. Ausserdem sei bewusst der Eindruck vermittelt worden, dass die F-Bank AG gegenüber der S-AG und damit letztlich auch gegenüber den Beschwerdeführerinnen als «lender of last resort» auftreten würde, weshalb auf

eine marktübliche Due Diligence verzichtet worden sei.

### 3. Theoretische Grundlagen der Vertrauenshaftung

Das Bundesgericht führte aus, dass es sich bei der Haftung aus erwecktem Vertrauen um eine Haftung eines vertragsfremden Dritten handle, die zwischen Vertrag und Delikt stehe und nur unter strengen Voraussetzungen in Betracht kommen könne. Die Erwartung, dass ohne vertragliche Verpflichtung eine Leistung erbracht werde, sei nur ganz ausnahmsweise schützenswert. Vorauszusetzen sei, dass die Beteiligten eine sogenannte «*rechtliche Sonderverbindung*» eingegangen seien und *keine vertragliche Haftung* bestehe. Ausserdem müsse ein Vertragsschluss aufgrund bestehender Machtverhältnisse oder Abhängigkeit *faktisch unmöglich* und der Verzicht auf das Geschäft *nicht zumutbar* gewesen sein.<sup>3</sup>

### 4. Begründung

Auf das Argument, dass gerade wegen des erweckten Vertrauens auf eine vertragliche Versicherung verzichtet wurde, ging das Bundesgericht mangels tatsächlicher Feststellungen im Sachverhalt nicht näher ein.<sup>4</sup> Ohnehin sei viel wahrscheinlicher, dass bewusst auf eine Garantie verzichtet wurde, da eine solche dazu geführt hätte, dass die Beschwerdeführerinnen einen tieferen Zins für ihr Darlehen erhalten hätten.

Entscheidend sei aber letztlich, dass bei einer professionellen Marktteilnehmerin wie der A-Bank AG nicht leichthin angenommen werden könne, sie hätte sich aus blossem Vertrauen in ihr unterbreitete Informationen zu einer Darlehensgewährung ohne hinreichende Sicherheit verleiten lassen. Im Kreditgeschäft mit spezialisierten Banken könne es schon grundsätzlich nicht angehen, dass man sich auf informelle Angaben verlasse und im Nachhinein eine Vertrauenshaftung geltend mache. Dies gelte in besonderem Masse, wenn die Bank mit den betroffenen Personen oder Gesellschaften, welche die Zusicherung abgegeben haben sollen, in direktem Kontakt gestanden habe. Der Geschäftspartner einer Tochtergesellschaft

<sup>2</sup> BGer 4A\_306/2009, Erw. 5.2.

<sup>3</sup> BGer 4A\_306/2009, Erw. 5.1.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu hinten III.3.5.

habe deren Kreditwürdigkeit grundsätzlich selbst zu beurteilen und könne das Bonitätsrisiko nicht einfach generell auf die Muttergesellschaft abwälzen.<sup>5</sup> Somit sei eine Vertrauenshaftung im Zusammenhang mit der Kreditgewährung ausgeschlossen.

### III. Bemerkungen

#### 1. Begriff der Vertrauenshaftung

Mit dem Begriff *Vertrauenshaftung* wird ganz allgemein die Haftung für treuwidrige Enttäuschung von erwecktem Vertrauen bezeichnet.<sup>6</sup> Diese Umschreibung ist jedoch zu weit. Auch bei einer Verletzung vertraglicher Pflichten werden berechnete Erwartungen in das Verhalten des Gegenübers enttäuscht.<sup>7</sup> Eine vertragliche Haftung aber schliesst eine Vertrauenshaftung aus.<sup>8</sup> Eine Vertrauenshaftung kann folglich nur dann gegeben sein, wenn zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten eine rechtliche Sonderverbindung besteht, deren Verdichtung sich noch nicht oder nicht mehr als Vertrag i.S.v. Art. 1 OR qualifizieren lässt.

Neben dieser begrifflichen Unschärfe wurde der Terminus Vertrauenshaftung auch unterschiedlich verwendet. In der jüngeren Rechtsprechung und Doktrin wird die Vertrauenshaftung jedoch einheitlich als Oberbegriff verstanden, der verschiedene Unterkategorien umfasst.<sup>9</sup> Zu diesen Kategorien zählen unter anderem die culpa in contrahendo oder die Haftung aus erwecktem und enttäuschem Konzernvertrauen.

Die Vertrauenshaftung ist auch von der Delikts haftung als weitere Anspruchsgrundlage abzugrenzen. Als Kriterium dient auch hier die rechtliche Sonderverbindung, da die Haftung aus unerlaubter

Handlung im Regelfall aus einem zufälligen und ungewollten Kontakt verschiedener Rechtssubjekte entsteht<sup>10</sup> und daher zwischen den Beteiligten keine rechtliche Sonderverbindung besteht.<sup>11</sup> Nach einem Teil der Lehre ist die Verletzung von Treu und Glauben per se als Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 OR anzusehen. Folgt man dieser Ansicht, geht die Vertrauenshaftung, welche aus Art. 2 Abs. 1 ZGB hergeleitet wird,<sup>12</sup> in einer allgemeinen Deliktshaftung auf.<sup>13</sup>

#### 2. Kurzübersicht über wichtige Entscheide zur Vertrauenshaftung

##### 2.1 BGE 120 II 331 vom 15. November 1994 («Swissair-Entscheid»)

Im vielbeachteten<sup>14</sup> «Swissair-Entscheid» bejahte das Bundesgericht erstmals die Haftung der Muttergesellschaft aus erwecktem und enttäuschem Konzernvertrauen, nachdem es eine vertragliche Haftung (aus Garantie i.S.v. Art. 111 OR) und eine Verantwortlichkeit aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR) verneint hatte. Das Bundesgericht begründete die Vertrauenshaftung, indem es die für die culpa in contrahendo entwickelten Grundsätze auf vergleichbare Fälle, in denen der «haftpflichtrechtliche Schutz ebenfalls nicht versagt bleiben»<sup>15</sup> dürfe, anwandte. In der werbemässigen Bezugnahme der Tochtergesellschaft auf die Swissair erblickte das Bundesgericht die Begründung eines Vertrauenstatbestandes, der eine «dem Vertragsverhandlungsverhältnis vergleichbare rechtliche Sonderverbindung»<sup>16</sup> hervor-

<sup>5</sup> BGer 4A\_306/2009, Erw. 5.4.2.

<sup>6</sup> BGE 133 III 449, Erw. 4.1; *Beat Brechbühl*, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Bern 1998, S. 32.

<sup>7</sup> Vgl. *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Habil. München 1971, Nachdruck 1981 (= Münchener Universitätschriften, Band 16), S. 2; *Peter Loser*, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Habil. Bern 2006, N 82 ff.; *Hans Caspar von der Crone/Maria Walter*, Konzernklärung und Konzernverantwortung, SZW 2001, S. 59.

<sup>8</sup> BGE 131 III 377, Erw. 3; BGer 5C.267/2005, Erw. 5.3; BGer 4A\_306/2009, Erw. 5.1.

<sup>9</sup> Vgl. *Ueli Sommer*, Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?, AJP 9/2006, S. 1039 f.; *Brechbühl* (Fn. 6), S. 32.

<sup>10</sup> Vgl. BGE 130 III 345, Erw. 2.2 m.w.H.

<sup>11</sup> *Heinz Rey*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008, Rz. 717.

<sup>12</sup> *Heinrich Honsell*, in: Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl., Basel 2006, N 18 zu Art. 2 ZGB.

<sup>13</sup> Gemäss der herrschenden Lehre ist Art. 2 ZGB keine deliktsrechtliche Schutznorm. Ein Vergleich der verschiedenen Lehrmeinungen hierzu findet sich bei *Fabio Delcò*, Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden, Zürich 2000, S. 133 ff.

<sup>14</sup> Vgl. *Jean Nicolas Druey*, Konzernrecht, SZW 1995, S. 93 ff.; *ders.*, Misstrauen in die Vertrauenshaftung? Nochmals zum «Konzernvertrauen», SZW 2001, S. 190 ff.; *Roland von Büren*, Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/6, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2005, S. 196 m.w.H.

<sup>15</sup> BGE 120 II 331, Erw. 5a.

<sup>16</sup> BGE 120 II 331, Erw. 5a.

rief. Gleichzeitig wurde jedoch klargestellt, dass die Haftung an strenge Voraussetzungen zu knüpfen sei und derjenige keinen Schutz verdiene, der «bloss Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit und Vertrauensseligkeit [...]»<sup>17</sup> wurde.

2.2 BGE 123 III 220 vom 6. November 1996  
(«Omni-Holding-Entscheid»)

In diesem Entscheid, bei dem es primär um die Passivlegitimation der S.F.M. Services Financiers & Management SA ging, äusserte sich das Bundesgericht auch zur Haftung des herrschenden Unternehmens für das Verhalten von abhängigen Unternehmen. Es hielt fest, dass auch bei abhängigen Konzernunternehmen grundsätzlich auf deren juristische Selbständigkeit abzustellen sei. Eine Haftung der Muttergesellschaft aus erwecktem Vertrauen beruhe «auf der gleichen allgemeinen Rechtsfigur wie die Haftung für culpa in contrahendo»<sup>18</sup> und sei an strenge Voraussetzungen gebunden.

Erneut wird somit die Vertrauenshaftung im Konzern an die Rechtsfigur der culpa in contrahendo angelehnt und betont, dass eine Haftung nur unter strengen Voraussetzungen bejaht werden kann. Klargestellt wird auch, dass es sich bei der Vertrauenshaftung um einen eigenständigen Anspruch gegen die vertrauenerweckende Gesellschaft handelt.<sup>19</sup>

2.3 BGE 124 III 297 vom 16. April 1998  
(«Motor-Columbus-Entscheid»)

Die Musikvertrieb AG klagte gegen die Motor-Columbus AG als Muttergesellschaft der EOP/Infocall. Die Musikvertrieb AG brachte vor, dass auf dem Briefpapier der EOP, mit welcher sie einen Vertrag über die Entwicklung und Einführung einer EDV-Applikation geschlossen hatte, der Hinweis «Ein Unternehmen der Telecolumbus-Gruppe»<sup>20</sup> angebracht worden sei. Gestützt darauf machte die Musikvertrieb AG eine Haftung aus erwecktem und enttäushtem Konzernvertrauen geltend. Das Bundesgericht stellte in seinen Erwägungen klar, dass aus «solch allgemeinen Hinweisen [...] in guten Treuen keine konkreten Zusicherungen in Bezug auf ein bestimm-

tes Konzernverhalten»<sup>21</sup> angenommen werden dürfen. Schutzwürdiges Vertrauen setze ein Verhalten der Muttergesellschaft voraus, das geeignet sei, *hinreichend konkrete* und *bestimmte* Erwartungen zu wecken.<sup>22</sup>

Nach dem «Swissair-Entscheid» wurde dem «Motor-Columbus-Entscheid» ebenfalls einige Beachtung geschenkt.<sup>23</sup> Er wurde integral als Verdeutlichung und Klarstellung der Haftungsvoraussetzungen verstanden, wie sie im «Swissair-Entscheid» entwickelt worden waren.<sup>24</sup> Die Kernaussage dieses Entscheides ist, dass der alleinige Hinweis auf das Bestehen eines Konzerns nicht genügt, um einen haftungsbegründenden Vertrauenstatbestand zu schaffen, welcher eine Haftung entsprechend der culpa in contrahendo rechtfertigen würde. Hierfür müssten hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen geweckt werden.<sup>25</sup>

2.4 BGE 133 III 449 vom 12. Juni 2007

Die X-AG (Subunternehmerin und Klägerin) klagte gegen den Kanton Uri, da dieser in einer Sitzung mit der Y-AG (Hauptunternehmerin und Vertragspartnerin des Kantons Uri) höhere Löhne für die Arbeitnehmer der X-AG zugesichert hätte. Das Obergericht des Kantons Uri hielt die Voraussetzungen der Vertrauenshaftung für erfüllt, wies die Klage aber infolge falscher Schadensberechnung ab. Das Bundesgericht verneinte hingegen in der gegen dieses Urteil erhobenen Beschwerde das Vorliegen einer Vertrauenshaftung. «Das Vertrauen auf eine freiwillige Leistung kann [...] nur ganz ausnahmsweise Schutz finden, namentlich wenn der Vertragsschluss auf Grund bestehender Machtverhältnisse oder der Abhängigkeit des Vertrauenden faktisch nicht möglich ist und dem Vertrauenden gleichzeitig der Verzicht auf das Geschäft bzw. auf die Geschäftsbezie-

<sup>21</sup> BGE 124 III 297, Erw. 6b.

<sup>22</sup> BGE 124 III 297, Erw. 6b.

<sup>23</sup> Vgl. *Roland von Büren*, Haftungsgrundlagen im Konzern, SZW 1999, S. 54; *ders.*, Der Konzern (Fn. 14), S. 200 f.; *Pierre Tercier/Walter A. Stoffel*, Das Gesellschaftsrecht 1998/99, SZW 1999, S. 305 f.; *Regula Fellmann*, Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, Zürich 2002, S. 95 f.

<sup>24</sup> *Druey*, Misstrauen in die Vertrauenshaftung (Fn. 14), S. 190; *von Büren*, Der Konzern (Fn. 14), S. 200; *von der Crone/Walter* (Fn. 7), S. 56.

<sup>25</sup> BGE 124 III 297, Erw. 6a.

<sup>17</sup> BGE 120 II 331, Erw. 5a.

<sup>18</sup> BGE 123 II 220, Erw. 4e.

<sup>19</sup> Vgl. *von Büren*, Der Konzern (Fn. 14), S. 199.

<sup>20</sup> Die Telecolumbus-AG war eine Tochtergesellschaft der Motor-Columbus-AG.



hung nicht zugemutet werden kann.»<sup>26</sup> Die X-AG hätte sich folglich die Löhne vertraglich zusichern lassen sollen, was ihr ohne Weiteres möglich gewesen wäre. Da hierauf verzichtet wurde, konnte im Nachhinein keine Vertrauenshaftung geltend gemacht werden.

#### 2.5 BGE 134 III 390 vom 13. Mai 2008

E war einziger Verwaltungsrat der X-AG und seit dem 11. September 2000 auch Präsident des Sportvereins D. Die X-AG war ab Mitte des Jahres 2000 Hauptsponsorin des Sportvereins D. Aufgrund vorgelegter Bilanzen vom 30. Juni 2001 hatte E im Namen der X-AG versprochen, für die Schulden des Sportvereins bis zur Saison 2002/2003 aufzukommen. Im Vorfeld dieses Versprechens wurde gesagt, die Schulden würden CHF 200 000, maximal aber CHF 500 000 betragen. Wie sich Ende Februar 2002 herausstellte, betrugen die Schulden jedoch CHF 1,8 Mio., für welche nun die X-AG aufzukommen hatte. Mit Beschwerde an das Bundesgericht verlangte die X-AG die Aufhebung des handelsgerichtlichen Urteils, welches die Klage der X-AG gegen die Revisionsstelle und den ehemaligen Finanzchef des Sportvereins D auf Rückzahlung von CHF 1,2 Mio. gestützt auf Vertrauenshaftung wegen Verjährung der Forderung abgewiesen hatte.

Das Bundesgericht setzte sich in diesem Entscheid ausführlich mit der Frage der Verjährung von Ansprüchen aus Vertrauenshaftung auseinander. Bei der Haftung aus culpa in contrahendo ging das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung von einer Verjährung der Ansprüche nach Art. 60 OR aus. Es betonte, dass die Vertrauenshaftung nicht zu einer Haftung gegenüber jedermann ausufern und das Rechtsinstitut des Vertrags nicht ausgehöhlt werden dürfe. Die Rechtssicherheit gebiete es, eine Ausdehnung der Vertrauenshaftung auch in zeitlicher Hinsicht zu vermeiden, weshalb auch Ansprüche aus Vertrauenshaftung nach Art. 60 OR verjähren würden. Ob im konkreten Einzelfall eine rechtliche Nähe zu einem Vertragsverhältnis bestehe und sich deshalb eine Verjährung nach Art. 127 OR aufdrängen würde, müsse nicht geprüft werden.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> BGE 133 III 449, Erw. 4.1.

<sup>27</sup> BGE 134 III 390, Erw. 4.3.3.

### 3. Voraussetzungen der Vertrauenshaftung

#### 3.1 Im Allgemeinen

Den allgemeinen Grundsätzen des Haftpflichtrechts entsprechend werden auch für die Bejahung der Vertrauenshaftung Schaden, Pflichtverletzung, Kausalzusammenhang und Verschulden vorausgesetzt.<sup>28</sup> Unterschiedliche Anforderungen werden an das sich je nach Haftungsgrundlage wandelnde Element der Pflichtverletzung gestellt. Bei der Vertrauenshaftung besteht diese in der treuwidrigen Enttäuschung von berechtigtem Vertrauen in das Verhalten einer anderen Person respektive in das Vorliegen eines bestimmten Sachverhaltes.

Das Bundesgericht leitet die Haftung für erwecktes und enttäushtes Vertrauen aus den zur culpa in contrahendo entwickelten allgemeinen Grundsätzen ab.<sup>29</sup> In mit der culpa in contrahendo wertungsmässig vergleichbaren Fällen darf der haftpflichtrechtliche Schutz nicht versagt bleiben. Die Haftung aus culpa in contrahendo kommt dann zum Tragen, wenn im Hinblick auf einen Vertrag Vertragsverhandlungen geführt und die sich daraus ergebenden besonderen Sorgfalts-, Obhuts- und Aufklärungspflichten in schuldhafter Weise verletzt werden.<sup>30</sup> Abgeleitet wird diese Haftung, gleich wie die Vertrauenshaftung, aus der Pflicht, dass jedermann nach Treu und Glauben zu handeln hat.<sup>31</sup>

Die Haftung aus erwecktem und enttäushtem Vertrauen setzt das Bestehen einer rechtlichen Sonderverbindung, das Erwecken von berechtigtem Vertrauen und dessen treuwidrige Enttäuschung voraus.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Vgl. Peter Gauch/Walter R. Schluelp/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, Rz. 982i f.

<sup>29</sup> BGE 120 II 331, Erw. 5a; BGE 121 III 350, Erw. 6c; BGE 123 III 220, Erw. 4e; BGE 130 III 345, Erw. 2.1; BGE 133 III 449, Erw. 4.1; das Bundesgericht bezeichnet die Haftung aus culpa in contrahendo verschiedentlich als eine Kategorie der Vertrauenshaftung.

<sup>30</sup> Gauch/Schluelp/Schmid/Emmenegger (Fn. 28), Rz. 963 ff.

<sup>31</sup> Heinrich Honsell (Fn.12), N 17 f. zu Art. 2 ZGB.

<sup>32</sup> Auf die weiteren Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Kausalzusammenhang, Verschulden, kein Verjährungseintritt) wird hier nicht näher eingegangen.

### 3.2 Rechtliche Sonderverbindung

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>33</sup> und der Lehre<sup>34</sup> wird als allgemeine Haftungsvoraussetzungen für erwecktes und enttäuschtes Vertrauen das Bestehen einer rechtlichen Sonderverbindung verlangt. Bei der Haftung aus culpa in contrahendo wird diese rechtliche Sonderverbindung automatisch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen geschaffen. Wie aber die Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen zeigt, kann eine Vertrauenshaftung auch ausserhalb von Vertragsverhandlungen vorkommen. In solchen Fällen ist es unter Umständen schwierig, die rechtliche Sonderverbindung getrennt vom Erwecken schutzwürdigen Vertrauens zu beurteilen.<sup>35</sup> Anders als bei der culpa in contrahendo kann die rechtliche Sonderverbindung nicht nur aus einem faktischen Umstand (Aufnahme von Vertragsverhandlungen), sondern auch durch das vertrauenerweckende Verhalten selbst entstehen. So spricht denn auch das Bundesgericht von einer «dem Vertragsverhandlungsverhältnis *vergleichbaren* rechtlichen Sonderverbindung».<sup>36</sup>

Die Begründung der rechtlichen Sonderverbindung aus dem vertrauenerweckenden Verhalten heraus hat zur Folge, dass es auf eine Wertungsfrage hinausläuft, ab welchem Grad eine auf gesteigertem Vertrauen beruhende rechtliche Sonderbeziehung angenommen werden kann und wann (noch) von einer Zufallsbeziehung auszugehen ist. Anhand der mittlerweile ergangenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind aber zumindest Tendenzen auszumachen,

ab wann eine auf Vertrauen gründende rechtliche Sonderbeziehung besteht.<sup>37</sup>

### 3.3 Vertrauenstatbestand

#### 3.3.1 Vertrauenerweckendes Verhalten

Grundsätzlich kommt als Vertrauenstatbestand «jeder Sachverhalt in Betracht, der geeignet ist, in bestimmter Richtung Vertrauen zu erwecken».<sup>38</sup> Vertraut werden kann entweder in einen aktuellen Status oder aber in den künftigen Eintritt einer Situation.<sup>39</sup>

Im *Swissair*-Entscheid stützte sich das Bundesgericht im Wesentlichen auf die werbemässige Aussage der Tochtergesellschaft, welche sich allgemein an potenzielle Kunden richtete. Die entscheidende Passage in der Werbebroschüre lautete:

«Überall wo International Golf and Country Residences steht, steht Swissair darunter. Und selbstverständlich auch dahinter. Denn die IGR ist zwar ein selbständiges Unternehmen der Swissair Beteiligungen AG, arbeitet aber nach den gleichen unternehmerischen Maximen wie ihre Mutter. Dass sich das von Anfang an auf die Internationalität, die Gastfreundschaft, die Betreuung und die Zuverlässigkeit von IGR auswirkt, liegt auf der Hand.»<sup>40</sup>

Im Anschluss an diesen Entscheid herrschte grosse Unsicherheit, welche Qualität die werbemässigen Aussagen haben müssen, um einen haftungs begründenden Vertrauenstatbestand zu erzeugen.<sup>41</sup> Eine gewisse Verdeutlichung brachte der Fall *Motor-Columbus*. Auf dem Briefpapier und den Werbeunterlagen der EOP/Infocall waren folgende Hinweise aufgedruckt:

«Ein Unternehmen der Telecolumbus-Gruppe» sowie «ein schnellwachsendes Unternehmen der Telecolumbus-Gruppe»<sup>42</sup>

Das Bundesgericht stellte klar, dass aus solch allgemeinen Hinweisen auf eine Konzernverbindung nicht in guten Treuen eine konkrete Zusicherung auf ein bestimmtes Konzernverhalten abgeleitet werden

<sup>33</sup> BGE 120 II 331, Erw. 5a; BGE 130 III 345, Erw. 2.2.

<sup>34</sup> Vgl. *Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger* (Fn. 28), Rz. 982e ff.

<sup>35</sup> Anders in dem als «Ringer-Fall» bezeichneten BGE 121 III 350, in welchem das Bundesgericht vorab eine rechtliche Sonderbeziehung aus der Monopolstellung des Verbandes ableitete und sodann das schützenswerte Vertrauen in das festgelegte Selektionsverfahren für die Weltmeisterschaften im Freistilringen bejahte. Ebenfalls wurde die Sonderverbindung getrennt von der Vertrauenserweckung geprüft im nicht publizierten Urteil 4C.229/1998 vom 7. Januar 1999 (Sachverhalt abgedruckt in ZBJV 1999, S. 173 ff.).

<sup>36</sup> BGE 120 II 331, Erw. 5a; vgl. zu dieser Problematik auch *Kristina Kuzmic*, Haftung aus «Konzernvertrauen», Zürich 1998, S. 209 ff.; *Eugen Bucher*, in: *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I*, 4. Aufl., Basel 2007, N 69i zu Art. 1 OR setzt hinter die Voraussetzung der rechtlichen Sonderverbindung gar ein Fragezeichen.

<sup>37</sup> Hierzu sogleich III.3.3.1.

<sup>38</sup> *Canaris* (Fn. 7), S. 491 f., der zwischen den «künstlichen» und den «natürlich äusseren Tatbeständen» unterscheidet.

<sup>39</sup> *Von der Crone/Walter* (Fn. 7), S. 55.

<sup>40</sup> BGE 120 II 331, Erw. 3b.

<sup>41</sup> So schreibt denn auch *Druery*, Konzernrecht (Fn. 14), S. 95, dass das Urteil den Eindruck erweckt, das Bundesgericht wolle keine Bombe platzen lassen, sondern eine stark auf den Einzelfall limitierten Entscheid fällen.

<sup>42</sup> BGE 124 III 297, Erw. 6b.

könne.<sup>43</sup> Damit ein Vertrauenstatbestand gegeben ist, wird ein Verhalten verlangt, das geeignet ist, *hinreichend konkrete und bestimmte* Erwartungen zu wecken.<sup>44</sup> Neben dem Hinweis auf eine Konzernverbindung müssen folglich weitere vertrauenerweckende Elemente bestehen, um eine genügende Vertrauensgrundlage zu begründen. Die diesbezüglichen Anforderungen blieben jedoch auch nach diesem Urteil weiterhin ungewiss.<sup>45</sup>

Im vorliegenden Entscheid wird von den Beschwerdeführerinnen das vertrauenerweckende Verhalten einerseits mit der Initiierung und Leitung der Vertragsverhandlungen zwischen der S-AG und der A-Bank AG durch die Muttergesellschaft (F-Bank AG), andererseits mit dem sog. «Information Memorandum» begründet. Das Handelsgericht stellt dazu in einem Satz fest, dass aus dem Umstand, dass die Muttergesellschaft die Vertragsverhandlungen initiiert und leitet, keine Erweckung von Vertrauen abgeleitet werden kann.<sup>46</sup> Ob das «Information Memorandum» inhaltlich überhaupt geeignet war, Vertrauen zu erwecken, wird weder vom Bundesgericht noch vom Handelsgericht näher geprüft. Eine Vertrauenserweckung gestützt auf das Memorandum sei nämlich schon aus zeitlichen Gründen nicht möglich gewesen, da dieses erst nach der Kreditvergabe erstellt worden war. Im Urteil des Handelsgerichts Zürich wird aber angedeutet, dass das Memorandum auch inhaltlich nicht ausgereicht hätte, um berechtigtes Vertrauen zu erwecken.<sup>47</sup>

Aus der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht hervor, dass unter Umständen auch eine mittelbare Beziehung zwischen Vertrauensseher und Vertrauendem genügen kann.<sup>48</sup> Bereits im Swissair-Fall bestand keine direkte Beziehung zwischen der haftenden Swissair Beteiligungen AG und der Klägerin. In einem neueren Urteil des Bundesge-

richts wurde diese Ansicht ausdrücklich ausgeführt und bestätigt.<sup>49</sup> Ausschlaggebend ist, dass das vertrauenbegründende Verhalten dem Erklärenden *normativ zurechenbar* und *bewusst* getätigt worden ist. Ein bloss «zufälliges und ungewolltes Zusammenprallen»<sup>50</sup> genügt jedenfalls nicht. Zu bedenken gilt es aber, dass, anders als bei der Haftung aus culpa in contrahendo, die Vertrauenshaftung nicht an einen bestimmten Tatbestand (Vertragsverhandlung) anknüpft und daher unterschiedlichste Lebenssachverhalte einen Vertrauenstatbestand begründen können. Einschränkend ist deshalb zu verlangen, dass es für die vertrauenssetzende Person voraussehbar gewesen sein muss, dass ein bestimmter Dritter oder ein definierter Personenkreis von der Vertrauensgrundlage Kenntnis erlangt. Ansonsten würde die Vertrauenshaftung zu einer Haftung gegenüber jedermann ausufern.<sup>51</sup>

Aufgrund der bisher ergangenen Rechtsprechung lässt sich zusammenfassend feststellen, dass einerseits auch eine mittelbare Beziehung genügen kann, wenn das vertrauenssetzende Verhalten bewusst getätigt wurde und dem Haftenden normativ zurechenbar ist. Andererseits muss das vertrauenssetzende Verhalten hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen wecken. Der blosser Hinweis auf eine bestehende Konzernverbindung genügt dieser Anforderung genauso wenig wie die Initiierung von Vertragsverhandlungen.

### 3.3.2 Berechtigtes Vertrauen

Nicht jedes Verhalten, das bei einer anderen Person Vertrauen in einen bestehenden Zustand oder in ein zukünftiges Verhalten hervorruft, ist auch schützenswert. Wer bloss Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit und Vertrauensseligkeit oder der Verwirklichung allgemeiner Geschäftsrisiken wird, verdient keinen Schutz.<sup>52</sup> Wer beispielsweise schon weiss, dass eine Zusicherung nicht eingehalten werden kann oder einfach blind darauf vertraut, darf sich im Nachhinein nicht auf den Vertrauensschutz berufen.

<sup>43</sup> BGE 124 III 297, Erw. 6b; *Tercier/Stoffel* (Fn. 23), S. 306 bezweifeln hingegen die Unterschiedlichkeit der Werbeaussagen.

<sup>44</sup> BGE 124 III 297, Erw. 6a; BGE 121 III 350, Erw. 6c; BGE 130 III 345, Erw. 2.1 m.w.H.; BGer 4A\_306/2009, Erw. 5.1.

<sup>45</sup> *Von der Crone/Walter*, (Fn. 7), S. 59 f.; *Tercier/Stoffel*, (Fn. 23), S. 306; a.M. *von Büren*, *Der Konzern* (Fn. 14), S. 202.

<sup>46</sup> Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 12. Mai 2009, Geschäfts-Nr. HG 060388, Erw. 1.2.2.

<sup>47</sup> Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 12. Mai 2009, Geschäfts-Nr. HG 060388, Erw. 1.2.2.

<sup>48</sup> A.M. *Sommer* (Fn. 9), S. 1035 f.

<sup>49</sup> BGE 130 III 345, Erw. 2.2; implizit auch schon BGE 123 III 220, Erw. 5e.

<sup>50</sup> BGE 130 III 345, Erw. 2.2; *Hans Peter Walter*, *Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?*, ZSR 120/2001 I, S. 97.

<sup>51</sup> BGE 130 III 353, Erw. 3.2.

<sup>52</sup> BGE 120 II 331, Erw. 5a; BGE 124 III 297, Erw. 6a; BGE 121 III 350, Erw. 6c; BGE 133 III 449, Erw. 4.1.

Zu verlangen ist, dass der Geschädigte gutgläubig war und sich durch den Vertrauenstatbestand hat irreführen lassen. Gutgläubigkeit setzt aber auch voraus, dass die nötige Sorgfalt im Geschäftsverkehr beachtet und nicht blind in vertrauensetzendes Verhalten des Gegenübers vertraut wird. Wer sich also irreführen lässt, obwohl er berechtigten Anlass zu Misstrauen hatte, hat dies selbst zu verantworten.<sup>53</sup>

Bereits in einem Urteil des Handelsgerichts Zürich, welches im nicht publizierten Entscheid des Bundesgerichts vom 27. Februar 1996<sup>54</sup> bestätigt wurde, wird ausgeführt, dass «die Muttergesellschaft in keiner Weise berechnete Erwartungen in ihr Verhalten geweckt hatte, insbesondere weil bei geschäftserfahrenen Unternehmern bzw. Managern davon ausgegangen werden kann und darf, sie vermöchten zwischen unverbindlichen Planungsvorhaben sowie Absichten einerseits, konkreten und verbindlichen Zusicherungen andererseits zu unterscheiden».<sup>55</sup> Von den gleichen Überlegungen lässt sich das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid leiten, wenn es ausführt, es handle sich bei den an der Kreditgewährung Beteiligten um Grossbanken und damit «absolute Fachpersonen bzw. professionelle Marktteilnehmer».<sup>56</sup> Dass diese sich auf informelle Angaben verlassen und im Nachhinein eine Vertrauenshaftung geltend machen, könne schon grundsätzlich nicht angehen.<sup>57</sup> E contrario lässt sich daraus schliessen, dass eine unerfahrene Person sich eher auf die informellen Angaben hätte verlassen können. Das Bundesgericht beurteilt hier die persönliche Ebene<sup>58</sup> des Gutgläubenschutzes. Hierbei ist ein ob-

jektivierter Massstab anzuwenden, d.h., es ist danach zu fragen, wie sich ein Durchschnittsmensch mit vergleichbarer Bildung und Funktion verhalten hätte. Um die Frage zu beantworten, ob jemand die der Situation angemessene Aufmerksamkeit aufgebracht hat und sich deshalb der Gutgläubenschutz rechtfertigt, ist zusätzlich die sachliche und zeitliche Dimension zu prüfen.

Neben dem guten Glauben in den Vertrauenstatbestand ist zu verlangen, dass der Geschädigte in Kenntnis der Vertrauensgrundlage gehandelt hat und dass ein Kausalzusammenhang zwischen der Kenntnis der Vertrauensgrundlage und der Disposition besteht.<sup>59</sup> Erlangt jemand erst nach getätigter Disposition Kenntnis vom Vertrauen begründenden Sachverhalt, fehlt es am Kausalzusammenhang und er kann sich nicht auf eine Vertrauenshaftung berufen.<sup>60</sup> Diese Voraussetzung spielte auch im vorliegenden Sachverhalt eine wichtige Rolle im Zusammenhang mit dem «Information Memorandum». Das Handelsgericht deutete zwar an, dass dieses schon inhaltlich nicht geeignet war, berechtigtes Vertrauen zu erwecken, lehnte es als haftungsbegründenden Tatbestand aber vor allem ab, weil es erst nach der Kreditgewährung erstellt worden war.<sup>61</sup> Im Zeitpunkt der Kreditgewährung hatten die Beschwerdeführerinnen somit gar keine Kenntnis dieses (potenziellen) Vertrauenstatbestandes, weshalb eine Haftung schon deshalb ausgeschlossen war.

### 3.4 Treuwidrige Enttäuschung des Vertrauens

Das berechnete Vertrauen ist enttäuscht, sobald sich der Vertrauenserzeuger entgegen der von ihm geschaffenen Erwartungshaltung verhält. Die Enttäuschung muss ausserdem treuwidrig erfolgen. Das Bundesgericht hatte bis anhin nur in wenigen Fällen Gelegenheit, sich dazu zu äussern, wann die Enttäuschung des Vertrauens treuwidrig ist, da meist schon ein berechtigtes Vertrauen verneint wurde. Im Swiss-

<sup>53</sup> *Canaris* (Fn. 7), S. 504.

<sup>54</sup> Nicht publiziertes Urteil des Bundesgerichts, auszugsweise zitiert bei *Peter Nobel*, Patronatserklärung und ähnliche Erscheinungen im nationalen und internationalen Recht, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Personalsicherheiten, Berner Bankrechtstag, Band 4, Bern 1997, S. 64 und Anhang.

<sup>55</sup> Zit. aus *Nobel* (Fn. 54), Fn. 32.

<sup>56</sup> BGer 4A\_306/2009, Erw. 5.3.

<sup>57</sup> BGer 4A\_306/2009, Erw. 5.4.2.

<sup>58</sup> Vgl. hierzu *Max Baumann*, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 1998, N 50 zu Art. 3 ZGB: «In persönlicher Hinsicht ist objektivierend auf die Aufmerksamkeit des Durchschnittsmenschen mit vergleichbarer Bildung und Funktion abzustellen [...], was immer auch den Einbezug der spezifischen Branchenkenntnisse beinhaltet [...]. In sachlicher Hinsicht ist dagegen auf die konkreten Umstände des Falles abzustellen [...]. In zeitlicher Hinsicht schliesslich sind sowohl konkrete Umstände (feststellbare Dauer, Anzahl von Wie-

derholungen) wie auch objektivierend-persönliche Folgerungen daraus (wann hat man – als Durchschnittsmensch – normalerweise lange genug gewartet?, wo und wie oft muss nachgefragt werden? etc.) zu berücksichtigen [...].»

<sup>59</sup> *Canaris* (Fn. 7), S. 507 f.

<sup>60</sup> Nicht zu verwechseln mit der Kausalität. Hier geht es um die Beziehung Vertrauen – Vertrauenstatbestand, bei der Kausalität um die Beziehung Vertrauen – Disposition (vgl. *Canaris* [Fn. 7], S. 515).

<sup>61</sup> Vgl. BGer 4A\_306/2009, Erw. 5.3.



air-Entscheid wurde die Verletzung der Aufklärungspflichten als Vertrauensenttäuschung qualifiziert, ohne näher auf die Treuwidrigkeit einzugehen.<sup>62</sup> Im sogenannten «Ringer-Fall»<sup>63</sup> wurde die Änderung des Selektionsverfahrens für die Freistilringer-Weltmeisterschaft als vertrauensenttäuschend angesehen, wobei die Treuwidrigkeit wohl in der zeitlichen Unangemessenheit (drei Wochen vor der Eröffnung der Weltmeisterschaft) gesehen wurde.<sup>64</sup>

Inwieweit der Treuwidrigkeit eine selbständige Bedeutung zukommt, ist ungewiss. Es ist wohl nur in Ausnahmefällen denkbar, dass berechtigtes Vertrauen in *nicht* treuwidriger Weise enttäuscht wird. Zur Verdeutlichung folgendes Beispiel: Dass im «Ringer»-Entscheid der Verband die Möglichkeit haben muss, das Selektionsverfahren zu ändern, ist nachvollziehbar. Die Mitglieder eines Ringervereins können daher nicht berechtigterweise auf die Beständigkeit des Selektionsverfahrens auf unbestimmte Zeit vertrauen. Hingegen darf zu Recht darauf vertraut werden, dass das Selektionsverfahren nicht nach bereits erfolgreicher Qualifikation und kurz vor Eröffnung der Weltmeisterschaft (rückwirkend) geändert wird. Das an sich unberechtigte Vertrauen in die Beständigkeit des Reglements wechselt somit ab einem bestimmten Zeitpunkt in ein berechtigtes Vertrauen. Wie dieses berechtigte Vertrauen in nicht treuwidriger Weise enttäuscht werden könnte, ist kaum vorstellbar.<sup>65</sup>

### 3.5 Keine Möglichkeit zum Vertragsschluss

Grundsätzlich ist die Erwartung, dass jemand ohne vertragliche Verpflichtung eine Leistung erbringt, nicht schützenswert, da es in der Regel zumutbar ist, sich durch einen Vertragsschluss abzusichern.<sup>66</sup> Dieser Ansicht ist das Bundesgericht erstmals in BGE 133 III 449 gefolgt, wo es ausgeführt hat: «Das Vertrauen auf eine freiwillige Leistungserbringung kann [...] nur ganz ausnahmsweise Schutz finden, namentlich wenn der Vertragsschluss auf Grund bestehender Machtverhältnisse oder der Abhängig-

keit des Vertrauenden faktisch nicht möglich ist und dem Vertrauenden gleichzeitig der Verzicht auf das Geschäft bzw. auf die Geschäftsbeziehung nicht zugemutet werden kann.»<sup>67</sup> Gestützt auf diesen Grundsatz wurde auch im vorliegenden Sachverhalt die Vertrauenshaftung vom Handelsgericht Zürich abgelehnt.<sup>68</sup> Das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid und stellt ausdrücklich klar, dass es sich um eine kumulative Voraussetzung der Vertrauenshaftung handle.<sup>69</sup>

Mit dieser in früheren Urteilen nicht erwähnten Voraussetzung, wird der Anwendungsbereich der Vertrauenshaftung wesentlich begrenzt. So wäre eine Haftung aus erwecktem und enttäushtem Konzernvertrauen im Swissair-Entscheid kaum begründbar gewesen, da es für die Wibu Holding AG wohl zumutbar gewesen wäre, auf den Vertragsschluss zu verzichten. Generell scheint eine Vertrauenshaftung in Konzernverhältnissen aufgrund der jüngsten Rechtsprechung faktisch ausgeschlossen. Die Konstellation, dass der Vertragspartner einer Konzerngesellschaft auf eine Leistung einer anderen Konzerngesellschaft vertrauen darf, ohne dass eine vertragliche Absicherung möglich oder der Verzicht auf das Geschäft unzumutbar gewesen wäre, ist wohl nur in sehr seltenen Fällen gegeben.

Im vorliegenden Entscheid wird von den Beschwerdeführerinnen denn auch nicht bestritten, dass eine vertragliche Absicherung möglich oder der Verzicht auf das Geschäft zumutbar gewesen wäre. Hingegen bringen sie vor, dass gerade aufgrund des vertrauenerweckenden Verhaltens der F-Bank AG auf einen Vertragsschluss verzichtet wurde. Es stellt sich somit die Frage, ob dieser Umstand eine Haftung infolge Vertrauens in eine freiwillige Leistungserbringung ohne vertragliche Verpflichtung zu begründen vermag.<sup>70</sup>

Grundsätzlich ist das Vertrauen in eine freiwillige Leistungserbringung nicht schützenswert. Wer von einer anderen Partei eine Leistung erwartet, kann sich diese durch einen Vertragsschluss absichern lassen. Wird wegen erweckten Vertrauens auf die frei-

<sup>62</sup> BGE 120 II 331, Erw. 5c.

<sup>63</sup> BGE 121 III 350.

<sup>64</sup> Vgl. BGE 121 III 350, Erw. 6d.

<sup>65</sup> So hätte z.B. ein im Vorfeld der Qualifikation ergangener Hinweis des Verbandes, dass das Reglement noch angepasst werden müsse, die Begründung berechtigten Vertrauens verhindert.

<sup>66</sup> *Looser* (Fn. 7), N 971.

<sup>67</sup> BGE 133 III 449, Erw. 4.1.

<sup>68</sup> Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 12. Mai 2009, Geschäfts-Nr. HG 060388, Erw. 1.2.2.

<sup>69</sup> BGer 4A\_306/2009, Erw. 5.4.1.

<sup>70</sup> Vgl. BGer 4A\_306/2009, Erw. 5.4.2; die Frage wurde vom Bundesgericht offengelassen, da es an tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid fehlte.

willige Leistungserbringung der anderen Partei auf eine vertragliche Absicherung verzichtet und wird dieses Vertrauen enttäuscht, kann sich die Frage einer Vertrauenshaftung stellen. Eine Vertrauenshaftung setzt jedoch voraus, dass ein Vertragsschluss nicht möglich und der Verzicht auf das Geschäft unzumutbar war. Mit anderen Worten muss, z.B. aufgrund bestehender Machtverhältnisse oder Abhängigkeiten, eine Zwangslage bestanden haben, die einen Vertragsschluss nicht zulies. Wie das durch eine Partei erweckte Vertrauen eine solche Zwangslage zu begründen vermag, ist kaum vorstellbar. Insbesondere erscheint bei der Vertrauenshaftung im Konzern, wo in der überwiegenden Anzahl der Fälle nur professionelle Parteien an den Geschäften beteiligt sind, eine solche Konstellation praktisch ausgeschlossen, da sich diese noch viel weniger als Laien auf informelle Angaben verlassen dürfen. Eine Vertrauenshaftung lässt sich daher kaum damit begründen, dass aufgrund des erweckten Vertrauens auf einen Vertragsschluss verzichtet wurde. In solchen Fällen wäre wohl viel eher zu prüfen, ob bei einem derart vertrauensbildenden Verhalten nach dem Vertrauensprinzip eine Garantie i.S.v. Art. 111 OR oder eine Patronatserklärung vorliegt.

Dabei gilt es zu bedenken, dass die Ausgangslage bei der Haftung aus culpa in contrahendo eine grundsätzlich andere ist. Bei der Vertrauenshaftung in Konzernverhältnissen wird eine vertragliche Beziehung mit einer Konzerngesellschaft eingegangen bzw. aufrecht erhalten, wobei auf eine freiwillige Leistung einer *anderen* Konzerngesellschaft (z.B. Aufklärung über bestimmte Sachverhalte, genügende Kapitalausstattung der Tochtergesellschaft) vertraut wird. Somit wird aufgrund erweckten Vertrauens auf einen Vertragsschluss mit einer Drittpartei (i.d.R. die Muttergesellschaft) bewusst verzichtet, wohingegen bei der

Haftung aus culpa in contrahendo ein Vertragsschluss gerade angestrebt wird. Zwar ist auch hier der Abschluss eines Verhandlungsvertrages denkbar. Würde von einer Partei aber verlangt, bei Möglichkeit einen solchen abzuschliessen, wäre der Haftung aus culpa in contrahendo jeglicher Anwendungsbereich entzogen.

#### 4. Schlussbetrachtung

In der Folge des *Swissair*-Entscheidung lässt sich aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Tendenz feststellen, die Haftung aufgrund erweckten und enttäuschten Vertrauens einzuschränken und eine überdehnte Anwendung zu vermeiden.<sup>71</sup> Einerseits wurden die Anforderungen an das vertrauenerzeugende Verhalten konkretisiert: Ein blosser Hinweis auf das Bestehen einer Konzernverbindung oder die Initiierung von Vertragsverhandlungen durch die Muttergesellschaft sind nicht ausreichend. Vielmehr müssen genügend konkrete und bestimmte Erwartungen in das Verhalten der vertrauenerzeugenden Konzerngesellschaft geweckt werden. Andererseits wurden die Haftungsvoraussetzungen weiterentwickelt: Die Vertrauenshaftung verjährt wie die Culpa-Haftung ebenfalls nach Art. 60 OR. Zudem kommt aufgrund der jüngsten Urteile eine Vertrauenshaftung nur noch in Frage, wenn eine vertragliche Absicherung nicht möglich und kumulativ ein Verzicht auf das Geschäft unzumutbar war. Dies hat zur Folge, dass die Voraussetzungen für eine Vertrauenshaftung im Konzern wohl nur noch in seltenen Fällen erfüllt sind, da es professionellen Marktteilnehmern praktisch immer möglich und zumutbar ist, sich vertraglich abzusichern. Wenn freiwillig auf einen Vertragsschluss verzichtet wird, ist das Vertrauen auf eine freiwillige Leistung nicht schützenswert.

<sup>71</sup> Vgl. BGE 134 III 390, Erw. 4.3.3, worin Ansprüche aus Vertrauenshaftung der Verjährungsfrist von Art. 60 OR unterstellt werden, um eine ungerechtfertigte Ausdehnung auch in zeitlicher Hinsicht zu vermeiden.