

Culpa in contrahendo im «Dornröschenschlaf»?

Zu der vorvertraglichen Haftung beim zustande gekommenen Vertrag

Prof. Dr. Iole Fagnoli, Professorin an der Universität Bern und an der Università degli Studi di Milano (Bern)*

I. Einleitung

Aufgrund der römischen Quellen entdeckte *Rudolf von Jhering* die culpa in contrahendo¹, führte sie in das neuzeitliche kontinentaleuropäische Privatrechtsdenken ein und entwickelte sie zu einem allgemein anerkannten Prinzip². Ein Schadenersatzanspruch soll schon im Vorfeld eines Vertragschlusses entstehen können: Wer eine vorvertragliche Pflicht verletzt, soll unter Umständen haften, auch wenn später der Vertrag nicht zustande kommt oder nichtig wird. Zu ersetzen ist diesfalls nicht das Erfüllungsinteresse, sondern der Schaden, den eine Partei deshalb erlitten hat, weil sie auf das Zustandekommen oder die Wirksamkeit des Vertrages vertraut hatte und in ihrem Vertrauen enttäuscht wurde.

Das Echo auf die «jheringsche» Theorie war bereits unter dessen Zeitgenossen gross. Einerseits erhob sich die Kritik, dass die römischen Juristen eine solche Haftung nie gekannt hätten³. Andererseits gab es aber auch Stimmen, welche die Theorie unterstützten⁴. Von *Franz Leonhard* wurde der Begriff der culpa in contrahendo in eine andere Richtung entwickelt: Eine Haftung sei dann zu erwägen, wenn der Vertrag anders als beabsichtigt zustande komme⁵. Der Kontrahent sei seinem Vertragspartner nicht erst nach, sondern schon vor und bei Abschluss des Vertrages zur Sorgfalt verpflichtet⁶. Eine Haftung bestehe,

wenn falsche oder unzureichende Angaben über den Vertragsgegenstand oder den Vertragsinhalt erfolgen, denn damit würden beim Vertragspartner Leistungserwartungen geweckt, die später durch den Vertragsinhalt nicht gedeckt sind.

Die culpa in contrahendo hat als generelle Haftungsnorm in der Schweiz wörtlich keinen Eingang ins Gesetz gefunden⁷, obwohl Rechtsprechung und Lehre einstimmig deren Schadenersatzfolgen anerkennen⁸. Es wird davon ausgegangen, dass die Haftung für culpa in contrahendo unabhängig davon greife, ob ein Vertrag nicht zustande gekommen oder gültig sei. Damit wird zwar grundsätzlich anerkannt, dass eine vorvertragliche Haftung auch bei einem gültigen Vertrag zum Zuge kommen kann⁹. Die «leonhardische» Frage der Anwendung der culpa in contrahendo bei Abschluss eines gültig zustande gekommenen Vertrages wird jedoch nur am Rande diskutiert¹⁰. In der folgenden Abhandlung sollen deshalb die hierzu in der Lehre und Rechtsprechung spärlich geäußerten Ansichten zusammengetragen und gewürdigt werden.

II. Die relative Absorptionstheorie

Ist ein Vertrag wirksam zustande gekommen, steht es einer Partei in der Regel offen, gegen ihren Vertragspartner aus einer vertraglichen Pflichtverletzung vorzugehen. Anerkennt man nun, dass die Parteien schon vor dem Vertragsschluss zur Sorgfalt verpflichtet sind, stellt sich die Frage nach der Konkurrenz von Ansprüchen aus culpa in contrahendo und aus Vertrag. Mit anderen Worten geht es um die Frage nach der Haftungsgrundlage im Fall, in welchem ein

fehlerhaftes Verhalten noch vor Vertragsschluss erfolgt, der Vertrag aber gültig zustande kommt und bestehen bleibt.

Bereits im Jahre 1922 weist *Andreas von Tuhr* für das schweizerische Recht darauf hin, dass das Verschulden bei Vertragsschluss um den wissentlichen Verkauf einer mangelhaften Sache im Grunde genommen nicht eine Vertragsverletzung, sondern ein Delikt darstelle¹¹. Dennoch sei die culpa in contrahendo vielfach nach Vertragsrecht zu beurteilen, indem solche Fälle in die Vertragsklage einbezogen würden¹². Ebenso geht später *Peter Jäggi* davon aus, das Verhandlungsverhältnis gehe gewöhnlich in das Vertragsverhältnis über, welches durch den Abschluss des Vertrages begründet wird¹³. Gleichzeitig zeigt *Jäggi* eine Beschränkung dieses Grundsatzes auf: Unter Umständen hebt sich das Verhandlungsverhältnis vom abgeschlossenen Vertrag deutlich ab, sodass beispielsweise nach vorvertraglichen Grundsätzen hafte, wer während der Vertragsverhandlungen Muster des Verkäufers verdorben habe¹⁴.

Auf den Grundsatz, wonach das Verhandlungsverhältnis im Vertragsverhältnis aufgehe, nimmt *Theo Guhl* im Jahre 1933 zwar keinen Bezug¹⁵. Später präzisiert er aber wie *Jäggi*, dass bei der Verletzung von vorvertraglichen Pflichten Schadenersatzansprüche entstehen und selbständig geltend gemacht werden können¹⁶.

Auf die Annahme von *Jäggi* kommt *Jean Anex* zurück, der ausdrücklich von Absorption spricht¹⁷: Die vorvertraglichen Ansprüche träten hinter die vertraglichen zurück, wenn ein rechtswirksamer Vertragsschluss vorliege¹⁸. Jedoch anerkennt auch *Anex* im gleichen Zuge gewisse Ausnahmen und spricht daher mit Verweis auf *Jäggi* von einer «*théorie de l'ab-*

*sorption relative, comme règle générale, tout en reconnaissant que certains cas y échappent.*¹⁹» Als Beispiel für eine Ausnahme von einer solchen Absorption nennt *Anex*, analog zu *Jäggi*, den Fall der Haftung des Käufers, welcher während der Vertragsverhandlungen Muster des Verkäufers beschädigt oder verloren hat; denn hierbei sei nicht ersichtlich, wie dieser den kaufrechtlichen Normen unterworfen werden könne²⁰.

Allgemeiner fragt *Karl Spiro*, der sich nur mittelbar mit der Konkurrenz- bzw. Absorptionsproblematik beschäftigt, ob der Schuldner für das Ausbleiben der Erfüllung oder für Mängel bei der Erfüllung in jedem Falle und stets ungeachtet dessen hafte, ob sein Verschulden der Begründung der Verpflichtung nachfolgt oder ihr vorausgegangen ist²¹. Damit werden vorvertragliche und vertragliche Pflichtverletzungen im Grunde genommen gleichgesetzt, womit die vorvertragliche Pflichtverletzung verschwindet und gänzlich durch eine vertragliche ersetzt wird. Zu einem späteren Zeitpunkt kommt *Spiro* auf die Problematik zurück und erklärt, dass «*beide Haftungen [...] selbständig und unabhängig voneinander [bestehen]*»²², wobei er in erster Linie von einer Konkurrenz von vorvertraglichen und deliktischen Ansprüchen ausgeht²³. In Bezug auf eine Konkurrenz zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Ansprüchen erachtet *Spiro* den Begriff «Absorption» sodann als nicht klärend und daher unnötig, zumal eine Absorption höchstens für den Vertragspartner, nicht aber für den Gehilfen angenommen werden könne²⁴.

Kritisiert wird die relative Absorptionstheorie ausdrücklich von *Paul Piotet*²⁵. Gemäss seiner Auffassung soll dem Verletzten grundsätzlich im-

mer dann ein Wahlrecht zwischen zwei Anspruchsgrundlagen zustehen, wenn eine vorvertragliche Handlung einmal eine vorvertragliche, einmal eine vertragliche Pflicht verletzt²⁶. Als Legitimation zieht er den in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsatz heran, dem Geschädigten stehe immer die Wahl zwischen zwei Rechtsbehelfen zu, wenn eine Handlung für denselben Schaden zwei unterschiedliche Haftungen begründe²⁷. Ein wesentliches Problem der Absorptionstheorie sieht *Piotet* in ihrer direkten Auswirkung, dass eine vertragliche Haftung, verursacht durch eine culpa in contrahendo, keinen Ersatz des vollen Schadens erlaube²⁸. So führt er als Beispiel an, dass der Wirt, der eine Speise unsorgfältig vorbereitet, seinem Gast serviert und Letzterem einen Gesundheitsschaden beschert, diesem nur dann nebst den Aufwendungen für die ärztliche Behandlung auch seine Reisekosten ins Restaurant zu erstatten habe, wenn eine Haftung aus culpa in contrahendo anerkannt würde²⁹. Eine Wahl zwischen den beiden Ansprüchen müsse also schon deshalb bestehen, um den Verletzten nicht um den Ersatz des ganzen Schadens zu bringen³⁰.

Eine Rückkehr zur relativen Absorptionstheorie vollzieht sodann *Rainer Gonzenbach*, der vertritt, dass vorvertragliche Ansprüche durch Normen der Schlecht- bzw. Nichterfüllung ersetzt würden.³¹ Er erachtet die vorvertraglichen Ansprüche als subsidiäre, die nur wieder aufleben, wenn der Vertrag beispielsweise nachträglich dahinfällt: So wird die culpa in contrahendo aus ihrem «Dornröschenschlaf» geweckt³². Präzisierend fügt er an, vorvertragliche Ansprüche könnten jedoch nur dann durch Normen der Schlecht- bzw. Nichterfüll-

lung absorbiert werden, wenn der primäre Leistungsbereich betroffen sei³³. Das vorvertragliche Fehlverhalten verletze in diesem Falle vertraglich festgelegte Pflichten, welche durch gesetzliche Normen sanktioniert seien³⁴.

Der speziellen Fragestellung der Verletzung von vorvertraglichen Aufklärungspflichten widmet sich *André Wahrenberger*³⁵. Er subsumiert die Verletzung von Aufklärungspflichten nach Vertragsschluss unter die positive Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 ff. OR und sieht diese «als Fortsetzungstatbestand der Aufklärungspflichten vor dem Vertragsschluss.³⁶» Er nimmt weiter an, dass sich die Wirkungen einer Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten auf einen Zeitpunkt nach Abschluss des Vertrages erstrecken können, ein vorvertragliches Verhalten also die Verletzung einer Vertragspflicht nach sich ziehen kann³⁷. Somit geht er davon aus, dass sich die unterlassene oder fehlerhafte Aufklärung in einer primären Leistungspflicht manifestiert und sich beispielsweise auf eine Eigenschaft der Sache beziehen kann³⁸. Ist dies jedoch nicht der Fall, soll eine (schuldhaft) unterlassene oder falsche Aufklärung ein Verschulden bei Vertragsschluss darstellen³⁹ und damit nach den Regeln der culpa in contrahendo sanktioniert werden. *Wahrenberger* schliesst sich also der Auffassung von *Anex* an. Er plädiert demnach für eine Konkurrenz – wie sie *Piotet* aufgeworfen hat – zwischen Ansprüchen aus culpa in contrahendo und vertraglichen Ansprüchen in konkretem Fall der mit einem Sachmangel behafteten Sache⁴⁰.

Auf einen weiteren praktischen Anwendungsfall im Rahmen der Absorptionsfrage weist *Stephan Hartmann* hin⁴¹. Die Ersatzpflicht aus Ver-

trag für Transport- und Verspätungsschäden des Frachtführers ist begrenzt auf den Wert des Frachtguts (Art. 447 und 448 OR). Für den Frachtführer, der nicht auf mögliche Verzögerungen des Transports hinweist, stellt sich somit die Frage nach einer alternativen Haftung aus culpa in contrahendo. Der Autor folgt grundsätzlich der Auffassung von *Anex* und damit der «*théorie de l'absorption relative*», wonach nach Abschluss eines Vertrages die Haftung aus culpa in contrahendo grundsätzlich hinter die Regeln der Schlechterfüllung zu treten habe⁴².

Nach dem Gesagten kann schliesslich festgehalten werden, dass die Problematik in der Doktrin unterschiedlich angegangen wird. Der Grundsatz der Absorption wird anerkannt, jedoch gleichzeitig für den Fall relativiert, dass eine culpa in contrahendo trotz bestehenden Vertrages sich nicht in diesem zu manifestieren vermag. Die einzige explizite Ablehnung der relativen Absorptionstheorie stammt von *Piotet*. Spätere Autoren haben sodann konkrete Fragen behandelt, ohne zu dieser Theorie unmittelbar Stellung zu nehmen.

Zur Untermauerung der verschiedenen Auffassungen wird in der Literatur häufig Art. 31 Abs. 3 OR herangezogen⁴³. Diese Norm bestimmt, dass trotz Genehmigung eines Vertrages durch einen Getäuschten oder Bedrohten ein Schadenersatz nicht ausgeschlossen ist. Um der Frage nach der Bedeutung von Art. 31 Abs. 3 OR nachzugehen, soll zuerst ein Blick auf die Rechtsprechung geworfen werden.

III. Der Bundesgerichtsentscheid vom 8. Juni 1998

In einem unpublizierten und daher wenig beachteten Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1998 hat sich das höchste Gericht mit der Frage nach der Anwendung der culpa in contrahendo bei einem zustande gekommenen Vertrag auseinandergesetzt⁴⁴. Die Parteien schlossen einen Geschäftsübernahmevertrag über einen Restaurationsbetrieb. Der Vertrag stand unter der suspensiven Bedingung, dass die Erwerber mit der Hauseigentümerin einen langjährigen Mietvertrag über die Geschäftsräumlichkeiten abschliessen. Wegen nicht offengelegter Finanzierungsprobleme der Übernehmer kam es in der Folge nicht zum Abschluss des Mietvertrages. Der Übernahmevertrag war zwar gültig zustande gekommen, jedoch konnten sich mangels Eintritts der Bedingung keine Vertragswirkungen entfalten.

Die Vorinstanz hatte eine vorvertragliche Haftung aus culpa in contrahendo mit der Begründung ausgeschlossen, dass bei erfolgtem Vertragsschluss die vorvertragliche Haftung angesichts der vertraglichen Haftung erlösche, womit sie grundsätzlich der Absorptionstheorie von *Anex* folgte⁴⁵. Dagegen erwog das Bundesgericht, diese Theorie verliere dort ihre Berechtigung, wo ein vorvertraglicher Anspruch nicht durch eine vertragliche Handlung absorbiert werden könne. Es verwies diesbezüglich auf Art. 31 Abs. 3 OR, wonach dem Getäuschten oder Bedrohten unter Umständen auch bei Genehmigung des Vertrages ein Schadenersatz zusteht. Auch im vorliegenden Fall sei ein Vertrag zwar gültig zustande gekommen, habe aber mangels Eintritts der Bedingung keine Rechtswirkung

entfaltet⁴⁶. Indem das Bundesgericht eine Ausnahme von der Absorption anerkannte, bejahte es damit indirekt die relative Absorptionstheorie⁴⁷.

Dieser Entscheid ist besonders bedeutsam, weil das Bundesgericht – soweit ersichtlich – hier das erste und bisher einzige Mal in seiner Rechtsprechung die relative Absorptionstheorie erwähnt und grundsätzlich befürwortet. Hinzu kommt, dass es in diesem Zusammenhang auf Art. 31 Abs. 3 OR verweist, worauf im Folgenden näher einzugehen ist.

IV. Der Schadenersatzanspruch aus Art. 31 Abs. 3 OR

Art. 31 Abs. 3 OR behandelt die Konvaleszenz eines mangelbehafteten Vertrages durch Genehmigung⁴⁸. Bei Täuschung oder Drohung entspricht der abgeschlossene Vertrag nicht den Leistungserwartungen derjenigen Partei, bei welcher der Willensmangel vorliegt. Ein Ausweg besteht in erster Linie in der Anfechtung und Rückabwicklung des Vertrages. Der absichtlich Getäuschte oder der Bedrohte kann aber auch bei Genehmigung des Vertrages noch einen Anspruch auf Schadenersatz erheben⁴⁹.

In der Literatur wird die Norm unterschiedlich interpretiert. Auf der einen Seite meint *Anex*, dass Art. 31 Abs. 3 OR für die Absorptionstheorie spreche⁵⁰, und begründet dies mit der quasivertraglichen Natur des Schadenersatzanspruchs, was eine Absorption erlaube⁵¹. Auf der anderen Seite macht *Piotet* geltend, dass die Norm, gerade weil sie ausdrücklich eine Haftung trotz Genehmigung des Vertrages vorsieht, gegen die Absorption spreche⁵². Andere Autoren gehen bei Art. 31 Abs. 3 OR gar von einem dogmatischen Irrtum aus⁵³: Es sei nicht

klar, aus welchen Gründen dem Getäuschten oder Bedrohten, der den Vertrag genehmigt hat, dennoch ein Schadenersatzanspruch zustehen solle, zumal er mittels Nichtgenehmigung und Forderung von Schadenersatz seine Nachteile hätte ausgleichen können. Der Geschädigte habe durch die Nichtgenehmigung die Möglichkeit gehabt, sämtliche Nachteile ersetzt zu erhalten; so aber werde durch die hierdurch gewährte doppelte Billigkeit eine unangemessene Spekulationsfreiheit eröffnet⁵⁴.

Unabhängig von der relativen Absorptionstheorie wurde in der Lehre die Frage diskutiert, woraus sich dieser Schadenersatzanspruch ableite. Eine ältere Lehre befürwortete einen deliktischen Entstehungsgrund⁵⁵ und in diese Richtung hat sich auch das Bundesgericht im Jahre 1922 geäußert⁵⁶. In seiner damaligen Begründung stützte es sich auf die Entstehungsgeschichte von Art. 31 OR, um sich am Ende für eine deliktische Natur des Anspruchs auszusprechen. Im Entwurf von *Walther Munzinger* von 1869 sah der damalige § 52 bereits die Möglichkeit des Schadenersatzes bei Genehmigung des Vertrages vor⁵⁷, was im Entwurf von 1871⁵⁸, im Entwurf von *Heinrich Fick* von 1875⁵⁹ und in demjenigen der Kommission von 1877⁶⁰ wörtlich übernommen wurde. Anlässlich jenes Entwurfs von 1877 bemerkte *Paul Friedrich von Wyss* zur selbständigen Deliktsklage aus Betrug und Drohung⁶¹, dieser Schadenersatzanspruch des Geschädigten sei von der vertraglichen Wirkung zu unterscheiden und dies solle in der Norm selbst ausdrücklich festgehalten werden⁶². Im Entwurf von 1879 wurde aber die von *von Wyss* vorgeschlagene Formulierung⁶³ im entsprechenden Art. 35 nicht übernommen. Im Gegenteil, es entfiel der ganze Ab-

satz⁶⁴. Bei der definitiven Redaktion des Gesetzestextes wurde die Vorschrift in Art. 28 Abs. 2 allerdings wiederum aufgenommen, der von *von Wyss* vorgeschlagene ausdrückliche Bezug zur deliktischen Natur jedoch nicht⁶⁵.

Hieraus leitet das Bundesgericht in BGE 47 II 183, E. 4 eine Bestätigung des Postulats von *von Wyss* ab: Der Schadenersatz im Sinne von Art. 31 Abs. 3 OR sei *ex delicto*, wobei nur das negative Interesse zu ersetzen sei. Wie aus der Gesetzeshistorie ersichtlich, habe der Gesetzgeber eine ausdrückliche Verweisung auf die Bestimmungen über die unerlaubte Handlung als überflüssig erachtet, sich systematisch jedoch darauf bezogen. Diese historische Auslegung hat *August Egger* kritisiert und gleichzeitig vertreten, dass weder die Gesetzesmaterialien noch die vorausgehenden Bestimmungen in den Entwürfen in die Richtung der deliktischen Haftungsgrundlage weisen. Gerade wegen ihrer allgemeinen Fassung sei die Norm beibehalten worden, um ihre Auslegung der Rechtsprechung und der Lehre zu überlassen: Es bleibe der gerichtlichen Praxis vorbehalten, sich im Einzelfall für das positive oder das negative Interesse zu entscheiden, je nachdem, was dem Geschädigten mehr zugute komme⁶⁶.

In Bezug auf die relative Absorptionstheorie hat das Bundesgericht in dem in SJ 1999 I 113 abgedruckten Urteil – wie gesehen⁶⁷ – zur Frage der Natur des Schadenersatzanspruches Stellung genommen. Es hat, ohne auf die Frage näher einzugehen, befunden, dass die dogmatische Grundlage in der culpa in contrahendo zu finden sei: «*Le fondement dogmatique réside dans la culpa in contrahendo.*»⁶⁸

Neben diesen zwei bundesgerichtlichen Äusserungen – die eine 1922

für den deliktischen Schadenersatzanspruch, die andere 1999 für den (vor-)vertraglichen – sind auch die Stellungnahmen in der Lehre nach *Egger* zu Art. 31 Abs. 3 OR beachtenswert. In letzter Zeit wurde immer häufiger die Ansicht vertreten, dass die geschädigte Partei ihren Anspruch wahlweise auf eine deliktische oder eine vorvertragliche Grundlage stützen dürfe⁶⁹. Ein Schadenersatz kommt somit nicht nur dann infrage, wenn die schädigende Handlung zugleich eine unerlaubte Handlung darstellt, sondern auch, wenn der Schaden aus einem erlaubten, aber schädigenden Verhalten während der Vertragsverhandlungen entsteht⁷⁰. Geschuldet sei das negative Interesse⁷¹, doch vertreten verschiedene Autoren auch die Auffassung, dass eine Ausdehnung auf das positive Interesse in Anlehnung an Art. 26 Abs. 2 OR möglich und zulässig sei⁷².

Abschliessend ist auf das Verhältnis von Art. 31 Abs. 3 OR zur relativen Absorptionstheorie einzugehen. In der Tat klärt der Wortlaut des heutigen Art. 31 Abs. 3 OR die Frage der Anspruchsgrundlage des Schadenersatzes nicht. Aufschlussreich ist der Verweis in BGE 47 II 183 auf die Gesetzesmaterialien, auch wenn diese m.E. mehrere Interpretationsmöglichkeiten zulassen. Betrachtet man beispielsweise den Formulierungsvorschlag von *Johann Caspar Bluntschli*, der sich in den Akten ohne Datum⁷³ findet, stellt man fest, dass *Bluntschli* den Vorschlag von *von Wyss* begrüsst und ihn nur leicht umformuliert hat⁷⁴. Trotz übereinstimmender Meinungen dieser zwei angesehenen Rechtsgelehrten verschwand der Absatz im Entwurf 1879 vollständig. Warum der Gesetzgeber 1881 zwar die Möglichkeit eines Schadenersatzes trotz Genehmigung und Wirksamkeit des Ver-

trages in Fällen von Drohung und Furchterregung wiederum vorgesehen und daher als notwendig erachtet, jedoch von einer Präzisierung, wie von *von Wyss* und *Bluntschli* postuliert, abgesehen hat, bleibt fraglich. Man könnte m.E. die Gesetzesmaterialien derart interpretieren, dass der Gesetzgeber die Norm zwar im Gesetz festgeschrieben wissen wollte, hingegen von der (ausschliesslich) deliktischen Natur des Anspruches nicht überzeugt war. Es lässt sich auch vermuten, dass er, wenn er bei dieser Norm nicht an einen typischen Fall der culpa in contrahendo dachte, eine solche nicht ablehnte bzw. der Rechtsprechung die Freiheit lassen wollte, die Schadenersatzforderung der geschädigten Partei nach jeweiliger Falllage zu beurteilen.

Weil der Gesetzgeber sich nicht eindeutig für die deliktische Natur des Anspruches ausgesprochen hat, ist hier m.E. in Anlehnung an den Bundesgerichtsentscheid vom 8. Juni 1998⁷⁵ die Auffassung zu vertreten, dass Art. 31 Abs. 3 OR als gesetzliche Ausnahme von der Absorptionstheorie zu interpretieren ist. Das vorvertragliche Fehlverhalten wird trotz eines gültigen Vertrages nicht durch eine Vertragshaftung absorbiert. Die Genehmigung des Vertrages bewirkt nämlich nicht nur die Konvaleszenz des Willensmangels, sondern es muss im gleichen Zuge gelten, dass der abgeschlossene Vertrag nun auch den Leistungserwartungen der getäuschten oder bedrohten Partei (hypothetisch) entspricht, womit ein vorvertragliches Fehlverhalten nicht mehr absorbiert werden kann. Die Norm spricht deswegen *für* – und nicht gegen – die relative Absorptionstheorie.

V. Schlussbemerkungen

- (1) *Franz Leonhard* hat die Haftung aus culpa in contrahendo im Falle eines gültigen Vertrags in die wissenschaftliche Diskussion eingeführt. Die schweizerische Lehre hat sich nur selten mit diesem Problem beschäftigt, ist aber trotzdem zu verschiedenen Ansichten gekommen. Die Diskussion dreht sich insbesondere um die sog. relative Absorptionstheorie: Die culpa in contrahendo entfällt grundsätzlich als selbständige Haftungsgrundlage, wenn sie sich in einem gültigen Vertragsverhältnis manifestiert. In Ausnahmefällen wird allerdings die Haftung aus culpa in contrahendo nicht von der vertraglichen verdrängt. Mit einer treffenden Metapher hat *Gonzbach* von «Dornröschenschlaf» gesprochen: Die culpa in contrahendo wird in der Regel von der vertraglichen Haftung überholt und verdrängt, obwohl sie theoretisch – zum Beispiel wenn der Vertrag wegfällt – wieder aufgeweckt werden kann. Dasselbe muss gelten, wenn sich die culpa in contrahendo bei einem bestehenden Vertrag nicht in diesem manifestieren kann. Kritisiert wird die relative Absorptionstheorie von jenen Autoren, die für die ständige Konkurrenz der vertraglichen und der vorvertraglichen Ansprüche eintreten, ohne die Möglichkeit der Absorption vorzusehen.
- (2) In einem unpublizierten Entscheid aus dem Jahre 1998 hat sich das Bundesgericht mit der beschriebenen Thematik auseinandergesetzt und sich für die relative Absorptionstheorie ausgesprochen, bzw. diese jedenfalls nicht abgelehnt, wengleich es im vorliegenden

Fall eine Ausnahme vom Grundsatz der Absorption erkannt hat. Zur Begründung hat es den in Art. 31 Abs. 3 OR geregelten Tatbestand herangezogen, wonach die geschädigte Partei trotz Genehmigung des Vertrages Schadenersatz fordern kann.

- (3) Die Entstehungsgeschichte von Art. 31 Abs. 3 OR scheint – entgegen einer älteren bundesgerichtlichen Stellungnahme – eine solche Interpretation zu stützen. Die Täuschung oder Drohung wird als fortbestehendes vorvertragliches Fehlverhalten betrachtet, das mit der Genehmigung nicht im Vertragsverhältnis aufgeht und deshalb nicht absorbiert wird, sodass ein hieraus fließender allfälliger Schadenersatzanspruch, ungeachtet der Genehmigung, bestehen bleibt. Für die Relativität der Absorptionstheorie spricht also ein gesetzlich geregelter Fall, in welchem die culpa in contrahendo nicht in den «Dornröschenschlaf» sinkt.

- * Meiner wissenschaftlichen Assistentin, Fürsprecherin Dr. iur. Regula Berger, danke ich herzlich für ihre wertvollen Anregungen zu diesem Beitrag.
- ¹ Von «juristischen Entdeckungen» spricht zuerst *H. Dölle*, *Juristische Entdeckungen*, in: *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages*, Bd. II, Tübingen 1958, 7, jetzt auch in: *T. Hoeren* (Hrsg.), *Zivilrechtliche Entdecker*, München 2001, 5 ff.; in diesem letzten Sammelband vgl. auch insbesondere zu *Jhering K. Kindereit*, *Wer fühlt nicht, dass es hier einer Schadensersatzklage bedarf – Rudolf von Jhering und die «culpa in contrahendo»*, 107 ff. Bereits das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 regelte die culpa in contrahendo in zwei konkreten Fällen (ALR I 5 § 36 und ALR II 2 § 135) und im ALR I 5 § 284 sogar allgemein: «*Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch für den Fall, wenn einer der Contrahenten bei Abschliessung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat.*»
- ² *R. von Jhering*, *Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in: *Jahrbücher für die Dogmatik*, Bd. IV, Jena 1860, 8, in: *Gesammelte Aufsätze*, Bd. I, Jena 1881, 372; *Jhering* behandelt zwei Tatbestände: den Verkauf von *loci sacra, religiosa* oder *publica* (vgl. *Modest. 5 reg. D. 18.1.62.1* und *Ulp. 25 ad ed D. 11.7.8.1* und *I. 3.23.5*) und den Verkauf einer nicht-existent Erbschaft (*lav. 2 ex Plautio D. 18.4.8–9*).
- ³ Vgl. v.a. *F. Mommsen*, *Über die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen*, Braunschweig 1879, 1 ff.
- ⁴ Siehe dazu *K.A. von Vangerow*, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. I, Marburg 1863, 165 f. und im Ergebnis auch der führende Pandektist *B. Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. II, Frankfurt a.M. 1906, § 307, 249 und Fn. 5, nachdem er sich bis zur fünften Auflage der *Pandekten* (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. II, Stuttgart 1879, § 307, 175 und Fn. 5) dagegen ausgesprochen hatte.
- ⁵ *F. Leonhard*, *Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse*, Göttingen 1896, 5 ff. und insbesondere die Monografie, die nicht mehr nur auf den Kauf beschränkt ist: *ders.*, *Verschulden beim Vertragsschlusse*, Berlin 1910, 2 ff. (zit. *Le-*

onhard, Verschulden beim Vertragschlusse).

- ⁶ Im Rahmen dieses Beitrages nicht behandelt wird die dem Gedanken von *Leonhard* (vgl. *Leonhard*, Verschulden beim Vertragschlusse, [Fn. 5] 42) zugrunde liegende Zielvertragstheorie, wonach sich die vorvertraglichen Pflichten aus dem später geschlossenen Vertrag ergeben und die heute als überholt gilt (vgl. dazu *E. Herz*, Culpa in contrahendo nach heutigem Recht in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Zürich 1935, 19 und *H. Stoll*, Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, in: H.C. Ficker et al. [Hrsg.], Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, 445).
- ⁷ Anders im deutschen Recht, wo die culpa in contrahendo im Rahmen der Schuldrechtsreform in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts des BGB eingeflossen ist (§ 311 Abs. 2 und 3 BGB), und im italienischen Recht, wo die vorvertragliche Haftung ausdrücklich im Art. 1337 und 1338 Codice Civile geregelt ist. In der Schweiz findet man dagegen nur vereinzelt gesetzlich geregelte Anwendungsfälle der culpa in contrahendo, wie zum Beispiel in Art. 26 oder Art. 411 Abs. 2 OR.
- ⁸ Vgl. BGE 134 III 390, E. 5; BGE 130 III 345, E. 2.1; BGE 121 III 350, E. 6c. Die Literatur über die culpa in contrahendo an und für sich bzw. insbesondere über die Vertrauenshaftung, als deren Erscheinungsform die culpa in contrahendo anerkannt wird, ist auch in den letzten Jahren weitergewachsen: vgl. u.a. *N. Kuonen*, La responsabilité précontractuelle. Analyse historique: étude de la phrase précontractuelle et des instruments précontractuels, Zürich/Basel/Genf 2007; *P. Loser*, Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht: Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, Habil. Basel 2005, Bern 2006; *E. Bucher*, Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?, in: P. Forstmoser et al. (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 231 ff.; *H.P. Walter*, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, in: ZSR 2001 I, 79 ff.; ders., La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du tribunal fédéral, in: C. Chappuis/B. Winiger (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la con-

fiance – Vertrauenshaftung, Journée de la responsabilité civile 2000, Zürich 2001, 147 ff.; ders., Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in: ZBJV 132/1996, 273 ff.; A. Morin, La responsabilité fondée sur la confiance: étude critique des fondements d'une innovation controversée, Diss. Genf 2002; R. Fehlmann, Vertrauenshaftung: Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, Diss. St. Gallen 2002; B. Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, dargestellt anhand der Informationspflicht des Effekthändlers, Diss. Bern 2000; J. Frick, Culpa in contrahendo – eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie, Diss. Zürich 1992.

- ⁹ Für einige konkrete Fälle siehe P. Lanz, Culpa in contrahendo beim Abschluss des Versicherungsvertrages (Die Stellung des Agenten), Diss. Basel 1932, 3 f.; als Beispiel nennt hier Lanz den Fall des Unternehmers, der seinem Vertragspartner von ausserordentlichen Leistungen seines Systems einer Zentralheizungsanlage erzählt und es sich nachträglich herausstellt, dass sich dieses System noch nirgends bewährt hat.
- ¹⁰ Anders dagegen in Deutschland, wo insbesondere um die Abgrenzung der Haftung aus culpa in contrahendo infolge der Verletzung von vorvertraglichen Aufklärungspflichten von der Haftung aus den kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsansprüchen eine rege Diskussion geführt wird; vgl. dazu eingehend: B. Mertens, Culpa in contrahendo beim zustande gekommenen Kaufvertrag nach der Schuldrechtsreform, in: AcP 203 (2003), 818 ff.; H. P. Marutschke, Probleme der Konkurrenz von Sachmängelgewährleistung und culpa in contrahendo beim Kauf, in: JS 1999/8, 729 ff.; V. Emmerich, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, positive Vertragsverletzung und Sachmängelhaftung beim Kauf, in: M. Martinek et al. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jahr zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, 267 ff.
- ¹¹ Auf die Streitfrage über die Rechtsnatur der culpa in contrahendo wird im Rahmen dieser Abhandlung nicht eingegangen; vgl. dazu BGE 134 III 390.
- ¹² A. von Tuhr, Streifzüge im revidierten Obligationenrecht, in: SJZ 1922/18, 370, der damit einerseits die Problematik hinsichtlich der Wahl der Haftungsgrundlage (vorvertraglich oder vertraglich), andererseits die Rechtsnatur der culpa in contrahendo (vertraglich oder deliktisch) behandelt.

- ¹³ W. Schönenberger/P. Jäggi, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Teilband V 1a, 3. A., Zürich 1973, N 572 und N 585 zu Art. 1 OR (zit. Schönenberger/Jäggi).
- ¹⁴ Schönenberger/Jäggi (Fn. 13) N 572 zu Art. 1 OR.
- ¹⁵ T. Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-, Wechsel- und Versicherungsvertragsrechts, Zürich 1933, 58.
- ¹⁶ T. Guhl/A. Koller, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. A., Zürich 2000, 104 (zit. Guhl/Koller).
- ¹⁷ J. Anex, L'intéret négatif, sa nature et son étendue, Diss. Lausanne 1977, 64 f. (zit. Anex).
- ¹⁸ Anex (Fn. 17) 63 ff.
- ¹⁹ Anex (Fn. 17) 64.
- ²⁰ Anex (Fn. 17) 64.
- ²¹ K. Spiro, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, 382.
- ²² K. Spiro, Die Haftung für Abschluss- und Verhandlungsgehilfen, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, in: ZSR 1986 I, 628 f (zit. Spiro, Abschluss- und Verhandlungsgehilfe).
- ²³ Spiro, Abschluss- und Verhandlungsgehilfe (Fn. 22) 629 (vgl. auch Fn. 44 von 630).
- ²⁴ Spiro, Abschluss- und Verhandlungsgehilfe (Fn. 22) 632 f.; Spiro fügt an, dass die Wirkungen einer culpa in contrahendo und einer culpa in solvendo unter Umständen dieselben seien, und verweist diesbezüglich auf Art. 5 Abs. 3 OR.
- ²⁵ P. Piotet, Développements récents de la théorie de la culpa in contrahendo, in: Mélanges Guy Flattet, Lausanne 1985, 370 ff (zit. Piotet, Développements).
- ²⁶ S. Piotet, Développements (Fn. 25) 371: «*la culpa in contrahendo viole à la fois un devoir universel (délit civil) et une obligation contractuelle rétroactive et il faudrait [...] laisser au lésé le choix entre les deux responsabilités [...]*» Vgl. ders., La responsabilité précontractuelle, spécialement du fait d'autrui, in: ZSR 1987 I, 758 f.
- ²⁷ Piotet, Développements (Fn. 25) 370, m.H. in Fn. 26.
- ²⁸ «*Le responsabilité contractuelle ne peut procurer que l'exécution du contrat, en nature ou sous forme de dommages-intérêts. En particulier, le dommage causé par la culpa in contrahendo peut notamment être égal à la différence entre l'exécution du contrat conclu et l'exécution hypothé-*

tique du contrat qui aurait été conclu [...] sans la faute précontractuelle. Et il est évident que la responsabilité contractuelle née du contrat conclu ne peut pas fournir l'équivalent du contrat qui n'a pas été conclu, mais qui l'aurait été sans la culpa in contrahendo» (Piotet, Développements, [Fn. 25] 373).

²⁹ *Piotet, Développements (Fn. 25) 374.*

³⁰ *Piotet, Développements (Fn. 25) 374.*

³¹ *R. Gonzenbach, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1987, 50 f. (zit. Gonzenbach).*

³² *Gonzenbach (Fn. 31) 51.*

³³ Vgl. dazu das Beispiel bei *Gonzenbach (Fn. 31) 51* in Fn. 90: Nach dem Abschluss eines Kaufvertrages stellt der Käufer fest, dass das neue Modell der Maschine nicht auf demselben Platz wie das alte aufgestellt werden kann, obwohl er im Rahmen der Verhandlungen sein Bedürfnis dem Verkäufer gegenüber geäußert hatte.

³⁴ Allen voran die kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln; vgl. *Gonzenbach (Fn. 31) 52 f.*

³⁵ *A. Wahrenberger, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht (unter besonderer Berücksichtigung des Kaufrechts), zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, Diss. Zürich 1992 (zit. Wahrenberger).*

³⁶ *Wahrenberger (Fn. 35) 74.*

³⁷ *Wahrenberger (Fn. 35) 74.* Der Autor nennt das Beispiel einer unterlassenen Aufklärung vor Vertragsschluss über eine wesentliche Eigenschaft der Kaufsache, was dazu führen könne, dass diese Sache nach Vertragsschluss mit einem Sachmangel behaftet sei.

³⁸ Vgl. u.a. auch *J. Lauer, Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht, Bern 1983, 353 (zit. Lauer).*

³⁹ *Lauer (Fn. 38) 353.*

⁴⁰ *Wahrenberger (Fn. 35) 75, 136 und 141 f.*

⁴¹ *S. Hartmann, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Diss. Freiburg i.Ue. 2001, N 333 ff. (zit. Hartmann).*

⁴² *Hartmann (Fn. 41) N 334.*

⁴³ Vgl. unten IV.

⁴⁴ Abgedruckt in SJ 1999 I 113.

⁴⁵ Dazu oben II.

⁴⁶ SJ 1999 I 116, E. 3a.

⁴⁷ Mit der folgenden Begründung: «[C'est une] question de la défaillance d'une condition, la passation d'un bail, en raison

d'un événement (défaut de solvabilité) dont répond une partie contractante, soit les défendeurs, alors que ce point ne fut même pas abordé dans les négociations contractuelles. Il convient dès lors d'admettre que cette partie doit se voir imputer à faute la déconvenue que son cocontractant a éprouvée de ce fait, selon les principes régissant la culpa in contrahendo» (SJ 1999 I 117, E. 3a).

⁴⁸ I. Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. A., Bern 2009, N 39.20 (zit. Schwenger).

⁴⁹ E. Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1964, 199; Vgl. dazu auch H. Oser/W. Schönenberger, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, 1. Teil, 2. A., Zürich 1929, N 33 zu Art. 31 OR (zit. Oser/Schönenberger).

⁵⁰ Anex (Fn. 17) 67 ff.

⁵¹ Anex (Fn. 17) 70.

⁵² Piotet, Développements (Fn. 25) 374.

⁵³ M. Keller/Ch. Schöbi, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. A., Basel 1988, 166; P. Engel, Traité des Obligations en droit suisse, 2. A., Bern 1997, 359 (zit. Engel).

⁵⁴ So etwa Gonzenbach (Fn. 31) 55.

⁵⁵ Vgl. Oser/Schönenberger (Fn. 49) N 31 zu Art. 31 OR und Piotet, Développements (Fn. 25) 25 in Fn. 41 und 110.

⁵⁶ BGE 47 II 183, E. 4.

⁵⁷ § 53 des Entwurfs Munzinger lautete: «*So weit ein Schaden nicht schon durch die Anfechtung des Vertrages ausgeglichen wird, kann von demjenigen, der die Furcht erregt oder den Betrug verübt hat, auch Schadenersatz gefordert werden.*

Es kann aber auch dann, wenn der anfechtbare Vertrag nicht angefochten wird, statt dessen Schadenersatz verlangt werden.» (Entwurf 1869, Dossier des Bundesarchivs, E22/2050).

⁵⁸ Die Formulierung des zweiten Absatzes (Art. 45) erfuhr nur eine formelle Abänderung: «*Ebenso kann, wenn der anfechtbare Vertrag nicht angefochten wird, statt dessen Schadenersatz verlangt werden*» (Entwurf 1871, Dossier des Bundesarchivs, E22/2050).

⁵⁹ Art. 43 (Entwurf 1875, Dossier des Bundesarchivs, E22/2059).

⁶⁰ Entwurf 1877, Dossier des Bundesarchivs, E22/2059.

⁶¹ Von Wyss, Bemerkungen zum Commissionalentwurfes erster Lesung eines Schweize-

rischen Obligationenrechtes, Basel, 1877, 70 (zit. von Wyss, Bemerkungen).

⁶² Von Wyss, Bemerkungen (Fn. 61) 70.

⁶³ «Der betrogene oder genöthigte Contractant kann nach Massgabe der Art. 84 ff. von dem Urheber des Betruges oder der Nöthigung Schadenersatz fordern, sei es dass es nachträglich den Vertrag genehmigte oder nicht. Doch fällt im letzteren Falle derjenige Schaden ausser Betracht, welcher durch die Ablehnung der Verbindlichkeit bereits ausgeglichen ist.» (von Wyss, Bemerkungen, [Fn. 61] 70).

⁶⁴ So lautete der damalige Art. 35: «Ein wegen Irrthums, Betruges oder Furcht unverbindlicher Vertrag kann von demjenigen Contractanten, für welchen er nicht verbindlich ist, genehmigt werden. Der Vertrag gilt als genehmigt, wenn der nicht gebundene Contractant innerhalb Jahresfrist weder dem anderen Contractanten seinen Entschluss, ihn nicht zu halten, gerichtlich oder aussergerichtlich zu erkennen gibt, noch die geschehene Leistung zurückfordert.

Die Jahresfrist beginnt in den Fällen des Irrthums und Betruges mit der Entdeckung, in den Fällen der Furcht mit der Beseitigung derselben.» (Entwurf 1879, Dossier des Bundesarchivs, E22/2088).

⁶⁵ «Die Genehmigung eines wegen Betruges oder Furcht unverbindlichen Vertrages schliesst den Anspruch auf allfälligen Schadenersatz nicht ohne Weiteres aus.» (Entwurf 1881, E22/2100).

⁶⁶ A. Egger, Schadenersatz bei absichtlicher Täuschung, SJZ 1921/22, 217 (zit. Egger).

⁶⁷ Oben III.

⁶⁸ SJ 1999 I 118, E. 3a.

⁶⁹ A. von Tuhr/H. Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1979, 339 (zit. von Tuhr/Peter); A. Meyer-Hayoz, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss: ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag, Zürich 1948, 170 (zit. Meyer-Hayoz); H. Merz, Vertrag und Vertragsschluss, 2. A., Freiburg 1992, N 140; Engel (Fn. 53) 357 f.; Guhl/Koller (Fn. 16) 150, § 17 N 12; B. Schmidlin, Berner Kommentar Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Bern 1995, Art. 31 N 144 (zit. Schmidlin); Schwenzler (Fn. 48) N 39.36; P. Gauch/W.R. Schluemp/J. Schmid/S. Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, 9. A., Bern 2008, Bd. I, N 870, N 886 (Gauch/Schluemp/

Schmid/Emmenegger, Bd. I). Vgl. dazu auch die Ausführungen in BGE 108 II 419, E. 5.

- ⁷⁰ Geht die Schädigung von einem Dritten aus, kommt indessen lediglich eine Haftung gestützt auf Deliktsrecht infrage; zu der vertraglichen Verjährungsfrist des Schadenersatzanspruchs aus culpa in contrahendo im Fall von Täuschung oder Drohung nach Art. 31 Abs. 3 OR siehe *Schmidlin* (Fn. 69) N 147.
- ⁷¹ U.a. von *Tuhr/Peter* (Fn. 69) 340; *Meyer-Hayoz* (Fn. 69) 171; *I. Schwenzer*, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, N 23 zu Art. 31 OR; *N. Lüchinger*, Schadenersatz im Vertragsrecht, Diss. Freiburg 1999, N 222.
- ⁷² *Egger* (Fn. 66) 217 ff.; so auch *B. von Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 226 und *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, Bd. I (Fn. 69) N 870.
- ⁷³ Siehe bei «Ausarbeitung des Entwurfes von 1879 bis zur Botschaft vom 27. Nov. 1879» (Entwurf 1879, E22/2088).
- ⁷⁴ Art. 46 (Art. 43): «*Der betrogene oder bedrohte Kontrahent kann nach Massgabe der Art. 84 ff. von dem Urheber des Betruges oder der Nötigung Schadenersatz auch dann fordern, wenn er den Vertrag nachträglich genehmigt hat.*
Der Schaden, welcher durch die Ablehnung der Verbindlichkeit bereits abgewendet ist, wird bei der Ersatzforderung nicht mitgerechnet.» (Entwurf 1879, E22/2088).
- ⁷⁵ SJ 1999 I 118; vgl. oben III.