

THOMAS ACKERMANN

Der Schutz des
negativen Interesses

Jus Privatum

122

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 122



Thomas Ackermann

Der Schutz des negativen Interesses

Zur Verknüpfung von Selbstbindung
und Sanktion im Privatrecht

Mohr Siebeck

Thomas Ackermann, geboren 1966, Studium in Bonn und Cambridge, 1997 Promotion und 2004 Habilitation an der Universität Bonn, seit 2004 Ordinarius an der Universität Erlangen-Nürnberg.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-151199-8

ISBN 978-3-16-148823-8

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2004 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn als Habilitationsschrift angenommen. Ihr Anliegen, privatrechtliche Systembildung so zu betreiben, daß darin die Legitimität dieses Rechtsgebiets in einer Gesellschaft deutlich wird, die weder durch dessen antike Herkunft noch durch dessen naturrechtliche Überhöhung zu beeindrucken ist, beschäftigt mich nach wie vor. Zweifel an der Richtigkeit einiger Überlegungen haben mich zunächst mit der Veröffentlichung zögern lassen. Allerdings ist in den großen Fragen dieser Untersuchung mehr Gewißheit wohl nicht zu haben. Irrtümer in der einen oder anderen kleineren Frage dürften meinen Versuch, zur Entwicklung einer theoretisch reflektierten Zivilrechtsdogmatik beizutragen, nicht völlig entwerten. Für die Publikation, die ich vor diesem Hintergrund wage, habe ich die wichtigsten Entwicklungen in Wissenschaft und Rechtsprechung seit 2004 ohne Anspruch auf Vollständigkeit nachgetragen. Ohnehin ist diese Arbeit nicht darauf angelegt, sich das Prädikat einer umfassenden Materialaufbereitung zu verdienen, sondern auf die Begründung und Durchführung einer These, die – auch dem eiligen Leser des Vorworts leicht zugänglich – gleich auf der ersten Seite der Einleitung zu finden ist.

Die Anfertigung dieser Studie war mir nur möglich, weil mir mein verehrter Lehrer, Herr Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M., während meiner Assistentenjahre größtmögliche Freiheit gewährte. Hierfür bin ich ihm überaus dankbar. Auch wenn Thema und Stil der Arbeit sie nicht als Werk seiner Schule ausweisen, ist sie durch sein Vorbild geprägt. Dank schulde ich darüber hinaus Herrn Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M., für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, das mir wertvolle Hinweise gegeben hat. Einschließen in meinen Dank möchte ich auch meine früheren Kolleginnen und Kollegen am Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Bonn sowie die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter meines Lehrstuhls an der Universität Erlangen, welche die Mühe auf sich genommen haben, das Sachverzeichnis anzufertigen. Nicht zuletzt möchte ich meinen Eltern, Ursula und Karl Hans Ackermann, herzlich dafür danken, daß sie meine wissenschaftlichen Lehrjahre mit großer Geduld und mehr Vertrauen begleitet haben, als gerechtfertigt war.

Gewidmet ist dieses Buch meiner Frau Dr. Sonja Ackermann, M.Jur., die mich es nie zu wichtig nehmen ließ.

Erlangen, im März 2007

Thomas Ackermann

Inhaltsübersicht

§ 1 Problemaufriß	1
-----------------------------	---

Erster Teil

Rechtspolitische Grundlagen

§ 2 Überblick	23
§ 3 Die Theorie der Haftung auf das negative Interesse in den Traditionen <i>Jherings</i> und <i>Fullers</i>	25
§ 4 Die Legitimation privatrechtlicher Selbstbindung: Vom Abbild des Versprechens zum Instrument der Freiheitssicherung	64
§ 5 Die Schutzwürdigkeit des negativen Interesses	138
§ 6 Der Schutz des negativen Interesses in Abgrenzung zum Schutz des positiven Interesses.	174
§ 7 Der Schutz des negativen Interesses in Abgrenzung zum Verzicht auf privatrechtlichen Erwartungsschutz	201
§ 8 Ergebnisse des ersten Teils	244

Zweiter Teil

Rechtssystematische Umsetzung

§ 9 Überblick	251
§ 10 Umfang und Grenzen der Ersatzfähigkeit des negativen Interesses . .	252
§ 11 Der Schutz des negativen Interesses bei wirksamen obligatorischen Rechtsgeschäften	349
§ 12 Der Schutz des negativen Interesses bei unwirksamen obligatorischen Rechtsgeschäften	433
§ 13 Der Schutz des negativen Interesses jenseits des Rechtsgeschäfts: Vor- und außervertragliche Selbstbindung	487
§ 14 Ergebnisse des zweiten Teils	546
Literaturverzeichnis	551
Sachverzeichnis	575

Inhaltsverzeichnis

§ 1 <i>Problemaufriß</i>	1
I. Zum Anliegen der Untersuchung	1
1. Dogmatische Bruchstellen	2
a) Rechtsgeschäftliche Haftung und der Schutz des Erfüllungsinteresses.	2
b) Gesetzliche Haftung und der Schutz des Vertrauens- interesses	5
2. Privatrechtstheoretische Defizite	8
3. Vorgehensweise: Von der Politik zum System der Haftung auf das negative Interesse.	10
II. Zur Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands	11
III. Zur Präzisierung der Fragestellung	17

Erster Teil

Rechtspolitische Grundlagen

§ 2 <i>Überblick</i>	23
§ 3 <i>Die Theorie der Haftung auf das negative Interesse in den Traditionen Jherings und Fullers</i>	25
I. <i>Jherings</i> Lehre und ihre wissenschaftliche Weiterentwicklung: Die außervertragliche Konzeption der Haftung auf das negative Interesse	26
1. <i>Jherings culpa in contrahendo</i>	26
a) Die »empfindliche Lücke« im Haftungsrecht und das Willensdogma	27
b) <i>Jherings</i> Verständnis der Haftung auf das negative Interesse	32
2. Zur Rezeption <i>Jherings</i>	35
a) Die gemeinrechtliche Diskussion	35
aa) Die Erklärungstheorie <i>Bährs</i>	35
bb) <i>Windscheids</i> Rekurs auf die bona fides	37

b) Die Entwicklung unter dem BGB	40
II. <i>Fullers</i> Lehre und ihre wissenschaftliche Weiterentwicklung: Die vertragsimmanente Konzeption der Haftung auf das negative Interesse	44
1. <i>Fullers</i> »reliance interest« als Maßstab für den vertraglichen Schadensersatz	44
a) Das klassische amerikanische Vertragsrecht bei <i>Holmes</i> und <i>Williston</i>	45
aa) Die »objektive Willenstheorie«	45
bb) Die Bargain-Theorie	47
b) <i>Fullers</i> Gegenentwurf.	49
aa) Implikationen des Willensprinzips für das Sanktions- problem	51
bb) Der Versuch einer »ökonomisch-juristischen« Lösung des Sanktionsproblems	53
2. Zur Rezeption <i>Fullers</i>	56
a) »Socio-legal studies«: Vertragsbruchsanktionen als Instrumente zur Verwirklichung gesamtgesellschaftlicher Ziele.	57
b) Ökonomische Analyse des Rechts: Vertragsbruch- sanktionen als Anreize zu effizientem Verhalten.	59
III. Folgerungen für das weitere Vorgehen.	61
§ 4 <i>Die Legitimation privatrechtlicher Selbstbindung: Vom Abbild des</i> <i>Versprechens zum Instrument der Freiheitssicherung</i>	64
I. Vorüberlegung: Das formale Muster autonomer Bindung.	65
II. Von der versprechensethischen zur funktionalistischen Sicht privatrechtlicher Selbstbindung	68
1. Die Dominanz versprechensethischer Tendenzen in den Rechtsgeschäftskonzepten der jüngeren deutschsprachigen Zivilrechtswissenschaft.	69
a) Varianten subjektivierender Rechtsgeschäftslehren	70
aa) Zur Aktualität des Willensprinzips in der deutschen Dogmatik	70
(1) Die Geltungstheorie.	71
(2) Die Lehre <i>Flumes</i>	72
(3) Neuere Varianten willenstheoretisch orientierter Lehren	73
bb) Die versprechensethische Legitimation der Rechtsgeschäftslehre als Hintergrund	74

b) Varianten objektivierender Rechtsgeschäftslehren	78
aa) Versprechensethisch vermittelte Legitimität: Normativierung oder Ergänzung des Selbst- bestimmungsgedankens	79
(1) Normativierung der Selbstbestimmung	79
(2) Ergänzung der Selbstbestimmung	81
bb) Funktionalistisch vermittelte Legitimität: Die Lehre von der sozialen Selbstbindung	83
(1) Darstellung	83
(2) Kritik	85
c) Fazit	87
2. Die Überwindung der versprechensethischen Legitimation privatrechtlicher Selbstbindung in der neuzeitlichen Rechtsphilosophie	88
a) Das Grundproblem: Legitimation privatrechtlicher Selbstbindung in einer pluralistischen Gesellschaft	88
b) Vertragliche Bindung kraft Teilhabe an göttlicher Vernunft (<i>Grotius</i>)	89
c) Vertragliche Bindung als Konsequenz des Postulats der praktischen Vernunft (<i>Kant</i>)	91
aa) Die Unzulänglichkeit des kategorischen Imperativs zur Begründung der Verbindlichkeit von Verträgen	92
(1) Das Sittengesetz	92
(2) Das Rechtsgesetz	94
bb) Die ergänzende Heranziehung des Vernunftpostulats	95
cc) Folgerungen für die Lösung des Legitimations- problems	97
d) Vertragliche Bindung als wechselseitige Anerkennung von Eigentümern (<i>Hegel</i>)	100
aa) Der Vertrag als Teil des abstrakten Rechts.	101
(1) Die Person	101
(2) Das Eigentum	102
(3) Der Vertrag	103
bb) Folgerungen für die Lösung des Legitimations- problems	105
e) Die Politik privatrechtlicher Selbstbindung nach dem Ende der versprechensethischen Legitimation	107
aa) Abschied vom privatrechtlichen Moralismus	107
bb) Hinwendung zum privatrechtlichen Funktionalismus	107
III. Die privatrechtliche Selbstbindung als Instrument der Freiheitssicherung	110
1. Stabilisierungsleistung und Freiheitsgedanke	110

2. Markt und privatrechtliche Selbstbindung	112
a) Freiheitssicherung durch die soziale Institution »Markt«	112
b) Die auf Märkten agierende Person als homo oeconomicus	114
c) Die privatrechtliche Selbstbindung als Lösung des Kooperationsproblems	117
aa) Die Anreizfunktion privatrechtlicher Selbstbindung.	117
bb) Alternative Sanktionen für Selbstbindungstatbestände.	120
cc) Alternative Lösungen des Kooperationsproblems	121
3. Selbstbindung jenseits des Marktes	123
a) Erscheinungsformen	123
aa) Selbstbindung im Kontext familiärer, affektiver oder geselliger Beziehungen.	124
bb) Selbstbindung im Kontext staatlicher Steuerung	126
b) Theoretische Einbindung.	129
aa) Übertragbarkeit einer marktfunktionalen Selbst- bindungskonzeption.	129
bb) Positive Grenzen	130
cc) Normative Grenzen	130
c) Die marktbezogene Selbstbindung als Leitbild für das Privatrecht	132
4. Zur Vereinbarkeit des hiesigen Ansatzes mit den Vorgaben des Grundgesetzes	133
a) Das Menschenbild des Grundgesetzes	133
b) Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Privat- autonomie	134
IV. Fazit.	136
§ 5 <i>Die Schutzwürdigkeit des negativen Interesses</i>	138
I. Die Steuerung der Produktion normativer Erwartungen als Aufgabe des Haftungsrechts	138
II. Zur Ökonomik des Versprechens: Schadensrisiko und Schadens- vermeidung.	141
1. Kosten und Nutzen des Versprechens für den Versprechens- empfänger	141
2. Schadensvermeidung durch den Versprechenden und durch den Versprechensempfänger	144
3. Effizienz der Schadensvermeidung	146
III. Die Legitimation der Haftung auf das negative Interesse	149
1. Das Problem adverser Selektion	149

a) Informationsasymmetrie als Ursache	150
b) Marktversagen als Folge	152
2. Haftungsrechtliche Anreize als Lösung	153
a) Haftungsbegründung	154
aa) Arglisthaftung?	155
bb) Verschuldens- oder Garantiehaftung?	156
b) Haftungsbegrenzung	158
aa) Kenntnis oder Erkennbarkeit des Nichterfüllungs- risikos für den Versprechensempfänger	158
bb) Fehlende Erkennbarkeit der Vertrauenskosten für den Versprechenden.	159
cc) Ineffiziente Vertrauensinvestitionen	160
3. Vertrauenskosten und negatives Interesse	164
IV. Vom Versprechen zur Produktion zurechenbarer normativer Erwartungen	166
1. Normativitätsstiftendes Verhalten	167
2. Die Zurechnung normativer Erwartungen	170
V. Fazit.	173
§ 6 <i>Der Schutz des negativen Interesses in Abgrenzung zum Schutz des positiven Interesses</i>	174
I. Die Relevanz der Unterscheidung zwischen negativem und positivem Interesse	174
II. Die Überlegenheit der Sanktionen zum Schutz des positiven Interesses im »Grundfall« vertraglicher Leistungsbeziehungen	176
1. Anreize im Stadium der Vertragserfüllung.	178
a) Effiziente Erfüllungsentscheidung des Schuldners.	179
b) Effiziente Investitionsentscheidung des Schuldners	181
c) Effiziente Investitionsentscheidung des Gläubigers	183
2. Anreize im Stadium des Vertragsabschlusses	184
III. Die Erforderlichkeit der Haftung auf das negative Interesse als Sanktion für Selbstbindungstatbestände	186
1. Unterkompensation des Gläubigers durch den Ersatz des positiven Interesses	187
2. Übermäßige Belastung des Schuldners durch den Ersatz des positiven Interesses	191
a) Drosselung normativitätsstiftenden Verhaltens	191
b) Unangebrachter Erfüllungsanreiz	196

aa) Ineffizienz wegen externer Kosten	197
bb) Ineffizienz wegen Fehlsteuerung der Parteien.	198
IV. Fazit.	200
§ 7 <i>Der Schutz des negativen Interesses in Abgrenzung zum Verzicht auf privatrechtlichen Erwartungsschutz</i>	201
I. Die Unterscheidung zwischen marktformiger und nicht marktformiger Kooperation	201
II. Normativitätsstiftendes Verhalten im zeitlichen Kontext der Vertragsanbahnung	204
1. Die Erforderlichkeit vorvertraglichen Erwartungsschutzes	206
a) Zur Effizienz vorvertraglicher Vertrauensinvestitionen	206
b) Fehlende Haftung als »penalty default rule«	207
2. Möglichkeiten vorvertraglichen Erwartungsschutzes.	210
a) Der Schutz des positiven Interesses durch vorkonsensuale rechtsgeschäftliche Bindung	211
b) Der Schutz des negativen Interesses durch außerrechts- geschäftliche Abbruchhaftung	212
aa) Erwartungsschutz aufgrund heteronomer Bindung des anderen Teils: Haftungsrechtliche Verlagerung des Investitionsrisikos	212
bb) Erwartungsschutz aufgrund autonomer Bindung des anderen Teils: Normativitätsstiftende Verhandlungs- äußerungen als Haftungsgrund.	215
3. Vom nicht abgeschlossenen zum nicht erwartungsgerechten Vertrag.	218
III. Normativitätsstiftendes Verhalten im sozialen Kontext außerrechtlicher Sanktionsmechanismen	221
1. Erscheinungsformen außerrechtlicher Kooperationssicherung	222
a) Das Gewissen als moralischer Steuerungsmechanismus.	222
b) Die sich selbst durchsetzende Kooperation als sozialer Steuerungsmechanismus	223
aa) Theoretische Grundlagen	224
bb) Tatsächliche Verbreitung	228
2. Das Verhältnis der privatrechtlichen zur außerrechtlichen Kooperationssicherung.	232

a) Sanktionsauswahl bei sich selbst durchsetzender Kooperation im »Grundfall« vertraglicher Leistungsbeziehungen	233
aa) Anreize für den Schuldner	234
bb) Anreize für den Gläubiger	236
b) Folgerungen für die Formulierung privatrechtlicher Selbstbindungstatbestände	238
aa) Probleme der Bezifferung außerrechtlicher Sanktionen	238
bb) Probleme der Wirksamkeit außerrechtlicher Sanktionen	241
IV. Fazit.	243
§ 8 Ergebnisse des ersten Teils	244

Zweiter Teil

Rechtssystematische Umsetzung

§ 9 Überblick	251
§ 10 Umfang und Grenzen der Ersatzfähigkeit des negativen Interesses	252
I. Grundlagen der Bestimmung des Vertrauensschadens.	253
1. Ziel und Mittel der Ersatzleistung.	254
a) Das Ziel der Ersatzleistung: Die Herbeiführung des gegenwärtigen hypothetischen Zustands ohne Schadensereignis	254
b) Die Art und Weise der Ersatzleistung.	258
aa) Geldentschädigung.	258
bb) Naturalrestitution	261
2. Schadenszurechnung	264
a) Äquivalente Kausalität	265
b) Schutzzweckzusammenhang.	266
c) Adäquater Zusammenhang?	270
3. Fragen der Beweislast.	272
a) Die Ursächlichkeit der Erklärung des Schuldners für die Vertrauensdisposition des Gläubigers	272
aa) Beweismaßreduzierung nach § 287 ZPO.	273
bb) Anscheinsbeweis	275
cc) Beweislastumkehr	276
b) Hypothetischer Gewinn	277
c) Hypothetischer Verlust.	279

II. Einzelne Schadenspositionen	279
1. Nutzlose Aufwendungen.	280
a) Aufwendungen nach Vertragsschluß	281
aa) Aufwendungen im notwendigen Zusammenhang mit einem vertraglichen Leistungsaustausch.	282
bb) Sonstige im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung getätigte Aufwendungen.	285
b) Aufwendungen anlässlich des Vertragsschlusses	289
c) Aufwendungen vor Vertragsschluß	292
aa) Divergenzen im Common Law	292
bb) Nutzlose vorvertragliche Aufwendungen als Teil des negativen Interesses	293
cc) Zur Abgrenzung: Nutzlose vorvertragliche Aufwendungen als Bemessungsgrundlage für das positive Interesse	296
2. Entgangener Gewinn	297
a) Die Vereinbarkeit des Gewinnersatzes mit dem Schutz- zweck der Haftung	297
b) Das Verhältnis des Gewinnersatzes zum Aufwendungs- ersatz	301
3. Aufhebung und Rückabwicklung nicht erwartungsgerechter Verträge	303
a) Die bisherige Diskussion im Licht der Schuldrechtsreform aa) Die Kodifikation der c.i.c.	305
bb) Zur Bedeutung der §§ 282, 324 BGB	307
b) Das Verhältnis der schadensrechtlichen Vertragsaufhebung und -rückabwicklung zur Anfechtungsregelung.	308
4. Anpassung nicht erwartungsgerechter Verträge	312
a) Die Vertragsanpassung als Ersatz des negativen Interesses 314	
b) Der Ersatz des »positiven Schadens« in Gestalt der Wert- differenz zwischen Leistung und Gegenleistung.	317
c) Der Ersatz des entgangenen Gewinns in Gestalt der Differenz zwischen tatsächlichem und hypothetischem Ertrag.	320
III. Grenzen der Schadensersatzpflicht	322
1. Die Begrenzung auf den Betrag des positiven Interesses	323
a) Die Begrenzung als Ausdruck des Schutzzwecks der Norm 323	
b) Der Betrag des positiven Interesses	325
c) Der hypothetische Schutz des positiven Interesses.	328
2. Der Ausschluß bei Kenntnis oder Kennenmüssen.	331

a) Haftungsausschluß bei Verschulden des Erklärenden?	333
b) Haftungsausschluß bei Veranlassung des Mangels durch den Erklärungsempfänger?	334
3. Die Berücksichtigung des Mitverschuldens nach § 254 II 1 BGB.	336
a) Die Obliegenheit zur Schadensabwendung oder -minderung	337
b) Die Obliegenheit zur Warnung	339
aa) Schadenstragung bei beidseitig fehlender Vorherseh- barkeit	340
bb) Der für die Beurteilung der Warnobliegenheit relevante Zeitpunkt	342
cc) Zur Konkretisierung der Warnobliegenheit	344
4. Die Begrenzung nach Maßgabe der Angemessenheit in § 1298 II BGB	346
 § 11 <i>Der Schutz des negativen Interesses bei wirksamen obligatorischen Rechtsgeschäften</i>	
I. Grundlagen.	350
1. Das rechtspolitische Anliegen: Vermeidung ineffizienter Unterkompensation.	350
2. Die rechtssystematische Umsetzung im Vergleich.	351
a) Früheres deutsches Schuldrecht	351
aa) Das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für den Ausgleich des negativen Interesses	351
bb) Ausgleich des Kompensationsdefizits durch die Rechtsprechung	353
b) Common Law	356
aa) Der Erfolg des »reliance interest«: Praktische Not- wendigkeit oder theoretische Überzeugungskraft?	357
bb) Folgeprobleme	359
c) Internationale Vertragsrechtsvereinheitlichung	362
aa) UN-Kaufrecht	362
bb) Einheitsvertragsrechte	364
II. Die systematische Einordnung von § 284 BGB	367
1. Ergänzung der Rentabilitätsvermutung bei immateriellem Leistungsinteresse?	369
2. Ersatz des positiven Interesses nach Maßgabe der Frustrations- lehre?	372
a) Einwände im Hinblick auf § 284 BGB.	374
aa) Nichtanwendbarkeit auf deliktische Ansprüche	374

bb)	Beschränkung auf den Ersatz von Aufwendungen, die im Vertrauen auf den Leistungserhalt getätigt wurden	376
cc)	Anknüpfung an die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung	378
b)	Allgemeine Einwände gegen die Frustrationslehre.	380
3.	Partieller Ersatz des negativen Interesses	382
a)	Vorzüge im Vergleich zur Frustrationslehre	383
b)	Einwände im Hinblick auf §284 BGB.	385
aa)	Beschränkung auf den Aufwendungsersatz	385
(1)	Die Begründung der Beschränkung im Regierungsentwurf	386
(2)	Die Erforderlichkeit und Zulässigkeit einer Analogie	388
bb)	Anwendbarkeit bei Vorliegen der §§281, 282 oder 283 BGB.	391
cc)	Unabhängigkeit vom Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Leistungspflicht.	392
dd)	Unabhängigkeit vom Rücktritt	395
ee)	Anwendbarkeit anstelle des »kleinen« Schadensersatzes	398
ff)	Fehlende Begrenzung auf das positive Interesse.	399
4.	Die systematische Einordnung in der Gesamtschau.	400
III.	Der Ersatz des negativen Interesses auf der Grundlage von §284 BGB	402
1.	Die Komplementarität zum Ersatz des positiven Interesses	402
a)	Ersatz des negativen Interesses anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung	402
aa)	Die Anknüpfung an die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung.	402
bb)	Die Alternativität zum Schadensersatz statt der Leistung.	403
(1)	Kombination mit dem Teilersatz des leistungsbezogenen positiven Interesses	405
(2)	Kombination mit dem Ersatz des leistungsübersteigenden positiven Interesses	407
b)	Ersatz des negativen Interesses anstelle des leistungsergänzenden Schadensersatzes?	408
c)	Ersatz des negativen Interesses bei fehlendem Schutz des positiven Interesses?	411
aa)	Nicht zu vertretende nachträgliche Leistungshindernisse	411
bb)	Schuldlos verkannte anfängliche Leistungshindernisse	412
2.	Der ersatzfähige Vertrauensschaden	415

a) Aufwendungen im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung	415
b) Insbesondere: Die Gegenleistung und Verwendungen auf das Leistungsobjekt	416
c) Der entgangene Gewinn aus einem Alternativgeschäft . . .	420
d) Sonstige Schäden	420
3. Der Einwand der Zweckverfehlung aus anderem Grund	421
a) Beweislast und Beweismaß	422
b) Zur Abgrenzung: Der Beweis des Aufwendungszwecks . .	423
c) Die entsprechende Begrenzung der Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns aus einem Alternativgeschäft	424
4. Die Billigkeitsgrenze und der Mitverschuldenseinwand	426
a) Billigkeit als Angemessenheit?	427
b) Billigkeit als Vorhersehbarkeit	428
c) Sonstige Fälle des Mitverschuldens	430
§ 12 <i>Der Schutz des negativen Interesses bei unwirksamen obligatorischen Rechtsgeschäften</i>	433
I. Grundlagen.	434
1. Das rechtspolitische Anliegen: Beseitigung des Erfüllungs- anreizes bei gleichzeitiger Steuerung der Versprechensabgabe	434
2. Die rechtssystematische Umsetzung im Vergleich.	436
a) Das BGB in seiner ursprünglichen Fassung	436
aa) Der Anwendungsbereich der Haftung auf das negative Interesse.	437
bb) Die Voraussetzungen der Haftung auf das negative Interesse.	439
b) Common Law	442
aa) Zur Behandlung der im Vorfeld des BGB diskutierten Fälle	442
bb) Der auf das negative Interesse reduzierte Schutz des Gläubigers	444
c) Internationale Vertragsrechtsvereinheitlichung	448
II. Unwirksamkeit wegen Mängeln des rechtsgeschäftlichen Akts. .	450
1. Willensmängel.	451
a) Gesetzlich geregelte Fälle.	451
aa) Das Fehlen einer Schadensersatzpflicht in den Fällen der §§ 116 S. 2, 117, 123 BGB.	451
bb) Die Anordnung der Schadensersatzpflicht in den Fällen der §§ 118–120 BGB	452
(1) § 118 BGB.	453
(1) § 119 BGB.	454

(2) § 120 BGB.	454
b) Problemfälle	456
aa) Die Erklärung ohne Erklärungsbewußtsein.	456
bb) Die »abhanden gekommene« Willenserklärung.	458
cc) Die vorsätzlich falsch übermittelte Willenserklärung	460
2. Fehlende Vertretungsmacht	460
3. Dissens.	462
4. Formmängel.	463
a) Haftung wegen einer Aufklärungspflichtverletzung?	463
aa) Zum gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung.	463
bb) Die Unvereinbarkeit der Aufklärungspflicht mit der Vertragsfreiheit.	466
b) Haftung wegen der Abgabe einer formnichtigen Erklärung	468
aa) Haftungsausschluß als Konsequenz des von der verletzten Formvorschrift bezweckten Schutzes des Erklärenden.	470
bb) Haftungsausschluß bei schuldloser Unkenntnis des Formerfordernisses?	473
III. Unwirksamkeit wegen fehlender rechtlicher Anerkennung des Rechtsgeschäftsinhalts	475
1. Kritik der Rechtsprechung.	475
2. Dogmatische Rekonstruktion als Erklärungshaftung.	477
a) Die Beteiligung an dem unwirksamen Rechtsgeschäft als Haftungsgrund	477
b) Haftungsausschlußgründe	478
aa) Unvereinbarkeit der Haftung mit dem Normzweck	478
bb) Nicht zu vertretende Unkenntnis des Unwirksamkeitsgrundes auf Seiten des Erklärenden?	479
cc) Kenntnis oder verschuldete Unkenntnis des Unwirksamkeitsgrundes auf Seiten des Erklärungsempfängers	480
c) Der Umfang der Haftung.	481
IV. Unwirksamkeit wegen der Schutzbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts- subjekts.	483
1. Der Schutz des Geschäftsunfähigen.	483
2. Der Schutz des Verbrauchers	484
3. Zur Abgrenzung: Beschränkungen juristischer Personen des öffentlichen Rechts im rechtsgeschäftlichen Verkehr	485

§ 13 <i>Der Schutz des negativen Interesses jenseits des Rechtsgeschäfts: Vor- und außervertragliche Selbstbindung</i>	487
I. Grundlagen	488
1. Das rechtspolitische Anliegen: Sicherung effizienter außervertraglicher Vertrauensinvestitionen	488
2. Die rechtssystematische Umsetzung im Vergleich: Die Verantwortlichkeit für das Scheitern der Vertragsanbahnung im Common Law	490
a) Die Zurückweisung vorvertraglicher Treuepflichten	492
b) Die deliktische Haftung wegen misrepresentation	493
c) Die Selbstbindungshaftung aus promissory estoppel im amerikanischen Common Law	494
aa) »Promise« als Voraussetzung	495
bb) Der Ersatz des »reliance interest« als Rechtsfolge	498
II. Die Haftung für das Scheitern der Vertragsanbahnung	500
1. Kritik der Rechtsprechung im Licht der Schuldrechtsreform.	501
a) Die zweispurige Haftungsbegründung im Rahmen der c.i.c.	501
b) Einwände und Erklärungsansätze im Schrifttum	504
c) Die Kodifikation der c.i.c. als Herausforderung an die Rechtsprechung	506
2. Dogmatische Rekonstruktion als Haftung für vorvertragliche Selbstbindungstatbestände	508
a) Die Begründung der Haftung	508
aa) Verhandlungsaussäuerungen als vorvertragliche Selbstbindung	508
bb) Anforderungen an die Selbstbindung	510
cc) Grenzen der Selbstbindung	514
dd) Sonderbehandlung des Abbruchs von Verhandlungen über formbedürftige Verträge?	516
b) Der Umfang der Haftung	517
aa) Ausschließlicher Schutz des negativen Interesses	517
bb) Haftungsgrenzen	520
III. Die Haftung für nicht erwartungsgerechte Verträge oder Leistungen: Das Beispiel des Sachkaufs	521
1. Die bisherige Rechtsprechung zur Verkäuferhaftung	522
2. Dogmatische Rekonstruktion im Rahmen des neuen Schuldrechts	525
a) Ausgangspunkt	525
b) Heteronom begründete Pflichten im vorvertraglichen Schuldverhältnis	527

c) Autonom begründete Pflichten im vorvertraglichen Schuldverhältnis	529
d) Das Verhältnis der c.i.c. zur vertraglichen Haftung des Verkäufers	531
aa) Die Einordnung der Fragestellung als Konkurrenzproblem	532
bb) Die Differenzierung zwischen heteronom und autonom begründeter Haftung als Lösung	533
3. Ausblick	535
IV. Dritthaftung: Das Beispiel des Sachverständigengutachtens . . .	535
1. Die bisherige Rechtsprechung zur Gutachterhaftung	536
2. Dogmatische Rekonstruktion im Rahmen des neuen Schuldrechts	538
a) Vom Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zur außervertraglichen Selbstbindung	538
aa) Dritthaftung oder Drittberechtigung?	539
bb) Quasi-vertragliche oder quasi-deliktische Haftung? . .	540
b) Folgefragen	542
aa) Anforderungen an den Selbstbindungstatbestand . . .	543
bb) Die Bestimmung des Kreises der Anspruchsberechtigten	543
cc) Möglichkeiten und Grenzen der Freizeichnung	545
 § 14 Ergebnisse des zweiten Teils	 546
 <i>Literatur</i>	 551
<i>Sachverzeichnis</i>	575

§ 1 Problemaufriß

I. Zum Anliegen der Untersuchung

Wer sich vergeblich auf die Einhaltung eines ihm gegebenen Worts verlassen hat, kann auf zweierlei Weise schadlos gestellt werden: Einerseits mag dem Geschädigten, wie *Friedrich Mommsen* mit Blick auf das vertragliche Versprechen einer unmöglichen Leistung formuliert hat, dasjenige gewährt werden, »was er durch das Geschäft erworben hätte. Es ist dies das Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung des Contracts hatte, wenn das der Erfüllung entgegenstehende Hinderniß nicht vorhanden gewesen wäre.« Andererseits kann der Schaden erstattet werden, »welchen der Gläubiger dadurch erlitten hat, daß von dem Geschäft überhaupt die Rede gewesen ist: das Interesse, welches der Gläubiger daran hatte, über die wahre Beschaffenheit der Leistung nicht getäuscht zu sein«¹. Im Anschluß an *Jhering*² wird ersteres, das Erfüllungsinteresse, auch das positive und letzteres, das Vertrauensinteresse, auch das negative genannt. Vor die Entscheidung gestellt, welches von ihnen geschützt werden sollte, wenn ein Vertrag gebrochen wird, neigt man ohne weiteres dem positiven Interesse zu: Weil der Schuldner sein Wort zu halten hat, soll er, wenn er schon nicht gezwungen wird, die versprochene Leistung zu erbringen, zumindest dafür sorgen, daß der Gläubiger in die Vermögenslage versetzt wird, in der er sich aufgrund der Leistung befände. Den Ersatz des negativen Interesses zu gewähren, fällt dagegen schwerer: Es ist auf den ersten Blick nicht recht einzusehen, warum der Gläubiger nur aufgrund des ihm gegebenen Leistungsversprechens das Recht haben sollte, so gestellt zu werden, als ob ihm das Versprechen nicht gegeben worden wäre. Schließlich ist dem Gläubiger nur die Leistung und nicht das Ausbleiben eines Vertrauensschadens versprochen worden. Die Haftung auf das negative Interesse stellt man sich daher nicht als Haftung aufgrund des bloßen Versprechens, sondern als Haftung aufgrund eines davon zu unterscheidenden Fehlverhaltens vor, das dem Schuldner vor oder bei Abgabe seiner Erklärung unterlaufen ist. Die vorliegende Arbeit versucht zu zeigen, daß es sich gerade nicht so verhält: Die Haftung auf das negative Interesse

¹ *Mommsen*, Unmöglichkeit, S. 107. Der Sache nach ist die Unterscheidung, wie auch *Mommsen* anführt, bereits bei *Savigny*, System III, § 138 Anm. d (S. 294f.), anzutreffen.

² *Jhering*, Jher.Jb. 4 (1861), 1, 16, der von positivem und negativem »Vertragsinteresse« spricht.

wird hier als Sanktion für – vertragliche und außervertragliche – Selbstbindungstatbestände entwickelt werden.

1. Dogmatische Bruchstellen

Wenn damit eine rechtsdogmatisch verfestigte Intuition in Frage gestellt wird, so geschieht dies in der Hoffnung, daß eine veränderte Sicht der Verknüpfung von Selbstbindung und Sanktion Problemlösungen besser verstehen oder überhaupt erst akzeptieren hilft, die, obwohl sie offenbar sachgerecht sind, in ein von der konventionellen Auffassung geprägtes Haftungssystem nicht ohne weiteres passen. Die Selbstverständlichkeit, mit der man zum einen die Verletzung vertraglicher Leistungspflichten (abgesehen von der Pflicht zur Naturalerfüllung) mit der Haftung auf das positive Interesse sanktioniert und zum anderen die Haftung auf das negative Interesse auf einen im Vertrauen, im Verkehrsinteresse oder schlicht im »Gesetz«, aber nicht in der Selbstbindung wurzelnden Tatbestand stützt, kann nämlich durchaus Anstoß erregen. Der Anfangsverdacht, der mich dazu veranlaßt hat, von dieser Unterscheidung abzugehen und ein anderes Verständnis der Haftung auf das negative Interesse zu erproben, sei anhand von zwei Bruchstellen der gegenwärtigen Dogmatik des deutschen Zivilrechts substantiiert.

a) Rechtsgeschäftliche Haftung und der Schutz des Erfüllungsinteresses

Die erste Bruchstelle zeigt sich in der Verknüpfung der rechtsgeschäftlichen Haftung mit dem positiven Interesse. Sie ist durch die Schuldrechtsreform zwar nicht geschaffen, aber in die Kodifikation hineingetragen und damit deutlicher als je zuvor sichtbar gemacht worden: Die exklusive Ausrichtung der Schadensersatzhaftung auf das Erfüllungsinteresse ist unvereinbar mit dem Bestreben, dem Gläubiger eines Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung einer Leistungspflicht zu gestatten, *statt* des positiven das negative Interesse ersetzt zu verlangen. Dennoch scheint es ein nahezu unabweisbares Bedürfnis zu sein, dem Gläubiger, der keinen materiellen Nichterfüllungsschaden geltend machen kann, zumindest zum Ersatz der Aufwendungen zu verhelfen, die er im Vertrauen auf die Erfüllung gemacht hat³. Nachdem sich die Rechtsprechung hierzu außerstande gesehen hatte⁴, trägt

³ Davon legen die verschiedenen Ansätze Zeugnis ab, mit denen zahlreiche Stimmen der Literatur vor der Schuldrechtsreform über die Rentabilitätsvermutung hinaus zum (zumindest teilweisen) Ersatz von fehlgeschlagenen Aufwendungen (auch) des mit ideeller Zwecksetzung handelnden Gläubigers gelangen wollten: Für einen (ungeschriebenen) Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses neben dem Rücktritt *Keuk*, Vermögensschaden, S. 160; *Heinrich Stoll*, AcP 131 (1929), 141, 180ff.; für die Möglichkeit, im Fall des Vertragsbruchs statt des positiven das negative Interesse ersetzt zu verlangen, *MünchKomm/Emmerich*, § 325 BGB a.F. Rz. 84, 86; *Georg Müller*, Ersatz entwerteter Aufwendungen, S. 89ff. (für den Fall fehlender oder unverhältnismäßig schwieriger Feststellung des positiven Interesses); *Müller-Laube*, JZ 1995, 538, 542f.; *Staudinger/Otto*, § 325 BGB a.F. Rz. 90; *Schackel*, ZEuP 2001, 248, 250ff.; *Eike Schmidt*, in: FS Gernhuber, S. 423, 429f.; *Soergel/Wiedemann*, Vor § 275 BGB a.F. Rz. 42ff., § 325 Rz. 52f.; *Wie-*

dem im deutschen Recht nunmehr § 284 BGB Rechnung. Bei unbefangener Betrachtung wird dem Gläubiger mit den fehlgeschlagenen Aufwendungen ein Teil des negativen Interesses ersetzt⁵. Gewiß kann man in dem Betrag der Aufwendungen auch den Maßstab für eine Geldentschädigung des immateriellen Nichterfüllungsschadens und damit im Aufwendungsersatz eine Form des Ersatzes des positiven Interesses⁶ sehen⁷. Mit diesem Erklärungsansatz droht man indes auf eine abschüssige Bahn zu geraten, an deren Ende die subjektive Wertschätzung des Gläubigers, wie sie in seinen Aufwendungen zum Ausdruck gekommen ist, zum

demann/Georg Müller, JZ 1992, 467 ff.; mit Bezug auf die Verkäuferhaftung nach den §§ 463, 480 II BGB a.F. auch *Derleder/Abramjuk*, AcP 1990 (1990), 624, 631 ff.; für den Ausschluß der Widerlegung der Rentabilitätsvermutung bei nicht-kommerziellen Verträgen *Marc Leonhard*, AcP 199 (1999), 660, 679 ff. (unter Beschränkung auf vorhersehbare Aufwendungen); *Hans Stoll*, in: FS Duden, S. 641, 658 f. (der den Ersatz nur auf die der Vertragsabwicklung dienenden Aufwendungen erstrecken will; *ders.*, JZ 1987, 517, 519 f.; Haftungsfolgen, S. 322 f.); für den Ersatz der Vertragskosten in analoger Anwendung von § 467 S. 2 BGB a.F. *Hanau/Wackerbarth*, in: FS Kim, S. 205, 224 ff.; für den Ersatz fehlgeschlagener Aufwendungen als Immaterialschaden infolge Abbedingung von § 253 BGB bei einem Vertragszweck, der auf die Befriedigung immaterieller Bedürfnisse gerichtet ist, *Messer/Schmitt*, in: FS Hagen, S. 425, 434 f.; für den Ersatz als »Second best solution« bei Verträgen, die ausschließlich auf Nichtvermögensinteressen gerichtet sind, *Thüsing*, VersR 2001, 285, 296 f.; für den Ersatz nach Maßgabe eines »beweglichen Systems« von Wertungsgesichtspunkten *Schobel*, ERPL 3 (2002), 459, 465 ff.; *ders.*, Ersatz frustrierter Aufwendungen, S. 171 ff. (allgemein), 301 ff. (zu Vertragsverletzungen).

⁴ BGH 10. 12. 1986, BGHZ 99, 182 = JZ 1987, 512 mit (im Ergebnis zustimmender) Anm. *Hans Stoll*; dazu kritisch *Flessner/Kadner*, JuS 1989, 879 ff.

⁵ So *Bamberger/Roth/Grüneberg*, § 284 Rz. 13; *Lorenz*, NJW 2004, 26, 27; *Oechsler*, Schuldrecht BT, § 2 Rz. 256; *Staudinger/Otto*, § 284 Rz. 10; *Hk-BGB/Schulze*, § 284 Rz. 1; *Schwenzer*, in: FS Schlechtriem, S. 657, 665 Fn. 46; *Unholtz*, Ersatz »frustrierter Aufwendungen«, S. 161 ff.; v. *Wilmowsky*, JuS 2002, Beilage 1, S. 15; vgl. auch *Canaris*, DB 2001, 1815, 1816 (»das negative Interesse in der eingeschränkten Form des Aufwendungsersatzes«); *ders.*, in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 5, 50 (nach § 284 BGB sei »nicht jede Art des negativen Interesses ersatzfähig« - Hervorhebung im Original); mehr in Richtung des Ersatzes eines immateriellen positiven Interesses gehend aber *ders.*, DB 2001, 1815, 1820 (der Schaden liege »nicht darin, dass der Gläubiger die Aufwendungen gemacht hat, sondern vielmehr darin, dass ihr Zweck durch den Vertragsbruch des Schuldners verfehlt worden ist, also in ihrer »Frustrierung« - Hervorhebungen im Original). A. A. (kein Fall des Ersatzes des negativen Interesses) *MünchKomm/Ernst*, § 284 Rz. 6; *Gsell*, in: *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, S. 321, 334 ff.; *Schultz*, in: *Schuldrecht* 2002, S. 17, 67 f.; *Stoppel*, Ersatz frustrierter Aufwendungen, S. 51; *Erman/Westermann*, § 284 Rz. 3. Unklar *Emmerich*, in: FS Otte, S. 101, 103 f., der nicht zwischen dem Ersatz des negativen Interesses und der Frustrationslehre unterscheidet (dazu auch unten, § 10 I 2 a).

⁶ Zur terminologischen Klarstellung: Im folgenden Text wird das ideelle Interesse oder, wie man auch sagt, das »Affektionsinteresse« in den Begriff des Interesses einbezogen. Eine Übereinstimmung mit der historischen Herkunft des Begriffs wird damit nicht behauptet: Ob »id quod interest« in der Sprache der römischen Quellen nicht bloß das Geldinteresse, sondern jedes vom Recht geschütztes Interesse bedeutet, wie *Jhering*, *Jher.Jb.* 18 (1880), 1, 78, meinte, sei hier dahingestellt; dazu aus neuerer Zeit etwa *Honsell*, *Quod interest*, S. 153 ff.

⁷ So *MünchKomm/Ernst*, § 284 Rz. 7; *Grundmann*, AcP 204 (2004), 569, 599 ff.; *Gsell*, in: *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, S. 321, 336 f.; *Schultz*, in: *Schuldrecht* 2002, S. 17, 67 f.; *Stoppel*, Ersatz frustrierter Aufwendungen, S. 51; *ders.*; AcP 204 (2004), 81, 87; *Tröger*, ZIP 2005, 2238, 2240 f.; *Weitemeyer*, AcP 205 (2005), 275, 282.

allgemeinen Maß des Schadensersatzes erhoben wird⁸. Es ist deshalb zumindest einen Versuch wert, die Auslegung und, soweit methodisch zulässig, auch die Fortbildung der neuen Vorschrift daran zu orientieren, daß hierin eine – wenn auch rudimentäre – Anerkennung der Haftung auf das negative Interesse als reguläre Nichterfüllungssanktion liegt.

Die Verfasser der Regierungsbegründung zu dieser rechtspolitisch hochumstrittenen⁹ Regelung schreckten allerdings vor dieser Konsequenz zurück und erklärten, »[i]n der Sache« gehe es »bei dem Ersatz frustrierter Aufwendungen nicht eigentlich um ein Schadensersatzproblem, sondern um eine Frage des Aufwendungsersatzes«¹⁰. Doch das ist schwerlich das letzte Wort zu §284 BGB: Dem Gläubiger im Anschluß an die Regierungsbegründung nur den Ersatz seiner Aufwendungen und nicht, wie es beim Ersatz des negativen Interesses der Fall wäre, des entgangenen Gewinns aus einem Alternativgeschäft mit einem Dritten zu gewähren, ist sachlich nicht zu rechtfertigen – beispielsweise wäre, wenn ein Verkäufer aus einem von ihm zu vertretenden Grund nicht leistet, der an dem Kaufgegenstand ideell interessierte Käufer, der mangels flüssiger Mittel zur Kaufpreisfinanzierung ein Darlehen aufgenommen hat und dafür Zinsen zahlen muß, nach §284 BGB ersatzberechtigt, nicht aber der liquide Käufer, der zu diesem Zweck von einer Geldanlage abgesehen und deshalb Zinsen eingebüßt hat. Warum der Unterschied zwischen »Soll« und »Haben« auf dem Konto des Käufers, der allein diese Fälle voneinander trennt, wertungsmäßig relevant sein sollte, ist nicht ersichtlich¹¹. Das Beispiel zeigt: Was zunächst als Lösung für den »hard case« fehlgeschlagener Gläubigeraufwendungen bei ideeller Zwecksetzung seinen Ausgang genommen haben mag, läßt sich nicht ohne Willkür auf diese Konstellation begrenzen, und es ist scheinbar nur noch eine Frage der Exegese und der Gewichtung der Materialien, ob der Wille des Gesetzgebers es gestattet, §284 BGB zu Ende zu denken.

Damit gelangt man zum Ausgangsproblem dieser Untersuchung: Jedenfalls dann, wenn der Gläubiger Aufwendungsersatz anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung nach den §§281–283 BGB verlangt, gründet sich sein Anspruch nur auf ein rechtlich vorwerfbares Verhalten des Schuldners im Zusammenhang mit

⁸ Auf die – von ihm abgelehnte – Konsequenz einer Legitimierung der »Frustrationslehre« auch für das Deliktsrecht hat bereits im Vorfeld der Gesetzgebung *Hans Stoll*, JZ 2001, 589, 596 mit Fn.38a, hingewiesen. Auch *MünchKomm/Ernst*, §284 Rz.23, räumt ein, daß die von ihm vertretene Einordnung von §284 BGB als Immaterialschaftensersatz die gesetzessystematische Frage aufwerfe, warum bei außervertraglicher Verantwortlichkeit kein Ersatz für den Verlust von Aufwendungen verlangt werden könne.

⁹ In der Reformdiskussion zu den mit §284 BGB übereinstimmenden Regelungen in §284 BGB-KF und §284 BGB-RegE teilweise überaus kritisch *Altmeyden*, DB 2001, 1399, 1402ff.; *ders.*, DB 2001, 1821, 1823; *Hans Stoll*, JZ 2001, 589, 595f.; befürwortend hingegen *Canaris*, JZ 2001, 499, 516ff.; *ders.*, ZRP 2001, 329, 333; *ders.*, DB 2001, 1815, 1819f.

¹⁰ BT-Drucks. 14/6040, S.144.

¹¹ Ebenso *MünchKomm/Ernst*, §284 Rz.17.

der *Erfüllung* der Leistungspflicht und nicht mit deren *Begründung*¹². Deshalb erscheint es manchem unerfindlich, warum der Schuldner dazu verpflichtet sein sollte, den Gläubiger so zu stellen, als hätte keine Leistungspflicht bestanden¹³. Diesem Einwand kann nur begegnen, wer bereit ist zu akzeptieren, daß schon das leistungspflichtbegründende Verhalten des Schuldners als solches – etwa sein vertragliches Versprechen – Grundlage einer Haftung sein kann, deren Rechtsfolge der Ersatz des negativen Interesses ist. Dafür soll hier eine Rechtfertigung geboten werden.

b) Gesetzliche Haftung und der Schutz des Vertrauensinteresses

Die zweite Bruchstelle betrifft die Rückführung der Pflicht zum Ersatz des Vertrauensschadens auf einen von der (rechtsgeschäftlichen) Selbstbindung kategorial verschiedenen gesetzlichen (Vertrauens-)Tatbestand. Sie ist altbekannt: Wo die Haftung auf das negative Interesse ihre angestammten Anwendungsfälle hat, nämlich bei unwirksamen Vertragsschlüssen sowie im vor- und außervertraglichen Bereich, führt ihre Einordnung als gesetzliche, nicht durch Selbstbindung begründete Haftung oft nicht weiter als zu kasuistischen Zuordnungen ohne große Erklärungskraft. Soweit man nur auf vergleichsweise eindeutige Tatbestände des geltenden Rechts blickt, ist das praktische Interesse an tieferen Einsichten gewiß nicht groß: So mag man es etwa noch für einen eher akademischen Streit halten, ob die Schadensersatzpflicht des Anfechtenden nach § 122 BGB besser als gesetzliche Haftung für eine dem Erklärenden nach dem Veranlassungs-¹⁴, dem Risiko-¹⁵ oder sogar dem Verschuldensprinzip¹⁶ zurechenbare Schädigung oder als rechtsgeschäftliche Haftung auf Grund des mit der Erklärung gegebenen Worts¹⁷ zu verstehen ist. Verläßt man jedoch den eng begrenzten Bereich kodifizierter Ein-

¹² Bei § 311a II BGB verhält sich dies anders: Hier setzt die Haftung die (vermutete) Kenntnis oder zu vertretende Unkenntnis des Leistungshindernisses bei Vertragsschluß voraus. Daran läßt sich – wie schon bei § 307 BGB a.F. – der Ersatz des negativen Interesses als Rechtsfolge problemlos anschließen.

¹³ *Gsell*, in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 321, 335f. Ebenso mit (kritischem) Blick auf die englische Praxis, »reliance damages« als vertraglichen Schadensersatz zu gewähren, *Preuss*, Vertragsbruch als Delikt, S. 233. In der US-amerikanischen Diskussion um das Vertrauensinteresse als Maßstab für die Haftung wegen promissory estoppel werden vergleichbare Überlegungen vorgetragen: So argumentiert *Slawson*, 76 Cornell L.Rev. 197, 208 (1990), daß die bloße Abgabe eines Versprechens nicht rechtswidrig und der dadurch verursachte Vertrauensschaden daher nicht zu ersetzen sei. »The wrong, rather, is in not performing the promise after the promisee has relied upon it to his detriment. And the only measure of damages that is designed to compensate for this wrong is the expectation measure.« Kritisch dazu *Kelly*, 1992 Wis.L.Rev., 1755, 1802ff. Vgl. auch *Stapleton*, in: The Classification of Obligations, S. 193, 194, welche die Einordnung einer Verpflichtung als vertraglich davon abhängig machen will, daß sie auf den Schutz des Erfüllungsinteresses (in ihrer Begrifflichkeit: »result measure«) zielt.

¹⁴ *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil, § 171 I, II 5 (S. 733f.); *Erman/Palm*, § 122 Rz. 1.

¹⁵ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 481.

¹⁶ *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung, S. 207ff.

¹⁷ *Flume*, Rechtsgeschäft, § 21, 7 (S. 423); *Hans Stoll*, in: FS v. Caemmerer, S. 435, 439.

zelfälle der Haftung auf das negative Interesse, so ist ein erheblicher Bedarf nach klarerer Begründung und Konturierung der Haftung offensichtlich, der durch die Einführung der §§ 241 II, 311 II, III BGB nicht befriedigt worden ist.

Exemplarisch für die Problematik ist die Rechtsprechung zum Abbruch von Vertragsverhandlungen, die den Verhandlungsparteien im Gewande aus Treu und Glauben gewonnener Pflichten eine weitreichende Verantwortung für das Zustandekommen des Vertrags auferlegt hat. Zumindest undurchdacht mutet hier die Konstruktion der Haftung an, wenn unter dem Gesichtspunkt der c.i.c. nicht nur die schuldhafte Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht einer verhandelnden Partei über Abschlußhindernisse oder ihre Absicht zum Verhandlungsabbruch¹⁸, sondern »auch der grundlose Abbruch der Vertragsverhandlungen« als solcher zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichten soll, »wenn derjenige, der die Verhandlungen abbricht, zuvor durch sein Verhalten das Vertrauen geweckt oder genährt hatte, der Vertrag werde mit Sicherheit zustandekommen«¹⁹: Wenn es wirklich der grundlose Abbruch der Verhandlungen sein soll, der zum Schadensersatz verpflichtet, müßte die Wiedergutmachung des Schadens (soweit sich nicht später noch ein Grund zum Abbruch ergeben hätte) in der Herstellung der Lage bestehen, die beim erfolgreichen Abschluß der Verhandlungen durch einen Vertrag bestanden haben würde. Schadensersatz wäre also für das vertragliche Erfüllungsinteresse geschuldet – ein Ergebnis, das der Vertragsabschlußfreiheit des Haftenden zuwiderliefe. Es ist daher nachvollziehbar, aber dadurch allein noch nicht gerechtfertigt, daß in der Regel²⁰ nur das negative Interesse zu ersetzen sein soll.

Der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform hat sich insoweit zwar zurückhalten wollen²¹, aber mit der Kodifikation der c.i.c. unabsichtlich darauf aufmerksam ge-

¹⁸ Beispiele hierfür sind BGH 18.10. 1974, NJW 1975, 43 (ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen könne darin bestehen, »daß der eine Teil schuldhaft – etwa dadurch, daß er eine in Wirklichkeit fehlende Entschlossenheit zum Vertragsabschluß zum Ausdruck bringt oder gegen Aufklärungspflichten verstößt – im anderen Teil das Vertrauen auf das bevorstehende Zustandekommen eines später nicht abgeschlossenen Vertrages erweckt«); 8.6. 1978, BGHZ 71, 386, 396 (bei Vertragsverhandlungen bestehe »regelmäßig die Verpflichtung, den anderen Teil über Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck gefährden und für die Entschließung der Partei von wesentlicher Bedeutung sein können«); übereinstimmend etwa *Grunewald*, JZ 1984, 708, 709; *Küpper*, Scheitern von Vertragsverhandlungen, S.173ff.; *Soergel/Wiedemann*, Vor §275 Rz.135.

¹⁹ BGH 12.6. 1975, NJW 1975, 1774; ebenso etwa BGH 8.6. 1978, BGHZ 71, 386, 395 (zu den Pflichten eines Verhandlungspartners gehöre »auch, daß er die Vertragsverhandlungen nicht grundlos (ohne triftigen Grund, aus sachfremden Erwägungen) abbricht, wenn er zuvor das Vertrauen des anderen Teils, der Vertrag werde mit Sicherheit zustandekommen, erweckt hat«); aus der Lit. zustimmend etwa *Küpper*, Scheitern von Vertragsverhandlungen, S.202ff.; *Palandt/Grüneberg*, §311 Rz.30; *Soergel/Wiedemann*, Vor §275 Rz.136; ablehnend etwa *Flume*, Rechtsgeschäft, §33, 8 (S.617); *Medicus*, in: Gutachten Bd.1, S.479, 497ff.

²⁰ Ausnahmsweise gewährt die Rspr. den Ersatz des positiven Interesses; vgl. etwa BGH 25.11. 1992, BGHZ 120, 281, 284; 8.9. 1998, BGHZ 139, 259, 272; 8.9. 1998, BGHZ 139, 273, 279.

²¹ Ausweislich der Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S.163: »Eine Änderung der

macht, wie schlecht die Abbruchhaftung möglicherweise mit den Fällen vorvertraglicher Schutzpflichtverletzung unter dem gemeinsamen Dach der c.i.c. aufgehoben ist: Die neugeschaffene Anspruchsgrundlage (§ 280 I i. V. m. §§ 241 II, 311 II BGB) setzt einen von der einen Verhandlungspartei zu vertretenden Verstoß gegen die Pflicht zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der anderen Partei voraus. Darunter läßt sich die von der Rechtsprechung entwickelte Haftung, soweit sie über die schuldhaftige Verletzung einer Aufklärungspflicht hinausgeht, nur mit großer Mühe subsumieren²²: Erblickte man etwa im Abbruch der Verhandlungen die Pflichtverletzung des Schuldners und im Fehlen eines triftigen Grundes den Zurechnungsgrund (das Vertretenmüssen nach § 280 I 2 BGB), so gelangte man zum Ersatz des positiven Interesses als Regelsanktion – ein von den Reformern gewiß nicht beabsichtigtes Ergebnis. Dies spornt zu weiterem Nachdenken an.

Eine mögliche Richtung weisen die – bereits lange vor der Schuldrechtsreform diskutierten – Versuche, der Haftung festeren Grund zu geben, indem man den Blick auf die vorvertraglichen Versprechungen lenkte, die in diesen Fällen das Vertrauen des Partners auf den Vertragsabschluß begründen²³. Geht man daran anknüpfend davon aus, daß nicht der Bruch einer Vertragsanbahnungspflicht, sondern die Erklärung, einen Vertrag schließen zu wollen, zum Schadensersatz verpflichten kann, gelangt man zwanglos zum Ersatz des negativen Interesses, nämlich zum Ersatz der durch diese Erklärung verursachten und mit dem Scheitern der Vertragsanbahnung fehlgeschlagenen Aufwendungen sowie zum Ersatz des Gewinns aus anderen Geschäften, deren Abschluß der Geschädigte im Vertrauen auf das Wort seines Gegenübers unterlassen hat und nun nicht mehr nachholen kann. Vorausgesetzt, daß § 284 BGB Ausdruck einer auf den Ersatz des negativen Interesses gerichteten Haftung für rechtsgeschäftliche Selbstbindungen ist, könnte in der so verstandenen Haftung für vorvertragliche Erklärungen deren außerrechtsgeschäftliche Fortsetzung liegen: eine Haftung für Selbstbindungstat-

bisherigen Rechtsprechung, etwa zum grundlosen Abbruch der Vertragsverhandlungen, ist nicht beabsichtigt.«

²² Schwierigkeiten sehen etwa MünchKomm/Emmerich, § 311 Rz. 184f.; Arnold, in: Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, S. 213; Rieble, in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 137, 150, und im Vorfeld der Gesetzgebung Dauner-Lieb, in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 305, 319; Köndgen, in: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 231, 242. A. A. Lorenz/Riehm, Rz. 379, mit der gegenteiligen Behauptung, alle bisher von Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen der c.i.c. ließen sich »mühevoll unter die Kodifizierung subsumieren«.

²³ Als Konzeptionen, die in diese Richtung weisen, seien genannt: die Selbstbindung ohne Vertrag bei Köndgen, Selbstbindung, S. 294 (dort zur Haftung auf das negative Interesse als »Rudiment schuldrechtlicher Erheblichkeit« in Fällen, in denen die nur ganz vorläufige Bereitschaft zum Vertragsabschluß signalisiert wird); die Versprechenshaftung bei Stoll, in: FS Flume, S. 741, 754ff.; die Analogie zu § 122 BGB bei Lorenz, in: FS Ballerstedt, S. 397, 415ff. (vgl. auch den Hinweis in BGH 6. 2. 1969, LM Nr. 28 zu § 276 (Fa.); gegen eine Interpretation dieser Entscheidung in Lorenz' Sinne freilich Nirk, in: 2. FS Möhring, S. 71, 82); die Analogie zu den §§ 1298f. BGB bei Canaris, Vertrauenshaftung, S. 544, und in: 2. FS Lorenz, S. 27, 91.