

Die Kodifikation der culpa in contrahendo

von Volker Rieble

in: Konzen/Schmidt/Dauner-Lieb (Hg.),
Das neue Schuldrecht in der Praxis (2003), S. 137-157



I. Kodifikation eines Rechtsprinzipes

1. Inhaltsleere Generalklausel

Rudolf von Jhering mag sich freuen: was die Väter des BGB nur partiell regelten – mit den §§ 122, 179 und 307 aF – ist jetzt, 140 Jahre nach seinem berühmten Vorstoß¹ allgemeines Gesetz geworden: Die culpa in contrahendo ist mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz kodifiziert – in den §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB, so wie andere Institute des Richterrechts: positive Forderungsverletzung (pFV) und Geschäftsgrundlagenlehre². Die Entwurfsbegründung erweist Rudolf von Jhering die Ehre des (Wieder)Entdeckers mit dem Hinweis, daß schon das ALR eine Haftung für Verhalten bei Vertragsschluß enthielt³.

Von der Lehrbuchsystematik her gesehen hat der Gesetzgeber sauber gearbeitet: Die Erzeugung der vorvertraglichen Pflichten durch den Geschäftsanbahnungskontakt ist in § 311 Abs. 2 BGB geregelt, im Anschluß an das Vertragsprinzip des § 311 Abs. 1 BGB – und in Abs. 3 die Verpflichtung des von der intendierten Vertragspartei verschiedenen Sachwalters. In § 241 Abs. 2 BGB – auf den § 311 Abs. 2 BGB ausdrücklich verweist – ist für culpa in contrahendo und positive Forderungsverletzung (pFV) gemeinsam festgeschrieben, daß ein Schuldverhältnis auch »Rücksicht«-Pflichten erzeugt. Das ist zwar keine Erkenntnis, doch wird so klarer als bisher gezeigt, daß Pflichterzeugung, Pflichtverletzung und Sanktion derselben zu trennen sind. Insofern also ist das BGB studierfreundlicher geworden. Die Rechtsfolgen der cic sind nicht eigens geregelt. Vielmehr sind auch sie dem einheitlichen Pflichtverletzungstatbestand des § 280 BGB zugeordnet. Kodifiziert ist aber nur das **bloße Rechtsprinzip** – ohne subsumtionsfähigen konkreten Inhalt. Insofern war § 305 Abs. 1 Satz 2 DiskE ehrlicher, der die culpa in contrahendo nur erwähnen wollte.

Wenn *Canaris* betont, mit § 311 Abs. 2 und 3 BGB habe die Leistungstörungskommission sich »bemüht, ... eine Regelung zu entwerfen, die den Anforderungen an eine – wenn gleich nur generalklauselartige – subsumtionsgeeignete Norm genügt«⁴, so liefert er zwei Kritikpunkte gleich selbst mit: Inhaltlich läßt sich seit Justus Wilhelm Hedemanns Kritik an den Generalklauseln deren Subsumtionsfähigkeit kaum mehr behaupten. Aus der Zeugnissprache rührt die verdächtige Wendung »hat sich bemüht«. Ihr ist nichts anzufügen.

Die Neuregelung sagt nicht, welche Anforderungen an den das Schuldverhältnis begründenden geschäftlichen Kontakt zu stellen sind, statt dessen fügt sie mit § 311

1 Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, JherJb. 4 (1861) 1ff. Zur gewohnheitsrechtlichen Anerkennung Staudinger/Löwisch [2000], Vorbem. zu §§ 275-283 Rdnr. 59; BT-Drs. 14/6040 S. 161.

2 Hierzu *Dauner-Lieb*, Kodifikation von Richterrecht, in: Ernst/Zimmermann (Hsrg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001) S. 304ff.

3 BT-Drs. 14/6040 S. 161f.

4 *Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499, 519.

Abs. 2 Nr. 3 BGB eine zusätzliche Nebelkerze ein. Sie schweigt darüber, welche konkreten Pflichten ausgelöst werden, nennt nicht einmal Regelbeispiele oder Fallgruppen. Auch die Rechtsfolgefragen werden nicht angesprochen. Die bekannten Rechtsprobleme, die schon die alte richter- und gewohnheitsrechtliche culpa in contrahendo weithin ungelöst vor sich her geschoben hat, bleiben ungelöst. Die »Kodifikation« der culpa in contrahendo ist also nurmehr eine hübsche Spielerei – mit einer letztlich inhaltleeren Generalklausel. Die Entwurfsbegründung sagt das selbst: »Die Grundsätze dieses Rechtsinstituts sollen deshalb auch im Bürgerlichen Gesetzbuch als der zentralen deutschen Zivilrechtskodifikation ihren **textlichen Ausdruck** finden. Damit soll das Bürgerliche Gesetzbuch selbst auch wieder über den wirklichen Bestand des deutschen allgemeinen Schuldrechts Auskunft geben«⁵. Das BGB als Bestandsverzeichnis von Rechtsinstituten, das ist neu. Besonders betont wird dabei, daß die »Lehre von den Schutzpflichten« in »nichts geändert« werden soll – und eben hierzu rechnet die Begründung auch die »isolierten Schutzpflichten ... aus Vertragsanbahnung«.⁶ Die Neufassung »will das Institut der culpa in contrahendo nicht in allen Einzelheiten regeln« – sondern eine »abstrakte Regelung« schaffen, die der »Ausdifferenzierung und Fortentwicklung durch die Rechtsprechung zugänglich ist«⁷. So vornehm umschreibt die Entwurfsbegründung, daß die kurze Zeit⁸ für inhaltliche Arbeit nicht gereicht hat.

Gleichwohl bleibt das BGB so traditionsfest: Schon die Motive (Mot II 179) verzichteten auf eine »prinzipielle Bestimmung über die culpa in contrahendo« und hatten die Erweiterung der punktuellen cic-Regelung ausdrücklich der Wissenschaft und Praxis überlassen. Immerhin: Eine »prinzipielle Regelung« ist nunmehr vorhanden (sogleich 2). Nur die von der Entwurfsbegründung versprochene und von Kritikern angemahnte »Konturenschärfe«⁹ fehlt.

Wem die weithin inhaltsleere Generalklausel nützt? *Canaris* gibt die schönste Antwort: Ausländer und Studenten fänden sich besser zurecht, wenn sie »eine Grundlage im Text des BGB« fänden¹⁰. So begreift sich das Gesetzbuch nicht nur als Bestandsverzeichnis, sondern auch als Lehrbuch. Die Entwurfsbegründung fügt an, daß Auskünfte über deutsches Recht an ausländische Gerichte erleichtert und der Einfluß auf die Europäische Rechtsentwicklung gesteigert würde¹¹. *Fleischer*¹² schlägt in dieselbe Kerbe, wenn er noch vor dieser Lehr und Lernhilfe nennt: Anschaulichkeit und Bewußtseinsbildung in der Rechtsgemeinschaft. *Lex moneat, non doceat* – diesen berechtigten Hinweis *Köndgen*¹³ hat der Gesetzgeber nicht beherzigt, sondern mehrfach ignoriert. Daß die

5. BT-Drs. 14/6040 S. 162. Hervorhebung von mir.

6. BT-Drs. 14/6040 S. 125.

7. BT-Drs. 14/6040 S. 162.

8. Vgl. *Canaris* (Fn. 4), JZ 2001, 523 f. sechs Wochen Zeit für die Leistungsstörungskommission zur Reaktion auf die umfassende Kritik des DiskE. Das ist aberwitzig.

9. Siehe Entwurfsbegründung S. 162.

10. *Canaris* (Fn. 4), JZ 2001, 519.

11. BT-Drs. 14/6040 S. 162.

12. *Fleischer*, Vorvertragliche Pflichten im Schnittfeld von Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsprivatrecht – dargestellt am Beispiel der Informationspflichten, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001), S. 243, 250f.

13. *Köndgen*, Die Positivierung der culpa in contrahendo als Frage der Gesetzgebungsmethodik, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Schuldrechtsreform (Fn. 12), S. 231, 241. Ähnlich: *Lex iubeat*,

Aufnahme der culpa in contrahendo in den Text des BGB ernstlich »ermahnende und verhaltenssteuernde Funktion« habe, wird *Fleischer* selbst kaum glauben¹⁴.

Daß Gesetzgebung auch Dienstleistung am Rechtssuchenden ist, daß also die vornehmste Aufgabe des Gesetzgebers darin liegt, im Interesse der Normunterworfenen die wesentlichen Rechtsfragen eines Rechtsinstitutes rechtssicher und zweifelsfrei zu regeln, scheint vergessen zu sein. Insofern hätte es nahe gelegen, die Streitfragen der culpa in contrahendo aufzulösen. Wer sich die große Mühe einer Neukonzeption des Leistungsstörungenrechtes macht, der hätte auch Zeit und Kraft für eine inhaltliche Regelung finden müssen.

2. Festschreibung der Haftungsstruktur

Erreicht wird immerhin eine »Geschlossenheit im Prinzipiellen«: Die culpa in contrahendo ist ein Haftungsinstitut, das – wie die pFV – auf eine Pflichtverletzung in der Sonderverbindung reagiert, auf die Verletzung einer der Pflichten des § 241 Abs. 2 BGB. Die culpa in contrahendo ist Haftung für schuldhaftige Pflichtverletzung und keine allgemeine Vertrauenshaftung.

Das heißt dann aber auch, daß die jüngeren Versuche namentlich von *Singer*¹⁵ scheitern müssen, aus der cic ein Institut »allgemeiner Vertrauenshaftung« zu machen, bei der eine eher diffuse »praktische Konkordanz zwischen Vertragsfreiheit und Vertrauensschutz« den Weg zu einer allgemeinen Abwägung und damit zur Kadi-Justiz¹⁶ eröffnet. Für einen verschuldensunabhängigen quasi-Aufopferungsanspruch wie in § 122 BGB oder in § 1298 BGB, den *Singer* ernstlich verallgemeinern will¹⁷, bedarf es einer ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzgebers. Sie fehlt.

Im Gegenteil hat der Reformgesetzgeber die bisherige Struktur der culpa in contrahendo nicht nur anerkannt, sondern durch die Einbindung in das Leistungsstörungenrecht und dessen zentraler Generalklausel § 280 BGB modifizierend festgeschrieben. Eine Schadensersatzhaftung aus culpa in contrahendo setzt in jeder Fallgruppe die Verletzung einer Pflicht (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) voraus und ein auf diese Pflichtverletzung bezogenes »Vertretenmüssen« (§ 280 BGB). Diese Grundstruktur entzieht sich der weiteren Rechtsfortbildung. Daß der Gesetzgeber in § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB dogmatische Erwägungen in Richtung Vertrauenshaftung verlautbart (unten II.3), rechtfertigt keine

non disputet, wogegen die geschwätzig Nr. 2 in § 311 Abs. 2 BGB verstößt. Zu beiden: *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 6. Auflage (1998), L 24 und 26.

14 Vorvertragliche Pflichten, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Schuldrechtsreform (Fn. 12), S. 251.

15 Zuletzt *Singer*, Vertrauenshaftung beim Abbruch von Vertragsverhandlungen, in: Schüler-Festschrift Canaris (2002), S. 135 ff.; grundlegend *derselbe*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995).

16 Eindringlich: *Pawłowski*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Auslegung des § 242 BGB?, JZ 2002, 627 ff.

17 Zudem ist die Sonderstellung des § 1298 BGB nicht verstanden: Dort besteht mit dem Verlöb- nis ein echter Vorvertrag. Daß dieser keine auch nur mittelbare Verpflichtung zur Eheschlie- ßung äußern kann, § 1297 BGB, ist gesetzliche Beschränkung im Interesse der Ehefreiheit. § 1298 BGB ist mithin Ausgleich für die fehlende Bindungswirkung des Verlöbnisses. Auf die cic übertragen lautet der Gedanke: Weil grundsätzlich Vorverträge verbindlich abgeschlossen werden können, braucht es keinen besonderen Vertrauensaufopferungsanspruch.

andere Sichtweise: Denn insofern geht es um das Vertrauen als Grundlage für die Begründung der vorvertraglichen Pflichten. Eine eigenständige Vertrauenshaftung ohne Pflichtverstoß läßt sich damit nicht begründen. Insbesondere diese Strukturentscheidung wirft eine erhebliche Frage auf: Läßt sich die Fallgruppe »Abbruch von Verhandlungen« in ihrer bisherigen Form noch halten?

3. Einheitliches Schutzpflichtverhältnis?

Cic und pFV sind zwar hinsichtlich der Pflichtenbegründung und der Anspruchsgrundlage in §§ 241 Abs. 2, 280 BGB »vereint«. Das ist aber keine Hinwendung zum einheitlichen Schutzpflichtverhältnis, wie es seinerzeit von *Canaris* gefordert worden ist¹⁸. Daß die allgemeine integritätsorientierte Schutzpflicht derjenigen der pFV entspricht, es also keinen Unterschied machen darf, ob die Linoleumrolle vor oder nach Vertragsschluß umfällt, dürfte inzwischen Allgemeingut sein. Den eigentlichen Kern der cic machen jedoch die auf den intendierten Vertragsabschluß bezogenen Pflichten aus. Sie lassen sich mit der pFV und deren leistungsbezogenen Pflichten nicht in einen »Käfig« sperren. So gesehen betont § 311 Abs. 2 BGB eher die Sonderstellung der cic.

Ein **Abgrenzungsproblem** stellt sich lediglich beim **nichtigen oder unwirksamen Vertrag**. Daß die Nichtigkeit des Vertrages die Entstehung von Schutzpflichten nicht hindern kann, ist inzwischen ebenfalls Allgemeingut. Die Frage nach der richtigen Haftungsgrundlage, ist von eher dogmatischem Interesse. Den Praktiker interessiert eher die Frage nach der Reichweite der Pflichten. Der unwirksame Vertrag löst, wenn er zur Durchführung kommt, leistungsbezogene Schutzpflichten im Sinne eher der pFV aus: Daß der Gläubiger keinen Anspruch auf die Leistung haben kann, wenn der Vertrag unwirksam ist, begründet keine Schädigungsbefugnis des Schuldners, der die nicht geschuldete Leistung erbringt.

Ist hingegen die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Vertrages behebbar, kann es auf den Vertragsschluß bezogene typische cic-Pflichten geben. Insofern macht es etwa kaum einen Unterschied, ob der formbedürftige Vertrag noch gar nicht oder unwirksam beurkundet worden ist, solange die wirksame Beurkundung noch möglich ist.

II. Vertrauenstatbestand zur Pflichtenerzeugung

1. Verhandlungsphase und Anbahnungsphase in § 311 Abs. 2 Nr. 1 und 2

»Geregelt« hat der Gesetzgeber im Rahmen der cic nur denjenigen Vertrauenstatbestand, der das quasivertragliche Schuldverhältnis und die Rücksichtnahmepflichten des § 241 Abs. 2 BGB erzeugt. Allerdings ist in § 311 Abs. 2 BGB mit den Nummern 1 bis 3 entweder Selbstverständliches oder Zweifelhafte gesagt.

Nr. 1 nimmt mit »**Aufnahme von Vertragsverhandlungen**« die klassische cic-Situation auf: die dem – gewünschten – Vertragsschluß vorgelagerte Verhandlungsphase. Sie ist gekennzeichnet durch einen bereits mehr oder minder ausgeprägten Abschlußwillen. Überhaupt nur in dieser Phase kommen die die cic kennzeichnenden vertragsbezogenen

¹⁸ *Canaris*, Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475; in Richtung eines »überwölbenden« einheitlichen Schutzpflichtverhältnisses aber *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht (2002), Rdnr. 355.

Pflichten in Betracht: Erst nach Aufnahme konkreter Vertragsverhandlungen kann es ein Vertrauen auf einen sicher erscheinenden Vertragsschluß geben. Insbesondere die gegenstandsbezogenen Informationspflichten setzen einen einen bestimmbareren konkreten Vertragsinhalt voraus.

In der **vorhergehenden Anbahnungsphase** der Nr. 2 – Leitbild: Interessent sieht sich im Kaufhaus um – ist für solche vertragsbezogenen Pflichten kein Raum. Hier bewendet es bei den integritätsbezogenen Schutzpflichten, bei der neben Linoleumrolle und Gemüseblatt auch an die Datenintegrität beim Internetkauf zu denken ist. Insofern leistet die Trennung beider Phasen – wie das vor allem *Medicus* klar erkennt¹⁹ – gewisse Erkenntnis. Die Kritik, Nr. 1 sei nur ein überflüssiger Unterfall von Nr. 2²⁰ trifft mithin nur hinsichtlich des »Ob« der Sonderverbindung, aber nicht hinsichtlich der Pflichtenintensität zu.

2. Auffangklausel in Nr. 3

»Ähnliche geschäftliche Kontakte« sollen nach Nr. 3 gleichfalls zur sic führen können. Wenn mit *Canaris* Studenten und Ausländer von der Kodifikation profitieren sollen, dann hätte eine derartige Irreführung unterbleiben müssen. Denn diese Generalklausel ist nicht nur nicht konturenscharf. Niemand weiß, wozu sie eigentlich gut ist. Die Begründung zu Nr. 3 nennt »Kontakte, bei denen z. B. noch kein Vertrag angebahnt, ein solcher aber vorbereitet werden soll«²¹, will also offenbar der Verhandlungsphase und der vorgelagerten Anbahnungsphase noch eine Anbahnungsvorbereitungsphase vorverschalten. Das ist – mit Verlaub – nicht nur »etwas dunkel«²², sondern Blödsinn: Sobald vorvertragliche Pflichten in Betracht kommen, hat die Anbahnungsphase der Nr. 2 bereits eingesetzt. Eine zusätzliche Phase bringt keine Erkenntnis²³.

Zu Nr. 3 muß man also vor allem sagen, wozu sie nicht dient: Mühsam fallen die Deutungsversuche in der Literatur aus. *Canaris* denkt an das (Gefälligkeits)Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht, aber mit Schutzpflichten²⁴ – für dieses genügt aber schon die pFV, weil es eine vertragliche Bindung wenigstens in Ansehung der Schutzpflicht bedeutet. Jede spezifisch vorvertragliche Interessenlage fehlt. Auch die Schutzpflicht im Vollzug des nichtigen oder unwirksamen Vertrages²⁵ braucht Nr. 3 nicht. Insofern läßt sich ebensogut § 241 Abs. 2 BGB unmittelbar heranziehen, weil die pFV für die Begründung von Schutzpflichten in Ansehung des (nicht geschuldeten) Leistungsvollzuges plausibler ist²⁶.

19 In: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, *Das neue Schuldrecht* (2002), § 3 Rdnr. 165.

20 So *Lieb*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, *Das Neue Schuldrecht* (2002), § 3 Rdnr. 37.

21 BT-Drs. 14/6040 S. 163.

22 *Canaris* (Fn. 4), JZ 2001, 520.

23 Wie hier *Huber/Faust*, *Schuldrechtsmodernisierung* (2002), Kap. 3 Rdnr. 11. Auch der Fehler-teufel hält Nr. 3 für überflüssig; Die im Reformgesetz enthaltene Nummer (BGBl 2001 I 3148) war in der Bekanntmachung der Neufassung (BGBl 2002 I 42, 107) fast verschwunden; ist nunmehr wieder da (berichtigt in BGBl 2002 I 2909).

24 *Canaris* (Fn. 4), JZ 2001, 520; zustimmend *Dauner-Lieb/Arnold/Döttsch/Kitz*, *Fälle zum neuen Schuldrecht* (2002), S. 205 f. (Fall 105).

25 *Dauner-Lieb/Arnold/Döttsch/Kitz* (Fn. 24), S. 203 f. (Fall 104).

26 Siehe schon oben I.3.

Eher abseitig ist der Gedanke an die Schutzwirkung für Dritte²⁷. Sie muß es auch bei der pFV geben, für die aber die Nr. 3 nicht greift. Zudem ist der Kontakt des Dritten, der in den Schutzbereich einbezogen ist, aber keinesfalls Vertragspartner werden soll, dem rechtsgeschäftlichen Verhandlungs oder Anbahnungskontakt gerade nicht ähnlich. Insofern bleibt es richtigerweise bei § 328 BGB in wenigstens entsprechender Anwendung²⁸ – dort findet sich auch mehr Konturenschärfe²⁹. Schließlich darf mit Nr. 3 keinesfalls die *cic* in den gesellschaftlichen Bereich bloßer Sozialkontakte erweitert werden³⁰; noch dürfen vermeintliche Haftungsdefizite qua Billigkeitsempfinden überspielt werden, etwa wenn die Voraussetzungen der Sachwalterhaftung in Absatz 3 nicht gegeben sind, man aber gleichwohl zur Haftung kommen will und flugs einen ähnlichen Kontakt des Sachwalters mit dem Geschädigten konstruiert.

Wenn man Nr. 3 mit Sinn aufzuladen sucht – indem man »krumme« Fälle findet, die zu Nr. 1 und 2 nicht passen, scheint mir vor allem der **Irrtum über den richtigen Schuldner im Zuge der Anbahnung einer Leistung** einschlägig zu sein. Dabei ist die Namensverwechslung in einem von einer Person gestalteten Konglomerat von Gesellschaften eher die Ausnahme³¹, die Inanspruchnahme der falschen Versicherung wahrscheinlicher³². Gerade weil die Erfüllung als solche kein Rechtsgeschäft, sondern Realakt ist und nicht jedes Erfüllungsverlangen gegenüber einem Scheinschuldner und eine Diskussion hierüber als Verhandlung eines Vergleichsvertrages gesehen werden kann, greift die herkömmliche vertragsorientierte culpa in contrahendo nicht. Gleichwohl ist der Leistungskontakt zwischen Scheingläubiger und Schuldner und Gläubiger und Scheinschuldner kein Zufallskontakt, sondern vergleichbar dem Leitbild der Vertragsanbahnung. Hier lassen sich auch »ähnliche« Informationspflichten wie bei der culpa in contrahendo denken.

Prüf- und Hinweispflichten des Scheinschuldners oder -gläubigers – aber auch des Scheinvertragspartners – setzen aber mehr als einen bloßen Verhandlungskontakt über die Leistung voraus. Denn grundsätzlich ist es Sache des *cic*-Gläubigers, seinen richtigen Ansprechpartner selbst herauszufinden. Nur wenn die Gegenseite diese Prüfung im Eigeninteresse nachgerade vereitelt hat, kommt eine Haftung aus culpa in contrahendo in Betracht. Der BGH hat die erforderliche strenge Linie in den beiden zitierten Entscheidungen bereits vorgezeichnet. Die Rechtsordnung schützt den an den Scheingläubiger leistenden Schuldner gelegentlich – mit besonderen Tilgungsrechten (etwa: §§ 370, 407 Abs. 1, 409, 851 BGB), die ihm zum Erfüllungserfolg verhelfen. Fehlt der besondere Rechtsschein, kann der Scheingläubiger den Schuldner gleichwohl pflichtwidrig zur Leistung veranlaßt haben, so wie in den BGH-Fällen umgekehrt der Scheinschuldner den Gläubiger »in die Falle laufen lassen« kann, wenn er nämlich den Hinweis darauf, daß er nicht der richtige Schuldner ist, so lange hinaus zögert, bis die Forderung gegen den

27 Dies erwägend *Canaris* (Fn. 4), JZ 2001, 520.

28 Dazu eingehend und mit Nachweisen *Staudinger/Jagmann* (2001), § 328 Rdnr. 83 ff.

29 Vgl. BT-Drs. 14/6040 S. 163; wie hier *Dauner-Lieb/Arnold/Döttsch/Kütz* (Fn. 24), S. 202f. (Fall 103).

30 Das betont mit Recht *Canaris* (Fn. 4), JZ 2001, 520 mit Blick auf die »besondere« Voraussetzung in Nr. 2.

31 Siehe den Fall BGH vom 20.3.2001 – X ZR 63/99 – NJW 2001, 2716; auf diesen verweisen auch *Lorenz/Riehm* (Fn. 18), Rdnr. 371, Fn. 416.

32 Siehe BGH vom 4.4.2000 – VI ZR 264/99 – VersR 2000, 717 = NJW-RR 2000, 1114 = LM BGB § 242 (Cd) Nr. 367.

wahren Schuldner nicht mehr durchsetzbar ist (Verjährung, Ausschlussfrist, Vermögensverfall). Hier kann ein Leistungs- oder Verhandlungskontakt ein cic-ähnliches Rechtsverhältnis begründen. Auch für diese Fälle brauchte es allerdings keine eigenständige Nummer in § 311 Abs. 2 BGB.

3. »Gewährte Einwirkungsmöglichkeit« in Nr. 2 als übergreifendes Tatbestandsmerkmal?

Mißvergnügen und Irritation bereitet der Umstand, daß Nr. 2 – anders als Nr. 1 und Nr. 3 – voraussetzt, daß der Gläubiger dem Schuldner die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut³³. Wenn man schon eine solche kaum subsumtionsfähige, eher lehrbuchhafte³⁴ Voraussetzung formuliert – dann für alle drei Nummern. Weder läßt sich sagen, daß in der Verhandlungsphase stets eine umfassende Einwirkungsmöglichkeit gewährt worden ist, noch ist diese in Nr. 3 entbehrlich.

Daß hinsichtlich von »Ob« und »Ausmaß« der Pflichten irgendeine Folge aus dieser Voraussetzung abzuleiten ist, darf bezweifelt werden. *Ehmann/Sutschet* sehen darin mit Recht tautologischen Text: Denn ohne die Einwirkungsmöglichkeit kann es keine Rücksicht(nahme)pflcht des § 241 Abs. 2 BGB und damit auch keine Pflichtverletzung geben³⁵. Zudem: Solche Einwirkungsmöglichkeit setzen die Schutzpflichten doch auch in der pFV voraus. Der Sache nach gehört diese »Voraussetzung« also zu § 241 Abs. 2 BGB: zur konkreten Pflichtenerzeugung. Bestätigt wird mit Nr. 2 mithin nur, daß soziale Kontakte nicht pflichtenbegründend wirken³⁶. Umgekehrt darf man Nr. 2 nicht ernst nehmen: Wollte man wirklich ein mehr oder minder willentliches »Anvertrauen« oder »Gewähren« durch den cic-Gläubiger fordern, so würde der Schutz vom eigenen Erkenntnishorizont abhängen; der Dümmerer würde nicht geschützt, weil er gar nicht merkt, auf welche gefährdenden Einwirkungsmöglichkeiten er sich mit dem Verhandlungskontakt eingelassen hat³⁷.

4. Sachwalterhaftung in Abs. 3

Wenig neues bietet auch die Sachwalterhaftung in Abs. 3. Satz 1 ist ein bloßer – weitgehend inhaltleerer – Hinweis. Für die Erstreckung der Schutzwirkung auf Dritte braucht man ihn nicht, zumal so der Gleichklang mit der Schutzwirkung nach Vertragschluß verloren ginge. Es gibt auch keinen Grund, bei der culpa in contrahendo alle Drittfälle in einer Vorschrift zusammenzufassen³⁸, bei der pFV hiervon aber ganz abzu- sehen.

Satz 2 bestätigt nur einen Ausschnitt der bisherigen Sachwalterhaftung. Wegen des regelungstechnisch unglücklichen »insbesondere« weiß man nicht, ob die wiederum

33 Kritisch bereits *Lieb*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Fn. 20), § 3 Rdnr. 38.

34 Lex iubeat, non disputet, oben Fn. 13.

35 *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht (2002), S. 152.

36 Das betont *Canaris* (Fn. 4), JZ 2001, 520.

37 Siehe schon *Lieb*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Fn. 20), § 3 Rdnr. 38; *Ehmann/Sutschet* (Fn. 35) S. 153.

38 So *Canaris* (Fn. 4), JZ 2001, 520.

unscharfen »Tatbestandsvoraussetzungen« des »in besonderem Maße in Anspruch genommenen Vertrauens« und »dadurch« gewonnenen »Verhandlungseinflusses« nur als Regelbeispiel gemeint sind und die Rechtsprechung aufgefördert bleibt, nach Belieben weitere Dritthaftungsgründe zu suchen. Das formuliert *Canaris* vornehmer dahin, daß »in der tatbestandlichen und dogmatischen Präzisierung dieses Merkmals eine wichtige Zukunftsaufgabe für Rechtsprechung und Rechtswissenschaft« liege³⁹. Mir läge es näher, die Vorschrift handhabbar zu machen, indem man das »insbesondere« nicht mitliest.

Die eigentliche Frage auf der Tatbestandsseite lautet: Was ist mit dem bislang vielfach geforderten »eigenen wirtschaftlichen Interesse«⁴⁰? Hier wollte die Leistungsstörungskommission eigene Theorieerkenntnis in das Gesetz einfließen lassen, zugleich aber alles offen halten und lassen⁴¹. So vernünftig wie überzeugend ist der Hinweis von *Medicus*, daß ein erkennbares Eigeninteresse des Dritten nicht vertrauensbegründend wirkt sondern nur mißtrauisch machen kann; auf dieses Tatbestandsmerkmal kann und sollte mithin verzichtet werden⁴². Insofern kommt es also darauf an, ob er das Vertrauen des Vertragspartners für sich als Person gesteigert in Anspruch nimmt.

»Neuer« Sonderfall der Eigenhaftung Dritter sind nunmehr die sachverständigen Gutachter und Berater. Während die Rechtsprechung hier bislang dem (Beratungs- oder Gutachtens)Vertrag des Sachverständigen eine Schutzwirkung auch für Dritte beigemessen hat und damit beratungsleistungsbezogen entscheiden konnte, wollte die Entwurfsbegründung hier im Anschluß an *Canaris*⁴³ wiederum belehren⁴⁴: Das alles gehe auch – und besser – über die culpa in contrahendo⁴⁵. In der Tat spart man sich so einerseits den fingierten Parteiwillen⁴⁶, sofern man beim Vertrag mit Schutzwirkung hierauf noch abstellen mag. Andererseits aber darf man nicht verkennen, daß die Gutachtens- oder Beratertätigkeit im Interesse zunächst des unmittelbaren Auftraggebers erfolgt. Löst man die Dritthaftung von diesem Vertragsverhältnis und ordnet man die Pflicht des Sachverständigen dem intendierten Sekundärvertragsschluß zu, kann das Fiktionen mit dem primären Beratungsvertrag auslösen – aus dem die Expertenpflicht doch stammt⁴⁷. Im Dreieck wird es stets gegenläufige Interessen geben, die das Schuldrecht mit seinem auf zwei Personen bezogenen Interessenausgleich nur schwer bewältigen kann.

Schließlich wird man bei der Eigenhaftung Dritter künftig auch an Veranstalter von Internet-Märkten und Versteigerungen (»Plattformen«) mit Blick auf die Ricardo-Ent-

39 *Canaris* (Fn. 4), JZ 2001, 521.

40 Siehe nur Palandt-Ergänzungsband/*Heinrichs* (2002), § 311 Rdnr. 53.

41 *Canaris* (Fn. 4), JZ 2001, 520.

42 *Medicus*, in: Haas/*Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland* (Fn. 19), § 3 Rdnr. 172, 170.

43 *Canaris*, Die Haftung des Sachverständigen zwischen Schutzwirkungen für Dritte und Dritthaftung aus culpa in contrahendo, JZ 1998, 603; *derselbe*, Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, ZHR 163 (1999), 206 ff., 222 ff.

44 Zur Überzeugungskraft von *Canaris* auch *Lieb*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Fn. 20), § 3 Rdnr. 46.

45 BT-Drs. 14/6040 S. 163.

46 Das sieht *Medicus*, in: Haas/*Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland* (Fn. 19), § 3 Rdnr. 171 als Vorzug an. Überzeugend bereits *Staudinger/Jagmann* (2001), § 328 Rdnr. 94.

47 *Schlechtriem*, Schutzpflichten und geschützte Personen, FS *Medicus* (1999), S. 529 ff., 539. Siehe auch BGH vom 23. 6. 1999 – VIII ZR 84/98 [»Irokoholz-Lackierung II«] – NJW 1999, 3192 = ZIP 1999, 1486 für den eigenständigen Beratungsvertrag des Verkäufers.

scheidung⁴⁸ daran zu denken haben, daß der Veranstalter auch ohne eine eigene Rechtsbeziehung zum Ersteigerer ein spezifisches Vertrauen in die Funktionsfähigkeit seines Systems in Anspruch nimmt – und dafür haften muß. Denken mag man an die Weitergabe von Daten, aber auch an den Schutz vor Viren etc, die die Datenintegrität beim Nutzer beeinträchtigen können.

5. Minderjährigenschutz?

Wenn man schon kodifiziert, dann auch geschlossen: Gegenüber den Studenten und Ausländern ist es ein grobes Versehen, daß § 311 BGB nichts dazu sagt, ob und wann Minderjährige, Betreute und Geschäftsunfähige Partei eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses werden können. Insofern bleibt wie bisher nur der verallgemeinernde Zugriff auf die Sonderregelung in § 179 Abs. 3 Satz 2 BGB – mit der Ergänzung, daß der Gesetzgeber an der gewachsenen Dogmatik nichts hat ändern wollen. Insofern läßt sich systematisch ergänzen: Indem der Kodifikator die culpa in contrahendo als Annex zum Verragsprinzip des § 311 Abs. 1 BGB geregelt hat, macht er deutlich, daß es sich nicht um ein primär gesetzliches Schuldverhältnis, sondern um ein quasivertragliches handelt, das zwar nicht durch einen Rechtsgeschäftswillen begründet wird, wohl aber halbseitig davon abhängt, daß der intendierte Vertrag von dem Verpflichteten abgeschlossen werden kann.

III. Pflichtenkreis und Fallgruppen

Die culpa in contrahendo sanktioniert kraft ausdrücklichen Verweises in § 311 Abs. 2 BGB die vorvertraglichen »Rücksichtspflichten« des § 241 Abs. 2 BGB. Die Terminologie ist zweifelhaft. Ob sich die vielfältigen Pflichtenprogramme der gewachsenen Rechtsprechung als bloße Rücksichtnahme begreifen lassen, wird mit Recht bestritten⁴⁹. Über terminologische Unfähigkeiten des Gesetzgebers muß man sich hinwegsetzen. § 241 Abs. 2 BGB ist eine Blankettnorm⁵⁰, die Raum für Rücksicht(nahme)pflcht, Aufklärungs- und Informationspflichten sowie Schutzpflichten läßt. Die Entwurfsbegründung betont: »Eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung zu den denkbaren Fallgruppen (...) ist nicht beabsichtigt«⁵¹.

1. »Interesse« als Erweiterung des Schutzbereiches?

Dem Gesetzgeber hat es in seiner Weisheit gefallen, in § 241 Abs. 2 BGB für den Pflichtenbezug – und »vorgelagert« für die Pflichtenerzeugung in § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB – das schöne Wort »Interesse« aufzunehmen. Was ist damit gemeint? Soll nur ausgesprochen sein, daß die Schutzpflichten in der Sonderverbindung nicht nur die Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB, sondern auch die Vermögensinteressen des Partners in der Sonderverbindung betreffen? Das wäre banal. Oder wollte der Gesetzgeber das Konkur-

48 BGH vom 7. 11.2001 – VIII ZR 13/01 – BGHZ 149, 129 = NJW 2002, 363.

49 Etwa Köndgen (Fn. 13), in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 242.

50 Palandt-Ergänzungsband/Heinrichs (2002), § 241 Rdnr. 7.

51 BT-Drs. 14/6040 S. 163. Dabei muß hier offen bleiben, ob ein Gesetz die Rechtsprechung »ändern« kann.

renzverhältnis zwischen *cic* und der Irrtums-, insbesondere der Arglistanfechtung regeln. Bekannterweise hat der BGH gemeint, er könne dieses Problem lösen, indem er die *cic* auf den Vermögensschutz beschränkt und deshalb tatbestandlich einen Vermögensschaden fordert⁵² – und ebenso bekanntermaßen halten das fast alle Autoren für falsch⁵³. Dann müßte der Gesetzgeber mit dem Wort »Interesse« die Entscheidungsfreiheit des Gläubigers gemeint haben – genauer: sein Recht auf Information des Schuldners zum Zwecke der eigenen Entscheidungsfindung. Das meint *Canaris* und verweist mit gewisser »Zufriedenheit« darauf, daß die Formulierung auf ihn zurückgehe. Er stellt aber auch klar, daß mit »Interesse« gerade keine Korrektur der BGH-Rechtsprechung, sondern nur negativ der Anschein einer Festschreibung derselben vermieden werden solle⁵⁴.

Absurd wäre das Schweigen des Gesetzgebers im übrigen: Wie kann man annehmen, daß der Gesetzgeber zu nahezu allen Problemen der *cic* schweigt, insbesondere nichts zum grundsätzlichen Verhältnis von Anfechtung und Schadensersatz sagt, aber gerade diese Frage habe beantworten wollen.

Der Standort der Regelung ist mit § 241 Abs. 2 BGB nicht *cic*-spezifisch. Der Schutz der Entscheidungsfreiheit – genauer: das diesbezügliche Recht auf Information – wäre konsequent auf die pFV anzuwenden: Auch während eines laufenden Vertrages gälte dann eine umfassende nicht bloß vermögensschützende Informationspflicht, die dem Informationsgläubiger eine Entscheidungsgrundlage für die Ausübung seiner Vertragsrechte, namentlich der Gestaltungsrechte liefert: Muß etwa der Verkäufer den Käufer über einen von ihm nachträglich erkannten Mangel informieren (»vertragliche Rückrufflicht«), damit dieser seine Gewährleistungsrechte geltend machen kann? Oder: Muß der Vertragspartner den anderen über ein Widerrufsrecht aufklären, mit der schönen Folge, daß die unterbliebene Belehrung nicht nur die Widerrufsfrist nicht laufen läßt (§ 355 Abs. 2 BGB), sondern auch einen Schadensersatzanspruch auslöst, mit dessen Hilfe dann die Gewinne aus anderweitigen entgangenen Geschäften geltend gemacht werden können? Auch das mag man vertreten, so wie man für die neue Informationspflicht des § 613 a Abs. 5 BGB als Sanktion neben der Fristlaufhinderung nach Abs. 6 Satz 1 zusätzlich Schadensersatzansprüche fordern kann⁵⁵. Denn: die Informationen sollen dem

52 Zentral BGH vom 26.9.1997 – V ZR 29/96 – NJW 1998, 302.

53 Vor allem: *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner »Materialisierung«, AcP 200 (2000), 273, 304 ff.; *Fleischer*, Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung, AcP 200 (2000), S. 91 ff.; *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997), S. 72 ff., 388 ff.; *derselbe*, Vertragsaufhebung wegen culpa in contrahendo: Schutz der Entscheidungsfreiheit oder des Vermögens?, ZIP 1998, 1053 ff.; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung (1997), S. 19 ff.; *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB (2000), S. 210 ff.; scharfsinnig auch *Ehmann/Sutschet* (Fn. 35), S. 154 f.; dagegen vor allem *Lieb*, Culpa in contrahendo und rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, in: FS Medicus (1999), S. 337 ff.; *derselbe*, Vertragsaufhebung oder Geldersatz? Überlegungen über die Rechtsfolgen von culpa in contrahendo, Festschrift Köln (1988), S. 251, 258 ff.; und jetzt (etwas resignierend) *derselbe*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Fn. 20), § 3 Rdnr. 41.

54 *Canaris*, JZ 2001, 519 bei und in Fn. 182. Klar gesehen auch von *Grigoleit*, Reformperspektiven der vorvertraglichen Informationshaftung, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001), S. 269 ff., 274 f.

55 Vgl. *Gaull/Otto*, Unterrichtsanspruch und Widerspruchsrecht bei Betriebsübergang und Umwandlung, DB 2002, 634, 639.

Arbeitnehmer zur sachgerechten Ausübung seines Widerspruchsrechtes verhelfen⁵⁶. So ließe sich die eine Vertragspartei als umfassender Rechtsfürsorger der anderen sehen; je dümmer die eine sich anstellte, desto mehr Rechtsfürsorge müßte die andere walten lassen. Wenn das die gewollte »Materialisierung des Schuldrechts« ist, dann »gute Nacht«.

Beschränkt auf die hier gestellte Frage, ob der Gesetzgeber den Streit um die Beschränkung der cic auf den Vermögensschutz hat entscheiden wollen, muß die Antwort »Nein« lauten. Die Position von *Lorenz/Riehm*⁵⁷, wonach jede andere Auffassung nicht nur unhaltbar, sondern vom Gesetzgeber mit der Neuregelung zurückgewiesen sei, ist ihrerseits nicht vertretbar. Der Gesetzgeber hat das Problem der Konkurrenz von vorvertraglichen Informationspflichten und Täuschungsanfechtung gesehen – und nicht regeln wollen. Um jedes Mißverständnis zu vermeiden: Auch ich glaube, daß vorvertragliche Informationspflichten nicht nur das Vermögen als Schutzzweck haben, so daß die cic auf die fahrlässige Täuschung über vertragserhebliche Tatsachen auch reagieren darf. Konkurrenzfragen sind anders zu lösen. Nur: Aus dem Wort »Interesse« in § 241 Abs. 2 folgt das nicht.

»Interesse« meint nur, daß den Schuldner in der Vertragsanbahnungsphase – aber eben auch während des Vertrages – eine weitreichende Pflicht zur Rücksichtnahme trifft, die nicht auf bestimmte Rechtsgüter beschränkt ist. Zur Erhellung kann § 343 Abs. 1 Satz 2 BGB dienen, der für die Frage, ob eine Vertragsstrafe angemessen ist, »jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse« heranzieht. Freilich geht es dort auf der Rechtsfolgenseite des Ersatzes vor allem um immaterielle Rechtsgüter und Beeinträchtigungen im Sinne von § 253 BGB, die nach dem Schadensrechtsbereinigungsgesetz nun über den neuen § 253 Abs. 2 BGB auch ein cic-Schmerzensgeld erlauben⁵⁸. Hier dagegen geht es um die Reichweite der vorvertraglichen Schutz und Informationspflichten. Sie können durchaus auch immaterielle Güter, etwa den geschäftlichen Ruf (Kredit iSv § 824 BGB) schützen.

2. Schicksal der §§ 307, 309 BGB aF

a) § 311 a BGB als Fall der cic?

Daß § 306 BGB aF entfällt, ist ein Segen. Wenn der Vertrag über die anfänglich unmögliche Leistung nicht mehr nichtig ist, gibt es zunächst auch keinen Anlaß mehr für eine cic-Haftung nach § 307 BGB aF. Freilich: Die Haftung nach § 311 a Abs. 2 BGB knüpft nach Satz 2 daran an, daß der Schuldner bei Vertragsschluß die Unmöglichkeit kannte oder schuldhaft übersehen hat. Wegen dieses vorvertraglichen Anknüpfungspunktes halten manche § 311 a Abs. 2 BGB für einen Fall der cic⁵⁹. Andere sehen das positive Haftungsinteresse (Schadensersatz statt der Leistung) im Vordergrund und lehnen die cic-Qualifikation ab⁶⁰. Allerdings kann es nicht um den Verstoß gegen die Leistungspflicht gehen, weil das Leistungshindernis diese von Anfang an hindert. Eben deswegen braucht man mit § 311 a Abs. 2 BGB auch eine eigene Anspruchsgrundlage neben § 280 BGB.

56 Der Nichtlauf der Widerspruchsfrist hilft nur im Fall des unterbliebenen Widerspruches. Nur mit Hilfe des Schadensersatzes kann der Arbeitnehmer den irrigen Widerspruch auffangen.

57 *Lorenz/Riehm* (Fn. 18), Rdnr. 372.

58 Dazu unten V.1.a).

59 In diese Richtung Palandt-Ergänzungsband/*Heinrichs* (2002), § 311 a Rdnr. 6.

60 Klar auch: *Huber/Faust* (Fn. 23), Kap. 7 Rdnr. 11 ff.

Feinsinnig spricht *Canaris* vom »wirksamen Leistungsversprechen« im »Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht«⁶¹.

Dogmatisch läßt sich in der Tat darüber streiten, ob § 311 a Abs. 2 BGB eine Haftung wegen Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht ist oder eine Garantiehafung aus dem trotz anfänglichem Leistungshindernis wirksamen Leistungsversprechen als solchem – mit Exkulpationsmöglichkeit⁶². Solche Höhenflüge haben wegen der Haftungsregelung in § 311 a Abs. 2 BGB zunächst kaum Folgen. Allenfalls mag man positives Interesse für eine vorvertragliche Informationspflichtverletzung als Systembruch empfinden⁶³; qualitative Anforderungen an moderne Gesetze darf man ohnehin nicht mehr hegen. Ein »dogmatisches Konzept«⁶⁴ ist § 311 a mit Blick auf diese Widersprüchlichkeit schwerlich zu entnehmen; Studenten und Ausländern als Zielgruppe der »cic-Reform« bleibt dies verborgen.

Immerhin bleibt als praktisches Problem die Kausalität: Folgt die Haftung der vorvertraglichen Pflichtverletzung, so muß die Verletzung der Informationspflicht für den Vertragsschluß kausal sein. Das ist schon dann nicht der Fall, wenn der Schuldner auf ein mögliches Leistungshindernis hingewiesen hat⁶⁵. Eine cic-Haftung muß ausgeschlossen sein, weil der Gläubiger denselben Informationsstand wie der Schuldner hat und deshalb für seinen Vertragsschluß selbst verantwortlich ist. Als Garantiehafung hingegen würde man dem Schuldner trotz solcher Information vorhalten, den Vertrag abgeschlossen und die eigene Leistung versprochen zu haben, obschon sie ungewiß ist. Zudem müßte sich im Rahmen der cic-Haftung der Vorwurf weniger auf die eigene Kenntnis vom Leistungshindernis, als vielmehr auf die Nichtweitergabe der Information richten. Diese aber kann dem Schuldner konkret unmöglich gewesen sein. Daran zeigt sich: Als cic-Haftung würde § 311 a Abs. 2 BGB dem Schuldner vorwerfen, den Gläubiger durch Desinformation zum Vertragsschluß bewegt zu haben. Als Garantiehafung knüpft die Vorschrift dagegen an das eigene Vertragsverhalten, das Leistungsversprechen des Schuldners an. Was in der Sphäre des Gläubigers geschieht, ist dann nicht haftungsbegründend, sondern über § 254 BGB nur haftungsbegrenzend⁶⁶. Diese zweite Einordnung ist die sachgerechte. Die Zuordnung zur Garantiehafung verschärft das Konkurrenzproblem zur cic (sogleich IV.2).

Für mich nicht nachvollziehbar ist der Vorschlag von *Canaris*, man möge – wegen der Nähe zur Irrtumsproblematik – § 122 BGB analog anwenden, wenn der Schuldner sich exkulpieren kann⁶⁷. Eine solche »zweistufige« Garantiehafung hätte der Gesetz-

61 *Canaris*, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB, 2001, 1815, 1818; *ders.*, Das allgemeine Leistungstörungsrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, 329, 331 f.

62 In diese Richtung *Canaris* (Fn. 4), JZ 2001, 507; mit Recht kritisch *Ehmann/Sutschet* (Fn. 35), S. 122 ff., 124 f. mit weiteren Nachweisen.

63 So vor allem *Altmeyden*, Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, DB 2001, 1399, 1400.

64 So *Canaris* (Fn. 61), DB 2001, 1817 f.

65 Richtig *Ehmann/Sutschet* (Fn. 35), S. 125.

66 Praktisch freilich wird man den Fall, daß der Schuldner auf ein mögliches Leistungshindernis hinweist, regelmäßig anders lösen: als konkludenten Ausschluß der Haftung des § 311 a Abs. 2 BGB.

67 *Canaris* (Fn. 4), JZ 2001, 506.

geber anordnen müssen und können. Für die Analogie fehlt es an der Regelungslücke, weil § 311 a Abs. 2 BGB gerade in Verbindung mit dem Aufwendungsersatz des § 284 BGB diese Frage abschließend regelt; Otto nennt dies zurückhaltend einen »erstaunlichen Vorgang«⁶⁸. Zudem: Man kann nicht alles haben. Stünde die Irrtumsproblematik im Vordergrund, hätte der Gläubiger nur das negative Interesse verdient. Das Gesetz verschafft ihm mit der Garantiehftung aber das Erfüllungsinteresse. Dann darf es nicht auch noch hilfsweise den Vertrauensschaden des § 122 BGB geben⁶⁹. Das wäre ein Rückfall in den aufgehobenen § 307 BGB aF.

b) Scheitern des Vertrages am Verbotsgesetz

Verstößt ein Vertrag gegen ein Verbotsgesetz, so ist er gemäß § 134 BGB nichtig. Anstelle des alten ausnahmsweise normierten *cic*-Tatbestandes in § 309 BGB aF greifen nun die allgemeinen Regeln. Das heißt: Es muß nicht wie bisher gefragt werden, ob die eine Seite die Nichtigkeit kannte und die andere nicht. Es muß vielmehr eine konkrete Pflicht des *cic*-Schuldners bestehen, den Gläubiger über das Verbotsgesetz allgemein und womöglich über den Verstoß und vielleicht sogar über die Nichtigkeitsfolge zu informieren.

§ 309 BGB aF hatte diese Pflicht offenbar unterstellt – so wie § 307 BGB aF vorausgesetzt hatte, eine Seite müsse die andere über jedes ihr auch nur fahrlässig unbekanntes anfängliches Leistungshindernis unterrichten. Das wird man so nicht mehr sagen können. Denn grundsätzlich ist es Sache eines jeden Vertragspartners, sich selbst über die rechtlichen Möglichkeiten eigenen Vertragsverhaltens zu vergewissern – vor allem dann, wenn er und womöglich gar nur er Adressat des Verbotsgesetzes ist. Weshalb etwa soll der Erwerber einer Arztpraxis den Veräußerer darüber aufklären müssen, daß diesen die ärztliche Schweigepflicht trifft und den Kauf vernichten kann⁷⁰. Bislang konnte man solche Fälle mit der culpa-Kompensation der §§ 309, 307 Abs. 1 Satz 2 BGB aF bewältigen: Der Veräußerer hätte dies selbst wissen müssen. Nunmehr muß diese Abgrenzung über die Pflichtenstellung geleistet werden: Eine Aufklärungspflicht kann es unter gleichberechtigten Partnern nur über solche Umstände geben, die aus dem eigenen Risikobereich stammen oder aber beide Seiten betreffen, wenn die andere erkennbar und »strukturell« uninformiert und unterlegen ist. Keinesfalls gibt es ein Rechtsprinzip, nach dem der Klügere den Dümmeren stets aufzuklären hat. Es hätte auch bei einer Schadensteilung, ja gerade wegen dieser nach § 254 BGB uferlose Folgen.

Eine zweite, eher mißliche Folge hat der Gesetzgeber nicht bedacht: Das Verbot des (verpflichtenden) Rechtsgeschäfts und das Verbot nur der versprochenen Leistung müssen künftig sorgsam voneinander abgegrenzt werden. Denn nur der Fall, daß das Verpflichtungsgeschäft selbst iSv § 134 BGB verboten ist, führt ohne weiteres und nur zur *cic*. Ist dagegen nur die Leistung verboten, so führt der Weg zunächst zur anfänglichen rechtlichen Unmöglichkeit. Ob mit dem Verbot der Leistung auch das Verpflichtungsgeschäft

68 Hansjörg Otto, Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts, Jura 2002, 1, 5; Ehmman/Sutschet (Fn. 35), S. 126; Palandt-Ergänzungsband/Heinrichs, § 311 a Rdnr. 14.

69 Huber/Faust (Fn. 23), Kap. 7 Rdnr. 38.

70 Siehe BGH vom 11. 12. 1991 – VIII ZR 4/91 – BGHZ 116, 268 = NJW 1992, 737.

fällt, wird man nach dem Entfallen des § 306 BGB aF neu zu fragen haben⁷¹. So ist der Werkvertrag, der auf die Errichtung eines bauordnungsrechtlich unzulässigen Bauwerkes zielt, für sich genommen nicht verboten, also nicht gemäß § 134 BGB nichtig. Vielmehr liegt ein anfänglich objektives Leistungshindernis vor, das zur Garantiehafung des § 311 a Abs. 2 BGB führt, wenn der Schuldner die bauordnungsrechtlichen Vorschriften hätte kennen müssen. Dabei wird man eingehend prüfen müssen, weshalb die Leistung verboten ist – und ob das Verbot der Leistung auch den Ersatz des positiven Interesses verbietet, ob also in unserem Beispiel die Landesbauordnung das positive Erfüllungsinteresse an dem verbotenen Bau ausschließt. Für dieses Beispiel ist das zu verneinen.

3. Vertrauensenttäuschung ohne Pflichtverletzung?

Eine, ja die Zentralfrage der kodifizierten culpa in contrahendo lautet: Kann es die bisherige Vertrauenshaftung noch geben, kann namentlich die umstrittene Fallgruppe des »grundlosen Abbruches von Vertragsverhandlungen« aufrecht erhalten werden? Denn eine Pflichtverletzung sucht man in diesen Fällen weithin vergebens: Die »Vertrauens-erweckung« kann als solche nur pflichtwidrig sein, wenn der cic-Schuldner zum Zeitpunkt der Verhandlungen schon weiß, daß das Vertrauen des Partners in ihn nicht oder nicht in diesem Ausmaß gerechtfertigt ist. Dann aber liegt eine zumindest fahrlässige Täuschung über die Abschlußbereitschaft vor, die als Informationspflichtverletzung sanktioniert werden kann. Auf der anderen Seite ist die Abkehr vom intendierten Vertragsschluß – weil man es sich »grundlos« anders überlegt hat – grundsätzlich nicht pflichtwidrig. Das gilt nicht nur bei den formgebundenen, insbesondere bei Grundstücksgeschäften⁷², sondern ganz allgemein⁷³: Kein Vertrauenstatbestand kann eine positive Pflicht zum Vertragsschluß erzeugen. Dazu bedarf es einer rechtsgeschäftlichen Bindung – durch Vorvertrag oder letter of intent⁷⁴ – wenn man nicht mit *Kündgen* die »vertragsähnliche« Selbstbindung ohne Vertrag postuliert⁷⁵. Gibt es aber keine Pflicht zum Vertragsschluß, so ist die Verweigerung desselben keine Pflichtverletzung, jedenfalls sofern man die »Denkform der Alternative in der Jurisprudenz«⁷⁶ beherzigt.

Da die culpa in contrahendo aber nunmehr zu einer Haftung (nur) für Pflichtverletzung geronnen ist, steht das Schicksal der bisherigen Vertrauenshaftung in Frage: Entweder gibt man sie auf oder man siedelt die Vertrauenshaftung außerhalb des BGB an, was für Ausländer und Studenten mißlich sein mag. Haftungsgrund wäre dann ausschließlich die Enttäuschung des einmal begründeten Vertrauens, also das nackte Vertrauensopfer.

71 Siehe die Fälle bei Staudinger/Löwisch [2001], § 306 Rdnr. 26ff., 36. Der Hinweis auf Staudinger/Sack [1996], § 134 Rdnr. 116 reicht nicht weit, weil es dort um das Verbot von Erfüllungsgeschäften und nicht um das Verbot der faktischen Leistungserbringung geht.

72 BGH vom 29.3.1996 – V ZR 332/94 – NJW 1996; 1885 = JZ 1997, 467; dazu eingehend Kaiser, Schadensersatz aus culpa in contrahendo bei Abbruch von Verhandlungen über formbedürftige Verträge, JZ 1997, 448ff.

73 Zurückhaltend Lorenz/Riehm (Fn. 18), Rdnr. 380: Das Vertrauen auf den Vertragsschluß sei nur selten berechtigt.

74 Überzeugend Medicus, Schuldrecht I, 11. Auflage (1999), Rdnr. 106f.; zustimmend Dauner-Lieb, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 2), S. 318.

75 *Kündgen*, Selbstbindung ohne Vertrag (1981); hierauf verweisend *Kündgen*, Positivierung (Fn. 13) in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 239 gegen Singer.

76 Jürgen Rüdiger (1969).

In jedem Falle aber geht es um eine Haftung für rechtmäßiges oder pflichtgemäßes, in jedem Falle erlaubtes Verhalten: Erlaubt ist die Vertrauensbegründung so sehr wie die Vertrauensenttäuschung. Insofern mag man mit *Singer*⁷⁷ die Parallele zu § 1298 BGB (oder: § 122 BGB) ziehen. So wie dort die »grundlose« Abkehr vom Eheversprechen erlaubt ist, so geht es hier um einen vertragsähnlichen Aufopferungsanspruch – nur daß anders als bei § 1298 BGB, dem kein Verlöbnis und damit keine Vereinbarung zugrunde liegt, sondern ein qualitativ dahinter zurückbleibendes »diffuses« Vertrauen im Sinne einer Hoffnung auf einen Vertrag.

Mir liegt deshalb der Verzicht auf diese Vertrauenshaftung deutlich näher. Auch das – um jedes Mißverständnis zu vermeiden – hat der Gesetzgeber nicht entschieden. Er hat aber mit der Zuordnung der culpa in contrahendo zum zentralen Haftungstatbestand für Pflichtverletzungen in § 280 BGB eine dogmatische »Falle« gelegt, in der sich diese tradierte cic-Variante verfangen kann.

IV. Konkurrenzen

1. Cic und Arglistanfechtung

Ungelöst bleibt das Verhältnis von cic zur Anfechtung. Darf die culpa in contrahendo auf die fahrlässige Täuschung, also auf die zu vertretende Verletzung einer vorvertraglichen Informationspflicht reagieren, so bleibt das Konkurrenzproblem. Den vernünftigen Vorschlag, die Anfechtungsfrist des § 124 BGB auch zur Begrenzung des cic-Anspruches auf Vertragsaufhebung zu nutzen⁷⁸, hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen. Indem aber einerseits die Verjährung auch für cic-Ansprüche nach §§ 195, 199 BGB auf drei Jahre begrenzt ist, andererseits in §§ 121 Abs. 2, 124 Abs. 3 BGB die Anfechtungsfristen neu gefaßt worden sind, ist für eine solche Rechtsfortbildung kein Raum mehr. Insbesondere darf man entgegen *Ehmann/Sutschet*⁷⁹ nicht auf die Verwirkung ausweichen, wenn die Verjährung gesperst ist. Das heißt: Der Gesetzgeber hat selbst den »krassen Wertungswiderspruch«⁸⁰ geschaffen. Er mag ihn selbst bereinigen. Bis dahin stehen cic und Anfechtung unkoordiniert nebeneinander. Das BGB wird – der Güte der Reform entsprechend – ohnehin zur Interventions-Dauerbaustelle werden⁸¹.

2. § 311 a BGB

Ist die Leistung anfänglich unmöglich und kommt dem Gläubiger ein Schadensersatzanspruch aus § 311 a Abs. 2 BGB zu, so ist die Frage nach der Konkurrenz mit der cic aufgeworfen. *Faust* meint: § 311 a BGB schließe die Haftung aus cic aus⁸². Der Gläubiger könne also insbesondere nicht über die culpa in contrahendo den Gewinn aus einem

77 Oben I.2.

78 Vor allem: *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung (1997), S. 129ff., 157f.

79 (Fn. 35) S. 156.

80 *Grigoleit* (Fn. 54), in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 277.

81 Siehe bereits Art. 25 des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes vom 23.7.2002, BGBl I 2850, 2856ff.

82 *Huber/Faust* (Fn. 23), Kap. 7 Rdnr. 17. Unklar Palandt-Ergänzungsband/*Heinrichs* (2002), § 311 a Rdnr. 13, wo zuerst die Haftung aus cic verdrängt werden soll, sodann aber die fehlende Unterrichtung über das Leistungshindernis doch wieder einen cic-Anspruch auslösen soll.

anderen entgangenen Geschäft geltend machen, weil der Schuldner ihm das Leistungshindernis verschwiegen habe. Mir ist das aus zwei Gründen zweifelhaft: § 311 a BGB ist – wie gesehen – gerade kein Fall der culpa in contrahendo, sondern Garantiehaftung. Dem Schuldner wird nicht die unterlassene Information, sondern das eigene Leistungsversprechen vorgehalten. Deshalb ist es gerade auch möglich, daß der Schuldner den Gläubiger pflichtgemäß über das Risiko eines Leistungshindernisses informiert hat, gleichwohl aber sein Leistungsversprechen unbedingt abgegeben hat. Dann aber gilt (im zugegeben theoretischen Fall): Garantiehaftung ohne konkurrierende vorvertragliche Pflichtverletzung.

Vor allem aber greift § 311 a BGB nur halbseitig zugunsten des Gläubigers der anfänglich unmöglichen Leistung. Was aber gilt, wenn der Gläubiger seinerseits die anfängliche Unmöglichkeit fahrlässig übersehen, den Schuldner pflichtwidrig nicht informiert hatte und dieser einen Schaden erlitten hat – zB durch Unterlassen eines rechtzeitigen Deckungsgeschäftes – oder aber gerade durch Abgabe seines Garantieversprechens? § 311 a BGB läßt sich für diesen Fall keine Sperrwirkung entnehmen. Dann aber gebietet es die Waffengleichheit, daß auch der Gläubiger statt des Garantieanspruches aus § 311 a Abs. 2 BGB die vorvertragliche Pflichtverletzung geltend machen kann. Insofern liegt es anders als bei der Konkurrenz zwischen culpa in contrahendo und Gewährleistungsansprüchen.

3. Gewährleistung, insbesondere im Unternehmenskauf

Schon bislang sperrte die (Kauf)Gewährleistung richtigerweise die *cic*. Daran ändert sich nichts. Immerhin sorgt die Neufassung der Sachmangelhaftung in § 434 BGB dafür, daß ein – etwas – erweiterter Anwendungsbereich derselben die culpa in contrahendo schmälern kann.

Das betrifft einmal den Einbezug von Werbeaussagen in die Sollbeschaffenheit nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB. Freilich: Eine konkurrierende Pflichtverletzung bestünde auf der *cic*-Ebene nur, soweit es um Angaben des Verkäufers geht – und soweit man öffentliche Werbeangaben überhaupt als hinreichend konkretisierten Verstoß gegen eine vorvertragliche Informationspflicht ansähe. Werbung des Herstellers kann dem Händler aber nicht als Informationspflichtverletzung zugerechnet werden. Ansatzpunkt für eine *cic*-Haftung könnte insofern nur eine auf den Verhandlungspartner bezogene Pflicht zur Richtigstellung falscher oder mißverständlicher Werbeaussagen des Herstellers sein. Der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer solchen Richtigstellungspflicht ist durch § 434 BGB ausgeschlossen.

Die virulente Frage geht beim Unternehmenskauf dahin, was die »Beschaffenheit« des Unternehmens iSv §§ 453 Abs. 1, 434 BGB ist und ob sich die Standardfälle der Fehlinformation über das Unternehmen, seinen Umsatz und Ertrag, Kostenfaktoren, Vertrags und Rechtsbeziehungen sowie sämtliche Faktoren einer *due diligence* nunmehr kaufrechtlich abwickeln lassen. Dieser Auffassung ist die Entwurfsbegründung – mit der hübschen Überlegung, daß dem Käufer jetzt ein Nacherfüllungsrecht zukomme⁸³. Wir dürfen also auf die Umsatznachbesserung gespannt sein. Im Ernst: Wie Ulrich *Huber* überzeugend dartut, wird es sehr schwer fallen, einzelne Kennzahlen aus einer Unter-

83 BT-Drs. 14/6040 S. 242 f.; unentschlossen *Lieb*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Fn. 20), § 3 Rdnr. 39.

nehmensrechnung als »Beschaffenheitsmerkmal« zu begreifen; nichts anderes gilt für verschwiegene Rechtsbeziehungen oder Rechtstreitigkeiten; ihnen fehlt der dauerhafte Bezug zum Unternehmen⁸⁴. Weshalb sollte der BGH seine etablierte und dem Rechtsverkehr bekannte Rechtsprechung zur Informationspflicht beim Unternehmenskauf ändern? Bestimmt nicht wegen eines ganz indefiniten Beschaffenheitsbegriffes.

V. Rechtsfolge

1. Schadensersatz

a) Grundsatz: Pflichtenorientierte Differenzhypothese

Schon bisher hat die Behauptung, aus der culpa in contrahendo folge stets ein Anspruch auf das negative Interesse, nicht stets getroffen. Mit der Überführung in die einheitliche Pflichtverletzungsanspruchsgrundlage des § 280 BGB läßt sich das nicht einmal mehr plausibel behaupten⁸⁵. Vielmehr verlangt die Differenzhypothese mit ihrem Soll-Ist-Abgleich, daß auf der Rechtsfolgeseite der Sollzustand spezifisch gemäß der verletzten vorvertraglichen Pflicht ermittelt wird.

Einfach zu handhaben bleiben die traditionellen Schutzpflichtverletzungen, die quasi-deliktisch auf das Integritätsinteresse verweisen. Besonderheiten sind hier nicht zu verzeichnen. Eine Abkehr von der vertraglichen Integritätshaftung und eine Rückkehr zum Deliktsrecht mit Blick auf die intensivierten Verkehrssicherungspflichten⁸⁶, steht nicht zu erwarten. Dagegen streitet schon das exkulpationslose Einstehenmüssen für den Erfüllungsgehilfen.

Besonders hinzuweisen ist auf das nunmehr in Kraft getretene Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, das mit dem neuen § 253 Abs. 2 BGB⁸⁷ den Weg zum »Schmerzensgeld« – genauer: zur Entschädigung für immateriellen Schaden – eröffnet bei jedweder und damit auch schutzpflichtwidrigen Schädigung von Körper, Gesundheit, Freiheit sowie sexueller Selbstbestimmung. Somit können Linoleumrolle und Gemüseblatt nunmehr auch Schmerzensgeld nach sich ziehen, und das auch dann, wenn die Körperverletzung nur von einem Erfüllungsgehilfen verschuldet ist. Nicht hierher gehört aber die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁸⁸, weshalb etwa eine Ehrverletzung

84 Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts, AcP 202 [2002], 179, 223 ff., 231 ff.; *Weitrauer*, Der Unternehmenskauf nach neuem Kaufrecht, NJW 2002, 2511, 2514 spricht insofern mit Recht von »einfachen Abschlußangaben«. Ähnlich *Huber/Faust* (Fn. 23), Kap. 16 Rdnr. 7 ff. Optimistischer für das Sachmängelrecht *Knott*, Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform, NZG 2002, 2249, 252.

85 Siehe *Lorenz/Riehm* (Fn. 18), Rdnr. 378. Anders *Dauner-Lieb* (Fn. 2), in: Ernst/Zimmermann S. 317 f.: die grundsätzliche Begrenzung auf das negative Interesse sei in § 280 BGB hineinzuinterpretieren.

86 In diese Richtung aber *Dauner-Lieb* (Fn. 2), in: Ernst/Zimmermann S. 318; *Köndgen* (Fn. 13), in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 237.

87 BGBI 2002 I 2674; dazu *Wagner*, Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, 2029, 2053 ff., 2055.

88 Dazu *Rieble/Klumpp*, Mobbing und die Folgen, ZIP 2002, 369, 376 f. Auch *Wagner* (Fn. 87), NJW 2002, 2056 f. sieht, daß der Gesetzgeber das Persönlichkeitsrecht hier nicht haben wollte, meint aber, der BGH sei zu einer entsprechenden Rechtsfortbildung unter Konsequenzgesichtspunkten gehalten.

durch den Erfüllungs- resp. Verhandlungshelfen den Schuldner nicht zur »billigen Entschädigung« verpflichtet.

b) Vertragsanpassung als Naturalrestitution beim erwartungswidrigen Vertrag?

Problematisch ist die Haftung für eine Informationspflichtverletzung, die einen unerwünschten oder doch so nicht gewünschten – eben erwartungswidrigen – Vertragsschluß nach sich gezogen hat. Hier wird schadensrechtlich bedenklich die Kausalität zwischen Informationsfehler und Vertragsschluß vermutet. Vor allem aber ist es schadensrechtlich nur schwer zu ertragen, daß dem Schädiger, der seine Informationspflicht verletzt hat, durch die Vertragsanpassung ein Vertragsinhalt aufgenötigt wird, den er so womöglich nie abgeschlossen hätte. Gerade die Literatur müßte das weitaus schärfer kritisieren, als dies geschieht: Wer selbst den Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit des Gläubigers ins Zentrum der culpa in contrahendo stellt (dazu unter III.1), darf sie doch nicht auf Kosten der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit des Schuldners schützen.

In der Entscheidung vom 6.4.2001 hat der BGH einerseits richtig betont, daß schadensrechtlich die Feststellung erforderlich ist, daß »der Vertrag ohne das pflichtwidrige Verhalten zu anderen, für den Geschädigten günstigeren Bedingungen geschlossen worden wäre«⁸⁹. Das ist gerade bei Grundstücksverkäufen typischerweise nicht der Fall: Der Verkäufer würde – hätte er den Käufer informiert und hätte dieser dann eine Preis-senkung eingefordert – sich regelmäßig hierauf nicht einlassen, sondern versuchen, am Markt einen anderen Käufer zu finden, der auch bei Kenntnis von dem informationspflichtigen Umstand den geforderten Preis zu zahlen bereit ist. Die schadensrechtlich klare Ausgangslage wird vom BGH bewußt beseitigeschoben – durch einen Paradigmenwechsel: Es gehe um »den Ausgleich der Nachteile, die durch Verletzung des bei der Vertragsanbahnung in den Vertragspartner gesetzten Vertrauens entstanden sind«⁹⁰. Wechselt man von der Informationspflichtverletzung zur nebulösen »Vertrauenshaftung«, dann läßt sich mit dieser rechtfertigen, was schadensrechtlich nicht geht. Kompensiert wird also »verletztes Vertrauen« und nicht ein nach Maßgabe der Differenzhypothese nachgewiesener kausal auf die Pflichtverletzung zurückzuführender Schaden. Nur so kommt der BGH zur Ersatzpflicht – mit der blassen und unrichtigen Formel, es komme »nicht auf den – hypothetischen und ohnehin kaum zu führenden – Nachweis an, ob der Vertragsgegner sich mit einem Vertragsschluß zu einer niedrigeren Vergütung auch einverstanden erklärt hätte ... ; verbleibende Unklarheiten gehen dabei zu Lasten des aufklärungspflichtigen Unternehmers«⁹¹. In der letzten Entscheidung sagt der BGH dann, es gebe im konkreten Fall keinen Anhaltspunkt, daß der Beklagte einen geringeren Preis akzeptiert hätte, weil er kein nachhaltiges Interesse an dem Geschäft hatte⁹². Die frühere Begründung, der Nachweis könne nicht geführt werden und es gehe um das Unklarheitenrisiko, läßt der BGH also klammheimlich fallen.

89 BGH vom 6.4.2001 – V ZR 394/99 – NJW 2001, 2875 unter II 2 a. Ebenso BGH vom 24.6.1998 – XII ZR 126/96 – NJW 1998, 2900.

90 BGH vom 6.4.2001 – V ZR 394/99 – NJW 2001, 2875, 2876 unter II 2 b aa.

91 BGH vom 14.3.1991 – VII ZR 342/89 – BGHZ 114, 87, 94 = NJW 1991, 1819 unter II 4; bestätigt in der Entscheidung vom 6.4.2001 (Fn. 89) unter II 2 e.

92 (Fn. 89) unter II 2 a).

Als Sanktion für einen Pflichtenverstoß verstößt diese Quasi-Minderung gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot⁹³: Der Geschädigte erlangt einen günstigeren Vertrag, den er ohne das schädigende Ereignis womöglich nicht erlangt hätte. Mit guten Gründen verlangt das Gesetz vom Geschädigten im Rahmen des Ersatzes entgangenen Gewinnes, daß er einen entgangenen günstigen Vertrag mit einem Dritten nachweist und sei es mit der Erleichterung des § 252 BGB. Weshalb ausgerechnet der günstige Vertrag mit dem Schädiger keines Nachweises bedarf, ist unerfindlich. Die Quasi-Minderung fungiert wie eine Privatstrafe⁹⁴; das ist als Sanktion vielleicht für Arglist (wie nach § 463 BGB aF) angemessen, nicht aber für einfache Fahrlässigkeit. Für ganz Schlaue liegt es sogar nahe, den Verkäufer möglichst wenig über den Kaufgegenstand zu befragen, um im Nachhinein via cic-Minderung einen Kaufpreinsnachlaß zu erreichen, der in freien Verhandlungen nie zu erzielen gewesen wäre.

Eine Vertragsanpassung auf den günstigeren Preis ist schadensrechtlich nur möglich, wenn – auch nach richterlicher Schätzung (§ 286 ZPO) – hinreichend sicher feststeht, daß der Vertrag zwischen diesen Parteien zu einem niedrigeren Preis zustandegekommen wäre. Ansonsten bleibt nur die richterliche Vertragshilfe über die Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB. Daß die culpa in contrahendo in das allgemeine Leistungsstörungsrecht und seine zentrale Anspruchsgrundlage § 280 BGB eingebettet worden ist, bietet so gesehen die Chance zur Rückbesinnung eben auf die allgemeinen Kategorien und Grundsätze des Schadensrechts.

Schadensrechtlich richtig ist in diesen Fällen die Vertragsaufhebung als Naturalrestitution. Das ist auch kein zweifelhafter »Nebenfluchtweg aus dem Vertrag«⁹⁵. Daß die Belastung mit einem Vertragsschluß ein – allgemein der Naturalrestitution zugänglicher – Schaden sein kann, ist schon mit Blick auf den Eingehungsbetrug nebst §§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB nicht bestreitbar⁹⁶ und in § 853 BGB letztlich vorausgesetzt. Allenfalls mochte man in der Vergangenheit vertreten, daß der Respekt vor dem Vertrag sowie das Vorsatzdogma bei nur fahrlässiger Täuschung eine Beschränkung auf den Ausgleich des bloßen Vermögensschadens geböten (unter Aufrechterhaltung des nachteiligen Vertragsschlusses)⁹⁷. Das ist mit Blick auf die prinzipielle Kodifikation nicht mehr zu halten. Eine derartige Modifikation der §§ 249ff. BGB hätte der Gesetzgeber mitregeln müssen.

Dem Schädiger bleibt so die eigene Vertragsfreiheit und damit die anderweitige Wertungsmöglichkeit erhalten. Der Geschädigte mag sich überlegen, ob er nachträglich die Situation herbeiführt, die die zutreffende Information nach seiner Behauptung gehabt hätte – die Ablehnung des Vertragsschlusses. Das Alles-oder-Nichts-Prinzip der Anfechtung kehrt so sinnvoll wieder. Zusätzlich kann und mag er die Vermögensschäden liquidieren, die sich aus der Belastung mit der Rückabwicklung ergeben. Alles weitere – namentlich die Preissenkung – kann man Vergleichsverhandlungen zwischen beiden Seiten überlassen.

93 So im Ergebnis auch *Grigoleit* (Fn. 54), in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 286f., der daraus aber den Schluß zieht, die Frage sei de lege lata über die Erweiterung der Anfechtung zu lösen.

94 Hierzu jüngst *Klumpp*, Die Privatstrafe (2002); *Schäfer*, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 [2002], 397ff.

95 So aber *Dauner-Lieb* (Fn. 2), in: Ernst/Zimmermann, S. 320.

96 Siehe nur *Kaiser* (Fn. 53), S. 210ff. mit zahlreichen Nachweisen; *Grigoleit* (Fn. 78), S. 87ff.

97 So *Lieb* (wie Fn. 53).

c) *Kein Aufwendungsersatz*

Vertrauenshaftung verlangt bei der Fallgruppe des nicht zustandegekommenen Vertrages nach Ersatz der Aufwendungen für den erhofften Vertrag⁹⁸. Als Schadensersatz für den Abbruch der Verhandlungen scheidet der Aufwendungsersatz mit der Frustrationslehre. Möglich war bislang nur, eigene Aufwendungen im Rahmen der Rentabilitäts oder besser: Amortisationsvermutung insofern abzurechnen, als ein entgangener Gewinn in eben dieser Höhe der Aufwendungen bei dem erwerbswirtschaftlich Tätigen Geschädigten vermutet worden ist. Dabei bewendet es auch für die Zukunft. Denn die Aufwendungsersatznorm des § 284 BGB läßt Aufwendungsersatz nur anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung zu. Da die culpa in contrahendo über §§ 280 Abs. 1, 249 aber kein positives Interesse gewähren kann – es wurde keine Leistungspflicht verletzt – ist auch kein Raum für Aufwendungsersatz nach dieser Vorschrift.

Somit können Aufwendungen nur als Teil des Schadensersatzes liquidiert werden – und schadensrechtlich stringent auch nur in der Fallgruppe unerwünschter Vertrag. Denn nur hier ist der cic-Gläubiger durch die Pflichtverletzung zum Vermögensopfer bestimmt worden. Im Rahmen der »Vertrauenshaftung« läßt sich ein Ersatz vergeblicher Aufwendungen nur vertreten, wenn schon die Vertrauenserweckung als haftungsbegründend angesehen wird.

d) *Vertragsaufhebung und Rückgewähr*

Wird schadensrechtlich Aufhebung des infolge einer Informationspflichtverletzung zustandegekommenen Vertrages begehrt, hat das bedeutsame Konsequenzen: Die Naturalrestitution des § 249 S. 1 BGB verlangt zunächst nur nach einem Aufhebungsvertrag. Mit ihm ist die Belastung durch den erwartungswidrigen Vertrag als »Primärschaden« beseitigt⁹⁹. Doch muß man dann zweitens zu einem gesetzlichen Rückabwicklungstypus finden – wie dem Rückgewährschuldverhältnis nach den §§ 346 ff. BGB. Drittens müssen sekundäre Folgeschäden, die auf der Belastung mit dem Erstvertrag beruhen ausgeglichen werden – insbesondere Aufwendungen, Vertrags- und Rückgewährkosten¹⁰⁰.

Auch das neue BGB erlaubt als cic-Folge nicht die Vertragsaufhebung durch Gestaltungsrecht: Dem cic-Gläubiger kommt auch bei »Unzumutbarkeit« kein Rücktrittsrecht nach § 324 BGB zu, weil die dort vorausgesetzte (Schutz)Pflichtverletzung eine solche aus dem (gegenseitigen) Vertrag ist: Es geht um den Rücktritt als Folge der pFV – und zwar wegen der Belastung des Gegenseitigkeitsverhältnisses. Eine Erweiterung oder Vorverlagerung auf die culpa in contrahendo hat der Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollt. Sie scheiterte zudem am fehlenden Synallagma. Freilich: Der Wortlaut ist geduldig und wer nur will, reduziert § 324 BGB auf die Wendung »verletzt der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2«¹⁰¹.

98 Vgl. § 1298 BGB nebst den Erwägungen von *Singer*, oben Fn. 15.

99 Eingehend *Kaiser* (Fn. 53), S. 23 ff., 219 ff.; das erkennt auch *Grigoleit* (Fn. 54), in: *Schulze/Schulte-Nölke*, S. 276 f.

100 *Kaiser* (Fn. 53), S. 298 ff., 391 ff., 440 ff. sowie zusammenfassend 511 ff.

101 *Einsam Krebs* in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*, Anwaltkommentar Schuldrecht (2002), § 311 Rdnr. 38, der aber in Rdnr. 42 für die Rückabwicklung nicht mehr hierauf zurückkommt. *Dauner-Lieb* (aaO, Kommentierung des § 324) sagt hierzu nichts.

VI. Fazit

Die »Kodifikation« der culpa in contrahendo verharrt im generalklauselartigen Rechtsprinzip. Damit werden einerseits prinzipielle Fragen aufgeworfen, vor allem nach dem Fortbestand der Vertrauenshaftung ohne Pflichtverletzung. Andererseits bleiben alle wesentlichen Probleme bestehen und sind nach wie vor richterrechtlich zu lösen. Eine verantwortungsvolle Kodifikation ist das nicht. Gesetzgebung ist auch Dienstleistung (am Volk). Das verlangt nach Dienen und Leisten. Diese Dienstleistung wird nun der Rechtsprechung abverlangt, die die Unzulänglichkeit des Gesetzgebers kompensieren muß. Dabei besteht die Chance, im Sinne einer dogmatischen »Stunde Null« die eine oder andere Fehlentwicklung der culpa in contrahendo in der Vergangenheit zu korrigieren.