

## **Verschuldensunabhängiger Schadenersatz als Folge des Verlöbnisbruchs?**

### **Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom „verschuldensunabhängigen Vertrauensschutz“**

**Sixtus-Ferdinand Kraus,\* Linz/Wien**

*Abstract:* Geänderte moralische Wertvorstellungen und aufgeklärtere Lebensverhältnisse<sup>1</sup> führen dazu, dass die Regelungen zum Verlöbnis seit ihrem In-Kraft-Treten im Jahr 1811 sukzessive an Relevanz verlieren.<sup>2</sup> Wenig praxisrelevant mag daher auch die Lösung der Kontroverse scheinen, ob der Schadenersatzanspruch bei Verlöbnisrücktritt Verschulden voraussetzt (s § 46 ABGB). Zu bedenken ist aber, dass die rechtliche Wirkung des Rücktritts vom Eheverlöbnis außerhalb des Familienrechts Wirkungen entfalten könnte. Denn es ist *a priori* nicht gesagt, dass § 46 ABGB nicht als gesetzlicher Anhaltspunkt oder sogar als Analogiebasis für eine Ersatzpflicht bei ähnlich gelagerten Problemen in Betracht kommt. Im Schrifttum kursieren jedenfalls Sachverhalte, für die zumindest ein Teil der Lehre eine verschuldensunabhängige Ersatzpflicht auf eine Analogie zu § 46 ABGB stützt. Es handelt sich um Sachverhalte, die man gemeinhin unter den Schlagworten „Haftung wegen Abbruchs der Vertragsverhandlungen“ zusammenfasst.<sup>3</sup> In diesem Zusammenhang wäre der schadenersatzrechtlichen Folge bei Verlöbnisbruch tatsächlich Beachtung zu schenken, wenn sich nachweisen ließe, dass das ABGB mit § 46 einen Tatbestand kennt, in dem das in Aussichtstellen eines Vertragsabschlusses auf eine verschuldensunabhängige Ersatzpflicht trifft. Deshalb analysiert der Beitrag die Wertungen, die der Haftung gemäß § 46 ABGB zu Grunde liegen.

**Keywords:** Verlöbnis, Verlöbnisbruch, Rücktritt vom Verlöbnis, negativer/positiver Vertrauensschutz, Abbruch von Vertragsverhandlungen, Vertragsabbruchshaftung, verschuldensunabhängige Haftung/Schadenersatzpflicht, Schadenersatzanspruch, Vertrauensschaden

\* Sixtus-Ferdinand Kraus ist Universitätsprofessor der Abteilung Grundlagenforschung/Institut für Zivilrecht der Johannes Kepler Universität Linz und Rechtsanwalt in Wien.

<sup>1</sup> Das zeigt sich deutlich an der Einschätzung *Swoboda* (Freiheitliche Gedanken in unserem Eherecht, GZ 1923, 57 [58]) aus dem Jahr 1904. *Sowoboda* hielt das Eheverlöbnis, das sich aus einem natürlichen Bedürfnis heraus entwickelt habe, für sehr zweckmäßig. Denn „[d]ie Brautleute gewinnen in der Regel erst durch den Brautstand, d.i. das durch das Verlöbnis geschaffene Verhältnis, hinreichende Gelegenheit, sich gegenseitig kennen zu lernen.“ Heute ist die Situation üblicherweise anders. Man lernt sich bereits vor dem Verlöbnis kennen, lebt oft schon gemeinsam und verlobt sich auf Grund dessen (vgl. *Roth* in Münchener Kommentar zum BGB IX<sup>8</sup> [2019] § 1298 Rz 10 in Fn 40).

<sup>2</sup> So *Canaris*, Das Verlöbnis als „gesetzliches“ Rechtsverhältnis, AcP 165 (1965) 1 (1); s aber auch *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (2011) § 45 ABGB Rz 3.

<sup>3</sup> Siehe dazu noch die Nachweise in Fn 130.

## I. Die gesetzliche Ausgangslage (§§ 45, 46 ABGB)

Das ABGB widmet dem Verlöbnis zwei Paragraphe. Diese Paragraphe sind seit dem In-Kraft-Treten des ABGB im Jahr 1811 unverändert. § 45 ABGB ordnet an, dass das Verlöbnis keine rechtliche Verbindlichkeit begründet, mithin weder zur Eheschließung noch zur Leistung des auf den Rücktrittsfall Bedungenen. Daran anschließend stellt § 46 ABGB allerdings klar, dass derjenige, von dessen Seite keine begründete Ursache zum Rücktritt vom Verlöbnis entstanden ist, einen Anspruch auf den wirklichen Schaden hat, den er aus einem Rücktritt vom Verlöbnis erleidet.

## II. Entstehungsgeschichtliches zur Regelung des Verlöbnisses im Überblick

Für diese Rechtswirkung des Verlöbnisses war entstehungsgeschichtlich<sup>4</sup> die Regierungszeit von Josef II. prägend. Sie markiert nämlich den Punkt, an dem sich der Gesetzgeber von der Einklagbarkeit der Eheschließung aus dem Verlöbnis zu ihrer Unerzwingbarkeit wandte:<sup>5</sup>

Nach der Darstellung *Harrasowskys*<sup>6</sup> sollte die Kommission zur Beratung des Entwurfs *Horten* Vorschläge zur Beseitigung des Zwangs zur Einhaltung von Verlöbnissen erstatten. *Hortens* Vorschläge waren, entweder jede Wirkung des Verlöbnisses zu beseitigen oder lediglich dem förmlichen Eheversprechen die alte Verbindlichkeit zu erhalten.<sup>7</sup> Die Mehrheit befürwortete zunächst, jeden direkten Zwang zum Einhalten des Eheverlöbnisses auszuschließen. Bei einem schriftlichen oder vor zwei Zeugen gegebenen Verlöbnis sollte jedoch die Vereinbarung eines Reugelds für den Fall des Rücktrittes zugelassen und der schuldtragende Teil zum Ersatz des Schadens verpflichtet werden, den der Verlöbnisbruch verursacht.<sup>8</sup> Im Staatsrat setzte sich aber *Hatzfeld* mit der Einstellung gegen die Verbindlichkeit des Verlöbnisses durch. Daraufhin erging die Resolutio augustissima von Laxenburg, die als sogenanntes „Verlöbnispatent“<sup>9</sup> in Kraft trat.<sup>10</sup> Das Verlöbnispatent erklärte alle „Eheversprechen“ für „gänzlich aufgehoben“. Für künftige Verlöbnisse bestimmte das Verlöbnispatent, dass sie „weder eine Verbindlichkeit zur Eheschließung nach sich ziehen, noch auch sonst die mindeste rechtliche Wirkung haben.“<sup>11</sup> Die Bestimmungen Erstens bis

<sup>4</sup> Die Geschichte des Verlöbnisrechts war bereits öfters Gegenstand von Erörterungen (s insb *Krasnopski*, Der Verlöbnisbruch im österreichischen Recht, GZ 1904, 379 [382 ff], 388, 395; *Demelius*, Zur Geschichte des Eheversprechens nach österreichischem Recht, JBI 1948, 277 [passim]; aus der jüngeren Lit auch zB *Oberhofer*, Setzt der Schadenersatzanspruch wegen Rücktritts vom Verlöbnis Verschulden des Ersatzpflichtigen voraus? ÖJZ 1994, 433 [434 ff]). Deshalb beschränkt sich der Fließtext auf die Darstellung wesentlichster Züge der Historie.

<sup>5</sup> Vgl *Anders*, Grundriß des Familienrechts (1899) 1; *Krasnopski*, GZ 1904, 379 (383), 388, 395; *Swoboda*, GZ 1923, 57 (58); *Oberhofer*, ÖJZ 1994, 433 (434).

<sup>6</sup> *Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen IV (1886) 32 in Fn 8.

<sup>7</sup> *Demelius*, JBI 1948, 277 (277, s insb auch in Fn 7 zur Darstellung des Antrags *Hortens* bei *Harrasowsky*, Codex Theresianus IV 32 in Fn 8); *Oberhofer*, ÖJZ 1994, 433 (434).

<sup>8</sup> *Harrasowsky*, Codex Theresianus IV 32 in Fn 8; *Krasnopski*, GZ 1904, 379 (383), 388, 395; *Demelius*, JBI 1948, 277 (277); *Oberhofer*, ÖJZ 1994, 433 (434).

<sup>9</sup> Patent vom 30.8.1782, Justizgesetzsammlung 1782/73 (abrufbar unter [www.alex.onb.ac.at](http://www.alex.onb.ac.at); zuletzt abgerufen am 7.4.2021).

<sup>10</sup> *Demelius*, JBI 1948, 277 (278; insb auch in Fn 7 f); *Oberhofer*, ÖJZ 1994, 433 (434).

<sup>11</sup> Patent vom 30.8.1782, Justizgesetzsammlung 1782/73 (abrufbar unter [www.alex.onb.ac.at](http://www.alex.onb.ac.at); zuletzt abgerufen am 7.4.2021).

einschließlich Drittens des „Verlöbnispats“ finden sich mit geringfügigen Änderungen in den §§ 1 f drittes Hauptstück Josephinisches Gesetzbuch.<sup>12</sup>

Erfahrungen während der Regierungszeit von Josef II. weckten jedoch Zweifel an der Billigkeit, jeden Ersatzanspruch auszuschließen.<sup>13</sup> Diese Zweifel griff die Kommission unter Martini auf. Sie legte zunächst fest, dass „*der ohne rechtlicher Ursache zurücktretende Theil dem Beleidigten, sofern er es ausdrücklich verlangt, wegen unterloffener List, Betrug oder Schwächung eine Genugthuung zu leisten schuldig seie.*“<sup>14</sup> Dieser Beschluss wurde später revidiert, schließlich aber doch wieder hergestellt. Überdies wurde betont, dass nicht vom Grundsatz abzugehen ist, „*daß Eheverlöbnisse der verpflichtenden Kraft entbehren*“, und dass sich die Entschädigungsverpflichtung nicht aus dem unverbindlichen Eheverlöbnis herleitet, „*sondern aus der allgemeinen Gerechtigkeit, nach welcher Jeder dem Anderen, den er muthwillig beleidiget oder beschädiget, genugthun muß*.“<sup>15</sup> Weitere Beratungen führten im Jahr 1793 zu folgenden Formulierungen:

„*§. 2. Die Eheverlobung oder das Versprechen, künftig einander zu heirathen, soll niemals ein Zwangsrecht zur Ehelichung hervorbringen.*“

*§. 3. Wäre aber ein Theil durch die muthwillige Zurücktretung des anderen Theiles beschädigt worden, so ist der Urheber des Schadens den Ersatz zu leisten schuldig.*<sup>16</sup>“

Im Jahr 1796 sprach sich die Directions-Kommission dafür aus, vom Erfordernis eines mutwilligen Rücktrittes abzusehen und den Ersatzanspruch dem Teil zuzuerkennen, der keinen Anlass zum Rücktritt gegeben hat. Weiters beschränkte sie den Anspruch auf den Ersatz der Auslagen, die in Erwartung der Eheschließung gemacht wurden.<sup>17</sup>

Daher hielt der Entwurf Martini, der 1797 als Westgalizisches Gesetzbuch („WGGB“)<sup>18</sup> kundgemacht wurde, daran fest, dass das Eheverlöbnis weder eine rechtliche Verbindlichkeit zur Eheschließung nach sich zieht noch „*zur Leistung desjenigen, was auf den Fall des Rücktritts bedungen worden*“ war, und dass „*dem Theile, der von seiner Seite keine*

<sup>12</sup> Das Dritte Hauptstück des Patents vom 1.11.1786, Justizgesetzsammlung 1786/591 (abrufbar unter [www.alex.onb.ac.at](http://www.alex.onb.ac.at), zuletzt abgerufen am 7.4.2021) trägt den Titel „*Von den Rechten zwischen Eheleuten*“ und lautet:

„*§ 1. Eheversprechen, wodurch sich ein Manns- und Weibsperson die Ehe vorhinein zusagen, haben keine rechtliche Verbindlichkeit. Wenn daher ein Eheversprechen gleichwohl eingegangen wird, dasselbe möge auf was immer für eine Art gefasset, mit was immer für Feyerlichkeiten versehen seyn, soll es weder eine Verbindlichkeit zur künftigen Ehe nach sich ziehen, noch sonst eine rechtliche Wirkung haben.*“

„*§ 2. Um so minder soll eine nach vorhergegangenem Eheversprechen geschehene Schwächung oder Schwangerung eine Verbindlichkeit zur künftigen Ehe gründen; eine solche Schwächung oder Schwangerung soll nicht anders angesehen werden, als wenn solche ohne vorheriges Eheversprechen geschehen ist.*“

<sup>13</sup> *Swoboda*, GZ 1923, 57 (58). Nach *Zeiller* (Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie I [1811] § 46 Anm 1 [S. 173]) erkannte die Rechtsprechung sogar schon unter der Geltung des Josephinischen Gesetzbuches bei Rücktritt vom Verlöbnis auf Ersatz, sofern ein Teil „*Voranstalten vorsichtiger Weise machen mußte*“. S auch die Beratungsprotokolle zum ABGB, abgedr bei *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Beratungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs I (1889) 69.

<sup>14</sup> *Harrasowsky*, Codex Theresianus IV 32 in Fn 8.

<sup>15</sup> *Harrasowsky*, Codex Theresianus IV 32 f in Fn 8.

<sup>16</sup> § 2 und § 3 Erster Theil Drittes Hauptstück Bürgerliches Gesetzbuch nach dem Entwurf Martini (abgedr bei *Harrasowsky*, Codex Theresianus V [1886] 26).

<sup>17</sup> *Harrasowsky*, Codex Theresianus V 26 f in Fn 2.

<sup>18</sup> Patent vom 13.2.1797, Justizgesetzsammlung 1797/373 (abrufbar unter [www.alex.onb.ac.at](http://www.alex.onb.ac.at), zuletzt abgerufen am 7.4.2021).

gegründete Ursache zu dem Rücktritte gegeben hat, der Anspruch auf den Ersatz des Schadens vorbehalten (bleibt), welchen er aus diesem Rücktritt zu leiden beweisen kann.“ (§ 59 und § 60 Erster Theil Drittes Hauptstück).

Die Parallelen des WGGB zu den §§ 45, 46 ABGB fallen ins Auge.<sup>19</sup> Der Grund für die Parallelen ist, dass die Redaktoren auch den Beratungen zum Verlöbnis<sup>20</sup> das WGGB als „Urentwurf“ zugrunde legten<sup>21</sup> und kaum Abweichendes beschlossen. So nahmen die Redaktoren zum Unterbleiben der rechtlichen Verbindlichkeit des Verlöbnisses (s § 45 ABGB) keine Änderungen vor.<sup>22</sup> Das ist wenig überraschend, wenn man die Ausführungen *Zeillers* aus dem Jahr 1808 zur Behandlung des Verlöbnisses im Josephinischen Gesetzbuch liest. Dass nach dem Josephinischen Gesetzbuch das Eheversprechen weder die Verbindlichkeit zur Eheschließung noch sonst eine rechtliche Wirkung nach sich zieht, beruht nach *Zeiller*<sup>23</sup> nämlich „auf der allgemein anerkannten Wahrheit, daß die Ehe, wenn sie dauerhafte, beglückende Verbindung seyn soll, aus wahrer, wechselseitiger Neigung mit vollkommen freiem Willen, folglich ohne allen unmittelbaren oder mittelbaren Zwang geschlossen werden müsse.“ Zur Behandlung des Rücktrittes vom Verlöbnis (s § 46 ABGB) lagen zwar diverse Erinnerungen in den Beratungen vor. Es wurde jedoch im Zuge der Beratungen des Jahres 1802 lediglich auf Vorschlag *Haans* einstimmig beschlossen, die Formulierung „gegeben hat“ durch „entstanden ist“ zu ersetzen.<sup>24</sup> Im Jahr 1807 blieb man – gegen *Pratobevera* und *Sonnenfels* – aus den Gründen, die bereits bei der ersten Beratung erörtert worden waren, beim damals formulierten Text. Zum Text merkte *Zeiller* lediglich am Rand an, dass „der Anspruch auf Ersatz des Schadens“ um die Beisetzung „wirklicher“ ergänzt wurde.<sup>25</sup>

Damit zeigt der entstehungsgeschichtliche Rückblick: Die ABGB-Redaktoren rüttelten zwar nicht mehr daran, dass das Verlöbnis keine rechtliche Verbindlichkeit zur Eheschließung nach sich zieht. Sehr wohl beschäftigte die ABGB-Redaktoren aber der Schadenersatzanspruch im Falle des Rücktrittes vom Verlöbnis. Dieser Schadenersatzanspruch ist bis heute Gegenstand der Kontroverse, die bereits Eingangs angesprochen wurde.

<sup>19</sup> *Demelius*, JBI 1948, 277 (278).

<sup>20</sup> Anders, Grundriß 1; *Wentzel* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I/1<sup>2</sup> (1964) 339; *Oberhofer*, ÖJZ 1994, 433 (435).

<sup>21</sup> § 59 Erster Theil Drittes Hauptstück ABGB-Urentwurf (abgedr bei *Ofner*, Protokolle I VIII) lautet:  
„Das Eheverlobniß, oder das vorläufige Versprechen sich zu ehelichen, unter was für Umständen oder Bedingungen es gegeben, oder erhalten werden, zieht keine rechtliche Verbindlichkeit nach sich weder zur Schlüssung der Ehe selbst, noch zur Leistung desjenigen, was auf den Fall des Rücktritts bedungen werden.“

<sup>22</sup> § 60 Erster Theil Drittes Hauptstück ABGB-Urentwurf (abgedr aaO) lautet:  
„Nur bleibt dem Theile, der von seiner Seite keine geegründete Ursache zu dem Rücktritte gegeben hat, der Anspruch auf den Ersatz des Schadens vorbehalten, welchen er aus diesem Rücktritte zu leiden beweisen kann.“

<sup>23</sup> *Zeiller*, Jährlicher Beytrag zur Gesetzeskunde und Rechtswissenschaft in den österreichischen Erbstaaten, Drittes Buch (1808) 124.

<sup>24</sup> *Ofner*, Protokolle I 69 ff.

<sup>25</sup> *Ofner*, Protokolle II 336 ff (insb 339 in Fn 1). Damit durfte *Zeiller* schließlich doch seinen Gedanken aus der ersten Beratung des Jahres 1802 durchgesetzt haben, dass die Entschädigung nicht auf den Ersatz der Auslagen beschränkt sein darf, weil der „reelle Schaden auch in anderen Stücken bestehen könne. [...] Der Deutlichkeit willen könnte jedoch in dem Texte etwa das Beiwort ‚wirklichen‘ oder ‚eigentlichen Schaden‘ hinzugefügt werden, wodurch man den Schaden von dem Entgange des Gewinnes deutlicher zu unterscheiden pfleget.“

### III. Der Standpunkt der Lehre

Überblicksmäßig lässt sich die Kontroverse im Schrifttum<sup>26</sup> folgendermaßen zusammenfassen: Die ältere Lehre<sup>27</sup> befürwortet zumindest überwiegend die Verschuldensunabhängigkeit des Ersatzanspruchs nach § 46 ABGB.<sup>28</sup> Die jüngeren Stellungnahmen treten hingegen tendenziell öfter für eine Verschuldenshaftung ein.<sup>29</sup>

Eine Vorreiterrolle für diesen Meinungsumschwung dürfte die Untersuchung *Koziołs*<sup>30</sup> zu den schadenersatzrechtlichen Folgen des Verlöbnisrücktrittes gehabt haben. *Kozioł* stützt seine Zweifel an einer verschuldensunabhängigen Haftung wohl primär mit dem Argument, dass das historische Verständnis des § 1311 ABGB, als dessen Unterfall die

<sup>26</sup> Auch die Rsp liefert kein eindeutiges Bild: In der E 5 Ob 377/60 (JBI 1961, 320 [Gschnitzer]) spricht der OGH aus, dass die Schadenersatzpflicht nach § 46 ABGB „nicht auf Verschulden beruh“ (s auch schon OGH 3 Ob 758/29 JBI 1930, 15, wo der OGH der Anschauung der Revision nicht beipflichtete, die für eine Haftung nach § 46 ABGB auch das Vorliegen von Verschulden für erforderlich gehalten hat; OLG Linz 1 R 85/67 EFSIg IV 7649). Dagegen führt die E 2 Ob 7/67 (SZ 40/15) aus, dass das Erstgericht nicht zu erörtern brauchte, „aus wessen Verschulden das Verlöbnis aufgelöst wurde“ und in der E 1 Ob 119/69 (SZ 42/94) hat es der OGH für entbehrlich erachtet, die Frage des Mitverschuldens der Klägerin am Scheitern des Eheplanes zu erörtern, weil sie auch den Bereicherungsanspruch geltend machte. Im Jahr 1872 judizierte der OGH (5.9.1872, Nr 7338 GIU 4700) sogar, dass die Ersatzpflicht nur eintritt, wenn den Zurücktretenden ein „Verschulden zur Last fällt, weil der §. 46 a.b.G.B. desfalls keine besonderen Bestimmungen enthält, mithin die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über den Schadenersatz, daher auch jene des §. 1215 a.b.G.B. Anwendung finden müssen.“ Das Verschulden erblickte der OGH (allerdings) bereits darin, dass der Beklagte „ohne jede gegründete Ursache von dem Verlöbnis zurückgetreten ist.“ (s auch OGH 6.3.1884, Nr 901 GIU 10857). Einer ähnlichen Formulierung bediente sich der OGH in der E 1 Ob 360/50 (JBI 1950, 552). Dort heißt es nämlich, dass „[d]er nach § 46 ABGB an der Auflösung der Verlobung schuldige Teil“ Ersatz zu leisten habe (zu berücksichtigen ist wohl aber, dass sich in concreto der Beklagte „brutal gegen die Klägerin verhalten und ihre Kinder mißhandelt“ hatte). Im Übrigen wird der Rsp wenig Aussagekraft attestiert, weil in den veröffentlichten Entscheidungen kein Fall tatsächlich fehlenden Verschuldens vorgelegen sei und somit nur obiter dicta abgegeben worden seien (*Ferrari* in *Schwimann/Kodek* [Hrsg], ABGB I<sup>5</sup> [2018] § 46 Rz 5).

<sup>27</sup> *Dolliner*, Das österreichische Ehrerecht, Erster Band<sup>2</sup> (1848) 20 f; *Pfaff*, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung nach österreichischem Recht, Ein Gutachten (1880) 44 in Fn 132; *ders*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, JBI 1887, 449 (450 in Fn 98 aE); *ders*, Die Clausel: Rebus sic stantibus in der Doctrin und der österreichischen Gesetzgebung, in *FS Unger* (1898) 221 (352 in Fn 1); *Winiwarter*, Das Oesterreichische bürgerliche Recht, Erster Theil (1831) 170, der allerdings bei Rücktrittsursachen, die schon vor dem Eheverlöbnis vorhanden waren, den Schadenersatz nur nach „allgemeinen Grundsätzen“ in Betracht zieht, und bei einseitiger Kenntnis des Hindernisses davon ausgeht, dass durch die Eheschließung mit Wissen und Willen ein Schaden verursacht, „folglich ein Verschulden begangen“ wird; *Anders*, Grundriß 24; *Krasnopolksi*, GZ 1904, 379, 388, 395 (397 mit Hinweis auf GIU 4700 [s dazu in Fn 26] in Fn 122); *Dniestrzański*, Zur Lehre vom Verlöbnis, GrünhutsZ 33 (1906) 87 (161 ff); *Köstler*, Österreichs Ehrerecht<sup>4</sup> (1948) 3; *Wentzel* in *Klang*, ABGB I/1<sup>2</sup> 340 f. AA *Prockner*, Ansichten über das Recht zum Schadenersatz wegen eines Rücktrittes von einem Eheverlöbnisse, Der Jurist X (1843) 387 (415 ff); *Pachmann*, Bemerkungen zur Lehre vom Schadenersatz wegen aufgelöste Eheverlöbnisse, Österreichische Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft 1859, 64 (76 f); *Rittner*, Österreichisches Ehrerecht (1876) 360 f.

<sup>28</sup> So bereits die Einschätzung von *Oberhofer*, ÖJZ 1994, 433 (436 mwN zu beiden Ansichten in den Fn 32 ff).

<sup>29</sup> *Pichler*, Einige Probleme des neuen Ehrechts, JBI 1981, 281 (282); *Mair*, Verschuldensunabhängiger Schadenersatzanspruch nach Rücktritt vom Verlöbnis? ÖJZ 1994, 844 (insb 847); *Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> (2000) § 46 Rz 3; *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich* (Hrsg), ABGB (Klang)<sup>3</sup> (2006) § 46 Rz 2; *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 46 ABGB Rz 11; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> (2011) § 46 Rz 5; *Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>5</sup> § 46 Rz 5; *dies* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB<sup>5</sup> (2020) § 46 Rz 3; *Koch* in *Kozioł/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB<sup>6</sup> (2020) § 46 Rz 3; *Hopf/Kathrein*, Ehrerecht<sup>3</sup> (2014) § 46 ABGB Rz 6; s auch *Smutny* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON<sup>1,07</sup> (Stand: 1.8.2020) § 46 Rz 8 (wohl offenlassend allerdings aaO Rz 14). AA *Schwind*, Kommentar zum österreichischen Ehrerecht<sup>2</sup> (1980) § 46 ABGB Rz 2.1.3; *ders* in *Ehrenzweig* (Hrsg), System des österreichischen allgemeinen Privatrechts<sup>3</sup> (1984) 14; *Oberhofer*, ÖJZ 1994, 433 (437 f); *Sagerer/Schiavon*, Partnerschaft, Ehe und Scheidung (2012) 23; *Kerschner/Sagerer-Forić/Schöditsch*, Bürgerliches Recht V<sup>7</sup> (2020) 21.

<sup>30</sup> *Kozioł*, Die schadenersatzrechtlichen Folgen des Rücktrittes vom Verlöbnis, JBI 1975, 61 ff; s außerdem in jüngerer Zeit daran festhaltend *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> (2018) A 6 Rz 303.

Gesetzesverfasser § 46 ABGB gesehen haben, heute nicht mehr trägt.<sup>31</sup> Historisch sei § 1311 ABGB nämlich so verstanden worden, dass bei Schädigung ohne Verschulden derjenige den Schaden zu tragen hat, in dessen Person oder Vermögen die Ursache entstanden ist.<sup>32</sup> Hingegen verstehe man die Bestimmung heute dahin, dass bei zufälliger Schädigung der Geschädigte den Schaden zu tragen hat. Nach *Koziol* sei kein Grund dafür ersichtlich, gerade im Verlöbnisrecht vom heute herrschenden Verständnis des § 1311 ABGB abzugehen. Vielmehr spreche der Umstand, dass das Verlöbnis eine schwache, weil undurchsetzbare Verbindlichkeit begründet, dafür, mindestens keine schärfere Sanktion an das Nichteinhalten des Verlöbnisses zu knüpfen, sondern vielmehr die Haftung geringer zu halten als sonst.<sup>33</sup>

## IV. Der zum Schadenersatz verpflichtende Umstand?

Prüft man angesichts dieses Meinungsstreits die Frage, ob die Haftung gemäß § 46 ABGB Verschulden voraussetzt, ruft sich sogleich ein Grundsatz in Erinnerung. In Erinnerung ruft sich, dass die Verschuldenshaftung nach der Dogmatik des ABGB grundsätzlich auf einer Rechtswidrigkeit aufbaut.<sup>34</sup> Das schlägt die Brücke zur Frage, worin denn eigentlich bei der Haftung wegen Rücktrittes vom Verlöbnis der Umstand liegt, der zum Schadenersatz verpflichtet.

### A. Enttäuschung des Vertrauens

Prima vista mag es sich aufdrängen, den Umstand, der zum Schadenersatz verpflichtet, an der Enttäuschung des Vertrauens in dem Sinn des (grundlosen) Rücktrittes vom Verlöbnis bzw des Abstehens von der Eheschließung festzumachen.<sup>35</sup> Den Umstand, der zum Ersatz verpflichtet, daran festzumachen, dass die Eheschließung (ohne gegründete Ursache) – vereinfacht gesagt – scheitert, spießt sich jedoch mit der anerkannten<sup>36</sup> Eheabschlussfreiheit

<sup>31</sup> Gegen die Problemrelevanz des behaupteten Wandels der Bedeutung von § 1311 ABGB *Schwimann/Ferrari* (in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 46 Rz 5; *Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>5</sup> § 46 Rz 5), die sich aber iE aus rechtpolitischen Gründen für eine Verschuldenshaftung aussprechen.

<sup>32</sup> Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang allerdings darauf, dass die von *Zeiller* (ABGB III/2 S. 737) zu § 1311 ABGB geäußerte Ansicht einer verschuldensunabhängigen Haftung für „Personenmängel“ wohl nicht von den übrigen Redaktoren mitgetragen wurde (vgl. auf dazu mwN *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung [1992] 7). Wenn es richtig ist, dass die Redaktoren § 1311 S 1 ABGB lediglich als negative Aussage verstanden haben, so deckt sich dies mit seiner heutigen Interpretation. Das schließt es aus, dass sich das Verständnis von § 1311 ABGB gewandelt hat, was eine Berufung auf ein gegenteiliges Verständnis zu § 46 ABGB kontraindizieren soll.

<sup>33</sup> Dagegen wendet *Schwind* (Ehrech<sup>2</sup> § 46 ABGB Rz 2.1.3.; zust. *Oberhofer*, ÖJZ 1994, 433 [436]) ein, ob es nicht doch gerechtfertigt ist, zu sagen: Gerade weil kein Zwang zur Erfüllung des Verlöbnisses besteht, wird das Vertrauen der Verlobten wenigstens dadurch in höherem Maß geschützt, dass sie aus diesem auch bei Schuldlosigkeit des anderen keinen materiellen Schaden erleiden.

<sup>34</sup> Statt aller nur *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 189.

<sup>35</sup> In diese Richtung klingen zunächst die Ausführungen *Ostheims* (Zur Haftung für culpa in contrahendo bei grundloser Ablehnung des Vertragsabschlusses, JBl 1980, 522 [1. Teil], 570 [578; 2. Teil]). Denn *Ostheim* formuliert, dass der „Haftungsgrund [...] in der grundlosen Enttäuschung des in das Eheversprechen gesetzten Vertrauens des Partners auf das sichere Zustandekommen der Ehe“ liegt. Letztendlich dürfte jedoch die Ansicht *Ostheims* der Sache nach nicht allzu fern von dem Standpunkt liegen, der hier vertreten wird (s. sogleich im Text; s. auch in Fn 37 und außerdem *Schwind* in *Ehrenzweig*, Privatrecht<sup>3</sup> 14: „An den Rücktritt knüpft § 46 ABGB eine Ersatzpflicht.“). Es dürfte letztlich nur ein Unterschied der Formulierung vorliegen. Stärker deutet in diese Richtung eine Feststellung von *Lukas* (Abbruch von Vertragsverhandlungen, JBl 2009, 751 [1. Teil], 2010, 23 [34 in Fn 153; 2. Teil]). Denn nach *Lukas* zeige § 46 ABGB immerhin, „dass eine Haftung für den Vertrauensschaden auch dann in Betracht kommen kann, wenn die Pflichtwidrigkeit im Nichtabschluss eines Vertrages besteht.“

<sup>36</sup> Anerkanntermaßen (zB *Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I<sup>5</sup> [2018] § 45 Rz 4; *Koch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>6</sup> [2020] § 45 Rz 3; *Hopf/Kathrein*, Ehrech<sup>3</sup> § 45 ABGB Rz 4; *Smutny* in

(s § 45 ABGB).<sup>37</sup> Die Eheabschlussfreiheit ist in ihrer negativen Ausformung nämlich gerade die Freiheit, jederzeit von einer intendierten Eheschließung (grundlos) Abstand zu nehmen.<sup>38</sup> Soll das Abstandnehmen eines Verlobten von der Eheschließung jedoch zum Schadenersatz verpflichten, müsste man Verlobte doch verpflichtet erachten, die Ehe planmäßig einzugehen. Denn pflichtwidrig kann das Abstehen von einem (geplanten) Vertrag nur sein, wenn man die Parteien verpflichtet hält, den (geplanten) Vertrag abzuschließen.<sup>39</sup>

Hinzu tritt, dass das Abstellen auf das Abstehen von der Eheschließung nicht zur Haftung auf den Vertrauensschaden passt,<sup>40</sup> die § 46 ABGB nach verbreiteter Ansicht normiert.<sup>41</sup> Denn läge der Umstand, der zum Schadenersatz verpflichtet, in dem (grundlosen) Nichtabschluss der Ehe, wäre der dadurch verursachte Schaden durch Eheschließung oder wegen Ausschlusses der darin liegenden Naturalrestitution durch den Ersatz des positiven Interesses wiedergutzumachen.<sup>42</sup>

## B. Erwecken des Vertrauens

Herausgestellt hat sich somit, dass das Festmachen der Haftungsbegründung an der Enttäuschung des Vertrauens iSv (grundlosen) Abstehen von der Eheschließung Probleme bereitet. Diese Probleme lösen sich auch nicht auf, wenn man versucht, rechtsfolgenseitig eine Harmonisierung zur Undurchsetzbarkeit des Eheversprechens herbeizuführen, indem man für den Ersatz des Vertrauensschadens eintritt.<sup>43</sup> Vielmehr überdeckt man dadurch bloß

---

Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.07</sup> [Stand: 1.8.2020] § 45 Rz 12) begründet das Verlöbnis keine Pflicht zum künftigen Schließen der Ehe. Fraglich ist der Mehrwert, den es haben kann, eine *undurchsetzbare Pflicht* zum Eingehen der Ehe anzuerkennen. Dadurch wird doch eigentlich in einem Atemzug zwar eine Rechtspflicht angenommen, aber das charakteristische Merkmal von Rechtspflichten, nämlich die Durchsetzbarkeit verneint (s aber auch P. Bydlinski, Bürgerliches Recht AT<sup>8</sup> [2018] 87, der hier wohl von einer *lex imperfecta* sprechen würde). Selbst wenn man aber zugesteht, dass das Verlöbnis bloß eine undurchsetzbare Verbindlichkeit zum Eheschluss begründet, bleibt schwer nachvollziehbar, wie in der grundlosen Auflösung des Verlöbnisses eine Pflichtwidrigkeit liegen kann (s aber Kozioł, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> A 6 Rz 306). Wie kann, wenn keine (durchsetzbare) Verbindlichkeit zum Eheabschluss besteht, die „*Nichteinhaltung dieser Pflicht*“ rechtswidrig sein?

<sup>37</sup> Siehe auch Schwind, Ehrerecht<sup>2</sup> § 46 ABGB Rz 2.1.4., der die Frage aufwirft, was bei der Auflösung des Verlöbnisses überhaupt Verschulden bedeutet. Schwind antwortet, dass die Auflösung des Verlöbnisses aus welchem Grund auch immer kein Verschulden ist, weil keine Verpflichtung zum Eingehen der Ehe besteht. Auch nach Ostheim (JBl 1980, 522 [1. Teil], 570 [578; 2. Teil] gegen Kozioł, JBl 1975, 61 [63 f]) lässt sich die Schadenersatzpflicht nach § 46 ABGB nicht auf die „*Verbindlichkeit zum Eheabschluss*“ gründen. S auch bereits Dniestrzański, GrünhutsZ 33 (1906) 87 (162 in Fn 187 und auch 171). All das trifft sich mit der Position von Singer (Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens [1993] 286 f mwN in Fn 83) zur deutschen Parallelregelung (§§ 1289 f BGB). Zum BGB schreibt Singer, dass sich die Ersatzpflicht nicht als Folge des Vertragsbruchs erklären lässt, weil keine Rechtspflicht zur Eheschließung besteht.

<sup>38</sup> Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz 44 in Fn 132. Das liegt parallel dazu, dass die negative Seite der Vertragsabschlussfreiheit die Freiheit ist, von einem Vertragsabschluss abzusehen (s auch § 861 Satz 2 ABGB).

<sup>39</sup> Singer, Vertrauenshaftung beim Abbruch von Vertragsverhandlungen, in FS Canaris (2002) 135 (137).

<sup>40</sup> Nach Ackermann (Der Schutz des negativen Interesses [2007] 18) gelangt man zum Ersatz des positiven Interesses, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand in der Enttäuschung einer geweckten Erwartung (zB Nichterfüllung des vertraglichen Leistungsversprechens) liegt (s auch aaO 518). Zum Verlöbnis bereits Canaris, AcP 165 (1965) 1 (4, 13).

<sup>41</sup> Schwind, Ehrerecht<sup>2</sup> § 46 ABGB Rz 4.1: „*Vertrauensschaden, jedoch mit Ausschluß des Schadens, der dadurch entstand, daß infolge des Verlöbnisses eine andere Eheschließung nicht zustande kam*“; Kozioł, JBl 1975, 61 (64 ff, insb 66: „*Ferner können alle als ersatzfähig anerkannten Schäden als Vertrauensschäden eingestuft werden.*“); ders, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> A 6 Rz 307; Stabentheiner in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 46 Rz 7: „*Wirklicher Schaden ist Vertrauensschaden [...] in der Höhe des positiven Vermögensschadens*“; Koch in Kozioł/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>6</sup> § 45 Rz 4; Hopf/Kathrein, Ehrerecht<sup>3</sup> § 46 ABGB Rz 7; Smutny in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.07</sup> § 46 Rz 15. S auch bereits Pfaff, JBl 1887, 449 (450 in Fn 98).

<sup>42</sup> Siehe dazu ferner H. Stoll in FS v. Caemmerer (1978) 435 (446); Ackermann, Negatives Interesse 506 f.

<sup>43</sup> Siehe aber Kozioł, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> A 6 Rz 307.

den angelegten Widerspruch zum Umstand, den man als den Umstand qualifiziert, der (angeblich) zum Ersatz verpflichtet.<sup>44</sup> Daher scheint es angezeigt, für die Begründung der Haftung einen anderen Weg einzuschlagen. Als alternativer Weg bietet sich an, im Erwecken von Vertrauen den Umstand zu sehen, der zum Schadenersatz verpflichtet.

## 1. Grundlegendes

Es bietet sich also an, den Umstand, der zum Ersatz verpflichtet, darin zu erblicken, dass jemand erklärt, in Zukunft heiraten zu wollen, womit er Vertrauen erweckt. Dieser Erklärung kann in der Sicht eines objektiven Empfängers nicht nur die Aussage entnommen werden, dass der Erklärende zur Eheschließung bereit ist. Vielmehr lässt sich die erklärte Bereitschaft zum Eingehen der Ehe aus Sicht des objektiven Erklärungsempfängers nur so verstehen, dass keine erkennbaren Umstände vorliegen, die diesem Vorhaben entgegenstehen könnten, und der Erklärende nicht ohne weiteres vom Entschluss, die Ehe künftig zu schließen, Abstand nehmen wird. Demnach ist auch ohne ausdrückliche Erwähnung das Nichtvorliegen von Umständen, die objektiv für einen sich Verlobenden bedeutsam sind, und das Halten des gegebenen Versprechens mangels besonderer Gegengründe, ein Inhalt, der sich durch objektive Auslegung der Erklärung, sich verloben zu wollen, ermitteln lässt.

## 2. Zur Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf die erklärte Eheabschlussbereitschaft

Dem Erklärungsempfänger zuzugestehen, auf die geweckte Bereitschaft zur Eheschließung und die damit implizit verbundenen Aussagen vertrauen zu dürfen, findet eine Stütze im Lauf, den eine Verlobung in der Regel nimmt.<sup>45</sup> Denn auf Grund des „typischen“ Verlaufs der Dinge nach einer Verlobung ist es nur allzu verständlich, beim Verlöbnis davon auszugehen, dass die damit eigentlich angestrebte Ehe in Zukunft tatsächlich geschlossen, also am Weg zur Eheschließung nichts schief gehen wird. Damit liegt es zugleich aus psychologischer Sicht nahe, auf eine privatautonome Absicherung für den Fall zu verzichten, dass die Verlobung scheitert. Umgekehrt wäre es geradezu „widernatürlich“<sup>46</sup>, Verlobten zuzumuten, dass sie der „Zusicherung“ des zukünftigen Eheschlusses Misstrauen entgegenbringen müssen, statt ihnen zu gestatten, dieser eine Vertrauensgrundlage zu entnehmen. Es würde nämlich verlangt, sich dagegen privatautonom abzusichern, dass sich Voranstalten, Vorausgaben bzw Dispositionen als „voreilig“ erweisen könnten, wenn und weil das Verlöbnis doch nicht in eine Ehe mündet. Diese Absicherung würde noch dazu beim Werben eines anderen um Vertrauen auf den zukünftigen Eheschluss und trotz der Tatsache verlangt, dass – mit den Worten Zeillers<sup>47</sup> – „Ehen nicht ohne Voranstalten und Vorausgaben geschlossen werden“ oder –

<sup>44</sup> Vgl Ackermann, Die Haftung des Auftraggebers bei Vergabeverstößen, ZHR 164 (2000) 394 (420).

<sup>45</sup> Der Bundesanstalt Statistik Österreich liegen laut schriftlicher Auskunft vom 16.3.2021 keine Daten dazu vor, wie viele Verlöbnisse zu keiner Eheschließung führen. Aus dem persönlichen Bekanntenkreis ist dem Verfasser jedoch kein Verlöbnis bekannt, das nicht zum Eheschluss führte.

<sup>46</sup> Diese Wortwahl geht auf Singer (in FS Canaris [2002] 135 [145]) zurück. Singer spricht davon, dass es „jedenfalls dann widernatürlich (erscheint)“ Misstrauen zur Grundlage des eigenen Verhaltens zu machen, wenn der Verhandlungspartner für vertrauen wirbt und den Vertragsabschluss als sicher hinstellt.

<sup>47</sup> Zeiller, ABGB I § 45 Anm 1 (S. 172); sehr ähnlich bereits ders, Jährlicher Beytrag III 124: „Denn Ehen können in den meisten Fällen nicht ohne alle Voranstalten, ohne einen vorläufigen Aufwand, oder wohl auch ohne Aufopferungen des bisherigen Erwerbs, wozu man sich ohne das Eheversprechen nicht entschlossen hätte, eingegangen werden.“. S in Anschluss an Zeiller auch OGH 1 Ob 143/34 JBI 1934, 188 (189). Ähnlich auch schon Winiwarter (Oesterreichische bürgerliche Recht I 167), nach dem eine Eheschließung verschiedene Vorbereitungen nötig macht, die niemand gern ohne einige Sicherheit des künftigen

moderner gewendet – dass die bekundete Bereitschaft des anderen zum Eheschluss zu Dispositionen im Hinblick auf das Eingehen der Ehe veranlasst.

Derartiges Misstrauen als eine nicht ernst zu nehmende Alternative zum Anerkennen von Vertrauen, das das Gesetz schützt, zu qualifizieren, findet auch normative Anhaltspunkte. So will Misstrauen als Grundlage für das Verhalten von Verlobten nicht Recht dazu passen, dass die Verlobten durch den Abschluss der intendierten Ehe dazu verpflichtet werden, das Vertrauen zu wahren, das für eine funktionierende Gemeinschaft unerlässlich ist.<sup>48</sup> Damit will nicht behauptet werden, dass es die – ja noch nicht geschlossene – Ehe ist, aus der die Pflicht zur Vertrauenswahrung resultiert.<sup>49</sup> Denn das liefe darauf hinaus, dass die Ehe quasi eine pflichtenbegründende Vorwirkung entfalten müsste. Jedoch ist nicht einzusehen, warum nicht auch schon im Vorstadium zur Ehe der Gedanke des Vertrauensschutzes tragende Bedeutung haben sollte.<sup>50</sup>

Hinzu tritt, dass die Beteiligten, wenn sie der Verlobung misstrauen sollten und sich daher rechtsgeschäftlich gegen ihr Schadensrisiko absichern wollten, vor einer besonderen Herausforderung stünden. Diese Herausforderung beim Gestalten ihrer Absicherung resultiert daraus, dass die Lehre die Unverbindlichkeit „zur Leistung desjenigen, was auf den Fall des Rücktrittes bedungen worden ist“ (§ 45 ABGB) unter Verweis auf das Vermeiden indirekten Zwangs zur Eheschließung<sup>51</sup> tendenziell weit versteht.<sup>52</sup> So ist vom Verbot von Vereinbarungen die Rede, nach denen den Verlobten für den Fall des Rücktrittes ein Vermögensnachteil treffen soll,<sup>53</sup> die die Ungebundenheit der Verlobten beeinträchtigen (§ 45 ABGB),<sup>54</sup> die eine von vornherein fixierte Leistung für den Fall der Verlöbnislösung bestimmen<sup>55</sup> oder die der Bekräftigung des Verlöbnisses dienen.<sup>56</sup> Deshalb liegt es nicht nur psychologisch fern, sich beim Verloben sprichwörtlich im Handumdrehen gegen das Nichteingehen der Ehe vertraglich abzusichern. Vielmehr bezweckt § 45 ABGB gerade den Schutz der Eheabschlussfreiheit der Verlobten, deren neu begründete Gemeinschaft ohne

---

Erfolges tätigt. Es sei daher natürlich, dass der Ehe eine Verabredung vorausgeht. S auch aus der jüngeren Literatur Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth, EuPR (2011) § 45 ABGB Rz 3.

<sup>48</sup> Das Wahren des Vertrauens, das für eine funktionierende Gemeinschaft unerlässlich ist (s dazu ferner auch im Zusammenhang mit der Begründung gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten RIS-Justiz RS0061585), ist nach hA Teil der zwischen Ehepartnern bestehenden Treuepflicht (vgl. Schwind, Ehrech<sup>2</sup> § 90 ABGB Rz 6; Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth, EuPR § 90 ABGB Rz 29; Ferarri in Schwimann/Kodek, ABGB I<sup>5</sup> § 90 Rz 10; Hopf/Kathrein, Ehrech<sup>3</sup> § 90 ABGB Rz 11).

<sup>49</sup> In diese Richtung aber in der Tat noch in einem verwandten Zusammenhang RG III 472/14 JW 1915, 577 Nr 10; RG VII 95/18 RGZ 95/20 (S 58) = JW 1919, 35 (Oertmann).

<sup>50</sup> Im Verhandlungsstadium, also im Vorstadium zum Rechtsgeschäft, anerkennt der OGH, dass Vertrauen eine tragende Bedeutung hat (RIS-Justiz RS0119785). Insofern scheint es aber nur ein verhältnismäßig kleiner Schritt, Vertrauen auch im Ehrech, nämlich quasi im Vorstadium zur Ehe Bedeutung zuzuerkennen.

<sup>51</sup> Siehe auch Beratungsprotokoll zum ABGB, abgedr. bei Ofner, Protokolle I 69.

<sup>52</sup> Siehe auch Canaris (Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht [1971] 544), nach dem das BGB beim Verlöbnis die Möglichkeit zum privatautonomen Selbstschutz ausschließt. S dagegen aber mit beachtlichen Gründen Singer (Widersprüchliches Verhalten 291), dessen Ansatz später Canaris (Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in 50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft [2000] 129 [181 in Fn 240]) zugestimmte.

<sup>53</sup> Rittner, Ehrech 360 in Fn 5.

<sup>54</sup> Hopf/Kathrein, Ehrech<sup>3</sup> § 45 ABGB Rz 4.

<sup>55</sup> Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I<sup>5</sup> § 45 Rz 4.

<sup>56</sup> Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth, EuPR § 45 ABGB Rz 19.

Vertrauen nicht funktioniert. Da jede rechtsgeschäftliche Absicherung gegen das Nichteingehen der Ehe demgemäß nur zulässig ist, soweit sie sich mit dem Schutz der Eheabschlussfreiheit der Verlobten in Einklang bringen lässt, steht das Rechtsgeschäft als das primär gedachte Selbstgestaltungsmittel für die Absicherung möglicher zukünftiger Unwegsamkeiten nicht uneingeschränkt zur Verfügung. Hinzu kommt, dass eine gesonderte Vereinbarung zu den Folgen des „Scheiterns der Verlobung“ auch noch insoweit überflüssig ist, als das ABGB das Rechtsverhältnis, das die Verlobung begründet, durch die Haftungsregelung des § 46 ABGB ergänzt. Damit schließt das ABGB zumindest in einem beachtlichen Teil die Lücke, die sich durch den verständlichen Verzicht der Verlobten auf Selbstgestaltung auftut.

### 3. Aus den Beratungsprotokollen zum ABGB

Nach diesen Überlegungen drängt sich eine Frage auf: Lässt sich die These, dass der zum Schadenersatz verpflichtende Umstand vom Scheitern der Eheschließung zur Äußerung zu verlagern ist, die dem Verlöbnis zugrunde liegt und beim Geschädigten die Erwartung des Eheschlusses weckt,<sup>57</sup> auch mit den Vorstellungen der ABGB-Redaktoren in Einklang bringen? Das ist in der Tat der Fall, weil diese These in den Beratungen zum ABGB eine Stütze findet. Die Mehrheit der Redaktoren ist nämlich davon ausgegangen, „*den Eheverlöbnissen keine Wirkung beizulegen*“.<sup>58</sup> Sie haben es jedoch für „*billig und in dem Naturrechte gegründet*“ erachtet, „*daß der zurücktretende Theil dem anderen schuldlosen Theile denjenigen Schaden ersetze, welchen er ihm durch das vorhergegangene Versprechen verursachet hat.*“<sup>59</sup> Darin liegt ein Fingerzeig, dass es der Vorstellung der Redaktoren nicht zuwiderläuft, die Schadenshaftung auf der dem Versprechen zugrundeliegenden Erklärung, sich in Zukunft zu ehelichen, beruhen zu lassen.<sup>60</sup>

### 4. Zum Gesetzeswortlaut

Diese Stütze in den Gesetzesmaterialien erhärtet ein Blick auf die Formulierung des Haftungstatbestands. Beim Blick auf den Gesetzeswortlaut fällt nämlich auf, dass § 46 ABGB nicht von der Berechtigung eines Teils spricht, den Ersatz des Schadens vom anderen zu begehrten, welchen dieser ihm aus dem Rücktritt zugefügt hat (vgl dazu § 1295 Abs 1 ABGB). Vielmehr knüpft § 46 ABGB sprachlich an den Grundsatz an, dass das Eheverlöbnis keine rechtliche Verbindlichkeit nach sich zieht.<sup>61</sup> Das Anknüpfen an § 45 ABGB vermag nämlich zu erklären, warum § 46 ABGB formuliert, dass nur einem näher bestimmten „*Teile*“, der Anspruch auf Schadenersatz „*vorbehalter*“ bleibt. Wenngleich demnach das Gesetz in

<sup>57</sup> Zu §§ 1298 f BGB hat bereits *Canaris* (Vertrauenshaftung 544) betont, dass das Heiratsversprechen das Vertrauen des Partners auf den Eheschluss hervorruft.

<sup>58</sup> Beratungsprotokolle zum ABGB, abgedr bei *Ofner*, Protokolle I 70.

<sup>59</sup> Beratungsprotokolle zum ABGB, abgedr bei *Ofner*, Protokolle I 70.

<sup>60</sup> Siehe dazu auch die Bemerkung in den Beratungsprotokollen zum ABGB (abgedr bei *Ofner*, Protokolle I 69 [Hervorhebung durch den Verf]), nach der die Gesetzgebung nach dem Tod Josef II. dazu übergegangen ist, „*den Eheversprechen wenigstens insoferne wieder Wirkung beizulegen, daß daraus eine rechtliche Verbindlichkeit zum Ersatze des verursachten Schadens entstehen sollte.*“ Auch hat bereits zuvor *Sonnenfels* daran erinnert, dass das Josephinische Gesetz dem Eheversprechen alle Wirkung genommen hat, um keine unzufriedenen Ehen zu veranlassen. „*Diesem Grundsatz zu Folge, habe man auch, um den Rücktritt von einem gemachten Versprechen zu erleichtern, bestimmt, daß nur derjenige Schaden ersetzt werden soll, welcher unmittelbar durch das Versprechen veranlasst worden ist, damit nicht die Partei durch den zu großen Schadenersatz gleichsam mittelbar gezwungen werde, die Ehe dennoch wirklich einzugehen.*“ (Beratungsprotokolle zum ABGB, abgedr aaO [Hervorhebung durch den Verf]).

<sup>61</sup> Vgl *Wentzel* in *Klang*, ABGB I/1<sup>2</sup> 344 in Fn 37. S auch *Schwind* in *Ehrenzweig*, Privatrecht<sup>3</sup> 14.

§ 45 ABGB dem Eheverlöbnis keine rechtliche Verbindlichkeit gewährt, so behält es diesem in § 46 ABGB doch vor, einen Anspruch auf Schadenersatz zu begründen. Folglich findet die Vorstellung der Redaktoren, dass sich der Schadenersatz auf dem Versprechen des künftigen Eheschlusses gründet (s Punkt IV.B.2.), Niederschlag im Gesetzeswortlaut. Außerdem verträgt es sich durchaus mit dem Gesetzeswortlaut, den Umstand, der zum Schadenersatz verpflichtet, an der Erklärung festzumachen, sich in Zukunft ehelichen zu wollen.

Mit der hiesigen Sicht, den Umstand, der zum Ersatz verpflichtet, im Erwecken der Erwartung des künftigen Eheschlusses zu erblicken, harmoniert außerdem, dass § 46 ABGB den Schadenersatzanspruch nicht undifferenziert den Verlobten gewährt. Nach dem expliziten Gesetzeswortlaut gebührt der Ersatzanspruch nur „*dem Teile, von dessen Seite keine gegründete Ursache zu dem Rücktritt entstanden ist*“. Das harmoniert mit einer Haftung wegen des Erweckens von Vertrauen durch die erklärte Bereitschaft zur Eheschließung, weil kein Grund dafür ersichtlich ist, dass jemand, der eine gegründete Ursache zum Rücktritt gibt, in seinem Vertrauen auf die Eheschließung (noch) schutzwürdig sein sollte. Vielmehr fehlt bei der hiesigen Konstruktion gerade auf seiner Seite ein Grund, der es rechtfertigen könnte, ihm an sich einen Schadenersatzanspruch zu gewähren.<sup>62</sup>

Schließlich fällt die wenig konkrete Formulierung „*gegründete Ursache*“ ins Auge.<sup>63</sup> Unter dieses Tatbestandsmerkmal werden heute insbesondere Umstände subsumiert, die die Scheidung rechtfertigen, wenn die Ehe geschlossen worden wäre.<sup>64</sup> Auch das trifft sich mit der hier vertretenen Ansicht, dass der Umstand, der zum Ersatz verpflichtet, im Vertrauenserwecken liegt. Denn vernünftigerweise kann beim Vorliegen eines Umstands, der zur Scheidung berechtigt, das Eingehen der Ehe nicht erwartet werden. Demgemäß darf vernünftigerweise nicht darauf vertraut werden, nicht aus diesem Grund verlassen zu werden.<sup>65</sup> Außerdem gibt ein Umstand, der zur Scheidung berechtigt, einem Ehegatten das Recht, sich der Pflichten zu entsagen, die die geschlossene Ehe begründet. Abstrakt betrachtet liegt somit ein Grund vor, der den Schuldner nach Abschluss eines Vertrags berechtigt, sich von seiner Erfüllungspflicht zu lösen. Das Erfüllungsinteresse des Gläubigers genießt also keinen gesetzlichen Schutz (mehr). Dann müssen aber auch Dispositionen, die der Gläubiger im Vertrauen auf die künftige Erfüllung getätigt hat, ein Risiko bleiben, das der Gläubiger zu tragen hat. Denn ansonsten wäre das Lösungsrecht des Schuldners mittelbar beeinträchtigt, respektive bliebe der Gläubiger geschützt (s aber § 45 ABGB). Für den Fall,

<sup>62</sup> Siehe dazu noch unten in Kapitel V. bei Fn 74.

<sup>63</sup> Es war eine bewusste Entscheidung der Redaktoren, die Tatsachen, die eine „*gegründete Ursache*“ sein können, nicht näher zu konkretisieren. Denn in den Beratungen des Jahres 1802 (abgedr. in *Ofner, Protokolle I* 70) machte das böhmische Appellationsgericht die Erinnerung, dass zur „*Beschränkung der richterlichen Willkür in dem Gesetzbuche die gerechten Ursachen des Rücktrittes angegeben werden sollten*.“ Von dieser Erinnerung wurde jedoch nicht Gebrauch gemacht. Zeiller bemerkte dazu, dass sich die gerechten Rücktrittsursachen nicht aufzählen lassen, weil auf die besonderen Verhältnisse gesehen werden müsse und es wohl keinem Gericht entgehen dürfte, „*daß diejenigen Umstände, welche die Ehe sogar ungültig machen, oder schlechte Sitten und ansteckende Krankheiten, von welchen der § 78 erwähnet, ebenfalls gerechte Ursachen zum Rücktritte sein müssen*.“

<sup>64</sup> Stabentheiner in *Rummel, ABGB*<sup>3</sup> § 46 Rz 4; Hinteregger in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*<sup>3</sup> § 46 Rz 3; Höllwerth in *Gitschthaler/Höllwerth, EuPR* § 46 ABGB Rz 10; Hopf/Kathrein, *Ehrerecht*<sup>3</sup> § 46 Rz 5. S auch bereits Zeiller, *ABGB I* § 46 Anm 3 (S. 174).

<sup>65</sup> Vgl *Canaris, AcP* 165 (1965) 1 (28).

dass schon der Abschluss eines intendierten Vertrags unterbleibt, lässt sich daraus ableiten: Eine Haftung für Schäden, die aus der erweckten Erwartung des künftigen Vertragsabschlusses resultieren, ist nicht in Betracht zu ziehen, wenn der Grund für den Nichtabschluss bei unterstelltem Vertragsabschluss die Erfüllungspflicht beseitigt hätte. Das trifft sich mit einem Grundsatz, den *Ackermann*<sup>66</sup> anknüpfend an eine Rechtsprechung des BGH<sup>67</sup> zur sogenannten Rentabilitätsvermutung formuliert hat. Nach *Ackermann* sind „[d]em Gläubiger eines Anspruchs auf das negative Interesse [...] solche Schäden nicht zu ersetzen, die er auch bei einer intakten rechtsgeschäftlichen Bindung seines Gegenübers kompensationslos hätte hinnehmen müssen.“<sup>68</sup> Demnach gebührt dem Gläubiger etwa dann kein Vertrauensschadenersatz, „wenn der Schuldner seiner hypothetischen Pflicht zur Erfüllung oder zum Ersatz des Erfüllungsinteresses durch Rücktritt hätte entgehen können.“<sup>69</sup>

## 5. Die Unterscheidung zwischen Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse

Unterstützung findet die These, die Schadenshaftung nach § 46 ABGB von der Erklärung der Bereitschaft zur künftigen Eheschließung her zu erklären, in der überwiegenden Ansicht<sup>70</sup>, dass nach § 46 ABGB der Vertrauensschaden zu ersetzen ist. Denn in den Schadensarten des Vertrauensschadens und des Erfüllungsinteresses liegt eine Differenzierung danach, worin der Umstand liegt, der zum Ersatz verpflichtet.<sup>71</sup> Ist der Vertrauensschaden zu ersetzen, wertet das Gesetz das Schaffen bzw. Setzen eines Umstands, der geeignet ist, Vertrauen zu erwecken, als denjenigen, der zum Ersatz verpflichtet. Hingegen wertet das Gesetz beim Vertrauensschaden nicht das Ausbleiben der Erfüllung eines Vertrags, respektive einer aus dem Vertrag resultierenden Pflicht, als den Umstand, der zum Ersatz verpflichtet (s auch § 878 S 3 ABGB und § 1019 ABGB).<sup>72</sup>

## V. Die zwei Spuren des Vertrauenschutzes

Die bisherigen Erwägungen legen nahe, den Umstand, der nach dem Konzept des § 46 ABGB zum Schadenersatz verpflichtet, an der Erklärung der Bereitschaft zur künftigen Eheschließung festzumachen. Dadurch lässt sich die Berechtigung auf den Ersatz des wirklichen Schadens nach § 46 ABGB damit rechtfertigen, dass ein Sachverhalt vorliegt, der beim Geschädigten normativ – dh auf Grund einer Wertentscheidung des Gesetzgebers – geschütztes Vertrauen erweckt.<sup>73</sup> Damit ist allerdings noch nicht erklärt, ob und warum dem Geschädigten diese Berechtigung gegenüber einem anderen Rechtssubjekt zusteht.

<sup>66</sup> *Ackermann*, Negatives Interesse 328 ff (s auch aaO 514 f).

<sup>67</sup> BGH XII ZR 136/91 BGHZ 123/12 (S. 96 [S.101]): „Solange es im Belieben der Vermieterin steht, schon vor der Überlassung der Mietsache an die Mieterin von dem Vertrag zurückzutreten, hat die Mieterin keine hinreichend gesicherte Aussicht, daß Aufwendungen, die sie im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des Mietvertrages gemacht hat, durch die Vorteile ausgeglichen werden, die sie durch die Überlassung der Mietsache hätte.“

<sup>68</sup> *Ackermann*, Negatives Interesse 329; s auch *dens*, ZHR 164 (2000) 394 (424 in Fn 131).

<sup>69</sup> *Ackermann*, Negatives Interesse 330.

<sup>70</sup> Siehe dazu die Nachweise in Fn 41.

<sup>71</sup> Zu § 878 ABGB (s zu diesem auch noch in Fn 73) hat bereits *Gschnitzer* (in *Klang*, ABGB IV/1<sup>2</sup> 175) betont, dass das Charakteristikum der Differenzierung in die beiden Schadensarten Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse in der Schadensursache liegt, nicht aber im Umfang des Schadens, der zu ersetzen ist.

<sup>72</sup> Siehe dazu *S.-F. Kraus*, Der negative Vertrauenschutz (in Druck).

<sup>73</sup> Vgl *Hopf/Kathrein*, Eherecht<sup>3</sup> § 46 ABGB Rz 1: „Ratio legis [von § 46; Anm d Verf] ist der Schutz des Vertrauens eines Verlobten auf den Bestand des Verhältnisses und die Einhaltung des Eheversprechens, [...].“ (s auch aaO Rz 6). In diese

Das zu erklären verlangt aber das Prinzip der „*relativen (zweiseitigen) Rechtfertigung*“. *F. Bydlinski*<sup>74</sup> leitete das Prinzip der relativen (zweiseitigen) Rechtfertigung aus der Überlegung ab, dass sich die Zuteilung von Rechten an ein bestimmtes Rechtssubjekt stets mit Pflichten für ein bestimmtes anderes, grundsätzlich gleichwertiges Rechtssubjekt verbindet. Für einen Schadenersatzanspruch ist daher nicht nur – wie soeben exerziert – zu erklären, warum dem Geschädigten „an sich“ Schadenersatz gebührt. Vielmehr ist auch darzulegen, gegen wen dieser Schadenersatz gerechtfertigt werden kann. Gerade an dieser Voraussetzung zur Belastung des anderen Rechtssubjekts entzündet sich die Kontroverse der Schadenersatzhaftung bei Verlöbnisrücktritt, wenn und weil das Verschuldenserfordernis in Frage steht.<sup>75</sup> Denn das Verschulden fällt ein Urteil über den Täter.<sup>76</sup> Deshalb ist man verleitet zu fragen, wie dafür die bisher angestellten Überlegungen weiterhelfen können.

## A. § 46 ABGB ein Tatbestand des negativen Vertrauensschutzes

Der Mehrwert der angestellten Überlegungen ist, dass sie einer anderen Sicht auf die Schadenersatzpflicht nach § 46 ABGB die Bahn brechen. Denn die österreichische Lehre anerkennt, dass Vertrauen positiv und negativ geschützt werden kann.<sup>77</sup> Diese Differenzierung zwischen positivem und negativem Vertrauensschutz geht auf die Untersuchungen von *Canaris*<sup>78</sup> zur Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht zurück. Sie besagt, dass der Vertrauende entweder so gestellt werden kann, „*wie es der von ihm*

---

Richtung auch der OGH in der E 1 Ob 143/34 (JBl 1934, 188), wonach das gesetzgeberische Motiv bei § 46 ABGB darin bestand, einen wirtschaftlichen Ausgleich des Schadens herbeizuführen, „*der sich daraus ergibt, daß eine Person in ihren berechtigten Erwartungen auf das Verhalten einer anderen Person getäuscht wird. Es soll eben der geschützt werden, der im Vertrauen auf ein, wenn auch ungültiges Versprechen, vorsichtigerweise Veranstaltungen machen mußte.*“ Ferner stellte bereits Zeiller (ABGB I § 46 Anm 1 [S. 173]) eine Verbindung von § 46 ABGB zu § 878 ABGB her (s auch Dolliner, Ehrechtl I<sup>2</sup> 17: „*Wie bey anderen ungültigen Verträgen bisweilen die Rechtpflicht zu einer Entschädigung eintritt, [...].*“). Nach Zeiller wird nämlich beim Rücktritt vom Verlöbnis die Schadenersatzpflicht, „*so wie in mehreren anderen Fällen (§§. 869. u. 878.) durch die Ungültigkeit des Vertrages nicht aufgehoben [...].*“ Diese Verbindung kommt auch ein Stück weit in seinem Verständnis zum Ausdruck, dass sich die Schadenersatzpflicht nach § 46 ABGB „*aus der getäuschten Erwartung*“ herleitet (Zeiller, Jährlicher Beytrag III 124). Denn § 878 S 3 ABGB Stammfassung (=JGS 946/1811) normierte unter anderem noch die Verantwortlichkeit desjenigen, der „*einen Andern durch dergleichen Zusage täusche*“. Die Parallele, die Zeiller von § 46 ABGB zu § 878 ABGB zog, verdient auch heute noch Beachtung. Das obwohl § 878 ABGB im Zuge der 3. TN novelliert wurde. Der Vorschlag zu § 878 S 3 ABGB idgF beruht nämlich auf dem Vorschlag Scheys, der sich dabei an § 307 BGB aF orientiert und denselben „*Gedanke[n] bereits in dem gegenwärtigen § 878 a.b.G.B.*“ erkannt hat (Vorschlag des Hofrates Professors Dr. Josef Freiherrn v. Schey, einsehbar im Österreichischen Staatsarchiv, Abteilung Allgemeines Verwaltungsarchiv, 1030 Wien, Nottendorfergasse 2 unter der Signatur Justizministerium I B I (1901-1917), Kasten 36, Beilage 28, Seite 6 [insb Anmerkung 19]). Aus den „*Erläuternde[n] Bemerkungen zu dem Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*“ (EB 29 BlgNr 18. Session [1907] 126) erfährt man überdies, dass schärfer als bisher in Anlehnung an § 307 BGB aF der Gedanke ausgedrückt werden sollte, „*daß hinsichtlich Bestand und Umfang des Ersatzanspruches desjenigen, der über die Möglichkeit der Leistung getäuscht wurde, sein Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages maßgebend ist.*“

<sup>74</sup> *F. Bydlinski*; System 92 ff; s ergänzend auch *F. Bydlinski*; Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht, in FS Kozol (2010) 1355 ff. Dieses Prinzip findet mittlerweile Eingang in Zivilrechtslehrbücher (zB *P. Bydlinski*, AT<sup>8</sup> 26 f). Deshalb darf wohl davon ausgegangen werden, dass dieses Prinzip verbreitet auf Akzeptanz stößt.

<sup>75</sup> Siehe dazu bei und die Nachweise in Fn 26.

<sup>76</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1294 ABGB Rz 20; *R. Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II<sup>14</sup> (2015) 387; *Karner* in *Kozol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>6</sup> § 1294 Rz 7. S auch *Kozol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>4</sup> (2020) C 2 Rz 1.

<sup>77</sup> Siehe dazu *S.-F. Kraus*, Der negative Vertrauensschutz (in Druck).

<sup>78</sup> Grundlegend *Canaris*, Vertrauenshaftung 5.

angenommenen Lage entspricht," oder so, „als hätte er die wahre Lage gekannt und daher nicht vertraut;“ er also entweder einen Anspruch auf „Vertrauensentsprechung“ (= „positiver Vertrauensschutz“) oder auf „Ersatz des ‚Vertrauensschadens“ (= „negativer Vertrauensschutz“) erhält. Nach dieser Differenzierung von Tatbeständen auf Grund ihrer Rechtsfolgen zählt § 46 ABGB zu den Tatbeständen des negativen Vertrauensschutzes.<sup>79</sup>

## B. Verschuldensabhängiger negativer Vertrauensschutz im ABGB

Mit der Erkenntnis, dass § 46 ABGB negativen Vertrauensschutz gibt, ist zugegebenermaßen noch immer nicht viel Neues und Eindeutiges für die Beantwortung der Frage gewonnen, ob § 46 ABGB eine Verschuldenshaftung normiert.

Auf Basis dieser Einordnung drängt sich allerdings das Argument in den Vordergrund, dass das ABGB dort, wo es einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens gibt, schon seit geraumer Zeit Verschulden verlangt (s § 878 S 3 ABGB<sup>80</sup>, § 1003 ABGB<sup>81</sup>). Außerdem ließe sich für das Verschuldenserfordernis im Sinne des Gedankens der Systemeinheit ein zusätzlicher Eingriff des Gesetzgebers aus jüngerer Zeit ins Treffen führen. Mit dem HaRÄG 2005 hat der Gesetzgeber nämlich die verschuldensunabhängige Haftung des Scheinvertreters nach Art 8 Nr 11 4. EVHGB<sup>82</sup> bei ihrer Überführung in das ABGB<sup>83</sup> in das Gegenteil verkehrt.<sup>84</sup> Gemäß § 1019 ABGB haftet der Scheinvertreter dem Dritten nämlich nur mehr verschuldensabhängig<sup>85</sup> auf den Vertrauensschaden<sup>86</sup>. Das hat zwar im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden,<sup>87</sup> erschließt sich aber zweifelsfrei aus den Gesetzesmaterialien.<sup>88</sup> Die ErlRV betonen nämlich, dass nach „*allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen [...] schuldhaftes Handeln des vollmachtlos*

<sup>79</sup> Vgl dazu die Nachweise in Fn 41.

<sup>80</sup> Das Erfordernis des Verschuldens wird zwar eher selten explizit (s nur *Gschnitzer in Klang*, ABGB IV/1<sup>2</sup> [1968] 174; *Lukas*, Zur Haftung beim anfänglichen unbehebbaren Mangel, JBl 1992, 11 [22]; *dens*, JBl 2009, 751 [1. Teil], 2010, 23 [31; 2. Teil]) beim Namen genannt, idR aber doch implizit zum Ausdruck gebracht (s etwa *Rummel* in *Rummel/Lukas* [Hrsg.], ABGB<sup>4</sup> § 878 Rz 17; *Graf Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,03</sup> [Stand: 1.8.2019] § 878 Rz 19 f.).

<sup>81</sup> *Ostheim*, JBl 1980, 522 (1. Teil), 570 (577 in Fn 113; 2. Teil); *Rubin*, Die Antwortpflicht für Geschäftsbesorgungsunternehmer nach § 1003 ABGB, RdW 2008, 35 (41 in Fn 75); *Lukas*, JBl 2009, 751 (1. Teil), 2010, 23 (33, 34; 2. Teil). Unter Berufung auf den Begriff der „Zögerung“ *Machold*, Schadenersatz nach gescheiterten Vertragsverhandlungen (2009) 125 ff (s auch zur Auslegung von „ohne Zögerung“ als „ohne schuldhaftes Zögern“ *Strasser* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1003 Rz 6 und *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,03</sup> [Stand: 1.3.2017] § 1003 Rz 16). S auch *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> (2014) § 1003 Rz 3 („*Schuldhaftes Unterlassen oder Verzögern der Antwort [...]!*“); *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>6</sup> § 1003 Rz 3 („[...] ohne schuldhafte Verzögerung [...]“).

<sup>82</sup> Unstr und daher statt vieler nur RIS-Justiz RS006114; *W. Schuhmacher* in *Straube*, HGB<sup>3</sup> (2003) Art 8 Nr 11 Rz 19; *Kerschner* in *Jabornegg*, HGB (1997) Art 8 Nr 11 Rz 3 und Rz 46.

<sup>83</sup> Vgl ErlRV 1058 BlgNR 22. GP 71: „übernimmt“, 82: „transferiert“.

<sup>84</sup> So soll nach einer Strömung in der Lehre das ABGB seit dem HaRÄG 2005 keinen Anhaltspunkt für eine „verschuldensunabhängige Vertrauenshaftung“ enthalten (*Machold*, Vertragsverhandlungen 123; *zust Lukas*, JBl 2009, 751 [1. Teil], 2010, 23 [34; 2. Teil]). S im Übrigen auch *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> (1984) 76, der für das österreichische Recht schon unter der Rigue des HGB keinen Anhaltspunkt für eine verschuldensunabhängige Haftung bei Ablehnen eines Vertragsabschlusses, der als sicher hingestellt wird, sah. Das Hervorheben dieser Änderung durch das HaRÄG 2005 darf freilich nicht in den Schatten stellen, dass die zivilrechtliche Haftung des Scheinvertreters nach hL schon vor dem HaRÄG 2005 verschuldensabhängig war, mithin Art 8 Nr 11 EVHGB nicht analog angewendet wurde (grundlegend und daher statt vieler nur *R. Welser*, Vertretung ohne Vertretungsmacht [1970] 156 ff).

<sup>85</sup> Unstr und daher statt vieler nur *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>6</sup> § 1019 Rz 2; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> (Stand: 1.4.2016) § 1019 Rz 3.

<sup>86</sup> Unstr und daher statt vieler nur *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 1019 Rz 4; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>6</sup> § 1019 Rz 2.

<sup>87</sup> Insofern krit *Wilhelm*, Müllabfuhr Unternehmensgesetzbuch, ecolex 2004, 1.

<sup>88</sup> Vgl ErlRV 1058 BlgNR 22. GP 71, 82.

*Auftretenden vorausgesetzt*“ ist<sup>89</sup> und es „*als schadenersatzrechtliches Grundprinzip keiner besonderen Erwähnung bedürfe[]*“, dass „*der Ersatz des Vertrauensschadens [...] Verschulden des falsus procurators voraussetzt*“.<sup>90</sup> Damit lässt der Gesetzgeber in den Materialien zum HaRÄG 2005 nicht bloß am Verschuldenserfordernis keine Zweifel aufkommen. Vielmehr erinnern seine Worte auch ein Stück weit an Argumente aus der gegenständlichen Kontroverse zur Haftung bei Verlöbnisbruch. Denn zur Haftung bei Verlöbnisbruch wird argumentiert, dass nicht einzusehen ist, warum ausgerechnet beim Verlöbnis am Wortlaut haftend von der allgemeinen Regel der Verschuldenshaftung (§§ 1295 ff ABGB) abgewichen werden sollte.<sup>91</sup>

Dieses Hineinreklamieren des Verschuldenserfordernisses aus Gründen der Systemgerechtigkeit trifft sich mit einem anderen Argument. Es wird nämlich auch argumentiert, dass sich im Verlöbnisrecht der Standpunkt der verschuldensunabhängigen Ersatzpflicht nur so lange gehalten hat, weil der Kontakt zum Schadenersatzrecht nicht gesehen wurde,<sup>92</sup> in dem zumindest § 1295 ABGB das Verschuldensprinzip als Regel aufstellt.<sup>93</sup>

### C. Verschuldensunabhängiger positiver Vertrauensschutz im ABGB

Trotz alldem sollte nicht vorschnell angesichts der Erkenntnis, dass für begründetes Vertrauen einzustehen ist, angenommen werden, dass nur die schuldhafte Begründung eines Vertrauenstatbestands eine Haftung rechtfertigt.<sup>94</sup> Dagegen spricht schon aus schadenersatzrechtlicher Perspektive, dass auch im österreichischen Schadenersatzrecht das Verschuldensprinzip nicht ausschließlich gilt.<sup>95</sup> Aber auch den Schutz von Vertrauen macht das ABGB keineswegs durchgehend vom Vorliegen eines Verschuldens abhängig. Vielmehr verlangt das ABGB gerade dort, wo das „*Einstehen*“ für eine Erklärung im Mittelpunkt steht, kein schuldhaftes Verhalten des Erklärenden.<sup>96</sup> Blickt man nämlich auf das Irrtumsrecht, so zeigt sich: Der Irrende muss verschuldensunabhängig für das in seiner Erklärung liegende Manko – das ist die falsche oder mangelnde Vorstellung von der Wirklichkeit<sup>97</sup> – einstehen, wenn keine der drei alternativen Anfechtungsvoraussetzungen nach § 871 ABGB (Stichwörter: „fehlendes Vertrauensschutzbedürfnis beim Gegner des Irrenden“) erfüllt ist. Denn in diesem Fall bleibt der Irrende, einerlei ob er schuldig oder

<sup>89</sup> ErIRV 1058 BlgNR 22. GP 71.

<sup>90</sup> ErIRV 1058 BlgNR 22. GP 82.

<sup>91</sup> Hopf/Kathrein, Ehrerecht<sup>3</sup> § 46 ABGB Rz 6; s auch Kozioł, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> A 6 Rz 303.

<sup>92</sup> Kozioł, JBl 1975, 61 (63).

<sup>93</sup> Siehe freilich zur Bedeutung des Verschuldens im Schadenersatzrecht auch Kozioł, Haftpflichtrecht I<sup>4</sup> C 2 Rz 6 ff.

<sup>94</sup> So zum BGB im Übrigen auch Singer in FS Canaris (2002) 135 (144, s auch 155) und auch schon Canaris, AcP 165 (1965) 1 (13).

<sup>95</sup> Vgl dazu statt vieler den Überblick zum Verhältnis des Verschuldensprinzips zu anderen „Zurechnungsgründen“ bei Geroldinger, Der mutwillige Rechtsstreit (2017) 84 f.

<sup>96</sup> Vgl auch schon Ostheim (JBl 1980, 522 [1. Teil], 570 [576 f; 2. Teil]), der „*eine verschuldensunabhängige Haftung für die Enttäuschung von auf(konkludente) Erklärungstatbestände gegründeten besonderen Vertrauenslagern*“ unter Berufung auf § 871 ABGB mit den Grundwertung des ABGB vereinbar hält. S auch bereits Dniestrzański, GrünhutsZ 33 (1906) 87 (165).

<sup>97</sup> So die verbreitete Definition des Irrtums, zB Rummel/in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> (2014) § 871 Rz 3; Bollenberger/P. Bydlinski in Kozioł/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>6</sup> § 871 Rz 2.

unschuldig irrt, mangels Rechts zur Anfechtung an seine Erklärung gebunden. Dadurch genießt der andere Beteiligte positiven Vertrauensschutz.<sup>98</sup>

## D. Verschuldensunabhängiger negativer Vertrauensschutz außerhalb des ABGB

Erweitert man außerdem das Blickfeld über das ABGB hinaus, fällt die vergabegesetzliche Haftung des Auftraggebers ins Auge. Für die Haftung des Auftraggebers verzichtete der Gesetzgeber im Zuge des BVergG-Nov 2012<sup>99</sup> – zugegebenermaßen zwar aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Implikationen, in concreto auf Grund des EuGH Urteils in der Rechtssache Strabag/Stadt Graz<sup>100</sup> – auf die „schuldhafte Verletzung“ als Voraussetzung für den Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren (§ 337 Abs 1 BVergG aF, der sich seit dem BVergG 2018 in § 369 findet<sup>101</sup>). Die Voraussetzung der „schuldhafte Verletzung“ ersetzte der Gesetzgeber durch das Tatbestandsmerkmal des „*hinreichend qualifizierte[n] Verstoß[es]*“ und verwies für dessen Konkretisierung auf Judikatur des EuGH zur Staatshaftung.<sup>102</sup> Abseits der Kritik an diesem Vorgehen<sup>103</sup> kommt das Schrifttum zum Ergebnis, dass § 369 BVergG 2018 einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch normiert.<sup>104</sup> All das ist hier zu betonen, weil sich die Haftung des Auftraggebers für den Beteiligungskostenersatz (§ 369 Abs 1 BVergG 2018) damit erklären lässt, dass die Ausschreibung das Vertrauen erweckt, am Weg zum Vertragsabschluss, den der Auftraggeber in Aussicht stellt, nach den Bedingungen der Ausschreibung und den vergabegesetzlichen Vorgaben zu verfahren.<sup>105</sup> Damit zeigt sich, dass ein verschuldensunabhängiges Einstehen gemäß § 46 ABGB heute zumindest nicht mehr als Unikum in der österreichischen Rechtsordnung eingestuft werden kann.

<sup>98</sup> Vgl *Vonklich*, Kennt das ABGB eine Haftung für die sorgfaltswidrige Abgabe einer wegen Willensmangels anfechtbaren Willenserklärung? JBI 2004, 759 (765); *Machold*, Vertragsverhandlungen 119.

<sup>99</sup> BGBI I 10/2012.

<sup>100</sup> EuGH 30.9.2010 C-314/09 Tz 45 (*Strabag/Stadt Graz*), wbl 2010, 579 (*Feuchtmüller/M.-S. Kraus*). S zur Begründung des EuGH betreffend die Verschuldensvoraussetzung auch *Aicher/M.-S. Kraus*, Schadenersatz ohne Verschulden bei Verstößen gegen Vergaberecht, ZVB 2011, 315 (317; Teil I), 358 (359; Teil II).

<sup>101</sup> Die Passage der ErlRV (69 BlgNR 24. GP 224), dass bei „*schuldhafte Verletzung des vorliegenden Gesetzes*“ ein zu Unrecht übergangener Bieter einen Ersatzanspruch hat, dürfte darauf beruhen, dass ältere Gesetzesmaterialien zu den Vorgängerbestimmungen offensichtlich versehentlich falsch zusammengeführt wurden.

<sup>102</sup> ErlRV 1513 BlgNR 24. GP 138.

<sup>103</sup> So wäre der Gesetzgeber nach Aicher (in Schramm ea, BVergG 2006<sup>2</sup> [Stand: 4. Lfg {2014}] § 337 Rz 38) „*gut beraten gewesen, auf das Verschuldenserfordernis schlicht zu verzichten, ohne den zweifellos in das österr Schadenersatzrecht hineingetragenen Systembruch verschuldensunabhängiger „Erfolgschaftung“ durch das Tatbestandsmerkmal des hinreichend qualifizierten Verstoßes zu kaschieren.*“ (wohl zust Madl, Anm zu 3 Ob 172/15p, RPA 2016, 135 [139]). Ähnlich auch Rihs/Steiner („*Hinreichend qualifizierter Verstoß*“ als neue materielle Voraussetzung für Schadenersatzansprüche, ZVB 2013, 138 [141; Teil I], 188 [Teil II]), die zudem sogar eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Tatbestandsmerkmals des „*hinreichend qualifizierte[n] Verstoß[es]*“ ins Spiel bringen (aaO 14s f). S auch I. Welser/Stoffl, Der hinreichend qualifizierte Verstoß im Vergaberecht, bau aktuell 2016, 59 (60).

<sup>104</sup> Madl, Anmerkung zu OGH 3 Ob 172/15, RPA 2016, 135 (139); I. Welser/Stoffl, bau aktuell 2016, 59 (63; s allerdings auch aaO 60); Karner in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>6</sup> § 1293 Rz 12. IE wohl ebenso Rihs/Steiner, ZVB 2013, 138 (Teil I), 188 (192 [Teil II]): „*jeder Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen bereits hinreichend qualifiziert ist*“ und Aicher in Schramm ea, BVergG 2006<sup>2</sup> (Stand: 4. Lfg [2014]) § 337 Rz 38: „*jeder Verstoß gegen eine bewerber- u bieterschützende Vergaberechtsnorm*“. Insofern unklar Fink in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> (2015) § 337 Rz 2 und demggü Rz 5. Vgl auch OGH 3 Ob 172/15p ÖZ 2016, 609 (Brenn; Fuchs [= EvBl 88]) = ZRB 2016, 136 (Föss) = RPA 2016, 135 (Madl); Feuchtmüller/M.-S. Kraus, Anmerkung zu EuGH 30. 9. 2010 C-314/09 (*Strabag/Stadt Graz*), wbl 2010, 579 (582). Offenlassend S. Ettmayer, Persönliche Haftung der Gemeindeorgane bei Vergabeverstößen, RFG 2014, 212 (215).

<sup>105</sup> Dazu näher S.-F. Kraus, Negativer Vertrauensschutz (in Druck). Ähnlich bereits zur alten österreichischen Rechtslage, nämlich für eine Begründung der Haftung, die auf der Wirkung der Ankündigung der Ausschreibung aufbaut *Heid*, Vergabeverstoß: Ersatz des Erfüllungsinteresses! ecolex 1995, 93; *ders.* Vergabeverstoss und Schadenersatz, ecolex 1996, 7 f. Zum deutschen Recht eingehend *Ackermann*, ZHR 164 (2000) 394 (413 ff).

## E. Schlussfolgerungen

Damit ist es an dieser Stelle auf Grund des Erläuterten nur mehr ein kleiner Schritt zur Erkenntnis, dass es nicht zwingend geboten ist, die Haftung bei Verlöbnisbruch – bei Verlöbnisbruch kommt als primärer Rechtsbehelf die Haftung auf den Vertrauensschaden in Betracht, weil nach der gesetzgeberischen Bewertung trotz der Verlobung keine Pflicht zur Eheschließung, mithin keine Erfüllungspflicht besteht<sup>106</sup> – vom Verschulden abhängig zu machen.<sup>107</sup> Oder anders gewendet: Da die österreichische Rechtsordnung abseits von § 46 ABGB sowohl den verschuldensabhängigen als auch den verschuldensunabhängigen Schutz von Vertrauen kennt, ist es prima vista keineswegs zwingend, Vertrauen nur bei schuldhafte Begründung des Vertrauenstatbestands zu schützen. Deshalb sollte nicht vorschnell aus Gründen der Systemgerechtigkeit das Verschuldenskriterium eingefordert werden. Vielmehr empfiehlt sich, die Antwort auf die Frage, ob Vertrauen nur bei schuldhaftem oder auch bei schuldlosem Begründen geschützt wird, durch eine sorgfältige Auslegung der jeweiligen Norm zu ermitteln.

## VI. Der erweisliche Wille des Gesetzgebers

Ist demnach eine Rückkehr zu § 46 ABGB angezeigt, steht für dessen Auslegung bisher lediglich fest, dass sich bei Rücktritt vom Verlöbnis eine verschuldensunabhängige Vertrauensschadenersatzhaftung durchaus in den Umgang der österreichischen Rechtsordnung mit Vertrauen, das sie normativ schützt, einbetten ließe. Bisher unbeantwortet ist aber die Frage geblieben, ob die Haftung nach § 46 ABGB tatsächlich dem Modell eines verschuldensunabhängigen negativen Vertrauensschutzes folgt.

Wer diese Frage beantworten will, kommt um die Entstehungsgeschichte von § 46 ABGB nicht herum.<sup>108</sup> Die Entstehungsgeschichte von § 46 ABGB belegt in der Tat, dass das Verschuldenserfordernis im Laufe der Zeit sukzessive beschnitten wurde.<sup>109</sup> Denn nachdem die Zeit überwunden war, in der dem Eheversprechen alle Wirkung genommen worden war, beschloss die Kommission unter Martini zunächst, dass dem Beleidigten auf sein Verlangen bei unbegründetem Rücktritt bei „*unterloffener List, Betrug oder Schwächung*“ Genugtuung

<sup>106</sup> Siehe die Nachweise in Fn 36.

<sup>107</sup> Hingegen meint *Kozio* (JBl 1975, 61), dass kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich ist, der es berechtigt scheinen lässt, das Nichteinhalten des Verlöbnisses mit den Tatbeständen gleich zu behandeln, in denen die Rechtsordnung eine verschuldensunabhängige Haftung anordnet. Dabei hat *Kozio*/allerdings nur die Haftung für fremdes Verhalten (§§ 1313a, 1315 ABGB), die Eingriffshaftung (zB § 1306a ABGB) und die sondergesetzlich geregelten Gefährdungshaftungen vor Augen. Die angestellten Überlegungen sollten überdies deutlich gemacht haben, dass der Gesetzeszweck des Schutzes von Vertrauen auf den Bestand des Verlöbnisses und die Einhaltung des Eheversprechens (so *Hopf/Kathrein*, *Ehrech*<sup>3</sup> § 46 ABGB Rz 1 und Rz 6) für sich jedenfalls nicht damit disharmoniert, einen Verlobten selbst dann mit der Schadenersatzpflicht zu belasten, wenn ihm aus dem Verlöbnisbruch kein Vorwurf zu machen ist. Davon zu trennen ist die Frage, ob die Interessenslage bei Verlöbnisbruch so liegt, dass dem Verschuldensprinzip zur Rechtfertigung der Belastung eines Verlobten mit der Schadenersatzpflicht der Vorzug zu geben ist (s dazu sogleich im Text). Die Beantwortung dieser Frage ist dem Gesetzgeber vorbehalten.

<sup>108</sup> Siehe dazu auf unter Punkt II.

<sup>109</sup> So bereits *Oberhofer*, ÖZ 1994, 433 (437). S ferner auch *Dolliner*, *Ehrech* I<sup>2</sup> 20 f.

gebührt.<sup>110</sup> Das WGGB mag das Verschuldenserfordernis daher bereits auf fahrlässige Verursachung herabgesetzt haben.<sup>111</sup> Die Beratungsprotokolle zum ABGB<sup>112</sup> belegen jedenfalls unzweifelhaft, dass die Redaktoren des ABGB noch weiter gingen und von einem Verschulden absahen.<sup>113</sup>

So erklärte Zeiller zu einer Erinnerung der Universität Wien wie folgt: Dieser Erinnerung scheine es zwar entgegen zu stehen, dass nach dieser der Zurücktretende auch dann keinen Schaden zu ersetzen hätte, „wenn sich ein, den Rücktritt rechtfertigender Zufall in seiner eigenen Person ereignet“ (zB Untersagung der Ehe durch den Arzt aufgrund einer eingetretenen körperlichen Schwäche). Nach dem Dafürhalten von Zeiller, sei „diese Folge auch als eine stillschweigende Bedingung des Rücktrittes gerecht.“ Deshalb pflichtete Zeiller der vorgeschlagenen Änderung bei. Die übrigen Redaktoren schlossen sich jedoch der Meinung Zeillers nicht an. Vielmehr waren sie der Ansicht, dass bei Rücktritt des Teils, „von dessen Seite sich die, die Ehe hindernde Ursache ereignete,“ er dem anderen Teil den verursachten Schaden zu ersetzen habe. „[D]enn derjenige Theil, der keine Ursache für die Trennung gab, und durch diese Trennung Schaden erleide, habe ein vollkommenes Recht auf den Schadenersatz, welches ihm durch den Zufall, der den anderen trifft, nicht benommen werden kann. Nach dieser Bemerkung werde auch in dem, von dem Ref. angegebenen Falle derjenige Theil, dem die Ehe nach schon geschehenem Versprechen von seinem Arzte untersaget wird, dem anderen Theile den hierdurch verursachten Schaden allerdings zu ersetzen haben, denn er sei doch immer die causa materialis des Rücktrittes; und es trete hier, wie überhaupt im Rechte, die Regel ein: daß der Zufall nur dem Eigentümer schade (casus nocet domino).“<sup>114</sup>

Die Kommissionsmehrheit lehnte es in den Beratungen zum ABGB demnach zweifelsfrei ab, die Haftung bei Verlobnisrücktritt vom Verschulden abhängig zu machen.

## VII. Zu den Einwänden gegen eine verschuldensunabhängige Ersatzpflicht

Diese klare Entscheidung der Redaktoren mag man als rechtspolitisch angreifbar oder gar unbillig<sup>115</sup> empfinden. Das ändert jedoch nichts daran, dass eine derart eindeutige Abwahl

<sup>110</sup> Harrasowsky, Codex Theresianus IV 32 in Fn 8.

<sup>111</sup> So Oberhofer, ÖJZ 1994, 433 (437).

<sup>112</sup> Die Beratungen, die im Folgenden auszugsweise zitiert werden, finden sich abgedr. bei Ofner, Protokolle I 70 f.

<sup>113</sup> Dolliner, Ehrerecht I<sup>2</sup> 20 f; Pfäff, Zur Lehre von Schadenersatz 44 in Fn 132; Schwind, Ehrerecht<sup>2</sup> § 46 ABGB Rz 2.1.3.; Oberhofer, ÖJZ 1994, 433 (437). Ebenso iE aber aA Koziol, JBI 1975, 61 (62).

<sup>114</sup> Die Ergebnisse der Beratungen werden gerade auch von Zeiller (ABGB I § 46 Anm 2 [S. 173 f]) wie folgt zusammengefasst: „Demnach kann die Entschädigung nicht nur verlangt werden, wenn der andere Theil muthwillig und durch sein Verschulden, sondern auch, wenn er mit Grund, jedoch eines Ereignisses wegen, das in seiner Person oder von seiner Seit entstanden ist, zurück tritt, z.B. einer Krankheit wegen, welche ihm die Verehelichung nicht verstattet. Ja es kann selbst der zurücktretende Theil Entschädigung begehren, wenn der Rücktritt in dem Verschulden des andern Theils oder auch nur in einem zufälligen Ereignisse von Seite desselben begründet ist; nach dem Grundsätze, daß der Schuldige den Schaden ersetzen, und selbst der Zufall denjenigen treffen soll, in dessen Person er sich ereignet hat.“ S auch bereits Zeiller (jährlicher Beytrag III 126): „Die Entschädigung kann der Theil fordern, von dessen Seite keine begründete Ursache zum Rücktritt entstanden ist, ohne Unterschied, ob der Rücktritt durch Verschulden des andern Theils, oder auch durch einen widrigen Zufall, der sich in dessen Person ereignet hat, und einen vernünftigen Grund zum Rücktritt gibt, (wie z.B. eine unverschuldeten, Abscheu erregende Krankheit) herbeigeführt worden; [...]“

<sup>115</sup> Rittner, Ehrerecht 361 in Fn 8. S auch Krasnopski, GZ 1904, 379, 388, 395 (397). S aber auch Dniestrzański, GrünhutsZ 33 (1906) 87 (169 f).

des Verschuldensprinzips seitens der Redaktoren *de lege lata* zu akzeptieren ist, weil die Entscheidungsprärogative zur Gestaltung eines Tatbestands beim Gesetzgeber liegt.<sup>116</sup>

Dagegen schlägt auch das Argument nicht durch, dass zwischenzeitlich die Wertung des historischen Gesetzgebers überkommen ist. Vielmehr lässt sich die historische Präferenz einer verschuldensunabhängigen Haftung auch objektiv teleologisch abstützen, sofern man anerkennt, dass eine Ehe – auch heute noch – reiflich überlegt sein sollte.<sup>117</sup> Unter dieser Prämisse scheint es nämlich durchaus sinnvoll, eine Zurückhaltung gegenüber der Erklärung, zur zukünftigen Eheschließung bereit zu sein, einzumahnen.<sup>118</sup> Das gilt umso mehr, wenn man davon ausgeht, dass Ehen auch heute noch nicht ohne Voranstalten und Vorausgaben geschlossen werden,<sup>119</sup> maW ein Verlöbnis Dispositionen veranlasst. In dieser Hinsicht verdient unter dem Gesichtspunkt der Verhaltenssteuerung eine verschuldensunabhängige Haftung gegenüber einer verschuldensabhängigen Haftung den Vorzug. Denn die verschuldensunabhängige Haftung setzt einen Anreiz, Zurückhaltung walten zu lassen, wenn die Zeit reif scheint, zu erklären, zukünftig die Ehe eingehen zu wollen.<sup>120</sup> Für diese Verhaltenssteuerung spricht außerdem, dass das ABGB dem privatautonomen Selbstschutz Grenzen setzt (s § 45 ABGB).

Weiters droht gegen die verschuldensunabhängige Haftung auf den Vertrauensschaden der Einwand, dass nach den Vorstellungen der Gesetzesverfasser auch bei § 46 ABGB die Regel eintritt, „*daß der Zufall nur dem Eigenthümer schade (casus nocet domino)*“.<sup>121</sup> Dieser Einwand ist gewichtig. Aus diesem Einwand wird nämlich in Verbindung mit der heutigen Interpretation des § 1311 S 1 ABGB, nach der bei zufälliger Schädigung jener den Schaden zu tragen hat, in dessen Vermögen bzw Person der Schaden eintritt,<sup>122</sup> ein Argument für eine Verschuldenshaftung gewonnen.<sup>123</sup> Dieses Argument relativiert jedoch der Gedanke, dass die Wirkung der „Regelung des Zufalles“ davon abhängt, mit Bezug auf wen von welchem Ereignis

<sup>116</sup> Das wird zwar nicht immer so artikuliert. In diesem Sinn betonte allerdings etwa *R. Welser* (Vertretung 166 in Fn 21) im Zusammenhang mit dem einst ähnlich gelagerten Problem der handelsrechtlichen Scheinvertreterhaftung, dass es dem Gesetzgeber freisteht, „*von der Verschuldenshaftung zur Verursachungshaftung oder ‚Garantiehaftung‘* überzugehen. In diese Richtung dürfte auch *Krejci* (Abschied von der falsus-procurator-Haftung nach Art 8 Nr 11 EVHGB, in FS *R. Welser* [2004] 559 [569]) in seinen Überlegungen zur Gestaltung der Scheinvertreterhaftung im Zuge des HaRÄG 2005 abzielen. Denn *Krejci* meint, dass es eine „*Wertungsfrage ist, mit welchem Nachdruck und wie weit die Rechtsordnung denjenigen verfolgt, der durch unwahre Angaben den Dritten in eine für diesen nachteilige Situation lockt*“.

<sup>117</sup> Vgl dazu bereits die Erinnerung von *Sonnfels* (abgedr bei *Ofner*, Protokolle I 69). Nach dieser Erinnerung war der Zweck, dem Eheversprechen durch das Josephinische Gesetz alle Wirkung zu nehmen, einem so wichtigen Geschäft wie die Ehe, „*alle Übereilung Verführung, u. dgl. möglichst zu beseitigen*“. Insofern dürfte seine Erinnerung aber auf Zustimmung bei den übrigen Stimmen (abgedr aaO) gestoßen sein.

<sup>118</sup> Vgl *Ofner*, Protokolle I 70: „*Eine Verfügung hierüber sei auch umso nothwendiger, da jedem Ehevertrag doch immer eine Gattung Eheverlöbnis, [...] vorausgeht; und wenn dieses ohne alle Folgen wäre, aller Muthwillen dabei statt haben könnte*“.

<sup>119</sup> Siehe auch die Nachweise in Fn 47.

<sup>120</sup> Siehe dazu ferner auch bereits in Fn 33.

<sup>121</sup> Beratungsprotokolle zum ABGB, abgedr bei *Ofner*, Protokolle I 71. S auch *Zeiller*, ABGB III/2 § 1311 Anm 1 (S. 736); *dens*, Jährlicher Beytrag III 126.

<sup>122</sup> ZB, *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,07</sup> (Stand: 1.5.2020) § 1311 Rz 1; *Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB VI<sup>4</sup> (2016) § 1311 Rz 1 und Rz 2.

<sup>123</sup> *Koziol*, JBl 1975, 61 (62 f); s dazu aber auch bereits in Fn 31 f.

als Zufall die Rede ist.<sup>124</sup> Ist das Ereignis der „Schaden durch Zufall“ in Bezug auf denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich zuträgt, so kann dieser keinen Ersatz von einem anderen Rechtsträger verlangen, wenn und weil ihn der Zufall trifft (§ 1311 ABGB). Die Redaktoren haben die Regel, „daß der Zufall nur dem Eigentümer schade (casus nocet domino)“, im Anschluss an das Beispiel angeführt, das Zeillerin die Beratung einbrachte. Nach dem Beispiel Zeillers untersagt ein Arzt „nach schon geschehenem Versprecher“ die Eheschließung.<sup>125</sup> Die Mehrheit der Stimmen erachtete denjenigen für ersatzpflichtig, dem der Arzt die Eheschließung untersagt, weil er die „causa materialis des Rücktrittes“ sei und die Regel „casus nocet domino“ eintrete.<sup>126</sup> Folglich bezogen die Redaktoren das zu tragende zufällige Ereignis nicht auf das Erleiden eines Schadens, sondern auf den Umstand, der einer Eheschließung entgegenstehen kann und zwar in Bezug auf denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet.<sup>127</sup> Kehrseite davon ist es aber eben gerade, den anderen Verlobten – vorbehaltlich eines Rücktrittsgrunds – von Schäden zu entlasten, die ihm der Nichtabschluss der in Aussicht gestellten Ehe verursacht. Damit lässt sich der Zugang der Redaktoren zu § 46 ABGB durchaus mit einem Verständnis von § 1311 S 1 ABGB als Anordnung der Nichthaftung im Fall des Schadens durch Zufall harmonieren.<sup>128</sup>

Gegen die Verschuldensunabhängigkeit der Haftung nach § 46 ABGB könnte außerdem das Verfahren ausländischer Rechtsordnungen mit dem Parallelproblem eingewendet werden.<sup>129</sup> Sofern ausländische Rechtsordnungen bereits in der Vergangenheit als Argument für eine Verschuldenshaftung ins Treffen geführt wurden, dürfte darauf aus gutem Grund nicht das argumentative Schwergewicht gelegt worden sein. Denn es will hier freilich nicht bestritten werden, dass eine rechtsvergleichende Betrachtung aufschlussreiche Erkenntnisse liefern kann. Allerdings ist nicht einzusehen, warum die (spätere) Bewertung ausländischer Gesetzgeber für eine bestimmte Auslegung nationaler Regelungen sprechen sollte. Der Bewertung durch einen ausländischen Gesetzgeber kann jedenfalls keine ausschließliche „Richtigkeit“ attestiert werden. Hinzu tritt vor allem aber, dass methodologisch nicht ersichtlich ist, wie es sich bewerkstelligen ließe, die (spätere) Bewertung ausländischer Gesetzgeber gegen einen erklärten Willen des nationalen Gesetzgebers durchschlagen zu lassen.<sup>130</sup>

<sup>124</sup> Siehe bereits *Schoberlechner* (Der Zufall im Zivilrechte, GZ 1889, 217, 225, 234, 242, 249, 257, 265 [265], 273), der von einer „Relativität des Zufallsbegriffes“ spricht. Wohl ähnlich *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 10.

<sup>125</sup> Beratungsprotokolle zum ABGB, abgedr. bei *Ofner*, Protokolle I 71.

<sup>126</sup> Beratungsprotokolle zum ABGB, abgedr. bei *Ofner*, Protokolle I 71.

<sup>127</sup> Siehe dazu ferner *Dolliner*, Ehrerecht I<sup>2</sup> 21.

<sup>128</sup> Vgl. *Schoberlechner* (GZ 1889, 217, 225, 234, 242, 249, 257, 265 [265], 273). Damit scheint mir dem Einwand *Koziols* (Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> A 6 Rz 303 in Fn 4) gegen *Oberhofer* (ÖJZ 1994, 438) hinreichend Rechnung getragen. Nicht zwingend ist im Übrigen, dass ein geändertes Verständnis des § 1311 ABGB auf die Voraussetzungen der Haftung nach § 46 ABGB „durchschlägt“ (vgl. auch die Nachweise in Fn 31). Denn dafür müsste doch bewiesen werden, dass die Redaktoren § 43 ABGB mit § 1311 ABGB untrennbar gleichschalten wollten. Spekulativ bleibt jedoch, wie die Redaktoren § 46 ABGB angesichts des heutigen Verständnisses von § 1311 ABGB ausgestaltet bzw. das Verhältnis von § 46 ABGB zum heutigen Verständnis von § 1311 ABGB bewertet hätten. Ungewiss bleibt daher, ob sie die Voraussetzungen der Haftung bei Verlöbnisrücktritt bei Zugrundelegen des heutigen Verständnisses von § 1311 ABGB tatsächlich anders bewertet hätten. Dagegen spricht, dass eine Tatsache historisch gewiss ist. Gewiss ist, dass die Redaktoren eine Verschuldenshaftung ablehnten (s. Punkt VI.).

<sup>129</sup> Nach *Koziol* (JBl 1975, 61 [62]) soll ein Vergleich mit dem deutschen Recht gegen das Verschuldenserfordernis sprechen, weil § 1298 BGB kein Verschulden voraussetzte (s. aber bereits *Canaris*, AcP 165 [1965] 1 [4] und aus der jüngeren Lit zB *Kroll-Ludwigs* in *Erman*, BGB<sup>16</sup> [2020] § 1298 Rz 6). Das gleiche gelte auch für das schweizerische Recht.

<sup>130</sup> Siehe auch *Krasnopolksi*, GZ 1904, 379, 388, 395 (397 bei und in Fn 125).

## VIII. Abschließende Würdigung

Zum Abschluss muss das Gesagte noch im Hinblick auf den einleitend umrissenen Untersuchungsgegenstand zusammengefasst werden.

### A. Zum Rücktritt vom Eheverlöbnis

Mit der vorliegenden Untersuchung konnte zur rechtlichen Wirkung des Rücktrittes vom Eheverlöbnis (§ 46 ABGB) gezeigt werden:

- Das Gesetz bewertet als den Umstand, der zum Schadenersatz verpflichtet, die Erklärung, sich in Zukunft ehelichen zu wollen.
- Für den Schaden, der im dadurch erweckten Vertrauen entsteht, ist nach dem erwiesenen Willen der Redaktoren des ABGB verschuldensunabhängig einzustehen. Diese Wertung des Gesetzgebers ist zu akzeptieren, weil es keine hinreichenden Gründe für ihre Korrektur gibt. Auf Grund des mittlerweile vordringlichen schadenersatzrechtlichen Blickwinkels auf die Ersatzpflicht bei Verlöbnisbruch scheint es zwar verständlich, dass für das Verschuldenskriterium aus Gründen der Systemgerechtigkeit plädiert wird. Anerkennt man jedoch, dass die Erklärung der Bereitschaft zur Eheschließung die Haftung grundlegt, zeigt sich, dass sich ein Einstehen für eine verschuldensunabhängig geschaffene Vertrauenslage nicht mit Grundwertungen des österreichischen Rechts spielt.

### B. Zur „Haftung wegen grundlosem Abbruch der Vertragsverhandlungen“

Der eingangs angesprochenen „Haftung wegen grundlosem Abbruch der Vertragsverhandlungen“ kann an dieser Stelle aufgrund der Komplexität dieses Problemkreises nicht mehr vertiefend nachgegangen werden. Die Erkenntnisse zu den rechtlichen Wirkungen bei Rücktritt vom Eheverlöbnis drängen aber zumindest ein paar Gedanken zu den Stimmen auf, die zur Begründung einer verschuldensunabhängigen Haftung bei Verhandlungsabbruch mit – wenn überhaupt – unterschiedlichem Gewicht auf § 46 ABGB (§§ 1298 f BGB) rekurrieren.<sup>131</sup>

<sup>131</sup> Den möglichen Zusammenhang zwischen der Haftung wegen Abbruchs der Vertragsverhandlungen und dem Verlöbnisrücktritt (§ 46 ABGB) brachte für das österreichische Recht – soweit ersichtlich – erstmals *Ostheim* (JBl 1980, 522 [1. Teil], 570 [578; 2. Teil]) ins Spiel. *Ostheim* sieht in der Haftung für den grundlosen Rücktritt vom Verlöbnis die Basis für eine Gesetzesanalogie (dagegen *Kozioł*, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> A 2 Rz 316 insb auch Fn 18; *Machold*, Vertragsverhandlungen 139 f; s. auch *Lukas*, JBl 2009, 751 [1. Teil], 2010, 23 [34 in Fn 153]; vgl. zur Haftung wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen insb auch *Reischauerin Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> [2018] Vor §§ 918 ff Rz 255, der die Rechtsgrundlage im vorliegenden Zusammenhang in einer Analogie zu § 1003 ABGB erblickt). Damit greift *Ostheim* einen Gedanken auf, den zuvor bereits *Canaris* (Vertrauenshaftung 544; zustimmend etwa *H. Stoll*, Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, in FS v. *Caemmerer* [1978] 435 [446]; dagegen etwa *Medicus*, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I [1981] 479 [498]) zum BGB geäußert hatte. *Canaris* (in FS BGH [2000] 129 [181 f]) betonte später allerdings auch, dass die Regelung des Verlöbnisrücktrittes (§§ 1298 f BGB) keine „echte Analogiebasis“ für einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf den Vertrauensschaden bei Abbruch der Vertragsverhandlungen gibt. Vielmehr geben die Regelung der §§ 1298 f BGB zur Begründung eines solchen Anspruchs „im Wege einer verhältnismäßig freien richterlichen Rechtsfortbildung“ bloß einen „gewisse[n] positivrechtliche[n] Ansatz“, weil sie ein Parallelproblem betreffen. *Singer* (Widersprüchliches Verhalten 286 ff) lehnt es zwar ebenso ab, die §§ 1298 f BGB „analog“ anzuwenden, möchte diese aber zumindest in „ihrem grundsätzlichen Wertgehalt“ berücksichtigen (aaO 288). Nach *Singer* (in FS *Canaris* [2002] 135 [143]) verdienen die §§ 1298 ff BGB besondere Beachtung bei der Behandlung der Haftung

Die gewonnenen Erkenntnisse legen nahe, dass § 46 ABGB beim Abbruch der Vertragsverhandlungen Beachtung verdient. § 46 ABGB betrifft in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich nämlich einen Sachverhalt, dessen Nähe zum grundlosen Abbruch von Vertragsverhandlungen nicht leichtfertig von vornherein von der Hand gewiesen werden sollte.<sup>132</sup> Die Nähe lässt sich daran festmachen, dass § 46 ABGB einen Sachverhalt regelt, in dem es für die Beteiligten auf Grund der natürlichen Gegebenheiten psychologisch kontraindiziert ist, auf eine vertragliche Absicherung von Dispositionen zu dringen, die das Erwecken von Vertrauen typischerweise veranlasst.<sup>133</sup> Wenn die Beteiligten daher darauf verzichten, eine Regelung für den Fall zu treffen, dass „nicht alles gut geht“, dann greift ergänzend die Wertung des § 46 ABGB. Die Wertung des § 46 ABGB ist, dass das Vertrauen auf das unverbindliche Versprechen zum zukünftigen Abschluss eines Rechtsgeschäfts (= Ehe [s § 44 ABGB]) verschuldensunabhängig schutzwürdig ist.<sup>134</sup> Folglich kennt das ABGB eine Regel für eine Situation, in der sich die Vertragsinteressenten verständlicherweise auf die Äußerungen eines Anderen betreffend den unverbindlich in Aussicht gestellten Abschluss eines Vertrags verlassen und daher davon absehen, ihre Dispositionen im Hinblick auf die geweckte Erwartung des künftigen Vertragsabschlusses für den Fall der Enttäuschung rechtsgeschäftlich abzusichern. Kennt das Verlobnisrecht verschuldensunabhängigen Schutz der Verlobten, um ihnen eine Vorbereitung auf die Ehe im Gegenseitigen Vertrauen zu ermöglichen, sollte darauf aber nicht allein deshalb von vornherein beim Abbruch von Vertragsverhandlungen keine Rücksicht genommen werden, weil es sich um eine Wertung handelt, die auf familienrechtlichen Besonderheiten fußt. Vielmehr scheint es doch auch bei anderen Verträgen wünschenswert, dass vertrauensvoll bei ihrer Anbahnung kooperiert werden kann.<sup>135</sup> Denn das Absichern geweckter Erwartungen durch das Insistieren auf verbindliche Zusagen ist nicht nur zeit- und kostenintensiv. Vielmehr suggeriert es gegenüber dem Verhandlungspartner Misstrauen und droht daher das Zustandekommen des eigentlich angestrebten Rechtsgeschäfts zu gefährden.<sup>136</sup>

Die damit angesprochene Frage, ob sich § 46 ABGB für die Begründung der Haftung bei Abbruch der Vertragsverhandlungen an sich nutzbar machen lässt, ist freilich von einer anderen Frage zu trennen. Sie ist von der Frage zu trennen, wann ein künftiger

---

wegen Abbruchs der Vertragsverhandlungen (s auch *dens*, Die Dogmatik der Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, in FS Canaris [2017] 425 [439]).

<sup>132</sup> Insofern übereinstimmend *Machold* (Vertragsverhandlungen 138 f), wenn sie Parallelen zwischen dem Verlobnisbruch und dem Abbruch von Vertragsverhandlungen herausarbeitet.

<sup>133</sup> Daran lässt sich auch eine Nähe zur Haftung des Auftraggebers gemäß § 369 BVerG 2018 festmachen. Denn bei der Auftragsvergabe kann man den übergangenen Bieter nicht vorwerfen, dass sie die Möglichkeit außer Acht gelassen haben, ihre „Investitionen“ privat autonom abzusichern, weil der Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung mit dem Auftraggeber zumindest faktisch unmöglich ist (vgl dazu *Singer* in FS Canaris [2002] 135 [144]).

<sup>134</sup> Das Heranziehen der Wertungen des § 46 ABGB für den Fall des Abbruchs der Vertragsverhandlungen wird mitunter abgelehnt, weil das Verlobnis nach hL (statt vieler nur *R. Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts [15] [2018] 501) ein (Vor-)Vertrag ist (*Machold*, Vertragsverhandlungen 139). Entscheidend ist – und hier liegt ein Ansatzpunkt für die Ähnlichkeit – doch aber, dass das Verlobnis unabhängig von seiner rechtlichen Qualifikation keine (durchsetzbare) Pflicht zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts (s § 44 ABGB) begründet (s die Nachweise in Fn 36). Denn es macht doch keinen Unterschied, ob keine (durchsetzbare) Rechtspflicht zum Vertragsabschluss vorliegt aber – angeblich – ein Vorvertrag oder keine (durchsetzbare) Rechtspflicht aber kein Vorvertrag; in keinem Fall besteht eine durchsetzbare Rechtspflicht zum Vertragsabschluss. Nichts desto trotz bedeutet der Rücktritt vom Verlobnis aber – wie es beim Abbruch der Vertragsverhandlungen der Fall sein kann –, dass ein Vertragsabschluss unterbleibt, der in Aussicht gestellt wurde.

<sup>135</sup> Vgl dazu die Rechtfertigung vorvertraglicher Pflichten bei *R. Welser*, Vertretung 75 ff; *dens*, Das Verschulden beim Vertragsschluss im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973 281 (284). S aber auch krit dazu *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> Vor §§ 918 ff Rz 126.

<sup>136</sup> Vgl *Singer*, Widersprüchliches Verhalten 286 ff; *dens* in FS Canaris (2002) 135 (143 f, 145 f, 155 f).

Vertragsabschluss als so sicher hingestellt wird, dass ein Verhandlungspartner, der ungesichert Dispositionen tätigt, Schutz verdient, weil wertungsmäßig eine Übereinstimmung mit der Interessenlage beim Verlöbnis bewirkt wird, wo aus psychologisch nachvollziehbaren Gründen in der Regel ebenfalls auf eine privatautonome Vereinbarung über den Ausgleich von Investitionen hinsichtlich der in Aussicht gestellte Eheschließung verzichtet wird.

### **C. Schlussbemerkung**

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass dieser Beitrag den Einwand ausräumen konnte, dass der verschuldensunabhängigen Haftung bei Rücktritt vom Eheverlöbnis keine wohlüberlegte Entscheidung des Gesetzgebers zu Grunde liegt. Außerdem konnte der Einwand widerlegt werden, dass sich die wohlüberlegte Entscheidung des Gesetzgebers für eine verschuldensunabhängige Haftung bei Rücktritt vom Eheverlöbnis heute nicht mehr als sachgerecht bewerten lässt. Damit konnte zugleich dargelegt werden, dass das ABGB einen Tatbestand eines verschuldensunabhängigen Vertrauensschutzes kennt. Schließlich konnte zumindest im Ansatz aufgezeigt werden, dass diese Wertung nicht allein auf Grund familienrechtlicher Besonderheiten bei Fällen des Abbruchs von Vertragsverhandlungen keine Rolle spielt. Die abschließende Beurteilung der Haftung bei Scheitern der Vertragsverhandlungen muss allerdings einer anderen Untersuchung vorbehalten bleiben.