

1. Teil. Einleitung

Der OGH judiziert seit geraumer Zeit, dass die Prospekthaftung eine „*typisierte Vertrauenshaftung aus Verschulden bei Vertragsabschluss*“ ist.¹ Die Beharrlichkeit und die Selbstverständlichkeit, mit der der OGH diese Einordnung inzwischen schon über beinahe zwei Jahrzehnte vertritt, ließe erwarten, dass dieser offenbar besondere (?) Haftungstyp, einschließlich seiner Stellung und seines Rangs im österreichischen Schadenersatzrecht, abschließend geklärt ist. Diese Erwartung bekräftigt, dass das österreichische Schrifttum das Verständnis des OGH anscheinend wohlwollend rezipiert.² Zum Teil betont das Schrifttum – wohl unter dem Einfluss dieses Stehsatzes aus der Judikatur – auch, dass der Haftungsgrund in einer Vertrauensgrundlage zu erkennen ist.³

Bei diesem Einklang von Rechtsprechung und Schrifttum mag es zwar zunächst wenig vordringlich scheinen, der Bedeutung auf den Grund zu gehen, die der Begriff der „Vertrauenshaftung“ in der österreichischen Rechtsordnung für sich beansprucht. Anstoß dazu mögen jedoch die kontroversen Bewertungen der Vertrauenshaftung im deutschen Schrifttum geben. Die Skala reicht nämlich von der Qualifikation der Vertrauenshaftung als eine der großen privatrechtlichen Entdeckungen des 20. Jahrhunderts⁴ bis hin zum Bestreiten ihrer

1 RIS-Justiz RS0107352. Siehe ferner auch 1 Ob 182/18y (ZFR 2019, 305 [Müller/Reich]), wonach der Prospektbegriff im umfassenden Sinn zu verstehen und maßgeblich ist, ob ein Schriftstück dem Vertrieb der Anlage dient und generell geeignet ist, den Anlageentschluss eines potentiellen Anlegers zu beeinflussen, indem durch den veranlagungsrelevanten Umstand ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde. Siehe dazu zusammenfassend bei Fn 2560.

2 Kals/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 3, Rz 26; Koziol in Koziol, Rechtsvergleichende Grundfragen 751 (838); ders, Haftpflichtrecht II³ A 2 Rz 395, A 6 Rz 177; Zivny, KMG² § 11 Rz 11. Siehe aber auch Riss, Anm zu OGH 9 Ob 43/13h, ÖBA 2014, 528 (531f).

Im Zusammenhang mit der Haftung des Auftraggebers bei Vergabeverstoß (s dazu noch auf im 4. Teil § 3.III.B.) hat Heid (ecolex 1995, 93) betont, dass in der „Vergeberankündigung“ zwar kein rechtsgeschäftlicher Bindungswille zum Ausdruck kommt. Die „Vergeberankündigung“ begründe aber Pflichten, die „dogmatisch aus allgemeinen Grundsätzen der Vertrauenshaftung abzuleiten sind“ (s auch dens, ecolex 1996, 7). Zur falsus-procurator-Haftung nach § 1019 ABGB (s dazu noch auf im 3. Teil § 2.) hat Wilhelm (ecolex 2004, 1) formuliert, dass durch sie die „allgemeine Vertrauenshaftung“ ins ABGB eingefügt wird.

3 Vgl Kals in Artmann ea, GVÖ Band 3: Die Organhaftung (2013) 73 (92); Kals/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² § 12 Rz 26; Zahradník/Schöller, Anm zu OGH 10 Ob 48/13a, ÖBA 2015, 134 (138): Der Gesetzgeber deckt in § 11 KMG af den Fall ab, dass der Abschlussprüfer einen Vertrauenstatbestand schafft, der ihm zurechenbar ist. Siehe ferner auch Koziol, Grundfragen Rz 4/11; Rüffler, JBL 2011, 69 (87f).

4 Singer in FS Canaris (2017) 425. Siehe auch Koziol (AcP 212 [2012] 1 [2]), der die Vertrauenshaftung zu den juristischen Entdeckungen zählt, die bewundert wird und in andere Rechtsordnungen ausstrahlt.

Existenz.⁵ Scheint es daher durchaus gerechtfertigt, dem Begriff der „*Vertrauenshaftung*“ auf dem Boden des geltenden österreichischen Rechts nachzuspüren, stellt sich recht schnell heraus, dass man sich auf einen (unerwartet) steinigen Weg begeben hat.

Knüpft man an den Rechtssatz an, aus dem oben zitiert wurde, stellt sich heraus, dass er seinen Ausgang⁶ in der Entscheidung 7 Ob 2091/96t nimmt.⁷ Beim Lesen der Entscheidungsgründe entsteht der Eindruck, dass die Bezeichnung bzw die Einordnung der Prospekthaftung als „*Vertrauenshaftung*“ der Feder des 7. Senats entstammt. Der OGH zitiert nämlich an der einschlägigen Stelle seiner rechtlichen Begründung keine Literatur.⁸ Das überrascht zumindest insofern nicht, als der Begriff der „*Vertrauenshaftung*“ bis heute in der Tat kaum an Konturen gewinnt, wenn man sich der zivilrechtlichen Standardliteratur zuwendet. Diesen Blick in die zivilrechtliche Standardliteratur legt die Entscheidung 7 Ob 2091/96t aufgrund ihres Gegenstands nahe. Gegenständlich war nämlich die Prospekthaftung nach dem allgemeinen Zivilrecht.⁹ Österreichische Zivilrechtslehrbücher¹⁰ führen beispielsweise verhältnismäßig selten den Begriff „*Vertrauenshaftung*“ im Sachverzeichnis und auch in Rechtslexika zum österreichischen Recht¹¹ ist der Begriff der „*Vertrauenshaftung*“ mitunter gar nicht anzutreffen.¹² Außerdem landet man bei

5 Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung 55. Siehe auch W. Flume, Bürgerliches Recht II⁴ 132: „*Es gibt kein ‚eigenständiges Rechtsinstitut‘ der Vertrauenshaftung.*“ Hingegen haben in jüngerer Vergangenheit beispielsweise Mülbert/Sajnovits (ZfPW 2016, 1 [21]) die Ansicht geäußert, dass sich seit der Positivierung der culpa in contrahendo in § 311 BGB „*kaum mehr in Abrede stellen*“ lässt, dass das Institut der Vertrauenshaftung zum Bestand des geltenden deutschen Rechts gehört.

6 Hinzuzufügen ist, dass sich bei den Erhebungen von Brawenz (Prospekthaftung 34ff) 7 Ob 592/90 (SZ 63/136 [S 56]) als die erste österreichische Entscheidung zur zivilrechtlichen Prospekthaftung herausstellte. Dort war zwar noch nicht ausdrücklich von einer Vertrauenshaftung die Rede. Der OGH stellte aber sehr wohl schon unter Verweis auf die BGH-Judikatur (in concreto: BGH II ZR 172/76 BGHZ 71/40 [S 284]; BGH II ZR 209/79 BGHZ 77/26 [S 172]) auf den Vertrauensgedanken ab. Einer Anlehnung an diese deutsche Judikatur stand W. Jud (GesRZ 1979, 1 [6f; I. Teil], 49 [II. Teil]) im Vorfeld zu OGH 7 Ob 592/90 tendenziell aufgeschlossen gegenüber. Hingegen hat Brawenz (aaO 39) die tatsächliche Anlehnung an den Ansatz des BGH mit den folgenden Worten kritisierte: „*Der inhaltslose Vertrauensgedanke und eine bloße ‚In-Geltung-Setzung‘ eines deutschen Lösungsmodells, ohne die spezifisch österreichischen Probleme beleuchtet zu haben, wird dagegen nachdrücklich abgelehnt.*“

7 OGH 7 Ob 2091/96t ecolex 1997, 755 (Wilhelm).

8 OGH 7 Ob 2091/96t ecolex 1997, 755 (756; Wilhelm). Siehe aber davor etwa schon BGH II ZR 60/80 BGHZ 79/47 (S 337 [S 341]) oder auch Coing, WM 1980, 206 (211).

9 Wilhelm, Anm zu OGH 7 Ob 2091/96t, ecolex 1997, 755 (756).

10 Vgl Koziol - R. Welser/Kletečka, Grundriss I¹⁵ 661ff; R. Welser/Zöchling-Jud, Grundriss II¹⁴ 675ff; Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁵ 739ff; Apathy/Riedler, Bürgerliches Recht III⁵ 323ff. Siehe aber P. Bydlinski, Bürgerliches Recht I⁸ 277 ff (294).

11 Vgl R. Welser, Fachwörterbuch (passim); Perner/Spitzer/Kodek, Glossar⁵ 203 f.

12 Damit will nicht gesagt sein, dass im österreichischen Schrifttum der Begriff der Vertrauenshaftung gar nicht anzutreffen ist. Vielmehr (s auch bereits in Fn 2) meint etwa Heiss (Formmängel 454) im Zusammenhang mit der behaupteten Singularität der Kulapakompensation nach § 878 S 3 ABGB, dass Art 8 Nr 11 Abs 4 EVHGB „*augenscheinlich im Lichte einer Vertrauenshaftung für fehlerhafte Willenserklärung*“ steht. Weiters führte

eher unterschiedlichen Materien, wenn man den Verweisen zum Stichwort „Vertrauenshaftung“ in Kommentaren zum ABGB folgt. Einerseits findet man sich nämlich bei Ausführungen zu §§ 1026, 1029 ABGB wieder, wo Fragen der Rechts- und Anscheinsvollmacht behandelt werden.¹³ Andererseits gelangt man über den Querverweis auf das Stichwort „Auslegung“ zu Ausführungen, die die Anwendung des § 914 ABGB auf Wissenserklärungen und die Rechtsfolgen undeutlicher Sessionsmitteilungen zum Gegenstand haben.¹⁴

Wird das Blickfeld angesichts dieses eher wenig aufschlussreichen Erstbefundes nach der österreichischen Standardliteratur über die Grenzen hinaus erweitert, stößt man auf die Habilitationsschrift von *Canaris* mit dem Titel „*Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*“. Diese prominente Monographie ist für die Thematik, die hier zu behandeln ist, schon allein aufgrund ihres Titels beachtenswert. Hinzu tritt, dass *F. Bydlinski*¹⁵ ihr Studium auch für das österreichische Recht empfohlen hat, obwohl er so manche Gegenpositionen zu ihr bezogen hat.¹⁶ Schließlich sollten sogar Einflüsse dieser Monographie auf die österreichische Judikatur nicht mehr vorschnell von der Hand gewiesen werden. Denn beim OGH¹⁷ dürfte im

beispielsweise *Rüffler* (RdW 2005, 85 [87]) in der Diskussion um die Umgestaltung der (handelsrechtlichen) Haftung des Scheinvertreters aus, dass er die „verschuldensunabhängige Vertrauenshaftung“ für ein sinnvolles Instrument hält. Ebenso qualifizierte *Popp* (ÖBA 2004, 111 [116]) Art 8 Nr 11 EVHGB als „Vertrauenshaftung“ und bezeichnete die Haftung des Schuldners gegenüber dem Zessionar (§ 1396 S 2 ABGB) als „eine Vertrauenshaftung in der besonderen Form der Rechtscheinhaftung“ (aaO 111). Jüngst sprachen sich auch *Baumgartner/U. Torggler* (in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ [Klang] § 1019 Rz 9) für eine Qualifikation des § 1019 ABGB als Vertrauenshaftung aus, „also als Norm, die das Vertrauen des mit dem Scheinvertreter kontrahierenden Dritten durch eine Haftung auf den dadurch verursachten Schaden schützt.“ Besonders beachtenswert sind in diesem Zusammenhang aus jüngerer Zeit auch mehrere Beiträge von *Koziol* (ÖBA 2013, 96; ders in FS Iro [2019] 89; ders, Haftpflichtrecht II⁵ A 2 Rz 320 ff; krit dazu aber auch *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 920 Rz 191 f). In diesen Beiträgen legt *Koziol* dar, dass Erklärungen – Willens- und Wissenserklärungen – unterschiedliche Rechtsfolgen hervorrufen können. Sie können eine vertrauensrechtliche Erfüllungshaftung, eine schadenersatzrechtliche Haftung auf das Erfüllungsinteresse oder eine schadenersatzrechtliche Haftung auf das Vertrauensinteresse begründen.

13 *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁸ S 2617.

14 *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,00} Stichwortverzeichnis und *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 915 Rz 31.

15 *F. Bydlinski*, ZAS 1976, 83 (I. Teil), 126 (131; II. Teil).

16 Siehe dazu insb noch im 4. Teil § 2.II.C.1.

17 OGH 2 Ob 214/11a wbl 2013, 280 (zust *Mader*; s dazu auch *Mader* in FS *Fenyves* [2013] 257 [259, 268]): Die Entscheidung betraf mehrere Kapitalgesellschaften, die sich zu einer ARGE zusammengeschlossen hatten, als Generalunternehmer fungierten und den späteren Kläger – wie offenbar andere auch – nicht als Arbeitnehmer, sondern als „Einzelunternehmer“ beschäftigten. Der Kläger (und die anderen „Einzelunternehmer“) wurde(n) aufgrund einer „Preisvereinbarung für Personalbereitstellung“ entlohnt, in der ein Stundensatz festgelegt war. Die „Einzelunternehmer“ arbeiteten auf der Baustelle nicht selbstständig. Sie waren vielmehr einem Vorarbeiter unterstellt, der die zu verrichtende Arbeit anschaffte. Beim Hantieren mit Dübelpaketen ereignete sich ein Unfall mit einem Baustellenfahrzeug. Das Fahrzeug überrollte den linken Fuß des Klägers. Der Kläger machte gegen die zur ARGE zusammengeschlossenen Kapitalgesellschaften Schmerzengeld,

Zuge seiner ersten eingehenden¹⁸ Auseinandersetzung mit der Rechtsfigur „*venire contra factum proprium non (bzw nemini licet oder auch nulli conceditur)*“¹⁹ der

Verdienstentgang und pauschale Unkosten geltend. Die Beklagten beriefen sich auf das Dienstgeberhaftungsprivileg iSd § 333 ASVG, weil der Kläger in die Arbeitsabläufe der ARGE integriert und weisungsunterworfen gewesen sei. Das Erstgericht folgte diesem Einwand und wies das Klagebegehren ab. Das Berufungsgericht qualifizierte diesen Einwand dagegen als sittenwidrig (§ 879 ABGB) und verwehrte deshalb die Berufung auf das Dienstgeberhaftungsprivileg. Die Beklagten hätten nämlich offenkundig zu ihrem Vorteil unter Ausnützung ihrer übermächtigen Position bewusst einen (wenngleich zur bloßen Scheinselbständigkeit führenden) Werkvertrag abgeschlossen, um zwingende arbeitsrechtliche Vorschriften und die Dienstgeberbeiträge zur Sozialversicherung zu vermeiden. Das stehe in eklatantem Widerspruch zu ihrem Prozessvorbringen, mit dem sie zum Abwenden einer Haftung einzig den Vorteil des Dienstgeberhaftungsprivilegs in Anspruch nehmen wollten.

18 Mader in FS Fenyves (2013) 257 (267).

19 Während in Deutschland der Venire-Satz seit längerem raumgreifend ist (anschaulich dafür der Umfang der Kommentarstellen zB Schubert in MüKo BGB 2⁸ § 242 Rz 314ff; s auch Liebs, JZ 1981, 160: „In Deutschland gehört er sogar zu den am meisten angewandten Rechtssätzen“), rekurriert man in Österreich (noch) deutlich weniger oft auf diesen (ebenso OGH 8 ObA 49/07z ecolex 2008, 67; Mader, Rechtsmißbrauch 293; Machold, Vertragsverhandlungen 107f). Grund dafür mögen eben gerade auch die lange Zeit eher kurSORischen und höchsterichtlich ungeklärten Konturen dieser Rechtsfigur gewesen sein. Seit OGH 2 Ob 124/11a (wbl 2013, 280 [Mader]) dürfen sich die Entscheidungen mit einem Bezug zum „*venire contra factum proprium nemini licet*“ allerdings tendenziell vermehren (s RIS-Justiz RS0128483; s aber beispielsweise auch OGH 6 Ob 122/16h [GesRZ 2017, 181 {Kalss} = ecolex 2017, 1083 {Rizzi} = ZfS 2017, 59 {Kepplinger}] wo der OGH die Berufung der Klägerin auf den Grundsatz „*venire contra factum proprium nemini licet*“ im Zusammenhang mit einer Änderung der Stiftungs(-zusatz)urkunde nicht aufgriff, obwohl er mit dem Rechtsmissbrauch argumentierte). Abseits der Rechtsprechung fällt auf, dass in aller Regel die Lösung bedeutender wirtschaftsrechtlicher Einzelfragen ansteht, wenn sich die österreichische Lehre auf das „*venire contra factum proprium nemini licet*“ beruft. So etwa die Klärung der Grundlage und Tragweite der Wirkung der Entlastung von Organen (s Baumgartner/Mollnhuber/ U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 35 Rz 12 in Anschluss an K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ 1081), die Überwindung von Formmängeln (s § 583 Abs 3, § 584 Abs 5, § 592 Abs 2 ZPO) von Schiedsvereinbarungen (wider seiner früheren Zurückhaltung [OGH 7 Ob 368/98p JBl 2000, 738] geht der OGH in jüngeren Judikaten davon aus, dass die Berufung einer Partei auf einen Formmangel kein widersprüchliches Verhalten sei, mithin nicht gegen das Verbot des *venire contra factum proprium* verstößen darf [OGH 7 Ob 236/05i JBl 2006, 726 {Hügell}]; s auch schon OGH 2 Ob 235/05f ecolex 2006, 29; vgl dazu auch zB Schwarz, GesRZ 2012, 44 [49]; Trenker in Nueber ea, Privatautonomie 151 [161f]) oder auch die Haftung wegen Abbruchs der Vertragsverhandlungen (so Ostheim, JBl 1980, 522 [1. Teil], 570 [577; 2. Teil]; dagegen Mader in FS Fenyves [2013] 257 [260] und Koziol, Haftpflichtrecht II³ A 2 Rz 316f). Auch die Möglichkeit zur Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses ohne einen Widerspruch wird, wenn der Anfechtungsgrund nicht erkennbar war, mit dem Venire-Satz in Verbindung gebracht (vgl iE offenslüssend OGH 4 Ob 241/03z GesRZ 2004, 138).

Zu diesen potenziellen Anwendungsfeldern des Venire-Satzes kann an dieser Stelle ohne eingehendere Untersuchung nicht abschließend Stellung genommen werden. Vielmehr kann nur festgehalten werden, dass mit beachtlichen Gründen ein generelles Verbot widersprüchlichen Verhaltens abgelehnt wird (F. Bydlinski in FS Klecatsky I [1980] 129 [140]; Mader, Rechtsmißbrauch 295; Machold, Vertragsverhandlungen 106,

Vorschlag *Maders*²⁰ auf Zustimmung gestoßen sein. *Mader* tritt dafür ein, die einzelnen Tatbestandsmerkmale dieser Rechtsfigur, die dem Rechtsmissbrauch (§ 1295 Abs 2 ABGB; § 242 BGB) zugeordnet wird,²¹ also das Schaffen eines Vertrauenstatbestands, die Zurechnung zum Rechtssubjekt, die Gutgläubigkeit und die Schutzwürdigkeit des Gegners sowie die Vertrauensdisposition, in einem beweglichen System zu erfassen. Damit deuten sich allein schon bei oberflächlicher Betrachtung gewisse Parallelen zu den Thesen von *Canaris*²² an. *Canaris* zählt nämlich zu den Vertretern der Lehre, die eine Verbindung des *Venire*-Satzes mit dem Vertrauens(schutz)gedanken betont.²³ Damit befürwortet *Canaris* einen Ansatz,

109). Zugegebenermaßen ist es zwar verlockend, die Lösung derartiger Einzelfragen durch eine Orientierung an deutschen Lehrkonzepten zu gewinnen. Mit gutem Grund betont der OGH (3 Ob 556/90 JBl 1991, 250) aber, dass nicht alle Thesen, die zu § 242 BGB entwickelt wurden, unbesehen für das ABGB übernommen werden dürfen. Denn das österreichische Recht enthält keine Generalklausel, die mit § 242 BGB vergleichbar ist (*Schauer*, RdW 1997, 733 [734]). Außerdem darf nicht übersehen werden, dass stets nach Kriterien, die das ABGB bestimmt, zu urteilen ist, wo (noch) eine (konkludente) Willenserklärung vorliegt. Denn dann ist (noch) eine Lösung mit den Mitteln der Rechtsgeschäftslehre möglich. Das erübrigt eine Berufung auf den *Venire*-Satz (s auch *Mader*, Rechtsmissbrauch 298, 301; *dens* in FS Fenyves [2013] 257 [258, 259f]; *Machold*, Vertragsverhandlungen 109; *Singer*, NZA 1998, 1309 [1310]; *Schubert* in MüKo BGB 2⁸ § 242 Rz 321). Die geäußerte Zurückhaltung will freilich nicht überspielen, dass auch für das österreichische Recht Normen genannt werden, die als Ausdruck eines Verbots widersprüchlichen Verhaltens verstanden werden (vgl *Mader*, Rechtsmissbrauch 295; § 862 S 3, § 366 S 2, §§ 1431, 1432 und § 1174 Abs 1 S 1 ABGB). Aus den Normen, die im Folgenden näher betrachtet werden, fällt § 1003 ABGB ins Auge. Denn in § 1003 ABGB deutet sich an, dass Verhaltensweisen, die jede für sich betrachtet rechtmäßig sind, zur Leistung von Schadenersatz verpflichten können, weil das spätere Verhalten im Widerspruch zu einem Vertrauenstatbestand steht, den das frühere Verhalten geschaffen hat (s dazu auch noch im 3. Teil § 3.IV.B.3.).

20 *Mader*, Rechtsmissbrauch 301ff.

21 RIS-Justiz RS0128483.

22 Eine informative Auseinandersetzung mit den Thesen von *Canaris* findet sich bei *F. Bydlinski* (ZAS 1976, 83 [I. Teil], 126 [132f; II. Teil]; s aber auch zur Einordnung in ein bewegliches System [aaO 133] *Canaris* in *F. Bydlinski ea*, Bewegliches System [1986] 103 [105ff]) und *Singer* (in FS *Canaris* [2017] 425ff). Die Fälle des widersprüchlichen Verhaltens ordnet *Canaris* (Vertrauenshaftung 270f, 287ff, 372ff; *dens* in *F. Bydlinski ea*, Bewegliches System [1986], 103 [110ff]) in die Kategorie der „*Vertrauenshaftung kraft rechtsethischer Notwendigkeit*“ ein. Diese Kategorie erfasst Fälle, in denen kein Rechtsschein besteht, weil der Mangel objektiv ersichtlich ist, einer Partei aber trotzdem nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Berufung auf die wahre Rechtslage verwehrt sein soll (*Canaris*, Vertrauenshaftung 151ff, 232ff). Nach *Singer* (in FS *Canaris* [2017] 425 [429]) besteht die juristische Entdeckung bei dieser Art der Vertrauenshaftung darin, hinter der Rechtsprechung zu § 242 BGB, die konturlos scheint, das Grundprinzip des Vertrauensschutzes zu erkennen und ihm Originalität durch ein bewegliches System von Wertungsgesichtspunkten und Entscheidungskriterien zu verleihen.

23 Vgl *Wieacker*, Präzisierung des § 242 BGB 28; *Dette*, *Venire* 45; *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ 133; *Teichmann* in *Soergel*, BGB¹² § 242 Rz 313; *Grüneberg* in *Palandt*, BGB⁷⁹ § 242 Rz 55f; *Looschelders/Olzen* in *Staudinger* (2019) § 242 Rz 286. Siehe auch bereits *Riezler*, *Venire* 166ff und ferner *Wilburg*, AcP 163 (1964) 346 (370).

der sich in der deutschen Rechtsprechung²⁴ durchgesetzt hat. Bei genauerer Betrachtung stellt sich sodann in der Tat heraus, dass diese Nähe nicht von ungefähr kommt. *Mader* hat sich nämlich zur Begründung seiner Thesen auf das Vertrauenshaftungssystem von *Canaris* berufen. Außerdem hat *Mader* das System der Vertrauenshaftung als den einzige gangbaren Weg zur Beschränkung der Nichtigkeit eingestuft.²⁵

²⁴ Vgl. BGH III ZR 32/59 BGHZ 32/37 (S 273 [S 279]); BGH V ZR 257/75 ZIP 1980, 286 (286); BGH IVa ZR 153/83 BGHZ 94/45 (S 344 [S 354]); BGH VII ZR 52/91 BGHZ 120/14 (S 133 [S 139f]); BGH IX ZR 259/91 BGHZ 121/27 (S 224 [S 234]); BAG 5 AZR 708/95 NJW 1997, 2618 (2619).

²⁵ *Mader*, Rechtsmißbrauch 268.

2. Teil. Grundlagen

Nach dem voranstehenden Befund scheint es lohnenswert, auf der Suche nach dem Bedeutungsgehalt des Begriffs „Vertrauenshaftung“ zunächst an die Untersuchung von *Canaris* anzuknüpfen. Denn es wurde festgestellt, dass dem österreichischen Schrifttum der Begriff „Vertrauenshaftung“ zwar nicht völlig fremd ist,²⁶ jedoch eine eingehendere Untersuchung zu diesem Thema fehlt.²⁷ Tatsächlich findet sich in der Habilitation von *Canaris* gleich eingangs ein Ansatz, der aufgrund des hier gewählten Ausgangspunkts eines Schadenersatzanspruchs bei – wie der OGH sagt – „*falsche(n), unvollständige(n) oder irreführende(n) Prospektangaben*“²⁸ ins Auge sticht. Dieser Ansatz verdient daher eine sorgfältige Würdigung.

§ 1. Die zwei Spuren der Vertrauenshaftung im BGB

Canaris,²⁹ der „Schirmherr der Vertrauenshaftung nach dem deutschen Recht“,³⁰ erkennt als einen „leitenden Gesichtspunkt, an Hand dessen sich die einzelnen Tatbe-

26 Siehe die Nachweise in Fn 2 und Fn 12.

27 Vgl den bis heute zutreffenden Befund *Hügels*, RdW 1985, 34 (37 in Fn 14).

28 RIS-Justiz RS0107352.

29 *Canaris*, Vertrauenshaftung 5 f, 526 ff; *ders* in F. *Bydlinski ea*, Bewegliches System (1986) 103 (108); *ders* in FS Schimansky (1999) 43 (49); *ders* in FS 50 Jahre BGH (2000) 129 (132, 193 f).

Terminologisch lehnt sich *Canaris* (Vertrauenshaftung 5) an die Unterscheidung in positives und negatives Interesse an. Diese Attribute zum Interesse haben sich, obwohl sie in der Terminologie des BGB genauso wenig verankert sind wie im Sprachgebrauch des ABGB, in der deutschen und österreichischen Rechtspraxis (s. bereits OGH I Rv 1120/14 GIUNF 7236) durchgesetzt. Die Differenzierung in positives und negatives Interesse geht terminologisch auf *Jhering* (JgerJahrb 4 [1861] 1 [16]) zurück. *Jhering* hat dem „*Interesse an der Aufrechterhaltung des Contracts, also an der Erfüllung*“ das „*Interesse am Nichtabschluß des Contracts*“ gegenübergestellt und diese „*der Kürze wegen mit positivem und negativem Vertragsinteresse*“ bezeichnet. Der Sache nach findet sich diese Unterscheidung allerdings bereits in *Mommsens* (Beiträge zum Obligationenrecht I 107) Auseinandersetzung mit der Unmöglichkeit (treffend dazu *Windscheid*, Pandektenrecht II⁸ 230 Fn 5: „*Dieser, nicht einwandfreie, Ausdruck [sc negatives Vertragsinteresse] röhrt von Jhering [...] her. Der Begriff selbst findet sich schon bei Savigny [...], Mommsens [...].*“), auf die *Jhering* (JgerJahrb 4 [1861] 1 [16 in Fn 17]) explizit Bezug genommen hat. Dort führt *Mommsen* nämlich bereits zur anfänglichen objektiven Unmöglichkeit aus, dass die Entschädigung entweder auf ein Äquivalent der versprochenen, unmöglichen Leistung gerichtet sein kann, also auf „*das Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung des Contracts hatte*“, oder auf den Schaden, „*welchen der Gläubiger dadurch erlitten hat, daß von dem Geschäft überhaupt die Rede gewesen ist: das Interesse, welches der Gläubiger daran hatte, über die wahre Beschaffenheit der Leistung nicht getäuscht zu sein.*“ Dabei hält *Mommsen* fest, dass jene Berechnung des Schadens notwendig die Gültigkeit des Vertrages voraussetzt (ebenso auch bereits *Jhering*, JgerJahrb 4 [1861] 1 [16]; s. etwa auch *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ Vor §§ 918ff Rz 265, nach dem erst der Vertrag die Bindung schafft, deren Verletzung den Ersatz des Nichterfüllungs-

stände der Vertrauenshaftung gliedern lassen“, die Rechtsfolgen des Vertrauenschutzes. Aus den unterschiedlichen Rechtsfolgen resultiere eine „Zweispurigkeit“ der Tatbestände der Vertrauenshaftung. *Canaris* charakterisiert die beiden Spuren wie folgt:³¹

interesses rechtfertigt). Weiters ergänzt *Mommsen* unter Berufung auf *Savigny* (System III 294 in Note d), dass die Beschränkung auf das Interesse des Gläubigers, nicht über die Beschaffenheit der Leistung getäuscht zu werden, nur dann zulässig ist, „wenn der Grund, welcher den Schuldner zur Entschädigung verpflichtet, nicht in dem Vertrage und dessen Nichterfüllung, sondern allein darin gefunden wird, daß der Gläubiger über das wahre Sachverhältnis getäuscht und dadurch veranlaßt ist, einen Vertrag über die unmögliche Leistung mit dem Schuldner abzuschließen, diesen auch, sei es kürzere oder längere Zeit, als wirksam zu betrachten.“

Heute pflegt man das negative Interesse mit dem Vertrauensschaden (s dazu noch bei und in Fn 599) und das positive Interesse mit dem Erfüllungsinteresse gleich zu setzen (zB aus der Judikatur OGH 5 Ob 3/75 SZ 48/8 [S 32 [S 36]], OGH 1 Ob 729/80 JBl 1981, 537 [Koziol] und aus der Literatur *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1293 Rz 13f; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,03} § 1293 Rz 28; R. Welser/Zöchling-Jud, Grundriss II¹⁴ 369; s auch schon *Ehrenzweig*, System II/I² 160, 692). Die Verknüpfung des negativen Interesses mit dem Vertrauensgedanken findet sich schon bei *Windscheid*. In der ersten Auflage seines Lehrbuchs zum Pandektenrecht lehrt *Windscheid* im Zusammenhang mit dem Widerruf eines Vertragsangebots zwar noch, dass dem Erklärungsgegner all der Nachteil zu ersetzen ist, „welchen derselbe dadurch erlitten hat, daß er in der Erwartung des Zustandekommens eines Vertrages getäuscht worden“ ist (*Windscheid*, Pandektenrecht II/1 160f). Stattdessen formuliert *Windscheid* in der dritten Auflage, dass der Widerrufende verpflichtet ist, demjenigen, der sich in Unkenntnis vom Widerruf darauf verlassen hat, dass ein Vertrag zustande gekommen sei, der Nachteil zu ersetzen ist, den er aufgrund dieses Vertrauens erleidet (*Windscheid*, Pandektenrecht II³ 161). Zur Begründung dieser Entschädigungspflicht erläutert *Windscheid*: „man [darf] den allgemeinen Satz aufstellen, daß jeder Vertragsschließende einstehen muß für die nachtheiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrages, insofern dieses Zustandekommen durch einen Grund ausgeschlossen wird, welchen der Gegner nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist. Er muß für die Folgen dieses Vertrauens einstehen, eben weil er dasselbe in dem Gegner erregt, weil er ihn dazu bestimmt hat; [...]“ (aaO in Fn 5; s dazu auch noch erg in Fn 2207; ähnlich nach Dedeck [Negative Haftung aus Vertrag {2007} 177] auch schon die zweite Auflage aus dem Jahr 1868, die für den Verfasser nicht beschaffbar war).

Außerdem hielt der Vertrauensgedanke Einzug in die Beratungen zum BGB. Er findet sich in Anträgen aus der Vorkommission des Reichsjustizamtes (vgl Antrag Nr 1, 27 von *Planck* [abgedruckt in *Jakobs/Schubert*, Beratung BGB Schuldverhältnisse I 617], Antrag Nr 19, 3 von *Börner* [abgedruckt aaO 618] und Antrag Nr 30, 1 von *Struckmann* [abgedruckt aaO 619]), die ihn schließlich in den Wortlaut von § 96 in der am 4. 2. 1891 beschlossenen Fassung (abgedruckt aaO 624) einfließen ließ.

30 So *Lukas*, JBl 2009, 751 (1. Teil), 2010, 23 (35; 2. Teil).

31 Dieser Differenzierung hat sich ein Teil des (deutschen) Schrifttums angeschlossen (vgl *Wiegand in Hof ea*, Recht und Verhalten [1994] 183 [186]; *E. Kramer* in MüKo BGB 2⁵ Einl Rz 92; s auch noch die Nachweise zur österreichischen Lehre in Fn 40). *Singer* (Widersprüchliches Verhalten 112f, s auch 45f, 80) betont im Anschluss an die Zweispurigkeit nach *Canaris*, dass der Grundtatbestand der Vertrauenshaftung der Ersatz des negativen Interesses ist (*ders* in FS *Canaris* [2017] 425 [428]; s auch *dens* in FS *Canaris* [2002] 135 [147] und *Mader* [Rechtsmissbrauch 273, 299], der vom Ersatz des negativen Interesses als „herkömmliche Vertrauensschutzsanktion“ spricht und unter Verweis auf *Canaris* [Vertrauenshaftung 300f] festhält, dass aus „methodischen Erwägungen“ eine

§ 2. Zwei Spuren des Vertrauensschutzes in der österreichischen lex lata?

- Beim „**positiven Vertrauensschutz**“ wird der Vertrauende so gestellt, wie es der Lage entspricht, die er angenommen hat. Der Vertrauende wird demgemäß rechtlich entsprechend seinem Vertrauen behandelt. Er erhält daher einen Anspruch auf „Vertrauensentsprechung“.³²
- Beim „**negativen Vertrauensschutz**“ wird der Vertrauende so gestellt, als hätte er die wahre Lage gekannt und daher nicht vertraut. Der Vertrauende wird also rechtlich so behandelt, als hätte er nie vertraut. Er erhält daher einen Anspruch auf Schadenersatz.

§ 2. Zwei Spuren des Vertrauensschutzes in der österreichischen lex lata?

Aufgrund des Festgestellten lässt sich als eine erste Erkenntnis, die die Horizonterweiterung auf das deutsche Schrifttum zu Tage gefördert hat, festhalten: *Canaris* hat die Möglichkeit erkannt, vertrauensschützende Normen zu gliedern, indem an ihre Rechtsfolgen angeknüpft wird.

I. Einführung

Die Freude über diese erste Erkenntnis darf allerdings nicht in den Schatten stellen, dass *Canaris* diese Gliederungsmöglichkeit auf dem Boden der deutschen lex lata gesehen hat. Eben gerade deshalb ist nämlich nicht gesagt, dass seine These auch für die österreichische Rechtsordnung Geltung beanspruchen kann. Denn nur, weil das deutsche Recht mit dem Vertrauensschutz derart verfährt, muss dies doch nicht die einzige mögliche oder gar richtige Lösung sein. Anders gewendet: Das österreichische Recht muss es dem deutschen Recht nicht zwangsläufig gleich tun.

Diesen Bedenken könnte man zunächst freilich entgegenhalten, dass der Vertrauensgedanke dem menschlichen Zusammenleben so naturgegeben ist, dass er geeignet ist, sich universell, somit auch in der österreichischen Rechtsordnung, die Bahn zu brechen.³³ Überdies könnte man vorbringen, dass es dem Vertrauens-

Erfüllungshaftung nur dort angenommen werden kann, wo die Lösung über die Vertrauensschadenshaftung aus culpa in contrahendo typischerweise versagt). Im Gegensatz zum Grundtatbestand der Vertrauenshaftung, die als Haftung auf das negative Interesse in den §§ 122, 179 Abs 2 BGB zum Ausdruck kommt, bedürfe die positive Erfüllungshaftung einer besonderen Begründung. Sie beruhe etwa (s § 179 Abs 1 BGB) auf dem wissentlichen Setzen eines Rechtsscheins (*Singer* in FS *Canaris* [2017] 425 [428]). Auch *Loser* (Vertrauenshaftung 28, 67, 145, 165) anerkennt die Möglichkeit zur Gliederung von Vertrauenshaftungsfällen in solche des positiven Vertrauensschutzes (= Herstellung des „status ad quem“) und des negativen Vertrauensschutzes (= Herstellung des „status quo ante“). Allerdings hält *Loser* eine „Gliederung nach Interessenbereichen“ für vorzugswürdig.

32 Die Terminologie „Haftung“ für Fälle, in denen ein Anspruch auf Vertrauensentsprechung besteht, harmoniert mit der Terminologie, die die Redaktoren des HGB verwenden haben (s zweite Denkschrift zu § 15 HGB, abgedruckt in *Hahn/Mugdan*, Gesammelte Materialien VI 211 [= Zweite Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes {1897} S 28]).

33 Besonders anschaulich in diese Richtung die Ausführungen von *Canaris* (Vertrauenshaftung 3). Nach ihm gehört der „Vertrauensgedanke [...] zweifellos zu den fundamentalsten Prinzipien einer jeden Rechtsordnung, ja, man mag ihn zu den ,obersten Rechts-

prinzip immanent ist, dem (berechtigt) Vertrauenden sogar das Verlangen zuzugestehen, dass seinem Vertrauen entsprochen wird.³⁴ Dennoch verblieben gewisse Zweifel, ob damit schon tatsächlich ausgemacht ist, dass jede Rechtsordnung Vertrauende durch die bekannten Alternativen – Vertrauensentsprechung und Vertrauensschadenersatz – schützt bzw. schützen muss.

Alldem muss hier jedoch nicht vertiefend nachgegangen werden. Art 8 Nr 11 EVHGB gibt nämlich ein Indiz dafür, dass dem österreichischen Recht die Zweispurigkeit des Vertrauensschutzes zumindest nicht stets fremd war. Denn Art 8 Nr 11 EVHGB, den das HaRÄG 2005³⁵ allerdings nur teilweise in § 1019 ABGB überführt hat,³⁶ hat beide alternativen Rechtsfolgen zum Schutz von Vertrauen angeordnet. So hat Art 8 Nr 11 EVHGB dem Dritten gegen den Scheinvertreter einerseits in Abs 1 einen Erfüllungsanspruch gegeben. Andererseits hat Art 8 Nr 11 EVHGB dem Dritten in Abs 2 einen verschuldensunabhängigen³⁷ Schadenersatzanspruch gewährt, sofern der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat.

Allerdings gibt gerade die Scheinvertreterhaftung seit ihrer Neubewertung durch das HaRÄG 2005 auch einen Fingerzeig – Stichworte: Verschuldenshaftung³⁸ und keine Haftung auf Erfüllung – dafür, dass bei der Behandlung derselben Sachprobleme die nationalen Rechtsordnungen Aspekte des Vertrauens unterschiedlich gewichteten und insb unterschiedliche Anforderungen an den Schutz von Vertrauen sowie die Art des Schutzes stellen (können).³⁹

A. Die Akzeptanz des zweispurigen Vertrauensschutzes in der österreichischen Lehre

Greift man daher die Skepsis gegenüber einer allzu leichtfertigen Rezeption deutscher Lehren auf, die zwischen den Zeilen angeklungen ist, vermag sie ein Blick in das österreichische Schrifttum zu relativieren. Ein Blick in das österreichische

grundsätzen‘ zählen und ihn als Bestandteil der – material verstandenen – Rechtsidee selbst ansehen.“ Dem kommt die Formulierung von Mader (Rechtsmissbrauch 270) nahe, nach dem „das Prinzip des Vertrauensschutzes [...] anerkanntermaßen als allgemeiner Grundsatz gerade in der österreichischen Privatrechtsordnung fest integriert“ ist.

34 Vgl Singer in FS Canaris (2017) 425 (435).

35 Zur Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Regelungen für die Haftung des Scheinvertreters noch auf im 3. Teil § 2.I.

36 Vgl ErlRV 1058 BlgNR 22. GP 71, 82.

37 Siehe dazu noch die Nachweise in Fn 819.

38 Siehe dazu noch auf im 3. Teil § 2.IV.A.

39 Vgl Koziol in FS Iro (2013) 81 (89); *dens*, ÖBA 2013, 91 (98, 102 f). Siehe auch Wells-pacher, Vertrauen 267; Ostheim, JBl 1980, 522 (1. Teil), 570 (577; 2. Teil); Mayer-Maly in Lampe, Jhb für Rechtssoziologie und Rechtstheorie XIV (1989) 268 (279); Wiebe in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 863 Rz 3.

Anzumerken ist freilich, dass *Canaris*, obwohl er für das BGB nachdrücklich die Bindlichkeit von Rechtsgeschäften aufgrund des Vertrauensgedankens ablehnt, die Möglichkeit einer Rechtsordnung anerkennt, ein Vertragsmodell zu bestimmen, bei dem Aspekte des Vertrauens- oder Verkehrsschutzes für die Vertragsbindung konstitutiv sind (*Canaris* in FS BGH I [2000] 129 [151]).