

Sonderdruck aus

Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von
INGEBORG SCHWENZER
und GÜNTER HAGER

Mohr Siebeck

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich.

Aufwendungsersatz bei nicht durchgeführten Verträgen

Ingeborg Schwenzer

I. Einleitung

Eines der grossen Verdienste des Jubilars ist es, jenseits aller oftmals historisch zufälligen dogmatischen Verkrustungen nationaler Rechtsordnungen zu den zentralen Wertungsfragen, den eigentlichen *policy questions*, die zum Ausgangspunkt der Lösung eines Rechtsproblems genommen werden müssen, durchzudringen. In geradezu meisterhafter Weise hat er uns dies in seinem epochalen europäischen Bereicherungsrecht¹ vermittelt. Im Zentrum des ersten Bandes des Werkes steht die Rückabwicklung gescheiterter Verträge. Immer wieder wird dabei jedoch auch ein Blick auf die Frage geworfen, inwieweit eine Partei neben oder im Rahmen einer möglichen Rückabwicklung Ersatz der von ihr im Vertrauen auf die Durchführung des Vertrages getätigten Aufwendungen verlangen kann.²

Der vorliegende Beitrag will den Versuch unternehmen, diese über das Bereicherungsrecht hinausreichende Problematik in einem grösseren Zusammenhang zu behandeln und dabei im Sinne des Jubilars Grundfragen zu identifizieren.

Um eine Überfrachtung des Beitrags zu vermeiden, muss allerdings der Begriff der nutzlos gewordenen Aufwendungen beschränkt werden. Nicht erfasst werden sollen Aufwendungen auf den Vertragsgegenstand selbst, da hier eine schwierige, in vielen Rechtsordnungen nicht mehr entwirrbare Gemengelage zwischen Obligationen- und Sachenrecht besteht.³

¹ Vgl. *Schlechtriem*, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Bd. 1, Tübingen 2000, Bd. 2, Tübingen 2001.

² Vgl. vor allem Bd. 1, Kap. 3, Rn. 531ff. zur Haftung bei Willensmängeln, insbes. Rn. 534f.; Rn. 536ff. (zum deutschen Rechtskreis); Rn. 545ff. (zum französischen und belgischen Recht); Rn. 556 (zum italienischen Recht); Rn. 558 (zum portugiesischen Recht); vgl. ferner Rn. 574ff. zur Rückabwicklung bei Leistungsstörungen, insbes. Rn. 576; Rn. 578f. (zum deutschen Recht); Rn. 585, 601 (zum französischen und belgischen Recht); Rn. 624 (zum italienischen Recht); Rn. 650 (zum dänischen Recht); Rn. 655 (zum englischen Recht).

³ Zum Verwendungsersatz nach §§ 347 BGB a.F und 994 BGB vgl. *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB, Tübingen 2000, 370ff.

II. Problemstellung

Die Problematik des Ersatzes von Aufwendungen bei nicht durchgeführten Verträgen tritt bei unterschiedlichen tatsächlichen Situationen und in unterschiedlichem juristischen Gewand auf.

Die erste Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Vertrag geschlossen wurde, die Leistung jedoch ausbleibt oder dem vertraglich Versprochenen nicht entspricht. In traditioneller kontinentaler Rechtsterminologie handelt es sich dabei um die Fälle der Unmöglichkeit, Sach- oder Rechtsmängel und sonstiger Schlechterfüllung, in denen die Vertragsstörung eine derartige Intensität erreicht, dass der vom Vertragsbruch betroffenen Partei auch bei Leistung von Schadenersatz nicht zugemutet werden kann, am Vertrag festzuhalten. Allfällige im Hinblick auf die Vertragsdurchführung getätigte Aufwendungen werden dann nutzlos.

In der zweiten Fallgruppe geht es darum, dass ein Vertrag gar nie zustande gekommen ist und eine Partei – sei es in der Hoffnung auf ein künftiges oder im Glauben an ein bereits erfolgtes Zustandekommen des Vertrages – sich später als nutzlos erweisende Aufwendungen gemacht hat. Die Gründe, warum ein Vertrag nicht zustande kommt, sind überaus vielfältig und können – wie sich weisen wird – nicht ohne Einfluss auf die Entscheidung der Sachfrage bleiben. In dieser zweiten Fallgruppe mag man weiter danach unterscheiden, ob ein Leistungsaustausch noch gar nicht erfolgt ist⁴ oder ob es um Aufwendungsersatz im Rahmen einer nach kontinentalem Verständnis bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung geht.⁵

III. Aufwendungsersatz bei Leistungsstörungen

Kann die durch einen Vertragsbruch belastete Partei von der anderen Schadenersatz verlangen, erlangt sie damit regelmässig jedenfalls faktisch auch eine Kompensation unnütz gewordener Aufwendungen.⁶

Schadenersatz bei Leistungsstörungen bedeutet grundsätzlich, dass der Gläubiger so zu stellen ist, als ob der Vertrag korrekt erfüllt worden wäre, d.h. es ist Ersatz des so genannten Erfüllungsinteresses oder *expectation interest* geschuldet.⁷ Der durch die Nichterfüllung entstandene Schaden entspricht dabei vermu-

⁴ Vgl. unten sub *IV*

⁵ Vgl. unten sub *V*

⁶ So auch *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Heidelberg 1993, 321.

⁷ Vgl. nur Art. 74 CISG; Art. 7.4.2 UP; Art. 9:502 PECL; zum angloamerikanischen Recht vgl. *Farnsworth*, *Contracts*, 3. Aufl., New York 1999, § 2.1, S. 44, § 12.8, S. 784; *Calamari/Perillo*, *The law of contracts*, 4. Aufl., St. Paul 1998, § 14–4, S. 545f.; *Treitel*, *The law of contract*, 10. Aufl., London 1999, 873.

tungsweise mindestens den im Hinblick auf die Durchführung des Vertrages gemachten und sich nunmehr als nutzlos erweisenden Aufwendungen, da jedenfalls im Wirtschaftsverkehr von einer Rentabilitätsvermutung ausgegangen werden kann.⁸ Darüber hinaus darf es auch dort, wo Ersatz des Erfüllungsinteresses gewährt wird, dem Gläubiger nicht verwehrt werden, wahlweise Ersatz nach Massgabe des so genannten Vertrauensinteresses (*reliance interest*) zu fordern, d. h. berechnet nach dem Ziel, dass der Gläubiger durch die Ersatzleistung so zu stellen ist, wie er stehen würde, wenn er auf die Durchführung des Vertrages nicht vertraut hätte.⁹ Von Bedeutung ist diese Möglichkeit in Fällen, in denen der Gläubiger einen Vertrag ohne die Absicht der Gewinnerzielung schliesst.¹⁰ So muss zum Beispiel der private Käufer eines Reitpferdes bei Nichterfüllung die in Erwartung der Lieferung getätigten und nunmehr nutzlos gewordenen Kosten aus einem Pferdeeinstellvertrag bis zur nächstmöglichen Kündigung dieses Vertrages ersetzt bekommen. Das Vertrauensinteresse ist schliesslich auch in angloamerikanischen Rechtsordnungen, die teilweise nicht in allen Fällen der Vertragsverletzung das Erfüllungsinteresse ersetzen, als Mindestersatz geschuldet.¹¹

Als Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden, dass Schadenersatz in Folge eines Vertragsbruchs immer auch die Möglichkeit bedeutet, Ersatz nutzloser Aufwendungen zu verlangen. Die entscheidende Frage lautet nunmehr freilich: Unter welchen Voraussetzungen ist Schadenersatz bei Leistungsstörung geschuldet?

⁸ Vgl. *Stoll* (Fn. 6), 319ff. m.w.Nachw.; vgl. auch Begründung zu § 284 BGB-RE; *Kaiser* (Fn. 3), 434ff., spricht von einer *Amortisationsvermutung*.

⁹ So nunmehr ausdrücklich §§ 284 und 311a Abs. 2 BGB-RE; vgl. zum CISG nur *Schlechtriem/Stoll*, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl., München 2000, Art. 74 CISG Rn. 3; zu UP und PECL *Hornung*, Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht, Baden-Baden 1998, 262f.; zum US-amerikanischen Recht vgl. § 349 Restatement Contracts 2d; zum Wahlrecht nach englischem Recht vgl. *Schlechtriem* (Fn. 1), Bd. 1, Kap. 3, Rn. 660; *Treitel* (Fn. 7), 877; *Smith*, The law of contract, 2. Aufl., London 1993, 213f.; aus der Rechtsprechung vgl. *Cullinane v. British »Rema« Mfg.* [1954] 1 Q.B. 292, 303; *Anglia Television v. Reed* [1972] 1 Q.B. 60, 63f.; *CCC Films (London) Ltd. v. Impact Quadrant Films Ltd.* [1985] Q.B. 16, 32; *Lloyd v. Stanbury* [1971] 1 W.L.R. 535, 547.

¹⁰ Vgl. *Stoll* (Fn. 6), 321f. Aus der US-amerikanischen Rechtsprechung vgl. auch *Security Stove & Mfg. Co. v. American Ry. Express Co.*, 227 Mo.App. 175, 51 S.W.2d 572 (1932): Der Hersteller wollte an einer Messe eine Maschine in erster Linie deshalb ausstellen, um Interesse bei der potenziellen Kundschaft zu wecken; konkrete Gewinnabsichten hegte er keine, vgl. dazu *Calamari/Perillo* (Fn. 7), § 14–9, S. 556f.; *Farnsworth* (Fn. 7), § 12.16, S. 836. Vgl. jedoch BGHZ 99, 182, 196: Erhofft der Gläubiger aus dem Geschäft keine kostendeckende Gegenleistung, sondern lediglich immaterielle Gewinne, so sind seine Aufwendungen nicht zu ersetzen; differenzierend bereits *Stoll*, JZ 1987, 517ff.

¹¹ Vgl. *Farnsworth* (Fn. 7), § 12.1, S. 759, § 12.16, S. 835; *Treitel* (Fn. 7), 877.

Die moderne Lösung, wie sie insbesondere aus dem CISG und nunmehr auch den anderen Einheitsregelwerken bekannt ist, ist jene der prinzipiellen Schadenersatzhaftung mit der Möglichkeit der Befreiung, soweit es sich um einen Hinderungsgrund ausserhalb des Einflussbereichs des Schuldners handelt.¹² Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wollte zwar diesen Schritt noch nicht wagen – er wäre wohl vielen im culpa-Denken des 19. Jahrhunderts noch weitgehend verhafteten deutschen Dogmatikern zu weit gegangen – und belässt es demgegenüber beim Vertretenmüssen als Voraussetzung für die Schadenersatzhaftung.¹³ Wie jedoch insbesondere der Jubilar¹⁴ immer wieder betont hat, bestehen zwischen dem Befreiungsmodell der Einheitsrechte und dem an das Verschuldensprinzip anknüpfenden Vertretenmüssen in der Praxis weniger Unterschiede als die unterschiedlichen dogmatischen Ausgangspunkte vermuten liessen, da einerseits für Geld- und Gattungsschulden auch im culpa-Modell ohnehin verschuldensunabhängig gehaftet wird und andererseits die Objektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffs in vielen Fällen zu einer weitgehenden Einebnung noch vorhandener Unterschiede führt.¹⁵

Eine interessante Sonderregel zum Ersatz bestimmter Posten des Vertrauensinteresses, deren Wertung auch in anderen Fällen nutzbar gemacht werden kann, findet bzw. fand sich zudem in den Kaufrechten, die noch entsprechend römischrechtlichem Prinzip bei Sachmängeln von Wandlung und Minderung als Regelrechtsbehelf ausgehen bzw. ausgingen und Schadenersatz nur unter qualifizierten Voraussetzungen¹⁶ zulassen: Neben der Vertragsaufhebung kann Ersatz der »Vertragskosten«,¹⁷ der »*frais occasionnés par la vente*«,¹⁸ der »*spese e ...*

¹² Vgl. nur Art. 79 CISG und Schlechtriem/Stoll (Fn. 9), Art. 74 CISG Rn. 5; Art. 7.1.7 UP, Art. 8:108 PECL und Hornung (Fn. 9), 261f.

¹³ Vgl. § 280 Abs. 1 BGB-RE; vgl. auch die Begründung zu § 311a BGB-RE, wonach sich »das Verschuldensprinzip sowohl durch höhere rechtsethische Überzeugungskraft als auch durch grössere Flexibilität auszeichnet«.

¹⁴ Vgl. nur Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Tübingen 1996, Rn. 288; ders., ZEuP 1993, 217, 228ff.

¹⁵ Zur Objektivierung des Fahrlässigkeitsmassstabes nach schweizerischem Recht vgl. BGE 116 Ia 162, 169f.; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000, Rn. 22.14ff.; zur verschuldensunabhängigen Haftung bei Geldschulden vgl. Gauch/Schluep/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Zürich 1998, Rn. 3136; vgl. auch BernerKomm/Kramer, Art. 19–20 Rn. 256.

¹⁶ Vgl. nur § 463 BGB a.F., welcher das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder das arglistige Schweigen des Verkäufers voraussetzt, ferner Art. 1645 Cc, wonach der Verkäufer Schadenersatz schuldet, wenn er die Sachmängel kannte. Zur unwiderlegbaren Vermutung der Kenntnis des professionellen Verkäufers nach französischer Rechtsprechung vgl. Ghestin/Desché, La Vente, Paris 1990, Rn. 852ff. Anders dagegen das schweizerische Recht, welches im Gewährleistungsfall eine generelle Schadenersatzpflicht kennt, vgl. BernerKomm/Giger, Art. 208 Rn. 32.

¹⁷ § 467 S. 2 BGB a.F.; vgl. auch § 634 Abs. 4 BGB a.F.

¹⁸ Art. 1646 Cc.

pagamenti legittimamente fatti per la vendita,¹⁹ oder des »unmittelbar« verursachten Schadens²⁰ verlangt werden, ohne dass die im Übrigen für einen Schadenersatzanspruch erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssten. Ersatzfähig sind danach sämtliche Kosten, die dem Käufer im Rahmen der Vertragsvorbereitung, des Vertragsschlusses oder der Durchführung des Vertrages entstehen.²¹ Diesen Normen lässt sich ohne weiteres entnehmen, dass der Verkäufer deshalb für nutzlos gewordene Aufwendungen einzustehen hat, weil der Grund für die Nichtdurchführung des Vertrages, der Sachmangel, in seiner Risikosphäre liegt.²² Allerdings wird die Auffassung vertreten, dass diese kaufrechtlichen Bestimmungen als Sonderregeln anzusehen seien und deshalb auf andere Rückabwicklungstatbestände nicht anwendbar sein sollen.²³

Schliesslich sei in diesem Zusammenhang noch eine letzte Fallgruppe erwähnt, die – wenngleich kein eigentlicher Vertragsbruch vorliegt – mit den Leistungsstörungstatbeständen doch eng verwandt ist. Bei verschiedenen Vertragstypen, die häufig stark auf gegenseitigem Vertrauen der Vertragsparteien aufbauen, gewähren viele Rechtsordnungen einer Vertragspartei ein Kündigungsrecht, dessen Ausübung jedoch zumindest zum Ersatz der von der Gegenseite gemachten Aufwendungen verpflichtet.²⁴

Versucht man, die Gemeinsamkeiten der oben genannten Beispiele herauszuschälen, so geht es immer darum, dass die Durchführung des wirksam geschlossenen Vertrages aufgrund eines Umstandes unterbleibt, der eindeutig der Risikosphäre einer Partei zuzuordnen ist. Verschulden im herkömmlichen Sinne ist dazu nicht Voraussetzung, wie insbesondere die Möglichkeit des Ersatzes der Vertragskosten bei der Wandlung deutlich macht. Diese Wertungsgesichtspunkte gilt es im Gedächtnis zu behalten, wenn nunmehr der Aufwendungsersatz bei nicht zur Perfektion gelangten Verträgen diskutiert wird.

¹⁹ Art. 1493 Abs. 1 it. Cc, vgl. dazu *Schlechtriem* (Fn. 1), Bd. 1, Kap. 3, Rn. 624.

²⁰ Art. 208 Abs. 2 OR.

²¹ Vgl. nur *Kaiser* (Fn. 3), 417ff.; Frankreich: *Hornung* (Fn. 9), 244f.; *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl., Heidelberg 1986, Rn. 2 G 617; Schweiz: *BernerKomm/Giger*, Art. 208 Rn. 34f., Art. 195 Rn. 34.

²² Vgl. auch *Schlechtriem* (Fn. 1), Bd. 1, Kap. 3, Rn. 624.

²³ Vgl. nur *Kaiser* (Fn. 3), 419.

²⁴ Vgl. Deutschland: §§ 649 BGB, 428 Abs. 2 S. 1 HGB, 35 Abs. 2 VerlG; Schweiz: vgl. Artt. 377, 404 Abs. 2, 475 Abs. 2, 546 Abs. 2 OR; Frankreich: vgl. etwa Art. 1794 Cc; Italien: Art. 1671 it. Cc. Umgekehrt gibt es auch Fälle, in denen die Gegenseite die Vertragskosten des *Zurücktretenden* unabhängig von einem Verschulden zu ersetzen hat, vgl. Deutschland: §§ 3 Abs. 3 S. 3 BauGBMassnG, 40 Abs. 2 S. 2 VVG.

IV. Aufwendungsersatz bei nicht zur Perfektion gelangten Verträgen

1. Allgemeine Überlegungen

Die Frage, ob eine Partei Ersatz ihrer nutzlos gewordenen Aufwendungen, ihres Vertrauensschadens, verlangen kann, wenn der Vertrag gar nicht zur Perfektion gelangt, wird vor allem in den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises seit *Jhering*²⁵ unter dem Stichwort der culpa in contrahendo diskutiert. Dabei wird bis heute betont, dass es sich insoweit um eine Verschuldenshaftung handle,²⁶ gesetzliche Normen, die eine Haftung auf das Vertrauensinteresse auch ohne Verschulden anordnen, werden als nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahmen betrachtet.²⁷

An dieser Situation hat sich auch mit dem Einheitsrecht und seiner prinzipiellen Abkehr vom Erfordernis des Verschuldens für die Haftung auf Schadensersatz wegen Leistungsstörungen nichts geändert. Dies liegt vor allem daran, dass Art. 4 S. 2 lit. a CISG Gültigkeitsfragen und damit auch die Rechtsfolgen bei Ungültigkeit eines Vertrages vom Anwendungsbereich des Abkommens ausschliesst und bekanntlich ein von der damaligen DDR-Delegation in Wien unternommener Vorstoss, im CISG eine Regelung zur culpa in contrahendo zu verankern, gescheitert ist.²⁸ Neben dem damals vom Jubilar²⁹ geäußerten Bedenken, dass die gesamte Materie für eine Regelung zu komplex sei, wurde

²⁵ *Jhering*, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, *Jherings JB* 4 (1861), 1 ff.

²⁶ Vgl. nur *ZürcherKomm/Schönenberger/Jäggi*, Art. 1 N 590; *BernerKomm/Kramer*, Allg. Einl. Rn. 133ff.; vgl. auch *MünchKomm/Kramer*, § 122 Rn. 6.

²⁷ So soll die verschuldensunabhängige Haftung des Anfechtenden nach § 122 BGB wegen des Verzichts auf das Verschuldenserfordernis kein Anwendungsfall der culpa in contrahendo sein: *MünchKomm/Kramer*, § 122 Rn. 6; vgl. ferner *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 626. Vgl. jedoch BGH 6. Febr. 1969, BB 1969, 464, wonach sich die Haftung bei grundlosem Abbruch von Vertragsverhandlungen aus einer Analogie zu § 122 BGB ergebe, ferner BGH 26. März/ 2. April 1974, WM 1974, 508ff., anders dagegen BGHZ 71, 395; zur uneinheitlichen Rechtsprechung des BGH vgl. *MünchKomm/Emmerich*, Vor § 275 Rn. 164; *Medicus*, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, Köln 1981, 479, 495f.; *Nirx*, Culpa in contrahendo – eine geglückte richterliche Rechtsfortbildung – quo vadis?, FS Möhring II, München 1975, 71, 81ff.; zur Analogie zu § 122 vgl. ferner *Larenz*, Bemerkungen zur Haftung für »culpa in contrahendo«, FS Ballerstedt, Berlin 1975, 397, 415ff. Für das schweizerische Recht vgl. *Gauch/Schluep/Schmid*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. Zürich 1998, Rn. 967.

²⁸ Vgl. dazu *Schlechtriem/Schlechtriem* (Fn. 9), vor Artt. 14–24 CISG Rn. 6; vgl. auch *Schütz*, UN-Kaufrecht und culpa in contrahendo, Frankfurt a.M. 1996, 173ff., der jedoch die Meinung vertritt, dass die Haftung aus culpa in contrahendo nicht generell vom Anwendungsbereich des CISG ausgeschlossen sei, vgl. 185ff.

²⁹ Vgl. O.R., 294 Rn. 81.

dem Vorschlag vor allem entgegengehalten, dass dieser die Haftung an Verschulden anknüpfe und deshalb nicht ins CISG passe.³⁰ Auch die UP und die PECL nehmen sich des Problems nicht in einem umfassenden Sinne an. Beide Regelwerke enthalten vielmehr lediglich im Kapitel über die Gültigkeit von Verträgen, das sich inhaltlich freilich auf Willensmängel beschränkt und weder Fragen der Unwirksamkeit wegen Gesetzes-, Sitten-, Formverstosses oder fehlender Geschäftsfähigkeit regelt,³¹ eine Bestimmung zur Haftung bei Aufhebung des Vertrages.³²

Meines Erachtens kann es kaum zweifelhaft sein, dass die mit dem Übergang vom culpa- zum Befreiungsmodell im Bereich der Leistungsstörungen verbundene Wertung auch auf die Frage der Haftung bei nicht zur Perfektion gelangten Verträgen durchschlagen muss. Auch hier muss es darum gehen, diejenige Partei einstehen zu lassen, in deren Risikosphäre der Umstand, der zur Unwirksamkeit des Vertrages führt, anzusiedeln ist, und nicht, ob eine Partei diesen Umstand verschuldet hat oder ihn kannte oder kennen musste.³³ Im Prinzip war dies schon bei *Jhering*³⁴ deutlich geworden, der zum Teil zu abenteuerlichen Konstruktionen Zuflucht nehmen musste, um in Fällen, in denen ihm die Haftung angezeigt erschien, das Vorliegen einer culpa begründen zu können.³⁵ So konnte nach der damals herrschenden Auffassung kein Vertrag zustande kommen, wenn der Offerent vor Annahme der Offerte verstorben war.³⁶ Um zu-

³⁰ Vgl. O.R., 294 Rn. 82.

³¹ Vgl. Art. 3.1 UP; Art. 4:101 PECL. Beide Bestimmungen erwähnen zwar den Formmangel nicht, der Ausschluss ergibt sich aber aus Art. 1.2 UP bzw. 2:101 Abs. 2 PECL, wonach der Vertrag zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form bedarf.

³² Vgl. Art. 3.18 UP; Art. 4:117 PECL.

³³ Vgl. zur vorvertraglichen Haftung auch schon *Erman*, AcP 139 (1934), 273, 327: »Wo es sich ... um Umstände handelt, die man ihrer Art nach selbst regelmäßig gut, der Gegner aber kaum oder gar nicht zu überschauen vermag, da kann durchaus eine Haftung ohne Schuld ... am Platze sein.«

³⁴ Vgl. nur *Jhering* (Fn. 25), 34f.: »Nun lässt sich allerdings nicht verkennen, dass [dem Verkäufer] unter Umständen [das Vertrags-]Hinderniß bei dem besten Willen verborgen bleiben durfte ... Dass der Verkäufer auch in einem solchen Fall haften muss ... entspricht auch ... der Billigkeit. Denn wenn es sich einmal darum handelt, ob er oder der Käufer unter den Folgen seiner Unkenntnis leiden soll, so kann doch die Wahl nicht zweifelhaft sein.« Vgl. dazu auch *Stoll*, Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, FS von Caemmerer, Tübingen 1978, 435, 441f.

³⁵ Vgl. *Medicus*, Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt, FS Keller, Zürich 1989, 205, 213f.; vgl. auch schon *Marcusen*, ZBJV 1890, 121, 126 (»Fiktion einer Verschuldung«); *Erman*, AcP 139 (1934), 273, 327; *Stoll*, Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen, FS Flume, Köln 1979, 741, 755; *Kessler/Fine*, 77 Harv.L.Rev. (1964) 401, 402, Fn. 4: »... *Jhering had to stretch fault beyond recognition to save his theory.*«

³⁶ Vgl. dagegen § 130 Abs. 2 BGB, dazu MünchKomm/Förschler, § 130 Rn. 9; für die Schweiz *Schwenzer* (Fn. 15), Rn. 27.21: Für das Vorliegen bestimmter subjektiver Voraussetzungen in der Person des Erklärenden ist der Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung entscheidend. Anders die Rechtslage in den USA, vgl. § 48 Restatement Contracts 2d sowie

mindest den Schadenersatzanspruch des Offertempfängers zu schützen, der im Nichtwissen um den Tod akzeptiert hatte, erkannte *Jhering* eine culpa darin, dass der Offerent »statt des allein sicheren Mittels der eignen mündlichen Mittheilung auf Gefahr des Gegners [das] unsichere [Mittel der Mittheilung durch einen Brief] ergreift«. Dass dabei das Verschulden nur mit »gewaltsamster Anstrengung« bejaht werden konnte, gab *Jhering* freimütig zu.³⁷

Die alles entscheidende Frage, die eigentliche *policy question*, ist dann freilich: Welche Unwirksamkeitsgründe fallen in den Risikobereich welcher Partei? Welche sind von beiden Parteien zu tragen, weil sie niemandem zuzurechnen sind?

Zur Beantwortung dieser Frage leistet die Rechtsvergleichung unschätzbare Dienste. Wo zum Beispiel ein bestimmter Umstand in anderen Rechtsordnungen schon die Wirksamkeit des Vertrages nicht beeinträchtigt, kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass er, wenn sich die von ihm nachteilig betroffene Partei darauf berufen darf, in den Risikobereich dieser Partei fallen und sie deshalb für allfällige Nachteile der anderen Partei einzustehen hat.

2. Einzelfälle

a) Fehlende Vertretungsmacht

Handelt ein Vertreter ohne Vertretungsmacht und genehmigt der Geschäftsherr das Vertreterhandeln nicht, so sind sich praktisch alle Rechtsordnungen darin einig, dass der falsus procurator gegenüber dem Dritten, der auf die Vertretungsmacht vertraut, auf Schadenersatz haftet. Während die Rechtsordnungen des angloamerikanischen³⁸ und nordischen Rechtskreises³⁹ wie auch das Einheitsrecht⁴⁰ eine strikte Einstandspflicht vorsehen und den Vertreter auch ohne Kenntnis vom Mangel der Vertretungsmacht auf das Erfüllungsinteresse haften lassen, sind im kontinentalen Recht⁴¹ auch in diesem Bereich Anklänge an das

Farnsworth (Fn. 7), § 3.18, S. 161f. Für die differenzierte englische Sichtweise vgl. *Beale* (Hrsg.), *Chitty on Contracts*, Bd. 1, 28. Aufl., London 1999, Rn. 2–091f.

³⁷ *Jhering* (Fn. 25), 91ff.

³⁸ Vgl. nur § 329 Restatement Agency 2d, insbes. Comment b); *Treitel* (Fn. 7), 682, mit Hinweis auf den *leading case Collen v. Wright* (1857) E. & B. 647.

³⁹ Vgl. § 25 Abs. 1 Contracts Acts (Dänemark, Schweden, Finnland); vgl. auch Art. 3:70 BW.

⁴⁰ Vgl. Art. 16 Abs. 1 Geneva Convention on Agency, abrufbar unter <<http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ag.htm>>; Art. 3:204 Abs. 2 PECL; vgl. auch Art. 64 CE-CAP: Der gutgläubige Dritte kann wahlweise den Vertrag als mit dem falsus procurator abgeschlossen betrachten oder aber Schadenersatz verlangen (Nr. 1); entscheidet er sich für Schadenersatz, kann er zwischen dem Ersatz des Vertrauens- und des Erfüllungsinteresses wählen (Nr. 2).

⁴¹ Vgl. Deutschland: § 179 BGB; Schweiz: Art. 39 OR; Griechenland: Art. 231 AK;

Verschuldensprinzip vorhanden: Kennt der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht, so haftet er nur auf das Vertrauensinteresse, die Haftung auf das Erfüllungsinteresse setzt Bösgläubigkeit voraus.⁴² Dennoch ist auch hier deutlich, dass das Bestehen der Vertretungsmacht eindeutig zum Risikobereich des Vertreters gehört. Er ist jedenfalls besser als die andere Vertragspartei in der Lage, dieses Risiko zu beherrschen.

Dasselbe gilt, wenn jemand für eine juristische Person handelt, die (noch) nicht existiert. Die Handelnden haften hier auf jeden Fall persönlich, ohne dass es auf die Gründe, warum die juristische Person nicht besteht, oder die Kenntnis hiervon seitens der Handelnden ankommt.⁴³

Hierher gehört auch der Fall, in dem der deutsche Bundesgerichtshof⁴⁴ eine Gemeinde, die eine Bürgschaftserklärung ohne Hinweis auf die noch fehlende Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde übersandt hatte, gegenüber dem auf eine wirksame Sicherung vertrauenden Gläubiger auf das – in diesem Fall mit dem positiven identische – negative Interesse haften liess.⁴⁵

b) Anfängliche Unmöglichkeit

Relativ eindeutig kann auch das Risiko der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung der Partei zugeordnet werden, die diese Leistung verspricht. Entgegen § 311a Abs. 2 BGB n.F.⁴⁶ darf es für die Haftung nicht auf Kenntnis oder Ken-

Österreich: OGH 19. Nov. 1975, JBl. 1978, 32, 35. In Frankreich, Belgien und Luxemburg haftet der Vertreter aus Delikt (Artt. 1382f. Cc): vgl. für Frankreich *Malaurie/Aynès/Gautier*, Les contrats spéciaux, 13. Aufl., Paris 1999, Rn. 575; *Endrös*, Kaufvertrag in Frankreich, 2. Aufl., Münster 1999, Rn. 53; Cass.Civ. 1. 2. 1984, Bull.Civ. I, Nr. 47; Luxemburg: Cour de Cassation 7. Jan. 1975, Pasirisie Luxembourgeoise 23, 68.

⁴² In Frankreich, Belgien und Luxemburg haftet der Vertreter auf das Erfüllungsinteresse, wenn er eine implizite oder explizite Garantie für das Bestehen der Vollmacht gegeben hat (Art. 1997 Cc e contrario), vgl. für Frankreich *Terré/Simler/Lequette*, Droit Civil: Les Obligations, 6. Aufl., Paris 1996, 138.

⁴³ Vgl. Deutschland: §§ 54 S. 2 BGB, 41 Abs. 1 S. 2 AktG, 11 Abs. 2 GmbHG; Schweiz: Artt. 645 Abs. 1, 783 Abs. 2 OR; Frankreich: Artt. L210–6, L251–4 Ccom; Italien: Art. 2331 Cc; England: Sec. 36C Abs. 1 Companies Act 1985, dazu *Morse/Marshall/Morris/Crabb*, Charlesworth & Morse Company Law, 16. Aufl., London 1999, 74f.

⁴⁴ Vgl. BGH 10. Juni 1999, WM 1999, 1637ff. = NJW 1999, 3335ff.

⁴⁵ Vgl. auch BGHZ 92, 164, 175: Die Gemeinde haftet auf das negative Interesse bei Nichteinhaltung der für sie geltenden Vertretungs- und Zuständigkeitsvorschriften.

⁴⁶ Im Unterschied zum Diskussionsentwurf (vgl. dazu die Begründung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Stand 4. August 2000, 338f.) wird die Schadenersatzpflicht für anfängliche Unmöglichkeit im Regierungsentwurf nicht mehr als blosser Unterfall des allgemeinen Tatbestandes der Pflichtverletzung (§ 280 BGB-RE) behandelt; der Gläubiger kann jedoch wie nach § 284 BGB-RE zwischen dem Ersatz seines Erfüllungs- oder Vertrauensinteresses wählen, vgl. § 311a Abs. 2 BGB-RE. Zum Diskussionsentwurf vgl. *Huber*, ZIP 2000, 2137ff.; vgl. auch *Canaris*, Zur Bedeutung der Kategorie der »Unmöglichkeit« für das Recht der Leistungsstörungen, in: Schulze/Schulte-Nölke

nenmüssen ankommen, sondern allein darauf, ob kein Befreiungsgrund vorliegt.⁴⁷ Daran dürfte heute eigentlich niemand mehr zweifeln.

Denn schon die nationalen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen hielten den Grundgedanken des *impossibilium nulla est obligatio* selbst nicht konsequent durch,⁴⁸ indem etwa der Verkäufer einer nicht existenten Forderung haftet,⁴⁹ wenngleich teilweise beschränkt auf das negative Interesse,⁵⁰ oder Verkäufer und Werkunternehmer auch dann für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften einzustehen haben, wenn diese naturgesetzlich gar nicht möglich sind.⁵¹ Die Rechtsprechung tat darüber hinaus ein Übriges zur Einschränkung des schon lange als rechtspolitisch verfehlt betrachteten Grundsatzes.⁵² Schliesslich sei auch an die Regel des Art. 1599 Cc erinnert, wonach der Kaufvertrag über eine fremde Sache zwar unwirksam ist, der Verkäufer jedoch auch ohne Kenntnis, d.h. ohne Verschulden, auf Schadenersatz haftet, wenn der Käufer den Rechtsmangel nicht kannte.⁵³

So verwundert es nicht, dass die moderne Lösung, wie sie im CISG⁵⁴ und anderen Einheitsregelwerken⁵⁵ vertreten wird, dahin geht, die Nichtigkeit we-

(Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, 43ff.

⁴⁷ Vgl. schon Stoll (Fn. 34), 435, 441; vgl. auch Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, 486ff.

⁴⁸ Vgl. Schlechtriem, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Tübingen 2000, Rn. 287ff. Das englische und irische Recht ist bei der Behandlung der *initial impossibility* bzw. *existing impracticability* flexibel, vgl. Lando/Beale, Principles of European Contract Law Teil I und II, Den Haag 2000, 229; Treitel (Fn. 7), 271f.: »[T]here may be a good contract about a non-existent subject matter if on the true construction of the contract the risk of non-existence is thrown on one party«; vgl. zum englischen und US-amerikanischen Recht auch Caytas, Der unerfüllbare Vertrag, Wilmington/Zürich 1984, 109ff., 127ff.

⁴⁹ Vgl. Deutschland: § 437 Abs. 1 BGB a.F.; Schweiz: Art. 171 Abs. 1 OR; Frankreich: Art. 1693 Cc; Italien: Art. 1266 Cc.

⁵⁰ Vgl. Schweiz: Art. 173 Abs. 1 OR.

⁵¹ Vgl. Schwenzer (Fn. 15), Rn. 64.04; MünchKomm/Thode, § 306 Rn. 9; BernerKomm/Kramer, Art. 19–20 Rn. 242.

⁵² Vgl. nur BGH 25. Nov. 1998, NJW 1999, 635; weitere Nachw. bei Schlechtriem (Fn. 48), Rn. 288f.; Hornung (Fn. 9), 231; Zweigert/Kötz (Fn. 47), 486f., 512; vgl. auch BernerKomm/Kramer, Art. 19–20 Rn. 239.

⁵³ Vgl. dazu Ferid/Sonnenberger (Fn. 21), Rn. 2 G 415ff.; Huet, Les principaux contrats spéciaux, Paris 1996, Rn. 11139, S. 86; vgl. auch Stoll (Fn. 34), 435, 442. Der zugesprochene Schadenersatz kann auch auf das Erfüllungsinteresse gehen, vgl. CA Orléans 26. Okt. 1967, D.1968 Jur. 210, dazu Hornung (Fn. 9), 228f. Zur Behandlung der anfänglichen Unmöglichkeit im französischen Recht vgl. allgemein Caytas (Fn. 48), 98ff.

⁵⁴ Vgl. implizit Art. 68 S. 1 CISG; vgl. Schlechtriem/Huber (Fn. 9), Art. 49 CISG Rn. 7; Schlechtriem/Stoll (Fn. 9), Art. 79 CISG Rn. 18f.

⁵⁵ Vgl. Art. 3.3 UP; Art. 4:102 PECL; vgl. Hornung (Fn. 9), 238f.; anders jedoch Art. 137 Nr. 2 lit. a CEC-AP: »[I]l n'existe aucun contrat si l'objet d'une offre n'existe pas ...«.

gen anfänglicher Unmöglichkeit ganz abzuschaffen und diese Sachverhalte den allgemeinen Regeln über Leistungsstörungen zu unterwerfen.

c) Willensmängel

Das Recht der – um den kontinentaleuropäischen Begriff zu gebrauchen – Willensmängel der verschiedenen Rechtsordnungen weist wohl mit die grössten Unterschiede im Bereich des allgemeinen Schuldrechts auf.⁵⁶ Dennoch erscheint es auch hier möglich, das Risiko der Nutzlosigkeit von im Vertrauen auf die Vertragsdurchführung getätigten Aufwendungen jedenfalls in den Kernbereichen bestimmter Fallgruppen der einen oder anderen Partei zuzuweisen.⁵⁷

Eindeutig kann die Risikozuordnung bei arglistiger oder absichtlicher Täuschung (*fraud*) und bei Drohung (*duress*) vorgenommen werden. Hier haben auch die auf der culpa-Haftung aufbauenden Systeme keine Schwierigkeiten. Die täuschende oder drohende Partei muss ersatzlos die Aufhebung des Vertrages hinnehmen und ist ihrerseits der anderen Partei – in der Regel deliktisch – zum Schadenersatz verpflichtet.⁵⁸ Gleichgestellt werden können die Fälle, in denen die Gegenpartei den Irrtum der anderen Partei kannte und die Aufklärung treuwidrig unterliess.⁵⁹

Den Gegenpol hierzu bilden jene Fälle, in denen die Gegenpartei den – einseitigen – Irrtum der anderen Partei weder veranlasst hat noch kennen konnte. Viele Rechtsordnungen lassen hier schon gar keine Vertragsaufhebung zu, wei-

⁵⁶ Vgl. nur *Kramer*, Der Irrtum beim Vertragsschluss, Zürich 1998; *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, Bd. I, Tübingen 1996, 260ff.; vgl. auch *Lando/Beale* (Fn. 48), 235 Rn. 1.

⁵⁷ Vgl. auch *Schlechtriem* (Fn. 1), Bd. 1, Kap. 3, Rn. 534ff.

⁵⁸ Vgl. nur Artt. 4:107f. PECL i. V.m. Art. 4:117 Abs. 1 PECL, dazu *Lando/Beale* (Fn. 48), 254, 281f.; Artt. 3:8f. UP i. V.m. Art. 3:18 UP; Deutschland: § 123 BGB (arglistige Täuschung, Drohung), die Schadenersatzpflicht kann sich aus §§ 823 Abs. 2, 826 BGB oder aus culpa in contrahendo ergeben, vgl. *MünchKomm/Kramer*, § 123 Rn. 30, 43; Schweiz: Artt. 28 OR (absichtliche Täuschung), 29 OR (Furchterregung), die Schadenersatzpflicht gründet auf einer Haftung aus culpa in contrahendo, vgl. *Schwenzer* (Fn. 15), Rn. 39.36f.; Österreich: § 870 (List, Furcht) i. V.m. § 874 ABGB; Frankreich, Belgien, Luxemburg: Artt. 1111 (*violenca*), 1116 (*dol*) i. V.m. Art. 1382 Cc; Italien: Artt. 1427, 1434 (*violenza*), 1439 (*dolo*) Cc, die Schadenersatzpflicht gründet auf einer Haftung aus culpa in contrahendo, vgl. *Sacco/de Nova*, Il contratto, in: *Sacco* (Hrsg.), Trattato di Diritto Civile, II, Turin 1993, 575ff.; Griechenland: Artt. 151, 181 AK i. V.m. Artt. 149, 152 AK; England: *Beale* (Fn. 36), Rn. 6–044ff., 7–039f., die Schadenersatzpflicht kann sich aus den Deliktstatbeständen *deceit* und *negligence* bzw. aus der Misrepresentation Act 1967 Sec. 2(1) ergeben, vgl. auch *Schlechtriem* (Fn. 1), Bd. 1, Kap. 3, Rn. 349ff.; USA: vgl. *Farnsworth* (Fn. 7), § 4.15, S. 260ff., § 4.19, S. 272f. Zu Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Drohung und Täuschung vgl. auch *Kötz* (Fn. 56), 298ff., ferner *Lando/Beale* (Fn. 48), 256 Rn. 7, 259, 283f. Rn. 1.

⁵⁹ Vgl. Artt. 4:103 Abs. 1(a) (ii), 4:117 PECL, dazu *Lando/Beale* (Fn. 48), 232f., Kommentar E), 237f. Rn. 3; Artt. 3:5 Abs. 1 (a), 3:18 UP.

sen mithin das gesamte Risiko der irrenden Partei zu.⁶⁰ Entsprechendes gilt für die so genannte Scherzerklärung.⁶¹ In weitgehend auf der Willenstheorie aufbauenden Rechtsordnungen ist die Anfechtung in diesen Fällen zwar möglich, die der Gegenpartei hierdurch zugemuteten Konsequenzen werden jedoch abgepuffert durch die Schadenersatzpflicht der anfechtenden Partei, die, wie § 122 BGB richtigerweise normiert,⁶² völlig verschuldensunabhängig sein muss.

Ebenfalls in diese Kategorie gehören die Fälle, in denen eine Drohung von einem Dritten ausgegangen ist. Hier lassen sich beträchtliche Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen erkennen. In einigen kann der Vertrag nur aufgehoben werden, wenn die Gegenpartei von der Drohung wusste oder wissen musste oder wenn der Dritte Stellvertreter war.⁶³ Andere stellen die Drohung durch einen Dritten der Drohung durch die Gegenpartei ausdrücklich gleich.⁶⁴ Nach griechischem und schweizerischem Recht hat der Bedrohte zwar das Recht, den Vertrag aufzuheben, kann jedoch nach Ermessen des Gerichts zur Leistung von Schadenersatz im Umfang des negativen Interesses verpflichtet werden.⁶⁵

Damit bleiben im Wesentlichen zwei Fälle, bei denen die Risikozuordnung Schwierigkeiten bereiten kann: Der durch die Gegenpartei veranlasste Irrtum und der gemeinsame Irrtum.

⁶⁰ England: vgl. *Treitel* (Fn. 7), 281 ff.; Neuseeland: Sec. 6 Contractual Mistakes Act 1977 e contrario; Niederlande: Art. 6:228 BW, vgl. dazu *Hartkamp/Tillema*, *Contract Law in the Netherlands*, Den Haag 1995, 78; Dänemark, Schweden, Finnland: § 33 Contracts Act. In den USA berechtigt der *unilateral mistake* nach traditioneller Sicht nicht zur Vertragsaufhebung; neuere Gerichtsentscheide gestehen jedoch insbesondere in Submissionsfällen ein limitiertes Vertragsaufhebungsrecht zu, vgl. *Farnsworth* (Fn. 7), § 9.4., S. 631 ff.; aus der Rechtsprechung vgl. *James T. Taylor & Son v. Arlington Indep. School Dist.*, 335 S.W.2d 371 (Tex. 1960); vgl. auch § 153 Restatement Contracts 2d, wonach der Irrtum, der der Gegenpartei weder bekannt sein musste noch von dieser veranlasst worden war, nur bei *unconscionability* zur Vertragsaufhebung führen kann.

⁶¹ § 118 BGB ist singulär. Zur Scherzerklärung im Schweizer Recht vgl. *Schwenzler* (Fn. 15), Rn. 30.02f.

⁶² So auch das griechische Recht in Art. 144 AK. Vgl. aber Art. 26 OR, wonach die Schadenersatzpflicht des Anfechtenden ein Verschulden voraussetzt. Das Verhalten des Irrenden wird jedoch mit einer gewissen Strenge beurteilt: BGE 105 II 23, 27; 113 II 25, 29, vgl. dazu *Schwenzler* (Fn. 15), Rn. 39.30; vgl. zum aOR auch schon *Rabel*, ZSR 1908, 291, 305.

⁶³ England: vgl. *Beale* (Fn. 36), Rn. 7–038, S. 430f.; Österreich: § 875 ABGB; Niederlande: Art. 3:44 Abs. 5 BW. Art. 152 Nr. 1 CEC-AP verlangt zusätzlich, dass die Gegenpartei *«en a tiré un avantage»*.

⁶⁴ Frankreich, Belgien, Luxemburg: Art. 1111 Cc; Italien: Art. 1434 Cc. Nach portugiesischem Recht ist die Vertragsaufhebung bei Drohung durch einen Dritten nur unter qualifizierten Voraussetzungen möglich, Art. 256 Cc.

⁶⁵ Griechenland: Artt. 150, 153 AK; Schweiz: Art. 29 Abs. 2 OR, vgl. dazu *BaslerKomm/Schwenzler*, Art. 29 OR Rn. 11, 13.

Für den Fall, dass der Irrtum auf unrichtige Information durch die Gegenpartei zurückzuführen ist, gehen wohl viele Rechtsordnungen davon aus, dass eine Schadenersatzhaftung der Gegenpartei nur anzunehmen sei, wenn sie die Unrichtigkeit der Information erkennen konnte,⁶⁶ sei es, dass die Haftung dogmatisch auf Delikt oder auf culpa in contrahendo gestützt wird.⁶⁷ Auch im Falle des gemeinsamen Irrtums wird im Wesentlichen auf die Frage der Erkennbarkeit abgestellt.⁶⁸

Die Frage der Erkennbarkeit und damit letztendlich des Verschuldens erscheint indes als zu grobes Raster, um eine Risikozuweisung in diesen Fällen vornehmen zu können. Kriterien wie die jeweilige Stellung einer Partei im Wirtschaftsleben oder das gerechtfertigte Vertrauen in die Sachkunde der anderen Partei können für die Frage der Haftung nicht ausser Acht gelassen werden.⁶⁹ Für Tatsachen aus dem Umfeld insbesondere der professionellen Partei hat diese im Regelfall einzustehen. Schlussendlich kommt man indes wohl kaum um eine Lösung herum, die dem Gericht bei der Risikozuordnung grösstes Ermessen einräumt, wie dies etwa im US-amerikanischen⁷⁰ und israelischen Recht⁷¹ der Fall ist, wenn man den Begriff des Verschuldens nicht denaturieren will, wie dies schon *Jhering*⁷² praktizieren musste.

⁶⁶ Vgl. nur Art. 4:106 PECL; Frankreich: Civ. 29. Nov. 1968, Gaz.Pal. 1969, I, 63; England: Sec. 2(1) Misrepresentation Act 1967, vgl. aber Sec. 2(2): Bei einer *innocent misrepresentation* kann das Gericht auf Schadenersatz statt auf *rescission* erkennen, dazu *Schlechtriem* (Fn. 1), Bd. 1, Kap. 3, Rn. 568; *Treitel* (Fn. 7), 330ff.; Irland: Irish Sale and Supply of Goods Act 1980, Sec. 45(1); Schottland: Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1985, Sec. 10; die Haftung kann sich auch aus *tort* ergeben, vgl. *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.* [1963] A.C. 465, H.L., *Bank of Ireland v. Smith* [1966] I.R. 646; USA: §§ 525, 552 Restatement Torts 2d, vgl. aber § 552c Restatement Torts 2d: Bei einer *innocent misrepresentation* kann Schadenersatz im Umfang der Differenz zwischen dem Wert der gegebenen und dem Wert der empfangenen Leistung verlangt werden; im Ergebnis entspricht dies der Vertragsaufhebung, vgl. *Keeton et al.* (Hrsg.), Prosser and Keeton on Torts, 5. Aufl., St. Paul 1991, 748f.

⁶⁷ Vgl. nur *Kramer* (Fn. 56), Rn. 112f., S. 134ff.; ferner *Lando/Beale* (Fn. 48), 251.

⁶⁸ Vgl. nur Art. 4:117 PECL; *Lando/Beale* (Fn. 48), 233 Kommentar F).

⁶⁹ Dass solche Erwägungen auch in jenen Rechtsordnungen eine Rolle spielen, die auf dem culpa-Modell aufbauen, zeigt BGHZ 92, 164, 175: »Ein Verschulden der Amtsverwalter der Beklagten ... ist schon deshalb zu bejahen, weil sie die für sie geltenden Vertretungs- und Zuständigkeitsvorschriften besser kennen mussten als die Klägerin ...«.

⁷⁰ § 154 lit. c Restatement Contracts 2d: »A party bears the risk of a mistake when the risk is allocated to him by the court on the ground that it is reasonable in the circumstances to do so.«; *Watkins & Son v. Carrig*, 21 A.2d 591 (N.H. 1941); *Farnsworth* (Fn. 7), § 9.3., S. 629f.: Nach Abschluss eines Werkvertrages entdecken die Parteien, dass der zu bebauende Boden Gestein enthält, welches den Bau wesentlich kostspieliger machen wird als vertraglich vereinbart. Der Unternehmer kann den Vertrag nicht wegen (gemeinsamen) Irrtums aufheben, denn: »It is ... thought more reasonable for the builder to bear the risk of the mistake ... in the light of the builder's generally greater expertise.«

⁷¹ Vgl. Sec. 14 (b) Contracts (General Part) Law.

⁷² Vgl. oben bei Fn. 34.

d) Gesetzes- und Sittenwidrigkeit

Die Fälle der Gesetzes- und Sittenwidrigkeit werden allgemein als so heterogene Materien betrachtet, dass die Zeit für den Versuch einer Vereinheitlichung noch nicht als reif angesehen wird.⁷³ Dennoch sei es gewagt, für die vorliegende Fragestellung eine Grobeinteilung der Unwirksamkeitsgründe vorzunehmen.

Vom Schutzzweck der Unwirksamkeitsnorm aus betrachtet lassen sich die Fälle der Gesetzes- und Sittenwidrigkeit vereinfachend in zwei grosse Gruppen einordnen: Einerseits Normen, deren ausschliesslicher Zweck der Schutz einer Partei darstellt, und andererseits Normen, die die Durchführung eines Vertrages aus gesamtgesellschaftlichen, wirtschaftspolitischen oder ähnlichen Gründen verbieten.⁷⁴

Zur ersten Gruppe gehören neben verbraucherschützenden Unwirksamkeitsnormen⁷⁵ solche, die aufgrund Persönlichkeitsschutzes eine übermässige Bindung oder Bindung in höchstpersönlichen Bereichen untersagen,⁷⁶ aber auch das Verbot von Wucher, Übervorteilung⁷⁷ oder einseitig belastenden Vertragsklauseln⁷⁸. Oft ist es mehr oder weniger historisch bedingter Zufall, ob eine Rechtsordnung die Unwirksamkeit in solchen Fällen ex lege anordnet oder es in die Hand der geschützten Person legt, sich von dem sie belastenden Vertrag mittels Anfechtung oder dergleichen zu lösen.⁷⁹ Soll der Schutzzweck der Unwirksamkeitsnorm nicht leer laufen, darf die geschützte Person keinesfalls zum Ersatz unnütz gewordener Aufwendungen der anderen Partei herangezogen werden. Andererseits sollte es der geschützten Person im Regelfall ermöglicht werden, bei Nichtdurchführung des Vertrages ihre Aufwendungen zu liquidieren.

Schwieriger ist die Risikoordnung in der zweiten Fallgruppe, d. h. bei Unwirksamkeitsnormen, die die Allgemeinheit schützen wollen. Zunächst muss es auch hier darum gehen, den Unwirksamkeitsgrund der Sphäre einer Partei zuzuordnen, wie zum Beispiel wenn eine Gemeinde das zum Vertragsschluss erforderliche Verfahren nicht beachtet.⁸⁰ Dabei muss auch die jeweilige Stellung

⁷³ Vgl. nur Art. 4 lit. a) CISG; Art. 4:101 PECL; Art. 3.1 lit. c) UP.

⁷⁴ Vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 47), 377ff., 380ff.

⁷⁵ Zum Verbraucherschutz vgl. *Kötz* (Fn. 56), 194ff.; *Zweigert/Kötz* (Fn. 47), 323ff.

⁷⁶ Z.B. Schweiz: Art. 27 ZGB; England: *Horwood v. Millar's Timber and Trading Co. Ltd.* [1917] K.B. 305, dazu *Beale* (Fn. 36), Rn. 17–006; vgl. auch *Kötz* (Fn. 56), 239ff.

⁷⁷ Vgl. z.B. Art. 3:10 UP; Art. 4:109 PECL; Schweiz: Art. 21 OR; Deutschland: § 138 Abs. 2 BGB; Griechenland: Artt. 178f. AK; USA: § 1916–2 Cal. Civ. Kode; Luxemburg: Art. 1118 Cc; Niederlande: Art 3:44 Abs. 4 BW.

⁷⁸ Vgl. nur Art. 4:110 PECL.

⁷⁹ Vgl. nur § 138 Abs. 2 BGB einerseits, Art. 21 OR, Art. 4:109 PECL andererseits; § 9 Abs. 1 AGBG bzw. § 307 Abs. 1 BGB-RE einerseits, Art. 4:110 PECL andererseits.

⁸⁰ Vgl. aus der US-amerikanischen Rechtsprechung *Coleman et al. v. Bossier City*, 305 So. 2d 444.

im Wirtschaftsleben beachtet werden. So müssen zum Beispiel internationale Handelsbeschränkungen, wie etwa Ex- oder Importverbote, oder staatliche Genehmigungserfordernisse, die bereits die Wirksamkeit des Vertrages beschlagen, genauso behandelt werden wie staatliche Eingriffe, die die Erfüllung verhindern; d. h. es ist zu fragen, ob es sich um einen Befreiungsgrund handelt bzw. handeln würde.⁸¹ Erst wo eine klare Zuordnung nicht möglich ist, wird man in dieser Fallgruppe auf das culpa-Prinzip zurückfallen dürfen.⁸²

e) Formmangel

Die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Formmangels wird in vielen Rechtsordnungen bereits dadurch abgemildert, dass unter bestimmten Umständen einer Partei die Berufung auf die Unwirksamkeit versagt wird. In Deutschland und in der Schweiz erfolgt dies unter dem Stichwort des Verbots des Rechtsmissbrauchs,⁸³ im US-amerikanischen Recht unter dem des *promissory estoppel*.⁸⁴ Voraussetzungen und Konsequenzen differieren dabei allerdings nicht unbedeutend zwischen den einzelnen Rechtsordnungen. Während im deutschen Recht die Berufung auf den Formmangel nur bei schlechthin untragbaren Ergebnissen untersagt wird,⁸⁵ findet der Einwand des Rechtsmissbrauchs im

⁸¹ Die Gleichbehandlung drängt sich auch im Hinblick auf das CISG und das Parallelproblem der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit auf. Die anfängliche Unmöglichkeit kann einen Befreiungsgrund i.S.v. Art. 79 CISG darstellen; das als subsidiäres Vertragsstatut anwendbare nationale Recht wird durch das CISG verdrängt, und zwar auch dann, wenn das Landesrecht bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit die Vertragungültigkeit statuiert, Schlechtriem/Stoll (Fn. 9), Art. 79 CISG Rn. 19.

⁸² Weiter gehend Medicus (Fn. 27), 479, 509f.

⁸³ Vgl. Kötz (Fn. 56), 141, 143ff. Im österreichischen Recht führt die Nichteinhaltung der Form zu einer Naturalobligation; gemäss § 1432 ABGB kann das auf eine formunwirksame Forderung hin Geleistete nicht zurückgefordert werden; in Frankreich führt nur der Verstoß gegen die Solemnitätsform zur Nichtigkeit, eine Heilung durch Erfüllung ist ausgeschlossen, vgl. BaslerKomm/Schwenzer, Art. 11 OR Rn. 34. Zu den in Deutschland und der Schweiz praktisch bedeutsamen Fällen formungültiger Grundstückskaufverträge gibt es in Frankreich kaum Entscheidungen, da mündlich abgeschlossene Grundstückskaufverträge nach französischem Recht inter partes gültig sind, vgl. Kötz (Fn. 56), 137, 140.

⁸⁴ Vgl. § 139 Restatement Contracts 2d; Farnsworth (Fn. 7), § 6.12, S. 417ff.; Calamari/Perrillo (Fn. 7), § 19–48, S. 776ff. Ursprünglich konnte sich eine Partei im Anwendungsbereich der *statute of frauds* nur auf die Doktrin der *equitable estoppel* berufen, welche eine *misrepresentation* voraussetzt, nicht dagegen auf die bereits in § 90 des ersten Restatement of Contracts enthaltene Doktrin der *promissory estoppel*. Die Wende setzte mit dem Entscheid *Monarco v. Lo Greco*, 220 P.2d 737 (Cal. 1950), ein und führte zur Aufnahme eines neuen § 139 in den Restatement Contracts 2d. Zu den Unterschieden zwischen *equitable* und *promissory estoppel* vgl. Farnsworth (Fn. 7), § 2.19, 93f.

⁸⁵ Vgl. MünchKomm/Förschler, 3. Aufl. (1993), § 125 Rn. 55ff.; vgl. aus der Rechtsprechung etwa BGHZ 92, 164, 171f.

Schweizer Recht einen wesentlich breiteren Anwendungsbereich.⁸⁶ Für die vorliegende Thematik von besonderem Interesse ist das US-amerikanische Recht: *promissory estoppel* kann zur Anwendung gelangen, wenn die andere Partei im Vertrauen auf ein Versprechen Nachteile erlitten hat, mit denen der Versprechende rechnen musste.⁸⁷ Auf ein wie auch immer geartetes Verschulden kommt es nicht an. Bemerkenswert ist dabei auch, dass der Rechtsbehelf »*is to be limited as justice requires*«,⁸⁸ so dass je nach Fallgestaltung statt einer Haftung auf das Erfüllungsinteresse auch lediglich eine solche auf das Vertrauensinteresse in Betracht kommt.⁸⁹

Wie bei der Fallgruppe der Gesetzes- und Sittenwidrigkeit muss im Übrigen auch hier nach dem Schutzzweck der jeweiligen Formvorschrift unterschieden werden.⁹⁰ Handelt es sich zum Beispiel um eine Verbraucherschützende Formvorschrift, so hat der Verbraucher den Unternehmer für seine im Hinblick auf den anvisierten Vertrag getätigten Aufwendungen selbst dann nicht zu entschädigen, wenn ausnahmsweise nur der Verbraucher, nicht aber der Unternehmer den Formverstoss kannte.

f) *Widerruf der Offerte, Abbruch von Vertragsverhandlungen*

Die Regelungen der verschiedenen Rechtsordnungen zur Frage der Widerruflichkeit der Offerte spiegeln ebenfalls sehr deutlich wider, wie es vor allem auch darum geht, den Offertenempfänger zu schützen, wenn er im Vertrauen auf die Offerte Aufwendungen getätigt hat, wie mithin das finanzielle Risiko des Widerrufs einer Offerte zu Lasten des Offerenten geht. Am weitesten reicht der Schutz in den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises, die die Offerte als grundsätzlich unwiderruflich ansehen.⁹¹ Der Offertenempfänger kann Erfüllung oder jedenfalls das Erfüllungsinteresse verlangen. Frankreich gelangt bekanntlich zumindest teilweise mit einer vom Verschulden losgelösten Schadenersatzhaftung zum selben Ergebnis.⁹² Wird der Widerruf zugelassen – wie zum

⁸⁶ Einzelheiten bei Schwenzer (Fn. 15), Rn. 31.30ff.

⁸⁷ Vgl. §§ 90, 139 Restatement Contracts 2d; zu § 87 Abs. 2 vgl. unten Fn. 95. § 2–201 Abs. 3(a) UCC gilt ebenfalls als Ausdruck der *promissory estoppel*-Doktrin, vgl. Farnsworth (Fn. 7), § 6.12, S. 417f. Zum Verhältnis zwischen § 90 und § 139 Restatement Contracts 2d vgl. § 139 Restatement Contracts 2d, Comment a); Farnsworth (Fn. 7), § 6.12, S. 421.

⁸⁸ Vgl. §§ 90 Abs. 1, 139 Abs. 1 Restatement Contracts 2d.

⁸⁹ § 90 Restatement Contracts 2d, Comment d); Farnsworth (Fn. 7), § 2.19, S. 98ff., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁹⁰ Vgl. auch Schlechtriem (Fn. 1), Bd. 1, Kap. 3, Rn. 691.

⁹¹ Vgl. Deutschland: § 145 BGB; Schweiz: Artt. 3, 5 OR; Österreich: § 862 ABGB.

⁹² Vgl. Civ. 17. Dez. 1958, D. 1959, 33; Civ. 10. 5. 1968, Bull.civ. 1968 III, Nr. 162. Die Offerte gilt zwar grundsätzlich als frei widerruflich, doch hat die Rechtsprechung dieses Prinzip stark eingeschränkt, vgl. Ghestin, *La formation du contrat*, 3. Aufl., Paris 1993, Rn. 303ff., S. 270ff.; zur unsicheren dogmatischen Begründung der Schadenersatzpflicht

Beispiel bei der Auslobung – so wird jedenfalls partiell⁹³ verschuldensunabhängig Ersatz des Vertrauensschadens gewährt.

Das angloamerikanische Recht geht zwar bekanntermassen von der Widerruflichkeit der Offerte aus,⁹⁴ vor allem das US-amerikanische Recht schützt jedoch den Offertenempfänger bei bereits getätigten Aufwendungen unter der bereits im Rahmen der Formungültigkeit erwähnten Theorie des *promissory estoppel*.⁹⁵ Die finanziellen Folgen des Widerrufs einer Offerte werden damit jedenfalls dann dem Risikobereich des Offerenten zugerechnet, wenn der Offertenempfänger darauf vertrauen durfte.

Auf dieser Linie ist auch die Problematik des Abbruchs von Vertragsverhandlungen zu lösen. Es kann nicht darum gehen, ob jemand seine Pflicht, die andere Partei auf die Unsicherheit des Vertragsschlusses hinzuweisen, verletzt.⁹⁶ Entscheidend ist vielmehr, ob die andere Partei im gerechtfertigten Vertrauen auf den Vertragsschluss Nachteile erlitten hat, die einen Ausgleich erheischen.⁹⁷ Ob als Rechtsbehelf dann Erfüllung, Ersatz des Erfüllungsinteresses oder lediglich des Vertrauensinteresses verlangt werden kann, muss dem Einzelfall vorbehalten bleiben.⁹⁸

g) Fehlende Geschäftsfähigkeit

Als letzte Fallgruppe sei hier die Unwirksamkeit eines Vertrages aufgrund fehlender Geschäftsfähigkeit einer Partei behandelt.⁹⁹ So eindeutig wie in der Ersten hier behandelten Fallgruppe die fehlende Vertretungsmacht zulasten des Handelnden geht, so wird hier die Gegenpartei mit dem Risiko der Unwirk-

(Haftung aus Delikt oder wegen Verletzung eines Vorvertrages?) und zur daraus folgenden Ungewissheit der Höhe des zuzusprechenden Schadenersatzes vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 47), 353ff.; *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, Bd. 1/1, 2. Aufl., Heidelberg 1994, Rn. 1 F 225; vgl. auch *Schmidt*, Rev.trim.dr. civ. 1974, no. 14ff.; *Lorenz*, ZEuP 1994, 218, 227ff.

⁹³ Vgl. Art. 8 Abs. 2 OR; anders dagegen § 658 BGB.

⁹⁴ Vgl. nur *Farnsworth* (Fn. 7), § 3.17, 157ff.; *Treitel* (Fn. 7), 39; vgl. aber für den Handelskauf § 2–205 UCC.

⁹⁵ Vgl. § 87 Abs. 2 Restatement Contracts 2d, welcher gemäss Comment e) eine qualifizierte Ausgestaltung des § 90 Restatement Contracts 2d darstellt; *Drennan v. Star Paving Co.*, 333 P.2d 757 (Cal. 1958), dazu *Farnsworth* (Fn. 7), § 3.25, S. 192f.

⁹⁶ Vgl. auch schon *Stoll* (Fn. 34), 435, 448.

⁹⁷ Vgl. aus der US-amerikanischen Rechtsprechung *Walters v. Marathon Oil Co.*, 642 F.2d 1098 (7th Cir. 1981). Zur Rechtsprechung des BGH, wonach sich die Haftung bei Abbruch von Vertragsverhandlungen aus einer Analogie zu § 122 BGB ergebe, vgl. die Hinweise in Fn. 27.

⁹⁸ Zur Frage, inwieweit solche Rechtsbehelfe neben dem CISG zur Anwendung gelangen können, vgl. *Schlechtriem/Schlechtriem* (Fn. 9), Art. 16 CISG Rn. 13 m.w.Nachw.

⁹⁹ Vgl. dazu insbes. *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung, Heidelberg 1985, 89ff.

samkeit des Vertrages belastet.¹⁰⁰ Der Minderjährigenschutz geht dem Verkehrsschutz grundsätzlich vor. Bis zu welcher Grenze dies gelten soll, ist freilich eine Wertungsfrage, die unterschiedlich beantwortet wird: Während nach deutschem Recht nur der vorsätzlich handelnde urteilsfähige Minderjährige zum Schadenersatz verpflichtet ist,¹⁰¹ soll zum Beispiel nach Schweizer Recht bereits Fahrlässigkeit für die Ersatzpflicht ausreichen.¹⁰²

V. Aufwendungsersatz im Rahmen bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung

Die vorstehenden Ausführungen gingen von der Prämisse aus, dass ein Leistungsaustausch auf den sich als unwirksam herausstellenden Vertrag noch nicht erfolgt ist, dass vielmehr eine Partei lediglich Ersatz der von ihr getätigten nutzlosen Aufwendungen begehrt. Wie gestaltet sich nun die Rechtslage, wenn die Gegenpartei oder beide Parteien bereits geleistet hat bzw. haben? Kann dann die Partei, die Aufwendungen getätigt hat, diese im Rahmen des Bereicherungsausgleichs zur Anrechnung bringen, sind diese als bereicherungsmindernd im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB¹⁰³ oder Art. 64 OR anzusehen?¹⁰⁴

¹⁰⁰ Vgl. jedoch Art. 150 Nr. 2 CEC-AP: »Le contrat n'est pas annulable si le mineur a occulté par tromperie son âge mineur ou si la contrepartie était de bonne foi, car les conditions d'infirmité mentale de l'incapable n'étaient pas décelables ou son état d'incapacité déclarée n'était pas aisément identifiable.«

¹⁰¹ Vgl. § 826 BGB; vgl. auch *Medicus* (Fn. 27), 479, 517.

¹⁰² Vgl. Art. 411 Abs. 2 ZGB; dazu *BaslerKomm/Leuba*, Art. 411 ZGB Rn. 14; Nachw. zum skandinavischen Recht bei *Schlechtriem* (Fn. 1), Bd. 1, Kap. 3, Rn. 310ff.; zum anglo-amerikanischen Recht vgl. *Farnsworth* (Fn. 7), §§ 4.4f., S. 228ff.; *Schlechtriem* (Fn. 1), Bd. 1, Kap. 3, Rn. 313ff.; *Treitl* (Fn. 7), 498ff.

¹⁰³ Vgl. dazu insbes. *König* (Fn. 99), 149ff., 152ff., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; *Kaiser* (Fn. 3), 442ff.; *Jauernig/Schlechtriem*, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., München 1999, § 818 BGB Rn. 34. Zur Tragweite von § 818 Abs. 3 BGB bei der Rückabwicklung formungültiger Grundstücksgeschäfte vgl. *Schlechtriem* (Fn. 1), Bd. 1, Kap. 3, Rn. 368, insbes. Fn. 1101; vgl. auch *König* (Fn. 99), 109ff.

¹⁰⁴ Vgl. auch den englischen Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, welcher Anwendung findet auf alle Verträge nach englischem Recht, die »impossible of performance or ... otherwise frustrated« worden sind, soweit »the parties thereto have for that reason been discharged from the further performance of the contract«, Sec. 1(1). Nach Sec. 1(2) können bereits erbrachte Geldleistungen zurückgefordert werden; es steht jedoch im Ermessen des Gerichts, einen Abzug vorzunehmen für »expenses incurred by the party to whom the sums were so paid before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract«, vgl. dazu *Schlechtriem* (Fn. 1), Bd. 1, Kap. 3, Rn. 652ff., 655; *Goff/Jones*, The Law of Restitution, 5. Aufl., London 1998, 556ff.; vgl. auch *dies.*, 824f., zu § 818 Abs. 3 BGB. In Spanien gehen bei der Rückabwicklung wegen Irrtums die Aufwendungen des Irrenden, die dieser im Vertrauen auf die Vertragsgültigkeit gemacht hat, zu Lasten der Gegenpartei, vgl. *Schlechtriem* (Fn. 1), Bd. 1, Kap. 3, Rn. 556. Zur Rechtslage in Frankreich vgl. *ders.* (Fn. 1), Bd. 1, Kap. 3, Rn. 601; allgemein zur Rückabwicklung nach Vertragsauflösung vgl. *ders.* (Fn. 1), Kap. 3, Rn. 574ff.

Deutsche Lehre und Rechtsprechung haben lange daran gekrankelt zu glauben, man könne diese Frage einheitlich für alle Fallgruppen der Rückabwicklung beantworten. Allein um eine einheitliche Theorie wurde viel gestritten beginnend mit Kausalitätsgedanken,¹⁰⁵ über Vertrauensschutz und Nutzererwägungen¹⁰⁶, schadenersatzrechtliche Begrenzungsversuche¹⁰⁷ bis hin zu der Auffassung, die Aufwendungen bei dem zu belassen, der sie getätigt hat oder der die Rückabwicklung verlangt.¹⁰⁸

Es ist das herausragende Verdienst des Jubilars, mit aller Deutlichkeit herausgearbeitet zu haben, dass für die Einzelheiten und den Umfang der Rückabwicklung ein einheitlicher Ansatz nicht sachgerecht ist, sondern vielmehr die jeweiligen Gründe des Scheiterns des Vertrages mit zu berücksichtigen sind.¹⁰⁹ Mit anderen Worten: Für die Frage, zu wessen Lasten nutzlos gewordene Aufwendungen gehen müssen, kann es weder eine Rolle spielen, ob ein Vertrag von vornherein unwirksam war oder erst später aufgehoben wurde, d.h. welchen Rechtsregeln die Rückabwicklung untersteht, noch ob die Parteien bereits mit dem Leistungsaustausch begonnen haben oder nicht. Die Wertungen, die im Vorstehenden für die einzelnen Fallgruppen herausgearbeitet versucht wurden, müssen immer dieselben sein.

VI. Schlussbetrachtung

Bei der Frage, ob Aufwendungsersatz bei nicht durchgeführten Verträgen zu gewähren ist, kann es nicht darauf ankommen, ob der Umstand, der der Nichtdurchführung zugrunde liegt, bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorlag oder erst später eintrat. Dementsprechend vermag auch der namentlich in der deutschen Literatur entsprechend der Lehre von der culpa in contrahendo vertretene Standpunkt, bei anfänglichen Hindernissen sei Kenntnis oder Kennenmüssen einer Vertragspartei für das Einstehenmüssen entscheidend, nicht zu überzeugen. Ebenso wenig wie der Zeitpunkt des Eintritts des leistungshindernden Umstandes kann es für die Frage des Aufwendungsersatzes eine Rolle spielen, ob ein (teilweiser) Leistungsaustausch bereits erfolgt ist oder nicht. In

¹⁰⁵ So vor allem die Rechtsprechung, vgl. Nachw. bei MünchKomm/Lieb, § 818 Rn. 56; Kaiser (Fn. 3), 442f.

¹⁰⁶ Vor allem Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1994, § 73 I 1b, 2a, S. 296f.

¹⁰⁷ Vgl. Flessner, Wegfall der Bereicherung, Berlin/Tübingen 1970, 103ff.; vgl. dazu auch Kaiser (Fn. 3), 446.

¹⁰⁸ Vgl. Flume, Aufwendungen und Erträge bei der Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge als Problematik der Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, GS Knobbe-Keuk, Köln 1997, 111, 116f. Zum Theorienstreit vgl. Kaiser (Fn. 3), 442ff.

¹⁰⁹ Vgl. Schlechtriem (Fn. 1), Bd. 1, Kap. 3 Rn. 685; ansatzweise auch schon Flessner (Fn. 107), 116f.; vgl. auch König (Fn. 99), 95.

allen Fällen muss es vielmehr darum gehen, den Umstand, der zur Nichtdurchführung eines Vertrages führt, der Risikosphäre einer der beiden Parteien zuzuordnen. Allein eine solche Sichtweise wirkt Zufälligkeiten, wie z.B. dem Zeitpunkt des Eintritts eines Hinderungsgrundes, entgegen und kann als Ausgangslage für einen an Sachfragen orientierten internationalen Diskurs genommen werden, der dem Jubilar so am Herzen liegt.