

Die Konkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und Informationspflicht

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors
des Rechts
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn

vorgelegt von

Chengyuan YU
aus Peking, V.R. China

Bonn 2018

Dekan: Prof. Dr. Daniel Zimmer
Erstreferent: Prof. Dr. Martin Schermaier
Zweitreferent: Prof. Dr. Stefan Greiner

Tag der mündlichen Prüfung: 03.07.2018

Gliederung

Einleitung	1
1. Die Konkurrenz zwischen Informationspflicht und Gewährleistungsrecht: vor und nach der Schuldrechtsmodernisierung	15
1.1. Die Rechtspraxis im vorherigen Recht: Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts mit Ausnahmen	15
1.1.1. Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts	16
1.1.2. Ausnahmen der Sperrwirkung	18
1.1.3. Enge Auslegung des Eigenschaftsbegriffs	19
1.2. Meinungsstand nach der Schuldrechtsreform	20
1.2.1. Weitere Auseinandersetzungen nach der Schuldrechtsreform	20
1.2.2. Die herrschende Meinung und Rechtsprechung des BGH	28
1.3. Zwischenergebnis	31
1.3.1. Zusammenfassung des gegenwärtigen Meinungsstands und verbleibende Fragen	31
1.3.2. Die Verjährungsfrist	35
2. Von Eigenschaft zu Beschaffenheit: Subjektivierung der Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts	38
2.1. Eigenschaftsbegriff als Anknüpfungspunkt im alten Recht	39
2.1.1. Beschaffenheit und Eigenschaft in § 459 BGB a.F.	39
2.1.2. Das Verändnis des Eigenschaftsbegriffs im vorherigen Recht ..	40
2.2. Ausdehnung des Beschaffenheitsbegriffs nach der Schuldrechtsmodernisierung	41
2.2.1. Neue gesetzliche Grundlage in § 434 BGB n.F.	42
2.2.2. Verzicht auf die Beschränkung des Beschaffenheitsbegriffs?	45
2.2.3. Die Meinung des BGH	47
2.2.4. Bedenken gegen das Verändnis der Beschaffenheit als wertbildender Faktor	48
2.3. Zwischenergebnis	51
2.3.1. Das subjektiv-objektive Abgrenzungskriterium des	

Anwendungsbereiches des Gewährleistungsrechts.....	51
2.3.2. Zusammenfassung	55
3. Verteilung der Informationshaftung im Rahmen von culpa in contrahendo	57
3.1 Überblick über Aufklärungspflicht	57
3.2. Eigenverantwortungsprinzip: berechtigte Nutzung des Wissensvorsprungs.....	58
3.2.1. Grundsätzlich nur allgemeine Aufklärungspflicht	59
3.2.2. Durchschnittliche Fähigkeit der Gegenpartei	60
3.2.3. Von vornherein ausgeschlossene Gegenstände	61
3.3. Aufklärungspflicht: die immer verbreiteten Ausnahmen	62
3.3.1. Erkennbare Entscheidungserheblichkeit der Umstände.....	63
3.3.2. Berechtigte Erwartungen des Aufzuklärenden.....	65
3.4. Kompensation der Aufklärungspflichtverletzung im Rahmen von culpa in contrahendo.....	72
3.4.1. Vertragsaufhebung im Wege Naturalrestitution	73
3.4.2. Vertragsanpassung: quasi Minderung	75
3.5. Zwischenergebnis.....	77
4. Verteilung der Informationshaftung im Rahmen des Gewährleistungsrechts.....	79
4.1. Der Arglistbegriff und seine Funktion im Gewährleistungsrecht	80
4.1.1. Dogmatischer Niederschlag des Arglistbegriffs im Gewährleistungsrecht	80
4.1.2. Der Arglistbegriff.....	81
4.1.3. Annahme des Aufklärungsbedarfs	87
4.2. Kenntnis des Käufers über Sachmangel.....	88
4.3. Unterschied der Verteilung von Informationshaftung im Rahmen von Gewährleistungsrecht gegenüber culpa in contrahendo	91
4.3.1. Rechtsbindungswille der Parteien.....	92
4.3.2. Konflikt wegen der Formbedürftigkeit des Vertrags.....	94
4.3.3. Zwischenergebnis: Beschaffenheitsvereinbarung und Wissensmitteilung.....	110

4.4. Zwischenergebnis: scheinbare Integration, grundlegender Unterschied	113
5. Beratungspflicht: Entstehung, Entwicklung und Zukunft	118
5.1. Entstehung der Rechtsfigur der Beratungspflicht neben dem Kaufvertrag seit den 1950er-Jahren und ihre Entwicklung bis zur Schuldrechtsreform ..	120
5.1.1. Hintergrund des vorherigen Gewährleistungsrechts	120
5.1.2. Ausgangspunkt: Das „Leime-Urteil“	121
5.1.3. Anwendung der kurzen Verjährungsfrist auf die unselbstständige Beratungspflicht.....	126
5.1.4. Selbständiger Beratungsvertrag unter der allgemeinen Verjährungsfrist	130
5.1.5. Eine Gesamtschau der Rechtspraxis zur Beratungspflicht im Kaufverhältnis vor der Schuldrechtsreform.....	133
5.2. Das Schicksal der Beratungspflicht nach der Schuldrechtsreform.....	135
5.2.1. Kein Bedürfnis mehr nach Beratungspflicht?	135
5.2.2. Rechtspraxis nach Schuldrechtsreform.....	135
5.2.3. Fortbestehen des Bedarfs nach einer Beratungspflicht im neuen Schuldrecht	137
5.3. Zwischenergebnis.....	143
5.3.1. Fortbestehendes Bedürfnis nach der Beratungspflicht im neuen Schuldrecht	143
5.3.2. Übermäßiger Schutz durch den selbstständigen Beratungsvertrag	145
6. Reflexion und Strukturierung der Konkurrenzfrage im neuen Schuldrecht	147
6.1. Verdeutlichen der Missverständnisse im Streit	147
6.1.1. Wurzel der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts	148
6.1.2. Zur Meinung für freie Konkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und culpa in contrahendo: Unterschiedliche Wertungen über die Verteilung der Informationsrisiken	150
6.1.3. Zur Meinung für absolute Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts: Ungenügende Kompetenz des	

Gewährleistungsrechts und ihre Ergänzung.....	151
6.1.4. Zur Meinung für den Rückkopplungsmechanismus	155
6.2. Strukturierung der Konkurrenzfrage im neuen Schuldrecht	159
6.2.1. Ausführung der festgestellten Argumente.....	159
6.2.2. Beschaffenheitsinformation, Beratung und Beschaffenheitsvereinbarung: Verteilung der Informationsrisiken auf Grundlage des Gewährleistungsrechts mit der Ergänzung von c.i.c. und Beratungspflicht.....	161
Literaturverzeichnis.....	164

Einleitung

1. Überblick über die Konkurrenzfrage

1.1. Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung

Mit der Informationspflicht über Mängel der Kaufsache haben sich die Juristen schon in der römischen Zeit beschäftigt.¹ Die Rechtsfolgen der „Nichtaufklärung“ über einen Sachmangel hat der Gesetzgeber des alten Schuldrechts im Gewährleistungsrecht hauptsächlich mit den Normen des § 460 (Haftungsausschluss bei Mängelkenntnis und grob fahrlässiger Unkenntnis) und § 463 BGB a.F. (Schadensersatz nur bei Arglist und Zusicherung) geregelt. Im Rahmen des Gewährleistungsrechts muss der Verkäufer für die Mangelfreiheit der Kaufsache einstehen. Liegt ein Sachmangel bei Gefahrübergang vor, haftet der Verkäufer zuerst auf Minderung oder Wandelung (§ 462 BGB a.F.). Der Käufer kann des Weiteren Schadensersatz verlangen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Eigenschaft der Sache zugesichert hat (§ 463 BGB a.F.). Allerdings kann der Käufer seine gewährleistungsrechtlichen Ansprüche nicht geltend machen, wenn er beim Vertragsschluss den Mangel schon gekannt hat (§ 460 S.1 BGB a.F.). Kennt der Käufer wegen grober Fahrlässigkeit den Mangel nicht, dann stehen ihm trotzdem noch Gewährleistungsansprüche zu, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Eigenschaft der Sache zugesichert hat (§ 460 S.2 BGB a.F.). Eine Haftung des Verkäufers wegen fahrlässig falscher Angaben über eine Eigenschaft der Sache oder fahrlässiger Unkenntnis vom Sachmangel war im alten Gewährleistungsrecht nicht vorgesehen. Insbesondere wurde ein Schadensersatzanspruch aus fahrlässiger Verletzung der Informationspflicht des Verkäufers als ausgeschlossen angesehen, weil ein Schadensersatzanspruch gemäß § 463 BGH a.F. nur in den zwei obengenannten

¹ Ausführliche Darstellung siehe: Fleischer, Informationsasymmetrie, S.25ff.

Situationen möglich war.

Die Konkurrenz zwischen Informationspflicht und Gewährleistungsrecht erscheint zuerst als Überschneidung zwischen dem Gewährleistungsrecht und der vorvertraglichen Aufklärungspflicht. Bei der Entwicklung des Instituts der vorvertraglichen Haftung „*culpa in contrahendo*“ ist die Informationspflicht schnell „*gesicherter Kernbestand des Schuldverhältnisses aus Vertragsanbahnung*“ geworden.² Unter der vorvertraglichen Aufklärungspflicht versteht man die Pflicht einer Vertragspartei, beim Vertragsschluss über die Umstände, die für die andere Partei bei ihrer Entscheidung von Bedeutung sind, ungefragt zu offenbaren.³ Der Verkäufer kann auch wegen seiner falschen oder unvollständigen Äußerungen schadensersatzpflichtig sein, wenn er die Angabe zumindest aus Fahrlässigkeit gemacht hat. Ein solches Institut mit eigenständigen Tatbeständen und Rechtsfolgen stellte eine starke Konkurrenz gegenüber dem traditionellen Gewährleistungsrecht dar, das dem Käufer einen Schadensersatzanspruch wegen Nichtaufklärung des verborgenen Mangels nur im Fall von Arglist oder Zusicherung des Verkäufers zugesteht. Nach der ständigen herrschenden Meinung gilt das Gewährleistungsrecht gegenüber der culpa in contrahendo als abschließende Sonderregelung, so dass die Anwendung von culpa in contrahendo grundsätzlich durch das Gewährleistungsrecht verdrängt werden soll, soweit es um die Eigenschaft (nach der Schuldrechtsmodernisierung: Beschaffenheit) der Sache geht.

Seit den 1950er-Jahren entwickelte sich die Figur der Beratungspflicht im Verkäufer-Käuferverhältnis, die neben dem Gewährleistungsrecht (§ 463 BGB a.F.) einen Schadensersatzanspruch wegen fahrlässiger Pflichtverletzung des Verkäufers in seiner beratenden Tätigkeit begründen konnte.⁴ Im alten Gewährleistungsrecht gab es keine Anspruchsgrundlage für einen fahrlässigen Verstoß gegen „Informationspflichten“ durch den Verkäufer. Vor dem Hintergrund, dass die

² Fleischer, Informationsasymmetrie, S.417.

³ MünchKomm/Bachmann, 7. Auf. 2016, BGB §241, Rn.110.

⁴ BGH NJW 1958, 866 (Ls.)=BeckRS 1958, 31198158=LSK 1958, 928131 (Ls.)=BB 58, 426=Betrieb 58, 485=JR 58, 418=LM Nr. 5 § 459 Abs. 1BGB=MDR 58, 422.

herrschende Meinung einen Ausschluss der vorvertraglichen Haftung wegen fahrlässiger Informationspflichtverletzung durch das Gewährleistungsrecht annahm, galt die Beratungspflicht als eine wichtige Ausnahme von der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts. Somit entwickelte man im alten Schuldrecht die fahrlässige Informationshaftung des Verkäufers unter der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts auf zwei Spuren anhand der Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden: Für Mangelschäden entwickelte man den Gedanken, dass der Verkäufer den Käufer richtig und vollständig „beraten“ muss, wenn der Verkäufer als Fachmann oder Vertrauensperson auftritt. Mangelfolgeschäden wurden über die "positive Forderungsverletzung" oder über die Figur des "weiterfressenden Mangels" ersetzt. Bei Mangelfolgeschäden kam keine Konkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und Informationspflicht in Betracht.⁵

Diese drei miteinander konkurrierenden Haftungsmöglichkeiten formulierten zusammen das Gesamtbild über die Verteilung der Informationshaftung im Kaufrecht. Ihre Konkurrenz war und ist immer noch ein heftig diskutiertes und wichtiges Thema, bei dem der Streit nie verloschen ist.⁶

1.2. Rechtslage nach der Schuldrechtsmodernisierung

Bei der Schuldrechtsmodernisierung hat das Gewährleistungsrecht eine grundlegende Änderung der gesetzlichen Grundlage insbesondere hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs erfahren. Mit der neuen Fassung der Vorschriften über Schadensersatzansprüche kann die schuldhafte Verletzung einer Informationspflicht nunmehr zuerst gemäß § 280, 241 Abs. 2 BGB zum Schadensersatz führen, wenn es nicht um eine Beschaffenheit der Sache, sondern lediglich um eine Nebenpflichtverletzung geht. Die Haftung aus culpa in

⁵ BGH NJW-RR 1996, 951=BeckRS 9998, 14754=FHZivR 42 Nr. 8313 (Ls.)=LSK 1996, 380024 (Ls.)=WM 1996, 1592=WPM 1996, 1592.

⁶ Nach BeckOK BGB/Faust, 43. Ed. 15.6.2017, BGB § 437 Rn. 189 habe sich die herrschende Meinung dahingehend geändert, dass die Sperrwirkung nicht mehr schon auf der tatbestandlichen Ebene gelte, sondern das tatsächliche Bestehen eines Mangels voraussetze.

contrahendo ist jetzt ausdrücklich über § 311 BGB normiert, eine Verletzung der vorvertraglichen Pflichten kann zum Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 i.V.m. § 249 BGB führen. In Betracht könnte in diesem Fall folglich auch eine Vertragsaufhebung kommen, wenn die andere Partei bei zutreffender Aufklärung den Vertrag überhaupt nicht abschließen würde.⁷ Wäre der Vertrag zu einem anderen Preis abgeschlossen worden, kann die andere Partei den Anspruch auf die Preisdifferenz geltend machen.⁸ Eine Vertragsanpassung ist ebenfalls denkbar, wenn bei zutreffender Aufklärung ein Vertrag mit günstigeren Bedingungen abgeschlossen wäre.⁹ Eventuell kann auch das Erfüllungsinteresse ersetzt werden, wenn bei zutreffender Aufklärung oder Beratung ein Vertrag anderen Inhalts, typischerweise zugunsten des Geschädigten, zustande gekommen wäre.¹⁰ Eine weitere Neuerung ist, dass im Fall falscher vorvertraglicher Angaben Raum für eine unmittelbare Anwendung von § 311a BGB besteht, wenn es sich um einen Fall anfänglicher Unmöglichkeit handelt. Diese Gesetzesänderungen wirken sich zumindest teilweise auf die Konkurrenzlage zwischen Gewährleistungsrecht und Informationspflicht aus. Fraglich ist allerdings, ob eine solche grundlegend neue Strukturierung der Vorschriften auch zu einer grundlegenden Änderung des Verhältnisses zwischen Gewährleistungsrecht und Informationspflicht führen muss. Eine der Aufgaben dieser Abhandlung liegt darin, den Einfluss der Schuldrechtsmodernisierung auf die Konkurrenzfrage zu erforschen; dabei ist insbesondere herauszufinden, ob die

⁷ MünchKomm/Henssler, 7. Aufl. 2016, BGB § 626 Rn. 41; BGH NJW 1977, 1536=BeckRS 1977 (Ls.)=FHZivR 23 Nr. 628 (Ls.)=FHZivR 24 Nr. 661 (Ls.)=LSK 1977, 850785 (Ls.)=BB 77, 965=Betrieb 77, 1451=BGHZ 69, 53=BGHZ69, 53=JR 77, 503=JuS 77, 761=MDR 77, 824=WPM 77, 999.

⁸ BGH NJW 1991, 1819=BeckRS 9998, 165512=IBRRS 2000, 0111=FHZivR 37 Nr. 473 (Ls.)=FHZivR 38 Nr. 554 (Ls.)=LSK 1991, 290010 (Ls.)=BauR 1991, 478=BGHZ 114, 87=DB 1991, 1322=LM Nr. 57 § 276(Fb) BGB=MDR 1991, 764=WPM 1991, 1086=ZfBR 1991, 152.

⁹ BGH NJW 1999, 2032,2034=BeckRS 1999 30046706=DStR 1999, 684=ZIP 1999, 574=FHZivR 45 Nr. 2410 (Ls.)=LSK 1999, 140683 (Ls.)=NZM 1999, 1062 (Ls.)=DB 1999, 1255=JA 1999, 827=LM Nr. 18 § 768 BGB(B ülow)=MDR 1999, 687=VuR 1999, 187=VuR 1999, 188=WM 1999, 678=WPM 1999, 678.

¹⁰ BGH NJW 1998, 2900=BeckRS 1998 30016913=VersR 1999, 198=ZMR 1998, 610=FHZivR 44 Nr. 671 (Ls.)=FHZivR 45 Nr. 652 (Ls.)=LSK 1998, 390012 (Ls.)=DB 1998, 2013=JZ 1999, 93=LM Nr. 25 § 276(Fc) BGB=MDR 1998, 1087=WM 1998, 2210=WPM 1998, 2210=ZF 44 Nr. 671.

im alten Gewährleistungsrechts auftretende Lücke bezüglich der fahrlässigen Haftung wegen Informationspflichtverletzung im neuen Recht schon beseitigt wurde, sei es wegen der Ausdehnung des Anwendungsbereiches des Gewährleistungsrechts, sei es wegen der ausdrücklichen Verankerung der culpa in contrahendo im Gesetzestext oder sei es bloß wegen der Veränderung der herrschenden Meinung. Daneben ist auch zu bedenken, ob die als Mittel zur Füllung einer Gesetzeslücke entstandene Beratungspflicht nach der Schuldrechtsreform im Käufer-Verkäuferverhältnis noch notwendig ist.

1.3 Unsicherheit in der Rechtsprechung

Die Kompliziertheit der Konkurrenzfrage besteht hauptsächlich darin, dass das Konkurrenzverhältnis nicht lediglich anhand von einem oder zwei Maßstäben bestimmt werden kann, sondern von einer ganzen Reihe Parameter ohne klare Gewichtung untereinander abhängt. Die Anwendungsmöglichkeit des Gewährleistungsrechts hängt beispielsweise zuerst unmittelbar vom Umfang des Beschaffenheitsbegriffs ab, dessen Anwendungsbereich aber sehr unbestimmt ist. Nimmt man mit der herrschenden Meinung eine Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts gegenüber der c.i.c.-Haftung an, bestimmt der Beschaffenheitsbegriff die praktische Folge des Konkurrenzverhältnisses, nämlich inwiefern sich die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts überhaupt entfalten kann. Je enger der Beschaffenheitsbegriff verstanden wird, desto größerer Raum wird für die Anwendung der c.i.c.-Regeln gelassen. Die Entscheidung zum Verhältnis zwischen dem Gewährleistungsrecht und der c.i.c.-Haftung hat ferner direkte Auswirkungen auf den Spielraum der Beratungspflicht. Nimmt man freie Konkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und Beratungspflicht an, wäre die Annahme einer Beratungspflicht neben dem Kaufvertrag gar nicht nötig, weil die Funktion der Beratungspflicht gerade darin liegt, eine Haftung aus fahrlässiger Verletzung der Informationspflicht des Verkäufers trotz der Sperrwirkung des Gewährleistungsrecht zu ermöglichen.

Die folgenden Fälle bieten einige praktische Beispiele für das komplizierte

Verhältnis zwischen den drei Haftungsmöglichkeiten. Besonders beachtenswert sind die unterschiedlichen Antworten, die der BGH bezüglich vergleichbarer Streitfragen gibt.

Fall 1: Der Kreissäge-Fall:

Der Käufer suchte nach einer neuen Sägemaschine im Austausch gegen die alte. Der Verkäufer hat den auch für die neue Maschine vorgesehenen Standort der alten ausgemessen und für ausreichend erklärt. Allerdings konnte die gelieferte Sägemaschine nicht am Platz der alten aufgestellt werden, da sie dort 805 mm in eine vorbeiführende Gleisanlage hineinragen würde.¹¹

Umstritten war in diesem Fall hauptsächlich, ob der Umstand, dass die gelieferte Sägemaschine nicht auf den vorgesehenen Aufstellungsplatz passt, eine zusicherungsähnliche Eigenschaft darstellt. Es war unmittelbar zu entscheiden, ob die fehlerhafte Erklärung über diesen Umstand zu einer Gewährleistungshaftung führen kann. In der Begründung der Revision führte die klagende Verkäuferin aus, die Erklärung des Verkäufers, dass die neue Maschine am alten Platz aufgestellt werden könne, stelle eine Eigenschaftszusicherung dar. Der BGH hat dieser Meinung widersprochen und argumentiert, dass der Verkäufer im vorliegenden Fall dem Käufer schon mehrmals die genauen Maße der Maschine angegeben habe. Dies bedeute, dass beide Parteien erwarten durften, dass die Maschine den vom Verkäufer angegebenen Maßen entsprechen würde. Ob der tatsächliche Zustand der Maschine von den angegebenen Maßen abweicht, sei allerdings nicht Gegenstand des Streits. Entscheidend sei vielmehr, ob die Erklärung des Verkäufers, dass eine Maschine mit diesen Maßen auf den vorgesehenen Aufstellungsplatz passt, eine Haftung begründen kann. Hier komme nicht ein Fehler der Sache, sondern eine fehlerhafte Beratung des Verkäufers in Betracht.

Fall 2: Der Wäschetrockner-Fall:

Der Käufer suchte zur Modernisierung seiner Wäscherei nach neuen Geräten. Der Verkäufer beriet den Käufer nach einer Besichtigung der Wäscherei und verkaufte

¹¹ BGH NJW 1962, 1196=BeckRS 1962 (Ls.)=FHZivR 8 Nr. 1444 (Ls.)=FHZivR 8 Nr. 1458 (Ls.)=LSK 1962, 932270 (Ls.)=BB 62, 616=Betrieb 62, 734=LM Nr. 5 § 276(H) BGB=MDR 62, 647 (L).

ihm anschließend einige Geräte. Der gelieferte Wäschetrockner brauchte zur Entlüftung einen Kamin mit einem Querschnitt von mindestens 380 qcm. Der vorhandene Kamin war aber zu klein. Dies führte sieben Monate nach der Lieferung des Wäschetrockners zu erheblichen Störungen.¹²

Ob ein Umstand eine Eigenschaft der Sache darstellt, beeinflusst nicht nur die Frage, ob die fehlerhafte Aufklärung darüber eine Gewährleistungshaftung oder nur eine Haftung aus Beratungspflicht begründen kann, sondern auch die Verjährungsfristen der Ansprüche in den jeweiligen Fällen. Nach der Meinung des Berufungsgerichts in diesem Fall stellte der Umstand, dass der Wäschetrockner einen Kamin mit einem Querschnitt von mindestens 380 qcm brauchte, eine Sacheigenschaft dar, so dass ein Anspruch aus einer möglicherweise bestehenden *unselbstständigen Beratungspflicht*¹³ schon verjährt sei. Hingegen hat der BGH die Meinung vertreten, dass dieser Umstand keine zusicherungsfähige Eigenschaft der Sache darstellen könne. Er hat angeführt, dass die Beziehungen der Kaufsache zur Umwelt erst dann als Eigenschaft der Sache anzunehmen seien, wenn sie „*in der Beschaffenheit der Sache selbst ihren Grund haben, von ihr ausgehen, ihr auch für eine gewisse Dauer anhaften und nicht lediglich durch Heranziehung von Umständen in Erscheinung treten, die außerhalb der Sache liegen*“. Die Möglichkeiten, die Abluft abzuleiten, hafte nach der Meinung des BGH nicht der Sache selbst an, sondern stehe außerhalb der Sache und stelle deswegen keine Eigenschaft dar. Somit soll der Anspruch des Käufers aus der Verletzung der Beratungspflicht der dreißigjährigen Verjährungsfrist unterliegen.

In diesem Urteil hat der BGH eine Unterscheidung zwischen c.i.c.-Haftung und Beratungspflicht unterlassen und ging auf Grundlage des Urteils des Berufungsgerichts ohne weiteres von einer „*Verletzung einer vor- oder nebenvertraglichen Beratungspflicht*“ aus. Hier müsste man aber bedenken, ob es überhaupt noch nötig ist, auf eine unselbstständige Beratungspflicht zurückzugreifen, wenn schon festgestellt wurde, dass der fragliche Umstand keine

¹² BGH NJW 1985, 2472= BeckRS 9998, 100793=FHZivR 31 Nr. 846 (Ls.)=LSK 1985, 410007 (Ls.)=JR 1985, 853=LM Nr. 78 §459 BGB=MDR 85, 1020=WPM 1985, 1167.

¹³ Nähere Erörterung siehe Teil 5.1.3.

Sacheigenschaft darstellt. Unter dieser Voraussetzung wird die c.i.c.-Haftung nicht mehr durch das Gewährleistungsrecht verdrängt und eine unmittelbare Anwendung der c.i.c.-Regeln ist möglich.

Fall 3: Holzzaun-Fall:

Das verkaufte Grundstück war mit einem großen Teil des Nachbargrundstücks durch einen massiven Holzzaun zusammen eingefriedet. Auf Grund ihrer gärtnerischen Gestaltung, der Einfriedung und des darin befindlichen vier Meter breiten Eingangstors und der Einfahrt erschien diese Teilfläche für unbefangene Betrachter als Vorgarten des Grundstücks. Bei der Besichtigung hat der Käufer fälschlicherweise angenommen, dass das eingefriedete Nachbargrundstück zum verkauften Grundstück gehört.¹⁴

Sowohl im Urteil des Landesgerichts, als auch in den Urteilen des OLG und des BGH wurde unstreitig angenommen, dass der Verkäufer bezüglich dieser ihm bekannten Situation zur Aufklärung verpflichtet ist. Zur Frage, wie der Verkäufer wegen der Verletzung dieser Aufklärungspflicht haftet, haben die drei zuständigen Instanzen ganz unterschiedliche Meinungen geäußert.

Das Landesgericht hat ohne weiteres einen Anspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB bejaht.¹⁵ Das Berufungsgericht hat allerdings den auf culpa in contrahendo beruhenden Anspruch mit der Begründung verneint, dass im vorliegenden Fall eine Verhaltenspflicht im Zusammenhang mit der Beschaffenheit des Grundstücks vorliege und deswegen ein Anspruch wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung ausgeschlossen sei. Im Rahmen des Gewährleistungsrechts scheidet ein Anspruch des Käufers in diesem Fall wegen eines Haftungsausschlusses in der notariellen Urkunde aus. Somit kann der Käufer im vorliegenden Fall den Schutz weder vom Gewährleistungsrecht noch von culpa in contrahendo bekommen.¹⁶ Der BGH hat in seinem Urteil die Lösung des OLG abgelehnt. Seiner Meinung nach stelle der Umstand, ob das verkaufte Grundstück

¹⁴ BGH DNotZ 2012, 525=BeckRS 2012, 01249=IBRRS 2012, 0213=NJW 2012, 846=WM 2012 Heft 16, 756=ZIP 2012, 332=LSK 2012, 080079 (Ls.)=BauR 2012, 646=GE 2012, 334=LMK 2012, 327759=MDR 2012, 141=ZfIR 2012, 104 L=ZNotP 2012, 58.

¹⁵ LG Dortmund BeckRS 2010, 27983

¹⁶ OLG Hamm BeckRS 2012, 01257.

tatsächlich über einen Vorgarten verfügt, der bei der Besichtigung als ein Teil des verkauften Grundstücks scheint, keine Beschaffenheit des Kaufgegenstands dar. Denn dieser Teil des Nachbargrundstücks sei kein Gegenstand der Beschaffenheitsvereinbarung. Eine solche Vereinbarung stelle nicht die Beschaffenheit einer Sache, sondern vielmehr den Gegenstand des Kaufvertrags selbst fest. Nachdem er den Rückgriff auf eine Beschaffenheitsvereinbarung und die §§ 434 ff. BGB ausgeschlossen hat, hat der BGH dann einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB angenommen.¹⁷

Fall 4: Gartenanlage-Fall:

Der Verkäufer hat auf dem Grundstück ein Gebäude mit einer parkähnlichen Gartenanlage aufgebaut. Bei der Anlage des Gartens wurden ungefähr 1000 m² des Nachbargrundstücks bepflanzt. Dies war allerdings nicht auffällig. Bei der Besichtigung bekam der Käufer den Eindruck, dass das Grundstück sich durch die umgebende Gartenanlage vom Nachbargrundstück abgrenzen ließ. Später möchte der Eigentümer des Nachbargrundstücks, die Stadt E, dieses Nachbargrundstück verkaufen und bemerkte, dass ein Teil des Gartens auf seinem Grundstück lag. Der Käufer erwarb dann diesen Teil des Grundstücks von der Stadt E und machte gegen den Verkäufer die Kosten für die Verschaffung dieses Teils des Nachbargrundstücks geltend.¹⁸

Der Fall 3 und der Fall 4 betreffen im Wesentlichen denselben Sachverhalt: Das bei der Besichtigung scheinbar zu verkaufende Grundstück ist tatsächlich ein Teil des Nachbargrundstücks. Trotz der Annahme, dass die Käufer in beiden vorliegenden Fällen letztlich schutzwürdig seien, hat der BGH allerdings in den zwei Urteilen trotz der ähnlichen Sachverhalte unterschiedliche Ausgangspunkte und verschiedene Herangehensweise gewählt. Im Fall 4 geht der BGH davon aus, dass der fragliche Umstand eine Beschaffenheit der Kaufsache darstellt. Dann muss er

¹⁷ BGH DNotZ 2012, 525,526.

¹⁸ BGH NJW 2008, 1658=BeckRS 2008, 03219=DNotI-Report 2008, 51=IBRRS 2008, 0519=MittBayNot 2008, 374=NZM 2008, 331=WM 2008 Heft 22, 1037=LSK 2008, 230041 (Ls.)=MDR 2008, 498=ZfIR 2008, 372.

sich mit der Frage nach der Rechtswirkung eines bei der Besichtigung festgestellten, aber nicht in der Vertragsurkunde befindlichen Umstandes beschäftigen.

Im Fall 4 hat sich der BGH mit zwei Fragen beschäftigt, die nicht scharf voneinander getrennt werden können, nämlich ob die Parteien nur den damals dem Verkäufer gehörenden Teil oder das „gesamte Grundstück“ einschließlich des auf dem Nachbargrundstück befindlichen Teils als Kaufgegenstand vereinbart haben, und was für eine Rolle die Formbedürftigkeit des Grundstückskaufvertrags spielt.

Zur ersten Frage hat der BGH festgestellt, dass ein Grundstück normalerweise nur in dem Umfang, der im Grundbuch und dem Liegenschaftskataster eingetragen ist, verkauft wird. Dies soll im Normalfall dem Willen des Verkäufers entsprechen. Deswegen sei eine Unklarheit über die Grenzziehung des Grundstücks oder ein Überbau des Gebäudes auf dem Nachbargrundstück in der Regel unbeachtlich.¹⁹ Allerdings sei in diesem Fall anhand der konkreten Umstände der Besichtigung deutlich festzustellen, dass der Verkäufer das gesamte Grundstück, das über den im Liegenschaftskataster eingetragenen Umfang hinausgeht und den Teil des Nachbargrundstücks einschließt, verkaufen wollte. Bei der Besichtigung hat der Käufer eine Vorstellung über das zu verkaufende Grundstück bekommen und mit eigenen Augen festgestellt, welchen Raum das zu verkaufende Grundstück einnehmen sollte.²⁰ Somit betreffe die Vereinbarung der Parteien nicht nur den damals zum Verkäufer gehörenden Teil, sondern das bei der Besichtigung von den beiden Parteien angenommene „gesamte Grundstück“.

Zur zweiten Frage geht der BGH auch davon aus, dass diese bei der Besichtigung erfolgte Vereinbarung nicht deswegen ihre Gültigkeit verliere, weil sie keinen Niederschlag in der Vertragsurkunde findet. Der BGH hat sich auf *falsa demonstratio* berufen. Er hat darauf hingewiesen, dass es bei der versehentlichen

¹⁹ Vgl. auch BGH NJW RR 2006, 662,664= BeckRS 2006, 01827=DNNotI-Report 2006, 41=DNNotZ 2006, 364=IBRRS 2006, 0624=WM 2006 Heft 11, 540=LSK 2006, 150728 (Ls.)=JR 2007, 76=MDR 2006, 923=NotBZ 2006, 92=RPflegler 2006, 181=ZNotP 2006, 149.

²⁰ BGH NJW 2002, 1038,1040=BeckRS 2001 30225423=IBRRS 2002, 0113=WM 2002 Heft 15, 763=FHZivR 48 Nr. 3021 (Ls.)=LSK 2002, 070996 (Ls.)=MittBayNot 2002, 292 (Ls.)=BeckRS 2002, 01469=JA 2002, 617=LM Nr. 65 § 133(B) BGB=MDR 2002, 510=NJ 2002, 315 L=NotBZ 2002, 97=RPflegler 2002, 255=RPflegler2002, 256=WuB 2002, 597=ZNotP 2002, 149.

Falschbezeichnung schon genügen, wenn die falsche Bezeichnung als solche dem Formerfordernis genügt.²¹ Der tatsächliche Wille der Parteien sei nur falsch bezeichnet, hätte aber dem Formerfordernis schon entsprochen.

Diese Vielfältigkeit der Deutungsweisen hat in der Praxis Unsicherheit gebracht. Im Fall 1 war es immer bedenklich, ob das „Problem“ in der Sache selbst oder in dem Aufstellungsplatz liegt. Im Fall 2 brauchte man sich tatsächlich nicht mehr auf eine „vor- oder nebenvertragliche Beratungspflicht“ zu berufen, weil die Anwendung von culpa in contrahendo gar nicht ausgeschlossen wurde, wenn es sich nicht um eine Eigenschaft der Sache handelt. Im Fall 3 und 4 hat der BGH zwar dieselbe Wertung getroffen, nämlich dass die Käufer geschützt werden sollten. Über den Kern des Rechtsstreits hat er allerdings ganz unterschiedliche Aussagen getroffen. Ob diese Unsicherheit durch die Schuldrechtsreform beseitigt wird oder im neuen Gewährleistungsrecht weiter besteht, wird im Verlauf dieser Arbeit beantwortet werden.

2. Abgrenzung des Forschungsgegenstands

Im Rahmen der hier diskutierten Konkurrenzfrage sind die Informationspflichten hauptsächlich in zweierlei Hinsicht zu betrachten: Zum einen handelt es sich um die vorvertragliche Aufklärungspflicht, deren Verletzung im Rahmen von culpa in contrahendo zum Ersatz des negativen Interesses führen kann, zum anderen handelt es sich um Beratungspflichten, die wiederum in zwei Kategorien zu unterteilen sind, nämlich die als Nebenpflicht zu verstehende unselbstständige Beratungspflicht und die als konkludent vereinbarter eigenständiger Beratungsvertrag zu verstehende selbstständige Beratungspflicht.²²

Merkwürdigerweise spielte im alten Schuldrecht die Abgrenzung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden eine wichtige Rolle für die

²¹ Vgl. auch BGH NJW 1983, 1610=BeckRS 1983, 00644=ZIP 1983, 834=DNotZ 1983, 618 (Ls.)=DNotZ 1983, 618 (Ls.)=DNotZ 1983, 618 (Ls.)=FHZivR 29 Nr. 704 (Ls.)=FHZivR 29 Nr. 705 (Ls.)=LSK 1984, 090014 (Ls.)=BB 83, 1308=Betrieb 83, 1815=BGHZ 87, 150=BGHZ87, 150=JR 1984, 14=JR 84, 13=JZ 1983, 760=MDR 83, 739=RPfleger 83, 306=RPfleger83, 306=WPM 83, 657.

²² BGH NJW 1958, 668.

Konkurrenzfrage. Unter Mangelschaden versteht man den Schaden, der in der Kaufsache selbst begründet ist, also unmittelbar aus der Nichterfüllung ergibt. Unter Mangelfolgeschaden versteht man den Schaden an anderen Rechtsgütern als an der Kaufsache selbst, der durch die Schlechtlieferung verursacht wird.²³ Im alten Schuldrecht wurde angenommen, dass der Käufer Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung immer verlangen konnte, soweit sich diese auf einen Mangelfolgeschaden bezog.²⁴ Die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts erstreckte sich nicht auf den Mangelfolgeschaden. Eine Konkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und Informationspflicht bestand somit im Bereich des Mangelfolgeschadens nicht.

In Bezug auf diese Abgrenzung hat die Schuldrechtsmodernisierung eine echte und feststellbare Änderung angebracht. Im neuen Gewährleistungsrecht sind alle Ansprüche in das dreistufige System des § 437 BGB eingeordnet, wobei für die gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzansprüche weiterhin auf §§ 280 ff. BGB verwiesen wird (§ 437 Abs. 3 BGB). Unter §§ 280 ff. BGB wird eine völlig neue Ausgangslage vorgesehen, die gegen eine Fortsetzung der Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden spricht.²⁵ Der Gesetzgeber will durch die neue gesetzliche Grundlage auch seit langem problematisch erscheinende Abgrenzungsschwierigkeiten vermeiden.²⁶ Somit sollte nach der Schuldrechtsreform die Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden kein Abgrenzungskriterium für die Konkurrenzfrage mehr darstellen. Inwiefern das Gewährleistungsrecht mit der Informationspflicht konkurriert, hängt nunmehr lediglich davon ab, ob die Haftung aufgrund eines Mangels entsteht.²⁷ Eine unterschiedliche Behandlung je nach Mangel- und Mangelfolgeschaden ist für die Konkurrenzfrage nach der Schuldrechtsmodernisierung abzulehnen. Wenn das Gewährleistungsrecht eine

²³ BGH NJW-RR 1996, 951=BeckRS 9998, 14754=FHZivR 42 Nr. 8313 (Ls.)=LSK 1996, 380024 (Ls.)=WM 1996, 1592=WPM 1996, 1592.

²⁴ BGH NJW-RR 1996, 951.

²⁵ MünchKomm/Ernst, 7. Aufl. 2016, BGB § 280 Rn. 68

²⁶ BT-Drs. 14/6040 S. 87 f., 94.

²⁷ Mertens, AcP 203 (2003), 818, 841.

Sperrwirkung gegenüber Informationspflichten z.B. in Form der culpa in contrahendo entfaltet, erstreckt sich diese Sperrwirkung nunmehr auch auf den Mangelfolgeschaden.

Außer Betracht bleiben aber die Umstände, die keine unmittelbare Beziehung zur Kaufsache haben. Der Beschaffenheitsbegriff hat hier eine Abgrenzungsfunktion. Eine falsche Angabe über die Umstände, die nichts mit der Beschaffenheit der Sache zu tun haben, führt nicht zur Konkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und Informationspflicht.

3. Gliederung

Insgesamt wird diese Arbeit in sechs Teilen aufgeteilt. Im ersten Teil findet sich ein Überblick über die Diskussionen in der Literatur und die Meinungen in der Rechtsprechung vor und nach der Schuldrechtsreform, um zunächst ein Gesamtbild über das Problem anzubieten. Zu beachten ist eine mögliche Wandlung der bisherigen herrschenden Meinung. In diesem Teil wird auch eine Analyse des bisherigen Meinungsstands vorgenommen, die - mit Rücksicht auf die Widersprüche in den verschiedenen Meinungen - die im folgenden Teil zu lösenden Fragen darstellt.

Im zweiten Teil wird die Funktion und Entwicklungsgeschichte des Beschaffenheitsbegriffs erforscht. Dabei wird genauer zu beobachten sein, in welchem Bereich das Gewährleistungsrecht und die Informationspflicht miteinander konkurrieren. In diesem Teil ist besonders zu prüfen, wie sich das Verständnis des Begriffs Beschaffenheit (Eigenschaft) der Sache vor und nach der Schuldrechtsmodernisierung entwickelt hat und wie der Beschaffenheitsbegriff Einfluss auf die Konkurrenzfrage ausgeübt hat.

Im dritten Teil geht es um die Informationspflicht als solche, d.h. es wird abgebildet, wie eine Informationspflicht entsteht, welche Wertungen im Rahmen der Informationspflicht miteinander abzuwägen sind und wie der Schaden wegen Informationspflichtverletzung im Rahmen der c.i.c. kompensiert wird.

Im vierten Teil wird die Verteilung der Informationshaftung innerhalb des Gewährleistungsrechts dargestellt. Zuerst muss der Arglistbegriff erörtert werden, der im §463 BGB a.F. als eine Voraussetzung des gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzanspruchs galt und heute weiterhin für die Konkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und vorvertraglicher Haftung ein Ausnahmekriterium darstellt. Zu untersuchen ist auch, ob die Verteilung der Informationshaftung im Rahmen des Gewährleistungsrechts immer mit der Verteilung im Rahmen der c.i.c. übereinstimmt oder ob trotz vieler Anpassungsversuche noch Abweichungen bestehen. Dadurch wird beantwortet, ob das Gewährleistungsrecht und die Informationspflicht einander hinsichtlich der praktischen Rechtsfolge ersetzen können, oder ggf. eine „echte“ Konkurrenz darstellen, die in Bezug auf die Frage, „Schutzwürdig oder nicht?“, letztlich unterschiedliche Antworten geben können.

Im fünften Teil ist zu erörtern, wie die Beratungspflicht in der Rechtspraxis als Ergänzung zur Kompensation gegenüber der fahrlässigen Informationspflichtverletzung entstand und wie sie sich im folgenden entwickelte, welche Auswirkungen die Schuldrechtsmodernisierung auf die Beratungspflicht hat, ob es nach der Integration des Gewährleistungsrechts ins Leistungsstörungenrecht einer solchen außerhalb des Gewährleistungsrecht stehenden Rechtsfigur überhaupt noch bedarf. Eine implizite Aufgabe dieses Teils ist es, einige Missverständnisse über die Funktion der Beratungspflicht zu beseitigen, die z.B. häufig als ein Mittel zur Umgehung der kurzen Verjährungsfrist der gewährleistungsrechtlichen Ansprüche angesehen wurde.

Im letzten Teil wird eine eigene Stellungnahme zur Konkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und Informationspflicht unter dem neuen Schuldrecht vorgenommen. Dargestellt werden die Ursprünge der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts und dessen Unzulänglichkeit in Bezug auf die Haftung bei Informationspflichtverletzungen. Die Ansichten, die nach der Schuldrechtsmodernisierung allmählich Vertreter hinzugewonnen haben, werden jeweils kritisch betrachtet werden. Am Ende wird eine Struktur hinsichtlich der Zusammenwirkung von Gewährleistungsrecht, culpa in contrahendo und

Beratungspflicht vorgezeichnet, die der Unterscheidung zwischen Beschaffenheitsinformation, Beratung und Beschaffenheitsvereinbarung dient.

1. Die Konkurrenz zwischen Informationspflicht und Gewährleistungsrecht: vor und nach der Schuldrechtsmodernisierung

Die Frage der Konkurrenz zwischen dem Gewährleistungsrecht und der Haftung aus c.i.c. war schon vor der Schuldrechtsreform umstritten. Bei der Schuldrechtsmodernisierung hat der Gesetzgeber diese Frage zwar gesehen, aber bewusst zurückhaltend behandelt.²⁸ Die Rechtsprechung hat sich in Gestalt des BGH im Jahr 2009 zum ersten Mal nach der Schuldrechtsreform mit dieser Frage befasst. In seiner Entscheidung hat der BGH die seit dem alten Schuldrecht herrschende Meinung nochmals bestätigt, dass das Gewährleistungsrecht der Haftung aus c.i.c. grundsätzlich vorgehen sollte, eine Ausnahme allerdings zumindest beim arglistigen Verschweigen des Verkäufers in Betracht komme.²⁹

1.1. Die Rechtspraxis im vorherigen Recht: Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts mit Ausnahmen

Im alten Recht lässt sich eine Meinung des Gesetzgebers zum Konkurrenzverhältnis zwischen Gewährleistungsrecht und Informationspflicht nicht ermitteln. Eine verbindliche Aussage des Gesetzgebers über den Anwendungsbereich der c.i.c.-Haftung und ihr Verhältnis zum Gewährleistungsrecht ist kann nicht aus vereinzelt Regelungen wie § 463 BGB a.F. entnommen werden, weil die Funktionen der Haftung aus culpa in contrahendo bis zum Inkrafttreten des alten Schuldrechts im BGB 1900 noch nicht im

²⁸ BT-Dr 14/6040, S. 161, 242.

²⁹ BGH NJW 2009, 2120 BeckRS 2009, 11064=DNotI-Report 2009, 118=DNotZ 2009, 760=IBRRS 2009, 1319=JuS 2009, 757=NJ 2009, 294=NZBau 2009, 510=NZM 2009, 523=VersR 2010, 632=ZfBR 2009, 460=LSK 2009, 360254 (Ls.)=BauR 2009, 1143=BGHZ 180, 205=JR 2010, 262=JZ 2009, 1171=LMK 2009, 282362=MDR 2009, 742=MDR 2009, 742 L=ZfIR 2009, 560=ZNotP 2009, 234.

gegenwärtigen Umfang anerkannt wurden.³⁰ Die in dieser Arbeit erforschte Beratungspflicht entstand auch als ein Mittel zur Füllung einer Gesetzeslücke erst durch richterliche Auslegung seit den 1950er-Jahren.³¹

1.1.1. Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts

Nach der herrschenden Meinung im alten Recht wurde die Anwendung der Regeln der culpa in contrahendo durch das Gewährleistungsrecht ausgeschlossen, wenn die Eigenschaft einer Sache maßgeblich war, weil das (zu dieser Frage insbesondere durch § 463 BGB a.F. gekennzeichnete) Gewährleistungsrecht eine abschließende Sonderregelung gegenüber der allgemeinen Haftung aus vorvertraglicher Pflichtverletzung bildete.³² Der entscheidende Zeitpunkt war der Gefahrübergang.³³ Vor dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs konnte die Haftung aus c.i.c. unmittelbar angewandt werden. Seit jeher wurde anerkannt, dass die Verdrängung des Gewährleistungsrechts gegenüber der vorvertraglichen Informationspflichtverletzung schon auf der tatbestandlichen Ebene gelten soll, d.h. unabhängig davon, ob im Einzelfall ein Sachmangel wirklich vorlag.³⁴

³⁰ Emmerich, in: FS Honsell, 209, 216; vgl. Rudolf von Jhering: Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, in: Jherings Jahrbücher = Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 4 (1861) 1; Karl Kreuzer: Culpa in contrahendo und Verkehrspflichten. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Begrenzung der Haftung nach Vertragsrecht, Würzburg 1971.

³¹ BGH NJW 1958, 866 (Ls.)=BeckRS 1958, 31198158=LSK 1958, 928131 (Ls.)=BB 58, 426=Betrieb 58, 485=JR 58, 418=LM Nr. 5 § 459 Abs. 1BGB=MDR 58, 422.

³² Statt vieler BGH NJW 1973, 1234=BeckRS 1973 (Ls.)=LSK 1973, 850286 (Ls.)=MittBayNot 1973, 347 (Ls.)=BB 73, 680=Betrieb 73, 1062=BGHZ 60, 319=JR 73, 371=JurBüro73, 940=JuS 73, 721=MDR 73, 659; BGH NJW 1990, 1659,1661=BeckRS 9998, 165174=LSK 1990, 270007 (Ls.)=NJW-RR 1990, 1391 (Ls.)=BGHZ 111, 75= DAR 1990, 263=DB 1990, 1275=JuS 1990, 844=JZ 1990, 1075=MDR 1990, 912=WPM 1990, 1032; zusammenfassend H. Honsell JR 1976, 361 ff.; G. Müller, FS Hadding, 2004, S.200.

³³ Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen 6. Aufl. § 7 Rn. 26; Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 437 Rdn. 186; für Miete BGH NJW 1997,2813=BeckRS 9998, 03706=ZIP 1997, 1594=ZMR 1997, 565=FHZivR 43 Nr. 1273 (Ls.)=FHZivR 43 Nr. 636 (Ls.)=FHZivR 44 Nr. 1356 (Ls.)=FHZivR 44 Nr. 676 (Ls.)=LSK 1997, 420011 (Ls.)=NJW-RR 1997, 1503 (Ls.)=NJWE-MietR 1997, 247 (Ls.)=BGHZ 136, 102=DB 1997, 2320=DWW 1998, 106=GE 1997, 1330=JR 1998, 195=JR 1998, 195 (, abl.)=JZ 1998, 302=LM Nr. 13 § 306 BGB=LM, BGB § 306 13=MDR 1997, 921=NJ 1997, 646=WM 1997, 2005=WM 1997, 617=WPM 1997, 2005=WuM 1997, 617=ZfIR 1997, 523.

³⁴ Emmerich, in: FS Honsell, 209, 212; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 73. Aufl., § 311 Rn. 14; Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 437 Rdn. 186; Erman/Kindl, 14. Aufl. 2014, BGB §311, Rn. 85. Für

Die herrschende Stellung dieser Meinung hat der BGH in dem berühmten „Seegrundstück-Urteil“ bekräftigt und dazu eine ausführliche Begründung gegeben.³⁵ In seinem Urteil hat der BGH zuerst in Anlehnung an die vorherige Rechtssprechung des RG³⁶ darauf hingewiesen, dass der Ausschluss einer Haftung für fahrlässige Angaben oder Nichtangaben des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache der ständigen Rechtssprechung entspricht. Er hat weiter angeführt, dass die §§ 459 ff. BGB a.F. ein eigenständiges Regelungssystem für den Fall formulierten, dass es der gelieferten Kaufsache an bestimmten Eigenschaften fehlt, über die die Sache aber verfügen muss. Hinsichtlich dieser Frage knüpfte § 463 BGB a.F. die Schadensersatzansprüche nur an Zusicherung und Arglist des Verkäufers. Für die Rückabwicklung des Vertrags haben §§ 462, 467 BGB a.F. eigene Voraussetzungen vorgesehen, die enger als die Haftung aus Verschulden beim Vertragsschluss sind. Eine falsche Aufklärung des Verkäufers aus Fahrlässigkeit, selbst wenn sie den Käufer zur Kaufentscheidung bewegt hat, könne somit nach solchen Vorschriften weder zur Wandelung noch zum Schadensersatz führen. Dies sei eine vom Gesetzgeber beabsichtigte Folge, für eine weitere Entwicklung einer Haftung wegen fahrlässiger Angabe oder Nichtangabe der Sacheigenschaften gebe es keinen Raum.³⁷ Das Gewährleistungsrecht gestatte einerseits dem Verkäufer eine sichere und schnelle Abwicklung des Kaufs. Andererseits gewähre es dem Käufer zum Ausgleich den Erwerb einer erwartungsgemäßen Sache. Diesen Wertungsausgleich erreiche das Gewährleistungsrecht dadurch, dass es zugunsten des Käufers dem Verkäufer eine verschuldensunabhängige Haftung auferlege, zugunsten des Verkäufers aber den Schadensersatz wegen falscher Angabe über Sacheigenschaften aus Fahrlässigkeit ausschließe. Diese Abwägung lasse sich nicht aus dem Umkehrschluss von § 463 BGB a.F. herleiten, sondern beruhe auf einer Gesamtbetrachtung des

das neue Recht ebenso Sutschet, in: Bamberger/Roth, 3. Auf. § 311 Rn. 79.

³⁵ BGH NJW 1973, 1234=BeckRS 1973 (Ls.)=FHZivR 19 Nr. 844 (Ls.)=FHZivR 20 Nr. 800 (Ls.)=LSK 1973, 850286 (Ls.)=MittBayNot 1973, 347 (Ls.)=BB 73, 680=Betrieb 73, 1062=BGHZ 60, 319=BGHZ60, 319=JR 73, 371=JurB üro73, 940=JuS 73, 721=LM Nr. 32 §459 BGB(L;)=MDR 73, 659=VP 73, 111 (L)=WPM 73, 641=ZF XIX Nr. 844.

³⁶ RGZ 135, 339, 346; 161, 330, 337.

³⁷ BGH NJW 1973, 1234,1235.

Gewährleistungsrechts. § 463 BGB a.F. sei auch nicht als eine Haftungsverschärfung von Vertrauens- auf Erfüllungsschaden zu verstehen. Ein Ausbau des Anwendungsbereichs der vorvertraglichen Haftung sei angesichts der von Literatur und Rechtsprechung wiederholt herausgearbeiteten Grenze des Gewährleistungsrechts kaum zu rechtfertigen.³⁸

1.1.2. Ausnahmen der Sperrwirkung

Neben der grundsätzlichen Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts galten aber im alten Schuldrecht noch eine Reihe von Ausnahmen. Eine Ausnahme kam vor allem beim arglistigen Verschweigen des Verkäufers in Betracht.³⁹

Ferner ist anzumerken, dass im alten Recht der Rechtsmangel noch in vielerlei Hinsicht anders als der Sachmangel behandelt wurde. In diesem Konkurrenzfall galt der Vorrang des Gewährleistungsrechts für die Rechtsmangelhaftung auch nicht.⁴⁰

Schließlich können die Vertragsparteien nach der Meinung des BGH ausdrücklich oder konkludent eine unselbständige oder selbstständige Beratungspflicht des Verkäufers vereinbaren, bei deren Verletzung der Verkäufer schadensersatzpflichtig wäre.⁴¹ Der Unterschied dieser zwei Beratungspflichten besteht darin, dass die Ansprüche aus einer unselbständigen Beratungspflicht der kurzen Verjährungsfrist

³⁸ BGH NJW 1973, 1234, 1235.

³⁹ BGH NJW 1997, 2813=BeckRS 9998, 03706=ZIP 1997, 1594=ZMR 1997, 565=FHZivR 43 Nr. 1273 (Ls.)=LSK 1997, 420011 (Ls.)=NJW-RR 1997, 1503 (Ls.)=NJWE-MietR 1997, 247 (Ls.)=BGHZ 136, 102=DB 1997, 2320=DWW 1998, 106=GE 1997, 1330=JR 1998, 195=JZ 1998, 302=MDR 1997, 921=NJ 1997, 646=Wm 1997, 2005=WPM 1997, 2005=WuM 1997, 617=ZfIR 1997, 523.

⁴⁰ BGH NJW 1976, 236=BeckRS 1975 (Ls.)=LSK 1975, 850574 (Ls.)=MittBayNot 1975, 256 (Ls.)=BB 76, 11 u. 155 (L.); =Betrieb 76, 37=BGHZ 65, 246=DNofZ 76, 154=GmbH-Rdsch.76, 63=JuS 76, 328=MDR 76, 308=WPM 76, 10; BGH, NJW 1994, 2947=BeckRS 9998, 95448=DNofI-Report 1994, 4=DNofZ 1995, 47=MittBayNot 1994, 534=ZIP 1994, 1863=FHZivR 41 Nr. 916 (Ls.)=LSK 1994, 450014 (Ls.)=NJW-RR 1995, 17 (Ls.)=DB 1994, 2336=LM Nr. 21 § 362 BGB)=MDR 1995, 248=Rpfleger1995, 101=Wm 1994, 2253=WPM 1994, 2253; BGH, NJW 2001, 2875=BeckRS 2001 30173820=BeckRS 2001, 04735=DNofI-Report 2001, 118=IBRRS 37128=Wm 2001 Heft 27, 1302=ZIP 2001, 1465=DStR 2001, 1398 (Ls.)=FHZivR 47 Nr. 659 (Ls.)=FHZivR 47 Nr. 666 (Ls.)=LSK 2001, 390009 (Ls.)=BauR 2001, 1433=DB 2001, 1717=JA 2001, 918=LM Nr. 163 § 276(Fa) BGB=MDR 2001, 929=ZfIR 2001, 815.

⁴¹ Statt vieler BGH, NJW 2001, 2021; BGH NJW 1967, 1805; BGH NJW 1983, 2967; BGH NJW 1999, 638; BGH, NJW 1998, 302. Emmerich, Jus 2004, 622; Mertens, AcP 203 (2003), 818, 849.

des Gewährleistungsrechts unterliegen,⁴² während die Ansprüche aus einem selbstständigen Beratungsvertrag der allgemeinen Verjährungsfrist unterliegen.⁴³ Den Maßstab für das Vorliegen einer Beratungspflicht bildet die Schutzwürdigkeit des Käufers im Einzelfall unter Berücksichtigung der Inanspruchnahme einer besonderen Sachkunde durch den Verkäufer.⁴⁴

1.1.3. Enge Auslegung des Eigenschaftsbegriffs

Erwähnenswert ist der Versuch der Rechtsprechung, mit der engen Auslegung des Eigenschaftsbegriffs die Anwendung des Gewährleistungsrechts zu vermeiden.⁴⁵ Dies bildet zwar nicht unmittelbar eine Ausnahme zur Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts, funktioniert aber tatsächlich ähnlich.

Der Grund eines solchen Versuches bestand hauptsächlich in der besonders kurzen (sechsmonatigen) Verjährungsfrist des Gewährleistungsanspruchs, die dazu führte, dass die Rechtsprechung, um den Bedürfnissen der Praxis gerecht zu werden, bewusst nach anderen Lösungen außerhalb des Gewährleistungsrechts suchen musste. Es ist überwiegend anerkannt, dass die Konkurrenzfrage nur dann eintritt, wenn sich der strittige Punkt eine Eigenschaft des Kaufgegenstandes darstellt. Nicht selten fasste die Rechtsprechung das Verständnis des Eigenschaftsbegriffes in Einzelfällen bewusst eng. Wenn es um sonstige Umstände geht, über die der Verkäufer zur Aufklärung verpflichtet ist, greift das Gewährleistungsrecht nicht ein. In diesem Fall ist die Haftung aus c.i.c. unzweifelhaft anzuwenden, soweit deren Voraussetzungen erfüllt sind.

Besonders bemerkenswert war diese Tendenz in den Fällen des Unternehmenskaufs, wobei die Angaben über die Ertragsfähigkeit des Unternehmens, z.B. die Umsätze und Erträge des verkauften Unternehmens nicht

⁴² a.A. Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 437 Rdn. 190. Der Verkäufer dürfe nur darauf vertrauen, nach der kürzeren Verjährungsfrist nicht mehr wegen Gewährleistungsrechts zu haften, aber nicht darauf, keine Haftung mehr wegen sonstigen Fehlverhaltens beim Vertragsschluss zu tragen.

⁴³ BGH, NJW 2004, 2301; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen 6. Aufl. § 7 Rn. 33.

⁴⁴ BGH, NJW 2001, 2021; BGH, NJW 2004, 2301, 2302.

⁴⁵ MünchKomm/Emmerich, 6. Aufl. 2016, BGB § 311 Rn.94.

als Eigenschaften angesehen wurden.⁴⁶ Der Grund liegt hier neben der kurzen Verjährungsfrist auch darin, dass die für den Regelfall vorgesehene Vorschrift von § 463 BGB a.F. nicht für den hochkomplexen Fall des Unternehmenskaufs geeignet sei,⁴⁷ für den die eher variablen und flexibleren Regeln der c.i.c. besser als das Gewährleistungsrecht funktionieren könnten.⁴⁸

1.2. Meinungsstand nach der Schuldrechtsreform

1.2.1. Weitere Auseinandersetzungen nach der Schuldrechtsreform

Die Schuldrechtsmodernisierung hat zu einer erheblichen Veränderung der gesetzlichen Grundlage geführt. Im alten Recht war die Haftung aus c.i.c. im Fall des Rechtsmangels nicht durch das Gewährleistungsrecht ausgeschlossen, so dass der Rechtsmangel als eine Ausnahme der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts galt.⁴⁹ Eine unstrittige Veränderung liegt darin, dass Sach- und Rechtsmängel gemäß § 453 BGB nunmehr gleich zu behandeln sind. Aufgrund dieser Gleichbehandlung von Rechts- und Sachmängeln sollte die Ausnahme bei Rechtsmängeln entfallen, so dass das Gewährleistungsrecht auch in diesem Fall den Vorrang hat.⁵⁰

Zwar hat die Rechtsprechung mit Anlehnung an die vorherige herrschende Meinung den alten Grundsatz übernommen. In der Literatur bildet sich aber deutlich die Tendenz heraus, eine saubere Ansatzweise mit möglichst wenigen Ausnahmen herauszuarbeiten.

⁴⁶ BGH, NJW 1977, 1536= BeckRS 1977 (Ls.)=LSK 1977, 850785 (Ls.)=BB 77, 965=Betrieb 77, 1451=BGHZ 69, 53=BGHZ69, 53=JR 77, 503=JuS 77, 761=MDR 77, 824=WPM 77, 999; BGH, NJW 1970, 653= BeckRS 1969 (Ls.)=FHZivR 16 Nr. 671 (Ls.)=LSK 1969, 939281 (Ls.)=Betrieb 70, 42= Jus70, 412=LM Nr. 5 § 276(Fb) BGB=MDR 70, 301=WPM 70, 132.

⁴⁷ Emmerich, in: FS Honsell, 209, 212

⁴⁸ Barnert, WM 2003, 416, 425.

⁴⁹ BGH NJW 1976, 236; BGH, NJW 1994, 2947; BGH, NJW 2001, 2875.

⁵⁰ Palandt/Grüneberg, BGB, § 311 Rdnr. 16.

1.2.1.1. Absolute Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts

Nach der Schuldrechtsmodernisierung wird verbreitet die Meinung vertreten, dass die Anwendung der Regeln über das Verschulden beim Vertragsschluss völlig, nämlich auch bei Arglist des Verkäufers, abgelehnt werden müsse, sofern es sich um eine Abweichung der Ist-Beschaffenheit der Kaufsache von der Soll-Beschaffenheit handelt.⁵¹

Dafür spreche vor allem die Ausdehnung der Haftung im Rahmen des Gewährleistungsrechts.⁵² Im alten Gewährleistungsrecht hatte die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts ihre Wurzel in der Sonderregelung von § 463 BGB a.F., die dem Käufer einen Schadensersatzanspruch nur im Fall der Zusicherung und Arglist des Verkäufers ließ.⁵³ Aus dieser Beschränkung wurde hergeleitet, dass eine fahrlässige Haftung des Verkäufers im Gewährleistungsrecht ausgeschlossen sei. Nach der Schuldrechtsmodernisierung ist diese Beschränkung entfallen. Ein Schadensersatzanspruch wegen Sachmangels kann dem Käufer nunmehr anders als im früheren Recht auch bei Fahrlässigkeit des Verkäufers im Rahmen des Gewährleistungsrechts zustehen. In diesem Fall ist der Ersatz des positiven Interesses gemäß §§ 437 Nr. 3, 280, 281ff. möglich. Dies bedeute, dass das Gewährleistungsrecht nunmehr ein generelles, sowohl für arglistige Haftung, als auch für fahrlässige Haftung geltendes spezielles Regelungssystem darstelle. Die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts sollte sich deswegen auch auf die Haftung wegen Vorsatz erstrecken.⁵⁴

In Anlehnung an das oben angeführte Argument wäre auch anzunehmen, dass die wichtige praktische Notwendigkeit für die Anwendung der c.i.c.-Regeln schon entfallen sei.⁵⁵ Insbesondere hinsichtlich der Verjährungsfrist sei die Schwäche des vorherigen Gewährleistungsrechts schon durch die neuen Regelungen wie z.B. §

⁵¹ AnwK/Krebs, Aufl.2, BGB §311, Rn. 79; Sutschet, in: Bamberger/Roth, Aufl.3, BGB § 311, Rn. 79; Schaub, AcP 202, 758, 783; Roth, JZ 2006, 1024, 1026; Köster Jura 2005, 145,148; Schulze/Ebers JuS 2004, 462, 463.

⁵² Staudinger/ Matusche-Beckmann, 2014 BGB §437 Rn.74; Schaub, AcP 202, 758, 783.

⁵³ Vgl. auch Derleder NJW 2004, 969, 974 f.

⁵⁴ Staudinger/ Matusche-Beckmann, 2014 BGB §437 Rn.74; Schulze/Ebers JuS 2004, 462, 463.

⁵⁵ Schaub, AcP 202, 758, 783; Schulze/Ebers JuS 2004, 462, 463.

438 BGB beseitigt.⁵⁶ Ferner sei eine Vertragspartei durch den Ersatz des positiven Interesses hinreichend geschützt, weil sie so gestellt wird, als wäre der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden, so dass sie keinen Anlass mehr haben sollte, auf den Ersatz des negativen Interesses zurückzugreifen.⁵⁷

Darüber hinaus gelte die neue dreistufige Konstruktion des § 437 BGB deswegen als abschließende Sonderregelung, weil der Gesetzgeber hier aufgrund des Nacherfüllungs- und Rücktrittsrechts des Käufers weitere Beschränkungen vorgesehen habe, die durch eine unmittelbare Anwendung der culpa in contrahendo umgangen werden könnten.⁵⁸ Nach der Konstruktion von § 437 BGB sei der Verkäufer beim Vorliegen eines Sachmangels zur Nacherfüllung nicht nur verpflichtet, sondern auch berechtigt. Der Verkäufer darf zuerst nacherfüllen, bevor er Schadensersatz oder Aufwendungsersatz leistet. Nur wenn das Nacherfüllungsverlangen nach einer angemessenen Frist erfolglos bleibt oder die Fristsetzung entbehrlich ist, darf der Käufer Rücktritt oder Schadensersatz verlangen (§ 440 BGB). Diese Konstruktion wäre bei der unbeschränkten Anwendung der Haftung aus c.i.c. umgangen, weil die Naturalrestitution und die Vertragsanpassung wegen der vorvertraglichen Pflichtverletzung anders als die Haftung im Rahmen des Gewährleistungsrechts keiner Fristsetzung bedarf, d.h. mit Geltendmachung eines Anspruchs aus culpa in contrahendo könnte sich der Käufer unmittelbar dem Vertrag entziehen oder Schadensersatz verlangen, ohne eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung zu setzen oder auf die Folge der Nacherfüllung zu warten.⁵⁹

Schließlich seien hinsichtlich der besonderen kaufrechtlichen Regelungen wie z.B. des Ausschlussstatbestands des § 442 BGB und der besonderen Regelung des § 438 BGB über die Verjährungsfrist keine Entsprechungen in den Regelungen zur c.i.c. zu finden.⁶⁰ In § 442 BGB ist vorgeschrieben, dass die Gewährleistungsrechte des Käufers ausgeschlossen sind, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt; kennt

⁵⁶ Schaub, AcP 202, 758, 783.

⁵⁷ MünchKomm/Emmerich, 6. Aufl. 2012, BGB § 311 Rn.95.

⁵⁸ AnwK/Krebs, Aufl.2, BGB §311, Rn. 79.

⁵⁹ Derleder NJW 2004, 969, 974 f; Roth, JZ 2006, 1024, 1026.

⁶⁰ Schulze/Ebers JuS 2004, 462, 463.

der Käufer den Mangel infolge grober Fahrlässigkeit nicht, kann er seine Rechte nur dann geltend machen, wenn dem Verkäufer Arglist vorgeworfen werden kann oder er eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Gemäß § 438 BGB beträgt die Verjährungsfrist in der Regel zwei Jahre und wird auf die allgemeine Verjährungsfrist verlängert, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Diese spezifische Überlegung gilt als ein „strukturprägendes“ Merkmal des Gewährleistungsrechts,⁶¹ das nicht durch die vorvertragliche Haftung ausgehöhlt werden sollte.

1.2.1.2. Freie Konkurrenz des Gewährleistungsrechts und der culpa in contrahendo

Umgekehrt vertritt eine andere Meinung, dass neben dem Gewährleistungsrecht die Regeln der culpa in contrahendo **ohne Beschränkungen** anzuwenden sind.⁶²

Begründet wird dies zunächst mit der ersatzlosen Streichung der Regelungen der §§ 463 und 477 BGB a.F. und der damit verbundenen Vereinheitlichung von Gewährleistungsrecht und allgemeinen Leistungsstörungenrecht, die gegen eine Privilegierung des Verkäufers im Rahmen der allgemeinen Haftung für die vorvertragliche Pflichtverletzung spreche.⁶³ Das Kaufrecht ist durch die Neufassung des Schuldrechts stärker als früher in die *Denkformen* des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts integriert worden,⁶⁴ was eher gegen als für das Fortbestehen einer Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts spreche.

Ein weiteres Argument sei, dass es sich vorliegend um unterschiedliche

⁶¹ Derleder NJW 2004, 969, 974 f.

⁶² Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 437 Rdn. 190; MünchKomm/Emmerich, 7. Aufl. 2016, BGB § 311, Rn. 82; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., § 7 Rdn. 35; Emmerich, in: FS Honsell, 209, 219; Häublein, NJW 2003, 388, 391 ff.; Reischl, JuS 2003, 1076, 1079; Köndgen, in: Schulze/Schulte-Nölke [Hrsg.], Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 231, 238 f.; in Bezug auf den Unternehmenskauf Barnert, WM 2003, 416, 424 f.; Kindl, WM 2003, 409.

⁶³ Emmerich, in: MünchKomm, BGB 7. Aufl. § 311 Rn. 82; Reischl, JuS 2003, 1076, 1079;

⁶⁴ MünchKomm/ Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB § 433 Vorbemerkung, Rn. 2; Ernst/Gsell ZIP 2000, 1410 ff.; Gsell JZ 2001, 65 ff.; Ehmann/Sutschet JZ 2004, 62 ff.; Oetker/Maultzsch Vertragliche Schuldverhältnisse § 2 Rn. 128 ff.

Haftungssysteme handle.⁶⁵ Wertungsmäßig liege der Unterschied dieser zwei Rechtsinstitute darin, dass das Gewährleistungsrecht auf die Herstellung des Äquivalenzverhältnisses zwischen der Sache und dem Preis abzielt, während die Haftung aus culpa in contrahendo im Fall der Verletzung von Aufklärungspflichten hauptsächlich auf den Vertrauensschutz und den Ausgleich der Informationsasymmetrie ausgerichtet ist.⁶⁶ Auf tatbestandlicher Seite sei der Unterschied bedeutsam, dass für eine Gewährleistungshaftung vor allem das Vorliegen des Sachmangels vorausgesetzt wird und das Verschulden des Verkäufers hinsichtlich des Nacherfüllungs-, Minderung- oder Rücktrittsanspruchs nicht erforderlich ist, während das Verschulden des Verkäufers für die Haftung aus c.i.c. immer eine unentbehrliche Rolle spielt.⁶⁷ Ein Grund für die Privilegierung eines der zwei so unterschiedlichen Haftungssysteme sei nicht ersichtlich.⁶⁸ Allein die schuldhaftige Verletzung der vorvertraglichen Pflicht des Verkäufers kann dem Käufer schon einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses einräumen. Hinsichtlich der Rechtsfolgen ist nach dem Gewährleistungsrecht hauptsächlich das positive Interesse zu ersetzen, während bei der Haftung aus c.i.c. nur das negative Interesse ersetzt werden kann. Das negative Interesse sei in vollem Umfang auch lediglich unter der Haftung aus c.i.c. zu ersetzen, was im Wege der §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 1 S. 1, 281 und 284 nicht erreicht werden könnte.⁶⁹

Außerdem muss man bedenken, dass nach den allgemeinen Regeln der vorvertraglichen Haftung jede Vertragspartei, auch der Verkäufer, für die Verletzung der Aufklärungspflichten gemäß §§ 311 Abs. 2 und 241 Abs. 2 BGB haften sollte. Tatsächlich sei kein sachlicher Grund erkennbar, warum der

⁶⁵ Faust, in: Bamberger/Roth, BGB 3. Aufl. § 437 Rn. 190; MünchKomm/Emmerich, 7. Aufl. 2016, BGB § 311 Rn. 82; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen 6. Aufl. § 7 Rn. 35; Derleder NJW 2004, 969, 974; Emmerich, in: Festschrift für Honsell S. 209, 219 ff.; Häublein NJW 2003, 388, 391; Reischl JuS 2003, 1076 [1079]; Köndgen, in: Schulze/Schulte-Nölke [Hrsg.], Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 231, 238.

⁶⁶ Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen § 33, Rn 56. Faust, in: Bamberger/Roth, BGB 3. Aufl. § 437 Rn. 190;

⁶⁷ Faust, in: Bamberger/Roth, BGB 3. Aufl. § 437 Rn. 190;

⁶⁸ Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 437 Rdn. 190

⁶⁹ Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen 6. Aufl. § 7 Rn. 35. ders, in: MünchKomm, BGB 7. Aufl. § 311 Rn. 82.

Verkäufer besonders schutzbedürftig ist, insbesondere im Vergleich mit den anderen Schuldnern, die schlechthin für jedes Verschulden bei Vertragsschluss haften müssen. Dafür fehle nach wie vor jede Begründung.⁷⁰

Darüber hinaus wird argumentiert, dass die Anwendbarkeit der c.i.c.-Haftung seit langem von dem hoch umstrittenen Beschaffenheitsbegriff (Eigenschaftsbegriff) abhängen würde, sollte man die Sperrwirkung der Gewährleistungshaftung anerkennen, die im Vergleich zur Haftung aus c.i.c. für den Verkäufer sachlich günstiger ist.⁷¹ Der Vorteil der unbeschränkten Anwendung der Haftung aus c.i.c. liege darin, dass es für die Frage, ob und inwieweit eine Aufklärungspflicht des Verkäufers über die Eigenschaften der Kaufsache außerhalb des Gewährleistungsrechts anzunehmen ist, nicht mehr auf die umstrittene und unsichere Grenze des Beschaffenheitsbegriffs ankomme, sondern von den Umständen des Einzelfalls, etwa dem Sinne des Vertrags, der Verkehrssitte und der Verhandlungssituation abhängen.⁷²

Schließlich könne das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung auch nicht durch die Anwendung der Haftung aus c.i.c. entzogen werden, weil die Geltendmachung der Aufhebung des Vertrages rechtsmissbräuchlich sei, wenn der Verkäufer die vertragsgemäße Leistungserwartung des Käufers erfüllt hat.⁷³

1.2.1.3. Rückkopplungsmechanismus

Eine bedeutende Ansicht ist der Auffassung, dass das Gewährleistungsrecht nicht von vornherein die Haftung aus culpa in contrahendo ausschließen sollte. Das Gewährleistungsrecht genießt zwar noch den Vorzug, die Sperrwirkung tritt aber nicht schon auf tatbestandlicher Ebene, sondern erst nach Feststellung eines Sachmangels ein. Wenn kein Sachmangel im Sinne von § 434 BGB vorliegt, kann die Haftung aus culpa in contrahendo angewendet werden. In diesem Sinne bestehe

⁷⁰ MünchKomm/ Emmerich, 7. Aufl. 2016, BGB § 311, Rn. 96; Emmerich, in: FS Honsell, 209, 216.

⁷¹ Emmerich, in: FS Honsell, 209, 219.

⁷² Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen 6. Aufl. § 7 Rn. 36; ders, in: FS Honsell, 209, 219.

⁷³ Faust, in: Bamberger/Roth, BGB 3. Aufl. § 437 Rn. 190;

zwischen dem Gewährleistungsrecht und der Haftung aus culpa in contrahendo hier zusammen ein „Rückkopplungsmechanismus“.⁷⁴

Nach dieser Ansicht sei dem Vorzug des Gewährleistungsrechts grundsätzlich zuzustimmen, aber nur wenn das Fehlen der fraglichen Beschaffenheit letztlich wirklich einen Mangel begründet. Der Grund liege zunächst darin, dass die spezifischen gewährleistungsrechtlichen Regeln wie die Nacherfüllung nicht durch vorvertragliche Haftung ausgehöhlt werden sollten.⁷⁵ Ferner sei der Vorrang des Gewährleistungsrechts deswegen notwendig, weil ansonsten die unerwartete Ausdehnung der Verkäuferhaftung die Folge wäre.⁷⁶ Allerdings komme die von der vorherigen herrschenden Meinung befürchtete Umgehung nur vor, wenn der Verkäufer wirklich zur Nacherfüllung verpflichtet wird, ansonsten bestehe gar kein Widerspruch.⁷⁷ Wenn das Fehlen der fraglichen Beschaffenheit am Ende keinen Sachmangel darstellt, sei die Haftung aus culpa in contrahendo demzufolge wieder anwendbar. Der Verkäufer müsse dann gemäß §§ 311 Abs. 2 und 241 Abs. 2 BGB haften, wenn er die Nichtaufklärung bezüglich dieses Umstands zu vertreten hat.

Eine ausführliche und klare Begründung für diese Meinung findet sich bei Mertens.⁷⁸ Er hat darauf hingewiesen, dass eine automatische Verdrängung der Haftung wegen culpa in contrahendo durch das Gewährleistungsrecht mit dem gegenwärtigen Entwicklungszustand der vorvertraglichen Haftung nicht vereinbar sei. Ursprünglich diene die culpa in contrahendo zwar zur Ergänzung des häufig als ungenügend erscheinenden Deliktsrechts, wurde aber in der nachfolgenden Zeit zu einer gewohnheitsrechtlichen Haftungsgrundlage entwickelt, die einen

⁷⁴ Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S.226ff; Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 118, 126; Mertens AcP 203 (2003),818,831; Derleder, NJW 2004, 969, 974 f; Fischinger/Lettmaier NJW 2009, 2496, 2498; MünchKomm/Westermann, 6. Aufl. 2012, BGB § 434 Rn. 4; MünchKomm/Westermann, 6. Aufl. 2012, BGB § 437, Rn. 58. In BeckOK BGB/Faust, 43. Ed. 15.6.2017, BGB § 437 Rn. 189 wird diese Meinung schon als herrschende Meinung bezeichnet, mit dem Hinweis: „Anders als vor der Schuldrechtsreform setzt der Ausschluss nach hM voraus, dass tatsächlich ein Mangel vorliegt.“ Weber, RNotZ 2016, 650, 655; OLG Hamm, ZGS 2005, 315, 317; Musielak, Grundkurs BGB, 10. Aufl., Rdnr. 620; Schmidt-Rantsch, ZfIR 2004, 569, 572; Weiler, ZGS 2002, 249, 255; Faust JZ 2016, 1012, 1016.

⁷⁵ Derleder, NJW 2004, 969, 974 f.

⁷⁶ MünchKomm/Westermann, 6. Aufl. 2012, BGB § 437 Rn. 58.

⁷⁷ Fischinger/Lettmaier NJW 2009, 2496, 2498.

⁷⁸ Mertens AcP 203 (2003),818.

eigenständigen Sinn habe.⁷⁹ Deswegen sollte die Haftung aus culpa in contrahendo nicht von vornherein ohne weiteres durch das Gewährleistungsrecht ausgeschlossen werden. Die neue Verankerung der Haftung aus culpa in contrahendo in § 311 BGB n.F. spreche auch vielmehr dafür, bei der Forschung über die Konkurrenz der vorvertraglichen Haftung mit anderen Rechtsinstituten zuerst vom Grundsatz der Anspruchskonkurrenz auszugehen, nach dem die nebeneinander stehenden Haftungsgrundlagen grundsätzlich nebeneinander anwendbar sind. Dann sei erst zu prüfen, ob infolge der Auslegung einer bestimmten Fallgruppe das Gesetz abschließend die Anwendung einer bestimmten Haftungsgrundlage vorsieht, so dass diese Haftungsgrundlage die andere ausschließen kann.⁸⁰

Die Konkurrenzfrage sei deswegen nicht einfach im Wege einer „Bedürfnisprüfung“ zu beantworten. Es komme nicht darauf an, ob unter dem geltenden Gewährleistungsrecht ein Bedürfnis nach der Anwendung der culpa in contrahendo in Betracht kommt. Hinter dieser Bedürfnisprüfung verstecke sich die Annahme, dass die vorvertragliche Haftung nur als Mittel zur Lückenfüllung fungiert. Dies entspreche der Entwicklung der Haftung aus dem vorvertraglichen Verschulden aber nicht.⁸¹

Eine automatische Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts sei auch nicht schon daraus zu folgern, dass das Gewährleistungsrecht „*speziellere und sachnähere*“ Regelungen enthalte. Bezüglich der Tatbestände und Rechtsfolgen bestehen lediglich partielle Überschneidungen zwischen den jeweiligen Anspruchsgrundlagen. Eine „*speziellere und sachnähere*“ Regelung spreche nicht ohne weiteres dafür, dass diese Regelung für den vorliegenden Fall abschließend ist. Ein abschließender Charakter komme erst dann in Betracht, wenn die spezifischen Funktionen der einen Haftungsgrundlage z.B. einer Haftungsbegrenzung durch die Anwendung der anderen Haftungsgrundlage umgegangen würden. Erst in diesem Fall könne man davon ausgehen, dass eine

⁷⁹ Mertens AcP 203 (2003),818,820.

⁸⁰ Mertens AcP 203 (2003),818,821.

⁸¹ Mertens AcP 203 (2003),818,821.

parallele Anwendung der anderen Haftungsgrundlage dem Sinn und Zweck der „spezielleren und sachnäheren“ widerspricht, so dass die letztere demgegenüber abschließend ist.

Im Folgenden setzt Mertens der Meinung, dass die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts schon auf der tatbestandlichen Ebene gelte, entgegen, dass mit einer solchen Ansatzweise eine Anspruchskonkurrenz gar nicht mehr in Betracht kommen könne.⁸² Die Haftung der culpa in contrahendo richte sich auf die Pflichtverletzung, die vor dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses entsteht. Die vorvertragliche Pflicht der Vertragspartei bestehe in der vollständigen und zutreffenden Aufklärung und diene dazu, den irreführten Käufer vor dem Schaden aus seiner Kaufentscheidung zu schützen. Eine solche im Vorfeld des Vertragsschlusses bestehende Pflichtverletzung wegen falscher Information entfalle nicht, wenn später ein Vertrag abgeschlossen wird, sondern das Informationsinteresse bekomme dann neben der vorvertraglichen Haftung durch den Vertragsschluss zusätzlich Schutz unter dem vertraglichen Mechanismus. Sind die Informationen durch den Vertragsschluss zum Vertragsinhalt geworden, dann bestehe eine vertragliche Pflicht, den durch solche Informationen festgelegten Zustand herzustellen. Tatbestandlich sei eine Haftung aus culpa in contrahendo nach dem Vertragsschluss ebenso begründbar. Somit eigne sich eine Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts auf der Tatbestandsebene nicht, man sollte vielmehr prüfen, ob eine, auf einer Gesamtbetrachtung der Normenkomplexe beruhende Wertung eine hinreichende Grundlage für die Ausschlusswirkung bieten kann.⁸³

1.2.2. Die herrschende Meinung und Rechtsprechung des BGH

Im Jahr 2009 entschied der BGH zum ersten Mal unter dem neuen Schuldrecht die streitige Frage des Konkurrenzverhältnisses zwischen dem Gewährleistungsrecht und dem Verschulden beim Vertragsschluss.⁸⁴ In diesem Urteil hielt der BGH an

⁸² Mertens AcP 203 (2003), 818, 822.

⁸³ Mertens AcP 203 (2003), 818, 823.

⁸⁴ BGH NJW 2009, 2120= BeckRS 2009, 11064=DNotZ 2009, 760=JuS 2009, 757 =NJ 2009, 294=NZBau 2009, 510=NZM 2009, 523=VersR 2010, 632=ZfBR 2009, 460=LSK 2009, 360254

der bisher in der Rechtspraxis ständigen herrschenden Meinung⁸⁵ fest, dass die Ansprüche auf Haftung aus culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) im Sachbereich des Gewährleistungsrechts gemäß §§ 434ff. BGB nach dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs grundsätzlich ausgeschlossen seien. Eine Ausnahme liege aber zumindest bei Arglist des Verkäufers vor. Zur Begründung der Fortsetzung der Ausnahme im Fall der Arglist des Verkäufers hat der BGH angegeben, dass der Verkäufer in diesem Fall nicht schutzwürdig sei und kein berechtigtes Interesse am Recht der zweiten Andienung habe.⁸⁶

Merkwürdig ist, dass der BGH in seinem Urteil auch wahrgenommen hat, dass es innerhalb der herrschenden Lehre Streitigkeiten in Bezug auf die Ausnahme gibt. Nach einer anderen Auffassung könnte eine weitere Ausnahme bestehen, wenn es sich um einen Fall der sogenannten „*potentiellen Beschaffenheit*“ handelt.⁸⁷ Der Ausdruck „*potentielle Beschaffenheit*“ kommt von Canaris⁸⁸ und bezeichnet tatsächlich auch die Konstruktion des Rückkopplungsmechanismus. Unter der potentiellen Beschaffenheit versteht man die besonderen Beschaffenheiten, die zwar für das Erreichen des Vertragszwecks oder die Kaufentscheidung des Käufers wichtig sind, deren Fehlen aber nach den Regeln des Gewährleistungsrechts keinen Sachmangel begründen kann. Einige wichtige Umstände, die für den Käufer bei Vertragsschluss eine relevante Rolle spielen können, könnten zwar zum Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung oder einer Verwendungszweckabrede gemacht werden, um das Interesse des Käufers zu

(Ls.)=BauR 2009, 1143=BGHZ 180, 205=JR 2010, 262=JZ 2009, 1171=LMK 2009, 282362=MDR 2009, 742=ZfIR 2009, 560=ZNotP 2009, 234.

⁸⁵ Vgl. Palandt/Grüneberg, BGB 74. Auflage § 311, Rn.14 ff.; Jauernig/Berger, BGB 16. Aufl. 2015, § 437 Rn.34; Rösler, AcP 207, 564, 603; Berger, JZ 2004, 276, 282; Lorenz, NJW 2007, 1, 4; Müller, in: Fs Hadding, 199,205ff.; Huber, AcP 202, 179, 228; Pammler, in: PK-BGB, 4. Aufl., §437 Rdnr. 57; Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 14 Rn. 29; Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rn. 669; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., § 2 Rn. 298; Tiedtke, in: Reinicke KaufR, 7. Aufl., Rn. 861; Kulke, ZGS 2007, 89,92; Schröcker, ZGR 2005, 63, 89f..

⁸⁶ vgl. auch BGH NJW 2006, 1960,1961=BeckRS 2006, 05224=DAR 2006, 448=DNNotZ 2006, 828 =EWiR 2006, 549 =IBRRS 2006, 1242=VersR 2006, 939=WM 2006 Heft 30, 1440=ZIP 2006, 904=LSK 2006, 250310 (Ls.)=BauR 2006, 1137=BGHZ 167, 19=JR 2007, 332=JZ 2006, 1024=LMK 2006, 182969=MDR 2006, 1155=NotBZ 2006, 243=WuM 2006, 339=ZIP 2006, 904=ZNotP 2006, 335.

⁸⁷ BGH NJW 2009, 2120.

⁸⁸ Canaris, in: Karlsruher Forum, 89f.

sichern. Wenn diese Abrede allerdings aus bestimmten Gründen unterbleibt, wie z.B. wenn der Verkäufer beim Käufer irreführend den Eindruck erweckt hat, dass er die Vereinbarung nicht zu treffen braucht, sollte nach dieser Meinung dann ein Fall des Verschuldens beim Vertragsschluss vorliegen. Zumindest im Fall der schuldhaften Irreführung des Käufers durch den Verkäufer bedürfte es keiner Fristsetzung vor der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs und der Verkäufer müsse den Verlust seines Rechts zur zweiten Andienung hinnehmen.⁸⁹

Der BGH versucht im Urteil seine Meinung jeweils in historischer, systematischer und teleologischer Hinsicht zu begründen.⁹⁰ Zuerst habe der Gesetzgeber die Konkurrenzfrage bewusst der Rechtsprechung und Lehre offen zur Klärung überlassen. In den Materialien werde auch ausdrücklich angesprochen, dass die vorherigen Erwägungen zur Anwendung der Haftung aus culpa in contrahendo zumindest beim Unternehmenskauf entfallen würden.⁹¹ Das spreche eher für als gegen eine abschließende Sonderregelung der §§ 434ff. BGB.

Ferner seien zwar die vorherigen Gründe für die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts wie z.B. § 463 BGB a.F. und die Verjährungsregeln aufgrund der neuen Fassung des Gesetzes nunmehr „*obsolet*“ geworden, indessen bestünden immer noch kaufrechtliche Besonderheiten, die nicht durch die Anwendung der Haftung aus c.i.c. ausgehört werden sollten und somit einer Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts bedürften würden.⁹² Zu den Besonderheiten gehört zum einen das Recht zur Nacherfüllung, zum anderen der Haftungsausschluss schon bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers gemäß § 442 Abs. 1 S. 2 BGB n.F.

Schließlich hat sich der BGH zwar nicht ausdrücklich, aber in der Konsequenz gegen die Annahme eines Rückkopplungsmechanismus ausgesprochen. Er hat darauf hingewiesen, dass der Umstand, dass das Gewährleistungsrecht und das Verschulden bei Vertragsschluss unterschiedliche Tatbestände voraussetzen, der

⁸⁹ Vgl. Canaris, in: Karlsruher Forum, 89f.

⁹⁰ BGH, NJW 2009, 2120, 2122.

⁹¹ BT-Dr 14/6040, 161, 242.

⁹² BGH, NJW 2009, 2120, 2122.

Annahme einer Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts nicht entgegenstehe. Der Haftungstatbestand sei im Wesentlichen nicht von entscheidender Bedeutung. Entscheidend sei in diesem Konkurrenzverhältnis vielmehr der Umstand, dass die vorvertragliche Pflichtverletzung in Bezug auf die Beschaffenheit der Kaufsache dem späteren Vertrag zugeordnet sei.⁹³ Somit sollten die Aufklärungspflichten grundsätzlich im Rahmen des Vertrags behandelt werden, soweit es um die Beschaffenheit der Sache gehe.⁹⁴

1.3. Zwischenergebnis

1.3.1. Zusammenfassung des gegenwärtigen Meinungsstands und verbleibende Fragen

Nach der Schuldrechtsmodernisierung kommen insgesamt vier verschiedene Meinungen in Betracht:

- a. Die vorher und nachher herrschende Meinung, die eine Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts mit Ausnahmen anerkennt. An dieser Meinung hält die Rechtsprechung des BGH fest.
- b. Die sich für eine absolute Sperrwirkung aussprechende Meinung, derzufolge das Gewährleistungsrecht auf jeden Fall - auch im Fall der Arglist des Verkäufers - die Haftung aus culpa in contrahendo verdrängen soll.
- c. Die Meinung zugunsten freier Konkurrenz, die behauptet, dass im neuen Schuldrecht das Gewährleistungsrecht und die Haftung aus culpa in contrahendo nebeneinander anwendbar seien.
- d. Die Meinung für den Rückkopplungsmechanismus, die behauptet, dass das Gewährleistungsrecht zwar weiterhin einen Vorrang gegenüber der Haftung aus culpa in contrahendo besitzen sollte, allerdings nur wenn der Mangel tatsächlich vorliege. Wenn ein Mangel nach den Regeln des Gewährleistungsrechts feststellbar ist, sollte die Lösung dann auch in den Grenzen der Gewährleistungshaftung

⁹³ Vgl. auch Schmidt-Räntsch, ZfIR 2004, 569, 571.

⁹⁴ BGH, NJW 2009, 2120, 2122.

gefunden werden. Wenn aber nach den Regeln des Gewährleistungsrechts kein Mangel vorliegt, dann sei es wieder möglich, dass die Haftung aus culpa in contrahendo eingreifen kann.

In der oben angeführten Diskussion ist besonders zu bemerken, dass aus einer einzigen Tatsache zwei ganz umgekehrte Schlussfolgerungen gezogen wurden. Die ersatzlose Streichung von § 463 BGB a.F. wird von der Meinung für freie Konkurrenz als Wegfall des Grundes für die vorherige Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts angesehen,⁹⁵ während die auf absolute Sperrwirkung plädierende Meinung darin eine Absicht des Gesetzes für eine einheitliche Verdrängung der Haftung aus culpa in contrahendo durch Gewährleistungsrecht auch im Fall der Arglist des Verkäufers sieht.⁹⁶ In den unterschiedlichen Tatbeständen und Rechtsfolgen der zwei Haftungssysteme sieht die Meinung für freie Konkurrenz die Bestätigung für die Anwendung der jeweiligen Haftungsgrundlage,⁹⁷ während die Gegenansicht von einer Gefahr der Umgehung des als Sonderregelung geltenden Gewährleistungsrechts spricht.⁹⁸

In Bezug auf die Frage, ob das Entfallen der Beschränkungen in § 463 BGB a.F. für oder gegen eine Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts spricht, ist es sehr fraglich, ob die vorherige Sperrwirkung im alten Recht wirklich die Folge der Auslegung von § 463 BGB a.F. ist. Zu dieser Frage hat der BGH ausgeführt, dass sich der Ausschluss der Haftung des Verkäufers wegen fahrlässiger Informationspflichtverletzung nicht aus dem Umkehrschluss von §463 BGB a.F. herleite, sondern durch Gesamtbetrachtung des Regelungskomplexes des Gewährleistungsrechts entschieden werde.⁹⁹ Es kommt daher in erster Linie nicht

⁹⁵ MünchKomm/Emmerich, 7. Aufl. 2016, BGB § 311, Rn. 82; Reischl, JuS 2003, 1076, 1079.

⁹⁶ Staudinger/ Matusche-Beckmann, 2014 BGB §437 Rn.74; Schulze/Ebers JuS 2004, 462, 463.

⁹⁷ Faust, in: Bamberger/Roth, BGB 3. Aufl. § 437 Rn. 190; MünchKomm/Emmerich, 7. Aufl. 2016, BGB § 311, Rn. 82; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen 6. Aufl. § 7 Rn. 35; Derleder NJW 2004, 969, 974; Emmerich, in: Festschrift für Honsell S. 209, 219 ff.; Häublein NJW 2003, 388,391; Reischl JuS 2003, 1076,1079; Kündgen, in: Schulze/Schulte-Nölke [Hrsg.], Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 231, 238.

⁹⁸ AnwK/Krebs, Aufl.2, BGB §311, Rn. 79.

⁹⁹ BGH NJW 1973, 1234==BeckRS 1973 (Ls.)=LSK 1973, 850286 (Ls.)=MittBayNot 1973, 347 (Ls.)=BB 73, 680=Betrieb 73, 1062=BGHZ 60, 319=BGHZ60, 319=JR 73, 371=JurB üro73, 940=JuS 73, 721=LM Nr. 32 § 459 BGB(L;)=MDR 73, 659=VP 73, 111 (L)=WPM 73, 641=ZF XIX Nr. 844.

darauf an, ob eine solche fahrlässige Haftung im Rahmen des Gewährleistungsrechts durch Auslegung verwirklicht werden kann. Vielmehr ist zuerst zu fragen, ob das Gewährleistungsrecht als solches über die ins eigene Regime fallenden Fälle eine spezifische Beurteilung trifft. Die Beurteilung ist nicht schon deswegen spezifisch, weil im Gewährleistungsrecht mehr und konkretere Vorschriften als bei culpa in contrahendo bestehen. Wenn der eine Regelungskomplex nur ausführlicher als der andere ist, aber die Wertungen oder Beurteilungen der beiden tatsächlich miteinander vereinbar oder gar ganz gleich sind, dann kommt keine abschließende Sonderregelung in Betracht. Vielmehr ist der größere Normenkomplex durch entsprechende Anwendung oder richterliche Auslegung nach dem Vorbild des feineren Normenkomplexes zu modifizieren und zu ergänzen. Die Ansicht, nach der die kurze Verjährungsfrist analog auf die Haftung aus culpa in contrahendo anzuwenden sei, stellt dafür ein gutes Beispiel dar.¹⁰⁰ Gleiches gilt auch für die Regelung in § 442 BGB, die nicht selten als Hindernis für die Anwendung der culpa in contrahendo angesehen wird.¹⁰¹ Diese konkrete Regel kann tatsächlich auch auf die culpa in contrahendo entsprechende Anwendung finden.¹⁰²

Dieser im letzten Absatz dargestellte Maßstab gilt auch für die Streitfrage, ob die Sperrwirkung hauptsächlich auf der unterschiedlichen Gestaltung der Haftungssysteme oder auf der Gefahr einer Umgehung basiert. Vielmehr ist zu prüfen, ob die jeweiligen Haftungssysteme gegenüber derselben Rechtsfrage übereinstimmende oder auseinanderfallende Bewertungen treffen. Im Fall der Arglist des Verkäufers wird z.B. überwiegend die Meinung vertreten, dass der Verkäufer ein Nacherfüllungsrecht und die Begünstigung einer kurzen Verjährungsfrist nicht mehr verdiene, so dass eine Haftung aus culpa in contrahendo auch anwendbar sei.¹⁰³

Aus demselben Grund stellt die Ausdehnung der Haftung im Gewährleistungsrecht

¹⁰⁰ Derleder NJW 2004, 969, 974.

¹⁰¹ Schulze/Ebers JuS 2004, 462, 463.

¹⁰² Flume, AcP 193(1993), 89,110.

¹⁰³ BGH NJW 2006, 1960,1961.

auch kein Indiz für oder gegen die Sperrwirkung der Gewährleistungsrechts dar. Diese Ausdehnung spricht zum einen dafür, dass der Umfang der Überschneidung zwischen dem Gewährleistungsrecht und dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht größer wird, zum anderen auch dafür, dass das Bedürfnis nach der Anwendung anderer Normen kleiner werden könnte. Keine von diesen beiden Schlussfolgerungen spricht aber dafür, die Anwendung des einen oder die Anwendung des anderen Normensystems ohne weiteres auszuschließen.

Es handelt sich letztlich bei Sachmängelhaftung und Haftung aus culpa in contrahendo um verschiedene Ansatzweisen. Wenn aus zwei unterschiedlichen Ansätzen immer eine stimmige Lösung gefunden werden kann, oder die Wertung des jeweiligen Haftungssystems eine abweichende Lösung erlaubt, gibt es keinen Grund, die Anwendung des einen abzulehnen. Grob betrachtet verfolgen das Gewährleistungsrecht und die Haftung aus culpa in contrahendo deutlich verschiedene Ziele. Das Gewährleistungsrecht zielt auf die Herstellung des Äquivalenzverhältnisses zwischen der Sache und dem Preis ab. Die Haftung aus culpa in contrahendo richtet sich im Fall der Verletzung von Aufklärungspflichten hauptsächlich auf den Vertrauensschutz und den Ausgleich des Informationsdefizits.¹⁰⁴ Hier fehlt es nach wie vor an einer näheren Untersuchung, ob die beiden Haftungssysteme über solche Wertungen jeweils eigene Entscheidungen getroffen haben und ob diese Entscheidungen einander widersprechen. Es würde für eine Sperrwirkung sprechen, wenn im Rahmen des Gewährleistungsrechts die Wertungen zur Informationspflicht auch mitbedacht und in eigener Weise geschützt werden und dies zu einer anderen Lösung als bei der culpa in contrahendo führen würde. Wenn die jeweiligen Haftungssysteme dieselbe Rechtsfrage unterschiedlich behandeln, dann ist erst zu fragen, welche Haftungsgrundlage für den vorliegenden Fall konkret vorgesehen wird. Hier muss es sich um eine echte, wertungsmäßige Auseinandersetzung handeln, z.B. über Bestehen oder Nichtbestehen einer Haftung, nicht die bloß technische

¹⁰⁴ Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen §33, Rn 56; Faust, in: Bamberger/Roth, BGB 3. Aufl. §437 Rn. 190;

Auseinandersetzung wie beispielsweise bei den Verjährungsfristen, deren Unterschied mit einer analogen Anwendung beseitigt werden kann.

1.3.2. Die Verjährungsfrist

Im alten Schuldrecht betrug die allgemeine Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB a.F. dreißig Jahre. Die Ansprüche aus culpa in contrahendo unterlagen grundsätzlich dieser dreißigjährigen Verjährungsfrist. Wenn es sich aber um einen Gewährleistungsrechtlichen Anspruch handelte, wurde die Verjährungsfrist gemäß § 477 BGB a.F. erheblich auf sechs Monate herabgesetzt. Diese häufig als zu kurz empfundene Verjährungsfrist war nicht selten der Kritik ausgesetzt. Im neuen Schuldrecht wird einerseits die regelmäßige Verjährungsfrist von den vorherigen dreißigen Jahren gemäß § 195 BGB n.F. auf drei Jahre verkürzt, andererseits wird die Verjährungsfrist für die Gewährleistungsrechtlichen Ansprüche auf zwei Jahre verlängert. In diesem Sinne ist das Problem der Verjährungsfrist im alten Gewährleistungsrecht einigermaßen abgemildert.

Dies bedeutet aber nicht, dass das Problem der unterschiedlichen Verjährungsfristen nicht mehr auftreten würde.¹⁰⁵ Der Unterschied zwischen der allgemeinen und der Gewährleistungsrechtlichen Verjährungsfrist besteht nicht nur in der noch verbleibenden zeitlichen Differenz eines Jahres (allgemeine drei Jahre, Gewährleistungsrechtliche zwei Jahre), sondern auch in den unterschiedlichen Zeitpunkten für den Fristbeginn. Der neue § 438 Abs. 3 BGB n.F. sieht im Rahmen des Gewährleistungsrechts unabhängig von dem Kenntnisstand des Verkäufers über den Sachmangel den Fristbeginn in der Ablieferung der Sache (bei Grundstück: Übergabe). Für die Haftung aus culpa in contrahendo ist die allgemeine Verjährungsfrist anzuwenden, die nach der Vorschrift von § 199 BGB n.F. die Frist erst ab dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Käufers beginnen lässt. Dies führt auch im neuen Schuldrecht hinsichtlich der Verjährungsfrist sowohl aufgrund der kürzeren Verjährungsfrist als auch aufgrund des früheren Fristbeginns

¹⁰⁵ Rösler, AcP 207(2007), 565, 602; Kindl WM 2003,409,413.

zu einer beträchtlichen Begünstigung des Verkäufers.

Es ist an dieser Stelle noch zu früh, die Frage zu beantworten, ob im Verhältnis zwischen dem Gewährleistungsrecht und der Haftung aus culpa in contrahendo ein grundsätzlicher Vorrang des einen gegenüber dem anderen vorliegt oder ob einfach freie Konkurrenz gestattet werden soll. Zu bedenken ist allerdings, dass die gewährleistungsrechtliche Verjährungsfrist grundsätzlich nicht auf die Haftung auf culpa in contrahendo analog angewandt werden soll, soweit man die letztere als eine selbstständige Rechtsgrundlage ansieht.¹⁰⁶

Teilweise wird die Meinung vertreten, dass die Anwendung der Haftung aus culpa in contrahendo neben dem Gewährleistungsrecht zwar völlig¹⁰⁷ oder teilweise¹⁰⁸ erlaubt werden sollte, aber mit der Modifikation, dass die kurze gewährleistungsrechtliche Verjährungsfrist auf die c.i.c.-Haftung analog anzuwenden sei. Diese Meinung geht von den spezifischen Überlegungen zur Verjährungsvorschrift des Gewährleistungsrechts (z.B. §477 BGB a.F. und §438 BGB n.F.) aus und weist zu Recht hin, dass die im Rahmen derartiger Vorschriften vorgenommenen Überlegungen bei der Anwendung von culpa in contrahendo ebenfalls bestehen. Der ursprüngliche Grund für eine kurze gewährleistungsrechtliche Verjährungsfrist bestand darin, dass *“die Ermittlung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend ist”*.¹⁰⁹ Soweit es sich um die Beschaffenheit der Sache handelt, kommt dieses Problem dann natürlich stets in Betracht, unabhängig davon, welche Haftungsgrundlage tatsächlich verwendet wird.

Diese Meinung verkennt aber den Ausgangspunkt dieser Diskussion, nämlich ob man die Haftung aus culpa in contrahendo als eine nur der Lückenfüllung dienende

¹⁰⁶ Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 437 Rdn. 190; Emmerich, in: FS Honsell, 209, 219.

¹⁰⁷ Reischl, JuS 2003, 1076, 1079; Mansel, NJW 2002, 89, 95.

¹⁰⁸ Canaris in: Karlsruher Forum, 5, 99f, gegen über den potentiellen Beschaffenheiten, mit dem Hinweis, dass die Ansprüche aus culpa in contrahendo in solchen Fällen (von nicht vereinbarten Beschaffenheiten) eine ähnliche Funktion wie das Gewährleistungsrecht erfüllen.

¹⁰⁹ Mot. II, 238.

Anspruchsgrundlage oder als eine neben der Gewährleistungshaftung stehende, mit der Gewährleistungshaftung konkurrierende Haftungsgrundlage ansieht. Es ist zuzugeben, dass das Gewährleistungsrecht eine eigenständige Interessenabwägung in der Weise getroffen hat, dass es im Interesse des Verkäufers diesem eine sichere und schnelle Abwicklung des Kaufgeschäfts gestattet und als Ausgleich dem Käufer den Erwerb einer mit seiner berechtigten Erwartung vereinbaren Kaufsache gewährt.¹¹⁰ Ob diese Abwägung, die eine kurze Verjährungsfrist erfordert, sich auch auf die Anwendung der Haftung aus culpa in contrahendo erstreckt, bestimmt sich nicht lediglich nach den Überlegungen im Rahmen des Gewährleistungsrechts, sondern man muss vielmehr darüber nachdenken, ob die Regeln der culpa in contrahendo wirklich „selbstständig“ sind oder nur ein vom Gewährleistungsrecht abhängiges, nur zur Lückenfüllung dienendes Mittel darstellen, so dass die Haftung aus culpa in contrahendo nicht einer eigener Wertung, sondern der Wertung des Gewährleistungsrechts folgen muss.

Ähnliche Überlegungen finden sich bei der Unterscheidung zwischen unselbstständiger und selbstständiger Beratungspflichten durch den BGH. Eine unselbstständige Beratungspflicht wird vom BGH als eine „Nebenleistung zum Kaufvertrag bei einer Einheit des Geschäfts“ angesehen, die einen engen Zusammenhang mit dem Kaufvertrag habe. Der Beschränkung durch die kurze gewährleistungsrechtliche Verjährungsfrist könne sich die unselbstständige Beratungspflicht nicht entziehen. Ein selbstständiger Beratungsvertrag gilt als eine vom Kaufvertrag unabhängige Rechtsgrundlage für etwaige Schadensersatzansprüche des Käufers. Deswegen kommt ein Wertungswiderspruch im Rahmen der Gewährleistungshaftung von Anfang an nicht in Betracht. Ein selbstständiger Beratungsvertrag unterlag somit nicht der kurzen Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche, sondern der allgemeinen Verjährungsfrist,

¹¹⁰ BGH NJW 1997, 3227=BeckRS 9998, 55216= ZIP 1997, 1792=LSK 1997, 480018 (Ls.)=DB 1997, 2071=JA 1998, 265=MDR 1998, 91=NJ 1998, 86 L=Wm 1997, 2315=WPM 1997, 2315; BGH NJW 1983, 2698=BeckRS 9998, 102362=ZIP 1983, 1076=FHZivR 29 Nr. 835 (Ls.)=LSK 1984, 140018 (Ls.)=BauR 83, 584=Betrieb 83, 2130=JR 1984, 60=JR 84, 58=JuS 84, 60 (L;)=JZ 1984, 38MDR 83, 928=WPM 83, 987.

gleichgültig, ob sich die Beratung auf eine Beschaffenheit der Sache bezog.¹¹¹

In diesem Sinne kann der Ansicht, die Verjährungsregeln des Gewährleistungsrechts seien ohne weiteres (analog) auf die Haftung aus culpa in contrahendo anzuwenden, soweit es sich um die Beschaffenheit der Sache handelt, nicht zugestimmt werden. Es kommt vielmehr darauf an, ob man die Haftung aus culpa in contrahendo als eine selbstständige Haftungsgrundlage ansieht, die, wie in der Meinung zugunsten freier Konkurrenz vertreten, ein gänzlich unterschiedliches Haftungssystem gegenüber dem Gewährleistungsrecht darstellt, oder die Haftung aus culpa in contrahendo nur zu Lückenfüllung im Rahmen des Gewährleistungsrechts dient. Gilt die Haftung aus culpa in contrahendo als eine selbstständige Haftungsgrundlage, sollte die kurze Verjährungsfrist wie im Fall des selbstständigen Beratungsvertrags nicht anwendbar sein. Versteht man aber die Haftung aus culpa in contrahendo als eine bloße Ergänzung zur Gewährleistungshaftung, die auch der Wertung im Rahmen des Gewährleistungsrechts unterliegen muss, wäre eine analoge Anwendung zwar denkbar, aber es besteht dann überhaupt keine freie Konkurrenz zwischen diesen zwei eigenständigen Haftungsgrundlagen.

2. Von Eigenschaft zu Beschaffenheit: Subjektivierung der Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts

Im vorherigen Gewährleistungsrecht war die Haftung des Verkäufers wegen fahrlässig falsch oder unvollständig gegebener Angaben über die Eigenschaft der Kaufsache im Rahmen des Gewährleistungsrechts nicht vorgesehen.¹¹² Insofern entfaltete das Gewährleistungsrecht nach der herrschenden Meinung eine Sperrwirkung gegenüber der vorvertraglichen Haftung aus culpa in contrahendo. Diese Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts galt schon auf der tatbestandlichen

¹¹¹ BGH NJW-RR 1990, 1301 =LSK 1991, 020007 (Ls.)=BauR 1990, 624=BB 1990, 1368=DB 1990, 1910=MDR 91, 42=WPM 1990, 1469=ZfBR 1990, 278; BGH NJW-RR 1992, 1011 =BeckRS 9998, 77409=VersR 1992, 966=FHZivR 38 Nr. 1087 (Ls.)=FHZivR 38 Nr. 2423 (Ls.)=LSK 1992, 400009 (Ls.)=WPM 1992, 1246.

¹¹² Soergel Siebert/Ballerstedt, BGB §463, 10. Aufl. 1967, Rn.5.

Ebene. Soweit es sich um einen Umstand handelt, der eine Haftung aus §§ 459 ff. BGB a.F. begründen könnte, sollte das Gewährleistungsrecht mit verdrängender Wirkung eingreifen, unabhängig davon, ob nach der endgültigen Beurteilung wirklich ein Fehler (§ 459 Abs. 1 BGB a.F.) oder eine Zusicherung (§ 459 Abs. 2 BGB a.F.) vorlag.

Im neuen Schuldrecht ist der Beschaffenheitsbegriff wegen der Neufassung des gesetzlichen Texts anstelle der Eigenschaft der Sache zum Anknüpfungspunkt geworden. Aber die Beschaffenheit im neuen Schuldrecht (§ 434 BGB n.F.) hat bestimmt einen anderen Inhalt als die vorherige Beschaffenheit des alten Rechts (§ 459 Abs. 1 BGB a.F.).

In diesem Teil ist darzustellen, wie sich der Eigenschaftsbegriff (sowie der Beschaffenheitsbegriff) vor und nach der Schuldrechtsmodernisierung entwickelt und seinen Einfluss auf die Konkurrenzfrage ausgeübt hat.

2.1. Eigenschaftsbegriff als Anknüpfungspunkt im alten Recht

2.1.1. Beschaffenheit und Eigenschaft in § 459 BGB a.F.

Das alte Gewährleistungsrecht sah eine Mangelhaftung in zweierlei Hinsicht vor: Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer entweder für einen Fehler, der den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert (§ 459 Abs. 1 BGB a.F.), oder für das Fehlen der Eigenschaften, die der Verkäufer dem Käufer zur Zeit des Gefahrübergangs zugesichert hat (§ 459 Abs. 2 BGB a.F.).

Angesichts dieser dogmatischen Unterscheidung im Gesetzestext stimmen Literatur und Rechtsprechung bezüglich der Anwendung des Wortlauts darin überein, dass mit dem Begriff der „Beschaffenheit“ hauptsächlich die Umstände und Verhältnisse bezeichnet werden, die einen Fehler im Sinne von § 459 Abs. 1 BGB a.F. begründen können, während die Eigenschaft, oder noch konkreter, die zusicherungsfähige Eigenschaft, die Umstände definiert, die als Gegenstand einer

Zusicherung im Sinne von § 459 Abs. 2 BGB a.F. angenommen werden können.¹¹³ Die Abgrenzung zwischen Beschaffenheit (§ 459 Abs. 1 BGB a.F.) und Eigenschaft (§ 459 Abs. 2 BGB a.F.) hat im alten Recht viele Schwierigkeiten mit sich gebracht. Eine subsumtionsfähige Unterscheidung hat sich bis zur Unwirksamkeit des alten Rechts nicht herausgebildet.¹¹⁴ Für die Konkurrenzfrage war diese Unterscheidung als solche allerdings nicht entscheidend, weil die Anwendung der Regeln der c.i.c. schon bei zusicherungsfähigen Eigenschaften, die nach der herrschenden Meinung einen weiteren Anwendungsbereich als die Beschaffenheit hatte, durch das Gewährleistungsrecht ausgeschlossen werden sollte.¹¹⁵ Ob es sich um eine Beschaffenheit im Sinne von § 459 Abs. 1 BGB a.F. oder eine zusicherungsfähige Eigenschaft im Sinne von § 459 Abs. 2 BGB a.F. handelt, hatte gar keinen Einfluss auf das Konkurrenzverhältnis zwischen Gewährleistungsrecht und Informationspflicht. Wichtig war hier vielmehr, zwischen einer Eigenschaft der Sache und den außerhalb der Sache stehenden Umständen zu unterscheiden. Die Eigenschaft der Sache galt als eine Grenze für den Eingriff des Gewährleistungsrechts.

2.1.2. Das Verständnis des Eigenschaftsbegriffs im vorherigen Recht

Als Eigenschaft der Sache wurde vor allem die physische Verfassung angesehen, die unmittelbar der Sache anhaftet.¹¹⁶ Der physische Charakter der Kaufsache bildete einen unbestrittenen Kern des Eigenschaftsbegriffs. Umstritten war hauptsächlich, inwiefern sich der Umfang des Eigenschaftsbegriffs auf die Umweltverhältnisse der Sache erstrecken durfte.

Die Rechtsprechung im alten Recht hat zuerst auf das Verständnis wertbildender Faktoren zurückgegriffen. Schon in der Zeit des RG wurde die Ansicht vertreten,

¹¹³ Mertens, AcP 203(2003),819,833; Grigoleit/Herresthal, JZ 2003,122; BGH NJW 1992,2564,2565=BeckRS 9998, 96439=DNotZ 1993, 680=ZIP 1992, 1317=LSK 1992, 400033 (Ls.)=DB 1992, 2545=LM Nr. 127 § 276(Fa) BGB=MDR 1992, 936 u. 1029=WPM 1992, 1996.

¹¹⁴ Grigoleit/Herresthal, JZ 2003,122.

¹¹⁵ BGH NJW 1992,2564,2565.

¹¹⁶ Kircher, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, S.17.

dass sich der Umfang des Eigenschaftsbegriffs auf „*alle Verhältnisse, die nach ihrer Art und Dauer nach der Verkehrsanschauung Einfluß auf Wertschätzung oder Brauchbarkeit der Sache zu üben pflegen*“, erstrecke.¹¹⁷ In diesem Sinne können die tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen der Sache zur Umwelt eine Eigenschaft der Sache sein, soweit sie „*in der Beschaffenheit der Sache selbst ihren Grund haben, von ihr ausgehen und nach ihrer Art und vorausgesetzten Dauer zufolge der Verkehrsanschauung den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit beeinflussen*.“¹¹⁸

Aus dieser Formel sind drei Faktoren herzuleiten, die für Feststellung des Eigenschaftscharakters eine Rolle spielen und von der nachfolgenden Rechtsprechung auch vereinzelt verwendet wurden. Zuerst müsse die Beziehung zur Umwelt in der Sache selbst ihren Ursprung haben oder von der Sache ausgehen. Zweitens sei eine gewisse Dauer je nach den Umständen erforderlich. Drittens müssten solche Umweltbeziehungen nach der Verkehrsanschauung wertbildend sein. Diese drei Maßstäbe fungierten in der Zeit des alten Rechts nicht selten als tatbestandliche Voraussetzung des Vorliegens einer Eigenschaft der Sache und haben Unterstützung für die manchmal notwendige enge Auslegung des Eigenschaftsbegriffs geboten.¹¹⁹

2.2. Ausdehnung des Beschaffenheitsbegriffs nach der Schuldrechtsmodernisierung

Der Gesetzgeber hat bei der Schuldrechtsmodernisierung absichtlich die Unterscheidung zwischen Fehler und zusicherungsfähiger Eigenschaft aufgegeben. Der Beschaffenheitsbegriff als der neue einzige Anknüpfungspunkt des Gewährleistungsrechts brachte somit neue Auslegungsprobleme mit sich. Zur Frage, ob für den neuen Beschaffenheitsbegriff auf die in der vorherigen

¹¹⁷ RGZ 117,315.

¹¹⁸ RGZ 161,330.

¹¹⁹ Z.B. BGH NJW 1992,2564,2565; BGH NJW 1977,1536,1537.

Rechtssprechung herausgearbeiteten Fehler- und Eigenschaftsbegriffe zurückgegriffen werden kann, ist die Literatur geteilt.¹²⁰

Die oben dargestellte Formel des RG hat zwar vor der Schuldrechtsreform in der Rechtssprechung eine vorherrschende Stellung eingenommen, wurde aber auch nicht selten kritisiert. Angesichts der nachfolgenden Subjektivierung des Mangelbegriffs kann die Entwicklung des Eigenschaftsbegriffs (im neuen Recht: Beschaffenheit) als eine fortlaufende Lockerung der Beschränkungen angesehen werden.

2.2.1. Neue gesetzliche Grundlage in § 434 BGB n.F.

2.2.1.1. Beschaffenheit anstatt Eigenschaft

Die Unterscheidung zwischen Fehlern und zusicherungsfähigen Eigenschaften wurde schon im alten Recht als kaum nachvollziehbar angesehen. Die Versuche, die Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 459 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. von dem Merkmal der zusicherungsfähigen Eigenschaft im Absatz 2 derselben Vorschrift abzugrenzen, haben in der Praxis zu einer eher begrifflichen Judikatur geführt.¹²¹ Das ist besonders im Bereich des Grundstücks- und Unternehmenskaufs ersichtlich, wo sich zahllose Urteile mit den Abgrenzungsmaßstäben beschäftigt haben.¹²² Vor diesem Hintergrund hat sich der Gesetzgeber bei der Schuldrechtsmodernisierung ausdrücklich auf diese Frage

¹²⁰ Für eine Erweiterung des neuen Beschaffenheitsbegriffs: AnwK-BGB/Krebs, §311, Rn.34f; Häublein, NJW 2003,388,390; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht(2002), Rn.578; Weiler, ZGS 2002,249,255; Wolf/Kaiser, DB 2002,412,414; Gaul, ZHR 166(2002),35,53; Gronstedt/Jürgens, ZIP 2002,52,55; für eine Anlehnung an die bisherige Rechtssprechung zum Eigenschaftsbegriff: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung(2002), Rn.12, 23; Palandt/Putzo, 74. Auf. 2014, BGB §434, Rn.12; Weitnauer, NJW 2002,2511,2513; für eine Anlehnung an die bisherige Rechtssprechung zum Fehlerbegriff: Huber, AcP 202(2002),179,224; für eine Beschränkung auf die Verbindung mit der physischen Eigenschaft der Sache: Grigoleit/Herresthal, JZ 2003,125.

¹²¹ Häublein, NJW 2003, 388.

¹²² Für Unternehmenskauf G. Müller, ZIP 2000, 817; für Immobilienkauf OLG Düsseldorf NJW 1997, 1079,1080= BeckRS 9998, 03536=DNNotI-Report 1997, 62=DNNotZ 1998, 64=MittRhNotK 1997, 29=FHZivR 43 Nr. 1040 (Ls.)=FHZivR 43 Nr. 1076 (Ls.)=LSK 1997, 080310 (Ls.)=NJWE-MietR 1997, 108 (Ls.)=VersR 1998, 119 (Ls.)=WM 1997, 449=WuM 1997, 449; a.A. KG, NJW 1992, 1901= BeckRS 9998, 56469=FHZivR 38 Nr. 1060 (Ls.)=LSK 1992, 300029 (Ls.).

eingelassen.¹²³

Nach der Schuldrechtsmodernisierung ist der Mangel als Oberbegriff unmittelbar im §434 BGB vorgeschrieben, die Unterscheidung von „Fehler“ und „zugesicherter Eigenschaft“ taucht zumindest im gesetzlichen Wortlaut nicht mehr auf. Der Gesetzgeber hat im neuen Schuldrecht die Definition des Sachmangels ausdrücklich auf der Basis des subjektiven Fehlerbegriffs gestaltet.¹²⁴

In der neuen Vorschrift ist klar vorgeschrieben, dass die Frage, ob ein Sachmangel vorliegt, zuerst davon abhängt, ob die Sache bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Liegt keine Vereinbarung über die fragliche Beschaffenheit vor, ist der gesetzlichen Reihenfolge folgend zu prüfen, ob die Sache sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. In diesen zwei Fällen geht man von einem „subjektiven Fehler“ aus.¹²⁵ Nur wenn keine subjektiven Vereinbarungen oder Voraussetzungen vorhanden sind, ist erst auf den „objektiven“ Maßstab zurückzugreifen, nämlich die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung und die Üblichkeit der Beschaffenheit bei Sachen der gleichen Art.

Im Wortlaut des Gesetzes hat der Gesetzgeber statt der im alten Recht verwendeten „Eigenschaft“ den Begriff der „Beschaffenheit“ als Kern der neuen Regelung über den subjektiven Fehlerbegriff aufgenommen. Laut Regierungsbegründung¹²⁶ möchte der Gesetzgeber nicht entscheiden, inwieweit der Beschaffenheitsbegriff eine dauerhafte physische Verfassung der Kaufsache vorausgesetzt, oder ob eine einfache Umweltbeziehung schon ausreicht.

2.2.1.2. Vertraglich vorausgesetzter Verwendungszweck als neuer Anknüpfungspunkt

Im Rahmen der Konkurrenzfrage ist besonders merkwürdig, dass im § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB der im Vertrag vorausgesetzte Verwendungszweck ausdrücklich als

¹²³ BT-Dr 14/6040, S. 210

¹²⁴ Canaris, Karlsruher Forum 2002, S. 61 ff.

¹²⁵ MünchKomm/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB §434, Rn.6.

¹²⁶ BT-Drs. 14/6040, 132.

ein weiterer Anknüpfungspunkt neben der Beschaffenheit der Sache nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB festgelegt wird.¹²⁷

Als Beschaffenheit versteht man normalerweise einzelne Tatbestände einer Sache. Bei einer Vereinbarung über den Verwendungszweck ist ein konkreter Bezug auf eine bestimmte Beschaffenheit nicht mehr erforderlich.¹²⁸ Zwar kann man diesen Anknüpfungspunkt so verstehen, dass der Verwendungszweck nicht völlig außerhalb der Grenzen des Beschaffenheitsbegriffs stehe, weil dadurch immerhin eine Reihe von Beschaffenheiten implizit im Wege der Einigung über das Verwendungsziel vereinbart werden.¹²⁹ Allerdings wäre ein solcher Zusammenhang der Vereinbarung mit der Sache schon begründet, wenn sich die Vertragsparteien darüber einigen, dass die Sache für ein bestimmtes Ziel geeignet ist. Demgemäß können die Vertragsparteien beliebig durch eine Vereinbarung über den Verwendungszweck der Sache eine Haftung im Rahmen von Gewährleistungsrecht begründen. Ein zusätzliches Erfordernis für einen Zusammenhang mit der Sache ist entbehrlich, weil dieser Zusammenhang schon in der Vereinbarung als solche besteht. Dadurch wird die Privatautonomie der Vertragsparteien in der Weise ausgedehnt, dass sie mit einer Vereinbarung ohne objektive Beschränkungen (wie z.B. der des Beschaffenheitsbegriffs) über die Anwendung des Gewährleistungsrechts entscheiden können.

Allerdings bedeutet die Einführung des vertraglich vorausgesetzten Verwendungszwecks als neuen Anknüpfungspunkt nicht eine Ausdehnung des Beschaffenheitsbegriffs als solches. Vielmehr kann diese Regel als ein Zurechnungsmechanismus verstanden werden. Ein Vorteil dieser Zurechnung liegt darin, die Abgrenzungsschwierigkeiten in Ausgangsfall 1 (Kreissäge-Fall) und Ausgangsfall 2 (Wäschetrockner-Fall) zu vermeiden. Wenn bei einem fehlgeschlagenen oder mangelhaften Einsatz der Sache beim Gebrauch schwer festgestellt werden kann, ob die Kaufsache eine unpassende Sache ist oder die

¹²⁷ Jauernig/Berger, 16. Aufl. 2015, BGB § 434 Rn. 6.

¹²⁸ MünchKomm/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB § 434 Rn. 18.

¹²⁹ MünchKomm/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB § 434 Rn. 18.

Außenbedingung unpassend ist, könnte dann das Problem der Sache zugerechnet werden. Wenn aber kein vertraglich vorausgesetzter Verwendungszweck vorliegt, bleibt weiterhin offen, ob der Umstand im Wäschetrockner-Fall und im Kreislage-Fall eine Beschaffenheit der Sache darstellt. Soweit man die regulative Funktion des Beschaffenheitsbegriffs noch anerkennt, ist eine Abgrenzung, ob der Umstand seinen Grund in oder außerhalb der Sache hat, nicht vermeidbar, wenn darüber keine Einigung der Vertragsparteien besteht.

2.2.2. Verzicht auf die Beschränkung des Beschaffenheitsbegriffs?

Die in der Zeit des alten Rechts überwiegend verwendete Formel ist nach der Schuldrechtsmodernisierung auf große Bedenken gestoßen. Die Kritik konzentriert sich zuerst auf das Erfordernis einer Dauerhaftigkeit des Umstands, die in der alten Rechtsprechung insbesondere als nötig angesehen wurde, um Umsatz- und Ertragsangaben beim Unternehmenskauf als Eigenschaft zu behandeln.¹³⁰ Inzwischen sind einige Meinungen weiter gegangen, die die vorherige Beschränkung des Eigenschaftsbegriffs (im neuen Recht: des Beschaffenheitsbegriffs) für entbehrlich halten.¹³¹ Es stellt sich somit die Frage, ob überhaupt Bedarf für die Abgrenzungsfunktion des Beschaffenheitsbegriffs besteht oder der Beschaffenheitsbegriff wegen seines fließenden Charakters im neuen Gewährleistungsrecht seine Bedeutung verliert.

Nach der Schuldrechtsreform wird die Ansicht vertreten, dass die Anforderung an den Eigenschaftsbegriff im vorherigen Recht, wonach die Eigenschaft der Sache auf eine gewisse Dauer anhaften muss, nunmehr verzichtet werden sollte.¹³² Laut Faust bestehen dafür drei Gründe:¹³³ Erstens finde sich in § 434 BGB kein Wort

¹³⁰ Urs Peter Gruber, MDR 2002,433,437.

¹³¹ Volker Triebel/Gerrit Hölzle, BB 2002,521,525, spricht für eine“lose Beziehung zur Umwelt“.

¹³² MünchKomm/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB § 434 Rn. 9; Träger, JuS 2005, 503, 504; Faust, in: Bamberger/Roth, BGB 3. Aufl., § 437 Rdn. 24; Eidenmüller ZGS 2002,290,295; Urs Peter Gruber, MDR 2002,433,437; Weiler ZGS 2002,249,255; Manfred Wolf/Jochen Kaiser DB 2002,411,412, hat gezeigt, dass die Beschaffenheit der Sache „jede auch nur momentane Eigenart und Besonderheit“ einschließen sollte.

¹³³ Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 437 Rdn. 24.

über die Dauerhaftigkeit. Ein solches Kriterium sei auch nicht aus dem Gesetztext ableitbar. Ferner könne die Anforderung einer Dauerhaftigkeit der Beschaffenheit mit dem subjektiven Fehlerbegriff schwer übereinstimmen. Schließlich würde die Annahme eines solchen Kriteriums zu weiteren Abgrenzungsschwierigkeiten führen.

Der Meinung, dass der Beschaffenheitscharakter nicht von der Dauerhaftigkeit abhängt, ist zuzustimmen. Das Gewährleistungsrecht kümmert sich lediglich um den Zustand der Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Soweit die Sache bei Gefahrübergang nicht über die Soll-Beschaffenheit verfügt, liegt ein Mangel vor. Wenn die Ist-Beschaffenheit bei Gefahrübergang der Soll-Beschaffenheit entspricht, besteht kein Mangel. Ob diese Beschaffenheit ihrer Natur nach vorübergehend oder dauerhaft ist, soll nicht in Betracht kommen. Entscheidend ist hier nur die Vereinbarung der Parteien. In der Praxis hat der BGH mit diesem Maßstab hauptsächlich im Bereich des Unternehmenskaufs das Problem gelöst, um mit der engen Auslegung des Eigenschaftsbegriffs die Anwendung von c.i.c. zu ermöglichen.¹³⁴ Der Gesetzgeber hat allerdings in der Schuldrechtsmodernisierung eine deutliche Neigung gezeigt, die Kompetenz des Gewährleistungsrechts durch Vereinheitlichung mit dem Leistungsstörungenrecht auszudehnen; insbesondere mit der ausdrücklichen Äußerung, dass nunmehr die vorherigen Erwägungen für die Anwendung der Haftung aus culpa in contrahendo zumindest beim Unternehmenskauf entfallen würden.¹³⁵ Das spricht eher gegen als für eine haarfeine begriffliche Abgrenzung wie früher. Aus demselben Grund würde es auch gegen die gesetzgeberische Absicht verstoßen, mit einer engen Abgrenzung den Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts abschließend zu umreißen und die übrigen Fälle der culpa in contrahendo zu überlassen.

Merkwürdig ist die Verbreitung der Meinung, auf die Beschränkung des Beschaffenheitsbegriffs zu verzichten, so dass jede Vereinbarung über die Vertragsmäßigkeit der Sache eine Mangelhaftung begründen könnte.¹³⁶ Nach

¹³⁴ Urs Peter Gruber, MDR 2002,433,437; Volker Triebel/Gerrit Hölzl, BB 2002,521,525

¹³⁵ BT-Dr 14/6040, S.242.

¹³⁶ Berger JZ 2004,276,279; Roth NJW 2004, 330,331; Schulze/Ebers JuS 2004, 462, wo vertreten wird,

dieser Meinung braucht man selbst nicht mehr zu unterscheiden, ob ein Merkmal seinen Grund in der Sache selbst oder in sonstigen Umständen hat.¹³⁷ Nur eine „lose Beziehung zur Sache“ reicht für die Anwendung des Gewährleistungsrechts schon aus.¹³⁸ Berger hat in Anlehnung an Ernst und Gsell¹³⁹ gezeigt, dass der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keine Anforderung einer physischen Verfassung der Sache oder Dauerhaftigkeit der Umweltbeziehungen entnommen werden könne.¹⁴⁰ Berger hat sich ferner auf die Schwierigkeiten berufen, die durch die Abgrenzung des Beschaffenheitsbegriffs verursacht werden.¹⁴¹ Als Beispiel hat er die unterschiedliche Behandlung von Steuervorteilen herausgestellt, die je nach dem, ob diese Steuervorteile auf einer bestimmten physischen Verfassung der Sache beruhen, zu unterschiedlichen Folgen führen würden.¹⁴² Schließlich hat er darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber mit der Schuldrechtsmodernisierung eine völlig neue Bewertung getroffen hat, was eine gute Gelegenheit darstelle, die „Komplexität rechtlicher Regelungen“ zu reduzieren und damit die „praktische Handhabbarkeit des Kaufrechts“ und die „Prognosesicherheit gerichtlicher Entscheidungen“ zu erhöhen.¹⁴³

2.2.3. Die Meinung des BGH

Der BGH hat in seiner nachfolgenden Rechtsprechung ausdrücklich festgestellt, dass die Unterschiede zwischen Fehlern und zusicherungsfähigen Eigenschaften durch die Neuformulierung des Gesetzes „eingeebnet“ werden sollten, somit werde

dass „sämtliche Beziehungen der Kaufsache zur Umwelt zur geschuldeten Beschaffenheit gehören“ sollte.

¹³⁷ Z.B. Manfred Wolf/Jochen Kaiser DB 2002,411,412, hat mit dem Hinweis auf den „Wassertrockner Fall“ gezeigt, dass es auch nicht mehr allein darauf ankomme, ob „die fehlende Eignung ihren Grund in der Sache selbst oder in sonstigen äußeren Umständen hat“.

¹³⁸ Volker Triebel/Gerrit Häßle, BB 2002,521,525

¹³⁹ Ernst/Gsell ZIP 2000,1410,1414.

¹⁴⁰ Berger JZ 2004,276,280.

¹⁴¹ So auch Roth NJW 2004, 330,331, damit könne man sich „die lästige Abgrenzung zwischen Innerlichkeit (unmittelbar physisches Anhaften) und Äußerlichkeit (Umstände außerhalb der Sache)“ ersparen.

¹⁴² Berger JZ 2004,276,281.

¹⁴³ Berger JZ 2004,276,282.

der Raum für privatautonome Vereinbarungen der Vertragsparteien erweitert.¹⁴⁴ Das bedeutet, dass jede im vorherigen Recht zusicherungsfähige Eigenschaft einer Sache nunmehr Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein kann. Darin kann man eine Erweiterung des Beschaffenheitsbegriffs im Vergleich zu der Beschaffenheit in § 459 Abs. 1 BGB a.F. sehen.

Die Meinung des BGH tritt relativ konservativ auf. In seinem Urteil hat der BGH zwar anerkannt, dass die Privatautonomie der Vertragsparteien erweitert werde, so dass die Parteien in größerem Maße entscheiden können, auf welche Umstände der Verkäufer sich zur Vertragserfüllung verpflichtet. Inwieweit diese Privatautonomie ausgedehnt wird, hat der BGH allerdings nicht ausdrücklich beantwortet. Feststellbar ist nur, dass der Umfang des neuen Beschaffenheitsbegriffs nicht enger als der Umfang des Eigenschaftsbegriffs im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB a.F. sein sollte.¹⁴⁵

2.2.4. Bedenken gegen das Verständnis der Beschaffenheit als wertbildender Faktor

Wie oben dargestellt können sich die Eigenschaften einer Sache nach der vorherigen herrschenden Meinung auf *„alle Verhältnisse, die nach ihrer Art und Dauer nach der Verkehrsanschauung Einfluß auf Wertschätzung oder Brauchbarkeit der Sache zu üben pflegen“* erstrecken.¹⁴⁶ Das Verständnis der Eigenschaft als objektiv wertbildender Faktor hat sich vor der Schuldrechtsmodernisierung in der Rechtsprechung¹⁴⁷ und Literatur¹⁴⁸ ganz oder

¹⁴⁴ BGH NJW 2011, 1217, 1218 = BeckRS 2010, 29990 = DAR 2011, 82 = IBRRS 2011, 0475 = NJ 2011, 161 = VersR 2011, 1322 = ZIP 2011, 33 = LSK 2011, 020766 (Ls.) = BauR 2011, 897 L = GE 2011, 51 = JR 2012, 71 = LMK 2011, 314163 = MDR 2011, 17 L = ZNotP 2011, 110.

¹⁴⁵ BGH NJW 2011, 1217.

¹⁴⁶ RGZ 117, 315.

¹⁴⁷ Siehe z.B. BGH NJW 1992, 2564, 2565 = BeckRS 9998, 96439 = DNotZ 1993, 680 = ZIP 1992, 1317 = LSK 1992, 400033 (Ls.) = DB 1992, 2545 = LM Nr. 127 § 276 (Fa) BGB = LM, (Fa) § 276 BGB 127 = MDR 1992, 936 u. 1029 = WPM 1992, 1996, wo folgendes vertreten wird: *„Die Bedeutsamkeit eines Umstandes für den Wert oder die Brauchbarkeit der Kaufsache ist aber Voraussetzung sowohl dafür, daß der Gegenstand einer Zusicherung (§ 459 I BGB) sein kann, wie auch dafür, daß er als Beschaffenheitsmerkmal (§ 459 I BGB) in Frage kommt.“*

in Teilen verbreitet. Nach der Schuldrechtsmodernisierung bleibt dieses Verständnis in Teilen des Schrifttums bestehen.¹⁴⁹ Diese Meinung, dass nur die relevanten Umstände eine Beschaffenheit der Sache darstellen können, ist aber schon nach Maßgabe des vorherigen Rechts sehr bedenklich.

Der Gesetzgeber des alten Schuldrechts hat im Gesetztext die Begriffe „Fehler“ und „zugesicherte Eigenschaft“ verwendet. „Fehler“ einer Sache ist nach § 459 Abs. 1 BGB a.F. das Nichtbestehen einer Eigenschaft, die die Sache für die vollkommene Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch haben muss.¹⁵⁰ Ein Fehler besteht erst dann, wenn die Minderung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit nicht unerheblich ist.¹⁵¹ Die Praxis wurde zwar vom Verständnis des subjektiv-objektiven Fehlerbegriffs beherrscht,¹⁵² wobei die objektiven Kriterien nur eine Grundlage für die Feststellung des Umfangs boten, in dem der Verkäufer dem Inhalt des Vertrags entsprechend eintreten muss.¹⁵³ Allerdings hat der objektive Maßstab einer Minderung des Werts und der Gebrauchstauglichkeit bedeutenden Einfluss auf die Herausbildung des Eigenschaftsbegriffs ausgeübt, insbesondere auf die Formulierung der Abgrenzungsformel in der Rechtsprechung.¹⁵⁴

Dieses wertbildende Verständnis entspricht nicht auf jeden Fall dem Verständnis und der Rechtspraxis zur Zusicherung. Bei einer Zusicherung muss der Verkäufer auch ohne Verschulden dafür eintreten, dass die Sache bei der Übergabe über die von ihm zugesicherten Eigenschaften verfügt. Ob das Fehlen der Eigenschaft den Wert und die Tauglichkeit der Sache mindert, war für eine solche Garantiehaftung unerheblich.¹⁵⁵ Anhand der Entscheidungen des BGH kann man davon ausgehen, dass der Umfang der zusicherungsfähigen Eigenschaften weiter als der Umfang der

¹⁴⁸ Wie z.B. Kircher, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, S.17.

¹⁴⁹ Staudinger/ Matusche-Beckmann, 2014 BGB §434, Rn.58; HK-BGB/ Saenger, 9. Aufl. 2017, BGB § 434 Rn. 9.

¹⁵⁰ RGZ 161,330.

¹⁵¹ Erman/Weitnauer, 7. Aufl. 1981, BGB §459, Rn. 21.

¹⁵² RGZ 135, 339; RGZ 161, 330,335; BGH NJW 1969, 1171.

¹⁵³ RGZ 70,82.

¹⁵⁴ Mertens, AcP 203(2003),819,833.

¹⁵⁵ RGZ 47,129; RGZ 66,167.

Beschaffenheit ist, was auch in der Literatur immer wieder bestätigt wurde.¹⁵⁶ In der Praxis ist jedoch zu beachten, dass eine Eigenschaftszusicherung im Sinne von § 459 Abs. 2 BGB a.F. tatsächlich leicht begründet werden konnte, wenn die Angaben des Verkäufers zum Bestandteil des Vertrages zwischen den beiden Parteien werden.¹⁵⁷

Insbesondere konnte ein bloßes Affektionsinteresse oder eine unerhebliche Abweichung des Ist-Zustands der Sache von der zugesicherten Eigenschaft auch im Rahmen einer Garantie eine Haftung des Verkäufers begründen.¹⁵⁸ Insoweit konnte der Begriff der Eigenschaft im Sinne von § 459 Abs. 2 BGB a.F. alle Beschaffenheitsmerkmale im Sinne von § 459 Abs. 1 BGB a.F. einschließen.¹⁵⁹ Sowohl die wertbildenden Faktoren, die einen Fehler gemäß § 459 Abs. 1 BGB a.F. begründen können, als auch die Umstände, die den Wert und die Gebrauchstauglichkeit der Sache gar nicht beeinflussen, können Gegenstand einer Zusicherung sein. Die zusicherungsfähigen Eigenschaften können sich auf die Umstände erstrecken, die den Wert einer Sache oder ihre Tauglichkeit zum Gebrauch zwar nicht beeinflussen, aber für den Käufer aus anderen Gründen von Bedeutung sind.

Fast unstreitig ist, dass nach der Schuldrechtsmodernisierung der neue Beschaffenheitsbegriff zumindest den Umfang des alten Eigenschaftsbegriffs übernehmen kann.¹⁶⁰ Ob ein Merkmal der Sache wertbildend ist, bestimmt sich nicht nach der Verkehrsanschauung, sondern nach der subjektiven Beurteilung der Vertragsparteien.¹⁶¹ Ein solches Verständnis entspricht zwar dem subjektiven Fehlerbegriff, ist allerdings unnötig. Ob ein Merkmal Beschaffenheit der Sache ist,

¹⁵⁶ Besonders deutlich: BGH, NJW 1992, 2564, 2565; G. Müller, ZIP 2000, 817 (818); Ballerstedt, in: Soergel/Huber, BGB 10. Aufl., 1967, § 459 Rdnr. 32; vgl. auch BT-Dr 14/6040, S. 212.

¹⁵⁷ Emmert NJW 2006, 1765, 1766; BGH, SVR 2005, 379, 380; Roth, NJW 2004, 331; Reinking/Eggert (o. Fußn. 12), Rdnr. 1208; Reinicke/Tiedtke, KaufR, 7. Aufl. (2004), Rdnr. 315; Westermann, in: MünchKomm (o. Fußn. 5), § 434 Rdnr. 12. Palandt/Putzo (o. Fußn. 8), § 444 Rdnr. 3; Roth, NJW 2004, 331; Reinking/Eggert (o. Fußn. 12); Reinicke/Tiedtke (o. Fußn. 18); Faust, in: Bamberger/Roth (o. Fußn. 5), § 434 Rdnr. 38.

¹⁵⁸ Soergel Siebert/Ballerstedt, BGB § 459, 10. Aufl. 1967, Rn. 25.

¹⁵⁹ Soergel Siebert/Ballerstedt, BGB § 459, 10. Aufl. 1967, Rn. 32.

¹⁶⁰ BGH NJW 2011, 1217.

¹⁶¹ Jauernig/Berger, 16. Aufl. 2015, BGB § 434 Rn. 6-7, nicht nur nach der Verkehrsanschauung, sondern auch nach Parteivereinbarung.

gilt vielmehr als Tatsachenbeurteilung, nicht als Wertbeurteilung. Die Funktion des Beschaffenheitsbegriffs endet an dem Punkt, an dem festgestellt werden kann, ob der fragliche Umstand ein Problem der Sache ist. Selbst wenn es sich um ganz irrelevante Umstände handelt, ist diese Funktion nicht beeinträchtigt. Fehlt ein solcher irrelevanter Umstand, kann dies lediglich dazu führen, dass auf Ebene des Mangels der gewährleistungsrechtliche Schutz ausscheidet. Somit muss man den Umstand „Einfluss auf Wert“ auch aus den Voraussetzungen der Beschaffenheit herausnehmen.

2.3. Zwischenergebnis

2.3.1. Das subjektiv-objektive Abgrenzungskriterium des Anwendungsbereiches des Gewährleistungsrechts

Der Versuch, eine einheitliche, als tatbestandliche Voraussetzung fungierende Formel herauszuarbeiten, hat das Abgrenzungsproblem nicht vereinfacht, sondern verkompliziert. Im Rahmen der Vertiefung des Beschaffenheits- sowie des Eigenschaftsbegriffs wurden immer neue Streitfragen erörtert, die kaum mit einer überzeugenden Antwort gelöst wurden. Allerdings stellt die grundlegende Abgrenzung, nämlich ob der fragliche Umstand in der Sache selbst seinen Grund hat, selbst bei einer Verallgemeinerung des Beschaffenheitsbegriffs eine nicht vermeidbare Frage dar.

2.3.2.1. Umfang der Ausdehnung der privatautonomen Vereinbarung durch Vertragsparteien

Vor allem ist anzuerkennen, dass im Vergleich zum alten Schuldrecht, wo noch ein Rückgriff auf objektive Minderung von Wert und Gebrauchstauglichkeit in § 459 BGB a.F. vorgezogen wurde, sich die neue Regelung der Sachmangelhaftung zuerst auch auf einen klaren Vorrang der Parteivereinbarung richtet.¹⁶² Daraus

¹⁶² Mertens, AcP 203(2003),819,836.

ergibt sich, so wie der BGH in seinem Urteil gezeigt hat, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung des Gewährleistungsrechts den Vertragsparteien größeren Raum für Privatautonomie gelassen hat. Der Raum für privatautonome Vereinbarung wird nicht nur in dem Sinne vergrößert, dass die Vertragsparteien nunmehr selbst entscheiden dürfen, wann die Sache mangelhaft ist, ohne Rücksicht auf die objektive Minderung von Wert oder Gebrauchstauglichkeit, sondern er wird auch in dem Sinne ausgedehnt, dass die Möglichkeiten der Vertragsparteien, privatautonom zu regeln, was der Verkäufer nach dem Regelungssystem der §§ 433 ff. BGB zur Erfüllung des Vertrags schuldet, verbessert werden.¹⁶³ Die Vertragsparteien können infolgedessen mit ihrer Vereinbarungen in größerem Umfang beeinflussen, ob ein Anspruch aus culpa in contrahendo wegen eines Eingriffs des Gewährleistungsrechts ausgeschlossen wird. Nach der Schuldrechtsmodernisierung ist sowohl in der Rechtsprechung¹⁶⁴ als auch in der Literatur eine beachtliche Verbreitung dieser Meinung zu bemerken.¹⁶⁵

Diese Ausdehnung lässt sich zumindest in zwei Punkten vorweisen. Zum einen sollte die neue Beschaffenheit den Inhalt des alten Eigenschaftsbegriffs nicht nur übernehmen, sondern auch in der Weise überschreiten, dass auf die tatbestandlichen Voraussetzungen der alten herrschenden Formel für das Vorliegen einer Eigenschaft der Sache verzichtet wird. Wie oben dargestellt eignet sich weder das alte Verständnis von wertbildenden Faktoren noch das Erfordernis der Dauerhaftigkeit für das neue Gewährleistungsrecht. Man sollte die Funktion des Beschaffenheitsbegriffs nicht verwechseln. Das Gewährleistungsrecht bezieht sich

¹⁶³ BGH NJW 2011,1217,1218.

¹⁶⁴ OLG Koblenz BeckRS 2012, 06811 =IBRRS 2012, 1979=LSK 2012, 210579 (Ls.)=MDR 2012, 507; OLG München BeckRS 2006, 10640.

¹⁶⁵ Z.B. MünchKomm/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB § 434 Rn. 9-17; Jauernig/Berger, 16. Aufl. 2015, BGB § 434 Rn. 6-7; Redeker NJW 2012, 2471; Berger JZ 04, 276, 278 ff.; Schulze/Ebers JuS 2004, 462, 463; B üdenbender in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, 2. Aufl. 2012, § 434 Rn. 13 f.; Dauner-Lieb/Thiessen, ZIP 2002, 108,110; Häublein, NJW 2003, 388 ,390 f.; Leible, in: Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, Kap. 10 Rn. 43; Looschelders, in: Dauner-Lieb/ Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 395,397 ff.; Redeker, Beschaffenheitsbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung beim Kauf, Diss. München, 2011, S. 207 ff.; Schmidt, BB 2005, 2763,2764 ff.; Walther, Gebrauchtwagenkauf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Diss. Würzburg, 2009, S. 58 ff.; Westphalen in Henssler/v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2002, § 434 Rn. 15 f.

immer auf die Sache selbst. Die Funktion des Beschaffenheitsbegriffs erschöpft sich darin, eine hinreichend nahe Beziehung des fraglichen Umstands mit der Kaufsache abzubilden. Die in der Formel dargelegten Maßstäbe sprechen zwar, wenn sie erfüllt werden, für das Bestehen einer näheren Beziehung. Aber man darf nicht ohne weiteres den Umkehrschluss ziehen, dass eine solche nahe Beziehung nicht besteht, wenn nicht alle Maßstäbe erfüllt werden. Die Frage, ob der fragliche Umstand eine Beschaffenheit ist, so dass der vorliegende Fall im Rahmen des Gewährleistungsrechts behandelt werden soll, muss man am Anfang der Behandlung der Konkurrenzfrage beantworten. Sowohl die „wichtigen“ Merkmalen, als auch die vorübergehenden und wirtschaftlich unbeachtlichen Merkmalen können als Beschaffenheiten angesehen werden, obwohl sie wegen ihrer Unbeachtlichkeit am Ende nicht zu einer gewährleistungsrechtlichen Kompensation führen könnten.

Zum anderen findet sich die Ausdehnung der Privatautonomie der Vertragsparteien in der Verankerung des neuen Anknüpfungspunkts des vertraglich vorausgesetzten Verwendungszwecks im Gesetz wieder. Soweit die Parteien eine Vereinbarung über den Verwendungszweck der Sache getroffen haben, gilt dies als deutlicher Anhaltspunkt dafür, den vorliegenden Fall im Rahmen des Gewährleistungsrechts zu behandeln. In diesem Fall kommt es nicht mehr darauf an, ob es sich um eine Beschaffenheit der Sache handelt, sondern es ist nur im allgemeinen Sinne zu prüfen, ob sich die Sache für den vertraglich vorausgesetzten Verwendungszweck eignet. Eine Verbindung zwischen der Sache und der Vereinbarung ergibt sich aus dem Inhalt der Vereinbarung selbst.

2.3.2.2. Fortbestehen des Abgrenzungsproblems

Hingegen sollte diese Ausdehnung nicht übertrieben werden. Die Privatautonomie der Parteien ist zwar gestärkt. Dies bedeutet aber nicht, die Vertragsparteien nunmehr ohne jede Beschränkung entscheiden können, welcher Inhalt ins Gewährleistungsrecht einbezogen wird. Der Verkäufer kann z.B. die Personen, seine Verhaltensweisen bei der Erfüllung sowie andere Umstände, deren Grund

nicht in der Sache selbst besteht, nicht „gewährleisten“. Solche Umstände haben zwar auch lose Beziehungen mit der Sache, stehen allerdings offensichtlich außerhalb des Regimes des Gewährleistungsrechts.

Eine solche Schlussfolgerung ergibt sich nicht aus einer feinen Bearbeitung des Beschaffenheitsbegriffs, sondern aus dem einheitlichen System der gewährleistungsrechtlichen Ansprüche in § 437 BGB und dessen Anknüpfen an den Sachmangel in § 434 BGB. Ein gewährleistungsrechtlicher Anspruch kommt erst dann in Betracht, wenn es sich um Probleme der Sache selbst handelt. Der Gesetzgeber hat zwar den Vorrang der Parteivereinbarung eingebracht, beabsichtigt allerdings auch keinen völligen Verzicht auf die regulative Funktion des Beschaffenheitsbegriffs. Er bestätigt zwar ein weiteres Verständnis als im alten Recht, behauptet aber weiterhin, dass nicht jede sich auf die Sache beziehende Angabe des Verkäufers eine Beschaffenheitsvereinbarung darstellen könne.¹⁶⁶ In der Rechtsprechung waren und sind tatsächlich nicht selten einfach die vorliegenden Umstände im allgemeineren Sinne abzugrenzen.¹⁶⁷ Nach der Schuldrechtsreform wird diese Meinung in der Rechtsprechung fortgesetzt, dass nicht jede Vereinbarung zur Gewährleistungshaftung führen kann, sondern nur die Vereinbarungen über die Umstände, die zur Sache selbst gehören. Es sei immer noch erforderlich, dass die fraglichen Umstände zumindest in der Sache selbst ihren Grund haben oder von der Sache selbst ausgehen.¹⁶⁸ In der Literatur wird nach der Schuldrechtsreform auch die Meinung vertreten, dass sich die Beschaffenheit auf die Sache „selbst“ beziehen muss.¹⁶⁹ Die Merkmale, die sich nicht auf die Sache selbst, sondern lediglich auf die Umstände außerhalb der Sache, z.B. die Vertragspartei beziehen, können nicht als Beschaffenheit angesehen

¹⁶⁶ BT-Drs. 14/6040 S. 212, 213.

¹⁶⁷ Z.B. BGH NJW 1985, 2472= BeckRS 9998, 100793=FHZivR 31 Nr. 846 (Ls.)=LSK 1985, 410007 (Ls.)=JR 1985, 853=LM Nr. 78 § 459 BGB=MDR 85, 1020=WPM 1985, 1167; BGH NJW 2012, 846= BeckRS 2012, 01249=DNNotZ 2012, 525=IBRRS 2012, 0213=WM 2012 Heft 16, 756=ZIP 2012, 332=LSK 2012, 080079 (Ls.)=BauR 2012, 646=GE 2012, 334=LMK 2012, 327759=MDR 2012, 141=ZfIR 2012, 104 L=ZNotP 2012, 58..

¹⁶⁸ BGH NJW 2012, 846,847.

¹⁶⁹ MünchKomm/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB § 434 Rn. 10.

werden.¹⁷⁰

Soweit ein „eigenständiges“ Gewährleistungsrecht noch besteht, soweit das Gewährleistungsrecht noch nicht völlig ins allgemeine Leistungsstörungenrecht integriert wird, kann das Abgrenzungsproblem letztlich nicht beseitigt werden. Wenn man aber die Abgrenzung zwischen den Umständen, die ihre Wurzel in den Vertragsparteien haben, und den Umständen, die ihren Grund in der Sache haben, anerkennt, kann dies endlich ohnehin zu bestimmten Grenzfällen führen, die Abgrenzungsschwierigkeiten verursachen könnten. Die Frage in den Ausgangsfällen wie dem Kreissäge-Fall und dem Wäschetrockner-Fall wird durch die Ausdehnung der Privatautonomie der Vertragsparteien nur teilweise gelöst, aber nicht in vollem Umfang beseitigt. Die Vertragsparteien können sich bei den Vertragsverhandlungen darüber einigen, dass die Kaufsache zu der für ihren Einsatz geplanten Außenbedingung passt. Liegt eine solche Einigung vor, dann gilt es auf jeden Fall als Problem der Kaufsache, wenn sie für diese Außenbedingung nicht passt. Allerdings ist fraglich, wie es wäre, wenn eine solche Vereinbarung nicht ermittelt werden kann. Im Einzelfall könnte der Verkäufer zwar auch den Käufer über eine Ware und ihre Anwendung beraten, aber trotzdem deutlich machen, dass er keine Zusicherung über die Anwendungsmöglichkeiten oder ähnliche Bedeutungen in den Vertrag aufnehmen will.¹⁷¹

2.3.2. Zusammenfassung

Nach der Schuldrechtsmodernisierung ist der neue Beschaffenheitsbegriff anstelle des alten Eigenschaftsbegriffs der neue Anknüpfungspunkt des Gewährleistungsrechts geworden. Die neue Regelung über den Sachmangel räumt der privatautonomen Vereinbarung der Vertragsparteien einen deutlichen Vorrang ein. Die Privatautonomie der Vertragsparteien über die Anwendungsmöglichkeit des Gewährleistungsrechts wird durch die Neufassung des Mangelbegriffs

¹⁷⁰ Huber AcP 202 (2002), 179,212, 227; Kindl WM 2003, 409,411.

¹⁷¹ Vgl. BGH NJW 1962, 1196=BeckRS 1962 (Ls.)=FHZivR 8 Nr. 1444 (Ls.)=FHZivR 8 Nr. 1458 (Ls.)=LSK 1962, 932270 (Ls.)=BB 62, 616=Betrieb 62, 734=LM Nr. 5 § 276(H) BGB=MDR 62, 647 (L).

ausgedehnt. Konkret findet sich diese Ausdehnung hauptsächlich in zwei Aspekten wieder: Erstens verfügt der neue Beschaffenheitsbegriff selbst über einen noch weiteren Umfang als die alte Eigenschaft. Die alte Formel für die Eigenschaft, die in der Zeit des vorherigen Rechts überwiegend angenommen wurde, soll nach der Schuldrechtsmodernisierung nicht mehr fortgesetzt werden. Zweitens schafft der Gesetzgeber in § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB einen zusätzlichen Anknüpfungspunkt in Form des vertraglich vorausgesetzten Verwendungszwecks, der immer durch die Vertragsparteien vereinbart werden kann.

Diese Ausdehnung unterliegt aber auch Beschränkungen. Zunächst können die Vertragsparteien nicht per Vereinbarung definieren, was eine Beschaffenheit der Sache ist. Der Beschaffenheitsbegriff wird zwar im neuen Recht im Vergleich zum alten erheblich erweitert, ist aber immer noch ein „objektives“ Element, das dazu dient, das Regime des Gewährleistungsrechts auf die Sache als solche zu beschränken. Wenn man zutreffend einen engen Bezug der Parteivereinbarung zur Sache für erforderlich hält, darf man dann nicht mehr lediglich von einer „losen Beziehung“ mit der Sache sprechen. Eine lose Beziehung könnte auch zwischen den persönlichen Umständen des Verkäufers und der Sache bestehen, nur weil er der Verkäufer der Sache ist. Gleiches gilt für die Verhaltensweisen des Verkäufers bei der Erfüllung. Bezüglich solcher Umstände haben die Parteien in der Praxis nicht selten ein Motiv entsprechende Vereinbarungen zu treffen, z.B. bei einem Mietvertrag über die Vermögenslage des Mieters,¹⁷² deren Verwirklichung aber nicht im Rahmen des Gewährleistungsrechts zu sichern ist.

Deswegen bleibt immerhin die Notwendigkeit, zwischen den Umständen, die ihren Grund in der Sache selbst haben, und den Umständen, die sich nur außerhalb der Sache befinden, zu unterscheiden. Dies führt unmittelbar dazu, dass die Abgrenzungsschwierigkeiten in den Grenzfällen auch nicht völlig beseitigt werden können. Es gibt selbst im neuen Gewährleistungsrecht immer noch Raum für die Diskussion, ob das Problem in der Sache oder in den Außenbedingungen liegt, wie sie damals in den Ausgangsfällen wie dem Kreissäge-Fall und dem

¹⁷² MünchKommB/ Bachmann, 7. Auf. 2016, BGB §241, Rn.134.

Wäschetrockner-Fall geführt wurde.

3. Verteilung der Informationshaftung im Rahmen von culpa in contrahendo

Die Aufklärungspflicht leitet sich im geltenden Recht vor allem aus § 241 Abs. 2 BGB her, wo klar dargestellt wird, dass der Schuldner unabhängig von der Leistungspflicht aus dem Schuldverhältnis verpflichtet ist, die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Gläubigers zu berücksichtigen. In diesem Teil wird hauptsächlich die vorvertragliche Aufklärungspflicht untersucht, deren Verletzung mit culpa in contrahendo zu kompensieren ist.

3.1 Überblick über Aufklärungspflicht

Die Aufklärungspflicht ist der wichtigste Unterfall der Informationspflicht, die die Pflicht einer Vertragspartei bezeichnet, unaufgefordert der anderen Partei die erkennbar entscheidungserheblichen Umstände bekanntzugeben.¹⁷³ Die Aufklärungspflicht kann sowohl als leistungsbezogene Nebenpflicht als auch als Schutzpflicht fungieren. Geht es um die Sicherung des Leistungsinteresses, weist die Aufklärungspflicht die Eigenschaft einer leistungsbezogenen Nebenpflicht auf. Dient die Aufklärungspflicht aber zum Schutz des Integritätsinteresses des anderen Teils (z.B. Warnpflicht), tritt sie in diesem Fall als Schutzpflicht auf.

An vereinzelt Stellen des BGB sind Aufklärungspflichten auch speziell vorgesehen, die in den Formen einer „Mitteilungspflicht“, „Anzeigepflicht“ usw. erscheinen können (§§ 469, 536c, 630e, 663, 694 BGB). Mit den speziellen Regeln ist ein Rückgriff auf § 241 Abs. 2 BGB nicht mehr erforderlich. Der Aufklärungspflicht steht die Beratungspflicht nahe, deren Grenze zur Aufklärungspflicht fließend ist,¹⁷⁴ so dass diese zwei Pflichten in vielen Fällen zusammen diskutiert werden können.¹⁷⁵

¹⁷³ MünchKomm/ Bachmann, 7. Auf. 2016, BGB §241, Rn.110.

¹⁷⁴ MünchKomm/ Bachmann, 7. Auf. 2016, BGB §241, Rn.113.

¹⁷⁵ Vgl. BGH, NJW 2015, 2956= BB 2015, S. 1999=BeckRS 2015, 12161=VuR 2015, 384=WM 2015

Auszuschließen ist für diese Darstellung die Auskunftspflicht, die meistens auf bestimmte Angaben zielt und anders als die Aufklärungspflicht und Beratungspflicht in der Regel einklagbar ist.¹⁷⁶ Bei der Auskunftspflicht macht es im Rechtsstreit noch Sinn, dass der Informationspflichtige (Auskunftsgeber) dem zu Informierenden (Auskunftsnehmer) die ersuchten Informationen nachträglich bekanntmacht, während in den Fällen der Aufklärungs- und Beratungspflichten der Aufzuklärende oder der zu Beratende normalerweise kein Interesse mehr an den Informationen als solchen hat, sondern nur den Ersatz des negativen Schadens verlangt. Deswegen kann die Auskunftspflicht zwar auch als Unterfall der Informationspflicht angesehen werden, sie weist aber andere Eigenschaften als die letzten beiden Unterfälle auf und bleibt in dieser Abhandlung außer Betracht.

3.2. Eigenverantwortungsprinzip: berechnigte Nutzung des Wissensvorsprungs

Grundsätzlich liegt es in der Verantwortung jeder Vertragspartei sich die nötigen Informationen für den Vertragsabschluss sowie über Art und Umfang der Vertragspflichten selbst zu beschaffen. Die Aufklärungspflicht gilt nur als eine Ausnahme des Eigenverantwortungsprinzips.¹⁷⁷

Jede Vertragspartei darf ihren eigenen Informationsvorsprung ausnutzen. Diese Berechnigung beruht nicht nur auf der Überlegung zu einem Interessenausgleich zwischen den beiden Parteien, sondern auch auf der Notwendigkeit, die Effizienz

Heft 30, 1413=ZIP 2015, 1491=LSK 2015, 310390 (Ls.)=DB 2015, 2020=MDR 2015, 1066=ZBB 2015, 244; BGH BKR 2004,108,109= BeckRS 2004, 00067=EWiR 2004, 481=IBRRS 2004, 0573=NJOZ 2005, 1516=WM 2004 Heft 4, 172=ZIP 2004, 209=FHZivR 50 Nr. 1801 (Ls.)=LSK 2004, 080264 (Ls.)=WuB 2004, 489=ZfIR 2004, 465.

¹⁷⁶ MünchKommB/ Bachmann, 7. Auf. 2016, BGB §241, Rn.114.

¹⁷⁷ BGH, NJW 1997, 3230,3231=BeckRS 9998, 55217=ZIP 1997, 1058=LSK 1997, 480010 (Ls.)=DB 1997, 1463=KTS 1997, 623=LM Nr. 78 § 276(Fb) BGB=MDR 1997, 777=WM 1997, 1045=WPM 1997, 1045; BGH, NJW 2001, 2021= BeckRS 2001 30173838=BeckRS 2001, 04418=DNotI-Report 2001, 108=NZM 2001, 625=WM 2001 Heft 24, 1158=ZIP 2001, 1152=ZMR 2001, 634=FHZivR 47 Nr. 663 (Ls.)=LSK 2001, 140263 (Ls.)=ZWE 2001, 365 (Ls.)=BauR 2001, 1428=DB 2001, 2092=DWW 2001, 299=GE 2001, 847=LM Nr. 85 § 276(Fb) BGB=MDR 2001, 800=WuM 2001, 349=ZfIR 2001, 819=ZNotP 2001, 318.

und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu erhalten.¹⁷⁸ Die Grenze der Ausnutzung des Wissensvorsprungs über die Marktverhältnisse liegt in der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB, nämlich wenn ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, welches ohne Vorliegen weiterer Umstände auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten schließen lässt. Beim Grundstücksverkauf gilt z.B. eine Abweichung des Kaufpreises von dem Verkehrswert von 90% als sittenwidrig.¹⁷⁹

Konkret betrachtet wird das Prinzip der Eigenverantwortung in der Praxis hauptsächlich in drei Aspekten reflektiert:

3.2.1. Grundsätzlich nur allgemeine Aufklärungspflicht

Erstens ist Eigenverantwortung in dem Sinne zu verstehen, dass die aufklärungspflichtige Vertragspartei grundsätzlich nur eine allgemeine Aufklärungspflicht trägt, d.h. die aufklärungspflichtige Partei muss zwar der informationellen Fähigkeit der anderen entsprechend aufklären, braucht allerdings nicht in jeden Fall alle Einzelheiten im Detail ungefragt bekanntzumachen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein Verkäufer eines Unternehmens ausdrücklich darauf hingewiesen hat, er wolle verkaufen, weil das verkaufte Unternehmen in der geführten Form ein Verlustgeschäft darstelle, und dem Käufer die Informationsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt hat. Der BGH hat in einem Urteil festgestellt, dass es in diesem Fall nicht darauf ankomme, welche Unterlagen der Käufer im Einzelnen ersucht und bekommen hat und der Verkäufer nicht verpflichtet sei, ungefragt den Käufer auf die Verluste der vergangenen Jahre im Einzelnen hinzuweisen, weil der Käufer „*als Inhaber eines Getränkegroßhandels hinreichend sach- und branchenkundig*“ ist und ihm somit zumutbar ist, dass er sich aufgrund des allgemeinen Hinweis des Verkäufers auf das Verlustgeschäft

¹⁷⁸ Fleischer, S.174ff.

¹⁷⁹ BGH DNotZ 2014, 511,512= BeckRS 2014, 05936=DNotI-Report 2014, 54=IBRRS 2014, 1053=MittBayNot 2014, 326=NJW 2014, 1652=NZM 2014, 686=VersR 2014, 1260=WM 2014 Heft 30, 1440=ZMR 2014, 841=LSK 2014, 190252 (Ls.)=DWW 2014, 133=GE 2014, 519=MDR 2014, 456=NotBZ 2014, 215=NWB 2014, 975=ZfIR 2014, 308=ZNotP 2014, 104.

*„von ihren Verhandlungsgehilfen Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen, betriebswirtschaftliche Auswertungen oder ähnliche aussagekräftige Unterlagen hätte vorlegen lassen, wenn dies für ihn von Interesse gewesen wäre“.*¹⁸⁰

3.2.2. Durchschnittliche Fähigkeit der Gegenpartei

Zweitens wird die Eigenverantwortung dadurch reflektiert, dass für die Feststellung einer Aufklärungspflicht grundsätzlich auf die durchschnittliche Fähigkeit einer homogenen Käufergruppe abgestellt wird, soweit kein besonderes Informationsbedürfnis der Gegenpartei erkennbar ist. Deswegen ist grundsätzlich unbeachtlich, wenn die Kenntnis und Fähigkeit des Käufers nicht aus besonderen erkennbaren Gründen, sondern nur ganz allgemein unter dem durchschnittlichen Niveau liegen. Für eigene „Dummheit“ muss jede selbst haften. Für den Verkäufer ist es im normalen Fall somit nicht erforderlich, ausdrücklich zu betonen, dass die Montage des Kaufgegenstands eines bestimmten handwerklichen Geschicks bedarf. Wer z.B. ein Möbelstück oder ein modernes Gerät gekauft hat, das er selbst montieren oder einrichten muss, könnte dadurch Geld sparen und darf sich grundsätzlich nachher nicht darauf berufen, dass die Montageanleitung für seine Intelligenz oder Fähigkeit nicht ausreichend sei.¹⁸¹ Er muss selbst beurteilen, ob diese - einem Laien theoretisch mögliche Montage - für ihn zu schwierig wäre. Dies gilt allerdings nicht, wenn der Verkäufer eine spezifische Aussage über die Leichtigkeit der Montage trifft (z.B. „kinderleicht“ oder „idiotensicher“), oder die Montage bestimmte Fachkenntnisse mit abgeschlossener Ausbildung voraussetzt.¹⁸²

¹⁸⁰ BGH NJW 2002,1042,1044= BB 2002 Heft 9, 428=BeckRS 2001 30222881=IBRRS 2002, 0131=NZG 2002, 298=WM 2002 Heft 9, 446=ZIP 2002, 440=LSK 2002, 090943 (Ls.)=BeckRS 2002, 01556=DB 2002, 838=LM Nr. 86 § 276(Fb) BGB=MDR 2002, 467=WuB 2002, 601=ZNotP 2002, 193.

¹⁸¹ MünchKomm/ Westermann, 7. Auflage 2016, BGB §434, Rn. 39.

¹⁸² BGH, NJW 2007, 3057= BeckRS 2007, 12171=IBRRS 2007, 3735=WM 2007 Heft 48, 2258=LSK 2007, 390203 (Ls.)=BauR 2007, 1729=DB 2008, 123 L=DWW 2007, 300=MDR 2007, 1180 L=NJ 2008, 80 L

3.2.3. Von vornherein ausgeschlossene Gegenstände

Drittens werden in der Praxis hinsichtlich bezüglich des fraglichen Themas einige Fallgruppen formuliert, mit denen einige Umstände von vornherein vom Gegenstand der Aufklärungspflicht ausgegrenzt werden. Eine Reihe von Umständen kommt als Beispiel in Betracht. Vorherrschend ist vor allem anerkannt, dass keine Informationspflicht über die Marktverhältnisse besteht. Dazu gehören z.B. die Preiskalkulation und ihre Berechnungsgrundlage,¹⁸³ die Marktentwicklung, die Marktgerechtigkeit des Kaufpreises,¹⁸⁴ die Konkurrenzangebote,¹⁸⁵ die günstigstmögliche rechtliche oder wirtschaftliche Vertrags- oder Finanzierungsgestaltung¹⁸⁶ sowie die Verwendungsabsicht.¹⁸⁷

Ferner ist man nicht verpflichtet, vor oder beim Vertragsschluss über die eigene Vermögenslage oder Kreditwürdigkeit ungefragt aufzuklären, obwohl dies häufig für die andere Partei von Bedeutung ist und somit in der Praxis wie z.B. beim Abschluss eines Mietvertrags vom Vermieter erfragt wird.¹⁸⁸

Außerdem besteht selbst bei riskanten Geschäften wie der Bürgschaft keine Informationspflicht über das geschäftstypische Risiko, soweit die eine Partei nicht durch eigenes Verhalten erkennbar einen Irrtum des Sicherungsgebers über das

¹⁸³ BGH, BeckRS 2008, 26951; BGH, NJW-RR 2011, 270, 272 = BB 2010, S. 2134 = BeckRS 2010, 16144 = GWR 2010, 404 = IBRRS 2010, 2878 = NZBau 2011, 99 = VersR 2010, 1457 = VuR 2010, 382 = WM 2010 Heft 31, 1451 = ZIP 2010, 1481 = LSK 2013, 080063 (Ls.) = BGHZ 186, 96 = DWW 2010, 384 = LMK 2010, 308107 = MDR 2010, 1066 = NWB 2010, 2120 = NWB 2010, 2120 L = WuB 2010, 731 = ZBB 2010, 429 = ZBB 2010, 429 L = ZIP 2010, 1481.

¹⁸⁴ Schwarze, Leistungsstörungen § 33 Rn. 11.

¹⁸⁵ BGH NJW-RR 2008, 470 = BeckRS 2007, 65113 = DAR 2008, 86 = IBRRS 2008, 0011 = NZV 2008, 143 = SVR 2008 Heft 5, 179 = VersR 2008, 267 = ZMR 2008, 273 = LSK 2008, 050623 (Ls.) = MDR 2008, 205 = VRS 2008 Bd. 114, 85

¹⁸⁶ BGH NZM 2001, 625 = BeckRS 2001 30173838 = BeckRS 2001, 04418 = DNotI-Report 2001, 108 = IBRRS 37045 = NJW 2001, 2021 = WM 2001 Heft 24, 1158 = ZIP 2001, 1152 = ZMR 2001, 634 = FHZivR 47 Nr. 663 (Ls.) = LSK 2001, 140263 (Ls.) = ZWE 2001, 365 (Ls.) = BauR 2001, 1428 = DB 2001, 2092 = DWW 2001, 299 = GE 2001, 847 = LM Nr. 85 § 276(Fb) BGB = MDR 2001, 800 = WuM 2001, 349 = ZfIR 2001, 819 = ZNotP 2001, 318

¹⁸⁷ BGH NJW 1992, 1222 = BeckRS 9998, 165711 = ZIP 1992, 483 = FHZivR 38 Nr. 78 (Ls.) = LSK 1992, 190001 (Ls.) = BGHZ 117, 280 = DB 1992, 1085 = LM Nr. 73 § 123 BGB = MDR 1992, 533 = VRS 83, 87 = WPM 1992, 697

¹⁸⁸ MünchKomm/Bachmann, 7. Auf. 2016, BGB §241, Rn.134.

Risiko verursacht oder dieses Risiko bewusst verharmlost hat.¹⁸⁹

Letztlich kommt in Betracht, dass die Informationspflicht auch aus anderweitigen Gründen von vornherein ausgeschlossen sein kann. Ein solcher Ausschluss könnte insbesondere diejenigen Informationen betreffen, deren Offenbarung den Schutz der Persönlichkeit widerspricht; so ist die Frage des Arbeitgebers nach einer Schwangerschaft von Anfang an unzulässig und die entsprechende Information braucht eine Bewerberin nicht zu offenbaren.¹⁹⁰ Die Informationspflicht kann auch wegen einer Pflichtenkollision ausgeschlossen sein, wenn beispielsweise ein Kreditinstitut verpflichtet ist, einerseits den Kunden auf Risiken hinzuweisen, andererseits aber das Bankgeheimnis zu wahren hat. Der BGH hat in seiner Rechtsprechung festgestellt, dass der Konflikt zwischen Aufklärungspflicht und Bankgeheimnis durch Güterabwägung gelöst werden soll.¹⁹¹ Bei dieser Güterabwägung ist auch zu prüfen, in welchem Umfang die Bank zur Erfüllung der Informationspflicht verpflichtet wäre, die Details ihrer Geschäftsbeziehungen mit anderen Kunden und deren Vermögenslage aufzudecken.

3.3. Aufklärungspflicht: die immer verbreiteten Ausnahmen

Die Grenze zwischen Eigenverantwortung und Informationspflicht ist fließend. Je höhere Anforderungen man an Treu und Glauben der Vertragsparteien stellt, desto mehr wird das Prinzip der Eigenverantwortung beschränkt. Bei der Feststellung einer Aufklärungspflicht ist vielmehr zu ermitteln, in welchem Umfang die eine Partei hinsichtlich der Informationen für das Interesse der anderen Sorge zu tragen hat. Dieser Konflikt wird besonders deutlich, wenn es sich um einen gegenseitigen

¹⁸⁹ BGH NJW 2006, 845= BeckRS 2006, 01897=DNofI-Report 2006, 50=DNofZ 2006, 468=VersR 2006, 707=VuR 2006, 197=Wm 2006 Heft 8, 377= ZIP 2006, 363=LSK 2006, 100412 (Ls.)=BGHZ 165, 363=DB 2006, 2230=FamRZ 2006, 476=JR 2006, 517=JZ 2006, 571=LMK 2006, 171869=MDR 2006, 764=NJ 2006, 220 L=WuB 2006, 405

¹⁹⁰ BAG BeckRS 2003 30305176= AP BGB § 611a Nr. 21=NZA 2003, 848=AP BGB § 123 Nr. 61 (Ls.)=FHZivR 49 Nr. 1486 (Ls.)=LSK 2003, 340417 (Ls.)=AuA H., 48 L=BAGE 104, 304=BB 2003, 1734=DB 2003, 1795=FamRZ 2003, 1385 L=JA 2003, 831=MDR 2003, 996=NJ 2003, 560 L=RDV 2003, 86 L

¹⁹¹ BGH NJW 1991,693,694= BB 1991 Heft 3, 155=BeckRS 9998, 97263=VersR 1991, 673=FHZivR 37 Nr. 2363 (Ls.)=LSK 1991, 110012 (Ls.)=NJW-RR 1991, 503 (Ls.)=DB 1991, 436=JuS 1991, 422=LM Nr. 27 § 276(Cc) BGB=MDR 1991, 625=WPM 1991, 85

Vertrag handelt, in dem die Interessen der jeweiligen Vertragsparteien einander entgegenstehen.

Die Problematik der Aufklärungspflicht ist kompliziert, weil es sich hier um ein Wertungsgefüge handelt, das man - mit Walter Wilburg - als ein „bewegliches System“ bezeichnen könnte, in dem die verschiedenen, für die Wertentscheidung bedeutenden Elemente zusammen wirken.¹⁹² Seit langem hat man versucht, einen allgemeinen Maßstab herauszuarbeiten, um zu entscheiden, über welche Umstände aufzuklären ist. Der BGH greift auf die Formel zurück, dass eine Pflicht zur unaufgeforderten Aufklärung besteht, wenn *„der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind“*.¹⁹³

Diese Formel wird häufig als missglückt beurteilt, weil sie letztlich an mehreren Stellen Wertentscheidungen offen lässt und somit in der Rechtspraxis nur begrenzt helfen kann. Allerdings hat diese Formel richtig die Voraussetzungen einer Aufklärungspflicht bestimmt: Zum einen müsse der fragliche Umstand erkennbar „entscheidungserheblich“ sein; zum anderen müsse die Gegenpartei solche Aufklärung erwarten dürfen.

3.3.1. Erkennbare Entscheidungserheblichkeit der Umstände

Ein Umstand ist dann entscheidungserheblich, wenn er für die Entscheidung des

¹⁹² Vgl. W. Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, 1950; Breidenbach, Die Voraussetzungen von Informationspflichten, S. 94.

¹⁹³ BGH NJW 2010, 3362= BeckRS 2010, 23791=IBRRS 2010, 3737=NZM 2010, 786=LSK 2010, 440435 (Ls.)=MDR 2010, 1306=ZfIR 2011, 57; BGH NJW 1996, 1339,1340= BeckRS 1996, 02110=DNNotZ 1996, 986=IBRRS 2000, 0471=MittBayNot 1996, 193= ZIP 1996, 548=LSK 1996, 200033 (Ls.)=AG 1996, 220=BGHZ 132, 30=DB 1996, 1669=DÖV 1996, 517=GmbHR 1996, 373=JZ 1996, 731=LM Nr. 75 § 463 BGB=LM, BGB § 463 75=MDR 1996, 1003=WiB 1996, 493=Wm 1996, 594=WPM 1996, 594=ZIP 1996, 548; BGH NJW 2013, 1807=BeckRS 2013, 06243=IBRRS 2013, 1497=NZM 2013, 424=VersR 2013, 1270=FD-MietR 2013, 345228 (Ls.)=LSK 2013, 200216 (Ls.)=RNotZ 2013, 385 (Ls.)=DWW 2014, 38=DWW 2014, 38 L=GE 2013, 611=JR 2014, 294=MDR 2013, 769=NotBZ 2013, 257=ZfIR 2013, 501=ZNotP 2013, 101; BGH NJW 2012, 846= BeckRS 2012, 01249=DNNotZ 2012, 525=IBRRS 2012, 0213=Wm 2012 Heft 16, 756=ZIP 2012, 332=LSK 2012, 080079 (Ls.)=BauR 2012, 646=GE 2012, 334=LMK 2012, 327759=MDR 2012, 141=ZfIR 2012, 104 L=ZNotP 2012, 58.

anderen Teils von wesentlicher Bedeutung ist. Dazu gehören insbesondere die Umstände, die den Vertragszweck vereiteln oder erheblich gefährden können.¹⁹⁴

Im Kaufrecht ist dementsprechend anzunehmen, dass die wesentlichen Nachteile einer Sache aufgedeckt werden müssen.¹⁹⁵ Insbesondere ist über die Umstände aufzuklären, von denen der Käufer keine Kenntnis hat und die die Gebrauchstauglichkeit oder den Wert der Sache erheblich mindern können.¹⁹⁶ Als ein typisches Beispiel für aufklärungspflichtige Umstände kommen im Grundstückkauf die Altlasten und die sonstigen Bodenveränderungen eines Hauses in Betracht.¹⁹⁷ Gleiches gilt für den Befall mit Hausschwamm oder übermäßige Feuchtigkeit.¹⁹⁸

Über die Umweltbeziehungen der Sache muss der Verkäufer unter Umständen auch ungefragt aufklären, wenn diese Umstände für den Käufer entscheidungserheblich sind. Der Verkäufer einer Eigentumswohnung darf z.B. nicht die Zerstrittenheit der Wohnungseigentümergeinschaft oder die Schikane durch Nachbarn verschweigen, andernfalls muss er auch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss haften.¹⁹⁹

¹⁹⁴ BGH NJW 2001, 1167; BGH NJW 2007, 3057= BeckRS 2007, 12171=IBRRS 2007, 3735=WM 2007 Heft 48, 2258=LSK 2007, 390203 (Ls.)=BauR 2007, 1729=DB 2008, 123 L=DWW 2007, 300=MDR 2007, 1180 L=NJ 2008, 80 L; BGH NJW 2010, 858= BeckRS 2010, 02215=DAR 2010, 200=IBRRS 2010, 1247=JA 2010, 380=NJ 2010, 208=VersR 2010, 1610=ZFS 2010, 326 =LSK 2010, 091016 (Ls.)=NZV 2010, 198 (Ls.)=MDR 2010, 309=VRS 2010 Bd. 118, 262.

¹⁹⁵ MünchKommBachmann, 7. Auf. 2016 BGB §241, Rn.124a.

¹⁹⁶ Singer/Singer/Finckenstein in: Staudinger, BGB, 2011, § 123 Rn. 13, 17.

¹⁹⁷ BGH NJW 1996, 1339= BeckRS 1996, 02110=DNotZ 1996, 986=IBRRS 2000, 0471=MittBayNot 1996, 193= ZIP 1996, 548=LSK 1996, 200033 (Ls.)=AG 1996, 220=BGHZ 132, 30=DB 1996, 1669=DÖV 1996, 517=GmbHR 1996, 373=JZ 1996, 731=LM Nr. 75 §463 BGB=LM, BGB §463 75=MDR 1996, 1003=WiB 1996, 493=WM 1996, 594=WPM 1996, 594=ZIP 1996, 548; BGH NJW 2001, 64= BB 2001 Heft 1, 16=BeckRS 2000 30138294=BeckRS 2000, 09479=DNotI-Report 2000, 201=EWiR 2001, 355=IBRRS 2000, 0869=MittBayNot 2001, 67=WM 2001 Heft 4, 216=ZIP 2000, 2257=ZMR 2001, 99=DSiR 2001, 37 (Ls.)=LSK 2000, 390608 (Ls.)=LM Nr. 84 § 123 BGB=MDR 2001, 149=NJ 2001, 365 L=VA 2001, 59 L=ZfIR 2001, 190=ZNotP 2001, 60.

¹⁹⁸ BGH NJW 1961, 1860 = BeckRS 1961 (Ls.)=LSK 1961, 931536 (Ls.)=BB 61, 954=BBauBl.61, 726=Betrieb 61, 1256=JR 62, 58=LM Nr. 1 § 472 BGB=MDR 61, 923; NJW-RR 1987, 1415; BGH NJW-RR 1992, 333= BeckRS 9998, 77588=IBRRS 2000, 0191=MittRhNotK 1992, 111=FBZivR 38 Nr. 1065 (Ls.)=LSK 1992, 180017 (Ls.).

¹⁹⁹ OLG Düsseldorf NJW 1997, 1079= BeckRS 9998, 03536=DNotI-Report 1997, 62=DNotZ 1998, 64=MittRhNotK 1997, 29=FBZivR 43 Nr. 1040 (Ls.)=FBZivR 43 Nr. 1076 (Ls.)=LSK 1997, 080310 (Ls.)=NJWE-MietR 1997, 108 (Ls.)=VersR 1998, 119 (Ls.)=WM 1997, 449=WuM 1997, 449; BGH NJW 1991, 1673= IBRRS 2000, 0114=FBZivR 37 Nr. 477 (Ls.)=FBZivR 38 Nr. 556 (Ls.)=LSK 1991,

3.3.2. Berechtigte Erwartungen des Aufzuklärenden

Um eine Aufklärungspflicht zu begründen, muss der betreffende Umstand zuerst, wie oben dargestellt, für den Käufer entscheidungserheblich sein. Außerdem ist noch zu prüfen, ob der Käufer eine solche Aufklärung „nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise“ erwarten darf.

Im Rahmen der vorvertraglichen Haftung kommt eine Reihe relevanter Fallgruppen in Betracht, wie z.B. die Verletzung der allgemeinen Verkehrssicherungspflichten, der grundlose Abbruch der Vertragsverhandlungen, sowie die in dieser Abhandlung gehandhabte Verletzung der Informationspflichten (insbesondere Aufklärungs- und Beratungspflichten) usw.²⁰⁰ Es ist klar, dass der Versuch, die obengenannten vielfältigen Fälle der vorvertraglichen Haftung in einen einzigen rechtlichen Grundgedanken des c.i.c.-Instituts einzuordnen, kaum erfolgreich sein kann, so dass die Besonderheiten der jeweiligen Fallgruppen betrachtet werden müssen.²⁰¹ Die Informationspflicht schützt nicht unmittelbar das Vermögen der Vertragspartei, sondern deren Entscheidungsfreiheit.²⁰² Somit ist die Entscheidungserheblichkeit der Umstände zwar eine relevante, aber nicht die einzige Voraussetzung für das Bestehen einer Aufklärungspflicht. Im Vergleich dazu wird es im Gewährleistungsrecht unmittelbar zur Minderung oder zum Rücktritt (früher Wandelung) führen, soweit die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit abweicht. Bei der Aufstellung einer Aufklärungspflicht handelt es sich nicht um die Erfüllung der festgelegten Erwartungen einer Vertragspartei, die hauptsächlich die Leistungspflicht betreffen, sondern vielmehr um die Formulierung der Erwartung als solche. Die Entscheidungsfreiheit ist häufig schon beeinträchtigt, wenn der Inhalt eines Vertrags der vom Vertragspartner verursachten Erwartung einer Partei nicht entspricht.²⁰³ Die Haftung wegen

270007 (Ls.)=DB 1991, 1374=LM Nr. 117 §276(Fa) BGB=MDR 1991, 761=WPM 1991, 1341=ZF 37 Nr. 477.

²⁰⁰ MünchKomm/ Emmerich, 7. Auflage 2016, BGB §311, Rn. 39.

²⁰¹ Erman/J.Kindl, BGB 11.Auf. 2004, § 311, Rn. 15.

²⁰² Schwarze, Leistungsstörungen § 33 Rn. 1.

²⁰³ Schwarze, Leistungsstörungen § 33 Rn. 3.

Informationspflichtverletzung gilt heute zunehmend als einer der Kernfälle der culpa in contrahendo, die in diesem Fall die Funktion der Korrektur unerwünschter Verträge übernimmt.²⁰⁴

Ob eine Erwartung des Käufers berechtigt ist, hängt häufig von den folgenden zwei Aspekten ab.

3.3.2.1. Erkennbares Informationsbedürfnis einer Vertragspartei

3.3.2.1.1. Bestehen des Informationsvorsprungs

Eine Aufklärungspflicht setzt voraus, dass bezüglich des fraglichen Umstandes ein Informationsgefälle zwischen den Vertragsparteien besteht. Das Informationsgefälle ist in zweierlei Hinsicht zu verstehen: Zum einen muss der Aufklärungspflichtige die entscheidenden Umstände bereits gekannt haben.²⁰⁵ Nur in Ausnahmefällen könnte sich seine Pflicht dahingehend ausdehnen, dass er sich Kenntnis verschaffen muss, wenn ihm die Quellen zugänglich sind.²⁰⁶ Geht es um spezifische Informationen, von denen der Aufklärungspflichtige keine Kenntnis genommen hat, kann er sich auch dann entlasten, wenn er die andere Partei rechtzeitig und unzweideutig über die Tatsache informiert, dass er über die Information nicht verfügt oder er sich die Information nicht verschaffen kann.²⁰⁷ Zum anderen muss die andere Partei die für sie entscheidungserheblichen Informationen nicht kennen. Über die Umstände, die sich die andere Partei trotz Unkenntnis ohne weiteres selbst verschaffen kann, besteht auch keine Aufklärungspflicht.²⁰⁸ Positives Erkennen eines erheblichen Irrtums des anderen

²⁰⁴ MünchKomm/Emmerich, 7. Auflage 2016, BGB §311, Rn. 64.

²⁰⁵ LG Landshut, BeckRS 2014, 11706.

²⁰⁶ BGH NJW 1993, 2433=BeckRS 1993, 02257=VersR 1993, 1236=ZIP 1993, 1148=DStR 1993, 1459 (Ls.)=FHZivR 39 Nr. 2044 (Ls.)=FHZivR 40 Nr. 2156 (Ls.)=LSK 1993, 380015 (Ls.)=NJW 2017, 3088 (Ls.)=BGHZ 123, 126=DB 1993, 1869=IStR 1993, 441=JuS 1993, 962=JZ 1994, 102=LM Nr. 34 §276(Cc) BGB)=LM, BGB §276(Cc) 34=MDR 1993, 861=NJW 2017, 3088=VuR 1993, 276=WMM 1993, 1455=WPM 1993, 1455; MünchKomm/Bachmann, 7. Auf. 2016, BGB §241, Rn.122.

²⁰⁷ MünchKomm/Bachmann, 7. Auf. 2016, BGB §241, Rn.122.

²⁰⁸ BGH NJW 2013, 1807=BeckRS 2013, 06243=IBRRS 2013, 1497=NZM 2013, 424=VersR 2013, 1270=FD-MietR 2013, 345228 (Ls.)=LSK 2013, 200216 (Ls.)=RNotZ 2013, 385 (Ls.)=DWW 2014,

Teils, manchmal bereits die offensichtliche Unkenntnis von wesentlichen Umständen kann allerdings schon eine Aufklärungspflicht begründen.²⁰⁹

Hier spricht man häufig von einem Informationsvorsprung der einen Partei. Dieser Umstand wird in der Praxis bloß negativ, z.B. bei Kenntnis auf Käuferseite geprüft.²¹⁰ Eine Informationspflicht kann auch entfallen, wenn zwischen den Vertragsparteien kein Informationsgefälle, nämlich kein Wissensvorsprung über den aufzuklärenden Umstand besteht.

Nur unter speziellen Voraussetzungen kann der Wissensvorsprung eine Informationspflicht gegebenenfalls positiv begründen. Eine Aufklärungspflicht ist häufig anzunehmen, wenn das Informationsgefälle wegen der informationellen Schwäche einer Partei besonders groß ist. In diesen Fällen geht man von einer informationellen Unterlegenheit einer Partei aus, die eine spezifische vorvertragliche Rücksichtnahme der anderen Partei erforderlich macht. So könnte sich z.B. eine nicht als Berater tätige, sondern bloß kreditgebende Bank verpflichten, über die Risiken des finanzierten Geschäfts aufzuklären, wenn die Bank gegenüber dem Darlehensnehmer aufgrund der speziellen Risiken des Geschäfts einen konkreten Wissensvorsprung hat und dieser Wissensvorsprung für die Bank auch erkennbar ist.²¹¹

38=DWW 2014, 38 L=JR 2014, 294=MDR 2013, 769=NotBZ 2013, 257=ZfIR 2013, 501=ZNotP 2013, 101; MünchKomm/Bachmann, 7. Auf. 2016, BGB §241, Rn.122a.

²⁰⁹ BGH NJW 2001, 2021= BeckRS 2001 30173838=BeckRS 2001, 04418=DNotI-Report 2001, 108=EWiR 2001, 609=IBRRS 37045=NZM 2001, 625=WM 2001 Heft 24, 1158=ZIP 2001, 1152=ZMR 2001, 634=FHZivR 47 Nr. 663 (Ls.)=LSK 2001, 140263 (Ls.)=ZWE 2001, 365 (Ls.)=BauR 2001, 1428=DB 2001, 2092=DWW 2001, 299=GE 2001, 847=LM Nr. 85 § 276(Fb) BGB=MDR 2001, 800=WuM 2001, 349=ZfIR 2001, 819=ZNotP 2001, 318.

²¹⁰ BGH NJW 1991, 1819 = BeckRS 9998, 165512=IBRRS 2000, 0111=FHZivR 37 Nr. 473 (Ls.)=FHZivR 38 Nr. 554 (Ls.)=LSK 1991, 290010 (Ls.)=BauR 1991, 478=BGHZ 114, 87=DB 1991, 1322=LM Nr. 57 § 276(Fb) BGB=MDR 1991, 764=WPM 1991, 1086=ZfBR 1991, 152.

²¹¹ BGH NJW-RR 2011,270= BB 2010, S. 2134=BeckRS 2010, 16144=GWR 2010, 404=IBRRS 2010, 2878=NZBau 2011, 99=VersR 2010, 1457=VuR 2010, 382=WM 2010 Heft 31, 1451= ZIP 2010, 1481=LSK 2013, 080063 (Ls.)=BGHZ 186, 96=DWW 2010, 384=LMK 2010, 308107=MDR 2010, 1066=NWB 2010, 2120= WuB 2010, 731=ZBB 2010, 429; OLG München BKR 2010,412,415= BeckRS 2010, 20006=VuR 2011, 180=WM 2012 Heft 4, 168=ZIP 2010, 1744 (m. Anm.)=LSK 2010, 350397 (Ls.)=NZG 2010, 1199 (Ls.)=ZBB 2010, 437 L

3.3.2.1.2. Grenzziehung anhand von § 138 BGB und § 242 BGB

Ein wichtiger Maßstab für eine solche Schutzbedürftigkeit findet sich in § 138 BGB, wenn die Abweichung des Kaufpreises vom Verkehrswert die Grenze der Sittenwidrigkeit überschreitet.²¹² Somit muss z.B. ein Kreditinstitut den Darlehensnehmer grundsätzlich nicht auf die „versteckte Innenprovision“ hinweisen, die in dem Kaufpreis enthalten und an den Vertrieb zu zahlen ist.²¹³ Führt jedoch diese Innenprovision zu einem so erheblichen Auseinanderfallen des Kaufpreises und des Verkehrswerts des Grundstücks, dass „*das Kreditinstitut von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen musste*“, darf das Kreditinstitut dies nicht mehr verschweigen.²¹⁴ Eine so wesentliche Abweichung des Kaufpreises und Verkehrswerts liegt nach ständiger Rechtsprechung erst dann vor, wenn der Wert der Leistung im Vergleich zum Wert der Gegenleistung knapp doppelt so hoch ist.²¹⁵

Die Grenzziehung anhand § 138 BGB erstreckt sich teilweise auch auf das Eigenverantwortungsprinzip. Auf der einen Seite entsteht die Schutzbedürftigkeit lediglich aufgrund der allgemeinen Unerfahrenheit einer Vertragspartei. Unerheblich ist allerdings der Mangel an konkreten Kenntnissen über bestimmte Geschäftsarten oder Vertragstypen. Wenn beispielsweise ein juristischer Professor nicht in der Lage ist, einen Computer zu benutzen, führt dies nicht dazu, dass er beim erstmaligen Kauf eines Computers als unerfahren in diesem Sinne angesehen

²¹² Schwarze, Leistungsstörungen § 33 Rn. 22.

²¹³ BHG NJW 2003, 424 =BKR 2003, 108=BeckRS 2002 30292925=DNotZ 2003, 200=DStR 2003, 386=NZM 2003, 173=WM 2003 Heft 2, 61=ZIP 2003, 22=BB 2003, 221=DB 2003, 201=MDR 2003, 225=VuR 2003, 143=WuB 2003, 443=ZfIR 2003, 101=ZIP 3003, 23; BGH NJW-RR 2004, 632 = BKR 2004, 279=BeckRS 2004, 01908=NZM 2004, 435=WM 2004 Heft 9, 417=ZIP 2004, 549=FamRZ 2004, 526 L=MDR 2004, 583=WuB 2004, 417=ZNotP 2004, 195; BGH NJW-RR 2004, 1126 = BKR 2004, 185=BeckRS 2004, 02048=NZM 2004, 351=WM 2004 Heft 11, 521=ZIP 2004, 500=DB 2004, 647=MDR 2004, 582.

²¹⁴ BGH NJW 2006, 2099 = BKR 2004, 185=BeckRS 2004, 02048=NZM 2004, 351=DB 2004, 647=MDR 2004, 582; BGH NJW 2004, 2378 = BKR 2004, 398=BeckRS 2004, 05381=NZM 2004, 597=WM 2004 Heft 25, 1221=ZIP 2004, 1188=DB 2004, 1362=MDR 2004, 1129.

²¹⁵ BGH NJW-RR 2004, 1126 = BKR 2004, 185=BeckRS 2004, 02048=NZM 2004, 351=WM 2004 Heft 11, 521=ZIP 2004, 500=DB 2004, 647=MDR 2004, 582; BGH NJW 2004, 2378 = BKR 2004, 398=BeckRS 2004, 05381=NZM 2004, 597=WM 2004 Heft 25, 1221=ZIP 2004, 1188=DB 2004, 1362=MDR 2004, 1129.

werden kann. Gleiches gilt für das Verbraucher-Unternehmerverhältnis, das Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis und das Mieter-Vermieterverhältnis. Der Unternehmer, Arbeitgeber und Vermieter trägt nicht wegen der bloßen Schwäche der geschäftlichen Fähigkeiten der Gegenpartei eine allgemeine Aufklärungspflicht. Die jeweilige Stellung allein bietet keine Rechtfertigung für eine Verteilung der Informationshaftung.²¹⁶

Auf der anderen Seite ist aber eine Schutzbedürftigkeit einer Vertragspartei nach Treu und Glauben gemäß §242 BGB anzunehmen, wenn die geschäftliche Erfahrung einer Partei wegen spezifischer Umstände selbst den durchschnittlichen Stand nicht erreichen kann. Eine Aufklärungspflicht ist somit begründet, wenn ein erkennbarer Mangel an Lebens- und Geschäftserfahrung des Vertragsgegners vorliegt. Dies passiert am häufigsten in den Fällen, in denen eine Partei jugendlich ist.²¹⁷ Ein gerade so Erwachsener kann zwar einen Computer kaufen, ist aber unerfahren in gesellschaftsrechtlichen Fragen. Der BGH hat z.B. in einem Urteil festgestellt, dass ein 19- oder 20-jähriger Jugendlicher in Fragen des Gesellschaftsrechts erkennbar unerfahren ist und deswegen ohne Hilfe sachlichen Rats nicht in der Lage ist, die rechtliche Bedeutung der Neufassung eines Gesellschaftsvertrags zu erkennen, in der ein Vorkaufsrecht zugunsten der Gesellschafter nicht vorgesehen ist.²¹⁸ Er kann somit von seinem Onkel aufgrund des Gesellschafts- und Verwandtschaftsverhältnisses entsprechende Aufklärung erwarten. Kommt der Onkel dieser Pflicht nicht nach, kann dadurch „je nach Verschuldensgrad - die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder eine Vertragsanpassung wegen Verschuldens beim Vertragsschluß entsprechend der früheren Rechtslage“ gerechtfertigt sein.²¹⁹ Die Ausnutzung der Unerfahrenheit der Gegenpartei kann gleichermaßen den guten Sitten entgegenstehen, wenn der Verkäufer zum Verkauf einer Trockenreinigungsanlage mit hohem Preis die Unerfahrenheit eines Jugendlichen ausnutzt, der zum Zeitpunkt des

²¹⁶ Schwarze, Leistungsstörungen § 33 Rn. 21.

²¹⁷ BGH NJW 1966, 1451= BeckRS 9998, 111887=LSK 1966, 936095 (Ls.).

²¹⁸ BGH NJW 1992,300,302= BeckRS 9998, 96514=DNotZ 1992, 172=DSr 1991, 1500=ZIP 1991, 1489=DB 1991, 2588=GmbHR 1991, 569=LM Nr. 72 § 123 BGB=MDR 1992, 139=WPM 1991, 1988.

²¹⁹ BGH NJW 1992, 300,302.

Vertragsabschlusses gerade sein Studium angefangen und jeden Monat nur einige Hundert Mark zur Verfügung hat. *„Eine solche Gesinnung ist, wenn sie mit der Ausbeutung des Leichtsinns eines jugendlichen und unerfahrenen Menschen einhergeht, mit der Haltung eines ehrbaren Kaufmannes unverträglich und darf sich im Geschäftsleben nicht durchsetzen.“*²²⁰

Die erkennbare informationelle Schwäche kann auch dann eine Rolle spielen, wenn der Geschäftsgegner ein Ausländer ist. Ein Kreditinstitut trägt gegenüber einem ausländischen Bürgen zwar grundsätzlich keine Aufklärungspflicht über das verbürgte Risiko, anders kann sich die Situation aber darstellen, wenn für die Bank im Einzelfall aus besonderen Umständen erkennbar ist, dass der ausländische Bürge nicht hinreichend über das Geschäftsrisiko informiert ist und die Situation nicht erkennt. Beispielsweise wenn dargelegt wird, die Bürgin, die *„weder der deutschen Sprache mächtig sei noch lateinische Schrift lesen könne, habe das in deutscher Sprache verfaßte Bürgschaftsformular unterzeichnet, ohne Kenntnis von den formbedürftigen Bürgschafts Umständen erlangt zu haben.“*²²¹ In diesem Fall kann man ausnahmsweise eine Aufklärungs- und Warnpflicht aus Treu und Glauben annehmen.²²²

3.3.2.2. Besonderes Vertrauensverhältnis

Bei der Feststellung der Aufklärungspflicht fällt das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien besonders ins Gewicht. Auch der Vertrauensschutz ist ein wichtiges Ziel der Informationspflicht. Zwar ist allgemein anerkannt, dass jede Vertragspartei grundsätzlich für die Beschaffung der erforderlichen Informationen eigenverantwortlich ist, aber in der Praxis wird dieser Grundsatz häufig gebrochen, wenn eine Partei aus bestimmten Gründen auf die andere vertrauen darf. Je stärkeres Vertrauen eine Partei an sich gezogen hat, desto größer ist der Umfang

²²⁰ BGH NJW 1966, 1451= BeckRS 9998, 111887=LSK 1966, 936095 (Ls.).

²²¹ BGH NJW 1997, 3230= BeckRS 9998, 55217=ZIP 1997, 1058=DB 1997, 1463=KTS 1997, 623=LM Nr. 78 §276(Fb) BGB=MDR 1997, 777=WM 1997, 1045=WPM 1997, 1045.

²²² BGH NJW 1997, 3230,3231.

ihrer Haftung.

Mit dem Gedanken des besonderen Vertrauensverhältnisses lässt sich der Interessenkonflikt zugunsten des Aufklärungsbedürftigen abmildern. Das Vertrauensverhältnis ließe sich z.B. aus einer ständigen Geschäftsbeziehung zu ermitteln, die hauptsächlich durch eine besondere Dauer und Häufigkeit des Geschäftskontakts gekennzeichnet ist.²²³ Hierbei könnte es eine Rolle spielen, ob es sich um einen bloßen Austauschvertrag handelt, mit dem die Vertragsparteien legitimerweise gegensätzliche Interessen verfolgen, oder ob vielmehr ein Kooperations- oder Interessenwahrnehmungsvertrag in Betracht kommt.

Wer positiv eine entscheidungserhebliche Aussage getroffen hat, ist verantwortlich für deren Richtigkeit. Unter Umständen muss der Aufklärende noch eine Nachforschungspflicht tragen, deren Umfang auch davon abhängt, inwiefern er Vertrauen für sich in Anspruch genommen hat.²²⁴ Es ist allerdings nicht in jedem Fall erforderlich, dass der Aufklärende die Unrichtigkeit der Angabe positiv kennt. Es reicht schon, wenn er diese Unrichtigkeit hätte kennen müssen.²²⁵ Wenn z.B. jemand gegenüber einem anderen als Anlage- und Wirtschaftsberater auftritt und damit den Anschein der Sachkunde für die betreffenden Steuerfragen hervorruft, kann er sich nicht darauf berufen, dass dieser Fehler durch die falsche Auskunft des Finanzamts verursacht wird, weil er in diesem Fall in erhöhtem Maße ein persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat.²²⁶ Als fachkundige Person müsse sich der Aufklärende durch eigene Prüfung die nötige Kenntnis verschafft haben. Wenn die Umgestaltung der relevanten gesetzlichen Regelung lange vor dem im vorliegenden Fall maßgeblichen Zeitpunkt veröffentlicht wurde und das diesbezügliche Problem auch in der Fachöffentlichkeit ausführlich diskutiert wurde, hätte der Aufklärende die richtigen Regelungen kennen müssen. Aber der

²²³ BGH NJW 1980, 44= BeckRS 9998, 104539=FHZivR 25 Nr. 4102 (Ls.)=LSK 1978, 947951 (Ls.)=BB 79, 957.

²²⁴ BGH NJW 1990, 1659,1660= BeckRS 9998, 165174=BGHZ111, 75=DAR 1990, 263=DB 1990, 1275=JuS 1990, 844=JZ 1990, 1075=MDR 1990, 912=WPM 1990, 1032.

²²⁵ Schwarze, Leistungsstörungen § 33 Rn. 6.

²²⁶ BGH NJW 1991, 2556, 2557= BeckRS 9998, 165570=DNotZ 1992, 44=IBRRS 2000, 0132=VersR 1991, 1146=ZIP 1991, 874 =LSK 1991, 400017 (Ls.)=BGHZ 114, 263=DB 1991, 1617=JuS 1991, 857=LM Nr. 109 § 459 BGB=MDR 1991, 966=WPM 1991, 1171=ZF 37 Nr. 668

Aufklärende könnte sich exkulpieren, falls er ersichtlich nur die Auskunft des Finanzamts weitergeleitet hatte, so dass eine sorgfältige Überprüfung von ihm nicht zu erwarten war.²²⁷

In diesem Sinne könnte ausnahmsweise eine Informationsbeschaffungspflicht oder eine Untersuchungspflicht entstehen, wenn der Handelnde als „Fachmann“ auftritt, aber nicht über die erforderlichen Kenntnisse verfügt.²²⁸ Hat jemand z.B. als Vermittler und Abschlussvertreter eines Kaufvertrages eine Sachwalterstellung eingenommen und das besondere Vertrauen der anderen in Anspruch genommen, könnte er eine Untersuchungspflicht tragen, wenn die fraglichen Umstände *„ihm als Fachmann ohne weiteres, d.h. ohne besonderen technischen Aufwand, wie den Einsatz von technischem Gerät oder eine Demontage in Betracht kommender Aggregate, erkennbar sind.“*²²⁹

Der Vertrauensschutz sollte aber nicht grenzenlos gelten. Zwar ist überwiegend anerkannt, dass ein Mitverschulden für den Fall, dass der Informationsbedürftige leichtfertig auf die positiven Angaben einer anderen Partei vertraut hat, im Rahmen der Aufklärungspflicht nicht anzunehmen ist. Wenn es allerdings der Aussage der anderen Partei offensichtlich an einer Informationsgrundlage fehlt, ist ein Vertrauen darauf kaum berechtigt. Handelt es sich bei der Aussage nicht um eine Angabe über Tatsachen, sondern um eine Meinungsäußerung, gibt es ebenfalls keine Grundlage für den Vertrauensschutz.

3.4. Kompensation der Aufklärungspflichtverletzung im Rahmen von culpa in contrahendo

Ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Aufklärungspflicht ergibt sich aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 i.V.m. § 249 BGB. Dabei geht es um eine Haftung für die schuldhafte Verletzung von Pflichten im vorvertraglichen Stadium, die sich aus dem Gesetz ergeben.

²²⁷ BGH NJW 1991, 2556, 2557.

²²⁸ BGH NJW 1983, 217, 218= BeckRS 9998, 102230=ZIP 1983, 584=BB 83, 1245=Betrieb 83, 445=DAR 83, 55=JuS 83, 221= MDR 83, 306=VRS Bd. 64, 91=WPM 83, 1382

²²⁹ BGH NJW 1983, 217, 218.

Im Rahmen der culpa in contrahendo ist grundsätzlich der negative Schaden zu ersetzen. Ob später der Vertrag wirklich abgeschlossen wird oder nicht, bleibt außer Betracht. Der Aufzuklärende kann grundsätzlich geltend machen, er müsse so gestellt werden, als wäre die Aufklärung bei den Vertragsverhandlungen zutreffend gewesen.²³⁰ In diesem Sinne kann eine Informationspflichtverletzung entweder zur Vertragsaufhebung im Wege der Naturalrestitution (§ 249 BGB), oder zur Herabsetzung des wegen fehlerhafter Information zu viel geleisteten Teils führen. Diese Rechtsfolgen sind mit dem Rücktritt (der Wandelung) und Minderung im Gewährleistungsrecht vergleichbar, die ebenso zu einer Rückabwicklung des Vertrags oder zur Herabsetzung des Preises führen.

Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt, ist der Schadensersatzanspruch gemäß § 254 BGB gemindert. Allerdings ist die Praxis bei der Feststellung eines Mitverschuldens des Geschädigten normalerweise sehr zurückhaltend.²³¹ Im Rahmen der Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzung wird insbesondere das Argument abgelehnt, dass den Aufzuklärenden deswegen Mitverschulden treffe, weil er auf die fehlerhafte Aufklärung oder Beratung vertraut habe.²³² Ein Mitverschulden (wegen grober Fahrlässigkeit) kann sich beispielsweise im Wertpapierrecht nicht ohne weiteres daraus ergeben, dass ein Anleger den Prospekt nicht durchgelesen hat.²³³

3.4.1. Vertragsaufhebung im Wege Naturalrestitution

Der Geschädigte darf zuerst Schadensersatz in Form einer Vertragsaufhebung verlangen, soweit er beweisen kann, dass er den vorliegenden Vertrag bei

²³⁰ HK-BGB/Reiner Schulze, 9. Aufl. 2016, BGB § 311 Rn. 1-33; MünchKomm/Emmerich, 7. Auflage 2016, BGB §311, Rn.185.

²³¹ BGHZ 99, 101 (109) = NJW 1987, 639; BGH NJW 1972, 822; WM 1974, 687; NJW-RR 2000, 989; NJW 2013, 450 Rn. 25.

²³² BGH NJW 2010, 3292= BeckRS 2010, 18203=GWR 2010, 403=NZG 2010, 947=VersR 2011, 395=VuR 2010, 417=WM 2010 Heft 32, 1493= ZIP 2010, 1548=LSK 2010, 320546 (Ls.)=BGHZ 186, 152=DB 2010, 1989=JZ 2011, 100=LMK 2010, 309873=MDR 2010, 1051=WuB 2010, 667.

²³³ BGH NJW 2010, 3292.

zutreffender Information gar nicht abgeschlossen hätte.

Obwohl nach ständiger Rechtsprechung des BGH ein Vermögensschaden Voraussetzung für die Rückabwicklung des Vertrags wegen Aufklärungsspflichtverletzung ist,²³⁴ genügt dafür jeder damit verbundene wirtschaftliche Nachteil. Tatsächlich besteht der Schaden des Aufzuklärenden in den meisten Fällen schon in der Belastung durch einen bei zutreffender Information gar nicht oder zumindest nicht mit diesem Inhalt abgeschlossenen Vertrag. Deswegen kann der Geschädigte in diesem Fall gemäß § 249 Abs. 1 BGB im Wege der Naturalrestitution die Aufhebung des unerwünschten Vertrags verlangen. Im Fall der Kapitalanlage kann der Anleger somit die Rückgewähr des von ihm gezahlten Preises nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe der erworbenen Anlage verlangen. Der Anleger, der aufgrund fehlerhafter Information einen ihm nachteiligen Vertrag abgeschlossen hat, ist bereits durch den Erwerb der Anlage geschädigt, weil seine wirtschaftliche Dispositionsfreiheit beschränkt ist.²³⁵ Der Schaden unterliegt deshalb nicht der Beschränkung auf die Differenz zwischen dem aktuellen Verkehrswert des Vertragsgegenstands und dem geleisteten höheren Preis, weil der Geschädigte den Vertrag überhaupt nicht gewollt hat.²³⁶ Gegebenfalls kann die Verpflichtung zur Naturalrestitution auch erfolgen, selbst wenn der Schädiger (Beratende) nicht eine Partei des den Schaden verursachenden Vertrags gewesen ist.²³⁷

²³⁴ BGH NJW 1998, 302= BeckRS 9998, 36556=DNNotZ 1998, 349=MittBayNot 1998, 93=ZIP 1998, 154=ZMR 1998, 79=NZM 1998, 167 (Ls.)=GE 1998, 169=JA 1998, 356=JZ 1998, 1173=MDR 1998, 25=NJ 1998, 147 L=WM 1997, 2309=WuM 1998, 88=ZF 44 Nr. 560=ZfIR 1998, 81; BGH NJW 1998, 898= BeckRS 1997 30005637=DNNotZ 1998, 360=IBRRS 2000, 0618=MittBayNot 1998, 96=NZM 1998, 165=ZMR 1998, 215=FBZivR 44 Nr. 563 (Ls.)=LSK 1998, 130004 (Ls.)=DWW 1998, 47=GE 1998, 173= MDR 1998, 392=NotBZ 1998, 70=WM 1998, 91=WM 1998, 939=WPM 1998, 939=WuM 1998, 91=ZfIR 1998, 71=ZNotP 1998, 112.

²³⁵ BGH, NJOZ 2007, 2044 = BeckRS 2007, 07048=IBRRS 2007, 2630=WM 2007 Heft 25, 1182=MDR 2007, 823=WuB 2007, 711=ZfIR 2007, 797=ZNotP 2007, 265.

²³⁶ MünchKomm/ Emmerich, 7. Auflage, BGB §311, Rn. 196.

²³⁷ BGH NJW-RR 2009, 603= BeckRS 2009, 06487=DNNotI-Report 2009, 62=DSrR 2009, 599=IBRRS 2009, 0963=NZG 2009, 353=VersR 2009, 543=WM 2009 Heft 12, 540= ZIP 2009, 870=LSK 2009, 100527 (Ls.)=DB 2009, 1349 L=MDR 2009, 508=WuB 2009, 503=ZBB 2009, 136 L=ZfIR 2009, 414.

3.4.2. Vertragsanpassung: quasi Minderung

Verletzt eine Vertragspartei bei den Vertragsverhandlungen ihre Aufklärungspflicht, so kann der Geschädigte nach den Regeln der culpa in contrahendo nicht nur Vertragsaufhebung verlangen. Stattdessen ist es ihm auch möglich, an dem geschlossenen Vertrag festzuhalten und den von ihm wegen der fehlerhaften Information zu viel geleisteten Preis zurückzuverlangen.²³⁸ Die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem „günstigeren“ Preis wird nach der Rechtsprechung grundsätzlich in derselben Weise wie bei der Minderung ersetzt.²³⁹ Der hier zu mindernde Teil ergibt sich daraus, dass der Geschädigte die Sache wegen der unvollständigen oder unrichtigen Aufklärung zu teuer erworben hat. Demgemäß kann der Geschädigte den Kaufpreis auf das reduzieren, was er bei der ordnungsgemäßen Aufklärung erwarten darf.²⁴⁰

Ausnahmsweise kann auch das positive Interesse ersetzt werden, wenn der Aufklärende beweisen kann, dass bei zutreffender Offenbarung der fraglichen Umstände ein anderer, für ihn günstigerer Vertrag zustande gekommen wäre. In diesem Fall wäre er so zu stellen, wie er bei Kenntnis der richtigen Information gestanden hätte.²⁴¹ Der Unterschied zur Vertragsanpassung im Sinne der „quasi Minderung“ liegt darin, dass in diesem Fall der Geschädigte das Erfüllungsinteresse aus einem bestimmten anderen Vertrag (nicht aus dem schon abgeschlossenen Vertrag mit einem anderen Inhalt) verlangt. Hier stellt sich somit die Frage, ob der Geschädigte verlangen kann, so gestellt zu werden, als wäre es bei zutreffender Aufklärung zum Abschluss eines Vertrags mit der anderen Vertragspartei oder mit einem Dritten gekommen, der für ihn günstiger als der

²³⁸ BGH NJW 2006, 3139= BeckRS 2006, 08293= DNotZ 2006, 852= JuS 2006, 1021= NZBau 2006, 573= WM 2006 Heft 32, 1536= ZIP 2006, 2046= LSK 2006, 320402 (Ls.)= BauR 2006, 1740= BGHZ 168, 35= JR 2007, 370= LMK 2006, 189346= MDR 2007, 74= ZNotP 2006, 379

²³⁹ Gottwald JuS 1982, 877; Stoll, FS Riesenfeld, 1983, S. 275; Stoll JZ 1999, 95; Tiedtke JZ 1989, 569; krit. aber Kersting JZ 2008, 714; zurückhaltend auch Canaris AcP 200 (2000), 273 (315 ff.); Schwarze, Leistungsstörungen § 33 Rn. 51.

²⁴⁰ BGH NJW 2006, 3139, 3141.

²⁴¹ BGH NJW 1998, 2900= BeckRS 1998 30016913= VersR 1999, 198= ZMR 1998, 610= FHZivR 44 Nr. 671 (Ls.)= FHZivR 45 Nr. 652 (Ls.)= LSK 1998, 390012 (Ls.)= DB 1998, 2013= JZ 1999, 93= MDR 1998, 1087= WM 1998, 2210= WPM 1998, 2210= ZF 44 Nr. 671.

tatsächlich geschlossene Vertrag ist, so dass er den entgangenen Gewinn aus diesem hypothetischen Vertrag gemäß § 252 BGB verlangen kann. Der BGH hat in diesem Fall dem Geschädigten eine höhere Beweislast auferlegt. Verlangt der Geschädigte den Ersatz des ihm aus einem bestimmten anderen Vertrag konkret entgangenen Gewinns, muss er dann auch die volle Beweislast dafür tragen,²⁴² dass dieser hypothetische Vertrag bei ordnungsgemäßer Aufklärung wirklich abgeschlossen wäre.²⁴³ Erfolgt ein solcher Beweis nicht, kann der Geschädigte dann nur Ersatz des negativen Schadens aufgrund des eigentlichen Vertrages verlangen. Es ist dann zu beweisen, dass es ihm bei zutreffender Information gelungen wäre, diesen Vertrag mit einem günstigeren Preis abzuschließen.²⁴⁴ Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass im letzteren Fall ein Beweis für den Willen der anderen Partei, den Vertrag zu einem günstigeren Preis abzuschließen, entbehrlich ist.

Wenn man den Ersatz der Differenz zwischen dem angemessenen und dem gezahlten Preis als Liquidation des Vertrauensschadens versteht, ist der Nachweis, dass die andere Partei einen solchen Vertrag zu einem niedrigeren Preis trotzdem noch abgeschlossen hätte, nicht mehr erforderlich.²⁴⁵ Entscheidend ist somit allein, wie der Geschädigte bei zutreffender Aufklärung über die erforderlichen Umstände gehandelt hätte.²⁴⁶ Im Kaufrecht kann somit der Käufer, der an dem Vertrag festhält, den Anspruch auf Herabsetzung der vereinbarten Leistung und auf Rückzahlung des Mehrbetrages mithilfe des Schadensersatzes wegen c.i.c. geltend machen. Nach der Meinung des BGH sei der Geschädigte bei Berechnung des Vertrauensschadens „so zu behandeln, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren

²⁴² MünchKomm/Emmerich, 7. Auflage 2016, BGB §311, Rn. 197.

²⁴³ BGH NJW 2006, 3139=BeckRS 2006, 08293=DNNotZ 2006, 852=IBRRS 2006, 2031=JuS 2006, 1021=WM 2006 Heft 32, 1536=ZIP 2006, 2046=LSK 2006, 320402 (Ls.)=BauR 2006, 1740=BGHZ 168, 35=JR 2007, 370=LMK 2006, 189346=MDR 2007, 74=ZNotP 2006, 379.

²⁴⁴ BGH NJW 2001, 2875=BeckRS 2001 30173820=DNNotI-Report 2001, 118=IBRRS 37128=WM 2001 Heft 27, 1302=ZIP 2001, 1465=DSiR 2001, 1398 (Ls.)=BauR 2001, 1433=DB 2001, 1717=JA 2001, 918=MDR 2001, 929=ZfIR 2001, 815

²⁴⁵ BGH NJW 2006, 3139.

²⁴⁶ BGH NJW 2001, 2877=BeckRS 2001 30173820=DNNotI-Report 2001, 118=IBRRS 37128=WM 2001 Heft 27, 1302=ZIP 2001, 1465=DSiR 2001, 1398 (Ls.)=BauR 2001, 1433=DB 2001, 1717=JA 2001, 918=MDR 2001, 929=ZfIR 2001, 815.

*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“.*²⁴⁷ Angesichts dessen ist der Unterschied zwischen dem negativen und dem positiven Schaden in der Praxis einigermaßen verwischt. Er bezieht sich in erster Linie nicht mehr auf die unterschiedlichen Kompensationen für Verletzungen der vertraglichen oder vorvertraglichen Pflichten, sondern ist vielmehr lediglich eine Frage im Rahmen des Schadensumfang und der Schadensberechnung.²⁴⁸

3.5. Zwischenergebnis

Die vorvertragliche Informationspflicht schützt unmittelbar die Entscheidungsfreiheit der Vertragsparteien im Vorfeld des Vertragsschlusses,²⁴⁹ sie verteilt im schuldrechtlichen System die Informationsrisiken unter den Vertragsparteien.

Im Vergleich zum Gewährleistungsrecht, wo für die Haftung stets an den Sachmangelbegriff angeknüpft wird, richtet sich die vorvertragliche Informationshaftung vielmehr nach den Abgrenzungen bei verschiedenen Grundsätzen des Zivilrechts. In diesem Bereich werden die Fragen nach Treu und Glauben, Vertrauensschutz sowie guten Sitten maßgeblich. In der vom BGH entwickelten Formel wird ebenso *„nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise“* erwähnt.²⁵⁰ Dieser Herausbildungsvorgang führt dazu, dass in der Praxis keine echten Tatbestandmerkmale für eine vorvertragliche Informationspflicht festgestellt werden können. Die oben genannten Abgrenzungsfragen bilden vielmehr vereinzelte Fallgruppen, in denen eine vorvertragliche Informationspflicht bejaht oder verneint wird. In diesem Sinne erscheint die vorvertragliche Informationspflicht nicht nur als eine Kompensation der falschen Entscheidung,

²⁴⁷ BGH NJW 2006, 3139, 3141.

²⁴⁸ BGH NJW 1972, 95,96= BeckRS 1971 (Ls.)=BB 71, 1531=Betrieb 71, 2356=BGHZ 57, 191=JR 72, 248 (L)=JuS 72, 214=LM Nr. 13 § 195 BGB(L;)=MDR 72, 132=WPM 71, 1543.

²⁴⁹ Schwarze, Leistungsstörungen § 33 Rn. 1.

²⁵⁰ BGH NJW 2010, 3362= BeckRS 2010, 23791.

sondern sie betrifft vielmehr die Legitimität des nachfolgenden Vertrags. Wenn eine Vertragspartei wegen schuldhafter Irreführung der Gegenpartei einen unerwünschten Vertrag abschließt, ist von Natur aus die Legitimität des Vertrags wegen der Verletzung der Informationspflicht, die dazu dient den Vertragsinhalt herauszubilden, erschüttert. In diesem Sinne wäre die Vertragspartei immer berechtigt, wegen einer Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht den nachträglichen Vertrag aufzuheben oder anzupassen, unabhängig davon, ob für die vertragliche Haftung andere Vorschriften vorgesehen werden, es sei denn, dass das Regelungssystem der vertraglichen Haftung bezüglich des Problems, welches die Legitimität des Vertrags in Frage stellt, eine andere Entscheidung trifft und deswegen den Vertrag wieder legitimiert.

Eine allgemeine Unterscheidung zwischen vorvertragliche und vertragliche Haftung wäre für die Konkurrenzfrage in Bezug auf die Informationspflicht zu grob. Wichtiger ist zu zeigen, an welchem Punkt die zwei unterschiedlichen Regelungssysteme wertungsmäßig miteinander kollidieren. Wenn man einerseits bloß die Entscheidungsfreiheit, andererseits nur das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung hervorhebt, ist nicht klar, warum die vorvertragliche Haftung mit dem Gewährleistungsrecht konkurriert, weil es dabei wertungsmäßig um zwei Ziele geht, die zwar sowohl chronologisch als auch logisch in einer Reihenfolge stehen, aber nicht auf derselben Ebene konkurrieren. Diese Legitimitätsprüfung durch „*Informationspflicht*“ erfolgt auf die Weise der Verteilung der Informationsrisiken unter den Vertragsparteien. Wenn die tatsächliche Verteilung der Informationsrisiken der Vorstellung des Gesetzes nicht entspricht, kommt eine Haftung in Betracht, die zur Aufhebung oder Anpassung des danach geschlossenen Vertrags führen könnte. Erst auf dieser Ebene der Informationsverteilung tritt die Konkurrenzfrage auf. Fraglich ist tatsächlich nicht, ob die Entscheidungsfreiheit nach dem Vertragsschluss nicht mehr geschützt wird, sondern ob die Verteilung der Informationsrisiken, auf der die Entscheidungsfreiheit beruht, in dem anderen Regelungssystem anders entschieden wird. Ob das Gewährleistungsrecht wirklich eine solche unterschiedliche

Entscheidung über die Verteilung der Informationsrisiken trifft, ist im nächsten Teil dieser Arbeit zu untersuchen.

Hinsichtlich der Rechtsfolge wird die Tendenz, dass sich die Haftung aus culpa in contrahendo an dem Gewährleistungsrecht annähert, schon deutlich. Die Grenze zwischen dem positiven und negativen Schaden ist in Bezug auf den tatsächlichen Betrag nicht von entscheidender Bedeutung.

4. Verteilung der Informationshaftung im Rahmen des Gewährleistungsrechts

Mit der Frage der Aufklärung über verborgene Mängel hat man sich schon seit der römischen Zeit beschäftigt.²⁵¹ Im Rahmen des Gewährleistungsrechts bleibt die Verteilung der Informationshaftung nie außer Betracht. Nachdem im zweiten Teil das Regime des Gewährleistungsrechts unter dem Leitbild des Beschaffenheitsbegriffs und im dritten Teil die allgemeine Theorie der Informationspflicht im Rahmen der culpa in contrahendo verdeutlicht wurden, kann man in diesem Teil zur Verteilung der Informationshaftung im Rahmen des Gewährleistungsrechts kommen. Dieser Teil richtet sich aber nicht auf eine isolierte Untersuchung des Gewährleistungsrechts, vielmehr ist herauszufinden, welche Unterschiede in Bezug auf die Verteilung der Informationshaftung zwischen dem Gewährleistungsrecht und der culpa in contrahendo bestehen und ob solche Unterschiede lediglich modifizierbare Lücken oder vielmehr das Abbild einer grundlegenden Auseinandersetzung wegen unterschiedlicher Wertungen darstellen.

²⁵¹ Ausführlich siehe Fleischer, S.25 ff.

4.1. Der Arglistbegriff und seine Funktion im Gewährleistungsrecht

4.1.1. Dogmatischer Niederschlag des Arglistbegriffs im Gewährleistungsrecht

4.1.1.1. Im vorherigen Recht

In der Zeit des alten Schuldrechts hat der Arglistbegriff schon an mehreren Stellen im Gewährleistungsrecht eine Rolle gespielt. Für die Konkurrenzfrage ist besonders bedeutsam, dass der Käufer nach dem alten Gewährleistungsrecht nur im Fall des arglistigen Verschweigens oder der Zusicherung des Verkäufers einen Schadensersatzanspruch haben konnte (§§ 463ff. BGB a.F.). Für fahrlässige Informationspflichtverletzungen des Verkäufers gab es im Rahmen des Gewährleistungsrechts keine entsprechende Haftung im Wege des Schadensersatzes. Begründet wurde dies hauptsächlich damit, dass die Haftung des Verkäufers wegen fahrlässiger Verletzung der Informationspflicht aus culpa in contrahendo durch §§ 463 ff. BGB a.F. ausgeschlossen wurde.²⁵² Allerdings war nach der herrschenden Meinung im Fall der Arglist des Verkäufers die vorvertragliche Haftung wegen Informationspflichtverletzung aus culpa in contrahendo ausnahmsweise neben dem Gewährleistungsrecht anwendbar.²⁵³ Ferner war in § 460 BGB a.F. vorgesehen, dass die gewährleistungsrechtlichen Ansprüche des Käufers grundsätzlich ausgeschlossen wurden, wenn er trotz Kenntnis des Mangels die Sache gekauft hat oder beim Kauf der Sache wegen grober Fahrlässigkeit den Mangel nicht erkannte. Eine Ausnahme für diesen Ausschluss gab es nur im Fall der groben Fahrlässigkeit des Käufers, wenn auf der anderen Seite der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder über fragliche Umstände eine entsprechende Zusicherung gegeben hatte (§ 460 S.2 BGB a.F.). Außerdem war gemäß § 476 BGB a.F. ein von den Vertragsparteien vereinbarter Haftungsausschluss nichtig, wenn dem Verkäufer Arglist vorgeworfen werden

²⁵² Sorgel Siebert/ Ballerstedt, § 463 BGB 10. Auflage, Rn.5.

²⁵³ BGH NJW 1973, 1234= BeckRS 1973 (Ls.)=MittBayNot 1973, 347 (Ls.)=BB 73, 680=Betrieb 73, 1062= JR 73, 371=JurB üro73, 940=JuS 73, 721=MDR 73, 659.

konnte. Gleiches galt auch für die vertraglich vereinbarte Haftungsbeschränkung. Schließlich hatte die Arglist des Verkäufers noch Einfluss auf die in der Praxis gravierende Verjährungsfrist, dahingehend dass die sechsmonatige Verjährungsfrist für gewährleistungsrechtliche Ansprüche bei Arglist des Verkäufers nicht eingriff (§§ 477 Abs. 1 BGB a.F.).

4.1.1.2. Im geltenden Recht

Eine der schwerwiegenden Veränderung bei der Schuldrechtsmodernisierung liegt darin, dass das Gewährleistungsrechts und das allgemeine Leistungsstörungenrecht insbesondere hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs vereinheitlicht wurden,²⁵⁴ so dass Arglist und Zusicherung des Verkäufers nicht mehr als gesetzliche Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs im Rahmen des Gewährleistungsrechts gelten.

Die anderen Funktionen, die sich auf Haftungsausschluss und Verjährungsfrist beziehen, gelten jedoch weiterhin. Der neue § 442 Abs.1 BGB hat einen Wortwechsel von Zusicherung in „Garantie“ erfahren, aber inhaltlich den alten § 460 BGB übernommen.²⁵⁵ Gemäß des neuen § 444 BGB sind Arglist oder eine Garantie des Verkäufers weiter die Gründe der Nichtigkeit des vertraglich vereinbarten Haftungsausschluss oder der Haftungsbeschränkungen. In § 438 Abs.3 S.1 BGB ist nunmehr deutlicher vorgeschrieben, dass die gewährleistungsrechtlichen Ansprüche im Fall des arglistigen Verschweigens durch den Verkäufer in der regelmäßigen Frist verjähren, nämlich drei Jahren.

4.1.2. Der Arglistbegriff

4.1.2.1. Arglist als „Bedingter Vorsatz“

Unter Arglist versteht man den sogenannten „bedingten Vorsatz“. Es genügt, wenn

²⁵⁴ MünchKomm/Emmerich, 7. Aufl. 2016, BGB § 311 Rn. 82; Reischl, JuS 2003, 1076, 1079.

²⁵⁵ MünchKomm/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB § 442 Rn. 12-14.

*„der Verkäufer den Mangel kennt oder ihn zumindest für möglich hält und zugleich weiß oder doch damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte“.*²⁵⁶

In der Rechtssprechung wird verbreitet angenommen, dass das Vorliegen der Arglist des Verkäufers eine Aufklärungspflicht voraussetzt, wobei insbesondere die Kenntnis des Verkäufers von dem Mangel eine wichtige Rolle spielt.²⁵⁷ Zur Feststellung einer die Arglist begründende Aufklärungspflicht ist zu prüfen, ob der Käufer bei zutreffender Offenbarung dieses Mangels den Vertrag überhaupt nicht oder zumindest nicht zu diesem Preis abgeschlossen hätte oder die gelieferte Sache nicht als Erfüllung angenommen hätte.²⁵⁸ Das entspricht den im obigen Teil erwähnten allgemeinen Voraussetzungen der Aufklärungspflicht, wobei man häufig von den entscheidungserheblichen Umständen spricht.

Fraglich wäre aber, ob der Verkäufer für jeden Mängel begründenden Umstand zur Aufklärung verpflichtet ist. Es wird teilweise vertreten, dass die Arglist des Verkäufers beim Bagatellschaden nicht bestehe, weil der Verkäufer in solchen Fällen nicht damit zu rechnen habe, dass der Käufer bei zutreffender Aufklärung anderweitig entschieden hätte (nicht entscheidungserheblich).²⁵⁹

Dieser Meinung ist für das neue Recht nicht zuzustimmen. Im Gebrauchtwagenhandel unterscheidet man zwischen „Unfallschaden“ und „Bagatellschaden“. Bezüglich des Unfallschadens hat die Rechtssprechung hohe Anforderungen an die Offenbarung gestellt.²⁶⁰ Soweit es sich um Unfallschäden handelt, muss der Verkäufer umfassend aufklären und sein gesamtes Wissen offenbaren, um den Vorwurf der Arglist zu vermeiden.²⁶¹ Ein bloßer Hinweis

²⁵⁶ OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2014, 89= BeckRS 2013, 18447=LSK 2014, 040341 (Ls.); BGH NJW 2013, 1671= BeckRS 2013, 01756=IBRRS 2013, 0352=MittBayNot 2013, 301=VersR 2013, 1448=LSK 2013, 110738 (Ls.)=BauR 2013, 603=MDR 2013, 270=ZfIR 2013, 287=ZNotP 2013, 62.

²⁵⁷ OLG Brandenburg, BeckRS 2013, 20356= IBRRS 2013, 4841; OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2014, 89= LSK 2014, 040341 (Ls.)= BeckRS 2013, 18447.

²⁵⁸ BeckOK BGB/Faust, 43. Ed. 15.6.2017, BGB § 438 Rn. 39.

²⁵⁹ BeckOK BGB/Faust, 43. Ed. 15.6.2017, BGB § 438 Rn. 42.

²⁶⁰ OLG K^ön BB 1964, 1409; BGH NJW 1978, 261; 1982, 1386; 1983, 2243.

²⁶¹ OLG Koblenz VRS 2002, 174; BGHZ 74, 383 (391) = NJW 1979, 1886 (1888); OLG Karlsruhe DAR 2002, 167; OLG Frankfurt OLGR 2001, 29.

"Unfallauto" in einem schriftlichen Vertrag reicht selbst nicht aus, um die diesbezügliche Aufklärungspflicht zu erfüllen, weil ein solcher Hinweis zu unstimmig und vieldeutig ist, so dass er von der Rechtsprechung als Bagatellisierung des maßgeblichen Unfalls angesehen werden könnte.²⁶² Ob es sich um einen Bagatellschaden handelt, beeinflusst vielmehr die Anforderung an Umfang und Grad der Aufklärungspflicht, kann aber diese nicht ganz unterdrücken, wenn der Verkäufer den Schaden gekannt hat.

Im geltenden Recht hat der Gesetzgeber auf eine Unterscheidung zwischen Fehler und Zusicherung verzichtet und im Mangelbegriff alle Abweichungen der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit eingeschlossen. Die Abgrenzung bezüglich Bagatellschäden hat im geltenden Recht noch den Sinn, dass der Käufer weder vom Vertrag zurücktreten (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB) noch Schadensersatz statt der ganzen Leistung (§ 281 Abs. 1 S. 3 BGB) verlangen darf, wenn der Schaden nicht die Bagatellgrenze überschreitet. Von vorneherein zu vermuten, dass ein Mangel für den Käufer unwichtig sei, stünde jedoch dem subjektiven Fehlerbegriff entgegen. Soweit der Bagatellschaden einen Mangel darstellen kann, wäre er preisbildend. In diesem Sinne kann jeder Schaden, auch der Bagatellschaden für den Käufer wichtig sein, weil die Feststellung der Wichtigkeit nicht mehr nach dem objektiven, sondern nach dem subjektiven Maßstab zu beurteilen ist. Bei einem Bagatellschaden trägt der Verkäufer zwar leichtere Aufklärungspflicht als bezüglich eines Unfallschadens, ein beabsichtigtes Verschweigen des Bagatellschadens, von dem der Verkäufer schon gewusst hat, sollte aber immerhin Arglist darstellen können.²⁶³

Arglist setzt keine Vereinbarung der Vertragsparteien voraus. Soweit der Verkäufer damit rechnen muss, dass ein bestimmter Umstand für den Kaufentschluss des Käufers von Bedeutung ist, ist Arglist schon begründbar, wenn der Verkäufer

²⁶² LG Berlin Urt. v. 20.12.2005 – 5 O 210/05, BeckRS 2006, 165

²⁶³ Nach dem Urteil des BGH DS 2005, 108,109= BeckRS 2005, 00604=DAR 2005, 148=IBRS 2005, 1117=JuS 2005, 374 =NJW 2005, 356=NZV 2005, 139=VersR 2005, 380=MDR 2005, 390=SVR 2005, 73=VRS 2005 Bd. 108, 172=ZfS 2005, 177, könnte die Grenze für Bagatellschäden bei 700 Euro liegen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum 700 Euro für den Käufer aufklärungsmäßig unwichtig seien. Hätte der Käufer dies beim Vertragsschluss gewusst, würde er eine Herabsetzung des Preises verlangen.

trotzdem die Abweichung des tatsächlichen Zustands der Sache von der Erwartung des Käufers verschweigt.

4.1.2.2. Kenntnisnahme als Grenze gegenüber Fahrlässigkeit

Der Verkäufer muss vom Bestehen des Mangels Kenntnis haben oder das zumindest für möglich halten. Über die dem Verkäufer nicht bekannten Umstände trägt der Verkäufer grundsätzlich keine Aufklärungspflicht. Wenn der Verkäufer die ihm erkennbaren Umstände hätte kennen können oder kennen müssen, handelt er nicht arglistig, sondern fahrlässig.²⁶⁴ Ein Hersteller könnte entsprechende Bestimmungen über eine Sicherheitskontrolle zwar kennen, aber außer Betracht lassen, in diesem Fall könnte er dem Vorwurf der Arglist unterfallen. Hingegen handelt er nur fahrlässig oder grob fahrlässig, wenn er solche Bestimmungen gar nicht kennt, obwohl wegen seiner fachlichen Arbeit Kenntnis bestehen sollte.²⁶⁵ Eine unrichtige Aufklärung aus bloßer Leichtfertigkeit wird grundsätzlich nicht als arglistiges Handeln angesehen. Das bedeutet, wer gutgläubig fehlerhaft aufklärt, handelt grundsätzlich nicht arglistig. Grundsätzlich trägt der Käufer die Beweislast für die Arglist des Verkäufers.²⁶⁶ Merkwürdig ist, dass es möglich wäre, dass der Verkäufer beim Vertragsschluss einen aufklärungspflichtigen Mangel „vergisst“. Im diesem Fall fällt der Verkäufer selbst nach der Ansicht zu Angaben „ins Blaue hinein“ nicht unter den Vorwurf der Arglist.²⁶⁷

²⁶⁴ BGH DS 2016, 170,172=BWNotZ 2016, 53=BeckRS 2016, 01516=DNNotZ 2016, 271=JuS 2016, 841=NJW 2016, 1815=NJW-Spezial 2016, 226=NZM 2016, 604=RNotZ 2016, 670=VersR 2016, 930=ZIP 2016, 222=LSK 2016, 041010 (Ls.)=BauR 2016, 663=BGHZ 207, 349=DWW 2016, 65=JZ 2016, 1008=MDR 2016, 323=NotBZ 2016, 137=NWB 2016, 3001=RÜ 2016, 210=ZfIR 2016, 226=ZNotP 2016, 13; BGH, NJW-RR 2012, 404=BeckRS 2012, 03071=DAR 2012, 252=VersR 2012, 454=WM 2012 Heft 6, 260=ZFS 2012, 254=ZUM 2012, 324=DB 2012, 573=MDR 2012, 280=VRS 2012 Bd. 122, 328.

²⁶⁵ BGH NJW 1985, 1769,1770 f. = BeckRS 9998, 100605=LSK 1985, 300011 (Ls.)=BB 1985, 1561=Betrieb 1985, 1385=JuS 1985, 641=LM Nr. 76 § 459 BGB=MDR 1985, 488=WPM 1985, 463.

²⁶⁶ BGHZ 188,43 = NJW 2011, 1279,1280=BeckRS 2010, 30550=MittBayNot 2011, 133=NZM 2011, 493=WM 2011 Heft 18, 843=ZFS 2011, 205=ZIP 2011, 383=LSK 2011, 060671 (Ls.)=BauR 2011, 520=BGHZ 188, 43=JR 2012, 202=ZfIR 2011, 69=ZIP 2011, 383=ZNotP 2011, 68

²⁶⁷ BGH DNNotI-Report 2001, 133=BeckRS 2001 30180128=NJW 2001, 2326=NZBau 2001, 494=NZM 2001, 1002=WM 2001 Heft 30, 1420=BauR 2001, 1431=DB 2001, 1987=MDR 2001, 982=NotBZ 2001, 300=WuB 2001, 1069=ZfIR 2001, 541=ZNotP 2001, 317

4.1.2.3. Bewusste Fahrlässigkeit

In einigen Fällen verschließt sich aber der Verkäufer bewusst vor einem fraglichen Umstand, den er ohne weiteres kennen könnte. Selbst eine solche bewusste Augenverschließung reicht für die Feststellung der Arglist grundsätzlich nicht aus. Nach der Rechtsprechung des BGH soll eine solche beabsichtigte Unkenntnis mit Arglist nur gleichgestellt werden, wenn es sich beim fraglichen Umstand um die rechtliche Gesamtbewertung von Tatsachen handelt.²⁶⁸

Die Kenntnis von Tatsachen ist zwar für Arglist auf jeden Fall unentbehrlich und darf nicht wegen nur wertungsmäßigen Abwägungen ersetzt werden.²⁶⁹ Der Verkäufer kann sich aber nicht darauf berufen, dass er von dem Sachmangel deswegen nicht wisse, weil er von den fraglichen Umständen keinen Schluss auf einen Sachmangel gezogen habe. Die Anforderung an den Kenntnisstand des Verkäufers ist hier abgemildert. Somit ist für die Feststellung der Arglist lediglich die Kenntnis (oder Unkenntnis) des Verkäufers von den Mangel begründenden Umständen von entscheidender Bedeutung.²⁷⁰ Eine solche Abmilderung erleichtert einerseits den Käufer hinsichtlich der Beweisschwierigkeiten, vermeidet andererseits, dass der Verkäufer sich bewusst rechtsblind verhält und dadurch trotzdem Vorteile ziehen kann.²⁷¹

Anstelle der Ermittlung des tatsächlichen subjektiven Zustands des Verkäufers, der seine Aufklärungspflicht unterlassen hat, ist hier der objektive Maßstab eines redlich Denkenden anzunehmen. Wenn ein redlich Denkender sich bei Kenntnis der fraglichen Umstände nicht bewusst vor einer zutreffenden Bewertung ihrer Rechtsfolge verschließen würde, dann darf der Verkäufer sich im konkreten Fall auch nicht rechtsblind verhalten.²⁷²

²⁶⁸ BGH NJW 2013, 2182, 2183= BeckRS 2013, 08296=DNNotI-Report 2013, 94=IBRRS 2013, 2057=NZM 2013, 546=VersR 2013, 916=ZWE 2013, 260=FD-MietR 2013, 346693 (Ls.)=LSK 2013, 250431 (Ls.)=BauR 2013, 1273=GE 2013, 755=MDR 2013, 700=NotBZ 2013, 297=ZfIR 2013, 526 L

²⁶⁹ Martinek, JZ 1996, 1099, 1100, 1102f.

²⁷⁰ BGH NJW-RR 2003, 989= BeckRS 2003, 03094=DNNotZ 2003, 691=WM 2003 Heft 34, 1680=DB 2003, 2433= JZ 2004, 40=MDR 2003, 681=ZfIR 2003, 769

²⁷¹ BGH NJW-RR 2003, 989, 990

²⁷² BGH NJW 1958, 668= BGHZ 26, 256= MDR 58, 323=VRS Bd. 14, 422=ZF V Nr. 7627;BGH NJW

4.1.2.4. „Ins Blaue hinein“

Macht der Verkäufer Angaben „ins Blaue hinein“, ohne tatsächliche Anhaltspunkte oder die notwendige Informationsgrundlage zu haben, handelt er in diesem Fall auch arglistig. Das bedeutet aber nicht, dass die bewusste Fahrlässigkeit mit der Arglist (Vorsatz) gleichgestellt wird. Der Verkäufer handelt erst dann arglistig, wenn er zumindest mit dem Bestehen des Mangels oder der Fehlerhaftigkeit seiner Angaben rechnen muss und trotzdem die Fragen des Käufers fehlerhaft beantwortet hat, die offensichtlich für seine Kaufentscheidung von Bedeutung sind.²⁷³ Hier geht man wieder von dem Eigenverantwortungsprinzip aus. Der Verkäufer ist grundsätzlich nicht verpflichtet, vor dem Verkauf eine Überprüfung oder Nachforschung durchzuführen. Nur wenn es bestimmte Verdachtsmomente gibt, so dass er zumindest mit dem Vorhandensein eines Sachmangels rechnen muss, ist ein Verschweigen arglistig. Ein Verkäufer ist auch dann als arglistig anzusehen, wenn er das Bestehen eines Sachmangels zwar nicht kennt, den Verdacht eines Mangels aber verschweigt, in der Hoffnung, dass sich dieser Verdacht glücklicherweise nicht verwirklichen oder nicht zu seinem Nachteil führen wird. Die allgemeine Anerkennung der Rechtsfigur „ins Blaue hinein“ gilt als eine Ausdehnung des Umfangs des Arglistsvorwurfs. Der Vorwurf richtet hier nicht unmittelbar auf die „ins Blaue hinein“ gegebenen Informationen, sondern auch auf deren tatsächliche Grundlage. Mit der vorbehaltlosen Behauptung hat der Verkäufer nicht nur Angaben über die Kaufsache gemacht, sondern auch die Aussage getroffen, dass die Angaben auf einer genügend sicheren Grundlage beruhen.²⁷⁴

1996, 2652= BeckRS 9998, 167004=DNNotZ 1997, 696=ZIP 1996, 1382=ZMR 1996, 543=LSK 1996, 400045 (Ls.)=BGHZ 133, 246=DWW 1996, 310=JZ 1996, 1126=WM 1996, 1504=WPM 1996, 1504=ZF 42 Nr. 2369.

²⁷³ Anm. Faust JZ 2007, 101,103.

²⁷⁴ Anm. Faust JZ 2007, 101,102,103.

4.1.3. Annahme des Aufklärungsbedarfs

Kennt der Verkäufer den Mangel, dann muss er grundsätzlich über den Mangel aufklären, aber die Kenntnis vom Mangel rechtfertigt allein den Vorwurf der Arglist noch nicht. Der Verkäufer könnte in einigen Fällen annehmen, dass er nicht oder nicht mehr über die fraglichen Umstände aufzuklären braucht.

Zuerst könnte er z.B. darauf vertrauen, dass der Mangel schon durch eine von ihm beauftragte Firma oder Fachleute beseitigt wurde, obwohl die Mangelbeseitigung tatsächlich nicht rechtzeitig vorgenommen wurde oder fehlgeschlagen war.²⁷⁵ Der Verkäufer trägt in solchen Fällen keine Haftung, soweit er nicht aus anderen Gründen zur Nachforschung oder Erfolgskontrolle verpflichtet war.

Ferner ist dem Verkäufer das arglistige Verschweigen nicht vorzuwerfen, wenn er es, wegen der Kenntnis eines für den Käufer handelnden Dritten (z.B. Vertreter) von den fraglichen Umständen für unnötig hält, den Käufer persönlich entsprechend aufzuklären.²⁷⁶

Allerdings darf der Verkäufer seine Aufklärungspflicht nicht in einer versteckten Weise erfüllen, um zu behaupten, dass er glauben durfte, der Käufer bedürfe einer spezifischen Aufklärung nicht mehr. Eine z.B. in den Finanzierungsunterlagen versteckte Aufklärung über Sachmängel eines Grundstücks reicht in diesem Falle nicht aus, um den Verkäufer von seiner Aufklärungspflicht zu entlasten, er kann in diesem Fall nicht wie im Fall eines offenbaren Mangels bei der Besichtigung behaupten, dass er zu der Annahme berechtigt ist, dass der Käufer von dem Mangel schon Kenntnis genommen habe und keiner zusätzlichen Aufklärung bedarf.²⁷⁷

²⁷⁵ BGH NJW 2016, 2315, 2316 = BeckRS 2016, 05438 = DNotZ 2016, 473 = IBRRS 2016, 0806 = NJW-Spezial 2016, 323 = LSK 2016, 150382 (Ls.) = DWW 2016, 143 = MDR 2016, 576 = ZNotP 2016, 70.

²⁷⁶ BGH NJW-RR 1996, 690 = BeckRS 9998, 14610 = FHZivR 42 Nr. 627 (Ls.) = LSK 1996, 300021 (Ls.).

²⁷⁷ BGH NJW 2011, 1280, 1281 = BeckRS 2010, 30550 = IBRRS 2010, 4799 = MittBayNot 2011, 133 = NZM 2011, 493 = WM 2011 Heft 18, 843 = ZFS 2011, 205 = ZIP 2011, 383 = LSK 2011, 060671 (Ls.) = BauR 2011, 520 = BGHZ 188, 43 = JR 2012, 202 = ZfIR 2011, 69 = ZfS 2011, 205 = ZIP 2011, 383 = ZNotP 2011, 68.

4.2. Kenntnis des Käufers über Sachmangel

Eine der wichtigsten Verteilungen der Informationsrisiken befindet sich in § 442 Abs. 1 BGB, wo klar vorgeschrieben ist, dass der Käufer seine Gewährleistungsansprüche nicht geltend machen darf, wenn er bei Vertragsschluss Kenntnis von dem Mangel hatte. Unkenntnis aus grober Fahrlässigkeit des Käufers steht gemäß § 442 Abs. 1 S. 2 BGB der Kenntnis grundsätzlich gleich. Nur wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine entsprechende Zusicherung gegeben hat, wird der Käufer auch bei grober Fahrlässigkeit durch Gewährleistungsansprüche geschützt.

Inhaltlich hat § 442 Abs. 1 BGB n.F. die vorherige Vorschrift des § 460 BGB a.F. übernommen. Als Ziel dieser Vorschrift wurde seit lange die Haftungserleichterung für den Verkäufer bei verkehrswidrigen Handlungen des Käufers angesehen.²⁷⁸ Der Käufer darf nicht einerseits die Sache trotz Kenntnis eines Mangels kaufen, nach dem Vertragsschluss aber Gewährleistung verlangen. Wenn der Käufer den Mangel der Sache oder den Preis unter diesen Voraussetzungen nicht akzeptieren kann, muss er seine Erwartung vor dem Vertragsschluss zur Sprache bringen oder es einfach aufgeben, die Sache zu kaufen. In diesem Sinne wird häufig vermutet, dass der Käufer, der trotz Kenntnis von einem Sachmangel die Sache gekauft hat, auch konkludent auf eine nachträgliche Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche verzichtet hat.

Dieser traditionelle Gedanke ist aber nicht völlig überzeugend, wenn es sich um einen Fall grober Fahrlässigkeit des Käufers handelt, in dem der Käufer nicht beabsichtigt, sich treuwidrig zu verhalten, sondern nur aus Leichtfertigkeit den offenkundigen Mangel übersieht oder auf eine Nachbesserungsmöglichkeit vertraut.²⁷⁹ Eine solche Beschränkung im Falle der Fahrlässigkeit des Käufers erleichtert auch die Beweislast des Verkäufers. Positive Kenntnis des Käufers über einen Mangel ist in der Praxis nur schwer zu beweisen, insbesondere beim einmaligen Kauf. So wird eine grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers der

²⁷⁸ MünchKomm/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB § 442, Rn. 1.

²⁷⁹ MünchKomm/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB § 442, Rn. 1.

positiven Kenntnis grundsätzlich gleichgestellt, damit der Verkäufer nicht in jedem Fall die positive Kenntnis des Käufers beweisen muss, sondern sich auf die Offensichtlichkeit des Mangels berufen kann.²⁸⁰

Ein schlüssigeres Verständnis im Rahmen der Informationspflicht findet sich vielmehr in der Haftungsverteilung zwischen Verkäufer und Käufer wegen offenbaren oder verborgenen Mangels. In den Kaufverhandlungen handeln die beiden Parteien grundsätzlich eigenverantwortlich. Das bedeutet, dass der Käufer sich einem zutage liegenden Mangel nicht verschließen und nicht nachträglich über das Gewährleistungsrecht Kompensation verlangen darf. Über verborgene Mängel ist der Verkäufer zur Aufklärung verpflichtet, für offenbare, vom Käufer leicht erkennbare Mängel trägt er aber keine Haftung. Der Käufer muss vielmehr seine Augen aufmachen, solche zutage liegenden Mängel selbst „entdecken“ und in den Vertragsverhandlungen ansprechen. Der Gesetzgeber hat außerdem zwischen grober Fahrlässigkeit des Käufers und Arglist des Verkäufers eine Abwägung zugunsten des Käufers, der aus grober Fahrlässigkeit einen offenbaren Mangel übersieht, getroffen. Ist dem Verkäufer Arglist vorzuwerfen, muss er bei unterlassener Aufklärung über den offenbaren Mangel auch haften, selbst wenn der Käufer den Mangel hätte kennen müssen. Gleiches gilt, wenn der Verkäufer dem Käufer eine entsprechende Zusicherung gegeben hat.

Zu beachten ist aber, dass die Kenntnis des Verkäufers von einem offenen Mangel nicht ohne weiteres zum Vorwurf der Arglist führt; der Verkäufer könnte sich darauf berufen, dass der Mangel für den Käufer so offensichtlich ist, dass der Käufer den Mangel im gleichen Umfang wie der Verkäufer erkennen kann. Angesichts der grundsätzlichen Gleichstellung der groben Fahrlässigkeit und der positiven Kenntnis des Käufers in § 442 Abs. 1 BGB ist hier das Bedürfnis einer Unterscheidung zwischen den beiden nicht so scharf wie bei der Feststellung der Arglist des Verkäufers. Die Frage ist in der Folge, ob der Verkäufer annehmen darf, dass der Käufer den bestrittenen Umstand ohne Aufklärung darüber auch im gleichen Umfang wie der Verkäufer erkennen kann, so dass der Verkäufer sich

²⁸⁰ Köhler JZ 1989, 761,764.

nicht arglistig verhält. In diesem Fall gibt es vom Anfang an kein arglistiges Verschweigen des Verkäufers und der Käufer muss die Nachteile wegen seiner groben Fahrlässigkeit hinnehmen.²⁸¹

Auf der anderen Seite muss man aber auch darauf achten, dass die Fahrlässigkeit des Käufers grob sein muss, d.h. es sollte keine Untersuchungspflicht auf allgemeiner Ebene des Käufers geben.²⁸² Fraglich ist hier, inwieweit der Käufer bei den Vertragsverhandlungen seine Augen aufmachen muss, damit er nicht „grob fahrlässig“ einen potenziellen Mangel verpasst. Unter grober Fahrlässigkeit des Käufers versteht man eine „*besonders schwere Missachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt*“.²⁸³ Das bedeutet, dass der Käufer grundsätzlich erst dann grob fahrlässig handelt, wenn er bestimmte Umstände, bei denen ein Schluss auf den Sachmangel naheliegend ist, voll überblicken kann und es unverständlich erscheint, dass er eine nachfolgende Prüfung zur Gewähr seines eigenen Interesses trotzdem unterlässt.²⁸⁴

In diesem Sinne ist der Käufer beim Grundstücksverkauf grundsätzlich verpflichtet, das zu kaufende Grundstück zu besichtigen, soweit das Grundstück in zumutbarer Nähe liegt.²⁸⁵ In einigen Fällen, wo es für eine Untersuchung des Käufers typischerweise entsprechender Fachkunde bedarf, handelt der Käufer wegen der bloßen Oberflächlichkeit seiner Untersuchung nicht grob fahrlässig. Ein Autokäufer, der kein Fachmann ist, könnte bei einer Probefahrt nichts herausfinden, obwohl das Auto einen gravierenden Mangel hat.²⁸⁶ Das Fehlen von Fachkenntnissen führt dazu, dass für einen Laien nicht alle Mängel, selbst wenn sie schwerwiegend sein könnten, auffällig sind. Vielmehr soll der Verkäufer in diesem

²⁸¹ BGH NJW-RR 1994, 907= IBRRS 2000, 0383=FHZivR 40 Nr. 1091 (Ls.)=LSK 1994, 360016 (Ls.); BGH NJW 2011, 1280 Rn. 11= BeckRS 2010, 30550=MittBayNot 2011, 133=NZM 2011, 493=WM 2011 Heft 18, 843=ZFS 2011, 205=ZIP 2011, 383=LSK 2011, 060671 (Ls.)=BauR 2011, 520=BGHZ 188, 43=JR 2012, 202=ZfIR 2011, 69= ZfS 2011, 205=ZIP 2011, 383=ZNotP 2011, 68; BGH NJW-RR 2012, 1078,1079 Rn. 21 f.= BeckRS 2012, 09057=IBRRS 2012, 1564=JA 2012, 628=NJ 2012, 296 =NZM 2012, 469=VersR 2012, 912=WM 2013 Heft 11, 523=ZfBR 2012, 451=LSK 2012, 250129 (Ls.)=MDR 2012, 638=NotBZ 2012, 295=ZfIR 2012, 463=ZNotP 2012, 174.

²⁸² MünchKomm/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB § 442 Rn. 2.

²⁸³ MünchKomm/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB § 442 Rn. 8.

²⁸⁴ RGZ 131, 353.

²⁸⁵ Vgl. Köhler JZ 1989, 761,768.

²⁸⁶ MünchKomm/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB § 442 Rn. 11.

Fall seine Aufklärungspflicht erfüllen und dem Käufer seinen Kenntnisstand offenbaren.

4.3. Unterschied der Verteilung von Informationshaftung im Rahmen von Gewährleistungsrecht gegenüber culpa in contrahendo

Aus der obigen Untersuchung ergibt sich, dass der Gedanke der Informationspflicht schon seit langem im Gewährleistungsrecht eingesetzt worden ist. Die Informationspflicht wird als Voraussetzung der Arglist des Verkäufers angesehen.²⁸⁷ Das Bestehen der Arglist des Verkäufers kann zwar eine Reihe von für den Verkäufer nachteiligen Folgen verursachen. Allerdings begründet die Verletzung der Informationspflicht im Rahmen des Gewährleistungsrechts nicht unmittelbar eine Haftung (Nacherfüllung, Minderung, Rücktritt sowie Schadensersatz), sondern hat nur mittels des Arglistbegriffs dieselbe Wirkung wie eine Obliegenheit. Deswegen ist es verfrüht, aus der obigen Darstellung die Schlussfolgerung zu ziehen, dass die Verteilung der Informationshaftung im Gewährleistungsrecht durch die Integration der Informationspflicht in die Voraussetzungen des Arglistbegriffs auf eine grundlegende Rezeption der Wertung der culpa in contrahendo hindeutet. Im Gewährleistungsrecht knüpft jede Haftung an das Bestehen eines Mangels an. Ob eine grundlegende Harmonisierung zwischen Gewährleistungsrecht und culpa in contrahendo denkbar ist, hängt vielmehr davon ab, inwiefern unzutreffende oder unvollständige Angaben über einen Umstand der Sache (und deren Abweichen vom tatsächlichen Zustand) zum Sachmangel führen können, während eine solche fehlerhafte Angabe eine Haftung aus der Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht verursachen kann. Wenn die Angabe, die eine Haftung aus culpa in contrahendo begründen kann, nur eine gewährleistungsrechtlich unverbindliche „Angabe“ bleibt und nicht zur Mangelhaftung führt, macht dann die Integration der Informationspflicht in den Arglistbegriff hinsichtlich der Haftungs begründung im Rahmen des

²⁸⁷ OLG München BeckRS 2013, 09224; OLG Brandenburg, BeckRS 2013, 20356; OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2014, 89.

Gewährleistungsrechts nur wenig Sinn.

4.3.1. Rechtsbindungswille der Parteien

Für die Konkurrenzfrage ist hier das Verhältnis zwischen Beschaffenheitsinformation und Beschaffenheitsvereinbarung zu betrachten. Nicht jede fehlerhafte Angabe des Verkäufers ist in der Lage, einen Mangel und somit eine Gewährleistungshaftung des Verkäufers zu begründen, selbst wenn es sich um eine Beschaffenheit der Sache handelt.

Die Beschaffenheit der Sache muss von beiden Parteien vereinbart werden, um eine gewährleistungsrechtliche Haftung zu begründen.²⁸⁸ Dieses Erfordernis ist in zweierlei Hinsicht zu verstehen. Bei positiven Angaben des Verkäufers stellt nicht jede einseitige Angabe des Verkäufers eine Parteivereinbarung dar. Eine einseitige Angabe des Verkäufers über die Kaufsache begründet noch keine Vereinbarung, der Käufer muss auf irgendeine Weise zustimmend darauf reagieren, um die Beschreibung in den Vertragsinhalt einzuziehen.²⁸⁹ Für das Vorliegen einer Vereinbarung genügt es grundsätzlich schon, wenn der Käufer seine Erwartung zum Ausdruck bringt und der Verkäufer diese Erwartung billigt.²⁹⁰ Ferner könnte bei einer Produktbeschreibung eine konkludente Vereinbarung erfolgen, wenn der Käufer aufgrund der im Angebot des Verkäufers angegebenen Information seine Entscheidung trifft.²⁹¹ Bei einer Probe oder einem Muster ist somit in der Regel anzunehmen, dass die zu liefernde Sache über die Eigenschaften der Probesache verfügt.²⁹² Eine im Internet bekanntgemachte Angabe kann eine öffentliche

²⁸⁸ MünchKomm/Westermann, BGB 6. Auflage 2012, BGB § 434, Rn. 16.

²⁸⁹ BGH NJW 2009, 2807, 2808 = BeckRS 2009, 19519 = DAR 2009, 517 = IBRRS 2009, 2324 = NZV 2009, 494 = LSK 2009, 310498 (Ls.) = BGHZ 181, 170 = LMK 2009, 290985 = MDR 2009, 1037 = ZfS 2009, 566.

²⁹⁰ Zur Folgerungen aus der RL auch Gsell JZ 2001, 66.

²⁹¹ BGH, NJW 2013, 1074, 107 = BeckRS 2013, 01763 = DAR 2013, 263 = JA 2013, 785 = JuS 2013, 931 = MMR 2013, 294 = ZIP 2013, 319 = JZ 2013, 419 = LMK 2013, 344525 = MDR 2013, 258; BGH, NJW 2012, 2724, 2725 = BeckRS 2012, 09229 = JuS 2012, 839 = MMR 2012, 451 = VersR 2013, 195 = WM 2012 Heft 48, 2299 = ZIP 2012, 1249 = ZVertriebsR 2013, 329.

²⁹² Vuia, DS 2015, 111, 113.

Äußerung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB darstellen.²⁹³

Verglichen mit den Fällen fehlender Mitwirkung des Käufers ist der praxisrelevantere Fall, dass der Verkäufer bezüglich seiner Angabe keinen Rechtsbindungswillen hat. Der Verkäufer kann unter Umständen (z.B. bei einer Beratung) zwar Informationen über eine potenzielle Kaufsache geben, muss aber nicht unbedingt die Richtigkeit dieser Informationen im Wege der Zusicherung mit denselben Bedingungen versprechen.²⁹⁴ Der Verkäufer kann sich auch z.B. exkulpieren, wenn die Information nicht mit seinem Wissen, sondern durch Angaben eines Dritten oder in Dokumenten übermittelt wird, denn dann ist in der Regel anzunehmen, dass der Verkäufer eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht treffen will.²⁹⁵

Bei fehlenden Angaben des Verkäufers ist dieses Erfordernis so zu verstehen, dass nicht jede erkennbare Erwartung des Käufers automatisch zum Inhalt des Vertrags werden kann. Es liegt nicht schon dann eine Beschaffenheitsvereinbarung vor, wenn der Verkäufer lediglich die Vorstellungen des Käufers kennt. Die bloße Erkennbarkeit der Erwartung des Käufers reicht zwar für die Begründung einer Arglist des Verkäufers, aber nicht für die Begründung eines Sachmangels (einer Parteivereinbarung) aus.

Das Problem ist dann besonders auffällig, wenn ein Vertrag aufgrund einer Angabe des Verkäufers, die im Vertrag als solches aber keinen Niederschlag findet, zustande kommt. So sei die Beschreibung der Größe eines Grundstücks durch den Verkäufer bei den Vertragsverhandlungen keine Beschaffenheitsvereinbarung, wenn die Größenangabe nicht in die notarielle Urkunde aufgenommen wird.²⁹⁶ In diesem Fall ist nicht nur die Auslegung eines Rechtsbindungswillens aus der Aussage des Verkäufers, sondern auch die Funktion der Formbedürftigkeit des Vertrags relevant.

²⁹³ OLG Düsseldorf BeckRS 2011,24676.

²⁹⁴ BGH NJW 1962, 1196.

²⁹⁵ BGH NJW 2008, 1517= BeckRS 2008, 06134=DAR 2008, 338=NZV 2008, 344=SVR 2009 Heft 1, 25=VersR 2008, 828=MDR 2008, 740=VRS 2008 Bd. 114, 333=ZfS 2008, 449; BGH NJW 2013, 2107,2108= BeckRS 2013, 06023=DAR 2013, 327=NZV 2013, 386=ZfS 2013, 447=MDR 2013, 516.

²⁹⁶ BGH DS 2016, 170.

4.3.2. Konflikt wegen der Formbedürftigkeit des Vertrags

Die unterschiedliche Behandlung von Gewährleistungsrecht und culpa in contrahendo könnten in der Praxis besonders dann Sinn machen, wenn ein Vertrag aufgrund einer Angabe des Verkäufers, die im Vertrag als solches aber keinen Niederschlag findet, zustande kommt.

In diesem Fall kommt ein Konflikt zwischen Informationspflicht und Formbedürftigkeit des Vertrags in Betracht. Auf der einen Seite steht die Warn- und Schutzfunktion der Formbedürftigkeit, die nicht ins Leere laufen soll; auf der anderen die verletzte Informationspflicht: Der „getäuschte“ Käufer scheint auch dann schutzwürdig, wenn er durch die vom Verkäufer bei der Vertragsverhandlung ausgehenden Angaben zum Kaufentschluss bewegt wurde, ohne Kenntnis davon zu haben, dass die Angaben des Verkäufers falsch oder unvollständig sind.

Das Problem verschärft sich häufig in den Fällen, wenn neben der vereinbarten und der „unvereinbarten“ Beschaffenheitsangabe zugleich ein vereinbarter Haftungsausschluss vorliegt. Der Gesetzgeber des neuen Schuldrechts hat die Beschaffenheitsvereinbarung ausdrücklich im gesetzlichen Wortlaut zu einer zentralen Position des Gewährleistungsrechts erhoben. Einerseits ist eine Sache mangelhaft, wenn ihr tatsächlicher Zustand von der vereinbarten Beschaffenheit abweicht; andererseits begründet nicht jeder Fall, in dem eine bestimmte Beschaffenheit nicht gegeben ist, einen Sachmangel; die Beschaffenheit muss von beiden Parteien entweder ausdrücklich oder zumindest konkludent vereinbart werden. Eine einseitige Beschreibung der Sache durch den Verkäufer reicht allein deswegen grundsätzlich nicht, um zu einer Gewährleistungsrechtlichen Haftung zu führen. Wenn die Vertragsparteien über die fragliche Beschaffenheit der Sache keine Vereinbarung getroffen haben, führt es trotzdem zur Gewährleistungshaftung, wenn die Sache sich nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet oder es an der gewöhnlichen Beschaffenheit ihrer Art fehlt (§ 434 Abs. 1 S. 2 BGB). Diese Regel greift aber nicht ein, wenn zwischen den Vertragsparteien eine Vereinbarung gegeben ist, durch die die Gewährleistungshaftung des Verkäufers entsprechend beschränkt oder voll ausgeschlossen wird. Das bedeutet, dass der

Käufer den Nachteil dulden muss, wenn er durch die falsche Angabe des Verkäufers verleitet wird, die Sache zu kaufen, es aber im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angabe unterlässt, über diese, ihm wichtige Beschaffenheit mit dem Verkäufer eine entsprechende Vereinbarung zu treffen - es sei denn, dass die Arglist des Verkäufers bewiesen werden kann oder der Verkäufer eine Garantie bezüglich der fraglichen Beschaffenheit gegeben hat (§ 444 BGB).

Eine Haftung des Verkäufers wegen fahrlässig gegebener Angaben aus culpa in contrahendo wird hier nach der ständigen Meinung des BGH durch das Gewährleistungsrecht ausgeschlossen. Insgesamt betrachtet könnte der Käufer in einem solchen Fall unerwartet eine mangelhafte Sache kaufen, bloß weil er nach der „unvereinbarten“ Angabe des Verkäufers glaubt, dass ein Mangel bezüglich dieser bestimmten Beschaffenheit nicht besteht. Zur Frage, ob eine vorvertragliche Angabe von den Vertragsparteien vereinbart wurde, kann der Fall - besonders beim Eingreifen einer gesetzlichen Formbedürftigkeit des Vertrags - noch komplizierter sein; nämlich dann, wenn der Vertrag aufgrund gesetzlicher Regelung einer bestimmten Form bedarf und der Käufer aus Vertrauen auf die vorherigen Angaben des Verkäufers in den Vertragsverhandlungen vernachlässigt, dass eine bestimmte wichtige Beschaffenheit unter vielen nicht in dem formbedürftigen Vertrag enthalten ist.

4.3.2.1. Meinungsstand

4.3.2.1.1. Vielfältige Deutungsweisen in den Rechtsprechungen

Zur Frage, ob eine nicht in der Vertragsurkunde befindliche Einigung der Vertragsparteien eine rechtsverbindliche Beschaffenheitsvereinbarung darstellen kann, ist der BGH hauptsächlich der Andeutungstheorie gefolgt, nach der ein nicht in der Vertragsurkunde unmittelbar festgeschriebener Umstand nur dann formgerecht erklärt wird, wenn dieser Umstand in der Vertragsurkunde zumindest

andeutungsweise aufgeführt wird.²⁹⁷ Außerhalb dieser ständigen herrschenden Meinung hat der BGH in der Praxis allerdings auch andere Ansatzweisen entwickelt, die den Konflikt zwischen der erfolgten Beschaffenheitsvereinbarung und ihrer Formbedürftigkeit vermeiden können.

a. Flucht in die culpa in contrahendo durch Verneinen des Beschaffenheitscharakters

In Betracht kommt zuerst immer die Konkurrenzfrage zwischen dem Gewährleistungsrecht und den Regeln der culpa in contrahendo. Durch die Anwendung der vorvertraglichen Haftung kann man die Frage über den Konflikt zwischen der schon bestehenden Einigung und ihrer fehlenden Form von vorneherein vermeiden. Diese Ansatzweise hat der BGH im Ausgangsfall 3 gewählt.²⁹⁸

Im Ausgangsfall 3 handelt es sich teilweise um ein durch einen Zaun eingefriedetes Nachbargrundstück, das nicht in der Vertragurkunde bezeichnet worden ist. Aus der gärtnerischen Gestaltung ergibt sich für jeden unbefangenen Betrachter der Eindruck, dass das einbezogene Nachbargrundstück zum Vorgarten des verkauften Grundstücks gehört. In diesem Fall hat der BGH die Meinung vertreten, dass der Umstand, ob das verkaufte Grundstück über einen Vorgarten tatsächlich verfügt, der bei der Besichtigung als Teil des verkauften Grundstücks erschien, keine Beschaffenheit des Kaufgegenstands darstelle. Denn dieser Teil des Nachbargrundstücks sei kein Gegenstand der Beschaffenheitsvereinbarung und eine solche Vereinbarung stelle nicht die Beschaffenheit einer Sache, sondern vielmehr den Gegenstand des Kaufvertrags selbst fest. Mit der Verneinung des Vorliegens einer Beschaffenheit hat der BGH dann einen Schadensersatzanspruch im Sinne von §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB gestattet.

²⁹⁷ Vgl. auch Scherer, Andeutungsformel und falsa demonstratio beim formbedürftigen Rechtsgeschäft in der Rechtsprechung des RG und des BGH, 1987.

²⁹⁸ BGH DNotZ 2012, 525= BeckRS 2012, 01249=NJW 2012, 846=ZIP 2012, 332=MDR 2012, 141.

b. *Falsa demonstratio non nocet*: falsch bezeichnete Beschaffenheitsvereinbarung

Teilweise hat sich der BGH auch auf *falsa demonstratio* berufen.²⁹⁹ Diese Deutungsweise hat er im Ausgangsfall 4 angenommen, wobei es ebenfalls um ein durch die gärtnerische Gestaltung eingefriedetes Nachbargrundstück ging.

In diesem Fall hat der BGH nach den konkreten Umständen bei der Besichtigung festgestellt, dass der Verkäufer das gesamte Grundstück, das über den im Liegenschaftskataster eingetragenen Umfang hinausgeht und den auf dem Nachbargrundstück befindlichen Teil einschließt, verkaufen wollte. Bei der Besichtigung hat der Käufer eine Vorstellung über das zu verkaufende Grundstück bekommen und mit eigenen Augen festgestellt, welchen Umfang das zu verkaufende Grundstück haben sollte. Somit betreffe die Vereinbarung der Parteien nicht lediglich den damals dem Verkäufer gehörenden Teil, sondern das gesamte bei der Besichtigung von den beiden Parteien angenommene Grundstück.³⁰⁰

Der BGH hat ferner darauf hingewiesen, dass es für eine versehentliche Falschbezeichnung schon ausreichend sei, wenn die falsche Bezeichnung als solche dem Formerfordernis genügt. Der tatsächliche Wille der Parteien sei dann nur falsch bezeichnet, hätte aber dem Formerfordernis schon entsprochen.³⁰¹

c. Ohne erforderliche Form, keine Beschaffenheitsvereinbarung

Das Urteil des BGH vom 6.11.2015 wird in der Literatur in Bezug auf diese Frage als „wegweisend“ bezeichnet.³⁰² Nach der Meinung des BGH in diesem Urteil könne eine vom Verkäufer vor Vertragsschluss gegebene Beschreibung der Beschaffenheit eines Grundstücks in der Regel keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen, wenn sich diese Angabe nicht in

²⁹⁹ BGH NJW 2008, 1658=BeckRS 2008, 03219=DNotI-Report 2008, 51=MittBayNot 2008, 374=NZM 2008, 331=WM 2008 Heft 22, 1037=MDR 2008, 498=ZfIR 2008, 372; vgl. auch BGH NJW 2002, 1038=BeckRS 2001 30225423=MittBayNot 2002, 292 (Ls.)=JA 2002, 617=MDR 2002, 510=NJ 2002, 315 L=NotBZ 2002, 97=RPfleger 2002, 255=RPfleger2002, 256=WuB 2002, 597=ZNotP 2002, 149.

³⁰⁰ BGH NJW 2008, 1658,1569.

³⁰¹ BGH NJW 2008, 1658,1569,1660.

³⁰² Weber, RNotZ 2016, 650.

der notariellen Urkunde wiederfindet.³⁰³

In diesem Fall hat der BGH die Größe der Wohnfläche als eine Beschaffenheit der Sache anerkannt. Zur Frage der Schutzwürdigkeit bestimmter Erwartung des Käufers meinte der BGH aber, dass gewährleistungrechtlichen Ansprüche wegen falscher Angaben des Verkäufers über die Größe des verkauften Grundstücks voraussetzen würden, dass diese Größe von den Parteien vereinbart werde oder eine öffentliche Äußerung des Verkäufers diesbezüglich vorliege. Die Angaben im Exposé stellen somit nicht ohne Weiteres eine Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien dar.³⁰⁴

Der BGH hat im Urteil auf die vorherigen Auseinandersetzungen in der Rechtsprechung hingewiesen. Er hat bemerkt, dass das OLG Koblenz die Wirksamkeit einer nicht in der Vertragsurkunde befindlichen Vereinbarung mit dem Argument bejaht hat, dass solche Vereinbarungen nach der Auflassung und Eintragung gemäß § 311b Abs. 1 S. 2 BGB auch wirksam werden könnten.³⁰⁵ Er hat auch bemerkt, dass sich mehrere Oberlandesgerichte gegen die Wirksamkeit solcher Vereinbarungen ausgesprochen haben.³⁰⁶ Nach der Meinung der anderen OLGs seien die nicht in der Vertragsurkunde befindlichen Angaben hier als bloße Beschreibungen des Kaufgegenstandes anzusehen. Solche Beschreibungen sehe man als Informationen ohne Rechtsbindungswillen an. In der Regel seien nur die Einigungen in der Vertragsurkunde als von den Parteien gewollt anzunehmen. Ansonsten könne man diese Angaben nur als Wissenserklärungen verstehen.³⁰⁷

Der BGH selbst hat gegen die Annahme einer nicht in der Vertragsurkunde

³⁰³ BGH, DS 2016, 170=BWNotZ 2016, 53 =BeckRS 2016, 01516=DNNotZ 2016, 271=JuS 2016, 841 =NJW 2016, 1815=NZM 2016, 604=RNNotZ 2016, 670=VersR 2016, 930=ZIP 2016, 222=BGHZ 207, 349=JZ 2016, 1008=MDR 2016, 323=ZfIR 2016, 226=ZNotP 2016, 13.

³⁰⁴ BGH, DS 2016, 170.

³⁰⁵ Vgl. OLG Koblenz, DWE 2015, 121.

³⁰⁶ Vgl. OLG Brandenburg NZM 2010, 712= BeckRS 2010, 03476=IBRRS 2010, 4086=NJW-RR 2010, 1169=LSK 2010, 270044 (Ls.); OLG Bremen NJW-RR 2014, 791= BeckRS 2013, 21602=NZM 2014, 401=RNNotZ 2014, 168=BauR 2014, 745 L; OLG Hamm BeckRS 2010, 1042; OLG Hamm NJW-RR 2010, 1643= BeckRS 2010, 12147=IBRRS 2010, 2890=NZM 2011, 83=LSK 2010, 400242 (Ls.)=MDR 2010, 1174; OLG Saarbrücken BeckRS 2013, 16418= IBRRS 2013, 3877=FD-MietR 2013, 350975 (Ls.)=LSK 2013, 500188 (Ls.)=ZWE 2013, 451 (Ls.)=MDR 2013, 1390.

³⁰⁷ Vgl. OLG Saarbrücken BeckRS 2013, 16418= IBRRS 2013, 3877=FD-MietR 2013, 350975 (Ls.)=LSK 2013, 500188 (Ls.)=ZWE 2013, 451 (Ls.)=MDR 2013, 1390.

befindlichen Parteivereinbarung Stellung bezogen.³⁰⁸ Der Grund bestehe zuerst darin, dass die Warn- und Schutzfunktion des Formerfordernisses der Beurkundung ins Leere laufen würde, wenn eine vorvertragliche Beschreibung der Beschaffenheit einer Sache sich nicht in der Vertragsurkunde niederschlagen müsste, sondern schon ohne Erfüllung des Formerfordernisses eine Beschaffenheitsvereinbarung darstellen kann. Die Vertragsparteien müssten jede ihnen wichtigen Aufklärung in den Vertrag einschließen, wenn der Vertrag nach dem Gesetz beurkundungsbedürftig sei, damit diese Aufklärung erst Rechtswirkung erzeugen kann.³⁰⁹ Den beiden Vertragsparteien sei das Formerfordernis bekannt. Deswegen sei nicht anzunehmen, dass die Vertragsparteien zwar eine Vereinbarung über die fragliche Beschaffenheit schließen wollen, dies aber in der Vertragsurkunde tatsächlich unterlassen. In diesem Sinne sei nach der Meinung des BGH eine Vertragsauslegung unter einem solchen Verständnis der einseitigen vorvertraglichen Beschaffenheitsbeschreibung des Verkäufers für beide Vertragsparteien interessengerecht.³¹⁰

Außerdem entspreche eine solche Auslegung auch dem Auslegungsgrundsatz, dass die Auslegung im Zweifel möglichst die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vermeiden soll. Nimmt man die einseitige Beschreibung des Verkäufers ohne Einhaltung des Formerfordernisses als Beschaffenheitsvereinbarung an, würde dies nach § 125 S. 1 BGB zur Nichtigkeit des Vertrags wegen Nichteinhaltung der gesetzlichen Formvorschrift führen, was diesem Grundsatz nicht gerecht werden könne.³¹¹

Gegenüber der Meinung des OLG Koblenz hat der BGH in diesem Urteil auch darauf hingewiesen, dass die in § 311b Abs. 1 S. 2 BGB geregelte Heilungsmöglichkeit durch Auflassung und Eintragung diese Auslegung nicht infragestellt.³¹²

³⁰⁸ BGH, DS 2016, 170,171.

³⁰⁹ Vgl. auch BGH BeckRS 9998, 89829=FHZivR 31 Nr. 837 (Ls.)=LSK 1986, 230091 (Ls.)=WM 1985, 361=WPM 1985, 699 mit Anm. Reithmann, DNotZ 1986, 78.

³¹⁰ BGH, DS 2016, 170,171.

³¹¹ BGH DS 2016, 170,171.

³¹² BGH DS 2016, 170,171.

4.3.2.1.2. Die überwiegende Meinung in der Literatur

Die obengenannte Entscheidung des BGH vom 6.11.2015 hat im Schrifttum große Aufmerksamkeit erregt. Die Meinung des BGH, dass eine vom Verkäufer vor Vertragsschluss gegebene Beschreibung über die Beschaffenheit eines Grundstücks in der Regel keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen könne, wenn diese Angabe nicht in der notariellen Urkunde festgeschrieben wird, hat im Schrifttum überwiegend Unterstützung bekommen.³¹³ Cziupka spricht von einer Unterscheidung zwischen der Vollständigkeitsvermutung der notarieller Urkunden „im engeren“ und „im weiteren Sinne“.³¹⁴ Unter der Vollständigkeitsvermutung „im engeren Sinne“ verstehe man den „vollen formellen Beweis für den bezeugten Vorgang“. Alle Willensäußerungen der Vertragsparteien, die mit Rechtsbindungswillen ausgegeben wurden, sollten in der Urkunde ihren Niederschlag finden. Cziupka hat ferner auf eine „wegweisende“ Rechtsprechung des BGH im alten Schuldrecht hingewiesen,³¹⁵ wo der BGH die Meinung vertrat, dass eine Zusicherung vom Notar in die Urkunde aufgenommen werden müsse, wenn die Vertragsparteien diese Zusicherung gegenüber dem Notar geäußert haben. Stehe aber die Zusicherung nicht in der Urkunde, sei dann zu vermuten, dass diese Zusicherung nicht zur Vertragsverhandlung vor dem Notar angebracht wurde. Die notarielle Urkunde sei somit vollständig.³¹⁶

Cziupka hat richtig angemerkt, dass diese Vollständigkeitsvermutung im engeren Sinne keine Aussage darüber trifft, ob außerhalb des notariellen Verfahrens noch andere Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien bestehen. Solche Vereinbarungen können zwar formnichtig, aber heilbar sein. Selbst wenn sich die Vereinbarung letztlich als formnichtig erweist, ist es möglich, dass sie von den Vertragsparteien außerhalb des notariellen Verfahrens mit Rechtsbindungswillen

³¹³ Cziupka/Hübner, DNotZ 2016, 323; Weber, RNotZ 2016, 650; Herrler, NJW 2016, 1767; Faust JZ 2016, 1012, 1016.

³¹⁴ Cziupka/Hübner, DNotZ 2016, 323, 330.

³¹⁵ BGH DnotZ 1986, 78= BeckRS 9998, 89829=FHZivR 31 Nr. 837 (Ls.)=LSK 1986, 230091 (Ls.)=WM 1985, 361=WPM 1985, 699.

³¹⁶ BGH DnotZ 1986, 78, 79.

getroffen wurde.³¹⁷ In diesem Sinne vertritt Cziupka die Meinung einer Vollständigkeitsvermutung der notariellen Urkunden „im weiteren Sinne“. Mit der Formulierung „im weiteren Sinne“ möchte Cziupka die Stärkung der Vermutung betonen. Die Vermutung „im weiteren Sinne“ bedeutet nicht nur, dass die Vertragsparteien eine schon bestehende Vereinbarung nicht in den notariellen Vertrag einbezogen haben, sondern auch, dass außerhalb der in der Vertragsurkunde befindlichen Vereinbarungen überhaupt keine rechtsverbindlichen Einigungen bestehen sollten. Die Vertragsurkunde bildet somit einen „vollständigen“ und „abschließenden“ Beweis für alle rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Vertragsparteien.³¹⁸ Zur Begründung hat Cziupka angeführt, dass der Notar im notariellen Verfahren nicht nur die Aufgabe hat, Protokoll über den Vertragsschluss zu führen, vielmehr müsse er auch bei der Formulierung der Willenserklärungen der Vertragsparteien im Rahmen der Beurkundung mitwirken und über die Rechtsfolge (Formnichtigkeit) einer eventuellen Unvollständigkeit der Beurkundung belehren. Die Vertragsparteien sollen sämtliche rechtsverbindliche Einigungen in der Vertragsurkunde unterbringen. Dies entspreche dem „Erfahrungssatz“. In diesem Sinne stelle die Vertragsurkunde schon das „Vertragsganze“ dar, neben dem keine weiteren rechtsverbindlichen Erklärungen bestehen sollten.³¹⁹

Weber hat sich an das Argument des BGH angelehnt, dass das Formerfordernis mit der Belehrung und Beratung beim Notar auf einen Übereilungsschutz abziele, der aber ins Leere laufen könnte, wenn die im Vorfeld des Vertragsschlusses leichthin abgegebenen Informationen unmittelbaren Einfluss auf den Inhalt des beurkundeten Rechtsgeschäfts haben würden.³²⁰ Wenn die Vertragsparteien auf die vorvertraglichen Angaben ohne Beurkundung zurückgreifen dürften, widerspräche dies dem Zweck der Beurkundung, nämlich die Beteiligten daran zu hindern, bei der Feststellung des Vertragsinhalts noch auf weitere Beweise außerhalb der

³¹⁷ Cziupka/Hübner, DNotZ 2016, 323,331.

³¹⁸ Cziupka/Hübner, DNotZ 2016, 323,331.

³¹⁹ Vgl. auch Reithmann, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl., 2015, F. Formvorschriften Rn. 5.301.

³²⁰ Weber, RNotZ 2016, 650,651.

Vertragsurkunde zurückzugreifen.³²¹

Dem Rechtsbindungswillen einer Angabe durch die Vertragsparteien hat Weber besondere Aufmerksamkeit beigemessen. Er hat darauf hingewiesen, dass „nach der Verkehrssitte“ selbst rechtliche Laien sämtliche rechtsverbindliche Vereinbarungen abschließend in der Vertragsurkunde festschreiben wollten.³²²

Weber hat aber mit der Bezeichnung von „(noch) formgemäß beurkundeten Erklärungen“ darauf hingewiesen, dass ein ausdrücklicher Niederschlag der Beschaffenheitsvereinbarung in der Vertragsurkunde nicht auf jeden Fall erforderlich sei. Wird eine Beschaffenheitsvereinbarung in der Vertragsurkunde unvollkommen ausgedrückt, seien im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung die weiteren Umstände mit zu berücksichtigen. Der Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* könnte auch weiterhin eine Rolle spielen.

Merkwürdigerweise meint Herrler in der Rechtsprechung die Tendenz zu beobachten, dass in jüngster Zeit die vorvertraglichen Angaben häufiger zur Beschaffenheitsvereinbarung geführt haben, selbst wenn sie keinen Niederschlag in der Vertragsurkunde finden.³²³ Er hat darauf hingewiesen, dass es eine pauschale Antwort dahingehend, ob eine nicht beurkundete Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt, nicht bestehe. Man müsse vielmehr immer sämtliche Umstände im Einzelfall berücksichtigen, um zu ermitteln, ob eine Beschaffenheitsvereinbarung mit Rechtsbindungswillen der Vertragsparteien geschlossen wurde.³²⁴

4.3.2.2. Zur Anwendung der Haftung aus culpa in contrahendo

Nach der Ansicht des BGH steht hier dem Käufer ein Anspruch aus culpa in contrahendo nur dann, wenn der Verkäufer von der Abweichung zwischen der Angabe und dem tatsächlichen Zustand des Grundstücks gewusst hat.³²⁵ Zur

³²¹ Weber, RNotZ 2016, 650,651.

³²² Weber, RNotZ 2016, 650,651.

³²³ Herrler, NJW 2016, 1767, 1768, unter Angabe von Urteilen des OLG Koblenz, Urt. v. 1.10.2014 – 5 U 530/14, BeckRS 2015, 10425 und des OLG Düsseldorf, NJW-RR 2015, 1103.

³²⁴ Herrler, NJW 2016, 1767.

³²⁵ BGH DS 2016, 170,172.

Abgrenzung dieser Fallgruppe hat der BGH diese als die „*vorsätzlichen falschen Angaben des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache, die nicht Gegenstand einer Beschaffensvereinbarung geworden sind*“ umrissen. In diesem Fall (Arglist) sei ein Anspruch wegen vorvertraglicher Informationspflichtverletzung begründet und nicht durch das Gewährleistungsrecht ausgeschlossen.

In der Literatur ist allgemein anerkannt, dass zumindest eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen zumindest dann bestehen könnte, wenn der Verkäufer dem Käufer arglistig fehlerhafte Informationen gegeben hat.³²⁶ Auseinandersetzungen gibt es allerdings in Bezug auf den Anknüpfungspunkt der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts.

Faust hat darauf hingewiesen, dass der BGH in diesem Fall unverändert davon ausgeht, dass die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts schon auf der tatbestandlichen Ebene gelten sollte, d.h. die Haftung aus culpa in contrahendo wegen fahrlässiger Informationspflichtverletzung sei schon dann ausgeschlossen, wenn es sich um eine Beschaffenheit der Sache handelt, auch wenn das Fehlen dieser Beschaffenheit am Ende keinen Sachmangel darstellt.³²⁷ Faust beobachtet eine Tendenz zur Modifikation der herrschenden Meinung in der Literatur, dahingehend, dass immer mehr Autoren die Meinung vertreten, dass die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts erst dann eingreifen soll, wenn ein Sachmangel tatsächlich vorliegt.

Weber hält an der Meinung des BGH auch für „kritikwürdig“, dass eine Haftung aus culpa in contrahendo ganz allgemein schon bei Fahrlässigkeit des Verkäufers durch das Gewährleistungsrecht ausgeschlossen wird. Nach Weber sollte die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts auch erst dann eingreifen, wenn ein Sachmangel festgestellt werde. Bestehe überhaupt kein Sachmangel, solle die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts auch nicht gelten.³²⁸

³²⁶ z.B. Herrler, NJW 2016, 1767,1769; Weber, RNotZ 2016, 650,654.

³²⁷ Faust JZ 2016, 1012, sub II. 2.

³²⁸ Weber, RNotZ 2016, 650,654.

4.3.2.3. Interpretation der unterschiedlichen Deutungsweisen

4.3.2.3.1. Zur Anwendung der c.i.c.-Regeln

Die unterschiedliche Behandlung der obengenannten Fälle ist ein erster Hinweis darauf, dass die unmittelbare Konfrontation zwischen einer erfolgten Vereinbarung und ihrer Formbedürftigkeit nicht als einziger Weg zur Lösung dieses Konflikts erscheint.

Im *Fall a* (4.3.2.1.1.a) hat der BGH einen Umweg dahingehend genommen, dass er den Beschaffenheitscharakter des Umfangs des verkauften Grundstücks verneint, um den Fall aus dem Regime des Gewährleistungsrechts herauszunehmen.

Diese Ansatzweise kann zwar nachvollziehbar sein,³²⁹ sollte aber nach der Schuldrechtsmodernisierung tunlichst vermieden werden. Nach der Schuldrechtsreform ist die Tendenz zur Ausdehnung des Beschaffenheitsbegriffs sowie des Anwendungsbereichs des Gewährleistungsrechts zu bemerken. Ein Versuch, mit haarfeiner Auslegung die Beschaffenheit eng zu beschränken, passt nicht zur Absicht der neuen Gesetzgebung. Grenzfälle können zwar immer bestehen, aber der Umweg über eine enge Auslegung des Beschaffenheitsbegriffs ist auf jeden Fall kein richtiger Weg zur Lösung dieses Problems.

Die enge Auslegung des Beschaffenheitsbegriffs ist aber nicht die einzige Möglichkeit zur Anwendung der culpa in contrahendo. Dieselbe Wirkung lässt sich erreichen, wenn man die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts nicht auf der tatbestandlichen Ebene, sondern erst am Zeitpunkt der Feststellung eines Sachmangels zur Entfaltung kommen lässt. Wenn man der Abgrenzung des BGH zur vorliegenden Fallgruppe folgt, wonach es sich hier um die *„falschen Angaben des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache, die nicht Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung geworden sind“*, handelt, wird dann die ganze Fallgruppe außerhalb der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts verlagert. Wenn

³²⁹ Lorenz, Anm. BGH Urt. v. 11.11.2011 – V ZR 245/10, LMK 2012, 327759= BeckRS 2012, 01249=DNotZ 2012, 525=IBRRS 2012, 0213=LSK 2012, 080079=NJW 2012, 846=WM 2012 Heft 16, 756=ZIP 2012, 332.

die Einigung der Vertragsparteien über eine Eigenschaft der Sache keinen Niederschlag in der Vertragsurkunde findet, ist diese Einigung nicht als Beschaffenheitsvereinbarung anzusehen. Das Fehlen einer solchen Eigenschaft kann somit auch keinen Sachmangel begründen. Ohne Sachmangel entsteht keine Mangelhaftung. Nach der Meinung zum „Rückkopplungsmechanismus“ werde das Gewährleistungsrecht in diesem Fall nicht durch die Anwendung der c.i.c.-Regeln ausgehöhlt. Dann sei ein Anspruch des Käufers aus culpa in contrahendo immer denkbar.

Ob die Meinung zum Rückkopplungsmechanismus die beste Lösung zur Konkurrenzfrage zwischen dem Gewährleistungsrecht und den c.i.c.-Regeln ist, ist allerdings nicht nur unter Betrachtung der Formbedürftigkeitsfrage zu entscheiden. Wenn man dieser Meinung folgt, könnte dies aber merkwürdigerweise eine grundlegende Flucht hin zur culpa in contrahendo verursachen, weil sich die ganze Fallgruppe mit der culpa in contrahendo lösen lässt. Dann muss der Verkäufer nicht nur für seine arglistige, sondern auch für seine fahrlässige Nichtaufklärung über Nachteile des Kaufgegenstandes haften. Dies könnte allerdings zum neuen Konflikt zwischen der fahrlässigen Haftung aus culpa in contrahendo und einem eventuell bestehenden Gewährleistungsausschluss führen, der eine Haftung des Käufers wegen fahrlässiger Nichtaufklärung über Nachteile des Kaufgegenstandes ausschließt.

4.3.2.3.2. Konkretisierung der Frage über formbedürftige Beschaffenheitsvereinbarung

Die hier vorliegende Frage erscheint auf den ersten Blick als ein Konflikt zwischen der von den Vertragsparteien getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung und der Formbedürftigkeit des Vertrags. Mit den Diskussionen in Rechtsprechung und Literatur lässt sich die Frage aber in zwei Richtungen zuspitzen, nämlich ob eine nicht in dem formbedürftigen Vertrag abgebildete Vereinbarung wegen der Formbedürftigkeit des Vertrags ihre Rechtsverbindlichkeit verliert (die originale Frage), und ob hier von vornherein überhaupt keine rechtsverbindliche

Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt (ein Umkehrschluss aus der Vollständigkeitsvermutung der notariellen Urkunde).

Diese zweite Herangehensweise lässt sich aus dem Urteil des BGH herleiten, in dem die Meinung vertreten wird, dass eine vom Verkäufer vor Vertragsschluss angegebene Beschreibung über die Beschaffenheit eines Grundstücks in der Regel „keine Beschaffenheitsvereinbarung“ im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen könne, wenn diese Angabe nicht in der notariellen Urkunde festgeschrieben wird. Nach der Auffassung des BGH liegt der Kern seiner Lösung darin, dass ohne Niederschlag in der notariellen Urkunde gar keine Beschaffenheitsvereinbarung besteht. Mit dieser Annahme soll einer unmittelbaren Konfrontation mit dem Auslegungsgrundsatz vorgebeugt werden, so dass die Auslegung im Zweifel möglichst die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vermeiden soll.³³⁰ Hauptsächlich aus diesem Grund spricht sich der BGH für eine solche starke Vermutung der Vollständigkeit der notariellen Urkunde aus. Wenn festgestellt wird, dass eine Vereinbarung, die der Formbedürftigkeit des Vertrags nicht entspricht, tatsächlich vorliegt, kann man die Frage nicht vermeiden, ob eine Vereinbarung ohne die nach dem Gesetz erforderliche Form gewährleistungsgültig (oder formnichtig) ist.

Der BGH hat hier tatsächlich die Frage auf eine grundlegendere Ebene verlagert, nämlich ob die Vertragsparteien bei dem Informationsaustausch den notwendigen Rechtsbindungswillen haben, der für die Begründung der Gewährleistungshaftung letztlich erforderlich ist. Bei dieser Frage kommt es hauptsächlich auf die richterliche Auslegung im Einzelfall an. Es könnte z.B. der Fall vorliegen, dass der Verkäufer von vornherein nur unverbindlich Wissen vermitteln oder informieren will ohne für die Richtigkeit einstehen zu wollen. Dann gibt es von Anfang an keine gültige Beschaffenheitsvereinbarung.

³³⁰ BGH, DS 2016, 170,171.

4.3.2.3.3. Zur Anwendung von *falsa demonstratio non nocet* und Einwand gegen Vollständigkeitsvermutung

Im *Fall b* (4.3.2.1.1.b) hat der BGH den Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* angewandt, d.h. „eine derart unrichtige Bezeichnung des von den Beteiligten übereinstimmend Gewollten (*falsa demonstratio*) für die Wirksamkeit des Kaufvertrages unschädlich ist“.³³¹ Nach der Feststellung des BGH haben die Parteien im *Fall b* nicht erst bei Aufstellung der Vertragsurkunde den Inhalt des Vertrags festgelegt, sondern schon vorher bei der Besichtigung. Der tatsächliche Wille der Parteien sei nur falsch bezeichnet, hätte aber dem Formerfordernis schon entsprochen. Bei der versehentlichen Falschbezeichnung reiche es schon aus, wenn die falsche Bezeichnung als solche dem Formerfordernis genügt.

Die Logik einer solchen Begründung liegt darin, dass die Vertragsparteien hier versucht haben, die fragliche Einigung zum Gegenstand der Verhandlung vor dem Notar anzubringen. Sie haben zwar mit der verwendeten Bezeichnung irrtümlich nicht das eigentlich Gewollte abgesichert, aber das Formerfordernis ist schon erfüllt. Im *Fall b* haben die Vertragsparteien vereinbart, dass das bei der Besichtigung gezeigte ganze Grundstück dem angegebenen Umfang im Grundbuch und Liegenschaftskataster entspricht. Die Vereinbarung beruht nicht auf dem Grundbuch und dem Liegenschaftskataster, sondern auf den Willenserklärungen der Vertragsparteien bei der Besichtigung. Die Vertragsparteien möchten tatsächlich mit dem Grundbuch und dem Liegenschaftskataster den von ihnen bei der Besichtigung vorgestellten Bereich des Grundstücks als Kaufgegenstand in der Vertragsurkunde festlegen, auch der Kaufpreis richtet sich auf das ganze Grundstück einschließlich des eingefriedeten Nachbargrundstücks. Die mögliche Abweichung der beim Notar als Informationsgrundlage genutzten Angaben (Grundbuch und Liegenschaftskataster) von dem bei der Besichtigung vereinbarten Inhalt führt somit nicht zur Unwirksamkeit des eigentlich Vereinbarten. Man muss vielmehr ermitteln, was die Vertragsparteien übereinstimmend gewollt haben.

³³¹ BGH NJW 1983, 1610= BeckRS 1983, 00644=ZIP 1983, 834=BGHZ 87, 150=JZ 1983, 760=MDR 83, 739.

Es scheint, dass sich dieser Ansatz mit dem im letzten Teil dargestellten Grundsatz, dass ohne Niederschlag in der Vertragsurkunde keine Beschaffenheitsvereinbarung besteht, vereinbaren lässt, weil die Vereinbarung nicht außerhalb der Beurkundung bleibt, sondern nur falsch bezeichnet wird. Bedenklich ist aber, dass die Annahme einer schon vor dem notariellen Verfahren bestehenden Vereinbarung hier dem oben dargestellten und vom BGH entwickelten Grundsatz der Vollständigkeitsvermutung „im weiteren Sinne“, nämlich vom Ergebnis her zu vermuten, dass zwischen den Vertragsparteien überhaupt keine Beschaffenheitsvereinbarung besteht, entgegenstehen könnte.

Im Rahmen des im letzten Teil dargestellten Grundsatzes vermutet der BGH die Vollständigkeit der notariellen Vertragsurkunde. Wenn ein im Vorfeld des Vertragsschlusses vollzogener Informationsaustausch zwischen den Vertragsparteien keinen Eingang in die Vertragsurkunde gefunden hat, ist zu vermuten, dass die Vertragsparteien in Bezug auf ihre Äußerungen über die entsprechenden Informationen keinen Rechtsbindungswillen hatten, so dass die gegebenen Informationen nicht zur Beschaffenheitsvereinbarung führen können. Dies bedeutet, dass nach dieser Vermutung gar keine Beschaffenheitsvereinbarung besteht. Andernfalls würde die Bewertung dieser Vereinbarung als formnichtig dem Auslegungsgrundsatz widersprechen, dass durch Auslegung im Zweifel die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts möglichst vermieden werden soll.

Im Gegensatz dazu ist der BGH im *Fall b* deutlich vom Ergebnis seiner Auslegung im Einzelfall ausgegangen.³³² Der BGH hat in seinem Urteil auch mit Hinweis auf die vorherige Rechtsprechung³³³ bemerkt, dass normalerweise anzunehmen sei, dass das Grundstück nur in dem in Grundbuch und Liegenschaftskataster eingetragenen Umfang verkauft wird. Eine solche Annahme entspreche im Regelfall dem Willen des Verkäufers, dass er das Grundstück nur in diesen Umfang verkaufen will. Somit sei eine Unklarheit der Grenzziehung des Grundstücks oder

³³² BGH NJW 2008, 1658

³³³ Vgl. auch BGH NJW RR 2006, 662,664= BeckRS 2006, 01827=JA 2006, 488=WM 2006 Heft 11, 540=LSK 2006, 150728 (Ls.)=JR 2007, 76=MDR 2006, 923=NotBZ 2006, 92=RPfleger 2006, 181=ZNotP 2006, 149.

ein Überbau des Gebäudes auf dem Nachbargrundstück in der Regel unbeachtlich. Nach dieser grundsätzlichen Annahme sollte in diesem Fall der durch die gärtnerische Gestaltung einbezogene Teil des Nachbargrundstücks als „unvereinbart“ oder „nicht verkauft“ angesehen werden, abgesehen davon, dass eine Haftung aus culpa in contrahendo möglicherweise bestehen könnte.

Eine solche Begründung zeigt deutlich den Wechsel des Ausgangspunkts in diesem Fall. Der BGH geht hier nicht von der Vertragsurkunde aus, um den Inhalt der Vereinbarung festzustellen (zu vermuten). Vielmehr geht er von der Auslegung des tatsächlichen Gewollten der beiden Parteien aus, um zu ermitteln, ob hier eine *falsa demonstratio* vorliegt. Der Unterschied zwischen diesen zwei Ansätzen besteht darin, dass bei der Anwendung des Grundsatzes der Vollständigkeitsvermutung eine Angabe ohne Niederschlag in der festgelegten Urkunde nicht als rechtsverbindlich vereinbart angesehen wird (Vermutung in der Weise von Umkehrschluss), während bei Anwendung der *falsa demonstratio non nocet* eine schon bestehende, rechtsverbindliche, in der Urkunde bloß falsch bezeichnete Vereinbarung anerkannt wird.

Fraglich ist aber weiterhin, ob die Vollständigkeitsvermutung in anderen Fällen auch widerlegt werden kann, wenn die Vertragsparteien die fragliche Einigung gar nicht vor den Notar gebracht haben.

Cziupka hält das Widerlegen der Vollständigkeitsvermutung in anderen Fällen für möglich, wenn „*unstreitig im Vorfeld des Vertragsschlusses eine mündliche (ggf. konkludente) rechtsverbindliche Abrede getroffen wurde*“.³³⁴ Wenn das Vorliegen einer solchen Abrede strittig ist, sollten diejenigen, die sich darauf berufen, die Beweislast tragen. Cziupka hat besonders hervorgehoben, dass beim Beweis geklärt werden müsse, aus welchen Gründen die fragliche Vereinbarung nicht in der Vertragsurkunde festgeschrieben wurde, obwohl beide Seiten sie rechtsverbindlich gewollt haben.³³⁵

³³⁴ Cziupka/Hübner, DNotZ 2016, 323,332.

³³⁵ Cziupka/Hübner, DNotZ 2016, 323,333.

4.3.3. Zwischenergebnis: Beschaffenheitsvereinbarung und Wissensmitteilung

Anders als im Rahmen der culpa in contrahendo ist nicht jede Aussage des Verkäufers unter dem Gewährleistungsrecht rechtsverbindlich (Mängel begründend). Somit unterscheidet man in der Praxis häufig die Beschaffenheitsvereinbarungen von den unverbindlichen Aussagen (Wissensmitteilungen, Beschaffenheitsinformationen, Informationserklärungen u.s.w.).

Die Annahme einer rechtsunverbindlichen Wissensklärung führt im Rahmen des Gewährleistungsrechts dazu, dass der Verkäufer für mögliche Fehler in seinen Angaben nicht gewährleistungsrechtlich haften muss, weil diese Angabe ohne Rechtsbindungswille keine Beschaffenheitsvereinbarung und somit deren Fehler keinen Sachmangel darstellen kann.

Außerhalb des Gewährleistungsrechts ist aber die Haftung des Verkäufers aus culpa in contrahendo gem. §§ 280 Abs. 1 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB denkbar, allerdings nur für den Fall, dass dem Verkäufer Arglist vorzuwerfen ist, nämlich wenn der Verkäufer den Fehler der Angabe kennt oder zumindest für möglich hält und trotzdem diese für die Entscheidung des Käufers bedeutende Angabe weiterleitet.³³⁶ In diesem Fall ist nach der herrschenden Meinung die Anwendung der Regeln der culpa in contrahendo neben dem Gewährleistungsrecht möglich.³³⁷

Ansonsten ist die Anwendung der vorvertraglichen Haftung nach der herrschenden Meinung ausgeschlossen. In diesem Sinne fungiert die culpa in contrahendo vielmehr als eine Ergänzung des Gewährleistungsrechts, wenn eine Wissensmitteilung in jedem Fall, selbst bei Arglist des Verkäufers, wegen mangelnden Rechtsbindungswillens keine Haftung im Rahmen des Gewährleistungsrechts begründen könnte.

Für die fahrlässige Missachtung eines Fehlers in seinen Wissensmitteilungen braucht der Verkäufer im Rahmen des Gewährleistungsrechts grundsätzlich nicht

³³⁶ BGH NJW 2008, 15171518= BeckRS 2008, 06134=DAR 2008, 338=NZV 2008, 344=LSK 2008, 230165 (Ls.)=LMK 2008, 261783=MDR 2008, 740=VRS 2008 Bd. 114, 333=ZfS 2008, 449.

³³⁷ Herrler, NJW 2016, 1767,1769.

zu haften, weil ohne Rechtsbindungswillen keine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt. Eine Anwendung der c.i.c.-Regeln, nach denen eine Haftung des Verkäufers wegen Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht möglicherweise in Betracht kommt, ist aber durch das verdrängende Gewährleistungsrecht ausgeschlossen. Eine ausnahmsweise mögliche fahrlässige Haftung des Verkäufers kommt nach ständiger Rechtsprechung des BGH nur bei der Annahme einer Beratungspflicht in Betracht.

Die Unterscheidung zwischen Beschaffenheitsvereinbarung und unrechtsverbindliche Wissenserklärung hat praktische Rechtsfolgen.

Die Wissenserklärung kann zwar keinen Sachmangel begründen und somit nicht unmittelbar zur Mangelhaftung des Verkäufers führen. Aber im Rahmen des Gewährleistungsrechts ist eine solche Wissenserklärung nicht völlig bedeutungslos.

Nach Cziupka hat eine solche Wissenserklärung (er spricht von einer „Beschaffenheitsinformation“) zwei Funktionen.³³⁸ Zunächst könne eine Erklärung des Verkäufers über Mängel der Kaufsache zum Ausschluss der gewährleistungsrechtlichen Ansprüche des Käufers im Sinne von § 442 BGB führen. Außerdem könnte eine falsche Erklärung mit „bedingten Vorsatz“ den Vorwurf der Arglist auslösen. Solche Situationen können vorkommen, wenn der Verkäufer dem Käufer bestimmte Eigenschaft der Sache vorgespielt hat oder ihm einen bestimmten, ihm schon bekannten Mangel verschwiegen hat. Liegt beim Verkäufer Arglist vor, kommt ein Anspruch aus culpa in contrahendo in Betracht.

Cziupka geht hier deutlich von einem Unterschied zwischen „Eigenschaft“ und „Sachmangel“ aus. Es wird betont, dass die weiteren Rechtsfolgen der Arglist, wie z.B. die Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses im Sinne von § 444 BGB, nicht wegen einer Beschaffenheitsinformation eingreifen sollen, weil *„die Arglistigkeit sich dafür jeweils auf den konkreten, die verschärften Rechtsfolgen auslösenden Mangel beziehen muss“*.³³⁹ Die vorvertragliche Haftung wegen schuldhafter Nichtaufklärung kann schon dann eingreifen, wenn es sich um eine

³³⁸ Cziupka/Hübner, DNotZ 2016, 323,326.

³³⁹ Cziupka/Hübner, DNotZ 2016, 323,326.

Beschaffenheit der Sache handelt, nicht erst dann, wenn ein Sachmangel tatsächlich vorliegt. Aber wenn der Käufer sich auf weitere Rechtsfolgen im Gewährleistungsrecht beruft, ist das Vorliegen eines Mangels vorauszusetzen.

Dadurch wird gezeigt, dass die Konkurrenzfrage und die rein gewährleistungsrechtliche Frage unterschiedliche Blickwinkel haben. Die Beschaffenheitsvereinbarung beschreibt den Umfang und die Qualität der Primärleistung des Verkäufers. Der Grund für die Einstandpflicht des Verkäufers ist nicht durch das Gesetz, sondern durch privatautonomen Parteiwillen über die Rechtsverbindlichkeit festgelegt.³⁴⁰ Hingegen beruht die vorvertragliche Haftung auf einer gesetzlichen Regelung. Der Verkäufer haftet nicht wegen seines Willens, sondern wegen seiner Handlungen, die den Anforderungen des Gesetzes nicht entsprechen. In diesem Sinne wird teilweise ersichtlich, warum die Konkurrenzfrage schon auf der tatbestandlichen Ebene eintritt und somit die Sperrwirkung des Gewährleistungsrecht schon an diesem Punkt gelten soll. Denn es handelt sich hier nicht bloß um eine mögliche Umgehung bestimmter konkreter Regeln des Gewährleistungsrechts, sondern auch um fundamental unterschiedliche Haftungsgründe. Ein vollständiger Rückzug des Gewährleistungsrechts im Falle des Scheiterns der Feststellung eines Sachmangels wäre systemwidrig, weil in diesem Fall zwar nicht die konkreten gewährleistungsrechtlichen Regeln, aber die grundlegenden Wertungen des ganzen gewährleistungsrechtlichen System ausgehöhlt werden können. Im Rahmen des Gewährleistungsrechts sind alle Normen um den Kernbegriff Sachmangel aufgebaut. Mit dem Arglistbegriff wird in lediglich geklärt, ob und inwiefern der Schaden des Käufers aufgrund eines Sachmangels kompensiert werden soll. Deswegen betrifft die Arglist des Verkäufers die Wirksamkeit des Ausschlusses der gewährleistungsrechtlichen Ansprüche in § 442, 444 BGB, und die Verlängerung der Verjährungsfrist in § 438 BGB. Bei der Konkurrenzfrage geht es vielmehr darum, mit welchem Wertungssystem der jeweilige Fall zu behandeln ist und ob die Willenserklärung der Vertragsparteien für die Verteilung der Haftung eine vorrangige Rolle spielen

³⁴⁰ Cziupka/Hübner, DNotZ 2016, 323,327.

soll. Ob die jeweiligen Regelungssysteme in der Lage sind, allein alle betroffenen Fälle zu lösen, bedarf weiterer Prüfung, beeinflusst aber nicht den Umstand, dass eines der zwei Regelungssystemen das andere verdrängt.

4.4. Zwischenergebnis: scheinbare Integration, grundlegender Unterschied

Durch die Schuldrechtsmodernisierung wurden die gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzansprüche unter §§ 280 ff. BGB n.F. vereinheitlicht. Eine eigenständige Grundlage für den Schadensersatzanspruch im Gewährleistungsrecht, wie § 463 BGB a.F., gibt es nicht mehr. Auf den ersten Blick scheint mit dieser Integration des Gewährleistungsrechts ins allgemeine Leistungsstörungenrecht der Weg für eine fahrlässige Haftung wegen Informationspflichtverletzungen im Rahmen des Gewährleistungsrechts eröffnet. Zur Frage der Informationspflicht, aber auch zur in dieser Abhandlung diskutierten Konkurrenzfrage hat diese Entwicklung in der Tat aber keine grundlegende Veränderung gebracht.

Der Arglistbegriff hat zwar die „Aufklärungspflicht“ als Teil des Tatbestands übernommen und entfaltet hinsichtlich der Konkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und culpa in contrahendo nach der herrschenden Meinung die Funktion der Verteilung der Informationshaftung. Wenn der Verkäufer nicht arglistig gehandelt hat, dann haftet er nur für die Aussage, die er mit Rechtsbindungswillen abgegeben hat und die somit zur vertraglichen Vereinbarung führt; sofern der Verkäufer weder die ihm schon bekannten Umstände arglistig verschwiegen noch mit einer Vereinbarung diese Umstände in den Vertragsinhalt einbezogen hat, trägt der Verkäufer für die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Aufklärung nach dem Gewährleistungsrecht grundsätzlich keine Haftung. Wenn dem Verkäufer Arglist vorzuwerfen ist, kann der Käufer entweder im Rahmen des Gewährleistungsrechts kompensiert werden, sofern ein Sachmangel nach § 434 BGB vorliegt, oder auf die Haftung aus culpa in contrahendo zurückgreifen, insbesondere wenn wegen des arglistigen Handelns des Verkäufers kein Sachmangel begründet wird. Der letzte Fall könnte dann auftreten, wenn der Verkäufer mit Arglist den Käufer verleitet, es zu unterlassen, über eine bestimmte

Beschaffenheit eine Vereinbarung zu treffen, obwohl diese Beschaffenheit für ihn wichtig wäre. In diesem Fall gilt die Haftung aus culpa in contrahendo als notwendige Kompensation für den Käufer.

Gleichzeitig ist zu beachten, dass die Stellung des Arglistbegriffs im Rahmen des Gewährleistungsrechts fast als peinlich beschrieben werden kann. Das „arglistige Verschweigen“ ist an das Vorliegen eines Mangels geknüpft. Wenn der Verkäufer einen Umstand verschweigt, dessen Fehlen aus irgendeinem Grund keinen Mangel begründen kann, wird dies nicht zu einer gewährleistungsrechtlichen Folge der Arglist führen. Selbst wenn man den Anknüpfungspunkt des Sachmangels auf den die Mängel begründenden Umstand vorverlagert, so dass die Rechtsfolge auf der tatbestandlichen Ebene eintreten kann, begründet die Arglist des Verkäufers auch nicht unmittelbar eine gewährleistungsrechtliche Haftung, sondern führt lediglich zu einer Reihe von Nachteilen für den arglistigen Verkäufer, z.B. Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses, Verlängerung der Verjährungsfrist u.s.w. In Bezug auf die Begründung der Haftung kümmert sich das Gewährleistungsrecht letztlich bloß darum, ob ein Sachmangel vorliegt. Dazu dient das Verständnis vom subjektiven und objektiven Fehlerbegriff. Um einen Mangel zu begründen, muss entweder die Beschaffenheit der Sache oder ein Verwendungszweck vereinbart werden. Wenn gar keine Vereinbarung besteht, bietet das Gewährleistungsrecht einen Mindestschutz hinsichtlich des Werts und der gewöhnlichen Gebrauchstauglichkeit in der gleichen Art an. Wenn ein Sachmangel vorliegt, führt erst dann die Arglist des Verkäufers zu den nachteiligen Folgen.

Hingegen kümmert sich das Gewährleistungsrecht nicht darum, warum die Vertragsparteien die Beschaffenheit der Sache (oder den Verwendungszweck) nicht vereinbart haben. Für die schuldhafte Verursachung der Unterlassung einer tatsächlich benötigten Vereinbarung bietet das Gewährleistungsrecht keine Kompensation. Das ist aber keine Lücke im Sinne der Gesetzesauslegung, weil diese Frage per se zum Vorfeld des Vertragsschlusses gehört und nicht zum Regime des Gewährleistungsrechts, das die Vertragsmäßigkeit der gelieferten Sache prüft. Wie der BGH in seinem Urteil schon bemerkt hat, sei in diesem

Konkurrenzverhältnis vielmehr der Umstand entscheidend, dass die vorvertragliche Pflichtverletzung in Bezug auf die Beschaffenheit der Kaufsache dem späteren Vertrag zuzuordnen sei.³⁴¹ Noch ist klärungsbedürftig, warum die vorvertragliche Pflichtverletzung, hier die vorvertragliche Informationspflichtverletzung, ausgerechnet in Bezug auf die Beschaffenheit der Kaufsache dem späteren Vertrag zugeordnet werden soll. Als Antwort auf diese Frage ist im letzten Teil dieser Arbeit dargelegt,³⁴² dass das Gewährleistungsrecht über die Verteilung der Informationsrisiken eine andere Entscheidung als das System der culpa in contrahendo getroffen hat. Die Notwendigkeit dieser Zuordnung liegt in den zwei Besonderheiten dieses Konkurrenzverhältnisses, nämlich einerseits die Informationspflicht, die bestimmt, dass man diese Frage auf der Ebene der Verteilung der Informationsrisiken prüfen soll, und andererseits die Beschaffenheit der Sache, bezüglich der die Literatur und Rechtsprechung zwischen der Beschaffenheitsvereinbarung und der Beschaffenheitsinformation abhängig vom Rechtsbindungswillen der Parteien unterscheiden.³⁴³

Nach der Meinung zum „Rückkopplungsmechanismus“ gilt die Ausnahme auch in den Fällen, in denen der Verkäufer eine bestimmte Beschaffenheit fahrlässig falsch oder nicht angegeben hat, so dass kein Sachmangel begründet wird. Die Aussage, dass der Verkäufer für seine schuldhafte Irreführung haften müsste, klingt überzeugend. Hier sei aber immer noch unter Umständen bedenklich, ob dieses Risiko der „Nichtvereinbarung“ durch die vertragliche Haftung (das Gewährleistungsrecht) für diesen Fall schon einmal auf die jeweiligen Vertragsparteien selbst verteilt wurde und ob eine erneute Verteilung dieses Risikos durch eine vorvertragliche Haftung nach dem Scheitern der Begründung einer vertraglichen Haftung widersprüchlich wäre. Beispielsweise könnte der Käufer bei einem Grundstücksverkauf auf die Angaben im Expos é, die keinen Niederschlag in der späteren Vertragsurkunde finden, vertrauen und daher die Kaufentscheidung

³⁴¹ BGH, NJW 2009, 2120, 2122= BeckRS 2009, 11064=JuS 2009, 757=LSK 2009, 360254 (Ls.)=BGHZ 180, 205=JZ 2009, 1171=MDR 2009, 742.

³⁴² Ausführlich siehe Teil 3.5.

³⁴³ BGH, DS 2016, 170; Cziupka/Hübner, DNotZ 2016, 323,326.

treffen.³⁴⁴ In den oben dargestellten, in der Literatur überwiegenden Meinungen kann man schon die spezifische Abwägung des Gewährleistungsrechts insbesondere hinsichtlich der Formbedürftigkeit bestimmter Vertragstypen gegenüber den fahrlässig falschen Angaben des Verkäufers im Vorfeld des Vertragsschlusses sehen. In diesem Fall trifft das Gewährleistungsrecht eine eigenständige Entscheidung, die klar anerkannt werden muss.

In diesem Sinne wandelt sich die Konkurrenzfrage zu der Frage, inwiefern die im Gewährleistungsrecht verankerte vertragliche Haftung mit der entsprechenden vorvertraglichen Haftung kollidiert und ob ggf. eine Ausnahme oder abweichende Handhabung zwingend erforderlich ist. Diese Frage lässt sich nicht pauschal dadurch beantworten, dass man den vorvertraglichen Schutz nach dem Vertragsschluss entfallen oder in vollem Umfang fortwirken lässt. Vielmehr muss man ein ausgewogenes Ergebnis ermitteln, das erst aus der Abwägung der inneren Wertungen der zwei Rechtssysteme gezogen wird.

Aus dem oben dargestellten Vergleich kann man schließen, dass das Gewährleistungsrecht mit dem subjektiven Fehlerbegriff die Haftung hauptsächlich an die Rechtsgeschäfte der Vertragsparteien knüpft. Die Vertragsparteien teilen die Informationshaftung durch eigene Willenserklärungen und tragen somit ihr eigenes Risiko für eventuelle Nachlässigkeit. Solche Risikotragung findet sich entweder in der grundlegenden Anforderung an den Rechtsbindungswillen der Vertragsparteien oder in der Vollständigkeitsvermutung der notariellen Vertragsurkunde. „Nichts gesagt“ bedeutet in diesem Sinne nicht wirklich nichts. In dem sie es unterlassen, einen bestimmten Umstand zu vereinbaren, übernehmen die Vertragsparteien grundsätzlich auch das Risiko, dass über diesen Umstand kein Schutz vom Gewährleistungsrecht angeboten werden kann. Dies entspricht auch dem Eigenverantwortungsprinzip der Informationspflicht. „Augen auf, Kauf ist Kauf“ bildet somit den Ausgangspunkt der Wertung zwischen der vertraglichen und vorvertraglichen Haftung. Mit der sozialen Entwicklung sind aber immer höhere Anforderungen an Treu und Glauben der Vertragsparteien im Rechtsverkehr

³⁴⁴ BGH, DS 2016, 170.

zu stellen, der entsprechende vorvertragliche Schutz wird auch umso stärker als früher.

Unter diesem Blickwinkel kann man die im Teil 1.2. dargestellten Meinungen erneut betrachten.

Die ständig herrschende Meinung in der Rechtsprechung nimmt eine Ausnahme bei Arglist des Verkäufers an. Dies hat zur Folge, dass der Verkäufer nur für seine arglistigen Handlungen im Vorfeld des Vertragsschlusses haften muss. Wenn er aber fahrlässig einen Fehler im Vorfeld des Vertragsschlusses gemacht hat und dieser Fehler nicht in den Vertrag aufgenommen wurde, wird die vorvertragliche Haftung des Verkäufers verdrängt.

Die „immer herrschendere“ Meinung vom „Rückkopplungsmechanismus“ erweitert den Umfang der Ausnahme und richtet sich unmittelbar auf den Anknüpfungspunkt der Konkurrenzbeurteilung. Wenn die Vertragsparteien über einen bestimmten Umstand schon eine Vereinbarung getroffen haben und somit ein Sachmangel vorliegt, gilt der Vorrang der vertraglichen Haftung. Wenn aber kein Sachmangel vorliegt, ist dann im Rahmen der culpa in contrahendo zu prüfen, warum die Parteien nichts darüber vereinbart haben und ob eine Partei (der Verkäufer) dies verschuldet hat.

Die Meinung für freie Konkurrenz überträgt dem Verkäufer die Haftung für jede Aussage im Vorfeld des Vertragsschlusses. Jede fehlerhafte oder unvollständige Angabe, selbst wenn sie später keinen Eingang in den Vertrag findet, könnte zur Haftung des Verkäufers führen, soweit er diese vertreten muss.

Es ist bisher festzustellen, dass einer ganz freien Konkurrenz zwischen dem Gewährleistungsrecht und der culpa in contrahendo nicht zuzustimmen ist. Denn damit würde das ganze gewährleistungsrechtliche System ins Leere laufen. Die seit lange festgehaltene Anforderung eines Rechtsbindungswillens der Vertragsparteien würde ihren Sinn verlieren. Das gesetzliche Formerfordernis für bestimmte Vertragstypen würde mit einer einfachen Anwendung der vorvertraglichen Haftung umgegangen. Diese Meinung sieht nur die dogmatische, tatbestandliche Möglichkeit der Anwendung der c.i.c.-Haftung, ignoriert aber die ganz

unterschiedlichen Funktionsweisen dieser zwei Rechtssysteme bei der Verteilung der Informationshaftung.

Ferner ist festzustellen, dass im Fall der Arglist des Verkäufers ein Schutz der vorvertraglichen Haftung zwingend erforderlich ist. Wenn der Verkäufer durch arglistige Handlungen eine Vereinbarung und somit die nachfolgende Haftung vermeiden könnte, widerspräche dies dem grundlegenden Prinzip von Treu und Glauben. Eine Ausnahme bei der Arglist zu eröffnen, entspricht nicht nur der ständigen Rechtsprechung, sondern auch der Absicht des Gewährleistungsrechts, unter dem Begriff der Arglist die Frage der Verteilung der Informationshaftung zu lösen.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Arglistbegriff angesichts des Schadensersatzanspruchs in §463 BGB a.F. in der ständigen Rechtsprechung tatsächlich die Aufgabe der Verteilung der Informationshaftung mit übernommen hat. Der Umfang der Fallgruppe der Arglist wird durch die Rechtsprechung mit der Definition als „bedingter Vorsatz“ und der Konstruktion „ins Blaue hinein“ ausgebaut. Diese Aufgabe konnte der Arglistbegriff wegen seiner Abhängigkeit vom Sachmangel hinsichtlich der Konkurrenzfrage nicht in vollem Umfang erledigen. Die hintergründige ständige Absicht sowohl der Gesetzgebung als auch der Rechtsprechung ist aber nicht zu vernachlässigen.

Fraglich ist aber noch, ob es ausreicht, dass die Arglist des Verkäufers allein die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts begrenzt. Wenn eine allgemeine Anerkennung der fahrlässigen Haftung des Verkäufers nicht erfolgen kann, ist zu fragen, ob sie zumindest in bestimmten Fallgruppen noch nötig und möglich wäre. Die Beratungspflicht neben dem Kaufvertrag bildet gerade eine solche Fallgruppe, in der eine Haftung des Verkäufers wegen fahrlässiger Verletzung der Informationspflicht neben dem Gewährleistungsrecht anerkannt wird.

5. Beratungspflicht: Entstehung, Entwicklung und Zukunft

Bei den Beratungspflichten ist es zwischen der unselbstständigen und der

selbständigen Beratungspflicht zu unterscheiden. Von einer unselbständigen Beratungspflicht spricht man, wenn die Beratungspflicht sich als eine kaufrechtliche Nebenverpflichtung, nämlich unselbstständig als Teil des Kaufvertrags, darstellt.³⁴⁵ Ist hingegen ein zusätzlicher Beratungsvertrag neben dem eigentlichen Kaufvertrag aufgrund besonderer Umstände anzunehmen, spricht man von einem selbstständigen Vertrag.³⁴⁶ Der praktische Unterschied zwischen der selbständigen und unselbstständigen Beratungspflicht liegt hauptsächlich in den unterschiedlichen Verjährungsfristen. Bei der unselbstständigen Beratungspflicht war seit dem alten Schuldrecht immer die kurze gewährleistungsrechtliche Verjährungsfrist anzuwenden, selbst wenn diese damals nur grundsätzlich sechs Monate betrug (§§ 195, 477 Abs. 1 BGB a.F.),³⁴⁷ während der selbstständige Beratungsvertrag der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren unterlag.³⁴⁸

Angesichts der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts galt nach der ständigen Meinung des BGH die Beratungspflicht sowohl im alten als auch im neuen Schuldrecht fast als einzige Fallgruppe der fahrlässigen Haftung des Verkäufers wegen fehlerhafter oder unterlassener Angaben über Eigenschaften der Sache. Nach der Schuldrechtsreform ist ein Schadensersatz wegen fahrlässiger Pflichtverletzung auch im Rahmen des Gewährleistungsrechts möglich (§ 280 BGB). Somit entstehen Bedenken, ob diese Veränderung des Gesetzes auch auf die Rechtsfigur der Beratungspflicht Einfluss hat und somit kein Bedarf mehr für eine solche Rechtsfigur besteht. Zur Beantwortung dieser Frage ist es nicht angemessen, die Beratungspflicht einfach mit der fahrlässigen Informationshaftung des Verkäufers gleichzustellen, oder sie als ein Mittel zur Umgehung der vorherigen 6-monatigen Verjährungsfrist anzusehen. Vielmehr ist zu untersuchen, zur Lösung welches Problems diese Rechtsfigur anfangs von den Richtern erdacht oder

³⁴⁵ HK-BGB/Reiner Schulze, 9. Aufl. 2016, BGB § 311 Rn. 14.

³⁴⁶ MünchKomm/Emmerich, 7. Aufl. 2016, BGB § 311 Rn. 86.

³⁴⁷ BGH NJW 2004, 2301, 2303 = BeckRS 2004, 06152 = JA 2005, 321 = WM 2005 Heft 21, 993 = ZIP 2004, 2059 = LSK 2004, 310943 (Ls.) = DB 2004, 1823 = MDR 2004, 1173 = SVR 2005, 60 = ZF 50 Nr. 899.

³⁴⁸ BGH NJW-RR 1990, 1301 = LSK 1991, 020007 (Ls.) = BauR 1990, 624 = BB 1990, 1368 = DB 1990, 1910 = MDR 91, 42 = WPM 1990, 1469 = ZfBR 1990, 278.

eingeführt wurde, für welches Ziel man diese Rechtsfigur nach ihrer „Erfindung“ in der Praxis verwenden möchte, welche Einstellung der BGH gegen über solchen Absichten hat und wie diese Rechtsfigur tatsächlich verwendet und abgegrenzt wird.

5.1. Entstehung der Rechtsfigur der Beratungspflicht neben dem Kaufvertrag seit den 1950er-Jahren und ihre Entwicklung bis zur Schuldrechtsreform

5.1.1. Hintergrund des vorherigen Gewährleistungsrechts

Im vorherigen Schuldrecht war die Mangelhaftung des Verkäufers in zweierlei Hinsicht vorgesehen: Bei Kenntnis des Mangel durch den Verkäufer konnte eine Arglisthaftung begründet werden und somit ein Schadensersatzanspruch des Käufers vorliegen (§ 463 BGB a.F.), wenn er zumindest billigend in Kauf nehmen musste, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei der Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt abgeschlossen hätte, aber dem Käufer den Mangel verschwiegen hat. Handelte der Verkäufer nicht arglistig, musste er dann für Sachmängel nur - allerdings verschuldensunabhängig - mit Wandelung oder Minderung eintreten (§ 462 BGB a.F.). Die zwischen Arglist (bedingtem Vorsatz) und Unverschulden stehende fahrlässige Haftung des Verkäufers wurde aber vom alten Gewährleistungsrecht nicht vorgesehen. Angesichts der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts wurde überwiegend angenommen, dass die fahrlässige Haftung des Verkäufers wegen fehlerhafter oder unterlassener Angaben über Eigenschaften der Sache grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Innerhalb der Fälle der fahrlässigen Verletzung der Informationspflicht des Verkäufers hat der BGH eine Ausnahme anerkannt, in deren Rahmen der Verkäufer unter Umständen den Käufer richtig und vollständig „beraten“ muss, insbesondere dann, wenn der Verkäufer bei den Vertragsverhandlungen als Fachmann auftritt und somit besonderes Vertrauen an sich zieht. In diesem Sinne hat man die neue Rechtsfigur der „Beratungspflicht“ geschaffen, um neben dem verdrängenden

Gewährleistungsrecht eine fahrlässige Haftung des Verkäufers wegen fehlerhafter oder unterlassener Angabe über Eigenschaft der Sache begründen zu können.³⁴⁹

5.1.2. Ausgangspunkt: Das „Leime-Urteil“

Die Rechtsfigur der Beratungspflicht als eine Ausnahme der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts hat der BGH zum ersten Mal in seinem Urteil zum „Leime-Fall“ entwickelt. In diesem Fall hat der BGH entschieden, dass der Verkäufer aufgrund seiner beratenden Tätigkeit ausnahmsweise auch für fahrlässig fehlerhafte Angaben einstehen müsste, selbst wenn diese Angabe sich auf eine Eigenschaft der Kaufsache bezog.³⁵⁰ Dieser Fall bildet nicht nur den Ausgangspunkt der Beratungspflicht, sondern stellt auch ein gutes Beispiel dafür dar, warum im alten Gewährleistungsrecht eine solche Rechtsfigur notwendig war.

5.1.2.1. Sachverhalt

Die Klägerin (auch Käuferin) ist eine Herstellerin von Holzplatten. Für die Zusammensetzung einiger ihrer Produkte suchte die Klägerin auf dem Markt nach einem passenden Leim, mit dem drei Brettern verleimt werden sollten. Beim Vorgang der Verleimung wurde, nachdem der Leim auf die Bretter gestrichen worden war, eine Verleimpresse benutzt, die mit einem bestimmten hohen Druck unter einer Temperatur von ca. 90 °C die Bretter zusammendrückt. Davor sollte es eine so genannte „offene Zeit“ geben, um die Leimschicht eintrocknen zu lassen.

Der Leim der Beklagten (auch Verkäuferin) kam in die nähere Auswahl der Käuferin. In der Verhandlungsphase wurde auch über die „offene Zeit“ gesprochen. Über die konkrete Zeitdauer gab es zwischen den Parteien Streit. Die Käuferin hielt eine offene Zeit bis zu drei Wochen für erforderlich, während die Verkäuferin behauptete, dass die Käuferin zunächst eine offene Zeit nur von 1

³⁴⁹ BGH NJW 2004, 2301.

³⁵⁰ BGH NJW 1958, 866 (Ls.)=BeckRS 1958, 31198158=LSK 1958, 928131 (Ls.)=BB 58, 426=Betrieb 58, 485=JR 58, 418=LM Nr. 5 § 459 Abs. 1BGB=MDR 58, 422.

bis 2 Tagen verlangt habe. Üblicherweise sollte eine „offene Zeit“ von 45 Minuten schon ausreichen.

Die Verkäuferin hatte keine Erfahrungen mit Heißleimverfahren über eine so lange „offene Zeit“ und nahm mit verschiedenen eigenen Leimen sowie von der Klägerin gelieferten Probeklebern und Presse einige Probeversuche vor. Mit den Ergebnissen zeigten sich beide Parteien zufrieden. Den Verhandlungen wurden zwischen dem Betriebsleiter A. der Klägerin und dem Prokuristen Bu. der Beklagten vorgenommen. Der Leim erwies sich später als fehlerhaft. Die Klägerin verlangt Schadensersatz.

5.1.2.2. Meinung der Vorinstanz

Das Berufungsgericht meinte, dass in diesem Fall weder eine Zusicherung der Beklagten über die Eigenschaft des Leimes, noch ein arglistiges Verschweigen anzunehmen sei. Deswegen konnte ein Schadensersatzanspruch der Klägerin nach §§ 480, 463 BGB a.F. nicht in Betracht kommen.³⁵¹ Ein Verschulden (in diesem Kontext: Fahrlässigkeit) der Beklagten bei Vertragsschluss ist nach Meinung des Berufungsgerichts auch abzulehnen, weil die Beklagte von vornherein ihre Unerfahrenheit über Heißleimverfahren mit einer so langen „offenen Zeit“ offengelegt habe und die danach folgenden Versuche unter Teilnahme beider Parteien (wobei die Klägerin auch Probekleber und Presse geliefert habe) durchgeführt worden seien. Ob der Prokurist Bu. als Fachmann hinreichende Kenntnisse über die gegenwärtige Verleimungstechnik erworben hatte, so dass er hätte wissen müssen, dass der verkaufte Leim für die von der Käuferin verlangte Verwendung nicht geeignet sei, könne nach der Meinung des Berufungsgerichts nicht unterstellt werden. Das Ergebnis der Probeversuche könne eine bessere Erfahrungsquelle als die allgemeinen wissenschaftlichen Erkenntnisse darstellen.

³⁵¹ BGH BeckRS 1958, 31198158.

5.1.2.3. Meinung des BGH

Der BGH hat in Anlehnung an die Diskussion in der Vorinstanz darauf hingewiesen, dass im Fall eines Verschuldens des Verkäufers beim Vertragsschluss zunächst der Grundsatz gelten sollte, dass eine fahrlässige Haftung des Verkäufers für fehlerhafte Angaben beim Vertragsschluss durch die Regeln des Gewährleistungsrechts der §§ 459 ff. BGB a.F. ausgeschlossen sei, soweit die Angabe sich auf Eigenschaften der Kaufsache beziehe. In diesem Fall handelte es sich gerade um die Eigenschaft des Leimes, somit sollte eine Haftung des Verkäufers aus Verschulden beim Vertragsschluss von vornherein ausgeschlossen sein, unabhängig davon, ob der Prokurist als Fachmann die Untauglichkeit des Leimes hätte erkennen müssen.

Daraufhin hat der BGH allerdings argumentiert, dass es im vorliegenden Fall eine Besonderheit gebe, die gegen die Anwendung dieses Grundsatzes spreche. Der Kernpunkt bestehe hier nicht nur darin, dass der Prokurist Bu. Fachmann sei, sondern auch im Umfang seiner Tätigkeit, die deutlich die Grenze, der Klägerin die Eigenschaften der Kaufsache zu erklären, überschritt. Die Klägerin hat sich selbst als unerfahren angesehen und deshalb in der Verhandlungsphase die Beratung des in diesem Bereich erfahrenen Fachmanns Bu. angenommen. Wenn der Verkäufer (hier in Vertretung der Prokurist Bu.) aber in diesem Sinne an Stelle einer Vertrauensperson aufgetreten sei und von der nicht hinreichend fachkundigen Klägerin als Berater mit fachlichen Kenntnissen angesehen werde, ergebe sich dann aus seiner Beratungstätigkeit eine zusätzliche Pflicht des Verkäufers.

In diesem Urteil hat der BGH nicht direkt die Begriffe selbstständige und unselbstständige Beratungspflicht verwendet, sondern zuerst die Formeln „*Verpflichtung aus einem selbständigen Beratungsvertrag*“ und „*Nebenleistung zum Kaufvertrag bei einer Einheit des Geschäfts*“ genutzt. Eine Beratung, die in diesem Sinne eine zusätzliche Pflicht begründen kann, sollte über den Umfang der Erfüllung einer lediglich aus dem Kaufvertrag ergebenden Obliegenheit hinausgehen. Seien solche Pflichten begründet, müsse der Verkäufer bei Missachtung gehöriger Sorgfalt unbeschadet der gewährleistungsrechtlichen

Vorschriften von §§ 459 ff. BGB a.F. nach dem allgemeinen Vertragsrecht haften. Der BGH hat in seinem Urteil nicht entschieden, ob es sich im vorliegenden Fall um einen selbstständigen Beratungsvertrag oder eine *Nebenleistung zum Kaufvertrag* handelte, sondern den Fall an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Eine detaillierte Unterscheidung zwischen den beiden Rechtsfiguren wurde zu dieser Zeit noch nicht getroffen.

5.1.2.4. Zwischenergebnis: Begründung außerhalb der Verjährungsfrage

Entgegen der üblichen Annahme, dass die Rechtsfigur der Beratungspflicht deswegen vom BGH geschaffen wurde, um die in der Praxis manchmal als zu kurz erscheinende gewährleistungsrechtliche Verjährungsfrist zu vermeiden, hat der BGH in seiner ersten Entscheidung zur Beratungspflicht gar nicht über das Verjährungsproblem gesprochen. Was der BGH in diesem Urteil mit der Beratungspflicht behandeln wollte, war der Bedarf nach einer Ausnahme zur Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts für den Fall fahrlässig falscher Angaben über eine Eigenschaft der Kaufsache durch den Verkäufer (neben der Ausnahme des arglistigen Verschweigens des Verkäufers). Genauer betrachtet handelt es sich hier um eine Fallgruppe, die folgende Besonderheiten aufweist:

- (1) Es geht um eine Eigenschaft der Sache, so dass nach der herrschenden Meinung ein Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Fehlen oder Nichtaufklärung dieser Eigenschaft nur bei arglistigem Verschweigen oder Zusicherung des Verkäufers denkbar ist (§ 463 BGB a.F.).
- (2) Es geht um falsche oder unterlassene Aufklärung durch den Verkäufer aus Fahrlässigkeit, die nicht von den oben genannten zwei Fällen des § 463 BGB a.F. erfasst wird, so dass kein Schadensersatzanspruch des Käufers begründet ist.
- (3) Es geht um eine „besondere“ Eigenschaft der Sache, die weder von den Vertragsparteien vereinbart wurde, noch den Wert und die gewöhnliche Gebrauchstauglichkeit der Sache in derselben Art beeinträchtigt, so dass deren Fehlen keinen Mangel im Sinne des § 459 BGB a.F. darstellen konnte. Dies führte dazu, dass eine Haftung des Verkäufers wegen seiner fahrlässig falschen Angaben

im Rahmen des Gewährleistungsrechts gar nicht begründbar ist.

(4) Allerdings fällt die fragliche Eigenschaft ggf. wegen spezifischer Umstände so ins Gewicht, dass deren Fehlen den Vertragszweck vereiteln könnte (im vorliegenden Fall: der verkaufte Leim konnte die Verleimung verschiedener Brettern im Heißleimverfahren nicht ordnungsgemäß erledigen).

In einem solchen Fall hat der BGH zwischen der Eigenverantwortung des Käufers und dessen Schutzbedürftigkeit abgewogen und eine noch spezifischere Fallgruppe als die Fahrlässigkeit des Verkäufers herausgebildet, bei der ein besonderer Schutz des Käufers gegenüber der traditionellen Haftungsverteilung des Gewährleistungsrechts ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Wenn der Verkäufer als Vertrauensperson und Fachmann dem nicht fachkundigen Käufer Rat erteilt, ergibt sich dann aus seiner Beratungstätigkeit eine zusätzliche Pflicht. Trägt der Verkäufer eine solche zusätzlichen Pflicht, die entweder aus einem selbstständigen Beratungsvertrag entsteht oder als „*Nebenleistung zum Kaufvertrag bei einer Einheit des Geschäfts*“ angesehen wird, muss er sich auch die erforderlichen Kenntnisse verschaffen, die er zwar nicht hat, aber wegen seiner Stellung als Fachmann hätte haben müssen.

Aus der Begründung des BGH kann man auf seine Logik zur Informationshaftungsverteilung beim Warenkauf schließen. Unter Annahme einer grundsätzlichen Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts hat der BGH zuerst eine Ausnahme für den Fall der Arglist des Verkäufers anerkannt. Wenn allerdings Fahrlässigkeit des Verkäufers vorliegt, ist der BGH wieder grundsätzlich von Eigenverantwortung ausgegangen. In der Regel kann der Käufer nicht erwarten, dass der Verkäufer die Richtigkeit und Vollständigkeit der Information vor der Angabe prüft und ggf. die erforderlichen Informationen beschafft. Eine solche Prüfungs- oder Informationsbeschaffungspflicht gibt es nicht. Somit wäre eine allgemeine Anerkennung der fahrlässigen Haftung des Verkäufers wegen Informationspflichtverletzung zu weit gegangen. Der Verkäufer kann sich aber verpflichten, den Käufer richtig und vollständig zu informieren, wenn er mit dem Anschein eines Fachmanns spezifisches Vertrauen des Käufers an sich gezogen hat,

so dass der Käufer sich nicht mehr durch Vertragsvereinbarungen seine entsprechenden Interessen zu sichern braucht. Ansonsten sollte der Käufer die Informationen, die im Vorfeld des Vertragsschlusses gegeben werden, in den Vertragsinhalt einziehen, wenn er die Rechtsverbindlichkeit solcher Informationen sicherstellen will.

Unter dieser Betrachtung gilt die Beratungspflicht nicht nur als eine Ausnahme von der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts, sondern auch als Brücke zwischen der vorvertraglichen Haftung und dem (nach der herrschenden Meinung) abschließenden vertraglichen Gewährleistungsrecht. Wenn die vorvertraglichen Angaben über die Beschaffenheit der Sache ins vertragliche Gewährleistungsrecht eingehen und Rechtswirkung entfalten sollen, muss sich der Käufer rechtsgeschäftlich mit dem Verkäufer einigen. In diesem Vorgang trägt er auch das Risiko für den Inhalt seiner Willenserklärungen.³⁵² Das Risiko besteht hier nicht nur in potenziellen Fehlern seiner Willenserklärungen, sondern auch im Unterlassen der Abgabe einer Willenserklärung über eine bestimmte Beschaffenheit der Sache. Diese Risikoverteilung wird nicht durchbrochen, wenn der Verkäufer ggf. fahrlässig gehandelt hat, sondern nur wenn entweder Arglist oder ein Anschein des Verkäufers als Fachmann besteht. Erst in diesem Sinne ist die Abgeschlossenheit des Gewährleistungsrechts zu verstehen, die nicht in einer oder einigen vereinzelt Vorschriften liegt, sondern eine eigenständige, in Bezug auf die Beschaffenheit der Sache eigenartige Haftungsverteilung begründet.

5.1.3. Anwendung der kurzen Verjährungsfrist auf die unselbstständige Beratungspflicht

Im Vergleich zu der ursprünglichen Funktion des Beratungspflicht im Ausgangsfall, nämlich eine Ausnahme für die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts zu eröffnen, hat sich der Streit um die Beratungspflicht in Richtung der Frage der Verjährungsfrist gewandelt, mit der sich der BGH in einer Reihe von Urteilen

³⁵² Müller, in: Fs Hadding, 199,208, mit Hinweis auf Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Bd, Das Rechtsgeschäft, 4.Aufl., 1992, §34 5, S. 625,626.

immer wieder beschäftigen musste.

5.1.3.1. Der „Heizöfen-Fall“

Die erste Diskussion des BGHs zur Frage, ob der Anspruch aus einer unselbstständigen Beratungspflicht nicht der kurzen Gewährleistungsrechtlichen, sondern der allgemeinen Verjährungsfrist unterliegen kann, kam im „Heizöfen-Fall“ auf,³⁵³ in dem der Käufer wegen der fehlerhaften Heizöfen erst nach Verstreichung der sechsmonatigen Frist Klage erhoben hat.

Das Berufungsgericht hat zwar das Bestehen eines Fehlers im Sinne des § 459 BGB a.F. bestätigt, aber anschließend darauf hingewiesen, dass die Gewährleistungsrechtlichen Ansprüche des Käufers schon verjährt seien und ein Anspruch des Käufers aus Verschulden beim Vertragsschluss wegen der Sperrwirkung der Gewährleistungsrechtlichen Vorschriften auch außer Betracht bleiben müsse.

Dem hat der BGH nicht widersprochen. Er nahm aber an, dass der Verkäufer eine Haftung aus seiner fehlerhaften Beratung über die Eignung der Öfen tragen müsste. Nach dieser Annahme hat der BGH allerdings sofort dargelegt, dass eine weitere Untersuchung zu dem Bestehen der Beratungspflicht des Verkäufers in der Praxis bedeutungslos wäre, weil die Haftung wegen Verletzung einer „Nebenverpflichtung“ stets der kurzen Verjährungsfrist unterliegen müsse, soweit es sich eine Eigenschaft der Sache in Frage steht. Zur Begründung hat der BGH auf den Grundgedanken des § 477 Abs. 1 BGB a.F. zurückgegriffen, der vermeiden soll, dass der Verkäufer nach der Verstreichung einer längeren Zeit noch wegen des Sachmangels belangt wird. Der Anknüpfungspunkt bestehe darin, dass der Beratungsgegenstand sich auf „Mangel einer zugesicherten Eigenschaft der Kaufsache“ beziehe.³⁵⁴ Nur wenn es nicht um einen Mangel einer Sache geht, sei

³⁵³ BGH NJW 1965, 148= BeckRS 1964 (Ls.)=LSK 1964, 934662 (Ls.)=BB 64, 1360=Betrieb 64, 1736=MDR 65, 39=VersR 65, 1248.

³⁵⁴ BGH NJW 1965, 148, 149.

eine Befreiung von der kurzen Verjährungsfrist erst denkbar.³⁵⁵

5.1.3.2 Bestätigung und Ergänzung in der nachfolgenden Rechtsprechung

Diese Überlegung wurde auch in der nachfolgenden Rechtsprechung des BGH immer wieder bestätigt und mit neuen, ausführlicheren Begründungen ergänzt und gefestigt.³⁵⁶

Der BGH hat darauf hingewiesen, dass die Anwendung einer längeren Verjährungsfrist im Fall der unselbstständigen Beratungspflicht zu einer tatsächlichen Haftungsverschärfung für den Verkäufer führen würde.³⁵⁷ Derjenige, der einer als Nebenleistung zum Kaufvertrag angesehenen Beratungspflicht unterliegt, soll nicht eine (hinsichtlich der Verjährungsfrist) schärfere Haftung als derjenige tragen, der ausdrücklich eine Zusicherung über eine Eigenschaft der Sache gegeben hat und damit eine besondere Haftung tragen muss.³⁵⁸

Ferner habe der Gesetzgeber bewusst eine kurze Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche auch unter dem Gedanken aufgestellt, dass die abschließende Sonderregelung des Gewährleistungsrechts im Interesse des Verkäufers ihm eine sichere und schnelle Abwicklung des Kaufgeschäfts gestattet.³⁵⁹ Es sei zwar möglich, dass die Anwendung der kurzen Verjährungsfrist einen Nachteil des Käufers herbeiführt, insbesondere wenn die Verjährungsfrist abgelaufen sei, bevor der Käufer Kenntnis vom Schaden erlange und entsprechende Maßnahme zur Verlängerung der Verjährungsfrist treffe. Diese

³⁵⁵ BGH NJW 1965, 148, 150.

³⁵⁶ Statt vieler BGH NJW 1967, 1805= BeckRS 1967 (Ls.)=LSK 1967, 849526 (Ls.)=BB 67, 561=Betrieb 67, 944=BGHZ 47, 312=JZ 68, 248=MDR 67, 758; BGH NJW 1983, 392= BeckRS 9998, 102461=ZIP 1983, 80=LSK 1983, 080008 (Ls.)=BB 83, 86=Betrieb 83, 495=MDR 83, 306=WPM 83, 17.

³⁵⁷ BGH NJOZ 2004, 2607, 2609= BeckRS 2004, 06767=LSK 2005, 140090 (Ls.)=DB 2004, 2472=JR 2005, 244=MDR 2004, 1174.

³⁵⁸ BGH NJW 1983, 2697, 2698= BeckRS 9998, 102362=ZIP 1983, 1076=LSK 1984, 140018 (Ls.)=BauR 83, 584=Betrieb 83, 2130=JR 1984, 60=JuS 84, 60 (L;)=JZ 1984, 38=MDR 83, 928=WPM 83, 987.

³⁵⁹ Vgl. BGH NJW 1983, 2697, 2698= BeckRS 9998, 102362=ZIP 1983, 1076=LSK 1984, 140018 (Ls.)=BauR 83, 584=Betrieb 83, 2130=JR 1984, 60=JuS 84, 60 (L;)=JZ 1984, 38=MDR 83, 928=WPM 83, 987; BGH NJW 1997, 3227= BeckRS 9998, 55216=ZIP 1997, 1792=LSK 1997, 480018 (Ls.)=DB 1997, 2071=JA 1998, 265=MDR 1998, 91=NJ 1998, 86 L=WPM 1997, 2315=WPM 1997, 2315.

Nachteile des Käufers seien nach der Meinung des BGH allerdings vom Gesetzgeber schon gesehen und in Kauf genommen worden, um das Interesse einer möglichst raschen Wiederherstellung des Rechtsfriedens zu gewährleisten.³⁶⁰ Das Gewährleistungsrecht schützt dem Verkäufer das Interesse, sich nach kürzerer Dauer der potenziellen Gefahr der Geltendmachung der gewährleistungsrechtlichen Ansprüche durch den Käufer zu entziehen. Der BGH hält diesen Gedanken für gleichermaßen anwendbar auf die Aufklärungspflichtverletzung über Eigenschaften einer Sache.³⁶¹

Außerdem hat der BGH eine unterschiedliche Behandlung je nachdem, ob ein Sachmangel endgültig gegeben ist oder nicht, abgelehnt. Die kurze Verjährungsfrist galt schon, soweit es sich um eine Eigenschaft der Sache handelt, unabhängig davon, ob am Ende ein Sachmangel im Sinne von §§ 459ff. BGB a.F. gegeben wäre oder nicht.³⁶² Nach der Meinung des BGH widerspräche eine unterschiedliche Behandlung je nach Folge der Mangelfeststellung dem gewährleistungsrechtlichen System der §§ 459 ff. BGB a.F. Ein Rückzug zum feststellbaren Mangel steht dem Zweck entgegen, den der Gesetzgeber mit einer kurzen Verjährungsfrist verfolgen möchte und könnte zu widersprüchlichen Folgen führen. Laut dem Gesetzgeber liegt die Begründung für die kurze Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche in der Besonderheit der Sachen, *„weil die Ermittlung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend ist“*.³⁶³ Nichts anderes soll auch für die sich auf Eigenschaft der Sache beziehende Beratungspflicht gelten, weil es genauso erforderlich sei, den Zustand der Sache

³⁶⁰ vgl. auch Mot. II, 239; BGH NJW 1980, 1950, 1952= ZIP 1980, 880=BeckRS 1980 (Ls.)=LSK 1980, 851227 (Ls.)=BB 80, 1068=Betrieb 80, 1639=BGHZ 77, 215=JR 1981, 111=JuS 80, 829=MDR 80, 839=WPM 80, 1035=ZMR 82, 144.

³⁶¹ BGH NJW 1983, 2697, 2698= BeckRS 9998, 102362=ZIP 1983, 1076=LSK 1984, 140018 (Ls.)=BauR 83, 584=Betrieb 83, 2130=JR 1984, 60=JuS 84, 60 (L;)=JZ 1984, 38=MDR 83, 928=WPM 83, 987.

³⁶² BGH NJW 1997, 3227, 3228= BeckRS 9998, 55216=ZIP 1997, 1792=LSK 1997, 480018 (Ls.)=DB 1997, 2071=JA 1998, 265=MDR 1998, 91=NJ 1998, 86 L=WM 1997, 2315=WPM 1997, 2315.

³⁶³ Mot. II, 238.

bei Gefahrübergang festzustellen und die Auswirkungen der fehlerhaften Beratung über die Eigenschaft der Sache festzustellen. Eine Ermittlung dieser sei in solchen Fällen aus demselben Grund nach längerer Zeit schwierig und „im höchsten Grade lästig und hemmend“.

Schließlich hat der BGH ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Anwendung der kurzen Verjährungsfrist nicht davon abhängt, ob es sich im Einzelfall um Mangelschäden oder Mangelfolgeschäden handle.³⁶⁴ Entscheidend sei vielmehr, dass die Schäden aus dem Sachmangel entstanden seien.

5.1.4. Selbständiger Beratungsvertrag unter der allgemeinen Verjährungsfrist

Neben der vom Kaufvertrag abhängigen Nebenpflicht zur Beratung kann auch ein selbständiges Vertragsverhältnis bezüglich der Beratung durch den Verkäufer zwischen diesem und dem Käufer vorliegen. Ein selbständiger Beratungsvertrag gilt als eine vom Kaufvertrag unabhängige Rechtsgrundlage für etwaige Schadensersatzansprüche des Käufers. Deswegen kommt ein Wertungswiderspruch im Rahmen der Gewährleistungshaftung von Anfang an nicht in Betracht. Ein Anspruch aus dem selbständigen Beratungsvertrag unterliegt somit nicht der kurzen gewährleistungsrechtlichen Verjährungsfrist, sondern der allgemeinen Verjährungsfrist, gleichgültig, ob sich die Beratung auf eine Eigenschaft der Sache bezieht.³⁶⁵ Die Beurteilung, ob die beratende Tätigkeit des Verkäufers eine selbständige oder unselbständige Beratungspflicht begründet, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.

Im Ausgangsfall („Leime-Fall“) des BGH war zwar eine begriffliche Unterscheidung zwischen dem selbständigen Beratungsvertrag und der

³⁶⁴ BGH NJW 1973, 276,277= BeckRS 1972 (Ls.)=LSK 1972, 850245 (Ls.)=BB 73, 169=Betrieb 73, 226=BGHZ 60, 9=JuS 73, 318=MDR 73, 309=WPM 73, 288; BGH NJW 1983, 1496,1497 BeckRS 9998, 102021=LSK 1983, 270081 (Ls.)=JR 1983, 367.

³⁶⁵ BGH NJW-RR 1990, 1301 =LSK 1991, 020007 (Ls.)=BauR 1990, 624=BB 1990, 1368=DB 1990, 1910= MDR 91, 42=WPM 1990, 1469=ZfBR 1990, 278; BGH NJW-RR 1992, 1011= BeckRS 9998, 77409=VersR 1992, 966=LSK 1992, 400009 (Ls.)=WPM 1992, 1246.

unselbstständigen Beratungspflicht ersichtlich, aber es fehlte an einer näheren Erläuterung und Abgrenzung. In der nachfolgenden Rechtssprechung gab es nur wenige Fälle, in denen ein selbstständiger Beratungsvertrag im Käufer-Verkäuferverhältnis angenommen wurde.³⁶⁶ In der überwiegenden Mehrzahl der Urteile des BGH kommt in den Fällen des Kaufvertrags stets lediglich die unselbständige Beratungspflicht des Verkäufers in Betracht.³⁶⁷ Ein echtes Bemühen um eine Abgrenzung zwischen der unselbstständigen Beratungspflicht und dem selbstständigen Beratungsvertrag im Käufer-Verkäuferverhältnis ist erst im „Lacke-Fall“ ersichtlich.³⁶⁸

In diesem Urteil hat der BGH mit Hinweis auf die vorherige Rechtssprechung einige in der Rechtspraxis formulierte Grundsätze bestätigt. Zunächst sei eine Haftung des Verkäufers wegen fahrlässig falscher Beratung zwar grundsätzlich durch die gewährleistungsrechtlichen Vorschriften ausgeschlossen, aber eine besondere Beratungspflicht könnte unter Umständen vorliegen, wenn der Verkäufer als Vertrauensperson und Fachmann auftritt und dem unsachkundigen Käufer Beratung erteilt hat. Der BGH hat weiter bestätigt, dass eine unselbständige Beratungspflicht der kurzen Verjährungsfrist unterliegen sollte, soweit dabei die Eigenschaft der Sache maßgeblich ist, während ausnahmsweise auch ein selbstständiger Beratungsvertrag zwischen dem Verkäufer und Käufer vorliegen kann; Außerdem hat der BGH im Anschluss an den ersten Fall (den „Leime-Fall“) und die nachfolgenden Urteile festgestellt, dass in der vorherigen Rechtspraxis der Grundsatz bestünde, im Verkäufer-Käuferverhältnis in der Regel nur eine unselbständige Beratungspflicht anzunehmen, weil der Verkäufer nicht lediglich

³⁶⁶ Das früheste Beispiel für die Annahme eines selbstständigen Beratungsvertrags im Kaufrecht findet sich in BGH, BeckRS 1966 30390121, wo ein von der kurzen Verjährungsfrist unabhängiger Anspruch aus dem Beratungsvertrag ohne weiteres angenommen wurde. In den anderen Urteilen, in denen ein selbstständiger Beratungsvertrag angenommen wird, geht es tatsächlich um das Verhältnis zwischen Käufer und Hersteller. Vgl. BGH NJW-RR 1990, 1301 =LSK 1991, 020007 (Ls.)=BauR 1990, 624=BB 1990, 1368=DB 1990, 1910=MDR 91, 42=WPM 1990, 1469=ZfBR 1990, 278; BGH NJW-RR 1992, 1011= BeckRS 9998, 77409=VersR 1992, 966=LSK 1992, 400009 (Ls.)=WPM 1992, 1246.

³⁶⁷ BGH NJW 1983, 392= BeckRS 9998, 102461=ZIP 1983, 80=LSK 1983, 080008 (Ls.)=BB 83, 86=Betrieb 83, 495=MDR 83, 306=WPM 83, 17.

³⁶⁸ BGH NJW 1997, 3227=BeckRS 9998, 55216= ZIP 1997, 1792=LSK 1997, 480018 (Ls.)=DB 1997, 2071=JA 1998, 265= MDR 1998, 91=NJ 1998, 86 L=WPM 1997, 2315=WPM 1997, 2315.

wegen seiner Absatzbemühungen beim Verkauf eine zusätzliche Haftung tragen sollte.³⁶⁹

Besonders merkwürdig ist der anschließende Versuch um Abgrenzung zwischen der selbständigen und der unselbständigen Beratungspflicht im Käufer-Verkäuferverhältnis. Für die Anerkennung eines solchen selbständigen Beratungsvertrags seien nach der Meinung des BGH besondere und außergewöhnliche Umstände Voraussetzung. Nur wenn sich die Beratung des Verkäufers „nach Inhalt, Umfang, Intensität und Bedeutung für den Käufer so sehr verselbständigt hat, daß sie gewissermaßen als andersartige, auf eigener rechtlicher und tatsächlicher Grundlage beruhende Aufgabe des Verkäufers erscheint und als vertragliche Verpflichtung eigener Art neben dem Kaufvertrag steht“, erst dann sei anzunehmen, dass zwischen Käufer und Verkäufer ein besonderer, selbständiger, neben dem Kaufvertrag stehender Beratungsvertrag bestehe.³⁷⁰ Aber im vorliegenden Fall hat der BGH keine Entscheidung getroffen, ob hier ausnahmsweise ein selbständiger Beratungsvertrag besteht oder nicht. Diese Frage zu beantworten hat er mit Aufhebung des Berufungsurteils dem Berufungsgericht aufgetragen.

Das im Urteil hervorgehobene Abgrenzungskriterium wurde in der folgenden Rechtsprechung durch den BGH übernommen und ergänzt.³⁷¹ Der BGH hat auf den losen Zusammenhang der Beratung mit dem Kauf zurückgegriffen.³⁷² Ferner sah es der BGH insbesondere als „nicht unwesentliches Indiz“ für einen selbstständigen Beratungsvertrag an, wenn der Verkäufer „zugleich und vorrangig in seiner Eigenschaft als Hersteller der Ware“ seinen fachlichen Rat erteilt und dabei eine Sachkunde aufweist, die für einen Verkäufer nicht ohne weiteres zu

³⁶⁹ BGH NJW 1997, 3227,3228.

³⁷⁰ BGH NJW 1997, 3227,3229.

³⁷¹ BGH NJW 1999, 3192= BeckRS 1999 30064063=ZIP 1999, 1486=DSiR 1999, 1328 (Ls.)=LSK 1999, 430004 (Ls.)=DB 1999, 1848=JZ 2000, 305=MDR 1999, 1184=WM 1999, 1898=WPM 1999, 1898.

³⁷² Z.B. Mit dem Hinweis: „Besonderes Gewicht kommt dem selbständigen Charakter dieser Beratung auch deshalb zu, weil die Anschaffung der Lackieranlage eine unternehmerische Entscheidung von erheblicher finanzieller Tragweite betraf und mit dem beabsichtigten Kauf von Produkten der Kl. nur mittelbar und keineswegs zwangsläufig zusammenhing.“ Siehe, BGH NJW 1999, 3192,3194.

erwarten ist. Die Beratungstätigkeit sollte schon über das hinausgegangen sein, was im Umfang einer üblichen „Kundenpflege“ zu erwarten ist, z.B. lediglich praktische Hinweise über Einsatz oder Benutzung der Sache zu erteilen.³⁷³

5.1.5. Eine Gesamtschau der Rechtspraxis zur Beratungspflicht im Kaufverhältnis vor der Schuldrechtsreform

Das ursprüngliche Ziel der Rechtsfigur der „Beratungspflicht“ im Rahmen des Kaufrechts liegt darin, eine Ausnahme für die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts (§§ 459 ff. BGB a.F.) zu öffnen, um eine Haftung des Verkäufers wegen fahrlässig fehlerhafter oder unterlassener Angaben über Eigenschaften der Sache zu ermöglichen. Der BGH hat im Ausgangsfall eine solche Haftung an die beratende Tätigkeit des Verkäufers als Fachmann und Vertrauensperson geknüpft.

Allerdings hat sich der Mittelpunkt des Streits über die Beratungspflicht schnell dahingehend gewandelt, ob mit der Anerkennung einer (entweder selbstständigen oder unselbstständigen) Beratungspflicht die häufig als zu kurz erscheinende gewährleistungsrechtliche Verjährungsfrist umgegangen werden kann. Der BGH hat diese Frage separat behandelt, je nachdem, ob die beratende Tätigkeit einen engen (dann: unselbstständige Beratungspflicht) oder losen (dann: selbstständiger Beratungsvertrag) Zusammenhang mit dem späteren Kauf aufweist. Gilt die Beratung nur als eine Nebenleistung zum Kaufvertrag, muss die kurze Verjährungsfrist auch auf die Beratungspflicht angewendet werden. Kommt es aber zwischen den Parteien zu einem von dem Kaufvertrag unabhängigen Beratungsvertrag, der eine eigenständige Rechtsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch bietet, unterliegt der sich daraus ergebende Anspruch der normalen Verjährungsfrist (§195 BGB a.F.).

Die Gefahr, dass die gewährleistungsrechtlichen Vorschriften durch Annahme der Beratungspflicht, insbesondere einer selbstständigen Beratungspflicht, ausgehöhlt

³⁷³ BGH NJW 1999, 3192,3194.

würden, hat der BGH schon anerkannt. Die Entwicklungsgeschichte der Beratungspflicht zeigt sich zumindest auf Ebene des höchsten Gericht vielmehr als Widerstand gegen den Missbrauch dieser Rechtsfigur zur Umgehung der kurzen Verjährungsfrist. Zum einen hat der BGH in den Fällen der unselbstständigen Beratungspflicht stets die kurze gewährleistungsrechtliche Verjährungsfrist angewandt. Zum anderen war der BGH bei der Annahme eines erst nach 30 Jahren verjährenden selbstständigen Beratungsvertrags sehr zurückhaltend. Dies war besonders in der frühen Rechtssprechungen von 1958 bis in die 1980er erkennbar. Die Grenze zwischen den beiden Beratungspflichten liegt hauptsächlich in der Frage, ob die Beratung nach Inhalt, Umfang, Intensität und Bedeutung noch als eine Einheit mit dem Kaufvorgang angesehen werden kann. Man kann zunächst davon ausgehen, dass der Käufer, wenn er um Vorschläge des Verkäufers bittet, nicht erwarten darf, dass der Verkäufer, der nicht mit dem Hersteller identisch ist, lückenlos über alle potenziellen Risiken bei Einsatz und Benutzung der Sache aufklären kann, weil der Verkäufer die Fachkunde über die Sache nicht im gleichem Umfang wie der Hersteller beherrscht.³⁷⁴ Wenn die potenziellen Risiken nur durch eine kostspielige Untersuchung festgestellt werden können, ist Kenntniserlangung oder Feststellung dem Verkäufer nicht zumutbar. Der Käufer darf nicht die Kosten der Informationsbeschaffung oder Nachprüfung durch eine Bitte um Beratung auf den Verkäufer abwälzen.³⁷⁵ Eine merkwürdige Besonderheit der Fälle, in denen ein selbstständiger Beratungsvertrag häufig angenommen wurde, liegt darin, dass es sich nicht um ein einfaches Verkäufer-Käuferverhältnis, sondern um ein Hersteller-Käuferverhältnis oder das ein Verhältnis zwischen Käufer und einem Verkäufer mit Herstellereigenschaft handelte.³⁷⁶ In den Fällen eines reinen

³⁷⁴ BGH NJW 2004, 2301= BeckRS 2004, 06152=JA 2005, 321=WM 2005 Heft 21, 993=ZIP 2004, 2059=LSK 2004, 310943 (Ls.)=DB 2004, 1823=JR 2005, 242=MDR 2004, 1173=SVR 2005, 60=ZF 50 Nr. 899.

³⁷⁵ BGH NJW 2004, 2301,2302.

³⁷⁶ Zum Hersteller-Käuferverhältnis siehe: BGH NJW-RR 1990,1301; NJW-RR 1992, 1011; zum Verkäufer mit Herstellereigenschaft siehe: BGH NJW 1997,3227= BeckRS 9998, 55216=ZIP 1997, 1792=LSK 1997, 480018 (Ls.)=DB 1997, 2071=JA 1998, 265=MDR 1998, 91=NJ 1998, 86 L=WM 1997, 2315=WPM 1997, 2315.

Käufer-Verkäuferverhältnisses war die Bedeutung der Rechtsfigur des selbstständigen Beratungsvertrags schon im alten Kaufrecht relativ gering, weil sie zumindest auf höchstrichterliche Ebene selten angenommen wurde.

5.2. Das Schicksal der Beratungspflicht nach der Schuldrechtsreform

5.2.1. Kein Bedürfnis mehr nach Beratungspflicht?

Eine der beachtenswerten Änderungen bei der Schuldrechtsreform ist die ersatzlose Streichung des § 463 BGB a.F. Demgemäß wird der gewährleistungrechtliche Schadensersatzanspruch nicht mehr lediglich auf zwei Situationen (Arglist und Zusicherung) beschränkt. Nunmehr gelten §§ 280 ff. BGB n.F. als einheitliche Grundlage für schuldrechtliche Schadensersatzansprüche. Nach §§ 280 ff. BGB n.F. kommt ein Schadensersatzanspruch des Käufers auch in Betracht, wenn der Verkäufer fahrlässig gehandelt hat. Deswegen könnte man davon ausgehen, dass ein Schadensersatzanspruch des Käufers wegen fahrlässiger Verletzung der Informationspflicht durch den Verkäufer nach der Schuldrechtsreform theoretisch möglich wäre.

Wie oben dargestellt liegt der Sinn der Beratungspflicht tatsächlich darin, eine fahrlässige Haftung des Verkäufers unter Umständen als einen Ausnahmefall des alten Gewährleistungsrechts zu gewährleisten. Somit ist jetzt zu bedenken, ob eine solche Rechtsfigur nach der Schuldrechtsmodernisierung überhaupt noch notwendig ist, wenn unter dem neuen Recht eine fahrlässige Haftung des Verkäufers nicht mehr vom Anfang an ausgeschlossen und somit die Lücke des vorherigen Rechts scheinbar schon beseitigt worden ist.

5.2.2. Rechtspraxis nach Schuldrechtsreform

Nach der Schuldrechtsreform wurde in der Literatur die Ansicht vertreten, dass die Rechtsfigur der Beratungspflicht, insbesondere der selbstständigen Beratungspflicht wegen der Ausdehnung der Anspruchsgrundlagen des

Gewährleistungsrechts ihre Bedeutung verlieren würde.³⁷⁷

Die Rechtsprechung wird nach der Schuldrechtsreform tendenziell nicht zurückhaltender, sondern immer großzügiger darin, einen selbstständigen Beratungsvertrag zwischen Käufer und Verkäufer anzunehmen, insbesondere wenn es um Investmentfälle geht.³⁷⁸ In der Rechtspraxis kann in einer Reihe von Fällen die Annahme des selbstständigen Beratungsvertrags betrachtet werden.³⁷⁹ In diesen Fällen hat der BGH nicht auf die Stellung des Verkäufers als Fachmann und Vertrauensperson und auf die außergewöhnliche Überschreitung des normalen Umfangs der beratenden Tätigkeit zurückgegriffen, sondern schon einen Beratungsvertrag angenommen, wenn *„der Verkäufer im Zuge eingehender Vertragsverhandlungen, insbesondere auf Befragen, einen ausdrücklichen Rat erteilt“*.³⁸⁰ Die Vorlage eines Berechnungsbeispiels für Kosten und finanzielle Vorteile wird schon als ein Kennzeichen für die Beratung angesehen.³⁸¹

Ob ein Anleger eines besonderen Schutzes im Vergleich zum normalen Käufer bedarf, geht über den Umfang dieser Arbeit hinaus. Merkwürdig ist vielmehr, dass die Rechtsprechung beim Kauf eines hochtechnischen Geräts (Hörgerät) auch einen Beratungsvertrag angenommen hat.³⁸² Dass bei einem hochtechnischen Gerät wie beispielsweise einem Hörgerät ein unsachkundiger Käufer besonderer Beratung bei der Kaufentscheidung bedürfe, die über den normalen Umfang hinausgehe, klingt auf den ersten Blick richtig. Allerdings wäre diese Begründung hinsichtlich früherer Urteile nicht überzeugend, in denen bei der Beratung Ingenieure eingesetzt wurden, aber am Ende nur eine unselbstständige Beratungspflicht angenommen wurde.³⁸³ Diese Ausdehnung des selbstständigen

³⁷⁷ Schaub, AcP202(2002),758,788; Mertens, AcP 203(2003),818,853.

³⁷⁸ Statt vieler OLG München BeckRS 2007, 14749; BGH BeckRS 2013, 17570=NJOZ 2014, 1461=LSK 2013, 500210 (Ls.)=RNofZ 2014, 132 (Ls.)=GE 2013, 1452.

³⁷⁹ Z.B. OLG München BeckRS 2007, 14749 in Bezug auf steuerliche Fragen beim Immobilienkauf; OLG Saarbrücken NJW 2008, 2788 in Bezug auf eine Wärmebedarfsberechnung beim Immobilienkauf.

³⁸⁰ BGH BeckRS 2013, 17570.

³⁸¹ Eine solche Behandlung kann auch in der Rechtsprechung vor der Schuldrechtsreform gefunden werden, siehe BGH NJW 1999, 638, nach der Schuldrechtsreform wird sie fortgesetzt.

³⁸² OLG Hamm BeckRS 2010, 07691= LSK 2010, 290118 (Ls.)=MDR 2010, 736.

³⁸³ Z.B. BGH NJW 1983, 392= BeckRS 9998, 102461=ZIP 1983, 80=LSK 1983, 080008 (Ls.)=BB 83,

Beratungsvertrags ist nicht nur aufgrund der Konkurrenz des Beratungsvertrags mit dem Gewährleistungsrecht, sondern auch angesichts seiner tatsächlichen Verdrängung der c.i.c. Regeln, insbesondere in den Fällen, in denen über nicht zur Beschaffenheit zählende Umstände beraten wird, sehr zweifelhaft.³⁸⁴

5.2.3. Fortbestehen des Bedarfs nach einer Beratungspflicht im neuen Schuldrecht

5.2.3.1. Keine wesentliche Änderung des Grundsatzes

Die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts wurde und wird nach wie vor damit begründet, dass das Gewährleistungsrecht wegen seiner spezifischen Vorschriften ein Sonderregelungssystem bildet. Nach der Schuldrechtsreform sind zwei Beschränkungen für gewährleistungsrechtliche Schadensersatzansprüche im § 463 BGB a.F., nämlich die Zusicherung oder Arglist des Verkäufers, mit der Neufassung anhand der §§ 280 ff. BGB entfallen. Es stellt sich somit die Frage, ob angesichts der Ausdehnung der Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts hinsichtlich der fahrlässigen Haftung des Verkäufers noch ein Bedürfnis für eine neben dem Kaufvertrag stehende Beratungspflicht fortbesteht.

Es wäre bedenklich, ohne weiteres zu schlussfolgern, dass die Funktion der zur Lückenfüllung dienenden Beratungspflicht nunmehr in vollem Umfang durch das Gewährleistungsrecht gedeckt wird. Zuerst ist zu verdeutlichen, woher der Bedarf nach einer solchen Rechtsfigur im alten Recht kam und ob diese vorherige Rechtslage durch die neue Fassung des Gesetzes im Wesentlichen beseitigt worden ist.

Die Meinung, dass die ersatzlose Streichung des § 463 BGB a.F. den Weg für einen Schadensersatz wegen fahrlässiger Informationspflichtverletzung durch den Verkäufer eröffnet habe,³⁸⁵ sieht den Grund der Sperrwirkung des

⁸⁶ =Betrieb 83, 495=MDR 83, 306=WPM 83, 17.

³⁸⁴ Krüger NJW 2013, 1845.

³⁸⁵ MünchKomm/Emmerich, 7. Aufl. 2016, BGB § 311, Rn. 82; Reischl, JuS 2003, 1076, 1079.

Gewährleistungsrechts in der Vorschrift von §463 BGB a.F., nach dem ein Schadensersatzanspruch nur im Fall der Arglist oder Zusicherung des Verkäufers möglich ist. Dieses Verständnis berührt aber nicht den Grundsatz des Problems.

Die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts gegenüber der Informationspflicht leitet sich selbst aus dogmatischer Hinsicht nicht, zumindest nicht erstrangig, aus dem Umkehrschluss des §463 BGB a.F. ab, sondern entstammt dem Anknüpfungspunkt für die gewährleistungsrechtliche Haftung, nämlich dem Mangelbegriff. Entscheidend ist an diesem Punkt nicht, ob der Verkäufer für einen verborgenen Mangel Schadensersatz leisten muss. Vielmehr ist zu ermitteln, ob bezüglich der Angaben zur fraglichen Beschaffenheit der Sache alle Haftung an den Mangelbegriff geknüpft werden soll oder ein anderer Haftungsgrund wegen unzutreffender Angaben über die Beschaffenheit der Sache eingreifen kann. Im Hintergrund steht tatsächlich der Konflikt zwischen der vorvertraglichen und der vertraglichen Haftung, die in Bezug auf dieselbe Verkäuferinformation ganz unterschiedliche Bewertungen über ihre Rechtsverbindlichkeit und Rechtswirkung treffen können.³⁸⁶

In einer näheren Betrachtung ist festzustellen, dass die Lücke bezüglich des Schutzbereichs der Beratungspflicht nach der Schuldrechtsmodernisierung immer noch besteht. Die hauptsächliche Fallgruppe der Beratungspflicht, insbesondere der unselbstständigen Beratungspflicht, ist der einer bestimmten Sonderbeschaffenheit der Sache. Eine Beschaffenheit ist deswegen „besonders“, weil einerseits der Käufer aus bestimmten Gründen diese für ihn tatsächlich bedeutende Beschaffenheit nicht in einer Beschaffenheitsvereinbarung gesichert hat und andererseits das Fehlen dieser Beschaffenheit den Wert und die gewöhnliche Gebrauchstauglichkeit der Sache nicht beeinträchtigen können. Zu beachten ist, dass die Unschädlichkeit für Wert und gewöhnliche Verwendung gleichartiger Sache nicht bedeutet, dass das Vorliegen dieser Beschaffenheit für den Vertrag gar nicht wichtig ist. Das Fehlen einer solchen Beschaffenheit könnte das Ziel des Kaufs auch vereiteln. Solche Situationen kommen z.B. vor, wenn die standardisiert

³⁸⁶ Siehe Teil 4.4.

produzierten Leime für das besonderes Arbeitsverfahren vom Käufer nicht geeignet sind.³⁸⁷ Der Grund für die Nichtvereinbarung der Beschaffenheit könnte darin liegen, dass der Verkäufer durch seine besondere beratende Tätigkeit die Aufgabe, eine entsprechende Prüfung vorzunehmen, faktisch schon übernommen und mit dem Anschein des Fachmanns besonderes Vertrauen an sich gezogen hat, so dass der Käufer seine Eigenverantwortung ruhen lassen und erwarten durfte, dass die Aussage des Verkäufers den Tatsachen entspricht.

In solchen Fällen stünde der Käufer ohne die Rechtsfigur der Beratungspflicht schlecht, weil das Fehlen einer solchen Beschaffenheit keinen Mangel darstellen könnte, so dass eine Gewährleistungshaftung von vornherein nicht möglich ist, unabhängig davon, ob die gesetzliche Vorschrift dem Schadensersatzanspruch im Gewährleistungsrecht eine Beschränkung auferlegt. Der Anspruch aus culpa in contrahendo ist nach der herrschenden Meinung auch ausgeschlossen. Die Frage nach der fahrlässigen Haftung des Verkäufers wegen falscher Information über eine Eigenschaft der Sache kommt nicht erst bei der Prüfung eines etwaigen Schadensersatzanspruchs, sondern schon auf der Ebene der Mangelfeststellung zum Tragen.

Dieses Problem ist durch die ersatzlose Streichung des §463 BGB a.F. nicht gelöst.³⁸⁸ Im neuen Schuldrecht ist auch zu prüfen, ob die Beschaffenheit von den Parteien vereinbart wird, ob ein Zweck von den Parteien vertraglich vorausgesetzt wird, und ob die Sache für die gewöhnliche Verwendung solcher Sache in gleicher Art geeignet ist. Wenn es sich um eine „Sonderbeschaffenheit“ handelt, keine darauf gerichtete Vereinbarung vorliegt und die Sache auch für die gewöhnliche Verwendung geeignet ist, liegt kein Sachmangel im Sinne von §434 BGB. Ohne Sachmangel gibt es auch keinen Schadensersatzanspruch im Gewährleistungsrecht. Dies bedeutet, dass diese Fallgruppe der Beratungspflicht selbst im neuen Recht

³⁸⁷ BGH NJW 1958, 866 (Ls.)= MDR 1958, 422= BB 1958, 426= DB 1958, 485.

³⁸⁸ Vgl. Müller, in: Fs Hadding, 199,219, der richtig gezeigt hat, dass auch unter dem neuen Recht der Käufer eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung über die für ihn wichtige Beschaffenheit mit dem Verkäufer treffen müsse, ansonsten sei es auch unter der neuen Regelung der §§434 ff. BGB n.F. nicht zulässig, dem Verkäufer eine Haftung für den Irrtum des Käufers über eine Beschaffenheit der Sache aufzuerlegen..

auch nicht zur Prüfung anderer Tatbestände des Schadensersatzanspruchs von § 280 ff. BGB n.F. (insbesondere zum Verschulden) führen könnte, sondern nur bis zur Feststellung des potenziellen Mangels gemäß § 434 BGB n.F. kommt. Infolgedessen kann man davon ausgehen, dass die Neufassung der Anspruchsgrundlage des Schadensersatzanspruchs im Rahmen des Gewährleistungsrechts tatsächlich keinen Einfluss auf die Fallgruppe „Sonderbeschaffenheit“ und somit auf die Beratungspflicht hat.³⁸⁹

5.2.3.2. Das Verhältnis zwischen der Beratungspflicht und dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Zweck

Was hingegen eine Rolle spielen könnte, ist die neue Definition des Mangelbegriffs in § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB n.F., nach der der vertraglich vorausgesetzte Zweck ausdrücklich als ein Maßstab für die Feststellung des Sachmangels einbezogen wurde. Dieser Maßstab hat die Notwendigkeit der Anwendung der Beratungspflicht deswegen bedroht, weil tatsächlich dasselbe Sachgebiet betroffen sein könnte. Wenn eine Beratung durchgeführt werden muss, gibt es in aller Regel ein Ziel, sei es zu prüfen, ob der Kaufgegenstand in bestimmten Arbeitsverfahren eingesetzt werden kann, sei es zu prüfen, ob ein Gerät unter bestimmten Bedingungen ordnungsgemäß montiert werden und funktionieren kann. Nimmt man solche Ziele, auf die sich die beratenden Tätigkeiten richten, als mangelbegründend vertraglich vorausgesetzten Zweck an, wäre dann die Annahme einer Beratungspflicht entbehrlich. In diesem Sinne könnte ein großer Teil der typischen Fälle der Beratungspflicht unmittelbar vom Sachmangelbegriff erfasst werden, z.B. die Verwendung der Leime in einem bestimmten Arbeitsverfahren oder die Aufstellung einer Maschine unter bestimmten Bedingungen. Unter dem neuen Gewährleistungsrecht könnte somit der Raum für die Anwendung der

³⁸⁹ Zu bemerken ist, dass die Lücke, für die die Beratungspflicht geschaffen wurde, in vollem Umfang geschlossen werden kann, wenn man annimmt, dass die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts nicht schon auf der tatbeständlichen Ebene, sondern erst nach der Feststellung des Sachmangels eintritt. Vgl. Mertens AcP 203 (2003), 818, 849ff.

Beratungspflicht erheblich herabgesetzt werden. Er könnte nur noch dann bestehen, wenn die aus der beratenden Tätigkeit des Verkäufers gezogene Schlussfolgerung keinen vertraglich vorausgesetzten Zweck darstellt. Es gibt unter dem neuen Recht auch nicht mehr das frühere Bedürfnis, für die Verjährungsfrage zwischen Umständen innerhalb oder außerhalb der Kaufsache zu unterscheiden, soweit ein Zweck vereinbart wird, weil der aus einem Sachmangel hergeleitete Anspruch stets der kurzen Verjährungsfrist unterliegt.³⁹⁰

Dies bedeutet aber nicht, dass im Einzelfall jede Untersuchung des Verkäufers am Ende einen nach dem Vertrag vorausgesetzten Zweck begründen kann. Die bloße Kenntnis des Verkäufers über den Verwendungszweck reicht nicht aus. Ein Einstandswille sollte zumindest konkludent ermittelbar sein. Im alten Recht wäre zu prüfen, ob der Verkäufer dem Käufer zugesichert hat, dass die Kaufsache für die vorgesehene Verwendung geeignet ist. Wenn ja, kam dann eine Mangelhaftung in Betracht; wenn aber keine Zusicherung vorliegt, muss man noch auf die Beratungspflicht zurückgreifen.³⁹¹ Im neuen Schuldrecht bleibt es der Vertragsauslegung überlassen, ob der Zweck in den Vertragsinhalt eingegangen ist. Haben die Parteien eine Vereinbarung, ausdrücklich oder konkludent, über das Verwendungsziel getroffen, liegt dann ein Sachmangel vor; handelt es sich aber nur um eine eher informelle Tätigkeit, die nur als Ratschlag oder Empfehlung angesehen werden kann, wird ein Sachmangel nicht ohne weiteres wegen der fehlerhaften Beratungstätigkeit begründet.³⁹² Selbst im Fall, wo ein Zusammenhang der Beratung des Verkäufers mit der späteren Bestellung des Käufers zwar bejaht werden könnte, ist nicht ohne weiteres zu schlussfolgern, dass der Verkäufer die bestellte Kaufsache mit der entsprechenden Zusicherung verkauft hat. Es hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab.³⁹³

³⁹⁰ Vgl. BGH NJW 1985,2472= BeckRS 9998, 100793=LSK 1985, 410007 (Ls.)=JR 1985, 853=MDR 85, 1020=WPM 1985, 1167.

³⁹¹ Z.B. BGH NJW 1958, 866 (Ls.)= MDR 1958, 422= BB 1958, 426= DB 1958, 485.

³⁹² Vgl. BGH NJW 1965, 148, 149= BeckRS 1964 (Ls.)=LSK 1964, 934662 (Ls.)=BB 64, 1360=Betrieb 64, 1736=MDR 65, 39=VersR 65, 1248.

³⁹³ Vgl. BGH NJW 1962, 1196= BeckRS 1962 (Ls.)=LSK 1962, 932270 (Ls.)=BB 62, 616=Betrieb 62, 734=MDR 62, 647 (L).

5.2.3.3. Vereinbarter oder erkennbarer Verwendungszweck?

Merkwürdig ist, dass in der gesetzlichen Vorschrift des § 434 Abs.1 S. 2 Nr. 2 BGB nicht der Wortlaut „Vereinbarung“ oder „vereinbart“ direkt angewandt wird, sondern das Wort „vorausgesetzt“ vorkommt. Somit ist fraglich, ob dieser Wortlaut „vorausgesetzt“ andere Anforderungen als eine „Vereinbarung“ stellt, insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Gesetzgeber in § 434 Abs.1 S. 1 BGB unmittelbar vorgeschrieben hat, dass die Beschaffenheit der Sache „vereinbart“ werden muss. Diese Frage hat in der Tat schon vor der Schuldrechtsmodernisierung Aufmerksamkeit hervorgerufen. Der Gesetzgeber hat bewusst offengelassen, ob der nach dem Vertrag vorausgesetzte Zweck von den Vertragsparteien vereinbart werden muss oder eine erkennbare Vorstellung der Parteien über den Vertragszweck im Vorfeld des Vertrags schon ausreichen sollte.³⁹⁴ Zumindest kommen zwei Gründe für das Erfordernis einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung über die „nach dem Vertrag vorausgesetzte“ Verwendung in Betracht. Zum einen ist schon festgestellt, dass der Verkäufer eine Haftung über die Angabe der **Beschaffenheit** erst trägt, wenn diese Beschaffenheit vereinbart wird. Es wäre dann widersprüchlich, wenn der Verkäufer einerseits für seine eigene ausdrückliche Aussage nicht Gewährleistungsrechtlich einstehen, andererseits aber für einen ihm nur erkennbaren Verwendungszweck haften muss. Zum anderen käme ansonsten im Fall des formbedürftigen Vertrags ein Problem auf.³⁹⁵ Die Formbedürftigkeit des Vertrags sowie ihre Funktionen sollen nicht mit der Annahme eines erkennbaren Verwendungszwecks ausgehöhlt werden.³⁹⁶ Wenn die Beschaffenheitsvereinbarung einem Formzwang unterliegt, sollte sich dieser Formzwang auch auf den nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendungszweck erstrecken, weil sich sowohl die Beschaffenheitsvereinbarung als auch der vertraglich vorausgesetzte Zweck auf die Frage der Mangelfeststellung

³⁹⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 213.

³⁹⁵ BeckOK BGB/Faust, 43. Ed. 15.6.2017, BGB § 434 Rn. 46-51.

³⁹⁶ Canaris Karlsruher Forum 2002, 5,58; Grigoleit/Herresthal JZ 2003,233,239; Reinicke/Tiedtke KaufR Rn. 323; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2014, Rn. 76, 79.

innerhalb des Rahmen von § 434 BGB beziehen. Eine Kompensation für das Entfallen der Geschäftsgrundlage könnte sich in anderen Vorschriften wie § 313 BGB finden. Allerdings genügt das Vorliegen einer Geschäftsgrundlage an sich noch nicht für die Annahme eines vertraglich vorausgesetzten Zwecks.³⁹⁷

5.3. Zwischenergebnis

Aus der oben dargestellten Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte lässt sich ein Gesamtbild der Beratungspflicht des Verkäufers gegenüber dem Käufer formulieren.

5.3.1. Fortbestehendes Bedürfnis nach der Beratungspflicht im neuen Schuldrecht

Im alten Schuldrecht ergab sich das Bedürfnis nach einer neben dem Kaufvertrag stehenden Beratungspflicht daraus, dass das Gewährleistungsrecht mit dem Sachmangelbegriff als Anknüpfungspunkt für eine mögliche Haftung in allen Fallgruppen, in denen die Aufklärung des Verkäufers wegen seiner Fahrlässigkeit falsch oder unvollständig war, die Haftung des Verkäufers ausgeschlossen hat. Eine Haftung aus culpa in contrahendo konnte nur dann eingreifen, wenn der Verkäufer arglistig gehandelt hat. Darin versteckt sich der Grundgedanke des Gewährleistungsrechts, dass die Vertragsparteien mit eigenen Willenserklärungen die für sie selbst wichtigen Umstände in den Vertragsinhalt einziehen sollten. Für die Unterlassung einer Vereinbarung über eine wichtige Beschaffenheit der Sache, müssen die Vertragsparteien grundsätzlich Eigenverantwortung tragen. Mit dieser Abgrenzung wurde eine Hürde zwischen der vorvertraglichen und der vertraglichen Angabe über die Beschaffenheit der Sache aufgestellt, die unter dem Begriff des Rechtsbindungswillens die Rechtswirkung der Angaben in den jeweiligen Fällen zur Unterscheidung führte. Bezüglich des Grunds, aus dem die Vertragsparteien nicht die wichtige Beschaffenheit vereinbart haben, hat das alte

³⁹⁷ MünchKomm/Westermann, 6. Auflage 2012, BGB § 434, Rn. 18

Gewährleistungsrecht keine Regelung getroffen. Zur Verteilung der Informationshaftung hat das Gewährleistungsrecht zwar die Regelung getroffen, dass der Käufer im Fall der Arglist des Verkäufers in Bezug auf einen vorliegenden Mangel einen Schadensersatzanspruch hatte (§ 463 BGB a.F.). Die fahrlässige Haftung des Verkäufers wurde aber unabhängig vom Bestehen des Mangels pauschal ausgeschlossen.

Ein solcher allgemeiner Ausschluss der fahrlässigen Haftung des Verkäufers hat seine Schwäche. In der Rechtspraxis wurde herausgefunden, dass die Arglist des Verkäufers nicht der einzige Grund für eine gerechtfertigte Haftung des Verkäufers nach der Wertung des Gewährleistungsrechts wäre. Für die Nichteinbeziehung der Beschaffenheit der Sache in den Vertrag müsste der Verkäufer auch dann haften, wenn er als Fachmann oder Vertrauensperson den Käufer beraten hat. In diesem Fall wird die Eigenverantwortung des Käufers für mögliche unzutreffende Angaben aufgrund von Fahrlässigkeit des Verkäufers abgemildert, weil ein Fachmann bessere Kenntnisse und Fähigkeit haben soll, so dass die übliche Fahrlässigkeit der „normalen“ Personen bei Fachleuten vermieden werden kann. Der Anlass, über die für ihn wichtige Beschaffenheit der Sache eine Vereinbarung zu treffen, um sein Interesse zu sichern, erlischt wegen dieses besonderen Vertrauens. Dies bildete die Grundlage für die Rechtsfigur der „Beratungspflicht“, die auch neben dem Gewährleistungsrecht anwendbar war und eine Haftung des Verkäufers aus Fahrlässigkeit über Beschaffenheit der Sache auferlegt hat.

Durch die Schuldrechtsreform wird die oben dargestellte Situation nicht geändert. Nach § 437 BGB n.F. wird jede Mangelhaftung an den Sachmangelbegriff geknüpft. Die Feststellung des Sachmangels gemäß § 434 BGB n.F. hat zwar Änderungen gegenüber dem vorherigen Recht und auch Einfluss auf den Wirkbereich der Beratungspflicht mit sich gebracht.³⁹⁸ Eine grundlegende Abweichung von der Wertung des vorherigen Rechts lässt sich aber nicht erkennen. Die Vereinheitlichung der Schadensersatzansprüche unter § 280 BGB n.F. hat für diese Frage keine so großen Auswirkungen wie ursprünglich erwartet. Soweit im

³⁹⁸ Siehe Teil 5.2.3.2.

neuen Schuldrecht die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts weiterhin anerkannt ist, besteht das Bedürfnis für eine Beratungspflicht neben dem Kaufvertrag nach wie vor.

5.3.2. Übermäßiger Schutz durch den selbstst ändigen Beratungsvertrag

Zwar sind die selbstst ändige und unselfst ändige Beratungspflicht zwei unter dem Oberbegriff „Beratungspflicht“ nebeneinander stehende Rechtsinstitute. Die tatsächlichen Funktionen der beiden Rechtsfiguren muss man aber getrennt beurteilen. Es ist festzustellen, dass die ursprüngliche Funktion dieser Rechtsfigur nicht in der Umgehung der kurzen Verjährungsfrist liegt. Die nachfolgenden Versuche des BGH richten sich vielmehr darauf, eine Aushöhlung des Gewährleistungsrechts wegen der Annahme einer Beratungspflicht, insbesondere eines selbstst ändigen Beratungsvertrags, zu vermeiden.

Die unselfst ändige Beratungspflicht dient dazu, eine fahrlässige Haftung des Verk äufers wegen falscher Angabe über die Beschaffenheit der Sache zu begründen, wenn der Verk äufer als Fachmann und Vertrauensperson auftritt und dem unsachkundigen K äufer Rat erteilt. Grunds ätzlich ist anerkannt, dass der Verk äufer nicht lediglich wegen seiner Absatzbem ühungen beim Verkauf eine zus ätzliche Haftung tragen soll.³⁹⁹ Allerdings besteht in diesem Bem ühen ein Risiko für den Verk äufer, dass er gegebenenfalls doch eine zus ätzliche Pflicht tragen muss, wenn seine beratende T ätigkeit über den Umfang eines gew öhlichen Absatzbem ühens eines Verk äufers hinausgeht.⁴⁰⁰

Im Vergleich dazu gestattet der selbstst ändige Beratungsvertrag dem K äufer in der Praxis nur hinsichtlich der Verjährungsfrist einen zus ätzlichen Vorteil. Zur Berechtigung der Anwendung der allgemeinen Verjährungsfrist auf den selbstst ändigen Beratungsvertrag hat sich der BGH darauf berufen, dass der Beratungsvertrag als eine von dem Kaufvertrag unabh ängige Rechtsgrundlage für

³⁹⁹ BGH NJW 1997, 3227=BeckRS 9998, 55216= ZIP 1997, 1792=LSK 1997, 480018 (Ls.)=DB 1997, 2071=JA 1998, 265= MDR 1998, 91=NJ 1998, 86 L=WM 1997, 2315=WPM 1997, 2315.

⁴⁰⁰ BGH BeckRS 1970 30376046=LSK 1970, 940014 (Ls.)=NJW 1971, 187 (Ls.)=BB 71, 62=Betrieb 71, 38=MDR 71, 208 (L)=VW 71, 239 (L)=WPM 71, 74.

etwaige Schadensersatzansprüche des Käufers gelte und ein Wertungswiderspruch im Rahmen der Gewährleistungshaftung von Anfang an nicht in Betracht komme.⁴⁰¹ Allerdings ist nicht zu übersehen, dass eine solche selbstständige Beratungspflicht letztlich eine Folge der richterlichen Auslegung ist, d.h. objektiv gesehen, ist die Annahme eines solchen unabhängigen Vertrages nicht zwingend. Für die Annahme einer solchen Rechtsfigur könnte es immer noch eines rechtspolitischen Grundes bedürfen, der einen besonderen Schutz des Käufers mit der längeren Verjährungsfrist rechtfertigt, wenn der Verkäufer ihn in übermäßiger Weise betr. Ansonsten wäre eine unselbstständige Beratungspflicht, die der kurzen gewährleistungsrechtlichen Verjährungsfrist unterliegt, für den Schutz des Käufers schon hinreichend.

Es wäre bedenklich, ob es notwendig und berechtigt ist, im Käufer-Verkäuferverhältnis außerhalb der unselbstständigen Beratungspflicht noch eine stärkere Anspruchsgrundlage anzunehmen. Eine beabsichtigte Umgehung der kurzen Verjährungsfrist der gewährleistungsrechtlichen Ansprüche ist ohne Zweifel kein berechtigter Grund für die Annahme des selbstständigen Beratungsvertrags, weil dies den Überlegungen über die Notwendigkeit der kurzen Verjährungsfrist in Rechtsprechung und Literatur widerspricht. Betrachtet man den Kaufvertrag als solchen, sollte eine als Nebenpflicht auftauchende Beratungspflicht schon ausreichend sein, um das Interesse des Käufers bezüglich der Richtigkeit und Vollständigkeit der Angabe durch den Verkäufer zu schützen.

Außerdem bleibt immer zu bedenken, ob die beiden Parteien wirklich einen solchen separaten Beratungsvertrag abschließen wollten.⁴⁰² Es könnte beiden Parteien bei der Vertragsverhandlung nicht bewusst oder zu erkennen sein, dass Angaben über die Eigenschaften der Sache (die Beratung) einen anderen Vertrag begründen, der neben dem in der Verhandlungsphase bleibenden Kaufvertrag steht. Ohne eine solche Wahrnehmung könnte es an dem Erklärungsbewusstsein für eine Willenserklärung fehlen, die zum Zustandekommen eines separaten Vertrags nötig

⁴⁰¹ BGH NJW-RR 1990, 1301 =LSK 1991, 020007 (Ls.)=BauR 1990, 624=BB 1990, 1368=DB 1990, 1910=MDR 91, 42=WPM 1990, 1469=ZfBR 1990, 278.

⁴⁰² Schaub, AcP202(2002),758,788.

ist.⁴⁰³ Die Beratung und der Kauf gehören tatsächlich zu einem einheitlichen Lebensvorgang, der sich auf den Abschluss des Kaufvertrags bezieht. Eine künstliche Teilung dieser Einheit in zwei nebeneinander stehende Verträge entspricht dieser Tatsache nicht. Der Verkäufer möchte mit der Beratung den Kunden zur Kaufentscheidung bewegen. Aus Sicht des Käufers ist es schwierig aus dem Verhalten des Verkäufers den Schluss zu ziehen, dass der Verkäufer wegen seiner Frage mit ihm einen zweiten, separaten Vertrag abschließen will.

6. Reflexion und Strukturierung der Konkurrenzfrage im neuen Schuldrecht

6.1. Verdeutlichen der Missverständnisse im Streit

Aus dem im Teil 1 angeführten Meinungsstand kann man vielfältige Argumente ziehen. Einige Argumente stehen einander in Bezug auf dieselbe Tatsache entgegen. Dies kommt z.B. in der vollkommen unterschiedlichen Beurteilung des Sinns der ersatzlosen Streichung des alten § 463 BGB. Einige Argumente konzentrieren sich auf das Vermeiden der Aushöhlung der einzelnen konkreten gewährleistungsrechtlichen Regeln, vernachlässigen aber die Eigenartigkeit der Wertung des Gewährleistungssystems. Einige Argumente übertreiben die Funktion der Ausdehnung der Kompetenz des neuen Gewährleistungsrechts durch die Vereinheitlichung der Schadensersatzansprüche unter §§ 280 ff. BGB n.F., ohne eine nähere Prüfung darüber zu führen, ob eine fahrlässige Haftung des Verkäufers wegen Verletzung der Informationspflicht unter dem neuen Gewährleistungsrecht wirklich nunmehr in vollem Umfang möglich ist. Alle diese Missverständnisse können jetzt, nach der oben durchgeführten Auseinandersetzung mit dem Beschaffenheitsbegriff, der Haftung aus culpa in contrahendo, der eigenartigen rechtsgeschäftlichen Verteilung der Informationshaftung unter dem Gewährleistungsrecht und dem Sinn und Zweck der Beratungspflicht verdeutlicht werden.

⁴⁰³ Schaub, AcP202(2002),758,788.

6.1.1. Wurzel der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts

Wenn man die Konkurrenzfrage zuerst neutral betrachtet, nämlich nicht schon vom Anfang an von der vorherigen herrschenden Meinung ausgeht, hat man zunächst zwei unterschiedliche, nebeneinander stehende Rechtsinstitute vor Augen (das Gewährleistungsrecht und die Haftung aus culpa in contrahendo). Diese zwei Normenkomplexe regulieren jeweils das vorvertragliche und vertragliche Gebiet mit verschiedenen Haftungsstatbeständen und Rechtsfolgen, überschneiden sich aber in den Fällen, die sich auf die Beschaffenheit der Sache beziehen.⁴⁰⁴ Ob eines der zwei Rechtsinstitute den Vorrang, oder weiter eine Sperrwirkung gegenüber dem anderen haben soll, hängt nicht davon ab, ob ein Rechtsinstitut konkreter als das andere ist oder mit feineren Vorschriften für einen bestimmten Fall ausgestaltet ist. Entscheidend ist in der Tat bloß, ob die Wertungen der zwei Rechtssysteme nach einer Gesamtbetrachtung die Anwendung des anderen erlaubt, oder unter Umständen sogar erforderlich macht. Wertungsmäßig schützen das Gewährleistungsrecht und die Informationspflicht zwar jeweils das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und die Entscheidungsfreiheit, konkurrieren mit einander aber in dem Gebiet der Verteilung der Informationsrisiken, wo die beiden Rechtssysteme ihre eigenen Abwägungen treffen.⁴⁰⁵

Aus der Prüfung in dieser Abhandlung ergibt sich ein grundlegender Unterschied zwischen dem Gewährleistungsrecht und der culpa in contrahendo. Die Haftung aus culpa in contrahendo ergibt sich aus den Aussagen der Vertragsparteien im Vorfeld des Vertragsschlusses. Für die Begründung einer solchen Haftung ist ein Rechtsbindungswille des Handelnden nicht erforderlich, vielmehr ist die Richtigkeit oder Vollständigkeit der Aussage entscheidend. Selbst wenn der Verkäufer mit der Bezeichnung „laut Vorbesitzer“ eine eigene Haftung vermeiden möchte, muss er noch wegen culpa in contrahendo zumindest für das richtige Weiterleiten der Angaben des Vorbesitzers haften. Im Vergleich zur Haftung aus

⁴⁰⁴ Siehe Teil 1.1.3.

⁴⁰⁵ Siehe Teil 3.5.

culpa in contrahendo verfügt die Gewährleistungshaftung über einen rechtsgeschäftlichen Charakter. Einerseits lässt das Gewährleistungsrecht den Vertragsparteien mehr Raum für ihre privatautonomen Entscheidungen, ob und inwieweit sie für ihre Aussagen bei den Vertragsverhandlungen haften. Andererseits müssen die Vertragsparteien das Risiko ihrer Rechtsgeschäfte tragen. Das Risiko kann sowohl in der fehlerhaften, als auch in der unterlassenen Angabe der Willenserklärungen liegen.⁴⁰⁶

Diese Steuerungsfunktion für die Verteilung der Informationshaftung verwirklicht die Gewährleistung durch die Anknüpfung aller gewährleistungsrechtlichen Haftung an den Sachmangelbegriff.⁴⁰⁷ Im alten Schuldrecht hat das System des Gewährleistungsrechts dem Käufer dadurch eine günstige Stellung zugewiesen, dass der Verkäufer für die gewöhnliche Gebrauchstauglichkeit und den Wert sowie die zugesicherten Eigenschaften der Sache verschuldensunabhängig einstehen musste. Auf der anderen Seite hat das Gewährleistungsrecht den Schadensersatzanspruch des Käufers wegen fehlerhafter Eigenschaftsangaben aufgrund von Fahrlässigkeit des Verkäufers ausgeschlossen. Auch wenn die falsche oder unvollständige Aufklärung des Verkäufers aus Fahrlässigkeit dazu führt, dass ein Sachmangel überhaupt nicht vorliegt, versagt das Gewährleistungsrecht eine Haftung des Verkäufers. Dieser Ausschluss der fahrlässigen Haftung des Verkäufers wegen Informationspflichtverletzung lasse sich nicht aus dem Umkehrschluss aus § 463 BGB a.F., sondern aus den gewährleistungsrechtlichen Regeln in ihrer Gesamtheit herleiten.⁴⁰⁸

Im neuen Gewährleistungsrecht wird diese Situation nicht geändert, vielmehr noch verstärkt. Der neue § 437 BGB knüpft alle gewährleistungsrechtlichen Haftungen an das Bestehen eines Sachmangels im Sinne von § 434 BGB. Im Vergleich zum alten Recht geht der neue § 434 BGB bei der Feststellung des Sachmangels ausdrücklich vom subjektiven Fehlerbegriff aus und verzichtet auf die vorherige

⁴⁰⁶ Müller, in: Fs Hadding, 199, S.208.

⁴⁰⁷ Siehe Teil 5.3.1.

⁴⁰⁸ BGH NJW 1973, 1234=BeckRS 1973 (Ls.)=LSK 1973, 850286 (Ls.)=MittBayNot 1973, 347 (Ls.)=BB 73, 680=Betrieb 73, 1062=BGHZ 60, 319=JR 73, 371=JurBüro73, 940=JuS 73, 721=MDR 73, 659.

Grenze zwischen Beschaffenheitsvereinbarung und Zusicherung.⁴⁰⁹ Dies spricht für eine Stärkung der Funktion der Rechtsgeschäfte zwischen den Vertragsparteien als Antwort auf die Frage, ob sie für bestimmte Aussagen haften müssen. Grundsätzlich sollte der Käufer die für ihn wichtigen Umstände dem Verkäufer anfragen, und in den Vertragsinhalt einziehen, um sein Interesse zu sichern. Das Unterlassen einer (selbst konkludenten) Vereinbarung könnte dazu führen, dass überhaupt kein Sachmangel und somit keine Mangelhaftung vorliegt. Diese grundlegende Wertung des Gewährleistungsrechts bleibt durch die Annahme des Mangelbegriffs als Anknüpfungspunkt der Gewährleistungshaftung im neuen Schuldrecht bestehen.

6.1.2. Zur Meinung für freie Konkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und culpa in contrahendo: Unterschiedliche Wertungen über die Verteilung der Informationsrisiken

Bisher kann man die Argumente der Meinung für freie Konkurrenz zwischen dem Gewährleistungsrecht und der Haftung aus culpa in contrahendo nacheinander behandeln. Der Wegfall des vorherigen § 463 BGB a.F. und die neu gefassten §§ 280 ff. BGB n.F. sprechen weder für noch gegen die freie Konkurrenz, weil selbst im alten Recht die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts nicht in den einzelnen Vorschrift des § 463 BGB a.F. ihre Wurzel hatte. Das Gewährleistungsrecht und die culpa in contrahendo sind zwar unterschiedliche Rechtssysteme, die eigene Tatbestände und Rechtsfolgen haben. Die Wertung des gesamten Gewährleistungssystems spricht aber gegen eine nebenläufige Anwendung der Haftung aus culpa in contrahendo, wenn es die Beschaffenheit der Sache in Frage steht. Der Grund liegt in dem fundamentalen Auseinanderfallen der Risikoverteilung bezüglich falscher oder fehlender Informationen in beiden Rechtssystemen. Von Natur aus kollidieren diese zwei Rechtssysteme hinsichtlich der Beschaffenheit der Sache miteinander. Eine freie Konkurrenz zwischen zwei

⁴⁰⁹ Siehe Teil 2.2.1.

einander entgegenstehenden Rechtssystemen muss immer den Überlegungen des einen oder des andern widersprechen. Ein stärkerer Einwand von Vertretern der Meinung für die freie Konkurrenz ist, dass es an einem sachlichen Grund fehle, warum der Verkäufer besonders schutzbedürftig sein soll, insbesondere im Vergleich mit den anderen Schuldnern, die schlechthin für ein Verschulden bei Vertragsschluss gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB haften müssen.⁴¹⁰ Die Begründung der Besonderheit eines gewährleistungsrechtlichen Verhältnisses hat der BGH tatsächlich schon in seiner Rechtsprechung gegeben.⁴¹¹ So hat der BGH in seinem Urteil behauptet, dass die auf einer Gesamtbetrachtung der Sachmängelhaftung beruhende Abgrenzung nicht wegen weiteren Ausbaus der vorvertraglichen Haftung ausgehöhlt werden soll.⁴¹² Soweit man ein eigenständiges Gewährleistungsrecht mit eigenen Wertungen noch anerkennt, würde dies immerhin zur Abgrenzungsfrage führen, wann das Gewährleistungsrecht eingreifen soll. Wie im Teil 2 dargestellt wurde, haben sich die Abgrenzungsschwierigkeiten wegen des fließenden Beschaffenheitsbegriffs im neuen Recht erheblich verringert.⁴¹³ So betrachtet, ist einer freien Konkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und culpa in contrahendo auch im neuen Recht nicht zuzustimmen.

6.1.3. Zur Meinung für absolute Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts: Ungenügende Kompetenz des Gewährleistungsrechts und ihre Ergänzung

Wenn man zunächst die herrschende Meinung beiseite legt und nur den Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts betrachtet, ist klar, dass das Gewährleistungsrecht das Problemfeld der Verteilung der Informationshaftung zwar berücksichtigt, aber sowohl vor als auch nach der Schuldrechtsmodernisierung noch Schwächen aufweist.

In den ständigen Diskussionen über die Konkurrenz zwischen

⁴¹⁰ MunchKomm/Emmerich, 7. Aufl. 2016, BGB § 311, Rn. 96; Emmerich, in: FS Honsell, 209, 216;

⁴¹¹ Siehe Teil 6.1.1. vgl. auch BGH NJW 1973, 1234.

⁴¹² BGH NJW 1973, 1234.

⁴¹³ Zur im Vertrag vorausgesetzten Verwendung siehe Teil 5.2.3.2.

Gewährleistungsrecht und culpa in contrahendo scheint die herrschende Meinung in der Literatur anzunehmen, dass eine fahrlässige Haftung des Verkäufers wegen Verletzung der Informationspflicht im Rahmen des Gewährleistungsrechts deswegen ausgeschlossen wurde, weil in § 463 BGB a.F. der gewährleistungsrechtliche Schadensersatzanspruch nur auf zwei Fälle, nämlich Arglist und Zusicherung des Verkäufers, beschränkt wurde.⁴¹⁴ Wenn man die Vorschrift des § 463 BGB a.F. als eine Beschränkung der Schadensersatzpflicht versteht, könnte dies schlüssig zur Folgerung führen, dass die durch diese Beschränkung ausgeschlossene Haftung des Verkäufers wegen fahrlässiger Verletzung der Informationspflicht aufgrund des Entfallens der Beschränkung im neuen Schuldrecht jetzt möglich ist.⁴¹⁵ Wenn eine fahrlässige Haftung des Verkäufers im Rahmen des Gewährleistungsrechts in vollem Umfang möglich ist, könnte dann die Anwendung von culpa in contrahendo total entbehrlich sein.⁴¹⁶

Aus der vorherigen Untersuchung hat sich aber schon gezeigt, dass diese Meinung den Grund, warum eine fahrlässige Haftung des Verkäufers wegen der Verletzung der Informationspflicht durch das Gewährleistungsrecht ausgeschlossen wird, verkennt. Hier ist zu unterscheiden, dass die Wurzel der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts und der Grund für einen Ausschluss der fahrlässigen Haftung des Verkäufers wegen der Verletzung der Informationspflicht zwei verschiedene Fragen sind. Wenn man von der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts spricht, beschäftigt man sich mit dem Verhältnis zwischen dem Gewährleistungsrecht und der Haftung aus culpa in contrahendo, also dem Verhältnis zwischen zwei verschiedenen Rechtsinstituten. Wenn man aber vom Grund für den Ausschluss der fahrlässigen Haftung des Verkäufers spricht, beschäftigt man sich primär nicht mit dem Außenverhältnis des Gewährleistungsrechts, sondern mit der Frage, ob eine solche Haftung innerhalb der gewährleistungsrechtlichen Regeln möglich ist. Das Gewährleistungsrecht

⁴¹⁴ MünchKomm/Emmerich, 7. Aufl. 2016, BGB § 311, Rn. 82; Reischl, JuS 2003, 1076, 1079.

⁴¹⁵ Staudinger/Matusche-Beckmann, 2014 BGB §437 Rn.74; Schaub, AcP 202, 758, 783; Derleder NJW 2004, 969, 974 f.

⁴¹⁶ Staudinger/Matusche-Beckmann, 2014 BGB §437 Rn.74; Schulze/Ebers JuS 2004, 462, 463.

schließt hier nicht die Anwendung anderer Normenkomplexe, sondern eine Haftungsmöglichkeit innerhalb seines eigenen Systems aus. Bei der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts handelt es sich um die Abwägung zwischen den Wertungen der beiden Rechtssysteme. Wenn man aber den Grund für den Ausschluss der fahrlässigen Haftung des Verkäufers im Rahmen des Gewährleistungsrechts prüft, ist zuerst die dogmatische Einordnung dieser Haftung klarzustellen.

Es ist zwar richtig, dass unter §§ 280 ff. BGB n.F. ein Schadensersatzanspruch des Käufers wegen fahrlässiger Haftung des Verkäufers nunmehr möglich ist. Aber diese fahrlässige Haftung hier enthält die in der Konkurrenzfrage diskutierte fahrlässige Haftung des Verkäufers bezüglich einer Beschaffenheit der Sache nicht. Handelt es sich um eine Beschaffenheit der Sache, ist vor allem zu prüfen, ob das Fehlen dieser Beschaffenheit zu einem Sachmangel im Sinne von § 434 BGB führt, wenn man eine Haftung des Verkäufers wegen falscher oder unvollständiger Aufklärung über diese Beschaffenheit begründen möchte. In diesem Vorgang prüft man jeweils das Vorliegen eines subjektiven und objektiven Fehlers. Mit dem objektiven Fehlerbegriff gewährt das Gewährleistungsrecht einen Mindestschutz für die gewöhnliche Verwendung, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Vorrangig prüft man aber das Bestehen einer Vereinbarung entweder über die Beschaffenheit der Sache oder über den Verwendungszweck. Die Aufgabe des Gewährleistungsrechts liegt hier darin, zuerst den Soll-Zustand der Sache festzustellen, und dann zu prüfen, ob der Ist-Zustand der Sache dem Soll-Zustand entspricht, nämlich ob die gelieferte Sache der Vereinbarung entspricht. Nicht bedacht wird, wie es wäre, wenn der Soll-Zustand der Erwartung des Käufers wegen fehlender oder mangelhafter Vereinbarung nicht entspricht, nämlich wenn der Käufer wegen unzutreffender Aufklärung des Verkäufers bestimmte, für ihn wichtige Merkmale der Sache nicht in die Vereinbarung aufgenommen hat und somit keine Mangelhaftung begründet werden kann. Die Erwartung des Käufers könnte aus den Angaben des Verkäufers, die im Vorfeld des Vertragsschlusses abgegeben werden, entstehen. Dies ist die

eigentliche Frage, die man bei der Konkurrenz zwischen dem Gewährleistungsrecht und der culpa in contrahendo behandeln will.

Diese Frage könnte aber unter dem geltenden Gewährleistungsrecht nie gelöst werden, weil sie zum Vorfeld des Vertragsschlusses gehört. Das Gewährleistungsrecht prüft nur, grob gesagt, die Vertragsmäßigkeit der gelieferten Sache. Die Frage, wie es wäre, wenn auch der als Ausgangspunkt angesehene Vertrag problematisch ist, hat das Gewährleistungsrecht nicht hinreichend bedacht. Wenn man die herrschende Meinung zunächst beiseite lässt, ist festzustellen, dass der Verkäufer unter dem geltenden Gewährleistungsrecht keine Haftung tragen müsste, selbst wenn er den Käufer durch arglistiges Handeln dazu führt, dass über bestimmte Beschaffenheit keine Vereinbarung getroffen wird und somit deren Fehlen keinen Sachmangel darstellt, weil die Arglist des Verkäufers sich nach dem Wortlaut des Gewährleistungsrechts auf den „Mangel“ beziehen muss.⁴¹⁷

In diesem Sinne ist die Konkurrenzfrage nicht mit der Frage über die Möglichkeit einer fahrlässigen Haftung des Verkäufers gleichzustellen. Man muss vielmehr auf den ursprünglichen Sinn der Konkurrenz zwischen einer vertraglichen und vorvertraglichen Haftung zurückgreifen. Das Problem bei der Gestaltung des Vertrags könnte eine permanente Schwäche der vertraglichen Haftung sein, die sich auf die Vertragsmäßigkeit der gelieferten Sache und ihre Kompensation konzentriert. Deswegen wäre es verfehlt zu prüfen, ob das Gewährleistungsrecht den Schadensersatzanspruch nur bei Arglist des Verkäufers oder auch bei Fahrlässigkeit gestattet. Das Wesen der Konkurrenzfrage liegt darin, inwiefern die Verteilung der Informationshaftung im Gewährleistungsrecht zu modifizieren ist. Diese Modifikation kann entweder durch die Anwendung von culpa in contrahendo, oder durch die Annahme einer Beratungspflicht vorgenommen werden. Somit handelt es sich bei der Anwendung von culpa in contrahendo im Fall der Arglist des Verkäufers nicht um eine zusätzliche Strafe zulasten des Verkäufers, sondern um die notwendige Füllung der Lücke des Gewährleistungsrechts. Mit der Rechtsfigur der Beratungspflicht beantwortet man die Frage, wie weit sich eine

⁴¹⁷ Cziupka/Hübner, DNotZ 2016, 323,326.

solche Modifikation erstrecken kann.

Deswegen ist auch der Meinung für eine absolute Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts nicht zuzustimmen.

6.1.4. Zur Meinung für den Rückkopplungsmechanismus

Die Meinung, dass das Gewährleistungsrecht zwar Vorrang gegenüber der Haftung aus culpa in contrahendo habe, allerdings deren Anwendung wieder zulasse, wenn nach den gewährleistungsrechtlichen Regeln kein Sachmangel vorliegt, bietet eine faszinierende Lösung insbesondere für den Fall, dass der Käufer unter Umständen über einige Merkmale, die für ihn entscheidungserheblich sind, aus bestimmten Gründen z.B. wegen der Irreführung durch den Verkäufer keine Vereinbarung trifft. In diesem Fall scheint es nach dieser Meinung gerecht, dem Verkäufer eine Haftung aufzuerlegen, weil auf der Seite des Verkäufers ein Verschulden zumindest in Form von Fahrlässigkeit feststellbar ist, auf der Seite des Käufers ein Schutzbedürfnis hinsichtlich der unerwünschten, durch das Verhalten des Vertragspartners irreführten Kaufentscheidung in Betracht kommt. Dazu hat Canaris das „Seegrundstück-Urteil“⁴¹⁸ als Beispiel erhoben, in dem der Käufer wegen der, bei der Besichtigung vorgefundenen, äußeren Gestaltung eines Grundstücks bis hinunter an einen See, eine Vereinbarung, ob dieses Grundstück tatsächlich einen Zugang zum See hat, vernachlässigt hat.⁴¹⁹

Diese Meinung richtet sich auf die unglückliche Lücke des Gewährleistungsrechts, nämlich den fahrlässig getäuschten Käufer, der weder durch eine Arglisthaftung des Verkäufers noch im Rahmen einer Mangelhaftung geschützt sein könnte. Eine solche Situation ist für den Käufer zweifellos unbefriedigend, insbesondere wenn der Käufer den Nachteil auch dann hinnehmen müsste, wenn jeder normale gutgläubige Käufer unter bestimmten Umständen fälschlicherweise darauf vertrauen würde, dass die Kaufsache seiner Erwartung entspricht. Der Vorteil

⁴¹⁸ BGH NJW 1973, 1234=BeckRS 1973 (Ls.)=LSK 1973, 850286 (Ls.)=MittBayNot 1973, 347 (Ls.)=BB 73, 680=Betrieb 73, 1062=BGHZ 60, 319=JR 73, 371=JurB üro73, 940=JuS 73, 721=MDR 73, 659.

⁴¹⁹ Canaris, in: Karlsruher Forum, S. 90.

dieser Meinung liegt darin, dass der Konflikt zwischen der vorvertraglichen und vertraglichen Haftung abgemildert wird. Wie im Teil 4 dargestellt besteht zwischen dem Gewährleistungsrecht und der culpa in contrahendo ein grundlegender Unterschied bezüglich der Frage, ob der Verkäufer für seine falschen oder unvollständigen Angaben haften soll.⁴²⁰ Das bedeutet, dass der Käufer wegen der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts bei einer vorvertraglichen Informationspflichtverletzung des Verkäufers im Rahmen des Gewährleistungsrechts wegen des Fehlens einer rechtsverbindlichen Vereinbarung schutzlos bleiben könnte. Wenn man aber den Anknüpfungspunkt zum Vorliegen eines Sachmangels zieht, erhält der Käufer wieder einen Anspruch aus culpa in contrahendo. Insgesamt betrachtet führt das zur Folge, dass der Verkäufer sowieso haften muss, soweit diese Haftung auf irgendeiner Grundlage begründet ist. In dieser Konstellation wäre eine Ausnahme weder bei Arglist des Verkäufers noch bei der Beratungspflicht erforderlich.⁴²¹

Es ist jedoch sehr bedenklich, ob in der Unterlassung der Vereinbarung über eine bestimmte Beschaffenheit der Sache gerade das Risiko des Geschäfts liegt, welches jede Vertragspartei in einem Vertrag, mit dem die Parteien gegeneinander stehende Interessen verfolgen, selbst verantworten muss. Diese Meinung verkennt zunächst, dass das Gewährleistungsrecht schon im eigenen Rahmen dieses Risiko zwischen Vertragsparteien verteilt hat. Die Feststellung des Sachmangels hat nicht nur die „aktive“ Funktion, dem Verkäufer beim Vorliegen eines Mangels die Haftung aufzuerlegen, sondern auch die „passive“ Funktion, den Verkäufer befreit zu lassen und die Wirksamkeit des Geschäfts im vertraglichen Stadium festzulegen, wenn das Fehlen der fraglichen Beschaffenheit nach den gewährleistungsrechtlichen Regeln keinen Mangel begründen kann. Die Feststellung, dass kein Sachmangel vorliegt, bedeutet nicht einen völligen Rückzug des Gewährleistungsrechts, sondern vielmehr die Annahme, dass das vorliegende Geschäft keiner Regulierung bedarf, weil das im Vertrag festgelegte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung

⁴²⁰ Siehe Teil 4.4.

⁴²¹ Vgl. Mertens, AcP 203(2003),818,849 ff.

und Gegenleistung nicht gestört wird.

Der Meinung, dass das Gewährleistungsrecht nur beim tatsächlichen Vorliegen eines Sachmangels eingreife und für „unvereinbarte Beschaffenheiten“ nicht gelte, liegt im Wesentlichen die Annahme zugrunde, dass das Gewährleistungsrecht nur eine Lösung beim tatsächlichen Vorliegen des Sachmangels anbietet, bei Nichtvorliegen des Sachmangels auch „Nichts“ sagt. Die Wertung der Gewährleistungshaftung greift aber von vornherein in vollem Umfang ein, um zu entscheiden, wie die Risiken in Bezug auf die Angaben über die Beschaffenheit der Sache unter den jeweiligen Vertragsparteien verteilt werden soll.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der vorvertraglichen und der gewährleistungsrechtlichen Haftung liegt darin, dass sich die Haftung für die schuldhafte Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht aus dem Gesetz ergibt,⁴²² während im Rahmen des Gewährleistungsrechts der haftungsbegründende Sachmangel erstrangig durch die Rechtsgeschäfte der Vertragsparteien festzustellen ist. Im vorvertraglichen Raum muss man schon aufgrund des Gesetzes haften, soweit ein Verhalten eine Pflichtverletzung begründet. Aber im Rahmen der Haftung aus einem Rechtsgeschäft spielen die Handlungen der Beteiligten eine deutlich wichtigere Rolle. So hat Müller mit Hinweis auf Flume richtig gezeigt, dass „im rechtsgeschäftlichen Verkehr grundsätzlich jeder das Risiko für den Inhalt seiner Willenserklärungen tragen sollte“.⁴²³ Das Gewährleistungsrecht hat die Frage der Risikoverteilung nicht übersehen. Der Käufer kann zuerst eine Vereinbarung über die Beschaffenheit mit dem Verkäufer treffen, um sein Interesse zu sichern, wenn diese Beschaffenheit für seine Kaufentscheidung von Bedeutung ist (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB). Wenn es sich um eine besondere Beschaffenheit handelt, die sich nicht im Einzelnen ausführlich vereinbaren lässt, kann der Käufer mit seinem Vertragspartner unmittelbar einen Verwendungszweck vereinbaren (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB). Erweist sich die Kaufsache als nicht geeignet für den vertraglich vorausgesetzten Zweck, liegt dann auch ein Mangel vor,

⁴²² MünchKomm/Emmerich, 7. Aufl. 2016, BGB § 311 Rn. 39.

⁴²³ Müller, in: FS Hadding, 199, 208, mit Hinweis auf Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, § 34 5, S. 625, 626.

unabhängig davon, ob eine bestimmte einzelne Beschaffenheit benannt werden kann. Selbst wenn gar keine Vereinbarungen getroffen werden, sichert das Gesetz dem Käufer ein Interesse an die gewöhnliche Verwendung, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Eine solche Struktur beinhaltet schon die Grenze für das Risiko, das die jeweilige Vertragspartei tragen sollte. Einerseits hat diese Regel den Umfang der Verkäuferhaftung abgegrenzt, andererseits zeigt sie auch, inwiefern der Käufer die ihm wichtige Beschaffenheiten erfragen muss.

Es gibt natürlich noch Raum für eine Diskussion über die Lücken dieser Risikoverteilung, insbesondere wenn der Verkäufer die Sorglosigkeit des Käufers verschuldet hat. Die bisherige ständig herrschende Meinung hat auch die Ausnahme bei Arglist des Verkäufers und die selbständige und unselfständige Beratungspflicht entwickelt, um den Schutz des Käufers zu verstärken und den nicht ordnungsgemäß handelnden Verkäufer Nachteile spüren zu lassen. Allerdings ist ein systematischer Rückzug des Gewährleistungsrechts bei Vorliegen eines Sachmangels nicht angemessen. Das Gewährleistungsrecht lässt die Vertragsparteien durch Vereinbarungen selbst entscheiden, welche Umstände in den Vertragsinhalt einbezogen werden. In diesem Vorgang trägt grundsätzlich jede Partei mithilfe eigener Willenserklärungen Eigenverantwortung. Dadurch wird das Risiko bezüglich der Informationen über die Sachbeschaffenheit verteilt (§ 434 BGB). Dies bedeutet, dass nicht nur die ausdrücklich oder konkludent geschlossenen Vereinbarungen einen Vorrang verdienen,⁴²⁴ sondern auch das Nichtvereinbarte seine Bedeutung hat. Bezüglich derselben Frage nach der Verteilung des Informationsrisikos ist einem grundlegenden Rückzug des Gewährleistungsrechts nicht zuzustimmen. Es würde zu einer erheblichen Herabsetzung des Anwendungsbereichs des Gewährleistungsrechts führen und widerspricht auch der fundamentalen Wertung des Gewährleistungsrechts.

⁴²⁴ Mertens AcP 203 (2003), 818, 838.

6.2. Strukturierung der Konkurrenzfrage im neuen Schuldrecht

Am Ende dieser Abhandlung ist eine Struktur der Konkurrenzfrage im neuen Schuldrecht zu geben, um ein Gesamtbild von der Verteilung der Informationsrisiken nach den Grundgedanken des Gewährleistungsrechts und unter Zusammenwirkung von culpa in contrahendo und Beratungspflicht zu ermitteln.

6.2.1. Ausführung der festgestellten Argumente

Bevor eine endgültige Schlussfolgerung gezogen wird, ist es hilfreich, die in den Zwischenergebnissen der jeweiligen Teile festgestellten Prämissen auszuführen, um für die nachfolgende Schlussfolgerung eine deutlichere Grundlage anzubieten.

a. Zu dem „fließenden“ Beschaffenheitsbegriff und der beabsichtigten Ausdehnung des Regimes des Gewährleistungsrechts

In der neuen Fassung von §§ 434, 437 BGB sowie §§ 280 ff. BGB wird die deutliche Intention des Gesetzgebers sichtbar, das Regime des Gewährleistungsrechts auszudehnen. Diese Ausdehnung findet sich hauptsächlich in der Verallgemeinerung des Beschaffenheitsbegriffs und der deutlichen Verankerung des „nach dem Vertrag vorausgesetzten Zweck“ in der gesetzlichen Vorschrift wieder. Dadurch sollte ein Großteil der vorherigen Abgrenzungsschwierigkeiten bezüglich der Anwendungsmöglichkeit des Gewährleistungsrechts beseitigt werden. Die Versuche in der vorherigen Rechtspraxis, durch enge Auslegung die Anwendung des Gewährleistungsrechts zu vermeiden, sind im neuen Recht aufzugeben. Die Konkurrenzfrage betrifft angesichts der Verallgemeinerung des Beschaffenheitsbegriffs auch ein breiteres Sachgebiet als früher. Die Unsicherheit des Beschaffenheitsbegriffs ist im neuen Recht gesunken.

b. Zur eigenständigen Verteilung der Informationshaftung des Gewährleistungsrechts

Diesbezüglich muss man zwei Fragen unterscheiden. Der alte § 463 BGB zeigt eine Verteilung der Schadensersatzhaftung in Bezug auf den „Sachmangel“. Aus

dieser Vorschrift lässt sich entnehmen, dass das alte Schuldrecht dem Käufer einen Schadensersatzanspruch nur dann gestattet, wenn er den „Mangel“ arglistig verschwiegen hat. Wenn der Verkäufer seine Aufklärungspflicht über den verborgenen Sachmangel fahrlässig verletzt hat, muss er nicht im Wege des Schadensersatzes haften.

Zur Frage der Konkurrenz mit culpa in contrahendo muss die Beobachtung aber schon auf der Ebene vor der Feststellung eines Mangels stattfinden. In diesem Sinne trägt nicht der Arglistbegriff, sondern der Sachmangelbegriff, als Konsequenz der Willenserklärung die Aufgabe der Verteilung der Informationshaftung. Grundsätzlich sollen die Vertragsparteien selbst die Verantwortung dafür tragen, dass die wichtigen Umstände Vertragsinhalt werden und somit entweder ausdrücklich oder konkludent eine Vereinbarung zu treffen. Tatbestandlich reflektiert sich diese Anforderung in der Prüfung des Rechtsbindungswillens der Aussagen der Vertragsparteien. In stärkerer Form tritt dieses Problem im Fall des formbedürftigen Vertrags auf, wo man von der Vollständigkeitsvermutung der Vertragsurkunde spricht. Der vom BGH herangezogene Ansatz, dass beim Verstoß gegen das Formerfordernis des Vertrags vermutlich kein Rechtsbindungswille und somit gar keine vertragliche Vereinbarung bestehen würde, wenn die fragliche Aussage keinen Niederschlag in der Vertragsurkunde findet, entspricht der grundlegenden Logik des Gewährleistungsrechts und zeigt sie auf deutliche Weise. In diesem Sinne unterscheidet sich das Gewährleistungsrecht in Bezug auf die Informationshaftungsverteilung grundlegend von der culpa in contrahendo, bei der man nicht wegen der Willenserklärung, sondern wegen des Verhaltens haftet. Allerdings hat eine solche Haftungsverteilung über den Sachmangelbegriff die Schwäche, dass die Vertragsparteien bei Abgabe der Willenserklärungen irreführt werden könnten. Eine Kompensation gegen alle Formen von Verschulden des Verkäufers in der Weise der culpa in contrahendo ist deswegen undenkbar, weil es dem oben dargestellten Gewährleistungssystem im Ganzen widerspricht. Die Anwendung der vorvertraglichen Haftung kann deswegen nur ausnahmsweise in

den nötigen Fällen erfolgen, um diese Schwäche zu überwinden. Für einen solchen Eingriff der vorvertraglichen Haftung bedarf es aber immer noch einer zurechtfertigenden Rechtfertigung, die sich nach ständiger Rechtsprechung nur bei Fällen der Arglist oder Beratung findet.

c. Zur Rolle der Beratungspflicht

Der BGH hat im „Leime-Fall“ zwar unter dem Begriff Beratungspflicht nebeneinander die unselbstständige und selbstständige Beratungspflicht aufgestellt.⁴²⁵ Diese zwei Typen von Beratungspflichten sind allerdings nach ihrer Rechtsnatur und Funktion völlig unterschiedlich.

Zur Füllung der Lücken des Gewährleistungsrechts dient in der Tat nur die unselbstständige Beratungspflicht. Ein neben dem Kaufvertrag stehender Beratungsvertrag geht deutlich über das Ziel der Einführung eines „Lückenfüllers“ aus. Eine Begünstigung des Käufers hinsichtlich der kurzen Verjährungsfrist ist nicht notwendig.

6.2.2. Beschaffenheitsinformation, Beratung und Beschaffenheitsvereinbarung: Verteilung der Informationsrisiken auf Grundlage des Gewährleistungsrechts mit der Ergänzung von c.i.c. und Beratungspflicht

Zusammenfassend soll das Gewährleistungsrecht eingreifen, wenn eine Beschaffenheit der Sache für den Streitfall maßgeblich ist. Im neuen Schuldrecht muss das Gewährleistungsrecht weiter eine grundsätzliche Sperrwirkung gegen die culpa in contrahendo entfalten. Diese Sperrwirkung tritt nicht zurück, wenn das Fehlen einer Beschaffenheit nach § 434 BGB n.F. keinen Sachmangel darstellt. Eine Ausnahme von dieser Sperrwirkung kommt im Fall der Arglist des Verkäufers vor, nämlich wenn der Verkäufer den fraglichen Umstand kennt oder ihn zumindest für möglich hält und zugleich weiß oder doch damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer diesen Umstand nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.⁴²⁶ In

⁴²⁵ BGH NJW 1958, 866 (Ls.)= MDR 1958, 422= BB 1958, 426= DB 1958, 485.

⁴²⁶ BGH NJW 2009, 2120= BeckRS 2009, 11064= DNotZ 2009, 760= JuS 2009, 757 =NJ 2009,

diesem Fall greift die Haftung aus culpa in contrahendo unmittelbar ein. Die fahrlässige Haftung wegen Informationspflichtverletzung des Verkäufers kommt nur in Betracht, wenn der Verkäufer als Fachmann oder Vertrauensperson auftritt und eine beratende Tätigkeit durchführt. In diesem Fall erfolgt einer unselbstständigen Beratungspflicht, nach der der Verkäufer auch für die Informationen, die er zwar nicht kennt, aber hätte kennen müssen, haften muss. Die unselbstständige Beratungspflicht unterfällt auch der kurzen Verjährungsfrist des Gewährleistungsrechts. Es besteht kein Bedarf, im reinen Käufer-Verkäuferverhältnis einen selbstständigen Beratungsvertrag anzunehmen. Wenn der Verkäufer im Vorfeld des Vertragsschlusses eine Angabe über die Beschaffenheit der Sache macht, kann dies zu drei möglichen Folgen führen. Im größten Maße muss der Verkäufer nach den Regeln von culpa in contrahendo für seine Angaben über die Beschaffenheit der Sache haften. In diesem Fall spricht man von einer Beschaffenheitsinformation. Diese Haftung aus culpa in contrahendo wird aber grundsätzlich durch das Gewährleistungsrecht ausgeschlossen. Daneben gibt es wieder zwei Möglichkeiten. Zum einen könnten die Vertragsparteien über diese Beschaffenheit schon eine Vereinbarung getroffen haben, so dass in Bezug auf diese Beschaffenheit eine Beschaffenheitsvereinbarung erfolgt, die einen Sachmangel begründen könnte. Zum anderen könnten die Vertragsparteien gar keine Vereinbarung darüber getroffen haben. Dann ist zu prüfen, ob ein Sachmangel wegen eines im Vertrag vorausgesetzten Verwendungszwecks oder des Fehlens der Eignung zur gewöhnlichen Verwendung der Sache vorliegt. Wenn ja, kommt eine Sachmangelhaftung in Betracht. Wenn nein, wird eine Haftung des Verkäufers wieder ausgeschlossen, es sei denn, dass dem Verkäufer Arglist vorzuwerfen ist. Eine „gutgläubig“ abgegebene Beschaffenheitsinformation kann wegen der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts grundsätzlich weder gewährleistungsrechtliche noch vorvertragliche Haftung verursachen. Zu einer

294=NZBau 2009, 510=NZM 2009, 523=VersR 2010, 632=ZfBR 2009, 460=LSK 2009, 360254 (Ls.)=BauR 2009, 1143=BGHZ 180, 205=JR 2010, 262=JZ 2009, 1171=LMK 2009, 282362=MDR 2009, 742=ZfIR 2009, 560=ZNotP 2009, 234.

Ausnahme kommt es, wenn die Beschaffenheitsinformation im Rahmen einer beratenden Tätigkeit des Verkäufers abgegeben wird. Bei seiner Beratung muss der Verkäufer auch für seine fahrlässige Unkenntnis von erforderlichen Informationen haften. Die Unterscheidung zwischen Beschaffenheitsinformation, Beratung und Beschaffenheitsvereinbarung hängt von dem Rechtsbindungswillen der Vertragsparteien und dem Vorliegen einer beratenden Tätigkeit des Verkäufers ab.

Literaturverzeichnis

- Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, 3. Auflage, München, 2012.
- Barnert, Thomas: Mängelhaftung beim Unternehmenskauf zwischen Sachgewährleistung und Verschulden bei Vertragsschluss im neuen Schuldrecht, WM 2003,416.
- Breidenbach, Stephan: Die Voraussetzungen von Informationspflichten, München 1989.
- Berger, Christian, Der Beschaffenheitsberiff des §434 Abs.1 BGB, JZ 2004, 276.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Wandlungen des Schuldvertragsrechts -Tendenzen zu seiner "Materialisierung", AcP 200 (2000), 273.
- Cziupka, Johannes/Hübner, Leonhard: Beschaffenheitsinformationen und Beschaffenheitsvereinbarungen beim Grundstückskaufvertrag-Zugleich Anmerkungen zum Urt. des BGH v. 6. 11. 2015 - V ZR 78/14, DNotZ 2016, 323.
- Dauner-Lieb, Barbara (Herausgeber, Autor, Adapter)/ Heidel, Thomas (Herausgeber, Autor), AnwaltKommentar BGB. Gesamtausgabe. Bd 2. Schuldrecht, 2005.
- Dauner-Lieb, Barbara/ Konzen,Horst/Schmidt, Karsten: Das neue Schuldrecht in der Praxis, Akzente - Brennpunkte – Ausblick, Köln 2003.
- Dauner-Lieb, Barbara/ Langen, Werner (Hrsg): Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2/1 und 2/2: Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht BGB, 2. Aufl. , Baden-Baden 2012.
- Dauner-Lieb, Barbara/ Thiessen, Jan: Garantiebeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechtsreform, ZIP 2002, 108.
- Derleder, Peter: Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht, NJW 2004, 969.
- Ehmann, Horst/ Sutschet, Holger: Schadensersatz wegen kaufrechtlicher Schlechtleistungen - Verschuldens- und/oder Garantiehaftung?, JZ 2004, 62.
- Eidenmüller, Horst: Rechtskauf und Unternehmenskauf, ZGS 2002,290

Emmerich, Volker: Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Auflage, München, 2005.

Emmerich, Volker: Immobilienkauf- Abschluss eines Beratungsvertrages- Umfang der Beratungspflicht, insbesondere Berücksichtigung des gesamten in den Folgejahren absehbaren Reparaturaufwands, Jus 2004, 622.

Emmerich, Volker, Das Verhältnis der Gewährleistungsregeln bei Kauf und Miete zur c.i.c., in: Harrer, Friedrich [Hrsg.], Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag Besonderes Vertragsrecht - aktuelle Probleme, Zürich, 2002.

Emmert, Reinhold: Vereinbarte Beschaffenheit der Kaufsache und Haftungsausschluss des Verkäufers, NJW 2006, 1765.

Ernst, Wolfgang/ Gsell, Beate: Kaufrechtsrichtlinie und BGH, ZIP 2000, 1410

Faust, Florian: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 6. 11. 2015 – V ZR 78/14 (OLG Celle), JZ 2016, 1012.

Faust, Florian: Anmerkung zum Urteil des BGH, Urteil v. 7.6.2006 –VIII ZR 209/05, JZ 2007, 101.

Fischinger, Philipp S./ Lettmaier, Saskia: Sachmangel bei Asbestverseuchung – Anwendbarkeit der c.i.c. neben den §§ 434ff. BGB, NJW 2009, 2496.

Fleischer, Holger: Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlussbezogener Aufklärungspflichten, München 2001.

Flume, Werner: Gesetzesreform der Sachmängelhaftung beim Kauf?, AcP 193(1993), 89.

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Bd, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin 1992.

Gaul, Björn: Schuldrechtsmodernisierung und Unternehmenskauf, ZHR 166(2002), 35.

Gebauer, Martin/ Wiedmann, Thomas: Zivilrecht unter europäischem Einfluss, die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze - Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen, 2. Aufl., Stuttgart 2010.

Gottwald, Peter: Die Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1982, 877.

Grigoleit, Hans Christoph: Vorvertragliche Informationshaftung, München 1997.

Grigoleit, Hans Christoph / Herresthal, Carsten: Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht, JZ 2003, 118.

Gronstedt, Sebastian/ Jürgens, Stefan: Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht, ZIP 2002,52.

Gruber, Urs Peter: Neues Kaufrecht-Umsatz- und Ertragsangaben beim Unternehmenskauf, MDR 2002, 433.

Gsell, Beate: Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung, JZ 2001, 65.

Hüblein, Martin: Der Beschaffenheitsbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kaufrecht, NJW 2003, 388.

Henssler, Martin/ Westphalen, Friedrich Graf von: Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Auflage, Köln 2002.

Herrler, Sebastian: Gefahr unbemerkter Beschaffenheitsvereinbarungen im Immobilienkaufvertrag, NJW 2016, 1767.

Huber, Ulrich, Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts, AcP 202(2002), 179.

Huber, Peter/ Faust, Florian: Schuldrechtsmodernisierung, München 2002.

Jhering, Rudolf von: Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, in: Jherings Jahrbücher = Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 4 (1861).

Kersting, Christian: Die Rechtsfolge vorvertraglicher Informationspflichtverletzungen – Vertragsaufhebungsanspruch oder „Minderung“ aus c.i.c.?, JZ 2008, 714.

Kindl, Johann: Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung, WM 2003, 409.

Kircher, Wolfgang, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Mohr Siebeck 1998.

Köhler, Helmut: Zur Funktion und Reichweite der gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse, JZ 1989, 761.

Köster, Eva: Konkurrenzprobleme im neuen Kaufmängelrecht, Jura 2005, 145.

Kreuzer, Karl: Culpa in contrahendo und Verkehrspflichten. Ein

rechtsvergleichender Beitrag zur Begrenzung der Haftung nach Vertragsrecht, Würzburg 1971.

Krüger, Wolfgang/ Hertel, Christian: Der Grundstückskauf, höchstrichterliche Rechtsprechung und notarielle Gestaltungshinweise, 9. Aufl., Köln 2008.

Krüger, Ulrich: Aufklärung und Beratung bei Kapitalanlagen – Nebenpflicht statt Beratungsvertrag, NJW 2013, 1845.

Kulke, Ulrich: Arglist und Kauf, ZGS 2007, 89.

Lorenz, Egon [Hrsg.]: Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, Karlsruhe, 2003.

Lorenz, Stephan: Fünf Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung, NJW 2007, 1.

Lorenz, Stephan/ Riehm, Thomas : Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002.

Lorenz, Stephan: Anm. BGH Urt. v. 11.11.2011 – V ZR 245/10, LMK 2012, 327759.

Mansel, Heinz-Peter: Die Neuregelung des Verjährungsrechts, NJW 2002, 89.

Martinek, Michael: Zur Kenntnis des Bereicherungsschuldners vom Rechtsgrundmangel als Voraussetzung seiner verschärften Haftung, JZ 1996, 1099.

Mertens, Bernd: Culpa in contrahendo beim zustande gekommenen Kaufvertrag nach der Schuldrechtsreform, AcP 203(2003), 818.

Müller, Gerd: Die Konkurrenz von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung im neuen Schuldrecht, in: Häuser, Franz (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, 199.

Müller, Gerd: Zur Haftung des Verkäufers von GmbH-Anteilen für falsche Auskünfte über den Wert des Unternehmens, ZIP 2000, 817.

Musielak, Hans-Joachim: Grundkurs BGB, eine Darstellung zur Vermittlung von Grundlagenwissen im bürgerlichen Recht mit Fällen und Fragen zur Lern- und Verständniskontrolle sowie mit Übungsklausuren, 10. Aufl., München 2007.

Oechsler, Jürgen: Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Tübingen 2017.

Oetker, Hartmut /Maultzsch, Felix: Vertraglich Schuldverhältnisse, 2. Auflage,

Berlin 2004.

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage, München, 2014.

Redeker, Philipp: Die Verkäuferhaftung beim Unternehmens- und Grundstückskauf, Die Grenzziehung zwischen Gewährleistungsrecht und Informationshaftung, NJW 2012, 2471.

Redeker, Philipp: Beschaffenheitsbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung beim Kauf, Diss. München, 2011.

Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus: Kaufrecht, einschließlich Abzahlungsgeschäfte, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Eigentumsvorbehalt, Factoring, Fernabsatzverträge und elektronischer Geschäftsverkehr, finanzierte Kaufverträge, Haustürgeschäfte, Leasing, Pool-Vereinbarungen, Produzentenhaftung, Teilzeit-Wohnrechteverträge (Time-sharing), UN-Kaufrecht und Verbrauchsgüterkaufverträge, 7. Auflage, Luchterhand, 2004.

Reischl, Klaus: Grundfälle zum neuen Schuldrecht, JuS 2003, 1076.

Reithmann, Christoph/ Martiny, Dieter: Internationales Vertragsrecht, das internationale Privatrecht der Schuldverträge, 7. Aufl., Köln 2010.

Reithmann, Christoph: Anmerkung zum BGH, Urteil vom 1. 2. 1985 - V ZR 180/83, DNotZ 1986, 78.

Rösler, Hannes, Arglist im Schuldvertragsrecht, AcP 207(2007), 565.

Roth, Herbert: Standzeit von Kraftfahrzeugen als Sachmangel, NJW 2004, 330.

Roth, Herbert: Anm. zu BGH, Urteil v. 24. 3. 2006 – V ZR 173/05 (OLG Oldenburg), JZ 2006, 1026.

Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland; Oetker, Hartmut; Limperg, Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage 2016, München.

Schaub, Renate: Beratungsvertrag und Sachmängelgewährleistung nach der Schuldrechtsmodernisierung, AcP 202(2002), 758.

Schmidt-Rantsch, Jürgen: Aufklärungspflichten beim Verkauf von Immobilien, ZfIR 2004, 569.

Schröcker, Stefan: Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform, ZGR 2005, 63.

Schulze, Reiner (Schriftleitung): Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar (HK-BGB/Reiner Schulze), 9. Aufl. 2016.

Schulze, Reiner/ Ebers, Martin: Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 462.

Schulze, Reiner/ Schulte-Nölke, Hans [Hrsg.]: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen, 2001.

Schwarze, Roland: Das Recht der Leistungsstörungen, Berlin, 2008.

Siebert, Wolfgang (Hrsg.): Soergel-Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht, 10. Aufl., Stuttgart 1967.

Staudinger, Julius von (Begr.): Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-480 Kaufrecht, Berlin 2014

Staudinger, Julius von (Begr.): Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-487 Leasing, Berlin 2004

Stoll, Hans: Zum Schadenersatz wegen Verschuldens bei Vertragsschluss JZ 1999, 93.

Stoll, Hans: Haftungsfolge fehlerhafter Erklärungen beim Vertragsschluss, in: Jayme, Erik (Hrsg.), Ius inter nationes, Festschrift für Stefan Riesenfeld aus Anlass seines 75. Geburtstages, Heidelberg 1983.

Stürner, Rolf (Hrsg.): Jauernig, Kommentar zum BGB 16. Auflage, München 2015.

Tiedtke, Klaus: Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus Verschulden beim Vertragsabschluss wegen fehlender Aufklärung, JZ 1989, 569.

Triebel, Volker / Hölzle, Gerrit: Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge, BB 2002, 521.

Tröger, Tobias: Grundfälle zum Sachmangel nach neuem Kaufrecht, JuS 2005, 503.

Vuia, Mihai: Der Sachmangel bei Kaufverträgen über Gebrauchtwagen, DS 2015, 111.

Walther, Angelika: Gebrauchtwagenkauf und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz,

Diss. Würzburg, 2009.

Weber, Johannes: Zwischen Form und Haftung: Beschaffenheitsangaben des Verkäufers im Vorfeld von Grundstückskaufverträgen, RNotZ 2016, 650.

Weiler, Frank: Culpa in contrahendo, Anfechtung und Kaufrecht- alte Konkurrenzfragen in neuem Licht, ZGS 2002, 249, 255.

Weitnauer, Wolfgang: Der Unternehmenskauf nach neuem Kaufrecht, NJW 2002, 2511.

Westermann, Harm Peter (Hrsg.): Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 7. Auflage, Münster: Aschendorf 1981.

Westermann, Harm Peter (Hrsg.): Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar 14. Auflage, Münster: Aschendorf 2014.

Wilburg, Walter: Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, Graz 1950.

Wolf, Manfred/Kaiser, Jochen: Die Mängelhaftung beim Unternehmenskauf nach neuem Recht, DB 2002, 412.