

Negatives oder positives Interesse wegen Verletzung der Aufklärungspflicht bei culpa in
contrahendo und Delikt.

Heinrich Honsell Zürich/Salzburg

I. Grundlagen

Dieter Medicus hat sich schon in seiner Habilitationsschrift¹ mit dem Interessebegriff des Schadensersatzrechts beschäftigt. Die quasi logischen Formeln des positiven oder negativen Interesses hat er mit jener unnachahmlichen Klarheit analysiert, die den Verfasser des zuletzt in 21. Auflage erschienenen Bürgerlichen Rechts so berühmt gemacht hat. Auch zu der hier behandelten Frage, ob culpa in contrahendo auf das positive Interesse gerichtet sein kann, hat er grundlegende Erkenntnisse beigesteuert.²

Nach st. Rsp. und h.L.³ besteht neben der Anfechtung wegen Arglist oder Irrtum und unabhängig von ihr ein Anspruch auf Rückgängigmachung des Vertrages aus culpa in contrahendo im Wege der Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB und wahlweise ein Anspruch auf den Betrag um den der Geschädigte günstiger gekauft hätte, wäre er richtig aufgeklärt worden.⁴ Das ist eine Fahrlässigkeitshaftung, die praktisch auf eine Nachbildung der Gewährleistungsbehelfe Wandlung (heute Rücktritt) und Minderung im Rahmen der culpa in contrahendo hinausläuft. Demgegenüber hält eine zutreffende Mindermeinung⁵ daran fest, dass dem Getäuschten kein Annullierungsrecht wegen „fahrlässiger Täuschung“ zusteht und lehnt auch die wahlweise Minderung ab.⁶ Denn diese Erfindung unterläuft das Arglistfordernis des § 123 BGB und auch das Gewährleistungsrecht. Zwar enthält letzteres seit der Schuldrechtsmodernisierung ebenfalls eine Schadensersatzhaftung bei Fahrlässigkeit, die Verjährung ist aber immer noch um ein Jahr kürzer als die Regelverjährung. Die Heranziehung der Naturalrestitution des § 249 S. 2 BGB ist ein schlechter Notbehelf der

¹ Id quod interest (1962) zum negativen/positiven Interesse insbes. 311 ff.

² Dieter MEDICUS, Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen, FS. Hermann Lange (1992) 539, 554 ff.; ders., in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsgg. v. BMJ (1981) 479, 487 ff.; ders.; Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, 209.

³ BGH NJW 1995, 2361 f.; RGZ 79, 194, 197; 84, 131, 133; BGH NJW 1962, 1196, 1198; 1979, 1983, 1984; zust. die h.L. s. KRAMER aaO. § 123 Rn 35a; HEINRICHS aaO. § 124 Rn 1.mNw.; RGRK/STEFFEN Vor 823 Rn 44.

⁴ Vgl. unten Fn 51.

⁵ MEDICUS JuS 1965, 209, 212 f; freilich hat MEDICUS seine ursprüngliche Auffassung gelockert. s. BürgR Rn 150 Fn 9; LIEB JZ 1972, 442 f. ders. FS Univ. Köln (1988) 251, 261 ff.; des. FS Medicus (1999) 337 ff.; LIEBS AcP 174 [1974] 26 ff.; LARENZ SchuldR I § 9 I a 2; CANARIS ZGR 1982, 395 ff, 416 ff; s. aber auch AcP 200 (2000) 273, 304 ff. und FS Georgiades (2005) 71, wo es heißt, wenngleich es nicht einfach sei, dafür eine stringente Begründung zu finden, sei der Rsp. letztlich zuzustimmen. Eine Mittelmeinung wendet jedenfalls die kurze Verjährung der Anfechtung (Art. 124) auch auf die cic an: GRIGOLEIT NJW 1999, 902 f; CANARIS AcP 200 [2000] 273, 319 mNw Fn 163; FLEISCHER AcP 200 (2000) 91, 119; Staudinger/SCHIEMANN § 249 Rn 195.

⁶ Unten Fn 56.

juristischen Konstruktion, denn weder dieses Schadensersatzprinzip noch die culpa in contrahendo sind zu dem Zweck der Aufhebung von Verträgen geschaffen worden. Auch kann ein Mitverschulden nicht berücksichtigt werden.⁷

Das BGB kennt Sonderregeln für Vorsatz bzw. Arglist nicht nur in § 123 BGB, sondern neben einigen weniger prominenten Anwendungsfällen eine Schlechterstellung des Arglistigen⁸ auch in § 463 BGB a.F. und bei dem eingeschränkten deliktischen Vermögensschutz. Das Vermögen ist nach der Vorstellung der Väter des BGB nicht als absolut geschütztes Rechtsgut anerkannt und wird (von der Schutzgesetzverletzung nach § 823 Abs. 2 BGB abgesehen) nur bei vorsätzlich sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB geschützt. Diese Positionen sind seit dem Vormarsch der Fahrlässigkeitshaftung zunächst durch richterliche Rechtsfortbildung, sodann durch den Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung weitgehend geräumt. Das „Vorsatzdogma“⁹ wurde kontinuierlich aufgeweicht und durch eine Fahrlässigkeitshaftung verdrängt. Grigoleit¹⁰ spricht von einer Derogation des Vorsatzdogmas. Soweit der Gesetzgeber tätig wurde, ist dies zutreffend. Eine Derogation durch einen Gerichtsgebrauch erfüllt hingegen die Voraussetzungen eines Gewohnheitsrechts nicht.¹¹

Das Anfechtungsrecht ist gegenüber der culpa in contrahendo *lex specialis*. Dies ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte der letzteren, die eine lückenfüllende Rechtsfortbildung *praeter legem* war, ehe sie in § 311 Abs. 2 BGB kodifiziert wurde. Es war nicht das Ziel dieser Rechtsfortbildung das „Vorsatzdogma“ auszuhebeln und eine Anfechtung wegen fahrlässiger Täuschung“ zu installieren. Es geht auch nicht nur um § 123 BGB, sondern in Fällen des Eigenschaftsirrums auch um § 119 Abs. 2 BGB, denn die unterbliebene Aufklärung impliziert ein Nichtwissen der Gegenseite, welches die h.L. dem Irrtum gleichsetzt. Die richtige Lösung ist dann nicht die Rückabwicklung über culpa in contrahendo, sondern die Anfechtung, wobei die den § 254 ausschließende „Culpa-

⁷ Vgl. LANGE/HAGEN, Wandlungen des Schadensersatzrechts (1987) 69 f.; Staudinger/SCHIEMANN § 249 Rn 195.

⁸ Diese wurden nicht erweitert, wie etwa das Verbot des Gewährleistungsausschlusses (§ 444 BGB) oder der Verrechnung (§ 393 BGB), die längere Verjährung (§ 438 Abs. 3 BGB). Man kann dies als moralisierendes oder pönales Element charakterisieren, darf aber nicht außer Acht lassen, dass der Gesetzgeber präventiven Ansätzen grundsätzlich ablehnend gegenüberstand. So hat er etwa das Alles oder Nichts-Prinzip und die Ablehnung einer Abstufung des Ersatzes nach dem Grade des Verschuldens (wie sie etwa § 1331 ABGB kennt) mit der Begründung verteidigt, moralisierende oder strafrechtliche Gesichtspunkte hätten im Deliktsrecht keinen Platz, vgl. Mot. II 17 f.

⁹ Der Ausdruck stammt von GRIGOLEIT, Vorvertragliche Informationspflichten – Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken (1997).

¹⁰ AaO. 40 ff.

¹¹ Neben der *longa consuetudo* ist *sind opinio necessitatis* und *consensus omnium* erforderlich. An den beiden letzteren fehlt es hier.

Compensation“ des § 122 Abs. 2 BGB dazu führt, dass eine Schadensersatzpflicht des Irrrenden entfällt. Weitere Einschränkungen des Vorsatzdogmas sind die Ausweitung der Arglist bei § 123 BGB, die schon dann angenommen wird, wenn nach Treu und Glauben eine Aufklärungspflicht besteht¹² und der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB, bei der z.B. eine Auskunfts- oder Expertenhaftung schon bejaht wird, wenn Auskünfte “leichtfertig, gewissenlos und ins Blaue hinein” erteilt werden,¹³ also in Fällen, die der groben Fahrlässigkeit zuzuordnen sind. Die h.L. definiert Arglist durch Verschweigen an Hand des Maßstabs von Treu und Glauben, also gewissermaßen vom anderen Ende der Skala her; zudem ist es die Gretchenfrage, wann Treu und Glauben eine Aufklärung gebieten. Bloßes Verschweigen (*dolus omissivus*) ist kein Verheimlichen oder Unterdrücken (*dolus commissivus*), das ein aktives Tätigwerden, eine Simulation oder Machination verlangt, und begründet entgegen h.L. grundsätzlich keine Arglist.¹⁴ Die h.L., die zwischen beidem nicht unterscheidet, ist problematisch, weil sie an die Stelle des Verbots der Arglist ein Gebot des Handelns nach Treu und Glauben setzt und damit den rechtsethisch und psychologisch fundamentalen Unterschied zwischen vorsätzlichem Betrug und bloß fahrlässiger Vermögensschädigung verwischt. Eine fahrlässige Täuschung gibt es nicht. Zudem zeigt die Systematik des Gesetzes, dass neben der Anfechtung wegen Irrtums oder Arglist, die von der Judikatur erfundene dritte Spur nicht vorgesehen ist. Derselbe Einwand besteht auch gegenüber der Erweiterung des § 826 auf Fälle der groben Fahrlässigkeit, die allerdings eine alte Tradition hat.¹⁵

Seit der Schuldrechtsmodernisierung gibt es Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB nicht erst bei Zusicherung oder Arglist, wie früher nach § 463 BGB a.F., sondern schon bei fahrlässigem Verschweigen oder fahrlässigen Beschaffenheitsangaben. Das galt zum Teil schon zuvor kraft Richterrechts durch die berühmten Lehre von der positiven Vertragsverletzung,¹⁶ die für Mangelfolgeschäden schon bald nach Inkrafttreten des BGB die engen Voraussetzungen des § 463 BGB abgestreift hatte. Dies weil man eine Lücke annahm, die freilich nur bei den allgemeinen Leistungsstörungen bestand, nicht jedoch

¹² Allg. M. vgl. nur die Beispiele bei Palandt/HEINRICHS § 123 Rn 5.

¹³ Die Judikatur subsumiert mit dieser Floskel auch Fälle grober Fahrlässigkeit unter den Tatbestand der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung; vgl. etwa BGH JZ 1986, 1111 m. Anm. v. EBKE/FECHTRUP; BGH NJW 1991, 3282; BGH NJW 1987, 1758; BGHZ 74, 281; BGH NJW 1973, 321; MDR 1957, 29; BB 1962, 1003; Diese Judikatur geht zurück auf das Reichsgericht, vgl. RGZ 72, 175; RG JW 1911, 584; 1914, 83; 1929, 3149; 1932, 937; RG SA 93 Nr. 91; s. ferner die Nachweise bei EBKE/SHEEL WM 1991, 389, 390; HONSELL JuS 1976, 628; ders 1. FS Medicus (1999) 211.

¹⁴ Das ist im anglo-amerikanischen und in einigen romanischen Rechten noch heute so, näher HONSELL, Arlistiges Verschweigen in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, FS Gauch (2004) 101 ff.

¹⁵ Die Gleichstellung von *dolus* und *culpa lata* findet man schon im römischen Recht s. KUNKEL/HONSELL Römisches Recht (4. Aufl. 1987) 237 f.

¹⁶ STAUB, Die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen (1903).

bei den Verträgen mit Sachmängelgewährleistung, nämlich Kauf, Miete und Werkvertrag.¹⁷ Die gleiche Tendenz der Haftungserweiterung auf Fahrlässigkeit konnte man später in der zitierten Rechtsprechung zur culpa in contrahendo beobachten und bei der Ersetzung des § 463 BGB a.F. durch die Schuldrechtsmodernisierung.

Die Privatautonomie verlangt, dass sich jede Partei selbst um ihre Interessen kümmert. Dies schließt es für den Regelfall aus, die eine Partei zum Interessenwahrer der anderen zu machen und ihr Aufklärungspflichten zum fremden Vorteil und eigenen Nachteil aufzubürden.

Entgegen einem verbreiteten Vorurteil handelt sich bei der neuen Fahrlässigkeitshaftung und der Überdehnung der Vorsatztatbestände nicht um eine Verfeinerung der Rechtskultur, schon gar nicht um eine „ethische Notwendigkeit“,¹⁸ sondern um eine bedenkliche Verkürzung der Privatautonomie.

II. Culpa in contrahendo

Die culpa in contrahendo war seit Jhering¹⁹ auf „nichtige oder nicht zur Perfektion gelangte“ Verträge beschränkt. Auch die Kodifikation der culpa in contrahendo durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 311 Abs. 2 Nr. 1-3 BGB nennt nur Tatbestände von nicht zur Perfektion gelangten Verträgen: Aufnahme von Vertragsverhandlungen, Anbahnung eines Vertrages und ähnliche geschäftliche Kontakte.²⁰ Die culpa in contrahendo beim nichtigen Vertrag ist weiterhin ungeregelt. Nebenpflichtverletzungen (vor allem Schutz- und Loyalitätspflichten heute als Pflicht zur Rücksichtnahme in § 241 Abs. 2 BGB kodifiziert²¹) bei Vertragsschluss oder im Vorfeld sind unabhängig von einem (gültigen) Vertragsschluss und können natürlich auch verletzt sein, wenn später ein Vertrag geschlossen wird. Doch gehören sie dann als vertragliche Nebenpflichten zum Tatbestand der positiven Vertragsverletzung (heute: Schadensersatz *neben* der Leistung § 280 Abs. 1 BGB).²² Die h.L.

¹⁷ Das begann schon früh mit der positiven Vertragsverletzung und dem Ersatz von Mangelfolgeschäden bei Fahrlässigkeit (dazu HONSELL, Culpa in contrahendo, positive Vertragsverletzung und § 463 BGB, JR 1976, 361; Jura 1979, 184 ff.) und setzte sich dann bei der culpa in contrahendo fort.

¹⁸ So KOLHEPP aaO.

¹⁹ Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jhb. Dogm. 4 (1860) 1 ff.

²⁰ Begriffsbildung und Abgrenzung sind oberflächlich und wenig durchdacht.

²¹ Hierbei ist allerdings zu beachten, dass diese Pflichten nicht automatisch bei allen Schuldverhältnissen bestehen. § 241 Abs. 2 BGB sagt: Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. Die Vorschrift sagt also nicht, dass solche Pflichten bestehen, sondern dass sie bestehen *können*. Ob und, wenn ja, wo dies der Fall ist, hängt im Einzelfall vom Vertragszweck, der Verkehrssitte, dem redlichen Geschäftsverkehr usw. ab.

²² ENNECCERUS/LEHMANN § 38 II; HONSELL JR 1976, 361; ders. Jura 1979, 184 ff.; BGH JZ 1964, 654; GERNHUBER Schuldverhältnis § 2 III 3; Palandt/HEINRICHS § 241 Rn 7; für ein einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis, das neben dem Vertrag besteht CANARIS JZ 1965, 83 zust. THIELE JZ 1967, 649 ff; GERHARDT

verkennt dies, indem sie nur auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung abstellt und die Verletzung von Aufklärungspflichten in der Phase des Vertragsschlusses auch dann der culpa in contrahendo zuordnet, wenn nachher ein wirksamer Vertrag zustande kommt.²³ Während man früher allgemein angenommen hat²⁴, dass der Anspruch aus culpa in contrahendo nur auf das negative Interesse geht, hat man später diese Grenze nicht mehr beachtet.²⁵ Das positive Interesse hingegen setzt als sekundärer Erfüllungsanspruch einen wirksamen Vertrag voraus. Die unklare Abgrenzung resultiert also daraus, dass man die Beschränkung der culpa in contrahendo auf den nichtigen oder nicht abgeschlossenen Vertrag aufgegeben hat und sie auch auf Fälle erstreckt, in denen der Vertrag gültig ist und die der positiven Vertragsverletzung zuzuordnen sind. Bei richtiger Aufteilung der Fälle auf die culpa in contrahendo und die positive Vertragsverletzung ist es klar, dass die eine auf das negative Interesse gerichtet ist, die andere auf das positive. Da die h.L. die Grenze zwischen beiden Instituten anders zieht, sagt sie, der Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo sei *grundsätzlich* aber *nicht notwendig* auf das negative Interesse gerichtet.²⁶

Beim negativen Interesse (oder Vertrauensschaden) kann der Geschädigte verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn er nicht auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hätte. Das bestimmen §§ 122, 179 Abs. 2 BGB.²⁷ Nach § 122 muss der Irrende der Gegenpartei das negative Interesse auch ohne Verschulden ersetzen. Das ist der Preis der Anfechtung. Ebenso haftet nach § 179 Abs. 2 BGB der falsus procurator auch ohne Verschulden auf das negative Interesse, weil er für die behauptete Vertretungsmacht aus dem Gesichtspunkt der Garantie verschuldensunabhängig einstehen muss. Der dritte Anwendungsfall einer Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss war § 307 Abs. 1

JuS 1970, 597; GRIGOLEIT, FS Canaris (2007) 275, 281 ff.; MünchKomm/KRAMER Einl 83 vor 241 mWN.; ablehnend HONSELL aaO.; ders. Schweiz. Haftpflichtrecht (4. Aufl. 2005) § 4 Rn 22.

²³ S. statt aller Palandt/HEINRICHS § 280 Rn 30 und § 311 Rn 40 ff. mNw.

²⁴ BGHZ 60, 319; BGH WM 1981, 308 = NJW 1981, 1035; MEDICUS FS Lange 555 f.; ders. Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts 539; ASSMANN FS Lange 345, 352 f; TIEDKE WM 1993, 1228, 1230; ders. JZ 1989, 569, 571 f.; GRIGOLEIT, Vorvertragliche Informationspflichten 193;

MünchKomm/EMMERICH Vorbem 88 ff zu § 275; SOERGEL/HUBER Vorbem 217 ff, 221 ff zu 459; Palandt/PUTZO Vorbem 7 zu § 459; Staudinger/HONSELL (13. Bearb. 1995) Vorbem. 58 zu § 459 BGB a.F.

²⁵ Z.B. BGHZ 111, 75, 78 = JZ 1990, 1075, 1077 krit. TIEDTKE = JuS 1990, 844 (EMMERICH): falsche Angabe des Verkäufers über Steuerfreiheit in bezug auf Einfuhrumsatzsteuer als cic und Schadensersatz in Höhe der entrichteten Steuer.

²⁶ BGHZ 57, 137, 139; BGH NJW 1960, 237, 238; 1974, 1505, 1506; BGHZ 114, 87, 94; 142, 51, 62; BGH NJW 2001, 2875, 2876; BGHZ 168, 35; OLG Köln NJW-RR 1994, 1064, 1066; Palandt/GRÜNEBERG § 311 Rn 55; Palandt/SPRAU, Einf. zu § 823 Rn 17; Soergel/HUBER Vorbem 207 zu §§ 459 ff. a.F.; MünchKomm/KRAMER § 123 RdNr. 35a; MünchKomm/EMMERICH § 311 RN 261; LARENZ/WOLF AT § 37 Rn. 51; FLUME § 31/6; Staudinger/LÖWISCH § 311 Rn 138 f. Anders etwa UNBERATH, Die Vertragsverletzung (2007) 350 ff., 392, der meint, eine vorvertragliche Pflichtverletzung könne den Ersatz des positiven Interesses nicht rechtfertigen. Diese Aussage ist richtig, wenn man sie auf den nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertrag beschränkt.

²⁷ und für den Fall der anfänglichen Unmöglichkeit, § 307 Abs. 1 BGB a.F.

BGB a.F. für den Spezialfall der Kenntnis oder schuldhaften Unkenntnis der anfänglichen Unmöglichkeit (§ 306 a.F. BGB). Er ist zusammen mit dieser der Schuldrechtsmodernisierung zum Opfer gefallen, die anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit gleichgestellt hat (§ 275 BGB). Für die culpa in contrahendo fehlt in § 311 Abs. 2 BGB eine Anordnung der Rechtsfolge.

Im Unterschied zum negativen Interesse²⁸ oder Vertrauensschaden wird beim positiven oder Erfüllungsinteresse der Geschädigte so gestellt, wie er stünde, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Beim negativen erhält der Geschädigte im Wesentlichen (nutzlos gewordene) Aufwendungen für den Abschluss des Vertrages oder in dessen Vollzug, die er nicht getätigt hätte, wenn er die Unwirksamkeit des Vertrages gekannt hätte. Dazu zählen primär Anwalts- und Vertragskosten, Porti, Telefon, Transportkosten usw. Allenfalls auch die Kosten für einen notwendigen Um- oder Rückbau.²⁹ Kann der Geschädigte Schadensersatz wegen Nichterfüllung z.B. eines Kaufvertrages verlangen, so erhält er als Sekundäranspruch den Wert der geschuldeten Leistung abzüglich des Kaufpreises. Das ist von Bedeutung, wenn der Wert höher ist als der Preis. Ist er niedriger, so genügt ihm in aller Regel der Rücktritt. Statt des objektiven Wertersatzes oder eines abstrakten Börsen- oder Marktpreises kann er auch ein konkretes Interesse geltend machen. Hierbei kann es sich um ein Haftungsinteresse handeln, wenn er den Leistungsgegenstand seinerseits weiterveräußert hat oder um die Kosten eines Deckungsgeschäftes und schließlich unter den Voraussetzungen von § 252 BGB auch um einen entgangenen Gewinn. Frustrierte Aufwendungen erhält der Käufer nicht, denn bei unterstellter Vertragsdurchführung wären die Aufwendungen ja nicht vergeblich gewesen. Diese gehören nicht zum positiven, sondern zum negativen Interesse. Gleichwohl gestattet § 284 BGB dem Gläubiger jetzt „anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung“,³⁰ also unter dem Titel des positiven Interesses Ersatz vergeblicher Aufwendungen zu verlangen.³¹ Ursprünglich war dies nur im Rahmen einer Rentabilitätsvermutung³²

²⁸ Die Unterscheidung zwischen beiden Interessearten findet sich in der Sache schon bei SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts III 294 f.; die Begriffe stammen von JHERING Jhb. Dogm. 4 (1861) 16 ff.

²⁹ BGH NJW 2006, 1963; NJW 1996, 1884, 1885 – Investitionen im Vertrauen auf den sicher anzunehmenden Vertragsschluss und Abbruch der Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund; krit. dazu KAISER JZ 1997, 448.

³⁰ Das ist das Neusprech der Schuldrechtsmodernisierung. Der Gesetzgeber wollte damit den Begriff „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ ersetzen, den er für zu eng hielt, weil er die Schlechterfüllung nicht umfasst. Die amtliche Überschrift von § 281 lautet: „Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung“, das ist verwirrend und jedenfalls kein Deutsch. Eine inhaltliche Änderung sollte damit nach h.L. nicht verbunden sein. S. Nur MEDICUS JuS 2003, 522; MünchKomm BGB/EMMERICH Vorbem. 3 zu § 281; MünchKomm BGB/ERNST § 281 Rn 1; Zu welchen Interpretationsschwierigkeiten sie dennoch führt zeigt etwa HELLWEGE, Die §§ 280 ff. BGB - Versuch einer Auslegung und Systematisierung (2005) 30 ff.

³¹ Staudinger/OTTO § 284 Rn 1; dies gilt auch für die Gewährleistung, weil § 437 Nr. 3 BGB jetzt auf § 284 BGB verweist, eine der zahlreichen Fehlleistungen der Schuldrechtsmodernisierung. Während früher sachgerecht nur notwendige Verwendungen ersetzt wurden und andere nur nach Bereicherungsrecht (§ 347 Abs.

möglich, der zu Folge die Vorteile aus dem Vertrag die Aufwendungen mindestens ausgeglichen hätten. Nach dieser Konstruktion der Rechtsprechung sollen die Aufwendungen zum Gegenstand des positiven Interesses durch die Annahme werden, der Gewinn aus dem Vertrag hätte sie rentabel gemacht. Eine Hilfskonstruktion, die darüber hinweghelfen soll, dass positives Interesse und Aufwendungsersatz nicht zusammenpassen. Man kann sich fragen, ob dieser gesetzgeberische Schritt in die verkehrte Richtung der überwunden geglaubten Frustrationslehre³³ wirklich notwendig war.³⁴ Begründet hat man ihn, mit der bei nichtkommerziellen Aktivitäten nicht passenden Rentabilitätsvermutung.³⁵

Beim negativen Interesse sind die Schadensposten des positiven Interesses grundsätzlich ausgeschlossen, denn mangels Gültigkeit des Vertrages wäre es ja gerade nicht zu einem Vertragsgewinn gekommen. Anders verhält es sich mit Mangelfolgeschäden oder Folgen sonstiger Schutzpflichtverletzungen, die nach beiden Interessearten zu ersetzen sind, denn der Schaden an anderen Rechtsgütern wäre bei ordnungsgemäßer Leistung nicht entstanden. Er wäre aber auch entfallen, wenn der Geschädigte nicht auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut hätte und daher mit der mangelhaften Leistung nicht in Berührung gekommen wäre. Beim negativen Interesse ist die hypothetische Vermögenslage, wie sie ohne das Vertrauen bestünde, mit der durch das Vertrauen herbeigeführten Lage zu vergleichen. Die h.L. bejaht jedoch auch im Rahmen des negativen Interesses ausnahmsweise Ersatz des entgangenen Gewinns, wenn bei Unterbleiben des unwirksamen oder angefochtenen Geschäfts nachweislich ein anderes Geschäft zu ähnlich günstigen Bedingungen zustande gekommen wäre.³⁶ Diese Formulierung ist jedoch zu weit, denn es muss außerdem feststehen, dass das im Vertrauen auf das (schließlich gescheiterte) Erstgeschäft unterlassene (ähnlich günstige) Zweitgeschäft nicht nachholbar ist.

In jedem Fall ist das negative Interesse seiner Höhe nach durch den Betrag des positiven begrenzt, was eine Rolle spielen kann, wenn die Aufwendungen unvernünftig hoch waren und

2 BGB), entfällt nach § 284 BGB diese Einschränkung: BGHZ 163, 381 = NJW 2005, 2848: Ersatz für div. Einbauten, wie Navigationssystem, Tempomat, Telefon in einen mangelhaften Gebrauchtwagen. Verfehlt ist es, dass der BGH auf die Frage des Verschuldens nicht eingeht, das wie bei § 281 BGB auch Voraussetzung eines Anspruchs aus § 284 BGB ist. Nur § 437 Nr. 2, 323, § 347 Abs. 2 BGB verlangen kein Verschulden voraus.

³² S. etwa BGHZ 123, 96, 99; 136, 102, 104; 143, 41, 49..

³³ S. nur MEDICUS SchuldR I Rn 629; LANGE/SCHIEMANN, Schadensersatz (3. Aufl. 2003) § 6 IV, 255 ff.; Staudinger/SCHIEMANN Vorbem 125 zu § 249; MünchKomm BGB/OETKER § 249 Rn 46 ff.

³⁴ Kritik an der Neuregelung bei STOLL JZ 2001, 589, 595 f.; ALTMIPPEN Betrieb 2001, 1399, 1402 ff.; verteidigt wird sie von CANARIS JZ 2001, 499, 516; ACKERMANN, Der Schutz des negativen Interesses (2007) 282 ff.; 367 ff.; s. noch HARKE JR 2003, 1; TRÖGER ZIP 2005, 2238

³⁵ Dazu MünchKomm BGB/ERNST § 284 Rn 1 u. 4.

³⁶ RGZ 83, 245, 246; 103, 47, 51; 103, 154, 159; BGH NJW 1960, 237, 238; Betrieb 1969, 877, 878; BGH NJW 1998, 983; 1998, 2900, 2901 = JZ 1999, 93 m. Anm. STOLL; Staudinger/LÖWISCH § 311 Rn 145; BGB-RGRK/KRUEGER-NIELAND § 123 Rn 81; ERMAN/PALM Rn § 123 Rn 52; PALANDT/HEINRICHS § 123 Rn 26; MünchKomm/KRAMER (5. Aufl. 2006) § 123 Rn 35a.

den Gewinn aus dem Geschäft überstiegen hätten. Für die culpa in contrahendo soll diese Beschränkung nicht gelten,³⁷ was die Rechtsanalogie zu §§ 122, 179 und 307 Abs. 2 a.F. missachtet und abzulehnen ist, weil der Geschädigte beim unwirksamen Vertrag nicht besser gestellt sein soll als beim wirksamen.³⁸ Diese Meinung hängt damit zusammen, dass man die Beschränkung der culpa in contrahendo auf den nichtigen oder nicht abgeschlossenen Vertrag aufgeben hat. Indessen können frustrierte Aufwendungen aus dem gesetzlichen „Rücksichtnahmeschuldverhältnis“ des § 241 Abs. 2 BGB und entgangener Gewinn nach § 252 BGB nicht kombiniert werden, denn wer den Vorteil haben will, muss sich die zur Erzielung desselben getätigten Aufwendungen anrechnen lassen. Man kann nicht Ersatz der Aufwendungen verlangen und am Vertrag und seinem Gewinn festhalten (oder sich auf den Gewinn aus einem hypothetischen Ersatzvertrag berufen), denn diesfalls hätte man die Aufwendungen auch tätigen müssen und nicht zurückbekommen. Die Obergrenze hat also einen inneren Grund und ist auch bei der culpa in contrahendo zu berücksichtigen. Ließe man Aufwendungsersatz und entgangenen Gewinn nebeneinander zu, so liefe dies auf widersprüchliche Schadenshypothesen und eine doppelte Kompensation hinaus. Um dies zu verhindern bestimmt § 284 BGB, dass der Gläubiger „anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung“ Ersatz der Aufwendungen verlangen kann.

III. Negatives oder positives Interesse bei Verletzung von Informations- und Aufklärungspflichten

Die hier dargelegten relativ einfachen Grundsätze werden von der h.L. infolge der undifferenzierten Zuordnung der Fälle zur culpa in contrahendo nicht mehr beachtet. Anstatt für die Frage positives oder negatives Interesse auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Vertrages abzustellen, geht man davon aus, dass der Geschädigte so zu stellen ist, wie wenn die Nebenpflicht ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Das klingt nach positivem Interesse, ist es aber nicht. Dabei soll es darauf ankommen, ob das „Rücksichtnahmeschuldverhältnis“ von § 241 Abs. 2 BGB (Schutz- Aufklärungs- oder Beratungspflicht) das Leistungs-, oder das Erhaltungsinteresse schützt.³⁹ Lässt man die unstreitigen Schutzpflichten weg, die nur wegen der Schwächen der deliktischen Gehilfenhaftung nach § 831 BGB entwickelt⁴⁰ worden sind,

³⁷ RGZ 151, 357, 358 f; BGHZ 49, 77, 82 = NJW 1968, 547; BGH NJW 1972, 95; 1977, 1536; NJW 2001, 2975; MünchKomm BGB/EMMERICH § 311 Rn 261 mit wN. In Fn 795; Palandt/HEINRICHS vor § 249 Rn 17; Staudinger/LÖWISCH § 311 Rn 141; SOERGEL/WIEDEMANN Vorbem 105; KAISER JZ 1997, 453.

³⁸ Wie hier ACKERMANN, Der Schutz des negativen Interesses (2007) 482.

³⁹ S. etwa MünchKomm/ROTH § 241 Rn 40 f.

⁴⁰ Weshalb es verwundert, dass die Schuldrechtsreform diese klare und einfache Änderung nicht durchgeführt hat.

so bleiben die weitgehend identischen Aufklärungs- Informations- und Beratungspflichten, die in den letzten Jahrzehnten in Gesetzgebung und Judikatur namentlich in den Bereichen Verbraucherschutz oder Bankenrecht ein unerhörtes Wachstum erlebt haben, dessen Grenzen jetzt endlich auch unter dem neudeutschen Schlagwort der information overload⁴¹ diskutiert werden.⁴² Eine Kausalität zwischen Aufklärungspflichtverletzung und Vertragsschluss kann entweder in der Weise gegeben sein, dass ein Vertrag geschlossen wurde, der bei richtiger Aufklärung nicht geschlossen worden wäre oder so, dass ein Vertrag nicht geschlossen wurde, der bei richtiger Aufklärung geschlossen worden wäre. Im ersten Fall ist § 119 Abs. 2 BGB einschlägig, den die h.L., wie wir gesehen haben, um ein Auflösungsrecht qua Naturalrestitution ergänzt. Der Schadensersatz ist auf das negative Interesse beschränkt. Im zweiten Fall wird ebenfalls nicht das positive, sondern nur das negative Interesse ersetzt, weil kein Vertrag vorliegt und aus culpa in contrahendo grundsätzlich nicht auf Erfüllung geklagt werden kann.⁴³ Dies wird besonders deutlich bei den anderen Fallgruppen der culpa in contrahendo, dem Abbruch von Vertragsverhandlungen und dem schuldhaft herbeigeführten Formmangel. In beiden Fällen⁴⁴ gibt es keine Kontrahierungspflicht und folglich kein positives Interesse. Denn auch bei ordentlicher Erfüllung der Aufklärungspflicht wäre kein Vertrauen in den künftigen Vertragsschluss begründet worden. Für die Verletzung der Formpflicht war dies sehr umstritten,⁴⁵ doch ist das Argument von Medicus nicht zu widerlegen, dass, wenn schon die Aufnahme und Fortführung von Vertragsverhandlungen keine Abschlusspflicht begründen, es nicht ersichtlich ist, weshalb sich daran durch einen formunwirksamen Abschluss etwas ändern sollte.⁴⁶ In den Fällen des Formmangels kann allerdings die Berufung auf diesen eine unzulässige Rechtsausübung darstellen⁴⁷ und zwar in

⁴¹ S. z.B. EIDENMÜLLER JZ 2005, 216, 221.

⁴² Sie werden jetzt im Gemeinsamen Referenzrahmen Art. II-3:101 ff. in bedenklicher Weise verallgemeinert, auf b2b-Geschäfte ausgeweitet und wahllos mit Sanktionen garniert negatives Interesse, positives Interesse Irrtumsanfechtung usw. krit. dazu auch EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN Der Gemeinsame Referenzrahmen JZ 2008, 529, 543 f.

⁴³ S. insbes. MEDICUS FS Lange (1992) 539, 542 ff., 547 ff.; FLUME, Allg T. § 15 III 4c dd, 282 ff.

⁴⁴ S. MEDICUS FS Lange (1992) 539, 542 ff., 547 ff.

⁴⁵ Vgl. einerseits FLUME, Allg T. § 15 III 4c dd, 282 ff., andererseits D. Reinicke, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge (1969) 126 ff. dazu eingehend MEDICUS FS Lange (1992) 539, 543 f.; zuletzt KAISER JZ 1997, 448.

⁴⁶ MEDICUS FS Lange (1992) 539, 544; FLUME, Allg T. § 15 III 4c dd, 282 ff.; LARENZ FS Ballerstedt (1975) 397, 405; Vgl. KAISER JZ 1997, 448; ähnlich BGH JZ 1997, 467, der für die wegen Abbruchs der Verhandlungen bei einem formpflichtigen Vertrag „in der Regel“ Vorsatz verlangt; anders zu Unrecht BGH NJW 1965, 812 ff.

⁴⁷ Das gilt schon seit zweitausend Jahren wie die exceptio rei venditae et traditae beim formnichtigen Kaufvertrag zeigt. Auch das schweizer Bundesgericht löst diese Fälle noch heute so, s. BGE 112 II 330, 332 E. 2; 112 II 107 ff.; 104 II 101; 98 II 316.

beiden Varianten, der alten *exceptio doli praeteriti (specialis) vel praesentis (generalis)*, der Arglist oder des *venire contra factum proprium*,⁴⁸ was auf de facto-Gültigkeit hinausläuft.⁴⁹

IV. Interessensatz wegen Informationspflichtverletzung beim gültigen Vertrag

Den Fall, dass bei richtiger Aufklärung ein Vertrag mit anderem Inhalt geschlossen worden wäre, sollte es nach der zutreffenden gesetzlichen Wertung des § 119 gar nicht geben.⁵⁰

Die Rechtsprechung⁵¹ bejaht jedoch die *cic* auch beim gültigen Vertrag und will den Begünstigten so stellen, wie wenn er bei richtiger Aufklärung einen günstigeren Vertrag geschlossen hätte. Nach der Judikatur soll unter das negative Interesse nicht nur der Fall subsumiert werden, in dem der Geschädigte ein ähnlich günstiges anderweitiges Geschäft versäumt hat. Auch wenn die Parteien selber ohne Verletzung der Aufklärungspflicht ein für den Betroffenen günstigeres Geschäft abgeschlossen hätten, soll dieser unter dem Titel des negativen Interesses Anspruch haben auf die fiktive Differenz.⁵² Der BGH argumentiert, der Käufer hätte, wenn er aufgeklärt worden wäre, günstiger gekauft. Die Rechtsprechung geht freilich noch weiter: Der Geschädigte könne aus Verschulden bei Vertragsschluss ausnahmsweise Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangen, wenn feststehe, dass ohne das schädigende Verhalten ein Vertrag zu anderen günstigeren Bedingungen zustande gekommen wäre. Wenn sich jedoch diese Feststellung nicht treffen lasse, so könne der Geschädigte, der

⁴⁸ Dazu schon die römische Formel der *exceptio doli: nisi in ea re aliquid dolo malo a se factum est vel fiat*.

⁴⁹ Die BGH Formulierung (BGHZ 48, 396; 92, 164, 172; BGH NJW 1975, 43 f.; noch restriktiver RZ 117, 121 „Edelmannfall“) „schlechthin untragbar“ hat wenig Unterscheidungskraft, so MEDICUS AT Rn 630; zustimmend Palandt/HEINRICHS § 125 Rn 22 ff., 27.

⁵⁰ In diese Richtung auch KERSTING, JZ 714, 716, 717, der ohne Hinweis auf § 119 BGB betont, die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten könne nur zur Vertragsaufhebung führen, aber nicht zu einer Wiederherstellung der Vertragsäquivalenz.

⁵¹ BGHZ 69, 53, 58; 111, 75, 82; 114, 87, 94 f.; 142, 51, 62; BGH NJW 1960, 237, 238; 1974, 1505, 1506; BGH WM 1988, 1700 = EWIR1989, 19 mit krit. Anm. MEDICUS; BGH NJW 1998, 2900; 1999, 2032, 2043; BGH NJW 2001, 2875, 2876; BGHZ 168, 35=NJW 2006, 3139=WM 2006, 1536=ZIP 2006, 2046=EWIR 2007, 1 (im Ergebnis zustimmend LINDACHER) hält an dieser Rechtsprechung fest. Der amtliche Leitsatz lautet:

- a) Nach einer Verletzung von Aufklärungspflichten bei Vertragsverhandlungen steht dem Geschädigten kein Anspruch auf Anpassung des Vertrags zu. Er hat lediglich das Recht, an dem für ihn ungünstigen Vertrag festzuhalten und den verbliebenen Vertrauensschaden zu liquidieren.
- b) Zur Berechnung dieses Restvertrauensschadens ist der Geschädigte so zu behandeln, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen; ihm ist dann der Betrag zu ersetzen, um den er den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat. Auf den Nachweis, dass die andere Vertragspartei sich darauf eingelassen hätte, kommt es dabei nicht an.
- c) Als Folge einer Verletzung von Aufklärungspflichten bei Vertragsschluss kann der Geschädigte auch so zu stellen sein, als habe er mit dem anderen Teil einen für ihn besseren Vertrag geschlossen. Das setzt aber voraus, dass ein solcher Vertrag bei erfolgter Aufklärung zustande gekommen wäre, was der Geschädigte darzulegen und zu beweisen hat.

⁵² BGH NJW 1998, 2900; zustimmend Staudinger/LÖWISCH § 311 Rn 145; MünchKomm BGB/EMMERICH § 211 Rn 261, 267, 275; ST. LORENZ NJW 1999, 1001 (der die Entscheidung begrüßt, aber meint, sie sei mit der Minderungsrechtsprechung nicht vereinbar).

am Vertrag festhalten will, als Ersatz des negativen Interesses verlangen, so gestellt zu werden, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Kaufvertrag zu einem günstigeren Preis abzuschließen. Im Unterschied zur Geltendmachung des Erfüllungsinteresses erfordere dies nicht den Nachweis, dass sich der Partner auf einen Abschluss zu einem niedrigeren Preis auch eingelassen hätte. Entscheidend sei allein, wie sich der Geschädigte bei Kenntnis der nicht aufgeklärten Umstände verhalten hätte; verbleibende Unklarheiten gingen zu Lasten des aufklärungspflichtigen Verkäufers.⁵³ Diese Rechtsprechung ist abzulehnen, denn die Hypothese lautet nicht, den Geschädigten so zu stellen wie er stünde, wenn die Aufklärungspflicht nicht verletzt worden wäre, sondern wie wenn er nicht auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut hätte: Dann hätte der Käufer nicht zu besseren Bedingungen kontrahiert, sondern überhaupt nicht. Die Bestimmung des negativen Interesses durch den BGH bleibt aber auch dann falsch, wenn man der Prämisse folgt, dass der Geschädigte so gestellt werden solle, wie er bei ordnungsgemäßer Aufklärung gestanden hätte. Denn dann wäre die Sache nicht mehr wert, sondern der Geschädigte hätte lediglich gewusst, dass sie weniger wert ist.⁵⁴ Dies zeigt, dass die Hypothese richtiger Aufklärung oder Beratung grundsätzlich nur zum negativen Interesse führt, aber nicht dazu, dass die Gewinnvorstellung die sich der schlecht informierte Geschädigte vielleicht gebildet hat, auch tatsächlich eingetreten wäre (positives Interesse).⁵⁵ Die enttäuschte Gewinnerwartung, die auf unrichtiger Information beruht, wird nicht geschützt. Besteht die Pflicht darin, unrichtige Gewinnerwartungen durch Aufklärung hintanzuhalten, so ist nur das negative Interesse zu ersetzen, das positive erhielte man nur, wenn die Pflicht gerade darauf gerichtet wäre die Vertragserwartung zu verwirklichen. Was der BGH hier als Ersatz für fahrlässig falsche oder unterbliebene Information im Rahmen des negativen Interesses beweisunabhängig zuspricht, ist eine Art Preisminderung.⁵⁶ Bei ihr kommt es in der Tat nicht darauf an, ob der Verkäufer

⁵³ BGH NJW 2001, 2875, 2876 f.; NJW 2002, 208, 212; WM 1993, 2220, 2222; zustimmend Staudinger/LÖWISCH § 311 Rn 145; MünchKomm BGB-EMMERICH § 311 Rn 272 mwN.; BGHZ 168, 357. Das Gegenteil ist nachzulesen in RGZ 103, 154, 159.

⁵⁴ Ebenso B. MERTENS ZGS 2004, 67, 68 Fn 3.

⁵⁵ Wie hier MEDICUS FS Lange 539, 555 f.; ders. Reformgutachten 539; ASSMANN FS Lange 345, 352 f.; TIEDKE JZ 1989, 569, 571 f., ders., WM 1993, 1228, 1230; GRIGOLEIT 189 ff., 192 f.; zur Ausnahme in den Fällen der Arglist und bei § 437 Nr. 3 BGB s. unten V.

⁵⁶ Kritisch zur Rsp. MEDICUS FS Lange (1992) 539, 557 f.; B. MERTENS ZGS 2004, 67, 70; GRIGOLEIT 201 ff.; ST. LORENZ, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997) 78 ff.; ders. NJW 1999, 1001 f.; zuletzt KERSTING JZ 2008, 714, 717 mwN in Fn 21 u. 23; Palandt/GRÜNEBERG § 311 Rn 57 a. E.; Soergel/WIEDEMANN Vorbem. zu § 275 Rn 111; LANGE/SCHIEMANN, Schadensersatz 222 f mNw. in Fn 61; zustimmend etwa MünchKomm BGB-EMMERICH § 311 Rn 272. PAEFGEN, Haftung für mangelhafte Aufklärung aus culpa in contrahendo (1999) 66 fff.; THEISEN MJW 2006, 2102; Strittig ist allerdings, ob die Herabsetzung verhältnismäßig erfolgen soll, wie nach § 441 Abs. 3 BGB oder ob bloß der nach § 249 zu ermittelnde Vermögensschaden abgezogen werden soll, vgl. die Nw. bei EMMERICH aaO. Rn 272 Fn 833. Der BGH setzt einfach einen Betrag an, um den der Geschädigte die Sache zu teuer gekauft hat.

zu einem niedrigeren Preis abgeschlossen hätte. Indessen kann im Rahmen der Schadenshypothese auf diesen Nachweis nicht verzichtet werden. Der BGH hält aber daran fest, dass dies keine Vertragsanpassung, sondern Ersatz eines „Restvertrauensschadens“ sei;⁵⁷ doch ist dies falsch und ändert nichts an der rechtlich zutreffenden Qualifikation. Die Minderung ist strukturell dem positiven Interesse vergleichbar.⁵⁸ Man kann argumentieren, die Sache sei ohne den Mangel mehr wert oder der Käufer hätte in Kenntnis des Mangels weniger bezahlt, die Sache also günstiger erworben. In aller Regel läuft das aber wirtschaftlich auf dasselbe hinaus. Während also die Minderung strukturell zum positiven Interesse gehört, wird bei der Wandlung neben der Rückabwicklung das negative Interesse erstattet, wenn man so will, eine restitutio in integrum. Im erstgenannten Fall wird der Vertrag angepasst, im zweiten rückabgewickelt. Der BGH bejaht neben dem negativen Interesse auch das positive, der Unterschied sei nur, dass hier bewiesen werden müsse, dass ein günstigerer Vertrag tatsächlich abgeschlossen worden wäre. Damit gestattet der BGH dem Käufer die Geltendmachung des günstigeren Preises, wenn feststeht, dass er zu günstigeren Bedingungen hätte kontrahieren können und wenn es nicht feststeht. Die Differenzierung zwischen angeblich negativem und angeblich positivem Interesse ist nicht einleuchtend. Denn der Vertragsschluss zu günstigerem Preis, der irrig qualifiziert als negatives Interesse unbesehen zugrundegelegt werden darf, ist in der Regel dasselbe wie der Ersatz eines höheren Wertes, der nur als bewiesenes Erfüllungsinteresse akzeptiert wird. Gesetzt, der mit dem Kaufpreis identische Sollwert ist 100, der Istwert hingegen 80, so kann der Geschädigte nach der 1. Variante des BGH 20 verlangen mit der Behauptung, er hätte günstiger kontrahiert oder nach der 2. Variante wieder 20 mit dem Argument, wenn der nicht aufgeklärte Umstand nicht vorgelegen hätte, wäre der Gegenstand um diesen Betrag mehr wert. Das eine mal argumentiert der Geschädigte, er habe zu teuer gekauft und hätte bei Aufklärung billiger kaufen können. Das andere mal, die Sache sei wegen des nicht aufgeklärten Umstands weniger wert und er habe Anspruch auf den höheren Sollwert. Ein Unterschied ergibt sich nur, wenn es sehr hohe Gewinnerwartungen sind, die den Preis und damit die Möglichkeit seiner Minderung übersteigen so in dem (unten V erörterten) Fall, in dem der Sollwert eines für 10‘000 DM gekauften Bildes 300‘000 betrug.⁵⁹ Da der BGH ausdrücklich von Schadensersatz wegen Nichterfüllung spricht, müsste er konsequenter Weise den Sollwert ohne Rücksicht auf die Höhe der Differenz zum Preis zulassen. Dies freilich nur, wenn sich beweisen lässt, dass die Gegenseite zugestimmt hätte, was kaum je der Fall sein wird.

⁵⁷ BGH NJW 2006, 3139, 3141.

⁵⁸ Ebenso MEDICUS FS Lange (1992) 539, 557 f.; B. MERTENS ZGS 2004, 67, 70.

⁵⁹ BGHZ 50, 200, 204 dazu unten bei Fn 63.

Entgegen dem BGH sind solche Gewinnvorstellungen ungeachtet ihrer Höhe unter dem Titel der Informationspflichtverletzung ohnedies nicht zu ersetzen.

V. Sachmängelgewährleistung

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass eine Aufklärungspflichtverletzung nur das negative Interesse nach sich zieht, enthielt § 463 BGB a.F., eine Vorschrift, die leider auch der Schuldrechtsmodernisierung zum Opfer gefallen ist. § 463 gab dem Käufer bei Arglist oder Zusicherung einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das bedeutet, dass dem Käufer das positive Interesse zu ersetzen war.⁶⁰ Der Käufer war danach so zu stellen, wie wenn die Sache fehlerfrei gewesen wäre oder die zugesicherten oder vorgespiegelten Eigenschaften gehabt hätte.⁶¹ Dies war eine Privilegierung des Verkäufers gegenüber der allgemeinen Verschuldenshaftung bei Leistungsstörungen und ein Ausgleich für die verschuldensunabhängigen Rechtsbehelfe der Wandlung oder Minderung. Die Schuldrechtsmodernisierung hat dieses ausgewogene System beseitigt. Der getäuschte Käufer konnte vorbehaltlich eines höheren subjektiv-konkreten Interesses den höheren Sollwert auch dann verlangt werden, wenn die Sache auch in mangelhaftem Zustand den Preis an sich wert war (Preis = oder < Istwert). Verkaufte jemand ein Kleid als echt seidenes, obwohl es aus Kunstseide war, oder eine goldene Vase aus Messing,⁶² so konnte der Käufer den Sollwert verlangen, auch wenn das kunstseidene Kleid den Preis wert war oder sogar mehr. Sogar bei extrem hohem Sollwert wurde dies angenommen. Das war insbesondere bei der Übernahme einer Zusicherung durch den Verkäufer einleuchtend und galt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁶³ selbst dann, wenn der hypothetische Wert den Kaufpreis (wirklichen Wert) um ein Vielfaches überstieg;⁶⁴ Im Fall des Bundesgerichtshofs ging es um fehlende Echtheit eines Bildes (falscher Burra), der Kaufpreis betrug 10 000 DM, der hypothetische Wert hätte bei 300 000 DM gelegen; in derart krassen Fällen, sollte man jedenfalls, was der BGH im zweiten Revisionszug auch getan hat, an die Zusicherung strenge Anforderungen

⁶⁰ Vgl Mot II 229; MEDICUS, in: FS Kern 319; HONSELL JR 1976, 361, 363.

⁶¹ RGZ 66, 335, 337; 103, 154, 160; BGH NJW 1960, 237, 238; BGH NJW 1998, 983; ebenso WEITNAUER NJW 1970, 637; HONSELL MDR 1970, 720 f; Staudinger/SINGER/v.FINCKENSTEIN § 123 Rn 96; Staudinger/SCHIEMANN § 249 Rn 194; a.M. GRIGOLEIT 191 ff.; FLUME § 31, 6, 567 f.; MünchKomm BGB/KRAMER (5. Aufl. 2006) § 123 Rn 35a; SOERGEL/HUBER Vorbem 207; SCHLECHTRIEM, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung [1972] 302 ff.;

⁶² Beispiel bei Cicero de officiis 3, 93; dort geht es allerdings um die Frage, ob der Käufer arglistig handelt, wenn er weiß, dass die Vase aus Gold ist und den Verkäufer nicht aufklärt; dazu HONSELL FS Gauch (2004) 101 ff.

⁶³ Vgl etwa BGHZ 50, 200, 204 = WM 1968, 828; BGH NJW 1993, 2103, 2104 -- „Burra I“ = WM 1993, 1374 = ZIP 1993, 1004 = EWiR 1993, 659 (zustimmend BRAUN) = LM § 249 Nr 17 (GRUNSKY).

⁶⁴ BGH aaO; krit M. WOLF NJW 1994, 298.

stellen.⁶⁵ Die Arglist wurde vom Gesetz der romanistischen Tradition folgend, der Zusicherung gleichgestellt, daher galt für sie dieselbe Rechtsfolge. Auch bei arglistiger Täuschung konnte der Geschädigte also das Erfüllungsinteresse verlangen. Der Ersatz des positiven Interesses bei Arglist und Zusicherung ging bis auf das römische Recht zurück.⁶⁶ Die Gleichstellung zeigte, dass Fälle fahrlässiger Beschaffenheitsangaben, die unter dieser Schwelle bleiben, weil sie weder die Voraussetzung einer Zusicherung noch der Arglist erfüllen, durch die abschließende Sonderregelung ausgeschlossen waren. Dies wurde schon vor der Schuldrechtsreform oft übersehen.⁶⁷ Es handelte sich dabei nicht um eine Verfeinerung der Rechtskultur, schon gar nicht um eine „ethische Notwendigkeit“⁶⁸ sondern um eine Verkürzung der Privatautonomie im Wege einer methodisch fragwürdigen Lückenannahme. Das war so bei der berühmten Lehre von der positiven Vertragsverletzung,⁶⁹ die sich für Mangelfolgeschäden schon bald aus den engen Voraussetzungen des § 463 BGB befreite, indem sie eine Lücke behauptete, die freilich nur bei den allgemeinen Leistungsstörungen bestand, nicht jedoch bei den Verträgen mit Sachmängelgewährleistung, nämlich (Kauf, Miete und Werkvertrag).⁷⁰ Und es wiederholt sich bei der culpa in contrahendo und bei der Ersetzung des § 463 durch eine Fahrlässigkeitshaftung. Seit der Schuldrechtsmodernisierung gibt es Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB, nicht erst bei Zusicherung oder Arglist, sondern schon bei fahrlässigem Verschweigen oder fahrlässigen Beschaffenheitsangaben. Trotz dieser Haftungsausweitung auf jede Fahrlässigkeit ist nach h.L. culpa in contrahendo wegen fahrlässiger Informationspflichtverletzung grundsätzlich ausgeschlossen, weil das Gewährleistungsrecht immer noch als eine abschließende Sonderregelung für alle Eigenschaften angesehen wird, die einer Beschaffenheitsvereinbarung zugänglich sind.⁷¹ Da die Haftungsbeschränkung des § 463 BGB a.F. weggefallen ist und jetzt

⁶⁵ BGH NJW 1995, 1673 (Burra II)=ZIP 1995, 570 hat später in derselben Sache das Vorliegen einer Zusicherung verneint.

⁶⁶ Dazu KUNDEL/HONSELL 315 ff., 319; HONSELL GS Kunkel (1984) 53.

⁶⁷ Paradigmatisch ST. LORENZ, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997) 392 ff., 400 f. m. Fn 1104, 403 f. der nicht sieht, dass es außerhalb der abschließenden Regelung des § 463 BGB a.F. d.h. unterhalb der Zusicherungs- bzw. Arglistschwelle, keine Pflicht zu sorgfältigen Informationen und keine Haftung für fahrlässiges Verschweigen oder für Falschangaben gab, und meint, Fälle des Verschuldens seien in der Wertung des § 463 S. 1 von vornherein nicht einbezogen gewesen. Ähnlich KOLHEPP, Das Verhältnis von Sachmängelhaftung und culpa in contrahendo im Kaufrecht 190 ff.

⁶⁸ So KOLHEPP aaO.

⁶⁹ STAUB, Die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen (1903).

⁷⁰ Das begann schon früh mit der positiven Vertragsverletzung und dem Ersatz von Mangelfolgeschäden bei Fahrlässigkeit (dazu HONSELL JR 1976, 375 ff.; Jura 1979, 184 ff.) und setzte sich dann bei der culpa in contrahendo fort.

⁷¹ Palandt/WEIDENKAFF § 437 Rn 51; MünchKomm BGB/WESTERMANN § 437 Rn 57; Staudinger/MATUSCHE-BECKMANN Rn 66; BERGER JZ 2004; B. MERTENS AcP 203 (2003) 818, 849 ff.; CANARIS Karlsruher Forum 2002, 5, 88 ff.; Bamberger/Roth/FAUST § 437 Rn 181:- Zwar wird oft gesagt, die *cic passe* insbesondere für den Unternehmenskauf besser als die Sachgewährleistung nach §§ 453, 434 ff so z.B. U. HUBER 202 (2002) 179, 211

ohnedies für jede Fahrlässigkeit gehaftet wird, hat die lex specialis Annahme im wesentlichen nur noch für die Verjährung Bedeutung (Unterschied ein Jahr und absolute/relative Verjährung).

Die generelle Fahrlässigkeitshaftung (§ 437 Nr. 3 BGB) ist schwerlich angemessen. Heute haftet der Verkäufer auch bei Fehlen von Arglist oder einer Garantie auf den Sollwert. Es genügt, dass er die mangelnde Echtheit hätte erkennen können. Es ist zu hoffen, dass die Judikatur bei der Annahme von Fahrlässigkeit Zurückhaltung übt und bei niedrigem Kaufpreis auch einen konkludenten Haftungsausschluss annimmt.

VI. Delikt

Neben den Anspruch aus culpa in contrahendo oder Sachmängelgewährleistung tritt bei Vorsatz ein Anspruch aus unerlaubter Handlung, insbesondere nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB oder § 826 BGB (Anspruchskonkurrenz).⁷² Die h.L. geht davon aus, dass der deliktische Anspruch auf das negative Interesse gerichtet sei.⁷³ Grundsätzlich haben jedoch die aus dem Vertragsrecht stammenden Begriffe des positiven oder negativen Interesses für das Deliktsrecht keine Bedeutung. Der Geschädigte kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne das schädigende Ereignis stehen würde. Bei Eingriffen in absolut geschützte Rechtsgüter spricht man auch von Integritätsinteresse. Handelt es sich jedoch um eine Vertragsverletzung, die (nur ausnahmsweise) auch ein Delikt darstellt, so spielt die Distinktion zwischen positivem und negativem Interesses auch im Deliktsrecht eine Rolle.

Diese Wertung gilt noch heute, allerdings beschränkt auf den Deliktsanspruch, denn § 437 Nr. 3 BGB hat § 463 BGB a.F. durch eine allgemeine Fahrlässigkeitshaftung ersetzt (oben V). Der Verkäufer haftet aus Delikt auf das positive Interesse.⁷⁴ Der Käufer einer mangelhaften Sache ist bei arglistigem Verschweigen oder Vorspiegeln von (fehlenden) Eigenschaften durch den Verkäufer, so zu stellen, wie wenn die Sache fehlerfrei oder die Eigenschaft vorhanden wäre. Nach einer Mindermeinung steht ein deliktischer oder auf culpa in contrahendo gestützter Anspruch, so gestellt zu werden, wie wenn die vorgespiegelte

ff. 223 ff., 231 ff.; EIDENMÜLLER NJW 2002, 1625, 1627; ders. ZGS 2002, 290, 291; WEITNAUER NJW 2002, 2511, 2514; zurecht weist indes CANARIS darauf hin, dass die Nichtanwendung der §§ 434 ff. BGB seit der Neuformulierung des § 453 BGB kaum möglich sei. Für Anwendung der § 434 ff. BÜDENBENDER, Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung (2002) 5, 19 ff.; vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, 242 und den Abschlussbericht der Schuldrechtsreformkommission (1992) 239.

⁷² Vgl. BGH NJW 1974, 1505, 1506; OLG Saarbrücken NJW-RR 1989, 1211, 1212; MünchKomm BGB/KRAMER § 123 Rn 35a ; Palandt/HEINRICHS § 123 Rn 26; Erman/PALM § 123 Rn 7.

⁷³ Zuletzt BGH NJW 1998, 983; dazu RUST NJW 1999, 339; SCHAUB ZEuP 1999, 943; HERBERT JA 1998, 531; SCHERMEIER JZ 1998, 857; TIEDTKE Betrieb 1998, 1019.

⁷⁴ So richtig RGZ 103, 154, 160. GRIGOLEIT, Vorvertragliche Informationspflichten 192 f. Fn 60 zitiert das Urteil irrig für das Gegenteil.

Tatsache wahr wäre, dem Anfechtenden grundsätzlich nicht zu, weil er diesen Vorteil, auch wenn er nicht getäuscht worden wäre, nicht erlangt hätte.⁷⁵ Darin klingt die unrichtige Vorstellung nach, der Deliktsanspruch sei stets nur auf das negative Interesse gerichtet. Das positive Interesse ist auch nach Arglistanfechtung noch durchsetzbar, denn der Deliktsanspruch setzt keinen gültigen Vertrag voraus.⁷⁶ Schließlich kommt es auch nicht darauf an, ob der Verkäufer zu einem Preis in Höhe des Sollwertes verkauft hätte.⁷⁷ Auch dies ergibt sich schon aus dem positiven Interesse.

VII. Ausblick

Eine Dogmatik des vertraglichen Schadensersatzrechts käme wohl auch ohne die von Jhering entwickelte Unterscheidung zwischen negativem und positivem Interesse aus. Wenn man sie aber benutzt, so sollte dies fehler- und widerspruchsfrei geschehen. Eine Rückkehr zur Beschränkung der culpa in contrahendo (und des negativen Interesses) auf den nichtigen Vertrag, wird sich wohl nicht mehr durchsetzen lassen. Abzulehnen bleibt indes die Rechtsprechung⁷⁸ zur Quasi-Minderung bei culpa in contrahendo. Der Geschädigte hat entgegen dem BGH außerhalb des § 441 BGB (Preisminderung) keinen Anspruch darauf, qua negatives Interesse so gestellt zu werden, wie wenn er günstiger gekauft hätte. Unrichtig ist es auch, neben dem negativen Interesse einen Anspruch auf das positive zuzulassen, der allerdings davon abhängen soll, ob sich ein günstigerer Abschluss mit demselben Vertragspartner beweisen lässt. Die Hypothese richtiger Aufklärung oder Beratung sollte grundsätzlich nur zum negativen Interesse führen, aber nicht zum positiven, denn bei richtiger Aufklärung wären nicht die Gewinnvorstellungen des Vertragspartners eingetreten, sondern er hätte nicht kontrahiert. Anerkannt war das positive Interesse seit jeher bei Zusicherung und Arglist. Hier hat der Geschädigte das Recht, so gestellt zu werden, wie wenn die zugesicherte oder vorgespiegelte Eigenschaft zuträfe. Dass die Schuldrechtsmodernisierung diese Beschränkung aufgegeben hat, ist kein Zeichen verfeinerter Rechtskultur, sondern eine fragwürdige Verkürzung der Privatautonomie.

⁷⁵ LARENZ/WOLF AT § 37 Rn 51; FLUME Rechtsgeschäft § 31/6; MünchKomm BGB/KRAMER § 123 Rn 35a; GRIGOLEIT 192 f.

⁷⁶ Die Rsp will differenzieren: Der Deliktsanspruch geht auf das negative Interesse, wenn der Kauf angefochten wird, hingegen auf das positive, wenn dies nicht der Fall ist; im zweiten Fall kann der Käufer verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn die zugesicherte Eigenschaft wahr wäre; dies entspricht einer langen Rsp.-Tradition, vgl. etwa RGZ 59, 155, 157; 63, 110, 112; 66, 335, 337 f. s. dazu noch Krauß JW 1929, 557.

⁷⁷ RGZ 63, 110, 112 f.; BGHZ 168, 35 nimmt dies irrig auch bei culpa in contrahendo an.

⁷⁸ Oben Fn 51.