

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	27 (1908)
<b>Artikel:</b>	Der sogen. Vertrauensschaden im schweizerischen Recht
<b>Autor:</b>	Rabel, Ernst
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-896546">https://doi.org/10.5169/seals-896546</a>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 22.02.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Der sogen. Vertrauensschaden im schweizerischen Recht.

**Vortrag**  
gehalten im Basler Juristenverein  
von  
Prof. ERNST RABEL in Basel.

## **I. Begriff.**

**A.** Unter dem Vertrauensschaden oder negativen Geschäftsinteresse versteht man gemeinhin den Schaden, welchen jemand durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit eines in Wahrheit unwirksamen Rechtsgeschäfts erleidet. Er bildet den Gegensatz zu dem sogen. positiven oder Erfüllungsinteresse, d. i. dem Schaden, welcher durch die Nichterfüllung einer aus gültigem Rechtsgeschäft entstehenden Verpflichtung verursacht wird. Der Unterschied ist sehr bekannt und trotz allem, was noch immer dagegen vorgebracht wird, theoretisch scharf ausgeprägt, praktisch zwar kein Ideal aber nicht schwerer zu handhaben, als mancher andere juristische Massstab.<sup>1)</sup> Ich

<sup>1)</sup> Dies ist nachgerade sichergestellt, nach langen Kontroversen, über welche der Leser alles Wissenswerte bei Brock, Das negative Vertragsinteresse, 1902, zusammengestellt findet. Lit. zum BGB bei H. A. Fischer, Der Schaden (O. Fischer's Abh. 11, 1) S. 115. Ueber die Berechnung vergl. namentlich Wilutzki, Das Recht 5, 1901, 190 f.; auch er betont freilich wieder einmal die angebliche grosse praktische Schwierigkeit der Abgrenzung von dem Erfüllungsinteresse, dürfte jedoch mit seinen eigenen Darlegungen den besten Gegenbeweis liefern (abgesehen von der Erörterung über den Jheringschen Depeschenfall, die ich nicht verstehe). Man darf diese Schwierigkeiten nicht höher einschätzen, als viele andere der Schadensersatzlehre. Gegen den Begriff beweist es schliesslich nichts, wenn das negative Interesse wirklich einmal mit dem positiven zusammenfällt; und er fordert keineswegs im einzelnen Fall eine ganz besonders ängstliche und subtile Würdigung. Vergl. unten III. a. E. — Im französischen Recht dringt neuestens die gemeinrechtliche Lehre vollständig durch. Ueber die dortigen Theorien unterrichten die beiden Dissertationen von Albert Legros, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*. Thèse Dijon 1900; Paul Roux, *Des dommages-intérêts pour nullité de contrat*. Thèse Paris 1901. Ferner s. bes. Baudry - Lacantinerie et Barde, Obl. 1, n. 362.

kaufe ein Haus um 100,000, verkaufe es weiter zu 130,000. Der Verkäufer überschreibt es grundbürgerlich nicht mir, sondern einem Dritten. Mein Interesse an der Leistung beträgt 130,000, ich habe unter dem Titel des Erfüllungsinteresses rein 30,000 zu fordern. Stellt sich dagegen heraus, dass der Kaufvertrag nichtig ist, so kann ich nicht diese 30,000 ohne weiteres einklagen, wohl aber unter Umständen das Vertrauensinteresse. Dahn gehören die Aufwendungen, die ich zwecks Erfüllung gemacht habe: z. B. ich kündigte ein Kapital auf, um mir das Kaufgeld zu beschaffen. Dahn gehören ferner die Vorkehrungen, die ich, auf die Gegenleistung rechnend, traf: ich kündigte meine Mietwohnung, da ich im gekauften Hause zu wohnen gedachte; ich unternahm Reisen, um das gekaufte Haus zu inspizieren, liess mir von einem Architekten Pläne zum Umbau anfertigen, bestellte neue Oefen und Jalousien. Ich habe eine bewegliche Sache verpacken, transportieren, einlagern lassen. Oder ich habe die Sache an einen Dritten weiterverkauft, dem ich nun Schadensersatz wegen Nichtlieferung entrichten muss. Sehr häufig ist negatives Geschäftsinteresse dadurch gegeben, dass anderweitige gewinnbringende Massnahmen unterlassen werden. Ein Arzt, ein Handwerker, die bestellt zu sein glauben, nehmen andere Aufträge nicht an. Ein Kaufmann, der verkauft zu haben meint, vergibt seine Ware nicht oder versieht sich umgekehrt als Käufer nicht für seinen Warenbedarf. Dies alles und vieles andere — denn die Erscheinungsformen jenes Interesses<sup>2)</sup> vertragen nicht annähernd eine vollständige Aufzählung — wird beim Hinfall des Geschäfts zum Schaden, den der Konschahent in der Zuversicht auf den Geschäftsbestand erduldet hat.

**B.** Gewöhnlich rechnet man darunter auch schlechterdings alle zum Zwecke des Abschlusses des fraglichen Geschäfts gemachten Aufwendungen, z. B. Reisen an den Ort des Vertragschlusses. Dies führt uns auf eine prinzipielle Frage, die sich am besten an der Hand des Deutschen Bürgerlichen Gesetz-

<sup>2)</sup> Sehr instruktiv v. Tuhr, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (Aus römischem und bürgerlichem Recht, Festgabe für Bekker, 1907) 306 ff.

books verdeutlichen lässt, da dort der Ersatzanspruch näher umschrieben ist. Wir haben mindestens gedanklich folgendermassen zu unterscheiden:

a) Völlig abseits bleiben Ausgaben, die mit dem Grunde der Ersatzpflicht nicht im Kausalzusammenhang stehen. Wer z. B. nach Paris reist, um dort ein Gemälde zu kaufen, das nach Angabe eines Dritten bei X. zu verkaufen steht, unternimmt die Reise auf eigene Rechnung, mag es hinterdrein zu einem gültigen oder unwirksamen Abschluss mit X. kommen oder zu gar keinem.

b) BGB § 307 schützt das Vertrauen auf „die Gültigkeit des Vertrages,“ § 122 dasjenige auf „die Gültigkeit der Erklärung“.<sup>3)</sup> Wenigstens zufolge wörtlicher Auslegung sind daher nicht zu ersetzen alle Ausgaben, welche zeitlich vor dem Vertrage oder der Willenserklärung liegen, also z. B. alle Reisen, welche der Herstellung des Konsenses zu dem (wegen Irrtums oder Unmöglichkeit unwirksamen) Vertrage<sup>4)</sup> dienten.

c) Ist dagegen nach § 179 das Vertrauen „auf die Vertretungsmacht“ massgebend, so liessen sich Reisen berücksichtigen, die jemand im Vertrauen auf die Legitimation des X. als Vertreters des Y. unternahm, um erst die Ware zu besichtigen oder über den Preis handelseins zu werden. Auf alle Fälle ist aber in § 179 die Haftung durch einen folgenden Vertragsschluss bedingt (§ 179 a. A.), und es wäre nicht recht einzusehen, warum von diesem nachfolgenden willkürlichen Umstand die Tragung der einmal entstandenen Kosten abhängen soll. Es wäre für das deutsche Recht überhaupt zu prüfen, ob ein Unterschied der gedachten Art zwischen jenen drei Gesetzesbestimmungen wirklich anzuerkennen ist. Auch für das schweizerische Recht wird es genügen, auf diesen Punkt ein-

<sup>3)</sup> Nicht auf den hier erörterten Punkt scheinen sich Mot. I 195 zu beziehen.

<sup>4)</sup> Am Ende liesse sich zu § 122 noch eine besondere Kasuistik treiben, da die anfechtbare Willenserklärung ein befristeter bindender Antrag sein kann. Wer im Vertrauen hierauf eine Reise wagt, dürfte nicht ohne Grund § 122 anrufen. Ein mehrfach zweifelhafter Fall RG 57, 88.

mal aufmerksam zu machen. Im allgemeinen möchte ich aus dem soeben erwähnten Grunde meinen, dass das rechtlich erhebliche Vertrauen auf das Vorliegen eines einzelnen Erfordernisses des Vertrages doch erst vom Vertragsschluss ab wirkt, so wie sein Wirken durch den Vertragsschluss bedingt ist. Der Untersuchung bedürfte es jedoch insbesondere, wie weit dies gilt, wenn die Haftung sich auf eine Culpa in contrahendo stützt.

Erscheint es hienach fraglich, ob es denn richtig ist, die Definition des Vertrauensschadens auf das Vertrauen in den gültigen Geschäftsbestand abzustellen, so dürfte dies in einem Punkte jedenfalls zu enge sein. Eine Sonderstellung gebührt nämlich wohl den Kosten des Vertragsschlusses selbst: Notariatsgebühren, Stempel, Verkehrssteuern u. s. w. Es liesse sich ja allerdings daran denken, auch da noch der Unterscheidung, ob das Vertrauen durch den anscheinend perfekten Vertrag erzeugt oder bereits vorher hervorgerufen ist, Rechnung zu tragen. Die Kosten entstehen entweder durch eine Beweiserrichtung bzw. durch den Vollzug (z. B. grundbücherliche Durchführung eines obligatorischen Geschäfts) oder aber durch einen zur Perfektion selbst gehörigen Akt, z. B. eine dispositive Beurkundung. Zu welch sonderbaren Resultaten würde es aber führen, wollten wir z. B. der schwierigen Juristen-Distinktion zwischen Beweis- und Dispositivurkunden auch hier eine Bedeutung beimesse! Dasselbe Bedürfnis, welches jeweilen zu einer Anerkennung der Ersatzpflicht überhaupt führt, rechtfertigt eine Berücksichtigung aller jener Kosten ohne Unterschied.

**C.** Der Begriff des Vertrauensschadens, wenngleich nicht der Name, reicht zurück in die Zeiten der Naturrechtsschule und erscheint wie in angedeuteten Anfängen im preussischen und im österreichischen Gesetzbuch. Die gemeinrechtliche Doktrin entwickelte aber erst seit Jherings berühmter Abhandlung im 4. Band der Jahrbücher für Dogmatik des nähern den „Schadensersatz bei nichtigen Verträgen.“ Bis zum Ende des gemeinen Rechts hat der Streit über die Grundlagen dieser Lehre in den römischen Quellen, über ihre innere

Berechtigung und den beherrschenden Grundgedanken nicht geruht. Heute ist das negative Geschäftsinteresse vom deutschen Gesetzbuch gebilligt und geformt, obwohl nicht über alle Zweifel hinausgehoben. Als das schweizerische Obligationenrecht verfasst ward, war jener Begriff immerhin allseits bekannt und vielfach in die Praxis eingedrungen. Umso merkwürdiger, dass das OR in verschiedenen Fällen, die das gemeine Recht als solche des negativen Interesses ansah, seinerseits sich damit begnügte, einen Ersatz des „Schadens“ kurzweg aufzuerlegen, ähnlich den älteren Kodifikationen, z. B. dem österreichischen Gesetzbuch § 878 i. f.: „bleibt dafür verantwortlich.“ Hat das OR den gemeinrechtlichen Begriff rezipiert oder nicht? Das ist unklar; uns erwächst genau derselbe Zweifel wie dem österreichischen, in geringerem Masse dem früheren preussischen Richter: Sollen wir dem Gesetz einen uns geläufigen Begriff aufprägen, den es selbst nicht ausdrücklich anerkennt? Die Frage ist mit dogmengeschichtlicher Erörterung nicht zu lösen; sie ist auch deshalb schwierig, weil bisweilen ein Rechtspolitiker sich mehr nach dem Erfüllungsinteresse sehnen würde, als nach dem negativen. Da ich derartige Neigungen teile, bin ich weit entfernt, den Stab über einen schweizerischen Richter zu brechen, der in aller Unschuld den Promittenten einer unmöglichen Leistung, den fahrlässig Irrenden oder selbst den falsus procurator auf das Erfüllungsinteresse verurteilt. Dergleichen geschieht mutatis mutandis auch in Oesterreich und Frankreich. Nichtentwicklung der Rechtsbegriffe kann auch einmal wohltätig auf die Rechtsprechung wirken, obschon freilich nicht dem letzten Erfolge nach. Haben wir aber das Wissen, so ist das Paradies nicht mehr zu halten. Es geschieht, wie sich sofort zeigen wird, nicht aus Willkür, dass die schweizerische Literatur und Praxis weitaus überwiegend die einschlägigen Gesetzesstellen im Sinne des Vertrauensschadens auslegt. Dazu kommt aber neuestens noch, dass die schweizerische Gesetzgebung das negative Interesse ebenfalls geradezu sanktioniert: ZGB, Einf. B. 273 k; Entwurf des Obligationenrechts vom 3. März 1905, Art. 1023.

Diese Gesetzesstellen sollen nun einzeln untersucht werden, wofür zwei Arbeiten von *Marcusen* und *Melliger*<sup>5)</sup> schätzenswerte Vorstudien bilden. Die ausserordentlich oft — leider meist in der früher üblichen, wenig geschichtswissenschaftlichen Weise — erörterten römischen Quellen gehören nicht hieher. Die tieferliegenden dogmatischen Grundprobleme dürfen nur zum Schluss angedeutet werden. Schon die positivrechtliche Auseinandersetzung muss mehr als mir lieb ist Systemfragen streifen, deren erschöpfende Erledigung nur eine Gesamtdarstellung des schweizerischen Privatrechts mit Nutzen versuchen könnte.

### III. Exegese.

**A. Sogen. Unfähigkeit der Person.** Wir setzen voraus, ein Rechtsgeschäft sei deswegen unwirksam, weil einer der Kontrahenten nicht die Geschäftsfähigkeit besitzt. Es fragt sich dann, ob der Vertragsgegner, oder bei einem einseitigen Rechtsgeschäft der Empfänger der Willenserklärung, oder ein Dritter in seinem Vertrauen auf die Gültigkeit des Geschäfts geschützt wird. Hier wie überall dürfen wir bekanntlich im OR nur eine Behandlung der Verträge erwarten. Ziv. Ges. Art 7 schreibt die sinngemäss „Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse“ vor, d. h. auf einseitige Rechtsgeschäfte, sogen. Willensäusserungen, Willensbetätigungen u. s. w. Es wird sich auch da empfehlen, für heute die Darstellung durch tunliche Beschränkung auf die direkte Anwendung des Gesetzes zu vereinfachen.<sup>6)</sup>

a) Auf den Fall der beschränkten Vertragsfähigkeit bezieht sich Art. 33 Abs. 3 OR. Er setzt nämlich voraus,

<sup>5)</sup> *Marcusen*, Das negative Vertragsinteresse im schweizerischen Obligationenrecht und im deutschen Entwurf, *Ztschr. des bernischen Juristenvereins*, 26, 1890, 121—183. *Melliger*, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen und schweizerischen Obligationenrecht sowie dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. [Sogenannte] 2. Aufl. Zürich 1898.

<sup>6)</sup> Wichtig wäre namentlich eine Kasuistik der nach Art. 23 erheblichen Willenserklärungen.

dass zum Vertrage bloss die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters fehlt. Unter ihn fallen nach jetzigem Recht: die Minderjährigen, die nicht Kinder sind;<sup>7)</sup> in der Regel die Verschwender, da sie nach kantonalem Recht gewöhnlich beschränkt geschäftsfähig sind, ferner die Handelsfrau, wenn sie ohne die gemäss Art. 35 erforderliche Genehmigung ihres Mannes auftritt; und die Frauen, welche unter Geschlechtsvormundschaft oder Schutzherrschaft stehen (bes. in St. Gallen).<sup>8)</sup> Nach dem Zivilgesetzbuch sind alle Entmündigten wie die Unmündigen behandelt (Art 19, 370). Wegen Verschwendung, Trunksucht, lasterhaften Lebenswandels u. s. f. Entmündigte sind also, falls sie urteilsfähig sind, beschränkt handlungsfähig (Art. 19, 410).

Eine dieser Personen schliesst nun einen Vertrag ohne die erforderliche (Art. 30) Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, der auch die nachträgliche Genehmigung nicht erteilt. Art. 33, 3 (= ZGB 411, 2) besagt:

„Hat er (d. h. der nicht gebundene Teil, im Zivilgesetzbuch: der Bevormundete) die andere Vertragspartei zu der irrtümlichen Annahme seiner Vertragsfähigkeit verleitet, so ist er ihr für den verursachten Schaden verantwortlich.“

Was für einen Schaden? Gewiss nicht das Erfüllungsinteresse.<sup>9)</sup> Vielmehr zeigt sich hier sofort mit aller Deutlichkeit, dass der einmal herausgearbeitete Begriff des Vertrauensschadens sich geradezu als der logisch postulierte darstellt, sobald man nur die allgemeinen Grundsätze der Lehre von

<sup>7)</sup> Von einzelnen Kantonen abgesehen, wo der romanistische Begriff des *infans* verfochten werden könnte, fehlt in der Schweiz die feste Grenze des vollendeten 7. Lebensjahres. Diesen Standpunkt nimmt, wenn ich recht verstehe, auch das ZGB ein. Geschäftsfähig und deliktsunfähig sind die „wegen Kindesalters“ Urteilsunfähigen; eine elastische Regelung, die sehr viel für sich hat. Nach BGB greift sie nur im Deliktsrecht ein (§ 828, Abs. 2).

<sup>8)</sup> Vergl. Huber, Syst. u. Gesch. I, 606 ff. Marcusen 136 ff. Folgt aus der Gleichstellung der Bevormundung wegen Verschwendung mit jener wegen geistiger und körperlicher Gebrechen auch die vollständige Handlungsunfähigkeit der Verschwender? Vergl. z. B. Basler Vorm. Ges. § 11 Z. 2.

<sup>9)</sup> KG Waadt 24/6 1886, Revue der Gerichtspraxis 3, n. 148, lässt einfach aus der Wechselverpflichtung einer Ehefrau, die sich als ledig ausgab, auf Erfüllung klagen.

der Schadensverursachung anwendet. Was hier den Schaden verursacht, ist die irrtümliche Annahme der Vertragsfähigkeit. Also ist dem Gegner zu vergüten, was dieser haben würde, wenn er die Vertragsunfähigkeit gekannt hätte, m. a. W. den Vertrag nicht geschlossen hätte. Das negative Vertragsinteresse ist nichts anderes als eine Erscheinungsform des Schadens im allgemeinen.

Dabei ist mit Abs. 3 natürlich weiterzukommen als mit Abs. 2 desselben Artikels. Ein Minderjähriger hat etwa ein Darlehen erhalten. Der Vormund verweigert seine Genehmigung. Das Darlehen ist nichtig. Die abgesondert vorhandenen Geldstücke kann der Geber vindizieren, vermischt Geldstücke oder den aus dem Geld erworbenen Wert kondizieren, zum Lebensunterhalt verbrauchtes Geld als „nützliche Verwendung“ zurückholen. Was dagegen der Minderjährige in einer lustigen Nacht durchgebracht hat, lässt sich nicht nach Abs. 2, sondern nur nach Abs. 3 einklagen. Der letztere Anspruch geht auf Erstattung der ganzen Valuta und deckt sich demnach im Ziele mit der Darlehensklage. Ein Unterschied tritt aber hervor, insofern nicht die vertragsmässigen, sondern nur die üblichen Zinsen zuzusprechen sind.

Was ist „Verleitung“ zur irrtümlichen Annahme? Nach Manchen<sup>10)</sup> verlangt Art. 33, 3 einen Dolus des nicht gebundenen Vertragsteils. C. Chr. Burckhardt, der diese Meinung teilt, verweist jedoch selber auf den französischen Text: *Si elle s'est faussement donnée pour capable, elle est responsable envers la partie induite en erreur . . .*, wonach sogar die „bloss objektiv falsche“ Behauptung der Grossjährigkeit etc. zu genügen scheint. Entscheidend ist vielleicht die sichere Auslegung eines mittelbaren Vorbilds des Gesetzes, Preuss. Allg. Landrecht I 5 § 33, wo „verleiten“ in einem Gegensatz zum Betrug (§ 36) steht.<sup>11)</sup> Das Bundesgericht 20<sup>2</sup> S. 1056 hat am 8. Dezember 1894 erkannt, es sei nicht immer ein positives Handeln des beschränkt Geschäftsfähigen notwendig,

<sup>10)</sup> Z. B. Marcusen 138.

<sup>11)</sup> Vergl. darüber Jhering a. a. O. 45.

unter Umständen genüge ein blosses Stillschweigen. Nach der Ansicht der Expertenkommission zum ZGB. (Prot. 1, 467 f.) ist in dem Wortlaut des Artikels, der demgemäß unverändert belassen wurde, deutlich ausgedrückt, dass jedes Verschulden genüge, Verschulden aber erforderlich sei.<sup>12)</sup> Diese Meinung muss künftig als massgeblich gelten.

Der vom Bundesgericht entschiedene Rechtsfall ist recht lehrreich. Ein gewisser Karl Reuttlinger, der in Zürich wohnte und dort im Jahre 1877 auf eigenes Begehrten unter Vormundschaft gestellt wurde, siedelte im Jahre 1885 nach Biel über, wo er als Buchhalter eines angesehenen Spezereigeschäftes tätig war, mit seiner Familie ein grosses Logis bewohnte und den Ruf eines ziemlich vermögenden Mannes genoss. Er übte das politische Stimmrecht aus, war eine zeitlang Mitglied des Wahlausschusses, und niemand, die Polizei inbegriffen, ahnte etwas von seiner Bevormundung. Eines Tages wurde er auf das Bureau der Solothurner Kantonalbank gerufen. Dort fand er seinen Schwager Lauffer vor, welcher bei der Bank 15,000 Fr. laufende Wechselschulden hatte und ihn bat, eine Bürgschaft in der Höhe von 5000 Fr. zu übernehmen. Reuttlinger willigte rasch ein, die bereit gehaltene Bürgschaftsurkunde zu unterschreiben. Nachdem darauf einige Monate lang dem Lauffer die jeweils fälligen Wechsel erneuert worden waren, fiel Lauffer in Konkurs. Die Bank klagte den Bürgen ein, worauf dieser zur allgemeinen Ueberraschung sein Zürcher Entmündigungsdekret aus der Tasche zog. Das Bundesgericht erkannte, die Bürgschaft binde nicht, da die Veröffentlichung der Entmündigung in Zürich, dem damaligen Wohnort des Reuttlinger, hinreichte, und verneinte zugleich eine „Verleitung“ im Sinne des Art 33, 3; Reuttlinger sei zum Vertrag herbeigerufen worden, ohne vorher über die Sache unterrichtet zu werden, „er wusste nicht, dass die Bank ihn irrtümlicherweise für handlungsfähig hielt,“ und „durfte voraussetzen, dass die Klägerin als Bankinstitut mit der nötigen Vorsicht zu Werke

<sup>12)</sup> Ebenso schon Melliger 74, 183 arg. Art. 50 und Rümelin, Vorentwurf S. 17, 19 zu ZGB 411.

gehen und sich erkundigen werde.“ Ich will über die Angemessenheit dieser Tatbestands-Würdigung nicht streiten. Dass man sich im Zweifel für den Schutz des Vögtlings entscheidet, ist begreiflich. Jedenfalls hätte es aber seitens jenes Bürgen nicht viel gebraucht, die Voraussetzungen des Art. 33, 3, wie das Bundesgericht sie versteht, zu erfüllen. Dann hätte die Bank von Reutlinger fordern dürfen, was sie im Vertrauen auf die Bürgschaft dem Lauffer noch kreditierte, samt Spesen und Zinsen.

Im Vertrauen darauf! Der Schaden muss durch die irrtümliche Annahme der Vertragsfähigkeit „verursacht“ sein. Damit scheiden die Auslagen aus, welche mit dem Irrtum nicht in Kausalzusammenhang stehen. Umgekehrt ist nach dem Wortlaut und Sinn dieses Gesetzes das Interesse eher nicht auf die nach dem Vertragsschluss entstehenden Nachteile beschränkt. Schwieriger ist es, zu sagen, wie ein fahrlässiges Sich-verleiten lassen zu behandeln ist. Vielleicht meint das Gesetz, dass es ein solches überhaupt nicht gibt, indem wer fahrlässig auf Geschäftsfähigkeit vertraut, nicht „verleitet“ wird; und vielleicht ist deshalb der Ersatzanspruch hier nicht ausdrücklich nur den „gutgläubigen“ Vertragsgegnern (vgl. Art. 41, 43) zugebilligt. Der Ausgangspunkt eines solchen Gedankenganges wäre indessen offenbar unpassend. Man kann sich z. B. fahrlässig betrügen lassen. Möglich ist es jedenfalls, die bekannte Unterscheidung zwischen Verursachung und Verschulden anzuwenden. Da wir Art. 51 Abs. 2 auf das Kontraktrecht erstrecken<sup>18)</sup>, so hat es der Richter in der Hand, ein Verschulden des Beschädigten zu berücksichtigen. Und er wird dem speziellen Gedanken des Art. 33, 3 gerecht werden, indem er, wo nicht geradezu Betrug seitens des Beschränkt-fähigen vorliegt, denselben regelmässig einem fahrlässigen Mitkontrahenten gegenüber von der Ersatzpflicht ganz entbindet. Unbegründetes Vertrauen verdient keinen Schutz; erst recht

<sup>18)</sup> C. Chr. Burckhardt, Referat Ztschr. f. schw. R. N. F. 22 499 u. zit. Entsch. Burckhardt's Ansicht ist angenommen vom Bundesger. 32<sup>2</sup>, n. 42 S. 304, vergl. ebenda n. 67 S. 540; App.-Ger. Basel 16. 11. 1907 i. S. Gewerbebank g. Haller.

nicht, wo der aus öffentlichem Interesse eingeführte Schutz der Bevormundeten entgegensteht. Wer z. B. mit einem jungen Manne kontrahiert, auf dessen Milchgesicht die Jugendlichkeit geschrieben ist, wird Art. 33, 3 schwerlich je anrufen dürfen. Häufig lässt sich aber bei brieflichem Verkehr und selbst bei mündlichem die Fähigkeitsbeschränkung nicht erkennen. Sie richtet sich ja nach der Staatsangehörigkeit. Die bis zum Jahre 1912 aufrecht bleibenden kantonalen Verschiedenheiten liefern einstweilen ein wichtiges Geltungsgebiet unseres Artikels. Gegen den Ausländer schützen OR 822, 2 und Art. 10 des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit in wirksamster Weise. Die Ausländer sind verpflichtet, soweit sie es als schweizerischem Recht unterstehend wären. Diese Bestimmung ist in Art. 61 Abs. 3 (7 b) der Einführungsbestimmungen zum ZGB wiederholt, wird also im künftigen internationalen Privatrecht erhalten bleiben. Vergl. das deutsche EG z. BGB Art. 7 Abs. 3.

Die Norm des Art. 33, 3 ist, gerade wenn sie nicht auf den Dolus beschränkt wird, im Ganzen wohlgelungen und man darf es bedauern, dass das BGB nichts ähnliches verfügt hat.<sup>14)</sup> Allerdings schafft in vielen Fällen die stillschweigende generelle Genehmigung des gesetzlichen Vertreters im Sinne des § 110 BGB ausreichende Abhilfe.

b) Wie verhält es sich mit den total Geschäftsunfähigen: Kindern, Geisteskranken und Geistesschwachen, vorübergehend des Vernunftgebrauchs Beraubten (Betrunkenen u. s. w.)? Besonders bemerkenswert wird hier die schon betreffs der Fälle ad a) zu beachtende Haftung des Familienhauptes für Beaufsichtigung, ZGB 333. Der „Schaden,“ für welchen der Familienchef mangels Entlastungsbeweises einsteht, ist in Anwendung auf einen schädigenden nichtigen Vertrag wieder das Vertrauensinteresse. Davon abgesehen, kann es sich nur fragen, ob Art. 58 OR Platz greife. Das Bundesgericht hat dies gänzlich verneint: „Der Abschluss eines nichtigen Vertrages durch einen Willensunfähigen kann doch

<sup>14)</sup> Ebenso Rümelin, Vorentwurf S. 18 f. Ueber das französ. Recht vergl. Zachariae-Crome 8. Aufl. 2, 390.

kaum nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen beurteilt werden.“ Entsch. 15, 68, Erw. 5. Die Entscheidung ist angefochten worden.<sup>15)</sup> Allein man muss sagen: Die Handlung eines Willensunfähigen ist natürlich nie eine unerlaubte Handlung. Sie kann einen Haftungsgrund nach Art. 58 bilden, wenn sie, von einem Willensfähigen vorgenommen, eine unerlaubte Handlung wäre, d. h. wenn sich der Täter so benommen hat, dass sein Verhalten, von der Handlungsunfähigkeit abgesehen, ihm zum Vorwurf gereichen würde.<sup>16)</sup> Der Abschluss eines nichtigen Vertrags aber ist nun einmal kein Delikt,<sup>17)</sup> weil an sich nicht rechtswidrig. Anders der Betrug. Ein Geisteskranker, der listig seinen Zustand verbirgt, haftet<sup>18)</sup> gemäss Art. 58 nach „Billigkeit.“

Danach ist freilich der durch Jhering (a. a. O. 62) berühmt gewordene Fall nicht ganz leicht zu entscheiden: ein Trunkener bestellt durch einen Hôtelkellner als Boten (oder heutzutage telephonisch) einen Wagen auf den folgenden Tag. Am nächsten Morgen erinnert er sich an nichts mehr. Am ehesten dürfte eine Ersatzforderung des Kutschers aus Geschäftsführung ohne Auftrag zu rechtfertigen sein. Ebenso eine solche des Hôtel-Concierge, falls dieser für den betrunkenen Gast als indirekter Vertreter bestellt. Denn er kann ebensowenig wie etwa bei einer verdächtigen telephonischen Bestellung der Kutscher entscheiden, ob der Gast trotz seines bedenklichen Zustandes die Droschke nicht wirklich braucht, und handelt daher immerhin dem vermutlichen Willen gemäss, wenn er eine kleine Auslage einem grösseren Verdruss vorzieht.

### B. Willensmängel.

a) *Irrtum.* OR Art. 23. — § 122 des deutschen BGB lautet:

„Ist eine Willenserklärung nach § 118 [Mangel der Ernstlichkeit] nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120 [Irr-

<sup>15)</sup> Melliger, S. 68.

<sup>16)</sup> Vergl. C. Chr. Burckhardt, a. O. S. 527; Oermann, Schuldv. § 829, 2 d. u. Zit. (bes. Heinsheimer, Arch. f. ziv. Praxis 95, 253 f.)

<sup>17)</sup> Dagegen Melliger, 67 f. Vergl. unten S. 317 f.

<sup>18)</sup> Die Haftung nach Art. 58 ist eine der gesetzlichen Ausnahmen, von denen ZGB 18 spricht. Vergl. Rümelin, Vorentw. 13.

tum und unrichtige Uebermittlung] angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem andern gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat.

Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste).“

### OR Art. 23:

„Hat der Teil, welcher den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so wird er zum Schadenersatze verpflichtet, es sei denn, dass der andere Teil den Irrtum gekannt habe oder hätte kennen müssen.“

Ist auch im OR das negative Interesse gemeint? Das Gegenteil ist durchaus denkbar. Die französische Praxis pflegte Art. 1382 ohne präzise Unterscheidung der beiden Interesse-Arten heranzuziehen. Aber neuerdings führen die Schriftsteller, die das gemeine Recht kennen, wirklich auch in Frankreich die Jhering-Windscheid'sche Theorie ein.<sup>18a)</sup> Für uns muss, von dogmengeschichtlichen Argumenten ganz abgesehen,<sup>19)</sup> abermals die genaue Fassung der schadenverursachenden Tatsache massgebend sein: das Gesetz spricht von einem Schaden, welcher dadurch entsteht, dass der Irrende den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt; also nicht von einem Schaden, der dadurch entsteht, dass man den Vertrag nicht erfüllt. Ueberdies konnte es sich Modestin (D 18, 1 I 62 § 1) erlauben, licet emptio non teneat, dem Käufer eine *actio empti* zu geben, da in das *bonae fidei iudicium* alle erdenklichen, anlässlich des

<sup>18a)</sup> Vergl. bereits Dalloz, P. 1873, 1, 330 note 3; Demolombe, 24 n. 103 p. 104 und cit.; jetzt etwa Baudry-Lacantinerie et Barde, Obl. 1 n. 60 p. 75; Carpentier et Frère-jouant du Saint, Rép. v. erreur n. 39.

<sup>19)</sup> Vergl. bes. Preuss. ALR 1, 4 § 79 und dazu das bei Jhering, Jahrb. f. Dogm., 4, 49 N. 51 gesagte.

Geschäfts entstehenden Rechtsbeziehungen hineingingen; und da möchte der Jurist das negative Interesse im Auge haben (consequatur quod interfuit eius ne deciperetur), was wir freilich niemals sicher wissen werden. Dass aber ein modernes Gesetz im selben Atem den Vertrag für unverbindlich erkläre (Art. 18) und als Grund des Erfüllungsinteresses ansehe, ist umsoweniger wahrscheinlich, wenn dieses Gesetz allenthalben sonst sehr wenig an die Erfüllung und sehr viel an den Schadensersatz als „Folge der Nichterfüllung“ einer gültigen Obligation denkt (Art. 110 ff.).

Das Resultat ist freilich nichts weniger als erfreulich.<sup>20)</sup> Wenige Beispiele genügen, um dies einzusehen. Im übrigen wäre Beispiele zur Irrtumslehre bringen nicht besser als Reisig in den Wald schleppen — und in welches Dickicht!

Der Ehemann einer Sängerin, welcher deren Auftreten in einem Konzert zugesagt hat, kann mit Rücksicht auf Aberglauen und Nervosität der Frau den Vertrag anfechten, wenn er nachträglich entdeckt, das Konzert finde nicht am 12., sondern — horribile dictu — am 13. statt.<sup>21)</sup> Der Käufer eines Schmuckstücks kann es „wegen Irrtums über den Preis“ oder, um ein von schweizerischen Autoren verwendetes Beispiel zu wiederholen, ein Offizier, der ein germanistisches Buch über die „Gewere“ bestellt, kann es — m. E. wegen Irrtums über eine wesentliche Eigenschaft (Art. 19, Z. 3) — zurückschicken, wenn er gemeint hatte, das Neueste über Schiessgewehre zu erhalten. Der Konzertunternehmer darf

<sup>20)</sup> Schon Vogt, Anleitung zur Anwendung des OR, 1882, S. 46 bedauert, dass das OR „hinter der jetzigen allgemeinen Anschauung zurückgeblieben sei.“ Das gleiche rügt Melliger a. O. passim. Vergl. ferner bes. Kohler, Jahrb. f. Dogm. 28, 226.

<sup>21)</sup> Vergl. derartige Beispiele bei Hölder und Staudinger-Riezler zu § 119. Das schw. OR zählt in Art. 19 die herkömmlichen romanistischen Kategorien des Irrtums auf (ohne das „ganz eigenartige System“, das ihm Schulin, Ztschr. f. schw. R. 31, 79 zuschreibt, denn auch die relative Nichtigkeit war nichts Neues); und zwar nicht taxativ („insbesondere“). Sein Umkreis ist durchaus weiter als der des § 119 BGB entsprechend der damals viel mächtigeren Willenstheorie, die in Art. 18 einen überaus scharfen Ausdruck erhalten hat.

seine Kosten, der Buchhändler Porto, Betrag einer zufälligen Beschädigung auf dem Transport nur fordern, wenn der Gegner fahrlässig irrite. Aber der Richter, der dies prüfen will, wird meistens in die grösste Verlegenheit geraten.<sup>22)</sup> Hat jener Offizier die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt? Wir müssen die „eigene Fahrlässigkeit“ des Art. 23 sehr lax nehmen und jeden Irrtum im Zweifel als fahrlässig erachten, oder der Gesetzartikel büssst seine Praktikabilität zum grössten Teil ein. Das Gesetz lässt sich auch bei solcher Auslegung schwer verteidigen. Laien werden kaum auf den Gedanken geraten, dass es eine Vorschrift gibt, die einem Besteller gestattet, Bücher zurückzuschicken, weil er sich über deren Natur getäuscht hat. Soll aber das alte Willensdogma durchaus festgehalten werden,<sup>23)</sup> soll also wegen jedes sogen. wesentlichen Irrtums das Rechtsgeschäft scheitern, so ist es auf das Dringendste geboten, wie im deutschen § 122 die Haftung von der Culpa in contrahendo unabhängig zu stellen. Das ist wohl das Minimum dessen, was ein Gesetzgeber heutzutage für den schuldlosen Partner des Irrenden zu tun hat. Wird doch mit gutem Grund auch § 122 für eine unzureichende Sicherung gehalten, zumal im Falle des Irrtums über Eigenschaften.<sup>24)</sup> Wie sehr man es begreifen kann, dass der Entwurf von 1905 möglichst *quieta non movet*, der Abschnitt über den Irrtum sollte doch nicht in der bisherigen Form weitergeführt werden! Besser stände es immerhin, wäre der schuldhaft irrende Teil zur Anfechtung<sup>25)</sup> nur gegen Ersatz

<sup>22)</sup> So sagt auch Melliger 212, der Richter müsse, wo es immer möglich, eine Schuld herausklügeln. Zürcher Obergericht 15./9. 1885, Bl. f. hand. Entsch. 4, 317: Eine deutsche Möbelposamenterie-Fabrik bestellt einen Vertreter für die Schweiz in Unkenntnis dessen, dass er selber eine Posamenterie-fabrik betreibt. Sie sei selbst an ihrem Irrtum schuld, da sie über die geschäftlichen Verhältnisse des Vertreters hätte genaue Erkundigungen einziehen können und müssen. Vergl. noch BG 27<sup>2</sup>, 382 Erw. 2.

<sup>23)</sup> Das öst. a. b. GB § 876 zeigt bekanntlich, dass es auch anders geht. Der schuldhaft Irrende kann nicht anfechten. Ebenso Preuss. ALR I 4, 82 im Falle des § 81.

<sup>24)</sup> Lenel, Jahrb. f. Dogm. 44, 2.

<sup>25)</sup> Ich spreche von Anfechtung im weitern Sinn. Das OR steht anders als das BGB auf dem Standpunkt der relativen Nichtigkeit.

des Erfüllungsinteresses berechtigt. Von diesem Gesichtspunkt aus verdient die frühere unbefangen geübte Praxis, wie bereits angedeutet, einige Beachtung. Aber auch um dem Art. 23 diesen Sinn zu geben, würden wir eine neue gesetzliche Anordnung brauchen.

Mit dem heutigen Gesetz stehen wir, wo Jhering bei der Begründung unserer ganzen Lehre stand. Und in seinem Rechtsfall — X. in Köln telegraphiert an den Bankier Z. in Frankfurt: Verkaufen Sie, die Depesche langt verstümmelt an: Kaufen Sie<sup>26)</sup> — in diesem jedem Studenten bekannten Fall einer in Wirklichkeit zufälligen, aber nach fast<sup>26a)</sup> jeder neueren Theorie auf Gefahr des Absenders erfolgenden unrichtigen Uebermittlung soll der schweizerische Richter auch in Zukunft noch wie Jhering bei seinem ersten, später von ihm selbst kritisch betrachteten Versuche dem Absender die Benutzung des Telegraphen als Fahrlässigkeit ankreiden, in Widerspruch mit allen Gepflogenheiten des Börsenverkehrs?

Bei eigener Fahrlässigkeit des Beschädigten zessiert der Anspruch. Eine solche bejahte man 1904 (Reichsg, E. 57, 88) in folgendem Fall: Bei einem staatlichen submissionsweisen Verkauf sollte eine grössere Menge sogen. Papierholzes vergeben werden. Eine Firma übernahm Offerten von auswärtigen Kaufleuten. Die günstigste Offerte kam telegraphisch und lautete auf 10.25 Mk. ohne nähere Angabe der Maassseinheit. In der Meinung, das Gebot beziehe sich auf Raummeter, machte der Erklärungsempfänger seinerseits sofort ein höheres Submissionsangebot, als er auf Grund der bis dahin eingelangten Offerten berechnet hatte. Das Holz wurde ihm zugeschlagen, vom Auftraggeber aber nicht angenommen, da dieser Kubikmeter gemeint und in seinem am gleichen Tag wie die Depesche abgesandten Bestätigungsbrief seinen Antrag auf Kubikmeter, eine grössere Einheit, bezogen hatte. Das Berufungsgericht wies unter Zustimmung des Reichsgerichts die Klage auf Ersatz des durch die Nichtabnahme des Holzes

<sup>26)</sup> Die Telegraphenverwaltung haftet auch in der Schweiz nicht für fehlerhafte Uebermittlung. BGesetz 22./6. 1877 Art. 2 al. 1.

<sup>26a)</sup> Ueber Gegner vergl. Roux (oben Anm. 1) p. 101.

entstandenen Schadens ab, „da die Klägerin die ..... Differenz zwischen dem Willen der Beklagten (das fragliche Gebot nur für den Kubikmeter zu machen) und die Erklärung dieses Willens (die auf einen Raummeter hätte bezogen werden können [hier gesperrt]) nur infolge ihrer eigenen Fahrlässigkeit nicht gekannt habe.“ — Dieser Entscheid reizt freilich zur Kritik. Der Oblat hat wohl die unbestimmt lautende Offerte auf Raummeter nicht bloss ebensogut wie auf Kubikmeter deuten können, sondern nach Handelsgewohnheit auf Raummeter deuten dürfen. Andernfalls hätte ja nicht der Offerent über den Inhalt dieser Erklärung geirrt, sondern der Oblat hätte irrtümlich mehr aus dem Antrag herausgelesen, als darin objektiv „erklärt“ war, und § 122 griffe gar nicht Platz. Im ersten Falle aber wäre die Fahrlässigkeit des Empfängers höchstens darin zu suchen, dass er nicht den Brief abwartete oder dem Sinn des immerhin zweideutigen Telegramms nachfragte.

b) Bei Scherz, Prahlerei u. dgl., die in der Erwartung erfolgen, der Gegner werde den Mangel der Ernstlichkeit nicht erkennen, wobei der Gegner denselben aber doch nicht erkennen musste,<sup>27)</sup> ist in §§ 118, 122 BGB Ersatz zugesprochen. Im schweizerischen Rechte ist m. E. Art. 23 analog zu verwenden. Zur Heranziehung des Art. 50 fehlt die Widerrechtlichkeit<sup>28)</sup>, man müsste sich denn entschliessen, sie in dem Scherz, der Prahlerei selber zu erblicken und diese damit dem Betrug gleichzustellen. Der Betrüger nämlich unterliegt allerdings dem Art. 50 ff., vergl. Art. 24. Denn das wissentlich auf Täuschung berechnete Verhalten (Zivilbetrug) ist an sich widerrechtlich.

**C. Nichtanzeige der Verspätung einer Offertenannahme.** Art. 5, Abs. 2. Auf einen nicht befristeten Vertragsantrag an einen Abwesenden ist die Annahme rechtzeitig abgesendet, aber verspätet angekommen. Der Offerent hat die Wahl, den Vertrag als geschlossen oder als nicht zustandegekommen anzusehen. Im letzteren Fall ist er verpflichtet, „bei Vermeidung von Schadenersatz ohne Verzug hievon Anzeige zu machen“.

<sup>27)</sup> Vergl. Manigk, Willenserklärung und Willengeschäft, 1907, 473 ff.

<sup>28)</sup> Näheres weiter unten (III).

„Ohne Verzug“ bedeutet zweifellos wie im BGB „unverzüglich“ soviel wie „ohne schuldhaftes Zögern“ (§ 121). Die Haftung erfordert demnach Fahrlässigkeit des Offerenten.<sup>29)</sup> Darin liegt natürlich auch, dass er erkennen musste, die Annahme sei rechtzeitig abgesendet worden. Das hier geschützte Vertrauen richtet sich auf den erfolgten Vertragsabschluss.

Der Gesetzgeber kann den Fall auch anders behandeln, BGB § 149 lässt bei Verzögerung der Anzeige den Vertrag geschlossen sein. Die Annahme gilt als nicht verspätet, der Vertrag ist also im Moment des „Zugehens“ (§ 130) der Annahme zustandegekommen. Diese Regelung wird neuestens vom Oesterr. Entwurf einer Novelle zum a. b. GB § 120 bevorzugt.<sup>30)</sup>

Keinesfalls gerechtfertigt ist die Beschränkung der Ersatzpflicht in Art. 5 auf den Fall eines ohne Fristbestimmung gestellten Antrags. Sie entspringt nur einem redaktionellen, durch Auslegung gutzumachenden Versehen. Es wäre nicht begreiflich, warum eine Annahmeerklärung, welche genügend rechtzeitig abgesandt wurde, um bei normalem Postenlauf innerhalb der gewillkürten Frist (Art. 3) einzutreffen, nicht bei einer Verspätung des Eintreffens auf gleiche Respektierung rechnen soll. Vgl. BGB §§ 148, 149.<sup>31)</sup>

**D. Auskündigung.** Der Entwurf von 1905, Art. 1023 erklärt die „Auskündigung, wie Preisausschreiben und Auslobung“ bis zum Angebot der Leistung als widerruflich. Der Auskündende hat aber „Ersatz zu leisten für die Auslagen, zu denen jemand in guten Treuen und mit begründeter Aussicht auf den Erfolg durch die Auskündigung verleitet worden ist.“ Damit ist ein dem BGB § 658 unbekannter wenn auch in dem gemeinrechtlichen Meinungsstreit über die Auslobung bisweilen erwähnter Fall des Vertrauensschadens festgestellt. Da man nach Huber's Wunsch die Fassung der neuen Gesetze nicht pressen soll, so wird aus der Textierung und systematischen Einreihung

<sup>29)</sup> Melliger, 160 hält gerade das Gegenteil für klar.

<sup>30)</sup> Mit Recht. Vergl. gegen Art. 5 König, Ztschr. f. schw. R. 26, 382 ff.

<sup>31)</sup> Ueber den Fall, dass die Offerte durch den Tod des Offerenten erlischt, vergl. Melliger, 237 und dazu Kuhlenbeck, D. Jur. Ztg. 10, 1905, 1142.

des Art. 1023 ein Schluss auf die Konstruktion der Auslobung nicht erlaubt sein. Betrachten wir sie wie die Redaktoren des BGB als einseitiges Versprechen, nicht als bedingten Vertragsantrag, so tritt Art. 1023 aus dem Rahmen des Vertrauens auf ein scheinbar abgeschlossenes Rechtsgeschäft heraus. Bei Annahme der Pollizitationstheorie wäre vielmehr von dem Vertrauen auf ein perfektes, jedoch frei widerrufliches (einseitiges) Rechtsgeschäft zu sprechen.

**E. Stellvertretungslehre. OR Art. 43, 48.**

a) Art. 43: „Ist dem Bevollmächtigten eine Vollmachtsurkunde ausgestellt worden, so ist er nach dem Erlöschen der Vollmacht zur Rückgabe oder gerichtlichen Hinterlegung der Urkunde verpflichtet.“

Wird er von dem Vollmachtgeber oder seinen Rechtsnachfolgern hiezu nicht angehalten, so sind dieselben gutgläubigen Dritten für den Schaden verantwortlich.“

Die Vollmacht ist aus irgend einem Grund erloschen, z. B. durch Widerruf (Art. 40) oder Tod, Handlungsunfähigkeit, Konkurs des einen oder anderen Teils (Art. 42). Ist die Vollmacht durch Widerruf beendet, so greift, wie Rossel<sup>32)</sup> richtig ausführt, zunächst Art. 41 ein. D. h. ein nicht gemäss Art. 41 bekanntgemachter Widerruf ist gar nicht wirksam; der Vertrag, den der Inhaber der Vollmachtsurkunde schliesst, ist gültig, wirkt unmittelbar und vollständig für und gegen den Vertretenen. Der gehörig bekanntgemachte Widerruf dagegen zerstört die Vollmacht und vernichtet auch die legitimierende Kraft der noch in Händen des Vertreters befindlichen Urkunde. Es erübrigt aber ein Ersatzanspruch des gutgläubigen Dritten, welcher mit dem Vertreter kontrahiert, gegen den Prinzipal, abermals offenbar auf das negative Vertragsinteresse.

Wie lange dauert diese Haftung? Nach Schneider z. d. St. bedeutet das „Anhalten“ des Vertreters zur Rückgabe oder Hinterlegung „erfolgreiches Anhalten“. Dies gebiete die Verkehrssicherheit. Aber dürfen wir dem Gesetz

<sup>32)</sup> Manuel, 2 éd. p. 85.

eine so grosse Unbeholfenheit des Ausdrucks zumuten, dass es ein „zur Rückgabe Anhalten“, ein „contraindre“ im französischen Text fordert und doch einfach meint, die Urkunde müsse zurückgegeben sein? Die Ersatzpflicht wird vielmehr schon beseitigt durch die rechtzeitige Betreibung der Rückstellung. Der Ausdruck ist freilich etwas vag. Eine mündliche oder schriftliche Mahnung dürfte eher nicht genügen. Verstehen wir das „Anhalten“ als Klageerhebung, so erhalten wir eine ebenso feste Zeitbestimmung, wie wenn das Gesetz auf die Rückgabe abstelle.

Bei näherem Zusehen erscheint eine solche Regelung keineswegs als haltlos, trotzdem der Dritte von dem schwebenden Prozess vielleicht nichts erfährt. Jedes Gesetz muss in der erörterten Konstellation zwischen den Interessen des Vertretenen und des Dritten einen Ausgleich treffen.<sup>33)</sup> Beide können von Schuld frei sein. Der Dritte wird trotz seiner Gutgläubigkeit von einem gewissen Augenblick an gegenüber dem Prinzipal nicht mehr geschützt, von jenem nämlich, wo der Prinzipal alles getan hat, was er überhaupt tun kann, um die äussere Vollmachtkundgebung zu annullieren, und sich nicht weiter helfen kann. Er hat die öffentlich bekanntgemachte Vollmacht durch öffentlichen Widerruf, die an einen Dritten speziell gerichtete durch Widerruf an die gleiche Adresse zerstört, er hat die Urkunde zurückgefördert. Jetzt wird sein Interesse das besser schutzwürdige; der Dritte hat sich fortan lediglich an den Vertreter zu halten.

Was bedeutet „gutgläubig“, Art. 41, 43? Das Wort schliesst wohl ziemlich alles in sich ein, was man in der deutschen Doktrin unter dem Vertrauen versteht, das auf der Kundgebung des Prinzipals beruht.<sup>34)</sup> Freilich muss man nach schweizerischem Recht dabei zweierlei auseinanderhalten.

a) Von dem Dritten müssen wir verlangen, dass er nach Art. 41 die Kundgebung, nach Art. 43 die Urkunde bei der

<sup>33)</sup> Vergl. die vorzügliche Ausführung bei Hupka, Die Vollmacht, 1900, S. 423.

<sup>34)</sup> Vergl. bes. Hupka, Vollmacht 420 ff.

Vornahme des Geschäfts gekannt hat. Sonst handelte er nicht im Vertrauen auf die Vollmacht, die Urkunde. Er muss sich letztere beim Abschluss des Geschäfts vorweisen lassen. Es genügt nicht, dass er sie früher einmal während der Vorbesprechungen eingesehen hat.<sup>35)</sup>

β) Fraglich ist nach Schweiz. OR dagegen, ob gemäss Art. 43 dem Dritten die Erlösung der Vollmacht ohne sein Verschulden unbekannt geblieben sein muss. Wohnt etwa der Vollmachtgeber am Orte des Dritten, so wird dieser häufig vom Konkurse Kenntnis haben müssen. Steht ihm, wenn der Konkursausbruch ihm dennoch unbekannt geblieben ist, ein Anspruch nach Art. 43 (m. E. gegen die Masse) zu?

Die Natur dieses Anspruchs scheint zur Verneinung zu führen. Art. 44 liefert aber allerdings ein Argument für das Gegenteil. Dort wird, sofern das Erlöschen der Vollmacht auch dem Vertreter nicht bekannt geworden ist, der Dritte immer geschützt, wenn er nur das Erlöschen nicht kannte. Auch stellen die andern Gesetze vor dem BGB (§ 173) fast immer nur auf das Nichtkennen ab.<sup>36)</sup> Dies ergäbe aber dermassen unpraktische Resultate, dass im einzelnen Fall jedes Gericht Art. 51, 2 mit Nachdruck arbeiten lassen würde — ein allerdings weniger bedenkliches Korrektiv als die analoge Verwendung des § 254 im deutschen Recht.<sup>37)</sup> Art. 44 drückt sich übrigens anders aus als Art. 41, 43. Und der gute Glaube wird in Art. 205 (ZGB 933, 714, 2) allgemein als Nichtkennen ohne grobe Fahrlässigkeit erklärt, ganz entsprechend der Definition im BGB § 932, 2. Mindestens der Grobfahrlässige ist gewiss auch bösgläubig im Sinne unserer Artikel. Vergl. Jäger, SchKG 203, 10. Am meisten aber spricht es an, Art. 41, 43 mit Art. 23 und 48 in Parallel zu setzen und bösgläubig jeden zu nennen, der die Vollmachtsendigung wie es jene Artikel ausdrücken „hätte kennen sollen.“

<sup>35)</sup> Hupka, Vollmacht S. 427.

<sup>36)</sup> Vergl. Hupka, a. O. 431 N. 1, der in der Tat auch OR 41, 43 unter diese Gesetze rechnet. Vergl. auch SchKG Art. 204, 2.

<sup>37)</sup> Vergl. etwa Reichsger. Entsch. 57 S. 89 f. (Nicht zu verwechseln damit ist das Verschulden des Beschädigten bei Entstehung des Schadens, Hupka, Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, 1903, S. 234 N. 1).

b) „Hat jemand, ohne dazu ermächtigt zu sein,<sup>38)</sup> als Stellvertreter einen Vertrag abgeschlossen“ (Art. 46) und „wird die Genehmigung... abgelehnt, so kann der andere Teil denjenigen, welcher als Stellvertreter gehandelt hat, auf Schadenersatz belangen, sofern er nicht den Mangel der Vollmacht kannte oder nach den Umständen hätte kennen sollen“ (Art. 48).

Diese Bestimmung umschliesst natürlich sowohl das Handeln ohne Vertretungsmacht überhaupt als jede Ueberschreitung derselben, also z. B. den Fall, dass ein Handlungsbevollmächtigter ein Limito überschreitet; ein Handlungsreisender das Inkasso der von seinem Vorgänger abgeschlossenen Geschäfte besorgt, während er ausnahmsweise dazu nicht befugt ist; ein Provisionsreisender (reisender Agent) gar nicht inkassoberechtigt ist und doch Zahlungen erhebt.

Dass Art. 48 das Vertrauensinteresse im Auge hat, wird deutlich, wenn man dagegen den Art. 821 hält: „Wer eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines andern unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Vollmachtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht erteilt gewesen wäre.“ Weniger klar ist, ob aus dem Vorbild des Art. 48, Art. 954 des Zürcher privatr. Gesetzbuchs, etwas zu folgern sei<sup>39)</sup>: „hat für allen Schaden einzustehen, der aus der Nichtanerkennung des Vertrages folgt.“ Das ist an sich nicht ganz deutlich und überdies formuliert eben Art. 48 den Satz anders. Literatur und Praxis, gerade die Zürcher inbegriffen, legen überwiegend Art 48 im Sinne des Vertrauensschadens aus.<sup>40)</sup> Erfüllung hat der Dritte ganz gewiss nicht zu begehrn.

<sup>38)</sup> Die Beweislast bezüglich des Mangels der Vollmacht ist im BGB § 179 ausdrücklich zu Ungunsten des Vertreters geregelt. Hupka, Haftung 211; Schlossmann, Stellvertretung 2, 396 weisen nach, dass dies das sachgemäss ist. Anders Zürcher OG 9. März 1886, Schw. Bl. f. handelsg. Entsch. 5, 120.

<sup>39)</sup> Hupka, Haftung 78 N. 1 hält dieses Vorbild für ein Argument zu gunsten des positiven Interesses. Dass auch aus den Entwürfen nichts zu folgern sei, legt Burckhardt a. O. 498 f. dar.

<sup>40)</sup> Bundesgericht 25<sup>2</sup>, 855 Erw. 8 (Tod des Vollmachtgebers, Verkäufers); 27<sup>2</sup>, 208 Erw. 5 (vollmachtloser Verzicht auf das Recht aus einem Vorver-

Für das negative Interesse gegenüber dem positiven spricht aber auch die Billigkeit in dem Fall, dass der Vertretene selbst den Mangel seiner Vollmacht nicht kannte, z. B. die Vollmacht von einem Dritten gefälscht wurde, der Vollmachtgeber der Geschäftsfähigkeit ermangelte, die Vollmachtserklärung unrichtig übermittelt ist oder auch der Vertreter über die Tragweite einer Vollmachtseinschränkung<sup>41)</sup> irrite. In solchen Fällen gibt BGB § 179 mit Recht das Vertrauensinteresse; dem OR wird man eine härtere Behaftung des Vertreters schon deshalb nicht zutrauen, weil sonst der von Anfang irrtümlich an eine Vollmacht glaubende Procurator ganz unverhältnismässig schlechter stünde, als der das nachträgliche Erlöschen ignorierende,<sup>42)</sup> welch letzterer durch Art. 44 aus jeder Haftung gegenüber dem Dritten entlassen wird.

Auf der andern Seite fehlt uns dann freilich die Haftung des dolosen Vertreters auf das Erfüllungsinteresse. Aber eben dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen der Betrugslehre, wie sie sich im Deliktsrecht selbst, auf Grund von Art. 50, ergeben.

Zum Vertrauensschaden gehören hier namentlich auch die Kosten eines fruchtlosen Vorprozesses mit dem Prinzipal.

**F.** Das Zivilgesetzbuch hat einen Teil des künftigen Obligationenrechts vorweggenommen und dabei die bisher

---

trag). Früher schon Zürch. OG, Schw. Bl. f. handelsg. Entsch. 7, 375 und (deutlicher) 8, 340. Aus der Lit. s. Melliger, 75 f. 245. Die deutsche zweite Kommission, Prot. 1, 158, nahm an, dass Art. 48 das Erfüllungsinteresse im Auge habe.

<sup>41)</sup> Ein Beispiel enthält der zweite Zürcher Rechtsfall S. 339 Sp. 2; der Vertreter missversteht ein objektiv ziemlich deutliches Telegramm: „Annuliere Limits. Unterlasset Habprozess“, indem er dasselbe „in seinem ganzen Tenor auf diesen Prozess bezieht.“ In diesem Fall dürfte Art. 44 nicht anwendbar sein. Ein Widerruf wirkt mit dem Zugehen; und wenn Art. 44 „Bekanntwerden“ des Erlöschens der Vollmacht fordert, so gilt im Falle der Benachrichtigung durch den Vollmachtgeber der Satz des Bundesgerichts: „Jede Empfangnahme ist als Kenntnisnahme anzurechnen“, BG 32<sup>2</sup>, S. 286. Es wäre übrigens eine dankbare Aufgabe, Art. 44, der bekanntlich seine eigene Geschichte hat (vergl. bes. Dresdner Entw. 715), mit den übrigen Normen des Abschnitts gründlich auseinanderzusetzen.

<sup>42)</sup> Vergl. aber die vorige Anmerkung.

kantonal geregelte Schenkung eingehend normiert. Art. 273 k der Einf. Best. besagt nun:

„Der Schenker ist dem Beschenkten für den Schaden, der diesem aus der Schenkung erwächst, nur im Falle der Arglist oder der groben Fahrlässigkeit verantwortlich.“

Im übrigen hat er ihm für die geschenkte Sache oder die abgetretene Forderung nur die Gewähr zu leisten, die er ihm versprochen hat.“

Die ganze Bestimmung sowie namentlich der Gegensatz zwischen Abs. 1 und Abs. 2 erhalten gewissermassen ihren Kommentar durch das deutsche Gesetzbuch und dessen herrschende Auslegung. Der Schenker haftet für arglistiges Verschweigen eines Mangels im Rechte (§ 523, 1) oder eines Fehlers der Sache (§ 524, 1); und zudem ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Dasselbe gilt für die Erbschaftsschenkung, § 2385 Abs. 2 Satz 2. Dabei ist das negative Interesse gemeint.<sup>43)</sup> In Abs. 2 von § 523 und § 524 wird im Gegensatz dazu, wenn die Leistung eines erst zu erwerbenden Gegenstandes versprochen ist, unter bestimmten Voraussetzungen Gewährleistung vorgeschrieben und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugebilligt. Art. 273 k, Abs. 1 unterscheidet sich nun von §§ 523, 1; 524, 1 sachlich wohl nur durch die Einbeziehung von *culpa lata* (vergl. BGB a. O. jeweils Abs. 2); Abs. 2 hat auf den im deutschen Gesetz als selbstverständlich übergegangenen Fall der Garantie Bezug. Also haftet der Schenker nach Art. 273 k wegen eines arglistig oder grobfahrlässig<sup>44)</sup> verschwiegenen Rechts- oder Sachmangels für denjenigen Schaden, welcher dem Beschenkten durch das Vertrauen auf unanfechtbaren Erwerb erwächst oder dadurch, dass z. B. das geschenkte kranke Tier den Viehbestand verseucht, niemals aber auf das Erfüllungsinteresse.

<sup>43)</sup> Nach „Prot. II 27 und der anscheinend allgemein anerkannten Lehre“, Oertmann 2 455. Details bei H. A. Fischer, Schaden 133.

<sup>44)</sup> Für den Zeitpunkt des Kennen-müssens dürfte in den in §§ 523, 2; 524, 2 beschriebenen Tatbeständen dasselbe gelten wie ebendort im BGB.

Eine analoge Bestimmung trifft BGB § 600 bei der Leihe. Nach dem OR Art. 113 haftet der Leiher „milder“ als ein bei dem Geschäft interessierter Schuldner, also im allgemeinen wegen dolus und culpa lata. Mindestens sobald das Zivilgesetzbuch in Kraft getreten sein wird, wird sich die entsprechende Anwendung des in Art. 273 k EB geformten Rechtsatzes nicht abweisen lassen.

**G.** Nach Art. 92 ZGB hat, wer ein Verlöbnis ungerechtfertigt bricht oder an der Auflösung schuld ist, „für die Veranstaltungen, die mit Hinsicht auf die Eheschliessung in guten Treuen getroffen worden sind, einen angemessenen Ersatz zu leisten.“ Dadurch ist nur ein Teil des negativen Interesses zugebilligt. Vergl. BGB § 1298 f.

Im übrigen sei nochmals betont, dass die für Verträge geltenden Bestimmungen einer vorsichtigen Ausdehnung auf Rechtsgeschäfte überhaupt unterliegen (vergl. z. B. BGB § 180); und in einem noch schwieriger abzuschätzenden Masse selbst über den Kreis der Rechtsgeschäfte hinaus auf gewisse sonstige Rechtshandlungen, die erst die neueste Doktrin einer eingehenden Betrachtung würdigt, und die hier unmöglich erledigt werden können.

Gar nicht hieher aber gehört das „Vertrauen auf äussere Tatbestände“, wie Wellspacher es nennt, wo das schützende Gesetz nicht von rechtsgeschäftlichen Abschlüssen ausgeht, oder wo es das Vertrauen auf einen Rechtserwerb geradezu mit dem Erwerb selbst belohnt; und vollends nichts zu tun haben wir mit dem Ersatz eines „negativen Interesses,“ das nicht Vertrauensschaden ist, wie z. B. ein sein negotium nicht beendender Geschäftsführer ohne Auftrag dem Geschäftsherrn den Schaden zu ersetzen hat, welcher nicht entstanden wäre, wenn sich ersterer nicht eingemengt hätte.<sup>45)</sup>

Herkömmlich beschränkt sich endlich unsere Lehre, von der Stellvertretung abgesehen, auf das Verhältnis des eine Willenserklärung Abgebenden zu einem Empfänger der Erklärung. Auch in dieser die Personen angehenden Beziehung

---

<sup>45)</sup> Vergl. Reichsgericht 63, S. 287.

erweitert sich der Wirkungskreis des Vertrauensinteresses neuerdings zusehends. Vergl. betreffs der Ersatzberechtigten BGB § 122 („jedem Dritten“); ZGB 92 („Eltern oder dritten Personen etc.“) und die Bestimmung über die Auskündigung; betreffs der Verpflichteten ZGB 333.

Es sei gestattet, mit umso grösserem Nachdruck auf alle diese Annexe der Lehre hinzuweisen, als dadurch den folgenden allgemeinen Erörterungen von vornherein das Gepräge einer bloss relativen Richtigkeit aufgedrückt wird. Aber die Wissenschaft kann eben nur tastend vorwärts gehen. Es wäre ein Circulus vitiosus, noch ganz zweifelhafte oder aber vom Gesetz nebenher erledigte und daher systematisch nicht ganz sicher unterzubringende Rechtssätze mit zur Grundlage zu nehmen, wenn erst der grundsätzliche Gedanke der anerkanntermassen hauptsächlichen Gesetzesstellen selbst zur Prüfung steht. Dies ist aber wenigstens für das schweizerische Recht der Fall.

### III. Allgemeines.

**A.** Die zahlreichen Begründungsversuche, die das gemeine Recht der Haftung auf das negative Vertrauensinteresse angedeihen liess,<sup>46)</sup> sind fast sämtlich erledigt. Einverständnis dürfte namentlich darüber herrschen, dass es eine Haftung ex lege ist. Ein Garantievertrag kann daneben vorliegen. Der durch ihn erzeugte Anspruch unterliegt den Kontraktgrundsätzen über Verjährung, u. a.; Pfandrecht und Bürgschaft erstrecken sich im Zweifel auf ihn.

**B. Der Rechtsgrund der Haftung.** Wohl nach französischen Vorbildern, zitiert Hafner's Kommentar allenthalben in den oben erörterten Gesetzartikeln des OR beim Worte „Schadensersatz“: „Art. 50 ff.“<sup>47)</sup> Derartige Ansichten scheinen auf die Verfasser des obligationenrechtlichen Entwurfs von 1905 Eindruck gemacht zu haben. Der neue Art. 1055, der dem

<sup>46)</sup> Vergl. etwa Brock, Neg. Vertr. Int. 39 ff. 149 ff.

<sup>47)</sup> Noch deutlicher Melliger 160 u. ö. Auch C. Chr. Burckhardt a. O. 498, 520 bezeichnet Art. 23, 33 als „Einzelanwendungen von Art. 50.“

Art. 48 OR sonst wörtlich folgt, schiebt nach den Worten „auf Schadenersatz belangen“ ein: „(1058 ff.)“ = jetz. 50 ff. Sonst überall ist freilich der jetzige Text beibehalten. 1020, 3 = OR 5, 2; 1043 = OR 23; 1052 = OR 43; ZGB 411, 2 = OR 33, 3. Aber die Meinung muss doch die sein, dass es sich allgemein um eine Haftung *ex delicto* handelt. Denn Art. 48 enthält gewiss nicht mehr Deliktrecht als der Rest. Im Gegenteil, Art. 48 bestimmt eine Haftung ohne Verschulden. Nun mag man noch allenfalls streiten, ob die Titelrubrik „Unerlaubte Handlungen“ des BGB eine Benennung *a potiori* sei oder unmittelbar auch die Kausalhaftungen treffe; und man mag über die „unerlaubte Handlung“ des Entwurfs denken wie immer; im gemeinen Recht zweifelte kaum jemand an der Identität derselben mit dem Delikt, und das schweizerische OR teilt in Art. 55 deutlich diese Terminologie. Die schuldlose Haftung etwa des Art. 67 läuft gerade nur mit. Zudem ist Art. 50 selber der eigentliche Deliktsparagraph. Und darum ist jenes Gesetzeszitat auf alle Fälle verfehlt. Dagegen könnte der Gesetzgeber natürlich vorschreiben, dass die Rechtsfolgen der unerlaubten Handlung i. e. S. sinngemäss auf andere Tatbestände erstreckt werden, obgleich dies in den bisherigen Gesetzen weniger aus inneren Gründen als zufolge eines nicht sehr entwickelten Systems geschehen ist.

In unserem Fall einstweilen weder durch die Oekonomie des Gesetzes noch durch ein gesetzliches Zitat gebunden, dürfen wir mit Bestimmtheit behaupten, dass OR 48 und 821 als Fälle der Verursachungshaftung nicht unerlaubte Handlungen betreffen. In Art. 5, 23, 33 — gewiss nicht im selben Sinn auch in Art. 43 — ist Culpa in contrahendo gefordert; auch da entspricht es indessen einerseits gerade dem Zusammenhang des Gesetzes andererseits der Sachlage, jeden Gedanken an Delikte zu verbannen.

1. Für das System des OR ist am meisten Art. 23 bezeichnend: Der Abschluss eines nichtigen Vertrags ist danach nicht eine widerrechtliche Handlung. Wäre er dies, wäre also beim Verschulden des Kontrahenten ein Delikt gemäss Art. 50 gegeben, so müsste, da Art. 50 Dolus und Culpa

völlig gleichstellt, die fahrlässige Erregung eines Irrtums zum Ersatz verpflichten. Art. 23 aber bestimmt im Gegenteil nur eine Ersatzpflicht des irrenden Teils, nicht des in Irrtum führenden. Bei einem Antiquitätenhändler stehen unter seinen alten Möbeln auch einige wenige moderne. Ein Unerfahrener kauft von letzteren ein Stück zu dem geforderten angemessenen Preise, doch in der Meinung, es sei antik. Er darf das Geschäft wegen wesentlichen Irrtums nichtig erklären, aber er darf nicht seine hohen Transport- und Unterbringungskosten anrechnen, auch wenn es als Fahrlässigkeit des Händlers gelten sollte, dass er seinen Kunden auf die exzessionelle Natur des Verkaufgegenstandes nicht aufmerksam machte. Diese durchaus sachgemäße Regelung geht aus Art. 23 deutlich hervor.

Auch in den übrigen Fällen muss das gleiche angenommen werden; der Kontraktschluss an sich ist nicht rechtswidrig.<sup>48)</sup> Sonst wären alle oben besprochenen Gesetzesstellen überflüssig und unbegreiflich, indem sie besondere Voraussetzungen der Haftung normieren, die nach Art. 50 ff., wo Rechtswidrigkeit und Verschulden zum Tatbestand genügen, fehlen dürften.<sup>49)</sup>

Vielleicht noch eklatanter ergibt sich dasselbe jetzt aus dem Zivilgesetzbuch. Art. 19 Abs. 3 besagt, dass urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen aus unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig werden. Daneben ist aber in Art. 411, 2 der Art. 33, 3 OR wiederholt, also der Abschluss eines genehmigungsbedürftigen nicht genehmigten Vertrages durch einen Bevormundeten nur dann zum Ersatzgrund erhoben, wenn eine „Verleitung“ stattfand. Wie sinnlos, wenn auch ohne solche Verleitung eine unerlaubte Handlung vorläge, da diese doch schon nach Art. 19 haftbar machen würde.

---

<sup>48)</sup> Dies und alles Folgende steht im vollsten Gegensatze zur Lehre Melligers, sowohl S. 68 als S. 160, 220. Er bringt es auch wirklich fertig, Art. 23 und 33, 3 als überflüssig zu bezeichnen.

<sup>49)</sup> Hätten wir keine Spezialnormen, so wäre die Benutzung von Art. 50 eine Art Notbehelf. Daher soll mit dem im Text gesagten über die Stellungnahme zum französischen Code civil nicht abgeurteilt sein.

Nach schweizerischem Recht gibt es also keinen allgemeinen Rechtssatz der Art, wie ihn jetzt etwa Kuhlenbeck<sup>50)</sup> aufstellt: immer wenn eine Erklärung nichtig ist, habe der dadurch geschädigte Erklärungsempfänger einen Anspruch auf das negative Interesse, wenn er nicht selbst den Grund der Nichtigkeit kannte oder kennen musste. Ein solcher Satz geht aber auch für das BGB viel zu weit. Er müsste z. B. eingreifen, wenn das Geschäft wegen Formmangels nichtig wird.

Erlaubt ist der Wissenschaft hüben und drüben die umsichtige Analogiebildung zu den im Gesetz erheblich erklärten Einzeltatbeständen. Dafür zwei Beispiele.

„In Uebereinstimmung mit einem heutzutage nahezu allgemein anerkannten Verkehrsbedürfnisse wie mit der Praxis und der Gesetzgebung“<sup>51)</sup> gewährt BGB § 307 das negative Vertragsinteresse bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit der Leistung. Das schw. OR schweigt<sup>52)</sup> davon kaum absichtlich; pflegt doch auch die französische Iudikatur heute noch den Schadenersatz im Falle von CC 1128 zu vergessen.<sup>53)</sup> Der Rechtsgrund der fraglichen Haftung ist nun allerdings genau betrachtet ein anderer<sup>54)</sup> als derjenige des Art. 23. Trotzdem ergibt der letztere Art. wenigstens eine ausreichende äussere Analogie. Die zweifelhafte Frage, ob auch der Versprechensempfänger wegen schuldhafter Unkenntnis der Unmöglichkeit hafte, würde ich entsprechend dieser Analogie bejahen, da auch der Irrtum auf Seiten des Gläubigers auftreten kann.

<sup>50)</sup> Deutsche Juristenzeitung 10, 1905, 1145. Gegen ihn P. Klein, ebenda 11, 1906, 596 und (mir derzeit nicht zugänglich) Seufferts Bl. f. Rechtsanw. 72, 140 ff.

<sup>51)</sup> Motive zum Entw. I, 2, 178 mit Belegen N. 2.

<sup>52)</sup> Man könnte freilich daran denken, mit oder ohne Zwang Art. 110 zu gunsten des Erfüllungsinteresses des Unmögliches Schuldenden zu verwenden. Aber die dort vorausgesetzte „Verbindlichkeit“ fehlt, wenn der Vertrag nach Art. 17 nichtig ist. Melliger, 193 will auch hier mit Art. 50 helfen.

<sup>53)</sup> Vergl. Mélanges Gérardin, 1907, p. 477. Im allg. Legros p. 136 et ss. Roux p. 118 et ss.

<sup>54)</sup> Unten S. 322 N. 57.

Schon innerlich gerechtfertigt ist die sinngemäße Anwendung des Art. 23 auf die *condictio indebiti*. Das Entsprechende hat für das deutsche Recht jüngst v. Tuhr<sup>55)</sup> zur Evidenz nachgewiesen. Es genügt nicht, den eine Nichtschuld Kondizierenden auf die Bereicherung einzuschränken. Der gutgläubige Gegner hat auch den Anspruch auf Ersatz der Kosten der Herausgabe, auf Ersatz, wenn er in der Meinung die Forderung sei eingebbracht, das rechtzeitige Vorgehen gegen den wirklich Verpflichteten unterliess u. s. w. Derartige Gegenansprüche gehören aber systematisch richtig nicht unter die Minderung der Bereicherung, sondern unter den Begriff des negativen Interesses. (Dabei scheidet vorläufig eine m. E. für das deutsche Recht bestehende Schwierigkeit aus, da Art. 23 nur den fahrlässig Irrenden behaftet. Stehen sich Pseudoschuldner und Gläubiger gegenüber, welche beide nicht in *Culpa* versieren, so wäre es wohl fraglich, ob billigerweise der Schuldner wirklich auf eigene Gefahr zahlen müsse, wie es die Analogie von § 119 mit sich brächte. Es bleibt ein ander Ding, ob jemand sich im Vertrauen auf eine gegnerische Erklärung in einen Vertragsschluss einlässt oder ob er die Erfüllung einer von ihm selbst in Anspruch genommenen Forderung akzeptiert. Auch hier scheint vielmehr der Tuhr'sche Gedanke (S. 317, 320) ein Plätzchen zu verdienen: dass wer in einen fremden Rechtskreis eingreift — und das tat doch auch der Gläubiger durch Einziehung einer Leistung aus dem Vermögen des Nichtschuldners — den ihm selbst durch den Eingriff entstehenden Schaden prinzipiell auch selbst trägt.)

2. Der Vertragsschluss ist nicht rechtswidrig. Ist aber nun vielleicht so zu argumentieren: in den Art. 5, 23 u. s. w. sind bestimmte Tatbestände als rechtswidrig gekennzeichnet, also liegt beim Hinzutritt von Verschulden ein Delikt vor? Diese Meinung ist, da sie auf die schuldlose Haftung nicht passt, von vornherein wenig anziehend. Die einschlägigen Gesetzesbestimmungen des Schw. OR sind zufolge ihrer dogmen-

---

<sup>55)</sup> *Festschr. f. Bekker*, 314 ff. bes. 316.

geschichtlichen Herkunft durch den gemeinsamen Gedanken umschlungen, welcher der Jhering'schen und so vielen andern Abhandlungen den Titel gab: Schadensersatz bei nichtigen Verträgen. Dürfen wir sie nachträglich in Delikte und Quasidelikte auseinanderreissen? Gehen wir lieber auf den Grundgedanken zurück!

Die nähere Umgrenzung der Tatbestände ist positiv-rechtlich in verschiedener Weise geschaffen. Bald verlangt das Gesetz Culpa, bald nicht. Die Legislative bestrebt sich, indem sie so verfährt, die Interessenkonflikte, um die es sich allemal handelt, sachgemäss zu schlichten, jeweils das schutzwürdigere Interesse mit stärkerem Schutz zu umkleiden. Das Gesetz will, die eine Partei entlastend, das Rechtsgeschäft vernichten; um die andere nicht zu hart zu treffen, deren Vertrauen auf den Geschäftsbestand unter bestimmten Voraussetzungen berücksichtigen. Dabei nimmt unser Gesetz in die Voraussetzungen der Ersatzpflicht des Irrenden die Fahrlässigkeit auf, das deutsche Gesetz nicht; beide lassen den falsus procurator ohne Verschulden haften, das Preussische (arg. I 5, § 284) nicht.<sup>56)</sup> Ob das eine oder andere, das Wesen des Anspruchs kann davon nicht abhängen. Die Culpa in contrahendo ist weder das einzige noch selbst das hauptsächliche Merkmal des Tatbestandes.

Will man aus letzterem jeweils ein Moment herausheben, um es als Rechtsgrund der Haftung zu bezeichnen, so wird es in den seltensten Fällen die Verletzung einer Pflicht sein dürfen, und kaum je sein müssen. Viel eher mag neben dem Umstand, welcher das Vertrauen erregt — Willenserklärung, oder was dem gleichgesetzt wird — als Rechtsgrund jener Umstand gelten, welcher das Vertrauen enttäuscht. Je nach Lage der Sache sticht einer dieser beiden Umstände mehr hervor; namentlich wenn er im Gegensatz zum andern eine willkürliche Handlung des Ersatzpflichtigen einschliesst. Daher wird mit Recht für die Haftung des Ver-

---

<sup>56)</sup> Vergl. Hupka, Haftung des Vertreters 38 f. Wie CC 1997 (ebenda 43) zu verstehen sei, lasse ich dahingestellt.

treters ohne Vertretungsmacht der das Vertrauen erregende Umstand als Rechtsgrund bezeichnet; dies ist nach Hölder (zu § 179) und Hupka<sup>57)</sup> die ausdrückliche oder stillschweigende Behauptung des Vertreters, Vertretungsmacht zu haben. Ebenso ist Rechtsgrund nach Art. 33 die Behauptung des Minderjährigen u. s. w., grossjährig u. s. w. zu sein. Nach Art. 43 ist der Haftungsgrund die Tatsache, dass eine Vollmachtsurkunde sich in Händen des Vertreters befindet. Auf der andern Seite kennzeichnet wieder richtig v. Tühr<sup>58)</sup> als Grund der Haftung eines irrenden Vertragsteils die Anfechtung; derselben entspricht im schweiz. Recht die Erklärung, den Vertrag nicht gelten zu lassen. Eine ebensolche Erklärung entscheidet nach Art. 5; und nach Art. 1023 des Entwurfs nimmt der Widerruf der Auskündigung eine analoge Stellung ein, nach ZGB 92, BGB § 1298 der Verlöbnisbruch.

Auf einige Fälle sind diese Behauptungen allerdings nicht anwendbar. Wenn der Promittent oder Promissar einer unmöglichen Leistung (BGB § 307), wenn der Schenker oder Leiherr eines mangelhaften Gegenstandes (§§ 523 f., 600, ZGB EB 273 k), nur zufolge Arglist oder omnis bezw. lata culpa haften, so ist es gewiss angängig, ihre Verantwortlichkeit geradezu von der schuldhaften Verletzung einer Pflicht abzuleiten. Diese Fälle haben indessen etwas Besonderes an sich. Bei Schenkung und Leiherr ist der Vertrag gültig; jene Ansprüche sind speziell geartete Vertragsansprüche. Der auf eine

<sup>57)</sup> Haftung des Vertreters S. 91. Er betrachtet S. 92 ff. diesen Gedanken nur als Sonderausfluss eines viel allgemeineren: der Haftung aus der unrichtigen Behauptung. Gegen seine Liste (S. 93) der Wirkungen dieses gewiss mit grosser Gestaltungskraft begabten Gedankens ist allerdings manches einzuwenden. So haftet der Promittent wegen ursprünglicher Unmöglichkeit nach § 307 BGB auf das negative Interesse, wenn er die Unmöglichkeit (richtiger: das Leistungshindernis) kennen muss, ohne dass er das geringste mehr von der Möglichkeit „behauptet“ als sein Vertragsgegner. Dies ist der Grund, aus welchem ich in der Festschrift für Bekker von einer Fruchtbarmachung der Lehre Hupkas für die in § 307 behandelte Materie Abstand nehmen musste. Im übrigen vgl. Kipp, ZfHR 57, 221 ff.; Wellspacher, Vertrauen auf äussere Tatbestände 76 Nr. 13.

<sup>58)</sup> Festschr. f. Bekker, 293 ff.

unmögliche Leistung gerichtete Vertrag freilich ist nach § 307 nichtig; aber gerade das ist ein Rechtssatz, der in noch ganz anderem Sinn als die Irrtumslehre einem ererbten Dogma entfliesst. Nicht erst eine Anfechtung, sondern die Unmöglichkeit selber, ein von den Parteien unabhängiger Umstand, vernichtet den Vertrag. § 307 statuiert nicht wie § 122 eine Gegenpflicht des Anfechtenden; er enthält ein dem Gedanken des § 306 ganz fremdes Element und ist nur als Konzession an den richtigen, dem § 306 zuwiderlaufenden Gedanken zu verstehen, dass die Verpflichtung zum impossibile nicht immer unwirksam ist. Die Ersatzpflicht des Promittenten ist ein Rest nicht bloss des Vertragsabschlusses sondern des Vertragsversprechens; die des Promissars stammt aus seinem Versprechen der Gegenleistung. Paradig mata des Schadenersatzes bei nichtigen Verträgen haben wir hier also nicht vor uns.

**C. Die Natur des Anspruchs.** Die fraglichen Ersatzpflichten entstehen nicht aus einem Delikt und von wenigen Ausnahmen abgesehen nicht aus dem Vertrage. Die Systematik des Gesetzes nötigt uns daher, die beherrschenden Rechtssätze auf eigenem Weg zu suchen.

a) Das Verhältnis zu den Deliktsansprüchen ist soweit genügend erörtert, dass nur noch die Möglichkeit der Konkurrenz eines Deliktanspruchs zu erwähnen bleibt. Eine solche findet statt bei einer Täuschung und bei sonstiger absichtlicher gegen die guten Sitten verstossenden Schädigung (BGB § 826; Entw. v. 1905 Art. 1058 Abs. 2). Kontrovers ist im deutschen Recht, ob die *actio doli* aus §§ 823, 826 dem Betrogenen auch die Beseitigung des Geschäfts ermöglicht, wenn die Frist zur Anfechtung (§ 124) versäumt ist.<sup>59)</sup> Nach OR 28 gilt aber der Vertrag nach Jahresfrist als „genehmigt“, der dort Abs. 2 vorbehaltene Schadenersatz begreift daher nie die Restitution in sich.

Fahrlässigkeit in contrahendo liesse sich nur dann als Grundlage einer Konkurrenz der speziell geregelten Ansprüche

<sup>59)</sup> Vergl. Staudinger-Riezler, 1, 404 gegen RG 63, 268; aber auch Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1901, p. 402 et s.

mit dem Deliktanspruch auffassen, wenn man auch bei Verletzung von vertraglichen Pflichten eine Konkurrenz annehmen wollte. Dies ist bekanntlich, einzelne besonders gelagerte Fälle ausgenommen, im deutschen Recht äusserst bestritten. Der im BGB nicht adoptierte allgemeine Deliktsbegriff des Art. 50 OR vermehrt wohl eher die Bedenken gegen eine umfassende Anspruchs- oder Gesetzeskonkurrenz.<sup>59a)</sup>

b) Der Anspruch auf das Vertrauensinteresse steht innerlich den vertraglichen zweifellos näher als den deliktischen. Mehrere deutsche Schriftsteller unterstellen ihn sogar grundsätzlich dem Vertragsrecht. Er beruhe auf „einer Verletzung rechtsgeschäftlicher, weil beim Abschluss von Rechtsgeschäften auftauchender Pflichten.“<sup>60)</sup> Diese Ansicht stimmt ungefähr mit derjenigen des Preuss. Allg. Landrechts überein:

„I 5, 284. Was wegen des bei Erfüllung des Vertrags zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch für den Fall, wenn einer der Kontrahenten bei Abschliessung des Vertrags die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat.“

Doch das Landrecht statuiert nur eine Verpflichtung aus culpa in contrahendo. Und da auch jene Formulierung nur auf sie passt, wird sie den oben dargelegten wichtigeren Bestandteilen des Haftungsgrundes nicht gerecht, noch viel weniger der Zusammengehörigkeit mindestens der bereits traditionellen Haftungsfälle. Ist eine bei den Vorverhandlungen zu wahrende Verpflichtung verletzt, wenn schuldlos ein Irrtum unterlief? Oder eine Auslobung widerrufen wird? Von einer rechtsgeschäftlichen oder quasirechtsgeschäftlichen Pflicht ist da nichts zu sehen.

Aber der Entstehungsgrund entscheidet ja nicht durchaus über die juristische Struktur der Ansprüche. Die unsrigen sind mit den kontraktlichen nichtsdestoweniger verwandt. Die

<sup>59a)</sup> Betreffs der französischen Diskussion über das Verhältnis des kontraktlichen zu dem deliktischen Verschulden s. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, 2me éd., 1901, 430 et ss.

<sup>60)</sup> So formuliert Oertmann, *Schuldverh.* 2 132; er selbst hat übrigens wohl nur § 307 im Auge.

Uebersicht wird jetzt allerdings durch einige sich an den alten Kern der Lehre anschliessende Konstellationen erschwert, wie vorhin (II G a. E.) angedeutet wurde. Halten wir uns für heute an die drei massgeblichen §§ des BGB (122, 179 f., 307) und die fünf des OR (Art. 5, 23, 33, 43, 48), so ist auf den ersten Blick ersichtlich, dass in allen Fällen das Gesetz — extensive Interpretation bei Seite — eine unwirksame<sup>61)</sup> als wirksam erscheinende rechtsgeschäftliche Willenserklärung im Auge hat, mag diese auch eine einseitige nicht empfangsbedürftige sein, mag sie eine fremde oder eigene (Art. 5) sein. Damit stellt sich der Anspruch auf das negative Interesse als ein Residuum des scheiternden Rechtsgeschäfts dar. Nicht dass ein unwirksamer Vertrag, wie auf Grund von D 18, I l. 62 § 1 gelehrt wurde, vertragliche Nebenwirkungen erzeugen würde. Aber aus dem Verlaufe der Verhandlungen vor oder des Verhaltens bei und nach dem Vertragsschluss nimmt das Gesetz eine Tatsache heraus, um an sie Rechtsfolgen zu knüpfen, die ihrem rechtspolitischen Charakter nach die Vertragsfolgen teilweise ersetzen sollen. Das Recht auf das Vertrauensinteresse ist das schwächere Surrogat des Rechtes auf Erfüllung; beide sind weniger dem Grunde als dem Ziele nach verwandt, dem Grunde nach notwendigerweise nur insofern, als der äussere Schein eines Rechtsgeschäfts für beide vorhanden sein muss. Dies genügt aber, um die Konsequenzen der soeben abgelehnten Lehre dennoch anzunehmen. Da das Gesetz uns nun einmal zwingt, zwischen den Rechtsfolgen einer Vertragsverletzung und eines Delikts zu wählen, so sind die ersteren als Muster vorzuziehen. So ist also die Verjährung die gewöhnliche der betreffenden Kontraktssklage, nicht die einjährige des Art. 69. Wo eine Fahrlässigkeit zu den Entstehungsbedingungen gehört, ist ihr Grad nach den jeweiligen Kontrakts-

---

<sup>61)</sup> Die widerrufene Auskündigung des Entwurfs wird zwar m. E. nicht „unwirksam“ im eigentlichen Sinn, aber der Anspruch ist doch wohl ein ausservertraglicher, und zugleich den vertraglichen sehr nahestehender. — Zum Verhältnis zwischen der Willenserklärung und dem Rechtsgeschäft nach BGB s. neuestens Schlossmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, in der Festgabe Kiel für Hänel, 1907, bes. S. 10 des S. A.

grundsätzen zu bemessen;<sup>62)</sup> der Schenker z.B. haftet nur für grobe Fahrlässigkeit.

c) Die prinzipielle Beurteilung des Interesseanspruchs nach dem Massstab des jeweils gescheiterten Geschäfts ergibt aber noch einige weitere Folgen.

1. Das negative Interesse als geringerer Ersatz des rechtsgeschäftlichen Erfolges kann nicht härter auf dem Ersatzpflichtigen lasten als letzterer. „Der Beschädigte kann sich nicht beklagen, wenn das Geschäft als gültig behandelt wird.“<sup>63)</sup> Daraus resultiert auch für das schweizerische Recht jene Höchstgrenze, die §§ 122, 179, 307 BGB ausdrücklich festsetzen. Das negative Interesse darf nicht höher sein als das positive. Jemand kauft z. B. von einem falsus procurator Weizen zu 100 und mietet ein grosses Lagerhaus zur Aufbewahrung. Darauf stellt sich heraus, dass der Weizen auf 80 gesunken ist. Das Erfüllungsinteresse ist Null. Die Spesen bleiben danach auf dem Käufer hängen, und das muss sein. Die Miete fällt in seine Spekulation; der Lagerzins sollte durch den Geschäftsgewinn gedeckt werden. Der Gewinn ist aber nicht dadurch vereitelt, dass als Verkäufer ein Vertreter ohne Vertretungsmacht fungierte. Entsprechend darf man niemals mehr fordern als bei juristisch normalem Abschluss an Gewinn erzielt worden wäre. Die Maximalschranke wirkt demnach wohltätig als Regler der Spekulation.<sup>64)</sup> Für einen auf Art. 50 gestützten Anspruch gilt sie natürlich nicht.<sup>65)</sup>.

2. Nach schweizerischem Recht unterscheiden sich Delikts- und Vertragsgrundsätze: indem ein nicht vermögensrechtlicher Nachteil nur nach ersteren (Art. 55) zu ersetzen ist — etwa enttäuschter Ehrgeiz eines Lieferanten, der bei einer öffentlichen Submission um die Selbstkosten arbeiten, oder eines Bildhauers, der seine Statue öffentlich aufstellen will, Unge-

<sup>62)</sup> Dass jedenfalls, unabhängig von der Konstruktionsfrage, das Gegen teil gelten müsste, haben die D. Motive 1, 195 zu Unrecht behauptet.

<sup>63)</sup> Cromé, Bürg. Recht 1, 414.

<sup>64)</sup> Vergl. dazu Wilutzki, Das Recht 5, 1901, 191.

<sup>65)</sup> Vergl. etwa Fr. Mommsen, Erörterungen 2, 54; Staudinger Riezler 405.

legenheiten und Aerger<sup>66)</sup> kämen daher nicht in Betracht<sup>67)</sup> —; und indem Art. 51, 2 die Voraussehbarkeit des Schadens anders berücksichtigt als Art. 116 Abs. 1 und 3. Dagegen ist die Billigkeitserwägung des Art. 51, 2 auf das Vertragsrecht analog anwendbar.

3. Ueberall, ausgenommen Art. 33, 822, ist Geschäftsfähigkeit des Ersatzpflichtigen zu verlangen. Urteilsfähigkeit genügt nicht. BGB § 179 i. f. erkennt dies rücksichtlich des Stellvertreters ohne Vertretungsmacht, durch § 165 veranlasst, ausdrücklich an.<sup>68)</sup> Dasselbe gilt m. E. in der Schweiz.<sup>69)</sup>

4. Begriffsgemäss hätte, wer den Vertrauensschaden einklagt, Bestand und Umfang des Schadens zu erweisen, wobei ihm nur die freie richterliche Beweiswürdigung — die sich nach angemessener Praxis auch auf den Kausalzusammenhang erstreckt<sup>70)</sup> — zu Hilfe käme. Diese Unterstützung wird aber öfter für den kaufmännischen Warenverkehr zu einer generellen Vermutung des Inhalts gesteigert, dass dem Kläger durch den Geschäftsschluss ein gleichen Ertrag abwerfendes Geschäft entgangen sei. In der Tat kann der Umsatz bei vielen Gegenständen des Handelsverkehrs typisch so schnell gehen, dass der Richter vermuten darf, der Kläger hätte mangels des hinfälligen Geschäfts ein anderes abgeschlossen. Auch eine Präsumption für die Gleichwertigkeit des Geschäftes mag etwa bei Waren stattfinden, die einen Markt- oder Börsenpreis haben. Trifft sie zu, so ist der Beweis des negativen Interesses mit demjenigen des positiven identisch.

5. Besonderes ist von dem Fall zu sagen, dass der Ersatzberechtigte seine Leistung bereits bewirkt hat. Nach Kipp's sehr anziehender Lehre<sup>71)</sup> haftet der Gegner für die Zurück-

<sup>66)</sup> Ueber letztere s. Schlossmann, Irrtum über wesentliche Eigenschaften (O. Fischer's Abh. 9, 3) S. 23.

<sup>67)</sup> Vergl. aber ZGB 93.

<sup>68)</sup> Ueber die ratio s. Crome, a. O. 471 N. 13.

<sup>69)</sup> Gegenteilig Melliger, 77.

<sup>70)</sup> Rümelin, Arch. f. d. ziv. Praxis 90, 291.

<sup>71)</sup> Bei Windscheid, Pand. 9. Aufl. 2, S. 73 7. 8.

gabe eben auf Grund der gesetzlich speziell normierten Ersatzpflicht, d. h. ohne Rücksicht auf seine Bereicherung. Er haftet also für jedes Verschulden, das ihm die Rückstellung verunmöglicht. Kipp folgert weiter: er haftet mindestens auf den Marktwert der Leistung. Nach Ansicht des genannten Gelehrten bildet nämlich der Marktwert stets das ohne weiteren Beweis anzunehmende Minimum eines Schadens, Gegenbeweis natürlich vorbehalten. Unser Kläger müsste danach, um das *verum pretium* zu erlangen, nicht den Beweis führen, er hätte die Leistung bei einem andern unterbringen können. Gegen diese Lehre kann ich jedoch nicht alle Bedenken unterdrücken. Der vollentwickelte romanistische Interessebegriff geht bewusst von dem *verum pretium* ab, und für allgemeine Beweisregeln der gedachten Art scheint die Rechtfertigung in den Lebensverhältnissen nicht völlig durchgreifend gegeben. So wäre in dem Beispielsfalle Kipp's: jemand übernachtet irrtümlich in einem andern Hôtel als er wollte, eine Vermutung dafür nicht ohne weiters einleuchtend, dass der „Schaden“ des Hôteliers in dem Preis des Zimmers bestehe. Vermuten lässt sich wohl nur, u. z. nur unter Umständen, z. B. in der haute saison, er habe das Zimmer anderweitig vermieten können. Uebrigens deckt hier schon der Bereicherungsanspruch die Preisforderung,<sup>72)</sup> da der Gast den Gegenwert des für das Zimmer üblichen Preises genoss (BGB § 818, 2), wobei wir wie natürlich auch Kipp voraussetzen, die Anfechtung wegen Irrtums sei im einzelnen Fall überhaupt möglich. Sie wäre ausgeschlossen, wenn der Gast gerade durch Benützung des Zimmers zeigte, dass er es auch „bei Kenntnis der Sachlage“ genommen hätte. Die Ausführungen Kipp's verdienen aber zweifellos eine umfänglichere Würdigung im Rahmen der allgemeinen Interesse-Lehre.

---

<sup>72)</sup> Ein wichtiger Ersatz des Vertragsanspruchs ist bekanntlich auch die *actio negotiorum gestorum contraria*.