

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 37 (1918)

Artikel: Über den Ersatz des "aus dem Dahinfallen des Vertrages" erwachsenen Schadens

Autor: Simonius, August

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896007>

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: 12.01.2026

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

Über den Ersatz des „aus dem Dahinfallen des Vertrages“ erwachsenen Schadens.

Von Dr. AUGUST SIMONIUS in Basel.

Den Gedanken des Schadensersatzes bei nichtigen Verträgen kannte schon das OR alter Fassung: Insbesondere wurde der neueren Auslegung gemäss auf Grund der Artikel 23 und 48, die beide von Schadensersatz schlechthin sprechen, der Schaden vergütet, den der Kläger im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hatte, das sogenannte negative Vertragsinteresse.

Einen ausdrücklichen Hinweis auf den Ersatz dieses Interesses finden wir aber erst im revidierten OR.

Art. 26 I: Hat der Irrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so ist er zum Ersatze des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens verpflichtet, es sei denn, dass der andere den Irrtum gekannt habe oder hätte kennen sollen.

Art. 39 I: Wird die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt, so kann derjenige, der als Stellvertreter gehandelt hat, auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens belangt werden, sofern er nicht nachweist, dass der Andere den Mangel der Vollmacht kannte oder hätte kennen sollen.

Der „aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsene Schaden“ bedeutet das negative Vertragsinteresse¹⁾, das-

¹⁾ Botschaft zum revidierten OR 1909, S. 12, Sten. Bull. 1910, S. 164.

selbe, was das deutsche BGB (z. B. 122) den Schaden nennt, „den der Andere dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut“.

Mit der neuen Fassung, die als „redaktionelle Änderung“ erst in den Entwurf von 1909 aufgenommen wurde, sollten die Zweifel über die Auslegung der bisherigen Artikel 23 und 48 endgültig behoben werden; man konnte bisher immer noch schwanken, ob man da unter Schadensersatz das Erfüllungsinteresse oder das negative Vertragsinteresse zu verstehen habe.

Von Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens spricht das revidierte OR an einer weitem Stelle: Art. 109:

Wer vom Verträge zurücktritt, kann die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern.

Überdies hat er Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

Auch hier denkt das Gesetz an das negative Vertragsinteresse²⁾; die entsprechenden Artikel 124, 125 alter Fassung liessen die Frage offen.³⁾

Es handelt sich aber in 109 um Nichterfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit; so verwendet das OR den Gedanken „negatives Vertragsinteresse“ auch dann, wenn der Schaden nicht infolge Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages entstanden ist.

Die Auslegung des OR⁴⁾ macht einen noch weitergehenden Gebrauch des Begriffs, wobei allerdings keine vollständige Übereinstimmung herrscht: eine ganze Reihe ausserkontraktlicher und kontraktlicher Verpflichtungen zum Schadensersatz werden als Fälle der Verpflichtung

²⁾ Botsch. 1909 a. a. O.

³⁾ B.Ger.E. 39, 2 No. 18.

⁴⁾ Oser, Kommentar, Bem. zu Art. 39; Becker, Kommentar zu Art. 26.

zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses angesehen. So sollen auf den Ersatz dieses Interesses haften, abgesehen von den erwähnten Verpflichtungen aus den Art. 26, 39 und 109 und von der sich an die des Art. 26 anschliessenden Haftung desjenigen, welcher sich eines Botens bedient (Art. 27), sowie desjenigen, welcher durch die von einem Dritten ausgehende Drohung zur Eingehung eines Vertrages bestimmt worden ist (Art. 29):

der Vollmachtgeber (oder dessen Rechtsnachfolger), der nach Erlöschen der Vollmacht den Bevollmächtigten zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde nicht anhält (OR 36)⁵⁾,

der Auslobende, welcher zurücktritt, bevor die Leistung erfolgt (Art. 8)⁶⁾,

der Bevormundete, welcher den andern Teil zu der irrtümlichen Annahme seiner Handlungsfähigkeit verleitet hat (ZGB 411).⁷⁾

Als Sonderanwendungsfälle der Verpflichtung zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses nach Rücktritt des Gegners (Art. 109) gelten u. a. die Verpflichtungen des Verkäufers bei Entwehrung (Art. 195) und bei Wandelung (Art. 208).⁸⁾

Der nach Art. 173 haftende Zedent soll ebenfalls zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses verpflichtet sein⁹⁾; desgleichen der Schenker, der nach Art. 248 dem Beschenkten für den Schaden verantwortlich ist, der diesem aus der Schenkung erwächst.¹⁰⁾

Das negative Vertragsinteresse zu ersetzen hat end-

⁵⁾ Oser a. a. O. zu Art. 36; Becker a. a. O. zu Art. 36; a. A. Fick, Kommentar zu 36.

⁶⁾ Oser zu Art. 8; Becker zu Art. 8.

⁷⁾ Oser, Bem. zu Art. 39; Egger, Kommentar Bem. zu Art. 411 ZGB.

⁸⁾ Oser, zu Art. 195 und 208.

⁹⁾ Oser, Kommentar zu Art. 173; a. A. Becker zu Art. 173; Fick, zu 173.

¹⁰⁾ Rabel, Zeitschr. f. schweiz. R., N. F. 27, S. 314; a. A. Oser zu Art. 248; Fick zu 248.

lich auch der Verlobte, der das Verlöbniß bricht und nach ZGB Art. 92 für die Veranstaltungen, die mit Hinsicht auf die Eheschließung in guten Treuen getroffen worden sind, einen angemessenen Ersatz zu leisten hat.¹¹⁾

Diese Auslegung verläßt nicht die durch das Gesetz gewiesene Bahn: auch nach diesem kann negatives Vertragsinteresse ersetzt werden in Fällen der Unwirksamkeit des Vertrages sowohl wie der Nichterfüllung. Es zeigt sich überhaupt die Tendenz, beschränkte Schadensersatzverpflichtungen auf die Verpflichtung zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses zurückzuführen. Liegt aber darin nicht ein Widerspruch? Als Schadensersatz bei nichtigen Verträgen ist der Ersatz des Vertrauensschadens ein Schadensersatz aus besonderem Rechtsgrunde, als Schadensersatz bei Nichterfüllung ein Ersatz von besonderem Umfang. Und wenn auch alle, oder beinahe alle, erwähnten Verpflichtungen irgendwo bei einem gemeinrechtlichen Schriftsteller als Fälle der Verpflichtung zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses aufgeführt sein werden, so verwendet doch die neuere Lehre (insbesondere die Auslegung des BGB) diesen Begriff viel seltener; über dessen Bedeutung ist sie allerdings noch nicht zu absoluter Klarheit gelangt. Man hätte daher bei uns an die Ausdehnung der Haftung auf Ersatz des Vertrauensschadens nicht ohne eine neue grundsätzliche Erwägung gehen dürfen. Es wären dabei auch die Bedenken der Praktiker zu hören gewesen; denn diese bestreiten noch immer die die Verwendbarkeit des Begriffes.¹²⁾

So dürfte der Versuch einer erneuten Beantwortung der Frage nicht überflüssig sein, was denn unter negativem Vertragsinteresse zu verstehen sei. Im Anschluss daran soll ferner untersucht werden, welche der erwähnten Fälle einer Schadensersatzverpflichtung als solche einer Haftung auf das negative Vertragsinteresse noch angesehen

¹¹⁾ Oser, Bem. zu Art. 39; Egger, Kommentar zu Art. 92.

¹²⁾ Vergl. Wilutzki, das Recht, Bd 5, S. 189 ff.

werden können, und endlich wird die Frage wenigstens aufgeworfen werden, ob der Gedanke überhaupt in unser Schadensersatzrecht passt.

Auf den materiellen Inhalt der einzelnen eine Schadensersatzpflicht bestimmenden Rechtssätze werde ich dabei weiter nicht eingehen. Dass aber für die dogmatische oder rechtspolitische Erklärung dieser Sätze die Bestimmung des Schadens als negatives Vertragsinteresse wenig beiträgt, hoffe ich zeigen zu können.

I.

Was liegt in dem Gedanken des negativen Vertragsinteresses?

Unter gewissen Voraussetzungen scheint es uns gerecht, dass, wer durch Abgabe einer unwirksamen als wirksam erscheinenden rechtsgeschäftlichen Willenserklärung beim Gegner das Vertrauen erweckt, das Geschäft sei gültig abgeschlossen, dem Gegner den dadurch entstehenden Schaden zu ersetzen habe. Die Bestimmung der Fälle, wo dies zutrifft, bildet das sog. Problem des Schadensersatzes bei nichtigen Verträgen.^{12a)} Sofern die Unwirksam-

^{12a)} Genauer: Das Problem des Schadensersatzes bei unwirksamen Willenserklärungen. (Die betr. Sätze unseres OR sind auch auf andere Rechtsgeschäfte anzuwenden; und es gehört z. B. auch die Frage des Schadensersatzes bei Widerruf einer Offerte, also einer erst in Verbindung mit einer andern zu einem Rechtsgeschäfte führenden Willenserklärung hieher.) Bei der Festsetzung einer Schadensersatzverpflichtung kann es sich daher nur dann um einen Lösungsversuch dieses Problems handeln, wenn beim Schädigenden eine unwirksame, äusserlich als wirksam erscheinende Willenserklärung vorliegt, und wenn das gesamte Verhalten des Schädigenden nicht ohnehin unter die Regel des Art. 41 OR fällt; ist diese massgebend, bildet der Ersatz kein Problem. (So scheiden einmal alle Fälle aus, wo die Schadensersatzverpflichtung eine Folge der Nichterfüllung ist; und dann die Fälle, wo die Abgabe der unwirksamen, äusserlich als wirksam erscheinenden Willenserklärung unter Umständen geschieht, die das Verhalten des Erklärenden ohne weiteres als ein rechtswidriges einsehen lassen [vorsätzliche oder fahrlässige Täuschung z. B., vergl. unten

keit auf einem Mangel im Willen beruht, liegt in der Festsetzung einer Schadensersatzverpflichtung ein Zugeständnis der sogenannten Willenstheorie an die Erklärungstheorie; nach dieser wäre in den betreffenden Fällen das Geschäft als gültig anzusehen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten. Die Haftung trotz Unwirksamkeit des Vertrages wird gefordert von der „Verkehrssicherheit“: sie befriedigt eben in gewissen Fällen unser Rechtsgefühl.

Den Schaden, den der Gegner infolge seines Vertrauens auf die Gültigkeit des Vertrages erleidet, nennt man seit Jhering¹³⁾ negatives Vertragsinteresse; auf den Namen ist nichts zu geben; er ist von Jhering „der Kürze halber“¹⁴⁾ eingeführt worden, wie der Name „positives Vertragsinteresse“ für den infolge Nichterfüllung entstandenen Schaden; auch wir brauchen den Namen noch — der Kürze halber. (Die deutsche Theorie zieht „Vertrauensschaden“ vor.)

Schadensersatz ist eine Art der Berichtigung einer Rechtswidrigkeit, eines rechtswidrigen Verhaltens.¹⁵⁾

So wird das Problem des Schadensersatzes bei unwirksamen Verträgen zunächst dadurch gelöst, dass die Voraussetzungen bestimmt werden, unter denen die Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit einer Willenserklärung als rechtswidriges und deshalb zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten erscheint. Ein weiteres

S. 233]. In unserm Rechte, welches jede als rechtswidrig eingesehene Schadenszufügung als Verpflichtungsgrund anerkennt [Art. 41], oder im Rechte des Code civil [Art. 1382] ist das noch zu lösende Problem demnach ein engeres, als es im gemeinen Rechte war und im Rechte des deutschen BGB jetzt noch ist.)

Das Problem steht übrigens in enger Beziehung zu dem Probleme der Wirksamkeit der Willenserklärungen. Unter Umständen scheint die Wirksamkeit der Willenserklärung für den Tatbestand eine angemessenere Rechtsfolge zu sein, als die mit der Unwirksamkeit verbundene Schadensersatzverpflichtung. (Vergl. darüber unten.)

¹³⁾ Jhering, Jahrb. f. Dogm. 4, S. 1 ff.

¹⁴⁾ Jhering, a. a. O. S. 16 (vergl. aber Anm. 44 a.).

¹⁵⁾ Vergl. Stammler, Theorie d. R-W. S. 222 ff.

ist dann die Rechtfertigung dieser Bestimmungen (vergl. unten).

In unserem Gesetze geschieht dies ausdrücklich in den Artikeln 26 und 39. Diese legen wir unserer Betrachtung zu Grunde (Text siehe S. 225).

Der Ausdruck „aus dem Dahinfallen des Vertrages“ soll nur deutlicher machen, dass in beiden Fällen der Vertrag als unwirksam zu gelten habe, ein Schadensersatz wegen Nichterfüllung also nicht gefordert werden dürfe. Der materielle Inhalt der Stellen soll kein anderer sein, als der der Art. 23 und 48 aOR, wenigstens in der Art, wie er in neuerer Zeit verstanden wurde (vergl. oben S. 226); in diesen Artikeln wird schlechthin von „zum Schadensersatz verpflichtet“ und „auf Schadensersatz belangen“ gesprochen. Das zum Schadensersatz verpflichtende rechtswidrige Verhalten ist also nach altem und nach neuem OR das gleiche; 26 (a. 23): Nichtgeltenlassen des Vertrages nach fahrlässigem, wesentlichem Irrtum; falls der Andere von diesem Irrtum keine Kenntnis hatte oder hätte haben sollen.

39 (a. 48): Abschluss des Vertrages im Namen eines Dritten ohne Vertretungsmacht bei Ausbleiben der Genehmigung des Dritten, die den Vertrag hätte perfekt werden lassen; auch da, wenn der Vertragsgegner den Mangel der Vollmacht nicht kannte oder nicht hätte kennen sollen.

Dahinfallen des Vertrages bedeutet nichts anderes, als Dahinfallen infolge des in den Voraussetzungen der Artikel bestimmten rechtswidrigen Verhaltens, ist demnach ein Glied in der Kausalreihe vom rechtswidrigen Verhalten des Schädigenden zu dem beim Gegner entstandenen Schaden.

In beiden Fällen liegt im Tatbestande das Moment der Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages,¹⁶⁾ und da nun negatives Ver-

¹⁶⁾ Darauf nimmt das BGB ausdrücklich Bezug: §§ 122, 179, 307; vergl. Rabel a. a. O. S. 293.

tragsinteresse, wie wir sahen, den infolge dieses Vertrauens beim andern entstandenen Schaden bedeutet, kann man unsere Artikel als Fälle der Ersatzpflicht des negativen Vertragsinteresses ansehen. Aber nur des Rechtsgrundes wegen unterscheidet sich diese Ersatzpflicht von andern.

Über die Rechtsfolge, die Verpflichtung zum Schadensersatz, enthalten die Artikel keine besondere Bestimmung: Die Festsetzung von Art und Grösse des Ersatzes geschieht also nach den allgemeinen Regeln, insbesondere der Art. 41 ff.

Für den Umfang der Schadensersatzpflicht ist danach in erster Linie bestimmend das rechtswidrige Verhalten des Schädigenden, von dem aus der Kausalzusammenhang zu erwägen ist. Bei Nichterfüllung eines Vertrages knüpft man diese Erwägung an die rechtswidrige Nichterfüllung an; da nun nach Art. 26 I und 39 I die Berechnung von einem andern Verhalten ausgeht, lassen sich Erfüllungsinteresse und negatives Vertragsinteresse als verschiedene einander gegenüberstellen; sie berühren sich eigentlich gar nicht; die Berechnung geschieht in beiden Fällen unabhängig auf anderer Basis nach den allgemeinen Regeln.

In beiden Artikeln ist das rechtswidrige Verhalten kein Verstoss gegen eine vertragliche Verpflichtung, deshalb sind die Ansprüche auf Schadensersatz ausserkontraktliche. Das entspricht der überwiegenden Ansicht der schweizerischen Theorie¹⁷⁾. Unser Recht kennt nur vertragliche und ausservertragliche Schadensersatzverpflichtungen. Vertragliche nur dann, wenn sie Rechtsfolge des Verstosses gegen eine vertragliche Pflicht sind. Für letztere gelten die Art. 97 ff., seit der Revision subsidiär auch 41 ff., für erstere 41 ff. Der praktische Unterschied der Behandlung ist also kein grosser (vergl. etwa 55 und 101).

Man hat nun versucht, die Ansprüche wegen Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des Vertrages

¹⁷⁾ Vergl. Oser, Kommentar, Bemerkungen zu Art. 39; Burckhardt, Verhandlungen d. schweiz. Juristentages 1903; S. 30 f., 52; v. Tuhr, Zeitschr. f. Schweiz. R. N. F. 16, S. 17 ff.,

als ausserkontraktliche aber vertragsähnliche zu bezeichnen.¹⁸⁾ De lege lata dürfte man dies übrigens nur, wenn im Gesetze gewisse Regeln für vertragliche Ansprüche als ebenso für die Ansprüche aus 26 und 39 geltend bezeichnet wären. Das ist aber nicht der Fall. Praktisch würden z. B. die Bestimmungen der Art. 127 f. über die Verjährung in Betracht kommen: doch gerade da ist es nicht ersichtlich, warum der Vertragsgegner, der ein Jahr, nachdem er Kenntnis von der Anfechtung wegen Irrtums oder von dem Mangel der Vollmacht erhalten hat, noch klagen kann, nicht genügend geschützt wäre.^{18a)} Was das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit¹⁹⁾ anbetrifft, so wird für Artikel 26 wenigstens die Frage kaum praktisch; ist der Vertrag wegen fehlender Geschäftsfähigkeit nichtig, ohne dass etwa die Voraussetzungen des Art. 411 ZGB vorliegen, so kommt eine Erklärung, dass der Vertrag wegen wesentlichen Irrtums nicht zu gelten habe, gar nicht mehr in Betracht. Endlich ist die Frage, ob bei Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines nach Art. 20 nichtigen Vertrages direkt Art. 41²⁰⁾ oder Art. 26 analog anzuwenden sei,²¹⁾ nicht von weittragender Bedeutung. Da in jedem Falle Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Mangels einen Anspruch auf Schadensersatz ausschliessen, kommt als verpflichtende Tatsache da nur vorsätzliche oder fahrlässige Täuschung des Gegners in Betracht. (Ob die deutsche Theorie recht hat, die Ansprüche aus BGB 122, 179 und 307 zwischen die Ansprüche aus Vertrag und aus unerlaubter Handlung zu stellen,²²⁾ braucht hier nicht entschieden zu werden; einen engeren Deliktsbegriff kennt unser OR nicht mehr: Art. 41 ff. sind als einheitliche Bestim-

¹⁸⁾ Rabel a. a. O. 322; Becker, Kommentar zu Art. 26 und 39. — ^{18a)} Über die Ansprüche aus 26 II, 39 II als vertragliche, S. 277 f.

¹⁹⁾ Rabel a. a. O. S. 321; vergl. Anm. 18 a.

²⁰⁾ So die Ansicht des Bundesgerichtes (Anm. 101).

²¹⁾ Rabel, a. O. 319.

²²⁾ Brock, Das negative Vertragsinteresse S. 200 ff.

mungen auf alle Fälle ausservertraglichen rechtswidrigen Verhaltens anzuwenden.) Der rechtspolitische Gedanke, dass bei äusserlich perfektem, aber unwirksamem Vertragsabschlusse an Stelle der Haftung auf Erfüllung wenigstens diejenige auf Ersatz des Vertrauensschadens zu treten habe, kann für die Bestimmung der Natur des Anspruches nicht massgebend sein. Die im gemeinen Rechte etwa auftauchende Annahme einer vertraglichen Pflicht auf das negative Vertragsinteresse wird jetzt überwiegend abgelehnt²³⁾. Wir werden aber sehen, wie diese Annahme das Aufkommen einer unrichtigen Ansicht über das negative Vertragsinteresse befördert hat. Auch die Beschränkung des negativen Vertragsinteresses auf die Höhe des Erfüllungsinteresses kann aus dem Zweck der Bestimmung gefolgert werden, ohne dass der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens als ein vertragsähnlicher bezeichnet zu werden braucht²⁴⁾ (vergl. unten).

Der nach den Art. 26 I und 39 I zu ersetzende Schaden ist, wie wir sahen, nur deshalb negatives Vertragsinteresse zu nennen, weil im Tatbestande beider Artikel das Moment der Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages liegt.

Die Gewinnung eines allgemeinen Begriffs durch Zusammenfassung der gemeinsamen Merkmale in den Voraussetzungen verschiedener Rechtssätze unter Weglassung jeweils der *differentia specifica* hat aber nur dann einen Sinn, wenn diesem allgemeinen Begriffe ein allgemeinerer Rechtssatz entspricht, wenn das gemeinsame Moment in den Voraussetzungen der besonderen Rechtssätze selbst wieder die Voraussetzung des allgemeineren Satzes bildet. Sonst gelangt man mit der Konstruktion ins Uferlose. Die Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages bildet nun aber nicht die Voraussetzung eines allgemeineren Satzes; an sie

²³⁾ Vergl. Rabel, a. a. O. S. 323 ff.

²⁴⁾ So Rabel, a. a. O. und Becker, a. a. O. zu Art. 26 und 39.

knüpft das Recht keine Rechtsfolgen. Ein allgemeiner Satz des Inhaltes, dass die Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit einer unwirksamen Willenserklärung stets zum Schadensersatz verpflichtet, besteht nicht. Nur der falsus procurator haftet für die in seinem Verhalten liegende Täuschung des gegnerischen Vertrauens schlechthin; der den Vertrag nicht gegen sich gelten lassende Irrende haftet dagegen nur, wenn er den Irrtum seiner Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat, also bei Verschulden. Verschulden ist ebenfalls vorausgesetzt in den nach Art. 41 zu beurteilenden Fällen eines Ersatzes des Vertrauensschadens.²⁵⁾ Nur dadurch also, dass ein Schaden als negatives Vertragsinteresse bestimmt wird, ist über dessen Ersatz nichts ausgemacht. So gewinnt man mit dieser Bestimmung allein nur wenig für die Erklärung und die Anwendung eines einzelnen Rechtssatzes. Der Art. 26 kann allerdings als Sonderanwendungsfall des im Art. 41 ausgesprochenen allgemeinen Satzes angesehen werden, dass jede verschuldete widerrechtliche Schadenszufügung zum Ersatze verpflichtet. Mehr als eine theoretische Befriedigung wird aber diese Konstatierung nicht geben; denn der Inhalt des Art. 41 ist schon so allgemein, dass der auf den Einzelfall anzuwendende Rechtssatz entweder anderswo im Gesetze formuliert sein muss (so Art. 26, auch 97 ff.) oder vom Richter erst zu finden ist. Art. 39 geht noch über 41 hinaus; fordert auch da das wissenschaftliche Bedürfnis einen Obersatz, so kann es nur der sein, dass jede „rechtswidrige“ Schadenszufügung (rechtswidrig im Sinne einer die Berichtigung nach sich ziehenden Rechtsverletzung, wobei von der theoretisch allerdings nicht ganz einwandfreien Unterscheidung von objektiver und subjektiver Rechtswidrigkeit abgesehen wird) zum Ersatze verpflichtet. Alle Versuche,

²⁵⁾ So setzen auch im BGB nur die Art. 122 und 179 kein Verschulden voraus im Gegensatz zu 307. Soweit nach Code civil 1382 Ersatz des negativen Vertragsinteresses zugesprochen wird, ist Verschulden Erfordernis; soweit aber nach 1599, nicht, vergl. Saleilles, *Théorie générale des obl.* S. 176 ff.

zwischen diesem rein formellen Satze und den einzelnen Rechtssätzen Zwischensätze (ausgenommen etwa Art. 41) zu konstruieren (Gefährdungshaftung u. dergl.), haben bekanntlich bisher fehlgeschlagen. Diese Versuche haben nur dazu geführt, für die Aufstellung der einzelnen Rechtssätze allgemeine Richtungslinien anzugeben; eine solche Richtungslinie finden wir nun auch im Gedanken, dass bei Unwirksamkeit einer Willenserklärung der Erklärende unter gewissen Umständen zum Schadensersatz zu verpflichten sei. Zur Bestimmung dieser „gewissen Umstände“ sind aber noch andere rechtspolitische Erwägungen notwendig. So setzt die Aufstellung von Einzelsätzen, wie die Art. 26 und 39, etwa noch die Beantwortung der Frage voraus, wann ohne Verschulden und wann nur bei Verschulden zu haften sei. Im Begriffe des Vertrauensschadens liegt also ein rechtspolitischer Gedanke, ein eigentlicher Rechtsbegriff ist er aber nicht, — oder nicht mehr; denn zur Zeit des gemeinen Rechtes war es teilweise anders.

Vor Jhering kannte das gemeine Recht²⁶⁾ eine Haftung wegen Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages, soweit die *actio doli* nicht eingreifen konnte, nur da, wo sie in den Quellen zu finden war, also im Falle des gutgläubigen Kaufes einer *res extra commercium*.²⁷⁾ Daneben bestand die Haftung des Vertragschliessenden bei *dolus* oder *culpa lata* der *actio doli* gegenüber. Dass diese Haftung im Gegensatze zur Haftung wegen Nichterfüllung Folge der Erweckung

²⁶⁾ Von den gemeinrechtlichen Theorien hier nur soviel, als zur Erläuterung des Vorhergehenden notwendig: die Theorien sind an verschiedenen Orten zusammengestellt: Vergl. insbesondere Windscheid, Pandekten § 307 A. 5; Brock, a. a. O. S. 1 ff.; Melliger, *Culpa in contrahendo* S. 1 ff.; Saleilles a. a. O. S. 168 ff.

²⁷⁾ Dass übrigens unter dem Einfluss der Quellenstellen (über diese Anm. 119) Ansätze zu dieser Haftung schon dem Naturrechte bekannt sein mussten, zeigen Rechtssätze wie A. L. R. 1, 5, 53 oder Code civil 1599.

des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages sei, haben schon Savigny²⁸⁾ und nach ihm Mommsen²⁹⁾ erkannt.

Der Zustand widersprach Jherings Rechtsgefühl³⁰⁾. Es war ihm insbesondere unerträglich, dass in allen Fällen einer Anfechtung des Vertrages wegen wesentlichen Irrtums der gutgläubige Vertragsgegner leer ausgehen solle, ausgenommen bei dolus des Anfechtenden. (Bestimmend für ihn war die unbefriedigende Lösung in Fällen wie dem der berühmten Depesche.)³¹⁾ Jhering versuchte die Aufstellung eines allgemeinen Rechtssatzes des Inhaltes, dass, wer durch äusserlich gültigen Vertragsschluss beim Gegner das Vertrauen in die Gültigkeit eines Vertrages erwecke, diesem für den dadurch verursachten Schaden verantwortlich sei; auf diese Weise war das negative Vertragsinteresse ein Rechtsbegriff geworden. Für Jhering galt es nun im Gebiete des gemeinen Rechts diesen Satz als geltendes Recht zu erweisen. Dazu kam er durch eine ausdehnende Anwendung des, wie er glaubte, in den Quellen enthaltenen Satzes (vergl. aber unten), dass der Verkäufer einer *res extra commercium* trotz Nichtigkeit des Vertrages der *actio empti* gegenüber auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses hafte. So sollte auch in andern Fällen der Vertragschliessende wegen Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages der Vertragsklage gegenüber haften; die Erweckung des Vertrauens in den unwirksamen Kontrakt wurde zum Verstosse gegen eine vertragliche Pflicht, die trotz Unwirksamkeit des beabsichtigten Vertrages übrig blieb, zu einem Verstosse gegen die *diligentia*, die jeder Kontrahent schuldet. Allgemein findet aber eine vertragliche Haftung nur im Falle einer culpa

²⁸⁾ Savigny, System, Bd 3, § 138 d.

²⁹⁾ Mommsen, Beiträge I, S. 107 ff.

³⁰⁾ Jhering, Jahrb. 4. S. 1 ff.

³¹⁾ Der Fall ist bekannt: Ein Bankhaus gibt einem andern telegraphisch den Auftrag zum Verkauf von Aktien: die Depesche wird verstümmelt: statt „Verkaufen Sie“ heisst es „Kaufen Sie“.

statt; so sah Jhering im Abschlusse eines unwirksamen Vertrages eine culpa in contrahendo, und um dem erwähnten Satze die allgemeine Geltung geben zu können, musste er in jedem Falle einer Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages diese culpa annehmen, ob Verschulden wirklich vorlag oder nicht.

Auch Gegner dieser Jheringschen Konstruktion³²⁾ (Jhering hat sie selbst später aufgegeben³³⁾) versuchten das Bestehen einer allgemeinen Verpflichtung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses als geltendes Recht darzutun, so vor allen Windscheid³⁴⁾: Nach ihm muss jeder Vertragschliessende eintreten für die nachteiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrages, insofern dieses Zustandekommen durch einen Grund ausgeschlossen wird, welchen der Gegner nicht kennt, oder nicht zu kennen verpflichtet ist. (Das ist die Grundlage der heutigen Formel.) Die Geltung des Satzes sollte, wie bekannt, zunächst erwiesen werden durch die Annahme eines stillschweigenden Garantievertrages. Diese Konstruktion war psychologisch wenig wahrscheinlich³⁵⁾ und wurde von Windscheid selbst aufgegeben; nichtsdestoweniger hielt er an der Geltung des erwähnten allgemeinen Satzes fest; die Verpflichtung auf Ersatz des Vertrauensschadens war jetzt als ausserkontraktliche ex lege gedacht. Allerdings geltendes Recht konnte das ohne Nachweis eines Gewohnheitsrechtes nicht sein.³⁶⁾

Die neuern Gesetze haben auf die Aufstellung eines

³²⁾ Vergl. Anm. 26.

³³⁾ Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrechte, 39.

³⁴⁾ Windscheid: Pand. § 307, insbesondere Anm. 5.

³⁵⁾ Vergl. Brock a. a. O. S. 151 ff.

³⁶⁾ Andere Verfechter der Verpflichtung auf das negative Vertragsinteresse nahmen diese allgemein nur im Falle eines dolus an (actio doli), darüber hinaus nur in einzelnen Fällen, so Mommsen, Erörterungen 2, passim (vergl. Anm. 26).

allgemeinen Satzes in der Art des Windscheidschen verzichtet; weder nach OR noch nach deutschem BGB verpflichtet die Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines Vertrages schlechthin zum Schadensersatz; in den einen Fällen wird Verschulden vorausgesetzt, in den andern nicht (vergl. oben S. 235).

Die gemeinrechtlichen Begründungsversuche der Verpflichtung auf das negative Vertragsinteresse sollten auch zugleich eine Rechtfertigung für diese Verpflichtung geben, sie als gerecht erweisen.³⁷⁾ Diese Rechtfertigung war ohne weiteres nur gegeben, wenn man die Verpflichtung als eine vertragliche ansah, soweit die Voraussetzungen der gemeinrechtlichen (im Gegensatze zu OR 41) an *dolus* und *culpa lata* gebundenen *actio doli* nicht vorlagen, — etwa im Sinne der Haftung aus dem Windscheidschen Garantievertrag; denn daran hat man nie gezweifelt, dass es gerecht sei, den Verpflichteten für die Erfüllung seiner Verpflichtung eintreten zu lassen. Die Jhering-sche *culpa in contrahendo* war zu farblos geworden, um die Verpflichtung aus dem Gesichtspunkte der Verschuldenshaftung rechtfertigen zu können; die Frage war damit nicht gelöst, sondern einfach auf ein anderes Gebiet verschoben: Unentschieden blieb, wann es gerecht sei, eine solche *culpa in contrahendo* anzunehmen. Die spätere Windscheidsche Verpflichtung *ex lege* hätte durch Annahme des Veranlassungsprinzips gerechtfertigt werden können (so Melliger)³⁸⁾; aber die Verfechter dieses Prinzips³⁹⁾ sind weit davon entfernt, beweisen zu können, wieso eine Kausalhaftung in jedem Falle als gerecht könne angesehen werden. Weder Windscheid selbst, noch die neueren Gesetze etwa sind geneigt, die unbedingte Kausalhaftung als Prinzip anzuerkennen; nicht einmal die Haftung auf den Vertrauensschaden lassen diese

³⁷⁾ Über die methodische Unsicherheit des gemeinen Rechtes bei der Beantwortung dieser Fragen vergl. Brock a. a. O. S. 24 ff.

³⁸⁾ Melliger a. a. O. S. 145 ff.

³⁹⁾ Melliger a. a. O.; Brock a. a. O. S. 166 ff.

Gesetze in jedem Falle durch bloße Verursachung begründen. Bei Andern soll sodann die Verpflichtung auf das negative Vertragsinteresse ihre Rechtfertigung im Prinzipie der bona fides⁴⁰⁾ finden oder in der Notwendigkeit eines „gerechten“ Vermögens- und Interessenausgleichs.⁴¹⁾ Auch damit wird die Frage nur nochmals gestellt, aber nicht beantwortet. So bleibt es vorderhand dem Rechtsgefühl überlassen, zu entscheiden, wann und unter welchen Voraussetzungen die Haftung auf das negative Vertragsinteresse als eine gerechte anzusehen sei; und in dieser Entscheidung stimmen selbst zeitlich und örtlich so nahestehende Gesetze wie das deutsche BGB und unser OR nicht miteinander überein (vergl. OR 26 [Verschuldenshaftung] und BGB 122 [Kausalhaftung]). Auch bei Geltung des allgemeinen Satzes, der die Einzelfälle der Verpflichtung auf das negative Vertragsinteresse zusammenfassen würde (etwa im Sinne Windscheids, vergl. oben)⁴²⁾, wäre, wie gerade das gemeine Recht zeigt, das Problem der Rechtfertigung nicht gefördert, solange es keinen Weg gibt, den einzelnen Rechtssatz durch logische Erwägungen mit der Idee des Rechtes zu verbinden.^{42a)} So trägt die Bestimmung eines Schadens als negatives Vertragsinteresse auch für die Rechtfertigung der Ersatzverpflichtung nichts bei (vergl. oben Seite 236).

⁴⁰⁾ Melliger a. a. O. 143 ff.; Brock a. a. O. S. 162 ff.

⁴¹⁾ So der Begründungsversuch Brocks a. a. O. S. 174 ff.

⁴²⁾ oder bei Geltung zweier allgemeineren Sätze (so Brock a. a. O. S. 193 ff.): Bei Mangel im Subjekt Haftung auf das negative Vertragsinteresse in jedem Falle, bei Mangel im Objekt Haftung nur, wenn Verschulden vorliegt.

^{42a)} Man könnte nun allerdings einen Satz wie den des Art. 41, auf welchen sich Art. 26 wenigstens zurückführen lässt, ohne weiteres als „gerechten“ ansehen; der Satz ist aber, wie wir gesehen haben, so allgemein, dass zu dessen Anwendung auf den Einzelfall die Aufstellung von Zwischensätzen notwendig ist, und bei dieser Aufstellung (insbesondere bei Beantwortung der Frage, wann eine Schadenszufügung „widerrechtlich“ sei) steht man wieder vor dem Problem der Rechtfertigung.

Übrigens waren die gemeinrechtlichen Rechtfertigungsversuche insofern einseitig, als die meisten Schriftsteller über die Ergebnisse der herrschenden Willenstheorie nicht hinausgingen. Das Problem der Rechtfertigung ist aber ein viel weiteres; zuerst ist auszumachen, wann es richtig sei, ein Rechtsgeschäft trotz Vorhandenseins der äusseren Willenserklärung als unwirksam anzusehen; dann erst kann an die Entscheidung herangetreten werden, wann und unter welchen Voraussetzungen eine Verpflichtung auf den Vertrauensschaden gerecht sei. Auch schon in der Beantwortung der ersten Frage weichen bekanntlich die modernen Gesetze vom gemeinen Rechte ab (Ausschluss des Widerrufs der Offerte z. B.); sie weichen darin auch untereinander ab, so das neue OR vom alten (verschiedene Behandlung der Nichtanzeige einer Verspätung der Offertenannahme; Erfüllungsinteresse nach Art. 26 II und 39 II rev. OR), das neue OR vom BGB (verschiedene Folgen bei Nichtrückgabe der Vollmachtsurkunde nach Erlöschen der Vollmacht). Über die Verschiedenheiten in der Beantwortung der zweiten Frage ist soeben gesprochen worden.

Wir kommen also zu folgendem Ergebnis: Die Bestimmung eines Schadensersatzes bei nichtigen Verträgen als rechtspolitisches Problem kann nur im Zusammenhang mit der Frage der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte gelöst werden. Die Beantwortung dieser Frage ist in den neueren Gesetzen verschieden erfolgt. Soweit die Unwirksamkeit angenommen wird, hat man unter gewissen Umständen die Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages neben andern Tatbestandsmerkmalen als Grund einer Verpflichtung zum Schadensersatz anerkannt. Auch über die Voraussetzungen, die für das Bestehen dieser Verpflichtung verlangt werden, weichen, wie wir gesehen haben, die neueren Gesetze untereinander ab. Sogar innerhalb der einzelnen Gesetze wird die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirk-

samen Vertrages bei den verschiedenen Arten der Unwirksamkeit an verschiedene Voraussetzungen geknüpft (vergl. OR 26 und 39; BGB 122, 179 und 307); so ist mit der Bestimmung eines Schadens als negatives Vertragsinteresse für die dogmatische Behandlung des Gesetzes an sich nichts gewonnen (negatives Vertragsinteresse: kein Rechtsbegriff); wichtig dagegen ist nur die Feststellung, dass der Schaden die Folge eines rechtswidrigen Verhaltens sei, dessen Voraussetzungen die einzelnen Artikel verschieden bestimmen. Für die Berechnung des Schadensersatzes als Rechtsfolge der in den einzelnen Rechtssätzen aufgeführten Tatbestände gelten die allgemeinen Regeln. Es darf also die Verpflichtung zum Ersatze des infolge Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages entstandenen Schadens, des sogenannten negativen Vertragsinteresses, jedenfalls nur des besonderen Rechtsgrundes wegen andern Schadensersatzverpflichtungen gegenübergestellt werden. Nur insofern besteht ein Unterschied z. B. zwischen dem auf Grund der Art. 26 I und 39 I geschuldeten und dem wegen Nichterfüllung zu leistenden Schadensersatz.

Ein Beispiel mag letzteres noch verdeutlichen: Ein Theaterdirektor engagiert einen Schauspieler auf die kommende Saison; fahrlässigerweise hat er sich im Vornamen geirrt und hat den Bruder desjenigen, den er haben wollte, angestellt. Wegen wesentlichen Irrtums kann der Direktor erklären, dass er den Vertrag nicht gegen sich gelten lasse. Da er aber den Irrtum seiner Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat, haftet er nach Art. 26 auf Schadensersatz. Der Schauspieler hat im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages ein anderes Engagement versäumt; der daraus entstehende Schaden ist ihm zu ersetzen. Der Rechtsgrund des Schadensersatzes ist hier ein anderer, als wenn der Vertrag gültig gewesen wäre, der Direktor aber die Erfüllung verweigert und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten gehabt hätte. Für den Umfang des Schadens ergibt sich daraus noch nichts.

Ist im ersten Falle das versäumte Engagement ein gleich günstiges gewesen, so kann in beiden Fällen die Grösse des Schadens die gleiche sein. Hat der Schauspieler dagegen ein weniger günstiges Engagement versäumt oder hat er überhaupt kein anderes Engagement zu erwarten gehabt, so wird die Haftung aus Art. 26 I eine geringere sein als die wegen Nichterfüllung. Der Unterschied im Umfange des zu ersetzenden Schadens hängt jedoch nur davon ab, dass in jedem der beiden Fälle der Schaden als Folge eines besonderen rechtswidrigen Vornhaltens des Schädigenden berechnet wird, und dass deshalb bei der Erwägung der verschiedenen Kausalzusammenhänge verschiedene tatsächliche Umstände für die Berechnung massgebend werden.

II.

Bedeutet aber Ersatz des negativen Vertragsinteresses wirklich nur, wie wir soeben festgestellt haben, Schadensersatz aus einem besondern Rechtsgrunde?

Das scheint nicht die Meinung unseres Gesetzes zu sein: Art. 26 II und 39 II erwähnen den Ersatz eines weiteren Schadens, wo es der Billigkeit entspricht. Also ist in Art. 26 I und 39 I von einem beschränkten Ersatze die Rede.^{42b)} (Desgleichen wohl auch in 109 II: beim Rücktritt ist der Ersatz des negativen Vertragsinteresses Folge der Nichterfüllung, ganz ebenso wie unter Umständen der des positiven.) Es wird ferner überall davon gesprochen, dass bei Unwirksamkeit des Vertrages eine Haftung auf Ersatz nur des negativen Vertragsinteresses stattzufinden habe.⁴³⁾ Lehrbücher behandeln dieses Interesse unter der Rubrik „Bestand des Schadens“.^{44)44a)}

^{42b)} Vergl. übrigens auch den Wortlaut von § 179 II BGB.

⁴³⁾ Zitate sind eigentlich überflüssig, vergl. aber insbesondere Jhering a. a. O. passim; Mommsen, Erörterungen passim.

⁴⁴⁾ Vergl. z. B. Enneccerus, Lehrb. 2, S. 25, bei sonst richtigen Bemerkungen; H. A. Fischer, Der Schaden S. 7, 115 ff.

^{44a)} Selbst der Name „negatives Vertragsinteresse“ im Gegen-

Wie soll nun aber im Begriffe des Vertrauensschadens der Gedanke einer Beschränkung liegen können? Man nennt einen Schaden doch nur deshalb negatives Vertragsinteresse, weil er infolge Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages (eventuell in Verbindung mit andern Momenten) entstanden ist; aus den Rechtssätzen, welche eine Schadensersatzpflicht aus diesem Grunde aufstellen, ist nichts anderes zu schliessen, als dass für die Berechnung des Schadens die allgemeinen Regeln gelten; es kann so, wie wir sahen, nur eine Folge tatsächlicher Umstände sein, wenn die Berechnung des negativen Vertragsinteresses zu einem andern Ergebnis führt, als die des positiven.

Negatives Vertragsinteresse könnte nur dann einen im Umfang beschränkten Schaden bedeuten, nur dann wäre der Begriff nicht allein auf die Voraussetzungen der Rechtssätze, sondern auch auf die Rechtsfolge zu beziehen, wenn bei der Berechnung noch ein Faktor wirksam würde, durch den das verschiedene Ergebnis, die Beschränkung in jedem Falle herbeigeführt werden könnte. Das negative Vertragsinteresse hörte zwar dadurch auf, eine Erscheinungsform des Schadens im allgemeinen zu sein.⁴⁵⁾ Nun glaubte man allerdings, diesen Faktor durch folgende Unterscheidung zu gewinnen: soll das Erfüllungsinteresse berechnet werden, so wird das Interesse bestimmt, welches der Kläger daran hat, dass der Vertrag erfüllt worden wäre; soll dagegen das negative Vertragsinteresse fest-

satze zum „positiven“ scheint eine Besonderheit des berechneten Schadens bezeichnen zu wollen (wir werden übrigens sehen, dass es nach Jherings Ansicht auch wirklich so sein sollte), die keineswegs nur in einem besonderen, den Schaden verursachenden rechtswidrigen Verhalten liegt, sondern auch auf eine besondere Berechnungsart zurückzuführen ist. Der Name „Vertrauensschaden“ ist schon besser; er weist zwar nicht direkt auf das den Schaden verursachende rechtswidrige Verhalten hin, aber doch wenigstens auf ein Glied der von diesem Verhalten zum verursachten Schaden führenden Kausalreihe (Vergl. aber Anm. 87).

⁴⁵⁾ So Brock a. a. O. S. 205 ff.

gestellt werden, so wird das Interesse ausgemacht, welches der Kläger daran hat, dass von dem Vertrag überhaupt nicht die Rede gewesen wäre.⁴⁶⁾

Erhält man aber wirklich damit zwei feste Berechnungsmethoden, die, auch losgelöst von dem besonderen Rechtsgrunde des Schadensersatzes, einmal von der Nichterfüllung, das andere Mal von der Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages, zu einem sicheren Ergebnis führen, so dass man auch im Falle einer Nichterfüllung das Interesse berechnen könnte, welches der Kläger daran hat, dass von dem Vertrag überhaupt nicht die Rede gewesen wäre, und im Falle der Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages das Interesse, welches der Kläger daran hat, dass der Schuldner den Vertrag erfüllt hätte?

Und ausserdem, wollte man bei der Festsetzung der Rechtsfolgen nicht reine Spielerei walten lassen, müsste die Verschiedenheit der Resultate sich aus beiden Berechnungsarten nicht nur sicher ergeben, sondern sie hätte auch eine konstante zu sein, so dass stets die gleiche Berechnungsart zur Bestimmung eines Schadens von geringerem Umfange führte.

Dass das letztere der Fall sei, hat niemand behauptet, und es sind seltsamerweise Schriftsteller, die bei jeder Gelegenheit von einer Beschränkung der Haftung auf das negative Vertragsinteresse sprechen, welche unbeschadet des Widerspruches zugeben, dass das negative Vertragsinteresse das positive überschreiten könne, so z. B. Mommsen (Erörterungen, 50 ff.).

Das BGB hat sich veranlasst gesehen, dem Rechnung zu tragen durch die ausdrückliche Bestimmung, dass das zu ersetzende negative Vertragsinteresse nicht höher sein dürfe als das positive (§§ 122, 179 und 307).⁴⁷⁾

⁴⁶⁾ Vergl. z. B. Mommsen: Beiträge I, S. 107.

⁴⁷⁾ Auch in unserem Rechte ist die Beschränkung anzunehmen; sie folgt einmal aus dem Wortlaute der Art. 26 II und

Darin liegt aber auch das Zugeständnis, dass die Ergebnisse der Berechnung nicht einmal verschiedene zu sein brauchen; je nach den bei der Feststellung des Schadens in Betracht kommenden tatsächlichen Umständen können ebensogut das Interesse, welches der Kläger daran hat, dass der Vertrag erfüllt worden wäre, und das Interesse, welches er daran hat, dass von dem Vertrage überhaupt nicht die Rede gewesen wäre, gleich gross sein.

Man nehme ein Beispiel:⁴⁸⁾ Ein Häuserspekulant kauft ein Haus für 100,000.—, um es für 130,000.— weiterzuverkaufen; der Vertrag wird nicht erfüllt, das Haus wird einem andern aufgelassen; das Interesse, das der Käufer daran hat, dass der Vertrag erfüllt worden wäre, beträgt 30,000.—. Hat sich aber der Verkäufer in der Bezeichnung des Hauses geirrt, fahrlässigerweise, und lässt er wegen wesentlichen Irrtums den Vertrag gegen sich nicht gelten, so kann der Käufer Ersatz des Interesses fordern, welches er daran hat, dass von dem Vertrage überhaupt nicht die Rede gewesen wäre. Als Spekulant hätte er einfach, wäre von dem ersten Vertrage nicht die Rede gewesen, das nebenstehende Haus ebenfalls für 100,000.— gekauft und für 130,000.— weiterverkauft: das Interesse ist also auch da 30,000.— (eine Verschiedenheit würde sich ergeben aus einem Unterschiede von An- und Verkaufspreis der beiden Häuser, also aus rein tatsächlichen Umständen).

Und umgekehrt: Es kauft jemand ein Haus für 100,000.—, um darin zu wohnen; der Vertrag ist nichtig unter Umständen, die den Verkäufer zu Schadensersatz verpflichten: das Interesse, welches der Käufer daran hat, dass von dem Vertrage überhaupt nicht die Rede gewesen wäre, besteht etwa in Reisekosten für die Besichtigung

39 II verglichen mit 26 I und 39 I, und dann aus dem Zweck der Bestimmung überhaupt (vergl. darüber noch unten).

⁴⁸⁾ Vergl. Rabel, a. a. O. 291: Das Beispiel krankt dort daran, dass im Falle der Wirksamkeit des Vertrages die tatsächlichen Umstände nicht ganz dieselben sind wie im Falle der Unwirksamkeit; dadurch erhält ein nur zufälliger Unterschied den Schein der Notwendigkeit.

des Hauses; in Verlust infolge unnötiger Aufkündigung von Kapital für die in Aussicht genommene Zahlung und infolge nutzloser Kündigung der bisherigen Wohnung. Ist dagegen der Vertrag gültig, der Verkäufer hat ihn aber nicht erfüllt, so wird das Interesse an der Erfüllung des Vertrages aus den gleichen Posten bestehen. (Auch dieser Fall ist ein extremer; die tatsächlichen Umstände können selbstverständlich auch dazu führen, dass man bei der Betrachtung der beiden Kausalreihen (vergl. oben S. 232) zu verschiedenen Ergebnissen gelangt. Mit dem „um darin zu wohnen“ soll ausgedrückt werden, dass hier an ein weiteres Kaufangebot nicht zu denken ist, wodurch ein höherer Wert des Hauses konstatiert werden könnte, den der Käufer bei Nichterfüllung, dagegen nicht bei Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Kaufes ersetzt verlangen dürfte, ebensowenig aber auch an eine verpasste anderweitige Kaufs- und Verkaufsgelegenheit, wodurch der im zweiten Falle erlittene Schaden dem Erfüllungsinteresse unter Umständen wiederum gleichkommen würde.)

Jedenfalls hängt eine Verschiedenheit im Umfange des Schadens nicht von der Besonderheit der Berechnungsmethoden ab, sondern von der Verschiedenheit der Rechtsgründe, wodurch unter Umständen die Berücksichtigung anderer Tatsachen notwendig wird. So war es auch bis jetzt ein erfolgloses Unternehmen, die Bestandteile des negativen Vertragsinteresses im Gegensatz zu denen des Erfüllungsinteresses von vornherein zu bestimmen; das Erfüllungsinteresse, mit dem man das negative Vertragsinteresse vergleichen wollte, ist ja selbst, seitdem man über das *verum rei pretium* hinausgekommen ist, keine feste Grösse; es kann vielmehr in Umfang und Bestandteilen unendlich variieren.

Als wichtigste Bestandteile des negativen Vertragsinteresses werden etwa bezeichnet:⁴⁹⁾

⁴⁹⁾ Wilutzki: Das Recht 5, S. 189 ff; vergl. auch v. Tuhr, a. a. O., S. 19 f.

die Kosten des Vertragschlusses, der Ausführung des Vertrages, eventuell eines Prozesses zur Durchfechtung der Gültigkeit und dergl.,

unmittelbarer Schaden, der dem auf die Gültigkeit Vertrauenden dadurch entstanden ist, dass er unterlassen hat, einen notwendigen Bedarf anderswo zu decken, oder dadurch, dass er durch eine mangelhafte beginnende Ausführung des Vertrages durch den andern Teil verletzt wurde (z. B. Verseuchung des eigenen Viehstandes durch das zugeführte ungültig verkaufte fremde Vieh),

dann aber auch entgangener Gewinn, dadurch, dass die Gelegenheit zu einem gleichgünstigen oder günstigeren Geschäfte verpasst wurde,

endlich auch die schon bewirkte Gegenleistung (für deren Rückforderung ist der Geschädigte nicht allein auf die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung angewiesen),⁵⁰⁾ desgleichen Gewinn, der durch eine anderweitige Verwendung der Gegenleistung hätte gezogen werden können.

Eine erschöpfende Aufzählung dieser Bestandteile liess sich nicht geben, was übrigens zugestanden wurde.⁵¹⁾

Von den erwähnten Bestandteilen gibt es aber auch keinen, der nicht zugleich Bestandteil des Erfüllungsinteresses sein könnte. Bei Nichterfüllung kann der Schaden aus entgangenem Gewinn bestehen, welcher auch deshalb entgeht, weil ein gleich günstiges Geschäft verpasst wird (vergl. das Beispiel oben S. 246).^{51a)} Die Höhe

⁵⁰⁾ Vergl. Rabel, a. a. O. S. 328.

⁵¹⁾ Rabel, a. a. O. S. 292.

^{51a)} Als Folge der Nichterfüllung kann selbstverständlich, weil ja die Kausalreihe, wie wir sahen, eine andere ist als bei der Haftung auf Ersatz des Vertrauensschadens, unter Umständen ein Schaden entstehen, der nicht zugleich als Folge der Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages entstehen könnte, wenn nicht etwa in diesem Falle eine ebenso günstige Gelegenheit verpasst worden ist, wodurch dann wieder ein gleich grosser Schaden entstehen würde wie im ersten Falle. Beispiel:

des entgangenen Gewinnes infolge verpasster Gelegenheit zu einem gleich günstigen Geschäfte im Falle einer Haftung wegen Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages wird oft, insbesondere bei vielen Verkehrsgeschäften, die gleiche sein wie die Höhe des entgangenen Gewinns infolge der nicht bewirkten Leistung im Falle einer Haftung wegen Nichterfüllung. Auch der unmittelbare Schaden, sowohl als Folge der versäumten Gelegenheit, einen Bedarf anderswo zu decken, wie auch als Folge mangelhafter beginnender Ausführung des Vertrages, kann selbstverständlich auch Folge der Nichterfüllung sein; im letzteren Falle liegt in der Nichterfüllung, welche den Schaden verursacht, eine in der deutschen Theorie so genannte positive Vertragsverletzung. Aber selbst die Kosten des Vertragsabschlusses, und was dabei drum und dran hängt, können Bestandteil des Erfüllungsinteresses sein, sogar das ganze Erfüllungsinteresse ausmachen; man braucht dabei nicht einmal an einen Fall des Art. 215 zu denken, wo im kaufmännischen Verkehr der Verkäufer bei Nichterfüllung des Käufers die Sache in guten Treuen für den gleichen Verkaufspreis weiterverkauft. (Vergl. auch Art. 332.) Es liessen sich auch sonst leicht Beispiele finden, in denen der durch die Nichterfüllung erlittene Schaden die Kosten des Vertragsabschlusses nicht übersteigt. (Vergl. oben S. 247 ff.: man denke etwa an den Kauf einer Sache zu eigenem Gebrauch, deren festzustellender Wert die Höhe des Kaufpreises nicht übertrifft.) Endlich ist die Einrechnung der schon bewirkten eigenen Leistung und des infolge der Unmöglichkeit, die bewirkte eigene Leistung anderweitig zu verwerten, entgangenen Gewinns in das Erfüllungsinteresse selbstverständlich.

es kauft jemand ein Haus um 100,000. — und verkauft es um 130,000. —. Erfüllungsinteresse bei Nichterfüllung des ersten Vertrages = 30,000. —. Bei Unwirksamkeit des Vertrages umfasst das negative Vertragsinteresse, wenn keine Gelegenheit zu einem gleich günstigen Geschäfte vorlag, unter Umständen allerdings nur die Kosten des Vertragsabschlusses. (Vergl. Text S. 246 ff.)

Man kann sich deshalb nicht wundern, wenn unsere Richter sich oft vergeblich abmühen, einen vom Erfüllungsinteresse verschiedenen Bestand des negativen Vertragsinteresses auszurechnen. Lehrreich ist in dieser Beziehung ein Fall, den das Bundesgericht entschieden hat:⁵²⁾ Zwei Wirte im Kanton Zürich verpflichten sich einer Schützengesellschaft gegenüber zum Betriebe einer Festwirtschaft an einem Schützenfeste. Untereinander verabreden sie aber, dass der Wirt A. den Betrieb allein übernehmen, und dem Wirt B. vom Reingewinn nur einen gewissen Prozentsatz zahlen solle. Vor dem Feste trifft nun A. keine Anstalten, seiner Verpflichtung nachzukommen, sodass B. in letzter Stunde den Betrieb übernehmen muss, um der Schützengesellschaft gegenüber nicht vertragsbrüchig zu werden. Dadurch entsteht im Betrieb der Festwirtschaft ein Defizit von Fr. 2700.—. Diesen Betrag klagt B. als Schaden gegen A ein. Die zürcherischen Instanzen nehmen an, B. sei vom Vertrage zurückgetreten und könne deshalb nur das negative Vertragsinteresse beanspruchen (aOR 124; wir werden darauf unten noch zurückkommen). Da nun aber die Fr. 2700.— das Interesse darstellen, welches der B. daran hat, dass der Vertrag erfüllt worden wäre (die wenigen Prozente des Reingewinns, die B. noch hätte beziehen können, werden nicht beachtet), so können sie nach Ansicht selbst des Obergerichts Zürich nicht zugleich das Interesse bedeuten, welches der B. daran hat, dass vom Vertrage überhaupt nicht die Rede gewesen wäre. Diese Erwägung führt zur Abweisung der Klage. Das Bundesgericht heisst die Klage gut, ohne zu entscheiden, ob B. wirklich zurückgetreten sei und ob nach aOR 124 nur das negative Vertragsinteresse gefordert werden könne, einzig aus dem Grunde, weil in dem vorliegenden Falle die Fr. 2700.— gleichzeitig auch das negative Vertragsinteresse darstellen, positives und negatives Vertragsinteresse also gleich hoch sind. — Wie man sieht,

⁵²⁾ BGE 39, 2. No. 18.

kann das Suchen nach einem besonderen Bestande des negativen Vertragsinteresses zu Entscheidungen führen, die einer Rechtsverweigerung beinahe gleichkommen.

Im Begriffe des negativen Vertragsinteresses einen Schaden von besonderem, beschränktem Umfange zu sehen, ist eben ein Fehler; auf andere Weise als nach dem Rechtsgrunde der Schadensersatzverpflichtung sind Erfüllungsinteresse und Vertrauensschaden nicht zu unterscheiden. Zur sicheren Berechnung eines beschränkten Ersatzes können andere Masstäbe führen, etwa die Beschränkung auf den unmittelbaren (z. B. 195, 4), oder auf den voraussehbaren Schaden (aOR 116), niemals aber die Berechnung des Interesses, welches ein Vertragsteil daran hat, dass von dem Vertrage überhaupt nicht die Rede gewesen wäre.

Die besprochene falsche Ansicht über die Natur des negativen Vertragsinteresses findet sich, wie bereits erwähnt wurde, schon bei Schriftstellern des gemeinen Rechtes;⁵³⁾ der Fehler zieht sich geradezu wie ein roter Faden durch die ganze Literatur über das negative Vertragsinteresse.

Ganz besonders diejenigen Schriftsteller, für welche die Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages die Verletzung einer kontraktlichen Pflicht bedeutet, sind dazu geführt worden, das negative Vertragsinteresse als einen auf besondere Art berechneten Schaden anzusehen. Die Vertragsklage muss bei Unwirksamkeit des Vertrages einen besonderen Gegenstand haben, sie geht „auf“ Ersatz des negativen Vertragsinteresses (so schon bei Jhering;⁵⁴⁾ ganz besonders deutlich auch z. B. bei Bechmann).⁵⁵⁾

⁵³⁾ Vergl. z. B. Mommsen, Erörterungen S. 52 ff.; siehe auch Anm. 43.

⁵⁴⁾ Jherings Jahrb. 4. 4 ff. Dass Jhering in den Wortlaut der Quellen auch in dieser Beziehung zu viel legen wollte, ist schon betont worden; vergl. Brock, a. a. O. S. 1 ff. (Vergl. unten.)

⁵⁵⁾ Bechmann; Kauf 2, S. 434 ff.

So wird dann in Fällen eigentlicher Nichterfüllung der Ersatz des Interesses, welches ein Vertragsteil daran hat, dass von dem Vertrage überhaupt nicht die Rede gewesen wäre, zum idealen Gegenstand einer Schadensersatzklage, wenn besonderer Umstände halber die möglichst genaue Wiederherstellung des früheren Zustandes die Berichtigung der Rechtsverletzung herbeiführen soll, z. B. beim Rücktritt.⁵⁶⁾

Vielfach geht auch die Opposition gegen das negative Vertragsinteresse, welche eine mehr oder weniger grosse Neigung zur Erklärungstheorie bezeugt, zum Teil unbewusst, weniger gegen die in der Anerkennung der Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages als Verpflichtungsgrund liegende Vermittlung zwischen Willens- und Erklärungstheorie als gegen die Ansicht, dass der Vertrauensschaden ein auf besondere Art berechnetes Interesse sei, dessen Bestandteile von vornherein bestimmt werden können. Bähr⁵⁷⁾ z. B., auch Kohler⁵⁸⁾ polemisieren hauptsächlich deshalb gegen die Unpraktikabilität des negativen Vertragsinteresses, weil die Methode, die zu dessen Berechnung dient, keine sichere ist. (Wir werden weiter unten sehen, dass gerade, weil die Berechnung des negativen Vertragsinteresses nicht sicher zur Bestimmung eines beschränkten Schadensersatzes führt, auch die Anerkennung eines besonderen Rechtsgrundes in der Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages ihren Zweck verfehlt.)

Dem gegenüber findet sich, wie schon erwähnt wurde, auch die richtige Ansicht über den Ersatz des negativen Vertragsinteresses als eines nur des Rechtsgrundes wegen besonderen Schadensersatzes in der neueren Theorie.⁵⁹⁾

⁵⁶⁾ Den Gegenstand der *actio redhibitoria* z. B. soll das negative Vertragsinteresse bilden, vergl. Jhering, a. a. O.; Mommsen, a. a. O.

⁵⁷⁾ Bähr, Jahrb. für Dogm. 14. S. 422 ff.

⁵⁸⁾ Kohler, Jahrb. für Dogm. 28. S. 266 ff.

⁵⁹⁾ Vergl. Brock, a. a. O. S. 205 ff.

Wenn trotzdem die Gerichte und, wie wir noch näher sehen werden, schon die Gesetze und die Kommentare dazu neigen, den Vertrauensschaden auch als ein auf besondere Art berechnetes Interesse anzusehen, so kann dieser Umstand nicht allein mit dem Weiterleben einer älteren falschen Doktrin erklärt werden; es liegen dafür noch tiefere Gründe vor als die, welche gewöhnlich zur Übernahme alter Fehler führen.⁶⁰⁾

Wir sehen da zunächst einen rechtspolitischen Grund: Ist ein Vertrag unwirksam, so soll derjenige, welcher wegen Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des Vertrages Schadensersatz schuldet, weniger streng haften, als derjenige, welcher den gültigen Vertrag nicht erfüllt hat. Sonst hätte ja das Recht bei äusserlich vorliegender Willenserklärung den Vertrag einfach als gültig ansehen können. Wird nun als rechtswidriges Verhalten des Verpflichteten die Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages der Berechnung zugrunde gelegt, und von diesem Verhalten aus die Kausalreihe zum verursachten Schaden nach allgemeinen Grundsätzen erwogen, so kann vielleicht in überaus zahlreichen Fällen ein geringerer Ersatz berechnet werden, als bei Nichterfüllung. Sicher ist das aber nicht; in vielen Fällen wird, wie wir gesehen haben, der berechnete Schaden sich gleich hoch oder höher stellen. So ist das Bestreben nicht ganz unerklärlich, durch Bestimmung gewisser Bestandteile des negativen Vertragsinteresses als notwendige, auf die schliesslich jede Berechnung eines Vertrauensschadens hinauskommen soll, die Gewinnung eines geringeren Schadensersatzes im Resultate sicherzustellen.

Der andere Grund könnte als technischer bezeichnet werden: In der Theorie ist es überaus einfach, die Berechnung des Schadensersatzes wegen Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages und diejenige

⁶⁰⁾ Vergl. die Argumente des Praktikers bei Wilutzki, a. a. O.

des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung auseinanderzuhalten. Es werden zwei verschiedene Kausalzusammenhänge erwogen, die sich theoretisch gar nicht berühren. In praxi wird aber bei Berechnung des negativen Vertragsinteresses dennoch stets auf den Inhalt des Vertrages Rücksicht genommen werden, ebenso wird der Schaden berechnet werden müssen, welcher im Falle einer Nichterfüllung eingetreten wäre, schon um das Höchstmass des Vertrauensschadens feststellen zu können; so wird es des subtilsten Unterscheidungsvermögens eines Richters bedürfen, um nicht beständig doch auf das Erfüllungsinteresse zu verfallen, zumal die klägerische Partei oft selbst nicht wissen wird, ob der Schaden, den sie beweist, eine Folge ihres Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages ist oder eine Folge der wegen der Unwirksamkeit des Vertrages unterbliebenen Erfüllung. (Man denke an einen Fall, wie den oben behandelten, BGE 39, 2, Nr. 18.) Ist es da zu verwundern, wenn, um auch diese Zweifel zu beseitigen, immer wieder das Bestreben aufkommt, für die Berechnung des negativen Vertragsinteresses eine feste Methode zu gewinnen und dazu die möglichen Bestandteile dieses Interesses zum voraus festzustellen? (Wir werden auf diese Gründe unten noch zurückkommen.)

III.

1. In der Berechnung des Interesses, welches ein Vertragsteil daran hat, dass von dem Vertrage nicht die Rede gewesen wäre, liegt somit keine sichere Methode, die unabhängig von der verursachenden Tatsache zur Feststellung eines Schadens von bestimmtem Umfange führen könnte. Das negative Vertragsinteresse lässt sich, wie wir gesehen haben, nur deshalb von einem andern Interesse, etwa vom Erfüllungsinteresse, unterscheiden, weil es als Folge eines besonderen Verhaltens erscheint, nämlich der Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit einer unwirksamen Willenserklärung.

So ist eine Verpflichtung zum Ersatze desselben als Folge der Nichterfüllung eines Vertrages undenkbar.

Der ausdrückliche Hinweis auf den Vertrauensschaden⁶¹⁾⁶²⁾ in Art. 109 II:

Überdies hat er (der vom Vertrage zurücktretende Gläubiger) Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle,

wäre daher nur dann erklärlich, wenn man annehmen könnte, das nach 109 II zum Ersatze verpflichtende Verhalten des Schuldners sei eben eine Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages, nicht aber die rechtswidrige Nichterfüllung.

Zu dieser Annahme würde allein die Erwägung führen, dass der Rücktritt zwar eine Folge der Verletzung vertraglicher Pflichten sei, nach dem Rücktritte jedoch der Vertrag als nicht geschlossen angesehen werde, im Verhalten des Schuldners also auch die Erweckung des Vertrauens in die Wirksamkeit des infolge des Rücktrittes unwirksam gewordenen Vertrages liegen müsse.^{62a)} Dagegen lässt sich einwenden:

⁶¹⁾ Dagegen schon: Martin, Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. 33, 126 f.

⁶²⁾ Fick a. a. O. zu 109; Oser a. a. O. zu 109; Becker a. a. O. zu 109.

^{62a)} Vergl. etwa Oser a. a. O.: Art. 109 II ist für ihn ein Sonderanwendungsfall von Art. 41 ff. (a. a. O., S. 339 und 701); in der Verteilung der Beweislast nach 109 II sieht er demnach eine Ausnahmebestimmung. Vergl. über das Argument im Texte auch Martin, a. a. O. S. 110.

Nach Blumenstein, Begriff und Bedeutung des Verschuldens in OR 124, 125, Zeitschr. des bern. Jur.-Ver. 36, S. 297 ff., hat der Gläubiger, welcher nach dem Rücktritte auf Grund der Art. 124 und 125 aOR Schadensersatz fordert, sich nicht auf die Vertragsverletzung durch den Schuldner zu berufen, da für diese schon der Rücktritt Entschädigung gewährt, sondern auf eine damit verbundene Verletzung einer allgemeinen Rechtspflicht;

Unmöglich kann der Gläubiger durch die spätere Vor-
nahme der ihm nach Art. 107 ff. gestatteten Wahl be-
stimmen, wie sich der Schuldner rechtswidrig verhalten
hat. Es hängt jedenfalls nur vom eigenen Benehmen ab,
ob jemand einen Vertrag nicht erfüllt oder das Vertrauen
in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages erweckt
hat, niemals aber von der nachträglichen willkürlichen
Handlung eines andern; niemals kann eine solche in den
Kausalzusammenhang bestimmend eingreifen.

Der Satz übrigens, dass infolge des Rücktrittes das
Schuldverhältnis erlischt, als wäre es nie geschlossen wor-
den, ist in dieser unbedingten Fassung kaum richtig.^{62b)}

dabei sei dem Schuldner unter Umständen auch schon der
Abschluss eines Vertrages, den er nicht sicher ist, halten zu
können, als Verschulden anzurechnen; in diesem Falle könne
daher auch Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangt
werden. Man bedenke aber: der Umstand, dass der Schuldner
die Nichterfüllung voraussehen musste, wird bei der Bewertung
seines Exkulpationsbeweises (nach rev. OR 97 ff.) berücksichtigt
(vergl. Praxis d. BG V, S. 315 ff.); nach aOR 124, 125 erleichterte
er dem Gläubiger den Beweis des Verschuldens an der Nicht-
erfüllung. Die leichtsinnige Eingehung eines gültigen Vertrages
kommt deshalb nur für die Frage des Verschuldens an der Nicht-
erfüllung in Betracht; rechtswidrig ist sie stets nur im Falle
einer nachfolgenden Vertragsverletzung; dann aber geht das
rechtswidrige Verhalten des Schuldners in der Nichterfüllung auf.
Das Gleiche gilt für jedes vertragswidrige Verhalten des Schuld-
ners, das sich schon nach den allgemeinen Grundsätzen (aOR 50 ff.)
als widerrechtliches darstellen würde (etwa „positive Vertrags-
verletzungen“ u. dgl.). Ersatz bietet dafür die Leistung des
Erfüllungsinteresses; dabei wird dem Gläubiger die im Rücktritte
liegende teilweise Entschädigung angerechnet werden.

Für die Zubilligung von mehr als des Schadensersatzes wegen
Nichterfüllung, etwa durch Berücksichtigung einer infolge des
Vertragsabschlusses verpassten günstigeren Gelegenheit, liegt kein
rechtspolitischer Grund vor (Blumenstein, S. 302); auch der
Nachweis einer culpa beim Schuldner (aOR 124, 125) rechtfertigt
nicht einen Ersatz für die nachteiligen Folgen eines vom Gläubiger
abgeschlossenen ungünstigen Vertrages.

^{62b)} Wenig ansprechend ist es, wie die deutsche Theorie

Man kann beim Rücktritt insofern von einer Wirkung „ex tunc“ sprechen,⁶³⁾ als Art. 109 II die Rückgabe bereits bewirkter, demnach auch das Unterbleiben noch nicht erfolgter Leistungen vorsieht, der Rücktritt also in der Regel nicht allein von zukünftigen Verpflichtungen befreit und zukünftige Befugnisse aufhebt. Schon diese Wirkungen sind aber nur als Folgen der Nichterfüllung zu denken.^{63a)} Wollte man den Vertragsschluss und damit zugleich die Vertragsverletzung vollständig aus der Welt schaffen, so könnten die bewirkten Leistungen nur als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt werden.^{63b)}^{63c)}

diesen Satz bei der Erklärung der für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden, auf das gesetzliche entsprechende Anwendung findenden Auslegungsvorschriften des BGB aufstellt, dabei aber betont, dass Schlüsse daraus nicht gezogen werden können, da nach dem Gesetze die empfangenen Leistungen ohne Beschränkung zurückzugewähren sind. (Vergl. etwa Enneccerus, a. a. O. II, S. 97 und dort Zit.) Gerade die Folgen des im Verträge vorgesehenen Rücktrittsrechtes können nichts anderes sein als (mittelbare) Wirkungen des Vertrages.

⁶³⁾ Becker a. a. O. zu 109.

^{63a)} So auch die Ansicht des Bundesgerichtes, Praxis II, S. 520 f.

^{63b)} Vergl. Enneccerus a. a. O.

^{63c)} Wir können uns hier mit dem Rücktritt als solchen nicht näher befassen. Nur soviel zum Verständnis des im Texte vertretenen Standpunktes: die Wirkung ex tunc liegt nicht im „Begriffe“ des Rücktrittes. Das deutsche BGB erwähnt allerdings den „Rücktritt“ nur dann, wenn eine Wirkung ex tunc beabsichtigt ist. In unserm Gesetze heisst aber auch eine Vertragsauflösung durch Kündigung „Rücktritt“, wenn dadurch die vorzeitige Beendigung eines dauernden Schuldverhältnisses herbeigeführt werden soll, ob nun den Grund dazu ein vertragswidriges Verhalten des Andern bildet oder ein anderer Umstand (z. B. Art. 255, 269 Randtitel). Im deutschen BGB ist in solchen Fällen von „vorzeitiger“ oder „sofortiger“ Kündigung die Rede.

Umgekehrt spricht das Gesetz auch von „Kündigung“, wo Rücktritt mit Wirkung ex tunc gemeint ist (Art. 526 f.).

So wird es bei jeder Vertragsauflösung den einzelnen Rechtsätzen zu entnehmen sein, ob Wirkung ex tunc oder ex nunc ein-

Erst recht muss für die Schadensersatzverpflichtung des Art. 109 II die Nichterfüllung der Rechtsgrund sein. Der infolge der Nichterfüllung entstandene Schaden ist aber das Erfüllungsinteresse. Wäre nach dem Rücktritt die Vertragsverletzung getilgt, so liesse sich auch keine Verpflichtung zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses begründen; worin sollte dann das zu dieser Begründung notwendige rechtswidrige Verhalten des Schuldners liegen? ^{63d)})

Die Umkehrung der Beweislast für das Verschulden in Art. 109 II dem bisherigen Rechte gegenüber, hätte, als eine Anwendung der allgemeinen Regeln über die Nichterfüllung, ⁶⁴⁾) den Gedanken an eine ausservertrag-

zutreten habe; dies richtet sich nach der Natur des Schuldverhältnisses; wichtig ist, dass es stets dem verletzten Vertragsteile möglich sei, ohne Schaden vom Gegner loszukommen, wenn ihm ein ferneres Verbundensein im Schuldverhältnisse nicht zuzumuten ist.

Die Vertragsauflösung mit Wirkung ex tunc als eigentlichen „Rücktritt“ abzusondern, hat keinen grossen Zweck. Mit diesem Rücktritte eine Ersatzpflicht von besonderem Umfange zu verbinden, ist jedenfalls durch nichts gerechtfertigt. Bei der Auflösung von dauernden Schuldverhältnissen besteht übrigens im Ergebnisse oft kaum ein Unterschied zwischen der Wirkung ex nunc und der Wirkung ex tunc, z. B. wenn die von beiden Seiten bis zur Vertragsauflösung zu bewirkenden Leistungen den gleichen Wert haben. (Vergl. Art. 255, 352. Art. 526 ff. sehen dagegen mit Recht Wirkung ex tunc vor.)

Den Verzicht auf die Lieferung, verbunden mit der Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung unter Aufrechterhaltung des Vertrages nach Art. 190 bezeichnet das Gesetz im Randtitel ebenfalls als Rücktritt; in diesem Falle führt gerade die Schadensersatzforderung die vollständige Liquidation des Vertragsverhältnisses herbei (vergl. auch Art. 8; das französische Wort „résiliation“ hat noch weitere Bedeutung).

^{63d)}) Vergl. Anm. 62 a. Eine „positive Vertragsverletzung“ könnte unter Umständen auch abgesehen vom Verträge als widerrechtliche Schadenszufügung angesehen werden; die Haftung würde aber dann wegen dieser Schädigung eintreten, und nicht wegen einer Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages.

⁶⁴⁾) Botschaft 1909, S. 12.

liche Schadensersatzverpflichtung vollends ausschliessen sollen.^{64a)64b)}

Vielleicht hat dennoch gerade die Rücksicht auf die begriffliche Konstruktion des Rücktrittes die Aufnahme der Verpflichtung zum Ersatze des Vertrauensschadens in Art. 109 herbeigeführt. Man fand darin ein geeignetes Mittel, um die erwähnte Auffassung des Rücktrittes sich aneignen zu können, ohne sich vom bisherigen Rechtszustande (124, 125 aOR) allzusehr zu entfernen.^{64c)} Mitgeholfen hat dabei der Umstand, dass man das negative Vertragsinteresse für einen auf besondere Art berechneten Schaden von meist beschränktem Umfange hielt.^{64d)}

Es wird nämlich behauptet,⁶⁵⁾ nach dem Rücktritte sei ein Ersatz des Erfüllungsinteresses nicht möglich, weil

^{64a)} Gerade die Rücksicht auf den nach Art. 124, 125 aOR beim Gläubiger liegenden Beweis des Verschuldens hat in Verbindung mit der im Texte erwähnten Auffassung des Rücktrittes zur Annahme geführt, dass nicht ein vertragswidriges Verhalten des Schuldners der Grund der Schadensersatzverpflichtung sein könne. Vergl. Blumenstein a. a. O.

^{64b)} Es sei übrigens darauf hingewiesen, dass nach 109 II der Schuldner zu beweisen hat, es treffe ihn kein Verschulden an der Nichterfüllung, nicht aber am Dahinfallen des Vertrages; da dieses infolge des vom Gläubiger innerhalb der Wahlmöglichkeiten frei gewählten Rücktrittes erfolgt, ist der Schuldner, streng genommen, daran stets unschuldig.

^{64c)} Der Rücktritt in Verbindung mit dem Schadensersatz hatte allerdings auch den jetzt bei Verzug möglichen Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Aufrechterhaltung des Vertrages zu ersetzen (vergl. zwar Hafner zu aOR 124).

^{64d)} Wir finden sogar auch bei Theoretikern des deutschen BGB den Gedanken ausgesprochen, vergl. darüber Krahmer Gegenseitige Verträge S. 53 ff., dass der Gläubiger, der die ihm nach BGB zustehenden Rechte aus dem Rücktritte geltend macht, damit einen „Teil des negativen Vertragsinteresses“ ersetzt verlange. — Ein solcher Gedanke konnte nur als Folge der falschen, oben widerlegten Ansicht über die Natur des negativen Vertragsinteresses aufkommen. Vergl. auch Enneccerus a. a. O. II, S. 138: „Anspruch auf Schadensersatz hat (beim Rücktritt) der Gläubiger nicht, auch nicht auf das negative Interesse.“

⁶⁵⁾ Vergl. Oser a. a. O. zu 109, Becker a. a. O. zu 109.

es nicht angehe, dass der Gläubiger sich durch den Rücktritt von seiner eigenen Leistung befreie, sich aber trotzdem die Vorteile aus dem Vertrage zuwende.

Nun aber kann der Gläubiger, auch wenn er unter Aufrechterhaltung des Vertrages auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagt, seine Leistung, soweit es deren Natur zulässt, mit der Schadensersatzforderung verrechnen. Was er durch die Befreiung von der eigenen Leistung gewinnt, hat er also einfach bei der Bestimmung des Erfüllungsinteresses abzuziehen. Diese Verrechnung wird aber dadurch nicht sicher umgangen, dass der Gläubiger das negative Vertragsinteresse verlangen muss. Hat er etwa die Gelegenheit zu einem gleich günstigen Geschäft versäumt und ist er dadurch geschädigt worden, so wird er sich die ersparte eigene Leistung auf die Schadensersatzforderung ganz ebenso anrechnen lassen müssen, wie bei der Feststellung des Erfüllungsinteresses. Das negative Vertragsinteresse ist eben an sich kein Schaden von beschränktem Umfange. (Vergl. oben.)

Es ist übrigens nicht einzusehen, warum dem zurücktretenden Vertragsteile, wenn er nach der Auseinandersetzung noch weiter geschädigt bleibt, nicht auch dieser Schaden bei Verschulden des Andern voll ersetzt werden sollte.⁶⁶⁾⁶⁷⁾

⁶⁶⁾ Das gemeine Recht neigte dazu, wie wir sahen, bei der Wandelung Ersatz des negativen Vertragsinteresses zuzusprechen. Hier war zwar ein beschränkter Ersatz insofern gerechtfertigt, als die Haftung des Schuldners auch eintrat, wenn im Gegensatze zu 109 OR kein Verschulden vorlag. Zur Herbeiführung eines beschränkten Ersatzes war aber das negative Vertragsinteresse ein ganz ungeeignetes Mittel.

⁶⁷⁾ Je nach der Beschaffenheit der Leistung des Gläubigers oder des Schuldners (Dauerleistung u. dgl.) wird der Rücktritt eine angemessenere Berichtigung sein als das Geltenlassen des Vertrages und die Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung; dafür aber, dass in diesem Falle in bezug auf den Schadensersatz eine Schlechterstellung des geschädigten Vertragsteiles zu erfolgen hätte, ist ein rechtspolitischer Grund nicht vorhanden.

Im Interesse der Rechtssicherheit schon liegt es, wenn die Rechtsfolgen, welche durch die Vornahme der dem Gläubiger nach Art. 107 ff. gestatteten Wahl herbeigeführt werden können, nicht wesentlich verschiedene sind. Zunächst wird so die Gefahr vermindert, dass der Gläubiger zuungunsten des Schuldners spekuliere. Dürfte der Gläubiger etwa deshalb zurücktreten, weil er infolge des Vertragsabschlusses die Gelegenheit zu einem günstigeren Geschäft verpasst hat, und der Ersatz des negativen Vertragsinteresses für ihn daher vorteilhafter ist? Wird doch bei uns die Beschränkung des Vertrauensschadens auf die Höhe des Erfüllungsinteresses keineswegs allgemein angenommen (vergl. Oser, Kommentar zu 39).

Es ist sodann in der Praxis⁶⁸⁾ oft schwer zu entscheiden, ob der Schadensersatz fordernde Gläubiger zurückgetreten ist oder ob er den Vertrag aufrechterhält, wenn seine Leistung sich mit der Schadensersatzforderung ohne weiteres verrechnen lässt. Ist aber in beiden Fällen das Erfüllungsinteresse zu ersetzen, so hat diese, infolge der Unsicherheit des Sprachgebrauches, die sich schon im Gesetze vorfindet, oft fast unmögliche Entscheidung keine grosse Bedeutung.⁶⁹⁾

⁶⁸⁾ Vergl. BGE 39, 2, 18; Praxis d. BG V, S. 4 ff.

⁶⁹⁾ Welches Rechtsmittel wählt z. B. ein Käufer, welcher bei Nichterfüllung an den Verkäufer schreibt: „Ich annulliere den Auftrag und werde Sie für den ganzen aus der Nichtlieferung erwachsenen Schaden haftbar machen?“ Praxis V, S. 4 ff.

Der Fall ist überaus lehrreich:

Der Käufer klagt nach der erwähnten Benachrichtigung des Verkäufers auf Schadensersatz. Es handelt sich um ein Fixgeschäft; aus Gründen, die ich nicht auszuführen brauche, sind Art. 107 ff. massgebend, nicht Art. 190. Der Schaden, den der Kläger erlitten zu haben behauptet, besteht hauptsächlich aus einem wegen der Nichtlieferung entgangenen Gewinne im Betrage von Fr. 140,000. — und aus einem bei der Rückerstattung des vorausbezahlten Kaufpreises (Fr. 105,000. —) entstandenen Kursverluste im Betrage von rund Fr. 3400. —. (Die näheren Umstände tun hier nichts zur Sache.) Dass nur der eine oder der andere Posten, also nur das positive oder das negative Vertrags-

Wenn also das revidierte OR (Art. 107 ff, 190) im Gegensatz zum alten (Art. 122 ff., 234) dem Gläubiger das Recht gibt, auch abgesehen von den Fällen der Unmöglichkeit (97, a 110) unter Aufrechterhaltung des Vertrages Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, so hat die Aufnahme dieser neuen Wahlmöglichkeit wohl nur den Sinn, das Vorgehen des Gläubigers zu vereinfachen, sobald der Schadensersatz sämtliche Nachteile der Vertragsverletzung beheben kann. Diese Neuerung hätte aber nicht dazu verleiten sollen, einer anfechtbaren begrifflichen Konstruktion zuliebe an den Rücktritt prinzipiell andere Folgen zu knüpfen.⁷⁰⁾

Die Beziehung des Art. 109 auf die im besonderen Teile des OR geregelten Schuldverhältnisse im einzelnen zu untersuchen, ist hier nicht unsere Aufgabe. Es wird der Hinweis auf einige Stellen genügen, wo das Gesetz mit dem Rücktritt eine Verpflichtung zum Schadensersatz verbindet, dabei aber nicht an das negative Vertragsinteresse denkt, um zu zeigen, dass die durch die jetzige Fassung des Art. 109 eingeführte neue Bestimmung in unserm Rechte — glücklicherweise — ein Fremdkörper geblieben ist.

Art. 191 bezieht sich nicht allein auf den in 190 vorgesehenen Fall, sondern auch auf ein Vorgehen des Käufers gemäss Art. 107 ff. (Oser, Kommentar zu 191); nach Absatz I ist dem Käufer stets der Schaden zu ersetzen, der dadurch entsteht, dass der Verkäufer seiner Vertragspflicht nicht nachkommt. Die konkrete Schadensberechnung interesse ersetzt werden könnte, wird vom Gerichte mit Recht bemerkt. Das Gericht lässt aber die Frage nach dem Rücktritte einstweilen offen und gestattet dem Kläger den Beweis für beide Schadensposten. Für beide misslingt der Beweis, und deshalb wird der Kläger abgewiesen. — Was hätte aber geschehen müssen, wenn der Beweis wenigstens für den entgangenen Gewinn gelungen wäre? Die Unsicherheit einer Entscheidung von so grosser Wichtigkeit wird vermieden, wenn auch nach dem Rücktritte bei Verschulden des nicht erfüllenden Vertragsteiles, was übrigens dogmatisch und rechtspolitisch einzig gerechtfertigt ist, ein angemessener Ersatz des Erfüllungsinteresses zu leisten ist.

⁷⁰⁾ Vergl. auch Krahmer a. a. O.

nung durch Deckungskauf in Abs. II, und die abstrakte in Abs. III, die dem Käufer im kaufmännischen Verkehr oder bei Waren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, den Nachweis des Schadens erleichtern sollen, sind nur als Berechnung des Erfüllungsinteresses zu denken; oder soll bei Rücktritt der Käufer etwa noch beweisen müssen, das sich ihm vor der Vertragsauflösung die Gelegenheit zu einem Kaufe wirklich geboten hat, dessen Bedingungen denjenigen des nichterfüllten Vertrages entsprechen? ^{70a)}

Das gleiche lässt sich von Art. 215 sagen.

Art. 254, 255 (a OR 277): Ist jetzt der zurückgetretene wegen verschuldeter Vertragsverletzung ersatzfordernde Mieter (255 II) darauf angewiesen, das Interesse nachzuweisen, welches er daran hat, dass von dem Vertrage nicht die Rede gewesen wäre (so Oser zu 254)? Entsteht der Schaden z. B. dadurch, dass er gezwungen wird, eine kostspieligere Wohnung zu mieten, muss er da beweisen, dass er vor dem Rücktritte einen günstigeren Mietvertrag hätte eingehen können? Dies wäre eine seltsame Verwirklichung der in Art. 254 liegenden sozialen Absichten.

Art. 261, 265: Auch hier wird die „Beschränkung“ auf den Ersatz des negativen Vertragsinteresses im Gegensatze zu a OR 283 und 287 kaum gewollt sein; der Vermieter müsste dartun, um etwa für das Leerstehen des Mietlokales voll entschädigt zu werden, dass er vor der Auflösung der Miete die Gelegenheit zum Abschlusse eines ebenso günstigen Vertrages gehabt hätte; und umgekehrt dürfte er unter Umständen (vergl. unten), wenn er das Versäumen einer günstigeren Gelegenheit nachweisen könnte, den höheren Zins als Ersatz fordern.

258: Schon die analoge Anwendung von Art. 195 f. in bezug auf die Schadloshaltung des Mieters (Oser a. a. O. zu 258) bedingt bei Verschulden des Vermieters den Ersatz des Erfüllungsinteresses trotz Auflösung des Vertrages; wir werden darauf zurückkommen.

^{70a)} Die Vermutung dieser Möglichkeit (Rabel, 327, Fischer 118) ist nicht immer denkbar.

Die gleichen Schwierigkeiten und Ungerechtigkeiten wie beim Mietvertrage würde der Ersatz des negativen Vertragsinteresses verursachen: z. B. beim Dienstvertrage, wenn die Auflösung nach Art. 109 zu geschehen hat, weil die sie veranlassende Vertragsverletzung sich nicht als „wichtiger Grund“ im Sinne des Art. 352 darstellt (in diesem Falle ist nach Art. 353 das Erfüllungsinteresse zu ersetzen) (vergl. Oser zu 352), beim Werkvertrage (Art. 366, 368, 375: Oser a. a. O.)⁷¹⁾ (besonders etwa bei wegen verspäteter oder mangelhafter Ausführung des Werkes entgangenem Gewinn), beim Verpfändungsvertrage (Art. 527, vergl. Oser zu 527; hier spricht das Gesetz nur von einer „angemessenen Entschädigung“), bei der einfachen Gesellschaft (Art. 545) usw.

Ganz offenkundig stimmen endlich mit Art. 109 II nicht überein die Art. 195 (wonach der Kaufvertrag bei Entwehrung als aufgehoben betrachtet wird) und 208 (wo die Wirkungen der Wandelung wegen körperlicher oder rechtlicher Mängel der Sache festgesetzt werden); und doch gelten auch diese als Sonderanwendungsfälle des Art. 109.⁷²⁾ Der letzte Absatz der beiden Artikel:

Der Käufer ist verpflichtet, auch den weitem Schaden zu ersetzen, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle,

wird nämlich wohl mit Recht allgemein in dem Sinne verstanden, dass der Verkäufer bei Verschulden das volle Erfüllungsinteresse zu ersetzen habe (unter Abzug selbstverständlich der nicht bewirkten Gegenleistung des

⁷¹⁾ Warum bei Geltendmachung einer Schadensersatzforderung unter den Voraussetzungen des Art. 375 im Gegensatze zu 109 II die Beweislast für das Verschulden zuungunsten des Bestellers umgekehrt werden sollte (so Oser a. a. O. zu 375), kann ich nicht einsehen. Der Unternehmer kann doch die Schadensersatzpflicht dadurch abwenden, dass er sich mit einem dem ungefähren Ansätze entsprechenden Preise begnügt.

⁷²⁾ Oser a. a. O. zu 197 und 208.

Käufers).⁷³⁾ Es wird also auch bei Auflösung des Vertrages die Möglichkeit eines Ersatzes des Erfüllungsinteresses zugegeben.⁷⁴⁾

Der Ersatz des negativen Vertragsinteresses soll jedoch vorgeschrieben sein in den Ziffern 1—4 des Art. 195 und im II. Absatz des Art. 208.⁷⁵⁾ Jedenfalls liegt aber auch da keine Sonderanwendung des Art. 109 II vor; in diesem wird Verschulden vorausgesetzt, in 195 und 208 sind dagegen Fälle vorgesehen, wo, über 97 ff. hinaus, der Verkäufer seit den Tagen des römischen Rechtes auch ohne Verschulden haftet. Die in 195 1—4 und 208 II erwähnten Posten könnten zwar unter Umständen Bestandteile eines negativen Vertragsinteresses sein, ebensogut gehören sie aber auch, wie wir gesehen haben, zum positiven. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaute der letzten Absätze, wo mit dem „weiteren Schaden“ die Differenz zwischen den angeführten Posten und dem vollen Betrage des Erfüllungsinteresses bezeichnet wird. — Der Rechtsgrund der Haftung ist in 195, 1—4 und in 208 II (unverschuldete) Nichterfüllung; man kann deshalb hier nichts anderes sehen, als den Versuch, eine beschränkte Haftung auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses festzusetzen. (Die Beschränkung auf gewisse Posten ist gerechtfertigt, weil möglicherweise das Verschulden fehlt.⁷⁶⁾ Es wird insbesondere in Art. 195, Ziff. 4 („Ersatz des sonstigen durch die Entwehrung unmittelbar verursachten Schadens“) und in Art. 208 Absatz II am Schlusse („und den Schaden zu ersetzen, der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist“) mit dem Hinweis auf den „unmittelbar verursachten Schaden“ (ähnlich wie in Art. 116 aOR) dem Richter ein Masstab gegeben, dessen Anwendung ihn

⁷³⁾ Oser a. a. O.

⁷⁴⁾ Martin a. a. O. S. 126 ff.

⁷⁵⁾ Oser a. a. O. zu 195 und 208.

⁷⁶⁾ Über die actio redhibitoria bei den gemeinrechtlichen Schriftstellern vergl. oben.

zur Bestimmung eines beschränkten Schadensersatzes führen wird, mögen dabei auch manche Zweifelauf-tauchen.⁷⁷⁾ Es ist nicht einzusehen, wieso gerade mit dem „unmittelbar verursachten Schaden“ auf das negative Vertragsinteresse hingewiesen werden soll;⁷⁸⁾ dieses kann selbstverständlich mittelbar oder unmittelbar ver-ursachter Schaden sein.^{78a)}

Die in Art. 173 umschriebene Haftung des Zedenten bei entgeltlicher Abtretung wird nicht allgemein als eine Verpflichtung zum Ersatze des negativen Vertragsinter-esses angesehen.⁷⁹⁾ Jedenfalls würden Zessionsvaluta und Kosten nur einen Teil des Vertrauensschadens ausmachen (vergl. oben). Da aber hier wie in 195 und 208 Rechts-grund der Haftung die Nichterfüllung ist, ohne Rücksicht auf Verschulden, handelt es sich um eine Verpflichtung zum Ersatze des Erfüllungsinteresses, insofern in be-schränktem Umfange, als der Zedent für das „nomen bonum esse“ nicht einzustehen hat (171).

Auch über Art. 248, wonach der Schenker für den dem Beschenkten aus der Schenkung erwachsenen Schaden nur im Falle der absichtlichen und der grob fahrlässigen Schädigung aufzukommen hat, sind die Ansichten geteilt: eine Verpflichtung auf den Ersatz des negativen Vertrags-interesses nimmt hier an Rabel⁸⁰⁾, von einer Haftung wegen Nichterfüllung sprechen dagegen Oser und Fick.⁸¹⁾ Wir können uns deshalb auf wenige Bemerkungen be-schränken: Da eine Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages hier nicht vor-liegt, ist überhaupt eine Haftung auf das negative Ver-tragsinteresse nicht denkbar. Absatz I bezieht sich nur

⁷⁷⁾ Vergl. Fick a. a. O. zu 195.

⁷⁸⁾ Oser a. a. O. zu 195.

^{78a)} Vergl. unten, S. 286.

⁷⁹⁾ Dafür: Oser a. a. O. zu 173; dagegen: Becker a. a. O. zu 173; Fick a. a. O. zu 173.

⁸⁰⁾ Rabel a. a. O., S. 314; vergl. auch Schmid, Die Schenkung. Diss. Zürich 1909. S. 107.

⁸¹⁾ Oser a. a. O.; Fick a. a. O. zu 248.

auf die Frage des Verschuldens und denkt zunächst an das vollzogene Schenkungsversprechen und an die erfolgte Schenkung von Hand zu Hand (vergl. Oser a. a. O. S. 553). Der Schaden kann dabei entstanden sein infolge einer „Schlechterfüllung“^{81a)} des Schenkungsversprechens oder, wenn man bei der Schenkung von Hand zu Hand von „Erfüllung“ nicht reden will, infolge einer mit der Vornahme dieser Schenkung verbundenen ausserkontraktlichen Schädigung; meist wird wohl ein Fehler der Sache vorhanden sein,^{81b)} seltener vielleicht ein Mangel im Rechte.^{81c)} Art. 248 lässt die Haftung nur eintreten bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Schenkers (in Ausführung der Art. 43 und 99) mit Rücksicht auf die Causa donandi; die Anwendung dieser Vorschrift auf die Erfüllung eines Schenkungsversprechens überhaupt ist deshalb gerechtfertigt.^{81d)} (Vergl. Oser a. a. O.) Die Wirkung der Causa donandi auf die Höhe des geschuldeten Ersatzes dagegen ergibt sich aus den allgemeinen Regeln über den Umfang der Haftung bei Nichterfüllung (99) und bei ausserkontraktlicher Schadenszufügung (43), sowie aus einigen Spezialbestimmungen (so Art. 105 I, 171 III). — Ohne Anlehnung an eine kaum haltbare Auslegung der entsprechenden Paragraphen des deutschen BGB hätte hier von einem Ersatze des negativen Vertragsinteresses sicher nicht die Rede sein können.⁸²⁾

^{81a)} Etwa im Sinne einer sogenannten positiven Vertragsverletzung. Der Beschenkte muss wirklich „geschädigt“ sein. — Ist die geschenkte Sache mit einem körperlichen oder rechtlichen Mangel behaftet, so wird dadurch der Wert der Schenkung vermindert; diese verursacht aber deshalb beim Beschenkten noch keinen Schaden; sie kann immer noch einen Gewinn für ihn bedeuten.

^{81b)} Vergl. deutsches BGB § 524, Abs. 1.

^{81c)} BGB § 523, Abs. 1. — Infolge dieses Mangels wird der Beschenkte unter Umständen selbst ersatzpflichtig (etwa nach Art. 195, 4).

^{81d)} Vergl. BGB § 521.

⁸²⁾ BGB 523 I, 524 I; vergl. Rabel a. a. O. 314. — Der

Zu nicht unbedenklichen Schlüssen führt die Annahme, dass der Verlöbnißbruch zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses verpflichtet.⁸³⁾ ZGB 92:

Bricht ein Verlobter ohne wichtige Gründe das Verlöbniß, oder wird es aus einem Grunde, an dem er selbst schuld ist, von ihm oder dem andern Verlobten aufgehoben, so hat er diesem, dessen Eltern, oder dritten Personen, die an Stelle der Eltern gehandelt haben, für die Veranstaltungen, die mit Rücksicht auf die Eheschliessung in guten Treuen getroffen worden sind, einen angemessenen Ersatz zu leisten.

Rechtsgrund der Haftung ist auch hiër die Verletzung einer vertraglichen Pflicht (den dritten Personen gegenüber

hier aus einem arglistigen Verschweigen eines Mangels im Rechte oder eines Fehlers der Sache entstehende Schaden kann nicht negatives Vertragsinteresse sein; er entsteht durch mangelhafte Vollziehung der Schenkung; geschieht diese bei Ausführung eines „Schenkungsversprechens“, so gehört der Schaden zum Erfüllungsinteresse. In bezug auf die Voraussetzungen der Ersatzpflicht gilt entsprechend das im Texte für das schweizerische Recht Gesagte.

Dass der Schaden nicht hätte entstehen können, wenn von der Schenkung nicht die Rede gewesen wäre, ist sicher. Wollte man aber dann schon von negativem Vertragsinteresse sprechen, wenn bei Nichtvorhandensein einer bestimmten, eine Ersatzpflicht begründenden Tatsache der Schaden nicht entstanden wäre, so müsste man schliesslich jeden Schaden, der nicht das volle Erfüllungsinteresse darstellt, negatives Vertragsinteresse nennen. Der Begriff liesse sich dann überhaupt nicht mehr bestimmen (vergl. unten S. 286). In 523 II und 524 II spricht das BGB von Schadensersatz wegen Nichterfüllung, und meint damit Ersatz des Erfüllungsinteresses in weiterem Umfange; die Bestimmung ist angefochten worden, vergl. Schmid a. a. O. S. 109 f., weil dadurch der Ersatz den Umfang des durch die Schenkung entstandenen „Schadens“ überschreiten kann. Vergl. auch Fischer, a. a. O. S. 132 f.

⁸³⁾ Von negativem Vertragsinteresse sprechen hier: Egger, Kommentar zu ZGB 92, Oser a. a. O. zu 39, auch Leuenberger, das Verlöbniß im Schweiz. R., Abhandlungen f. Schweiz. R. 30, S. 253, Rabel a. a. O. S. 315; vergl. Fischer, a. a. O. S. 133 ff.

zugleich ein ausserkontraktliches rechtswidriges Verhalten). Eigenartig ist beim Verlöbniß, dass der Erzwingbarkeit der Erfüllung der Grundsatz der Freiheit der Eheschliessung⁸⁴⁾ entgegensteht (ZGB 91). Bei Nichterfüllung kann daher auch nicht das Äquivalent für die nicht vollzogene Eheschliessung gefordert werden. Nur ein Teil des Erfüllungsinteresses wird zu ersetzen sein, und zwar nur soviel, als sich mit dem erwähnten Grundsatz verträgt. — Das Gesetz versucht in Art. 92 diesen Teil zu bestimmen; 93 sieht dann noch die Leistung einer Genugtuung vor „bei Verletzung der persönlichen Verhältnisse“. (Vergl. OR 49.) Den „angemessenen Ersatz“ dagegen „für die Veranstaltungen, die mit Rücksicht auf die Eheschliessung in guten Treuen getroffen worden sind“, einen teilweisen Ersatz des negativen Vertragsinteresses zu nennen, ist unrichtig,⁸⁵⁾ weil dazu der Rechtsgrund fehlt. Will man aber aus dieser Bestimmung des Schadens als negatives Vertragsinteresse sogar den Schluss ziehen, es sei überhaupt das Interesse zu ersetzen, welches der andere Verlobte daran hat, dass von der Verlobung nicht die Rede gewesen wäre, so kommt man zuletzt dazu, gegen den Grundsatz der Freiheit der Eheschliessung zu verstossen; denn der Schaden, den ein Verlobter z. B. dadurch erleidet, dass er infolge des Verlöbnisses die Gelegenheit zu einer anderen Heirat versäumt hat,⁸⁶⁾ kann dem vollen Erfüllungsinteresse mindestens gleichkommen.

Von Ersatz des negativen Vertragsinteresses als Folge der Verletzung einer vertraglichen Pflicht spricht das Gesetz selbst ausdrücklich nur in Art. 109. Entschliesst sich deshalb das Bundesgericht dazu, dem „aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schaden“ hier diese Bedeutung zu nehmen, in 109 nur die Festsetzung einer angemessenen Entschädigung des zurücktretenden Vertragsteiles bei Verschulden des Andern anzuerkennen

⁸⁴⁾ Egger a. a. O.; Leuenberger a. a. O. S. 244.

⁸⁵⁾ Rabel a. a. O. 315; Leuenberger a. a. O. 253.

⁸⁶⁾ Egger a. a. O.

(vergl. oben), so wird bei Nichterfüllung eines Vertrages, wie zu hoffen ist, bald überhaupt nicht mehr vom Ersatze des Vertrauensschadens gesprochen werden.

2. Soweit bei einer ausservertraglichen Schadensersatzverpflichtung dagegen die Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit einer unwirksamen Willenserklärung vorausgesetzt wird, kann der Schaden allerdings als negatives Vertragsinteresse bezeichnet werden. Doch wird dadurch, wie wir gesehen haben, der einzelne Rechtssatz auf keinen Obersatz zurückgeführt, da das Gesetz nicht schon für jeden Fall einer Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages Rechtsfolgen vorsieht. Das bedeutet für die praktische Auslegung und für die Anwendung des einzelnen Satzes, dass weder die Subsumtion eines Falles unter den vorausgesetzten Tatbestand noch die Feststellung der dafür angemessenen Rechtsfolgen erleichtert werden, wenn man den zuzusprechenden Schadensersatz als Ersatz des negativen Vertragsinteresses bestimmt.

Es sei auch daran erinnert, dass der das gemeinsame Moment in den Tatbeständen der Art. 26 I und 39 I, von denen wir oben ausgegangen sind, bezeichnende Ausdruck „Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit einer unwirksamen Willenserklärung“ selbst nicht ganz genau ist: Zu ersetzen ist der Schaden, der infolge des Nichtgeltens des Vertrages durch den fahrlässig Irrenden oder infolge des Abschlusses eines ungültigen Vertrages durch den falsus procurator (vergl. oben S. 231), also soweit infolge der Vertrauenserweckung entstanden ist. Daraus ist aber nicht zu schliessen, dass nur der Schaden zu ersetzen sei, den der Geschädigte infolge seines Vertrauens in die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat. Die vor der scheinbaren Perfektion des Vertrages ausgelegten Kosten könnten dann nicht in das zu ersetzende Interesse einbezogen werden.⁸⁷⁾ (Vergl. oben S. 248.)

⁸⁷⁾ Rabel (a. a. O. 294) hat auf diesen Mangel der Formu-

Der Hinweis auf das negative Vertragsinteresse kann nur etwas bedeuten, wenn dadurch der Einzelsatz als Lösungsversuch des oben besprochenen Problems des Schadensersatzes bei nichtigen Verträgen gekennzeichnet wird. Das fördert unter Umständen die historische Erklärung und führt etwa auf die für die Regelung massgebenden rechtspolitischen Erwägungen, was namentlich bei Betrachtungen de lege ferenda wichtig ist (vergl. oben). Tritt aber die betreffende Schadensersatzverpflichtung auch dann ein, wenn eine Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages nicht stattgefunden hat, so liegt der Satz, zum Teil wenigstens, ausserhalb des erwähnten Problems, und es sind für die Verpflichtung rechtspolitische Erwägungen bestimmend, die ebenfalls zum Teil oder ganz ausserhalb der durch dieses Problem gezogenen Richtungslinien liegen (so z. B. bei OR 36, ZGB 411, vergl. unten).

Für die dogmatische Erklärung, wie gesagt, ist die Bezeichnung des Schadens als negatives Vertragsinteresse zum mindesten nutzlos (es sei denn, man wollte damit

lierung im deutschen BGB und überhaupt des Begriffs „Vertrauensschaden“ hingewiesen. Beginnt man aber die Betrachtung des Kausalzusammenhanges schon bei dem den Schaden verursachenden rechtswidrigen Verhalten des Schädigenden, so bietet die Berücksichtigung der Kosten des Vertragsabschlusses, soweit sie wirklich Bestandteil des Schadens sind, keine theoretische Schwierigkeit. Wären die Kosten für den Geschädigten durch die Erfüllung wettgemacht worden, so gehören sie z. B. bei Nichtgeltenlassen des Vertrages durch den fahrlässig Irrenden zu dem infolgedessen entstandenen Schaden; macht aber der Geschädigte z. B. den ihm infolge eines verpassten anderen Geschäftes entgangenen Gewinn als Schaden geltend, so kommen die Kosten nicht in Betracht, falls sie auch für das versäumte Geschäft hätten ausgelegt werden müssen. Inwiefern man bei der Bestimmung der „Kosten“ dem Vertragsabschlusse vorausliegende Tatsachen zu berücksichtigen hat, ist schliesslich Ermessensfrage. — Unter Umständen sind die Kosten des Vertragsabschlusses auch für die Ermittlung des infolge der Nichterfüllung entstandenen Schadens von Bedeutung. (Praxis des BG II, S. 176 ff.) (Vergl. oben S. 248 ff.)

nur den Gegensatz zu einer Haftung auf das Erfüllungsinteresse, also zu einem Geltenlassen des Vertrages andeuten (vergl. darüber unten S. 277); sie kann aber sogar schädlich sein, wie wir sehen werden, wenn die „Vertrauenserweckung“ nicht notwendiges Tatbestandsmerkmal ist, die Schadensersatzverpflichtung auch ohne dieselbe eintreten kann, da man dem Satze in einem solchen Falle vielleicht eine zu enge Bedeutung gibt, oder, wenn der Rechtssatz auch über die Rechtsfolge, über den Umfang des Ersatzes, bestimmen will, weil dann der Schädigende eventuell zum vollen Ersatze des infolge Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit einer unwirksamen Willenserklärung entstandenen Schadens, also zum Ersatze in einem weiteren Umfange verpflichtet wird, als das Gesetz beabsichtigt.

Der erste Fehler begegnet uns in der Auslegung des Art. 36 II:

Wird er (der Bevollmächtigte nach Erlöschen der Vollmacht) von dem Vollmachtgeber oder seinen Rechtsnachfolgern hiezu (zur Rückgabe der Urkunde) nicht angehalten, so sind diese dem gutgläubigen Dritten für den Schaden verantwortlich.

Man kann hier nicht fragen, ob das positive oder „bloss“ das negative Vertragsinteresse zu ersetzen sei (etwa als typische Rechtsfolge, wenn ein Kontrahent im Vertrauen auf das Zustandekommen des Geschäftes getäuscht wird);⁸⁸⁾ denn von einer Geltung des Vertrages mit dem Vollmachtgeber ist nicht die Rede.

Das zum Ersatze verpflichtende Verhalten ist das „Nicht-Anhalten“ zur Rückgabe der Urkunde.⁸⁹⁾ Bis dieses erfolgt ist, kann der gutgläubige Dritte nach 36 vom Vollmachtgeber oder dessen Rechtsnachfolgern Ersatz jeden

⁸⁸⁾ So Becker a. a. O. zu 36.

⁸⁹⁾ „Anhalten“ = Geltendmachung rechtlichen Zwanges zur Herbeiführung der Rückgabe: so wohl mit Recht Rabel a. a. O. 309; Becker a. a. O. zu 36. Das Nähere gehört nicht hieher.

Schadens verlangen, den er infolge eines Missbrauchs der Vollmachtsurkunde durch den gewesenen Bevollmächtigten erleidet. Reist er z. B., nachdem er die Urkunde eingesehen hat, zu einer Verhandlung mit dem vermeintlichen Bevollmächtigten oder zur Besichtigung einer Ware, so gehören die Kosten der Reise zum Schaden, der infolge des Nichtanhaltens entstanden ist, auch ohne dass eine scheinbar gültige Willenserklärung im Namen des Vollmachtgebers abgegeben wurde. Eine Folge der Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit einer unwirksamen Willenserklärung ist dieser Schaden aber nicht. Spricht man hier von negativem Vertragsinteresse,⁹⁰⁾ so kommt man deshalb in Gefahr, den Tatbestand zu eng zu deuten.⁹¹⁾

Ähnliches lässt sich zu Art. 411 II ZGB bemerken: Hat der Bevormundete den andern Teil zu der irrtümlichen Annahme seiner Handlungsfähigkeit verleitet, so ist er ihm für den verursachten Schaden verantwortlich.

Auch hier will man eine Verpflichtung sehen zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses.⁹²⁾ Zuzugeben ist, dass vielleicht in den meisten Fällen der Schaden die Folge eines Vertrauens des Vertragsgegners in die Wirksamkeit des abgeschlossenen, wegen Ausbleibens der Genehmigung unwirksamen Vertrages mit dem urteilsfähigen Bevormundeten sein wird (411 I). Verpflichtendes Verhalten ist jedoch allgemein die Verleitung zur Annahme der Handlungsfähigkeit bei Anlass eines abzuschliessenden Vertrages; es wird also ein infolge dieses schuldhaften⁹³⁾

⁹⁰⁾ Oser a. a. O. zu 36; Becker a. a. O. zu 36.

⁹¹⁾ Fick a. a. O. zu 36 verweist einfach auf Art. 41 ff., nur insofern mit Recht, als da eine ausserkontraktliche Schadenszufügung vorhanden ist; 36 geht aber darin über 41 hinaus, als die Verpflichtung auch ohne Verschulden eintritt.

⁹²⁾ Oser a. a. O. zu 39; Egger, Kommentar zu ZGB 411;

⁹³⁾ Im „Verleiten“ liegt der Gedanke eines Verschuldens. Vergl. Rabel a. a. O. 298 f.; Egger a. a. O.

rechtswidrigen Verhaltens eingetretener Schaden auch ersetzt werden müssen, wenn es nur zu Vertragsverhandlungen gekommen ist. Diese Auslegung ist schon deshalb angezeigt, weil 411 einen Sonderanwendungsfall des Art. 41 OR bildet.

Eine einschränkende Bestimmung in Bezug auf den Umfang des Ersatzes scheint dagegen Art. 29 II zu enthalten, eine in das rev. OR neu aufgenommene Bestimmung:

Ist die Drohung von einem Dritten ausgegangen, so hat, wo es der Billigkeit entspricht, der Bedrohte, der den Vertrag nicht halten will, dem andern, wenn dieser die Drohung weder gekannt hat, noch hätte kennen sollen, Entschädigung zu leisten.

Das Verhalten des Bedrohten, der den Vertrag gegen sich nicht gelten lassen will, ist die unverschuldete Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages. Doch wird besser nicht von einer Verpflichtung zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses gesprochen;⁹⁴⁾ denn es ist grundsätzlich nicht der ganze infolge des erwähnten Verhaltens entstandene Schaden zu ersetzen; das wäre schon mit Rücksicht auf den Irrenden, der nur bei Verschulden haftet (26), zu hart. Nach Ermessen hat der Richter zu entscheiden, ob die Ersatzpflicht überhaupt eintritt. Auch die Höhe der „Entschädigung“ wird er unter Würdigung der Umstände frei bestimmen können. So gibt Oser zu,⁹⁵⁾ dass hier die minimale Schranke der Entschädigungspflicht unter dem negativen Vertragsinteresse liegt. Die maximale Schranke wird aber dann z. B. das Erfüllungsinteresse sein, wenn der Bedrohte selbst vom Drohenden vollen Ersatz erhält.⁹⁶⁾ Auf Grund des in Art. 29 II vorausgesetzten Tatbestandes ist also ein angemessener Ersatz bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses zu leisten.⁹⁷⁾

⁹⁴⁾ Becker, Oser a. a. O. zu 29. ⁹⁵⁾ Oser a. a. O. zu 29.

⁹⁶⁾ Oser und Becker a. a. O.

⁹⁷⁾ So spricht Fick wohl nicht unrichtig von einem nach

Das negative Vertragsinteresse wird ebensowenig zu ersetzen sein ⁹⁸⁾ nach Art. 8 II, auch dieser eine Neuerung des rev. OR:

Tritt er (der Auslobende) zurück, bevor die Leistung erfolgt ist, so hat er denjenigen, die auf Grund der Auskündigung in guten Treuen Aufwendungen gemacht haben, hiefür bis höchstens zum Betrag der ausgesetzten Belohnung Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihnen die Leistung doch nicht gelungen wäre.

Vielmehr ist der bei vorliegendem Tatbestand zu ersetzende Schaden auf die in „guten Treuen gemachten Aufwendungen“ beschränkt: Die Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit einer unwirksamen Willenserklärung ist hier in jedem Falle nur dann Rechtsgrund der Schadensersatzverpflichtung, wenn man in der Auslobung eine Offerte sieht, welche durch das Erbringen der Leistung angenommen wird. Dies ist die Ansicht vorzugsweise der älteren schweizerischen Theorie.⁹⁹⁾ Gegenwärtig neigt man eher dazu, die Auslobung als einseitige Verpflichtung zu betrachten.¹⁰⁰⁾ Da aber beim Rücktritt (vergl. oben) ebenfalls von negativem Vertragsinteresse bisher die Rede war, so sprechen hier auch die Anhänger der Pollizitationstheorie davon.

Zu dem im Vertrauen auf die Gültigkeit einer unwirksamen Willenserklärung erlittenen Schaden gehört der infolge Versäumens einer anderen Gelegenheit entgangene Gewinn. Ist nun dieser nach 8 gleichfalls zu ersetzen? Hat Derjenige, welcher an der Leistung arbeitet, und sich

richterlichem Ermessen festgesetzten Reugelde; Fick a. a. O. zu 29. Vergl. Rossel, Manuel S. 59.

⁹⁸⁾ So Oser a. a. O. zu Art. 8; Becker a. a. O. zu Art. 8.

⁹⁹⁾ Melliger a. a. O. S. 240 ff.; Marcusen, Zeitschr. des berner. Jur.-Ver. 26, S. 178 ff.; so auch Oser a. a. O. zu Art. 8.

¹⁰⁰⁾ Vergl. Becker a. a. O. zu Art. 8; Rabel a. a. O. S. 308; Rossel a. a. O. S. 34.

deshalb z. B. an einer anderen Konkurrenz nicht beteiligt, Anspruch auf Ersatz des infolge dessen erlittenen Schadens bis zur Höhe des aus dem ersten Preisausschreiben zu ziehenden Gewinnes? Der Verzicht auf die Beteiligung an einer anderen Konkurrenz wird gewiss als ein „Handeln nach Treu und Glauben“ anzusehen sein. (Oser, a. a. O.)

Eine solche Ausdehnung der Haftung (wogegen vielleicht Art. 43 helfen könnte) würde aber die Möglichkeit des Widerrufs illusorisch machen; sie wäre auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil derjenige, der sich an das Erbringen der Leistung gemacht hat, nicht in einem unbedingten Vertrauen getäuscht worden ist; er musste wissen, dass es sich um eine gemäss Sondervorschrift widerrufliche Auslobung handelte, unter Umständen auch, dass die ausgesetzte Belohnung nur einem, oder wenigstens nicht allen unter mehreren Beteiligten zugefallen wäre. Mehr als eine angemessene Entschädigung für die zur Erbringung der Leistung gemachten Auslagen und für die darauf verwendete Arbeitszeit wird daher nicht zu leisten sein. Das ist aber kein „Ersatz des negativen Vertragsinteresses“. Darauf lässt auch die ausdrückliche Beschränkung des Ersatzes auf die Höhe der ausgesetzten Belohnung nicht schliessen, da unser Gesetz diese Beschränkung sonst nirgends erwähnt; übrigens wird durch das „höchstens“ angedeutet, dass in Normalfällen ein niedrigeres Höchstmass des Ersatzes anzunehmen sei.

Schliesslich kann man von negativem Vertragsinteresse nur noch sprechen bei der Auslegung der oben behandelten Art. 26 I und 39 I.¹⁰¹⁾ Fördert auch der

¹⁰¹⁾ Fälle, wo direkt nach Art. 41 Schadensersatz „wegen Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages“ verlangt werden kann, sind hier nicht zu erörtern. Es sind dies Fälle, wo etwa beim Abschluss eines Vertrages, welcher nichtig ist, infolge des Fehlens einer Voraussetzung nach Art. 1 (z. B. auch Nichternstlichkeit, vergl. BGB 118), Art. 11, oder wegen Unmöglichkeit, Widersetzlichkeit (Art. 20), eine schuldhaft Täuschung des Gegners stattgefunden hat. (Vergl. 28, 29 I). Dass hier der ganze infolge der Täuschung entstandene Schaden nach Art.

ausdrückliche Hinweis darauf („Dahinfallen des Vertrages“) die dogmatische Erklärung nicht, so hat er doch insofern einen Zweck, als dadurch die Haftung wegen Nichterfüllung auf Grund der vorausgesetzten Tatbestände, an welche die ältere Auslegung der Art. aOR 23 und 48 noch denken konnte, endgültig ausgeschlossen wird.

Die (schuldhafte, Art. 26 und 39, oder nicht schuldhafte, Art. 39) Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages ist notwendiges Merkmal des Tatbestandes, und der daraus entstandene Schaden ist ganz zu ersetzen; Art. 26, ein Sonderanwendungsfall des Art. 41, widerspricht daher nicht der in diesem Artikel enthaltenen allgemeinen Regel, was der Fall wäre,¹⁰²⁾ wenn „negatives Vertragsinteresse“ einen beschränkten Schaden bedeuten würde.¹⁰³⁾

Dass der Wortlaut des II. Absatzes in Art. 26:

Wo es der Billigkeit entspricht, kann der Richter auf Ersatz weitem Schadens erkennen,
worin unter weiterem Schaden das Erfüllungsinteresse zu verstehen ist,¹⁰⁴⁾ nur dieser falschen Ansicht über das negative Vertragsinteresse entsprungen sein kann, wurde bereits erwähnt. Nur auch infolge dieses Irrtums kann der Satz so verstanden werden, dass hier auf Grund des im ersten Absatze vorausgesetzten Tatbestandes, wo es der Billigkeit entspricht, das Erfüllungsinteresse zu leisten sei. Gegen diese Deutung lässt sich das oben gegen 109 II gebrauchte Argument umkehren:¹⁰⁵⁾ ein Erfüllungsinteresse ist

41 ff. ersetzt werden muss, ist selbstverständlich. Es wird deshalb auch nicht ein so ängstliches Suchen stattfinden nach einem, im Gegensatz zum positiven, beschränkten negativen Vertragsinteresse. (26 I will die Haftung auf das Erfüllungsinteresse gerade ausschliessen [„Anfechtung“].) Art. 11: Praxis, IV, 139; Art. 20: BGE 40, 2 No. 64.

¹⁰²⁾ Vergl. Burckhardt a. a. O. S. 52 ff.

¹⁰³⁾ Vergl. Praxis IV, S. 330 ff.

¹⁰⁴⁾ So Oser a. a. O.; Becker a. a. O.

¹⁰⁵⁾ Und auch das Argument Rabels gebrauchen gegen die ältere Auslegung von a OR 23; Rabel a. a. O. 302 ff.

nur als Folge einer rechtswidrigen Nichterfüllung zu berechnen, niemals aber als Folge der Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit einer unwirksamen Willenserklärung.

Theoretisch allein richtig ist es deshalb, den zweiten Absatz so zu verstehen, dass Geltenlassen des Vertrages und Schadensersatz wegen Nichterfüllung da gemeint seien.^{105a)} Man wird wohl ohne allzu grosse Freiheit dem Gesetzestexte gegenüber zu dieser Auslegung gelangen. Nur so kann der Satz auch seine volle Wirkung tun, nämlich die Unbilligkeit, welche bei schuldhaftem, also unentschuldbarem Irrtum in der Anfechtungsmöglichkeit liegt, wirklich beheben, wenn dazu die ausservertragliche Verpflichtung nach 26 I nicht ausreicht. Tuhr¹⁰⁶⁾ führt Beispiele solcher Fälle an: Es lässt z. B. ein Prinzipal wegen fahrlässigen Irrtums eines sonst gewissenhaften Prokuristen einen Vertrag gegen sich nicht gelten; die ausservertragliche Haftung des Prinzipals nach 26 I ist aber ausgeschlossen, wenn ihm der in Art. 55 I vorgesehene Exkulpationsbeweis gelingt. Tuhr sucht die Lösung in der Anerkennung eines im Gesetze nicht enthaltenen Grundsatzes, dass, wer sich auf den Irrtum eines Vertreters beruft, stets auch den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen habe. Hat jedoch der Richter die Möglichkeit, nach 26 II, wo es der Billigkeit entspricht, den Vertrag gelten zu lassen, so ergibt sich die Haftung nach 101 ohne weiteres.¹⁰⁷⁾

Die Verjährungsfrist für die Befugnisse aus 26 II ist dann im Gegensatze zu Absatz I diejenige vertraglicher Forderungen (Art. 127 ff.). Ohnehin sind gegenwärtig die Kommentare über die Verjährungsfrist geteilter Ansicht: Oser¹⁰⁸⁾ nimmt für alle Rechte aus Art. 26 und 39

^{105a)} Vertragsfähigkeit vorausgesetzt (vergl. oben S. 233).

¹⁰⁶⁾ Vergl. v. Tuhr, a. a. O. S. 25 ff.

¹⁰⁷⁾ Über weitere Fälle vergl. v. Tuhr, a. a. O., S. 26, 27, 28. Vergl. auch den Verweis auf österr. a. b. GB § 876 bei Rabel, a. a. O. S. 305.

¹⁰⁸⁾ Oser a. a. O. zu 26 und zu 39. (Vergl. oben S. 233.)

die Verjährungsfrist ausserververtraglicher Ansprüche an (Art. 60). Becker¹⁰⁹⁾ dagegen betrachtet die Ansprüche auf das negative Vertragsinteresse, wie oben erwähnt, als „vertragsähnliche“ und hält deshalb für alle an der Verjährungsfrist der Art. 127 ff. fest. Das Richtige wird sein, für die ausserververtragliche Verpflichtung aus dem ersten Absatze die Verjährungsfrist ausserververtraglicher und für die vertragliche aus dem zweiten die Verjährungsfrist vertraglicher Pflichten anzunehmen.

Der in Art. 26 vorausgesetzte Beweis des Verschuldens bleibt auch bei dieser Auslegung des zweiten Absatzes stets dem Kläger auferlegt; das Verschulden des Irrenden ist zunächst nicht die Voraussetzung der Haftung wegen Nichterfüllung, sondern die des Geltenlassens des Vertrages.¹¹⁰⁾

Was wir für Art. 26 II ausgeführt haben, gilt auch für 39 II:

Bei Verschulden des Vertreters kann der Richter, wo es der Billigkeit entspricht, auf Ersatz weiteren Schadens erkennen.

In diesem Falle wäre also ein Geltenlassen des Vertrages mit Wirkung gegen den falsus procurator an Stelle des Vertretenen anzunehmen.¹¹¹⁾ Das würde ungefähr der Regelung im deutschen BGB entsprechen^{111a)}, wonach

¹⁰⁹⁾ Becker a. a. O. zu 26 und zu 39.

¹¹⁰⁾ Ist das negative Vertragsinteresse nicht in einem größeren Umfange zu ersetzen, als das positive betragen hätte, vergl. unten im Texte, so darf sich dann der fahrlässig Irrende durch den Nachweis exkulpieren, dass der Schaden, auf dessen Ersatz er nach Art. 26 I belangt wird, infolge eines Umstandes eingetreten sei, für welchen er bei bestehendem Vertrage nicht einzustehen hätte. (Der Schaden ist z. B. bei der beginnenden Ausführung des nachher angefochtenen Vertrages entstanden, ohne dass den Irrenden daran ein Verschulden trifft, vergl. oben.)

^{110a)} Über Art. 27 brauchen wir nicht zu sprechen; derjenige, der sich eines Boten bedient, wird gleich behandelt wie der Irrende.

¹¹¹⁾ Vergl. Rabel a. a. O. 313.

^{111a)} Wäre aber doch einfacher als die dort angenommene Fiktion einer Nichterfüllung durch den Vertretenen (vergl. Fischer, a. a. O. S. 126 ff.).

gemäss § 179, Abs. 1 der Vertreter bei Dolus dem anderen Teile auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftet.

Auch in unserm Rechte führte diese Deutung zu keiner Singularität, wie der Art. 821 OR zeigt, wonach derjenige, welcher eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, persönlich in gleicher Weise haftet, wie der angebliche Vollmachtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht erteilt gewesen wäre.

Es ist schon oben erwähnt worden, dass aus dem Wortlaute, namentlich aber aus dem Zwecke der Art. 26 und 39 zu schliessen sei, der darin vorgesehene Ersatz des negativen Vertragsinteresses könne den Umfang des Erfüllungsinteresses nicht überschreiten.¹¹²⁾ Um diese Beschränkung zu erreichen, braucht man also nicht den Art. 43 (a 51) spielen zu lassen.¹¹³⁾ Sie kann aber nicht ohne weiteres angenommen werden, wenn anderswo von einem Ersatze des Vertrauensschadens die Rede ist. (Vergl. oben, S. 261.) Was die Art. 26 und 39 mit der Haftung wegen Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages beabsichtigen, ist klar: Auch der fahrlässigerweise Irrende braucht den Vertrag nicht gegen sich gelten zu lassen, er soll also, wenn die Voraussetzungen von 26 II nicht vorhanden sind, weniger streng haften, als wenn er für die Nichterfüllung einzustehen hätte. Und der falsus procurator ist zwar zum Ersatze verpflichtet, aber, wenn kein Grund zur Anwendung von 39 II vorliegt, in geringerem Umfange (vergl. auch Art. 37), als bei Geltenlassen des Vertrages gegen ihn. Wäre nun nach der Ansicht des Gesetzes in diesen Fällen der Schadensersatz nicht normalerweise kleiner, jedenfalls nie grösser, als der Ersatz des Erfül-

¹¹²⁾ Vergl. etwa Hupka, Haftung des Vertreters, 250 ff. Gegen die Beschränkung: Oser a. a. O. zu 26 und 39; dafür: Becker a. a. O., weil der Anspruch ein „vertragsähnlicher“ sei.

¹¹³⁾ v. Tuhr a. a. O. S. 21.

lungsinteresses, so hätte man einfach bei der ältern Auslegung der Art. 23 und 48 a OR stehen bleiben und stets eine Haftung wegen Nichterfüllung eintreten lassen können.

IV.

Diese letzte Betrachtung führt uns auf die Frage, die wenigstens aufzuwerfen ich anfangs versprochen habe, ob denn die Verpflichtung zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses, wie sie in den Art. 26 und 39 vorgesehen wird, in unser Schadensersatzrecht passt. Die Bestimmung passt aber nur dann, wenn sie, die allgemeinen Regeln des Schadensersatzrechtes vorausgesetzt, das einfachste und sicherste Mittel darstellt, zu dem soeben erwähnten Ziele zu gelangen, dazu nämlich, zwischen dem Geltenlassen des Vertrages und der Haftung wegen Nichterfüllung einerseits und der vollständigen Befreiung des fahrlässig Irrenden und des falsus procurator andererseits einen Mittelweg zu gehen.

Dass das Mittel an sich weder ein einfaches noch ein sicheres ist, dürfte schon aus dem Vorhergehenden einleuchten. Einfach ist es deshalb nicht, weil, wie gesagt, die Berechnung des infolge Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages entstandenen Schadens im Gegensatze zum Schaden, der durch die Nichterfüllung des Vertrages herbeigeführt worden wäre, theoretisch zwar durchaus denkbar ist, in praxi aber eine so subtile Erwägung des Kausalzusammenhanges voraussetzt, dass sie an den Richter, der immer in Gefahr sein wird, sich durch die beim Dahinfallen des Vertrages tatsächlich stets auch vorliegende Nichterfüllung verwirren zu lassen, vielleicht übermässige Anforderungen stellt (wir haben oben gesehen, wie darum das Festhalten an der falschen Ansicht über das negative Vertragsinteresse geradezu eine technische Notwendigkeit ist); unsicher deshalb, weil der als Folge der Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages

berechnete Schaden zwar vielleicht in den weitaus meisten Fällen geringer sein wird als der infolge der Nichterfüllung entstandene, dies aber keineswegs immer zu sein braucht; kann doch unter Umständen das negative Vertragsinteresse sogar grösser sein als das positive, oder wenn man die oben besprochene Beschränkung auf die Höhe des Erfüllungsinteresses annimmt, wenigstens gleich gross. (Es wurde ebenfalls oben erwähnt, dass man deshalb schon aus rechtspolitischen Gründen das negative Vertragsinteresse als beschränkten Schaden betrachten musste.) Dass die genannte Beschränkung bei uns im Gegensatze zum BGB nicht ausdrücklich festgesetzt ist, sondern erst in das Gesetz hineingedeutet werden muss, und in den Kommentaren darüber keine Übereinstimmung herrscht, vermehrt noch die bei der Anwendung der Artikel 26 und 39 herrschende Unsicherheit.

Es fragt sich nun, ob man nicht ein anderes Mittel hätte wählen können.

Die Art. 26 und 39 versuchen einen Schadensersatz von besonderem Umfange dadurch herbeizuführen, dass sie ein besonderes zum Ersatze verpflichtendes Verhalten im Gegensatz zur Nichterfüllung anerkennen, nämlich die in den Tatbeständen näher umschriebene Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages. Und zwar soll die Erwägung des von diesem Verhalten ausgehenden besonderen Kausalzusammenhanges zur Bestimmung eines Interesses führen, welches von dem durch die Nichterfüllung verursachten Schaden verschieden ist. Dieses Ergebnis setzt jedoch ein peinlich genaues Auseinanderhalten zweier Kausalreihen voraus. Welche Schwierigkeiten dabei entstehen, vor allem, da der Richter, schon um das Höchstmass des negativen Interesses bestimmen zu können, auch den von einer eventuellen Nichterfüllung ausgehenden Kausalzusammenhang beachten muss, ist oben ausführlich dargelegt worden.

Die Voraussetzungen aber, von denen unser Gesetz hier ausgeht, sind die des deutschen Rechtes. Dort aller-

dings „deckt sich die Frage nach dem Umfang der Ersatzpflicht im allgemeinen mit der Frage nach dem Kausalzusammenhange“. ¹¹⁴⁾ Das Ermessen des Richters hat sich also auf die Würdigung des Kausalzusammenhanges zu beschränken und der verursachte Schaden ist grundsätzlich ganz zu ersetzen (BGB § 249) ¹¹⁵⁾. Eine Verschiedenheit der Ersatzpflicht beruht demnach zunächst nur auf einer Verschiedenheit der den Schaden zur Entstehung bringenden Tatsachen.

Unser Gesetz dagegen versucht dem Ermessen des Richters bei der Bestimmung des Schadensersatzes einen weiteren Spielraum zu geben:

OR 43: Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hiebei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat.

Konnte man den in diesem Artikel enthaltenen Gedanken nicht auch für die Art. 26 und 39 nutzbar machen? Diese Frage möchte ich wenigstens zur Diskussion stellen. Es wäre jedenfalls im Sinne des Art. 43 gewesen, wenn man für die Bestimmung der Ersatzpflicht des fahrlässig Irrenden und des falsus procurator auch auf das Ermessen des Richters abgestellt hätte, während man jetzt den Nachdruck einzig auf die Beachtung des besonderen Kausalzusammenhanges gelegt hat. Warum hätte man nicht den Irrenden, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, und seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat (Art. 26 I), statt „zum Ersatze des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens“, zu einer angemessenen Entschädigung bis

¹¹⁴⁾ Enneccerus a. a. O. II S. 36.

¹¹⁵⁾ So berühren die folgenden Aussetzungen die Haftung wegen Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages nach deutschem BGB vorerst nicht; die allgemeinen Lehren des deutschen Schadensersatzrechtes vorausgesetzt, gab es vielleicht kein anderes Mittel, das bei der Einführung dieser Verpflichtung vorschwebende Ziel zu erreichen.

zur Höhe des Erfüllungsinteresses¹¹⁶⁾ verpflichten können? Und in gleicher Weise auch den falsus procurator? (Daneben: die Möglichkeit eines Geltenlassens des Vertrages nach Art. 26 II, 39 II, vergl. oben).

Das zum Ersatze verpflichtende Verhalten wäre zwar das gleiche gewesen: Schuldhafte oder nicht schuldhafte Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages. Der Hinweis auf das Ermessen aber hätte der subtilen Unterscheidung der beiden erwähnten Kausalreihen die Bedeutung genommen. Die richtige Bestimmung des Ersatzes wäre nicht mehr nur davon abhängig gewesen.

Dem Zwecke der Artikel entsprechend, hätte der Richter stets auch nach seinem Ermessen einen geringeren Ersatz zusprechen können als den des Erfüllungsinteresses.

Er hätte daher kaum noch nach einem auf besondere Art berechneten, den Bestandteilen nach von vornherein bestimmten negativen Vertragsinteresse gesucht. (Vergl. oben.)

Ohne unerlaubte Freiheit dem Wortlaute des Gesetzes gegenüber, ist aber wohl schon eine Auslegung der Art. 26 und 39 durch die Praxis im vorgeschlagenen Sinne denkbar; denn man ging bei der Abfassung des Textes, wie wir gesehen haben, von der falschen Voraussetzung aus, dass das negative Vertragsinteresse einen beschränkten Schaden bedeute; deshalb hat man auch bei der Aufstellung der Art. 26 und 39 versäumt, die aus den allgemeinen Regeln über den Schadensersatz sich ergebenden Vorteile auszunützen.

Erst die Beseitigung der infolge dieser falschen Ansicht über das negative Vertragsinteresse entstandenen

¹¹⁶⁾ Unter Umständen wird schon jetzt ein zwischen dem Ersatze des negativen und des positiven Vertragsinteresses in der Mitte stehender Schadensersatz als der angemessene angesehen, vergl. Oser a. a. O. zu 39; auf welcher Grundlage soll der aber berechnet werden?

Schwierigkeiten wird die Bahn für einen weiteren Ausbau der Regeln über den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen frei machen. Dass hier noch manches zu geschehen hat, zeigt die Kritik, welche die Beschränkung der Ersatzpflicht des Irrenden auf den Fall des Verschuldens erfahren hat.^{116a)}

Nicht ausgeschlossen ist aber, dass man auch in andern Fällen einer Unwirksamkeit des Vertrages über die Lösung des Problems eines Schadensersatzes bei ungültigen Verträgen durch Art. 41 wird hinausgehen müssen.¹¹⁷⁾ Es ist vielleicht einmal die Anerkennung einer Schadensersatzpflicht ohne Verschulden bei Nichtigkeit eines Vertrages z. B. wegen der Unmöglichkeit¹¹⁸⁾ der Leistung (Art. 20) oder wegen Nichternstlichkeit der Willenserklärung (vergl. BGB 118, 122) geboten. Die Anwendung des in Art. 43 ausgesprochenen Gedankens kann dabei einen gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen ermöglichen.¹¹⁹⁾

^{116a)} Vergl. z. B. Rabel a. a. O. S. 304 ff.

¹¹⁷⁾ Vergl. Anm. 12^a, 101. Auch Art. 26 in der jetzigen Fassung geht über diese Lösung des Problems nicht hinaus.

¹¹⁸⁾ Es zeigt sich hier der Zusammenhang mit dem Probleme der Wirksamkeit der Verträge. Vielleicht wird gerade in diesem Falle eine Einschränkung der Geltung des „impossibilium nulla obligatio“ durch entsprechende Auslegung des Art. 20 besser zum Ziele führen. (Vergl. etwa Rabel, Festschrift f. Bekker S. 157 ff.)

¹¹⁹⁾ Auch das klassische römische Recht kennt nicht den falschen Begriff eines negativen Vertragsinteresses von bestimmtem Umfange. Darauf kann hier nur in Kürze noch hingewiesen werden:

Dem gutgläubigen Käufer einer *res extra commercium* gibt *Modestinus* die *actio empti* trotz Ungültigkeit des Kaufes:

D. 18, 1, 62, 1:

Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.

Die Tendenz ist zwar unverkennbar, nach der bona fides schon zu entscheiden, ob ein „Bonae fidei-Vertrag“ gültig sei (vergl. jetzt Rabel, bei Holtzendorff-Kohler, Enzykl. I, S. 472). Beim Kauf wird aber die alte Regel nicht ganz überwunden, dass die verkaufte Sache vorhanden und verkehrsfähig sein müsse. (Ob die Klassiker schon den Kauf eines „homo liber“ als gültig betrachten, ist Streitfrage: dafür Rabel, Enzykl. S. 472, 480; dagegen Haymann, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache, I. S. 154 ff.: D. 18, 1, 70 z. B. ist nach ihm interpoliert.) Beim Kauf einer res extra commercium wird wenigstens der in l. 62, 1 beschriebene Anspruch anerkannt. Modestin verwendet dafür die actio empti (noch Ulpian gibt nur eine actio in factum, D. 11, 7, 8, 1); denn es kann, wie überhaupt die Untersuchung der Römer nicht vom Schuldverhältnisse ausgeht, sondern von dem Zustehen der proponierten actio, dieses Zustehen schon bejaht werden, wenn nur bei Anlass eines „Bonae fidei-Vertrages“ ein Verstoss gegen die bona fides stattgefunden hat. (Rabel, Enzykl. S. 480.)

Die actio empti geht der Formel entsprechend auf „quidquid dare facere oportet ex fide bona“, näher bezeichnet hier durch das „ut consequatur, quod interfuit eius ne deciperetur“; deshalb geht sie aber nicht, wie Jhering glaubte (a. a. O. S. 14 ff.; vergl. auch die bei Brock, a. a. O. S. 10 ff., Zit.), „auf“ Ersatz eines vom „positiven“ verschiedenen „negativen Vertragsinteresses“. Ganz ebenso wird auch bei Gültigkeit des Kaufs der Zweck der Klage umschrieben, wenn damit z. B. wegen eines wesentlich verschwiegenen Mangels der Sache Schadensersatz verlangt werden soll: vergl. D. 19, 1, 13, pr., 1, 2:

l 13, 2: Quod autem diximus „ quanti emptoris interfuit non decipi“, multa continet —

Wie aus dieser und anderen Stellen hervorgeht (vergl. Haymann, a. a. O. S. 50 ff.), ist der durch das konkrete rechtswidrige (d. h. gegen die bona fides verstossende) Verhalten (Verschweigen des Mangels) unmittelbar verursachte Schaden zu ersetzen (nur dieser Ersatz entspricht wohl auch im allgemeinen der bona fides, D. 18, 6, 20; vergl. Rabel, Enzykl. 485), das Interesse also, welches der Verletzte daran hat, dass die Schädigung sich nicht ereignet hätte (vergl. auch C. 8, 44, 23 mit OR 195, 4). Man kann dieses Interesse nicht „negatives Vertragsinteresse“ nennen (so Haymann a. a. O. S. 55 ff.; Partsch Sav. Zeitsch. 33, S. 610; anders Rabel a. a. O. S. 485; vergl. auch Girard, Manuel, S. 445, 3); denn es ist bei Gültigkeit des Vertrages, modern gesprochen, Folge der Nichterfüllung, also Teil des Erfüllungsinteresses.

Die Ähnlichkeit des Wortlautes lässt darauf schliessen, dass in l. 62, 1, auch bei Ungültigkeit des Kaufes, der Schaden gemeint sein wird, welcher unmittelbare Folge der Täuschung über die Verkehrsfähigkeit der Kaufsache ist. Bei der Feststellung desselben hat der Richter nicht ein negatives von einem positiven Interesse zu unterscheiden; wie im Falle einer Nichterfüllung braucht er den Schaden, der infolge eines anderen Verstosses gegen die bona fides hätte entstehen können, nicht zu beachten. — Der Ersatz ist angemessen (ex fide bona) zu bestimmen: Von den besonderen Voraussetzungen des römischen Rechtes abgesehen (Beschränkung auf den Kauf einer res extra commercium, Vertragsklage, Ersatz nur des unmittelbaren Schadens), entspricht also diese Lösung der im Texte für das OR vorgeschlagenen. (Vergl. auch die Haftung nach den Edikten de falso tutore, Lenel, Edictum perpetuum, S. 115 und 307.)

Die Kompilatoren, für welche sich die Klage zur Obligation schon im modernen Sinne verhält, scheinen dann das Zustehen der Vertragsklage bei Ungültigkeit des Vertrages nicht mehr verstanden zu haben. (J. 3, 23, 5; über Interpolationen in Stellen zum Kaufe einer res extra commercium, vergl. Haymann, a. a. O. S. 154 ff.). Das gemeine Recht fand jedenfalls für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs in diesem Falle, wie wir sahen, nicht sehr viel mehr vor als die allgemeine Deliktsklage (vergl. oben). Richtig war es, darüber hinaus die Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages als Rechtsgrund einer Ersatzpflicht anzuerkennen, falsch aber, dabei im negativen Vertragsinteresse einen vom positiven stets verschiedenen, beschränkten Schaden zu sehen.
