

**PROF. DR.
NECİP
KOCAYUSUFPAŞAOĞLU
İÇİN
ARMAĞAN**



seçkin
Ankara, 2004

20. Les héritiers légaux et les réservataires dans l'avant-projet du code civil turc, in: l'évolution récente du droit privé en Turquie et en Suisse, Recueil des travaux présentés aux journées turco-suisse 1985, Zürich, 1985, sah.93 vd.
21. Kat İrtifakında Kanuni Şufa Hakkı Kullanılabilir Mi? Reşat Kaynar'a Armağan, İstanbul 1985, sah.129 vd.
22. Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir Mi? (Fransız, Alman, İsviçre ve İsveç hukukları ile mukayeseli olarak), İstanbul, 1986.
23. Tenkis (indirim) Konusu Kazandırmalarda Mirasın Açılmasından Sonra Ekonomik İstikrarsızlık Sebebi ile Gerçekleşen Değer Değişiklikleri (MK m.454 ve 506 arasındaki ilişki), Yasa Hukuk Dergisi, c. III, s.8, 1986, sah. 1053 vd.
24. Rapport Général, in: Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (Journées turques); Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXXIX, Paris, 1988.
25. Tendances actuelles concernant la lésion dans les contrats, in: Tendances actuelles du Droit turc et du Droit français, Actes de la première semaine juridique Franco-Turque, 9-12 mai 1988, İstanbul-Paris, s. 69 vd.
26. Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısında Kanuni Mirasçılar, Mahfuz Hisseli Mirasçılar Ve Mahfuz Hisseli Mirasçıların Korunması, Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısının İncelenip Değerlendirilmesi VIII. Sempozyum, 22-23 kasım 1985, İstanbul, 1988, sah. 63 vd.
27. Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK md.33/II, 34/III ve 37 Karşısında BK. md. 36/II'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, sah. 207 vd.
28. La Situation juridique des transsexuels en droit privé turc, Festschrift für Deliyannis, Thessaloniki, 1991, sah. 255 vd.
29. "Genel Rapor", Ölüm Ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın Ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Ankara 1994, sah. 181 vd.
30. "Değişik Kısmi Hükümsüzlük" ve "Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük" Kavramları ile İlgili Düşünceler, Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul, 1996, sah. 25 vd.
31. İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felâket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, sah. 503 vd.

İçindekiler

Profesör Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu Hakkında Rona SEROZAN.....	7
Hocam Kocayusufpaşaoğlu Hüseyin HATEMİ.....	9
Hocam Kocayusufpaşaoğlu İçin Abdülkadir ARPACI	13
Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'nun Eserleri.....	15

YABANCI DİLDE YAZILAR

Eugen BUCHER DIE OBLIGATIONS-ENTSTEHUNGSGRÜNDE AUSSERHALB VON VERTRÄGEN UND DELIKTEN	25
Fatih BİLGİLİ RECHTSNATUR DER EINTRAGUNG DES NEUEN KAPITALS IN DAS HANDELSREGISTER IM TURKISCHEN AKTIEN - UND KAPITALMARKTRECHT .	53
Zafer ZEYİN DAS SCHMERZENSGELD OHNE GENUGTUUNGSFUNKTION	63

MEDENİ HUKUK

Abdülkadir ARPACI EŞYA HUKUKUMUZDA YENİ MEDENİ KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERDEN BAZILARINA KISA BİR BAKIŞ	89
Nami BARLAS YENİ TÜRK MEDENİ KANUNU HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE EŞLER ARASI HUKUKİ İŞLEM ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI.....	115

Eugen BUCHER Vedat BUZ MAĞDUR EDİLEN ALICI	145
Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK. m. 198), BK.202/II (Art. 205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları	145
Mustafa DURAL FEDERAL ALMANYA'NIN GESETZ ÜBER DIE EINGETRAGENE LEBENSPARTNERSCHAFT (TESCİL EDİLMİŞ HAYAT ORTAKLIKLARINA İLİŞKİN KANUN) TEMEL ALINARAK EŞCİNSELLERİN BİRLİKTE YAŞAMALARININ AÇIKLANMASINA İLİŞKİN BİR DENEME	179
Hüseyin HATEMİ MİRAS SÖZLEŞMELERİNDE GABİN SÖZ KONUSU OLABİLİR Mİ?	189
Rona SEROZAN SÖZLEŞME İLİŞKİSİNİN ÇÖZÜLMESİ: SÖZLEŞME GEREĞİNCE ELDE EDİLMİŞ EDİMİ GERİ VERME YÜKÜMÜ	195
Gülçin ELÇİN GRASSINGER BELİRSİZ SÜRELİ KEFALETTE KEFİLİN HAKLARI	209
Halûk Nami NOMER ÖZEL HUKUKA TÂBİ KİŞİLER İLE İDARENİN BİRLİKTE SORUMLULUĞU	237
Şükran ŞİPKA Pınar Özlem DEMİR İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN "EDİNİLMİŞ MALLARIN TASFİYESİ" NE İLİŞKİN BİR KARARININ İNCELENMESİ (BGE 118 II 27 – 31)	255
Şükran ŞİPKA Hasan Ali KAPLAN 4721 SAYILI TÜRK MEDENÎ KANUNU'NA GÖRE EŞLERİN ARTIK DEĞERE KATILMA VE PAYLAŞMA ORANI İLE İLGİLİ OLARAK YAPACAKLARI MAL REJİMİ SÖZLEŞMELERİNİN ALTSOY'A ETKİSİ	263
Halil AKKANAT KEFALETİN FER'İLİĞİ İLKESİ VE BANKA TİCARİ KREDİ SÖZLEŞMELERİ	275

Yeşim M. ATAMER GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETİMİNDE YENİ AÇILIMLAR	291
Baki İlkay ENGİN YENİ MEDENİ KANUN VE DERNEKLER KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN TÜRK DERNEKLER HUKUKUNA ETKİLERİ	333
Faruk ACAR MÜTESELSİL ALACAKLILIKTA GABİNİN ETKİSİ	379
Cem AKBIYIK YENİ MEDENİ KANUN'UN MİRAS SEBEBİYLE İSTİHKAK DAVASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ HAKKINDA DÜŞÜNCELER	405
Fulya ERLÜLE TÜKETİM MALLARININ SATIMI SÖZLEŞMESİ VE BU MALLARA İLİŞKİN OLARAK VERİLEN GARANTİLER HAKKINDA YÖNERGE	419
Mustafa ŞENTOP ÖNCEKİ HUKUKUMUZDA TEREKEYE YAPILACAK MUAMELE VE MİRASBIRAKANIN BORÇLARINDAN MİRASÇILARIN SORUMLULUĞU	435
Arzu GENÇ ARIDEMİR ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN "İLAVE İŞLER VE İLAVE BAĞIMSIZ BÖLÜMLER" SORUNU BAKIMINDAN HUKUKİ DURUM .	449
Başak BAYSAL KANUNLARIN ZAMAN AÇISINDAN YÜRÜRLÜĞÜ	475
Yasin KISA YENİ MK 940/II KURALI VE ETKİLERİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER	505
ÖZEL HUKUKUN DİĞER DALLARI	
H. Yavuz ALANGOYA "SENEDE KARŞI SENETLE İSPAT" KURALI VE "HAYATIN OLAĞAN AKIŞI" KAVRAMI	521

Erdoğan MOROĞLU	
3167 SAYILI ÇEK KANUNU'NDA 4814 SAYILI KANUN'LA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER.....	533
Ünal TEKİNALP	
BÖLÜNMENİN BUGÜNKÜ MADDÎ HUKUK CEPHESİ.....	547
Hüseyin ÜLGEN	
HAVA TAŞIYICISININ SORUMLULUKTAN KURTULMASI HAKKINDA	559
Fatih BİLGİLİ	
İNTERNET VE ANONİM ORTAKLIK GENEL KURUL TOPLANTISI	565
Murat KANDEMİR	
GREV HAKKI, NİTELİĞİ VE SOSYAL HAKLARLA İLGİSİ	589
Şaban KAYIHAN	
ANONİM ORTAKLIKLARDA GENEL KURUL VE İNTERNET	607
Zehra ŞEKER ÖĞÜZ	
SİCİLE KAYITLI OLMAYAN GEMİ MÜLKİYETİNİN İKTİSABI (Karar Tahlili)	635
Zehra Şeker ÖĞÜZ	
HAYAT SİGORTALARINDA SİGORTA PRİMİNİN ARTIRILMASI ESNASINDA YAPILAN YANLIŞ BİLDİRİMİ HUKUKİ SONUÇLARI	641
Fulya İçin GÖNENÇ	
ROMA'NIN "VATANDAŞLIK" POLİTİKASI	659
İdil ELVERİŞ	
İSTANBUL MİLLETLERARASI TAHKİM MERKEZİ VE TÜRKİYE HAKEM VE BİLİRKİŞİ ODALARI BİRLİĞİ KANUN TASARILARI HAKKINDA ELEŞTİRİLER ..	677

KAMU HUKUKU VE SİYASET BİLİMİ

Fazıl Hüsnü ERDEM	
TCK'NIN 312. MADDESİNDE GERÇEKLEŞTİRİLEN SON DEĞİŞİKLİK ÜZERİNE GENEL BİR DEĞERLENDİRME.....	691

Sabahattin NAL	
KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ENFORMASYON HAKKI	709
Rukiye AKKAYA	
ÇÖZÜLEN SOSYAL DEVLET VE KÜRESELLEŞME OLGUSU	735
Abdurrahman EREN	
HER KOŞULDA ÖLÜM CEZASINI YASAKLAYAN İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİNE EK 13 NO.LU PROTOKOL VE SÖZLEŞMEYE UYUM AÇISINDAN TÜRK İÇ HUKUKUNDA ÖLÜM CEZASI	743
EK	755
Zeynep Özlem ÜSKÜL	
ORTAÇAĞDA TEOLOGLARIN AKILLA BULUŞMASININ BİR ÖRNEĞİ: ST. THOMAS D'AQUIN	759

DIE OBLIGATIONS-ENTSTEHUNGSGRÜNDE AUSSERHALB VON VERTRÄGEN UND DELIKTEN

I. ZU BEGINN

Rechtsordnungen erschöpfen sich in der Statuierung von Rechten und Pflichten ihrer Unterworfenen. Ziel sind die Rechte, und Pflichten bloss deren Schattenwurf. Das uns hier beschäftigende Privatrecht ist die Summe von rechtlichen (normativen) Beziehungen zwischen privaten Rechtssubjekten. Dies ist offenkundig bei den Forderungsrechten (auch "obligatorische", "persönliche" oder "relative" Rechte genannt), die sich gegen bestimmte Schuldner richten. Aber das gleiche gilt dem Grundsatz nach auch bei den sog. "dinglichen" oder "absoluten" Rechten mit dem Hauptbeispiel des Sacheigentums, welches sich, normativ gesehen, in der Verleihung einer Befugnis des Ausschlusses vom Rechtsobjekt aller nichtberechtigten Dritten erschöpft¹. Die letztgenannte Gruppe von Rechten zu normieren ist hauptsächlich das Geschäft des sog. Sachenrechts, in der Moderne auch des Persönlichkeitsschutzes und des sich aus diesem entwickelt habenden Immaterialgüterrechts. Uns interessiert hier allein die andere Gruppe, die sogenannten relativen Rechte, welche das *Obligationenrecht* (in Deutschland *Schuldrecht*) ausmachen.

Privatrechtliche Auseinandersetzungen gehen um die Frage, ob einer der Beteiligten ein Recht zum Fordern eines bestimmten Verhaltens der Gegenpartei habe. Bei den relativen Rechten ist diese die Frage nach dem Bestehen einer *Obligation*. Dieser Begriff bezeichnet zwei entgegengesetzte, aber sich gegenseitig bedingende Grössen: Im ursprünglichen Sinn meint er Pflicht, kann aber auch das diese Pflicht auslösende Recht bedeuten. Jedenfalls meint "obligatorisch" gleichzeitig das Berechtigtheitsein des einen wie das Verpflichtetsein des anderen.

* Alpeneggstrasse 7 CH 3012 Bern.

¹ Die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen subjektiven Rechten (z.B. zwischen Eigentums- und Forderungsrechten) besteht darin, dass die letzteren sich notwendig gegen einen begrenzten Kreis von Normadressaten (Verpflichteten) richtet, während derjenige der absoluten Rechte begriffsnotwendig unbegrenzt ist, der normative Anspruch des Rechtsträgers aber auch nur negatorischen (abwehrenden) Gehalt haben kann. Vgl. dazu Eugen BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis; Tübingen 1965 [www.eugenbucher.ch] Nr.3].

Die Frage nach dem Bestehen eines Forderungsrechts ist die Frage nach dessen Zustandekommen. Doktrin wie auch die gesetzliche Regelung können sich nicht mit dem Einzelfall der Rechtsentstehung beschäftigen, sondern, da der Generalisierung verpflichtet, nur mit den verschiedenen Typen denkbarer rechtsbegründender Tatbestände. Seit Urzeiten ist denn auch der Versuch unternommen worden, die möglichen Gründe des Entstehens von Obligationen zu typisieren. Deren traditionelle, bis in die Antike zurückreichende Grobeinteilung ist auf die Begriffe *Vertrag* und *Delikt* ausgerichtet. Diese Einteilung ist es, welche das Verständnis des Obligationenrechts wie auch die Systematik aller heutigen Kodifikationen bestimmt. An ihr soll nicht gerüttelt, wohl aber gezeigt werden, dass die neben Vertrag und Delikt hinzutretenden Entstehungsgründe bedeutungsvoll sind und ihrerseits systematische Betrachtung verdienen.

II. DIE DOMINANZ VON VERTRAG UND DELIKT

Wenn sich zwei Begriffe gegenüberstehen, können sie logisch in einem *konträren* oder *kontradiktorischen* Gegensatz zu einander stehen: Der eine Begriff verneint den anderen, ohne damit weitere ausschliessen zu wollen, d.h. ist *konträr*, oder aber er ist umgekehrt *kontradiktorisch*, wenn er im Falle seiner Verneinung den anderen bejaht: Diesfalls bleibt nur die Wahl zwischen den beiden, ein Drittes gibt es nicht (*tertium non datur*). Bei der Gegenüberstellung von Vertrag und Delikt bleibt oft in der Schwebe, welchen Sinn die Gegenüberstellung haben soll. Auf weiten Strecken werden *Vertrag* und *Delikt* als kontradiktorische Gegensätze verstanden (man denke etwa an die Diskussion um die "Rechtsnatur" der *culpa in contrahendo*, die man entweder als vertraglich oder aber deliktisch qualifizieren zu müssen glaubt). Andererseits werden in den Kodifikationen regelmässig neben Vertrag und Delikt zwei weitere Entstehungsgründe (*condictio* und *negotiorum gestio*; ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag; CH/OR Art. 62-67; 419-424; BGB §§677-687; 812-822) anerkannt, die aber regelmässig als exzeptionelle Nebenfiguren präsentiert werden, welche den grundsätzlichen Gegensatz zwischen Vertrag und Delikt nicht in Frage stellen. Mehr oder weniger folgen alle modernen Privatrechtskodifikationen diesem Schema. Sie stimmen ausnahmslos und ohne Vorbehalt in der Grundsatzentscheidung überein, dass ausserhalb der grossen Gruppen Vertrag und Delikt und den Nebenpositionen *condictio* und *negotiorum gestio* keine weiteren Entstehungsgründe anerkannt werden: Die genannten Entstehungsgründe werden als geschlossenes System vorgestellt, und nirgends ist ein Generalvorbehalt zugunsten weiterer Entstehungsgründe zu finden.

Diese ubiquitäre Gesetzeslage hat sich allenthalben als unzulänglich erwiesen: Doktrin und Praxis (neuerdings ihnen folgend sogar einige Gesetzgebung) haben aus sachlogischen Zwängen weitere Obligations-Entstehungsgründe anerkannt. Vorab sind es jene, die aus sog. *culpa in contrahendo* entstehen. Zu diesem neuen extralegalen Entstehungsgrund sind in der Folge noch jener der sogenannten "*faktischen Vertragsverhältnisse*" und der aus *Vertrauenshaftung* hinzugetreten. Es gilt, Ueberblick zu gewinnen über die Gesamtheit der ausserhalb des genannten Legalsystems (Vertrag und Delikt, ergänzt durch *condictio* und *negotiorum gestio*) aufgekommenen und heute zur Diskussion stehenden Obligationsentstehungsgründe. Diese werden herkömmlich als Einzelphänomene betrachtet. Demgegenüber soll hier versucht werden, sie im Gesamtzusammenhang zu sehen und ihr gegenseitiges Verhältnis zu betrachten. Es wird sich zeigen, dass die *culpa in contrahendo* (hier auch kurz *c.i.c.*) zu einem Auffangbecken vieler der denk- und wünschbaren extralegalen Entstehungsgründe gewordenen ist, zahlreiche der dort eingeordneten Tatbeständen jedoch besser bei den beiden anderen Entstehungsgründen (vor allem der *Vertrauenshaftung*) eingeordnet würden.

III. VORGESCHICHTE

Der Begriffsgegensatz *Kontrakt - Delikt* geht auf das römische Recht zurück und wird erstmals herausgestellt in den Institutionen des GAIUS (2.Jh.): *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*². Die Institutionen IUSTINIANS des Jahres 533 lassen neben die Vertrags- und die Deliktsobligationen noch Obligationen *quasi ex contractu* und *quasi ex maleficio* hinzutreten (Inst. III,13,2), d.h. es werden die zusätzlichen, weder vertraglichen noch deliktischen Obligationen in zwei Gruppen aufgeteilt. Diese Benennung ist ambivalent; sie demonstriert gleichzeitiges Wirken entgegengesetzter Strebungen: Ausweitung der Entstehungsgründe und Verwerfen einer Beschränkung auf Vertrag und Delikt einerseits, andererseits der Zwang, die möglichen weiteren Entstehungsgründe doch wiederum in die Nähe entweder von Vertrag oder Delikt zu rücken, ohne sie diesen ganz zuordnen zu wollen. Aber festzuhalten bleibt, dass die Institutionen IUSTINIANS wie die anderen römischen Quellen und alle diese auswertenden Autoren das genannte

² "Jegliche Obligation hat nämlich ihren Ursprung in Vertrag oder auch Delikt"; GAIUS Inst. III, 88. NOTA: das *vel ... vel* des lateinischen Textes bedeutet nicht "entweder-oder" (das wäre *aut - aut*); GAIUS versteht hier die beiden Begriffe *nicht* kontradiktorisch, sondern *konträr*, d.h. weitere Möglichkeiten offen lassend. Dies belegt ein anderes von GAIUS überliefertes Zitat, das die Formel entscheidend ausweitet: *Obligatioes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quondam iure ex variis causarum figuris* (in *liber secundus aureorum*, Dig.44, 7, 1 pr.).

Begriffssystem als ein offenes betrachteten und immer bereit waren, innerhalb der Sammelpositionen der quasikontraktuellen und quasideliktischen neben den bereits vorhandenen gegebenenfalls künftig weitere zusätzliche Entstehungsgründen anzuerkennen.

Diese Sicht bestimmt die Diskussion bis ins 19. Jahrhundert hinein. Dies ist nicht im einzelnen zu untersuchen, wohl aber festzuhalten, dass sich das begriffliche Verständnis in all dieser Zeit nicht verändert hat: Die genannten Kategorien wurden als deskriptive *Topoi* verstanden, d.h. als beschreibende Aufzählung ohne Anspruch auf Vollständigkeit und niemals i.S. einer Regel, weitere, nicht genannte Entstehungsgründe auszuschliessen. Dies gilt auch noch für die Pandektistik des 19. Jahrhunderts.

Verändert wurde die Situation durch die *modernen Kodifikationen*. Der aufklärerische Zeitgeist fordert geschlossene Systeme, heisst hier eine abschliessende Aufzählung der privatrechtlichen Entstehungsgründe von Obligationen, was zu Simplifizierung nötigt. Die heutige Privatrechtsgesetzgebung kennt als generelle Entstehungsgründe von Obligationen allein Vertrag und Delikt, denen sie als Sonderfälle noch *condictio* und *negotiorum gestio* zur Seite stellen. Alle weiteren, von Jahrtausendealter Tradition überlieferten Entstehungsgründe der traditionellen Quasikontrakte und Quasidelikte wurden unter den Tisch gewischt. Erst recht fehlt ein Generalvorbehalt nach dem Muster der Formel *ex variarum causarum figuris* i.S. von GAIUS³.

IV. DIE FEHLENDEN, HEUTE NACHZUSCHIEBENDEN OBLIGATIONS-ENTSTEHUNGSGRÜNDE

1. Anerkennung von extralegalen Obligations-Entstehungsgründen

Die von den Gesetzgebern angebotenen Obligations-Entstehungsgründe erwiesen sich allenthalben als ungenügend. In Doktrin und der ihr folgenden Praxis fanden die drei bereits genannten weiteren Entstehungsgründe Anerkennung: *contra legem*, wie man eingestehen muss (die sog. *culpa in contrahendo*, die "faktischen Vertragsverhältnisse" und die sog. *Vertrauenshaftung*). Deren Aufkommen ist vorweg kurz vorzustellen.

Auch bei diesen drei ausserhalb des Legalsystems stehenden Typen wiederholt sich der im Altertum vordemonstrierte Mechanismus: Die Institutionen IUSTINIANS wollten die weder Vertrag noch Delikt darstellenden weiteren Entstehungsgründe doch wenigstens unter dem Vorbehalt des "quasi" Vertrag

³ Vgl. Fn.2.

oder Delikt zuordnen. Dieses Bedürfnis besteht genau gleich auch heute noch: Bei der Diskussion der c.i.c. konnten und können sich die Meisten zwar mit der Institution als solcher abfinden, aber seit über hundert Jahren wogt eine Diskussion darüber, ob die c.i.c. vertraglicher oder deliktischer Natur sei. Diese Frage macht keinen Sinn im Grundsätzlichen, da diese Figur für sich selber steht, ist jedoch berechtigt bezüglich von Anschlussfragen (Handlungsfähigkeits-Voraussetzungen, Gehilfenhaftung, Verjährung des Anspruchs usw.). Die Normierung der Modalitäten der entstehenden Obligationen muss nach üblichen Regeln der Rechtsfindung (vorab Gerechtigkeits- und Zweckmässigkeitsüberlegungen, Berücksichtigung der Rechtsüberlieferung und der Erfahrungen im Ausland) erfolgen. Eine Einheitsregelung für einen bestimmten Obligationstypus wäre gewiss wünschenswert, ist aber nicht zwangsläufig gefordert und würde Risiken überzogener Verallgemeinerung in sich schliessen; bewertende Würdigung des Einzelfalles darf nicht ausgeschlossen werden⁴.

2. Culpa in contrahendo

- a. Bei der ältesten Figur der extralegalen Zusatzentstehungsgründe, der *culpa in contrahendo*, muss zur Begründung nicht weit ausgeholt werden, da diese seit langem Akzeptanz geniesst und in diesem Sinne selbstverständlich geworden ist; in Deutschland ist sie seit kurzem sogar im Gesetz verankert. Die Vertrautheit dieser Figur entwickelt eine Sogwirkung, die zur unkritischen Zuordnung aller möglichen extralegalen Entstehungsgründe führt⁵. Vor allem werden Tatbestände, welche der Vertrauenshaftung oder den faktischen Vertragsverhältnissen zuzurechnen wären, als Fälle von c.i.c. präsentiert: Ein Vorgehen, das nicht nur argumentativen Aufwand erspart, sondern auch nicht Mut fordert. Wenn hier (in für den deutschen Juristen ungewohntem Ausmass) das Wort für die *Topoi faktische Vertragsverhältnisse* und *Vertrauenshaftung* gesprochen wird, bedeutet dies weniger eine Neuerung in der Sache als der Betrachtungsweise, d.h. der Qualifikation der Probleme und deren

⁴ Im Sinne einer ersten Annäherung lässt sich wohl feststellen, dass grundsätzlich die Beurteilung der Sekundärfragen bei der Vertrauenshaftung auf das Vertragsrecht, bei den "faktischen Vertragsverhältnissen" auf das Deliktsrecht auszurichten wäre. Bei c.i.c. bleibt vom Konzept her gesehen offen, ob die Ausrichtung auf das Vertragsschliessen (das *contrahere*) oder auf Verschulden (die *culpa*) Vorrang haben soll.

⁵ So kann denn Erich SCHANZE feststellen, dass bei der heutigen Anwendung der Rechtsfigur der c.i.c. "es kaum um eine kontinuierliche 'Durchsetzung eines Gedankens', sondern augenscheinlich eher um neue Inhalte bei Wahrung des alten Etiketts geht". So in *Culpa in contrahendo* bei Jhering, *Ius Commune*, hgg. von Helmut Coing, Frankfurt/M.1978 S.326 ff. (hier 355/6).

Lösung, denn die meisten der hier unter diesen anderen Etiketten postulierten Obligations-Entstehungsgründe werden auch in Deutschland anerkannt, jedoch als c.i.c.-Fälle klassiert. Zwar zählen die sachlichen Ergebnisse, und man könnte die Begründung (heisst hier Zuordnung zum einen oder anderen der drei in Diskussion stehenden Typen) als Frage der Sprachregelung, heisst als einen Streit um Worte verstehen. Das liegt anders: Die postulierte Ausgliederung von Fällen der c.i.c. und deren Zuordnung zu einem der beiden neueren Figuren stellt eine Differenzierung dar, welche eine direktere Problemerkennung ermöglicht und konzeptuellen Unschärfen und Widersprüchlichkeiten entgegenwirkt.

- b. *Vorläufer*: Bereits im *römischen Recht* ist der von JHERING c.i.c. genannte Grundsatz nachweisbar; hier seien nur die von diesem selber (S.9f. seines Aufsatzes) genannten erwähnt: Dig.18, 1, 62, 1: Wer unwissend sakrale Liegenschaften kauft und dieser Kauf daher ungültig ist, hat einen Anspruch gegen den Verkäufer, damit er erhalte, was ihm daran lag und er nicht getäuscht sei (gleicher Sachverhalt auch in Inst. 3, 23, 5, wo die Schadenersatzpflicht eines bösgläubigen Verkäufers festgehalten wird). Schliesslich noch erwähnt Dig. 11, 7, 8, 1 und Dig. 18, 4, 8.
- c. Im *Zeitalter der Kodifikationen* wird Haftung des Irrenden bereits im ALR (Allg. Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794) festgeschrieben⁶. In Frankreich hatte POTHIER (1699-1772) ähnliches gefordert⁷.
- d. Diese genannten Vorläufer, welche eine Haftung des Irrenden und allenfalls weiterer Verursacher sich als ungültig erweisender Verträge festschreiben, waren offenbar in Vergessenheit geraten; der zugrunde liegende Gedanke ist in der Doktrin erst unter dem Etikett der *culpa in contrahendo* wiederum aufgetaucht. "Erfinder" des Terminus ist RUDOLPH VON JHERING (1818-1892), der 1861 mit seinem Aufsatz⁸ einen damals offenbar vergessenen Gegenstand ins Blickfeld rückte. Im Zentrum steht der Tatbestand des *fahrlässigen Irrtums*: Dem Partner des Irrenden entsteht möglicherweise aus dem Dahinfallen (bzw. in damaliger Sicht: der Nichtigkeit infolge des

⁶ ALR I,4 § 79 (anschliessend an die Regel, dass irrtumsbehaftete Verträge "ohne alle Wirkung" seien): "Ist jedoch derselbe (sc.der Irrende) durch eigenes grobes oder mässiges Versehen in den Irrthum gerathen, und der Andere hat nicht gewusst, dass der Erklärende sich irre, so ist der Erklärende zum Ersatz des durch seine Schuld entstandenen Schadens verpflichtet". Vgl. aus dem ALR weiterhin noch I,5 §§ 284f.

⁷ POTHIER, *Traité des Obligations*, N.19 (1.Auflage erschienen 1761).

⁸ JHERING, "Culpa in contrahendo - oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", in (Jherings) *Jahrbücher für Dogmatik*, hgg.von Gerber, Band 4, Jena 1861, S.1-112.

irrtumsbedingten Dissenses) des von ihm geschlossenen Vertrages ein Schade, und JHERING fordert, dass der Irrende, der beim Vertragsschluss fahrlässig verfuhr, seinem Partner Schadenersatz leisten solle. Als haftungsbegründend wird das Vorgehen beim Abschluss des Vertrages betrachtet, was sich im Etikett *culpa in contrahendo* (d.h. Verschulden bzw. Fahrlässigkeit beim Vertragsschliessen) spiegelt. Das alles ist nicht grundsätzlich neu, findet aber sofort weiteste Beachtung. Indessen verläuft die Wirkungsgeschichte des Konzepts in verschiedenen Weltgegenden unterschiedlich:

- e. In den Vorarbeiten zum *schweizerischen Obligationenrecht* wurde der Gedanke der Irrtumshaftung sofort aufgenommen⁹. In Art.23 des aOR von 1883 finden wir dann folgenden Text: "Hat der Theil, welcher den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, seinen Irrthum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so wird er zum Schadenersatz verpflichtet, es sei denn, dass der andere Theil den Irrthum gekannt habe oder hätte kennen sollen"¹⁰. Als weitere Regeln des OR, welche die Anregung Jherings aufnehmen, können genannt werden OR Art. 31/III (Schadenersatzpflicht des Täuschenden oder Drohenden); OR Art. 36/II (Schadenersatzpflicht des Ausstellers einer Vollmachtsurkunde, wenn nach Vollmachten-Widerruf die nicht zurückgeforderte Urkunde zur vollmachtlosen Vertretung missbraucht wird); Art. 39/III (Ersatzpflicht des vollmachtlos handelnden Stellvertreters), und sodann CH/ZGB Art.411/II (Ersatzpflicht des urteilsfähigen Unmündigen, wenn dieser den Partner "zu der irrtümlichen Annahme seiner Handlungsfähigkeit verleitet").
- f. In der Gerichtspraxis *Deutschlands* hat sich die c.i.c., wo sie heute so liebevoll favorisiert wird, sehr viel später als in der Schweiz durchgesetzt. Als Beginn der judiziellen Anerkennung dieser Figur gilt der im Jahr 1911 (d.h. 50 Jahre nach JHERINGS Aufsatz) ergangene Linolteppich-Entscheid (RGZ 78, 239ff.). Das *deutsche BGB* von 1900 hatte trotz der Vorbilder des ALR und des CH/OR keine c.i.c.-Regel aufgenommen; erst die Schuldrechtsrevision des Jahres 2001 hat eine solche eingefügt: Der Grundsatz findet sich in §311 mit seiner Verweisung auf §241 Abs.2, und sodann die Statuierung der

⁹ Zur Entstehungsgeschichte des OR vgl. jetzt die "Handels- und obligationenrechtlichen Materialien" hgg. von Urs FASEL (Paul Haupt, Bern 2000). Der führende Kopf war Walther MUNZINGER (1830-1873), der bereits in seinem ersten Entwurf zu einem OR von 1869 in § 47 eine Ersatzpflicht des Irrenden vorsah (später in E.1871 Art.40; E.1875 Art. 38); vgl. FASEL S. 519, 560, 706). Dazu auch BUCHER, in *Zeitschr.f.Europ.Privatrecht (ZEuP)* 2003 S.353-374 [www.eugenbucher.ch] Nr.83].

¹⁰ In Art.26 des revidierten OR von 1911 wird der Schadenersatz dem Grundsatz nach auf das negative Interesse ("Dahinfallen des Vertrages") beschränkt, in Abs.2 aber ergänzt: "Wo es der Billigkeit entspricht, kann der Richter auf Ersatz weiteren Schadens erkennen."

Schadenersatzsanktion in § 280. Die Regelung ist dadurch gekennzeichnet, dass nicht bloss die im Falle von wie auch immer zu umschreibender *culpa* eintretende Ersatzpflicht angeordnet wird, vielmehr finden sich die Beziehungen zwischen den Parteien im Verlauf ihrer Vertragsverhandlungen selber zu einem eigenständigen "Schuldverhältnis" hochstilisiert, dessen nicht richtige Erfüllung eine *culpa in contrahendo* konstituiert¹¹. Wie man auch immer die Gestaltung der gesetzlichen Verankerung der c.i.c. im BGB des Jahres 2001 beurteilen mag, sie erfolgt im zeitlichen Abstand von 120 Jahren auf die kodifikatorische Verankerung der wichtigsten c.i.c.-Grundsätze im schweizerischen OR. Neuerungen lassen sich im kleinen Rechtsraum schneller durchsetzen als im grossen.

- g. In *Oesterreich* hat die Praxis noch länger als in Deutschland gezögert, das Konzept aufzunehmen; als der OGH im Jahre 1975 erstmals einen Schritt in dieser Richtung ging, wirkte dies als "Paukenschlag"¹². In *Frankreich* wurde entgegen dem sonst so einflussreichen POTHIER im Code Civil von 1804 keine entsprechende Regel aufgenommen und mit Ablehnungshaltung der von Jhering entwickelten Theorie begegnet. Immerhin scheint die Praxis in ausweitung Deutung der haftpflichtrechtlichen Elementarregeln des CC einen Teil der im deutschen Sprachbereich anerkannten Haftungsfälle der c.i.c. ebenfalls zu verwirklichen¹³.

3. "Faktische Vertragsverhältnisse"

Die Figur "*faktische Vertragsverhältnisse*" wurde 1941 in die Diskussion eingeführt von GÜNTER HAUPT¹⁴. Der fragwürdige Terminus meint:

¹¹ Es besteht demnach zwischen den verhandelnden Parteien vor ihrem Vertragsschluss bereits ein Schuldverhältnis, dessen Inhalt sich nicht abschliessend bestimmen oder positiv umschreiben lässt, sondern all das umfasst, was die Parteien tun und unterlassen müssen, wenn sie eine Haftung vermeiden wollen. Der Gesetzgeber erhebt das allgemeine Gebot "kommerziellen Wohlverhaltens" zu einem Schuldverhältnis *ex lege*. Dieses Konzept lässt sich selbst in Deutschland nicht mit dem bisherigen BGB-Verständnis des "Schuldverhältnisses" vereinbaren und steht in Widerspruch zu jahrtausendealter Dogmatik. Im romanischsprachigen Ausland ist, ganz im Gegensatz zu Deutschland, in der Obligationenrechtsdogmatik traditionelles Aktionendenken immer noch grundlegend, d.h. man orientiert sich an konkreten Rechtsfolgen, nicht normativen Prämissen; Verständnis für diese Neuerung wird ausserhalb Deutschlands nicht leicht zu finden sein.

¹² So Rudolf WELSER, in Liechtensteinische Juristenzeitung LJZ 1984 S. 101 ff., Die culpa in contrahendo im österreichischen Recht, mit einem Ueberblick über die seitherige Gerichtspraxis nach OGH vom 8.10.1975 (in SZ 48/102 und JBI 1976, 205).

¹³ Vgl. dazu Stephan LORENZ, Die culpa in contrahendo im französischen Recht, in Zeitschr.f.Europ.Privat Recht ZEuP 1994 S.219-243.

¹⁴ Günter HAUPT, Ueber faktische Vertragsverhältnisse (Antrittsvorlesung 1941 an der Universität Leipzig), publiziert in Festschrift für Heinrich Siber, Leipzig 1943, S.1-37.

Ausnahmsweises Entstehen von Obligationen, die üblicherweise vertraglich begründet werden, durch faktisches Verhalten des Verpflichteten. Daher muss der Flugzeuglenker, der auf einem Flugplatz landet, die Landegebühr bezahlen, obwohl keine Abmachung vorausging (dies das Paradebeispiel von HAUPT), ebenso der nachträglich entdeckte schwarz fliegende Passagier. Neben diese Sachverhalte des Bewirkens oder An-sich-Reissens einer Vertragsleistung spielt bei HAUPT weiterhin eine bedeutende Rolle der quasi-vertragliche Konsum allgemein angebotener Leistungen, bei denen aus dem simplen Grunde der Praktikabilität expliziter Vertragsschluss unterbleibt: Bahn- und Bussfahrten, der Bezug von Wasser oder Elektrizität aus der Leitung usw., wo der Leistende die tarifgemässe Entschädigung fordern kann, und dies auch dann noch, wenn vielleicht der Verpflichtete wegen fehlender Handlungsfähigkeit gar nicht kontrahieren konnte.

In der Doktrin des Handelsrechts kommen "faktischen Gesellschaften" vor, um den Fall zwar rechtlich nicht anerkannter, jedoch tatsächlich gelebter Gesellschaftsverhältnisse zu bezeichnen.

Das Konzept der "faktischen Vertragsverhältnisse" hat in der *deutschen Doktrin* eine sich im Kreise drehende (d.h. hilflos nach einer dem Vertragsrecht zu entnehmenden Rechtfertigung suchende) Diskussion ausgelöst: Trotz argumentativen Widerstandes hat es einige Anerkennung gefunden, die indessen neuerdings wieder ganz zurückgegangen ist. Die kürzliche Schuldrechtsreform hat zwar die *c.i.c.* einzuführen versucht, dagegen den faktischen Vertragsverhältnissen (wie auch der Vertrauenshaftung) keinerlei Kredit gegeben. Dies betrifft indessen nur das Konzept bzw. den Terminus als "dogmatische Figur"; in *Doktrin* und *Praxis* sind durchaus Anwendungsfälle "faktischer Verträge" oder "faktischer Gesellschaften" anzutreffen, die indessen begrifflich anders eingekleidet, d.h. auf bereicherungsrechtliche oder sonstige Argumente ausweichend begründet werden¹⁵.

Anders in der *Schweiz*: Lange Zeit wurde von der Auseinandersetzung kaum Notiz genommen¹⁶; 1984 hat das Bundesgericht in einem *leading case* sich zu diesem

¹⁵ Vgl. dazu BUCHER in ZEuP (Zeitschr.f.Europ.Privat Recht) 1996 S. 713-722 (Besprechung von Peter Lambrecht, Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen, Tübingen 1994 [www.eugenbucher.ch] Nr.65). LAMBRECHT identifiziert sich zwar mit dem genannten aktuellen deutschen Negativtrend, seine Schrift gibt aber interessante Hinweise auf historische Vorläufer im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert und die neuere ablehnende Praxis und Literatur zum BGB.

¹⁶ Der Schreibende dürfte in der Schweiz der erste gewesen sein, welcher dem Thema mehr als bloss beiläufige Erwähnung widmete (Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1.Aufl.1979, §17 S.245-255; jetzt 2.Aufl.1988 [www.eugenbucher.ch]).

Obligationsentstehungsgrund bekannt¹⁷; seither gehört die Figur der faktischen Vertragsverhältnisse zum festen Bestand der schweizerischen Praxis aller Instanzen. In der Literatur finden sich noch etwelche ablehnende Positionen.

4. Vertrauenshaftung

Nach zahlreichen Vorläufern wurde das Thema der "Haftung für geschaffenen Rechtsschein" oder kurz "Vertrauenshaftung" in der Theorie fest etabliert im Jahr 1971 durch die breit angelegte Schrift von C.W.CANARIS¹⁸. Dieses Konzept hat sich in Deutschland bisher nicht durchsetzen können und wird kaum zur Begründung von Gerichtsentscheidungen herangezogen. In der Schweiz gehört es dagegen seit einem Bundesgerichtsentscheid des Jahres 1994 (BGE 120 II 331 ff. i.S.Swissair) zur fest etablierten höchstrichterlichen Rechtsprechung und ist dem entsprechend auch Gegenstand (z.T. noch kontroverser) wissenschaftlichen Behandlung. Im genannten BGE wird der von dieser Figur zu erfassende Tatbestand klar sichtbar: Eine die Nutzung von Luxusresidenzen anbietende Tochtergesellschaft der heute nicht mehr existierenden Fluggesellschaft hatte in der Werbung mit Zustimmung der Mutter ihre Verbindung zu dieser so demonstrativ herausgestellt, dass das Publikum darauf vertrauen durfte, die Mutter würde gleichermassen kommerziell korrektes Verhalten der Tochter wie auch deren Solvenz gewährleisten; die gestützt auf dieses Vertrauen erbrachten, im Konkurs der Tochter verlorenen Leistungen waren daher von der Mutter zu ersetzen.

5. Das *receptum* des römischen Rechts

Anhangsweise sei auch noch der bereits genannte Obligationsentstehungsgrund des *receptum* (von lat. *recipere*, empfangen, übernehmen; vgl. engl. *receive*, franz. *réception*) genannt, das im römischen Recht zwar niemals eine zentrale Stellung einnahm, aber seinen festen Platz hatte und auch heute noch eine Funktion behält. Das *receptum* kann etwa als "formfreie 'Uebernahme' der Garantie für einen bestimmten Erfolg" umschrieben werden¹⁹, von dem in den Quellen die folgenden Anwendungsfälle erscheinen:

- *receptum nautarum* (oder auch: *exercitorum navium*), *cauponum et stabulariorum* betrifft die Rechtsstellung der Schiffskapitäne bzw. Schiffsreederei und

¹⁷ BGE 110 II 246; Annahme einer *situation contractuel de fait*: Im Falle eines nach OR Art.226a ff. formnichtigen, als "contrat leasing" bezeichneten Abzahlungskaufs forderte der Erwerber eines Autos nach viereinhalbjährigem Lauf des Vertrages mit Berufung auf dessen Nichtigkeit die geleisteten Zahlungen zurück. Das Gericht anerkennt eine verrechenbare Gegenforderung des Autoverkäufers auf Entgelt für die Nutzungsmöglichkeit.

¹⁸ C.W.CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.

¹⁹ So die Formel von KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht (17. Aufl. München 2003) § 46/III S. 296.

der Gast- und Stallwirte, welche unerachtet eines Vertragsschlusses die Pflicht zu heiler Rückerstattung der von den Gästen eingebrachten Sachen tragen;

- *receptum argentarii* ist die aus gegebenen Umständen (etwa einem ihm von Dritten erteilten Zahlungsauftrag, von dem der Begünstigte Kenntnis erhält) einem Bankier erwachsende Garantiehaftung, dass die fragliche Zahlung ausgerichtet werde;
- *receptum arbitri* heisst die Uebernahme eines Schiedsrichteramtes mit den damit verbundenen Pflichten; wobei diese Pflicht nicht durch Vertrag entsteht, vielmehr, bei gegebener Schiedsabrede der Parteien, durch dessen einseitige Erklärung gegenüber diesen.

Diese *recepta* können aus heutiger Sicht nicht den Verträgen zugeordnet werden, da auf pflichtschaffende Willenserklärungen verzichtet wird: Die Haftung des Wirts tritt ein, sobald seine Leute das Gepäck der Gäste zur Hand nehmen, der Bankier kommt in Pflicht, ohne dass er selber mit dem Begünstigten irgend eine Vereinbarung getroffen hätte.

Auch wenn die modernen Gesetzbücher die Figur des *receptum* nicht in ihr Begriffssystem aufgenommen haben, ist doch auf materieller Ebene der Einfluss der genannten Institutionen deutlich genug sichtbar:

- Die *nautae, caupones et stabularii* leben weiter in CH/OR (Art.487-491) wie dem deutschen BGB (§§ 701-704). So aber schon das ALR von 1794 (I-I,8,§§ 444ff.) und das österreichische ABGB von 1811 (§§970, 1316), und auch der französische Code Civil (Art. 1950-1954) steht nicht zurück; ihm folgen unzählige andere Kodifikationen.
- Das *receptum argentarii* ist wohl Hintergrund mancher moderner bankrechtlicher Regelung (etwa bei Anweisung; vgl. OR Art. 468 Abs.1).

V. BEGRÜNDUNG DER ANERKENNUNG "FAKTISCHER VERTRAGSVERHÄLTNISSE"²⁰

Ein "faktisches Vertragsverhältnis" stellt gewissermassen das spiegelbildliche Gegenstück zu der Vertrauenshaftung dar: Diese wird begründet durch ein (unausgesprochen bleibendes) Versprechen, dagegen ein "faktisches Vertragsverhältnis" angenommen im Falle eines unerlaubten Uebergreifens in die Rechtssphäre eines anderen. Versprechen, Zusichern und Schaffen von Vertrauen überhaupt ist immer erlaubt, der Eingriff in fremde Rechtssphäre immer

²⁰ Vgl. auch oben Zif. IV/3.

unzulässig, d.h. mindestens moralisch reprobirt, wenn nicht widerrechtlich. Die Nähe zum Vertrag der ersten Figur und zum Delikt der zweiten ist offenkundig, und das Ineinanderfließen der Grenzbereiche der beiden zwangsläufig.

1. Das Konzept von Haupt

- a. Die von GÜNTER HAUPT im Jahre 1941 inszenierte Wiedergeburt der von ihm "faktische Vertragsverhältnisse" genannten Figur stand von Beginn an argumentativ unter einem unglücklichen Stern. Schon die Namenswahl für das wiedergeborene Kind war missglückt: Vertragsverhältnisse sind nun einmal normative und nicht faktische Sachverhalte (da nicht leicht durch andere zu ersetzen, versucht der Schreibende keine Umbenennung, setzt aber den Terminus in Anführungszeichen oder verwendet in diesem Aufsatz die Abkürzung FVV). In der Sache selbst bestehen gegenüber den Thesen HAUPTS zwei grundsätzliche Einwendungen:
 - b. HAUPT's Argumentation krankt an einem inneren Widerspruch, der auch allen den bis auf den heutigen Tag weiterlaufenden Fehlinterpretationen des Instituts anhaftet. HAUPT bleibt der aus dem 19. Jahrhundert überlieferten, heute zu überwindenden Auffassung verhaftet, dass (abgesehen von Delikten, *condictio* und *negotiorum gestio*) jegliche Leistungspflicht einer vertraglichen Grundlage bedürfte und anders denn als aus Vertrag eine Obligation nicht zur Entstehung gelangen könne. So kann er (S.36) zusammenfassend sagen: "Die Untersuchung hat ergeben, dass der rechtsgeschäftliche Vertragsschluss, der das System unseres Vertragsrechts beherrscht, nicht als der einzige Entstehungstatbestand von Vertragsverhältnissen angesehen werden darf. Neben ihn treten vielmehr die faktische Begründung von Vertragsverhältnissen, denen diese Studie gewidmet war, und die hoheitliche Zuordnung der Partner." Er lehnt zwar die Exklusivität der rechtsgeschäftlichen Vertragsbegründung des BGB ab, hält aber an der Exklusivität des Vertrags als Obligationsentstehungsgrund fest, leitet daher aus Fakten einen Vertrag ab, nicht aber, wie es richtig wäre, die in Frage stehende Obligation selber.
 - c. HAUPT macht zum Bestandteil seiner Theorie der FVV die Benützung öffentlicher Transportmittel, den Bezug von Energie, Wasser u.dgl. aus der Leitung usw., oder, wie er es nennt, die Fälle "hoheitlicher Zuordnung der Partner" (S.36) bzw. des "diktierten Vertrages" (S.33). Dies ist sinnwidrig und hat keinen Zusammenhang mit den erstgenannten Sachverhalten. Im Bereich des Leistungsbezugs von Staatsbetrieben oder hoheitlich konzessionierten Unternehmen (gehe es um Transport, Wasser- und Energiebezug oder was

auch immer) befinden wir uns in einem Bereich des öffentlichen Rechts. Wenn den Parteien die Preise zwingend vorgegeben sind und die Modalitäten der Leistungserbringung unter Fahrplanpflicht, Belieferungspflichten usw. stehen, kann man überhaupt nicht mehr von Verträgen sprechen ("Anstaltsnutzung" o.dgl. öffentlichrechtliche Qualifikation wäre angemessen). Vor diesem Hintergrund sich dabei aufzuhalten, dass Vertragsschlüsse in traditionellem Sinn nicht vorkommen, Vertragsunfähige die beanspruchten Leistungen ebenfalls bezahlen sollen usw., ist abwegig. Parteiwille ist in derartigem Zusammenhang vorerst belanglos; Rekurs auf Obligationenrecht ist höchstens als ergänzendes Recht in Nebenfragen (Verjährung, Rückforderung überschüssender Belastung o.dgl) denkbar.

Diese beiden verfehlten Argumente haben auf weiten Strecken die Sachdiskussion belastet, dies allerdings ohne Not: Niemand war verpflichtet, sie aufzunehmen, jedermann aber gehalten, den verbleibenden guten Kern zu erkennen: Es ist dies der von HAUPT genannte Tatbestand des auf dem Privatflugplatz landenden Fliegers, des Schwarzfahrers, des Hausbesetzers²¹ und die übrigen sich diesen Beispielen anfügenden weiteren Sachverhalte.

- d. Ausgangspunkt der richtig verstandenen Regel des FVV ist der Tatbestand des vertragslosen und unerlaubten (wenn nicht gar widerrechtlichen) Erlangens einer Leistung, die üblicherweise vertraglich angeboten wird, welcher unter die Sanktion des Verfallens einer entsprechenden Gegenleistungspflicht gestellt wird. Dieses auf unerlaubte Erlangung einer rechtmässig bloss vertraglich zu erlangenden Leistung ausgerichtete argumentative Grundschemata, das unter Zif.4 begründet wird, bedarf der ausweitenden Präzisierung. Dem vertragslosen unzulässigen Ergreifen einer vertraglich angebotenen Leistung muss gleichgestellt werden der praktisch weitaus wichtigere Tatbestand der einverständlichen, aber vertragslosen Abwicklung eines Leistungsaustausch-Verhältnisses, das trotz fehlenden Vertrages für die Vergangenheit, d.h. mit Bezug auf die bereits erbrachten Leistungen, nach vertraglichen Grundsätzen liquidiert werden müssen²². Die folgende Kasuistik besteht vorab aus Anwendungsfällen aus diesem anderen Bereich.

²¹ In den genannten Fällen hilft weder Deliktsrecht (Schadensnachweis oft nicht möglich), noch Bereicherungsrecht (weder Entreicherung noch Bereicherung sind zwangsläufig gegeben bzw. nachweisbar).

²² Grundsätzlich sind die Regeln jenes Vertrages massgeblich, welchen die Parteien zwar verabredet haben, der aber nie rechtswirksam wurde bzw. nachträglich dahinfiel. Bei fehlendem Vertragsschluss muss gelten, was üblicherweise verabredet wird, sachlich angemessen ist.

2. Kasuistik

Neben die zugegebenermassen praktisch nicht sehr bedeutsamen Fällen der Flugzeug-Landengebühren, Schwarzfahrer und Hausbesetzer treten eine Reihe kommerziell bedeutsamer Sachverhalte²³:

- die sich *nachträglich als nichtig erweisenden Verträge, die für die Zeit des von den Parteien praktizierten Vertragsverhältnisses nicht ohne angemessene Vertragsfolgen gelassen werden können (so die Benützung eines mit formnichtigem Vertrag erworbenen Autos über mehr als vier Jahre; den leading case des Bundesgerichts; oben Fn.17). Aehnlich auch der wegen Geschäftsunfähigkeit des Arbeitnehmers oder aus anderen Gründen ungültige Arbeitsvertrag: Es ist keine Rechtfertigung zu erkennen, weshalb der Arbeitgeber für die Zeit geleisteter Arbeit nicht den üblichen Lohn bezahlen soll, dies unabhängig vom gegebenen oder fehlenden Wissen der Parteien um die Vertragsungültigkeit.*
- die *Annahme von faktischen Gesellschaften ist unvermeidlich, wenn ein Gesellschaftsverhältnis über einen Zeitraum praktiziert wurde, sich aber nach einer Weile als rechtlich nicht bestehend herausstellt und bei gegebener Akten- und Beweislage die Auseinandersetzung der Parteien hinsichtlich der von ihnen gemachten Aufwendungen nicht anders denn nach gesellschaftsrechtlichen Regeln erfolgen kann, dies gestützt auf den Ist-Zustand: die sog. Auflösung ex nunc (nicht ex tunc, d.h. nach extrakontraktuellen Regeln auf den Anfang zurückgerechnet).*
- *Erwerb von Unentbehrlichem durch Geschäftsunfähige: Im englischen Sprachbereich besteht die fest etablierte Regel²⁴, dass Geschäftsunfähige zwar keinerlei Vertragspflichten begründen können, trotzdem aber eine Gegenleistung erbringen müssen, wenn ihnen (durch eigenes Tun oder Tun Dritter) sog. necessities zugekommen sind, d.h. nützliche und notwendige Dinge allgemeinen Bedarfs²⁵. Nach irgend welchen eine fiktive Vertragsentstehung begründenden Argumenten wurde niemals gesucht. Eine Gegenleistungspflicht für empfangene "necessaries" i.S. des englischen Rechts wäre allenthalben, und auch im deutschen Sprachbereich, angemessen.*

²³ Weitere Hinweise bei BUCHER (Fn.15).

²⁴ England: Jetzt auch Sale of Goods Act, 1893 sec 2/II: "Provided that where necessities are sold and delivered to an infant, or minor, or to a personincompetent to contract, he must pay a reasonable price therefor." (in Gesetzesfassung 1979 sec.3). Vgl. im übrigen Vertragslehrbücher unter Stichwort necessities. -- Entschädigungspflichtigen der Schwarzfahrer, Hausbesetzer und anderer sich eigenmächtig Leistung Verschaffender werden wohl in England deliktsrechtlich begründet.

²⁵ Diese Gegenleistung muss nicht unbedingt dem ungültig Vereinbarten oder vom Leistenden geforderten Betrag entsprechen, wohl aber reasonable sein.

- *Postulat für die Zukunft: Wenn im Verlauf der Vertragsabwicklung das Verhalten der einen Partei den Gegner bei dessen Leistungserbringung zu Mehraufwendungen zwingt (so etwa durch Gläubigerverzug oder andere Gründe), liegt eine für die FVV typische Sachlage vor: Der zu Verpflichtende hat zwar keine Mehrleistung erlangt, wohl aber den Gegner zu Mehraufwendungen gezwungen, was im Ergebnis das selbe ist. Soweit die für Leistungserbringung notwendigen Aufwendungen nicht in die Preisberechnung einfließen, darf der Betroffene dafür keine Mehrvergütung fordern, was die Leistungsäquivalenz des Vertrages zerstört. Dieses inakzeptable Ergebnis kann durch die Annahme einer Obligation aus FVV bezüglich der erzwungenen Mehraufwendungen korrigiert werden. Bisher hat die Doktrin sich dieser Problematik nicht angenommen²⁶.*

3. Romanistische Tradition als Vorläufer

Die Geschichte lehrt, dass viele der mit der Formel der faktischen Vertragsverhältnisse zu erfassenden Probleme in Rom im Rahmen der *quasi ex contractu* entstehenden Obligationen erfasst wurden. An dieser Stelle muss auf die wegweisende Publikation von C.A.CANNATA hingewiesen werden: "Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen"²⁷. CANNATA illustriert, wie seit je vor allem unter der Sammelbezeichnung "*obligationes quasi ex contractu*" eine lange Reihe von Obligationsentstehungsgründen ausserhalb der Kategorien *contractus* oder *maleficium (delictum)* überliefert werden und dass vor allem das, was heute als "faktischen Vertragsverhältnisse" zur Diskussion steht, seit der Antike und in der ihr folgenden romanistischen Literatur eine festgefügte Tradition hinter sich hat. Davon wusste HAUPT nichts, aber auch die heutige wissenschaftliche Auseinandersetzung weigert sich, von der Vorgeschichte Kenntnis zu nehmen.

Die genannte Ueberlieferung setzt ein mit IUSTINIANS Digesten (Dit.44,7,5 pr.ss) und lässt sich über die Jahrhunderte weiter verfolgen, dies besonders deutlich etwa bei VINNIUS und insbesondere bei VOET²⁸, wo man lesen kann: *Quasi contractus sunt praesumptae conventiones, ex quibus mediante facto valida nascitur obligatio* (Zu den Quasikontrakten zählen auch die bloss präsumierten Vereinbarungen, in de-

²⁶ Dieses Postulat ist durch praktische Erfahrung des Schreibenden als Schiedsrichter veranlasst. Vgl. das Beispiel mit beträchtlichen auf dem Spiel stehenden Beträgen angedeutet bei BUCHER (Fn.15) S.721, Zif.8.

²⁷ Carlo Augusto CANNATA; in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* LIII, 1986 (Rom, Pontificae Universitas Lateranensis)

²⁸ Arnold VINNIUS (1588-1657), *Institutionen-Kommentar* Buch 3 Tit.28, 1.Abschnitt N.5 in *fin* (hier zit. Ausgabe Lyon 1709; S.648); Johannes VOET (1647-1713), *Commentarius ad Pandectas*, zu Dig.44,7 n.5 (zit. Ausgabe Den Haag 1731)

ren Rahmen mittels eines Tuns eine gültige Obligation zustande kommt). Dieser Autor nimmt sogar den Kern von HAUPTS Terminologie vorweg, ohne wie dieser in falsche Diktion zu verfallen (NOTA: Nach VOET entsteht aus Fakten nicht ein fiktiver Vertrag, sondern die Obligation selber!).

4. Begründung der Anerkennung "faktischer Vertragsverhältnisse"

Zur Rechtfertigung der Obligationsentstehung i.S. der hier als FVV deklarierten Tatbestände muss die Betrachtungsweise in zweifacher Hinsicht auf eine neue Grundlage gestellt werden:

a. Fakten begründen nicht Verträge, sondern Obligationen

Wir besinnen uns auf unseren Ausgangspunkt, der nach Obligationsentstehungsgründen ausserhalb der traditionellen Typen Vertrag und Delikt sucht. Die hier betrachteten Fakten (Schwarzfahren, vertragslos arbeiten oder ein Automobil benützen usw.) sind Tatbestände, die infolge ihrer besonderen Struktur unmittelbar eine Obligation entstehen lassen, aber mit Verträgen als Entstehungsgrund nichts zum tun haben: Die fraglichen Fakten schaffen Obligationen, die zwar (meist) auch durch Verträge hätten begründet werden können, nun aber eben durch Fakten zustande kommen: Solche Fakten schaffen nicht Verträge, sondern sind Verträgen als Obligationsentstehungsgründen gleichgestellt. Dies war die Sicht der Römer und der romanistischen Doktrin (Vgl. VOET, oben bei Fn.28).

Richtig gesehen sind die Argumentationslinien, welche aus "sozialtypischem Verhalten" oder wie auch immer einen Vertrag konstruieren wollen²⁹, nicht nur zu Erfolglosigkeit verdammt (Schwarzfahrer, Hausbesetzer oder sonstige Uebeltäter wollen nun einmal keinen Vertrag schliessen, und jeder Versuch, einen solchen herzuzaubern ist sinn- und aussichtslos), sondern es werden Positionen bekämpft, die zwar von HAUPT vertreten wurden, aber bei kritischer Sicht nicht im Ernst übernommen werden können: Richtig gesehen entstehen aus Fakten nicht (obligationsbegründende) Verträge, sondern unmittelbar die geforderten Obligationen selber.

Mit diesem Hinweisen ist allerdings bloss die den FVV entgegengestellte Negativargumentation als irrelevant aufgezeigt, nicht aber der Nachweis erbracht, dass die in Diskussion stehenden Verhaltensweisen wirklich die in Betracht fallenden Obligationen auslösen müssen. Das ist ein echtes Sachproblem, daher noch das Folgende.

²⁹ Vgl. etwa die Literaturhinweise bei KRAMER, Berner Komm. OR Art. 1 N. 21ff.

b. Apagogischer Beweis der Unausweichlichkeit der Anerkennung von FVV-Obligationen

Bei der Grosszahl der hier betrachteten Fälle von FVV wird verbreitete Zustimmung bestehen, dass das Entsehen einer Obligation nach Muster FVV wünschbar ist (Gegnerschaft folgt meist aus Ablehnung der angebotenen Rechtfertigungsmuster, gilt aber nicht der Sache selbst). Offenkundig ist auch, dass eine direkte Rechtfertigung (d.i. Nachweis der Notwendigkeit der Obligationsentstehung) nicht erbracht werden kann.

Die Argumentationslinie, welche m.E. im hier betrachteten Sachbereich eine zwingende Rechtfertigung der Anerkennung des Obligationsentstehungsgrundes aus Fakten liefert, geht den entgegengesetzten Weg, jenen *apagogischer Beweisführung*³⁰: Es wird nicht nach Rechtfertigung des Obligationsentstehungsgrundes nach dem Muster der FVV gesucht, vielmehr in entgegengesetzter Gedankenoperation die Unannehmbarkeit des Nichteintritts der fraglichen Obligationen festgestellt.

Es darf nicht rechtens sein, dass derjenige, der eine angebotene Leistung nach üblichen Vertragsmechanismen entgegennimmt (oder stillschweigend eine allgemein angebotene Leistung beansprucht), den geforderten Preis bezahlen muss, umgekehrt aber derjenige, der ohne Angebot der Gegenpartei, ja vielleicht gegen deren Willen und mit Eigenmacht (meist widerrechtlich) die gleiche Leistung an sich zieht (oder, wenn allgemein angeboten, die Leistung unter *protestatio* konsumiert), ohne Preiszahlungspflicht bleibt. Dass die rechtmässige vertragliche Erlangung einer Leistung zwar eine Gegenleistungspflicht auslöst, nicht aber die Erreichung des selben Resultates durch vertragslose und damit unerlaubte Eigenmacht, lässt sich durch nichts rechtfertigen. Es sind elementare Rechtsgrundsätze, die das Eintreten von korrektiven Obligationen fordert. Verweigerung solcher Obligationsfolgen würde bedeuten Rechtsverweigerung, d.i. *Institutionalisierung eines rechtsfreien Raumes*.

Das die Vertragswirkungen auslösenden Faktum ist nicht irgend eine in den Willen des Eingreifers zu projizierende fiktive Mentalregung. Massgeblich ist allein das Faktum, dass der Eingreifende die Leistung des Gegners (ein Flug, eine Wohnungsbenutzung oder was auch immer) ohne dessen Angebot oder auch bloss Zustimmung an sich zieht: Der Eingreifende schliesst zwar keinen Vertrag, aber er eignet sich eine rechtmässig nur mit Vertrag erhältliche Leistung an; im typischen Fall liegt das Erlangen einer Leistung durch Zwang oder List vor. Diese hätte bestenfalls mit korrektem Vertragsschluss erlangt

³⁰ *Apagogischer Beweis*: "indirekter Beweis durch Aufzeigen der Unrichtigkeit des Gegenteils" (WAHRIG, Deutsches Wörterbuch, 1997).

werden können, weshalb als Mindestsanktion des vertragslosen Beanspruchens einer Leistung die Obligation erscheint, die bei korrektem Vorgehen geschuldete Vertragsgegenleistung zu erbringen.

Diese Rechtsfolge tritt *ex lege* ein. Diese kraft objektiven Rechts eintretende Rechtsfolge soll nicht als Zustandekommen eines Vertrages gedeutet werden; es ist allein der Inhalt der Leistungspflicht, der sich nach dem hypothetischen, jedoch nicht tatsächlich oder auch bloss fiktiv geschlossenen Vertrag bestimmt (und auch dies nur dann, wenn die "faktisch" erlangte Leistung auch vertraglich hätte verabredet werden können, was keinesfalls immer zutrifft).

VI. BEGRÜNDUNG DER ANERKENNUNG DER VERTRAUENSHAFTUNG³¹

1. Haftungsgrundsatz

Das Vertrauen als recht- und pflichtschaffendes Element ist in der Rechtsordnung allgegenwärtig, Vertrauensschutz als Richtlinie selbst ausserhalb des Privatrechts wegweisend: Die Verbindlichkeit schuldrechtlicher Verträge hat seine Wurzel im Vertrauensschutz, der Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten, soweit geschützt, ist Vertrauensschutz, ebenso die Vertretungsmacht der Organe juristischer Personen und anderer nach handelsrechtlichen Grundsätzen handelnder Vertreter. Ziel der Theorie der Vertrauenshaftung ist es, Schädigungen als Folge enttäuschten Vertrauens mit Ersatzsanktionen zu belegen, wenn das sich nachträglich als grundlos erweisende Vertrauen einer bestimmten Person zuzurechnen ist.

Die doktrinelte wie judizielle Anerkennung der Vertrauenshaftung als rechtsgestaltendes Prinzip fehlt in Deutschland noch fast ganz; zur Begründung dahin gehörender und inhaltlich zutreffender Entscheidungen wird auf *culpa in contrahendo* zurückgegriffen. Dieses Argument verstösst offen gegen JHERINGS Konzeption der c.i.c. Eine Erklärung des bis in unsere Tage festzustellende Beharrens beim Nichtpassenden mag darin liegen, dass schon das Reichsgericht im Jahre 1911 (Linoleumteppich, RGZ 78, 239ff.) die erstmalige Anerkennung des Obligationsentstehungsgrundes der c.i.c. in einem Fall aussprach, welcher der Vertrauenshaftung zuzurechnen gewesen wäre, oder umgekehrt gesagt: Das RGZ hat, als es erstmals einen Fall von Vertrauenshaftung statuierte, diesen als c.i.c.-Tatbestand deklariert.

Aber darüber hinaus wird Angst vor noch nicht Anerkanntem oder aber Liebe zum Argumente sparenden Wiederholen von allgemein Akzeptiertem

³¹ Vgl. oben Zif. IV/3 und die Literaturhinweise in Fn. 18, 27 und 28.

mitspielen. -- Auch in der Schweiz hat der Weg zur Anerkennung der Vertrauenshaftung über die c.i.c. geführt: Wiederholt wurde dieses Argument angeführt zur Begründung von heute als Vertrauenshaftung deklarierten Entscheidungen, so etwa in BGE 101 II 69 (falsches Arbeitszeugnis). Der die Vertrauenshaftung einführende Entscheid BGE 120 II 331 vollzieht seinerseits ebenfalls diesen Weg: Die Urteilsbegründung stellt die erstmals statuierte Vertrauenshaftung dar als eine "Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung aus culpa in contrahendo" (E. 5, S. 335).

2. Gegensatz von Haftung aus "Individualvertrauen" und "Generalvertrauen"

Die weitere Betrachtung der Vertrauenshaftung soll auf die Kasuistik deren Anwendungsfälle ausgerichtet sein. Es muss die Typisierung von Tatbestandsgruppen versucht werden. Vorab aber eine grundsätzliche Unterscheidung der denkbaren Typen: Das im Schadensfall Ersatzpflicht auslösende Vertrauen kann entweder von der in Pflicht zu nehmenden Person selber geschaffen worden sein, in welchem Fall naturgemäss auch der Kreis der zu Unrecht Vertrauenden beschränkt sein wird (was wir hier *Individualvertrauen* nennen werden). Oder aber das Vertrauen besteht aufgrund gegebener äusserer Umstände und ist damit im grossen Publikum vorhanden, während der in Pflicht zu Nehmende allein infolge seiner besonderen Stellung aus gewerblichen oder sonstigen beruflichen Gründen für das vorbestehende Vertrauen Gewährleistung übernimmt (hier genannt *Generalvertrauen*). Zur Illustration vorweg die folgenden Beispiele:

- Individualvertrauen: *Eigenes vertrauensschaffendes und dadurch haftungsbegründendes Verhalten lag vor beim Entscheid BGE 120 II 331ff. (dazu schon oben Zif. IV/4).*
- Generalvertrauen: *Das Links- oder Rechtsfahren im Strassenverkehr ist heute allenthalben gesetzlich geregelt, beruhte aber vor Erlass dieser Gesetze auf lokalem Brauchtum und löste bei Verstoss im Schadensfall Ersatzsanktionen aus. Das war im weitesten Sinn Vertrauenshaftung. Genau gleich aber in Fällen nach dem Muster des Linoleumteppich-Entscheids von 1911 des Reichsgerichts (RGZ 78, 239ff.): Das verpflichtende Vertrauen besteht zum vornherein und ohne Zutun der Verpflichteten; es ist nicht die besondere Zutrauenswürdigkeit des betroffenen Händlers, welche die Erwartungen des Publikums auf Gefahrlosigkeit des Aufenthalts im Laden weckt³². Wir haben*

³² Verallgemeinernd dürfte gelten, dass Gewerbetreibende (neben Ladeninhabern auch Wirte, Veranstalter von Ausstellungen usw.), die das Publikum in ihre Räume bitten, einen Bereich eigener Verantwortung schaffen, in dem sie Gewährleistung für Abwesenheit spezifischer (d.h. in ihrem Betrieb wurzelnden) Gefahren tragen.

eine erweiterte Werkeigentümerhaftung vor uns: Durch den herabfallenden Ziegel gerät der Hauseigentümer in Haftung, auch wenn ihn keinerlei Verschulden trifft (dies aber nur so lange, als der Passant keine Anhaltspunkte drohender Gefahr hatte, d.h. auf die Sicherheit des Durchgangs vertrauen durfte). Gleiches muss auch bei Verletzung im Innern des Hauses gelten, wenn nach den Umständen der Verletzte das Vertrauen haben durfte, er bewege sich in gesichertem Raum. Es geht nicht um Sorgfaltshaftung, vielmehr ist geschuldet der Erfolg (Sicherheit).

3. Kasuistik der Haftung aus "Individualvertrauen"

a. Haftung aufgrund schriftlicher Erklärungen³³

Die wichtigste Gruppe von Sachverhalten, die richtigerweise der Vertrauenshaftung zugeordnet werden, betrifft die Haftung des Ausstellers von schriftlichen Erklärungen für deren Richtigkeit. Bei allen liegt das gleiche Grundproblem vor, und alle sind nach übereinstimmenden Kriterien zu beurteilen. Bei den meisten der im folgenden zu nennenden Anwendungsfällen besteht zwar eine respektable Reihe von doktrinellen Einzelproblembehandlungen (häufig mit Zuordnung zu c.i.c.) und von Gerichtsentscheidungen³⁴, während aber gesamthafte Betrachtung und selbständige dogmatische Begründung, die über einen Verweis auf c.i.c. hinausgeht, meist fehlt. Dies hindert nicht, dass die Ergebnisse meist vorbehaltlos zu billigen sind.

- a. *Arbeitszeugnisse*: Ein ungerechtfertigt günstiges Arbeitszeugnis, das schwere, sofortige Vertragsauflösung bewirkende Verfehlungen verschweigt und damit einen darauf vertrauenden neuen Arbeitgeber zu Schaden bringt, war zu beurteilen in BGB 101 II 69, wo zutreffend dem Zeugnisaussteller die Hälfte des entstandenen Schadens auferlegt wurden. Die rechtliche Begründung blieb ausweichend: Mit gutem Grund zwar "négligence" feststellend, aber die Widerrechtlichkeit der Zeugnisausstellung i.S. von Art.41 Abs.1 OR nicht erklärend. Eine solche könnte nur in der "Sittenwidrigkeit" i.S. von Abs.2 des Art.41 vorliegen. Dies ist denn auch der Weg, den der deutsche Bundesgerichtshof (BGH in NJW 74, 28)³⁵ beschreitet. Aber: CH/OR Art. 41 Abs.2, genau gleich wie sein Vorbild BGB

³³ Vgl. auch untern Zif..VII/2 lit.b

³⁴ Hier sei nur auf die in der neuesten Auflage des BGB-Kommentars von PALANDT verwiesen: zum Arbeitszeugnis THOMAS zu § 826 N.27; zu Gutachten HEINRICHS zu § 328 N.34; zu Patronatserklärungen SPRAU in Einführung vor § 765 N.21; zu Letter of Intent HEINRICHS in Einführung vor § 145 N.18.

³⁵ Nach THOMAS in Palandt (Fn.34), mit weiteren Hinweisen.

§826, setzen *Vorsatz* voraus, wobei dieser Vorsatz auf die Schadenszufügung gerichtet sein oder diese i.S. von *dolus eventualis* bewusst in Kauf nehmen muss, was in keinem der beiden Fälle in guten Treuen behauptet werden kann. Beide Urteile sind im Ergebnis zutreffend, aber die gewählte Begründung beider weder mit dem jeweils geltenden Gesetz noch mit traditioneller Dogmatik vereinbar³⁶. Das Argument der Vertrauenshaftung schafft die angemessene Rechtsgrundlage.

- b. *Gutachten*: Gutachten mit irgend welchen Feststellungen tatbeständlicher, rechtlicher oder kommerzieller Art sollen regelmässig die Grundlage für anstehende Entscheidungen schaffen und können daher, wenn unrichtig, Schaden verursachen. Der den Bestellern der Gutachten entstehende Schaden ist nach vertraglichen Grundsätzen zu behandeln; allenfalls betroffene Dritte können mangels Vertrags nur nach ausservertraglichen Regeln Ansprüche haben. Während die Entstehung der Fehlbeurteilung Verschuldensgesichtspunkten unterliegt, kann die Grundsatzfrage der allfälligen Ersatzberechtigung Dritter aus den für die Arbeitszeugnisse (oben lit.aa) genannten Gründen mangels Schädigungsvorsatzes kaum je deliktsrechtlich begründet werden. Die Doktrin der Vertrauenshaftung bietet den richtigen Ansatzpunkt: Haftung aus fahrlässiger Falschbegutachtung kann gegenüber Dritten in jenem Umfang erwogen werden, als der Gutachter mit einem Vertrauen Dritter auf sein Gutachten und deren schadensverursachendes Abstellen auf dieses rechnen musste. Dies fällt dann in Betracht, wenn er den Auftraggeber explizit oder konkludent ermächtigte, es gegenüber Dritten zu verwenden. Vertraulichkeit des Gutachtens, aber auch in diesem angebrachte Vorbehalte (bloss summarische Prüfung, Abstellen auf fremde Angaben o.dgl.), befreien den Gutachter. Dies selbst dann, wenn die Vorbehalte vom Besteller an Dritte nicht weitergegeben werden; das enttäuschte Vertrauen wurde diesfalls nicht von Gutachter geschaffen.
- c. *Patronatserklärungen*: Mit solchen wird vorab in Aussicht gestellt, für korrekte Vertragserfüllung oder die Solvenz verbundener Unternehmen sorgen zu wollen. Wenn Muttergesellschaften derartiges für Ihre Töchter erklären, sichern sie nur ein Verhalten zu, das von kommerzieller Wohlanständigkeit überhaupt gefordert wird und damit allgemeiner

³⁶ Interessant das unterschiedliche Vorgehen zur Herbeischaffung der fehlenden Haftungsgrundlage (gleichzeitiges Fehlen von Widerrechtlichkeit und Schädigungsvorsatz) durch die beiden Gerichte: In der Schweiz stillschweigendes Uebergehen des Problems, in Deutschland kurzerhand Unterstellung eines bei näherem Zusehen fehlenden Elements des Vorsatzes.

Erwartung entspricht. Da nicht Bürgschaft vorliegt, kann eine Patronatserklärung nicht in eine solche umgedeutet und der Patron nicht zum vollhaftenden Bürgen gemacht werden. In Sonderfällen mag eine (möglicherweise partielle) Ersatzpflicht nach Grundsätzen der Vertrauenshaftung erwogen werden, so etwa, wenn die Erklärung im Hinblick auf eine für den Erklärungsempfänger anstehende weittragende kommerzielle Entscheidung gefordert und abgegeben wurde, dem Patron dieser Hintergrund wie auch die schlechte Lage der von ihm "patronisierten" Gesellschaft bekannt war.

- d. *Letters of Intent*: Mit solchen gibt ein Unternehmer eine Erklärung hinsichtlich der von ihm in bestimmter Hinsicht geplanten Unternehmenspolitik ab. In der Literatur werden als Beispiel genannt Erklärungen zu Beginn von Vertragsverhandlungen über den eigenen Abschlusswillen. Praktisch gewiss bedeutsamer sind Erklärungen betreffend die eigene kommerzielle Ausrichtung (etwa in bestimmten Bereichen tätig sein zu wollen oder nicht) oder auch, für das kommerzielle Wohlergehen dieses oder jenes Unternehmens sich einsetzen zu wollen, in welchen Fall das für Patronatserklärungen Gesagte gilt.

b. Weitere schweizerische Judikatur

Bereits genannt wurde das haftungsbegründendes Verhalten der Fluggesellschaft Swissair (BGE 120 II 331ff.; dazu schon oben Zif. IV/4). Der gleiche Entscheidgehalt wiederholt sich in verschiedenen weiteren Bundesgerichtsentscheiden:

- BGE 121 III 350: *Sportverein, der einem Athleten die Teilnahme an einem Wettkampf zusichert, jedoch kurz vor dem Anlass dies widerruft: Ersatzpflicht für zwecklos gewordene Aufwendungen;*
- BGE 124 III 297: *Bestätigung des Grundsatzes gemäss BGE 129 III 331 (Swissair), wenn auch mit entgegengesetztem Ergebnis: Im Rahmen von sog. "Konzernvertrauen" bestand in diesem Fall kein Anlass zum Vertrauen, die Muttergesellschaft übernehme Gewährleistung für korrekte Vertragsausführung durch die Tochter;*
- Nicht publizierter BGE vom 7.1.1999 (in französischer Uebersetzung in *Semaine Judiciaire*, 2000 S.533-539), *welcher grundsätzliche Ausführungen zur Vertrauenshaftung macht. Dazu BUCHER, Was man aus einem Fall von "Putativ-Vertrauenshaftung" lernen kann, in recht 2001 S.65-81 [www.eugenbucher.ch> Nr.76].*

4. Kasuistik der Haftung aus "Generalvertrauen"

a. Haftung für Sicherheit in Publikumsräumen

Werden von Privaten aus kommerziellen Gründen dem Publikum Räume geöffnet, schafft dies gewisse Sicherheitserwartungen (dazu oben Zif.2 und unten Zif.VII/2 lit.a). *Leading case* ist der bereits genannte Linoleumteppich-Entscheid von 1911 des Reichsgerichts (RGZ 78, 239ff.). Ihm stellt sich zur Seite jener des schweizerischen Bundesgerichts das Jahres 1992 (BGE 118 II 36), der die Haftung eines Ladeninhabers auf das vor der Ladentür liegende Trottoir ausdehnt und (wenig überzeugend) eine Werkeigentümerhaftung auch für dieses annimmt: Zutreffend wäre die Prüfung nach den Regeln der Vertrauenshaftung, was wohl zu einer Klageabweisung geführt hätte, besteht doch im Publikum im allgemeinen nicht ein Vertrauen, ein Ladeninhaber betrachte es als seine Aufgabe, schon ausserhalb seiner Ladentüre gesicherte Verhältnisse zu schaffen.

b. Receptum

Die *recepta* des römischen Rechts sind bereits genannt worden (oben Zif. V/4): Die *recepta nautarum, cauponum et stabulariorum* leben als Haftung der Gast- und Stallwirte weiter in CH/OR (Art.487-491) wie auch im deutschen BGB (§§ 701-704). Von CH/OR und BGB werden diese Figuren als Vertragstypen, die Haftung als vertragliche präsentiert³⁷. Im Zusammenhang der Vertrauenshaftung darf angemerkt werden, dass der Verzicht Roms auf Vertragskonsens und das Abstellen allein auf die äusseren Gegebenheiten die Problematik der Haftung früher wenig zutrauenswürdiger Berufsgruppen besser erfasst als die heutige Gesetzeslage: Der *caupo* soll haften, sobald dessen Personal das Gepäck des Gastes zur Hand nimmt (um damit vielleicht zu verschwinden), und nicht erst dann, wenn der *caupo* Bücklinge machend dem Gast entgegentritt: Haftungsgrund ist nicht ein Vertrag, sondern das Betreiben einer Herberge, die man i.S. der römischen Juristen mit einem Minimum an Vertrauen soll betreten dürfen. Der Verzicht auf die Voraussetzung eines Vertragsschlusses war bei gegebenen Verhältnissen³⁸ eine sehr weise Einrichtung. Dabei waren die die Haftung begründenden Situationen (Betreiben der fraglichen Gewerbe bezogen

³⁷ So auch bereits das ALR von 1794 (II,8,§§ 444ff.) und das österreichische ABGB von 1811 (§§970 und 1316). Auch der französische Code Civil (Art. 1952-1954) steht nicht zurück; ihm folgen unzählige andere Kodifikationen.

³⁸ Abgesehen von der üblen Reputation der genannten Berufsgruppen und der Schwierigkeiten des Vertragsnachweises im Streitfall ist vor allem auch zu berücksichtigen, dass das Einbringen von Gepäck, Pferden oder Transportgütern zum Schiff vielfach Sklaven übertragen war, die nicht stellvertretend für ihren Herrn kontrahieren konnten.

auf entsprechende Lokalitäten oder Schiffe) nichts anderes als typisierte Tatbestände haftungsbegründenden Vertrauens.

Im Gegensatz zu den Genannten hat das *receptum arbitri* in den Privatrechtskodifikationen keinerlei Spuren hinterlassen. Zwar nahm die Doktrin der Schiedsgerichtsbarkeit im 19. und frühen 20. Jahrhundert bei der Umschreibung der Stellung des Schiedsrichters noch auf diese Figur Bezug, doch wurde dieses Institut je länger desto weniger verstanden, und in der Doktrin der letzten Jahrzehnte finden sich (wenigstens im deutschen Sprachbereich) kaum noch Bezugnahmen auf dasselbe. Dies konnte nicht ohne Schaden abgehen. Bei nicht institutionell geregelten, vielmehr durch Parteivereinbarung *ad hoc* installierten Schiedsverfahren fällt ein Vertrag zwischen Schiedsrichter einerseits, den beiden Prozessparteien andererseits höchstens mit Bezug auf die Honorierung in Betracht, nicht dagegen als Grundlage der Deontologie des Schiedsrichters: Dessen Pflichten werden durch das Verfahrensrecht, oder bereits durch die berechtigten Erwartungen der Parteien umrissen. Wenn man auf Vertrag abstellt und gar glaubt, diesen als Auftrag qualifizieren zu sollen, ist alles verkehrt: Nicht nur kann nicht jeder der Parteien das mandatsrechtliche Weisungsrecht hinsichtlich der Mandatsausübung (der Führung des Verfahrens) zustehen, vielmehr hat auch das Recht beider Vertragsparteien des Rücktritts bzw. Widerrufs des Mandats, wie im klassischen römischen Recht wie auch dem heutigen Recht verwirklicht (franz.CC Art. 2003; CH/OR Art.404; BGB §671) hier keinen Platz. Nur der Rückgriff auf das altherwürdige Modell des *receptum* hilft weiter, das die Pflichten des Schiedsrichters aus der blossen Amtsübernahme folgen lässt. Bezüglich der Pflicht des Schiedsrichters zur Durchführung seiner Aufgabe bis zum Schluss (sc. dem Erlass des Schiedsspruchs) sind die römischen Quellen ganz eindeutig³⁹. Daher sollte die Doktrin zum Schiedsverfahrensrecht (wie auch eine allenfalls zu erlassende Gesetzgebung) sich an dieser altherwürdigen Figur orientieren, welche auch dem Umstand Rechnung trägt, dass die Schiedsgerichtsbarkeit gleichzeitig Elemente des öffentlichen wie des privaten Rechts aufweist. In einer praktisch bedeutsamen Frage des Rechts der modernen Handelsschiedsgerichtsbarkeit fordert richtiges Verständnis den Rückgriff auf römische Denkmuster, die ihrerseits Sonderfälle von Vertrauenshaftung repräsentieren⁴⁰.

³⁹ Vgl. dazu Dig. 4,8,3 (*de receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*).

⁴⁰ Die hier vorgetragenen Überlegungen zum *receptum arbitri* waren veranlasst durch eine auf traditionellem Weg (Mandatsverhältnis zwischen Schiedsrichter und Prozessparteien) argumentierende Publikation in ASA-Bulletin (ASA Swiss Arbitration Association) Vol.20 (2002) S.5-25, die eine gleichenorts veröffentlichte Entgegnung des Schreibenden veranlasste (ASA-Bulletin 2002, S.413-426; <www.eugenbucher.ch>, Nr.81).

VII. CULPA IN CONTRAHENDO UND DIE AUS DIESER FALLGRUPPE AUSZULAGERNDEN TATBESTÄNDE

1. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt JHERINGS war der Sachverhalt eines im Nachhinein sich als ungültig (nichtig) erweisenden Vertrages, und Hauptanliegen seines Aufsatzes die Ersatzpflicht jenes Partners, der dessen Unwirksamkeit zu vertreten hat.

Das heutige Verständnis der *culpa in contrahendo* ist weit über die Konzeption Jherings hinausgewachsen und hat mit dessen Grundgedanken nur noch wenig gemein: Der Topos "c.i.c." nimmt vor allem in Deutschland neben dem ursprünglichen Anliegen alle möglichen weiteren extralegalen Obligationensentstehungsgründe auf: Die heutige Akzeptanz dieser Figur ist Anlass, in diesem Rahmen alles mögliche unterzubringen (dazu oben Zif.IV/2 lit.a). Zum Abschluss vorliegender Betrachtungen der extralegalen Obligationensentstehungsgründe sei zusammenfassend illustriert, in welchem Umfang die heutige deutsche Doktrin der c.i.c. Sachverhalte unterordnet, die bei der Vertrauenshaftung besser untergebracht wären, dies anscheinend deshalb, weil die c.i.c. als erster der doktrinell geschaffenen extralegalen Obligationensentstehungsgründe anerkannt wurde.

2. Kasuistik

a. Haftung für Sicherheit in Publikumsräumen

In Deutschland *leading case* nicht bloss für die Anerkennung von c.i.c., sondern gleichzeitig auch für deren dortige Falscheinordnung dieses Tatbestandes von Vertrauenshaftung ist der *Linoleumteppich*-Entscheid (RGZ 89, 239ff., sowie ein gleichliegender Sachverhalt in BGE 118 II 36 (dazu oben VI/4 lit.a): Wie bereits gezeigt lässt sich die Haftung des Geschäftsinhabers für den Schaden, den eine umstürzende Linoleum-Rolle einer Kaufinteressentin zufügt, weder an die Haftungsvoraussetzung des *contrahendo* knüpfen, noch ist die Voraussetzung einer *culpa* sachgerecht. Das für den Teppichverkäufer Geltende muss nicht nur im Zusammenhang von Verkäufen oder sonstigen Vertragsschlüssen, sondern immer dann Platz greifen, wenn das Publikum von Gewerbetreibenden zum Betreten bestimmter Räume eingeladen wird; auf das Bestehen von Kontrahierungsmöglichkeiten oder Vertragsschlusswillen der Besucher darf nichts ankommen. Ausschlaggebend kann allein das *Vertrauen* des Besuchers sein, und entscheidend ist, ob die Kommenden nach allen vom Veranstalter geschaffenen Umständen die Erwartung haben dürfen, sie würden einen Raum betreten, der frei ist von Gefahren, welche dem Veranstalter zuzurechnen sind.

Auf *culpa* des Veranstalters darf nicht abgestellt werden, wie auch die verbreitete Annahme von "Schutzpflichten" nicht zutrifft, da deren Wahrnehmung bei im übrigen gegebenen Haftungsvoraussetzungen Haftung nicht ausschliessen soll: Sachgerecht ist allein eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung. Das bedeutet nicht Haftung für sämtliche Risiken, wohl aber für jene, die im Bereich des Veranstalters ihre Ursache haben, und von der Haftung sind ausgeschlossen die Untaten von einfallenden Räufern oder Terroristen. Allein die Zuordnung zur *Fallgruppe der Vertrauenshaftung* ist angemessen, während die Gesichtspunkte "Kontrahieren" und "Verschulden" keinen Platz haben⁴¹.

b. Haftung aus unzutreffenden schriftlichen Äusserungen

Hier sei bloss auf die Ausführungen oben Zif. VI/3 lit.a verwiesen, wo die Haftung aus Arbeitszeugnissen, Gutachten usw. als klassische Anwendungsfälle der Vertrauenshaftung vorgestellt wurden, während sie traditionell der c.i.c.-Haftung zugeordnet werden. Diese Bequemlichkeitszuordnung zur c.i.c. als eines anerkannten und keiner Rechtfertigung bedürftigen Haftungsgrundes ist konzeptionell verfehlt, da zwischen den Parteien weder Verträge geschlossen noch auch bloss Verhandlungen geführt wurden. Das Element, das ausnahmsweise eine ausservertragliche Haftung begründet, kann allein in der Vertrauenserweckung seitens des Erklärenden erblickt werden, und allein unter diesem Gesichtspunkt ist die Haftung fallweise und unter Berücksichtigung der vertrauensschaffenden und vertrauensausschliessenden Faktoren zu beurteilen:

- die inhaltliche Unrichtigkeit eines zu vorteilhaften Arbeitszeugnis ist Haftungsvoraussetzung. Massgebliches Kriterium bei der Bestimmung des Umfangs der Haftung ist jedoch das Ausmass des Vertrauens, dass im Leser durch die Stilisierung des Textes erzeugt wurde.
- *Die Haftung des Verfassers eines Gutachtens gegenüber Dritten hängt davon ab, in welchem Umfang diese auf den Text vertrauen durften, soweit überhaupt dieses Vertrauen vom Gutachter verursacht wurde und daher von ihm zu vertreten ist.*
- *Die Frage, ob Patronatserklärungen oder letters of intent eine Haftung begründen können, wird etwa nach c.i.c. Gesichtspunkten erwogen, obwohl keinerlei Verträge oder Vertragsverhandlungen bestanden; auch hier ist das Ausmass des geschaffenen Vertrauens das allein entscheidende Kriterium, das ausgewertet werden kann.*

⁴¹ Der Sachverhalt des RGZ-Entscheids des Jahres 1911 ist keineswegs einmalig; weitere ähnlich gelagerte genannt z.B. von HEINRICHS in Palandt, Komm.BGB zu § 311, N.33.

c. Pflichten bei Vertragsverhandlungen

Vertragsverhandlungen oder bereits deren Anbahnung schaffen nach heute vorherrschender Auffassung bestimmte "Treuepflichten"; ein Partner soll nicht den anderen zu einem aufwendigen Verhandlungsverfahren veranlassen, wenn er selber keinen Abschlusswillen besitzt, er soll dem Gegenüber gewisse Informationen geben, vor allem aber keine irreführenden Mitteilungen machen usw. Als Sanktion fällt in Betracht Schadenersatz, darüber hinaus wird sogar ein Anspruch auf Aenderung des geschlossenen Vertrages als Unrechtsfolge erwogen⁴².

Derartige potentielle Haftungstatbestände werden in Deutschland heute regelmässig der c.i.c. zugeordnet. Die oben genannten Vorbehalte haben hier insofern weniger Gewicht, als wenigstens ein Bezug zum Kontrahieren besteht und Verschuldensgesichtspunkte nicht zum vornherein ausgeschlossen sind. Immerhin ist festzuhalten, dass JHERING seiner Kreation nicht diese Tragweite zugedacht hat, setzt er doch einen Vertragsschluss voraus, der in den genannten Fällen niemals gegeben ist. Vor allem aber ist anzumerken, dass die Beurteilung des einzelnen Falles und das Erkennen der Grenze zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem auch hier auf Vertrauensgesichtspunkte auszurichten ist. Die verhandelnden Parteien sind zu Beginn weder zum Offenlegen ihrer Interna noch überhaupt zur Wahrheit verpflichtet, da sie sich ohne Vertrauen gegenüberstehen. Aufklärungs- und Wahrheitspflichten beginnen erst, wenn von der einen oder anderen Partei explizite Zusicherungen und Versprechen zum Verfahren gemacht werden und deshalb an Stelle gegenseitigen Misstrauens ein Vertrauensverhältnis treten soll. Derartige Zusicherungen sind ihrerseits nur so weit wirksam, als sie Vertrauen zu begründen vermögen.

⁴² Die Herstellung eines fehlerhafterweise nicht geschlossenen Vertrages ist ein eigenes Thema. Vgl. dazu etwa BGE 90 II 453: Eine Versicherungsgesellschaft fertigt fahrlässig eine Police aus über die Versicherung eines anderen als das zu versichernden Fahrzeuges. Im Schadensfall spricht das Gericht eine (wegen Mitverschuldens des Versicherungsnehmers um einen Drittel reduzierte) Leistung zu, dies gestützt auf c.i.c. (während die Annahme der Wirksamkeit des seitens des Versicherers versehentlich nicht geschlossenen Vertrages dem Schreibenden angemessener schiene).