

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	46 (1927)
<b>Heft:</b>	4
<b>Artikel:</b>	Von der Haftung des Schuldners für den Schaden eines Dritten : ein Beitrag zur Lehre vom Schutz der subjektiven Rechte
<b>Autor:</b>	Wolf, Elias
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-895996">https://doi.org/10.5169/seals-895996</a>

### Nutzungsbedingungen

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

### Conditions d'utilisation

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

### Terms of use

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

**Download PDF:** 08.02.2026

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

# **Von der Haftung des Schuldners für den Schaden eines Dritten.**

**Ein Beitrag zur Lehre vom Schutz der subjektiven Rechte.**

Von Dr. ELIAS WOLF, Basel.

## **I. Teil.**

### **Der Schutz des Interesses des Mittelmannes (Gläubigers).**

#### **I.**

Man begegnet nicht selten dem Falle, dass sich jemand eine Leistung versprechen lässt, deren Ausbleiben nicht ihm selbst (dem Gläubiger), sondern einem Dritten zum Schaden gereicht, und es stellt sich dann die Frage, wie es sich mit der Schadensersatzpflicht des zur Leistung Verpflichteten verhält. Wird z. B. einem Boten die Übermittlung einer dringenden Mitteilung übertragen, und führt der Bote die Bestellung schuldhafterweise nicht aus, kann dann von dem Boten Ersatz für den dem Adressaten entstandenen Schaden verlangt werden? Haftet der Auftraggeber dem Adressaten seinerseits auf Grund eines Vertragsverhältnisses, so ist klar, dass der Bote auf Grund des Haftungsinteresses des Auftraggebers zur Verantwortung gezogen werden kann.<sup>1)</sup> Wie verhält es sich dagegen dann, wenn der Auftraggeber selbst nicht haftbar ist, wenn er z. B. einem Freunde freiwillig einen wichtigen Dienst erweisen wollte? —

Es mietet jemand für den Sonntag ein Auto mit Chauffeur. Da er am betreffenden Tage an der Benützung des Wagens verhindert ist, stellt er ihn unentgeltlich Bekannten zur Verfügung. Anlässlich eines Unfalles

<sup>1)</sup> Vgl. Becker, Kommentar zu Art. 97 OR, Note 19, S. 376 f.; von Tuhr, Allg. Teil des schweiz. OR § 68, VI, Abs. 2, S. 508; Staudinger, Vorbemerkung II 2 d zu BGB §§ 249—255, 8. u. 9. Aufl. Bd. II<sup>1</sup>, S. 45 und die dortigen Zitate.

kommt einer der Insassen zu Schaden. Kann hier das Unternehmen, das den Wagen mit Chauffeur vermietet, nicht in gleicher Weise verantwortlich gemacht werden, wie wenn der Besteller selbst gefahren und vom Unfall betroffen worden wäre? —

Eine Fabrik gibt für einen bestimmten Artikel einem Kunden (A) das Alleinvertriebsrecht für die Schweiz und einem Kunden (B) dasjenige für ein anderes Land und legt dem letzteren die Verpflichtung auf, nicht in die Schweiz zu liefern. Wenn B doch in die Schweiz liefert und dem A daraus Schaden entsteht, indem ihm dadurch Geschäfte weggenommen werden oder der Preis gedrückt wird, kann dann B zum Ersatz des Schadens verhalten werden? —

Der Käufer B einer Sache verkauft dieselbe an einen Dritten (C) unter Ausschluss der Haftung für verborgene Mängel, oder B verschenkt sie an C. Stellen sich später verborgene Mängel heraus, soll dann B nicht doch verlangen können, dass der Erstverkäufer A den Schaden des Käufers bzw. des beschenkten C ersetze? —

Der Besitzer einer Sammlung (A) erzählt seinem Freunde (B), dass ihm ein seltenes Sammelstück fehlt, um seine Sammlung gewinnbringend veräussern zu können. B besitzt das fehlende Stück und verspricht dem A mündlich, ihm dasselbe zum Geburtstage zu schenken. Er über gibt den Gegenstand vorher einem Sachverständigen (C) zur Reinigung. Dieser bringt den Gegenstand nicht zurück, mit der Begründung, er habe ihn verloren. Hat C für den Schaden des A aufzukommen? —

Klagt der Gläubiger gegen den Schuldner auf Ersatz des Schadens des geschädigten Dritten, so ist in all den vorstehenden Fällen die Einrede zu befürchten: „*Tua non interest.*“ Klagt dagegen der geschädigte Dritte, so wird der Schuldner die Einrede erheben: „*Tecum non contraxi.*“<sup>2)</sup>

<sup>2)</sup> Vgl. Regelsberger in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 41 S. 253.

Kann nun trotz des Fehlens eines Schadens auf Seiten des Gläubigers und trotz des Nichtbestehens eines Vertrages zwischen dem geschädigten Dritten und dem Schuldner, der letztere zur Leistung von Schadensersatz an denselben verurteilt werden?

Die Frage ist im gemeinen Recht unter Hinweis auf verschiedene Pandektenstellen bejaht worden, und die Autoren zum BGB und OR nehmen, ohne sich auf einen bestimmten Gesetzesartikel zu berufen, ebenfalls an, dass der Schädiger zum Ersatze des Schadens des Dritten verpflichtet ist.<sup>3)</sup><sup>4)</sup>

Windscheid<sup>5)</sup> lehrt folgendes: „Hat sich der Gläubiger im Interesse eines anderen zum Gläubiger gemacht, so bildet der Inhalt seiner Interessenforderung der von diesem andern erlittene Nachteil.“

Von Tuhr hat im Jahre 1898 in einer überaus anregenden Abhandlung<sup>6)</sup> den folgenden Satz aufgestellt: „Wenn der Gläubiger zu einem Dritten in einem Rechtsverhältnisse steht, vermöge dessen das Interesse an der Leistung des Schuldners statt beim Gläubiger bei diesem Dritten entstanden oder nachträglich auf den Dritten übergegangen ist, so kann der Gläubiger den Schuldner zur Entschädigung des Dritten anhalten.“<sup>7)</sup>

---

<sup>3)</sup> Die Meinungen gehen allerdings hinsichtlich verschiedener Anwendungsfälle auseinander, so vor allem darüber, ob im Falle der Schenkung eines Gegenstandes Schaden, der den Sachwert übersteigt, zu ersetzen ist.

<sup>4)</sup> Dabei wird meist angenommen, dass die Klage des Gläubigers auf Verurteilung des Schuldners zur Leistung von Schadensersatz direkt an den geschädigten Dritten gerichtet sein müsse. Vgl. von Tuhr, a. a. O. § 68 VI, S. 510, vor Note 119; Staudinger, Vorbemerkung II 2 d zu BGB §§ 249—255, a. a. O. S. 47; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse § 249 Bem. 3 b Gamma.

<sup>5)</sup> Pandekten § 258 Nr. 3, 9. Aufl. Bd. 2, S. 65.

<sup>6)</sup> Von Tuhr, Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 25, S. 529 ff.

<sup>7)</sup> A. a. O. S. 567.

Regelsberger formuliert das Prinzip wie folgt:  
 „Aber auch ohne eigene Ersatzpflicht kann der Gläubiger den Schaden des materiell beteiligten Dritten gegen seinen Vertragsgegner geltend machen, wenn er infolge der Vertragsverletzung seinerseits nicht leisten kann, wozu er gemäss seinem Rechtsverhältnisse zu dem Dritten an sich verpflichtet ist.“<sup>8)</sup>

In einer Zusammenstellung der Doktrin bis 1908 führt Kunze noch Titze, Schlossmann, Rehbein, Ennecerus, Kohler, Lehmann, Solmitz und Cosak als weitere Autoren an, die sich für einen Anspruch des Mittelmannes auf Entschädigung des Dritten aussprechen.<sup>9)</sup> Auch die Kommentare zum BGB sprechen sich für die Haftung des Schuldners für den Schaden des Dritten aus, indem sie sich namentlich auch auf die konstante Rechtssprechung berufen.<sup>10)</sup>

Endlich treten auch die schweizerischen Kommentare, soweit sie sich zur Frage äussern, für die Haftung des Schuldners für den Schaden des Dritten ein. Becker nimmt an, dass die Haftung immer dann gegeben ist, wenn die Beteiligung eines Drittinteresses dem Schuldner erkenntlich war.<sup>11)</sup>

Von Tuhr erklärt, dass nach seiner Auffassung auch im schweizerischen OR dem Gläubiger, der einen Vertrag im Interesse eines Dritten schliesst, das Recht zustehe, den durch Vertragsverletzung entstandenen Schaden dieses Dritten geltend zu machen.<sup>12)</sup>

<sup>8)</sup> Regelsberger, Ersatzpflicht aus Verträgen für den Schaden, den durch den Vertragsbruch ein Dritter erleidet, Iherings Jahrbücher Bd. 41, S. 274.

<sup>9)</sup> Kunze, In welchen Fällen kann der Gläubiger Ersatz des einem Dritten entstandenen Schadens fordern?

<sup>10)</sup> Vgl. z. B. Staudinger, Vorbemerkung II 2 c zu BGB §§ 249—255, 8. u. 9. Auflage; Oermann, Recht der Schuldverhältnisse, § 249 Bemerkung 3 b Gamma.

<sup>11)</sup> Becker, Kommentar zu Art. 97 OR, Note 19, S. 376 f.

<sup>12)</sup> Von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR § 68. VI, S. 509.

II.

Es ist nunmehr zur theoretischen Begründung der Ersatzpflicht für den Schaden des Dritten überzugehen. Man möchte erwarten, dass, wie so oft, mehrere sich gegenseitig bekämpfende Theorien vertreten werden. Aber das Studium der einschlägigen Literatur führt zu einem überraschenden Ergebnis. Das Problem wird vom logischen Gesichtspunkte aus als unlösbar betrachtet; es wird von vorneherein auf eine theoretische Erklärung verzichtet. So begründet von Tuhr in seinem 1925 erschienenen Werke zum schweizerischen OR die Ersatzpflicht in der folgenden Weise: Er nimmt zum Ausgangspunkt, dass „trotz logischer Bedenken“ schon die Römer die Ersatzpflicht in den wichtigsten Fällen anerkannt haben. Er erklärt weiter, dass die Ersatzpflicht im BGB zwar nicht ausgesprochen, aber ebenfalls anerkannt worden ist und schliesst damit, dass sie auch für das schweizerische OR unentbehrlich ist.<sup>13)</sup>

Wohl am ausdrücklichsten hat den Verzicht auf jede theoretische Begründung Krückmann ausgesprochen, der sich in seiner Abhandlung: „Schadensliquidation aus fremdem Interesse“ wie folgt äussert:<sup>14)</sup> „Eine zwingende konstruktive Rechtfertigung, dergestalt, dass die Liquidation aus der Person des Dritten sich als konstruktiver Begriffszwang rechtfertigen liesse, wird nie gefunden werden, und daran uns zu mühen ist aussichtslos. Wir können des konstruktiven Begriffszwanges aber entraten, da uns die Gerechtigkeit des Ergebnisses die beste Legitimation hierzu gibt.“

Krückmann hat nicht vollständig unrecht: Eine zwingende konstruktive Rechtfertigung, ein konstruktiver Begriffszwang besteht nicht. Aber nicht wegen der Absonderlichkeit der Materie, sondern weil es auf dem Gebiete des Rechtes überhaupt keinen konstruktiven

---

<sup>13)</sup> A. a. O. S. 509.

<sup>14)</sup> Iherings Jahrbücher Bd. 56, S. 245.

Begriffsszwang geben kann. Aus den Rechtsbegriffen lässt sich nur insofern eine Rechtsfolge ableiten, als sie Rechtssätze verkörpern oder einen Bestandteil von solchen bilden. Und die Rechtssätze sind nie das reine Produkt abstrakten Denkens, sondern immer das Ergebnis von Interessenabwägungen. Aus den Rechtsbegriffen lässt sich somit nie mehr ableiten, als vorher, auf Grund von Interessenabwägungen, hineingelegt worden ist (oder hineingelegt worden wäre, wenn man auch an analoge oder weitergehende Fälle gedacht hätte, für welche die gleiche Interessenlage besteht).<sup>15)</sup>

Aber ist auch ein konstruktiver Begriffsszwang nicht möglich, so darf sich die Wissenschaft doch nicht mit der Feststellung begnügen, dass ein Ergebnis gerecht ist. Es muss untersucht werden, aus welchem Grunde das Ergebnis als gerecht erscheint, d. h. welche Interessenabwägung dasselbe als begründet erscheinen lässt, und es muss weiter geprüft werden, wie sich das Ergebnis in das gesamte Rechtssystem einfügt; denn darin besteht gerade die Aufgabe der Theorie, zu erklären, auf was die verschiedenen Erscheinungen des Rechtslebens zurückzuführen sind und wie sie miteinander zusammenhängen.

Sobald man das Problem derart vom Gesichtspunkte des Interessenschutzes aus betrachtet, drängt sich die Lösung von selbst auf. Alle Autoren sind sich darüber einig, dass die Rücksichtnahme auf die Interessen des Schuldners es nicht gebietet, ihn frei ausgehen zu lassen, wenn der materielle Schaden nicht in der Person

---

<sup>15)</sup> Es lassen sich natürlich auf Grund der logischen Möglichkeiten rein theoretische Begriffe aufstellen, ohne Rücksicht darauf, ob und wie sie vom positiven Rechte berücksichtigt werden. Dann ergibt sich gerade aus der Abstraktion von der positiven Rechtsordnung, dass aus den betreffenden Begriffen auch keine Folgen für das positive Recht abgeleitet werden dürfen. Werden sie aber vom positiven Rechte übernommen, so verlieren sie ihre Eigenschaft als theoretische Begriffe, sie werden zu Mitteln im Dienste der gesetzgeberischen Zwecke und unterliegen daher den sämtlichen Grundsätzen der Gesetzesauslegung.

des Gläubigers, sondern in der eines Dritten zum Ausdruck kommt. Der Schuldner hat sich zur Vertragserfüllung schlechthin verpflichtet, er muss es sich daher auch gefallen lassen, wenn ihm die Konsequenzen der Nichterfüllung zur Last gelegt werden. Die Schwierigkeit liegt vielmehr darin, die Begründung dafür zu finden, weshalb dem Gläubiger ein Klagerecht auf Ersatz des Schadens des Dritten zusteht, obwohl er keinen eigenen materiellen Schaden erlitten hat?

Die Lösung ergibt sich, wie bereits bemerkt, ohne weiteres aus der Analysierung der Interessenlage:

Der Anspruch des Gläubigers auf Ersatz des Schadens des Dritten besteht unabhängig von seinem eigenen Schaden; auch wenn dem Gläubiger selbst gar kein Schaden entstanden ist, kann er Ersatz des Schadens des Dritten verlangen. Es wird des weiteren angenommen, dass der Schaden des Dritten vom Schuldner auch in Fällen zu ersetzen ist, in welchen es sich nicht rechtfertigt, dem geschädigten Dritten ein direktes Klagerecht einzuräumen. Das Interesse des Dritten wird also nicht schlechthin geschützt, sondern der Schutz desselben hängt vom Willen des Gläubigers ab; selbständige geschützt ist allein der Wille des Gläubigers. Diesem wird die Macht verliehen, auch ohne eigenes materielles Interesse gegenüber dem Schuldner vorzugehen. Es wird das nicht materielle Interesse des Gläubigers auf Ersatz des Schadens des Dritten geschützt. Dieser Standpunkt, so selbstverständlich er auch erscheint, konnte allein bei einem Schriftsteller gefunden werden, und merkwürdigerweise gerade bei Krückmann, der das Problem als unlösbar hinstellt. In Ziff. 18 der zitierten Abhandlung<sup>16)</sup> führt dieser aus, es gelte übrigens für die Haftpflicht des Dritten dasselbe wie für die Liquidation der Vertragsstrafe in fremdem Interesse, und in seinem Buche über „Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess“ hat er anlässlich einer Polemik

---

<sup>16)</sup> A. a. O. S. 320.

hinsichtlich der Vertragsstrafe seinem Rechtsgefühl mit den folgenden Worten Ausdruck verliehen:<sup>17)</sup> „Wie kann dem Schuldner ein Wortbruch erlaubt werden und wie kann durch Erlaubnis dieses Wortbruches es dem „Gläubiger“ unmöglich gemacht werden, seine Rechte einmal nicht im egoistischen, sondern im altruistischen Interesse geltend zu machen? Es wird mit Recht von den hohen Aufgaben des Rechtes gesprochen und hier wäre Gelegenheit, einen Rechtssatz zur Unterstützung altruistischen Verhaltens zu benutzen, diese Gelegenheit wird aber nicht benutzt. Alle, die den Untergang der Forderung wegen Fortfall des Interesses verteidigen, schneiden es dem Gläubiger ab, auch einmal für andere tätig zu sein, und in dieser Versagung liegt nackt und dürr ausgesprochen, dass in unserem Recht nur der Egoismus regieren soll, nur der Egoismus einen Anspruch auf rechtlichen Schutz hat, aber uneigennütziges Verhalten, weil es nicht eigennützig ist, ohne Schutz zu bleiben hat. Die Lehre, dass mit dem Fortfall des Interesses die Forderung untergehe, verstösst überdies gegen die positive Bestimmung des § 343 I, der dem Richter vorschreibt, bei der quantitativen Abmessung der Vertragsstrafe jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloss sein Vermögensinteresse in Betracht zu ziehen. Die Protokolle I S. 785 weisen ausdrücklich auf die Schutzwürdigkeit idealer Interessen hin und dies muss doch auch dann gelten, wenn es sich um die Frage des Ob und nicht bloss um die Frage des Wieviel handelt. In Wirklichkeit sind beide Fragen nach dem Ob und nach dem Wieviel gar nicht voneinander zu trennen, die erste ist schliesslich nur eine Unterart der zweiten.“

Damit, dass der Wille des Gläubigers auf Haftbarmachung des Schuldners für den Schaden des Dritten geschützt wird, wird zweifellos den altruistischen und ideellen Interessen des Gläubigers Rechtsschutz gewährt. Es wäre jedoch einseitig, anzunehmen, dass durch die

---

<sup>17)</sup> A. a. O. S. 275 f.

Anerkennung des Willens des Gläubigers nur derartige altruistische und ideelle Interessen geschützt werden. Nicht jeder, der einem anderen ein Geschenk gibt oder unentgeltlich einen Dienst erweist, tut dies aus reiner Uneigennützigkeit. Nur zu oft ist die Hoffnung auf eine Gegenleistung mehr oder weniger das ausschlaggebende Motiv für den Schenker. — Dem Beauftragten, der zur Ausführung des Auftrages eine Hilfsperson herbeigezogen hat, ist unter Umständen das Interesse des Auftraggebers an und für sich gleichgültig. Aber er will trotzdem, dass der Gehilfe dem Auftraggeber den Schaden ersetze, damit sein Ansehen als zuverlässiger Geschäftsführer nicht leide, oder damit der Gehilfe in Zukunft seine Obliegenheiten besser erfülle. —

Mit der Anerkennung des Rechtes des Gläubigers, den Schuldner auf Ersatz des Schadens des Dritten zu belangen, werden alle diese mannigfaltigen Interessen des Gläubigers geschützt.

### III.

Es gilt nun, die Lösung des Problems auf Grund der positiven Gesetzgebung zu suchen.

1. Art. 97 Abs. 1 OR bestimmt:

„Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt.“

Nach der Fassung dieser Bestimmung ist die Ersatzpflicht des Schuldners nicht auf den Schaden des Gläubigers beschränkt, und es ist nicht einzusehen, weshalb eine derartige Beschränkung vorzunehmen wäre. Ein Vergleich mit dem französischen und italienischen Text zeigt vielmehr, dass die Fassung absichtlich so gewählt worden ist. Es ist zwar kaum anzunehmen, dass man bei Erlass der Bestimmung an die hier behandelten Fälle dachte; doch sollte jedenfalls durch die Fassung des Artikels der Praxis

der nötige Spielraum belassen werden. Man kann daher in Art. 97 Abs. 1 OR die gesetzliche Grundlage für den Anspruch des Gläubigers auf Ersatz des Schadens des Dritten erblicken.

2. Unbegründet wäre der Einwand, diese Auslegung widerspreche dem Zwecke von Art. 97 OR, welcher den Gläubiger nur vor materiellem Schaden bewahren wolle; denn auch wenn dem Gläubiger ein konkreter Schaden entsteht, braucht sein Interesse an der Leistung doch nicht materieller Art zu sein, und trotzdem kann kein Zweifel bestehen, dass er Anspruch auf Schadenersatz für die zerstörte oder beschädigte Sache hat.

Wird z. B. eine gekaufte Sache von dem vom Käufer bestellten Boten nicht richtig abgeliefert, so ist letzterer zum Schadenersatz verpflichtet, auch wenn der Käufer kein materielles Interesse an der Sache hatte, wenn er z. B. Blumen gekauft hatte, die innert kurzer Frist verwelken müssen, oder wenn er einen Gegenstand erworben hatte, der allein zu irgend einem nutzlosen, prahlerischen Zwecke bestimmt war. Äussert der durch die Vertragsverletzung geschaffene missliebige Zustand sich darin, dass einem Dritten Schaden entstanden ist, so ist nicht einzusehen, weshalb der Gläubiger nicht Beseitigung dieses Zustandes verlangen könnte; mögen ihn nun Gefühle wie das des Wohlwollens gegenüber einem Freunde, das Mitleid mit einem Hilfsbedürftigen, das Verantwortungsgefühl gegenüber Personen, denen ein Dienst angeboten wurde, oder mögen ihn weniger ideale Gefühle, wie der Wunsch, sich bei der Kundenschaft einen guten Namen zu schaffen, seine Persönlichkeit in den Vordergrund zu stellen, oder blosser Ehrgeiz leiten. Der Umstand, dass die Rechtsverletzung in dem materiellen Schaden des Dritten zum Ausdruck kommt, enthebt den Gesetzgeber und den Richter von der Notwendigkeit, nach den Motiven des Gläubigers zu fragen. Der Schuldner hat sich zur Erfüllung schlechthin verpflichtet, und dem Gläubiger muss bei Verletzung seiner Rechte grundsätzlich ein

Anspruch zuerkannt werden auf möglichste Wiederherstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der Schuldner seinen Verpflichtungen nachgekommen wäre.

Immerhin ist die Frage, was für ein Interesse des Gläubigers verletzt worden ist, doch nicht vollständig unerheblich. Je weniger das Interesse des letzteren als schutzwürdig erscheint, um so mehr muss dem Grade des Verschuldens des Schuldners und Billigkeitserwägungen, wie sie Art. 99 und 44 OR kennen, Rechnung getragen werden. Endlich darf der Gläubiger nicht missbräuchlich vorgehen, bloss zum Nachteil des Schuldners handeln und einen nach allgemeiner Anschauung des Schutzes unwürdigen Dritten begünstigen wollen. Wenn z. B. in einer Klinik eine elektrische Einrichtung mangelhaft ausgeführt wird, so kann wohl für den Arzt, der sich infolgedessen eine Verletzung zuzieht, Schadenersatz verlangt werden,<sup>18)</sup> nicht hingegen für den Einbrecher, der zufällig als Erster mit der mangelhaften Anlage in Berührung kommt.

3. Becker<sup>19)</sup> sieht eine einschneidende Einschränkung der Haftpflicht des Schuldners vor. Er will diesen nur dann haften lassen, wenn das Interesse des Dritten für ihn erkennbar war. Diese Einschränkung ist jedoch unvereinbar mit den allgemeinen Prinzipien des OR. Das OR steht nicht nur auf dem Boden der Vertragsfreiheit, sondern darüber hinaus gilt der Grundsatz der Rechtsgeschäfts- und Verfügungs freiheit. Der Gläubiger kann grundsätzlich beliebig über sein Recht verfügen und dasselbe an andere Personen abtreten,<sup>20)</sup> und der Stellvertreter kann wirksam einen Vertrag für den Vertretenen abschliessen, ohne sich als solchen erkennen zu geben, vorausgesetzt natürlich, dass es den Umständen nach für den Vertragsgegner gleichgültig sein musste, mit wem

---

<sup>18)</sup> So von Tuhr, Der allgemeine Teil des Schweiz. OR, S. 510 Note 118.

<sup>19)</sup> Becker, a. a. O. Note 21 zu Art. 97 OR, S. 379.

<sup>20)</sup> Vgl. Art. 164 OR.

er den Vertrag abschliesst.<sup>21)</sup> Angesichts derartig weitgehender Bestimmungen wäre es vollständig unverständlich, wenn der Schutz des Interesses des Gläubigers am Ersatz des Schadens des Dritten von der Kenntnis der Beteiligung des Dritten seitens des Schuldners abhängig gemacht würde. Becker schränkt dann übrigens seinen Vorbehalt selbst ein, indem er annimmt, es genüge, wenn der Schuldner das Interesse eines Dritten habe voraussetzen müssen. Aber auch in diesem Umfange erscheint der Vorbehalt kaum als gerechtfertigt. Der Schuldner hat sich zur Erfüllung des Vertrages schlechthin verpflichtet, ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger ein Interesse materieller oder nicht materieller Natur verfolge, und ob ein allfälliger materieller Schaden den Gläubiger selbst oder einen Dritten treffe. Die Pflicht zum Ersatz des Schadens des Dritten scheint daher grundsätzlich als begründet, sobald der Schuldner der Art und der Höhe nach mit dem eingetretenen Schaden rechnen musste, gleichgültig, ob er davon Kenntnis hatte, welcher Person der Schaden entstehen könne.

#### IV.

Im Hinblick darauf, dass die Forderung des Gläubigers auf Ersatz des Schadens des Dritten gerichtet ist, drängt sich ein Vergleich mit dem Vertrag zugunsten Dritter auf. Art. 112 OR bestimmt in Abs. 1 und 2 bezüglich dieses Vertrages:

„Hat sich jemand, der auf eigenen Namen handelt, eine Leistung an einen Dritten zu dessen Gunsten versprechen lassen, so ist er berechtigt zu fordern, dass an den Dritten geleistet werde.“

Der Dritte oder sein Rechtsnachfolger kann selbstständig die Erfüllung fordern, wenn es die Willensmeinung der beiden andern war, oder wenn es der Übung entspricht.“

---

<sup>21)</sup> Vgl. Art. 32, Abs. 2 OR.

Je nachdem der Dritte ein selbständiges Forderungsrecht erhalten soll oder nicht, spricht man von einem echten oder unechten Vertrag zugunsten Dritter. In diesem Zusammenhang interessiert nur der unechte Vertrag zugunsten Dritter. Da jedoch dem Unterschied für die folgenden Fragen keine Bedeutung zukommt, braucht er hier nicht weiter beachtet zu werden.

Man begegnet vielfach der Frage, welcher Schaden bei Nichterfüllung zu ersetzen ist: ob der des Stipulanten oder der des Dritten,<sup>22)</sup> doch ist diese Fragestellung nicht ganz richtig. Die Schadensersatzpflicht wird in Art. 112 OR nicht geregelt, und es ist daher Art. 97 OR massgebend. Danach ist einfach der entstandene Schaden, also sowohl der Schaden des Stipulanten als der des Dritten zu ersetzen, vorausgesetzt, dass nach der Art und dem Umfange des Schadens die Haftung des Schuldners als gerechtfertigt erscheint. Dies gilt natürlich auch für Fälle wie die eingangs behandelten. Nehmen wir z. B. den Fall, dass der Patentinhaber A die Lizenz für England an B und diejenige für Deutschland an C überträgt und B und C die Verpflichtung eingehen lässt, die nach den Patenten hergestellten Erzeugnisse nicht in das andere Land zu liefern; A lässt sich von B eine Vergütung nach Massgabe des Umsatzes zusichern, von C bedingt er sich hingegen eine einmalige Abfindungssumme aus. Wenn nun C in vertragswidriger Weise nach England liefert, so ist es zweifellos gerechtfertigt, den letzteren sowohl für den Schaden des B als auch für den des A aufkommen zu lassen. Die Interessenlage beim unechten Vertrag zugunsten Dritter ist in jeder Hinsicht vollständig gleich wie in der Grosszahl der eingangs angeführten Fälle, und es ist daher auch immer gleich zu entscheiden.

Der einzige Unterschied ist darin zu erblicken, dass beim Vertrag zugunsten Dritter der Stipulant sich „die Leistung an einen Dritten zu dessen Gunsten versprechen“

---

<sup>22)</sup> Vgl. Becker, a. a. O. Note 12 zu Art. 112 OR, S. 471.

lässt, während in den zuvor erwähnten Fällen der Gläubiger sich die Leistung versprechen lässt, ohne dass es für den Schuldner erkenntlich wäre, dass die Erbringung im Interesse eines Dritten liegt. Auf Grund dieses Unterschiedes ist die Einrede zu befürchten, es sei angesichts der ausdrücklichen Normierung des Vertrages zugunsten Dritter nicht zulässig, weitere Fälle gleich zu behandeln, Art. 112 regle die Frage des Anspruches auf Haftbarmachung des Schuldners für den Schaden eines Dritten ausschliessend. Es ergibt sich jedoch schon aus der Einordnung des Vertrages zugunsten Dritter im OR, dass dieser Einwand nicht begründet wäre. Der Vertrag zugunsten Dritter wird unter dem Titel „Wirkungen der Obligationen“ im Abschnitt „Beziehungen zu dritten Personen“ behandelt. Art. 112 OR will also seiner systematischen Stellung nach nicht erst die Möglichkeit zum Abschluss derartiger Verträge schaffen, sondern es wird durch den Artikel nur diese Möglichkeit speziell hervorgehoben, ohne dass deshalb ausgeschlossen sein soll, dass dieselben Rechtswirkungen auf Grund der allgemeinen Normen auch in weiteren Fällen eintreten.

Es würde der Theorie des gemeinen Rechtes, die bestrebt war, möglichst viele Erscheinungen des Obligationenrechts unter die einzelnen Vertragsarten einzurichten, entsprechen, auch die Fälle, in denen die Begünstigung des Dritten nicht ausdrücklich erwähnt wird, als Vertrag zugunsten Dritter aufzufassen und etwa von einem „stillschweigenden“ Vertrag zugunsten Dritter zu sprechen. Vom logischen Standpunkt aus erscheint es jedoch richtiger, die Möglichkeit, sich eine Leistung schlechthin versprechen zu lassen, gleichgültig, ob deren Erbringung dann im eigenen oder in fremdem Interesse ist, als das Generelle und den Vertrag zugunsten Dritter als Spezialfall anzusehen. So ist es auch allein möglich, „konstruktive“ Schwierigkeiten zu vermeiden. Geht man davon aus, es liege immer eine Art von Vertrag zugunsten eines Dritten vor, so bereitet die Behandlung des Falles,

dass der Gläubiger sich erst nach dem Vertragsabschluss entschliesst, die Leistung einem Dritten zuzuhalten, theoretisch Schwierigkeiten. Nimmt man hingegen den Grundsatz der Rechtsgeschäfts- und Verfügungsfreiheit des Gläubigers zum Ausgangspunkt, so erledigt sich die Frage ohne weiteres.

## V.

Wenn man vom Schutze nichtmaterieller Interessen spricht, pflegt man im allgemeinen an einen Anspruch auf Genugtuung zu denken. Es ist daher am Schlusse dieses ersten Teiles der Abhandlung, in welchem die Klage des Gläubigers auf Ersatz des Schadens des Dritten als Folge des Schutzes auch nichtmaterieller Interessen des Gläubigers befunden worden ist, noch das Verhältnis zur Genugtuung zu prüfen. Zu diesem Zwecke ist es unmöglich, zunächst auf das Wesen der Genugtuung einzutreten.

Es wird im allgemeinen versucht, die Rechtfertigung des Genugtuungsanspruches auf einen einzigen Grund zurückzuführen.<sup>23)</sup> Doch dürfte dies gerade die Ursache sein, weshalb das Genugtuungsproblem bisher nicht befriedigend gelöst worden ist. Bei der Vielseitigkeit der menschlichen Seele ist es überhaupt nicht möglich, alle Motive (egoistischer oder ideeller Natur) aufzuzählen, aus welchen der Gläubiger mit mehr oder weniger Berechtigung Genugtuung verlangen möchte. Es soll hier nicht zu sehr auf Einzelheiten eingetreten werden, sondern es mag die Feststellung genügen, dass es mindestens drei wichtige Funktionen sind, die der Genugtuungsanspruch zu erfüllen hat:

### 1. In bestimmten Fällen erscheint ein Genugtuungs-

---

<sup>23)</sup> Vgl. z. B. C. Chr. Burckhardt, Die Revision des Schweiz. OR in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, Zeitschr. für Schweizer Recht, neue Folge Bd. 22, S. 483, und die dort zitierten Autoren.

anspruch unter dem Gesichtspunkt eines Ersatzes für entgangenen Genuss, bezw. einer Kompensation für erlittene Schmerzen als gerechtfertigt; der in seinen nichtmateriellen Interessen Verletzte soll Geldmittel erhalten, um sich durch andere Genüsse in gewissem Masse schadlos halten zu können.

2. Es gibt Fälle, in denen es dem Gläubiger allein darum zu tun ist, sein Ansehen zu wahren, zu zeigen, dass er sich im Recht und sein Gegner im Unrecht befunden hat. Diesem durchaus achtenswerten und vom Rechte zu berücksichtigenden Bedürfnis entspringt vor allem die Klage auf Verurteilung des Beklagten zu einer Genugtuungssumme von einem Franken.

3. Sodann gebietet namentlich das Bedürfnis nach Rechtssicherheit die weitgehendste Anerkennung eines Anspruches auf Genugtuung. Hierher gehören insbesondere Fälle des täglichen Lebens, in denen der Schuldner den Gläubiger in unentschuldbarer Weise im Stiche lässt. — Der Schneider, der jemandem zu einer Feier ein Festkleid anfertigen sollte, führt die Bestellung infolge Gleichgültigkeit nicht rechtzeitig aus. — Ein Restaurateur, der es übernommen hatte, das Essen zu einem Anlass in ein Privathaus zu liefern, vergisst den Auftrag oder führt ihn nicht aus, da er sonst unerwartet stark in Anspruch genommen wird. — Ein Bergführer verlässt ohne wichtigen Grund eine Partie an gefährlicher Stelle. — In derartigen Fällen lässt sich der Schaden nicht mehr gutmachen. Aber unser Gefühl gibt sich damit nicht zufrieden, dass der Schuldner ungestraft davonkommen soll. Die Rechtssicherheit verlangt, dass man den Schuldner erzieht und das schlechte Beispiel nicht weiter wirken lässt, sondern gegenteils ein Exempel statuiert. Je wichtiger die gefährdeten Interessen sind und je gewissenloser der Schuldner vorgeht, um so mehr ist man es seinen Mitmenschen gegenüber schuldig, die Sache nicht auf sich beruhen zu lassen. Die Stärke des Rechts besteht darin, dass die einzelnen Rechtsgenossen es anerkennen und unterstützen. Die

Anerkennung eines Anspruches auf Genugtuung, sei es zugunsten des Gläubigers selbst oder zugunsten irgend eines wohltätigen Institutes, liegt daher in derartigen Fällen im Interesse der Erhaltung von Rechtsordnung und Vertragstreue.

Der Genugtuungsanspruch dient also in der verschiedensten Weise dem Schutze nichtmaterieller Interessen; aber er fällt mit dem Schutze dieser Interessen nicht zusammen und es wäre unrichtig, ihn als Voraussetzung davon anzusehen. Gerade die in den ersten Abschnitten behandelten Fälle haben gezeigt, dass das nichtmaterielle Interesse des Gläubigers im weitesten Umfange geschützt wird. Der Schuldner, der sich zu einer Leistung schlechthin verpflichtet hat, hat dieselbe zu erbringen, ohne Rücksicht darauf, welcher Art das Interesse des Gläubigers ist. Kommt der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht nach, so hat er grundsätzlich den Zustand wiederherzustellen, der bei richtiger Erfüllung bestünde. Nur um den Rechtsschutz zu verstärken, oder wo eine Wiedergutmachung nicht möglich ist, wird eine Genugtuung gewährt. Die Anerkennung nichtmaterieller Interessen ist nicht an diesen Anspruch gebunden, aber es liegt zweifellos im Interesse einer Verfeinerung und Vervollkommenung des Rechts, dass der Genugtuung keine allzu engen Schranken gesetzt werden.<sup>24)</sup>

---

<sup>24)</sup> Unter der Herrschaft des alten OR wurde eine Klage auf Genugtuung aus Vertragsverletzung überhaupt abgelehnt. Dagegen wird angenommen, dass im geltenden Recht auf Grund von Art. 99 OR bei Vertragsverletzung wenigstens im Umfange von Art. 47 und 49 OR Genugtuung verlangt werden kann. (Vgl. hierzu C. Chr. Burckhardt a. a. O. S. 490 f.; Oser, Bem. 4 zu Art. 99 OR; Becker, OR 97, Noten 13—15.) Doch ist zu beachten, dass diese Bestimmungen auf die ausservertraglichen Verhältnisse zugeschnitten sind und das besondere Unrecht, das in der Verletzung vertraglicher Zusicherungen liegt, nicht berücksichtigen können. Es wäre interessant zu prüfen, ob nicht trotzdem im Vertragsrecht in weiteren Fällen Genugtuung beansprucht werden kann. Doch würde dies hier zu weit führen.

## II. Teil.

**Der Schutz des Interesses des Dritten.**

Dem ersten Teil dieser Abhandlung lag ein in sich geschlossenes Problem zugrunde: Es sollte gezeigt werden, wie auf Grund eines einheitlichen Prinzips das Interesse des Gläubigers am Ersatz des Schadens des Dritten geschützt wird ohne Rücksicht darauf, ob es materieller oder nichtmaterieller Natur ist.

Für die Praxis ist aber auch die Frage von Bedeutung, ob dem geschädigten Dritten ein eigener Schadensersatzanspruch auf Grund des zwischen dem Mittelmann und dem Schuldner abgeschlossenen Vertrages zusteht, und es wäre einseitig, diese Frage ausser acht zu lassen; eine einheitliche Beantwortung ist allerdings nicht möglich; denn es kommt immer auf die näheren Umstände an, vor allem auf die Rechtsbeziehungen zwischen dem Dritten und dem Mittelmann, sowie auf Art und Inhalt des vertraglichen Verhältnisses des letzteren mit dem Schuldner. Im Grunde genommen sollte ein Verweis auf die in Betracht fallenden Rechtsverhältnisse genügen. Da sich jedoch Gesetz und Doktrin bei einem Teil der in Betracht fallenden Rechtsverhältnisse hinsichtlich der aufgeworfenen Frage als lückenhaft erweisen, und da es sich anderseits um Fälle handelt, die häufig praktisch werden, möchten wir diese Arbeit nicht schliessen, ohne wenigstens gewisse Anhaltspunkte für die Entscheidung zu geben.

## I.

**Allgemeines über die Rechtslage des geschädigten Dritten.**

1. Der Schutz des Interesses des Dritten kann auf verschiedene Art erfolgen. Am vollkommensten wird er dadurch erzielt, dass dem Dritten wie bei der sog. *cessio legis* unmittelbar ein selbständiger Anspruch gegenüber dem schadensersatzpflichtigen Schuldner eingeräumt wird. Die Regelung kann jedoch auch

auf die Weise geschehen, dass der Dritte blos einen Anspruch gegenüber dem Mittelmann auf Geltendmachung des Schadensersatzanspruches gegenüber dem Schuldner oder auf Abtretung desselben erhält. Endlich kann das Interesse des Dritten auch dadurch gewahrt werden, dass ihm ein Pfandrecht an der Forderung des Mittelmannes für den dem Dritten entstandenen Schaden eingeräumt wird, wie dies Art. 60 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag für die Haftpflichtversicherung vorsieht.<sup>25)</sup>

2. Ein allgemeiner Grundsatz, wonach der Dritte in allen Fällen verlangen könnte, dass der Mittelmann den Schuldner zum Ersatz seines Schadens anhalte, oder wonach der Dritte selbst ohne weiteres den Schuldner auf Schadensersatz belangen könnte, besteht nicht. Ein Anspruch des Dritten ist daher nur vorhanden, wenn sich dies aus den besonderen Verhältnissen ergibt. Dabei trifft Art. 8 ZGB zufolge den Dritten die Beweislast für das Vorliegen derartiger Umstände. Immerhin darf man es hierbei nicht allzu streng nehmen. Die zahlreichen Ausnahmen zu Art. 8 ZGB zeigen, dass, je nachdem die Umstände es als gerechtfertigt erscheinen lassen, eine mehr oder weniger weitgehende Vermutung für das Normale besteht. (Vgl. z. B. ZGB Art. 3, OR Art. 42 Abs. 2.) Bei Materien, die im Gesetze nicht, oder blos summarisch geregelt sind, ist es Sache richtiger Interessenabwägung, das Mass zu bestimmen, in welchem eine Vermutung für das Normale Platz zu greifen hat. So wird z. B., wo es auf den Willen des Mittelmannes beim Vertragsabschluss mit dem Schuldner ankommt, dem Dritten schon dann ein selbständiger Anspruch zuzuerkennen sein, wenn „angenommen werden kann“, dass dieser Wille vorgelegen hat, wenn also die Verhältnisse so liegen, dass normalerweise ein derartiger Wille vorhanden ist (wozu natürlich noch die weitere Voraussetzung hinzutritt, dass es nicht

---

<sup>25)</sup> Das Pfandrecht an einer Forderung läuft im Erfolge auf eine bedingte Forderungsübertragung hinaus.

als tunlich erscheint, sich über den wirklichen Willen des Mittelmannes zu vergewissern). (Vgl. III, 4 hienach.)

3. In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass der Mittelmann den Anspruch auf Ersatz des Schadens des Dritten selbst nicht geltend machen will, aber damit einverstanden ist, dass der Dritte dies tue. Können jedoch Zweifel darüber entstehen, ob dem Dritten eine selbständige Schadenersatzforderung zusteht, so ist es zweckmässig, wenn der Mittelmann den Dritten ermächtigt, auch sein (des Mittelmannes) Recht darauf, dass der Schuldner den Schaden des Dritten ersetze, geltend zu machen. Hiezu genügt eine Erklärung des Mittelmannes, derzufolge er dem Dritten „seine Zustimmung“ oder „sein Einverständnis“ erteilt zur Geltendmachung der ihm gegenüber dem Schuldner zustehenden Ansprüche auf Ersatz des Schadens des Dritten. Eine besondere Form braucht m. E. nicht eingehalten zu werden.<sup>26)</sup>

---

<sup>26)</sup> Die dem Dritten seitens des Mittelmannes eingeräumte Befugnis zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruches charakterisiert sich als einseitige Verfügung, als einseitige rechtsgestaltende Willensäusserung zugunsten eines Dritten. Sie ist keine Forderungsabtretung, da nach der vorherrschenden Meinung der Anspruch des Mittelmannes gegenüber dem Schuldner von vornherein in erster Linie dahin geht, dass letzterer den Schaden des Dritten zu ersetzen habe, und demzufolge nicht eine Forderung übertragen wird, sondern dem zum voraus bestimmten Leistungsempfänger bloss das Recht eingeräumt wird, selbst Erfüllung zu verlangen. Auch die Gründe, die das Erfordernis der Schriftlichkeit für die Abtretung rechtfertigen, bestehen nicht. (Es ist namentlich die Möglichkeit mehrfacher Abtretung einer Forderung, die die Schriftform als erwünscht erscheinen lässt; auf der einen Seite wird der Gläubiger eher vor mehrfacher Zession zurückschrecken, wenn ein schriftlicher Akt erforderlich ist, auf der anderen Seite entsteht weniger Verwirrung bei mehrfacher Zession. Ohne derartige Rücksichten würde die Vorschrift, dass der Zessionär eine schriftliche Erklärung seitens des Abtretenden und der debitor cessus einen einwandfreien Beweis der Abtretung verlangen kann, vollständig genügen.) Es ist daher vom Grundsatz auszugehen, dass im Zweifel keine Formvorschrift gilt. (Vgl. Art. 11 OR, ferner insbes. Oser Bem. III zu Art. 466 OR,

Es kann auch umgekehrt in der Praxis als wünschenswert erscheinen, dass der Mittelmann, der vielleicht dem Dritten gegenüber selbst schadenersatzpflichtig ist, den vertragsbrüchigen Schuldner in eigenem Namen auf Ersatz des Schadens belange. Dann mag es unter Umständen zweckmäßig sein, dass der Dritte auch den ihm allfällig zustehenden selbständigen Schadensersatzanspruch an den Mittelmann zediere. Bezuglich dieser Zession kann einfach auf die gesetzlichen Bestimmungen und die Kommentare dazu verwiesen werden. Hervorgehoben sei nur, dass der Rechtsgrund der Zession nicht festgestellt zu werden braucht, und dass dieselbe auch rein fiduziärischer Natur sein kann.<sup>27)</sup>

Die Zession kann z. B. bloss zu Inkassozwecken oder zur gerichtlichen Geltendmachung des Anspruches erfolgen. Ihre Rechtsgültigkeit äussert sich dann namentlich auch darin, dass durch das Urteil endgültig über das Recht des Zedenten entschieden wird. Der letztere kann möglicherweise den Mittelmann wegen schlechter Prozessführung verantwortlich machen. Aber gegen den ursprünglichen Schuldner steht ihm kein selbständiger Rechtsanspruch mehr zu.

## II.

### **Die Rechtsbeziehungen des Dritten (A) zum Mittelmann (B), auf Grund deren ein selbständiger Schadensersatzanspruch gegenüber dem Schuldner (C) in Frage kommt.**

Liegen nicht besondere Umstände vor, so kann, wie bereits erwähnt, der Mittelmann frei darüber verfügen, ob sein Vertragsgegner bei mangelhafter Vertragserfüllung Schadensersatz zu leisten hat, wenn der Schaden einem

---

S. 819, wonach selbst für die Anweisung, die wie die Abtretung ein einseitiges Rechtsgeschäft zugunsten eines nicht zum voraus bestimmten Dritten darstellt, Schriftlichkeit nicht erforderlich ist.)

<sup>27)</sup> Vgl. Oser, Vorbem. 3 und 4 zu Art. 164—174 OR, S. 415 f.; Becker, Noten 5 u. 6 zu Art. 164 OR, S. 619 f.

Dritten entsteht. Aber in praxi wird es ziemlich selten vorkommen, dass der Geschädigte nicht irgend einen besonderen Umstand geltend machen kann, auf Grund dessen ein vom Willen des Mittelmannes unabhängiger Schadensersatzanspruch gerechtfertigt erscheint. Die rechtliche Begründung eines derartigen selbständigen Anspruches ist jedoch mitunter recht schwierig. Denn wir bewegen uns auf einem Gebiete, dem die Doktrin des Gemeinen Rechts und das grossenteils darauf aufgebaute Obligationenrecht keine besondere Beachtung geschenkt haben.

Mit Rücksicht darauf, dass in den folgenden Untersuchungen die Rechtsbeziehungen zwischen dem geschädigten Dritten und dem Mittelmann zum Ausgangspunkt genommen werden, bezeichnen wir nunmehr den geschädigten Dritten mit A, den Mittelmann mit B und den schadenersatzpflichtigen Dritten mit C. Infolge dieser Verschiebung in der Betrachtungsweise liegt es vielfach näher, anstelle des geschädigten A den Schuldner C als „Dritten“ anzusehen. Der Inhalt der fraglichen Rechtsbeziehungen erleidet dadurch natürlich keinerlei Änderung.

### **1. Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag.**

Hat der Mittelmann B den Vertrag mit dem Schuldner C aus Auftrag des Geschädigten A abgeschlossen, so ergibt sich klar aus dem Gesetze, dass die Ansprüche auf Ersatz des dem A durch C zugefügten Schadens direkt auf A übergehen können und unter welchen Voraussetzungen der Übergang stattfindet.

OR Art. 401 bestimmt nämlich in Abs. 1:

„Hat der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen Forderungsrechte gegen Dritte erworben, so gehen sie auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnisse nachgekommen ist.“

Nach OR Art. 424 kommt diese Vorschrift auch dann zur Anwendung, wenn bei der Geschäftsführung ohne Auf-

trag die Geschäftsbesorgung vom Geschäftsherrn nachträglich gebilligt wird. Wie es sich verhält, wenn die „Geschäftsbesorgung“ nicht genehmigt wird, ist von Fall zu Fall zu entscheiden.

(Schliesst der Beauftragte oder der Geschäftsführer ohne Auftrag (B) zu Gunsten des A einen echten Vertrag „zu Gunsten eines Dritten“ ab [OR Art. 112 Abs. 2] oder tritt er als Stellvertreter des A auf, so stehen allfällige Schadensersatzansprüche gegenüber C dem A grundsätzlich ohne weiteres zu, und man könnte sich höchstens fragen, ob nicht dem Beauftragten oder dem Geschäftsführer ohne Auftrag unter Umständen ein Pfandrecht an den zu Gunsten des A entstandenen Forderungen zu gewähren ist, falls dieser seinen Verbindlichkeiten ihm gegenüber nicht nachkommt.)

## **2. Vertrag zu Lasten eines Dritten (C).**

Ein Vertrag zu Lasten eines Dritten liegt nach Art. 111 OR dann vor, wenn jemand (B) „einem andern (A) die Leistung eines Dritten (C) verspricht“. Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass die Leistung auf Rechnung des Versprechensempfängers A zu erfolgen hat. In diesem Fall kommen für den Übergang der gegenüber C entstandenen Forderungen auf A die Grundsätze über den Auftrag zur Anwendung.

Hat die Leistung des C an A dagegen auf Rechnung des Mittelmannes B zu erfolgen, so wird man den Übergang dieser Forderung auf A nicht ohne weiteres davon abhängig machen können, ob A seine Verbindlichkeiten gegenüber B erfüllt hat. Es muss vielmehr im einzelnen Falle geprüft werden, was wohl dem Parteiwillen am besten entspricht. Dabei kann sich ergeben, dass alle Forderungen gegenüber C unabhängig von der Erfüllung der Verpflichtungen des A gegenüber B auf A übergehen, bzw. nicht übergehen sollen. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass A und B ihre gegenseitigen Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen haben (OR Art. 82). B ist also

verpflichtet, die Forderungen gegenüber C abzutreten, wenn A seinen Verpflichtungen ihm (B) gegenüber nachgekommen ist.<sup>28)</sup>

Man kann sogar weitergehen und sich fragen, ob überhaupt eine Abtretung der Ansprüche des B gegenüber C erforderlich ist, oder ob nicht diese Ansprüche in Analogie zu Art. 401 OR ipso jure auf A übergehen. Die letztere Lösung würde wohl dem Prinzip des OR, die gewollten Rechtswirkungen auf möglichst einfachem Wege eintragen zu lassen, am besten entsprechen. (Vgl. namentlich auch OR Art. 166.)

Schliesslich sei der Vollständigkeit halber noch darauf hingewiesen, dass natürlich auch bei dem Vertrag zu Lasten eines Dritten die Möglichkeit besteht, dass der Mittelmann B mit C derart kontrahiert, dass A ohne weiteres direkt berechtigt wird.

### **3. Vertrag mit selbständiger Leistungspflicht des Mittelmannes.**

Nehmen wir den Fall, dass B eine der Gattung nach bestimmte Ware an A verkauft und sich zwecks Erfüllung

---

<sup>28)</sup> Der Vertrag zu Lasten Dritter wird vielfach als „Garantievertrag“ angesehen (vgl. z. B. Oser, Bem. II und III zu Art. 111 OR, S. 342; Becker, Note 2 zu Art. 111 OR, S. 463). Der Vertrag zu Lasten Dritter enthält aber mehr als eine blosse Garantie: es wird versprochen, dass der Dritte eine Leistung erbringe. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Versprechensempfänger nicht auf Grund der allgemeinen Grundsätze des OR vom versprechenden B verlangen können sollte, dass er den Dritten C zur Erbringung der Leistung veran lasse, wenn er (B) hierzu in der Lage ist, und dass er ihm allfällige Ansprüche gegenüber dem Dritten abtrete. Art. 111 OR will zweifellos den allgemeinen Anspruch auf Erfüllung einer vertraglichen Obligation nicht einschränken, sondern es sollte allein zum Ausdruck gebracht werden, dass der Versprechende für das ganze Erfüllungsinteresse haftet. Der Unterschied in der Beurteilung des Vertrages zu Lasten Dritter wird namentlich dann von praktischer Bedeutung, wenn der Versprechende in Zahlungsschwierigkeiten gerät, so dass dem Versprechensempfänger mit einer blossem Schadensersatzforderung nur schlecht gedient wäre.

durch Kauf der betreffenden Ware von C eindeckt. Hier steht ausser Zweifel, dass, wenn B den Kauf mit C in eigenem Namen und nicht als Vertrag zu Gunsten eines Dritten abschliesst, A nicht selbst die Leistung von C verlangen kann. Aber wie verhält es sich mit allfälligen Schadensersatzansprüchen? An und für sich hat A keinen Anspruch darauf, zu wissen, wer der Lieferant des B ist, und auch wenn ihm dieser bekannt ist, besteht im allgemeinen kein Grund, gestützt auf welchen A ein Recht auf selbständige Geltendmachung der Schadensersatzansprüche gegenüber C hätte. B hat ja nichts weiter versprochen, als selbst zu leisten, und auf welchem Wege er sich eindeckt, ist für das Rechtsverhältnis zwischen A und B vollständig gleichgültig. Auch muss es dem B überlassen bleiben, darüber zu entscheiden, ob er gegebenenfalls C wegen mangelhafter Lieferung in Anspruch nehmen will oder ob er nicht vorzieht, aus persönlichen oder geschäftlichen Rücksichten überhaupt auf Schadensersatz zu verzichten. A hat keinen weiteren Anspruch als den, dass B seinen Verpflichtungen ihm gegenüber nachkomme, bezw. gegebenenfalls Schadensersatz leiste.

Aber sobald sich die finanzielle Lage des Mittelmannes B derart gestaltet, dass er nicht in der Lage ist, selbst Schadensersatz zu leisten, ändert sich mit einem Schlag die ganze Situation. B. hat sich zur Vertragserfüllung verpflichtet, und muss den Vertrag erfüllen, bezw. Schadensersatz leisten. Stehen dem B verschiedene Möglichkeiten zur Einhaltung seiner Verpflichtung zu, so hat er die Wahl. Befindet sich jedoch B in Verhältnissen, die die richtige Erfüllung ausschliessen, und kann er nur dadurch einen gewissen Ersatz leisten, dass er wenigstens dem A seine Schadensersatzansprüche gegenüber C zur Verfügung stellt, so ist er hiezu verpflichtet. Denn der Schuldner, der den Gläubiger nicht ganz befriedigen kann, soll dies wenigstens insoweit tun, als es ihm möglich ist, vorausgesetzt, dass der Gläubiger die Leistung annehmen will. Das Interesse des Schuldners an

der Geheimhaltung oder besonderen Schonung seiner Lieferanten tritt in den Hintergrund, wenn es sich darum handelt, die Gläubiger zu befriedigen. Nur vor besonders vitalen Interessen des Schuldners haben auch die Gläubiger zurückzutreten.

Man kann die Frage aufwerfen, ob im Konkursfalle des Mittelmannes nicht der Ertrag der Schadensersatzansprüche gegenüber C der Konkursmasse zufallen soll, sodass der geschädigte A sich mit der Konkursdividende abfinden muss. Die Entscheidung hängt von den näheren Umständen ab. Hat B die von C gelieferte mangelhafte Sache vor dem Konkurs in den Besitz des A übertragen und B noch keinen Anspruch wegen Mängeln gegenüber C geltend gemacht, so besteht kein Grund, die übrigen Gläubiger am Ertrag der Schadensersatzforderung gegenüber C partizipieren zu lassen. Die Schadensersatzforderung erscheint als etwas zur gelieferten Ware gewissermassen Akzessorisches. Die Feststellung und Geltendmachung von Mängeln hängt ausschliesslich vom Willen des A ab, und es würde die Zuweisung des Schadensersatzanspruches an die Konkursmasse eine durch nichts gerechtfertigte Begünstigung der Gläubiger darstellen. Steht dagegen bei Konkursausbruch noch dem Konkursiten B die ausschliessliche Verfügung über den Schadensersatzanspruch gegenüber C zu, befindet sich z. B. die von C verspätet gelieferte Ware noch im Besitze des B, so kann A ebenso wenig wie Herausgabe der Sache Abtretung des Schadensersatzanspruches verlangen, der sich auf Grund abstrakter Berechnung des Verzugsschadens ergibt. Einzig bezüglich eines den abstrakten Schaden allfällig übersteigenden konkreten Schadens des Käufers A können Zweifel bestehen. Es dürfte wohl richtig sein, die Differenz ausschliesslich dem Käufer A zuzuweisen aus der Erwägung heraus, dass der Schaden, der einzig für einen speziellen Gläubiger entstanden ist, nicht auf dessen Kosten zur Bereicherung der übrigen Gläubiger führen soll.

Endlich sei noch die Frage aufgeworfen, ob, und wie lange, der Mittelmann auf den Schadensersatzanspruch gegenüber C rechtswirksam verzichten kann. Die Frage stellt sich übrigens auch bei Art. 401 OR. Die Antwort hat wohl entsprechend den namentlich bei der Abtretung (OR Art. 167 und 169) zum Ausdruck gekommenen Prinzipien dahin zu lauten, dass Verfügungen des Mittelmannes gegenüber dem zu Schadensersatz Verpflichteten C so lange rechtswirksam sind, als der letztere sich im guten Glauben befindet, der Mittelmann B sei tatsächlich verfügberechtigt, oder als er keinen besonderen Grund hat, an dessen Verfügberechtigung zu zweifeln. (ZGB Art. 3 Abs. 2.)

#### **4. Schenkung.**

Kauft jemand (B) einen Gegenstand zu Geschenzkzwecken und lässt er ihn dem Beschenkten A direkt zustellen, so wird in der Regel ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegen, sodass A bei allfälligen Mängeln vom Verkäufer C ohne weiteres Schadensersatz verlangen kann. Immerhin kann sich aus den speziellen Umständen mitunter ergeben, dass der Schenker B dem Dritten keinen selbständigen Anspruch einräumen wollte, und dass infolgedessen kein echter Vertrag zu Gunsten eines Dritten vorliegt. Kauft z. B. B die Sache nicht in einem beliebigen Geschäft, sondern bei einem besonderen Geschäftsfreund, so kann nicht vermutet werden, dass B es dem A überlassen wollte, die Rechte aus dem Kauf gegenüber C selbst geltend zu machen; A wird dies vielmehr nur im Einverständnis mit dem Schenker tun können. Ebenso muss es sich im allgemeinen bei einem besonderen Gelegenheitskauf verhalten, da es in einem derartigen Falle dem Schenker unangenehm sein könnte, wenn es zu einer Schadensersatzforderung oder gar zu einem Prozesse käme.

Die Verhältnisse können auch so liegen, dass dem Beschenkten A ein direkter Schadensersatzanspruch gegenüber dem Verkäufer C zugestanden werden muss, obwohl

der Schenker B anlässlich des Kaufes nicht zu erkennen gab, dass er die Sache zu Geschenkzwecken verwenden wolle. Hält sich z. B. jemand für einige Tage in einer fremden Stadt auf und lässt er sich eine in einem ersten Geschäft gekaufte Sache, die er einem dortigen Freunde schenken will, ins Hotel schicken, so erscheint es als selbstverständlich, dass der Freund, wenn sich nach einiger Zeit geheime Mängel ergeben, diese nach den Intentionen des Schenkers selbstständig geltend machen darf. Da aber, wie im ersten Teil dieser Arbeit eingehend ausgeführt worden ist, sich der Verkäufer zur richtigen Erfüllung schlechthin verpflichtet, müssen die Intentionen des Käufers entscheidend sein.

Entsteht ausnahmsweise dem Beschenkten A ein positiver Schaden aus der Mangelhaftigkeit der geschenkten Sache, indem z. B. verdorbene Esswaren zu einer Vergiftung führen, oder ein elektrischer Apparat infolge von Konstruktionsfehlern einen Brand verursacht, so erhebt sich die Frage, ob nicht A unabhängig vom Willen des Schenkers B berechtigt sein soll, vom Verkäufer C Schadensersatz zu verlangen. Ist B bereit, den Schaden auf eigene Kosten zu ersetzen, und ist er hiezu in der Lage, so kann A, insofern C nicht schon aus Delikt (OR 41) haftbar ist, den Ersatz des Schadens nicht von C verlangen (vgl. die Ausführungen sub. 3). Treffen dagegen diese Voraussetzungen nicht zu, so erscheint es als richtig, dass der Beschenkte A die Rechte aus dem zwischen B und C abgeschlossenen Kauf selbstständig geltend machen darf. Die rechtliche Begründung ergibt sich, wie unter der nächsten Ziffer noch näher dargelegt wird, aus den Grundsätzen über Treu und Glauben.

## **5. Unentgeltliche Zurverfügungstellung von Einrichtungen; Dienstpersonal und dergleichen.**

Stellt jemand (B) einem andern (A) unentgeltlich Einrichtungen oder Dienstpersonal zur Verfügung, so haftet der Versprechende B grundsätzlich nur bei Ver-

schulden, (unter Umständen sogar nur für schweres Verschulden und in beschränktem Umfange; vgl. OR Art. 99 und 248). Wie verhält es sich nun, wenn B von einem Dritten (C) Ersatz des A entstandenen Schadens verlangen kann, z. B. bei einem Automobilunfall vom Händler, der einen mangelhaften Wagen geliefert hat. Soll der geschädigte A nur dann einen vom Willen des Mittelmannes unabhängigen Schadensersatzanspruch haben, wenn die Voraussetzungen von Art. 41 OR erfüllt sind, sodass ihn unter Umständen die Beweislast für das Verschulden des Verkäufers C trifft, während dieselbe sonst zu Lasten des Verkäufers ginge (OR Art. 41 — OR Art. 97 und 208 Abs. 3)? Auch bei unentgeltlichen Leistungen darf es dem Leistenden nicht gleichgültig sein, ob der Begünstigte dabei zu Schaden kommt. Er ist vielmehr nach Treu und Glauben verpflichtet, das Interesse des Leistungsempfängers nicht ausser acht zu lassen und hat die erforderlichen Massnahmen zu dessen Schutz zu treffen. Er haftet nach Art. 99 OR „im allgemeinen“ für jedes Verschulden. Entsteht ohne sein Verschulden ein Schaden, für den er einen Dritten haftbar machen kann, so verlangt Treu und Glauben, dass er dies auch für den Geschädigten (A) tue, bzw. dass er letzteren auf Grund seines Vertragsverhältnisses mit dem Schadensersatzpflichtigen klagen lasse, insofern anzunehmen ist, dass er unter gleichen Umständen für sich selbst ebenfalls Schadensersatz beanspruchen würde. Dagegen wird man ihm im allgemeinen nicht zumuten können, dass er für den Leistungsempfänger rigoroser vorgehe als für sich selbst.

## **6. Objektiv rechtswidriger Eingriff in die Rechtssphäre des A.**

### **a) Allgemeines.**

Verfügt jemand (B) erlaubterweise über eine fremde Sache, gibt z. B. der Mieter einer Sache (B) diese befugterweise einem Dritten (C) in Untermiete, oder räumt bei

einem Patentrechte der Lizenznehmer B einem Dritten C eine Unterlizenz ein, so steht dem Eigentümer, bzw. dem Patentinhaber A bei Schädigung durch C unter Umständen auf Grund von Art. 41 OR oder auf Grund der Patentgesetzgebung ein selbständiger, von B durchaus unabhängiger Schadensersatzanspruch zu. Treffen jedoch die gesetzlichen Voraussetzungen hiefür nicht zu, so kann A nicht ohne weiteres die Rechte aus dem vom Mittelmann mit C abgeschlossenen Vertrage geltend machen. Ergibt sich ein derartiges Recht nicht aus dem Vertrage zwischen A und B (auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung oder nach Treu und Glauben), so kann B grundsätzlich frei darüber verfügen, ob C A den Schaden zu ersetzen hat. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände, z. B. wenn der selbst für den Schaden haftbare Mittelmann wegen Zahlungsunfähigkeit nur durch Abtretung der Ansprüche gegenüber C erfüllen kann, erhält A vom Willen des B unabhängige Ansprüche aus dem zwischen B und C abgeschlossenen Vertrage. Es gelten einfach die zuvor entwickelten Grundsätze (vgl. besonders II, 3 hiervor).

Anders verhält es sich dagegen, wenn B, objektiv betrachtet, nicht berechtigt war, über den Gegenstand zu verfügen, wenn z. B. der vermeintliche Eigentümer einer Sache oder der schlechtgläubige Besitzer dieselbe einem Dritten (C) zur Verwahrung oder zur Ausbesserung übergibt, wenn er sie einem Dritten vermietet oder unentgeltlich ausleiht und dergleichen. Hier erhebt sich die Frage, ob nicht unter dem Gesichtspunkt des objektiv rechtswidrigen Eingriffs in die Rechtssphäre des A dieser die Rechte aus dem von B mit C abgeschlossenen Vertrage geltend machen kann? Man möchte am ehesten erwarten, dass die Rechtssätze über den gut- oder schlechtgläubigen Besitz einer fremden Sache die erforderlichen Bestimmungen enthalten. Aber so eingehend diese Rechtssätze auch sind, so fehlen doch diesbezügliche Vorschriften. Auch die Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung vermögen in den frag-

lichen Fällen nicht zu helfen; denn die ungerechtfertigte Bereicherung setzt voraus, dass ein Vermögenswert auf einen andern übergegangen ist. Der Besitzer B dieser fremden Sache, der dieselbe an den besser berechtigten A herausgeben muss, erleidet jedoch bei vorheriger Beschädigung derselben durch den Vertragsgegner C keinen selbständigen materiellen Schaden, und erwirbt infolgedessen auch keinen selbständigen Schadensersatzanspruch; es fehlt daher an einer eigentlichen Bereicherung des Mittelmannes im Sinne von OR Art. 62 ff. Es ist daher zu prüfen, ob sich die Lösung nicht sonst aus den Grundsätzen über den Schutz der subjektiven Rechte ergibt.

b) Vom Schutz der subjektiven Rechte im allgemeinen.

Das Zivilgesetzbuch mit Einschluss des Obligationenrechtes enthält keinen besonderen Abschnitt über den Schutz der subjektiven Rechte im allgemeinen. Auch die allgemeinen Bestimmungen über die Entstehung der Obligationen behandeln den obligationenrechtlichen Schutz der subjektiven Rechte nicht erschöpfend. Dagegen findet sich im speziellen Teil des Obligationenrechtes ganz unerwartet eine Bestimmung, der sowohl vom praktischen, wie vom theoretischen Standpunkt aus grösste Bedeutung zukommt. Während Art. 419 OR bestimmt:

„Wer für einen andern ein Geschäft besorgt, ohne von ihm beauftragt zu sein, ist verpflichtet, das unternommene Geschäft so zu führen, wie es dem Vorteile und der mutmasslichen Absicht des anderen entspricht.“ enthält Art. 423 OR unter der Randbemerkung „Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsherrn“ die folgende Vorschrift:

„Wenn die Geschäftsführung nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn unternommen wurde, so ist dieser gleichwohl berechtigt, die aus der

Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile sich anzueignen.

Zur Ersatzleistung an den Geschäftsführer und zu dessen Entlastung ist der Geschäftsherr nur so weit verpflichtet, als er bereichert ist.“

Diese Bestimmung ist dazu berufen, einen äusserst wirksamen Schutz gegen die Verletzung subjektiver Rechte in gewinnsüchtiger Absicht zu verschaffen. Die unter rechtswidriger Missachtung der Rechte eines andern vorgenommenen Handlungen werden als Geschäftsführung ohne Auftrag behandelt. Die daraus erzielten Vorteile sind dem Träger des verletzten subjektiven Rechtes herauszugeben, und zwar auch dann, wenn dieser keinerlei Gewinn erzielt hätte, falls der rechtswidrige Eingriff in seine Rechtssphäre unterblieben wäre. Für Auslagen und Verluste des unbefugt Handelnden hat der wahre Berechtigte dagegen nur aufzukommen, wenn und soweit er bereichert ist. Auch bleibt es ihm unbenommen, für aus der Rechtsverletzung entstandenen Schaden Ersatz zu verlangen.

So tritt bei Rechten absoluten Charakters zu den beiden Prinzipien, dass der Berechtigte bei unerlaubten Eingriffen in sein Recht Einstellung des rechtswidrigen Verhaltens und bei Verschulden des rechtswidrig Handelnden Schadensersatz verlangen kann, ein drittes hinzu, demzufolge der Verletzte nicht nur Anspruch hat auf Wiederherstellung des rechtlichen Zustandes und unter Umständen auf Schadensersatz, sondern auch auf Herausgabe eines unter Verletzung seines Rechtes erzielten Gewinnes.

Bei obligatorischen, auf eine Leistung gerichteten Rechten werden die Ansprüche auf Erfüllung und auf Schadensersatz in der angegebenen Weise ergänzt. Hat z. B. ein Antiquar B einen Gegenstand an A verkauft, stellt sich jedoch vor Lieferung desselben an A ein Liebhaber C ein und überlässt der Antiquar diesem den Gegen-

stand zu einem höheren Preis, so ist A berechtigt, von B die Herausgabe des Gewinnes zu verlangen.<sup>29)</sup> <sup>30)</sup> <sup>31)</sup>

c) Über die Anerkennung beschränkter im-  
materieller Güterrechte.

Neben den gesetzlich geschützten Patenten, Modellen und Mustern spielen im modernen Wirtschaftsleben auch nicht besonders geschützte Geheimverfahren, Fabri-

---

<sup>29)</sup> Es wurde im ersten Teil dieser Arbeit darauf hingewiesen, dass im Anschluss an das gemeine Recht die Entstehung von Obligationen vielfach zu Unrecht auf Parteiwillen und Vertrag zurückgeführt wird. Art. 423 OR bildet ein typisches Beispiel. Es erscheint schon als gezwungen, von Geschäftsführung für einen andern zu reden, wenn der Handelnde weder nach dem Willen noch für Rechnung des Verfügungsberechtigten handeln will, sondern ausschliesslich das eigene Interesse verfolgt. Aber es muss vom Standpunkt der Systematik aus geradezu als unrichtig angesehen werden, wenn diese wichtige Vorschrift in der zweiten Abteilung des Obligationenrechtes unter den „einzelnen Vertragsverhältnissen“ eingereiht worden ist. Die systematisch falsche Stellung der Bestimmung hat sich übrigens äusserst nachteilhaft ausgewirkt. In der Doktrin wird Art. 423 OR meist nicht beachtet und auch in der Praxis ist die Vorschrift nur wenigen bekannt, und es ist sicherlich allein hierauf zurückzuführen, dass bisher nur in den seltensten Fällen davon Gebrauch gemacht worden ist.

<sup>30)</sup> Art. 423 OR hat mit der „ungerechtfertigten Bereicherung“ im Sinne von OR Art. 62 ff. nichts zu tun. Denn die „ungerechtfertigte Bereicherung“ setzt keine rechtswidrige Handlung des Bereicherten voraus; sie hat dagegen zur besonderen Voraussetzung, dass dem Gewinn des Bereicherten ein entsprechender Verlust oder Gewinnentgang des die Herausgabe Verlangenden gegenübersteht. Art. 423 OR trifft demgegenüber nur Fälle, in denen eine Rechtsverletzung stattgefunden hat und verpflichtet zur Herausgabe der Bereicherung unabhängig davon, ob der Verletzte einen finanziellen Nachteil erlitten hat.

Besonders erwähnt sei noch, dass bereits von Tuhr bei der Begründung des „Bereicherungsanspruches“ auf die Wichtigkeit von Art. 423 OR aufmerksam geworden ist, ohne allerdings der prinzipiellen Bedeutung der Vorschrift weiter nachzuforschen (vgl. von Tuhr, a. a. O. S. 402).

<sup>31)</sup> Art. 423 OR setzt, wie ausdrücklich hervorgehoben worden ist, eine Verletzung fremder Rechte voraus. Unrichtig ist daher

kationsgeheimnisse, Pläne etc. eine wichtige Rolle, und es waren Fälle dieser Art, die die Anregung zu der vorliegenden Untersuchung gaben. Es kann z. B. vorkommen, dass ein in der Firma A arbeitender Angestellter B oder ein Eindringling B ein Geheimverfahren unbefugterweise einem gutgläubigen Dritten C bekannt gibt, ihm aber die Verpflichtung auferlegt, das Verfahren nur für sich zu verwenden, oder die nach dem Verfahren hergestellten Erzeugnisse nicht unter bestimmten Preisen zu verkaufen, und dergleichen. Wenn in einem derartigen Falle C das Verfahren der Öffentlichkeit preisgibt, oder wenn er die

---

m. E. der Entscheid des Bundesgerichtes vom 25. Mai 1921 in Sachen Kistler und Konsorten c. Allgemeine Genossame Reichenberg (AS Bd. 47 II S. 195 ff., Praxis Bd. 10 S. 273 f.), in welchem unter Berufung auf Art. 423 OR dem Pächter, dem das Pachtobjekt auf Grund des Bundesratsbeschlusses vom 15. Januar 1918 betreffend die Vermehrung der Lebensmittelproduktion von der zuständigen Behörde entzogen worden ist, der vom Verpächter auf Grund des mit der betr. Behörde abgeschlossenen neuen Pachtvertrages bezogene Mehrpachtzins zugesprochen worden ist. Dieser Entscheid führte insofern zu keinem ungerechten Ergebnis, als dem Pächter vom zuständigen Schiedsgericht nur für den unmittelbaren Schaden und nicht auch für entgangenen Gewinn Ersatz zugesprochen worden war (vgl. A. des Entscheides). Dagegen ist nicht einzusehen, wieso der Verpächter die Rechte des Pächters verletzt haben soll (Erw. 1), nachdem doch der Pachtvertrag von der zuständigen Behörde als aufgehoben erklärt worden war. Der Entscheid hätte sich m. E. höchstens durch Berufung auf Art. 62 OR, wie es die erste Instanz getan hatte, oder durch Berufung auf eine vom Richter zu ergänzende Lücke des zit. Bundesgesetzes begründen lassen. Dabei wäre auch die Höhe des entgangenen Gewinnes des ersten Pächters zu prüfen gewesen. Hätte sich ergeben, dass der Pachtzins aus dem Vertrag mit dem neuen Pächter diesen überstieg, so hätte es auch rechtspolitisch als zweifelhaft erschienen, ob ein derartiger Mehrbetrag dem ursprünglichen Pächter zugehalten werden darf, oder ob nicht eher der Verpächter als Eigentümer des Pachtlandes ein Anrecht darauf hat, oder endlich, ob nicht der Verpächter und der Pächter, von denen ohne den behördlichen Eingriff in ihr Vertragsverhältnis keiner zu dem Gewinn gekommen wäre, sich gleichmässig darein teilen müssen.

festgesetzten Preise unterbietet und dadurch die Firma A unter Umständen ganz erheblich schädigt, kann dann diese von C Ersatz des Schadens verlangen, der ihr aus der Verletzung des zwischen B und C abgeschlossenen Vertrages entstanden ist? Bevor auf die Frage eingetreten werden kann, muss zunächst die Vorfrage beantwortet werden, ob ein Geheimverfahren überhaupt Rechtsschutz geniesst, ob es möglich ist, ein Rechtsgeschäft darüber abzuschliessen, z. B. einen Dritten vertraglich zu verpflichten, dasselbe geheim zu halten, oder eine Lizenz daran zu erteilen usw.

Nach Art. 19 OR können innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebige Verträge abgeschlossen werden. Verträge über Geheimverfahren müssen also grundsätzlich zulässig sein. Aber wie verhält es sich, wenn eine Erfindung ausdrücklich vom Gesetze als nicht patentfähig erklärt wird, wie z. B. gewisse Erfindungen auf dem Gebiete der Textilindustrie (vgl. BG betr. die Erfindungspatente, Art. 2 Ziff. 4)? — Es ist davon auszugehen, dass aus dem Ausschluss der Patentfähigkeit einer Erfindung einzig gefolgt werden kann, dass der dem Patentrecht eigene besondere Rechtsschutz, durch den insbesondere auch anderen selbständigen Erfindern des gleichen Verfahrens oder des gleichen Erzeugnisses die gewerbliche Verwendung der Erfindung verboten wird, nicht eintreten soll. (Vgl. namentlich Art. 8 leg. cit.) Mehr kann dagegen aus dem Ausschluss der Patentfähigkeit einer Erfindung nicht abgeleitet werden, da ja dieser nichts anderes bezweckt als die Verweigerung des besonderen Rechtsschutzes. Ist es aber zulässig, Rechtsgeschäfte über ein Geheimverfahren abzuschliessen, so werden diese als schutzfähig anerkannt und es erscheint die ausservertragliche Kenntnisnahme von denselben durch des Rechtsschutzes unwürdige Mittel als ein Eingriff in des Rechtsverkehrs fähige wirtschaftliche Werte, und damit als Verletzung rechtlich geschützter Interessen, also als Rechtsverletzung, als Eingriff in fremde Rechte.

Das Bundesgericht hat sich in seinem Urteil vom 19. März 1919 in Sachen Mellwig c. Mertz<sup>32)</sup> kurz mit der Frage befasst, ob nicht hinterlegte Modelle Gegenstand des Rechtsverkehrs bilden können und den Schutz von Rechten geniessen. Dem betr. Entscheid lag der folgende Tatbestand zugrunde: Der Kläger hatte dem beklagten Maschinenfabrikanten Pläne und Zeichnungen zwecks Herstellung einer bestimmten Zahl von Drehbänken übergeben. Der Kläger besass kein besonders geschütztes Urheberrecht an den betreffenden Plänen und Zeichnungen; doch wurde vereinbart, dass die Vorlagen nur für den Kläger und in dessen Interesse verwendet werden dürften. Der Beklagte lieferte zwar sämtliche bestellten Drehbänke; er hat jedoch die erhaltenen Vorlagen in vertragswidriger Weise dazu benutzt, um auch auf eigene Rechnung Drehbänke herzustellen.

Das Bundesgericht hat dahin entschieden, dass der Beklagte eine unzulässige Verletzung eines Rechtes begangen habe, allerdings auf Grund einer etwas sonderbaren Erwägung. Es sagt nämlich, dass sich die Rechte des Klägers „nicht auf das Urheberrecht, aber auf das Eigentum an den Plänen stützen“ und dass eine Verletzung des „Eigentumsrechtes“ des Klägers vorliege.<sup>33)</sup> Es ist offensichtlich, dass diese Begründung das Wesen der Sache nicht trifft. Denn sonst müsste das Vorliegen einer Rechtsverletzung verneint werden, wenn die Anleitungen für die Konstruktion der Maschine mündlich erteilt werden, oder wenn dazu erforderliche Zeichnungen auf Papier des zur Geheimhaltung Verpflichteten ausgeführt werden. Der Schutz von Geheimverfahren und dergleichen kann natürlich nicht von derartigen Äusserlichkeiten abhängig gemacht werden, sondern es ist allein darauf abzustellen, ob es sich um einen wirtschaftlichen Wert handelt, der nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes (OR Art. 19 und 20) zum Inhalt eines Vertrages gemacht

<sup>32)</sup> AS Bd. 45 II, S. 202 ff.; Praxis Bd. 8, S. 171 ff.

<sup>33)</sup> AS Bd. 45 II, S. 209; Praxis Bd. 8, S. 174.

werden kann. Es sei des weitern darauf verwiesen, dass weder Art. 41 OR noch Art. 423 OR den Interessenschutz von der Art des verletzten Interesses abhängig machen. Der Gesetzgeber hat es wohlweislich unterlassen, eine Aufstellung der rechtlich anerkannten Interessen zu geben. Des Rechtsschutzes teilhaftig wird einfach jedes Interesse, das Gegenstand des Verkehrs bilden kann und nicht aus ganz bestimmten Gründen als des Schutzes unwürdig erscheint.

Ist aber auch die bundesgerichtliche Begründung der Rechtsgültigkeit einer Vereinbarung, wonach bestimmte Modelle nicht benutzt werden dürfen, nicht einwandfrei, so bleibt doch die Tatsache, dass das Bundesgericht eine derartige Vereinbarung als voll rechtsgültig betrachtet hat. So hat es denn auch in dem betr. Falle entschieden, dass der Beklagte auf Grund von Art. 423 OR zur Herausgabe des gesamten aus der rechtswidrigen Herstellung von Maschinen erzielten Gewinnes verpflichtet ist. Ganz vorzüglich sind dabei die eingehenden Ausführungen über die Anwendbarkeit von Art. 423 OR, die ihrer prinzipiellen Bedeutung wegen hier wörtlich wiedergegeben werden sollen. Das Bundesgericht führt darüber aus:<sup>34)</sup>

Nach Art. 423 OR „ist als Geschäftsführer ohne Auftrag anzusehen und demgemäß zur Herausgabe des Ergebnisses der Geschäftsführung an den Geschäftsherrn verpflichtet . . . . . wer . . . . . sich unbefugterweise in einen fremden Interessenkreis einmischt, d. h. ein Geschäft, das objektiv nicht als sein eigenes, sondern als ein fremdes erscheint, für seine Rechnung ausführt. Obwohl er damit nicht den Vorteil des anderen, sondern ausschliesslich seinen eigenen Gewinn verfolgt, muss er sich gefallen lassen, dass rechtlich die Sache so behandelt wird, als ob er für jenen andern hätte handeln wollen. Dabei darf der Begriff des „fremden Ge-

---

<sup>34)</sup> AS Bd. 45 II, S. 207 ff.; Praxis Bd. 8, S. 173 ff.

schäftes“ nicht einschränkend ausgelegt werden. Ein solches ist vielmehr immer schon dann als vorhanden anzusehen, wenn der Handelnde Geschäfte auf eigene Rechnung und in eigenem Interesse abgeschlossen hat, die er ohne Verletzung der Rechte eines anderen nicht hätte ausführen können, wenn er also durch deren Abschluss in fremde Rechte und damit in fremdes Vermögen eingegriffen hat. Dass das Geschäft nach allen Richtungen sich als ein fremdes darstelle, ist nicht nötig. Es sind demnach hierunter in erster Linie die Fälle zu subsumieren, wo jemand auf Grund eines Vertrauensverhältnisses eine Sache zur Aufbewahrung oder zur Benützung erhalten hat und nunmehr in den übernommenen vertraglichen Verpflichtungen und dem Umfange der ihm eingeräumten Benützungsrechte zuwiderlaufender, gegen Treu und Glauen verstoßender Weise über sie verfügt, um daraus für sich selbst Gewinn zu ziehen. Von diesem Gesichtspunkte hat denn auch das Bundesgericht z. B. den Verkaufskommissär, der einen ihm erteilten Verkaufsauftrag unbefugterweise durch Selbsteintritt ausgeführt und dann die Sache für eigene Rechnung zu einem höheren Preise an einen Dritten veräussert hatte, zur Herausgabe des dabei erzielten Gewinnes an den Komittenten verpflichtet (AS 26 II S. 39 Erw. 5). Ferner hat es denselben Grundsatz zur Anwendung gebracht bei der Verletzung eines fremden Patentrechtes, indem es anführte . . . . Da der Patentinhaber kraft des Patentes das ausschliessliche Recht auf die Ausbeutung der Erfindung habe, stelle sich deren Benützung durch einen anderen als unbefugte Führung fremder Geschäfte dar, die den Benutzer nach Art. 423 OR haftbar mache (AS 35 II S. 658 f.).

Mit einem Tatbestand dieser Art hat man es aber hier zu tun. Wenn schon dem Kläger keine Urheberrechte an der streitigen Maschine zustanden und

deshalb auch keine solchen Rechte verletzt werden konnten, so ist doch Mertz in den Besitz der zur Erstellung nötigen Pläne und Zeichnungen nur gekommen auf Grund eines Vertrages mit dem Kläger, durch den er sich verpflichtete, diese Vorlagen nur für den Kläger, in dessen Interesse zu benützen. Nur unter Verletzung dieser Vereinbarung und durch die dem Kläger gegenüber unerlaubte rechtswidrige Benützung der ihm anvertrauten Pläne war er in der Lage, den Gewinn zu machen, den er aus dem Verkaufe der 17 Maschinen gezogen hat.“

d) Die Rechtsstellung des Verletzten bei Bösgläubigkeit des Mittelmannes.

Aus Art. 423 OR und dem zuvor zitierten Entscheide des Bundesgerichts ergibt sich, dass ein vom Mittelmann B unter Eingriff in die Rechtssphäre des A mit einem Dritten C abgeschlossenes Rechtsgeschäft als ein „fremdes Geschäft“ des B erscheint, durch das letzterer seinem Vertragsgegner gegenüber zwar selbst verpflichtet wird, aus dem jedoch die Rechte auf den verletzten A übergehen. Hieraus folgt ohne weiteres, dass A die Schadensersatzansprüche auf Grund des zwischen B und C abgeschlossenen Vertrages selbst geltend machen kann, wenn C durch Nichteinhaltung der gegenüber B eingegangenen Verpflichtungen A Schaden zufügt, vorausgesetzt natürlich, dass C nach Art und Umfang des eingetretenen Schadens für einen solchen haftbar gemacht werden kann.

Dass der aus Art. 423 OR fliessende Rechtsschutz nicht nur für dingliche Rechte und Rechte auf ausschliesslichen Gebrauch einer Erfindung und dergleichen, sondern auch für Geheimverfahren und dergleichen gilt, ist bereits dargetan worden. Beigefügt sei noch, dass bei Verletzung von mehr individuellen Rechten die Anwendbarkeit von Art. 423 OR ebenfalls gerechtfertigt ist. So z. B., wenn jemand in rechtswidriger Weise auf den

Namen einer bekannten Persönlichkeit A Geschäfte abschliesst, und zwar auch dann, wenn A sich am Geschäftsverkehr überhaupt nicht beteiligt. Ebenso wird es zu halten sein, wenn sich jemand in rechtswidriger Weise von der Kundschaft eines andern (A) Kenntnis verschafft und dadurch Geschäftsabschlüsse erzielt, zu denen er sonst nicht käme. Kurz, Art. 423 OR gewährt Rechtsschutz gegenüber den verschiedenartigsten gewinnsüchtigen Eingriffen in die Rechtssphäre eines andern.

Aber in einer Hinsicht erscheint es doch als zweifelhaft, ob Art. 423 OR nicht zu weit geht: Dem Wortlaut nach besteht kein Unterschied, ob der Eingriff in die fremde Rechtssphäre bösgläubig oder gutgläubig erfolgt. Die Vorschrift hat nun zweifellos ihre volle Berechtigung, wenn es sich um den Schutz vor bösgläubigen Eingriffen handelt. Aber ist es auch bei gutgläubigen objektiv rechtswidrigen Eingriffen in die Rechtssphäre eines andern berechtigt, dem Verletzten, auch wenn er keinen Schaden erlitten hat, Anspruch auf Herausgabe des gesamten Gewinnes zu geben?

e) Die Rechtsstellung des Verletzten bei Gutgläubigkeit des Mittelmannes.

Die eingehendsten Normen, in denen zwischen gut- und schlechtgläubigem Handeln unterschieden wird, finden sich im Sachenrecht im Titel über den „Besitz“. Hier wird über die „Verantwortlichkeit“ des Besitzers folgendes bestimmt:

„1. Gutgläubiger Besitzer.

a) Nutzung: Art. 938: Wer eine Sache in gutem Glauben besitzt, wird dadurch, dass er sie seinem vermuteten Rechte gemäss gebraucht und nutzt, dem Berechtigten nicht ersatzpflichtig.

Was hiebei untergeht oder Schaden leidet, braucht er nicht zu ersetzen.“

b) Ersatzforderung: Art. 939: Verlangt der

Berechtigte die Auslieferung der Sache, so kann der gutgläubige Besitzer für die notwendigen und nützlichen Verwendungen Ersatz beanspruchen und die Auslieferung bis zur Ersatzleistung verweigern.

Für andere Verwendungen kann er keinen Ersatz verlangen, darf aber, wenn ihm ein solcher nicht angeboten wird, vor der Rückgabe der Sache, was er verwendet hat, wieder wegnehmen, soweit dies ohne Beschädigung der Sache selbst geschehen kann.

Die vom Besitzer bezogenen Früchte sind auf die Forderung für die Verwendungen anzurechnen.

## 2. Bösgläubiger Besitzer.

Art. 940. Wer eine Sache in bösem Glauben besitzt, muss sie dem Berechtigten herausgeben und für allen durch die Vorenthaltung verursachten Schaden, sowie für die bezogenen oder versäumten Früchte Ersatz leisten.

Für Verwendungen hat er eine Forderung nur, wenn solche auch für den Berechtigten notwendig gewesen wären.

Solange der Besitzer nicht weiß, an wen er die Sache herausgeben soll, haftet er nur für den Schaden, den er verschuldet hat.“

Art. 940 ZGB stimmt also mit Art. 423 OR überein. Der bösgläubige Besitzer einer Sache hat für die bezogenen Früchte Ersatz zu leisten, selbst wenn der wahre Berechtigte dieselben gar nicht bezogen hätte. Die Bestimmungen über den gutgläubigen Besitz stehen dagegen in direktem Widerspruch zu Art. 423 OR. Der Besitzer, der die Sache dem vermuteten Rechte gemäss gebraucht und nutzt, wird dem Berechtigten nicht ersatzpflichtig. Diese Bestimmung geht als die speziellere und eingehendere Art. 423 OR vor.

Es wird daher auch bezüglich allfälliger Schadensersatzansprüche aus einem seitens des gutgläubigen Besitzers B mit einem Dritten C abgeschlossenen Vertrage gemäss den

in Art. 938 ZGB zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken zu entscheiden sein. Demgemäß wird der geschädigte Eigentümer (A) keinen Schadensersatz verlangen können, wenn der gutgläubige Besitzer B die Sache einem Freunde C ausgeliehen hat unter Umständen, unter denen es von vornherein feststeht, dass er bei Beschädigung der Sache freiwillig auf Schadensersatz verzichten würde. Ebenso muss es dem gutgläubigen Besitzer überlassen bleiben, ob Schadensersatz verlangt werden kann, wenn er in uneigennütziger Weise die Sache einem vielleicht nicht mehr besonders leistungsfähigen unterstützungsbedürftigen Handwerker oder einer Wohltätigkeitsanstalt zur Ausbesserung übergeben hat. Zum Gebrauch einer Sache gemäß dem vermuteten Rechte gehört auch die Möglichkeit der Aushändigung derselben an einen Dritten unter Umständen, unter welchen man bei Beschädigung derselben keine Ersatzforderung stellen will, und gegebenenfalls also auch der Verzicht auf eine derartige, zwar an und für sich begründete, aber nicht gewollte Schadensersatzforderung. Liegen aber keine derartigen aussergewöhnlichen Verhältnisse vor, so erscheint es berechtigt, auch bei gutgläubigen Eingriffen in seine Rechtssphäre allfällige Schadensersatzansprüche gegenüber Dritten auf Grund von Art. 423 OR auf den Verletzten übergehen zu lassen.

Beiläufig sei noch darauf hingewiesen, dass der Grundsatz, dass der gutgläubige Besitzer den gesamten bezogenen Nutzen behalten kann, der schlechtgläubige Besitzer dagegen immer für den bezogenen Nutzen Ersatz zu leisten hat, in doppelter Hinsicht als gar zu schroff erscheint: Es kann Umstände geben, wo es als billig erscheint, auch dem schlechtgläubigen Besitzer für seine besondere Mühewaltung eine gewisse Entschädigung zu gewähren, oder wo es umgekehrt als unbillig erscheint, wenn der gutgläubige Besitzer den ganzen Nutzen behalten kann, z. B. wenn ein Wohlhabender gutgläubig Wertpapiere eines Minderbemittelten nutzt. Es ist sodann

darauf zu achten, dass die Grundsätze über den Besitz überhaupt nur auf Sachenrechte und nicht auch auf immaterielle Güterrechte angewendet werden können. Art. 20 des Bundesgesetzes betr. die Erfindungspatente bestimmt, dass der gutgläubige Erwerber eines Patentes oder einer Lizenz vom unrechtmässigen Patentinhaber auf Verlangen des Urhebers der Erfindung oder dessen Rechtsnachfolgers zur Abtretung des Patentes verpflichtet ist, und bloss Anspruch auf Erteilung einer Lizenz gegen angemessene Entschädigung hat, falls er bereits Veranstaltungen zur gewerbsmässigen Benutzung des Patentes getroffen hat. Eine ausdrückliche patentrechtliche Bestimmung darüber, wie es sich mit dem inzwischen bezogenen Nutzen verhält, besteht nicht. Dagegen ist dem Wortlaut nach Art. 423 OR auch auf diesen Fall anwendbar. Art. 938 ZGB zeigt jedoch, dass bei Gutgläubigkeit des unrechtmässig Vorgehenden die Vorschrift des Art. 423 OR nicht allgemein gilt, und es dürfte sich rechtfertigen, auch bei der gutgläubigen, objektiv unrechtmässigen Nutzung eines fremden immateriellen Güterrechtes eine Ausnahme zu machen und den Gewinn unter billiger Berücksichtigung der beidseitigen Interessen zu verteilen.<sup>35)</sup> Bezüglich der Schadensersatzansprüche aus Verträgen des gutgläubigen Patentinhabers mit Dritten wird es richtig sein, dieselben auf Grund von Art. 423 OR im allgemeinen unabhängig vom Willen des Mittelmannes auf den wahren Berechtigten übergehen zu lassen. Immerhin kann es auch hier unter

---

<sup>35)</sup> In der grösstenteils überwundenen Begriffsjurisprudenz, die die Rechtsfolgen aus festen Begriffen ableiten wollte, reduzierten sich die Fälle der Schadens- oder Gewinnteilung auf ein Minimum. Durch eine Teilung von Gewinn oder Verlust entsprechend der Gewichtigkeit der beidseitigen Interessen, wenn sich zeigt, dass jede der beteiligten Parteien rechtlicher Berücksichtigung würdige Interessen geltend machen kann, wird aber nicht nur die aussergerichtliche Erledigung von Streitigkeiten erleichtert, sondern es wird dadurch auch eine Rechtssprechung ermöglicht, die das Rechtsgefühl besser befriedigt.

Umständen als gerechtfertigt erscheinen, unter Berücksichtigung des Art. 938 ZGB zugrunde liegenden Gedanken Ausnahmen zuzulassen.

#### IV.

##### Ergebnis.

Zusammenfassend lassen sich unter Abstraktion von den besonderen Umständen der angeführten Beispiele die gewonnenen Resultate wie folgt wiedergeben:

Wird durch die mangelhafte Erfüllung eines Vertrages ein Dritter geschädigt, so kann der Gläubiger (Mittelmann) Ersatz des Schadens des Dritten verlangen, wenn der Schuldner der Art und dem Umfange nach<sup>36)</sup> für einen derartigen Schaden einzustehen hat.

Dem Dritten steht ein selbständiger Schadensersatz-

---

<sup>36)</sup> Es muss dabei auch auf die wirtschaftlichen Möglichkeiten Rücksicht genommen werden. Die Ausgestaltung der Rechtsordnung hat so zu erfolgen, dass möglichst jeder existieren kann. Es ist daher bei der Bestimmung des Umfanges der Schadensersatzpflicht auch auf das Verhältnis von Leistung zu Gegenleistung Rücksicht zu nehmen, und zwar nicht nur bei uneigennützigen Rechtsgeschäften, sondern auch bei durchaus gegenseitigen Verträgen. So hat das Bundesgericht in dem interessanten Entscheide vom 2. November 1912 in Sachen Läuly & Cie. c. Kesselbach & Cie. (AS Bd. 38 II S. 600 ff., Praxis Bd. 2 S. 38 ff.) unter Hinweis auf Art. 99 OR bei einer Krediterkundigung die Haftung für grob fahrlässig verschuldeten Schaden unter Rücksichtnahme auf das „geringe Entgelt“ (a. a. O. S. 607, bezw. S. 41) auf nicht ganz einen Drittel des eingetretenen Verlustes beschränkt (Fr. 2000.— statt Fr. 6140.—). Entsprechend wird, wenn das Interesse des Mittelmannes am Ersatz des Schadens des Dritten bloss ein entferntes ist, unter Umständen mit Rücksicht auf die verhältnismässig geringe Gegenleistung des Mittelmannes von einem Ersatzanspruch abzusehen sein; so z. B. wenn eine Auskunft, ohne dass dies zuvor gesagt wurde, für einen Dritten eingeholt wird, demgegenüber der Mittelmann weder rechtlich noch moralisch verpflichtet ist, auch wenn der Auskunftserteilung kein Vorbehalt beigefügt wird, demzufolge sie nur zum persönlichen Gebrauch bestimmt ist.

anspruch gegenüber dem Schuldner insbesondere in den folgenden Fällen zu:

1. Wenn es dem gegenüber dem Schuldner geäusserten Willen des Mittelmannes oder dessen mutmasslichen Intentionen entspricht.
  2. Wenn es sich auf Grund ausdrücklicher Erklärung oder nach Treu und Glauben aus einem zwischen dem geschädigten Dritten und dem Mittelmann abgeschlossenen Rechtsgeschäft ergibt.
  3. Wenn der Mittelmann, der selbst schadenersatzpflichtig ist, nicht erfüllen kann.
  4. Wenn der zwischen dem Mittelmann und dem Schuldner abgeschlossene Vertrag einen objektiv rechtswidrigen Eingriff in die Rechtssphäre des Dritten darstellt; bei Gutgläubigkeit des Mittelmannes jedoch nur, insoweit nicht berechtigte Interessen des Mittelmannes beeinträchtigt würden.
-