

Die versicherungsrechtliche
Erfüllungshaftung und das
allgemeine Schuldrecht
nach der
Schuldrechtsmodernisierung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von
Andrea Agnes Pütz
aus Nürtingen

2009

Dekan: Prof. Dr. Hermann Reichold

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Gottfried Schiemann

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Thomas Finkenauer

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Februar 2009

Meinem Vater

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2008/2009 von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Juni 2009 berücksichtigt werden.

Mich mit der nun beinahe ein Jahrhundert alten Haftung zu befassen, zu der bereits zahlreiche Arbeiten erschienen sind, erschien zunächst als unnötig. In Gesprächen mit meinem sehr geschätzten Doktorvater, Herr Prof. Dr. Schiemann in Tübingen, gewann diese Idee jedoch Konturen und wurde schließlich mit der Schuldrechtsmodernisierung aus dem Jahre 2002 verknüpft.

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herr Prof. Dr. Schiemann in Tübingen, der stets Zeit für Fragen, Diskussionen und Anregungen hatte und der nie müde wurde, mich zu ermuntern und zu motivieren. Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Finkenauer in Tübingen, der in kürzester Zeit ein Zweitgutachten anfertigte.

Dank gilt auch meinen Freunden und Kollegen am Lehrstuhl von Prof. Dr. Vogel, insbesondere Jochen Rauber, Nathalie Kotzurek und Dominik Brodowski, die sich stets die Zeit für Diskussionen und für das Korrekturlesen nahmen. Meiner Doktorandengruppe mit Johanna Bätge, Florian Schlenker, Wolf Wegener und Ralf Dietrich danke ich für anregende Diskussionsrunden, neue Impulse und für viele schöne Abende, die uns aus so manchem Motivationstief holten.

Von Herzen danke ich meinem Lebensgefährten Peter Wendt, der mir unermüdlich den Rücken freihielt, auch als juristischer Laie entscheidende Gedankengänge nachvollzog und der sich an die Korrektur der Rohfassung der Arbeit wagte. Seinem Vater Bruno Wendt danke ich für den sprachlichen Feinschliff und das Aufspüren von Fehlern, die zahlreiche Korrekturleser vor ihm nicht sahen.

Liebevoller Dank gilt meinem Vater Heinz-Josef Pütz, der mich vorbehaltlos unterstützt, der an mich glaubt und dessen Freude meine größte Belohnung ist. Ihm ist diese Arbeit gewidmet.

Sindelfingen, im Juli 2009

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	1
§ 2	Hauptteil	2
I.	Fälle der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung.....	2
1.	Historische Entwicklung.....	3
a)	Agentenintervention.....	4
b)	Erfüllungshaftung in heutiger Form	5
c)	Erfüllungshaftung in der bisherigen Rechtsprechung	9
2.	Natur des gewohnheitsrechtlichen Erfüllungsanspruchs	14
a)	Sekundärer Schadensersatzanspruch.....	15
b)	Primärer Erfüllungsanspruch	16
c)	Streitentscheidung.....	16
3.	Fallgruppen.....	18
a)	Überblick	18
b)	Problemfall: Erfüllungshaftung mit vertragsbegründender Wirkung.....	19
c)	Problemfall: Erfüllungshaftung nach Vertragsschluss.....	23
d)	Ergebnis	25
4.	Pflichtverletzung bei der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung	25
a)	Unterscheidung zwischen Vorenthalten der Information und positiver Falschinformation	26
b)	Fallkonstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung	27
c)	Umfang der Informationspflicht des Versicherers	28
d)	Bezugspunkt der Pflichtverletzung	32
e)	Auswirkungen der Aufklärungspflichtverletzung vor Vertragsschluss auf den Versicherungsnehmer	34
f)	Auswirkungen der Aufklärungspflichtverletzung nach Vertragsschluss auf den Versicherungsnehmer	35
g)	Ergebnis	35
5.	Ansätze und Lösungsmöglichkeiten aus dem Bürgerlichen Recht	36
a)	Dissens.....	36
aa)	Auslegung der Willenserklärungen.....	37
bb)	Folgerung: Dissens nach § 155 BGB und Fehlen eines Vertragsschlusses?	39
cc)	Ergebnis	41

b)	Duldungs- oder Anscheinsvollmacht	41
c)	Anfängliche Unmöglichkeit	42
d)	Culpa in contrahendo	43
e)	Vertragliche Haftung.....	43
f)	Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB	43
g)	Ergebnis	44
6.	Lösungsmöglichkeiten aus dem Versicherungsrecht.....	45
a)	§ 5 Abs. 1 und Abs. 3 VVG.....	45
b)	Auge-und-Ohr-Rechtsprechung	49
c)	„Auge-und-Ohr-und-Mund-Rechtsprechung“	51
d)	Haftung nach § 6 Abs. 5 VVG	52
e)	Ergebnis	54
7.	Konkurrenz der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung zu § 5 Abs. 3 VVG	55
a)	Beweislastregelungen	55
b)	Entfallen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung bei erheblichem Verschulden des Versicherungsnehmers	56
c)	Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung nach Genehmigungsfiktion.....	57
d)	Ergebnis	58
II.	Erfüllungshaftung im BGB.....	59
1.	Begriffsklärung positives/negatives Interesse	59
a)	Begriffe des Vermögens- und des Nichtvermögensschadens	59
b)	Berechnung des Vermögens- und des Nichtvermögensschadens nach den §§ 249 ff. BGB: Differenzhypothese	60
c)	Anknüpfungspunkt der Schadensberechnung.....	60
d)	Zum Schadensersatz verpflichtender Umstand im Recht der Sonderverbindungen	61
e)	„Wirtschaftlicher Inhalt“ des positiven und des negativen Interesses	62
f)	Identität von Erfüllungs- und Vertrauensschaden	63
2.	Erfüllungshaftung bei § 311a Abs. 2 BGB	63
a)	Anwendung von § 311a Abs. 2 BGB in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung	64
aa)	Vorliegen von Unmöglichkeit.....	64

bb)	Verschulden der Unkenntnis des Leistungshindernisses	67
cc)	Problem: Inhalt des zustande gekommenen Vertrags.....	68
dd)	Zwischenergebnis	68
b)	Überblick über § 311a BGB.....	69
c)	Tatbestand	70
aa)	§ 311a Abs. 1 BGB.....	70
bb)	§ 311a Abs. 2 BGB.....	71
α)	Verletzung vorvertraglicher Pflichten.....	72
β)	Herbeiführung der Unmöglichkeit.....	75
χ)	Nichterfüllung des Leistungsversprechens.....	75
δ)	§ 311a Abs. 2 BGB als Garantiehafung	77
ε)	Stellungnahme	78
d)	Rechtsfolge des § 311a Abs. 2 BGB	79
e)	Mitverschulden gemäß § 254 BGB und Vorteilsanrechnung	79
f)	Günstigkeit der Lösung über § 311a Abs. 2 BGB.....	80
aa)	Beweislast.....	80
bb)	Anwendung des § 254 BGB	81
cc)	Zwischenergebnis	82
g)	Ergebnis	82
3.	Erfüllungshaftung bei der culpa in contrahendo.....	83
a)	Entwicklung der culpa in contrahendo	83
b)	Voraussetzungen der culpa in contrahendo	87
c)	Grundgedanken der culpa in contrahendo	88
aa)	C.i.c. als Vertrauenshaftung	88
bb)	Kritik an der Vertrauenshaftung.....	90
cc)	Andere Ansätze zur Einordnung der c.i.c.....	92
α)	Lehre vom sozialen Kontakt.....	92
β)	Lehre vom geschäftlichen Interesse	92
χ)	Haftung als Korrelat privatautonomer Gestaltungsmacht.....	93
δ)	Funktionale Ansätze.....	93
dd)	Weitere und eigene Lösungsansätze	94
ee)	Zusammenfassung der eigenen Lösungsansätze.....	98
d)	Rechtsfolgen der culpa in contrahendo	99
aa)	Grundsatz.....	99

bb)	Differenzierung: Pflichten mit und ohne Bezug zum Vertragsschluss ...	101
cc)	Pflichtverletzung im Rahmen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung als Pflicht mit Bezug zum Vertragsschluss	102
dd)	Hypothetische Geschehensabläufe bei vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung	103
ee)	Rechtsprechung: Fälle mit einer Haftung aus c.i.c. auf Vertragsanpassung	103
α)	Überblick	103
β)	Fallgruppen	104
χ)	Ausblick.....	109
ff)	Vertragsanpassung als Rechtsfolge der culpa in contrahendo: Problemaufriss	111
α)	Vertragsanpassung als „Minderung“ bzw. als „Erhöhung“	111
(I)	Gedankengang	111
(II)	Bürgerlich-rechtliche Rechtsprechung zur Relationsverschiebung nach unten („Minderung“)	114
(III)	Bürgerlich-rechtliche Rechtsprechung zur Relationsverschiebung nach oben („Erhöhung“).....	114
(IV)	Versicherungsrechtliche Rechtsprechung zur Relationsverschiebung nach oben („Erhöhung“).....	114
(V)	Ergebnis.....	117
β)	Standortbestimmung	117
χ)	Kritik an der Vertragsanpassung	120
(I)	Natur des Schadens bei der Vertragsanpassung: Vermögens- oder Nichtvermögensschaden	121
(1)	Überblick.....	121
(2)	Vergleich mit dem Strafrecht	123
(3)	Übertragung ins Zivilrecht.....	126
(4)	Zivilrechtliche Argumentation: Vertrag als Schaden	127
(II)	Schadenszurechnung: Theorien der Adäquanz und des Schutzzwecks der Norm	128
(1)	Ermittlung des Schadensumfangs – Kausalität	128
(2)	Adäquanztheorie	131
(3)	Lehre vom Schutzzweck.....	132

(a)	Schutzzweck der verletzen Pflicht (Aufklärungspflicht)	134
(b)	Schutzzweck von Aufklärungspflichten im Allgemeinen/Zusammenhänge des Haftungsrechts	149
(c)	Zwischenergebnis: Schutzzweck bei Aufklärungspflichtverletzungen, die zur Vertragsanpassung führen	160
(4)	Zwischenergebnis zur Frage der Schadensnatur und der Schadenszurechnung	161
(III)	Eingriff in die Privatautonomie bei der Vertragsanpassung	161
(1)	Verfassungsrechtliche Verankerung der Privatautonomie und des Kontrahierungszwangs	162
(2)	Der „allgemeine Kontrahierungszwang“; Kriterien zur Zulässigkeit.....	163
(3)	Fallgruppen der culpa in contrahendo, bei denen in die Privatautonomie eingegriffen wird	164
(4)	Eingriffsintensität in die Privatautonomie bei den einzelnen Fallgruppen.....	167
(a)	Bewertung anhand des Instituts der Störung der Geschäftsgrundlage	168
(b)	Bewertung anhand des Verhältnisses von § 275 Abs. 2 bzw. Abs. 3 zu § 313 BGB.....	169
(c)	Bewertung anhand § 281 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 BGB	171
(d)	Bewertung anhand normativer, allgemeiner Kriterien.....	173
(e)	Zwischenergebnis	175
(5)	Abwägung.....	175
(IV)	Ergebnis.....	177
gg)	Vertragsanpassung nach § 313 BGB, insbesondere § 313 Abs. 2 BGB	177
α)	Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. und als Rechtsfolge der Störung der Geschäftsgrundlage	177
β)	Möglichkeit zur Lösung von Fällen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung über die Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB	178

(I)	Unrichtigkeit von wesentlichen Vorstellungen.....	179
(II)	Subjektive Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 Abs. 1, Abs. 2	179
χ)	Zwischenergebnis	181
hh)	Ergebnis zur Vertragsanpassung als Rechtsfolge der culpa in contrahendo	181
e)	Vorteilsanrechnung.....	181
f)	Culpa in contrahendo in versicherungsrechtlichen Fallgestaltungen	182
aa)	Schutzzweck der Pflicht bei Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung	183
bb)	Vorteilsanrechnung	185
cc)	Ergebnis	189
g)	Verhältnis der culpa in contrahendo bei versicherungsrechtlichen Fallgestaltungen zur versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung	190
aa)	Stellung der Rechtsprechung	191
bb)	Stellung der Literatur	192
α)	Ansatz von <i>Köbler</i>	192
β)	Ansatz von <i>Kollhosser</i>	192
χ)	Ansatz von <i>E. Prölss</i>	193
δ)	Ansatz von <i>Wernink</i>	193
ε)	Ansatz von <i>Hohloch</i>	194
φ)	Ansicht von <i>Rabich</i>	196
γ)	Ansatz von <i>Schlossareck</i>	196
cc)	Eigene Stellungnahme	198
h)	Gesamtergebnis für vorversicherungsvertragliche Aufklärungspflichtverletzungen.....	199
4.	Schadensersatz statt der Leistung gemäß den §§ 280 Abs. 1, 3 in Verbindung mit 281 oder §§ 280 Abs. 1, 2 in Verbindung mit 282 BGB und Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB	201
a)	Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung	201
b)	Anwendungsbereiche der §§ 280 Abs. 1; 280 Abs. 1, 3, 281; 280 Abs. 1, 3, 282	202
c)	Rechtsfolge des § 280 Abs. 1 BGB	204

d)	Ergebnis	204
5.	Störung der Geschäftsgrundlage und Vertragsanpassung, § 313 BGB.....	205
a)	Überblick	206
b)	Entstehungsgeschichte und gesetzgeberische Intention.....	206
c)	Anwendung in versicherungsrechtlichen Fallgestaltungen.....	208
d)	Tatbestand des § 313 Abs. 2 BGB	208
e)	Rechtsfolge Vertragsanpassung	211
aa)	Verpflichtungsinhalt in Konstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung	213
bb)	Möglichkeit der Anpassung trotz (beidseitiger) Erfüllung?.....	213
cc)	Wirksamwerden der Rechtsfolge	214
dd)	Widerspruch zu § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG.....	216
ee)	Zwischenergebnis	217
f)	Vergleich zwischen der Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung und § 313 BGB	217
g)	Ergebnis	219
III.	Zusammenführung.....	220
§ 3	Schlussbetrachtung und Ausblick	223
	Literaturverzeichnis.....	224

§ 1 Einleitung

Die Dissertation beschäftigt sich mit dem speziell versicherungsrechtlichen Institut der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung und dessen Verbindungen zum allgemeinen Schuldrecht. Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001¹ bietet Anlass zu einer grundlegenden Neubewertung des Verhältnisses der versicherungsrechtlichen Haftung und den neu geregelten Ersatzansprüchen des Bürgerlichen Rechts. In die Neufassung des Versicherungsvertragsgesetzes zum 1.1.2008² hat das nun schon über ein Jahrhundert alte Problem der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung keinen Eingang gefunden. Es findet sich nunmehr nur eine allgemeine Haftungsvorschrift für Beratungsfehler des Versicherers in § 6 Abs. 5 VVG, dessen Formulierung beinahe identisch ist mit § 280 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs³.

Zunächst sollen Historie, Rechtsnatur und Fallgruppen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung dargestellt sowie geklärt werden, welche Arten von Pflichtverletzung die Erfüllungshaftung auslöst (§ 2I.1 bis § 2I.4). Danach soll durch Lösung der einzelnen Fallkonstellationen nach Vorschriften des BGB die Verbindung zum allgemeinen Bürgerlichen Recht hergestellt werden (§ 2I.5). Im darauf folgenden Schritt werden spezifisch versicherungsrechtliche Möglichkeiten – namentlich § 5 Abs. 3 VVG und die inzwischen kodifizierte Auge-und-Ohr-Rechtsprechung sowie § 6 Abs. 5 VVG – zur Lösung der Fälle dargestellt (§ 2I.6).

Nach einer Einführung in schadensrechtliche Grundsätze (§ 2II.1) werden die verschiedenen Möglichkeiten der Erfüllungshaftung im Bürgerlichen Recht in Beziehung zu Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung gesetzt. Besonderes Augenmerk soll

¹ BGBl. I S. 3138-3218.

² Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 23.11.2007, BGBl. I S. 2361, im Folgenden VVG. Vgl. zu einer Reform des VVG bereits aus dem Jahr 2001 *Reiff*, *ZVersWiss* 2001, S. 451 und *Römer*, *VersR* 2006, S. 740 (Teil I) und S. 865 (Teil II) sowie ausführlich „aus der Sicht eines Beteiligten“: *Bruck/Möller-Niederleithinger*, *Einf. E*, Rn. 1 ff. mit zahlreichen Nachweisen. Vorschriften des VVG in der Fassung vor dem 1.1.2008 werden mit dem Zusatz „a.F.“ zitiert. Nur nachgewiesene Fundstellen werden zur genauen Zitierung ohne diesen Zusatz zitiert.

³ Im Folgenden BGB. Die Abkürzung BGB steht für die Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42). Dies ist die Neubekanntmachung des BGB vom 18.8.1896 (RGBl. S. 195) in der ab 1.1.2002 geltenden Fassung. Folglich werden Vorschriften des „alten Schuldrechts“ mit dem Zusatz „a. F.“ versehen. Nachgewiesene Fundstellen werden zur genauen Zitierung ohne Zusatz „a. F.“ zitiert, auch wenn sie Aussagen über das „alte Schuldrecht“ belegen.

dabei auf die neue Sonderregelung für anfängliche objektive und subjektive Unmöglichkeit, § 311a BGB (§ 2II.2), die inzwischen kodifizierte culpa in contrahendo (§ 2II.3), vertragliche Schadensersatzansprüche gemäß § 280 Abs. 1, 3 BGB in Verbindung mit § 281 BGB oder § 283 BGB und § 280 Abs. 1, 2 BGB in Verbindung mit § 282 BGB (§ 2II.4) gelegt werden. Auch die neue Regelung zur Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB, soll, da die Rechtsfolge der Vertragsanpassung im Ergebnis der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung entspricht, in diesen Zusammenhang eingeordnet werden (§ 2II.5).

Am Ende dieser Arbeit wird so geklärt werden können, ob und in welchen Fällen die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung neben dem neuen Schuldrecht noch eine Daseinsberechtigung hat (§ 2III). Wenn die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung noch Anwendung finden kann, werden am Ende der Arbeit ein Vorschlag zur Kodifikation und ein Ausblick auf eine zukünftige Handhabung stehen.

§ 2 Hauptteil

I. Fälle der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung

Rechtsprechung und die bisher herrschende Meinung in der Literatur bejahen in bestimmten Situationen einen Anspruch des Versicherungsnehmers⁴ auf Erfüllung eines Versicherungsvertrags, der so von der Seite des Versicherers nicht gewollt war; es handelt sich um die sogenannte versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung. Inzwischen wird sie als Gewohnheitsrecht bezeichnet.⁵

Hauptsächlich geht es um folgenden Fall:

Ein Versicherungsvertreter gibt einem Versicherungsnehmer vor der Antragstellung mündlich fehlerhafte Auskünfte über den sachlichen, räumlichen oder zeitlichen Umfang des Versicherungsschutzes. Im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskünfte stellt der Versicherungsnehmer den schriftlichen Versicherungsantrag. Der Versicherungsvertreter leitet den Antrag ohne Korrektur oder Hinweis auf seine Auskünfte an den Versicherer weiter. Der Versicherer schickt in Unkenntnis der Falschauskünfte die Annahmeerklärung mit

⁴ Im Folgenden wird der Einfachheit halber auch dann vom „Versicherungsnehmer“ gesprochen werden, wenn der Betroffene noch nicht Vertragspartner und Kunde, sondern nur Versicherungsinteressent ist.

⁵ Römer/Langheid–Römer, Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl., § 43 Rn. 38 ff, kritisch Prölss/Martin-Kollhossler, § 43 Rn. 29 ff., insbesondere Rn. 35 a.

der Police und den Allgemeinen Versicherungsbedingungen⁶ (falls vom Versicherungsvertreter noch nicht übergeben) dem Versicherungsnehmer zu. Dieser nimmt im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskünfte die Annahmeerklärung entgegen ohne die AVB zu lesen.

Nach Rechtsprechung und herrschender Lehre hat der Versicherungsnehmer einen gewohnheitsrechtlichen Erfüllungsanspruch im Umfang der mündlich erteilten Falschauskünfte des Versicherungsververtreters. Der Anspruch entsteht nicht, wenn den Versicherungsnehmer ein erhebliches Eigenverschulden⁷ trifft.⁸

Zunächst werden ein kurzer historischer Überblick zur Entwicklung des gewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes, eine Klärung von Rechtsnatur bzw. Inhalt des Anspruchs und eine genaue Auflistung der dazugehörigen Fallgruppen gegeben.

1. Historische Entwicklung

Die Geschichte der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung hängt eng zusammen mit der Entwicklung der Agentenintervention im 19. Jahrhundert. Diese ist wiederum mit der

⁶ Im Folgenden AVB.

⁷ Strittig ist, zu welchem Zeitpunkt Eigenverschulden vorliegen muss, vgl. hierzu Prölss/Martin-Kollhosser, § 43 Rn. 31 mit weiteren Nachweisen.

⁸ So zum Beispiel BGHZ 2, 87; BGH VersR 1965, S. 750 (Erläuterungen zum Versicherungsantrag); OLG Bamberg VersR 1990, S. 260; OLG Frankfurt VersR 1990, S. 782; 1998, S. 38; 2001, S. 1225; OLG Köln VersR 1995, S. 157. Vgl. aus neuerer Zeit OLG Stuttgart VersR 2004, S. 1161, 1162: Erhebliches Eigenverschulden des Versicherungsnehmers liegt vor, wenn die Auskunft des Vertreters in deutlichem Widerspruch zu den Versicherungsbedingungen steht.

Zu betonen ist das Adjektiv „deutlich“: Nach Prölss/Martin-Kollhosser, § 43 Rn. 29 ist der Standardfall der, dass der Agent dem Versicherungsinteressenten Auskünfte gibt, „die im Widerspruch zum Inhalt der AVB stehen“. Nach gerade Gesagtem liegt dann aber auch erhebliches Eigenverschulden vor, so dass es faktisch keinen Fall gäbe, in dem die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung greift. Der Konflikt ist wie folgt zu lösen: Nur *deutliche*, also *offensichtliche*, Widersprüche zum Inhalt der AVB stellen bei Nichterkennen erhebliches Eigenverschulden dar. Ähnlich auch Prölss/Martin-Kollhosser, § 43 Rn. 31, wonach man dem Antragsteller nicht zumuten könne, „den *vollständigen* Wortlaut *aller* AVB und Klauseln“ (Rn. 31) durchzulesen. Vgl. auch OLG Köln 1986, S. 195 (Leitsatz 3): „Den Versicherungsnehmer trifft regelmäßig ein erhebliches eigenes Verschulden, wenn der behauptete Deckungsschutz nach *klar und eindeutig gefaßten* Versicherungsbedingungen nicht besteht.“ (*Herv. v. Verf.*).

Vgl. zur grundsätzlichen Kritik an Rechtsprechung, die es dem Versicherungsnehmer als Mitverschulden anlastet, die Versicherungsbedingungen nicht gründlich gelesen zu haben auch Prölss/Martin-Prölss, Vorbem. II, Rn. 15 und Heiss, ZVersWiss 2003, S. 339, 345.

Relevanz der Kenntnis des Versicherungsagenten⁹ um anzeigepflichtige Umstände eng verknüpft.¹⁰ Letztlich aber betraf die sogenannte Agentenintervention – wie unten noch zu zeigen sein wird – eine Fallkonstellation, die mit den Fallgestaltungen, die heute als erste Urteile der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung gelten, kaum etwas zu tun hat. Die Aussage, dass sich die Erfüllungshaftung aus der Agentenintervention entwickelte, ist insofern unrichtig, als bei *zwei* unterschiedlichen Fallkonstellationen nicht von *einer* Entwicklung gesprochen werden kann. Sie ist aber insofern richtig, als aus heutiger Sicht beide Konstellationen als Fälle der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung gelten.

a) Agentenintervention

Als Agentenintervention wird das „Dazwischentreten“ des Versicherungsagenten durch seine Anweisungen bzw. Aussagen bezeichnet. Sie führte im Rahmen der Frage, ob der Versicherungsnehmer bei objektiv vorliegender Verletzung von Anzeigepflichten seine Ansprüche gegen den Versicherer verliert (seit 1908 §§ 16 ff. VVG a.F., seit 1.1.2008 nunmehr §§ 19 ff. VVG) zu der Überlegung, „ob der Versicherte (...) sich (...) nicht dennoch unter Umständen dann *außer Schuld* befinde(t), wenn er (...) die Anweisungen des Agenten befolgt hat? Diese Frage ist zu bejahen.“¹¹ (*Herv. v. Verf.*). Das Reichsgericht übernimmt in späteren Urteilen den Rechtsgedanken der Intervention als Entschuldigung.¹² Sie wirkt als Mittel zur Überwindung einer fehlenden Bevollmächtigung des Versicherungsagenten, ohne die eine Zurechnung zulasten des Versicherers oder allgemeiner gesagt eine Überwindung der Anzeigepflichtverletzung des Versicherungsnehmers nicht angenommen werden konnte.

Kurze Zeit später löst sich das Reichsgericht endgültig von der Frage der Bevollmächtigung bzw. des Umfangs der Bevollmächtigung des Versicherungsagenten, denn: „Der Agent vermittelt die Versicherung, von ihm empfängt der Nehmer die erforderliche Belehrung, und an ihn ist der Nehmer wegen Zahlung der Prämien, wegen seines Verhaltens

⁹ Ab dem 22.5.2007 wurde durch das Gesetz zur Neuregelung des Vermittlerrechts vom 19. Dezember 2006, BGBl. I S. 3232 im VVG der Begriff des „Agenten“ durch den des „Vertreters“ ersetzt. Im Folgenden soll die Bezeichnung „Agent“ weiterhin verwendet werden, um deutlich zu machen, dass es sich nicht um einen Vertreter im Sinne des § 164 BGB handelt und um etwaigen Unklarheiten in den Begrifflichkeiten, zum Beispiel der „Agentenintervention“ vorzubeugen.

¹⁰ Ausführlich *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 53, 58 zur „Geschichte der Wissenszurechnung“.

¹¹ ROHGE 7, 370, 371 f.

¹² Vgl. nur RGZ 10, 158; 22, 201 und Urteil vom 27.6.1885, Gruchots Beiträge 29, 940, 941.

(...), wegen Anzeigen mannigfacher Art gewiesen. Ist der Agent nicht Vertreter der Gesellschaft, so ist er doch deren Angestellter und *Vertrauensmann*.“¹³

Und: „Es ist nicht selten davon die Rede, daß die Agenten die „Vertreter“ der Versicherungsgesellschaften seien. (...) Dieser allgemeine und mehrdeutige Ausdruck kann indes regelmäßig nicht in dem Sinne verstanden werden, daß die Agenten in der engeren, rechtlichen Bedeutung dieses Wortes ein Vertretungsorgan der Versicherungsgesellschaften bildeten (...). Daher hat der III. Civilsenat des Reichsgerichts (...) die wahre Stellung des Agenten dahin bestimmt, daß er nichts weiter sei, als eine von der Versicherungsgesellschaft angestellte *Vertrauens-* und *Mittelsperson* zwischen ihr und den Versicherungsnehmern.“¹⁴

Die dogmatische Konsequenz dieser Vertrauensstellung und der Agentenintervention war die Entschuldigung des Versicherungsnehmers.

Im Rahmen dieser „*Vertrauensmannrechtsprechung*“ statuierte die Rechtsprechung auch Belehrungs- und Aufklärungspflichten der Versicherungsagenten und reagierte so auf die damals noch neue Vertriebsmethode des verstärkten Einsatzes von Versicherungsagenten.¹⁵

b) Erfüllungshaftung in heutiger Form

Kurz vor Inkrafttreten des VVG ergänzte das Reichsgericht die bisherige Vertrauensmannrechtsprechung um ein für die Erfüllungshaftung in heutiger Form entscheidendes Detail: Bis dahin wurde nach dieser Rechtsprechung ein falsches Verhalten des Versicherungsnehmers aufgrund falscher Beratung *entschuldigt*¹⁶; prozessual gesehen wurden Einreden des Versicherers beschnitten. Im Urteil vom 14.05.1909¹⁷ ergab sich erstmals aus der Falschberatung des Versicherungsnehmers eine eigene Anspruchsgrundlage gegen den Versicherer. Ihm lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger/Versicherungsnehmer hatte sich gegen Schäden Dritter bei Fuhrunfällen im land- und forstwirtschaftlichen Bereich versichert. Er hatte bei einem Gespräch vor Ab-

¹³ RGZ 27, 151, 152.

¹⁴ RGZ 46, 184, 185.

¹⁵ Zur „*Vertrauensmannrechtsprechung*“ und zur dogmatischen Einordnung des Versicherungsagenten im 19. Jahrhundert ausführlich und mit vielen Nachweisen *Wernink*, Erfüllungshaftung, S. 4 ff.

¹⁶ So auch *Rabich*, Vertrauens- und Verschuldenshaftung, S. 27; *Schardt*, Rechtliche Stellung des Versicherungsagenten, S. 41 ff. und *Wernink*, Erfüllungshaftung, S. 27.

¹⁷ LZ 1909, Sp. 945 ff.

schluss des Vertrags gegenüber dem Agenten M erklärt, er wolle die Versicherung nur abschließen, wenn eine gewisse Anzahl von Fahren zu anderen als landwirtschaftlichen Zwecken unentgeltlich inbegriffen sei. Bei Aushändigung der Police erklärte ihm der Agent, dass die Gesellschaft mit „der Auffassung und Auslegung dahin, daß eine bestimmte Zahl von Gelegenheitsfahren eingeschlossen sein sollte“¹⁸, einverstanden sei. Unklar ist, ob der Agent M beim Versicherer nochmals explizit nachgefragt hat; jedoch hat der Agent dem Versicherungsnehmer bei Aushändigung der Police eine Passage aus einem Brief des Versicherers vorgelesen. In diesem Brief wurde eine Anfrage des Agenten M aus demselben Monat für einen anderen Klienten zum Umfang der Versicherung, nämlich ob gelegentliche Holzfahren von Arbeitern versichert seien, „ein für allemal“¹⁹ mit ja beantwortet. Im Rahmen einer „Gefälligkeitsfahre für einen Dritten, die an sich mit dem Land- und Forstwirtschaftsbetrieb des Klägers nichts zu tun hatte“²⁰, trat dann ein Unfall ein. Zu dessen schadensrechtlicher Regulierung wollte der Versicherungsnehmer seine Haftpflichtversicherung in Anspruch nehmen.

Das Reichsgericht betont, dass der Agent damit nicht „eine in Wahrheit nicht abgegebene Willenserklärung der Gesellschaft vorgetäuscht“ habe. Die kostenlose Einbeziehung von Gelegenheitsfahren enthalte vielmehr *nicht* notwendig eine *Vertragserweiterung*, „die der ausdrücklichen Festsetzung bedurft hätte“. Gelegentliche Gefälligkeitsfahren kämen in jedem Betrieb vor. Im Allgemeinen sei eine Gefahrerhöhung damit nicht verbunden, so dass die Annahme, dass „solche Fahren in geringer Zahl ohne weiteres eingeschlossen sein sollten, (...) deshalb keineswegs so sehr abseits (liege), daß sie als unzulässig erscheinen könnte.“ Die Anfrage des Versicherungsnehmers vor Abschluss des Vertrags sei vom Agenten nur in Form einer „Klarstellung“²¹ bejaht worden.

Anhand dieser Ausführungen lassen sich mehrere Punkte festhalten:

1. Das Reichsgericht differenziert bei der Aussage des Agenten zwischen Vertragserweiterungen, also Willenserklärungen, die auf eine Vertragserweiterung gerichtet sind, und „Klarstellungen“, die von *Hilgenhövel* zu Recht als Auslegung der Vertragsbestimmungen und folglich Wissenserklärungen bezeichnet werden.²²
2. Das Reichsgericht bezeichnet seine Schlussfolgerungen als „*Haftung* der Versicherungsgesellschaft für die Auslegung, die ihr Agent zu den bei Abschluss des Versiche-

¹⁸ LZ 1909, Sp. 945.

¹⁹ Dieser Ansicht ist das Reichsgericht, vgl. LZ 1909, Sp. 945, 946 gefolgt.

²⁰ LZ 1909, Sp. 945.

²¹ Alle Zitate aus LZ 1909, Sp. 945, 946.

²² *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 73.

rungsvertrages zweifelhaften Vertragsbedingungen gegeben hat“²³ (*Herv. v. Verf.*). Dies legt eine Sekundärhaftung nahe. Es handelt sich aber um eine Inanspruchnahme aus dem Vertrag. Der Vertrag wurde nach der von der Gesellschaft im Rahmen der Vertragsbestimmungen und in Form eines Briefs abgegebenen Erklärung dergestalt ausgelegt, dass nicht nur gelegentliche Holzfuhren für Arbeiter, sondern gelegentliche Gefälligkeitsfuhren an sich versichert sind. Letztlich kommt es hier nicht auf die Aussage des Agenten an. Das Reichsgericht entnimmt eine Einbeziehung der gelegentlichen Gefälligkeitsfahrten nicht der Aussage des Agenten, sondern den Vertragsbestimmungen.

3. Folglich hat der Fall mit den bisherigen Fällen der Agentenintervention wenig gemeinsam. Der Agent hat keinen Fehler beim Ausfüllen des Antrags begangen, er hat zum Beispiel nicht mangels Kenntnis zwei frühere Brände an Gebäuden des Versicherungsnehmers verschwiegen²⁴, versehentlich einen Abstand mit zwei Fuß anstatt mit zwei Metern angegeben²⁵ oder (vermutlich im Rahmen einer Feuerversicherung) fälschlicherweise angegeben, dass die Ziegel auf Gips und gerade nicht, wie ausdrücklich im Antrag gefragt, auf Stroh liegen²⁶. Er hat vielmehr zweifelhafte Versicherungsbedingungen zugunsten des Versicherungsnehmers ausgelegt, die das Reichsgericht letztlich ebenso ausgelegt hat.

Somit hat das Reichsgericht zwar den Grundstein für die heutige Erfüllungshaftung in diesem Urteil gelegt; eine konkrete dogmatische Änderung bzw. Ablehnung der Agentenintervention als Entschuldigungsgrund findet sich in diesem Urteil jedoch gerade nicht. Vielmehr handelt es sich um eine Fallkonstellation, die wohl aus heutiger Sicht unter § 5 Abs. 3 VVG fiele [siehe dazu 6.a)], den Bereich der Agentenintervention im klassischen Sinne aber nicht einmal streift. Überträgt man den Fall in das heutige Recht, so ist noch eine andere Form der „Entschuldigung“, nämlich der Rücktritt des Versicherers gemäß §§ 16 Abs. 2 oder 17 Abs. 1 VVG a. F. bzw. § 19 Abs. 2 VVG, denkbar: Überlegt werden muss, ob der Versicherungsnehmer die risikoerhöhenden oder auch die für die Risikoberechnung erheblichen Umstände der Mitversicherung von gelegentlichen Gefälligkeitsfuhren nicht aufgezeigt hat. Allerdings ist auch hierzu zu sagen, dass nicht die Entschuldigung des Versicherers in Form der Beschneidung von Einreden, sondern die Auslegung der AVB relevant ist. Deutlich wird dies auch daran, dass die Agenteninterven-

²³ LZ 1909, Sp. 945 (Tenor).

²⁴ Vgl. ROGHE 17, 20

²⁵ So im Fall RGZ 10, 158.

²⁶ RGZ 27, 151.

tion im Urteil im Gegensatz zum Terminus „Vertrauensmann“ und der dahinter stehenden „Rechtsansicht“²⁷ nicht erwähnt wird.²⁸ Der Übergang von einer Entschuldigung zur Anspruchsgewährung ist folglich unbeabsichtigt und insbesondere ohne Begründung geschehen.

Dennoch wurde diese neue Tendenz vom Reichsgericht bald bestätigt²⁹ und beibehalten. Aus dieser Zeit stammt auch das heute oft als Paradebeispiel³⁰ angeführte Urteil im „Sturmflutfall“³¹, der sich im Original wie folgt zutrug:

Der Versicherungsnehmer wollte sein auf einer Düne am Ostseestrand stehendes Haus gegen Sturmschäden versichern. Er hatte dem Vermittlungsagenten erklärt, er wolle die Versicherung aber nur dann abschließen, wenn diese auch das Risiko von Sturmflutschäden trüge. Dieser wollte daraufhin noch einmal beim Versicherer rückfragen. Die Versicherungsgesellschaft lehnte die Tragung dieses Risikos gegenüber dem Agenten ab. Zwei Wochen später wurde dem Versicherungsnehmer die Versicherungspolice von dem Vermittlungsagenten mit den Worten: „Die Versicherung hat ihren Antrag angenommen“ überreicht. Der Versicherungsnehmer ging nunmehr davon aus, wunschgemäß auch gegen Sturmflutschäden versichert zu sein. Als ein solcher Sturmflutschaden dadurch eintrat, dass die Düne, auf der das Haus stand, bis auf wenige Meter in die See stürzte und das Haus deshalb mangels sicherem Baugrund abgerissen werden musste, verweigerte die Versicherung die Zahlung mit der Begründung, Versicherungsschutz bestünde nur für die von einem Sturm unmittelbar verursachten Schäden.

Der Agent handelte nach Ansicht des Reichsgerichts schuldhaft, da er es versäumt hatte, den Kläger über die Ablehnung des Antrags „in dem Sinne (...), daß sie Sturmflutversicherung nicht übernahm“³², zu informieren. Es geht weder auf das Zustandekommen

²⁷ LZ 1909, Sp. 945, 947.

²⁸ Dies sieht wohl auch *Gierke*, Versicherungsrecht 2. Teil, S. 121, der als „Folgen des Vertrauens“ annimmt, dass „das Erklärte Inhalt des Vertrags wird oder bei Pflichtverletzungen des Versicherungsnehmers zum mindesten, daß sie entschuldbar sind“. Ebenso *Hohloch*, VersR 1980, S. 107, 112, der deswegen annimmt, der Übergang sei „unmerklich, ohne Veränderung der aus den ersten RG-Entscheidungen geläufigen Standartbegründung und ohne den Hinweis auf den ‚Rollenwechsel‘“ vor sich gegangen.

²⁹ Zum Beispiel in RGZ 73, 302, 305.

³⁰ Vgl. zum Beispiel *Sieg*, ZVersWiss 1982, S. 143, 157 und jüngst *E. Lorenz*, FS Canaris, S. 757, 758 f.: „Paradebeispiel (...), obwohl er nicht der ‚Ursprungsfall‘ ist“.

³¹ RGZ 86, 128. Vgl. hierzu auch *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 75 f. und *Weyers/Wandt*, Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl., Rn. 327 und *Wandt*, Versicherungsvertragsrecht, 4. Aufl., Rn. 409.

³² RGZ 86, 128, 134.

eines anderen, neuen Vertrags ein, noch wird der Terminus „Erfüllungshaftung“ oder „Vertrauenshaftung“ erwähnt.³³ Das Reichsgericht stützt sich auf den von der Rechtsprechung geklärten „rechtlichen Charakter des Agenten als eines von der Gesellschaft angestellten Vermittlers zwischen ihr und dem Publikum“³⁴. Es erachtete den Kläger für schutzwürdig³⁵, da der Versicherer für seine Agenten einzustehen habe und zog daraus die rechtliche Folgerung, „daß, wenn auch im Regelfall die widerspruchslos angenommene Police mit den in ihr enthaltenen Versicherungsbedingungen die rechtliche Grundlage des Versicherungsverhältnisses bildet, dieses sich doch durch besondere Umstände anders gestalten kann“³⁶ und dass diese Umstände hier vorliegen. Der Versicherer müsse nun die Versicherung „gegen sich so gelten lassen, wie sie der Kläger angeboten hatte und wie das Angebot nach der Erklärung des Agenten bei Aushändigung der Police angenommen war“³⁷.

c) Erfüllungshaftung in der bisherigen Rechtsprechung

Die Erfüllungshaftung hat sich trotz Kritik und fehlender Kodifikation aufgrund ihrer Praktikabilität und Griffigkeit³⁸ bis in die heutige Zeit gehalten. Insofern kann eine Ähnlichkeit zur culpa in contrahendo, die ebenfalls bis zum 1.1.2002 nicht kodifiziert war, nicht geleugnet werden. Bekannte Urteile zur versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung sind die häufigen sogenannten Europaklauselfälle³⁹. In diesen Fällen ging es um § 2a der Allge-

³³ Dies irritiert *Schlossareck*, Ansprüche aus c.i.c., S. 218, ist aber darauf zurückzuführen, dass das Urteil aus dem Jahr 1915 stammt und es sich um eines der ersten Urteile in dieser Richtung handelt, das folglich noch nicht auf eine lange Kette von Gewohnheitsrechtsprechung zurückblicken kann.

³⁴ RGZ 86, 128, 132 mit Nachweisen zu früherer Rechtsprechung. Das OLG Stettin hatte als Vorinstanz noch die gegenteilige Auffassung vertreten.

³⁵ Vgl. RGZ 86, 128, 132 oben, 134.

³⁶ RGZ 86, 128, 134.

³⁷ RGZ 86, 128, 135.

³⁸ Viele Urteile geben keine dogmatisch fundierte Begründung, sondern verweisen schlicht auf die „von der Rechtsprechung entwickelte versicherungsrechtliche Vertrauenshaftung“, vgl. zum Beispiel OLG Hamm VersR 1997, S. 1264, 1265 mit Anmerkung *Sieg*, VersR 1998, S. 162 und BGH VersR 2001, S. 1502, 1503 oder schlicht auf die nicht näher erläuterten „Voraussetzungen der versicherungsrechtlichen Vertrauenshaftung“, so zum Beispiel OLG Hamm RuS 2001, S. 295. Vgl. auch *van Bühren* in: Handbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl., § 1Rn. 377 ff., der keinerlei Begründung liefert und nur kurz die Eckpunkte der Haftung aufzeigt.

³⁹ Vgl. aus der Rechtsprechung nur BGHZ 40, 22; 108, 200 = VersR 1989, S. 948; OLG Koblenz VersR 1980, S. 915 und LG München ZfS 1986, S. 310; OLG Frankfurt VersR 1987, S. 579. Vgl. aus neuerer

meinen Bedingungen für die Kfz-Versicherung (AKB), nach dem die Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung (Absatz 1) nur für Europa (innerhalb der geographischen Grenzen) und die außereuropäischen Gebiete, die zum Geltungsbereich des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft gehören, galt. Für die Fahrzeugversicherung und die Kraftfahrungsfallversicherung (Absatz 2) waren hingegen die geographischen Grenzen Europas maßgebend. Nach § 2a Abs. 3 AKB waren Erweiterungen möglich. Probleme und Missverständnisse entstanden hier regelmäßig bei der Frage nach dem geographischen Geltungsbereich der Fahrzeugversicherung.⁴⁰ Nach der Rechtsprechung ist der Anspruch aus der Vertrauenshaftung sogar dann möglich, wenn kein Versicherer in Deutschland den begehrten Versicherungsschutz anbietet.⁴¹ Grenze der Erfüllungshaftung ist jedoch zwingendes Gesetzesrecht, denn „durch falsche Auskunft oder Beratung kann nicht bindend werden, was Versicherer und VN (Versicherungsnehmer, *Anm. d. Verf.*) durch ausdrückliche Abrede nicht hätten vereinbaren dürfen“.⁴² Immer wieder hat die Rechtsprechung deutlich gemacht, dass der Versicherer nur für seine Agenten haftet, keinesfalls für unabhängige⁴³ Makler.⁴⁴ Die Erfüllungshaftung trifft nach einhelliger Auffassung auch nur den Versicherer, nicht den Agenten.⁴⁵

Zeit OLG Saarbrücken VersR 2005, S. 971: Der Versicherungsnehmer bat um die Ausstellung einer „Grünen Karte“ unter Angabe, er wolle in den asiatischen Teil der Türkei fahren, und erhielt vom Agenten die (falsche) Auskunft, es bestünde für diese Reise Versicherungsschutz. Das OLG Saarbrücken bejahte einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung: Der Versicherungsnehmer müsse, da ausgeschlossen werden könne, dass er mit unversichertem Fahrzeug gefahren wäre, so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn er entsprechenden Versicherungsschutz erhalten hätte; dann wäre ihm die Versicherungssumme für die Zerstörung des Kfz zuerkannt worden. Das OLG spricht in diesem Fall eine mögliche Haftung aus gewohnheitsrechtlicher Erfüllungshaftung jedoch nicht an.

Vgl. hierzu auch die ausführliche Darstellung von BGHZ 40, 22 bei *E. Lorenz*, FS Canaris, S. 757, 760 ff.

⁴⁰ Inzwischen ist der geographische Anwendungsbereich bei Kraftfahrzeughaftpflicht und Fahrzeugversicherung regelmäßig derselbe, vgl. nur

http://www.gerling.de/media/de/internet/pdf/kfz_global/GKA_AKB.pdf und

<http://www.huk.de/pdf/kfz/KNBM63.pdf>, Homepages zuletzt abgerufen am 17.6.2009.

⁴¹ So schon RGZ 86, 128, obwohl dies aus dem Urteil direkt nicht hervorgeht; erst die Literatur machte später auf diesen Umstand aufmerksam, vgl. *Hohloch*, VersR 1980, S. 107, 116 und schon *H. Möller*, Wallmann's Versicherungszeitschrift 1942, S. 64, 66; *Thees*, Wallmann's Versicherungszeitschrift 1942, S. 2, 4. Vgl. auch zuletzt OLG Düsseldorf VersR 1998, S. 224; OLG Hamm VersR 1999, S. 840.

⁴² OLG Hamm VersR 1999, S. 840, 841.

⁴³ Hintergrund dieser Rechtsprechung ist die seit 1.1.2008 in § 59 VVG niedergelegte klare Unterscheidung zwischen Versicherungsvertretern (auch: Versicherungsagenten) und Versicherungsmaklern. Der Makler steht zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer. Er hat mit dem Versicherungsnehmer ei-

Von einem „Ausklingen“ der Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung kann angesichts der zahlreichen Urteile seit 2001 nicht die Rede sein.⁴⁶ In den Urteilen wird allerdings deutlich, dass der Anwendungsbereich und insbesondere die Konkurrenz zur c.i.c.⁴⁷ und zu § 5 Abs. 3 VVG⁴⁸ nicht klar definiert ist. Es wird teils auch schon die

nen Werkvertrag, der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet ist, §§ 652, 675 BGB. Ihn trifft eine Bemühungspflicht; er hat für seinen Auftraggeber das Beste zu suchen. Die Courtage erhält er in Abwandlung von § 99 HGB vom Versicherer. Er ist grundsätzlich im Gegensatz zum Versicherungsvertreter unabhängig. Vgl. hierzu zum Beispiel *Deutsch*, Versicherungsvertragsrecht, § 15 II, S. 84 ff. und für das neue VVG in der 6. Aufl., § 15 II . 91 ff. Prölss/Martin-Kohlhosser, § 43 Rn. 3-6.

In manchen Fällen findet sich jedoch die Formulierung, die Vertrauenshaftung scheitere nicht daran, dass der Vermittler Versicherungsmakler und nicht -agent sei, vgl. OLG Hamm VersR 1997, S. 1264, 1265. Hintergrund dieser Aussage ist die Feststellung, dass der Makler jedenfalls berechtigt war, für den Versicherer diese Auskünfte oder (im Fall des OLG Hamm VersR 1997, S. 1264) vorläufigen Deckungsschutz zu erteilen. Diese „generelle Befugnis rechtfertigt die Anwendung der Vertrauenshaftung“ (S. 1265).

⁴⁴ Vgl. zuletzt nur OLG Düsseldorf VersR 2004, S. 1170 = ZfS 2004, S. 363.

⁴⁵ Vgl. nur Prölss/Martin-Kollhosser, § 43 Rn. 30 mit weiteren Nachweisen.

⁴⁶ Urteile (nur OLG- und BGH-Urteile) im Jahr 2001: OLG Köln Urteil vom 14.2.2001, VersR 2001, S. 1225; OLG Saarbrücken Urteil vom 4.4.2001, VersR 2001, S. 1405; OLG Koblenz Urteil vom 18.5.2001, Az 10 U 1162/99; OLG Hamm Urteil vom 6.6.2001, VersR 2002, S. 306; OLG Frankfurt Urteil vom 12.9.2001, NVersZ 2002, S. 90; BGH Urteil vom 26.9.2001, VersR 2001, S. 1502; OLG Saarbrücken Urteil vom 5.12.2001, VersR 2003, S. 195; OLG Frankfurt Urteil vom 12.12.2001, ZfS 2002, S. 389.

Urteile im Jahr 2002: BGH Urteil vom 3.7.2002, VersR 2002, S. 1089; OLG Düsseldorf Urteil vom 10.9.2002, VersR 2003, S. 853; OLG Koblenz Urteil vom 15.11.2002, NJW-RR 2004, S. 30

Urteile im Jahr 2003: OLG Düsseldorf Urteil vom 31.10.2003, VersR 2004, 1170; OLG Düsseldorf Urteil vom 3.6.2003, NJW-RR 2004, S. 896.

Urteile im Jahr 2004: BGH Urteil vom 21.1.2004, VersR 2004, S. 361; OLG Stuttgart Urteil vom 9.6.2004, VersR 2004, S. 1161.

Urteile im Jahr 2005: OLG Düsseldorf Urteil vom 7.6.2005, RuS 2005, S. 465; OLG Hamm Urteil vom 14.9.2005, VersR 2006, S. 403; OLG Düsseldorf Urteil vom 13.12.2005, ZfS 2006, S. 397; OLG Karlsruhe Urteil vom 15.12.2005, VersR 2006, S. 783.

Urteile im Jahr 2006: OLG Köln Urteil vom 25.4.2006, Az 9 U 175/05; OLG Saarbrücken Urteil vom 21.06.2006, Az 5 U 720/05 - 105, 5 U 720/05; OLG Koblenz Urteil vom 27.10.2006, NJW-RR 2007, S. 318.

Urteil im Jahr 2007: OLG Celle Urteil vom 13.9.2007, VersR 2008, S. 60.

Urteil im Jahr 2008: OLG Koblenz Urteil vom 16.5.2008, VersR 2009, S. 248.

Urteil im Jahr 2009: OLG Celle Urteil vom 26.2.2009 – Az 8 U 150/08.

⁴⁷ Insbesondere OLG Saarbrücken Urteil vom 21.06.2006, Az 5 U 720/05 - 105, 5 U 720/05 sowie OLG Koblenz Urteil vom 27.10.2006, NJW-RR 2007, S. 318 und OLG Celle Urteil vom 26.2.2009 – Az 8 U

Frage aufgeworfen, „ob es eines solchen Grundsatzes nicht mehr bedarf“.⁴⁹ Zu § 6 Abs. 5 VVG, insbesondere einer möglichen Konkurrenz, findet sich derzeit noch keine Rechtsprechung.

Das bis dato vorletzte Urteil, in dem die Erfüllungshaftung hilfsweise bejaht⁵⁰ wurde, ist das des 12. Zivilsenats am OLG Karlsruhe vom 15.12.2005, Aktenzeichen 12 U 150/05.⁵¹ In diesem Urteil wird dem Kläger, einem Architekten, aus der Regelung des § 5 Abs. 3 VVG Versicherungsschutz für Planungstätigkeiten, die er für das von ihm geleitete Bauunternehmen erbringen wollte, gewährt. Ein solcher Versicherungsschutz war nur durch Abbedingung einer Risikobegrenzung möglich. Die Abbedingung wollte der Versicherungsnehmer im Rahmen einer laufenden Berufshaftpflichtversicherung auch beantragen; der Versicherer übersandte dem Architekten hingegen auf den Antrag hin den Versicherungsschein ohne Abbedingung der Risikobegrenzung und ohne besonderen Hinweis darauf gemäß § 5 Abs. 2 VVG. Das OLG Karlsruhe sah darin einen Fall des § 5 Abs. 3 VVG und betrachtete die Abweichung als für den Versicherungsnehmer unverbindlich.⁵²

150/08: c.i.c. steht neben der Vertrauenshaftung. Im Urteil des OLG Köln vom 25.4.2006 Az 9 U 175/05 wird ein Anspruch aus dem „Gesichtspunkt der Vertrauenshaftung nach § 280 BGB“ geprüft und letztlich offen gelassen. Im Urteil des OLG Karlsruhe vom 15.12.2005, Az 12 U 150/05 wird ein etwaiger Anspruch des Versicherungsnehmers aus c.i.c. zum Beispiel nicht geprüft. Dies liegt möglicherweise daran, dass die Abweichung des Versicherungsscheins vom Antrag wegen der Regelung des § 5 Abs. 3 VVG unverbindlich ist; andererseits wird hilfsweise auch eine „Eigenhaftung aus den Grundsätzen der versicherungsrechtlichen Vertrauenshaftung“ (in den Entscheidungsgründen unter B. 5.) angesprochen, aber letztlich offen gelassen.

⁴⁸ Vgl. OLG Hamm NJW-RR 2001, S. 239 = NVersZ 2001, S. 88 = ZfS 2001, S. 281.

⁴⁹ OLG Hamm NJW-RR 2001, S. 239, 240. Als möglichen Grund hierfür führt das OLG an, dass „dem Versicherer nach der ‚Auge- und Ohr-Rechtsprechung‘ Erklärungen des Agenten zum Inhalt des Versicherungsvertrages bzw. zum Umfang des Deckungsschutzes zuzurechnen sind und der Versicherungsvertrag in diesem Fall mit dem wiedergegebenen Inhalt zustande kommt, wenn der Versicherungsnehmer auf die Richtigkeit der Angaben des Agenten vertraut und einen Versicherungsvertrag mit diesem Inhalt abschließen will“ (S. 240). Siehe zur Auge-und-Ohr-Rechtsprechung unten § 21.6.b).

⁵⁰ Bei den Urteilen seit 2001 fehlt es zumeist am Nachweis einer Aufklärungspflichtverletzung oder es liegt erhebliches Eigenverschulden des Versicherungsnehmers vor, so dass eine Haftung des Versicherers aus der Erfüllungshaftung ausgeschlossen ist, zum Beispiel im Urteil des OLG Saarbrücken Urteil vom 21.06.2006, Az: 5 U 720/05 - 105, 5 U 720/05, und in den Urteilen des OLG Koblenz vom 27.10.2006, NJW-RR 2007, S. 318 und vom 16.5.2008, VersR 2009, S. 248.

⁵¹ Veröffentlicht in NZBau 2006, S. 256.

⁵² So in den Gründen des Urteils unter B. 2.

Das OLG Karlsruhe und auch die Vorinstanz stützten den Anspruch des Klägers auf Versicherungsschutz hilfsweise – im Falle einer Deckungslücke, die hier aufgrund des Eingreifens von § 5 Abs. 3 VVG nicht gegeben war – auf die Grundsätze der versicherungsrechtlichen Vertrauenshaftung.

Im bis dato letzten Urteil, dem des OLG Celle⁵³, in dem die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung bejaht wurde, ging es um einen privaten Rentenversicherungsvertrag für eine betriebliche Altersvorsorge, den der arbeitgebende Versicherungsnehmer zu Gunsten seines Arbeitnehmers als Versichertem mit dem Versicherer geschlossen hatte. Der Versicherungsagent hatte bei den zum Vertragsschluss führenden Gesprächen auf Frage des Versicherten, also des Arbeitnehmers, erklärt, im Falle eines Arbeitgeberwechsels sei die Fortführung des Vertrags unproblematisch möglich, wenn der neue Arbeitgeber diesen übernehme. Änderungen im Hinblick auf Beitragszahlungen oder den zu erbringenden Leistungen ergäben sich nicht. Er wies nicht auf etwaige Änderungen hin, die sich alleine aus unterschiedlichen Tarifen und Konditionen in den vom Versicherer mit dem alten und dem neuen Arbeitgeber geschlossenen Gruppenversicherungsverträgen ergeben können. Im vorliegenden Fall hatte der alte Arbeitgeber aufgrund einer höheren Anzahl geschlossener Verträge günstigere Konditionen ausgehandelt als der neue Arbeitgeber. Zudem war dem Arbeitnehmer nicht klar, dass ein Gruppenversicherungsvertrag über seinen Arbeitgeber abgeschlossen wird und er selbst gar nicht Vertragspartner des Versicherers ist. Das OLG Celle hat nach umfassender Beweisaufnahme zu dem Inhalt des Beratungsgesprächs die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung bejaht und erklärt, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf habe, dass der „Vertrag zu den bisherigen Bedingungen unverändert mit ihm persönlich fortgeführt wird.“. Das OLG wendet die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung also gleich zwei Mal an: zum einen wird der Vertrag zu den ursprünglichen Bedingungen weitergeführt, zum anderen wird der Vertrag nun zwischen dem Arbeitnehmer und dem Versicherer, nicht mehr dem Arbeitgeber und dem Versicherer, fortgeführt.

Hieraus lässt sich folgendes Fazit ziehen: Die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung ist auch nach der Schuldrechtsreform ein gerne angewandtes Mittel, um nicht zu sagen ein „Notnagel“. Eine Abgrenzung zur nun kodifizierten c.i.c. und zum 2001 und 2008 neu gefassten § 5 VVG und zu § 6 Abs. 5 VVG hat die Rechtsprechung bislang nicht entwickelt.

⁵³ Urteil vom 13.9.2007, Az 8 U 29/07, abgedruckt mit Leitsatz und Gründen in VersR 2008, S. 60.

2. Natur des gewohnheitsrechtlichen Erfüllungsanspruchs

Die Rechtsfolge des Anspruchs lässt zur Bestimmung der Natur des Anspruchs zwei Deutungen zu. Der Umfang des Anspruchs kann entweder daraus resultieren, dass der Versicherer nunmehr die Erfüllung des für den Versicherungsnehmer günstig umgestalteten Vertrags schuldet.⁵⁴ Nach diesem Ansatz schuldet der Versicherer auf *Primärebene* die Erfüllung des (modifizierten) Anspruchs. Der Umfang des Anspruchs kann sich aber auch aus einer Konstruktion eines auf das positive Interesse⁵⁵ gerichteten Schadensersatzanspruchs ergeben. Da die Leistung des Versicherers bei Eintritt des Versicherungsfalls gewöhnlich in einer Geldleistung besteht, ergeben sich in der Praxis keine Unterschiede; nach beiden Meinungen leistet der Versicherer in Form einer Übereignung von Geld. Nur im Fall einer Leistung des Versicherers durch „gegenständliche“ Naturalrestitution ergeben sich Unterschiede. Der Versicherer leistet dann die Wiederherstellung, zum Beispiel den Wiederaufbau eines Wohngebäudes⁵⁶, weil dies Inhalt des primären Erfüllungsanspruchs ist. Der Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse führt wirtschaftlich zum selben Ergebnis: Der Versicherer bezahlt die Wiederaufbaukosten, baut aber nicht selbst wieder auf bzw. lässt nicht selbst wiederaufbauen.

Die Klärung der Natur des Erfüllungsanspruchs ist somit von geringer wirtschaftlicher Bedeutung. Auch bei der Verjährung ergeben sich keine Unterschiede, da jeweils die §§ 195, 199 BGB Anwendung finden.⁵⁷

⁵⁴ So ohne nähere Begründung *Rabich*, Vertrauens- und Verschuldenshaftung, S. 26 ff., 29; *Römer*, Die Informationspflichten der Versicherer, S. 18, 34; *ders.*, *VersR* 1998, S. 1313, 1316 und *Sieg*, *VersR* 1992, S. 1, 2. Unklar *Wernink*, Erfüllungshaftung, S. 1, 2, der einerseits sagt, es handle sich nicht bloß um einen Schadensersatzanspruch, sondern um eine Ausdehnung des Anspruchs auf Vertragserfüllung, sich andererseits aber nicht festlegen will, ob der Versicherer die Erfüllung schuldet oder nur in diesem Umfang haftet.

⁵⁵ So *Messerschmidt*, Hinweis- und Belehrungspflichten des Versicherers, S. 346.

⁵⁶ Nach *Wernink*, Erfüllungshaftung, S. 1, Fn. 11 wurde dies vor einiger Zeit von der Allianz Gruppe gerade im Rahmen der Wohngebäudeversicherung angeboten.

⁵⁷ Auch vor Neufassung des VVG 2008 besteht hier kein Unterschied: Handelt es sich um einen (modifizierten) Primäranspruch, so verjährt der Anspruch nach § 12 Abs. 1 Satz 1 VVG a. F. in zwei Jahren; Verjährungsbeginn ist Schluss des Jahres, in welchem die Leistung verlangt werden kann (Ultimoverjährung), § 12 Abs. 1 Satz 2 VVG a. F. Geht man davon aus, dass es sich um einen schadensrechtlichen Sekundäranspruch handelt, so könnte sich die Verjährung grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 195, 199 Abs. 1 BGB, richten. Dem ist der Bundesgerichtshof nach der Schuldrechtsreform jedoch explizit entgegengetreten: Für beide Ansprüche gelte die Regelung des § 12 Abs. 1 VVG a.F., vgl. BGH NJW 2004, S. 1161. Grund für diese Entscheidung ist die frühere Rechtsprechung zur

Somit spielt die Frage wirtschaftlich keine Rolle und ist für den weiteren Dissertationsfortgang, in dem neben § 5 Abs. 3 VVG und § 313 BGB auch sekundäre schadensrechtliche Normen wie die c.i.c. und § 311a Abs. 2 BGB erörtert und verglichen werden, von geringer Bedeutung. Oft wird die Einordnung als Erklärung für bestimmte Besonderheiten der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung herangezogen, zum Beispiel für die Nichtanwendung schadensrechtlicher Normen wie § 254 BGB oder für den Verzicht auf die Voraussetzung eines Verschuldens.

a) Sekundärer Schadensersatzanspruch

Gegen die Einordnung als Schadensersatzanspruch spricht, dass nach einhelliger Meinung § 254 BGB nicht angewendet wird⁵⁸ und es auf ein Verschulden des Agenten nicht ankommt. Jedoch ist die Nichtanwendung von § 254 BGB dem im Versicherungsrecht ehemals⁵⁹ dominierenden Alles-oder-Nichts-Prinzip zuzuordnen. Zwar kommt es auch auf ein Verschulden des Versicherungsagenten nicht an; es ist allerdings auch keine (nicht überzogen konstruierte) Fallkonstellation denkbar, in der den Agenten kein Verschulden trifft⁶⁰, denn er hat vielfältige Pflichten: Er muss zum Beispiel im Zweifel bei nicht verschuldetem Krankheitsfall für seine Vertretung durch Angestellte sorgen. Übermittelt die Post eine Antwort des Versicherers bzw. eine Anfrage des Versicherungsnehmers zu einem versicherungsrechtlichen Umstands nicht oder verspätet, so muss er nochmals nachfragen.

Verjährung der c.i.c.: Der Bundesgerichtshof hatte „den allgemeinen Rechtsgedanken entwickelt, wonach die für vertragliche Erfüllungsansprüche maßgeblichen kurzen Verjährungsfristen auch für solche Ansprüche gelten sollen, die wirtschaftlich die Stelle der vertraglichen Erfüllungsansprüche einnehmen und sich insoweit als ‚Ersatzwert des ursprünglich Bedungenen‘ erweisen“, S. 1162 rechte Spalte mit Verweis auf BGHZ 49, 77, 80 ff.; 57, 191, 197 f.; 73, 266, 269, 270.

⁵⁸ Vgl. Prölss/Martin-Kollhoser, § 43 Rn. 31 und jüngst E. Lorenz, FS Canaris, S. 757, 758. Eine andere Ansicht vertritt noch das OLG Schleswig VersR 1952, S. 61, 62.

⁵⁹ Das Alles-oder-Nichts-Prinzip wurde im neuen VVG aufgegeben, vgl. hierzu die Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-Drs. 16/3945, S. 49 linke Spalte sowie Meixner/Steinbeck, Das neue Versicherungsvertragsrecht, § 1 Rn. 197 ff.

⁶⁰ Vgl. auch Messerschmidt, Hinweis- und Belehrungspflichten, S. 321.

b) Primärer Erfüllungsanspruch

Für die Einordnung als primären Erfüllungsanspruch, der „den Vertrag (...) nach Maßgabe der von dem Agenten erteilten oder richtigerweise zu erteilenden Belehrung umgestaltet“, so dass „die Vertrauenshaftung gleichsam dingliche Wirkung hat“⁶¹, spricht das, was gegen die Einordnung als Sekundäranspruch bereits ins Feld geführt wurde. Eigene Begründungsansätze werden nicht aufgeführt.

c) Streitentscheidung

Die Bezeichnung „Erfüllungshaftung“ selbst bringt wenig Klarheit. Was sie bedeutet, ist auch an anderen Stellen im Recht umstritten, zum Beispiel bei § 128 Satz 1 HGB.⁶² Auch der Begriff der *Erfüllung* macht nur den Umfang der Haftung, nicht aber die Natur der Haftung deutlich.

Aus den ersten Urteilen zur Erfüllungshaftung ergibt sich an dogmatischen Argumenten wenig. Insbesondere *Hohloch* sieht die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung als „culpa in contrahendo des Versicherungsrechts“. Soweit kann ihm beim Stand der bisherigen Untersuchung (noch) nicht zugestimmt werden.⁶³ Auffällig ähnlich sind jedoch die Rechtfertigungen und Begründungen⁶⁴, die in späteren Urteilen⁶⁵ zu einer Haftung aus culpa in contrahendo führten.

⁶¹ Beide Zitate aus *Rabich*, Vertrauens- und Verschuldenshaftung, S. 29 mit Nachweis in Fn. 41.

⁶² Die einen vertreten dort die Erfüllungstheorie, bei der die Gesellschafter wie die Gesellschaft in natura schulden; die anderen folgen der Haftungstheorie, bei der die Gesellschafter nur im Wege des Schadensersatzes einstehen müssen. Vgl. insgesamt und mit Nachweisen zu beiden Theorien *Baumbach/Hopt-Hopt*, 33. Aufl., § 128 Rn. 8.

⁶³ Vgl. hierzu unter § 2II.3.g)cc).

⁶⁴ Vgl. BGH VersR 1963, S. 768, 769 zur Frage der Aufklärungspflicht: „Der Versicherungsagent (muss), auch wenn die Versicherungsbedingungen klar und eindeutig gefasst sind, den VN über den Umfang der Versicherung aufklären.“ Im Vergleich zu RGZ 86, 128, 132, wonach die Aufgabe des Agenten darin „besteht (...), im unmittelbaren mündlichen Verkehr den Versicherungsnehmern die erforderliche Belehrung und Aufklärung über den Inhalt und die Bedeutung der Versicherungsbedingungen und die sonstigen Anforderungen der Gesellschaft zu gewähren.“

Vgl. auch zum Thema Schadensumfang einerseits BGH VersR 1963, S. 768, 770: „Die Bekl. muß damit dem Kl. den Schaden ersetzen, der diesem dadurch entstanden ist, daß ihre Versicherungsagentin (...) den Kl. nicht über den Umfang ihrer Versicherung aufgeklärt hat. (...) Es (kann) mit Sicherheit angenommen werden, daß die Parteien für diesen Fall den Versicherungsschutz auch auf das außereuropäische Gebiet der Türkei erstreckt hätten. (...) Die Bekl. muß dem Kl. somit den Schaden ersetzen, den

Zu Recht weist *Hohloch* darauf hin, dass die herrschende Meinung durch die besondere Konstruktion der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung versucht, die Erklärungen des Vermittlers zum Vertragsinhalt zu machen. Folglich könne es „naturgemäß nicht auf ein Verschulden ankommen“⁶⁶. Man könne aber dann nicht im Gegenschluss sagen, aufgrund der fehlenden Anwendung von § 254 BGB handle es sich um einen Primäranspruch.

Letztlich hängt die Rechtsnatur der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung von der Begründung bzw. Rechtfertigung des Gewohnheitsrechtssatzes ab. Legt man eine vertragsrechtliche Konstruktion⁶⁷ zugrunde, so kommt man zwingend zu dem Ergebnis, dass die Erfüllungshaftung eine Primärhaftung ist. Zu diesem Ergebnis kommt man auch, wenn Rechtsscheinsgrundsätze oder ein selbständiges Beratungsverhältnis⁶⁸ als Begründung für die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung dienen. Entscheidend gegen vertragsrechtliche Konstruktionen spricht, dass diese letztlich, wenn auch „verhüllt“⁶⁹, gegen die Bestimmung des § 43 VVG a. F. bzw. § 69 VVG verstoßen. Rechtsscheinsgrundsätze taugen als Begründung insofern wenig, da immer ein ausreichender Rechtsscheinstatbestand, der nur in besonderen Konstellationen⁷⁰ gegeben sein wird, vorliegen muss. Auch die Konstruktion eines selbständigen Beratungsverhältnisses neben dem Versicherungsvertrag unterliegt schwerwiegenden Bedenken: Es erscheint schwer erklärbar, warum der Versicherungsagent zwar keine Vollmacht zum Abschluss des Vertrags haben soll, die direkt zu einer Zurechnung führt, dafür aber eine Vollmacht zum Abschluss eines neben

dieser dadurch erlitten hat, daß der Versicherungsvertrag nicht auf das außereuropäische Gebiet der Türkei erstreckt worden ist; sie muß ihn so stellen, als wäre dies der Fall gewesen.“

Und andererseits RGZ 86, 128, 134: „ (...) so hat die Gesellschaft für dieses Verhalten des den Verkehr zwischen ihr und dem Kläger vermittelnden Agenten einzustehen und dessen Erklärungen als ihre gelten zu lassen.“ Und S. 135: „ (...) sie muß die Versicherung so gegen sich gelten lassen, wie sie der Kläger angeboten hatte und wie das Angebot angenommen war.“

⁶⁵ Vgl. BGH VersR 1963, S. 768 ff. = BGHZ 40, 22 (Europaklauselfall).

⁶⁶ *Hohloch*, VersR 1980, S. 107, 117.

⁶⁷ Vgl. hierzu *Messerschmidt*, Hinweis- und Belehrungspflichten, S. 312 ff; ausführlich: *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 79 ff.

⁶⁸ Vgl. zu beiden *Messerschmidt*, Hinweis- und Belehrungspflichten, S. 315 f. bzw. S. 317 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁶⁹ *Messerschmidt*, Hinweis- und Belehrungspflichten, S. 315.

⁷⁰ Vgl. zum Beispiel die Bezeichnung als „Subdirektor“ (KG VA 1931, S. 23); „Bezirksagent“ (OLG Köln, VersR 1963, S. 182 f.); oder „Generalagent“ (*Bruck/Möller*, 8. Aufl., § 44 Anm. 58 mit weiteren Nachweisen).

dem Versicherungsvertrag stehenden Beratungsvertrags. Dies erscheint umso zweifelhafter, als es sich bei dem Gegenstand der Beratung auch um auf das Versicherungsverhältnis gerichtete Informationen handelt.⁷¹

Lösungs-, Rückführungs- und Rechtfertigungsansätze über das Institut der culpa in contrahendo⁷², der Gefährdungshaftung⁷³ bzw. der Vertrauenshaftung⁷⁴ kommen zum sekundären Schadensersatzanspruch. Nach dem oben Gesagten ist dies auch die richtige Lösung.

3. Fallgruppen

a) Überblick⁷⁵

Bei Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung können mehrere Fallgruppen unterschieden werden. Als Differenzierungskriterium bietet sich an, darauf abzustellen, ob der Versicherer den Antrag des Versicherungsnehmers (in Form einer Willenserklärung) angenommen hat oder nicht.

Liegt eine Annahmeerklärung vor, so betreffen die Fälle in der Regel den sachlichen, räumlichen oder zeitlichen Inhalt bzw. Umfang des Versicherungsschutzes. Kurz gesagt liegt ein wirksamer Vertrag vor⁷⁶; nur Einzelheiten sind nicht geklärt.

Fehlt es an der Annahme durch den Versicherer, so ist strittig, ob eine Erfüllungshaftung möglich ist.⁷⁷ Diese Fälle betreffen nicht Inhalt bzw. Umfang, sondern das Bestehen des Vertrags überhaupt [b)].

⁷¹ Vgl. zu weiteren Bedenken *Messerschmidt*, Hinweis- und Belehrungspflichten, S. 312 ff.

⁷² So *Hohloch*, VersR 1980, S. 107 ff.

⁷³ So *Theda*, VP 1982, S. 56, 58 im Hinblick auf die Fälle, in denen ein unversicherbares Risiko vorliege. Dann liege kein Schaden vor, somit sei die Erfüllungshaftung als „vertragliche Gefährdungshaftung“ einzustufen, „die zudem noch den Schaden negiert“ (S. 58).

⁷⁴ So *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 342 ff., 350.

⁷⁵ Eine ausführliche Zusammenstellung von Rechtsprechung mit Erläuterungen findet sich bei *Prölss/Martin-Kollhosser*, § 43 Rn. 32.

⁷⁶ Ausführlich hierzu unter § 21.5.a).

⁷⁷ Vgl. einerseits LG Köln VersR 1985, S. 381 (Hausratversicherung), das eine Erfüllungshaftung bei fehlender Annahme des Versicherers ablehnt ebenso wie zuvor LG Essen VersR 1973, S. 27 f. (Deckungszusage bei Lebensversicherung), und andererseits OLG Saarbrücken in NJW-RR 1987, S. 858 (Krankenversicherung), das eine Erfüllungshaftung annimmt, ebenso OLG Hamm VersR 1992, S. 1462.

Als letzte Kategorie sind die Fälle zu nennen, in denen der Versicherungsagent *nach* Vertragsschluss unrichtige Auskünfte gab, ohne dass eine formale Vertragsänderung stattfand [c)]. Ob in diesen Fällen die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung eingreift und eine nachträgliche Vertragsanpassung bewirkt, ist umstritten.

Die beiden erstgenannten Fallgruppen weisen Berührungspunkte mit der culpa in contrahendo auf. Die letzte Fallgruppe kann mit § 280 Abs. 1 BGB in Beziehung gesetzt werden. Auch § 311a Abs. 2 BGB als Regelung für anfängliche Unmöglichkeit ist sowohl als Anordnung einer Erfüllungshaftung im BGB als auch als Fallgruppe „anfänglicher Unmöglichkeit“ mit Bezug zum versicherungsrechtlichen Kontext zu untersuchen.

Unstreitig fallen somit vorvertragliche Verletzungen der Aufklärungspflicht über Inhalt und Umfang des Versicherungsvertrags unter die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung, wenn der Versicherer den Antrag angenommen hat. Die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung hat dann vertragsmodifizierende Wirkung. Ob sie auch *vertragsbegründend* wirkt und ob sie bei bereits bestehendem Vertrag Anwendung findet, ist umstritten.

b) Problemfall: Erfüllungshaftung mit vertragsbegründender Wirkung

Häufigster Fall in diesem Zusammenhang ist die Zusage vorläufiger Deckung durch einen Agenten ohne Vollmacht.⁷⁸ In diese Fallkonstellation fällt auch die (Falsch-)Aussage des Agenten, der Versicherungsnehmer genieße nun laut Antrag Versicherungsschutz.

Die herrschende Meinung nimmt hier die Möglichkeit einer vertragsbegründenden Erfüllungshaftung an; als Argument wird angeführt, dass die zu schützenden Belange des Versicherungsnehmers und sein Vertrauen in den Versicherungsagenten nicht erst dann gegeben seien, „wenn der Vertrag bereits abgeschlossen ist oder später zustande kommt, sondern in besonders hohem Maße auch schon im Rahmen der Vertragsverhandlungen“⁷⁹. Gerade bei Erteilung der vorläufigen Deckungszusage trete das Schutzbedürfnis des auf die Angaben des Versicherungsagenten vertrauenden

⁷⁸ Vgl. OLG Hamm VersR 1982, S. 843; 1983, S. 1047; 1992, S. 1462; 1997, S. 1264 (sogar ohne Begründung) und OLG Köln VersR 1995, S. 157. Vgl. auch die Nachweise in Fn. 77. In diese Fallgruppe fällt auch der Fall OLG Frankfurt/Main NVersZ 2001, S. 130, in dem der Versicherungsnehmer Kfz-Haftpflicht und Kaskoversicherung und vorweg vorläufige Deckung beantragt und der Agent nicht darauf hinweist, dass nach den AVB vorläufige Deckung nur für die Haftpflichtversicherung besteht.

⁷⁹ OLG Hamm, VersR 1992, 1462, 1463.

Versicherungsnehmers deutlich zutage. Deswegen sei eine vertragsbegründende Wirkung „interessengerecht“⁸⁰.

Viele Gerichte nahmen die Möglichkeit einer vertragsbegründenden Erfüllungshaftung grundsätzlich an, verneinten diese aber in concreto wegen erheblichem Eigenverschulden.⁸¹ Das erhebliche Eigenverschulden wird in diesen Fällen mit der Nichtbeachtung des insoweit klaren Wortlauts der Versicherungsbedingungen begründet.⁸²

Prölss lehnt in Anlehnung und Verallgemeinerung dieser Urteile eine versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung in solchen Fällen grundsätzlich ab. Regelmäßig sei erhebliches Eigenverschulden gegeben; es müsse sich dem Versicherungsnehmer aufdrängen, dass die zum Vertragsschluss erforderliche Erklärung des Versicherers noch fehle und dass folglich die Auskunft des Agenten, es bestehe (jetzt schon) Versicherungsschutz, schlicht falsch sei. Selbst wenn der Agent mangels Vertretungsmacht unwirksam die Deckung zusage, sei so zu entscheiden.⁸³

Prölss möchte diese Fälle allenfalls über die Annahme einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht⁸⁴ oder über eine Haftung aus c.i.c. lösen.⁸⁵

Im Ergebnis ist die Frage, ob die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung auch vertragsbegründend wirken kann, erheblich, da im Unterschied hierzu die Haftung aus c.i.c. im Gegensatz zur versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung mögliches Mitverschulden des Versicherungsnehmers einbezieht. Unklar ist, welche Haftungsfolge die c.i.c. in diesen Konstellationen konkret haben soll: Wie die Realität aussähe, wenn der Agent ordnungsgemäß aufgeklärt hätte, ist unklar. Möglicherweise wäre der Vertrag wirksam zustande gekommen; vielleicht wäre er nicht zustande gekommen, der Versicherungsnehmer hätte sich aber anderweitig beholfen. Es ist also fraglich, ob der Vertrag aufgeho-

⁸⁰ OLG Hamm, VersR 1992, 1462, 1463. Ohne Begründung allerdings OLG Hamm VersR 1982, S. 843, 844. Vgl. insgesamt *Römer/Langheid*, § 43 Rn. 46.

⁸¹ Vgl. OLG Köln VersR 1983, S. 1045; LG Frankfurt ZfS 1987, S. 345; AG Ravensburg RuS 1988, S. 89; AG Mannheim VersR 1991, S. 329.

⁸² Vgl. OLG Köln VersR 1983, S. 1045 und AG Mannheim VersR 1991, S. 329, 330.

⁸³ *Prölss/Martin-Prölss*, § 3 Rn. 44.

⁸⁴ Näheres unter § 21.5.b).

⁸⁵ *Prölss/Martin-Prölss*, § 3 Rn. 44 und *Prölss/Martin-Prölss*, Zusatz zu § 1 Rn. 4 sowie *ders.*, FS 50 Jahre BGH, Band 2, S. 551, 584. Anscheinsvollmacht ist anzunehmen zum Beispiel bei der Verwendung von Bestätigungen mit faksimilierter Unterschrift des Versicherers, vgl. BGH VersR 1986, S. 130 oder bei der Bezeichnung des Agenten als „Geschäftsführer“ auf Schriftstücken des Versicherers, BGH VersR 1981, S. 469, 470.

ben oder angepasst wird. Bei einer Lösung über c.i.c. ist folglich sowohl dasselbe als auch ein anderes Ergebnis im Vergleich zur Erfüllungshaftung denkbar.

Bei Annahme einer Anscheinsvollmacht im kaufmännischen Verkehr ist eine wirksame Vertretung des Versicherers durch den Agenten die Folge.⁸⁶ Der Streit, ob nicht nur die Grundsätze der c.i.c. anzuwenden und diese gar auf das negative Interesse zu beschränken seien, ist hier irrelevant: Es handelt sich nicht um rein privaten Verkehr, in dem eine solche Einschränkung zu Recht diskutiert wird⁸⁷, sondern um den Bereich des kaufmännischen Verkehrs, in dem die Anwendung der Anscheinsvollmacht unumstritten ist.

Bei Annahme einer Duldungsvollmacht liegt ebenfalls eine wirksame Vertretung des Versicherers vor.⁸⁸ Ein Unterschied zur versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung besteht im Ergebnis nicht.

Als dogmatischen Grund führt *Prölss* an, die Erfüllungshaftung beziehe sich „nur auf Auskünfte des Agenten im Sinne von Realakten“⁸⁹; sie sei von der Vertretungsmacht des Agenten unabhängig. Nähme man anderes an, so würde „das Fehlen der Vertretungsmacht völlig überspielt“⁹⁰ und würden „Grundsätze der Stellvertretung über Bord“⁹¹ geworfen.

Das LG Essen führt als Begründung gegen eine vetragsbegründende Wirkung der Erfüllungshaftung an, es handle sich bei der Deckungszusage um einen vom Versicherungsvertrag losgelösten Vertrag⁹²; die Grundsätze der „Wahrheitsfiktion“ seien jedoch nur in dessen Rahmen anzuwenden.⁹³ Nach dem LG Köln erfasst die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung ebenfalls nur Erklärungen über den Umfang der Versicherung und setzt das Bestehen eines Versicherungsvertrages voraus.⁹⁴ Den Argumentationen beider Landgerichte wird vom OLG Hamm zu Recht entgegnet, dass der Versicherungsnehmer

⁸⁶ Vgl. nur BGHZ 86, 273, 275 und Palandt-*Heinrichs*, 68. Aufl., § 172 Rn. 11, 17.

⁸⁷ Zum Beispiel von *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., § 14 III 1, *Flume*, AT 2, 4. Aufl., § 49 5, S. 836 und *Medicus*, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., § 58 I, Rn. 971, 972. Anderer Ansicht sind *Larenz/Wolf*, BGB AT § 48 Rn. 30 und Palandt-*Heinrichs*, 68. Aufl., § 172 Rn. 11.

⁸⁸ Vgl. nur *Medicus*, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., § 58 I, Rn. 969 und *Larenz/Wolf*, BGB AT § 48 Rn. 22.

⁸⁹ *Prölss/Martin-Prölss*, § 3 Rn. 44 und *Prölss/Martin-Prölss*, Zusatz zu § 1 Rn. 4.

⁹⁰ *Prölss/Martin-Prölss*, Zusatz zu § 1 Rn. 4.

⁹¹ *J. Prölss*, FS 50 Jahre BGH, Band 2, S. 551, 584.

⁹² Dies ist als Aussage so zutreffend, vgl. nur *Deutsch*, Versicherungsvertragsrecht, 6. Aufl., § 7 III 1, S. 51.

⁹³ LG Essen VersR 1973, S. 27 f.

⁹⁴ Vgl. LG Köln VersR 1985, S. 381.

„in besonders hohem Maße auch schon im Rahmen der Vertragsverhandlungen“⁹⁵ zu schützen ist.

Prölss kann für sich beanspruchen, dogmatisch sauber zwischen Wissens- und Willenserklärungen – er spricht vom Unterschied zwischen Auskünften und Willenserklärungen – zu unterscheiden und nur bei ersteren die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung überhaupt anzuwenden. Für letztere gilt im Umkehrschluss von § 43 Abs. 1 Nr. 1 VVG a. F. und § 69 Abs. 1 Nr. 1 VVG, dass der Agent keine Abschlussvollmacht hat. Nimmt man hier die Zulässigkeit der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung an, so ist diese Regelung schlicht „ausgehebelt“. Es geht somit auch um die Frage, ob durch die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung auch die oft als unzureichend empfundene und dem Versicherungsnehmer nur selten bekannte Begrenzung der gesetzlichen Vollmacht für den Abschluss des Versicherungsvertrags⁹⁶ „überwunden“ werden kann. Dies ist zu verneinen. Für Willenserklärungen sind die Grundsätze über Anscheins- und Duldungsvollmacht anzuwenden, notfalls ist an eine Haftung des Versicherers aus culpa in contrahendo zu denken, die hier zwar nicht zwingend zu denselben, aber dennoch zu tragfähigen Ergebnissen führt. Für die Annahme einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht stehen die Chancen für den Versicherungsnehmer angesichts der gängigen Praxis, dem Agenten die Formulare für den Abschluss sowie die gesamte Vertragsanbahnung und -abwicklung zu überlassen, gut. Da es sich auch nicht um den Bereich des rein privaten Verkehrs handelt, in dem eine Einschränkung der Anscheinsvollmacht anzunehmen ist⁹⁷, stehen die Chancen umso besser.

Häufig wird man dem Versicherer auch eigene Informationsdefizite vorwerfen können, wenn der Umfang der Vollmacht des Agenten sich nicht eindeutig aus dem Versicherungsformular ergibt. Auch die Verleihung eines aussagekräftigen Titels wie zum Beispiel der eines „Generalagenten“⁹⁸ an den nicht abschlussberechtigten Agenten kann so zu einer Haftung aus c.i.c. führen. Das Argument, der Versicherungsnehmer sei aufgrund seines Vertrauens in den Agenten auch schon im vorvertraglichen Bereich zu schützen, reicht zur Begründung einer solch weitgehenden Haftung nicht aus. Dies wird im Rahmen

⁹⁵ OLG Hamm VersR 1992, S. 1462, 1463.

⁹⁶ Selbstverständlich kann der Versicherer die Vollmacht bis hin zu einer Abschlussvollmacht, § 45 VVG a. F. bzw. § 71 VVG, rechtsgeschäftlich erweitern.

⁹⁷ Siehe oben die Nachweise in Fn. 87.

⁹⁸ Siehe oben die Nachweise in Fn. 70.

der culpa in contrahendo, die als Paradedfall einer Vertrauenshaftung⁹⁹ gilt, noch näher erörtert werden.¹⁰⁰

Im Ergebnis sind die Grundsätze der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung somit nicht auf Fälle anzuwenden, in denen der Versicherer den Abschluss des Versicherungsvertrags ablehnt und die Erfüllungshaftung somit vertragsbegründend wirken würde.¹⁰¹

c) Problemfall: Erfüllungshaftung nach Vertragsschluss

Große Teile der Rechtsprechung lehnen die Anwendung der Grundsätze der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung ab, wenn die Pflichtverletzung des Agenten nach Vertragsschluss geschieht.¹⁰² In einem neueren Urteil bejaht hingegen das OLG Koblenz in einem solchen Fall eine versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung, ohne auf die Problematik einzugehen.¹⁰³ Auch *Hilgenhövel* nimmt die Zulässigkeit der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung in diesen Konstellationen an.¹⁰⁴

Da die Urteile keine vergleichbaren Sachverhalte betreffen, sind jene und die Annahme von *Hilgenhövel* näher zu untersuchen.

Die Rechtsprechung lehnt die Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung mit der Begründung ab, der Versicherungsagent könne den Versicherer „grundsätzlich nach Eintritt des Schadensfalles ohne Bevollmächtigung hierzu nicht zu einer Leistung verpflichten, die nach dem Versicherungsvertrag nicht vorgesehen ist“¹⁰⁵.

⁹⁹ Vgl. nur *Canaris*, FS 50 Jahre BGH, Band 1, S. 129, 172, 176 ff.

¹⁰⁰ Vgl. unten § 2II.3.

¹⁰¹ Nimmt man eine Einbeziehung dieser Fälle an, so ist im Rahmen des Vergleichs mit der c.i.c. auch die Fallgruppe anzusprechen, bei der als Rechtsfolge der c.i.c. eine Vertragsbegründung vertreten wird. Dies sind die Fälle der Verhinderung der Wirksamkeit eines Vertrags entweder durch den Abbruch von Vertragsverhandlungen (nach herrschender Meinung wird allerdings nur der Vertrauensschaden ersetzt, da ein Ersatz des Erfüllungsschadens auf einen Kontrahierungszwang hinausläufe) und die (schuldhafte) Herbeiführung der Unwirksamkeit eines Vertrags zum Beispiel infolge eines versteckten Dissenses oder durch sittenwidrige Benachteiligung des anderen Vertragsteils. Vgl. hierzu nur *Emmerich*, Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., § 7 III, S. 119 ff.

¹⁰² Siehe nur OLG Frankfurt ZfS 2002, S. 389; OLG Köln r+s 1990, S. 325, 326 und OLG Karlsruhe r+s 1993, S. 331, 332 f.

¹⁰³ OLG Koblenz, Urt. v. 18.5.2001, Az. 10 U 1162/99, veröffentlicht in OLGR Koblenz 2001, S. 376.

¹⁰⁴ Vgl. *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 118, 140.

¹⁰⁵ OLG Frankfurt ZfS 2002, S. 389 mit Verweis auf OLG Köln r+s 1990, S. 325, 326 und OLG Karlsruhe r+s 1993, S. 331, 332 f.

Zu beachten ist, dass in besagtem Fall der Agent *nach* Eintritt des Versicherungsfalls die Auskunft gegeben hatte, es bestehe Versicherungsschutz, obwohl keiner bestand. Zu diesem Zeitpunkt hätte der Versicherungsnehmer keinesfalls mehr die Möglichkeit gehabt, das Risiko zu versichern; der Versicherungsfall war schließlich schon eingetreten, vgl. § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG. Dass eine Auskunft des Agenten nach Eintritt des Versicherungsfalls nicht als Konstellation der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung gelten kann, ist somit klar, denn Grenze der Erfüllungshaftung ist Gesetzesrecht: „Durch falsche Auskunft oder Beratung kann nicht bindend werden, was Versicherer und VN (Versicherungsnehmer, *Anm. d. Verf.*) durch ausdrückliche Abrede nicht hätten vereinbaren dürfen“¹⁰⁶. Der Annahme der Erfüllungshaftung steht § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG entgegen.¹⁰⁷

Kritischer sind die Fälle, in denen der Agent *vor* Eintritt des Versicherungsfalls und nach Vertragsschluss zum Beispiel auf Nachfrage des Versicherungsnehmers die Auskunft gibt, in einem bestimmten Fall bestünde entgegen den Versicherungsbedingungen Versicherungsschutz.¹⁰⁸ Hier zielt das Argument, Agent und Versicherungsnehmer könnten nichts vereinbaren, was gegen zwingendes Gesetzesrecht verstößt, ins Leere.

Für eine Anwendung der Grundsätze der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung spricht, dass die Sachverhalte „Auskunft des Agenten bei Vertragsschluss“ und „Auskunft des Agenten nach Vertragsschluss aber vor Realisierung des erfragten Risikos“ vergleichbar sind. Der Versicherungsnehmer ist auch nach Vertragsschluss schutzwürdig; auf (fehlerhafte) Erklärungen des besser informierten Agenten vertraut er nach Vertragsschluss ebenso wie bei Abschluss des Vertrages; er hat zu diesem Zeitpunkt auch die

¹⁰⁶ OLG Hamm VersR 1999, S. 840, 841.

¹⁰⁷ Gegen diese Argumentation kann eingewendet werden, dass es sich nicht um zwingendes Gesetzesrecht handelt, nach herrschender Rechtsprechung kann § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG (sowohl in alter als auch in neuer Fassung) wirksam abbedungen werden, vgl. Prölss/Martin-Prölss, § 2 Rn. 18 mit zahlreichen Nachweisen zu Rechtsprechung. Einer Auslegung des Sachverhalts dahingehend steht aber entgegen, dass der Agent in diesen Fällen fahrlässig verkennt, dass Versicherungsschutz nicht gegeben ist; ihm kann aber nicht unterstellt werden, dass er, hätte er seinen Irrtum bemerkt, den Versicherungsschutz in diese Richtung durch Abbedingung des § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG erweitern wollte. In vielen Fällen wird, wenn der Agent weiß, dass kein Versicherungsschutz besteht und er sich dennoch mit dem Versicherungsnehmer einigt, dass § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG abbedungen sein soll, Kollusion und folglich Nichtigkeit gem. § 138 BGB vorliegen. Der Versicherungsnehmer kann nicht davon ausgehen, dass der Versicherer grundsätzlich auch für bereits eingetretene Schadensfälle aufkommen will. Vgl. auch Römer/Langheid, § 43 Rn. 39 ohne Argumentation.

¹⁰⁸ So zum Beispiel im Fall des OLG Koblenz Ur. v. 18.5.2001, Az. 10 U 1162/99, veröffentlicht in OLGR Koblenz 2001, S. 376.

Möglichkeit, den Versicherungsschutz bei diesem Versicherer zu erweitern oder sich einen anderen Versicherer zu suchen. *Hilgenhövel* liegt folglich mit seiner Aussage richtig. Sie ist allerdings zu ergänzen, um Missverständnisse zu vermeiden: Die Grundsätze der Erfüllungshaftung sind auch bei fehlerhaften Auskünften des Agenten zu Inhalt und Umfang des Versicherungsvertrags nach Vertragsschluss anzuwenden, wenn der in Frage stehende Versicherungsfall noch nicht eingetreten ist.

d) Ergebnis

Die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung ist bei allen fehlerhaften Auskünften des Agenten, die Inhalt und Umfang des Versicherungsvertrags betreffen und vor Eintritt des in Frage stehenden Versicherungsfalls gegeben werden, anzuwenden. Handelt es sich nicht um eine Auskunft über das „wie“, das heißt den Umfang oder Inhalt des Versicherungsvertrags, sondern über das grundsätzliche „ob“ des Vertragsschlusses, so findet die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung keine Anwendung. Hier gelten die Regelungen der c.i.c. und der Duldungs- und Anscheinsvollmacht.

4. Pflichtverletzung bei der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung

Es stellt sich die Frage, welche Pflichtverletzung¹⁰⁹ zur versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung führt. Nach den oben aufgeführten Fallgruppen kommt als Pflichtverletzung die Verletzung einer Aufklärungs- bzw. Beratungspflicht¹¹⁰ (zusammengefasst: Informati-

¹⁰⁹ Vgl. zur Kritik an dem Begriff „Pflichtverletzung“ *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 28 f. mit weiteren Nachweisen.

¹¹⁰ Gesetz, Rechtsprechung und Literatur verwenden verschiedene Termini für „Aufklärungspflicht“, zum Beispiel Hinweis-, Mitteilungs-, Belehrungs-, Anzeigepflicht etc. Inhaltlich unterscheiden sich diese Begriffe nicht, vgl. *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 35 und *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 4 f. Anderer Ansicht sind wohl *Werres*, Aufklärungspflichten in Schuldverhältnissen, S. 5 und *Kieninger*, AcP 198 (1998), S. 190, 193, die allerdings eine genaue Abgrenzung weder für möglich noch für nötig hält.

Nach *Römer*, VersR 1998, S. 1313, 1314 wird speziell im Versicherungsrecht zwischen den verschiedenen Termini auch nicht unterschieden, da eine „Typisierung von der Sache her nur begrenzt möglich“ ist. Ausführlich zu Für und Wider einer Unterscheidung speziell im Versicherungsrecht *Huckele*, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Versicherungsrecht, S. 21 ff.

onspflicht¹¹¹) durch den Versicherungsagenten in Frage. Es ist zu klären, inwiefern eine Pflichtverletzung durch Verletzung einer Aufklärungspflicht überhaupt vorliegen kann [siehe a)] und wie die Pflichtverletzung in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung aussieht bzw. aussehen kann [siehe b)]. Auch der Umfang der Pflicht zur Information ist zu bestimmen [siehe c)]. Ebenso ist zu klären, auf welche Informationen sich die Aufklärungspflichtverletzung bei der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung bezieht [siehe d)]. Letztlich soll auch in Vorbereitung auf mögliche Ansätze und Lösungsmöglichkeiten aus dem Bürgerlichen Recht (5) geklärt werden, welche tatsächlichen Auswirkungen die Pflichtverletzung vor [e)] und nach [f)] Vertragsschluss hat.

a) Unterscheidung zwischen Vorenthalten der Information und positiver Falschinformation

Aufklärungspflicht ist „die Pflicht, den anderen über Umstände aufzuklären, die diesem bisher nicht bekannt sind“¹¹², aber Einwirkung auf die Willensbildung des potenziellen Vertragspartners haben.¹¹³ Die Verletzung einer Informationspflicht kann durch Vorenthalten der Information und durch positive Falschinformation geschehen.¹¹⁴

Nach der Rechtsprechung gilt für vorenthaltene, das heißt unterlassene Information eine zweistufige Formel: Es muss sich beim Gegenstand der unterlassenen Information erstens um einen für die Entschließung der anderen Seite wesentlichen, insbesondere den Vertragszweck gefährdenden Umstand handeln. Zweitens wird verlangt, dass der Ver-

¹¹¹ Vgl. MünchKomm-Roth, 4. Aufl. 2001, § 242 Rn. 260. Eine terminologische Unterscheidung könne nur dergestalt vorgenommen werden, dass Beratungspflicht „eine umfassende (...) Entscheidungshilfe“ meine, wohingegen eine Aufklärungspflicht „den spontanen Hinweis auf spezielle Umstände“ meine.

Im Folgenden soll jedoch zur Vereinfachung und aufgrund der schwierigen Abgrenzung eine Unterscheidung unterbleiben. Siehe in der nachfolgenden 5. Auflage Roth bei § 241 Rn. 114

¹¹² Pohlmann, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 29.

¹¹³ So (einschränkend) Grigoleit, Vorvertragliche Informationspflichtverletzung, S. 4 zur Definition des Begriffs „Informationspflicht“. Vgl. zu Einordnung und Charakteristika von Aufklärungspflichten Pohlmann, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 22 ff., insbesondere S. 29 ff. Zu Kriterien zur Bestimmung und des Umfangs vgl. ders., S. 103 ff. mit versicherungsrechtlichem Beispiel auf S. 104 und Bezug zum Versicherungsrecht auf S. 105.

¹¹⁴ Dies ist allgemein anerkannt, vgl. nur MünchKomm-Roth, 5. Aufl. 2007, § 241 Rn. 115 ff. Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 4 f. unterscheidet zwischen Wahrheitspflicht – die (Unterlassungs-) Pflicht, unzutreffende Informationen nicht weiterzugeben – und Aufklärungspflicht – die (Handlungs-) Pflicht, zutreffende Informationen zur Verfügung zu stellen.

tragspartner nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte Aufklärung erwarten darf.¹¹⁵

Bei einer positiven Falschinformation liegt der Fall nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anders. Aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis ergebe sich eine mit einer Ausnahme¹¹⁶ unbeschränkte Wahrheitspflicht, so dass grundsätzlich *jede* positive Falschinformation eine vorvertragliche Pflichtverletzung darstellt.¹¹⁷

Fehlt es folglich an einer Aufklärungspflicht, so entscheidet die Frage, ob eine unterlassene Information oder eine Falschinformation vorliegt, über eine mögliche Haftung. Eine Unterscheidung der beiden Konstellationen in Bezug auf die Rechtsfolge ist aber irrelevant, da eine Unterscheidung für die Rechtsfolge Schadensersatz und dessen Umfang keine Rolle spielt.

b) Fallkonstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung

Bei den oben dargestellten Fällen¹¹⁸ geht es nicht um unterlassene, sondern um Falschaufklärung. Fallkonstellationen, in denen der Versicherungsagent seine Aufklärungspflicht verletzt, indem er die Aufklärung über dem Versicherungsnehmer unbekannte Umstände, die Einfluss auf dessen Willensbildung haben, unterlässt, sind aber ebenso denkbar und

¹¹⁵ Grundlegend RGZ 111, 233, 234. Vgl. aus neuerer Zeit nur BGHZ 114, 87, 90 f. mit weiteren Nachweisen. Eine Auswertung der Rechtsprechung findet sich bei *Werres*, Aufklärungspflichten in Schuldverhältnissen, S. 13 ff., 21 ff.

¹¹⁶ Es handelt sich um das sogenannte „Recht zur Lüge“ des Arbeitnehmers auf eine unzulässige Frage des potenziellen Arbeitgebers, vgl. *Staudinger-Ricardi*, Neubearbeitung 2005, § 611 Rn. 152 ff. mit umfassenden Nachweisen. Das „Recht zur Lüge“, also einer vorsätzlichen vorvertraglichen Falschauskunft wird in der Regel im Rahmen des § 123 BGB diskutiert; vgl. aus neuerer Zeit BAGE 104, 304 = BB 2003, S. 1734 = DB 2003, S. 1795 und ausführlich *Reimers/Wiesinger*, AuA 2003, S. 25. Dies schließt aber konsequenterweise bei Vorliegen auch eine vorvertragliche Pflichtverletzung aus.

¹¹⁷ Vgl. nur BGHZ 111, 75, 79 f.; BGH NJW 1962, S. 1196, 1198; 1969, S. 1625, 1626; 1981, S. 1035; BGH WM 1977, S. 756, 758; 1990, S. 145, 146; sehr deutlich BGH NJW-RR 1997, S. 144; BGH ZIP 2000, S. 355, 356; BGH ZIP 2001, S. 75, 77 und BGH ZIP 2001, S. 108, 109. Vgl. zum Sonderfall Prospekthaftung nur BGHZ 71, 284, 289 und BGHZ 123, 106, 113.

Unklarheiten, zum Beispiel das Urteil des BGH in WM 1988, S. 48, 50, in dem die zweistufige Formel trotz Vorliegen einer positiven Falschaufklärung verwendet wird, sind wohl auf die Unsicherheiten der Abgrenzung zwischen unterlassener und Falschinformation zurückzuführen, so auch *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 6 Fn. 2.

¹¹⁸ Vgl. zum Paradefall, in dem die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung Anwendung findet, oben § 21 und zu einzelnen Fallgruppen oben § 21.3.

auch vom Bundesgerichtshof in den Europaklauselfällen¹¹⁹ zahlreich entschieden worden. Somit besteht die Pflichtverletzung in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung in einer nicht zulässigen Informationsunterlassung oder einer positiven Falschinformation.

c) Umfang der Informationspflicht des Versicherers

Das VVG selbst kennt zahlreiche Aufklärungspflichten, unter anderem den bereits oben erläuterten § 5 Abs. 2 VVG sowie § 7 Abs. 1 und 2 VVG in Verbindung mit der VVG-Informationsverordnung.¹²⁰ Darauf soll hier im Folgenden nicht Bezug genommen werden, da das VVG für deren Verletzung eigene Regelungen bereithält, wie zum Beispiel den Nichtablauf der (Widerrufs-)Frist in § 8 Abs. 2 Nr. 1 VVG.¹²¹

Es interessieren in diesem Zusammenhang nur die noch zum alten VVG im Einzelfall anerkannten und insbesondere im Versicherungsrecht aus Treu und Glauben¹²² entwickelten Informationspflichten. Zum allgemeinen Umfang der Informationspflicht in Fällen der unterlassenen Aufklärung des Versicherers führt der Bundesgerichtshof aus: „Der Versicherer ist ohne besonderen Anlass nicht verpflichtet, sämtliche Bedingungen des Vertrags und der AVB zu erläutern. Er kann sich auf die Erläuterung derjenigen Punkte beschränken, denen nach der Verkehrsanschauung für den Abschluss des Vertrags wesentliche Bedeutung beigemessen wird. Im Übrigen trifft den Agenten eine weitergehende Auskunftspflicht nur dann, wenn im Einzelfall besondere Umstände dies gebieten. Solche liegen insbesondere dann vor, wenn der VN einen Wunsch nach weitergehender Beratung hinreichend zum Ausdruck bringt oder wenn der VN sich erkennbar

¹¹⁹ Vgl. grundlegend BGHZ 40, 22, zahlreiche weitere Nachweise in Fn. 39.

¹²⁰ Verordnung über Informationspflichten bei Versicherungsverträgen vom 18.12.2007, BGBl. I S. 3004. Schon im VVG vor dem 1.1.2008 fanden sich über das Gesetz verstreut zahlreiche Aufklärungspflichten, zum Beispiel § 12 Abs. 3 Satz 2 VVG a.F., § 8 Abs. 4 Satz 3 VVG a.F., § 39 Abs. 1 Satz 2 VVG a. F. und viele mehr. Vgl. zu § 7 Abs. 1 VVG die aktuelle Dissertation von *Leverenz*, Vertragsschluss nach der VVG Reform, aus dem Jahre 2008.

¹²¹ Auch auf die seit der Deregulierung im Jahre 1994 in § 5a VVG a. F. (in Verbindung mit § 10a VAG) verankerte Informationspflicht des Versicherers wird nicht eingegangen, da sie eigenständige Bedeutung hat und bei Verstoß gegen sie die Rechtsfolgen des § 5a Abs. 1 VVG eingreifen. Eingeführt durch Art. 2 Gesetz vom 21.7.1994, BGBl. I S. 1630. Näheres hierzu bei *Huckele*, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Versicherungsrecht, S. 120 bei und in Fn. 694.

¹²² Vgl. nur *Heiss*, ZVersWiss 2003, S. 339, 342 mit weiteren Nachweisen in Fn. 15 und grundlegend *R. Fischer*, VersR 1965, S. 197, 199 (Titel des Aufsatzes: „Treu und Glauben im Versicherungsrecht“).

falsche Vorstellungen über Inhalt und Umfang des Versicherungsschutzes macht oder wenn der Versicherungsagent aufgrund der komplizierten Regelungen in den verwendeten Versicherungsbedingungen mit der Möglichkeit von Missverständnissen rechnen muss.“¹²³

Dies entspricht im Grundsatz den für allgemeine Informationspflichten geltenden Standards. In einigen Fällen können sich natürlich auch weitergehende Informationspflichten aus einem Maklervertrag (§ 652 BGB) bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 662 BGB; zum Beispiel bei Versicherungsmaklern) oder einem selbständigen Beratungsverhältnis ergeben.¹²⁴

Trotz (oder gerade wegen?) dieser klaren Vorgaben wird der Rechtsprechung im Versicherungsrecht Widersprüchlichkeit und Systemlosigkeit bei den Aufklärungspflichten des Versicherers vorgeworfen. Dies wird mit zahlreichen Beispielen untermauert.¹²⁵ Insbesondere kritisiert wird angesichts zahlreicher „Scheinbegründungen“¹²⁶ und sogar einer offen abweichenden Entscheidung¹²⁷ die Ablehnung einer *spontanen* Aufklärungspflicht. Eine spontane Aufklärungspflicht des Versicherers ist nach Auffassung einiger aus vieler-

¹²³ So zuletzt BGH VersR 2004, S. 1161, 1162. Vgl. hierzu auch *J. Prölss*, FS 50 Jahre BGH, Band 2, S. 551, 560 und *Heiss*, ZVersWiss 2003, S. 339, 342 f.

¹²⁴ Vgl. nur BGH VersR 2004, S. 1161, 1163. Zu den Geschäftspflichten des Maklers gehören umfangreiche Hinweis- und Beratungspflichten, selbst wenn er nur für den Abschluss des in Auftrag gegebenen Versicherungsvertrags zu sorgen hat, siehe auch BGH VersR 2000, S. 846. Ausführlich *Krehl*, Die Pflichtverletzungen des Maklers, S. 19 ff., rechtsvergleichend S. 202 ff.

Vgl. zu einem selbständigen Beratungsvertrag auch *Römer*, VersR 1998, S. 1313, 1316.

¹²⁵ Vgl. *Dörner* in: Karlsruhe Forum 2000, S. 39 und *Heiss*, ZVersWiss 2003, S. 339, 347 ff. *Werber*, ZVersWiss 1994, S. 321, 345 formuliert deshalb, Versicherer sollen „ihren Agenten, was ergänzende Äußerungen und Erläuterungen zur Produktinformation anlangt, Zurückhaltung auferlegen“. *Kieninger*, AcP 1998 (198), S. 190, 207 empfiehlt angesichts dieser Rechtsprechung „pauschale Charakterisierungen im Stil der Werbung“, die Abstandnahme von der Ermittlung der „speziellen Bedürfnisse, Wünsche oder Vorstellungen“, um zu vermeiden, „daß erkennbare oder ausdrücklich genannte Wünsche oder Vorstellungen nach Abdeckung bestimmter Risiken zum Maßstab des später abgeschlossenen Vertrags werden“. Grundsätzlich sei anzuraten „vor dem Bedarf des Kunden möglichst die Augen zu verschließen“.

¹²⁶ *Heiss*, ZVersWiss 2003, S. 339, 347.

¹²⁷ An dieser Stelle wird von *Heiss*, ZVersWiss 2003, S. 339, 347 die Entscheidung BGH VersR 1975, 77, 78 genannt. In dieser Entscheidung hat der Versicherer nach Ansicht des BGH seine Aufklärungspflicht verletzt, weil er den Versicherungsnehmer, einen Dachdecker, nicht darauf hinwies, dass bei Vermietung von Gerüsten die Haftungsrisiken, die aus der Vermietung entstehen, nicht von der Betriebshaftpflichtversicherung gedeckt werden. Er haftete aus Verschulden bei Vertragsschluss.

lei Gründen geboten; sei es, weil sie annehmen, der Versicherungsvertrag sei ein geschäftsbesorgungsnaher Vertrag¹²⁸ oder zumindest ein Vertrag, der Geschäftsbesorgungselemente enthalte¹²⁹; sei es, weil die Funktion der Versicherung als Planungssicherung betroffen sei¹³⁰, sei es, weil der Versicherer besonderes Vertrauen in Anspruch nehme¹³¹ oder auch, weil es die ökonomische Analyse gebiete¹³². Auch ein Vergleich¹³³ oder weitergehend eine Analogie¹³⁴ zu spontanen Aufklärungspflichten bei anderen Austauschverträgen spreche dafür. Im neuen VVG findet sich in § 1 VVG eine Definition der vertragstypischen Pflichten, die die beiden herrschenden Auffassungen, die Leistungs- und die Gefahrtragungstheorie vereint. Eine Definition eines Versicherungsvertrags findet sich hingegen nicht.¹³⁵

Das Thema der (vor-)vertraglichen Aufklärungspflichten im Versicherungsrecht kann und soll nicht weiter vertieft werden; es sei auf die einschlägige Dissertation und Aufsätze¹³⁶ noch zum alten Recht verwiesen, deren Kernaussagen nicht an Aussagekraft verloren haben. Auf einige Punkte sei jedoch besonders aufmerksam gemacht: Der Versicherungsagent ist angesichts der starken Abhängigkeit und Anbindung an ein oder mehrere Versicherungsunternehmen ein „Verkaufsorgan des Versicherers“¹³⁷. Von ihm kann eine hundertprozentig aufrichtige und interessengerechte Aufklärung des Versicherungsnehmers nicht verlangt werden. Er wird als loyaler Verkäufer das Versicherungsangebot „seines“ Versicherungsunternehmens stets als gute, wenn nicht gar beste Lösung, verkaufen. „Best advice“ kann ausschließlich von einem Versicherungsmakler, der dem Ver-

¹²⁸ So *Schünemann*, JZ 1995, S. 430, 432; *ders.*, JuS 1995, S. 1062, 1065. Anderer Ansicht sind *Hartwig/Möhrle*, VersR 2001, S. 35 mit weiteren Nachweisen zur anderen Ansicht in Fn. 7 sowie *Prölss/Martin-Prölss*, § 1 Rn. 23 mit weiteren Nachweisen zu beiden Ansichten.

¹²⁹ Vgl. *Schwintowski*, JZ 1996, S. 702, 705.

¹³⁰ Vgl. *Heiss*, ZVersWiss 2003, S. 339, 353.

¹³¹ Vgl. *Heiss*, ZVersWiss 2003, S. 339, 354.

¹³² Vgl. *Heiss*, ZVersWiss 2003, S. 339, 355 ff.

¹³³ Vgl. *Heiss*, ZVersWiss 2003, S. 339, 357 ff. Siehe des Weiteren die europarechtlichen und rechtsvergleichenden Ausführungen ab S. 364 ff.

¹³⁴ Vgl. *Kieninger*, AcP 198 (1998), S. 190, 239 ff.

¹³⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen in Fn. 461.

¹³⁶ Vgl. *Dörner* in: *Karlsruher Forum* 2000, S. 39 ff.; *Heiss*, ZVersWiss 2003, S. 339 ff.; *Huckele*, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Versicherungsrecht; *Kieninger*, AcP 198 (1998), S. 190 ff.

¹³⁷ *Heiss*, ZVersWiss 2003, S. 339, 371. Vgl. auch *Huckele*, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Versicherungsrecht, S. 173.

sicherer nur geringe Loyalität entgegenbringt und von einem *Versicherungsberater*¹³⁸, der keine Versicherungen vermittelt, sondern sich auf rechtsberatende Tätigkeit beschränkt, verlangt werden.¹³⁹ Angesichts der Richtlinie 2002/92/EG vom 9.12.2002¹⁴⁰ über Versicherungsvermittlung sind in diesem Bereich durch die zwingende Eintragung aller gewerblichen Vermittler und die Reglementierung durch Erlaubnisvorbehalt in jüngster Zeit gravierende Änderungen eingetreten, die in einer größtenteils zum 22.5.2007 in Kraft getretenen gesetzlichen Regelung der Informationspflichten mündeten.¹⁴¹ Im neuen VVG findet sich in § 61 VVG eine allgemeine Beratungspflicht des Versicherungsvermittlers und in § 6 Abs. 1 VVG eine vorvertragliche Beratungspflicht für den Versicherer. Die Vorschriften sind „von der Wortwahl her identisch, aber nicht inhaltsgleich“¹⁴², da sich Versicherer und Agenten im Gegensatz zu Versicherungsmaklern auf die Beratung zu „hauseigenen“ Produkten beschränken dürfen. In § 6 Abs. 4 VVG findet sich eine Nachfrage- und Beratungspflicht nach Vertragsabschluss, die in § 61 VVG keine Entsprechung findet.¹⁴³

¹³⁸ Ein Versicherungsberater hat eine Erlaubnis vom zuständigen Amts- oder Landgerichtspräsidenten nach Artikel 1 § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rechtsberatungsgesetz erhalten. Er darf zur Sicherung von Unabhängigkeit und Loyalität von den Versicherungsunternehmen keine Provision oder Courtage annehmen. Er erhält vom Versicherungsnehmer ein Honorar. Vgl. ausführlich hierzu die Homepage des Bundesverband der Versicherungsberater unter <http://www.bvvb.de/>, zuletzt abgerufen am 17.6.2009. Seit dem 1.1.2008 gibt es in § 68 VVG eine Regelung, die Teile der für Versicherungsmakler anzuwendenden Regelungen auf Versicherungsberater überträgt. 1998 gab es ca. 50, 2003 ca. 60 solcher unabhängiger Versicherungsberater, vgl. *Huckele*, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Versicherungsrecht, S. 176 und *Kieninger*, AcP 198 (1998), S. 190, 236. Vgl. nunmehr auch das Gesetz zur Neuregelung des Vermittlerrechts vom 19.12.2006, BGBl. I, S. 3232. In der Gewerbeordnung gilt ab dem 22.5.2007 für den Versicherungsberater der neue § 34e GewO, vgl. insgesamt *Reiff*, FS Birk, S. 703 ff.

¹³⁹ Andere verlangen auch von einem Versicherer und seinem Verkaufsorgan Agenten „best advice“, siehe *Kieninger*, AcP 198 (1998), S. 190, 236 ff. und *Schwintowski*, VuR 1997, S. 83, 87 ff. (bezogen auf die Lebensversicherung).

¹⁴⁰ Verkündet am 15.1.2003 in Abl. EG Nr. L 9 S. 3. Nach Art. 16 der Richtlinie war diese bis zum 15.01.2005 in nationales Recht umzusetzen. Hierzu im Vorfeld *Reiff*, ZVersWiss 2001, S. 451.

¹⁴¹ Vgl. das Gesetz zur Neuregelung des Vermittlerrechts vom 19.12.2006, BGBl. I, S. 3232. Das Gesetz änderte in Art. 2 das VVG und installierte in § 42b-d VVG a. F. für Versicherungsvermittler Informations- und Dokumentationspflichten. Diese Vorschriften stehen im neuen VVG in den §§ 59-68 VVG.

¹⁴² *Terbille* in: Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 2. Aufl, § 2 Rn. 24.

¹⁴³ Vgl. speziell zu § 6 Abs. 4 VVG *Weidner*, FS Wälder, S. 83 ff. Besonders schwierig zu bestimmen ist das Kriterium des „Anlasses“ im Sinne von § 6 Abs. 4 VVG.

Ob diese Vorschriften die Rechtsprechung aufgreifen und eins zu eins umsetzen, muss für diese Arbeit letztlich offen bleiben, diese Frage erfordert eine eigene Untersuchung.¹⁴⁴

Nach dem Wunsch des Gesetzgebers soll der Kunde trotz aller Beratungs- und Dokumentationspflicht noch als „mündiger Verbraucher“¹⁴⁵ betrachtet werden, dennoch soll selbstverständlich den europarechtlichen Vorgaben¹⁴⁶ genügt werden.

d) Bezugspunkt der Pflichtverletzung

Strittig ist, *worauf* sich die die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung auslösende unrichtige Auskunft beziehen darf. Nach einer Ansicht darf die Auskunft sich nur auf versicherungstechnische Fragen beziehen¹⁴⁷, nach anderer Ansicht ist diese Einschränkung abzulehnen¹⁴⁸. Es wird vertreten, dass sich an dieser Einschränkung die Abgrenzung zur c. i. c manifestiere.¹⁴⁹

Die Beschränkung auf Auskünfte, die die Versicherungstechnik betreffen, ist aus mehreren Gründen abzulehnen. *Hilgenhövel* führt an, dass diese Einschränkung sich nicht mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung auseinandersetze, die Erfüllungshaftung und

¹⁴⁴ Kritsch und mahnend bereits zum Referentenentwurf *Dörner/Staudinger*, WM 2006, S. 1710: „Allerdings sollte durch die Gesetzesformulierung gewährleistet sein, dass der im neuen VVG festzuschreibende Pflichtenumfang nicht hinter dem Beratungsstandard zurückbleibt, den die Rechtsprechung bereits nach geltendem Recht dem Versicherer bzw. dessen Agenten abverlangt.“

¹⁴⁵ BT-Drs. 16/3945, S. 122.

¹⁴⁶ Siehe hierzu die Begründung zu den §§ 42 ff. VVG a. F. in BT-Drs. 16/1935, S. 24, auf die in BT-Drs. 16/3945, S. 195 verwiesen wird.

¹⁴⁷ Vgl. LG Hamburg, VersR 1951, S. 172 f.; *Jaax*, Culpa in contrahendo im Versicherungsrecht, S. 20 f., 26 und *Schagen*, Vorverhandlungen des Versicherungssuchenden, S. 86 f. Ähnlich auch *Gierke*, Versicherungsrecht, S. 121, der zur Abgrenzung das Kriterium der Unmittelbarkeit heranzieht.

¹⁴⁸ Vgl. *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 27 f. mit weiteren Nachweisen.

¹⁴⁹ OLG Marienwerder vom 13.11.1942, HansGZ 1943 A Sp. 75, 76: „Der Senat ist (...) der Auffassung, daß das Reichsgericht dann die Haftung des Versicherers auf Grund der Vertrauensstellung des Agenten durchgreifen lässt, wenn es sich darum handelt, daß der Agent Aufklärung über die allgemeinen Versicherungsbedingungen gibt, ihren Inhalt erläutert oder ähnliches. (...) Dagegen tritt die Haftung des Versicherers auf Grund § 278 BGB dann ein, wenn dem Agenten ein anderweitiges Verschulden beim Vertragsschluß zur Last zu legen ist. In diesem Sinne schließt sich der Senat der genannten Rechtsprechung des Reichsgerichts an.“; LG Hamburg VersR 1951, S. 172 f.; *Gierke*, Versicherungsrecht, S. 122; *Jaax*, Culpa in Contrahendo im Versicherungsrecht, S. 20 f., 26 mit weiteren Nachweisen in Fn. 83-86; *Schagen*, Vorverhandlungen des Versicherungssuchenden, S. 86.

c.i.c. als nebeneinander anwendbar einstuft.¹⁵⁰ Dass die Rechtsprechung ein Institut auf die eine oder andere Weise einstuft, bildet kein dogmatisch fundiertes Argument. Gegen die Einschränkung spricht aber insbesondere, dass eine Abgrenzung nicht sinnvoll vorgenommen werden kann. Zum Bereich der Versicherungstechnik gehören Fragen der Kalkulation des Versicherers, der Prämienberechnung, die Frage der Versicherbarkeit eines Risikos und Ähnliches. Letztlich kann aber zumindest mittelbar und mit einigem Argumentationsaufwand *jedes* fehlerhafte Verhalten des Agenten auf die oben genannten Bereiche zugeschnitten werden, wie zum Beispiel folgender Fall von *Hilgenhövel*¹⁵¹ zeigt: Der Agent füllte bei Abschluss einer Frachtversicherung den Frachtbrief unrichtig aus, so dass sich der Versicherungsvertrag nicht auf die im Frachtbrief nicht angegebenen Gegenstände (150 Flaschen Cognac) erstreckte, die der Versicherungsnehmer hatte versichern wollen.

In diesem Fall ging es zwar um den Abschluss einer Frachtversicherung, es liegt jedoch weder eine Informationspflichtverletzung noch eine Pflichtverletzung in Bezug auf den Versicherungsvertrag vor. Der Fehler liegt in erster Linie nicht darin, dass der Versicherungsagent es versäumt hat, den Versicherungsnehmer darüber aufzuklären, dass er den Frachtversicherungsvertrag fehlerhaft ausgefüllt hat. Fehler ist das unvollständige Ausfüllen des Vertragsformulars, nachdem sich Versicherungsagent und Versicherungsnehmer mündlich einig waren, dass die 150 Flaschen Cognac versichert sind. Allerdings bringt der Agent zumindest konkludent¹⁵² zum Ausdruck, dass der Versicherungsnehmer sich auf die ordnungsgemäße Bearbeitung und Erledigung des Antrags verlassen kann, so dass man letztlich auch hier zu einer Informationspflichtverletzung kommt.

Auch das fehlerhafte Ausfüllen des Versicherungsantrags hat Einfluss auf die Prämienberechnung und sogar auf die Kalkulation des Versicherers, der nach Anzahl der abgeschlossenen Versicherungsverträge und der darin versicherten Gegenstände nach dem Gesetz der großen Zahl kalkuliert. So kann stets ein Bezug zu versicherungstechnischen Fragen hergestellt werden.

Auch fehlt es an einem sachlichen Grund dafür, den versicherungsrechtlichen Gewohnheitsrechtssatzes nicht anzuwenden.¹⁵³ Der Versicherungsnehmer ist im Gegenteil aufgrund der Vertrauensstellung des Agenten, die sich auf *alle* mit dem

¹⁵⁰ Vgl. *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 28 Fn. 59.

¹⁵¹ *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 28, RGZ 104, 344, 346 nachgebildet.

¹⁵² Nach *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 28 wird diese Auskunft meist sogar ausdrücklich erteilt werden.

¹⁵³ So insbesondere *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 28.

Versicherungsvertrag in Verbindung stehenden Umstände bezieht, auch in allen schutzwürdig.

e) Auswirkungen der Aufklärungspflichtverletzung vor Vertragsschluss auf den Versicherungsnehmer

Aufklärungspflichtverletzungen führen bei Vertrauen des Versicherungsnehmers auf die Richtigkeit der Auskünfte zu falschen Vorstellungen. Er befindet sich zum Zeitpunkt vor Vertragsschluss in einer Sondersituation: Er plant einen Vertragsschluss in der Annahme, die Auskunft des Agenten sei zutreffend. Sein Antrag ist folglich eng mit dieser Auskunft verknüpft; die Falschauskunft beeinflusst den Entschluss zur Antragstellung. Je nach Fallgestaltung ist die Auskunft „nur“ verstärkend auf die Motivation zur Antragstellung, gerade wenn die Auskunft sich auf positive Nebenwirkungen des Versicherungsvertrags, zum Beispiel eine Rückzahlungsklausel für eine Nichtinanspruchnahme der Versicherung, bezieht. Sie kann aber auch direkt und allein kausal für die Antragstellung sein. Dies ist der Fall, wenn die Auskunft sich auf einen für den Versicherungsnehmer entscheidenden Umstand bezieht, zum Beispiel die Deckung eines bestimmten, für den Versicherungsnehmer entscheidenden Risikos.

Bei Aufklärungspflichten zu Inhalt und Umfang des Vertrags vor Vertragsschluss und deren Verletzungen kann somit differenziert werden zwischen Aufklärungspflichten über sekundäre Nebenleistungen einerseits und über die primären Hauptleistungen der Risikotragung und Zahlung bei Eintritt des Versicherungsfalls¹⁵⁴ andererseits.¹⁵⁵ Erstere betreffen in der Regel nur Vertragsmodalitäten¹⁵⁶, letztere betreffen *häufig*, keinesfalls immer, das „ob“ der Entscheidung zur Antragstellung [siehe näheres sogleich unter f)]

¹⁵⁴ Was genau der Versicherer leisten muss, ist umstritten, vgl. die Ausführungen und Nachweise in Fn. 128, 129 und Fn. 461.

¹⁵⁵ Die Begriffe „primär“ und „sekundär“ sind hier nicht im Sinne von Primär- und Sekundäransprüchen zu verstehen, sie sollen nur den Unterschied zwischen den Hauptleistungen Risikotragung bzw. Zahlung und etwaigen Nebenleistungen verdeutlichen.

¹⁵⁶ Dies kommt allein auf die Fallgestaltung an; Nebenleistungen können für den Versicherungsnehmer persönlich ebenso wichtig und entscheidend sein wie die Hauptleistung.

f) Auswirkungen der Aufklärungspflichtverletzung nach Vertragsschluss auf den Versicherungsnehmer

Bei einer Aufklärungspflichtverletzung nach Vertragsschluss kann naturgemäß keine Einwirkung auf das „ob“ des Vertragsschlusses vorliegen. Die Aufklärungspflichtverletzung kann sich aber auch nach Vertragsschluss auf die primären Hauptleistungen der Risikotragung und Zahlung bei Eintritt des Versicherungsfalls beziehen; der Agent kann schließlich auch nach Vertragsschluss eine falsche Auskunft über ein angeblich gedecktes Risiko geben.¹⁵⁷ Dann führen allerdings die falschen Vorstellungen über den Umfang der Versicherung nicht zu einem Antrag auf Abschluss der Versicherung, sondern bewirken im Nachhinein eine Fehlvorstellung, die den Abschluss eines anderen, zusätzlichen Versicherungsvertrags oder eines Änderungsvertrags (unter Umständen) verhindert.

g) Ergebnis

Die Pflichtverletzung in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung ist im Pflichtenprogramm des Schuldners eine allgemein auf den Versicherungsvertrag bezogene Informationspflichtverletzung.¹⁵⁸ Der Agent hat Aufklärungspflichten, die dem allgemeinen Standard entsprechen. Er schuldet als Verkaufsorgan des Versicherers nicht „best advice“. Zu beachten sind allerdings die sich aus der Umsetzung der Richtlinie 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung ergebenden Beratungspflichten, die nun in § 61 VVG niedergelegt sind.

Die vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung hat Einfluss auf die Abgabe des Antrags. Dieser Einfluss kann nur motivierend und verstärkend, aber auch direkt kausal und entscheidend für die Abgabe des Antrags sein. Nach Vertragsschluss hat die Aufklärungspflichtverletzung auf das „ob“ des Vertragsschlusses keinen Einfluss mehr.

¹⁵⁷ So geschehen in einem der Europaklauselfälle, in dem der Versicherungsnehmer vor Antritt einer Reise in den asiatischen Teil der Türkei bei seinem Agenten nachfragte, ob er hierfür versichert sei und der Agent dies fälschlich bejahte, OLG Saarbrücken, VersR 2005, S. 971. Näheres in Fn. 39 am Ende.

¹⁵⁸ Vgl. auch *Messerschmidt*, Hinweis- und Belehrungspflichten, S. 345, der „die zur Erklärungs haftung führenden Informationskonstellationen wegen ihrer Vielzahl und Vielfältigkeit“ nicht systematisieren kann und möchte und somit ähnlich vage bleibt.

5. Ansätze und Lösungsmöglichkeiten aus dem Bürgerlichen Recht

Zu fragen ist, wie die typische Fallkonstellation der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung nach allgemeinem Zivilrecht gelöst werden könnte bzw. an welche Lösungsmöglichkeiten gedacht werden muss. Inzwischen wird vertreten, die Ergebnisse, die durch Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung erzielt worden sind, könnten durch direkte Anwendung des Gesetzes erreicht werden.¹⁵⁹ Zumindest könnten sachgerechte Ergebnisse gewonnen werden. Diesen Überlegungen soll nachgegangen werden. Dazu müssen bei der Erörterung der bürgerlich-rechtlichen Lösungswege versicherungsrechtliche Aspekte, speziell § 5 VVG, außer Acht gelassen werden; diese werden später gesondert erläutert (unter 6.). *Tatsächliche* sachverhaltsspezifische Aspekte, die sich aus der Eigenart des Versicherungsvertrags ergeben, werden hingegen berücksichtigt. Bei den typischen Fällen¹⁶⁰ der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung kann gedacht werden an:

- einen (versteckten) Dissens
- eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht
- anfängliche Unmöglichkeit mit der Folge einer Haftung aus § 311a Abs. 2 BGB
- bei Zustandekommen des Vertrags eine vertragliche Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 3; 281, 282 oder 283 BGB
- culpa in contrahendo
- Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB

Diese Möglichkeiten sollen im Folgenden auf die Fallgruppen bezogen erörtert werden. Eine genaue Analyse und eine abschließende Bewertung unter Einbeziehung konkurrenzrelevanter Aspekte erfolgt dann im Einzelnen unter II.2 bis II.5.

a) Dissens

Ein Dissens liegt vor, wenn die Willenserklärungen nicht übereinstimmen. Dies ist durch Auslegung der auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen zu ermitteln.¹⁶¹ Folg-

¹⁵⁹ Vgl. Prölss/Martin-Kollhosser, § 43 Rn. 35a.

¹⁶⁰ Siehe auch oben unter § 21.3. Erfasst werden alle fehlerhaften Auskünfte des Agenten, die Inhalt und Umfang des Versicherungsvertrags betreffen und die vor Eintritt des Versicherungsfalls gegeben werden.

¹⁶¹ Es handelt sich um empfangsbedürftige Willenserklärungen, so dass die Erklärungen so gelten, wie sie der jeweilige Empfänger nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen darf.

lich kann ein Dissens auch nur im Rahmen einer vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung relevant sein. Relevant kann hier nur der versteckte Dissens sein, denn bei diesem wissen die Parteien nicht, dass sie sich nicht geeinigt haben. Vielmehr glauben beide Seiten, der Vertrag habe jeweils den von ihnen gewünschten Inhalt.

aa) Auslegung der Willenserklärungen

Vor Abgabe des Antrags verletzt der Agent eine Aufklärungspflicht. Die Pflichtverletzung ist zumindest Motivation, wenn nicht sogar entscheidend für die Abgabe der Willenserklärung [4.e)]. Aus dem Blickwinkel des Versicherungsnehmers enthält die Willenserklärung den Antrag auf Schließung eines Versicherungsvertrags zu den Bedingungen, über die ihn der Agent aufgeklärt hat, zum Beispiel, dass ein Risiko x entgegen den AVB versichert ist. Fraglich ist, welchen Gehalt die Willenserklärung objektiv (normativ) hat. Ohne „dazwischen stehenden“ Versicherungsagenten hätte die Willenserklärung objektiv den Abschluss eines Versicherungsvertrags nach Maßgabe der AVB zum Inhalt. Der Versicherungsagent hat gemäß § 69 Abs. 1 Nr. 1 VVG (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 VVG a. F.) Empfangsvollmacht. Nach § 70 Satz 1 VVG ist auf die Kenntnis des Versicherungsvertreters abzustellen.¹⁶² Dem Agenten ist die Sichtweise des Versicherungsnehmers bekannt. Folglich hat die Willenserklärung auch objektiv den vom Versicherungsnehmer angenommenen Inhalt.¹⁶³ Der Antrag des Versicherungsnehmers enthält also im oben genannten Beispiel den Abschluss eines Versicherungsvertrags unter Einschluss des

te, so die normative Auslegung. Es ist also bei der Auslegung vom Empfängerhorizont auszugehen, vgl. *Köhler*, BGB AT, 32. Aufl., § 9 III 3, Rn. 21.

¹⁶² Vor dem 1.1.2008 war in diesem Zusammenhang auf die allgemeine vertretungsrechtliche Regelung des § 166 Abs. 1 BGB abzustellen, so dass es auf die Kenntnisse des insoweit bevollmächtigten Empfangsvertreters ankam. § 44 VVG a. F. war in diesem Zusammenhang nicht anzuwenden, da er nach allgemeiner Ansicht gegen seinen Wortlaut, aber entsprechend seiner Entwicklungsgeschichte und seines Sinnes einschränkend auszulegen ist: Er galt nur für Kenntnisse, die der Agent außerhalb seiner Vermittlungstätigkeit und ohne Zusammenhang mit dem Versicherungsvertrag erlangt, also zum Beispiel bei einem privaten Abendessen mit Freunden. § 44 VVG a. F. war systematisch eine eng auszulegende Sonderregel zu § 166 BGB. Vgl. hierzu nur BGHZ 102, 194, 195, 198; BGH VersR 1993, S. 871 mit Anmerkung *E. Lorenz*, VersR 1993, S. 872; OLG Koblenz, VersR 2001, S. 45 sowie ausführlich und mit weiteren Nachweisen *Prölss/Martin-Kollhosser*, § 44 Rn. 2. Kritik an der historischen Begründung übt *Büsken*, VersR 1992, S. 272.

¹⁶³ So auch *Luckey*, VersR 1994, S. 1261 und ohne die Anwendung des § 166 BGB auch *Prölss/Martin-Kollhosser*, § 43 Rn. 35a, *Römer/Langheid*, § 5 Rn. 8 und *Grassl-Palten*, FS Welser, S. 219, 232.

Risikos x entgegen der AVB. Er wird mit Zugang an den Agenten nach § 164 Abs. 3 BGB wirksam.¹⁶⁴

Der Versicherer hingegen möchte nur einen Versicherungsvertrag nach Maßgabe der AVB annehmen. Nach objektiver Auslegung gilt die Erklärung allerdings so, wie sie der jeweilige Empfänger nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen durfte. Der Versicherungsnehmer hatte durch die der Willenserklärung beigelegten AVB die Möglichkeit, den wirklichen Willen des Versicherers zu erkennen. Dass der nicht abschlussbevollmächtigte Agent bei Übergabe der Erklärung des Versicherers zum Beispiel durch die Aussage „Die Versicherung hat ihren Antrag angenommen“¹⁶⁵ den Eindruck vermittelte, der Versicherer sei willens, den Vertrag entgegen den Versicherungsbedingungen abzuschließen, ist dem Versicherer mangels Anwendbarkeit des § 166 Abs. 1 BGB nicht zuzurechnen.

Festzuhalten ist: Der Versicherungsnehmer hat einen Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrags gegen die Versicherungsbedingungen gestellt; der Versicherer hat eine Annahme zu den Versicherungsbedingungen erklärt.¹⁶⁶ Ein Vertragsschluss liegt somit bislang nicht vor. Nach § 150 Abs. 2 BGB hat der Versicherer den Antrag des Versicherungsnehmers abgelehnt und ihm einen neuen Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrags zu den Versicherungsbedingungen gemacht.

Fraglich ist, ob in der ersten Prämienzahlung eine konkludente Annahme¹⁶⁷ des neuen Antrags gesehen werden kann. Der Versicherungsnehmer geht immer noch davon aus, der Vertrag sei nach seinen Vorstellungen zustande gekommen, sein wirklicher Wille geht folglich nicht dahin, den neuen Antrag anzunehmen. Objektiv sieht es für den Versicherer aber so aus, als sei der Versicherungsnehmer mit einem Vertragsschluss zu den Versicherungsbedingungen einverstanden. Somit kann in der Zahlung der ersten Prämie kon-

¹⁶⁴ Dieses Ergebnis ist in den meisten Fallgestaltungen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung richtig; es wird allerdings auch Fälle geben, in denen das Gesagte nicht zutrifft. Dies ist dann der Fall, wenn der Versicherungsnehmer nur innerlich und ohne dies nach außen kund zu tun, von einer Einbeziehung ausgeht und dies dann nicht Teil der Willenserklärung ist. Dann liegt ein Vertragsschluss zu den Versicherungsbedingungen vor und es ist im Ergebnis ebenfalls ein Schadensersatzanspruch aus c.i.c. zu prüfen.

¹⁶⁵ Aus dem „Sturmflutfall“: RGZ 86, 128. Vgl. die ausführliche Darstellung oben § 21.1.b) am Ende.

¹⁶⁶ Anderer Ansicht ist *Luckey*, *VersR* 1994, S. 1261: „vorbehaltlose Annahme“ des Versicherers.

¹⁶⁷ Die Prämienzahlung kann grundsätzlich als konkludente Annahme gelten, vgl. nur *Römer/Langheid*, § 5 Rn. 12 in dem Zusammenhang, dass ein Übersenden des Versicherungsscheins nach Erlöschen des Antrags als neuer Antrag gilt und die Prämienzahlung daraufhin als konkludente Annahme.

kludent eine Annahme durch den Versicherungsnehmer gesehen werden. Allerdings hat der Versicherungsnehmer subjektiv keinen Annahmewillen, da er davon ausgeht, der Vertrag sei bereits geschlossen. Aus seiner Sicht zahlt er die Prämie für einen bereits geschlossenen Vertrag. Nicht erkennbar ist für ihn, dass in der Antwort des Versicherers eine Ablehnung seines Antrags und ein neuer Antrag liegen und dass die Prämienzahlung die Folge einer konkludenten Annahme hat oder haben kann.

Für die Sicht des empfangenden Versicherers ist auch hier die Wertung des § 70 VVG¹⁶⁸ heranzuziehen, wonach die Kenntnis des Versicherungsvertreeters, dem die Sichtweise des Versicherungsnehmers bekannt ist, maßgeblich ist. Mit dieser Wertung sieht es auch objektiv für den Versicherer so aus, als ob der Versicherungsnehmer die Prämie für einen nach den Vorstellungen des Versicherungsnehmers bereits geschlossenen Vertrag bezahlt, die konkludente Annahme eines neuen Angebots liegt somit nicht vor.

Für diese Sichtweise spricht auch die versicherungsrechtliche Vorschrift des § 5 VVG, die den Versicherungsnehmer dann schützt, wenn der Inhalt des Versicherungsscheins für ihn nicht hinreichend erkennbar von seinem Antrag abweicht.¹⁶⁹ Eine konkludente Vertragsannahme kann somit nicht vertreten werden. Die Auslegung der Willenserklärungen ergibt keine Kongruenz.

bb) Folgerung: Dissens nach § 155 BGB und Fehlen eines Vertragsschlusses?

Nach oben Gesagtem liegt ein versteckter Dissens vor, der nach § 155 BGB zu behandeln ist. In der Regel führt der versteckte Dissens zum Nichtzustandekommen des Vertrags. Wäre er auch geschlossen worden, wenn die Parteien den Dissens erkannt hätten, so ist er gültig und die Lücke ist durch dispositives Recht oder ergänzende Vertragsauslegung zu füllen.¹⁷⁰

Die Frage, ob der Vertrag auch geschlossen worden wäre, wenn die Parteien den Dissens erkannt hätten, kann nicht pauschal beantwortet werden; es muss differenziert werden: Der Vertrag wäre möglicherweise auch geschlossen worden, wenn der

¹⁶⁸ Bzw. für ältere Versicherungsverträge § 166 Abs. 1 BGB, siehe hierzu die Ausführungen in Fn. 162.

¹⁶⁹ Vgl. hierzu nur *Meixner/Steinbeck*, Das neue Versicherungsvertragsrecht, § 1 Rn. 108. Eine abgewandelte Fallgestaltung behandelt das Urteil des OLG Köln VersR 1983, S. 849, das nach Ablauf einer Annahmefrist (§ 148 BGB) die Zusendung des Versicherungsscheins durch den Versicherer richtig als neues Angebot ausweist, die Prämienzahlung des Versicherungsnehmers als Annahme sieht und fälschlich eine (analoge) Anwendung des § 5 VVG ablehnt (S. 850).

¹⁷⁰ Vgl. nur Palandt-*Ellenberger*, 68. Aufl., § 155 Rn. 5.

Versicherungsnehmer sich mit der fehlenden Einbeziehung hätte abfinden können. Denkbar ist hier, dass kein anderer Versicherer die Versicherung nach seinen Bedürfnissen anbietet oder dass ihm die Einbeziehung nicht (mehr) wichtig ist. Der Vertrag wäre vermutlich auch dann geschlossen worden, wenn der Versicherungsnehmer durch Wahl eines anderen Tarifs – zum Beispiel des „Premium“- anstelle des „Standardtarifs“ bei einer Haftpflichtversicherung – seine Bedürfnisse hätte befriedigen können.

Der Vertrag wäre hingegen nicht geschlossen worden, wenn der Versicherungsnehmer sich mit der fehlenden Einbeziehung nicht hätte abfinden können. Denkbare Gründe sind hier ein möglicher Vertragsschluss mit einem anderen Versicherer, der ihm die Deckung des gewünschten Risikos anbietet oder die Abstandnahme vom Abschluss eines Versicherungsvertrags. Kurz: Diese Frage kann nicht pauschal beantwortet werden, es ist jeweils anhand des Einzelfalls zu entscheiden.

Gerade in einigen Europaklauselfällen ist dem Sachverhalt zu entnehmen, dass der Versicherungsnehmer bei gehöriger Information einen anderen Vertragszuschnitt gewählt hätte. Hier ist davon auszugehen, dass der Vertrag „auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt“ als geschlossen gelten soll.¹⁷¹ In anderen Fällen wiederum wird aus dem Sachverhalt deutlich, dass es dem Versicherungsnehmer gerade auf die Einbeziehung eines bestimmten Risikos ankam und dass diese Einbeziehung Bedingung für den Abschluss des Vertrags war, zum Beispiel im „Sturmflutfall“¹⁷². Hier liegt eine Uneinigkeit über ein *essentiale negotii*¹⁷³ vor, die nach der Regelung des § 154 Abs. 1 BGB grundsätzlich zum Nichtzustandekommen des Vertrags führt.¹⁷⁴ Die Partei, die durch ein von ihr zu vertretendes Verhalten den Dissens verursacht hat, ist wegen Verschuldens bei Vertragsschluss schadensersatzpflichtig.¹⁷⁵

Dieses Ergebnis ist fragwürdig. Es ist zweifelhaft, ob die ergänzende Vertragsauslegung wirklich ergibt, dass beide Parteien den Nichtabschluss des Vertrags gewollt hätten und ob insbesondere der Versicherungsnehmer nunmehr „schutzlos“ ohne Versicherungsvertrag gegenüber allen vom Vertrag sonst erfassten Risiken stehen wollte. Eine solche Aussage ist mit Blick auf den Vertragstyp Versicherungsvertrag kurzfristig. Es ist kaum denkbar, dass ein Versicherungsnehmer auch in Deutschland ohne Kasko-Versicherung

¹⁷¹ Siehe die Nachweise in Fn. 39.

¹⁷² RGZ 86, 128; Ausführlich zum Sachverhalt oben unter § 2I.1.b).

¹⁷³ Anderer Ansicht ist ÖOGH VersR 2000, S. 1174, 1175: Dissens über Nebenpunkt; Teildissens.

¹⁷⁴ Vgl. RGZ 93, 297, 299 und HK BGB-Dörner, 5. Aufl., § 154 Rn. 2 und § 155 Rn. 2.

¹⁷⁵ Vgl. Palandt-Ellenberger, 68. Aufl., § 155 Rn. 5 am Ende.

Auto fahren will, weil er im asiatischen Teil der Türkei ohne Kasko-Versicherung fährt. Ebenso wird ein Versicherungsnehmer selten wollen, dass sein Haus nicht gegen Sturmschäden versichert ist, weil es nicht auch gegen Sturmflutschäden versichert ist. Der Versicherungsnehmer hat zwar vielfach den Abschluss des Versicherungsvertrags von der Einbeziehung eines bestimmten Risikos abhängig gemacht und hätte bei gehöriger Aufklärung einen anderen Vertrag geschlossen; in den allermeisten Fällen wird er aber dennoch Deckung aus dem Versicherungsvertrag verlangen (wollen), wenn sich ein anderes, ohne weiteres versichertes Risiko, verwirklicht hat.¹⁷⁶ Auch der Versicherer wird grundsätzlich am Vertrag zu seinen Bedingungen festhalten wollen, um die eingezogenen Prämien behalten zu können.

cc) Ergebnis

Somit ist davon auszugehen, dass grundsätzlich beide Parteien am Vertrag auch ohne Bestimmung über die Einbeziehung eines strittigen Risikos festhalten wollen. Den „Restvertrag“ wollen die Parteien erhalten. Ein Dissens liegt nicht vor.

b) Duldungs- oder Anscheinsvollmacht

In einigen Fällen können auch die Grundsätze von Duldungs- oder Anscheinsvollmacht weiterhelfen. Duldungs- und Anscheinsvollmacht führen im geschäftlichen Verkehr zu einer wirksamen Vertretung des Versicherers durch den Agenten. Sie überwinden die Beschränkung der Vollmacht des Agenten durch § 43 Abs. 1 Nr. 1 VVG a. F. und des § 69 Abs. 1 VVG auf die Empfangsvollmacht. Nach herrschender Meinung ist Duldungsvollmacht gegeben, wenn der Versicherer den Agenten *wissentlich* wie einen Vertreter auftreten lässt und der Versicherungsnehmer dies nach Treu und Glauben so versteht und verstehen darf.¹⁷⁷ An der Kenntnis des Versicherers wird es in der Regel fehlen. Anscheinsvollmacht liegt vor, wenn eine wirksame Bevollmächtigung des Agenten fehlt, der gutgläubige Versicherungsnehmer aber aus den äußeren Umständen auf eine solche

¹⁷⁶ Ein gerissener Versicherungsnehmer wird hingegen gerade wenn kein Versicherungsfall eingetreten ist, behaupten, nicht am Vertrag festhalten zu wollen. Schließlich hat er aus seiner Sicht bislang Prämien bezahlt, ohne eine materielle Gegenleistung dafür zu bekommen; der Gesichtspunkt der Risikotragung erscheint ihm rückblickend ohne materiellen Wert. Bei der ergänzenden Vertragsauslegung ist aber in diesem Fall zu fragen, ob er zum Zeitpunkt des vermeintlichen Vertragsschlusses tatsächlich bereit gewesen wäre, alle Risiken selbst zu tragen. Dies wird selten der Fall sein.

¹⁷⁷ Vgl. Köhler, BGB AT, 32. Aufl., § 11 IV 2 a, Rn. 43, Palandt-Heinrichs, 68. Aufl., § 172 Rn. 8.

schließen darf und der Versicherer das Handeln des Agenten hätte erkennen müssen und verhindern können.¹⁷⁸ Diese Konstellation ist eher vorstellbar.

Der Anwendbarkeit von Duldungs- und Anscheinsvollmacht stehen gravierende Bedenken entgegen. Beide führen dazu, dass der Versicherer wirksam vertreten wurde, also eine Willenserklärung für und gegen ihn abgegeben wurde. Es ist aber zu bezweifeln, dass *der Agent* eine Willenserklärung für den Versicherer abgeben wollte; er wollte vielmehr nur eine *Auskunft* einholen bzw. abgeben. Der Agent möchte nicht das „ob“ des Versicherungsvertrags, sondern Inhalt und Umfang, das „wie“ des Vertrags, beeinflussen. Die Formulierung „Die Versicherung hat Ihren Antrag angenommen“¹⁷⁹ lässt nicht darauf schließen, dass der Agent für die Versicherung den Antrag angenommen hat oder dies will. Sie lässt vielmehr darauf schließen, dass er nur die bereits erfolgte Annahme durch den Versicherer mitteilen möchte.

Die Fallkonstellation der falschen Auskunft zu Inhalt und Umfang des Versicherungsvertrags ist somit nicht nach den Grundsätzen von Duldungs- und Anscheinsvollmacht zu lösen.

c) Anfängliche Unmöglichkeit

In vielen Besprechungen des Sturmflutfalls¹⁸⁰ wird betont, dass das vom Versicherungsnehmer zu versichern gewünschte Risiko so in Deutschland zu der Zeit nicht versichert wurde.¹⁸¹ Der Gedanke an Unmöglichkeit der Versicherbarkeit liegt hier nahe und bedarf ausführlicher Erörterung. Insbesondere fraglich ist allerdings, ob es heutzutage überhaupt noch denkbare Fälle der Unmöglichkeit im Versicherungsrecht gibt und ob ein Vertrag mit dem Inhalt der unmöglichen Leistung zustande gekommen ist.¹⁸² Nachträgliche Unmöglichkeit ist indes kaum vorstellbar, es hieße, die Fallkonstellationen der anfänglichen Unmöglichkeit auf den Zeitpunkt nach Vertragsschluss zu verlagern.

¹⁷⁸ Vgl. Köhler, BGB AT, 32. Aufl., § 11 IV 2 b, Rn. 44, Palandt-Heinrichs, 68. Aufl., § 172 Rn. 11.

¹⁷⁹ Vgl. oben Nachweis und Verweis in Fn. 165.

¹⁸⁰ RGZ 86, 128.

¹⁸¹ Vgl. nur Wernink, Erfüllungshaftung, S. 76 und Reichert-Facilides, VersR 1977, S. 208 bei Fn. 6.

¹⁸² Eine ausführliche Erörterung dieser und weiterer Fragen erfolgt unter § 2II.2.a).

d) Culpa in contrahendo

Die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung ist auch in Konstellationen anzuwenden, in denen der Agent vor und nach Vertragsschluss, aber vor Eintritt des Versicherungsfalls falsche Auskünfte gibt, siehe zusammenfassend oben 3.d).

Grundsätzlich ist bei Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten eine Haftung aus c.i.c. denkbar, so dass eine ausführliche Erläuterung der Kodifikation der c.i.c. geboten ist. Insbesondere problematisch ist die Frage des Haftungsumfangs, vgl.II.3.d).

e) Vertragliche Haftung

Bei Auskünften des Agenten *vor* Vertragsschluss ist die Haftung aus c.i.c. als vorvertragliche Haftung maßgebend; bei falschen Auskünften *nach* Vertragsschluss kommt eine Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB in Betracht.¹⁸³ Denkbar ist auch die Anwendung von § 280 Abs. 1, 3 BGB in Verbindung mit § 281 BGB oder § 280 Abs. 1, 2 BGB in Verbindung mit § 282 BGB. Auch hier ist die Frage des Haftungsumfangs zu klären.

f) Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

In Betracht kommt auch eine Lösung durch Anwendung des § 313 BGB. § 313 Abs. 1 BGB ist für die Konstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung nicht relevant; es haben sich nicht „Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend geändert“.

Allerdings könnten „wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen“, § 313 Abs. 2 BGB. Darunter versteht man das ursprüngliche Fehlen der subjektiven Geschäftsgrundlage. Die Norm umschreibt insgesamt fünf Merkmale¹⁸⁴: Erstens müssen sich wesentliche¹⁸⁵ Vorstellungen als falsch herausstellen. Zweitens müssen diese Umstände zur Grundlage des Vertrags geworden sein. Dies wird der schwierigste Punkt sein; man versteht unter subjektiver Geschäftsgrundlage nach ständiger Rechtsprechung die bei Abschluss des Vertrags zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der

¹⁸³ Vgl. nur Palandt-*Heinrichs*, 68. Aufl., § 280 Rn. 30.

¹⁸⁴ Nach MünchKomm-*Roth*, 5. Aufl. 2007, § 313 Rn. 8.

¹⁸⁵ Unklar ist die Deutung dieses Attributs, insbesondere die Eigenständigkeit in Abgrenzung zu der hier als fünftes Merkmal genannten schwerwiegenden Veränderung. MünchKomm-*Roth*, 5. Aufl. 2007, § 313 Rn. 11 setzt hier beide Begriffe gleich, so dass das Attribut „wesentlich“ keine eigene Bedeutung hat.

einen Partei.¹⁸⁶ Es ist hier fraglich, ob die Vorstellungen des Versicherungsnehmers nur Vertragsgrundlage und nicht schon *Vertragsinhalt* geworden sind. Drittens dürfen die Parteien die Unrichtigkeit der Vorstellungen nicht vorausgesehen haben¹⁸⁷. Viertens ist festzustellen, dass die Parteien bei richtiger Voraussicht den Vertrag nicht oder anders abgeschlossen hätten. Fünftens muss die Erkenntnis, dass sich wesentliche Vorstellungen als falsch erweisen, so schwerwiegend sein, dass einem Teil das Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann. Hierfür nennt das Gesetz weitere Beurteilungshilfen, insbesondere die gesetzlich oder vertraglich intendierte Risikoverteilung.

g) Ergebnis

Das Bürgerliche Recht bietet ein großes Repertoire an Lösungen¹⁸⁸ für den Standardfall der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung an. In einigen Fällen liegt anfängliche Unmöglichkeit nahe, die zu einer Haftung des Versicherers gemäß § 311a Abs. 2 BGB führen kann. Bei Auskünften des Agenten *vor* Vertragsschluss liegt häufig eine Haftung aus culpa in contrahendo nahe; bei Auskünften des Agenten *nach* Vertragsschluss und vor Eintritt des Versicherungsfalls ist an eine Haftung des Versicherers aus § 280 Abs. 1 BGB; auch an §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB und an §§ 280 Abs. 1, 2, 282 BGB zu denken. Die Frage nach dem Umfang des Schadensersatzes im Rahmen von § 280 Abs. 1 BGB, dessen Formulierung sich im neuen § 6 Abs. 5 VVG¹⁸⁹ wieder findet, wird zu thematisieren sein; denkbar sind Lösungen, die vom Nichtabschluss des Vertrags bis hin zum Abschluss des Vertrags zu veränderten Bedingungen mit dem ursprünglichen oder einem neuen Vertragspartner reichen. Die §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB und die §§ 280 Abs. 1, 2, 282 BGB gewähren hingegen Schadensersatz statt der Leistung.

Auch § 313 Abs. 2 BGB ist insbesondere angesichts der Rechtsfolge der Vertragsanpassung eine vielversprechende Lösungsmöglichkeit.

¹⁸⁶ Der zweite Teil der auf *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage, S. 37 zurückgehenden subjektiven Formel, der hier nicht relevant ist, lautet: „(...) oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut“. Vgl. Palandt-*Grüneberg*, 68. Aufl., § 313 Rn. 3 mit weiteren, auch neuesten Nachweisen.

¹⁸⁷ Abzuleiten aus der Hypothese, dass sie „... nicht hätten, wenn sie ... vorausgesehen hätten“, § 313 Abs. 1 BGB.

¹⁸⁸ Die ergänzende Vertragsauslegung und auch die Annahme eines Dissenses sowie Duldungs- und Anscheinsvollmacht führen nach oben Festgestelltem nicht weiter, vgl. oben § 21.5.a) und § 21.5.b).

¹⁸⁹ Hierzu sogleich unter § 21.6.d).

6. Lösungsmöglichkeiten aus dem Versicherungsrecht

Auch das Versicherungsrecht bietet Lösungen an, insbesondere die Anwendung von § 5 Abs. 3 VVG und die Grundsätze der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung kommen hier in Betracht. Neu hinzugekommen ist am 1.1.2008 die Regelung des § 6 Abs. 5 VVG, der für Fehler bei der Beratung des Versicherungsnehmers den Versicherer zum Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verpflichtet.

a) § 5 Abs. 1 und Abs. 3 VVG

Nach § 5 Abs. 3 VVG¹⁹⁰ ist das Zustandekommen des Versicherungsvertrags nach dem Inhalt des Antrags des Versicherungsnehmers Rechtsfolge bei Nichtentsprechen der Vorschriften des Absatzes 2. Sie entspricht derjenigen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung.

§ 5 Abs. 3 VVG bezieht sich allerdings nicht auf die Annahmeerklärung des Versicherers, sondern auf etwaige inhaltliche Änderungen im Versicherungsschein. Der Versicherungsschein ist nach § 3 VVG lediglich Urkunde über den auch formlos¹⁹¹ wirksamen Versicherungsvertrag; er hat keine konstitutive Wirkung. Allerdings erfolgt die Annahme des Versicherers häufig¹⁹² konkludent durch Übersendung des Versicherungsscheins, so

¹⁹⁰ § 5 wurde zunächst neu gefasst durch Verordnung vom 19. 12. 1939 (RGBl. I S. 2443), Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 geändert durch Gesetz vom 13. 7. 2001 (BGBl. I S. 1542). Vgl. ausführlich zum „doppelten Zweck“ des § 5 VVG *Grassl-Palten*, FS Welser, S. 219, 227: „Sicherheit über Vertragsinhalt“ und „Sicherheit durch Vertragsbestand“. Die Neufassung des § 5 VVG durch die VVG-Reform ist nicht sachlicher, sondern rein klarstellender Natur, so *Meixner/Steinbeck*, Das neue Versicherungsvertragsrecht, § 1 Rn. 109.

¹⁹¹ Nach BGH VersR 1991, S. 910 unter 2b) und *Römer/Langheid*, § 5 Rn. 13 wird der Vertrag in der Regel zwar schriftlich geschlossen, in AVB, die nicht Vertragsbestandteil sind, kann Schriftform jedoch nur vereinbart werden, wenn diese bereits vor Vertragschluss wirksam vereinbart wurden. Dies ist meist nicht der Fall, vgl. BGH VersR 1991, S. 910.

¹⁹² So *Wandt*, Versicherungsvertragsrecht, 4. Aufl., Rn. 252. Grundlegend hierzu BGH VersR 1975, S. 1090, 1092, wonach allein die Entgegennahme der Erstprämie noch keine Annahmeerklärung darstellt, allerdings die „Aushändigung des Versicherungsscheins (...) regelmäßig unmittelbare Bedeutung für das Zustandekommen des Vertrags“ hat, „obwohl die Aushändigung des Versicherungsscheins rechtlich keine Gültigkeitsvoraussetzung für den Versicherungsvertrag ist“, S. 1092.

dass man vom Inhalt des Versicherungsscheins auf den Inhalt der Annahmeerklärung schließen kann.¹⁹³

Der Versicherungsnehmer hat einen Antrag auf Abschluss einer Versicherung entgegen der AVB abgegeben, weil der Agent zum Empfang der Willenserklärung des Versicherungsnehmers nach § 69 Abs. 1 Nr. 1 VVG berechtigt ist und hierfür seine Kenntnisse über die Absichten des Versicherungsnehmers zu berücksichtigen sind, § 166 BGB. Der Versicherer hat hingegen eine Annahme unter Berücksichtigung der AVB erklärt und macht dies im Versicherungsschein auch deutlich (siehe oben 5.a).

§ 5 VVG ist nach einhelliger Auffassung nur anwendbar, wenn die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Voraussetzungen für einen Vertragsschluss vorliegen, vorbehaltlich der in Folge der Abweichungen fehlenden.¹⁹⁴ Auf das oben oft herangezogene Beispiel ist § 5 VVG also anwendbar, wenn für den wirksamen Vertragsschluss nur die Übereinstimmung der Willenserklärungen für das Risiko x fehlt und die sonstigen Voraussetzungen vorliegen. Im Standardfall der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung findet § 5 VVG somit Anwendung.

Fraglich ist, ob der Inhalt des Versicherungsscheins vom Antrag des Versicherungsnehmers (§ 5 Abs. 1 Var. 1 VVG) abweicht. § 5 VVG gilt grundsätzlich nur für Abweichungen vom rechtsgeschäftlichen Teil des Antrags.¹⁹⁵ In diesem Zusammenhang wird gesagt, dass Abweichungen von *Beschreibungen* des versicherten Risikos nicht unter § 5 VVG fallen. Allerdings könne auch eine solche Abweichung rechtsgeschäftliche Bedeutung, zum Beispiel im Sinne einer Bedingung haben.¹⁹⁶ Jede Beschreibung eines versicherten Risikos hat nach oben Gesagtem [4.e); 4.f)] irgendeine Auswirkung auf den Antrag des

¹⁹³ Von dieser Fallgestaltung geht § 5 Abs. 1 Var. 1 VVG („von dem Antrag“) aus; er findet Anwendung, wenn die Annahme konkludent durch Zusendung des Versicherungsscheins geschieht. § 5 Abs. 1 Var. 2 VVG [„von (...) den getroffenen Vereinbarungen“] hingegen ist für die seltenere Fallgestaltung maßgeblich, in der der Vertragsschluss schon perfekt ist und der Versicherer durch Zusendung des Versicherungsscheins diesen – scheinbar – bestätigt, siehe jeweils *Grassl-Palten*, FS Welser, S. 219, 223. § 5 Abs. 1 Var. 2 braucht für einen Vergleich nicht herangezogen werden; es liegt keine Pflichtverletzung des Agenten vor, wenn der Vertrag bereits in allen Einzelheiten *wirksam* geschlossen wurde. In Var. 2 liegt der „Fehler“ beim Versicherer, der eine „fehlerhafte“ (= von den Vereinbarungen abweichende) Bestätigung zusendet.

¹⁹⁴ Vgl. nur Prölss/Martin-Prölss, § 5 Rn. 2.

¹⁹⁵ Vgl. nur Prölss/Martin-Prölss, § 5 Rn. 3. Dies folgt schon daraus, dass § 5 VVG als *lex specialis* zu § 150 Abs. 2 BGB gilt, vgl. *Römer/Langheid*, § 5 Rn. 1.

¹⁹⁶ Vgl. Prölss/Martin-Prölss, § 5 Rn. 3.

Versicherungsnehmers. Rechtsgeschäftlich liegt nicht immer eine Bedingung¹⁹⁷ für das Zustandekommen des Vertrags vor; oft erschöpft sie sich in einer Motivation der Willenserklärung des Versicherungsnehmers. In jedem Fall vertraut der Versicherungsnehmer auf die Richtigkeit der Auskunft des Agenten. Dieses Vertrauen fließt zweifach in die Abgabe der Willenserklärung ein: Er vertraut auf die Richtigkeit der Auskunft und er vertraut darauf, dass er bei Unrichtigkeit der Auskunft informiert wird und den Antrag zurücknehmen kann.

Eine Beschreibung des versicherten Risikos stellt folglich nie „nur“ eine reine Risikobeschreibung, sondern stets auch einen (maßgeblichen) Teil des Inhalts der Willenserklärung dar.

Diese Sicht bestätigt auch der Wortlaut des § 5 Abs. 1 VVG.¹⁹⁸ Der Antrag des Versicherungsnehmers enthält den Willen zum Abschluss eines Versicherungsvertrags nach den Maßstäben, die im Gespräch und in Auskünften gesetzt wurden. Hat der Versicherungsagent den Umfang des Versicherungsvertrags falsch beschrieben, so beeinflussen die dadurch geweckten Vorstellungen des Versicherungsnehmers den Antrag. Weicht der Versicherungsschein davon ab, so ist ein Abweichen im Sinne des § 5 Abs. 1 VVG schon nach dem Wortlaut gegeben.

§ 5 VVG kann somit bei Auskünften des Agenten, die Teil des Antrags des Versicherungsnehmers werden, angewendet werden.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Ein Fall, in dem die Einbeziehung eines bestimmten Risikos Bedingung war, ist der „Sturmflutfall“ (RGZ 86, 128). Der Versicherungsnehmer hatte dem Vermittlungsagenten erklärt, er wolle die Versicherung nur dann abschließen, wenn diese auch das Risiko von Sturmflutschäden trüge, siehe ausführlich dazu oben § 21.1.b) am Ende. In anderen Fällen war der Versicherungsnehmer zumeist gewillt, eine Zusatzversicherung abzuschließen, eine höhere Prämie zu zahlen oder sich bei anderen Versicherern zu informieren. In den Europaklauselfällen (zum Beispiel BGHZ 40, 22) kann angenommen werden, dass der Versicherungsnehmer sein Fahrzeug auch für den asiatischen Teil der Türkei hätte versichern lassen wollen, wenn er auf die Deckungslücke aufmerksam gemacht worden wäre, da er plante, dort hinzureisen. Die Versicherungsnehmer gingen in diesen Fällen nur irrtümlich (und nach Ansicht des BGH grob fahrlässig, so dass die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung am erheblichen Eigenverschulden scheiterte) davon aus, dieses Risiko sei durch den bestehenden Vertrag gedeckt.

¹⁹⁸ Dieser besagt: „Weicht der Inhalt des Versicherungsscheins von dem Antrag oder den getroffenen Vereinbarungen ab, (...)“.

¹⁹⁹ Zutreffend im Ergebnis schon zum alten Recht BGH VersR 2001, S. 1498, 1499, der ausführt: „Der gemäß § 43 Abs. 1 VVG empfangsbevollmächtigte Versicherungsagent steht bei der Entgegennahme eines Antrages auf Abschluss eines Versicherungsvertrages dem Antragsteller als Auge und Ohr des Versicherers gegenüber. Was ihm mit Bezug auf die Antragstellung gesagt und vorgelegt wird, ist dem

Nach § 5 Abs. 1 und Abs. 2 VVG ist eine Abweichung von dem Antrag wirksam, wenn der Versicherungsnehmer diese zumindest stillschweigend genehmigt hat. Der Versicherer muss auf die Möglichkeit der Genehmigung durch Schweigen in Form des § 5 Abs. 2 Satz 1 sowie auf die einzelnen Abweichungen gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 durch „auffälligen Hinweis“ aufmerksam machen. Kurz gesagt gilt: „Keine Fiktion ohne Information“²⁰⁰. Der Versicherer weiß in der Regel jedoch nichts von der meist mündlich erteilten Auskunft und deren Einfluss auf den Inhalt des Antrags, so dass er auch nicht auf eine Änderung bzw. Abweichung aufmerksam machen wird.²⁰¹

Voraussetzung für die Anwendung des § 5 Abs. 3 VVG ist außerdem die konkludente Annahme durch Übersendung des Versicherungsscheins. Dies ist in Fällen der vorläufigen Deckung nicht der Fall. Nur unter dieser Prämisse ist § 5 Abs. 3 VVG für den Versicherungsnehmer zielführend: Sie führt bei vorvertraglichen Falschausekürften des

Versicherer gesagt und vorgelegt. Mit der bloßen Verwendung eines – vorbereiteten – Antragsformulars ist zudem keine erkennbare Beschränkung der Empfangsvollmacht auf schriftliche Erklärungen verbunden (BGHZ 102, 194, 197 ff.), so dass auch mündliche Ergänzungen, die von dem Versicherungsagenten zum schriftlichen Versicherungsantrag abgegeben werden, gegenüber dem Versicherer erklärt sind. Fertigt der Versicherer einen Versicherungsschein aus, der inhaltlich nicht dem vom Agenten entgegengenommenen – mündlich ergänzten – Versicherungsantrag entspricht, so liegt darin keine unveränderte Annahme des Antrags; es finden die Vorschriften des § 5 VVG Anwendung. Unterlässt der Versicherer die in § 5 Abs. 2 VVG vorgeschriebene Rechtsbelehrung, weil er irrigerweise glaubt, der Versicherungsschein entspreche dem vom Versicherungsnehmer gestellten Antrag, dann gilt der Antrag gemäß § 5 Abs. 3 VVG als unverändert angenommen, ohne dass es auf ein Verschulden des Versicherers in diesem Zusammenhang ankäme.“

Vgl. auch BGH NJW 1988, S. 60, 61 und OLG Köln, VersR 1990, S. 1146. Vgl. auch die Urteile des ÖOGH VersR 2000, S. 1174, 1175 und 2001, S. 1139, 1140, die die frühere Rechtsprechung des ÖOGH in VersR 1976, S. 1195; 1980, S. 471 und 1985, S. 1099 (Dissens; Nichtanwendung von § 5 Abs. 3 VVG) aufgeben. Vgl. aus der Literatur *Römer/Langheid*, § 5 Rn. 8, 16; *B. Lorenz*, Haftung des Versicherers, S. 196 f. und *Luckey*, VersR 1994, S. 1261.

²⁰⁰ *Grassl-Palten*, FS Welsch, S. 219, 223, die die Voraussetzungen der Information auf S. 223 ff. ausführlich erläutert.

²⁰¹ Es wird vertreten, dass der Versicherer sich aus diese Zwickmühle befreien könne, indem er in Analogie zu § 5 Abs. 2 VVG dem Versicherungsschein den Hinweis (in Form des Abs. 2 Satz 2) beilegt, dass dem Versicherungsschein nur der schriftliche Antrag zugrunde gelegt wurde und dass etwaige Abweichungen von mündlichen Ergänzungen bei unterlassenem Widerspruch nach Abs. 1 als genehmigt gelten, vgl. *Prölls/Martin-Prölls*, § 5 Rn. 15 mit weiteren Nachweisen; *ders.*, FS 50 Jahre BGH, Band 2, S. 551, 578. Andere lehnen diese Möglichkeit zur Befreiung ab, so *Römer/Langheid*, § 5 Rn. 16 mit weiteren Nachweisen.

Agenten dazu, dass der Versicherungsvertrag nach den Bedingungen des Antrags des Versicherungsnehmers zustande kommt.

§ 5 Abs. 3 VVG findet mangels erneuten Zusendens eines Versicherungsscheins keine Anwendung, wenn der Agent erst *nach* Vertragsschluss, aber vor Eintritt des Versicherungsfalls eine falsche Auskunft zum Umfang der Versicherung gibt.

Festzuhalten ist also: Einige Fälle, die bislang über die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung gelöst wurden, können nunmehr über § 5 Abs. 3 VVG gelöst werden. Ist kein Versicherungsschein „im Spiel“, so ist § 5 VVG hingegen schon nicht anwendbar.

Die Frage, ob es der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung bei Anwendung des § 5 Abs. 3 VVG noch bedarf, wird somit dringlicher. Etwaige Unterschiede sind herauszuarbeiten und es ist festzustellen, ob die Anwendung des § 5 Abs. 3 VVG gegenüber der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung günstiger ist oder diese dem Versicherungsnehmer sogar mehr Schutz bietet (siehe unter 7).

b) Auge-und-Ohr-Rechtsprechung

Zu überlegen ist, ob die Fälle der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung auch mit Hilfe der inzwischen gesetzlich in § 69 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VVG²⁰² festgelegten Auge-und-Ohr-Rechtsprechung gelöst werden können.²⁰³ Das OLG Hamm warf zum alten VVG sogar die Frage auf, ob es der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung angesichts der

²⁰² Vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/3945, S. 77.

²⁰³ Die berühmte Rechtsprechung, grundlegend BGHZ 102, 194 = BGH VersR 1988, S. 234, resultierte aus der Möglichkeit, den Agenten zwar zur Entgegennahme von Willenserklärungen zu berechtigen, ihm aber gleichzeitig gemäß § 47 VVG a. F. die Berechtigung zum Empfang von Anzeigen zu versagen. Sie besagt Folgendes: „Bei der Entgegennahme eines Antrags auf Abschluß eines Versicherungsvertrags steht dem Antragsteller (...) der empfangsbevollmächtigte Vermittlungsagent bildlich gesprochen als das Auge und Ohr des Versicherers gegenüber. Was ihm mit Bezug auf die Antragstellung gesagt und vorgelegt wird, ist dem Versicherer gesagt und vorgelegt worden“, BGHZ 102, 194, 197. Grund hierfür war, dass „die Entgegennahme eines Antrags auf Abschluß eines Versicherungsvertrags und die Kenntnisnahme der von dem Antragsteller bei dieser Gelegenheit abgegebenen – mündlichen – Erklärungen zu den ihm im Antragsformular des Versicherers gestellten Fragen (...) einen einheitlichen Lebensvorgang (...) (darstellen), der keine juristische Aufspaltung erlaubt“ BGHZ 102, 194, 197. Diese Rechtsprechung war bereits zuvor anerkannt, vgl. RGZ 147, 186, 188 f.; in diese Richtung auch OLG Hamm VersR 1975, S. 248 sowie *Glauber*, VersR 1992, S. 937, 938 mit weiteren Nachweisen in Fn. 22. Siehe nur das bis dato letzte Urteil zur Auge-und-Ohr-Rechtsprechung des OLG Celle vom 26.02.2009, Az: 8 U 150/08 zum VVG a. F. sowie die lange Liste von Nachweisen bei Prölss/Martin-Prölss, §§ 16, 17 Rn. 27.

Auge-und-Ohr-Rechtsprechung überhaupt noch bedarf.²⁰⁴ Folglich ist zum neuen VVG zu fragen, ob die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung angesichts der Kodifizierung noch angewendet werden muss.

Die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung und nun auch § 69 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VVG bezieht sich nach der Rechtsprechung und nun ausweislich des Gesetzeswortlauts auf Auskünfte des Versicherungsnehmers, die dieser dem Vertreter bei Antragstellung gegeben hatte, nicht auf Auskünfte des Vertreters. So stellt sich generell schon die Frage, wie sie in Konkurrenz zur versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung stehen kann, wenn sie an Auskünfte des Versicherungsnehmers und nicht wie die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung an Auskünfte des Vertreters anknüpft. Sie kann in ihrer herkömmlichen Form nicht mit der Erfüllungshaftung konkurrieren, sie kann nur Folgendes bewirken: Die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung knüpft an die Abgabe der Willenserklärung durch den Versicherungsnehmer an. Wenn der Vertreter Auge und Ohr des Versicherers ist und demnach der Antrag und das, was der Versicherungsnehmer bei Antragstellung zusätzlich angezeigt hat, nicht getrennt werden dürfen, können der Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrags als Willenserklärung und die damit einhergehende Wissensklärung mit dem Inhalt der Auskunft des Vertreters als Einheit betrachtet werden. So wird die Willenserklärung letztlich objektiv als Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrags entgegen der AVB ausgelegt.²⁰⁵

Dasselbe Ergebnis wird jedoch schon nach den allgemeinen Regeln zur Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen nach den §§ 133, 157 BGB erzielt [siehe unter 5.a)aa)]. Dies gilt selbst dann, wenn die Befugnis des Vertreters zur Entgegennahme von Anzeigen gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 1 VVG a. F. nicht nach § 47 VVG a. F. beschränkt ist und die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung keine Anwendung findet. Es gilt auch für § 72 VVG, der nun unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Beschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und unter Einbezug der Neuregelungen in § 69 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VVG eine Beschränkung „zum Schutz des Versicherungsnehmers generell“²⁰⁶, und damit nicht mit Ausnahme der individualvertraglichen Vereinbarung, ausschließt.

²⁰⁴ OLG Hamm NJW-RR 2001, S. 239, 240. Ähnlich auch *Römer*, VersR 1998, S. 1313, 1316 bei und mit Fn. 27, der allerdings diese Problematik nur am Rande behandelt.

²⁰⁵ So auch *Römer/Langheid*, § 5 Rn. 8.

²⁰⁶ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/3945, S.78, linke Spalte.

War vor Geltung des neuen VVG die Befugnis des Vertreters zur Entgegennahme von Anzeigen beschränkt, so half die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung bei der Auslegung der Willenserklärung zugunsten des Versicherungsnehmers. Sie erzeugte die Unwirksamkeit der Beschränkung und führte so zu einer Berücksichtigung der Wissenserklärung im Rahmen des Antrags des Versicherungsnehmers. Allerdings erklärte sie nicht, warum der Versicherer nunmehr in jedem Fall gleichsam automatisch verpflichtet sein sollte, entgegen der AVB Versicherungsschutz zu gewähren; schließlich wurde nach der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung die Annahmeerklärung des Versicherers ausgelegt, ohne die Auskunft zu berücksichtigen. Die Annahme des Versicherers ist objektiv auszulegen [siehe unter 5.a)]. Da die AVB der Annahme beiliegen, ist diese folglich immer noch so zu verstehen, dass der Versicherer eine Annahme *entsprechend* und nicht entgegen der AVB erklärt.

Die Anwendung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung war somit nur sinnvoll, wenn die Befugnis des Agenten zur Entgegennahme von Anzeigen gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 1 VVG a. F. nach § 47 VVG a. F. beschränkt war. Dann führte sie zu einer Berücksichtigung der Wissenserklärung im Rahmen des Antrags des Versicherungsnehmers. Da sie jedoch weder über die fehlende Abschlussvollmacht des Agenten hinweg half, noch über den oben durch ergänzende Vertragsauslegung aufrechterhaltenen Restvertrag hinaus ging, führte sie in keinem Fall weiter.

Auch für die wohl rein theoretische, nämlich individualvertragliche, Vereinbarung einer Beschränkung der Vertretungsmacht unter Berücksichtigung des § 72 VVG, gilt nichts anderes. Über die fehlende Abschlussvollmacht eines Vertreters hilft auch die Neuregelung in § 69 VVG nicht hinweg.

c) „Auge-und-Ohr-und-Mund-Rechtsprechung“

Das OLG Hamm verkennt, wenn es die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung als echte Konkurrenz zur versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung sieht, dass die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung nicht die fehlende Abschlussvollmacht überwindet.²⁰⁷ Denkbar ist allein eine Erweiterung der Rechtsprechung und nunmehr des Gesetzeswortlauts auf ein drittes Sinnesorgan, nämlich dass der Vertreter nicht nur Auge und Ohr, sondern bildlich ge-

²⁰⁷ Auch die Nachweise, die das Gericht angibt, nämlich *Römer*, VersR 1998, S. 1313; *Römer/Langheid*, § 43 Rn. 18 f.; *Prölss/Martin-Kollhossler*, 26. Aufl. § 43 Rn. 29, befassen sich, wenn überhaupt, nur knapp und vage mit dieser Aussage.

sprochen auch *Mund* der Versicherung sein soll. Nur durch diese Erweiterung wäre eine echte Konkurrenz erst denkbar. Hierzu haben weder Literatur noch Rechtsprechung noch die Begründung des Gesetzesentwurfs bislang Stellung genommen. Da die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung bislang jedoch in gängigen Kommentaren hauptsächlich bei der Kommentierung zu §§ 16, 17 VVG a. F. und nicht zu § 43 VVG a. F. behandelt wird,²⁰⁸ scheint diese Überlegung bislang wenig Anklang gefunden zu haben. Auch der Ausdruck des Vertreters als „Mund“ des Versicherers ist bislang in der Literatur nicht bearbeitet.

d) Haftung nach § 6 Abs. 5 VVG

Die Regelung des § 6 Abs. 5 VVG ist in der Formulierung nahezu, in der Systematik vollständig identisch mit § 280 Abs. 1 BGB. Dies führt naturgemäß dazu, dass diese Vorschrift als „spezialgesetzliche Ausprägung eines Anspruchs aus Verschulden bei Vertragsschluss“²⁰⁹ angesehen wird. Eine spezialgesetzliche Regelung sei insofern sinnvoll, als durch sie die Pflichten des Versicherers durch den Hinweis auf § 6 Abs. 1, 2 und 4 VVG konkretisiert werden. Zudem unterfalle § 6 Abs. 5 VVG der den Versicherungsnehmer besonders schützenden Regelung des § 18 VVG, der eine Abweichung zum Nachteil des Versicherungsnehmers nicht gestatte. Diese Vorteile biete § 280 Abs. 1 BGB alleine nicht.²¹⁰ Die Regelung des § 6 Abs. 5 VVG beantwortet jedoch eine Frage nicht explizit, nämlich die nach dem konkreten Haftungsumfang des Versicherers bei der Verletzung der Beratungspflicht.²¹¹ Für diese Frage muss untersucht werden, welchen Haftungsumfang die Regelung des insoweit mit § 6 Abs. 5 VVG identischen („Ersatz des

²⁰⁸ Vgl. nur Prölss/Martin- Prölss: im Rahmen der §§ 16, 17 VVG, Rn. 27 f. Ebenso Römer/Langheid: Im Rahmen der §§ 16, 17 VVG, Rn. 37 ff.; allerdings findet sich auch bei der Kommentierung zu § 43 VVG hierüber ein kleiner Abschnitt bei den Rn. 18 ff. Vgl. auch bei Bruck/Möller, 8. Aufl.: § 44 Anm. 57 ff.

²⁰⁹ Dörner/Staudinger, WM 2006, S.1710, 1711; E. Lorenz, FS Canaris, S. 757, 773; HK Versicherungsgesetz-Münkel, § 6 Rn. 43.

²¹⁰ Vgl. E. Lorenz, FS Canaris, S. 757, 773.

²¹¹ Gelegentlich fehlt auch eine Aussage zu Absatz 5 des § 6 generell, so van Bühren in: Handbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl., § 1 Rn. 597, der den neuen Absatz 5 nicht erwähnt, allerdings vier Randnummern später bei Beratungsfehlern auf die „c.i.c.-Haftung (§ 311 Abs. 2 S. 1 BGB)“ verweist. Zur Schadensersatzpflicht nach § 63 VVG meint van Bühren in: Handbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl., § 1 Rn. 883, dass der Versicherer in deren Rahmen dann regelmäßig verpflichtet sei, den Vertrag, den der Versicherungsvermittler zugesagt habe, zu erfüllen. Unklar bleibt, ob van Bühren meint, die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung sei nunmehr hier kodifiziert.

hierdurch entstehenden Schadens“) § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB hat.²¹² Dies ist für die Frage, ob die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung noch eine Daseinsberechtigung hat oder nicht, entscheidend.

Ebensowenig wird die Frage beantwortet, ob der Schutz, den § 6 Abs. 5 VVG dem Versicherungsnehmer gewährt, hinter dem Schutz der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung zurückbleibt. Da § 6 Abs. 5 VVG in Wortlaut und Systematik mit § 280 Abs. 1 BGB (fast) identisch ist, kann eine genaue Untersuchung, ob der Tatbestand des § 6 Abs. 5 VVG exakt alle Fallgestaltungen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung abdeckt, offen bleiben. Da die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung aber auch Fälle erfasst, in denen der Agent den Antrag falsch ausfüllte und nicht falsch beriet²¹³, scheint dies schon auf den ersten Blick zumindest zweifelhaft. Auch lassen die Ausnahmen, die Absatz 6 festlegt, anderes vermuten, da die in diesem Absatz genannten Einschränkungen bei der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung nicht existieren, beispielsweise gibt es keine Beschränkung bei Großrisiken im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Satz 2 EGVVG oder bei Versicherungen, die unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden. Es kann somit für die vorliegende Arbeit dahinstehen, ob alleine durch die Schaffung des § 6 Abs. 5 VVG die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung nicht mehr angewendet werden soll und darf.²¹⁴ Zu untersuchen ist, ob durch Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB als Art „Ausgangsregelung“ dasselbe Ergebnis wie bei Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung erzielt werden kann.

²¹² Siehe ausführlich unter § 2II.3.d).

²¹³ Siehe oben § 2I.4.d) bei und in Fn. 152.

²¹⁴ So *E. Lorenz*, FS Canaris, S. 757, 775, HK Versicherungsvertragsgesetz-*Münkel*, § 6 Rn. 43 und *Wandt*, Versicherungsrecht, 4. Aufl., Rn. 410. Anderer Ansicht ist *Terbille* in: Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 2. Aufl., § 2 Rn. 35 am Ende, der meint, die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung habe zwar an Bedeutung verloren, sie sei aber keinesfalls unerheblich geworden. Auch Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 und § 280 Abs. 1 BGB blieben grundsätzlich bestehen, zumindest der klassische Anspruch aus culpa in contrahendo verlöre aber deutlich an Bedeutung, siehe Rn. 43. Anderer Ansicht sind auch Praxiskommentar Versicherungsvertragsrecht-*Ebers*, § 6 Rn. 56, der die Ansprüche gleichrangig nebeneinander stellt. Ebenso: Praxiskommentar Versicherungsvertragsrecht-*Michaelis*, § 69 Rn. 12. Zugegeben un schlüssig ist Bruck/Möller-*Schwintowski*, 9. Aufl., § 6 Rn. 5. Ohne Aussage hierzu *Marlow/Spuhl*, Das Neue VVG, 3. Aufl., S. 29 f. und S. 145.

e) Ergebnis

§ 5 Abs. 3 VVG wird unter der Prämisse der konkludenten Annahme des Antrags durch Übersendung des Versicherungsscheins angewendet, wenn der Agent vor Vertragsschluss eine falsche Auskunft zu Inhalt oder Umfang des Versicherungsvertrags gegeben hat. Dann gestaltet § 5 Abs. 3 VVG den Versicherungsvertrag nach dem sich aus Auskunft und Schriftstück ergebenden Inhalt des Antrags des Versicherungsnehmers um. § 5 Abs. 3 VVG findet mangels erneuter Zusendung eines Versicherungsscheins keine Anwendung auf Fälle, in denen der Agent nach Vertragsschluss, aber vor Eintritt des Versicherungsfalls, eine falsche Auskunft gab.

Die Auge-und-Ohr-Rechtsprechung führte als Auslegungshilfe in den Fällen weiter, in denen die Befugnisse des Agenten zur Entgegennahme von Anzeigen bei Annahme des Antrags auf Abschluss eines Versicherungsvertrags nach § 47 VVG beschränkt wurden. Hieran hat sich durch die Kodifikation in § 69 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VVG nichts geändert. Sie führt auch zu einer Gesamtbetrachtung der vorvertraglichen Auskünfte des Agenten und der Willenserklärung des Versicherungsnehmers. Eine inhaltliche Umgestaltung des Vertrags ist aber durch Anwendung der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung nicht zu erreichen, da diese bei der Annahmeerklärung des Versicherers nicht berücksichtigt werden kann; der Agent ist nicht „Mund“ des Versicherers. Der neue § 6 Abs. 5 VVG bietet eine potenzielle Ersatzlösung, allerdings ist die Haftungsfolge unklar.

Somit ist für etwaige Lösungsmöglichkeiten aus dem Bürgerlichen Recht und dem Versicherungsrecht festzuhalten: Anstatt oder neben der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung kann in den meisten Fällen eine Haftung wegen anfänglicher Unmöglichkeit, vorvertraglicher oder vertraglicher Pflichtverletzung, § 313 BGB oder die Anwendung des § 5 Abs. 3 VVG oder § 6 Abs. 5 VVG zu ähnlichen oder denselben Ergebnissen führen. Offen bleiben die Fragen, ob diese Haftungen Nachteile gegenüber der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung bergen und wie sie in Konkurrenz zu dieser stehen.

Da bei den bürgerlich-rechtlichen Ansprüchen (teils) noch größere Probleme zu erörtern sind, werden diese einzeln und ausführlich in Kapitel II. besprochen; für § 5 Abs. 3 VVG kann die Konkurrenzproblematik bereits innerhalb dieses Kapitels erörtert werden (sogleich unter 7.).

7. Konkurrenz der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung zu § 5 Abs. 3 VVG

Da § 5 Abs. 3 VVG in einigen Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung Anwendung findet, ist zu klären, welche Auswirkungen dies auf die Erfüllungshaftung hat und welche Nachteile sich aus der Anwendung des § 5 Abs. 3 VVG ergeben.

Wird § 5 Abs. 3 VVG angewendet, so ist für die Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung kein Raum und keine Notwendigkeit mehr, da § 5 Abs. 3 VVG die Unverbindlichkeit der Abweichung der konkludent mit Übersendung des Versicherungsschein erklärten Annahme des Versicherers von dem Antrag des Versicherungsnehmers festlegt.

Für einen Vergleich bieten sich zwei Ansatzpunkte an, die es näher zu untersuchen gilt: Die Beweislastregelungen und das Entfallen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung bei erheblichem Verschulden des Versicherungsnehmers. Fraglich ist auch, ob die Grundsätze der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung noch Anwendung finden, wenn § 5 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 VVG eingreift und die Genehmigung der Abweichungen²¹⁵ fingiert wird.²¹⁶

a) Beweislastregelungen

Zur Bestimmung des Beweispflichtigen gilt, soweit das Gesetz keine Regelung trifft, die Rosenbergsche Formel, nach der derjenige, der aus einem bestimmten Sachverhalt einen Anspruch herleitet, die dem Anspruch zugrunde liegenden Tatsachen für die Tatbestandsvoraussetzungen behaupten und beweisen muss.²¹⁷

Dementsprechend muss im Rahmen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung der Versicherungsnehmer die Pflichtverletzung sowie den Inhalt seines Antrags samt mündlichen Zusätzen darlegen und beweisen; ein Verschulden des Agenten ist nicht vonnöten²¹⁸. Wenn der Versicherungsnehmer § 5 Abs. 3 VVG geltend macht, muss er den mündlichen Zusatz bei der Antragstellung²¹⁹, das Abweichen vom Antrag sowie die der

²¹⁵ Vgl. zur Kritik an dem Begriff „Genehmigungsfiktion“ *Grassl-Palten*, FS Welser, S. 219, 221. Es handle sich um eine „normierte Willenserklärung“.

²¹⁶ *Prölss/Martin-Prölss*, § 5 Rn. 13.

²¹⁷ Siehe hierzu nur *Thomas/Putzo-Reichold*, 29. Aufl., Vorbem § 284 Rn. 23.

²¹⁸ Vgl. nur *Römer*, *VersR* 1998, S. 1313, 1316.

²¹⁹ Vgl. hierzu aus neuerer Zeit *BGH NVersZ* 2002, S. 452, 453 (= *VersR* 2002, S. 1089): Es gelte „dieselbe Grundregel wie im übrigen Zivilrecht“, sowie *BGH VersR* 2001, S. 1498 und S. 1502. Vgl. außerdem *Prölss/Martin-Prölss*, § 3 Rn. 15a mit zahlreichen Nachweisen und *Römer/Langheid*, § 16, 17 Rn. 37.

Vorschrift des § 5 Abs. 2 VVG nicht entsprechende Rechtsbelehrung²²⁰ darlegen und beweisen. *Unterschiede* zwischen den beiden bestehen folglich in der Darlegung der Pflichtverletzung und der Darlegung der Abweichung des Versicherungsscheins vom Antrag und der fehlenden Rechtsbelehrung. Den Inhalt seines Antrags hingegen muss der Versicherungsnehmer jeweils bei beiden Rechtsfiguren darlegen; hier führt die Auge- und Ohr-Rechtsprechung nicht zu einer Verschiebung der Beweislast.²²¹

Es ist um ein Vielfaches leichter, das Abweichen des Versicherungsscheins und die fehlende Rechtsbelehrung durch einen Urkundenbeweis darzulegen und zu beweisen, als eine Pflichtverletzung des Agenten. Dieser wird zum Beispiel einen angekreuzten Fragenkatalog anführen, der zumindest als Anscheinsbeweis für eine ordnungsgemäße Aufklärung häufig ausreichen wird.²²²

§ 5 Abs. 3 VVG ist für den Versicherungsnehmer folglich beweisrechtlich günstiger als die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung.

b) Entfallen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung bei erheblichem Verschulden des Versicherungsnehmers

Hinzu kommt, dass nach bisheriger Rechtsprechung die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung nach dem Alles-oder-Nichts-Prinzip auch unter Geltung des neuen VVG entfällt, wenn den Versicherungsnehmer erhebliches Eigenverschulden trifft.²²³ Diese

²²⁰ Wenn sich der Versicherer auf § 5 Abs. 1 VVG beruft, so hat er den Beweis dafür zu führen, dass die Rechtsbelehrung in der vorgeschriebenen Form dem Versicherungsnehmer zugegangen ist, vgl. Prölss/Martin-Prölss, § 5 Rn. 21 und Grassl-Palten, FS Welser, S. 219, 223.

²²¹ So BGH VersR 2002, S. 1089, 1090 f. = NVersZ 2002, S. 452, 453. Grund hierfür ist, dass die Auge- und Ohr-Rechtsprechung Grundsätze der Kenntniszurechnung, nicht der Beweislast betrifft. Dies gelte auch dann, wenn der Agent den Antrag ausgefüllt habe.

²²² Seit dem 1.1.2008 hat der Versicherer nach § 6 Abs. 1 Satz 2 VVG die Beratung ohnehin zu dokumentieren. Im Vergleich hierzu gelten auch für Wertpapierkunden gesetzliche Dokumentationspflichten nach §§ 34, 35 Abs. 2 WpHG; auch im Börsentermingeschäft gilt § 53 Abs. 2 BörsG, der nach der Rechtsprechung inzwischen auch auf andere Anlagegeschäfte ausgedehnt wird, vgl. BGH WM 1991, S. 667. Kieninger, AcP 198 (1998), S. 190, 246 f. und andere sehen dies positiv, da der Bank eine „sekundäre Darlegungslast“ (S. 247) auferlegt wird und die Bank substantiiert darlegen muss, wann, wo und wie sie ihrer Aufklärungspflicht nachgekommen ist. Andererseits gibt auch eine Dokumentationspflicht keine Auskunft zu Inhalt und Qualität der Auskunft und kann sogar, wenn die einzelnen Punkte mehr oder weniger schematisch abgehakt werden, gerade das Gegenteil ihrer ursprünglichen Intention bewirken.

²²³ Vgl. zum einem OLG Koblenz Urteil vom 16.5.2008, VersR 2009, 248 und OLG Celle, Urteil vom 26.2.2009, Az 8 U 150/08, wobei beide Urteile Sachverhalte betreffen, die sich vor dem 1.1.2008 zutru-

Gefahr besteht bei § 5 Abs. 3 VVG nicht: Liest der Versicherungsnehmer die AVB, die ihm zusammen mit dem Versicherungsschein zugeschickt werden, nicht durch²²⁴ und weichen diese von seinem Antrag ab, so kommt der Vertrag nur dann nach den Versicherungsbedingungen zustande, wenn der Versicherer ihn auf die Abweichungen nach den Maßgaben des § 5 Abs. 2 Satz 2 VVG aufmerksam gemacht hat. Bei Berufung auf § 5 Abs. 3 VVG schadet dem Versicherungsnehmer ein nur flüchtiges und oberflächliches Durchlesen der AVB also nicht, solange es an einer ordnungsgemäßen Rechtsbelehrung fehlt.

Weil die versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung bei erheblichem Eigenverschulden entfällt, ist diese für den Versicherungsnehmer nachteiliger als die Lösung über § 5 Abs. 3 VVG.

c) Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung nach Genehmigungsfiktion

Der Vollständigkeit halber ist zu klären, ob die Erfüllungshaftung nach Eingreifen der Genehmigungsfiktion des § 5 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 VVG noch Anwendung findet.

Gegen eine grundsätzliche Anwendung sprechen weder Wortlaut noch Systematik noch Telos der Vorschrift. Allerdings gibt es keine Fälle, in denen beides angewendet werden kann. Es liegt nämlich stets erhebliches Eigenverschulden des Versicherungsnehmers vor, wenn er den „auffälligen Hinweis“ (§ 5 Abs. 2 Satz 2 VVG) auf die Abweichungen und die Genehmigungsfiktion nicht bemerkt. Übergibt der Versicherungsagent dem Versicherungsnehmer die Rechtsbelehrung nicht ordnungsgemäß und gelangt diese so dem Versicherungsnehmer nicht zur Kenntnis, so findet § 5 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 VVG mangels „Übermittlung“²²⁵ keine Anwendung, § 5 Abs. 3 VVG hingegen schon.

Eine Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung in Verbindung mit der Genehmigungsfiktion nach § 5 Abs. 1 VVG ist somit nicht denkbar.

gen. Allerdings wird in keinem der beiden Urteile das Entfallen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung bei erheblichem Eigenverschulden auch nur in Frage gestellt.

²²⁴ Das ist ein typischer Fall des erheblichen Eigenverschuldens des Versicherungsnehmers, vgl. die Nachweise in Fn. 8 und insbesondere OLG Stuttgart VersR 2004, S. 1161, 1162.

²²⁵ In § 5 Abs. 2 VVG a. F. stand noch bildlich die „Aushändigung“ im Gesetz.

d) Ergebnis

§ 5 Abs. 3 VVG ist im Vergleich mit der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung für den Versicherungsnehmer die günstigere Lösung. Sowohl beweisrechtlich als auch aufgrund des etwaigen Entfallens der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung bei erheblichem Eigenverschulden ist die Anwendung des § 5 Abs. 3 VVG für den Versicherungsnehmer günstiger. Da § 5 Abs. 3 VVG nach § 15a VVG halbzwingend ist, kann § 5 Abs. 3 VVG auch nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers abbedungen werden. Fälle, in denen sowohl § 5 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 VVG als auch die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung Anwendung finden, sind nicht denkbar.

II. Erfüllungshaftung im BGB²²⁶

Zunächst wird ein Überblick über die Einordnung und die Begriffe des positiven und des negativen Interesses gegeben (1). Es folgt eine Erläuterung der anfänglichen Unmöglichkeit (2), der culpa in contrahendo (3), des § 280 Abs. 1 in Verbindung mit § 281 oder § 282 (4) und der Störung der Geschäftsgrundlage (5), nachdem festgestellt wurde (siehe I.5), dass diese Regelungen zur Lösung der Fallgruppen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung herangezogen werden können.

1. Begriffsklärung positives/negatives Interesse

a) Begriffe des Vermögens- und des Nichtvermögensschadens

Die Verfasser des BGB sahen von einer Definition des Schadensbegriffs ab, da mit einer Definition nicht alle möglichen und zweifelhaften Fälle berücksichtigt werden könnten. Auch führe eine Begriffsbestimmung „zu einer weitgehenden Kasuistik (...), von welcher keine befriedigenden Resultate zu erwarten“²²⁷ sind. § 249 Abs. 1 BGB unterscheidet demnach auch nicht zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden; für beide gilt jedoch der Grundsatz der Naturalrestitution.²²⁸

Auch der Begriff des Vermögens ist im BGB nicht näher definiert. Nach herrschender Meinung liegt ein Vermögensschaden vor, wenn sich die Beeinträchtigung einer Güterlage im Wege der Ableitung aus Preisen in Geld berechnen lässt²²⁹. Ein Nichtvermögensschaden ist eine Einbuße, die eine Person betrifft, aber nicht in Geld messbar ist.²³⁰

²²⁶ Die Erfüllungshaftung wird auch positives Interesse oder Nichterfüllungsschaden genannt, vgl. Palandt-*Heinrichs*, 68. Aufl., Vorb. v. § 249 BGB, Rn. 16; *Larenz*, Schuldrecht I, § 27 II 4.

²²⁷ Motive, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, S. 19.

²²⁸ Vgl. nur Staudinger-*Schiemann*, 13. Aufl., Vorbem. zu §§ 249 ff. Rn. 46.

²²⁹ Vgl. Soergel-*Mertens*, 12. Aufl., Vor § 249 BGB, Rn. 61 sowie *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 2 I, S. 51: „Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn der Schaden *in Geld messbar* und auch *nicht der Persönlichkeitssphäre* zuzuordnen ist.“ *Jahr*, AcP 183 (1983), S. 725, 741 ff. wendet sich gegen die Umrechenbarkeit des Vermögensschadens in Geld. Der Rechtsgüterschutz, den das Schadensrecht gewährleiste, dürfe nicht hinter dem der Eingriffskondition zurückbleiben.

²³⁰ Vgl. *Hans Stoll*, Vermögensschaden, S. 19; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, 5. Aufl., § 37 A II, Rn. 682. Zu einzelnen teils umstrittenen Fallgruppen siehe *Larenz*, Schuldrecht I, § 28 III und *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, § 57 IV 1, Rn. 698.

b) Berechnung des Vermögens- und des Nichtvermögensschadens nach den §§ 249 ff. BGB: Differenzhypothese

Die Berechnung des Vermögens- und des Nichtvermögensschadens erfolgt nach herrschender Meinung durch eine Differenzhypothese.²³¹ Vergleichsgegenstand ist bei einem Vermögensschaden das gesamte Vermögen, bei einem Nichtvermögensschaden wird ein „Zustandsvergleich“ durchgeführt, um den schadensfreien Zustand zu ermitteln. Der Schaden wird jeweils festgestellt durch den Vergleich zweier Zustände, dem tatsächlichen, schadensbehafteten Zustand und dem hypothetischen, schadensfreien Zustand.²³² Bei der Feststellung des hypothetischen, schadensfreien Zustands ergeben sich regelmäßig Probleme. Fraglich ist oft, ob eine durch das schädigende Ereignis äquivalent kausal verursachte Folge noch als zum Schaden zugehörig betrachtet werden soll oder nicht. Bei dieser wertenden Betrachtung werden die Adäquanztheorie und die Schutzzwecklehre herangezogen.²³³

c) Anknüpfungspunkt der Schadensberechnung

Der hypothetische schadensfreie Zustand ist der Zustand, der bestünde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand ist somit Anknüpfungspunkt für den Schadensersatz. Welches Ereignis der „zum Schadensersatz verpflichtende Umstand“ im Sinne des § 249 Abs. 1 BGB ist, ergibt sich aus der anspruchsbegründenden Norm.

²³¹ Vgl. nur *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 6 I, S. 248 ff.

²³² Eine Herstellung der Identität des tatsächlichen Zustands mit dem hypothetischen ist dabei kaum realisierbar, da „Geschehenes nicht ungeschehen zu machen ist.“ Es genügt, „dass zwischen dem zu schaffenden und dem hypothetischen Zustand keine nennenswerten Unterschiede bestehen.“ Beide Zitate aus *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 5 II 1, S. 215.

²³³ Statt vieler: Palandt-*Heinrichs*, 68. Aufl., Vorb. v. § 249, Rn. 58-64 mit weiteren Nachweisen. Kritik an der Adäquanztheorie bei MünchKomm-*Grunsky*, 1. Aufl. 1979, Vor § 249 BGB, Rn. 42 und *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 3 VI 5, S. 90 ff. Zur Anwendung der zunächst nur im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB herangezogenen Schutzzwecktheorie im vertraglichen und vorvertraglichen Bereich siehe nur *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 3 IX 4, S. 104 ff.

d) Zum Schadensersatz verpflichtender Umstand im Recht der Sonderverbindungen

Im Recht der Sonderverbindungen lassen sich zwei Verhaltensweisen unterscheiden, die „zum Schadensersatz verpflichtender Umstand“ sein können. Jede der beiden Verhaltensweisen führt bei der Frage des Schadensersatzumfangs zu einem anderen Ergebnis.²³⁴

Einerseits kann daran angeknüpft werden, dass der Schädiger seine Pflicht(en) aus der Sonderverbindung nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllt hat. Der schadensfreie Zustand ist der, der bestünde, wenn der Schädiger seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllt hätte. Den schadensfreien Zustand bezeichnet zum Beispiel *Schiemann* als das *positive Interesse*.²³⁵ Mit „Interesse“ bezeichnen andere nicht den Minuend, sondern die Differenz – den Schaden als wirtschaftliche Einbuße. Dementsprechend werden als Synonyme des Begriffs „positives Interesse“ das „Erfüllungsinteresse“, „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“²³⁶ und „Schadensersatz statt der Leistung“²³⁷ genannt.

Andererseits kann es sein, dass der Schädiger den Anschein erweckt hat, es sei bereits eine gültige Verbindlichkeit zustande gekommen oder es werde eine gültige Verbindlichkeit zustande kommen. Im schadensfreien Zustand hat der Schädiger nicht durch eine Erklärung den Anschein erweckt, es sei bereits eine gültige Verbindlichkeit zustande gekommen oder es werde eine gültige Verbindlichkeit zustande kommen. Der Geschädigte ist also so zu stellen, wie wenn kein solcher Anschein erweckt wurde bzw. wie wenn er nicht auf die „Gültigkeit der Erklärung vertraut“ hätte (Wortlaut zum Beispiel des § 122 BGB). Dieser hypothetische Zustand wird *negatives Interesse* genannt. Synonym für das negative Interesse ist das „Vertrauensinteresse“.

²³⁴ Der Gesetzgeber lässt gerade im Rahmen des § 311a Abs. 2 BGB (siehe unten § 2II.2) Tendenzen erkennen, das haftungsbegründende Ereignis vom Anknüpfungspunkt für das Verschulden abzukoppeln. Dies führt letztlich dazu, dass sich der Umfang des Schadensersatzes nicht mehr nach dem haftungsbegründenden Ereignis richtet, sondern nach dem vom Gesetzgeber Festgelegten.

²³⁵ Staudinger-*Schiemann*, 13. Aufl., Vorbem. zu §§ 249 ff BGB, Rn. 36: Das positive Interesse ist der „obere Betrag bei der ‚Subtraktion‘ zur Schadensermittlung“. Vgl. auch *Larenz*, Schuldrecht I, § 29 I b.

²³⁶ So das BGB in der alten Fassung, siehe §§ 280 Abs. 1; 283 Abs. 1 Satz 2; 286 Abs. 2 Satz 1; 325 Abs. 1 Satz 1Var. 1; 326 Abs. 1 Satz 2 Var. 1; 463, Satz 1, 2; 480 Abs. 2 Var. 1, 2; 523 Abs. 2 Satz 1; 524 Abs. 2 Satz 2; 536a Abs. 1; 635; 651f Abs. 1 BGB a. F. Erhalten blieben: §§ 523 Abs. 2 Satz 1; 524 Abs. 2 Satz 2 und 651f Abs. 1. BGB Es handelt sich wohl um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers.

²³⁷ Dies ist die neue Bezeichnung für Schadensersatz wegen Nichterfüllung; inhaltlich ergibt sich keine Änderung, *Canaris*, Schuldrechtsreform 2002, S. XII bzw. S. 671 ff.

e) „Wirtschaftlicher Inhalt“ des positiven und des negativen Interesses

Der Anspruch auf das positive Interesse erfasst nach der Differenzhypothese zunächst den wahren wirtschaftlichen Wert der Leistung, egal ob sie günstig oder teuer erworben wurde.²³⁸ Außerdem erfasst er den Ersatz der Aufwendungen, die für eine als Ersatz fungierende Leistung erbracht wurden. Erfasst wird auch der Gewinn, der sich aus einer Weiterverwertung der Leistung ergeben hätte.²³⁹ Ein Ersatz *in natura* ist auch bei einem Anspruch auf das positive Interesse grundsätzlich möglich²⁴⁰, die Regel ist jedoch Geldersatz.

Wirtschaftliche Inhalte des Anspruchs auf das negative Interesse sind der Ersatz nutzloser Aufwendungen, soweit ihre Tätigkeit durch das enttäuschte Vertrauen motiviert war, sowie der Ersatz dessen, was dem Geschädigten durch Unterlassen eines Vertragschlusses mit einem Dritten entging, weil er auf die Gültigkeit der Erklärung des Schädi-

²³⁸ Bei *gegenseitigen* Verträgen gibt es auch nach der Schuldrechtsreform zwei unterschiedliche Ansätze für die Schadensermittlung: Die Surrogations- und die Differenztheorie. Bei der Surrogationstheorie bleibt (trotz Fristsetzung) die Verpflichtung des Gläubigers zur Leistung bestehen. An die Stelle der Leistung des Schuldners tritt als „Surrogat“ der Wert. Diesen kann der Gläubiger im Austausch verlangen. Schuldet der Gläubiger als Leistung Geld, so können beide Parteien aufrechnen. Bei der Differenztheorie entfällt die Verpflichtung des Gläubigers, die Leistung zu erbringen. Der Schaden besteht in der Differenz zwischen dem Wert der Leistung zuzüglich etwaiger Folgeschäden und der ersparten Gegenleistung des Gläubigers. Grundsätzlich besteht ein Wahlrecht des Gläubigers, vgl. insgesamt Palandt-Grüneberg, 68. Aufl., § 281 Rn. 18 ff.

²³⁹ Aufwendungen, die im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung getätigt wurden, werden grundsätzlich nicht ersetzt, diese hätte der Geschädigte ja auch bei Erfüllung getätigt. Die herrschende Rechtsprechung wendete für diese Aufwendungen die „Rentabilitätsvermutung“ an, nach der vermutet wird, dass für den Geschädigten der Wert des Erfüllungsanspruchs mindestens so hoch ist wie der aufgewendete Betrag. Kurz gesagt wird vermutet, dass sich das Geschäft für ihn trotz Gegenleistung *und* getätigten Aufwendungen „rentiert“ hat. Rechtsprechungsnachweise bei Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., § 6 IV, S. 258. Für „frustrierte“ Aufwendungen zu erwerbswirtschaftlichen (strittig) und ideellen Zwecken gilt nach der Schuldrechtsreform § 284 BGB, dazu Palandt-Grüneberg, 68. Aufl., § 284 Rn. 1, 5; Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., § 6 IV, S. 258.

²⁴⁰ So Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., § 5 III 1, S. 220 f. Dies verkennen Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 145, 148 bei Fn. 27 und wohl Staudinger-Bork, 13. Aufl., Vorbem. zu §§ 145 ff. BGB, Rn. 50, der einen „Schadensersatzanspruch auf Vertragsschluss“ bei der c.i.c. rigoros ablehnt. Unklar inzwischen Palandt-Heinrichs, 68. Aufl., Vorb. v. § 249 Rn. 16, nach dem der Schadensersatz statt der Leistung entgegen §§ 249 ff. BGB in der Regel auf Leistung von Geld geht.

gers vertraute. Grundsätzlich gehören Aufwendungen, die der Geschädigte tätigt, um am Vertrag festzuhalten, nicht zum negativen Interesse.²⁴¹

f) Identität von Erfüllungs- und Vertrauensschaden

Regelmäßig ist der Vertrauensschaden niedriger als der Erfüllungsschaden. In einigen Fällen entspricht die Höhe des Vertrauensschadens der des Erfüllungsschadens oder übersteigt ihn sogar. Beispielsweise entspricht das negative dem positiven Interesse in Fällen, in denen der Verkäufer dem Käufer gegenüber falsche Angaben macht²⁴² und diese zu einem Schaden des Käufers führen. Nachweislich hätten Käufer und Verkäufer bei richtiger Aufklärung einen für den Käufer günstigeren Vertrag geschlossen. Hier wäre sowohl bei ordnungsgemäßer Erfüllung als auch bei Nichtvertrauen des Käufers auf die Angaben des Verkäufers ein für den Käufer günstigerer Vertrag zustande gekommen.

Im Beispiel des Versicherungsvertreeters, der gegenüber dem Versicherungsnehmer falsche Angaben macht, *kann* der hypothetische Zustand bei ordnungsgemäßer Erfüllung identisch mit dem Zustand sein, der bestünde, wenn der Versicherungsnehmer auf die Gültigkeit der Erklärung des Versicherungsvertreeters nicht vertraut hätte. Ebenfalls denkbar ist, dass der Versicherungsnehmer den gewünschten Vertrag mit dem Versicherer oder einem Dritten abgeschlossen hätte [vgl. unten 3.d)dd)].

Ob es sich um den Ersatz des Erfüllungs- oder des Vertrauensschadens handelt, kann wegen der Identität der hypothetischen Zustände nicht bestimmt werden; Bezeichnung und Einordnung spielen jedoch aufgrund der Identität auch keine Rolle.

2. Erfüllungshaftung bei § 311a Abs. 2 BGB

§ 311a Abs. 2 BGB gewährt Schadensersatz statt der Leistung, wenn anfängliche Unmöglichkeit der Leistung vorliegt und der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss kannte bzw. seine Unkenntnis zu vertreten hat.

²⁴¹ Vgl. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 2 IV 2, S. 64.

²⁴² Der Einfachheit halber führen diese nicht zu einem Mangel, sonst sind Konkurrenzprobleme zu klären, vgl. hierzu BGH LM § 276 (Fa) Nr. 163 (9/2001) mit weiteren Nachweisen: Sämtliche Rechtsfolgen stehen gleichrangig nebeneinander. Dies gilt nur, wenn keinem Haftungstatbestand nach Sinn und Zweck oder einer ausdrücklichen Regelung der Vorzug zu geben ist.

Fraglich ist jedoch, ob es in der heutigen Zeit noch denkbare Fälle der Unmöglichkeit im Versicherungsrecht gibt und ob überhaupt ein Vertrag mit dem Inhalt der anfänglich unmöglichen Leistung wirksam zustande gekommen ist [siehe sogleich unter a)].

Gibt es Fälle der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung, in denen § 311a Abs. 2 BGB Anwendung finden kann, so ist angesichts der Umstrittenheit aller Absätze dieser Regelung neben einer ausführlichen Erläuterung von Tatbestand und Rechtsfolgen eine dogmatische Einordnung notwendig [unter b) bis d)].

a) Anwendung von § 311a Abs. 2 BGB in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung

Eine Anwendung von § 311a Abs. 2 ist denkbar, wenn es den vom Versicherungsnehmer gewünschten Umfang der Versicherung a priori aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht gibt.

aa) Vorliegen von Unmöglichkeit

Für die Lösung nach altem Recht (§§ 306, 307 BGB a. F.) war zunächst zwischen (objektiver) Unmöglichkeit und (subjektivem) Unvermögen zu unterscheiden. Es musste festgestellt werden, ob die Versicherung in dem vom Versicherungsnehmer gewünschten Umfang jedem Versicherer oder nur dem bestimmten Versicherer nicht möglich war. Im neuen Schuldrecht werden anfängliche Unmöglichkeit und Unvermögen gleich behandelt, so dass eine Unterscheidung nicht mehr nötig ist.

Allerdings ist grundsätzlich zu fragen, in welchen Fällen eine Leistung unmöglich ist. Bei der objektiven Unmöglichkeit wird zwischen Fällen der naturgesetzlichen, der tatsächlichen („praktischen“) und der rechtlichen Unmöglichkeit unterschieden.²⁴³

Naturgesetzliche – gegenständliche – Unmöglichkeit ist für das Rechtsprodukt Versicherung²⁴⁴ nicht vorstellbar. Tatsächliche Unmöglichkeit ist in Fällen denkbar, in denen das Risiko einer vertraglichen Risikoübernahme nicht zugänglich ist. Dies wird in letzter Zeit häufig am Beispiel der Terrorversicherung diskutiert.²⁴⁵ Gerade bei dieser seien Scha-

²⁴³ Ausführlich unter § 2II.2.b).

²⁴⁴ Vgl. *Dreher*, Die Versicherung als Rechtsprodukt, 1991. Näheres hierzu bei und in Fn. 471.

²⁴⁵ Vgl. *Beckmann*, ZIP 2002, S. 1125; *Bruns*, JZ 2005, S. 13; *Gas/Thomann*, ZVersWiss 2003, S. 697, *Hübner*, FS Kollhossler, Band 1, S. 179; *Kreeb*, VW 2003, S. 768 und viele mehr.

denshöhen und -wahrscheinlichkeiten nur schwer oder gar nicht kalkulierbar.²⁴⁶ Rechtliche Unmöglichkeit des gewünschten Versicherungsumfangs ist vorstellbar, wenn ein Versicherer ein bestimmtes Risiko nicht versichern darf, weil ihm die Erlaubnis zum Betrieb einer bestimmten Sparte nicht erteilt wurde. Klärt ein Agent den Versicherungsnehmer fälschlich auf, ein bestimmtes Risiko werde von der Lebensversicherung gedeckt und wird dieses in Wirklichkeit beispielsweise nur von einer Berufsunfähigkeitsversicherung gedeckt, so liegt wegen § 8 Abs. 1 a VAG²⁴⁷ ein Fall der rechtlichen Unmöglichkeit vor. Nach dieser seit 1.1.2005 geltenden Regelung darf ein Versicherungsunternehmen, dem die Erlaubnis zum Betrieb der Lebensversicherung erteilt wurde, ausschließlich diese Sparte betreiben, sogenannte „Spartentrennung“.²⁴⁸ Dem Versicherer ist es in diesem Fall verboten, ein zur Berufsunfähigkeit gehörendes Risiko zu versichern.²⁴⁹

Fraglich ist, ob rechtliche Unmöglichkeit vorliegt, wenn die Grenze der Abschließbarkeit des Versicherungsvertrags überschritten ist, zum Beispiel wenn ein Examenskandidat sich im Rahmen der Berufsunfähigkeitsversicherung für den Fall versichern möchte, dass er sein juristisches Staatsexamen nicht besteht und der Agent ihm aus Versehen De-

²⁴⁶ Vgl. *Beckmann*, ZIP 2002, S. 1125, 1134; *Bruns*, JZ 2005, S. 13, 14, 18 und *Gas/Thomann*, ZVersWiss 2003, S. 697, 699, der sogar so weit geht, das gegenwärtige Terrorrisiko nach den grundsätzlichen Voraussetzungen (Nachweise in Fn. 8) als „nicht versicherbar“ anzusehen, aber „Wege zur Überwindung der Unversicherbarkeit“ (S. 700) aufzeigt.

²⁴⁷ Gesetz vom 21. 12. 2004, BGBl. I S. 3610.

²⁴⁸ Grund für diese Regelung, die in gleicher Form auch für die substitutive Krankenversicherung gilt (§§ 8 I a, 12 I VAG), ist die Sicherung der sozial besonders wichtigen Lebens- und Krankenversicherung. Durch die Spartentrennung soll vermieden werden, dass gleichzeitig andere Sparten betrieben werden, die den Betrieb dieser Versicherungen zum Beispiel durch Quersubventionierung stören. Siehe hierzu *Brachmann*, VW 2004, S. 1072 und *Knauth*, FS Kollhosser, Band 1, S. 203.

²⁴⁹ Fraglich ist in diesem Fall, ob sogar ein nach § 134 BGB zur Nichtigkeit des Vertrags führendes gesetzliches Verbot vorliegt. Im Falle anfänglicher Unmöglichkeit wäre der Versicherungsvertrag nach 311a Abs. 1 BGB immerhin wirksam. Die Spartentrennung nach § 8 Abs. 1a VVG stellt ein gesetzliches Verbot dar, aber es ergibt sich zum Schutz des Versicherungsnehmers „ein anderes aus dem Gesetz“ (§ 134 BGB am Ende). Versicherungsrecht im Allgemeinen und § 8 Abs. 1a VVG im Besonderen ist Versicherungnehmerschutzrecht. Dass der Versicherungsnehmer bei Eingreifen des § 8 Abs. 1a VVG in Verbindung mit § 134 BGB schutzlos steht, ist nicht gewollt. Zum wirksamen Schutz des Versicherungsnehmers ist somit rechtliche Unmöglichkeit anzunehmen. Hier können Parallelen zu den Fällen im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit gezogen werden, vgl. BGHZ 85, 39, 43 f. mit Nachweisen; BGHZ 89, 369, 373; BGH NJW-RR 2002, S. 557 (Verstoß gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit). Vgl. außerdem BGHZ 108, 364, 368 (Verstoß gegen § 2 Abs. 3 PBefG); BGH NJW 2003, S. 3692, 3693 (Verstoß gegen § 12 Abs. 1 BORA).

ckung dieses Risikos zusagt.²⁵⁰ In diesem Fall liegt schon kein Versicherungsvertrag vor, da der Eintritt des Risikos zumindest im negativen Sinne vom Versicherungsnehmer beherrschbar ist; er kann stets bewusst eine nicht ausreichende Leistung erbringen.²⁵¹

In der Regel wird in Konstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung weder Unvermögen noch Unmöglichkeit vorliegen.²⁵² Der Versicherer verweigert eine Einbeziehung des Risikos, wenn und weil es nicht wirtschaftlich ist und weil in den virulenten Fällen sich das Risiko auch schon realisiert hat.²⁵³ Inzwischen wird Unmöglichkeit nur

²⁵⁰ Die gängigste Definition eines Versicherungsverhältnisses, die auch der Gesetzgeber des neuen VVG nicht leisten wollte, lieferte das BVerwG: Ein solches liege vor, wenn sich ein Versicherer gegen Entgelt verpflichtet, für den Fall eines ungewissen Ereignisses bestimmte Leistungen zu übernehmen, wobei das übernommene Risiko auf eine Vielzahl durch die gleiche Gefahr bedrohter Personen verteilt wird und der Risikoübernahme eine auf dem Gesetz der großen Zahl beruhende Kalkulation zugrunde liegt, vgl. BVerwGE 2, 220, 221; BVerwG VersR 1969, S. 819; 1980, S. 1013; zuletzt BVerwG VersR 1993, S. 1217, 1218. *Deutsch*, *Versicherungsvertragsrecht*, 5. Aufl., § 1 I, S. 3 nahm vor der VVG-Reform eine Versicherung an, wenn „durch einen privaten Vertrag die dem VN drohenden Risiken in eine rechtliche Gefahrengemeinschaft gleichartig Gefährdeter so einbezogen werden, daß dem VN bei Realisierung des Risikos ein zivilrechtlicher Anspruch gegen den Versicherer auf Deckung seines Schadens, Bedarfs oder Planungsdefizits zusteht“. Häufig wurde kurz formuliert, ein Versicherungsvertrag sei eine „entgeltliche Risikoübernahme“, vgl. *Bruns*, JZ 2005, S. 13. Bei einer Versicherung für das Bestehen des Staatsexamens fehlt es an der Unbeherrschbarkeit des Risikos und somit der Ungewissheit des Eintritts eines bestimmten Ereignisses. Der Versicherungsnehmer kann den Eintritt des Versicherungsfalles vorsätzlich treuwidrig herbeiführen und so die Leistung des Versicherers auslösen. Bereits *Ehrenberg*, *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abt., 4. Teil, Bd. 1, *Versicherungsrecht*, 1893, S. 55 ff. hatte das Kriterium des „Eintritts einer ungewissen, wirtschaftlich nachteiligen Thatsache“ (S. 55) angeführt, das er so definierte, dass „entweder ihr Eintritt selbst oder der Zeitpunkt ihres Eintritts sich menschlicher Voraussicht entzieht“ (S. 57).

²⁵¹ Sittenwidrigkeit des Versicherungsvertrags gemäß § 138 BGB kommt in Betracht, wenn der Versicherungsnehmer treuwidrig plant, eine nicht ausreichende Leistung zu erbringen.

²⁵² Vgl. auch *E. Lorenz*, FS. *Canaris*, S. 757, 766, der prognostiziert, dass falls wider Erwarten ein solcher Fall noch vor die Gerichte kommen werde, das Urteil „wohl auf Verurteilung des Versicherers zur Erfüllung lauten“ werde.

²⁵³ Ein Gegenbeispiel ist die gängige Praxis bei Kaskoversicherungen: Bei Abschluss der Kaskoversicherung muss der Versicherungsnehmer die voraussichtliche Anzahl der pro Jahr gefahrenen Kilometer angeben. Überschreitet er sie, gibt dies nicht bei der Versicherung an und tritt ein Versicherungsfall ein, so ist der Versicherer an sich gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 VVG zum Rücktritt berechtigt. In der gängigen Praxis lässt sich der Versicherer hingegen auf eine Nachzahlung der sich aus der Anzahl der mehr gefahrenen Kilometer ergebenden Prämien ein und gewährt dafür Deckungsschutz. Bei der Haftpflichtversicherung ist er dazu sogar verpflichtet, da ansonsten die Obliegenheitsverletzung zulasten des geschädigten Dritten ginge.

noch bei Unversicherbarkeit eines Risikos (objektive Unmöglichkeit) oder wenn der Versicherer bei einer bestimmten Versicherungssparte keine Betriebserlaubnis hat (subjektive Unmöglichkeit) vorliegen. Der Sturmflutfall ist bei Übertragung des Falls in die heutige Zeit, das heißt unter der Annahme, dass kein Versicherer in Deutschland²⁵⁴ heute das Risiko eines Sturmflutschadens versichert²⁵⁵, in die Kategorie der objektiven Unmöglichkeit einzuordnen.

Dann finden § 311a Abs. 1 und Abs. 2 BGB Anwendung: Der Vertrag über eine unmögliche Leistung ist nach § 311a Abs. 1 BGB wirksam; der Versicherungsnehmer kann nach § 311a Abs. 2 BGB nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. In der Regel wird für ihn Schadensersatz statt der Leistung günstiger sein.

bb) Verschulden der Unkenntnis des Leistungshindernisses

Der Versicherer muss die Unkenntnis des Leistungshindernisses nach § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB zu vertreten haben. Es besteht eine gesetzlich angeordnete Beweislastumkehr, so dass der Versicherer sein Nichtverschulden nachweisen muss. Den Versicherer trifft im Standardfall der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung kein Verschulden. Allerdings kann ihm das Verschulden des Agenten gemäß § 278 BGB zugerechnet werden, wenn dieser Erfüllungsgehilfe ist. Erfüllungsgehilfe ist nach ständiger Rechtsprechung, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falls mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit als dessen Hilfsperson tätig wird.²⁵⁶ Der Einordnung als Erfüllungsgehilfe stehen weder § 69 VVG noch § 72 VVG²⁵⁷ entgegen. Im Gegenteil: Wer berechtigt ist, Anträge auf Schließung, Verlängerung oder Änderung eines Vertrags oder den Widerruf solcher Anträge entgegenzunehmen (§ 69 Abs. 1 Nr. 1 VVG), wer berechtigt ist, die während der Versicherung zu machenden Anzeigen, Kündigungserklärungen etc. entgegenzunehmen (§ 69 Abs. 1 Nr. 2 VVG), und wer berechtigt ist, die vom Versicherer ausgefertigten Versicherungsscheine zu übermitteln (§ 69 Abs. 1 Nr. 3 VVG), wird selbst bei Beschränkung seiner Befugnisse gemäß §

²⁵⁴ Einige behaupten, in England hätte das Risiko versichert werden können, so *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 49. Ausführlich zu Problemen in diesem Zusammenhang, insbesondere des 1. Weltkriegs, *Wernink*, Erfüllungshaftung, S. 36 bei und in Fn. 226 f.

²⁵⁵ Vermutlich war damals eine Risikokalkulation nicht möglich.

²⁵⁶ Vgl. BGHZ 13, 111, 113; 50, 32, 35; 62, 119, 124; 98, 330, 334.

²⁵⁷ Ebensowenig standen §§ 43, 47 VVG a. F. entgegen.

72 VVG als Hilfsperson bei der Erfüllung der Verbindlichkeiten des Schuldners anzusehen sein.²⁵⁸

Folglich ist eine Haftung des Versicherers aus § 311a Abs. 2 BGB in den seltenen Fällen der Unversicherbarkeit eines Risikos oder bei fehlender Erlaubnis des Versicherers innerhalb einer bestimmten Versicherungssparte denkbar.

cc) Problem: Inhalt des zustande gekommenen Vertrags

Fraglich ist, ob ein Vertrag mit dem Inhalt der nicht versicherbaren Leistung zustande gekommen ist. Es liegt kein Dissens vor; die ergänzende Vertragsauslegung ergibt, dass beide Parteien den Restvertrag in der Regel aufrechterhalten wollen. Die Vorstellungen des Versicherungsnehmers hingegen finden keinen Eingang in den Vertrag [siehe jeweils oben I.5.a)]. Eine Einbeziehung des unmöglich zu versichernden Risikos liegt somit gerade nicht vor.

§ 311a Abs. 2 BGB findet somit keine Anwendung. Je nach Fallgestaltung sind unter Umständen Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht anwendbar, die einen Vertragsschluss unter Einbeziehung des unmöglich zu versichernden Risikos fingieren und dann eine Anwendung von § 311a Abs. 2 BGB ermöglichen. Die Ablehnung des § 311a Abs. 2 BGB ist nach der unter I.5.a) getroffenen Wertung zwingend. Kommt man bereits an obiger Stelle zu dem Ergebnis, dass der Vertrag nach den Wünschen des Versicherungsnehmers zustande gekommen ist, so ist dieser Vertrag nach § 311a Abs. 1 BGB wirksam und den Versicherer trifft eine Haftung nach § 311a Abs. 2 BGB.

dd) Zwischenergebnis

Eine Erörterung des § 311a BGB ist unter Berücksichtigung der Gegenansicht, nach der ein Vertrag unter Einbeziehung des unversicherbaren Risikos zustande kommen kann, notwendig. Oben gezeigte Konstellationen sind die Fälle tatsächlicher und rechtlicher Unmöglichkeit [siehe aa)].

Im Folgenden soll nunmehr angesichts der Umstrittenheit der Regelung des § 311a BGB eine Erläuterung von Tatbestand und Rechtsfolgen sowie eine dogmatische Einordnung erfolgen [siehe b) bis d)]. Zu erörtern ist auch die Frage des Mitverschuldens, welches zumindest im Beispiel der tatsächlichen Unmöglichkeit im Regelfall erheblich sein wird, wenn der Versicherungsnehmer meinte, ein solches Risiko unproblematisch mit einer

²⁵⁸ Zweifelnd *Wernink*, Erfüllungshaftung, S. 83 f. Zustimmend jedoch *Theda*, VP 1982, S. 56, 58.

gängigen Versicherung abschließen zu können.²⁵⁹ Allerdings ist zu fragen, ob § 254 BGB bei § 311a Abs. 2 BGB sinnvoll Anwendung finden kann [unter e)]. Zuletzt ist zu klären, ob die Anwendung des § 311a Abs. 2 BGB für den Versicherungsnehmer günstiger ist als die Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung [unter f)].

b) Überblick über § 311a BGB

§ 311a BGB stellt im neuen Schuldrecht die Sonderregel für anfängliche Unmöglichkeit und Unvermögen, die jetzt anfängliche objektive und anfängliche subjektive Unmöglichkeit genannt werden, dar.²⁶⁰ Sonderregel soll sie deshalb genannt werden, weil sie schon systematisch außerhalb des Gefüges der §§ 280 ff. BGB steht. Auch wurde sie als letztes geschaffen, als man feststellte, dass § 280 Abs. 1 BGB, der die Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis voraussetzt, nicht anwendbar ist. Mit Einführung des § 311a BGB werden nun beide Fallgruppen gleich behandelt: Ein auf eine anfänglich unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nach § 311a Abs. 1 BGB wirksam. § 311a Abs. 2 BGB enthält einen auf Schadensersatz statt der Leistung gerichteten Anspruch des Gläubigers bzw. einen Anspruch auf Aufwendungsersatz in dem in § 284 BGB bestimmten Umfang. Dies entspricht den §§ (275 Abs. 4,) 280 Abs. 1, 3, 283; 284 BGB.

§ 311a BGB stand von Anfang an in ständiger Kritik.²⁶¹ Hauptkritikpunkte sind für Absatz 1 der Verstoß gegen den römisch-rechtlichen Grundsatz „*Impossibilium nulla obligatio est*“²⁶² und für Absatz 2 der Verstoß gegen Grundregeln der Haftungsdogmatik²⁶³ sowie Unangemessenheit und Willkür.²⁶⁴

²⁵⁹ So auch *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 49.

²⁶⁰ Die §§ 306, 307 BGB a. F. betrafen die anfängliche (objektive) Unmöglichkeit. § 306 BGB a. F. ordnete bei Vorliegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit die Nichtigkeit des Vertrags an. § 307 BGB a. F. gewährte bei Kenntnis oder Kennenmüssen der Unmöglichkeit den auf die Höhe des Erfüllungsinteresses begrenzten Ersatz des Vertrauensinteresses. Für anfängliches Unvermögen (subjektive Unmöglichkeit) galten die §§ 306, 307 BGB a. F. nach herrschender Meinung nicht. Einen Überblick zur Entstehungsgeschichte von § 307 Abs. 1 BGB a. F. gibt *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 49.

²⁶¹ Vgl. nur *Altmeyen*, DB 2001, S. 1399 und *Hans Stoll*, JZ 2001, S. 592, die für die Streichung des § 311a BGB plädieren; *Katzenstein*, JR 2003, S. 447, der sowohl Legitimation als auch Praktikabilität anzweifelt, sowie *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, S. 246, der ebenfalls eine Neufassung vorschlägt und die Haftung aus § 311a Abs. 2 BGB entgegen ihrem Wortlaut im Regelfall auf das negative Interesse beschränken will (S. 365 f.). Sehr kritisch hiergegen *Canaris*, FS Heldrich, S. 11, 36 ff.

²⁶² Celsus, Digesten 50, 17, 185; zitiert nach *Altmeyen*, DB 2001, S. 1399.

c) Tatbestand

aa) § 311a Abs. 1 BGB

Ein Vertrag über eine anfänglich unmögliche Leistung ist nach § 311a Abs. 1 BGB wirksam, obwohl der Schuldner seiner Primärleistungspflicht nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht nachzukommen braucht. § 311a Abs. 1 BGB legt somit das Gegenteil von § 306 BGB a. F. fest.²⁶⁵ Eine Streichung des § 306 BGB a. F. als Zeichen der Abkehr erschien der Kommission nicht genug; die Rechtslage sollte im Gegensatz zum alten Recht²⁶⁶ ausdrücklich aus dem Gesetz hervorgehen.²⁶⁷ Man kann wohl fragen, welchen Sinn es macht, den Vertrag zwar nach § 311a Abs. 1 BGB wirksam sein zu lassen, aber gleichzeitig unter Verweis auf § 275 Abs. 1 bis 3 BGB den Anspruch des Gläubigers auf Leistung auszuschließen. Zugespitzt formuliert kann man fragen, welchen Nutzen der Gläubiger von einem Anspruch hat, der nicht erfüllt werden muss.

Einziger Nutzen kann der Anspruch auf Schadensersatz *statt der Leistung* aus dem wirksamen Vertrag sein. § 311a Abs. 1 BGB lässt einen wirksamen Vertrag ohne Primärleistungspflicht entstehen, der Grundlage für einen Surrogationsanspruch nach § 285 BGB und insbesondere für Ersatzansprüche nach § 311a Abs. 2 BGB ist.²⁶⁸

²⁶³ *Altmeyden*, DB 2001, S. 1399, 1400.

²⁶⁴ *Katzenstein*, JR 2003, S. 447, 452. Zur Kritik speziell an § 284 BGB, auf den § 311a Abs. 2 BGB verweist, der für die weitere Untersuchung jedoch keine Rolle spielt, siehe *Altmeyden*, DB 2001, S.1399, 1402 ff.

²⁶⁵ Hinter § 306 BGB a. F. stand der Gedanke, dass ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag von vornherein zweck-, sinn- und gegenstandslos ist; näheres bei *Larenz*, Schuldrecht I, § 8 I.

²⁶⁶ §§ 306, 307 BGB a. F. regelten nur die anfängliche Unmöglichkeit, das anfängliche Unvermögen nicht; näheres bei Palandt-*Heinrichs*, 61. Aufl., § 275 Rn. 13 ff.

²⁶⁷ So *Canaris*, JZ 2001, S. 499, 505 sowie *ders.*, FS Heldrich, S. 11.

²⁶⁸ Vgl. schon früh *Canaris*, JZ 1965, S. 475; heute *ders.*, JZ 2001, S. 499, 505 und 506. § 311a Abs. 1 KF (sogenannte „Konsolidierte Fassung“, die der jetzigen Fassung des BGB entspricht) habe „lediglich klarstellenden Charakter“; die Formulierung der Bestimmung sei „bewusst an Art 4:102 European Principles“ angelehnt (S. 505). „§ 311a Abs. 1 KF steht nicht etwa in Widerspruch zu § 275 KF. (...) (§ 311a Abs. 1 KF) bedeutet lediglich, dass hier ein Vertrag ohne primäre Leistungspflicht entsteht“ (S. 506). Auf S. 506 geht *Canaris*´ Deutung über den bloß klarstellenden Charakter hinaus; er liest aus dem Zusammenhang zwischen § 311a Abs. 1 KF und § 275 KF die Qualität des wirksamen Vertrags. *Katzenstein*, JR 2003, S. 447, 451 hält diese Aussage für eine „glatte petitio principii“, siehe unter § 2II.2.c)bb)d).

Bereits *Rudolf v. Jhering* erkannte die Aufrechterhaltung des Vertrags trotz Erlöschen der Primärleistungspflicht an, vgl. *Rudolf v. Jhering*, Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfection ge-

bb) § 311a Abs. 2 BGB

§ 311a Abs. 2 BGB ist eigenständige Anspruchsgrundlage und kein bloßer Unterfall eines allgemeinen Tatbestands der Pflichtverletzung.²⁶⁹ Der Tatbestand des § 311a Abs. 2 BGB ist gegeben, wenn anfängliche objektive oder subjektive Unmöglichkeit vorliegt.

Die Frage, ob Unmöglichkeit vorliegt, richtet sich gemäß der Verweisung in § 311a Abs. 1 BGB nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB. Hierbei erfasst § 275 Abs. 1 BGB die „echte“ („wirkliche“) Unmöglichkeit, also wenn die Leistung tatsächlich oder rechtlich dauerhaft nicht erbracht werden kann. § 275 Abs. 2 regelt die sogenannte tatsächliche („praktische“) Unmöglichkeit und Absatz 3 findet auf Fälle der persönlichen Unzumutbarkeit Anwendung.²⁷⁰ Die wohl immer noch strittigsten Fälle finden sich bei der tatsächlichen Unmöglichkeit. Sie umfasst wie auch schon § 275 BGB a. F.²⁷¹ hauptsächlich Fälle, in denen der Leistung Hindernisse entgegenstehen, deren Überwindung nach allgemeiner Lebenserfahrung schlechterdings nicht erwartet²⁷² werden kann. Schulbeispiele²⁷³ sind hier der Fall des Rings auf dem Seegrund, in dem die Leistung nur erbracht werden kann, wenn vorher der See leer gepumpt wird, oder der Fall der Münzsammlung unter dem Fundament eines Hauses, in dem einer Leistung der Abriss des Hauses vorangehen müsste. Alleini- ger Bezugspunkt für die Frage, ob eine Leistung schlechterdings nicht erwartet werden

langten Verträgen, IherJb 4, 1861, S. 1, 32: „der Abschluß eines Contracts erzeugt nicht bloß eine Verpflichtung auf Erfüllung, sondern, wenn diese Wirkung wegen eines rechtlichen Hindernisses ausgeschlossen ist, unter Umständen eine Verpflichtung zum Schadensersatz; der Ausdruck ‚Nichtigkeit‘ des Contracts bezeichnet nach römischer und heutiger Sprachweise nur die Abwesenheit jener Wirkung, nicht die aller Wirkungen überhaupt“.

²⁶⁹ Vgl. *Canaris*, JZ 2001, S. 499, 507 mit Verweis auf die abweichende Regelung des Diskussionsentwurfs.

²⁷⁰ Diese feine Aufschlüsselung ist das Ergebnis jahrzehntelanger Diskussionen zu § 275 BGB a. F. Bei wirtschaftlicher Unmöglichkeit soll nach dem Willen des Gesetzgebers nun § 313 BGB angewendet werden, vgl. BT-Drs.14/6040, S. 130, linke Spalte.

²⁷¹ Umfassende Darstellung bzw. Einordnung der (Problem-)Fälle des alten Schuldrechts in das neue Schuldrecht bei *Fehre*, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit, S. 58 ff.

²⁷² Natürlich kann es gerade Vertragsgegenstand sein, solche Hindernisse zu überwinden; dann liegt jedoch regelmäßig ein Garantieverprechen vor, vgl. *Staudinger-Löwisch*, 13. Aufl., § 306 Rn. 20.

²⁷³ Beispiele nach *Emmerich*, Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., § 2 III 5, S. 24; und *ders.*, Leistungsstörungen, 6. Aufl., § 3 III 3 b), S. 35 und noch *Medicus*, Schuldrecht I, 16. Aufl. § 33 II 2, Rn. 368 f. Auch *Larenz*, Schuldrecht I, § 8 I ordnet diese Fälle der objektiven Unmöglichkeit zu und stellt auf die wirtschaftliche Unsinnigkeit für jedermann ab.

und vom Schuldner nach § 275 Abs. 2 BGB verweigert werden kann, ist nunmehr das Leistungsinteresse des Gläubigers.²⁷⁴

An welches Verhalten § 311a Abs. 2 BGB den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung knüpft, ist dogmatisch unklar.²⁷⁵ So ist ebenfalls unklar, wann das fehlerhafte Verhalten nach § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB vom Schuldner zu vertreten ist. Erst mit Klärung des haftungsbegründenden Verhaltens kann festgestellt werden, ob die Rechtsfolge dogmatisch in das System des Schadensrechts passt oder ob es sich um eine zu rechtfertigende Ausnahme handelt. Auch für den Vergleich mit der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung, bei der die Pflichtverletzung die Verletzung einer Aufklärungspflicht ist, muss diese Frage geklärt werden.

Als haftungsbegründendes Verhalten kommen drei Möglichkeiten²⁷⁶ in Betracht, nämlich die Verletzung vorvertraglicher Pflichten [a]), die Herbeiführung der Unmöglichkeit [b]) oder die Nichterfüllung des Leistungsversprechens [c]). Andere sehen in § 311a Abs. 2 BGB eine dem Schuldner kraft Gesetz auferlegte Garantie [d]).

α) Verletzung vorvertraglicher Pflichten

Sieht man die Verletzung vorvertraglicher Pflichten als haftungsbegründendes Verhalten, so stellt § 311a Abs. 2 BGB einen neben § 311 Abs. 2, 3, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB gesetzlich geregelten Fall der c.i.c. dar. Der Schuldner muss sich demnach vor Vertragsschluss vergewissern, ob er oder überhaupt jemand die Leistung erbringen kann. Stellt er fest, dass ihm oder jedem die Leistung unmöglich ist, so hat er seinen potenziellen Vertragspartner darüber zu informieren.

Einige vertreten, dass der Schuldner sich vor Vertragsschluss nur seiner Leistungsfähigkeit vergewissern müsse; eine Pflicht zur Information des potenziellen Gläubigers im Falle der Unmöglichkeit lehnen sie hingegen ab.²⁷⁷ Es macht jedoch nur Sinn, die Pflicht, sich seiner Leistungsfähigkeit zu vergewissern, zusammen mit der Pflicht zur Schuldnerinformation im Falle der Unmöglichkeit zu sehen; Eigen- und Fremdinformation gehen in diesem Fall Hand in Hand. Eine rein reflexive Pflicht macht keinen Sinn; sie muss bei der Zweierbeziehung, die das relative Schuldverhältnis bietet, erweitert werden. Speziell im

²⁷⁴ Vgl. *Canaris*, ZRP 2001, S. 329, 330.

²⁷⁵ Vgl. ausführlich hierzu *Sutschet*, Garantiehafung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, S. 251 ff. und bereits 2002 *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, § 4 V 7, S. 122.

²⁷⁶ Nach *Katzenstein*, JR 2003, S. 447, 448 f.

²⁷⁷ Vgl. HK BGB-Schulze, 5. Aufl., § 311a Rn. 2.

Fall der Unmöglichkeit erweitert sie sich sogar automatisch, da sich der potenzielle Schuldner nicht auf einen Vertragsschluss einlassen wollen wird, wenn die Leistung unmöglich ist. Dies wird der potenzielle Schuldner dem Gläubiger auch mitteilen. Für eine Verschmelzung beider Aspekte spricht auch, dass bei der schuldhaften Verletzung einer Pflicht zur Vergewisserung über die eigene Leistungsfähigkeit nur ein Verschulden gegen sich selbst vorliegt, das nicht zu einem Schadensersatzanspruch eines anderen führen kann.

Für diese Sicht sprechen ebenso Wortlaut und Systematik. § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB knüpft nach dem Wortlaut das Verschulden an die (Un-)Kenntnis des Leistungshindernisses und das Vertretenmüssen dieser Unkenntnis an. Systematisch steht § 311a Abs. 2 BGB auch in der Nähe und als spezieller Fall des Verschuldens bei Vertragsschluss hinter dem (Grund-)Tatbestand der c.i.c. in § 311 Abs. 2 BGB.

Katzenstein hingegen sieht § 311a Abs. 2 nicht als vorvertragliche Haftung. Rechtsfolge der c.i.c. sei *grundsätzlich* der Ersatz des Vertrauensschadens. Die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht führe bei § 311a Abs. 2 BGB zum Ersatz des Erfüllungsschadens, somit könne es sich nicht um eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen handeln. Er stellt sich bewusst²⁷⁸ gegen den ausdrücklichen Willen bzw. die Vorstellungen²⁷⁹ des Gesetzgebers, der „die dem Schuldner vorzuwerfende Pflichtverletzung“ darin sieht, „dass der Schuldner die Leistungspflicht übernimmt, obwohl er weiß oder wissen muss, dass er sie nicht erfüllen kann.“²⁸⁰ *Katzenstein* übersieht im Übrigen, dass sich die Rechtsfolgen der c.i.c. mangels anderer gesetzlicher Regelung nach den §§ 249 ff. BGB richten.²⁸¹ Damit ist festgelegt, dass der Schuldner den (Vertrags-)Zustand herstellen muss, der bestünde, wenn er den Gläubiger ordnungsgemäß aufgeklärt hätte.²⁸² Dies führt oft zum Ersatz des Vertrauensschadens, da bei ordnungsgemäßer Aufklärung höchstwahrscheinlich der Vertrag so nicht zustande gekommen wäre. Ein schadensrechtliches Dogma, dass jeder Fall der c.i.c. zum Ersatz des Vertrauensschadens führt, kann aber aus dieser Regelmäßigkeit nicht gewonnen werden und wird auch von der herr-

²⁷⁸ Er verweist in Fn. 24 sogar auf die Gesetzgebungsmaterialien.

²⁷⁹ Vgl. die Gesetzgebungsmaterialien: BT-Drs. 14/6040, S. 165 und BT-Drs. 14/7052, S. 190.

²⁸⁰ BT-Drs. 14/7052, S. 190.

²⁸¹ Vgl. nur *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 51. Für die alte Rechtslage MünchKomm-*Emmerich*, 4. Aufl. 2001, Vor § 275 Rn. 182 ff. sowie unten § 2II.3.d).

²⁸² Welcher Zustand dann besteht, hängt von den konkreten Umständen ab. Vgl. dazu § 2II.3.d)dd).

schenden Meinung und insbesondere der Rechtsprechung nicht gewonnen.²⁸³ Bei anfänglicher Unmöglichkeit ist es hingegen nicht nur wahrscheinlich, sondern ausgeschlossen, dass der Vertrag bei Aufklärung so, wie er geschlossen wurde, zustande gekommen wäre. Kein Gläubiger wird sich in Kenntnis der Unmöglichkeit auf einen Vertragsschluss mit dem Inhalt einer unmöglichen Leistungserbringung einlassen.²⁸⁴ Somit hat *Katzenstein* konkret bei der Fallgruppe der anfänglichen Unmöglichkeit Recht; die Verallgemeinerung auf alle Fälle der c.i.c. ist jedoch unrichtig.

Dogmatisch gesehen fehlt es für den Ersatz des Erfüllungsschadens bei Verletzung der vorvertraglichen Pflicht zur Aufklärung über die Unmöglichkeit am Pflichtwidrigkeitszusammenhang.²⁸⁵ Ohne die Pflichtverletzung wäre ein Vertrag nicht zustande gekommen, weil der Gläubiger sich nicht auf den Vertragsschluss eingelassen hätte. Nach *Fehre* ließe sich dieses schadensdogmatische Manko durch die „Annahme einer Garantiehaftung verhindern.“²⁸⁶ Allerdings habe der Gesetzgeber in § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB ein Verschulden normiert. Er habe durch den Verweis auf § 276 BGB nur eine „Möglichkeit der Annahme einer Garantiehaftung eröffnet (...), diese Annahme (soll) jedoch nicht zwingend sein.“²⁸⁷ Letztlich sei in § 311a Abs. 2 BGB eine hinzunehmende Abkehr von bisherigen dogmatischen Grundregeln zugunsten der Gleichstellung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit zu sehen.²⁸⁸ Haftungsbegründender Umstand und Anknüpfungspunkt für das Vertretenmüssen würden deswegen getrennt.

²⁸³ Sehr deutlich zur alten Rechtslage MünchKomm-*Emmerich*, 4. Aufl. 2001, Vor § 275 Rn. 182 ff.

²⁸⁴ So auch *Fehre*, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit, S. 140, die davon ausgeht, dass bei „ordnungsgemäßem Verhalten des Schuldners der Vertrag nicht geschlossen worden wäre“. *Katzenstein*, JR 2003, S. 447, 448 nimmt dies ebenfalls an. Denkbar ist der Fall, dass beide Parteien in Kenntnis einer potenziellen Unmöglichkeit den Vertrag schließen. Zur Lösung dieser Fallkonstellation vgl. BAG NJW 1974, S. 1784 in Fn. 266. Diese soll hier nicht einbezogen werden, da sie nicht der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung unterfällt.

²⁸⁵ Nach *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 110 mangelt es am Kausalzusammenhang zwischen „Schutzpflichtverletzung“ und dem vom Gesetz geforderten Schadensersatz“.

²⁸⁶ *Fehre*, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit, S. 140.

²⁸⁷ *Fehre*, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit, S. 141.

²⁸⁸ Anderer Ansicht ist *Canaris*, FS Heldrich, S. 11, 27 ff.: „dogmatische Unbedenklichkeit“ (S. 31).

β) Herbeiführung der Unmöglichkeit

Eine früher für das alte Recht vertretene Auffassung²⁸⁹ sieht die Herbeiführung der Unmöglichkeit als Pflichtverletzung. Diese nur für die Problematik des anfänglichen Unvermögens vertretene Auffassung ist nicht haltbar. Solange eine Sache rechtlich noch nicht einem anderen zugeordnet ist – und eine Zurechnung inter partes erfolgt durch Abschluss eines Austauschvertrags, darf derjenige, dem die Sache noch zugeordnet ist, mit dieser tun und lassen, was er will. Er darf sie sogar als Teil der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG vorsätzlich zerstören.²⁹⁰ Der Schuldner könnte zwar eine Garantie dafür übernommen haben, dass er selbst die Leistungserbringung vor Vertragsschluss nicht unmöglich gemacht hat.²⁹¹ Darauf ist § 311a Abs. 2 BGB seinem Wortlaut nach jedoch nicht gerichtet, da dieser für das Verschulden auf die Kenntnis des Leistungshindernisses bzw. die zu vertretende Unkenntnis abstellt. Auch soll nach dem Willen des Gesetzgebers im neuen Schuldrecht die Garantiehafung durch das sich durch „höhere rechtsethische Überzeugungskraft“²⁹² auszeichnende Verschuldensprinzip ersetzt werden, so dass eine Auslegung des § 311a Abs. 2 BGB als Garantiehafung sich schon deshalb verbietet.

χ) Nichterfüllung des Leistungsversprechens

Es wird auch vertreten, Pflichtverletzung bei § 311a Abs. 2 BGB sei die Nichterfüllung des Leistungsversprechens. Anknüpfungspunkt für das Verschulden sei aber nicht die Herbeiführung der Unmöglichkeit, sondern der Abschluss eines nicht erfüllbaren Vertrags.²⁹³ Schadensdogmatisch führt die Nichterfüllung des Leistungsversprechens zur Haftung auf das Erfüllungsinteresse; denkt man sich nämlich das schadensstiftende Ereignis der Nichterfüllung des Leistungsversprechens hinweg, so liegt Erfüllung vor.

²⁸⁹ Darauf Bezug nehmend *Gudian*, NJW 1971, S. 1239, 1241.

²⁹⁰ Ebenso argumentiert *Katzenstein*, JR 2003, S. 447, 448.

²⁹¹ Dies vertrat die herrschende Meinung für anfängliches Unvermögen im alten Schuldrecht, vgl. Palandt-*Heinrichs*, 61. Auflage, § 306 Rn. 9. Siehe auch *Fehre* bei und in Fn. 286.

²⁹² Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 165 re. Spalte. Ausführlich hierzu *Canaris*, FS. Heldrich, S. 11, 21 ff.

²⁹³ Vgl. *Canaris* in: Schulze/Schulte-Nölke, Schuldrechtsreform, S. 43, 58 f. sowie *ders.*, FS Heldrich, S. 11, 12, 23 ff. mit Blick auf die Gesetzesbegründung; *Faust* in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002 Rn. 7/12; *Fehre*, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit, S. 139 ff., insbesondere S. 142 und *St. Lorenz*, NJW 2002, S. 2497, 2500.

Bei „Nichterfüllung des Leistungsversprechens“ und bei „Verletzung der Leistungspflicht“ hat der Schuldner etwas getan oder unterlassen, was letztlich zur Nichtleistung führte. Beide Ausdrücke meinen dasselbe.²⁹⁴ Eine Leistungspflicht existiert im Fall von Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB nicht, der Anspruch des Gläubigers auf Leistung ist in der Terminologie des Gesetzes „ausgeschlossen“, so dass der Schuldner seiner Primärleistungspflicht nicht nachkommen müsse. Ist der Anspruch der Gläubigers aber *gesetzlich* ausgeschlossen, so darf ihm die Nichterfüllung der Primärleistungspflicht an anderer Stelle nicht zum Nachteil gereichen. Also darf sie ihm auch nicht als Pflichtverletzung bei § 311a Abs. 2 BGB angelastet werden. Die Grenzen des Leistungsversprechens entsprechen den Grenzen der Pflichten des Schuldners.²⁹⁵ Die Nichterfüllung des Leistungsversprechens kann folglich ebenso wenig wie die Verletzung der Leistungspflicht Pflichtverletzung bei § 311a Abs. 2 BGB sein. Eine Haftung für den zufälligen Untergang der zu leistenden Sache kennt das BGB nur unter besonderen Umständen im Rahmen einer Haftungsverschärfung wie zum Beispiel einer Garantie oder im Schuldnerverzug (§ 287 Satz 2 BGB).

Die Trennung von haftungsbegründendem Umstand und dem Anknüpfungspunkt für das Vertretenmüssen verstößt auch gegen Grundsätze der Verschuldenshaftung,²⁹⁶ die für anfängliche Unmöglichkeit gerade durch Einführung des § 311a BGB installiert werden sollte.²⁹⁷

Diese Ansicht ist wegen Widerspruchs zu § 275 BGB abzulehnen, auch wenn man die Trennung von haftungsbegründendem Umstand und Anknüpfungspunkt für den Verschuldensvorwurf als hinzunehmende Abkehr von dogmatischen Grundsätzen zugunsten der Vereinheitlichung sehen kann.²⁹⁸

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die aufgezeigten Lösungen für die Frage der Pflichtverletzung widersprüchlich sind. Probleme schaffen der Begriff der Pflichtverletzung bzw. der Inhalt der Pflicht bei § 311a Abs. 2 BGB und der Anknüpfungspunkt für das

²⁹⁴ Diesen Ansatz verfolgt auch *Katzenstein*, JR 2003, S. 447, 449.

²⁹⁵ Vgl. *Katzenstein*, JR 2003, S. 447, 449. Anders sehen dies *Faust* in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Rn. 7/12 und *Canaris* in: Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 43, 58 f.

²⁹⁶ Vgl. nur *Deutsch*, Festschrift für Medicus, S. 77, 85. Speziell für § 311a Abs. 2 BGB vgl. *Altmeppen*, DB 2001, S. 1399, 1400 und *ders.*, DB 2001, S. 1821, 1823.

²⁹⁷ Siehe bei und in Fn. 292.

²⁹⁸ So *Fehre*, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit, S. 141, 144.

Verschulden in § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB, für das kein im Einklang mit der Rechtsfolge stehender Bezug gefunden werden kann.

δ) § 311a Abs. 2 BGB als Garantiehftung

Insbesondere *Katzenstein* ordnet § 311a Abs. 2 BGB als eine dem Schuldner kraft Gesetzes auferlegte Garantiehftung mit der Bedingung vorvertraglicher Schuld ein.²⁹⁹

Er lehnt eine Einordnung als Schadensersatzanspruch ab. Da der Gläubiger aufgrund § 275 BGB keinen Anspruch auf Leistungserbringung habe, fehle es an einer Pflicht des Schuldners, die Leistung zu erbringen. Ohne einen Anspruch könne es aber auch keine Nichterfüllung desselben geben; ebenso wenig könne es unter dieser Voraussetzung eine Verletzung eines Anspruchs auf Leistungserbringung geben. Auch § 311a Abs. 1 BGB helfe nicht weiter, sondern lege nur in Abkehr von § 306 BGB a. F. die Wirksamkeit des Vertrags fest. Dass § 311a Abs. 1 BGB einen wirksamen Vertrag ohne Primärleistungspflicht, dafür aber mit Sekundärpflichten, die auf den Ersatz des Erfüllungsschadens gerichtet sind, festlege,³⁰⁰ hält *Katzenstein* für eine *petitio principii*. § 311a Abs. 2 BGB sei eine „rechtszuweisende Norm mit strafähnlichem Charakter“³⁰¹.

Häublein sieht in der Annahme einer Garantiehftung hingegen weder einen Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers noch einen dogmatischen Widerspruch. Haftungsgrund sei eine „mit dem Leistungsversprechen verknüpfte Garantie“. Die gesetzliche Garantie erfasse allerdings nicht „Fälle, in denen die Unmöglichkeit auf einem Umstand beruht, den der Verkäufer nicht kennen konnte“³⁰².

²⁹⁹ Auch *Altmeppen*, DB 2001, S. 1821, 1823 und *Ehmann*, FS Canaris, Band 1, S. 165, 199 f. (Garantiehftungstatbestand „mit Entlastungsgründen“, S. 200), bereits angedeutet auf S. 173, sowie *Harke*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, S. 29, 56 und *Sutschet*, Garantiehftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, S. 258 ff. mit Ergebnis auf S. 264, sowie wohl auch *Häublein*, NJW 2003, S. 388, 392 sehen dies so.

³⁰⁰ Vgl. Fn. 268

³⁰¹ *Katzenstein*, JR 2003, S. 447, 450. Sie sei nicht zu legitimieren, da nun Unachtsamkeit und betrügerisches Verhalten gleichgestellt werden. Auch behandle sie sachlich Verschiedenes willkürlich gleich, da die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen der Unmöglichkeit mit dem schuldhaften Vereiteln der Möglichkeit zur Leistungserbringung gleichgestellt werde. Bei ersterem habe der Gläubiger schließlich keine Rechtsposition, da ein Anspruch auf Leistungserbringung nach § 275 BGB nicht bestehe; so *Katzenstein*, JR 2003, S. 447, 452.

³⁰² Beide Zitate von *Häublein*, NJW 2003, S. 388, 392.

ε) **Stellungnahme**

Zutreffend vorsichtig wird zum Teil formuliert, das vorzuwerfende Verhalten bestehe *vor allem* darin, dass der Schuldner eine Leistungspflicht übernehme, obwohl er wisse oder zumindest wissen müsse, sie nicht erfüllen zu können.³⁰³ Nach Wortlaut und Systematik ist es einleuchtend, § 311a Abs. 2 BGB als Form der vorvertraglichen Haftung speziell bezogen auf die unterlassene Eigen- und Fremdinformation einzuordnen. Die dogmatischen Kritikpunkte, insbesondere der fehlende Pflichtwidrigkeitszusammenhang, sind zwar nicht auszuräumen, allerdings ist es dem Gesetzgeber unbenommen, aus rechtspolitischen Gründen Ausnahmen von einer Grundregel zu schaffen.³⁰⁴ Die Gleichstellung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit ist seit Jahrzehnten Steckenpferd vieler Schuldrechtsexperten und wurde vor der Reform auch von vielen vertreten.³⁰⁵ Deren nachvollziehbarer Argumentation ist der Gesetzgeber nunmehr gefolgt und hat eine systemwidrige Ausnahme geschaffen.

Auch historisch spricht viel für diese Auslegung, auch wenn das Verschulden bei Vertragsverhandlungen bei *v. Jhering*, der die Fallgestaltung des Verkaufens einer nicht existierenden Sache als „*Culpa in contrahendo* bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen“ verstand, damals noch andere Formen als die „heutige“ c.i.c. hatte.³⁰⁶ Dass die Einordnung des § 311a Abs. 2 BGB als vorvertragliche Haftung zumindest der richtige Ansatz ist, zeigt die Heranziehung des § 122 BGB (analog)³⁰⁷ in Fällen, in denen § 311a Abs. 2 BGB mangels Verschulden nicht eingreift. Die Fallgestaltung des heutigen § 122 BGB stellte nach *v. Jhering* auch einen der typischen Fälle des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen dar.³⁰⁸

³⁰³ Vgl. HK BGB-Schulze, 5. Aufl., § 311a Rn. 2.

³⁰⁴ So auch *Canaris*, FS Heldrich, S. 11, 12, 23: „Es ist eigentlich nicht Aufgabe des Gesetzgebers, die dogmatische Qualifikation einer von ihm geschaffenen Neuregelung selbst zu thematisieren. Vielmehr kann er sich darauf beschränken, die von ihm als sachgerecht angesehene Regelung zu statuieren (...)“.

³⁰⁵ Nachweise und Näheres zu §§ 306, 307 BGB a. F. in Fn. 266. Vgl. außerdem *Emmerich*, Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., § 3 IV 2 c), S. 33 und *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 29 II 2, S. 133 f. sowie rekapitulierend *Canaris*, FS Heldrich, S. 11, 15 ff., insbesondere S. 19, 21.

³⁰⁶ Siehe ausführlich unter § 2II.3.a).

³⁰⁷ Vgl. hauptsächlich *Canaris*, JZ 2001, S. 499, 507 f. und noch HK BGB-Schulze, 5. Aufl., § 311a Rn. 9, anderer Ansicht sind MünchKomm-Kramer, 5. Aufl. 2006, § 122 Rn. 5 sowie MünchKomm-Ernst, 5. Aufl. 2007, § 311a Rn. 41 und Palandt-Grüneberg, 68. Aufl., § 311a Rn. 15 mit weiteren Nachweisen.

³⁰⁸ Siehe bei und in Fn. 323.

§ 311a Abs. 2 BGB ist somit eine Haftungsnorm für vorvertragliches Verschulden, die ausnahmsweise Ersatz des positiven Interesses anordnet.³⁰⁹

d) Rechtsfolge des § 311a Abs. 2 BGB

Auch die Rechtsfolge des § 311a Abs. 2 BGB wird zum Teil scharf kritisiert: Die einen preisen § 311a Abs. 2 BGB als „Abhilfe in jeder Richtung“³¹⁰, andere sprechen von einem „eklatanten Verstoß gegen Grundsätze der Schadensdogmatik“³¹¹. Hierzu ist bereits bei Erörterung des Tatbestands alles gesagt worden, da die Kritik mit den Einordnungen der Pflichtverletzung und des haftungsbegründenden Umstands zusammenhängt.

§ 311a Abs. 2 BGB ordnet als Rechtsfolge eine Wahlmöglichkeit zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Ersatz von Aufwendungen im Umfang von § 284 BGB an. Somit sieht § 311a Abs. 2 BGB in Fällen der Unversicherbarkeit eines Risikos vor, den Versicherten so zu stellen, als ob das unversicherbare Risiko versicherbar gewesen wäre und er sich für den Eintritt dieses Risikos versichert hätte. Der Dauerschuldcharakter des Versicherungsvertrags³¹² führt dazu, dass der Vertrag dann so lange weitergeführt wird, bis eine Seite den Vertrag kündigt bzw. kündigen kann. Wirtschaftlich gesehen stellt dies eine Vertragsanpassung wie bei der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung dar.

e) Mitverschulden gemäß § 254 BGB und Vorteilsanrechnung

Die Anwendung von § 254 BGB ist bei § 311a Abs. 2 BGB grundsätzlich unstrittig. Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB ist bei objektiver Unmöglichkeit nicht möglich, § 251 Abs. 1 Var. 1 BGB findet Anwendung. Auch bei subjektiver Unmöglichkeit wäre es widersprüchlich, dem Schuldner zunächst die Einrede des § 275 Abs. 2 BGB gegen den Primäranspruch zuzubilligen, ihm dann aber im Rahmen der Naturalrestitution bei einem Schadensersatzanspruch aufzuerlegen, mehr für die Beschaffung des Gutes zu bezahlen, als § 275 Abs. 2 BGB ihm auferlegt.³¹³ Auch hier findet 251 Abs. 1 Var. 1 BGB Anwendung. Somit kann bei Berechnung der Geldentschädigung ein Mitverschulden nach §

³⁰⁹ Bereits den Entwurf kritisierend *Altmeyden*, DB 2001, S. 1399, 1400 und *Knütel*, NJW 2001, S. 2519, 2520, die beide nur den Ersatz des negativen Interesses gewähren wollen.

³¹⁰ *Canaris*, ZRP 2001, S. 329, 331.

³¹¹ *Altmeyden*, DB 2001, S. 1399, 1400.

³¹² Siehe nur BGH NJW 1991, S. 1828, 1829; HK *BGB-Schulze*, 5. Aufl., § 314 Rn. 3 und MünchKomm-Roth, 5. Aufl. 2007, § 314 Rn. 6 mit weiteren Nachweisen: „eigentliches Dauerschuldverhältnis“.

³¹³ So ohne Begründung auch Palandt-*Heinrichs*, 68. Aufl., § 251 Rn. 3.

254 BGB leicht berücksichtigt werden. Auch eine Vorteilsanrechnung zum Beispiel zur Kompensation ersparter Versicherungsprämien ist denkbar.³¹⁴

f) Günstigkeit der Lösung über § 311a Abs. 2 BGB

Offen ist noch die Frage, ob für den Versicherungsnehmer die Anwendung des § 311a Abs. 2 BGB oder die der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung günstiger ist, da wirtschaftlich kein Unterschied besteht. Für den Vergleich kann an der Beweislastverteilung und der Anwendung des § 254 BGB angeknüpft werden.

aa) Beweislast

Wie bereits oben [I.7.a)] gesagt, gilt die Rosenbergsche Formel; somit muss bei der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung der Versicherungsnehmer die Pflichtverletzung sowie den Inhalt seines Antrags samt mündlicher Zusätze darlegen und beweisen. Bei § 311a Abs. 2 BGB hat der Versicherungsnehmer den Abschluss des Versicherungsvertrags, das Vorliegen der Unmöglichkeit sowie die Pflichtverletzung, die in der Verletzung der Pflicht zur Eigen- und Fremdinformation liegt, darzulegen und zu beweisen. Das Verschulden des Versicherers wird nach § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB vermutet.

Darlegung und Beweis der Unmöglichkeit sind für den Versicherungsnehmer in der Regel kein Problem, da der Versicherer für den Primäranspruch die Einrede des § 275 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB erheben oder das Gericht § 275 Abs. 1 BGB als Einwendung von Amts wegen berücksichtigen wird. In der Regel hat sich der Versicherer dann vor Vertragsschluss nicht ordnungsgemäß informiert, ob er leisten kann und es zudem unterlassen, seinen Versicherungsnehmer über die Unmöglichkeit der Leistung zu informieren. Der Versicherer hat geringe Chancen darzulegen, er habe sich „zwei Minuten vor Vertragsschluss“ vergewissert, ob er leisten könne, und er habe auch für die folgenden Minuten vorgesorgt. Die Darlegung der Pflichtverletzung des Schuldners geht folglich mit der Darlegung der anfänglichen Unmöglichkeit einher.

Problematischer sind Darlegung und Beweis des Vertragsschlusses unter Einbeziehung des unmöglich zu versichernden Risikos, da sich der Versicherer auf die fehlende Abschlussvollmacht des Versicherungsagenten berufen wird und die ergänzende Vertragsauslegung nur die Erhaltung des Restvertrags ergibt [siehe oben I.5.a)bb)]. Allein die

³¹⁴ Näheres nach ausführlichen Schutzzweckerwägungen unter § 2II.3.e) und § 2II.3.f)bb).

spezielle Konstruktion der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung „überwindet“ die fehlende Abschlussvollmacht und den fehlenden „Mund“ des Versicherungsagenten. Somit ist die Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung für den Versicherungsnehmer günstiger als die Anwendung von § 311a Abs. 2 BGB.

bb) Anwendung des § 254 BGB

Im Rahmen von § 311a Abs. 2 BGB wird auch ein geringes Mitverschulden des Versicherungsnehmers berücksichtigt; bei der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung hingegen erst ein erhebliches Verschulden. Allerdings hat ein erhebliches Eigenverschulden des Versicherungsnehmers dann auch größere Wirkung, nämlich die des Entfallens des Anspruchs.

Ob das „Alles oder Nichts“ bei der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung oder die stetige Berücksichtigung geringen Mitverschuldens, aber auch das seltene Entfallen der gesamten Haftung für den Versicherungsnehmer günstiger ist, kann nur am Einzelfall entschieden werden. Einer generellen Bewertung ist diese Frage nicht zugänglich. Gegen das Alles-oder-Nichts-Prinzip können die üblichen Einwände erhoben werden;³¹⁵ insbesondere schmälern teils harte und als ungerecht empfundene Ergebnisse die Akzeptanz dieses vor allem im Versicherungsrecht verbreiteten und oft kritisierten Prinzips. Dies sagt aber nichts über die Günstigkeit oder Ungünstigkeit für den Versicherungsnehmer im Allgemeinen aus. Auch aus der zunehmenden Ablehnung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung in den Urteilen der letzten Jahre³¹⁶ kann keine generelle Aussage zugunsten oder gegen deren Anwendung getroffen werden.³¹⁷

³¹⁵ Ausführlich zum Alles-Oder-Nichts-Prinzip *Armbrüster*, Das Alles-oder-nichts-Prinzip im Privatversicherungsrecht, S. 12 ff. und *Neumann*, Abkehr vom Alles-oder-Nichts-Prinzip, S. 48 ff. Das Alles-oder-Nichts-Prinzip wurde im neuen VVG aufgegeben, vgl. den Nachweis in Fn. 59.

³¹⁶ Vgl. die Nachweise in Fn. 46, in denen zumeist die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung entweder schon nicht einschlägig ist oder sie aufgrund erheblichen Eigenverschuldens des Versicherungsnehmers entfällt.

³¹⁷ Die Frage der Günstigkeit einer Vorteilsanrechnung im Rahmen der c.i.c. wird unter § 2II.3.f)bb) beantwortet; das dort gefundene Ergebnis – regelmäßige Nichtanrechnung ersparter Prämien – ist zu § 311a Abs. 2 BGB parallel zu sehen.

cc) Zwischenergebnis

Im Vergleich zwischen versicherungsrechtlicher Erfüllungshaftung und einer Anwendung von § 311a Abs. 2 BGB ist die Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung für den Versicherungsnehmer deutlich günstiger: § 311a Abs. 2 BGB hilft nicht über die fehlende Abschlussvollmacht des Versicherungsagenten hinweg, so dass der Versicherungsnehmer mangels Vertragsschlusses über ein unmöglich zu versicherndes Risiko nie das positive Interesse nach § 311a Abs. 2 BGB ersetzt bekommt.

Nimmt man hingegen an, es sei ein Vertrag über ein unversicherbares Risiko zustande gekommen, so führt § 311a Abs. 2 BGB wirtschaftlich zum selben Ergebnis wie die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung. Bei § 311a Abs. 2 BGB wird jedoch etwaiges Mitverschulden des Versicherungsnehmers berücksichtigt. Eine generelle Aussage, ob die Berücksichtigung jedes Mitverschuldens günstig oder ungünstig ist, kann jedoch nicht getroffen werden.

g) Ergebnis

Im Zuge der Vereinheitlichung der Regelungen von anfänglicher und nachträglicher, subjektiver und objektiver Unmöglichkeit wurde mit § 311a Abs. 2 BGB eine Regelung geschaffen, die dem Gläubiger bei Verletzung der vorvertraglichen Pflicht zur Eigen- und Fremdinformation über die eigene oder absolute Leistungsfähigkeit durch den Schuldner Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses gewährt. Eine Berücksichtigung von § 254 BGB ist unproblematisch möglich, da § 251 Abs. 1 Var. 1 BGB Anwendung findet und somit Schadensersatz in Geld zu leisten ist.

Da die ergänzende Vertragsauslegung die Aufrechterhaltung des Restvertrags auch ohne Einbeziehung des vom Versicherungsnehmer gewünschten Risikos ergibt, gelangt man schon von vornherein mangels Einbeziehung einer etwaigen unmöglichen Leistung nicht zu einer Anwendung des § 311a Abs. 2 BGB. Nur die Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung hilft über die fehlende Abschlussvollmacht des Agenten zulasten des Versicherers hinweg und gewährt dem Versicherungsnehmer den von ihm gewünschten Versicherungsschutz.

3. Erfüllungshaftung bei der culpa in contrahendo

Die culpa in contrahendo ist der vielversprechendste Ansatz zur Lösung der Fälle der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung. Deswegen wird ein kurzer Überblick über die Entwicklung derselben gegeben [a]) und die näheren Voraussetzungen der einzelnen Tatbestände werden kurz erläutert [b)]. Bevor ausführlich auf die Frage des möglichen Haftungsumfangs eingegangen wird [d)], werden die auch nach der Kodifikation bedeutenden Grundgedanken der Haftung aus culpa in contrahendo herausgearbeitet [c)]. Nur eine Klärung der Grundgedanken kann die culpa in contrahendo im System des BGB verankern³¹⁸ und Maßstäbe für eine etwaige Fortentwicklung geben³¹⁹ sowie der Beantwortung der Frage nach zulässigen Rechtsfolgen einer Haftung aus c.i.c. dienen. Inwiefern eine Vorteilsanrechnung bei der c.i.c. möglich ist, wird unter e) dargestellt. Zuletzt werden etwaige Besonderheiten der c.i.c. im Versicherungsrecht erörtert [f)] und die Frage der Konkurrenz zwischen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung und der c.i.c. beantwortet [g)].

a) Entwicklung der culpa in contrahendo

Das Rechtsinstitut der c.i.c. war vor dem 1. Januar 2002 im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht kodifiziert. Die Verfasser des BGB haben darauf sogar bewusst verzichtet.³²⁰ Eine gesetzliche Regelung hatte dieses „eigenartige Schuldverhältnis“³²¹ 1794 im preußischen Allgemeinen Landrecht (I 5 § 284) gefunden; als Begründer und geistiger Vater der c.i.c. vor Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1896³²² mit Wirkung vom 1.1.1900 gilt jedoch *Rudolf von Jhering*³²³. Seit damals haben Rechtsprechung und Lehre das Rechtsinstitut stetig weiterentwickelt und ihm inzwischen den Status von Gewohnheitsrecht ver-

³¹⁸ Vgl. *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 417.

³¹⁹ Vgl. *Lieb*, FS 600 Jahre Universität Köln, S. 251 Fn. 2 zur Anerkennung einzelner zusätzlicher Pflichten sowie *Fleischer* in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Schuldrechtsreform, S. 241, 253.

³²⁰ Motive II S. 178, 179 unten.

³²¹ *Emmerich*, Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., § 4 I, S. 26.

³²² RGBl. S. 195.

³²³ *Rudolf von Jhering*, Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, IherJb 4, 1861, S. 1; zitiert zum Beispiel bei *MünchKomm-Emmerich*, 4. Aufl. 2001, Vor § 275 Rn. 48 Fn. 73 und *Hans Stoll*, FS v. Caemmerer, S. 435, 438.

liehen.³²⁴ Von *Jhering* selbst hatte seinerzeit nicht die heute unter den Begriff der c.i.c. zusammengefassten Fallgruppen im Auge. Dies wird schon durch den Titel seines Werks „*Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*“ (Herv. v. *Verf.*) deutlich.³²⁵ Ihm ging es um Fallkonstellationen wie die der Haftung des Irrenden nach Anfechtung, des Vertreters ohne Vertretungsmacht oder des Verkäufers einer nicht existierenden Sache. Die Ansicht von *Jherings*, es müsse in derartigen Fällen die eine Partei der anderen auf das negative Interesse haften, hatte große Zustimmung gefunden, so dass im BGB von 1896 die dargestellten Fälle Niederschlag in den §§ 122, 179 und 307 BGB a. F. fanden. Allerdings ist heute umstritten, ob es sich dabei um Haftungen aus *culpa* in contrahendo, wie sie heute verstanden wird, handelt.³²⁶ Aus heutiger Sicht handelt es sich bei §§ 122, 179 BGB um verschuldensunabhängige Veranlassungshaftung.³²⁷ Von *Jhering* selbst zog den Kreis einer culpa-Haftung sehr weit, indem er die bloße Verursachung der Nichtigkeit, ohne dass den Haftenden dabei der Vorwurf der Fahrlässigkeit traf, als culpa ansah.³²⁸ Für von *Jhering* stellen gerade Fälle, die heute als Veranlassungshaftung gelten, schlechthin Beispiele einer culpa-Haftung dar.³²⁹ § 307 BGB a. F.

³²⁴ Vgl. *Emmerich*, Jura 1987, S. 561, 562: „Seither gründet die Praxis (...) auf ein ‚in Ergänzung des geschriebenen Rechts geschaffenes, gesetzliches Schuldverhältnis‘“ und *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, § 29 II, S. 143 f.: „gegenwärtige Praxis (eines) allgemeinen Haftungstatbestand(s)“.

³²⁵ *Franz Leonhard*, Verschulden beim Vertragsschlusse, 1910, hingegen behandelt unter dem Terminus „Verschulden beim Vertragsschlusse“ unter ausdrücklicher Abgrenzung zur Lehre von *Jherings* ausschließlich Fälle, in denen es zu einem *gültigen* Vertragsschluss gekommen ist. Seine Theorie begründet er unter anderem mittels einer Analogie zu der „Haftung für seine (des Schuldners; *Anm. d. Verf.*) Schuld bei der Vertragserfüllung“ (S. 42). Wer für die „Schuld bei der Vertragserfüllung“ hafte, hafte ebenso für „seine Schuld beim Vertragsschlusse“ (S. 42). Es handle sich um eine vertragliche Haftung, bei der die „Pflicht zur Sorgfalt“ (S. 48) verletzt wurde. Diese „Pflicht zur Sorgfalt“ sei gleichzusetzen mit der Pflicht zur Erfüllung, so dass die Haftung sich analog der Erfüllungshaftung auf das positive Interesse richte. *Franz Leonhard* hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur c.i.c. bis 1920 maßgeblich beeinflusst, vgl. *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 62 ff. und *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 38.

³²⁶ Vgl. nur *Larenz*, Schuldrecht I, § 8 III, S. 104 einerseits und *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, § 29 I andererseits.

³²⁷ Vgl. zu § 122 BGB *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 43 mit umfassenden Nachweisen in Fn. 134. Vgl. zu § 179 BGB ausführlich *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 46 ff.

³²⁸ *Rudolph von Jhering*, Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, *IherJb* 4, 1861, S. 1, 85.

³²⁹ Beispiel und Erläuterungen bei *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 41 f.

wurde teils als „echter“ Fall der verschuldensabhängigen c.i.c. gesehen.³³⁰ Andere wiederum hielten gerade § 307 BGB a. F. „nicht mehr“ für eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss.³³¹

Der historische Gesetzgeber wollte die Weiterentwicklung möglicher anderer Fälle der c.i.c. Wissenschaft und Praxis überlassen. Schon kurze Zeit nach Inkrafttreten des BGB fingen insbesondere die Gerichte an, die Schwächen des deutschen Deliktsrechts³³² durch Rechtsfortbildung zu beheben. Zunächst behelfen die Gerichte sich mit einer Art Vorwirkung des späteren Vertrags.³³³ In der Lehre war man sich zwar einig, dass das BGB die Haftung für c.i.c. weder einheitlich noch ausreichend geregelt habe. Das Meinungsspektrum reichte jedoch in den 20er Jahren des letzten Jahrhunderts von der Ablehnung der Haftung überhaupt³³⁴ über die beschränkte Anerkennung der c.i.c. bei Verletzung einer Wahrheits- und Anzeigepflicht³³⁵ bis zur Anerkennung bei Verletzung von Erhaltungs-, Erklärungs- und Schutzpflichten³³⁶. Schutzpflichten wurden teils hergeleitet aus dem nachfolgenden Vertrag³³⁷, teils wurde die Haftung für c.i.c. mit einer Rechtsanalogie (bei Anzeige- und Erkundigungspflichten) bzw. einem stillschweigend

³³⁰ Vgl. nur Palandt-*Heinrichs*, 61. Aufl., § 307 Rn. 1 und ausführlich zu weiteren Beispielen der „echten“ c.i.c. Soergel-*Wiedemann*, 12. Aufl., Vor § 275 Rn. 101. Vgl. auch *Larenz*, Schuldrecht I, § 8 II; *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 120 f.

³³¹ Vgl. *Esser*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., § 52 II 3: Haftungsgrund sei die bloße Veranlassung einer geschäftlichen Erklärung, die keinen Bestand hat, auf die aber ein anderer vertraute. Vgl. auch *Flume*, AT 2, 4. Aufl., § 10 4, S. 128 ff., der die Haftung nach § 307 als Haftung „rechtsgeschäftlicher Art“ (S. 129) sieht und *Hans Stoll*, FS v. Caemmerer, S. 435, 439, der *Flume* zustimmt.

³³² Als Schwächen des deutschen Deliktsrechts werden die fehlende Haftung für primäre Vermögensschäden, die Möglichkeit der Exkulpation für Verrichtungsgehilfen und Beweislastprobleme genannt.

³³³ Vgl. RGZ 78, 239, 240: Es sei anerkannt „daß sich aus dem Vertrags- oder Schuldverhältnis Sorgfaltspflichten für Leben und Eigentum ergeben können, die mit der rechtlichen Natur des Verhältnisses im engeren Sinne nichts zu tun haben, jedoch aus seiner tatsächlichen Gestaltung notwendig folgen.“; RGZ 95, 58, 60: „Kommt es zum Vertragsschluss, so muß jeder Teil notwendig darauf vertrauen können, daß seine Vertragsinteressen nicht von dem anderen Teile missachtet worden sind oder demnächst mißachtet werden“.

³³⁴ Vgl. *Geppert*, Fahrlässigkeit beim Vertragsschluss, S. 529 ff. mit Untersuchung der Argumente *Franz Leonhards* (vgl. Fn. 325).

³³⁵ Vgl. *Hildebrandt*, Erklärungs haftung, ein Beitrag zum System des Bürgerlichen Rechts, 1931, passim.

³³⁶ Vgl. *Heinrich Stoll*, LZ 1923, S. 532, 543 f. und *ders.*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, S. 25 ff.

³³⁷ Vgl. *Franz Leonhard*, Verschulden beim Vertragsschlusse, siehe Genaueres in Fn. 325.

geschlossenen Pflichtenbegründungsvertrag (für sogenannte Erhaltungspflichten)³³⁸ erklärt oder als ein nur die Erscheinungsform wechselnder Organismus gesehen, der sich aus der dem Schuldverhältnis zugrunde liegenden Offerte entwickelt hat.³³⁹ Des Weiteren wurde die c.i.c. aus dem Tatbestand der Einwirkung in die fremde Interessensphäre³⁴⁰ oder aus dem Schuldverhältnis als einer konstanten Rahmenbeziehung hergeleitet. Dieses entstehe mit Eintritt in geschäftliche, das heißt Gefahr schaffende Beziehungen. Aus ihm seien die Parteien verpflichtet, das Vertrauen der anderen Partei auf Nichtgefährdung nicht zu enttäuschen.³⁴¹

Späterer und auch heutiger Ausgangspunkt war und ist der Grundsatz, es entstehe bereits durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder einem diesen gleichzustellenden geschäftlichen Kontakt ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis bzw. ein Sonderverhältnis in Form eines gesetzlichen Schuldverhältnisses, siehe nunmehr § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Über den Grund der Haftung und zugleich auch über die Frage, wie dieses vertragsähnliche Vertrauensverhältnis bzw. Sonderverhältnis beschaffen sein muss und wann es entsteht bzw. entstehen kann, bestand von jeher Streit.³⁴² Da dieser Streit sich bei einer möglichen Weiterentwicklung auswirkt und auch Maßstäbe setzt, soll diesem ein Extrakapitel gewidmet werden, siehe unten c).

Bereits in den 70er Jahren wurden im Rahmen einer geplanten Überarbeitung des Schuldrechts Vorschläge zur Normierung der c.i.c. gemacht.³⁴³ Allerdings wurde erst durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001³⁴⁴ mit Wirkung vom 1. Januar 2002 das Rechtsinstitut der c. i. c in §§ 311 Abs. 2, 3; 280 Abs. 1; 241 Abs. 2 BGB geregelt.³⁴⁵

³³⁸ Vgl. *Planck-Siber*, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 1914, II. Band, 1. Hälfte, Vorb. I, 4 a) (S. 191) und c) (S. 193 f.) zu §§ 275 ff., und *ders.*, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, *IherJb.* 70 (1921), S. 227 ff., 258 ff.

³³⁹ Siehe Nachweise in Fn. 336.

³⁴⁰ Vgl. *R. Raiser*, *AcP* 127 (1927), S. 1, 23 f.

³⁴¹ Vgl. *Herholz*, *AcP* 130 (1929), S. 257, 276, 285.

³⁴² Vgl. zur Darstellung der unterschiedlichen Ansatzpunkte nur *Fleischer*, *Informationsasymmetrie*, S. 417 ff.; *Frotz*, *GS Gschnitzer*, S. 163, 164 ff. und *Picker*, *AcP* 1983, S. 369, 410 ff.

³⁴³ Vgl. hierzu *Medicus*, *Gutachten I*, S. 479-550.

³⁴⁴ BGBl. I S. 3138-3218.

³⁴⁵ Siehe zur Gesetzgebungsmethodik bei der c.i.c. *Köndgen* in: *Schulze/Schulte-Nölke*, *Schuldrechtsreform*, S. 231 ff.

b) Voraussetzungen der culpa in contrahendo

Nach dem Wunsch des Gesetzgebers sollten sich durch die Kodifizierung keine Änderungen außer der Kodifizierung selbst ergeben.³⁴⁶ Das Rechtsinstitut sollte in der von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Fassung fortleben und diesen zur weiteren Entwicklung vorbehalten bleiben.³⁴⁷ Deshalb wurde in § 311 Abs. 2 BGB nur *ein* Grundtatbestand³⁴⁸ geschaffen; auf eine genaue Ausdifferenzierung des Pflichtenprogramms und insbesondere auf die Kodifizierung von konkreten Fallgruppen³⁴⁹ wurde verzichtet. Geschaffen wurden vielmehr *drei* Tatbestände, bei deren Vorliegen jeweils ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB entsteht. Voraussetzungen einer Haftung aus c.i.c. sind erstens das Vorliegen der Merkmale einer der Nummern des § 311 Abs. 2 BGB, wobei § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB bewusst als Auffangtatbestand formuliert wurde; zweitens gemäß § 280 Abs. 1 BGB eine Pflichtverletzung aus dem Schuldverhältnis der Vertragsanbahnung und drittens Vertretenmüssen, hierbei ist die Beweislastumkehr gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu beachten.

Aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis erwachsen keine Primär-, sondern nur die in § 241 Abs. 2 BGB angesprochenen Sekundärpflichten. Dies wird deutlich anhand der Gesetzesbegründung, die in § 241 Abs. 1 BGB Leistungspflichten, die regelmäßig auf eine Veränderung der Güterlage des Gläubigers abzielen, und in § 241 Abs. 2 BGB Schutz-

³⁴⁶ Dies erscheint angesichts § 280 Abs. 1 BGB, der auf § 249 Abs. 1 BGB verweist, fraglich, vgl. unten § 2II.3.d)aa). *Canaris*, JZ 2001, S. 499, 519 nennt als Grund für die Kodifizierung die Notwendigkeit, den „Rechtssuchende(n), insbesondere auch (...) Ausländer(n) und (...) Student(en)“, eine Grundlage im Text des BGB zu bieten. Ohne die c.i.c. sei beim heutigen Rechtszustand weder das Vertrags- noch das Deliktsrecht angemessen zu verstehen. Nach *Medicus* in: *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, S. 607, 609 sollte die c.i.c. als „Merkposten“ kodifiziert werden. Nach Wunsch des Gesetzgebers soll das BGB „selbst auch wieder über den wirklichen Bestand des deutschen allgemeinen Schuldrechts Auskunft geben“, BT-Drs. 14/6040, S. 162.

³⁴⁷ Vgl. nur *Palandt-Grüneberg*, 68. Aufl., § 311 Rn. 11 am Ende.

³⁴⁸ So beschrieben von *Canaris*, JZ 2001, S. 499, 519.

³⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 162. Vor der Schuldrechtsreform benannte die herrschende Lehre hauptsächlich folgende fünf Fallgruppen: Verletzung von Schutzpflichten gegenüber dem anderen Teil während der Vertragsverhandlungen, Verletzung von Aufklärungspflichten, Verhinderung der Wirksamkeit eines Vertrags, grundloser Abbruch von Vertragsverhandlungen und den Komplex der Sachwalterhaftung, vgl. *MünchKomm-Emmerich*, 4. Aufl. 2001, Vor § 275 Rn. 52 ff. und noch in der 5. Auflage *Emmerich*, *Recht der Leistungsstörungen*, 5. Aufl., § 6 III, S. 75.

pflichten, die die gegenwärtige Güterlage jedes an dem Schuldverhältnis Beteiligten vor Beeinträchtigungen bewahren sollen, geregelt sehen will.³⁵⁰

c) Grundgedanken der culpa in contrahendo

Die dogmatische Begründung und Einordnung der c.i.c. ist seit *von Jhering* strittig. Nachdem ihre Existenz und Existenzberechtigung inzwischen allgemein anerkannt sind³⁵¹, stehen sich im Grundsatz zwei große Lager gegenüber: Die Vertreter des Vertrauensgedankens und diejenigen, die diese Lehre mit unterschiedlicher Begründung und teils unterschiedlichen Alternativansätzen oder mit dem Zugeständnis der Unlösbarkeit ablehnen. Nachdem der Gedanke des Vertrauensschutzes zunächst fast einhellig Anklang gefunden hatte, mehren sich in jüngerer Zeit die kritischen Stimmen. Als Väter des Vertrauensschutzgedankens werden *Ballerstedt*³⁵² und *Canaris*³⁵³ genannt, in vielen Werken³⁵⁴ wird auch auf *Heinrich Stoll*³⁵⁵ verwiesen.

aa) C.i.c. als Vertrauenshaftung

Der Gedanke des Vertrauensschutzes und der Vertrauenshaftung als solcher hat nach der grundlegenden Habilitationsschrift von *Canaris*³⁵⁶ die Literatur und in besonderem Maße die Rechtsprechung geprägt. Letztere zieht „die Vertrauenshaftung“ inzwischen wie

³⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 125 linke Spalte. Sie folgt der modernen Schuldrechtslehre. Eine deutliche Abgrenzung der Bereiche ist damit freilich nicht gezogen und wird häufig auch kaum möglich sein, da Inhalt einer Leistungspflicht auch der Schutz der Rechtsgüter des anderen Teils sein kann, zum Beispiel häufig bei Beratungsverträgen. Ebenso kann eine Aufklärungspflicht sowohl das Interesse an der Leistung als auch das Interesse am Schutz der Rechtsgüter des anderen Teils zum Gegenstand haben. Ein Beispiel dafür bilden die eine Aufklärungspflicht erfüllenden Bedienungsanleitungen. Diese sind Teil der Leistungspflichten, indem sie das Funktionieren des Geräts durch Ermöglichung ordnungsgemäßer Bedienung sichern. Sie stellen aber auch die Erfüllung von Schutzpflichten dar, indem sie Verletzungen des Benutzers und seiner Güterlage durch unsachgemäße Bedienung verhindern.

³⁵¹ Vgl. bereits oben a) mit Fn. 334.

³⁵² Vgl. *ders.*, AcP 151 (1950/51), S. 501 ff.

³⁵³ Vgl. *ders.*, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971.

³⁵⁴ Vgl. nur *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 417.

³⁵⁵ Vgl. *ders.*, LZ 1923, S. 523 ff. Vgl. auch die Ausführungen bei Fn. 336.

³⁵⁶ Vgl. für die c.i.c. speziell: *ders.*, Vertrauenshaftung, S. 532 ff. und *ders.*, JZ 1965, S. 476 mit weiteren Nachweisen. Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vertrauenshaftung: *ders.*, FS 50 Jahre BGH, Band 1, S. 129 ff.

selbstverständlich³⁵⁷ zur Einordnung spezifischer Fälle heran. *Canaris* sieht den Vertrauensgedanken als Dach für viele Haftungsformen im deutschen Privatrecht. Die „vertrauensrechtliche Schadensersatzhaftung“ ist nur ein kleiner Teil der dogmatischen Konstruktion. Speziell für vorvertragliche Verhältnisse hatte *Ballerstedt* schon 1950 formuliert: „Entscheidend dafür, ob und welche Schutz-, Erhaltungs-, Erklärungs- und Unterlassungspflichten entstehen, ist in jedem Abschnitt der Verhandlungen der Grad des Vertrauens, das gefordert und gewährt wird“³⁵⁸, was letztlich in die in jedem Standardwerk und vielen Urteilen beschriebene, prägnante Kurzformel vom gewährten und in Anspruch genommenen Vertrauen mündete.³⁵⁹

Diese Formel verdankt ihren Siegeszug nicht nur der Rückführung der c.i.c. auf nur *einen* Grundsatz³⁶⁰, sondern auch ihrer enormen Griffigkeit und Elastizität³⁶¹. Aus ihr lassen sich unter anderem Aufklärungs- und Beratungspflichten bei den Anlage- oder ähnlichen, die Lebensführung sehr stark beeinflussenden Vermittlungen (zum Beispiel der Altersvorsorge), gut begründen und im Einzelnen definieren.³⁶² Sie alle führen bei ihrer Verletzung zu einer Haftung aus c.i.c.

³⁵⁷ Vgl. nur BGH ZIP 1998, S. 1434, 1435 im Zusammenhang mit einer Falschauskunft eines Bankangestellten: „Im Bereich der Vertrauenshaftung ist dem Geschäftsherrn eine schädigende Handlung schon dann zuzurechnen, wenn der Handelnde sie im Zusammenhang mit einer Tätigkeit begeht, mit der er betraut worden und die ihrem Inhalt nach geeignet ist, *die Vertrauenshaftung* des Geschäftsherrn zu begründen.“ (*Herv. v. Verf.*)

³⁵⁸ AcP 151 (1950/51), S. 501, 506.

³⁵⁹ Vgl. nur *Larenz*, Schuldrecht I, § 9 I und BGHZ 60, 221, 226; BGH NJW 1981, S. 1035.

³⁶⁰ Dies stellt eine erhebliche Vereinfachung gegenüber den in Einzelheiten kaum zu überblickenden Unterschieden und teilweisen Überlappungen der in den 20er Jahren vertretenen Theorien dar. Vgl. oben unter § 2II.3.a) mit den Fn. 325 ff.

³⁶¹ Vgl. *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 418. Dies gilt umso mehr, da als Maßstab aller Pflichten § 242 BGB gilt, vgl. nur *Larenz*, Schuldrecht I, § 9 I. So auch schon *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/51), S. 501, 502, der Treu und Glauben als „Grundpfeiler“ des Schuldrechts ansieht.

³⁶² Vgl. *Breidenbach*, Informationspflichten beim Vertragsschluss, S. 87 ff., der auf Grundlage des Vertrauensschutzes ein System für vertragsschlussbezogene Aufklärungspflichten entwickelt hat. Vgl. ebenso *Werres*, Aufklärungspflichten in Schuldverhältnissen und deren Grenzen, S. 73 ff., 110 ff., der die Vertrauensgedanken als inneren Grund der Haftung für c.i.c. fälschlich in das Licht der allgemeinen Meinung rückt und *Bohrer*, Haftung des Dispositionsgaranten, S. 78, 267 ff. für Fälle unrichtiger oder unterlassener Information: Eine Haftung sei dann gegeben, wenn in zurechenbarer Weise beim anderen das Vertrauen erzeugt wurde, der Garant werde sich in bestimmter Weise verhalten. Vgl. auch *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 143 f., nach dem der Vertrauensgedanke in erster Linie eine „Negativ-

Auch der Gesetzgeber setzt in den Gesetzgebungsmaterialien zur Schuldrechtsreform unter Hinweis auf die Rechtsprechung für die c.i.c. ein „vertragsähnliches Vertrauensverhältnis“³⁶³ voraus. Es komme (zumindest im Rahmen des § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB) für die Anwendung der c.i.c. „entscheidend darauf an, ob Vertrauen in Anspruch genommen worden ist oder nicht.“³⁶⁴. Dass der Gesetzgeber Ansätze der Vertrauenslehre in die Gesetzesbegründung aufgenommen hat, zeigt die große Akzeptanz dieser Lehre. Andererseits beendet die Aufnahme dieser Lehre angesichts der ausdrücklichen Zurückhaltung des Gesetzgebers, der weder Einzelheiten regeln noch den wissenschaftlichen Diskurs und die Weiterentwicklung der c.i.c. verhindern bzw. beeinflussen wollte³⁶⁵, nicht die Kritik an dieser Lehre. Ebenso wenig hindert es an der Heranziehung anderer Ansätze.

bb) Kritik an der Vertrauenshaftung

Grundlegende Kritik an der Vertrauenshaftung als eigenständiges Rechtsinstitut oder zumindest für den Bereich des Schadensrechts üben Teile des Schrifttums, namentlich *Flume* und *Picker*.³⁶⁶ Die Kritik lässt sich auf zwei wesentliche Punkte konzentrieren: Es fehle dem Kriterium des enttäuschten Vertrauens an „Selektionskraft und Tiefenschärfe“³⁶⁷. Weder eigne sich dieses Kriterium zur Abgrenzung von Haftung aus Vertragsanbahnung und Haftung aus Vertrag bzw. Haftung aus Vertragsanbahnung und Delikt, noch sei klar, wann „haftungsbegründendes“ und wann „unbeachtliches“³⁶⁸ enttäushtes Ver-

funktion“ einnimmt, „indem er die Ausgrenzung jener Sachverhalte ermöglicht, in denen überhaupt kein Vertrauen in Anspruch genommen wurde“.

³⁶³ BT-Drs. 14/6040, S. 163 linke Spalte oben.

³⁶⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 163 rechte Spalte unten.

³⁶⁵ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S.162 f.

³⁶⁶ *Flume*, AT 2, 4. Aufl., § 10 5, S. 132 f. und *Picker*, AcP 183 (1983), S. 369, 427 und *ders.*, JZ 1987, S. 1041, 1045. Siehe außerdem *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, S. 98-106 mit Gegenkritik dazu bei *Canaris*, FS Schimansky, S. 43, 49 ff., 55 mit Fn. 37 sowie *ders.* FS 50 Jahre BGH, Band 1, S. 129, 191 ff. Ebenso grundlegend *Loges*, Die Begründung neuer Erklärungspflichten und der Gedanke des Vertrauensschutzes, S. 80 ff.; *Phillipsen*, Zur Dritthaftung des privat beauftragten Gutachters für fahrlässig verursachte Vermögensschäden, S. 220 ff. mit Gegenkritik bei *Canaris*, FS Schimansky, S. 43, 49 ff., 53 sowie *ders.* FS 50 Jahre BGH, Band 1, S. 129, 191 ff. und *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 54 ff. und viele mehr. Vgl. für die Zeit vor der Habilitationsschrift von *Canaris* im Jahre 1971 nur *Frotz*, GS Gschnitzer, S. 163, 168 ff., insbesondere S. 170 unten.

³⁶⁷ So treffend zusammenfassend: *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 418.

³⁶⁸ Beide Zitate aus *Picker*, AcP 183 (1983), S. 369, 428. Siehe noch *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 8 I 6, S. 179. Vgl. insbesondere zur kaum möglichen Abgrenzung bei der Gutachterhaftung *Picker*, FS

trauen vorliege. Da eine Entscheidung dieser wichtigen Frage somit dem richterlichen Judiz überlassen bleibe, sei der Ausgang konkreter Streitigkeiten nicht mehr prognostizierbar.³⁶⁹ Auch sei Vertrauen „als ubiquitäres psychologisches Datum“³⁷⁰ Bedingung für die Möglichkeit, einem anderen Schaden zufügen zu können. Es sei „Ingredienz letztlich jeder schadensrechtlichen Haftung“³⁷¹, so dass es keinen für sich allein tragenden Grund einer Haftung bilden könne.³⁷² Insgesamt liege der Vertrauenslehre auch schon eine „prinzipielle gedankliche Unschlüssigkeit“³⁷³ zugrunde: Man versuche, über sie einen gemeinsamen Nenner für diejenigen Haftungsfälle zu finden, die weder über vertragliche noch über deliktische Haftungsformen gelöst werden können. Sowohl bei der vertraglichen als auch bei der deliktischen Haftung spiele Vertrauen eine Rolle, es sei aber im Deliktsrecht für die Begründung der Haftung irrelevant.³⁷⁴ Es spiele gleichermaßen vorlie-

Medicus, S. 397, 424. *Picker* merkt des Weiteren an, dass sich die Vertreter der Vertrauenshaftung selbst nicht einig sind, „wer von beiden Beteiligten das Vertrauen ‚in Anspruch nimmt‘ und wer es ‚gewährt‘; AcP 183 (1983), S. 369, 419 mit Fn. 149. Die herrschende Meinung stellt auf denjenigen ab, der das Vertrauen in Anspruch nimmt, nicht auf den, der es hervorruft, vgl. nur *Soergel-Wiedemann*, 12. Aufl., Vor § 275 Rn. 115.

³⁶⁹ Vgl. *Picker*, AcP 183 (1983), S. 369, 421. Schärfer formulieren v. *Bar*, ZGR 1983, S. 477, 499: Man könne „letztlich alles und nichts ‚begründen‘; wo (...) die ‚Interessenlage‘ zur maßgeblichen Anspruchsgrundlage wird, da regiert nur noch das Rechtsgefühl die Haftung.“ und *Hopt*, AcP 183 (1983), S. 609, 644: „Vertrauen ist (...) vollends zur Leerformel geworden.“

³⁷⁰ *Picker*, FS *Medicus*, S. 397, 420. Sehr ähnlich *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, S. 98.

³⁷¹ *Picker*, FS *Medicus*, S. 397, 420.

³⁷² So auch *Loges*, Die Begründung neuer Erklärungspflichten und der Gedanke des Vertrauensschutzes, S. 81 f. *Medicus*, JuS 1965, 209, 213 fügt dem Komplex der „fehlenden Tiefenschärfe“ noch an, dass sich nicht generell sagen lasse, dass man gerade künftigen Vertragspartnern bzw. deren Angaben zur Kaufsache oder Ähnlichem besonderes Vertrauen oder überhaupt Vertrauen schenke. Im Gegenteil: Ihren Aussagen begegne man mit größter Vorsicht, wenn nicht gar Misstrauen, gerade weil sie von einem potenziellen Vertragspartner stammen.

³⁷³ *Picker*, AcP 183 (1983), S. 369, 421.

³⁷⁴ Als Beispiel für das Deliktsrecht dient das Beispiel des Überquerens einer Ampel bei Grün durch einen Fußgänger. Niemand würde in einem solchen Fall eine Haftung des Autofahrers aus c.i.c. annehmen, der wegen Nichtbeachtung der roten Ampel seinerseits den Fußgänger anfährt. An großem Vertrauen des Fußgängers darauf, dass die Verkehrsregeln beachtet werden, ist aber nicht zu zweifeln. Beispiel zunächst von *Larenz*, MDR 1954, S. 515, 517 und dann aufgegriffen unter anderem von *Picker*, AcP 183 (1983), S. 369, 421 f.

gendes Vertrauen in einem Fall eine zentrale, im anderen Fall gar keine Rolle. Ein gemeinsamer Nenner „Vertrauen“ könne somit nicht gefunden werden.³⁷⁵

cc) Andere Ansätze zur Einordnung der c.i.c.

Viele suchen meist in Ablehnung der Lehre vom Vertrauensschutz andere Ansätze, zum Beispiel die Vertreter der Lehre vom sozialen Kontakt und die Vertreter der Lehre vom geschäftlichen Interesse. Andere begreifen die vorvertragliche Haftung als Korrelat privatautonomer Gestaltungsmacht, wieder andere wählen einen eher funktionalen Ansatz.

α) Lehre vom sozialen Kontakt

Die sehr weite Lehre vom sozialen Kontakt sieht den tragenden Grund der Haftung aus c.i.c. darin, dass man zur Erreichung eines bestimmten, nicht notwendig rechtsgeschäftlichen Zwecks eigene Güter dem Einfluss eines anderen aussetzt. Man trete in die Rechtssphäre des anderen ein und vertraue seine Güter dem anderen an.³⁷⁶ Dieser gesteigerte soziale Kontakt sei nicht nur bei der Anbahnung von Verträgen, sondern immer dann zu bejahen, wenn sich jemand auf Einladung eines anderen in dessen Einflussosphäre begeben. Somit sei nicht nur der rechtsgeschäftliche, sondern schon der soziale Kontakt geschützt. Dieser Schutz sei sozialstaatlich geboten, da in der Gesellschaft nicht nur der Warenaustausch als rechtsgeschäftlicher Kontakt geschützt werden dürfe.

β) Lehre vom geschäftlichen Interesse

Nach dieser Ansicht soll gerade das geschäftliche Interesse der Beteiligten den tragenden Grund der verschärften quasivertraglichen Haftung bilden.³⁷⁷ Ihre Vertreter stützen sich auf § 278 BGB, aus dem sie auch eine Rechtfertigung der Haftung aus c.i.c. ziehen. Hintergrund des § 278 BGB sei die Zurechnung von Verhalten Dritter, derer sich der Schuldner bediene. Indem der Schuldner auf der einen Seite die Vorteile einer Arbeitsteilung und das Erreichen eines größeren Wirkungskreis nutze, trage er auf der anderen

³⁷⁵ Vgl. *Picker*, AcP 183 (1983), S. 369, 421.

³⁷⁶ Vgl. *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, § 29 I 1 und *Thiele*, JZ 1967, S. 649, 652. Ebenso wohl auch *Gottwald*, JuS 1982, S. 877, 878.

³⁷⁷ Vgl. *Daum*, NJW 1968, S. 372, 376 und *Larenz*, MDR 1954, S. 515, 517 f. Zur Begründung und Unterfütterung dieser Lehre nach der ökonomischen Analyse des Rechts vgl. *Lehmann*, NJW 1981, S. 1233, 1239.

Seite auch den Nachteil des größeren Wirkungskreises, nämlich größere Verantwortung. Für die c.i.c. bedeutet dies, dass aus dem Vorteil des geschäftlichen Kontakts der Nachteil einer schärferen Haftung in Kauf genommen werden muss.³⁷⁸

χ) Haftung als Korrelat privatautonomer Gestaltungsmacht

Für diese den Lehren vom sozialen bzw. geschäftlichen Kontakt nahe stehende Ansicht steht hauptsächlich *Frotz*, der die Einordnung der c.i.c. als Vertrauenshaftung ablehnt.³⁷⁹ Seiner Ansicht nach ist die Haftung „nicht als Korrelat gewährten Vertrauens, sondern als Korrelat der privatautonomen Gestaltungsmöglichkeit des Pflichtigen“³⁸⁰ zu verstehen. Vorvertragliche Pflichten sind nach dieser Ansicht Ausdruck der Sozialbindung privatautonomer Gestaltung. Der Grund der Haftung liege darin, dass derjenige, der sich in einen fremden Einflussbereich begibt, größeren Schadensrisiken ausgesetzt ist als derjenige, der sich nicht in fremdem Einflussbereich befindet. Damit werde die Haftung aus c.i.c. zum ausgleichenden Haftungsinstitut für Verhandlungsrisiken, die aus dem Aktionsbereich des Partners stammen.³⁸¹ Grenze der vom Partner zu tragenden Risiken sei die Funktionsfähigkeit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs.

δ) Funktionale Ansätze

Nach Ansicht insbesondere von *Larenz* liegt der Grund der Haftung darin „daß derjenige, der mit einem anderen geschäftliche Beziehungen aufnimmt, regelmäßig erwartet, es mit einem redlich denkenden, sich loyal verhaltenden Partner zu tun zu haben, und daß diese „*allgemeine Redlichkeitserwartung*“ den Schutz der Rechtsordnung verdient, weil ohne sie ein reibungsloser Geschäftsverkehr nicht möglich wäre.“³⁸² Kurz und prägnant formu-

³⁷⁸ Sehr deutlich *Daum*, NJW 1968, S. 372, 376 rechte Spalte oben und *Larenz*, MDR 1954, S. 515, 518 linke Spalte oben.

³⁷⁹ Vgl. *ders.*, GS Gschnitzer, S. 163, 168 ff. Ausdrückliche Kritik an dieser Lehre und den Schlussfolgerungen daraus bei *E. Schmitz*, Dritthaftung, S. 54 f.

³⁸⁰ *Frotz*, GS Gschnitzer, S. 163, 176.

³⁸¹ Vgl. *Frotz*, GS Gschnitzer, S. 163, 174.

³⁸² *Larenz*, Schuldrecht I, § 9 I. Vgl. auch *Erman*, AcP 139 (1934), S. 273, 321: „Die Verhandelnden (...) bereits zu gesteigerter Sorgfalt anzuhalten, um so die Vorbedingungen für möglichst gesunde Verträge oder aber Vermeidung eines Zeit und Kosten raubenden Verhandlungsleerlaufs zu schaffen (...)“ stelle den „besonderen positiven Sinn“ der c.i.c. dar. Vgl. auch *E. Schmitz*, Dritthaftung, S. 52 ff. für Erhaltungspflichten, S. 109 ff. für Aufklärungs-, Beratungs- und Mitwirkungspflichten (das Scheitern der Ver-

lierte schon *Welser*: „Nicht das Vertrauen an sich begründet die Sorgfaltspflichten, sondern der Vertrauensschutz ist vom Institut des Rechtsgeschäfts her notwendig.“³⁸³

dd) Weitere und eigene Lösungsansätze

Kein Geringerer als *Flume* hat angemerkt, die Haftung aus c.i.c. sei wohl „nicht anders zu begründen, als daß man es für richtig hält, daß mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen von Rechts wegen ein Schuldverhältnis zwischen den Verhandlungspartnern mit Haftungspflichten entsteht.“³⁸⁴

Die Loslösung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses von der Rechtsgrundlage des späteren Vertrags verdient Beifall und ist seit über 50 Jahren anerkannt.³⁸⁵ Die Einordnung aller Fallgruppen der c.i.c. als Teil des Systems der Vertrauenshaftung überzeugt nach oben Gesagtem jedoch kaum. Ob es Sinn macht, die „schillernde“ Figur der c.i.c., die mehr Fallkonstellationen erfasst als jede andere Haftungsfigur, einer einzigen und kaum weniger blassen Grundlage zuzuordnen, ist zweifelhaft. Dies gilt zunächst für den Begriff des Vertrauens: Vertrauen ist kein Spezifikum des vorvertraglichen Bereichs, sondern eine allen Bereichen zugeordnete Basis. Vertrauen ist deshalb ein „abstrakter Begriff, der oft diffus bleibt“³⁸⁶ und der zu schwammiger Auslegung und Einzelfallgerechtigkeit einlädt. Trotz „Nachbesserung“ durch einige Vertreter der Vertrauenshaftung, die den Vertrauensbegriff zu normativieren versuchen und an das Vorliegen einer typisierten Vertrauenslage insbesondere im Bereich der Prospekthaftung³⁸⁷ anknüpfen oder wie die

tragsverhandlungen sieht *E. Schmitz* als Unterfall der Verletzung einer Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht, vgl. S. 164 f.). Der nächste Teil des Absatzes bei *Larenz* trägt dem Vertrauensgedanken wiederum Rechnung: „Darüber hinaus gibt es Fälle, in denen der eine dem anderen aufgrund besonderer Umstände ein gesteigertes Vertrauen entgegen bringt; ein solches Vertrauen kann denjenigen, der es geweckt hat oder in Anspruch nimmt, zu erhöhter Sorgfalt oder Loyalität verpflichten.“, *Larenz*, Schuldrecht I, § 9 I.

³⁸³ *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht, S. 73 ff.

³⁸⁴ *Flume*, AcP 161 (1962), S. 52, 63. Auch *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis, S. 17, gibt zu, dass ihm nur „das Eingeständnis dogmatischer Verlegenheit“ bleibt. Auch er sieht „keine für alle Fallgruppen passende Formel“.

³⁸⁵ Vgl. *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/51), S. 501, 504 f. mit Fn. 10 oder auch *Gottwald*, JuS 1982, S. 877, 878 rechte Spalte.

³⁸⁶ *Rainer Schumacher*, FS Gauch, S. 637, 639.

³⁸⁷ Vgl. etwa BGHZ 77, 172, 176; 79, 337, 341; BGH JZ 1991, S. 207, 208; sehr kritisch hierzu *Assmann*, Freundesgabe Kübler, S. 317, 323 f und *ders.*, Prospekthaftung, S. 241 ff sowie *Hopt*, AcP 183 (1983), S. 609, 644 mit Fn. 162a. „Typisches Vertrauen“ bedeutet im Fall der Prospekthaftung, dass die Hinter-

Rechtsprechung das Vorliegen von *besonderem Vertrauen*³⁸⁸ fordern, bleibt der Begriff des Vertrauens eine nicht fassbare und nur mit schwammigen Begriffen füllbare Formel.³⁸⁹

Letztlich ist nicht zu bezweifeln, dass Vertrauen in mehr oder weniger intensiver Form als dogmatische Grundlage der c.i.c. dient³⁹⁰; insbesondere bei der Anbahnung von Verträgen, die durch intensive und persönliche Kontakte der Verhandlungspartner geprägt sind, ist der Vertrauensgedanke überzeugend. Aber alleine der Vertrauensgedanke reicht oft auch in diesen Konstellationen nicht aus.³⁹¹

Die anderen Ansätze sind in Teilbereichen oft ebenso unzureichend: Die Lehre vom geschäftlichen Interesse erfasst nicht alle anerkannten Fallgruppen der c.i.c. Die Lehre vom sozialen Kontakt erfasst hingegen alle Fallgruppen und noch viel mehr: Eine taugliche Abgrenzung leistet auch sie nicht, da zwischen den Vertretern der Lehre strittig ist, ob und inwieweit der soziale Kontakt nicht auch „wenigstens in einem weiteren Sinne ‚geschäftlich‘“³⁹² sein muss. Auch ist unklar, wann der soziale Kontakt eng oder tief genug ist, um eine Haftung zu begründen. Gegen die Lehre vom sozialen Kontakt sprechen ähnlich wie

männer den Anlegern zwar nicht bekannt geworden sind, dies aber auch nicht notwendig ist, um Vertrauen zu den Hintermännern zu begründen und diese so aus c.i.c. haften zu lassen.

³⁸⁸ Vgl. BGHZ 56, 81, 84 f.: Anknüpfung an außergewöhnliche Sachkunde, persönliche Zuverlässigkeit und Einflussmöglichkeiten auf die Vertragsabwicklung. Auch hierzu zu Recht kritisch: *Hopt*, AcP 183 (1983), S. 609, 644 mit Fn. 162b und *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis, S. 14 f. mit anschaulichen Beispielen.

³⁸⁹ Deutlich auch *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 8 I 6, S. 179: „Die gern geübte Flucht in ein ‚besonderes Vertrauen‘ bessert gar nichts.“ Außerdem übt er grundsätzliche Kritik an der Methode: „Versuche, einzelne Partikel des Rechts im Rückgriff auf höchst allgemeine Einstellungen anderen gegenüber zu erklären, waren und sind angesichts der Disparität von Erklärungsobjekt und Erklärungsmittel von vornherein nicht sonderlich erfolgsträchtig“, S. 179.

³⁹⁰ Dies geben fast alle Kritiker der Vertrauenshaftung ausdrücklich zu, vgl. nur *Soergel-Wiedemann*, 12. Aufl., Vor § 275 Rn. 121; *Picker*, AcP 183 (1983), S. 369, 428 f. und *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 8 I 6, S. 178 f. *Soergel-Wiedemann*, 12. Aufl., Vor § 275 Rn. 122 mit Fn. 40 unterscheidet dabei zu Recht zwischen vertragsbezogenen Aufklärungs- und Förderpflichten einerseits und Erhaltungspflichten andererseits; bei letzteren sieht er den Vertrauensgedanken nicht als maßgebend an, der Kunde vertraue zum Beispiel beim Betreten der Geschäftsräume regelmäßig nicht darauf, dass zur Erhaltung seiner körperlichen Integrität *besondere* Sorgfalt aufgewandt werde. Er vertraue allenfalls auf die Einhaltung *allgemeiner* Standards, also ordnungsgemäßes Verhalten und die Verkehrssicherheit des Gebäudes.

³⁹¹ Vgl. oben die Anmerkungen in Fn. 372.

³⁹² *Thiele*, JZ 1967, S. 649, 652. Kritisch auch *Larenz*, MDR 1954, S. 515, 517 f.

gegen den Vertrauensgedanken die fehlenden Möglichkeiten zu Selektion und Differenzierung.³⁹³

Mit zunehmender Öffnung der c.i.c. für ähnliche und andere Fallgestaltungen insbesondere im Bereich der Aufklärungspflichten³⁹⁴ und zunehmender Komplexität ist es sinnvoll, die c.i.c. mit mehr als nur einer Grundlage zu unterlegen.³⁹⁵ Erster Ansatzpunkt ist der funktionale Ansatz des Schutzes der „allgemeinen Redlichkeitserwartung“.³⁹⁶ Auch diese beherrscht zwar das gesamte Zivilrecht und ist nur schwer fassbar. Sie bietet jedoch den Vorteil, dass sie auf den jeweils einzeln zu belegenden Vertrauenserweis bzw. den nachzuvollziehenden sozialen Kontakt verzichtet und diesen als „generalisiertes Vertrauen in die Privatrechtsordnung“ in Form eines „Globalakts“³⁹⁷ ersetzt.

Des Weiteren kann sich diese Redlichkeitserwartung auf konkretisierende Teilfunktionen stützen, zum Beispiel allgemeinen Rechtsgüterschutz und Verbraucherschutz³⁹⁸, Anlegerschutz und in Ausnahmefällen allgemein den Schutz wirtschaftlich Schwächerer. Dieser Ansatz liegt nahe, weil viele der europarechtlich begründeten Informationspflichten verbraucher- und anlegerschutzmotiviert sind und gerade diese Informationspflichten aus EG-Richtlinien bei ihrer Umsetzung in das deutsche Recht häufig auch zur Aktivierung der culpa in contrahendo führen.³⁹⁹

³⁹³ Ausführliche Kritik bei *Picker*, AcP 183 (1983), S. 369, 411 ff.

³⁹⁴ Vgl. Nachweise in Fn. 362.

³⁹⁵ Dies entspricht der Ansicht von *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis, S. 17 f.

³⁹⁶ Vgl. oben § 2II.3.c)cc)d).

³⁹⁷ Beide Zitate von *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 423.

³⁹⁸ Vgl. *Emmerich*, Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., § 6 III, S. 76 f.

³⁹⁹ Vgl. zur Prospekthaftung die Kapitalmarktpublizitätsrichtlinie 2001/34/EG (insbesondere Gründe Nr. 9 ff., 21, 25: Anlegerschutz), die in der deutschen Umsetzung zum Wertpapierprospektgesetz (BGBl. I 2005, S. 1698) führte. In §§ 5 ff. WpPG mit Hinweis auf die Verordnung (EG) Nr. 809/2004 der Kommission vom 29. April 2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. EU Nr. L 149 S. 1, Nr. L 215 S. 3) finden sich genaue Vorschriften zu den in Prospekten enthaltenen Informationen sowie zu Formaten, zur Aufnahme von Informationen mittels Verweis, zur Veröffentlichung solcher Prospekte und zur Verbreitung von Werbung.

Vgl. auch die Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher vom 23.9.2002, die die zunächst ausgenommenen Versicherungsvermittlungen nun den verbraucher-schutzmotivierten Widerrufsregelungen unterwirft. Das Gesetz ist seit 8.12.2004 in Kraft. Vgl. zur Umsetzung der Richtlinie *Rott*, BB 2005, S. 53 und *Schimikowski*, ZfV 2005, S. 279. Bei Verstoß gegen Informationspflichten besteht hier sowohl die Möglichkeit eines Widerrufs als auch eine Haftung aus c.i.c., vgl. *Rott*, BB 2005, S. 53, 59.

Gegen alle bisher genannten Ansichten sehen neuere Schriften einen weiteren, zentralen Kritikpunkt: Alle bisher genannten Lehren stellten „zu einseitig“ allein auf die Interessen der Beteiligten und ihren Rechtskreis⁴⁰⁰ ab. Ökonomisch orientierte Stimmen sehen im Ansatz der allgemeinen Redlichkeitserwartung eine Einbeziehung des individuellen Rechtsgeschäfts in den größeren Zusammenhang⁴⁰¹; sie betonen die marktlichen Dimensionen des Vertragsrechts. Der Rechtsverkehr diene nämlich nicht nur den Individualinteressen der am konkreten Geschäft Beteiligten. Dem Vorwurf, das klassische Vertragsmodell damit preiszugeben⁴⁰², begegnen sie mit der Replik, es handle sich nicht um eine Preisgabe, sondern um „Ergänzung um eine bislang vernachlässigte makrojuristische Dimension.“⁴⁰³ Nach dieser Ansicht stehen sich Individual- und Institutionsschutz –

Vgl. auch das 1994 neu gefasste WpHG, das durch die Transparenzrichtlinie 88/627/EWG vom 12.12.1988 (ABl. EG Nr. L 348/62), die Insiderrichtlinie 89/592/EWG vom 13.11.1989 (ABl. EG Nr. L 334/30) und die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG vom 10.5.1993 (ABl. EG Nr. L 141/27) motiviert wurde. Die Haftung für falsche und unterlassene Kapitalmarktinformationen sind in § 37b WpHG (Schadensersatz wegen unterlassener unverzüglicher Veröffentlichung führt zu Ersatz des durch die Unterlassung entstandenen Schadens) und § 37c WpHG (Schadensersatz wegen Veröffentlichung unwahrer Insiderinformationen führt zu Ersatz des Vertrauensschadens) normiert. Sie sind auf das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz vom 21.6.2001 (BGBl. I 2002, S. 2010) zurückzuführen. Relevant ist auch das Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz – AnSVG), BGBl. I 2004, S. 2630, das zahlreiche Richtlinien umsetzt, vgl. die Nachweise auf S. 2630 unten.

Oft resultiert die Verletzung von Informationspflichten auch in der günstigstenfalls endlosen Verlängerung der Widerrufsfrist, vgl. § 355 Abs. 2, Abs. 3 Satz 3 BGB.

⁴⁰⁰ E. Schmitz, Dritthaftung, S. 52. Dies sei eine Auswirkung des betont individualistischen Rechtsdenkens, das dem BGB zugrunde liege. Nach 1945 habe der Individualismus als Gegenläufer zu dem in der Zeit des Nationalsozialismus überbetonten Gemeinschaftsgedanken weitere Kreise gezogen, S. 53 mit Nachweis in Fn. 130.

⁴⁰¹ Vgl. E. Schmitz, Dritthaftung, S. 52 ff., insbesondere S. 53 und S. 109 ff. und 10 Jahre später Loges, Die Begründung neuer Erklärungspflichten und der Gedanke des Vertrauensschutz, S. 130 ff., siehe schon S. 130 f.: „übergeordneter Bezugsrahmen“ und „übergeordnete Ebene“.

⁴⁰² Vgl. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, S. 155 mit Fn. 162: Es gehe nicht an, auch dem Bösgläubigen zulasten eines möglicherweise nur ungeschickt agierenden Vertragspartners Schutz zu gewähren. Dies sei aber das Ergebnis eines „abstrakten Verkehrsschutz(es)“.

⁴⁰³ Fleischer in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Schuldrechtsreform, S. 243, 256. Ausführlich ders., Informationsasymmetrie, S. 178 ff. (sog. „makrojuristisches Vertragsmodell“). Ähnlich auch bereits E. Schmitz, Dritthaftung, S. 52 ff., 109 ff., der den Gedanken des Schutzes des allgemeinen Rechtsgüterverkehrs als überindividuellen Tatbestand sieht.

also Schutz der Entscheidungsfreiheit⁴⁰⁴ und Schutz der Funktionsfähigkeit des Geschäftsverkehrs – nicht antagonistisch gegenüber, sondern bedingen und verstärken sich sogar.⁴⁰⁵ Der Schutz der Funktionsfähigkeit des Geschäftsverkehrs sichert die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen, da der Einzelne auf das Funktionieren der Mechanismen, zum Beispiel das Eingreifen einer Haftung als Sanktion bei Pflichtverletzungen, vertrauen kann. Umgekehrt verstärkt der Schutz der Entscheidungsfreiheit die Funktionsfähigkeit des Geschäftsverkehrs, denn nur wer frei über Vertragsbindungen entscheiden kann, trägt durch die objektive Außenwirkung des geschlossenen Vertrags zum Funktionieren des Geschäftsverkehrs bei.

Die Unterfütterung und Verstärkung der allgemeinen Redlichkeitserwartung (konkret: Schutz des Geschäftsverkehrs durch Schutz der Entscheidungsfreiheit und umgekehrt) durch einzelne, speziellere Schutzfunktionen dienen der weiteren Konkretisierung und Einordnung einzelner Fallgruppen. Eine Begrenzung der c.i.c. ergibt sich durch den Rechtfertigungszwang bei ihrer Anwendung, denn es muss stets geklärt werden, ob die allgemeine Redlichkeitserwartung eine Anwendung fordert und ob eine der spezielleren Schutzfunktionen hier eingreift. Auch bei diesen Ansätzen kann die Gefahr purer Einzelfalljudikatur und Billigkeitsrechtsprechung nicht geleugnet werden. Im Gegensatz zur Vertrauenslehre besteht aber die Möglichkeit, dieser durch *funktionsbezogene* Fallgruppenbetrachtung Herr zu werden.

ee) Zusammenfassung der eigenen Lösungsansätze

Die genannten Ansätze des allgemeinen Rechtsgüterschutzes, des Verbraucherschutzes, des Anlegerschutzes und allgemein des Schutzes wirtschaftlich Schwächerer ermöglichen unter dem Dach der allgemeinen Redlichkeitserwartung einen umfassenden, aber differenzierten Schutz der Privatautonomie. Ihre Funktionsbezogenheit ermöglicht eine klare Fallgruppenbetrachtung und gibt so Leitlinien für eine Erklärung vorhandener und

⁴⁰⁴ Schutz der Entscheidungsfreiheit ist Schutz der grundgesetzlich verankerten Privatautonomie. Ob diese auf dem auf Art 2 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 1 GG gestützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder auf der allein auf Art 2 Abs. 1 GG gestützten allgemeinen Handlungsfreiheit basiert, ist strittig, näher bei und in Fn. 673. Dies ist von Belang, da für das allgemeine Persönlichkeitsrecht zum Teil strengere Anforderungen (Eingriff nur durch formelle Gesetze; also Parlamentsvorbehalt) an eine Rechtfertigung gestellt werden, vgl. nur *von Münch/Kunig*, GG-Kommentar, Art. 2 Rn. 30, 42. Siehe des Weiteren unter § 2II.3.d)ff)c)(III)(1).

⁴⁰⁵ Vgl. *Fleischer* in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Schuldrechtsreform, S. 243, 256 f.

eine Fortentwicklung weiterer Fallgruppen der c.i.c. angesichts zunehmender europarechtlicher Anforderungen im Verbraucher- und Anlegerschutz sowie im Schutz wirtschaftlich Schwächerer⁴⁰⁶ vor.

d) Rechtsfolgen der culpa in contrahendo

aa) Grundsatz

Die Rechtsfolgen der nunmehr kodifizierten c.i.c. sind „offen und der Rechtsprechung überlassen“⁴⁰⁷. Die Gesetzesbegründung stellt aber klar, dass die §§ 249 ff. BGB zur Anwendung kommen sollen.⁴⁰⁸ Absichtlich ungeregelt blieb auch die Frage, ob der Geschädigte unter Anwendung der §§ 280 Abs. 1, 249 ff. BGB statt einer Lösung vom Vertrag eine Modifikation der eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen verlangen kann. Als die c.i.c. noch nicht kodifiziert war, aber bereits den Status von Gewohnheitsrecht hatte, ging die fast einhellige Meinung in Rechtsprechung und Literatur von einer uneingeschränkten Anwendung der §§ 249 ff. BGB aus.⁴⁰⁹ Nach dieser Ansicht ist der Geschädigte so zu stellen, wie er ohne das schädigende Verhalten des anderen Teils stünde. Je nach hypothetischem Geschehensverlauf ist somit ein Anspruch auf Ersatz

⁴⁰⁶ Vgl. hierzu auch die Rahmenrichtlinie zum Verbot von Diskriminierung wegen der Religion, Weltanschauung, sexuellen Ausrichtung, des Alters und einer Behinderung (2000/78/EG), die Antirassismusrichtlinie zum Verbot von Diskriminierungen aufgrund der Rasse und Ethnie (2000/43/EG), die Gleichbehandlungsrichtlinie zum Verbot einer Diskriminierung wegen des Geschlechts (73/2002/EG) sowie die Unisexrichtlinie zum Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (2004/113/EG). Diese haben nach langer Diskussion endlich Umsetzung in das deutsche Recht erfahren: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz wurde am 17.8.2006 verkündet und gilt seit dem 18.8.2006, BGBl. I 2006, S. 1897. Es geht zurück auf ein bereits in der 15. Legislaturperiode erarbeitetes Gesetz, das allerdings aufgrund der Diskontinuität des Bundestags nicht mehr zustande kam.

⁴⁰⁷ BT-Drs. 14/6040, S. 162 f.

⁴⁰⁸ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 162 rechte Spalte. Vgl. des Weiteren nur HK BGB-Schulze, 5. Aufl., § 280 Rn. 1, 16 ff. sowie MünchKomm-Emmerich, 5. Aufl. 2007, § 311 Rn. 261.

⁴⁰⁹ Vgl. nur RGZ 103, 47, 50; BGHZ 47, 207, 214; 69, 53, 56; BGH NJW 1988, S. 2234, 2236; 1991, S. 1881, 1882; 1998, S. 2900, 2901; BGH NJW-RR 1994, S. 76, 77 sowie MünchKomm-Emmerich, 4. Aufl. 2001, Vor § 275 Rn. 182; Soergel-Wiedemann, 12. Aufl., Vor § 275 BGB, Rn. 182 mit weiteren Nachweisen; von Craushaar, JuS 1971, S. 127, 128 f.; Erman, AcP 134 (1934) S. 273, 330 f.; Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 190; St. Lorenz, NJW 1999, S. 1001, 1002 und schon 1923 Heinrich Stoll, LZ 1923, S. 532, 546. Umfassende Nachweise bei Nickel; Rechtsfolgen, S. 1 in Fn. 1.

des positiven oder des negativen Interesses denkbar.⁴¹⁰ Ein Teil der Literatur nahm eine Rechtsanalogie zu den §§ 122, 179 Abs. 2, 663 BGB sowie den §§ 307, 309 BGB a. F. an. Nach ihrer Ansicht war der Ersatz des Vertrauensschadens teils mit, teils ohne die Obergrenze des Erfüllungsschadens Rechtsfolge der c.i.c.⁴¹¹ *Lieb* hingegen ging davon aus, dass die Rechtsordnung für die c.i.c. keine Rechtsfolgen vorsehe, so dass man diese „unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen und Verantwortungsbeiträge“ frei wählen könne.⁴¹² *St. Lorenz* vertrat vor der Kodifikation, dass die Schutzrichtung der c.i.c. „im jeweiligen Einzelfall im Verhältnis zur verletzten Pflicht zu sehen (ist), woran sich auch die Rechtsfolge auszurichten hat“, und verwehrt in Einzelfällen „auch bei entsprechender Kausalität“ eine Vertragsaufhebung.⁴¹³

Schon vor der Kodifikation lehnten viele eine Rechtsanalogie zu den §§ 122, 179 Abs. 2, 663 BGB und §§ 307, 309 BGB a. F. aufgrund der weiteren, eigenständigen Entwicklung der c.i.c. ab.⁴¹⁴ Nach der Kodifikation kann dies noch weniger vertreten werden. Hätte der

⁴¹⁰ Vgl. *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 41. Nach Ansicht von Palandt-*Heinrichs*, 61. Aufl. § 276 Rn. 100 (vor der Schuldrechtsreform) führt ein Anspruch aus c. i .c. grundsätzlich zum Ersatz des negativen Interesses/Vertrauensschadens. Kritik an dieser Aussage übt *St. Lorenz*, NJW 1999, S. 1001, der vorbringt, dass vorvertragliche Schutzpflichten den mit dem negativen Interesse nicht identischen Integritätsschaden berühren können. *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 108 meint dagegen, dass dieses Argument nach seinem Verständnis der Reichweite des gesetzlichen Schuldverhältnisses der c. i .c. ins Leere geht, da die Integritätsverletzung nicht das gesetzliche Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen, sondern dogmatisch gesehen das Deliktsrecht betrifft. Letztlich richtet sich die Rechtsfolge der c. i. c nach der Art der Pflichtverletzung und somit nach den Umständen des Einzelfalls. Im Ergebnis ebenso *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 37 ff, insbesondere S. 40 ff. Für die alte Rechtslage vgl. nur MünchKomm-*Emmerich*, 4. Aufl. 2001, Vor § 275 Rn. 182 ff. Inzwischen rückt man wohl „von dem früher verbreiteten, aber auch anfechtbaren Satz ab, aus cic folge nur ein Anspruch auf das negative Interesse“, so die Einschätzung von *Erman-Westermann*, 12. Aufl., § 280 Rn. 20.

⁴¹¹ Vgl. *Fikentscher*, Schuldrecht, 9. Aufl., § 20 VIII, Rn. 81 (anders nun in der 10. Aufl., § 19 VIII Rn. 104 ff. aufgrund der Kodifizierung) und *Erman-Battes*, 10. Aufl., § 276, Rn. 112 für Fälle, in denen ein Vertrag nicht zustande kam. *Fikentscher* jedoch unklar: „Das ergibt sich *auch* aus der Rechtsanalogie zu §§ 122, 307, 309.“ (*Herv. v. Verf.*).

⁴¹² *Lieb*, FS Köln, S. 251, 257.

⁴¹³ *St. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 389.

⁴¹⁴ Vgl. BGHZ 57, 191, 193; 69, 53, 56; BGH NJW 1965, S. 812, 814. Abweichend in der Rechtsprechung BGH NJW 1983, S. 442, 444: „Diese Obergrenze (die der §§ 122, 179 etc. BGB, *Anm. d. Verf.*) gilt nicht für alle Fälle des negativen Interesse, wohl aber auch außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle für solche mit gleicher Interessenlage.“ Zweifel hatten auch MünchKomm-*Emmerich*, 4. Aufl. 2001, Vor §§ 275 ff, Rn. 88 und *Soergel-Wiedemann*, 12. Aufl., Vor § 275 Rn. 181 sowie *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I,

Gesetzgeber eine solche Lösung gewollt, hätte er darauf hinweisen müssen. Eine freie Rechtsfolgenwahl unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen und Verantwortungsbeiträge sowie Einzelfallerwägungen erschienen vor der Kodifikation geeignet, Flexibilität und sinnvolle Fortentwicklung zu gewährleisten. Die c.i.c. sah sich aber stets dem Vorwurf der Rechtsunsicherheit ausgesetzt, obwohl faktisch die Rechtsprechung genau diese Kriterien (Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen und Verantwortungsbeiträge) berücksichtigte, um unter Verzicht auf den Kausalitätsnachweis zu den von ihr gewünschten Ergebnissen der Vertragsaufhebung oder Vertragsanpassung zu kommen.⁴¹⁵

Nach der Kodifikation ist dank der Vorgaben des Gesetzgebers, der den zentralen Haftungstatbestand des § 280 Abs. 1 BGB auch als Ausgangspunkt der c.i.c. sieht, unbestritten, dass die Rechtsfolgen der c.i.c. sich nach den §§ 249 ff. BGB richten. Da die Rechtsprechung die §§ 249 ff. BGB von jeher als Anknüpfungspunkt für die Rechtsfolgen der c.i.c. sah, lohnt sich eine nähere Untersuchung der Urteile vor der Schuldrechtsreform⁴¹⁶. Der Geschädigte kann nunmehr gemäß § 249 Abs. 1 BGB verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne das schädigende Verhalten des anderen Teils stünde. Je nach hypothetischem Geschehensverlauf ist somit ein Anspruch auf Ersatz des positiven oder des negativen Interesses denkbar.⁴¹⁷ Trifft den Geschädigten ein Mitverschulden, so ist § 254 BGB anzuwenden.

bb) Differenzierung: Pflichten mit und ohne Bezug zum Vertragsschluss

Da die c.i.c. viele unterschiedliche Sachverhalte⁴¹⁸ umfasst, ergeben sich für die Rechtsfolgen je nach Art der Pflichtverletzung Unterschiede. Auf Tatbestandsseite ist zunächst

Allgemeiner Teil, Teilband 2, § 29 II 6 und *Lieb*, FS Köln, S. 251, 257. Die Auffassung, für die Rechtsfolgen eine Analogie der §§ 122, 179 Abs. 2, 663 BGB und §§ 307, 309 BGB a. F. heranzuziehen, scheint sich an der culpa in contrahendo, wie von *Jhering* sie sah, zu orientieren. Nachdem die c.i.c. von heute nicht mehr die c.i.c. von damals ist, sondern eine erhebliche Weiterentwicklung [vgl. oben unter § 2II.3.a)] erfahren hat, ist eine Rechtsanalogie nicht (mehr) die richtige Lösung.

⁴¹⁵ Vgl. zur Vertragsaufhebung nur das neuere Urteil des Bundesgerichtshofs BGH NJW 1998, S. 302 mit der Konkretisierung des von ihr verlangten Erfordernisses eines Vermögensschadens: Anwendung der strafrechtlichen Grundsätze bei § 263 StGB über den individuellen Schadenseinschlag. Siehe zur Vertragsanpassung unten § 2II.3.d)ee) und § 2II.3.d)ff).

⁴¹⁶ Siehe unten § 2II.3.d)ee).

⁴¹⁷ Vgl. schon Nachweise in Fn. 410. Deutlich auch *E. Schmitz*, Dritthaftung, S. 143, 144.

⁴¹⁸ Siehe in Fn. 349.

in einer Grobdifferenzierung⁴¹⁹ zu unterscheiden, ob es sich um eine Pflichtverletzung mit oder ohne Bezug zum Vertragsschluss handelt. Bei den Pflichten ohne Zusammenhang mit dem Vertragsschluss handelt es sich um Schutz-, Erhaltungs- oder Sicherungspflichten. Sofern eine Pflicht im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss steht, sind aufgrund der Vielfältigkeit der Möglichkeiten weitere Unterscheidungen⁴²⁰ vorzunehmen. Bei diesen Pflichten sind die Fallgruppen des wirksamen und die des unwirksamen Vertrags zu unterscheiden. Fehlt es an einem wirksamen Vertrag, so kann man wiederum innerhalb dieser Fallgruppe den Fall des Abschlusses eines vermeintlich wirksamen Vertrags und den Fall, dass es schon äußerlich nicht zu einem Vertragsschluss gekommen ist, unterscheiden.

cc) Pflichtverletzung im Rahmen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung als Pflicht mit Bezug zum Vertragsschluss

Bei der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung ist zunächst nach den §§ 145 ff. BGB ein Versicherungsvertrag wirksam zustande gekommen [siehe unter I.5.a)]. Für den Vergleich zwischen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung und dem Rechtsinstitut der c.i.c. interessieren somit nur die Fälle der c.i.c., bei denen trotz Pflichtverletzung mit Bezug zum Vertragsschluss ein Vertrag wirksam zustande gekommen ist.⁴²¹ In diesen Fällen stellt sich die Pflichtverletzung als Verletzung einer Aufklärungspflicht⁴²² dar; der Vertrag hat aufgrund der Pflichtverletzung einen für den Vertragspartner „unerwünschten“⁴²³ oder „nicht erwartungsgerechten“⁴²⁴ Inhalt.

⁴¹⁹ Übernommen von *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 69 ff. Vgl. auch von *Caemmerer*, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, FS zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band 2, S. 49 ff., der zwischen der sogenannten „Verkehrshaftung“ und den Fällen, in denen sich das Verschulden „gerade auf den beabsichtigten Vertrag bezieht“, (S. 56 f.), unterscheidet.

⁴²⁰ Alle übernommen von *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 70 ff.

⁴²¹ Umfassend zu den Rechtsfolgen bei vermeintlich wirksamen oder nicht zustande gekommenen Verträgen *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 70 ff., insbesondere S. 82 ff., 133 ff. und bei Verletzung von Pflichten, die nicht mit dem Vertragsschluss zusammenhängen S. 69 f. Wie bereits oben [§ 21.3, insbesondere § 21.3.b)] erläutert, sind Konstellationen, in denen der Versicherer den Antrag des Versicherungsnehmers nicht angenommen hat, nicht mit der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung zu lösen, so dass die Fallgruppen des nicht zustande gekommenen Vertrags im Rahmen der c.i.c. hier nicht interessieren.

⁴²² Näheres oben § 21.4.

⁴²³ Der Ausdruck geht auf *Medicus*, Gutachten I, S. 479, 520 zurück.

⁴²⁴ Der Ausdruck geht auf *Hans Stoll*, FS v. *Caemmerer*, S. 435, 460 zurück.

Die Rechtsfolgen der c.i.c. richten sich nach der Kodifikation ohne Einschränkung nach den §§ 249 ff. BGB; der falsch aufgeklärte Vertragspartner ist so zu stellen, wie er stehen würde, wenn ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre.⁴²⁵ Er ist grundsätzlich nicht so zu stellen, wie er stehen würde, wenn die Falschinformation der Wirklichkeit entspräche.⁴²⁶

dd) Hypothetische Geschehensabläufe bei vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung

Vier hypothetische Geschehensabläufe sind bei richtiger Aufklärung denkbar:

1. Die Parteien schließen trotzdem denselben Vertrag.
2. Die Parteien schließen keinen Vertrag.
3. Der Aufklärungsberechtigte schließt mit einem Dritten den für ihn günstigen Vertrag.
4. Die bisherigen Parteien schließen einen für den Aufklärungsberechtigten günstigeren Vertrag.

Für den Vergleich mit den Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung interessiert hier nur der hypothetische Geschehensablauf unter 4., da dieser der Rechtsfolge der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung entspricht. Nach dieser wird der Vertrag mit dem Versicherer zu den vom Versicherungsnehmer ursprünglich gewünschten Bedingungen umgestaltet. Es findet eine *Vertragsanpassung* statt.⁴²⁷

ee) Rechtsprechung: Fälle mit einer Haftung aus c.i.c. auf Vertragsanpassung

α) Überblick

Die Rechtsprechung gewährt(e) als Folge einer Haftung aus c.i.c. in einigen Fallkonstellationen eine Vertragsanpassung. Im Folgenden sollen diese Fallgruppen kurz dargestellt

⁴²⁵ Die Haftung für ein Verschulden bei den Vertragsverhandlungen hat in diesen Fällen die Funktion einer subsidiären, inhaltlich abgeschwächten Haftung für das gegebene Wort, vgl. *Hans Stoll*, FS v. Caemmerer, S. 435, 462.

⁴²⁶ Vgl. nur *MünchKomm-Kramer*, 5. Aufl. 2006, § 123 Rn. 35a am Ende. In der Voraufgabe (4. Aufl. 2001) wurde eine Ausnahme genannt: Nur in Analogie zu § 463 Satz 2 BGB a. F. soll bei falschen Angaben über Eigenschaften der Kaufsache durch den Verkäufer oder einen Dritten der Käufer so gestellt werden, wie er stünde, wenn die vorgespiegelten Tatsachen wahr wären.

⁴²⁷ Vgl. zum Beispiel BGHZ 69, 53, 58; 111, 75, 82; 114, 87, 94 f. mit weiteren Nachweisen; BGH NJW 1980, S. 2408, 2410 = BB 1980, S. 1392 mit Anmerkung *G. Müller*; BB 1980, S. 1393 mit weiteren Nachweisen.

werden. Die Urteile, in denen bei einer Haftung aus c.i.c. eine Vertragsanpassung Haftungsfolge war, sind fast alle noch unter Geltung des alten Schuldrechts gefällt worden. Zwar gilt das neue Schuldrecht seit Januar 2002, aufgrund der Übergangsregelungen in Art 229 §§ 5-7 EGBGB gelten allerdings für Schuldverhältnisse, die vor dem 1.1.2002 entstanden sind und bei denen es sich nicht um Dauerschuldverhältnisse⁴²⁸ handelt, noch die Regelungen des alten Schuldrechts, Art 229 § 5 Satz 1 EGBGB. Inzwischen gibt es ein erstes Urteil des Bundesgerichtshofs zur Vertragsanpassung bei der c.i.c. sowie diverse obergerichtliche Rechtsprechung.⁴²⁹

Nach Ansicht des Gesetzgebers ergeben sich durch die Kodifizierung der c.i.c. keine Änderungen. Somit kann zunächst auf die Fälle zum alten Schuldrecht zurückgegriffen werden. Auch pochen bei der Fallgruppe der Unternehmenskäufe einige trotz Neufassung des § 453 Abs. 1 BGB, der die Anwendung der §§ 434 ff. BGB anordnet, noch auf die Lösung dieser Fälle über die c.i.c.⁴³⁰, womit nach deren Ansicht trotz § 453 Abs. 1 BGB keine Änderungen der Rechtsprechung bzw. andere Entscheidungen zu diesen Fällen zu erwarten sind.⁴³¹

β) Fallgruppen

Eine große Gruppe der Entscheidungen zur Vertragsanpassung aus c.i.c. stellt die Fallgruppe der Unternehmenskäufe dar. Der bekannteste Fall hierzu wurde vom VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs 1977 entschieden⁴³²:

Die Klägerin, die vom Beklagten ein Unternehmen erworben hatte, war von diesem durch fahrlässig falsche Angaben über den in der Bilanz ausgewiesenen Gewinn getäuscht worden und hätte bei Kenntnis der wahren Sachlage vom Kauf abgesehen. Sie möchte nun

⁴²⁸ Für diese gilt das alte Schuldrecht nur bis zum 31.12.2002, wenn sie vor dem 1.1.2002 entstanden sind, ab dem 1.1.2003 gilt für sie nach Art 229 § 5 Satz 2 EGBGB das neue Schuldrecht.

⁴²⁹ BGH vom 19.5.2006, veröffentlicht in BGHZ 168, 35 und NJW 2006, S. 3139, näheres in Fn. 442 am Ende. Vgl. außerdem OLG Oldenburg, Urteil vom 9.7.2008, Az. 4 U 66/07 und OLG Nürnberg, Urteil vom 24.11.2006, Az. 2 U 1723/06, OLG München, Urteil vom 27.6.2006, Az. 7 U 2128/06 (Unternehmenskauf) sowie OLG Stuttgart, Urteil vom 2.4.2007, Az. 5 U 177/06 ganz am Ende zu Antrag Ziffer 2.

⁴³⁰ Vgl. *Eidenmüller*, ZGS 2002, S. 290, 294 und *Kindl*, WM 2003, S. 409, 410, 412.

⁴³¹ Das Urteil des OLG München, Urteil vom 27.6.2006, Az. 7 U 2128/06, kann zu einer fundierteren Prognose nicht herangezogen werden, da es noch einen Sachverhalt betrifft, der nach dem Kaufrecht vor dem 1.1.2002 zu lösen ist.

⁴³² BGHZ 69, 53.

trotz der Täuschung am Vertrag festhalten, weil sie zum Zeitpunkt der Kenntniserlangung das Unternehmen bereits in den eigenen Unternehmensverband eingegliedert hatte.

Der Bundesgerichtshof entschied, nachdem er eine Rückgängigmachung des Vertrags wegen einer arglistigen Täuschung abgelehnt hatte, dass die Klägerin aus Verschulden bei Vertragsschluss auch den Betrag verlangen könne, um den sie das Unternehmen „zu teuer“⁴³³ gekauft hatte.

Das Gericht weist auf die „Besonderheit (...), daß eine Rückabwicklung nur noch unter erschwerten Bedingungen möglich war“⁴³⁴, hin und beziffert den Schaden auf den „Betrag, um den die Klägerin im enttäuschten Vertrauen auf die Richtigkeit der Bilanzangaben des Beklagten dessen Anteile an der KG überhöht gekauft hat“⁴³⁵. Diesen Betrag hat das Gericht entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, das den Schaden aus der Differenz zwischen dem in der Bilanz ausgewiesenen Gewinn und dem tatsächlichen Verlust errechnete, durch Schätzung der Differenz des gezahlten Kaufpreises und des Kaufpreises eines in dieser Höhe Verlust erwirtschaftenden Unternehmens nach § 287 ZPO ermittelt. Weitere ähnliche Entscheidungen zu Unternehmenskäufen folgten.⁴³⁶

Eine weitere Fallgruppe stellen die zahlreichen Entscheidungen zur Vertragsanpassung aus c.i.c. bei Kauf- und Werkverträgen dar. Der hierzu wohl bekannteste⁴³⁷ Fall, der so-

⁴³³ So der Bundesgerichtshof wörtlich im Leitsatz.

⁴³⁴ BGHZ 69, 53, 57. Zustimmend *Tiedtke*, JZ 1989, S. 569, 570.

⁴³⁵ BGHZ 69, 53, 58.

⁴³⁶ Vgl. nur BGH NJW 1980, S. 2408 und BGH WM 1988, S. 1700, 1702 = BGH NJW-RR 1989, S. 306, 307 und speziell MünchKomm-*Emmerich*, 5. Aufl. 2007, § 311 Rn. 273. Man könnte auch BGH NJW 1994, S. 663 in diese Kategorie einordnen. In diesem Fall hatte der Geschädigte vom Verkäufer von Ladeneinrichtungen eine fehlerhafte Standortanalyse, die die Geschäftsaussichten positiv beurteilte, erhalten und daraufhin bei diesem und bei einer Leasingfirma eine Ladeneinrichtung erworben und ein Geschäft eröffnet. Richtigerweise ist dieser Fall aber nicht als Unternehmenskaufvertrag, sondern als Beratungsvertrag anzusehen, vgl. hierzu unten § 2II.3.d)ff)c)(II)(3)(a). Ausführlich zu Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf aus Sicht der Rechtsprechung *Hiddemann*, ZGR 1982, S. 435 ff. und *Huber*, AcP 202 (2002), S. 179 ff.

⁴³⁷ Der erste kaum bekannte Fall, bei dem das Gericht, ohne es ausdrücklich so zu bezeichnen, eine Anpassung des Werkvertrags und eine Erhöhung (!) des zu zahlenden Werklohns vornahm, wurde vom Reichsgericht 1918 entschieden, vgl. RGZ 95, 58, 61 („Rohrleitungsfall“). Näher hierzu unter § 2II.3.d)ff)a)(III).

genannte Flugzeug-Fall⁴³⁸, wurde vom VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs 1981 entschieden:

Der Kläger durfte aufgrund früherer, unverbindlicher Angaben annehmen, bei dem angebotenen Preis von 280.000 Dollar handle es sich um den (günstigeren) Großhändlerpreis, was nicht der Fall war. Der Großhändlerpreis lag bei 238.000 Dollar. Die Beklagte hätte sich auf einen Preis von 238.000 Dollar nicht eingelassen.

Dennoch setzte der Bundesgerichtshof als Folge einer Haftung aus c.i.c. fest, dass der Kaufpreis bei gleicher Leistung um 42.000 Dollar auf den Großhändlerpreis in Höhe von 238.000 Dollar herabgesetzt wurde. Dass sich der Verkäufer auf eine Herabsetzung des normalen Kaufpreises nicht eingelassen hätte, kümmerte den Bundesgerichtshof nicht. Die Beklagte wurde zur Rückzahlung in Höhe von 42.000 Dollar verurteilt.

Der Bundesgerichtshof bezifferte den „Betrag als Schaden (...), um den der tatsächlich vereinbarte und gezahlte Preis den der Absprache entsprechenden übersteigt“⁴³⁹. In diesem Urteil geht das Gericht aber noch weiter: Es stehe „im Belieben des Geschädigten, auch dann, wenn er bei pflichtgemäßem Verhalten seines Vertragspartners von einem Vertragsschluss abgesehen hätte, am Vertrag festzuhalten (...)“.⁴⁴⁰ Der Geschädigte hat nach dieser Rechtsprechung ein Wahlrecht, ob er den Vertrag aufheben oder anpassen lässt.⁴⁴¹ Es handelt sich nicht nur um eine Beweislastumkehr, nach der der Schädiger

⁴³⁸ BGH NJW 1981, S. 2050 f. = BGH WM 1981, S. 689. In diesem Fall wurde auf BGHZ 69, 53, 58 Bezug genommen, obwohl es sich nicht um einen Unternehmenskauf handelte. Hierzu kommentiert *Larenz*, Schuldrecht I, § 8 IV 2, es „zeichnet sich eine Rspr. ab, die zukünftig unterschiedslos in allen Fällen des Kaufs (auch anderer Vertragstypen?) erwartet werden kann.“

⁴³⁹ BGH NJW 1981, S. 2050, Leitsatz. Ob das Flugzeug den regulären Preis von 280.000 Dollar sogar wert war, spielte keine Rolle; nach Ansicht des Bundesgerichtshofs lag der Schaden in Höhe von 42.000 Dollar allein in dem über den Großhändlerpreis hinausgehenden Teil des Kaufpreises.

⁴⁴⁰ Vgl. BGH NJW 1981, S. 2050, 2051.

⁴⁴¹ Vgl. auch das Urteil BGH NJW 1980, S. 2408, 2409, in dem der BGH eine Vertragsanpassung annimmt, obwohl es sich nicht um einen Unternehmenskauf handelt und die Rückabwicklung nicht unmöglich ist. Dem Erwerber steht „die freie Entschließung zu, so etwa aus wirtschaftlichen Gründen“, S. 2410. Vgl. aus neuerer Zeit dazu BGH ZIP 1999, S. 574, 577 = NJW 1999, S. 2032, 2034.

Der Rechtsprechung des VIII. Senats (BGHZ 69, 53, 57 f.; 111, 75, 82; BGH NJW 1980, S. 2408, 2410; BGH NJW 1981, S. 2050, 2051 [Flugzeug-Fall]; BGH WM 1988, S. 1700, 1702, BGH WM 1991, S. 695, 698) zur Einräumung eines Wahlrechts des Geschädigten folgten nach und nach die meisten anderen Senate: Vgl. Rechtsprechung des V. Senats: BGH NJW 1981, S. 1035, 1036; BGH NJW 1987, S. 2511, 2512; BGH WM 1987, S. 1466, 1467; BGH NJW-RR 1988, S. 10, 11 und BGH NJW 2001, S. 2875, 2877. Vgl. Rechtsprechung des VII. Senats: BGHZ 114, 87, 94; BGH NJW 1989, S. 1793, 1794 f. (Feu-

beweisen muss, dass er den Vertrag mit dem gewünschten Inhalt nicht geschlossen hätte. Dem Schädiger wird vielmehr der Einwand, er hätte sich nicht auf einen solchen Vertragsinhalt eingelassen, abgeschnitten⁴⁴², so dass mit Recht gesagt wird, es handle sich bei der Vertragsanpassung als Folge der c.i.c. um eine „richterliche Anpassung des Vertrags“⁴⁴³. Dieses Abschneiden kritisieren große Teile der Literatur.⁴⁴⁴ Nur wenn der Geschädigte beweisen kann, dass der Schädiger den Vertrag auch zu den von ihm

erleiter-Fall) mit Anmerkung *Tiedtke*, JZ 1989, S. 569 ff. Vgl. Rechtsprechung des IX. Senats: BGH NJW 1993, S. 1323, 1325. Vgl. Rechtsprechung des X. Senats: BGH NJW 1994, S. 663, 664; Vgl. Rechtsprechung des XI. Senats: BGH WM 1988, S. 1685, 1688.

Vgl. vor dieser Rechtsprechung noch der I. Senat: BGH BB 1969, S. 696 f. (vorsätzliche Täuschung); BGH WM 1970, S. 819, 822 (sittenwidrige Schädigung durch arglistige Täuschung).

⁴⁴² Besonders deutlich BGHZ 69, 53, 56 f. und BGH NJW 1981, S. 2050, 2051. Vgl. zu Unternehmenskäufen BGH WM 1988, S. 1700, 1702; BGH NJW-RR 1989, S. 306, 307; BGH NJW 1994, S. 663, 664, zu einem Werkvertrag BGH JZ 1989, 592 und noch *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 183: „(...) weitergehend soll ein gelungener Gegenbeweis (des Nichtabschlusses, *Anm. d. Verf.*) wirkungslos sein.“

Wohl anders BGH NJW 1998, S. 2900, 2901: „Bei der Bemessung des Schadensersatzes wegen Verschuldens bei Vertragsschluss (ist) *nicht ohne weiteres* davon auszugehen (...), der Schädiger sei, wenn es nicht zu der Täuschung gekommen wäre, bereit gewesen, den Vertrag zu anderen, für den Geschädigten günstigeren Bedingungen abzuschließen. (...) Es gibt aber Fälle, in denen *aufgrund besonderer Umstände zuverlässig festgestellt* werden kann, dass der Vertrag (...) unter denselben Vertragspartnern zu anderen, für den Getäuschten günstigeren Bedingungen zustande gekommen wäre.“ (*Herv. v. Verf.*). Die „besonderen Umstände“ werden belegt: Die Beklagte war unter anderem auf Mitwirkung der Klägerin angewiesen, um einen Bankkredit zu erhalten und hatte so eine „starke Verhandlungsposition“ inne; des Weiteren lag bereits ein von der Beklagten entworfener Vertragsentwurf vor, der für die Klägerin günstiger war und sogar den nun von ihr gewünschten Vertragsinhalt hatte. Vgl. hierzu die Anmerkungen von *St. Lorenz*, BGH NJW 1999, 1001 und *Hans Stoll*, JZ 1999, S. 95.

Das neueste Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19.5.2006, veröffentlicht in BGHZ 168, 35 und BGH NJW 2006, S. 3139 differenziert zwischen der Vertragsanpassung als Posten des Erfüllungsschadens und als Posten des Vertrauensschadens. Demnach kann als für die Geltendmachung eines Erfüllungsschadens als Folge einer Verletzung von Aufklärungspflichten vor Vertragsschluss der Geschädigte auch so zu stellen sein, „als habe er mit dem anderen Teil einen besseren Vertrag geschlossen. Das setzt aber voraus, dass ein solcher Vertrag bei erfolgter Aufklärung zustande gekommen wäre, was der Geschädigte darzulegen und zu beweisen hat.“, Leitsatz 3. Anderes soll bei der Berechnung des Vertrauensschadens gelten: Hier brauche der „Geschädigte nicht nachweisen, dass sich der Vertragspartner auf einen Vertragsschluss zu einem niedrigeren Preis eingelassen hätte“, S. 3141.

⁴⁴³ *Staudinger-Schiemann*, 13. Aufl., § 249 Rn. 196. *Horn*, JuS 1995, S. 377, 383 spricht von einer „nachträglichen, richterlichen Inhaltskontrolle“.

⁴⁴⁴ Vgl. unten § 2II.3.d)ff)c).

gewünschten Bedingungen abgeschlossen hätte, wird niemand behaupten können, dass eine Vertragsanpassung nicht dem Schadensersatzumfang entspricht, der sich aus dem hypothetischen Kausalverlauf ergibt. Weitere Urteile zu ähnlichen Fallgestaltungen folgten.⁴⁴⁵

Innerhalb beider Fallgruppen finden sich Entscheidungen, die, wie *Tiedtke*⁴⁴⁶ plastisch formulierte, eine „große“ im Gegensatz zur „kleinen“ Lösung⁴⁴⁷ anstreben. In den so entschiedenen Fällen liegt in der Regel eine zusätzliche Komponente vor: Der Wert der empfangenen Gegenleistung entspricht objektiv dem Wert der erbrachten Leistung oder übersteigt ihn sogar. Mit anderen Worten: Der Geschädigte hat trotz Verletzung der Aufklärungspflicht ein „gutes Geschäft“ gemacht, die Sache ist trotz des Fehlers mindestens ihr Geld wert.

Ein Beispiel: K hat für ein Unternehmen, von dem er nach einem Blick in die Bilanz glaubte, es sei 2 Millionen € wert, nur 1 Million € bezahlt. Die Bilanz ist unrichtig, dennoch ist das Unternehmen noch 1,5 Millionen € wert.

„Große“ und „kleine“ Lösung unterscheiden sich hier erheblich: Nach der „kleinen“ Lösung erhält der Geschädigte keinen Schadensersatz. Nach der „großen“ Lösung erhält er *anteilig* zurück, was er „zuviel“ bezahlt hat, im dargestellten Beispiel ein Viertel der bezahlten Kaufsumme. Der Bundesgerichtshof vertrat oft die „große“ Lösung.⁴⁴⁸ In den meisten nach dieser Lösung entschiedenen Fällen kamen „große“ und „kleine“ Lösung jedoch nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen, weil die Gegenleistung objektiv nicht soviel wert war wie die Leistung. Bekanntester Fall in diesem Zusammenhang ist der vom VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs 1989 entschiedene „Feuerleiter-Fall“⁴⁴⁹, in dem nicht klar wird, ob die Gegenleistung objektiv soviel wert war wie die Leistung:

Die Klägerin erwarb von der Beklagten eine Wohnung. Es stellte sich heraus, dass die Beklagte die Klägerin nicht über den auf behördlicher Auflage beruhenden Einbau einer Feuerleiter vor dem einzigen Fenster der Wohnung aufgeklärt hatte. Durch den Einbau dieser

⁴⁴⁵ Vgl. die Nachweise in Fn. 441.

⁴⁴⁶ JZ 1989, S. 569 ff.

⁴⁴⁷ *Tiedtke*, JZ 1989, S. 569, 570 spricht von einer „kleinen“ bzw. „großen“ *Korrektur*, da er diese Lösungen anhand einer Berichtigung von § 249 Abs. 1 (damals Satz 1) BGB vornimmt.

⁴⁴⁸ Vgl. die Nachweise in Fn. 441 zum V., VII. und VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs.

⁴⁴⁹ NJW 1989, S. 1793 mit Anmerkung *Tiedtke*, JZ 1989, S. 569 ff. Auch Fälle wie der Flugzeug-Fall sind in diesen Zusammenhang einzuordnen, da davon auszugehen ist, dass das Flugzeug den Preis von 280.000 Dollar, der immerhin den „normalen“ Händlerpreis darstellt, wert ist.

Feuertreppe wurde der Wert der Wohnung um von der Klägerin geltend gemachte, vom Berufungsgericht aber nicht festgestellte 10% gemindert. Der Bundesgerichtshof bejahte einen Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss.

Den Schaden des Klägers bezifferte der Bundesgerichtshof auf den Betrag, „um den dieser die Wohnung zu teuer erworben hat“⁴⁵⁰. Der am Vertrag festhaltende Erwerber könne „eine entsprechende Herabsetzung des vereinbarten Preises und Rückzahlung des Mehrbetrags verlangen“⁴⁵¹. Es spielte folglich keine Rolle, ob die Wohnung trotz Einbau der Feuerleiter objektiv den erbrachten Kaufpreis wert war.

In diesen Fällen kommt, wenn man der „großen“ Lösung folgt, zu den grundsätzlichen Problemen der Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. ein weiteres hinzu: Bei Rückabwicklung des Vertrags hätte der Geschädigte den gezahlten Kaufpreis zurückbekommen und hätte im Gegenzug die Kaufsache rückübereignet. Nach der „großen“ Lösung behält er seine Gewinnspanne. Diese wäre ihm bei Rückabwicklung des Vertrags nicht erhalten geblieben. Der Geschädigte steht also sogar *besser*, als er bei Nichtzustandekommen des Vertrags stünde.⁴⁵²

χ) **Ausblick**

Der Gesetzgeber hat die Problematik der Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. insgesamt offen gelassen. Durch die Neufassung des § 453 Abs. 1 BGB⁴⁵³ wurde nach herrschender Meinung der Anwendungsbereich des Sachmängelrechts auf Unternehmen erweitert bzw. nach Ansicht einiger sogar als eine analoge Anwendung unter Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung angeordnet.⁴⁵⁴ So entfällt ein Großteil der Schwierigkeiten

⁴⁵⁰ BGH NJW 1989, S. 1793, Leitsatz. Vgl. auch BGH NJW 2001, S. 2875, 2877 und BGH WM 1987, S. 1466; 1988, S. 1701, 1702.

⁴⁵¹ BGH NJW 1989, S. 1793, 1794.

⁴⁵² Ausführlich hierzu unter § 2II.3.d)ff)c).

⁴⁵³ Im alten Recht ließ sich ein Unternehmen in der Regel nicht unter den Sachbegriff des § 459 BGB a. F. subsumieren. Nur wenn ein Unternehmen als ganzes verkauft wurde, behandelte es die Rechtsprechung wie eine Sache und zog die §§ 459 ff. BGB a. F. entsprechend heran. Daraus resultieren die zahlreichen Urteile zur c.i.c. bei Unternehmenskäufen. Im neuen Recht werden diese von § 453 Abs. 1 BGB als „sonstige Gegenstände“ erfasst, so dass die Vorschriften des Sachkaufs durch die Verweisung des § 453 Abs. 1 BGB anwendbar sind.

⁴⁵⁴ Vgl. *Dauner-Lieb/Thiessen*, ZIP 2002, S. 108, 110 und *Knott*, NZG 2002, S. 249, 250. Die Anordnung analoger Anwendung des Sachmängelrechts vertreten *Gronstedt/Jörgens*, ZIP 2002, S. 52, 53. Dagegen bezweifelt *Kindl*, WM 2003, S. 409, 410, 412, dass die Rechtsprechung nun bei Unternehmenskäu-

bei Unternehmenskäufen, die letztlich zu einer derartigen Haftungsfolge bei der c.i.c. führten. Wann im Einzelfall ein Mangel an einem Unternehmen vorliegt, ist hingegen nicht geklärt; diese Frage bleibt auch im neuen Recht Hauptstreitpunkt.⁴⁵⁵ Weil eine Minderung nach den §§ 437 Nr. 2, 441 BGB weiterhin einen Mangel nach § 434 BGB voraussetzt, stellt sich die Problematik in unveränderter Form jedoch bei Fallkonstellationen wie dem oben beschriebenen „Flugzeug-Fall“.

Da der Gesetzgeber durch die gesetzliche Verankerung der c.i.c. weder Haftungs begründung noch Rechtsfolgen verändern wollte⁴⁵⁶, wird diese Rechtsprechung trotz der Kritik hieran im Grundsatz wohl aufrechterhalten werden.⁴⁵⁷ *Pohlmann* möchte in diesen Fällen § 249 Abs. 1 BGB⁴⁵⁸ „zur Vermeidung unerträglicher Ergebnisse“⁴⁵⁹ korrigieren. Auf die Kodifizierung geht er in diesem Zusammenhang nicht ein. Deswegen steht eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Argumentation aus heutiger Sicht noch aus. Ebenso muss eine Übertragung, mögliche Verstärkung oder auch Schwächung der vor der Re-

fen das Sachmängelrecht häufiger zur Anwendung bringen wird. Seiner Ansicht nach ist die c.i.c. auch nach der Reform aufgrund angemessenerer Rechtsfolge (S. 412: „Kaufpreisminderung nach Maßgabe des § 441 Abs. 3 BGB“) und längerer Verjährungsfrist (S. 413) das geeignetere Mittel zur Lösung der Probleme. Auch *Eidenmüller*, ZGS 2002, S. 290, 294 will Sachmängelrecht nur anwenden, wenn alle oder fast alle Gesellschaftsanteile veräußert werden. Im Ergebnis hält auch er eine culpa-Haftung zur Lösung der beim Unternehmenskauf auftretenden Informationsprobleme für besser geeignet als ein verschuldensunabhängiges Gewährleistungsrecht. Allerdings wollte der Gesetzgeber diese Fälle nicht über das Institut der c.i.c. gelöst sehen, vgl. die Begründung in BT-Drs. 14/6040, S. 242 linke Spalte: Das Ausweichen auf das Institut der c.i.c. sei nicht mehr notwendig, da dem Käufer ein Nachbesserungsrecht gewährt wird, ihm ein Schadensersatzanspruch auch bei Fahrlässigkeit zustehen kann, außerdem die Berechnung der Minderung erleichtert wurde und die Frage der Verjährung nun auch angemessen geregelt worden sei. Ausführlich zur Mängelhaftung beim Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform *C. Schmitz*, RNotZ 2006, S. 561.

⁴⁵⁵ Es genügt wohl nicht, wenn ein Fahrzeug des Maschinenparks defekt ist; Beispiel von *Canaris*, ZGR 1982, S. 395, 399. Allerdings stellt inzwischen wohl eine falsche Ertragsangabe aufgrund des von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB angeordneten subjektiven Fehlerbegriffs einen die Sachmängelrechte eröffnenden Mangel dar, so *Dauner-Lieb/Thiessen*, ZIP 2002, S. 108, 110. Vgl. insgesamt *Kindl*, WM 2003, S. 409, 411 und *Knott*, NZG 2002, S. 249, 251 f. Siehe auch *Eidenmüller*, ZGS 2002, S. 290, 295, der den Beschaffheitsbegriff ähnlich wie im alten Recht bestimmen möchte.

⁴⁵⁶ Vgl. oben § 2II.3.b) und den Nachweis in Fn. 346.

⁴⁵⁷ So speziell zu der Fallgruppe der Vertragsanpassung bei Unternehmenskäufen *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, § 6 II 2, S. 156.

⁴⁵⁸ Zum Erscheinungszeitpunkt der Dissertation 2002 noch § 249 S. 1 BGB. Änderung durch das Zweite Gesetz zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002; BGBl. I S. 2674.

⁴⁵⁹ *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 119.

form vertretenen Argumente und Positionen zur Vertragsanpassung bei der c.i.c. diskutiert werden [ausführlich unter ff)c)].

ff) Vertragsanpassung als Rechtsfolge der culpa in contrahendo: Problemaufriss

Die Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c.⁴⁶⁰ provoziert neben Kritik an ihr selbst einige Einzelprobleme: Sie kann grundsätzlich in zwei Formen – „Minderung“ und „Erhöhung“ jeweils von Leistung und Gegenleistung – auftreten [a)]. Unklar ist auch, welcher Schadensersatzkategorie sie zuzuordnen ist [b)]. In der Kritik steht sie wegen der Umgehung der Kausalitätsermittlung bei der Naturalrestitution. Es ist zu überlegen, ob und in welchen Fällen diese Umgehung aufgrund des Schutzzwecks der verletzten Pflicht geboten ist. Hält man eine Vertragsanpassung grundsätzlich für zulässig, ist die Frage des Umfangs der Vertragsanpassung bzw. die Frage, welcher Maßstab an Stelle des hypothetischen Kausalverlaufs zu setzen ist, zu diskutieren [siehe unter c)]. Unter Geltung des neuen Schuldrechts ist auch zu fragen, ob Lösungen nicht über die neu kodifizierte Störung der Geschäftsgrundlage gesucht werden müssen [siehe unter gg)].

α) Vertragsanpassung als „Minderung“ bzw. als „Erhöhung“

(I) Gedankengang

Nimmt man an, dass die Parteien einen für den Aufklärungsberechtigten *günstigeren Vertrag* geschlossen hätten, wenn der Aufklärungsverpflichtete nicht falsch, sondern ordnungsgemäß aufgeklärt hätte, so kann der hypothetische Vertrag aus zwei Gründen günstiger sein: Entweder wird die Leistung bei gleichem Inhalt billiger oder sie wird zum gleichen Preis aufgestockt. Es kann entweder eine Relationsverschiebung nach unten oder nach oben stattfinden.

Dies kann sich aus Sicht des Leistenden auf die Leistung und vice versa aus Sicht des die Gegenleistung Erbringenden auf die Gegenleistung beziehen. In der Regel besteht nur eine der Leistungen in Geld, diese wird im Folgenden als Gegenleistung bezeichnet. Die andere Leistung kann zum Beispiel in der Übergabe und Eigentumsverschaffung einer Sache (§ 433 BGB), in der Leistung der zugesagten Dienste (§ 611 BGB) oder in der Erbringung des versprochenen Werks (§ 631 BGB) liegen; ebenso kann sie „ge-

⁴⁶⁰ Einige verwenden für dieselbe Problematik den Ausdruck der „Vertragskorrektur“, siehe *E. Schmitz*, Dritthaftung, S. 146, oder auch nur „Herabsetzung der Leistung“, siehe *NJW-RR* 1988, S. 10, 11.

mischt“ sein, es kann zum Beispiel in Gestalt einer gemischten Schenkung (Kauf mit Schenkungselementen) geleistet werden. Die nicht in einer Geldzahlung bestehende Leistung wird im Folgenden als „Leistung“ bezeichnet.

Inzwischen beschreibt § 1 VVG, der auch weiterhin von einer Legaldefinition des Versicherungsvertrags absieht, die Leistungspflichten der Vertragspartner, so dass nunmehr klargestellt ist, dass die Pflicht des Versicherers sowohl darin besteht, das Risiko zu tragen, als auch im Fall des Eintritts des Versicherungsfalls zu leisten.⁴⁶¹ Da auch der Versicherungsnehmer Geld in Form von regelmäßigen Prämien erbringt, sind bei einem Versicherungsvertrag beide Seiten zur Geldleistung verpflichtet. Die oben getroffenen Unterscheidungen zwischen der Leistung als „Nicht-Geldleistung“ und der Gegenleistung als „Geldleistung“ sind hier somit nicht anwendbar. Da für den Versicherungsnehmer die Prämienzahlung Hauptleistungspflicht ist, wird im Folgenden nur die Geldleistung des Versicherungsnehmers als Gegenleistung bezeichnet.

Der Versicherer leistet sowohl Risikotragung als auch Zahlung im Versicherungsfall nur, wenn das Risiko vom Versicherungsvertrag abgedeckt ist. Entscheidend für den Versicherungsnehmer ist also, welche Risiken abgedeckt sind, mit anderen Worten: wie groß und umfänglich das „Versicherungspaket“ ist. Es ist für ihn entscheidend, ob zum Beispiel nur das Risiko „Sturmschaden“ oder auch das Risiko „Sturmflutschaden“ Inhalt des Versicherungspakets ist oder ob sein Auto auch im asiatischen Teil und nicht nur im europäi-

⁴⁶¹ Was bei einem Versicherungsvertrag vom Versicherer zu leisten ist, war zur Zeit des alten VVG im Einzelnen umstritten. Einige vertraten, nur die Geldzahlung bei Eintritt des Versicherungsfalls sei Leistung des Versicherers. Dies ist die herrschende „Geldleistungstheorie“. Bei ihr ist die Gefahrtragung und Organisation vor Eintritt des Versicherungsfalls nur Vorbereitung der eigentlichen Leistung, nämlich des Einstehens im Versicherungsfall, vgl. zum Beispiel Prölss/Martin-Prölss, § 1 VVG Rn. 21 ff. mit weiteren Nachweisen. Andere vertraten, auch die Risikotragung sei Teil der Leistung. Dies ist die sogenannte „Gefahrtragungstheorie“, nach der die Leistung im Versicherungsfall nur Folge der Gefahrverwirklichung ist, vgl. zum Beispiel Bruck/Möller, 8. Aufl., § 1 Anm. 40 ff. mit weiteren Nachweisen in Anm. 44 und Rückblicken in Bruck/Möller-Baumann, 9. Aufl., § 1 Rn. 28 ff. Weitere Nachweise auch bei Prölss/Martin-Prölss, § 1 VVG Rn. 22. Nach jeder Ansicht war also die Geldleistung bei Eintritt des Versicherungsfalls Leistung. In neuerer Zeit wurde auch vertreten, der Versicherungsvertrag sei ein Geschäftsbesorgungsvertrag; eine weitere Ansicht vertrat, er sei zumindest der Geschäftsbesorgung ähnlich und die Prämie sei nur der Preis für die Organisation der Gefahrgemeinschaft. Diese Ansicht sieht in der Auszahlung der Versicherungsleistung lediglich eine Umverteilung der von der Gefahrgemeinschaft aufgebracht und dem Versicherer zu treuen Händen überlassenen Gelder. Darstellung mit weiteren Nachweisen und Kritik bei Prölss/Martin-Prölss, § 1 VVG Rn 23. Vgl. außerdem die Nachweise in Fn. 128.

schen Teil der Türkei kaskoversichert ist. Somit kann methaphorisch von einer „Aufstockung“ der Leistung bzw. des Leistungspakets gesprochen werden.

Ein günstigerer Vertrag enthält je nach Sichtweise der Partei eine „Minderung“ oder eine „Erhöhung“ der Leistung oder der Gegenleistung.⁴⁶² In jeder Vertragsanpassung zugunsten des Geschädigten liegt somit entweder eine Minderung oder eine Erhöhung. Im ersten Fall der Minderung wird dem Geschädigten ein Teil des gezahlten Entgelts erstattet oder er muss bei gleich bleibendem Preis weniger leisten. Im zweiten Fall der Erhöhung muss der Schädiger das geschuldete Leistungspensum aufstocken oder er muss für die Leistung mehr bezahlen. Die jeweilige Konstellation hängt davon ab, ob der Geschädigte die Leistung oder die Gegenleistung erbringt.

Die Begriffe „Erhöhung“ und insbesondere „Minderung“ sind nicht zu verstehen als Minderung im Sinne des § 441 BGB bzw. der §§ 462, 465, 472 Abs. 1 BGB a. F. Es handelt sich nicht um legal definierte oder zumindest im Gesetz angelegte Begriffe. Zwar verweisen einige Autoren⁴⁶³ in diesem Zusammenhang auf die in § 441 Abs. 3 BGB bzw. § 472 Abs. 1 BGB a. F. niedergelegte Berechnung der Minderung, dies ist aber nur als Hinweis zu verstehen, dass die dortige Formel verwendet werden *kann*. Einige Autoren verwenden den Begriff der „Minderung aus c.i.c.“⁴⁶⁴, der allerdings missverständlich und *einseitig* ist.

Festzuhalten bleibt: Eine Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. kann theoretisch durch Relationsverschiebung nach unten („Minderung“) und nach oben („Erhöhung“) geschehen.

⁴⁶² Sowohl Minderung als auch Erhöhung können somit jeweils auf zwei Arten bewerkstelligt werden. Die Minderung kann darin bestehen, den Preis (die Gegenleistung) für die Leistung herabzusetzen oder bei gleich bleibendem Preis (gleich bleibender Gegenleistung) die Leistung zu verringern. Die Erhöhung kann darin bestehen, den Preis (die Gegenleistung) für die Leistung zu erhöhen oder die Leistung bei gleich bleibendem Preis (Gegenleistung) aufzustocken. Eine Kombination aus beidem ist ebenso möglich.

⁴⁶³ Zum Beispiel *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 116. Weitere Nachweise bei Münch-Komm-*Emmerich*, 5. Aufl. 2007, § 311 Rn. 272 bei und in Fn. 833..

⁴⁶⁴ *St. Lorenz*, NJW 1999, 1001; *Medicus*, FS Hermann Lange, S. 539, 556. Kritisch zu dieser Bezeichnung *Gebhardt*, Herabsetzung der Gegenleistung, S. 132.

(II) Bürgerlich-rechtliche Rechtsprechung zur Relationsverschiebung nach unten („Minderung“)

Die bisher aufgezeigten und fast alle bisher entschiedenen Fälle zum Bürgerlichen Recht verfolgen *eine* Linie: Der Aufklärungsberechtigte erhielt, wenn er bereits die Gegenleistung erbracht hatte, Geld zurückerstattet, oder er musste, wenn er die Gegenleistung noch nicht erbracht hatte, weniger bezahlen. Grundsätzlich wurde also der Ansatz der Minderung der Gegenleistung verfolgt.

(III) Bürgerlich-rechtliche Rechtsprechung zur Relationsverschiebung nach oben („Erhöhung“)

Eine Erhöhung in Form der Heraufsetzung der Gegenleistung als Folge einer Haftung aus c.i.c. ist grundsätzlich vorstellbar und wurde vom Reichsgericht im „Rohrleitungsfall“⁴⁶⁵ und vom Bundesgerichtshof in einem ähnlich gelagerten Fall⁴⁶⁶ auch vertreten. Der Fall wird von *Flume* als Fall des Irrtums über die Kalkulationsgrundlage behandelt, er räumt aber ein, dass in solchen Fällen an eine Haftung aus c.i.c. gedacht werden muss.⁴⁶⁷

(IV) Versicherungsrechtliche Rechtsprechung zur Relationsverschiebung nach oben („Erhöhung“)

In Urteilen zu Versicherungsverträgen vertritt der Bundesgerichtshof häufig eine Erhöhung in Form der Heraufsetzung der Leistung unter der Überschrift der c.i.c. Das Versicherungspaket wurde zur gleichen Prämie aufgestockt, zum Beispiel musste der Versicherer entgegen § 2 Abs. 1 AKB im nichteuropäischen Teil der Türkei Versicherungsschutz gewähren⁴⁶⁸, Feuerversicherungsschutz über die Deckungszusage hinaus

⁴⁶⁵ RGZ 95, 58: Eine Gemeinde hatte den mit der Rohrverlegung beauftragten Unternehmer durch unrichtige Angaben über die Höhe der Straßenoberkante zu falschen Preiskalkulationen veranlasst, siehe hierzu auch *Erman-Kindl*, 12. Aufl., § 311 Rn. 43.

⁴⁶⁶ BGH NJW 1966, S. 498: Der Bundesgerichtshof prüfte einen Anspruch des Unternehmers aus c.i.c., lehnte dies jedoch ab, da der Unternehmer in diesem Fall das Risiko von Mehrkosten übernommen habe.

⁴⁶⁷ *Flume*, AT 2, 4. Aufl., § 26 4 b, S. 507 bei und in Fn. 33.

⁴⁶⁸ Vgl. BGHZ 40, 23.

gewähren⁴⁶⁹ oder Versicherungsschutz entgegen § 2 Nr. 2a AKB gewähren, obwohl das Fahrzeug zu einem anderen als in dem Versicherungsvertrag angegebenen Zweck verwendet worden war⁴⁷⁰.

Standen ein Kaufvertrag und die Kaufsache in Rede, wurde bislang nicht so entschieden. Grund hierfür ist die Natur der Versicherung „als Rechtsprodukt“⁴⁷¹. Die Leistung des Versicherers ist ein „nicht greifbares“⁴⁷², „unsichtbares“⁴⁷³ Gut, das erst durch den Versicherungsvertrag und die für ihn geltenden Regeln Gestalt annimmt. Dadurch ist es einfacher als bei einer Kaufsache, die Leistung beliebig zu verstellen, also aufzustocken oder zu mindern. Bei einem Kaufvertrag ist eine Aufstockung nur denkbar, wenn zum Beispiel die Stückzahl der Kaufsachen von zwei auf drei Stück erhöht wird, oder wenn es sich um eine in unterschiedlichen Qualitätsstufen verfügbare Sache handelt, zum Beispiel Autos oder Elektrogeräte. Des Weiteren ist die Leistung des Versicherers in jedem Fall auch Geldleistung und prägt dadurch den Vertragstypus Versicherungsvertrag. Eine Geldleistung ist aber grundsätzlich ohne individuelles Gepräge, das auf einen Vertragstyp schließen lässt. Sie ist deshalb weniger charakteristisch und typisch als eine spezielle Kaufsache für den Kaufvertrag. Gerade weil der Versicherungsvertrag als Rechtsprodukt durch eine „unpersönliche“ Geldleistung geprägt ist, scheint eine Relationsverschiebung sowohl nach unten als auch nach oben einfach.

Allerdings sind beide Erklärungen nicht hinreichend überzeugend: Marke und Ausstattung eines Fahrzeugs prägen die Kaufsache zwar stark, allerdings wird der Charakter des Kaufvertrags nicht wesentlich verändert, wenn die Ausstattung des Fahrzeugs verbessert und erhöht wird, zum Beispiel wenn ein neues Zubehörteil eingebaut wird. Auch wirtschaftlich macht es keinen Unterschied, ob der Betrag, der zur Herstellung des vom Aufklärungsberechtigten gewünschten Zustands nötig ist, vom Kaufpreis abgezogen bzw. rückerstattet wird oder ob der Wert der Kaufsache nach den Vorstellungen des Aufklärungsberechtigten erhöht wird, indem Verbesserungen an ihr vorgenommen werden. Dies wird durch ein Beispiel belegt:

K möchte einen Neuwagen der Marke X kaufen, weil er zutreffend erfahren hat, dass grundsätzlich alle Fabrikate dieser Marke für Deutschland mit ESP ausgestattet sind. Er entdeckt

⁴⁶⁹ Vgl. BGH NJW 1964, S. 244.

⁴⁷⁰ Vgl. BGH NJW 1972, S. 822.

⁴⁷¹ Dreher, Die Versicherung als Rechtsprodukt, 1991.

⁴⁷² Werber, VersR 1986, S. 1, 2.

⁴⁷³ R. Schmidt, ZVersWiss 1973, S. 529, 539 am Ende.

bei einem Händler einen solchen Neuwagen zu einem sehr günstigen Preis. Dieser wurde allerdings aus Spanien reimportiert. Die Auskunft, dass es sich um einen Reimport handle, erhält er nicht. Er weiß auch nicht, dass Reimporte von Fahrzeugen selten dieselbe Ausstattung haben wie „ursprünglich deutsche“ Fahrzeuge, dafür aber meist weniger kosten. Der Preis des Autos wäre für ein Auto mit ESP sehr günstig; für ein Auto ohne ESP ist es immer noch ein „Schnäppchen“. Er entschließt sich daraufhin zum Kauf. Ein Jahr später erfährt er, dass der Wagen nicht mit ESP ausgestattet ist. Da ihm das Auto gefällt und er erkennt, dass er dennoch ein gutes Geschäft gemacht hat, möchte er es behalten. Er verlangt aber einen Ausgleich.

Der Händler hat seine Aufklärungspflichten verletzt, indem er es versäumte, den Käufer auf die Reimporteigenschaft aufmerksam zu machen bzw. zu erklären, warum das Auto so günstig ist, so dass hier eine Haftung aus c.i.c. in Betracht kommt. Das Gericht käme unter Fortsetzung der Rechtsprechung hierzu zum Ergebnis der Vertragsanpassung und K bekäme den Betrag zurück, um den er das Auto „zu teuer“ gekauft hat.⁴⁷⁴

⁴⁷⁴ Vgl. auch das Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt, DAR 2006, S. 327 = ZGS 2006, S. 238. Der Verkäufer sei verpflichtet, darüber aufzuklären, dass es sich um einen Reimport handelt. Verletzt er diese Pflicht, so sind Ansprüche aus den §§ 142 Abs.1, 143 Abs. 1, 123 Abs. 1 BGB und §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 gegeben. §§ 434, 437 ff. BGB sind nach Ansicht des OLG des Landes Sachsen-Anhalt nicht anwendbar. Dies ist richtig; weder die Reimporteigenschaft noch das Vorhandensein eines ESP stellen eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. In Betracht kommt allenfalls eine Anwendung des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB. Diese scheidet daran, dass ein Händler inzwischen üblicherweise auch EU-Reimporte führt und damit einhergehend, dass eine Beschaffenheit „nach deutscher Liste“ nicht erwartet werden kann.

Hingegen können in vielen Fällen mit etwas anderer Fallgestaltung, insbesondere wenn der Käufer zu verstehen gibt, er wünsche eine bestimmte Ausstattung, die Reimporte regelmäßig nicht haben oder ähnliches, Mängelrechte einschlägig sein. Diese sind nach herrschender Meinung dann abschließend, vgl. *Berger*, JZ 2004, S. 276, 282; *Canaris* in: *Karlsruher Forum* 2002, S. 87 f. mit weiteren Nachweisen in Fn. 257; *Wolf/Kaiser*, DB 2002, S. 411, 419 sowie die ständige Rechtsprechung: BGHZ 60, 319 („Seegrundstück-Urteil“); bestätigt in BGHZ 88, 130, 134; 96, 302, 311; 114, 263, 266; BGH NJW 1988, S. 1907 sowie OLG Hamm NJW-RR 1992, S. 978. Anderer Ansicht ist *Häublein*, NJW 2003, S. 388 ff. Vgl. ebenfalls *B. Mertens*, AcP 203 (2003), S. 819, 848, 849, der betont, dass eine Konkurrenz und ein Vorrang der Mängelrechte nur dann in Betracht kommt, wenn Mängelrechte überhaupt einschlägig sind. Bestehen keine Mängelrechte, so handle es sich in solchen Fällen, in denen „die Verletzung der Hinweispflicht (...) ursächlich dafür war, dass es überhaupt zum Kaufentschluss kam“, dogmatisch um Fälle des vorvertraglichen Verschuldens.

Die Fälle bewegen sich nach der Natur der Sache an der Grenze zwischen konkludenter Beschaffenheitsvereinbarung und verletzter Aufklärungspflicht.

Denkbar ist aber auch die Aufstockung der Leistung und folglich eine Verpflichtung des Händlers zum nachträglichen Einbau eines ESP. Allerdings macht dieses Beispiel deutlich, warum die Rechtsprechung diesen Weg außer bei Versicherungsverträgen eher selten geht: Eine Aufstockung ist nur in Einzelfällen möglich; viele Güter lassen sich aus tatsächlichen, zum Beispiel technischen Gründen, nicht aufstocken. In der Regel werden beide Parteien eine solche Verpflichtung des Verkäufers auch nicht befürworten; dem Verpflichteten wird häufig die Möglichkeit zur Herstellung und Organisation fehlen und der Berechtigte wird erklären, er vertraue dem anderen nicht mehr. Es ist in der Regel einfacher, den Verkäufer zum Ersatz des Betrags, den der Käufer „zu viel“ bezahlt hat, zu verurteilen. Dafür bieten sich zwei Berechnungsmöglichkeiten an. Entweder muss der Verkäufer die Kosten der Herstellung/Versetzung der Kaufsache in den gewünschten Zustand tragen⁴⁷⁵, oder der Verkäufer muss die Differenz zwischen dem Preis, der bei ordnungsgemäßer Aufklärung bezahlt worden wäre und dem, der aufgrund der Aufklärungspflichtverletzung bezahlt wurde, ersetzen.⁴⁷⁶

(V) Ergebnis

Trotz der gerade genannten Gründe gegen die Praktikabilität einer Leistungsaufstockung kann ein Vertrag als Rechtsfolge der c.i.c. grundsätzlich durch Relationsverschiebung nach unten („Minderung“) und nach oben („Erhöhung“) angepasst werden.

β) Standortbestimmung

Zunächst ist zu klären, ob die Vertragsanpassung als Inhalt des Schadensersatzanspruchs in die Kategorie des Ersatzes des positiven Interesses oder in die des Ersatzes des negativen Interesses gehört. Es wird vertreten, die Vertragsanpassung gehöre in die Kategorie des negativen Interesses.⁴⁷⁷ Befriedigt werde „nicht das Interesse des Geschädigten an der erwartungsgemäßen Vertragserfüllung, sondern sein Interesse am Nichtab-

⁴⁷⁵ Vgl. BGHZ 108, 156 ; BGH NJW 1983, S. 1424 und LG Aachen NJW 2005, S. 2236 zu Schadensersatz statt der Leistung.

⁴⁷⁶ Vgl. OLG Koblenz NJW-RR 1991, S. 847 zu § 463 Satz 2 BGB a. F.

⁴⁷⁷ Vgl. aus der Rspr. BGH NJW 1980, S. 2408, 2410; 1981, S. 1035, 1036 (ohne nähere Erläuterung). Vgl. aus der Literatur *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 116; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S 197 f.; *Zimmer*, NJW 1997, S. 2345, 2351 Fn. 62. Ohne Entscheidung *Horn*, JuS 1995, S. 377, 383.

schluss des tatsächlich geschlossenen Vertrags“⁴⁷⁸. Diese Auslegung greift zu kurz: Zwar wird in einem gedanklichen Zwischenschritt zunächst das Interesse des Geschädigten, dass der für ihn nicht erwartungsgemäße Vertrag aufgehoben wird, befriedigt und er wird so gestellt, als ob er den Vertrag nicht geschlossen hätte. Die schadensrechtliche Befriedigung bleibt aber auf dieser Stufe nicht stehen. In einem weiteren, gedanklich zweiten Schritt wird eine Vertragsanpassung nach Maßgabe der Wünsche des Geschädigten vorgenommen. Die hypothetischen Erwartungen des Geschädigten an den Vertrag sind sowohl Ausgangspunkt als auch Ergebnis der Vertragsanpassung. Der Geschädigte wird so gestellt, als ob erwartungsgemäß erfüllt worden wäre.⁴⁷⁹ Die Vertragsanpassung ist somit in die Kategorie des Ersatzes des positiven Interesses einzuordnen.

Der Bundesgerichtshof scheint neuerdings als Reaktion auf die Entscheidung BGH NJW 1998, 2900⁴⁸⁰ zu differenzieren. Einerseits gebe es Fälle, in denen der Geschädigte grundsätzlich am Vertrag festhalten wolle, aber in denen der „Nachweis, dass sich der Vertragsgegner auf einen Vertragsschluss zu niedrigerem Preis eingelassen hätte“⁴⁸¹, benötigt werde. Andererseits gebe es auch Fälle, in denen allein „entscheidend ist (...), wie sich der Getäuschte bei Kenntnis der ihm verheimlichten Umstände verhalten hätte; verbleibende Unklarheiten (...) (aber) zu Lasten des Aufklärungspflichtigen“⁴⁸² gehen. Die erste Konstellation sei der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen, die zweite Konstellation hingegen der Geltendmachung des Ersatzes des Vertrauensschadens. Wenn allerdings verbleibende Unklarheiten zulasten des Aufklärungspflichtigen gehen, so ist die Frage, ob ein für den Geschädigten günstigerer Vertrag zustande gekommen wäre, stets zulasten des Aufklärungspflichtigen und mit „ja“

⁴⁷⁸ *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 116. Vgl. auch *M. Mertens*, ZGS 2004, S. 67. Es sei missverständlich, in diesen „seltenen Fällen“ vom „Ersatz des ‚Erfüllungsinteresses‘“ (S. 72) zu sprechen, da „nicht etwa das Erfüllungsinteresse aus dem tatsächlich abgeschlossenen Vertrag auf vorvertraglicher Haftungsgrundlage ersetzt“ würde, sondern „das Interesse aus einem infolge der Informationspflichtverletzung nicht abgeschlossenen vorteilhafteren Alternativvertrag.“ (S. 72).

⁴⁷⁹ Dies erkennt *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 116. Unklar ist allerdings, warum das positive Interesse insoweit nur „eine Rolle“ (S. 116) spielen soll und nicht für die Kategorisierung maßgeblich ist.

⁴⁸⁰ Nach dieser Entscheidung ist ein Schadensersatzanspruch, der auf eine Minderung aus c.i.c. hinausläuft, nur möglich, wenn der Geschädigte den hypothetischen Vertragsschluss zu besseren Bedingungen nachweist. In diesem Fall liegen auch objektive Hinweise auf einen so ablaufenden hypothetischen Kausalverlauf vor, siehe oben in Fn. 442.

⁴⁸¹ BGH LM § 276 (Fa) Nr. 163 (9/2001), Bl. 4.

⁴⁸² BGH LM § 276 (Fa) Nr. 163 (9/2001), Bl. 5.

zu beantworten. Im Ergebnis wird der Aufklärungsberechtigte dann in beiden Konstellationen so gestellt, als ob ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre. Der Bundesgerichtshof deklariert nur den geltend gemachten Schaden um.⁴⁸³ Es handelt sich hierbei um dieselbe Kategorie des Schadensersatzes statt der Leistung.⁴⁸⁴

Sowohl *Pohlmann* als auch *Zimmer* und *Horn* verstehen eine Vertragsanpassung zugleich als eine Art Minderung, teilweise sogar unter Bezugnahme auf deren Berechnung gemäß § 441 Abs. 3 BGB und § 472 Abs. 1 BGB a. F.⁴⁸⁵ So ordnen sie die Vertragsanpassung nicht einer ordnungsgemäßen, nicht geminderten Erfüllung, sondern dem Ersatz des negativen Interesses zu. Dieser Ausgangspunkt ist nicht richtig, da die Vertragsanpassung auch eine Leistungssteigerung zum gleichen Preis bzw. die Festlegung eines höheren Preises für dieselbe Leistung zum Inhalt haben kann [vgl. oben a)]. Es sind sowohl „Minderung“ als auch „Erhöhung“ denkbar.

Nach der Rechtsprechung kann der Geschädigte auch bestimmte Vertragskosten, zum Beispiel die der Anpassung, geltend machen.⁴⁸⁶ Dies ist davon abhängig, ob die Vertragskosten auch dann entstanden wären, wenn der Vertrag von Anfang an zu den gewünschten Bedingungen abgeschlossen worden wäre. Ist dies der Fall, so wurden die Aufwendungen im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben des Partners vergeblich getätigt. Dieser Schadensposten ist unstreitig dem Anspruch auf den Ersatz des negativen Interesses zuzuordnen.

Die Vertragsanpassung ist somit der Kategorie des Ersatzes des positiven Interesses, die Kosten der Vertragsanpassung der des Ersatzes des negativen Interesses zuzuordnen.

⁴⁸³ Vgl. *St. Lorenz*, LM BGB § 276 (Fa) BGB Nr. 163 (9/2001) Bl. 5, 6.

⁴⁸⁴ Vgl. hierzu *Ackermann*, Schutz des negativen Interesses, S. 314 ff., der mit ähnlicher Argumentation auf S. 316 zu dem entgegengesetzten Schluss kommt: „Die Differenzierung ist indes nicht haltbar, denn der vermeintliche Ersatz des positiven Interesses zielt in Wahrheit doch nur auf den Ersatz des negativen Interesses“.

⁴⁸⁵ *Horn*, JuS 1995, S. 377, 383; *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 116 und *Zimmer*, NJW 1997, S. 2345, 2351.

⁴⁸⁶ Vgl. BGH NJW 1980, S. 2408; 1981, S. 1035. Bei beiden Urteilen handelte es sich allerdings nicht um Vertragskosten, die im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft aufgewendet wurden. Es handelte sich um Kosten, die aufgewendet werden mussten, weil nicht ordnungsgemäß erfüllt worden war. Einmal handelte es sich um Zahlungen auf Schulden, über die der Verkäufer nicht aufgeklärt hatte und die erst nach Vertragsschluss bekannt wurden (BGH NJW 1980, S. 2408); im anderen Fall ging es um Kosten, die der Geschädigte nach Erkennen der Unrichtigkeit der Auskunft und Festhalten am Vertrag aufwenden musste, um das geplante Bauvorhaben in die Tat umsetzen zu können (BGH NJW 1981, S. 1035). Grundsätzlich hierzu *Horn*, JuS 1995, S. 377, 382 f.

Werden sowohl die Vertragsanpassung als auch ihre Kosten geltend gemacht, so liegt eine Kombination der Geltendmachung von Erfüllungs- und Vertrauensschaden vor.⁴⁸⁷

χ) Kritik an der Vertragsanpassung

Kritik an der richterlichen Vertragsanpassung kommt von mehreren Seiten: Zunächst ist ein wesentlicher Kritikpunkt die Umgehung des Grundsatzes der Naturalrestitution. Nach diesem muss der Geschädigte nachweisen, was ohne die Pflichtverletzung des Schädigers geschehen wäre. Indem die Rechtsprechung annimmt, dass der Vertrag zu den vom Geschädigten gewünschten Bedingungen zustande gekommen wäre, verzichtet sie auf diesen Nachweis [näher unter (II)]. Ein möglicher Erklärungsansatz ergibt sich aus dem Gedanken des Schutzzwecks der Norm als Einschränkung der Zurechnung. Schützen Aufklärungspflichten gerade vor Rechtsgutsverletzungen bzw. Schäden der vorliegenden Art, so ist der Verzicht auf den Nachweis des Geschädigten sogar geboten [(II)(3)]. Auch die Frage, ob ein unzulässiger Eingriff in die Privatautonomie⁴⁸⁸, die allgemein als ein Schutzgut mit Verfassungsrang eingeordnet wird [(III)(1)], durch Anordnung eines Kontrahierungszwangs vorliegt, soll im Folgenden geprüft werden [(III)]. Welche Arten von Kontrahierungszwängen bislang mit welchen Kriterien unterschieden werden, soll unter (III)(2) dargelegt werden. Bisher wurde ein Eingriff in die Privatautonomie nicht im Zusammenhang mit der Vertragsanpassung bei der c.i.c. diskutiert, so dass gefragt werden muss, ob bei der Vertragsanpassung überhaupt ein Eingriff in die Privatautonomie vorliegt [(III)(3)]. Schließlich ist die etwaige Eingriffsintensität zu ermitteln; hierfür soll ein Vergleich mit anderen Fallgruppen der c.i.c. herangezogen werden [siehe (III)(4)]. Die Feststellung der jeweiligen Eingriffsintensität ist erheblich für die Beantwortung der Frage, ob eine Vertragsanpassung oder eine Vertragsaufhebung das mildeste Mittel zur Korrektur des Vertrags bei Aufklärungspflichtverletzungen ist. Erst nach Festlegung des mildesten Mittels kann Kritik an der Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. präzisiert werden und es können Maßstäbe entwickelt werden, ob und wann eine Vertragsanpassung angemessen ist [(III)(5)]. Dieses Ergebnis dient der systematischen Einordnung unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Konzepts der Schuldrechtsreform und ist so einer Lösung nach der Schuldrechtsreform zuträglich [siehe unten hh)].

⁴⁸⁷ Vgl. auch Staudinger-*Schiemann*, 13. Aufl., § 249 Rn. 196. Die Vertragsanpassung hält *Schiemann* aber zumindest schadensrechtlich für nicht begründbar, Rn. 196.

⁴⁸⁸ Vgl. zur grundgesetzlichen Verankerung der Privatautonomie bereits oben Fn. 404.

Vorab muss mit Blick auf den Schutzzweck der Aufklärungspflicht geklärt werden, ob bei den einzelnen Fallgruppen der Vertragsanpassung [oben ee)b)] ein Vermögens- oder ein Nichtvermögensschaden vorliegt [sogleich (I)].

(I) Natur des Schadens bei der Vertragsanpassung: Vermögens- oder Nichtvermögensschaden

(1) Überblick

Im Hinblick auf den bevorstehenden Vertrag ist der Partner mehreren Gefahren ausgesetzt: Eine ungenügende oder falsche Information kann dazu führen, dass bei dem Partner Sach- und/oder Vermögensschäden eintreten. Auch ein Nichtvermögensschaden kann eintreten. In keinem der oben dargestellten [siehe ee)b)] Fälle treten bei dem Vertragspartner Gesundheits- oder Sachschäden ein, zum Beispiel weil die Funktionsweise oder die Gefährlichkeit des Gegenstands nicht ordnungsgemäß erklärt wurde, so dass diese grundsätzlich möglichen Schäden für die hier geführte Diskussion außer Acht gelassen werden können. Zur Diskussion verbleiben die Fälle des Vermögens- und des Nichtvermögensschadens.

In einigen Fällen, in denen der Bundesgerichtshof eine Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. als Schadensersatzanspruch annahm, führte die Aufklärungspflichtverletzung zu einer klar zu berechnenden Vermögenseinbuße. Konkret führten sichtbehindernde Umbaupläne der Nachbarn⁴⁸⁹ zu einer Wertminderung des Grundstücks. Ebenso waren zu Appartements ausgebaute Hobbyräume, für die keine Genehmigung zur Nutzung als Wohnraum bestand, wobei über die fehlende Genehmigung nicht aufgeklärt wurde, weniger wert als mit einer solchen Genehmigung.⁴⁹⁰ Dies sind Fälle, in denen eine objektive Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. In diesen Fällen liegt unstreitig ein Vermögensschaden vor. Hier ist nur die Frage offen, ob die Vertragsanpassung der richtige Weg ist, diesen Schaden auszugleichen.

In anderen Fällen führte die Aufklärungspflichtverletzung dazu, dass der Aufklärungsberechtigte glaubte, er habe weniger als den Marktpreis für den Vertragsgegenstand bezahlt⁴⁹¹; er glaubte, ein gutes Geschäft gemacht zu haben. In diesen Fällen war der Vertragsgegenstand trotzdem „sein Geld wert“ oder es war sogar immer noch ein „gutes

⁴⁸⁹ BGH NJW 1993, S. 1323.

⁴⁹⁰ BGH NJW 1987, S. 2511.

⁴⁹¹ Vgl. den „Flugzeug-Fall“ BGH NJW 1981, S. 2050 f. = BGH WM 1981, S. 689.

Geschäft“.⁴⁹² Hierbei gibt es wiederum zwei verschiedene Fallkonstellationen. Einmal erwirbt der Aufklärungsberechtigte vermeintlich hochwertige, in Wirklichkeit aber minderwertige Ware zum marktüblichen Preis. Oder der Aufklärungsberechtigte erwirbt eine Ware zum marktüblichen Preis, glaubt aber, er habe ein günstiges, weil unter dem Marktpreis liegendes Angebot angenommen. In beiden Konstellationen *fehlt* eine *objektive Differenz* zwischen Leistung und Gegenleistung. Der Aufklärungsberechtigte geht in der Hoffnung fehl, er habe ein gutes Geschäft gemacht. Diese Hoffnung basiert auf der Aufklärungspflichtverletzung. Fraglich ist, ob diese fehlgegangene Hoffnung eine *Vermögenseinbuße* ist oder ob eine *Nichtvermögenseinbuße* vorliegt. Ob Nichtvermögenseinbußen auch von der c.i.c. erfasst werden, ist eine weitere Frage. Diese Fälle sind, da es an einer objektiven Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung und folglich an einem klaren Vermögensschaden fehlt, die problematischen.

Die von der herrschenden Meinung vertretene Auffassung, ein Vermögensschaden liege vor, wenn sich die Beeinträchtigung einer Güterlage im Wege der Ableitung aus Preisen in Geld berechnen und die Höhe des Schadens sich durch Vergleich des tatsächlichen, schadensbehafteten Zustands und des hypothetischen, schadensfreien Zustands ermitteln lasse, führt hier zunächst nicht weiter. Tatsächlich hat der Aufklärungsberechtigte für den Vertragsgegenstand den dafür verlangten, angemessenen Preis bezahlt. Hypothetisch wäre entweder gar kein Vertrag geschlossen worden, oder der Vertrag wäre trotzdem so geschlossen worden, oder der Aufklärungsverpflichtete hätte sich auf einen Preisnachlass eingelassen. Die Rechtsprechung zur Vertragsanpassung nimmt letzteres an [unten (II)], so dass nach dieser Rechtsprechung der Vermögensschaden in dem „zu viel“ gezahlten Entgelt liegt. Diese Rechtsprechung ist aber nicht unbestritten, so dass sich eine nähere Betrachtung und ein Vergleich mit ähnlich gelagerten Fällen im Strafrecht, welches im Rahmen der Vermögensdelikte, insbesondere § 263 StGB, ebenfalls das Vermögen schützt, lohnen.⁴⁹³

⁴⁹² Darunter fällt zum Beispiel der Feuerleiter-Fall in BGH NJW 1989, S. 1793 mit Anmerkung *Tiedtke*, JZ 1989, S. 569 ff.

⁴⁹³ Ähnlich auch *Lehmann*, Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 275 ff. mit zahlreichen anschaulichen Beispielen.

(2) Vergleich mit dem Strafrecht

In der *strafrechtlichen* Betrugsdogmatik⁴⁹⁴, die sich ebenfalls mit Fragen des Vermögensschadens befasst, sind diese Fälle unter den Stichworten „Vermögenswert von Expektanzen“ und „unechter Erfüllungsbetrug“ umstritten. Die strafrechtliche Rechtsprechung hat folgende Leitlinie für zu erwartende Vermögenszuwächse, sogenannte Expektanzen, aufgestellt: Gewinnerwartungen, die sich noch nicht zu einem subjektiven Recht⁴⁹⁵ verdichtet haben, sich aber wahrscheinlich realisieren lassen und nach der Verkehrsauffassung bereits einen messbaren Vermögenswert besitzen, gehören zum Vermögen.⁴⁹⁶ Interessantes Beispiel hierfür ist die Entscheidung des Oberlandesgerichts Bremen, nach der bereits die Aussicht auf Abschluss eines Kaufvertrags bei einem ernsthaften Angebot Vermögenswert besitzt.⁴⁹⁷ Handelt es sich aber nur um allgemeine und unbestimmte Aussichten und Hoffnungen, so liegt nach der Rechtsprechung kein von § 263 StGB zu schützendes Vermögen vor.⁴⁹⁸ Es komme zur Abgrenzung darauf an, ob die Erwerbssausicht soweit konkretisiert ist, dass ihr der Geschäftsverkehr schon für die Gegenwart wirtschaftlichen Wert zumisst. Dies sei der Fall, wenn der Vermögenszuwachs bei normalem Verlauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit eintritt.⁴⁹⁹

Gewinnerwartungen aus einem für den Käufer günstigen Kaufvertrag stellen im Strafrecht einen Grenzfall dar. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf⁵⁰⁰ stellen diese keinen Vermögenswert dar, nach *Cramer/Perron*⁵⁰¹ kann diese Gewinnerwartung sehr wohl ein Vermögenswert sein. In diesem Zusammenhang ist der „Zellwollhosen-Fall“⁵⁰² berühmt geworden. Hier wurde dem Käufer versichert, es handle sich bei dem Stoff einer

⁴⁹⁴ Vermögensverfügung und Vermögensschaden sind nach einhelliger Meinung Tatbestandsmerkmale des Betrugs, § 263 StGB.

⁴⁹⁵ Damit ist zum Beispiel ein Anwartschaftsrecht oder ein Rechtsanspruch gemeint.

⁴⁹⁶ Vgl. nur Nomos Kommentar-*Kindhäuser*, 2. Aufl., § 263 Rn. 241 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 465 und Beispielen in Fn. 466-474 und Schönke/Schröder-*Cramer/Perron*, 27. Aufl., § 263 Rn. 86 ff. mit Nachweisen.

⁴⁹⁷ OLG Bremen, NStZ 1989, S. 228, 229 zu § 266 StGB.

⁴⁹⁸ Vgl. wieder Nomos-Kommentar/*Kindhäuser*, 2. Aufl., § 263 Rn. 241, 242 und Schönke/Schröder-*Cramer/Perron*, 27. Aufl., § 263 Rn. 86 ff.

⁴⁹⁹ Ausführlich LK-*Tiedemann*, 11. Aufl., § 263 Rn. 135 ff.

⁵⁰⁰ NJW 1993, S. 2694.

⁵⁰¹ Vgl. Schönke/Schröder-*Cramer/Perron*, 27. Aufl., § 263 Rn. 88.

⁵⁰² Vgl. BGHSt 16, 220 mit Besprechung *Lenckner*, NJW 1962, S. 59.

Hose um reine Wolle, in Wirklichkeit handelte es sich um minderwertigere Zellwolle. Der Preis, den der Käufer für diese Zellwollhose bezahlte, entsprach dem objektiven Wert. Der Käufer glaubte allerdings, er habe ein für eine Wollhose gutes Geschäft getätigt. Wie im „Flugzeug-Fall“ glaubt der Käufer, er habe weniger als den Marktpreis für den Vertragsgegenstand bezahlt. Zivilrechtlich kann der Käufer im „Zellwollhosen-Fall“ allerdings aufgrund der unzutreffenden Aussage des Verkäufers, die Hose sei aus Wolle, Mängelrechte oder eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB geltend machen.

Der Bundesgerichtshof für Strafsachen hat im „Zellwollhosen-Fall“ den Vermögenswert dieser Exspektanz abgelehnt. Der Anspruch auf die geschuldete Leistung, der erst durch den Vertragsschluss entstehe, sei noch nicht Bestandteil des Vermögens. Wirtschaftlich betrachtet bleibe nur eine erhoffte *Vermögensmehrung* aus, die nicht in den Schutzbereich des § 263 StGB falle, da dieser eine Minderung des vorhandenen Vermögens voraussetze.⁵⁰³ Andere vertreten unter dem Stichwort „unechter Erfüllungsbetrug“⁵⁰⁴ eine Individualisierung bzw. Subjektivierung des Schadensbegriffs und bejahen einen Vermögensschaden.⁵⁰⁵ Die Mindermeinung stützt sich unter anderem darauf, dass zivilrechtlich hier eine Minderung nach den §§ 434, 437, 441 BGB verlangt werden könne, weil ein Mangel vorliege. Diese Minderungsmöglichkeit stelle einen Vermögenswert dar. Des Weiteren führen Vertreter der Mindermeinung an, ein „unechter“ und ein „echter“⁵⁰⁶ Erfüllungsbetrug seien gleich zu behandeln.

Eine Subjektivierung des Schadensbegriffs, der sogenannte „subjektive Schadenseinschlag“ wird auch in weiteren Fällen vorgenommen, zum Beispiel dem berühmten „Enzy-

⁵⁰³ Vgl. BGHSt 16, 220, 223 f. Ausführlich *Rengier*, Besonderer Teil I, 11. Aufl., § 13 Rn. 67 ff., 73 f.

⁵⁰⁴ Die Terminologie ist teilweise etwas verwirrend: Der Begriff des unechten Erfüllungsbetrugs hat mit einem Erfüllungsbetrug an sich nichts zu tun. Es handelt sich um einen Betrug, bei dem die Täuschung bereits im Rahmen des Verpflichtungsgeschäfts erfolgt und in der Erfüllungsphase nur fortwirkt; eben ein „unechter“ Erfüllungsbetrug.

⁵⁰⁵ So *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Besonderer Teil 1, § 41 II, Rn. 117 mit weiteren Nachweisen und *Schneider*, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, JZ 1996, S. 913 (Gebrauchtwagen-Fall) in: JZ 1996, S. 914, 917 f.

⁵⁰⁶ Dieser wird nach allgemeiner Meinung von § 263 StGB erfasst. Beim „echten“ Erfüllungsbetrug täuscht der Täter erst nach Vertragsabschluss. Beispielsweise verkauft V zunächst eine qualitativ hochwertige Hose günstig für 50 Euro, tauscht diese dann aufgrund eines nachträglichen Entschlusses in eine qualitativ minderwertige Hose, die genau 50 Euro wert ist, um und übergibt sie K. Nach allgemeiner Meinung ist der höherwertige Erfüllungsanspruch bereits Vermögensbestandteil geworden, so dass der Getäuschte einen Vermögenswert verliert, der ihm durch das Verpflichtungsgeschäft zugeflossen war.

lopedia-Britannica-Fall⁵⁰⁷, in dem ein Vertreter einen Ungebildeten zum Erwerb einer für ihn offensichtlich sinnlosen Enzyklopädie überredet, die objektiv aber ihr Geld wert ist. Auch im „Melkmaschinen-Fall“⁵⁰⁸ nahm der Bundesgerichtshof an, es liege ein Vermögensschaden vor, da die von der Bäuerin erworbene Melkmaschine zwar ihr Geld wert, für ihre Bedürfnisse aber unterdimensioniert sei⁵⁰⁹. Der Erwerb bringe sie außerdem an den Rand des finanziellen Ruins. Die herrschende Ansicht argumentiert in diesen Fällen, es liege ein Vermögensschaden vor, weil die angebotene Leistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwendet werden könne. Die vorausgesetzte Zweckbindung stellt nach dieser Auffassung einen Vermögenswert dar, wenn sich kein anderer zumutbarer Zweck findet. Im „Melkmaschinen-Fall“ vertrat der Bundesgerichtshof, es liege ein Vermögensschaden auch dann vor, wenn der Getäuschte infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder für eine seinen persönlichen Verhältnisse angemessenen Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind.⁵¹⁰ Dieses allgemeine Erfordernis schränkt er wieder ein, indem er weitere Merkmale fordert, die zu der allein durch den Vertragsabschluss entstehenden wirtschaftlichen Belastung hinzukommen müssen. Grundsätzlich könne es sein, dass jemand bewusst einen wirtschaftlichen Engpass in Kauf nimmt, weil er ein besonderes Angebot, zum Beispiel einen besonders günstigen Preis geboten bekommt und sich der Erwerb dieses Gegenstands „im Rahmen einer weitschauenden Wirtschaftsplanung als nützlich erweist“⁵¹¹. In diesen Fällen liege kein Vermögensschaden vor. Werde dem Erwerber aber die Chance, den Gegenstand besonders günstig zu erwerben, nur vorgespiegelt, und sei er deswegen bereit, sich einzuschränken, so liege in den Einschränkungen, die er vornehmen muss, der Vermögensschaden. Der Vermögensschaden liegt also in den Einschränkungen, die der Erwerber in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit hinnehmen muss ohne dafür den adäquaten Ausgleich einer günstigen Anschaffung zu haben. Dagegen argumentiert die herrschende Meinung im Strafrecht, dass § 263 StGB eine Minderung des vorhandenen Vermögens voraussetze und nicht die Hoffnung auf eine

⁵⁰⁷ OLG Köln NJW 1976, S. 1222 mit zustimmender Anmerkung *Jakobs*, JuS 1977, S. 228.

⁵⁰⁸ BGHSt 16, 321, 323, 326.

⁵⁰⁹ Der Verkäufer hatte behauptet, die Melkmaschine reiche für die zehn bei der Bäuerin vorhandenen Kühe aus, in Wirklichkeit reichte sie aber nur für zwei bis drei Kühe aus.

⁵¹⁰ BGHSt 16, 316, 321, 323, 326 ff.

⁵¹¹ BGHSt 16, 316, 330.

erwartete Vermögensmehrung schütze; die Chance, einen Gegenstand besonders günstig zu erwerben, werde somit nicht geschützt.⁵¹² Sie verfolgt in Fällen des „unechten Erfüllungsbetrugs“ somit keine zivilrechtsakzessorische Lösung, sondern knüpft daran an, dass nicht die subjektive Entscheidungsfreiheit, sondern nur Vermögenswerte von § 263 StGB geschützt werden.

Nach der herrschenden Meinung im Strafrecht stellt die Entscheidungsfreiheit allein keinen Vermögenswert dar. Wenn der Erwerber allerdings gravierende Einschränkungen in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit erdulden muss, ohne dafür das versprochene Äquivalent – eine Sache zu einem unter dem Marktwert liegenden Preis – zu erhalten, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Strafsachen ein Vermögensschaden vor. Dieser lässt sich auf die unkompensierten wirtschaftlichen Einschränkungen des Erwerbers beziffern. Auch in diesen Fällen bleibt „nur“ eine erwartete Vermögensmehrung aus, die der Bundesgerichtshof noch im „Zellwollhosen-Fall“ nicht als Vermögensschaden ansah. *Zusätzlich* liegt aber hier eine andere wirtschaftliche Dimension vor: Im „Zellwollhosen-Fall“ ging es um 100 DM, im „Melkmaschinen-Fall“ um die wirtschaftliche Existenz. Die subjektive Entscheidungsfreiheit wird also in Extremfällen als Vermögensgut geschützt. Ein Extremfall liegt bei einer die wirtschaftliche Existenz bedrohenden Entscheidung vor.

Lässt sich der erworbene Gegenstand nicht dem gewünschten oder einem anderen sinnvollen Zweck außerhalb des erneuten Verkaufs des Gegenstands und der Refinanzierung zuführen, liegt der Vermögensschaden nach dieser Rechtsprechung in dieser Zweckverfehlung. In Fällen der Zweckverfehlung nimmt also die herrschende Meinung im Strafrecht einen Vermögensschaden an.

Die strafrechtliche Rechtsprechung unterscheidet demzufolge zwischen einer außer in den oben dargestellten Extremfällen nicht strafbaren Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit und einer strafbaren Herbeiführung der Zweckverfehlung.

(3) Übertragung ins Zivilrecht

Die Mindermeinung argumentiert in Fällen des „unechten Erfüllungsbetrugs“ und beim „subjektiven Schadenseinschlag“, der Vermögensschaden liege in der Möglichkeit, zivilrechtlich Mängelrechte, insbesondere eine Minderung, geltend machen zu können. In Fällen der Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. wird die c.i.c. gerade herangezo-

⁵¹² Vgl. nur BGHSt 16, 220, 223 und LK-*Tiedemann*, 11. Aufl., § 263 Rn. 201 f.

gen, wenn und weil Mängelrechte nicht einschlägig sind. Das tragende Argument der Mindermeinung im „Zellwollhosen-Fall“ für einen Vermögensschaden fällt so in sich zusammen. Zu glauben, dass auch die Mindermeinung im Strafrecht bei der strafrechtlichen Bewertung des „Flugzeug-Falls“ einen Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB neben fehlender subjektiver Tatseite deswegen ablehnen würde, ginge zu weit. Es ist nicht anzunehmen, dass die Mindermeinung an diese Fälle bei der Entwicklung des Arguments gedacht hat und konsequent in Fällen, in denen es zivilrechtlich aufgrund nicht möglicher Subsumtion unter den Mangelbegriff nicht zu einer Minderung kommt, einen Vermögensschaden ablehnt.

Überträgt man die strafrechtliche Unterscheidung zwischen nur in Extremfällen strafbarer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit und grundsätzlich strafbarer Herbeiführung der Zweckverfehlung ins Zivilrecht, so bleibt zu erörtern, ob es sich bei der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit um einen immateriellen Schaden handelt und ob dies dann von einer Haftung aus c.i.c. erfasst wird.

(4) Zivilrechtliche Argumentation: Vertrag als Schaden

Im Zivilrecht ist die Problematik abstrakt unter der Fragestellung diskutiert worden, ob die c.i.c. ausschließlich dem *objektiven* Vermögensschutz oder auch dem Schutz der Willensfreiheit dient. In der zivilrechtlichen Rechtsprechung und Literatur findet man zu der Frage, ob auch die Beeinträchtigung der subjektiven Entscheidungsfreiheit zu einer Haftung aus c.i.c. führt, häufig den Ausdruck, der durch culpa in contrahendo herbeigeführte Vertragsabschluss sei der Schaden; es geht um die Problematik des Vertrags als (Vermögens-)Schaden.⁵¹³

Grundlage dieser Problematik ist das Zustandekommen eines Vertrags, der inhaltlich nicht den Erwartungen eines Vertragspartners entspricht oder diesem gar unerwünscht ist. Nur dann empfindet ein Vertragspartner den Vertragsabschluss selbst als Schaden für sich, selbst wenn objektiv und finanziell gesehen für ihn kein wirtschaftlicher Schaden vorliegt, weil er ein angemessenes Äquivalent für sein Geld bekommt. Sieht man im Vertragsabschluss bereits den Vermögensschaden, so misst man indirekt der Entscheidungsfreiheit Vermögenswert zu.

⁵¹³ Die Problematik tritt sowohl bei der Vertragsanpassung, als auch bei der Vertragsaufhebung als Rechtsfolge der c.i.c. auf. Deutlich hierzu die Gliederung bei *Nicke*, Rechtsfolgen, S. 171 ff.

Auch wenn man der Entscheidungsfreiheit alleine keinen Vermögenswert zumisst, kann ihr ein von der c.i.c. zu schützender *Nichtvermögenswert* zukommen. Es ist also zu fragen, ob die c.i.c. ausschließlich dem *objektiven* Vermögensschutz oder auch – in Form des subjektiven Vermögensschutzes oder gar des Schutzes von Nichtvermögenswerten – dem Schutz der Willensfreiheit⁵¹⁴ dient.

Kommt man zu dem Ergebnis, die c.i.c. bezwecke den Schutz der Willensfreiheit als Vermögens- oder Nichtvermögensgut, so ist im nächsten Schritt zu fragen, wie diesem Schutz Genüge getan werden kann bzw. ob die Vertragsanpassung der richtige Weg dazu ist.

Im ersten Schritt ist so die für das Strafrecht bereits geklärte Frage, ob Willensfreiheit ein Vermögens- oder ein Nichtvermögensgut ist, das von § 249 Abs. 1 BGB erfasst wird, zu beantworten. Hierfür ist zunächst der Schutzzweck der verletzten (Aufklärungs-)Pflicht zu ermitteln, da dieser Auskunft über den Hintergrund der Haftung gibt.

Im zweiten Schritt ist dann zu überlegen, wie das Rechtsgut Willensfreiheit angemessen geschützt werden kann, vor allem, ob die Anpassung des Vertrags ein adäquates Mittel dazu ist. Hierfür muss auch der Schutzzweck der einzelnen (Aufklärungs-)Pflichten, die eine Haftung aus c.i.c. auslösen, herangezogen werden.

Um diese zentrale Problematik zu klären, soll zunächst die Lehre vom Schutzzweck in Zusammenhang mit der Schadensermittlung gebracht [hierzu sogleich (II)(1)] und neben anderen [(II)(2)] erläutert werden [siehe (II)(3)].

(II) Schadenszurechnung: Theorien der Adäquanz und des Schutzzwecks der Norm

(1) Ermittlung des Schadensumfangs – Kausalität

Grundsätzlich muss derjenige, der aus einem bestimmten Sachverhalt einen Anspruch herleitet, die dem Anspruch zugrunde liegenden Tatsachen für die Tatbestandsvoraussetzungen behaupten und beweisen (Rosenbergsche Formel).⁵¹⁵ Bei der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs aus c.i.c. obliegt es somit grundsätzlich dem Geschädigten zu beweisen, dass er den für ihn günstigeren Vertrag zu den von ihm gewünschten Bedingungen mit dem Schädiger abgeschlossen hätte. Die Beweislastumkehr

⁵¹⁴ Weber, AcP 192 (1992), S. 390, 428 spricht von Dispositionsfreiheit als einem Schutzgut der c.i.c.

⁵¹⁵ Siehe nur Thomas/Putzo-Reichold, 29. Aufl., Vorbem § 284 Rn. 23.

des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB bezieht sich nach ihrem Wortlaut allein auf das Vertretenmüssen, hingegen nicht auf die Pflichtverletzung und nicht auf den Schadensumfang.

Zur Ermittlung des Schadensumfangs gilt die Erleichterung⁵¹⁶ des § 287 Abs. 1 ZPO, nach der das Gericht über die Frage, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist, unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entscheidet.⁵¹⁷ § 287 Abs. 1 ZPO ist somit bei der Frage heranzuziehen, ob ein Vertrag zu den vom Geschädigten gewünschten Bedingungen zustande gekommen wäre.

Der Geschädigte wird dem Schädiger dies mangels Einblick in die Geschäftsinterna nur schwer nachweisen können. Insbesondere bei Großunternehmen wie Versicherern hat der Vertragspartner keinen Einblick. Der Schädiger wird sogar in der Regel unter Hinweis auf Unrentabilität und/oder auf schlechte Kostendeckung unschwer und substantiiert darlegen (können), dass er den Vertrag nicht mit dem vom Geschädigten gewünschten Inhalt geschlossen hätte.⁵¹⁸ Das Gericht kann somit bei angemessener Würdigung dieses Umstands nicht entscheiden, dass sich der Umfang des Schadensersatzes auf eine Vertragsanpassung richtet, denn der Schädiger kann glaubhaft darlegen, dass der Vertrag nicht mit dem vom Geschädigten gewünschten Inhalt zustande gekommen wäre.

Indem die herrschende Rechtsprechung⁵¹⁹ auf den Nachweis verzichtet, dass der Vertrag ohne das schädigende Ereignis zu den vom Geschädigten gewünschten Bedingungen zustande gekommen wäre, *umgeht* sie die von § 249 Abs. 1 BGB geforderte Ermittlung

⁵¹⁶ Nach herrschender Meinung findet eine Absenkung des Beweismaßes gegenüber § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO statt. Ein Vollbeweis ist nicht mehr notwendig; es reicht vielmehr die richterliche Vorstellung, dass eine Beweistatsache „deutlich überwiegend“ wahrscheinlich gegeben ist, vgl. BGH NJW 1992, S. 2694, 2695 mit weiteren Nachweisen und MünchKomm ZPO-Prütting, § 286 Rn. 35 im Vergleich zu § 287 Rn. 3, 17.

⁵¹⁷ § 287 Abs. 1 ZPO gilt unstreitig für den Bereich der Schadensberechnung und für die haftungsausfüllende Kausalität. Strittig ist, ob § 287 Abs. 1 ZPO auch für die haftungsbegründende Kausalität Anwendung findet, vgl. Staudinger-Schiemann, 13. Aufl., Vorbem. zu §§ 249 ff. Rn. 101 mit weiteren Nachweisen und MünchKomm ZPO-Prütting, § 287 Rn. 9 sowie Ahrens, ZZP 88 (1975), S.1, 4 ff. mit weiteren Nachweisen zu den abweichenden Meinungen.

⁵¹⁸ Andere Fälle werden äußerst selten, jedoch nicht undenkbar sein: Handelt es sich bei dem Vertragsgegenstand um einen marktgängigen Gegenstand, zum Beispiel einen handelsüblichen Darlehensvertrag, so wird es dem Käufer keine Schwierigkeiten bereiten, nachzuweisen, dass er einen Darlehensvertrag mit vergleichbaren Bedingungen hätte finden können. Um den Kunden nicht zu verlieren, werden in solchen Fällen gerade Banken häufig ihre Konditionen anpassen. Der Geschädigte muss diese Praxis des Bankhauses nur belegen. Dies wird ihm wiederum erhebliche Schwierigkeiten bereiten.

⁵¹⁹ Vgl. oben die Nachweise in Fn. 441 (zu den einzelnen Senaten des Bundesgerichtshofs) und Fn. 442.

der hypothetischen Kausalität eines solchen Vertragsschlusses. Der Bundesgerichtshof begründet dies mit Praktikabilitäts- und allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen, zum Beispiel komme es „nicht auf den hypothetischen und ohnehin kaum zu führenden“ Nachweis an. Außerdem gingen „verbleibende Unklarheiten (...) zu Last(en) des aufklärungspflichtigen Unternehmers“⁵²⁰ [siehe bereits ee)]. Teils verweist er auch nur auf vorangegangene Urteile.⁵²¹ Diese Rechtsprechung wird in der Literatur teils für überflüssig und irreführend⁵²² gehalten, teils wird kritisiert, sie sei mit § 249 Abs. 1 BGB nicht vereinbar⁵²³.

Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität sind allerdings nicht die beiden einzigen Bedingungen, sondern nur Mindestvoraussetzungen für die Zurechnung eines Schadens.⁵²⁴ Um eine uferlose Haftung des Schädigers zu vermeiden, bedarf es hauptsächlich bei der haftungsausfüllenden Kausalität weiterer Zurechnungskriterien. Als Hauptzurechnungskriterien werden die von *von Bar*⁵²⁵ und *Kries*⁵²⁶ Ende des 19. Jahrhunderts für das Strafrecht begründete und Anfang des 20. Jahrhunderts von der Zivilrechtsprechung übernommene⁵²⁷ Adäquanztheorie und die auf *Rabel*⁵²⁸ zurückgehende Lehre vom Schutzzweck der Norm⁵²⁹ genannt.⁵³⁰

⁵²⁰ Beide Zitate aus BGHZ 114, 87, 94.

⁵²¹ So BGH ZIP 1999, S. 574, 577 mit Verweis auf BGHZ 69, 53; 111, 75, 82; 114, 87, 94.

⁵²² Vgl. *Hans Stoll*, FS Riesenfeld, S. 275, 284.

⁵²³ Vgl. *Soergel-Wiedemann*, 12. Aufl., Vor § 275 Rn. 197 mit weiteren Nachweisen sowie *Medicus*, FS Hermann Lange, S. 539, 556 ff. und *St. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 79 f. und *Spickhoff* in: *Karlsruher Forum* 2007, S. 20.

⁵²⁴ So die allgemeine Meinung, vgl. *Palandt-Heinrichs*, 68. Aufl., Vorb. v. §§ 249 Rn. 54 ff., insbesondere Rn. 58 und sehr deutlich *Looschelders*, Schuldrecht AT, 6. Aufl., § 46 I, Rn. 889.

⁵²⁵ Die Lehre vom Causalzusammenhang im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871.

⁵²⁶ Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, *VjSchr. f. wissenschaftliche Philosophie* 1888, S. 179 ff., 287 ff., 393 ff.; zitiert nach *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 3 VI 1. Zur Entwicklung der Adäquanztheorie seither vgl. die Nachweise bei *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 3 VI 1, S. 82 in Fn. 34.

⁵²⁷ Das erste Urteil zu dieser stammt aus dem Jahre 1902; RGZ 50, 219, 222.

⁵²⁸ Recht des Warenkaufs I, § 61, 8, S. 495. Die Lehre wurde weiterentwickelt von *Wilburg*, *JherJb.* 82 (1932), S. 51 ff. sowie *ders.*, *Die Elemente des Schadensrechts*, 1941 und wenig später von *von Caemmerer*, *Das Problem des Causalzusammenhangs im Privatrecht*, 1956.

⁵²⁹ Es werden unterschiedliche Begriffe verwendet, die im Einzelnen nicht klar voneinander abgegrenzt werden können und die teils als Synonym und teils der Bezeichnung einzelner Teile der Lehre vom Schutzzweckzusammenhang dienen, zum Beispiel „Schutzbereich“, Schutzrichtung“, „Normzweck“, „Normrelevanz“, und viele mehr.

(2) Adäquanztheorie

Die Adäquanztheorie betrifft die Frage, ob „eine Handlung oder Unterlassung im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge außer Betracht bleibenden Umständen zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolgs geeignet war“⁵³¹, kurz, ob die in Frage stehende Handlung für das in Frage stehende Ereignis nicht „außerhalb aller Wahrscheinlichkeit“⁵³² liegt. Allerdings hat bereits das Reichsgericht an das Erfordernis eines adäquaten Zusammenhangs keine hohen Anforderungen gestellt.⁵³³ Für gewöhnlich ist die Verletzung der Aufklärungspflicht gerade der Grund für die Unkenntnis der Vertragsbedingung und damit Grund für den Abschluss des an sich unerwünschten Vertrags, so dass die Adäquanztheorie einer Vertragsanpassung nicht im Wege steht.

⁵³⁰ In diese Aufzählung gehört an sich auch die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang, die oft auch als Unterpunkt einer der beiden genannten Lehren gesehen wird. Diese besagt, dass keine Handlung alle denkbaren, sondern nur bestimmte Rechtsgüter gefährdet. Diese Lehre wird vorwiegend im Rahmen des § 823 Abs. 1 und Abs. 2 und in Form des Problems des rechtmäßigen Alternativverhaltens relevant; bei der Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. ist sie hingegen irrelevant. Problematisch ist nicht, dass der Aufklärungsverpflichtete geltend macht, der Aufklärungsberechtigte hätte selbst bei gehöriger Aufklärung den Vertrag zu den ursprünglichen Bedingungen abgeschlossen. Problematisch ist vielmehr, dass dem Aufklärungsverpflichteten der Einwand, er hätte sich nicht auf die Bedingungen des Aufklärungsberechtigten eingelassen, verwehrt wird. Die einzelnen Problemstellungen sind aber mit denen der Lehre vom Schutzzweckzusammenhang identisch, so *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 3 VIII 1, S. 100. Auf eine gesonderte Erörterung kann folglich verzichtet werden.

Vgl. zum Verhältnis von Adäquanztheorie und Lehre vom Schutzzweckzusammenhang *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 3 IX 3, S. 102 f.

⁵³¹ Vgl. RGZ 133, 126, 127; 170, 129, 136 f.

⁵³² Vgl. RGZ 152, 397, 401.

⁵³³ Vgl. RGZ 75, 19, 21; 105, 264; 119, 204; 151, 279, 283; 155, 37, 41; 168, 86. Verneint wurde die Adäquanz des Kausalzusammenhangs nur in wenigen Fällen, vgl. RGZ 78, 270; 106, 14; 158; 34. Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs siehe BGHZ 25, 86, 91; BGH NJW 1952, S. 1010; 1963, S. 1671; 1976, S. 1143; 1984, S. 41; BGH VersR 1954, S. 596; 1969, S. 895; 1977, S. 325; 1977, S. 519, 520; 1997, S. 358. Eine kurze Darstellung und Besprechung der Urteile findet sich bei *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 3 VI 4 b, S. 88 ff. Siehe außerdem *Soergel-Mertens*, 12. Aufl., Vor § 249, Rn. 124 ff.

(3) Lehre vom Schutzzweck

Die Lehre vom Schutzzweck der Norm geht davon aus, dass sowohl vertragliche als auch gesetzliche Haftungsnormen und die darauf basierenden Pflichten nur dem Schutz bestimmter und folglich nicht aller Interessen dienen.⁵³⁴ Die Lehre vom Schutzzweck der Norm basiert im Gegensatz zur Adäquanztheorie nicht auf einem Wahrscheinlichkeitsurteil, sondern berücksichtigt den Zweck und den „tieferen“ Haftungsgrund der verletzten Pflicht. In ihrer größeren Dimension bezieht sich die Lehre vom Schutzzweck nicht nur auf die verletzte Norm, sondern auf grundsätzlich zu beachtende, allgemeine Verhaltensregeln.⁵³⁵ Berücksichtigt werden sowohl der Schutzzweck der einzelnen, gerade verletzten Norm als auch der Schutzzweck bestimmter Gruppen von Normen und ferner funktionale Zusammenhänge des Haftungsrechts. Zu letzterem gehören unter anderem Erwägungen der gerechten Risikoverteilung oder des generellen Zwecks von Schadensersatzpflichten.⁵³⁶

Die Lehre vom Schutzzweck der Norm ist heute in Rechtsprechung⁵³⁷ und Literatur⁵³⁸ fast allgemein anerkannt. In ihrer klassischen Ausprägung gehört die Lehre vom Schutzzweck der Norm zur Haftungs begründung. Zunehmend wird sie auch bei der Bewertung der

⁵³⁴ Vgl. *Rabel*, Recht des Warenkaufs I, § 61, 8 a, S. 497.

⁵³⁵ Vgl. *Spickhoff* in: *Karlsruher Forum* 2007, S. 21 f. bei Fn. 61.

⁵³⁶ Vgl. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 3 IX 1, S. 101.

⁵³⁷ Noch zögerlich BGHZ 26, 217, 224. Später aber BGHZ 85, 110; 95, 199; 96, 98. Weitere Nachweise bis 1978 bei *Hermann Lange*, Schadensersatz, 1. Aufl. § 3 Fn. 118 und bis 1989 *ders.*, Schadensersatz, 2. Aufl., § 3 Fn. 149. Vgl. aus neuerer Zeit BGH NJW 1997, S. 865 sowie den 9. Zivilsenat des BGH vom 23.3.2006, Az: IX ZR 134/04, veröffentlicht in NJW 2006, S. 2557. Informativ auch der 9. Zivilsenat des OLG Stuttgart vom 16.02.2005, Az: 9 U 171/03, veröffentlicht in EWIR 2005, 335.

⁵³⁸ Entwickelt durch *von Caemmerer*, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, S. 13 ff. Vgl. nur *MünchKomm-Grunsky*, 3. Aufl. 1994, Vor § 249 Rn. 44 ff., *Staudinger-Schiemann*, 13. Aufl., § 249 Rn. 27 ff. und *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, § 33 III. Einschränkungen hauptsächlich für § 823 I und für Folgeschäden bei *MünchKomm-Oetker*, 5. Aufl. 2007, § 249 Rn. 115 ff., *Soergel-Mertens*, 12. Aufl., Vor § 249 Rn. 123 und *Larenz*, Schuldrecht I, § 27 III b 2 jeweils mit weiteren Nachweisen. Vgl. aus neuerer Zeit *Spickhoff* in: *Karlsruher Forum* 2007, S. 20-35. Eine Ablehnung der Schutzzwecklehre findet sich bei *Lüer*, Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, passim. Weitere Nachweise bei *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 3 IX 4, S. 104 in Fn. 151-153.

Haftungsausfüllung, insbesondere bei der Frage des Ersatzes von Folgeschäden,⁵³⁹ herangezogen. Der Umfang des Schadensersatzes ist als Frage des Zusammenhangs zwischen Rechtsgutsverletzung und Schaden eine Frage der Haftungsausfüllung.⁵⁴⁰

Um festzustellen, ob die Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c.⁵⁴¹ auch der Lehre vom Schutzzweck gerecht wird, ist zu fragen, ob sich dieser Schadensersatzumfang aus dem Schutzzweck der konkret verletzten Aufklärungspflicht und/oder generell aus Aufklärungspflichten ergibt.

Die Rechtsprechung nimmt eine Vertragsanpassung aus c.i.c. in einer Vielzahl unterschiedlicher Fälle an. Teilweise handelt es sich um Unternehmenskauf- oder andere Kaufverträge, teils um Werkverträge, teils wieder um andere Vertragsarten, zum Beispiel Darlehens- oder Beratungsverträge [siehe ee)b)]. Um vergleichen zu können, soll im Folgenden zunächst der Schutzzweck von Aufklärungspflichten bei den einzelnen Vertragsarten untersucht werden [sogleich (a)]. Dann werden der Schutzzweck von Aufklärungspflichten im Allgemeinen und die Zusammenhänge mit dem Haftungsrecht erläutert [(b)]. Ob der Schutzzweck der (Aufklärungs-)Pflicht in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung eine Vertragsanpassung erfordert, kann hingegen erst geklärt werden, wenn eine generelle Öffnung der c.i.c. für die Vertragsanpassung untersucht worden ist. Hierbei sind noch Fragen zum Eingriff in die Privatautonomie [(III)] und zur Anwendung des § 313 BGB [gg]) offen.

Bevor beantwortet werden kann, ob eine Vertragsanpassung das Rechtsgut Willensfreiheit angemessen schützt, ist jedoch zu klären, ob Willensfreiheit überhaupt von § 249

⁵³⁹ Vgl. den Fall des LG Konstanz NJW 1997, S. 467 f.: Der Fall betraf Schadensersatz für die Beschädigung eines Blitzlichtstandgeräts. Das LG hat der Geschädigten Ersatz der Reparatur- und der Nacheichungskosten zugesprochen. Einen Ersatz der Kosten, die durch Information der Polizei, die Vernehmung des eigenen Mitarbeiters und den Ersatz der Einnahmen, die aufgrund der Nichtdurchführbarkeit von Radarkontrollen ausfielen, hat das LG der Geschädigten nicht zugesprochen. Zum letzten Punkt führt das LG aus, die Einnahme aus Bußgeldern sei nur ein „untergeordneter Nebenerfolg bei der Verwirklichung des Sanktionszweckes“.

⁵⁴⁰ Klar hierzu der 9. Zivilsenat des OLG Stuttgart vom 16.02.2005, Az: 9 U 171/03, der anhand des Schutzzwecks der Aufklärungspflicht bei Anlageberatungen eine Haftung „für alle mit einer nachteiligen Anlageentscheidung verbundenen Schäden, selbst wenn er seine Pflichten nur hinsichtlich eines Einzelpunktes verletzt und dadurch die Anlageentscheidung verursacht hat“, annimmt. Vgl. auch *Spickhoff* in: *Karlsruher Forum* 2007, S. 26 f.

⁵⁴¹ Vgl. allgemein zu einer Beschränkung der Ersatzpflicht bei einer Haftung aus c.i.c. durch den Schutzzweck der verletzen Pflicht MünchKomm-*Emmerich*, 5. Aufl. 2007, § 311 Rn. 262.

Abs. 1 BGB geschütztes Gut ist. Gedanklich ist zunächst diese ebenfalls vom Schutzzweck der verletzten Pflicht abhängige Frage der Haftungsbegründung zu beantworten.

(a) Schutzzweck der verletzten Pflicht (Aufklärungspflicht)

In den Unternehmenskauffällen sowie den Kauf- und Werkvertragsfällen steht die verletzte Pflicht mit dem Vertragsschluss in engem Zusammenhang. Es handelt sich um eine Aufklärungspflicht mit Bezug zum geplanten Vertragsschluss⁵⁴², genauer gesagt um Aufklärung zu Güte bzw. Wert des Vertragsgegenstands. Da es sich um eine Aufklärungspflicht mit Bezug zum geplanten Vertragsschluss handelt, ist diese Pflicht nicht isoliert zu betrachten, sondern im konkreten Zusammenhang mit dem geplanten Vertrag, also mit dem Unternehmenskaufvertrag bzw. dem Kauf- oder Werkvertrag zu sehen.

Im Vertragsrecht hat der Schuldner nach der Schutzzwecklehre nicht für alle Folgen der Vertragsverletzung – im konkreten Fall nicht für alle Folgen der Aufklärungspflichtverletzung – einzustehen, sondern nur für den Schaden, der durch Verletzung der durch den Vertrag geschützten Interessen eintritt. Die Ermittlung der durch den Vertrag geschützten Interessen ist Sache der ergänzenden Vertragsauslegung.⁵⁴³ Somit sind die durch den jeweiligen Vertrag geschützten Interessen zu ermitteln. Zu diesem Zweck soll zunächst ein Querschnitt der bereits entschiedenen Fälle aufgezeigt werden, um dann anhand der verletzten Pflicht und des speziellen Vertragstyps das durch den jeweiligen Vertrag geschützte Interesse herausarbeiten zu können [sogleich (aa)]. Auch die Literatur hat sich zum Schutzzweck vorvertraglicher Aufklärungspflichten geäußert [(bb)]. Da die Schuldrechtsreform Veränderungen gebracht hat, muss auch diese in kritischer Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt werden [(cc)].

⁵⁴² So unterscheidet auch *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 69 ff. zwischen Pflichten mit und ohne Bezug zum Vertragsschluss.

⁵⁴³ Vgl. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 3 IX 5, S. 104 ff. mit Beispielen und mit weiteren Nachweisen in Fn. 154 und 155: Sie sei Sache der ergänzenden Vertragsauslegung, weil die Parteien beim Abschluss des Vertrags nur selten an einen etwaigen Vertragsbruch und an dessen Folgen denken. Einschränkungen der Haftung können sich auch aus dem Vertragstypus ergeben. Dieses Einschränkungskriterium ist in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung wenig brauchbar, da es hauptsächlich in Fällen Anwendung findet, bei denen Integritätsverletzungen (zum Beispiel eine psychische Erkrankung) bei Verletzung einer Aufklärungspflicht mit Bezug zum Vertragsschluss als inadäquat ausgeschieden werden sollen. Vgl. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 3 IX 5, S. 110 f. und *T. Raiser*, Haftungsbegrenzung nach dem Vertragszweck, S. 52 ff.

(aa) Querschnitt durch die Rechtsprechung

In den Unternehmenskauffällen liegt die Pflichtverletzung meistens in der Vorlage fehlerhafter Bilanzen oder in der unrichtigen Wiedergabe ähnlicher, für den Erwerber wichtiger Daten zum Wert des Unternehmens.⁵⁴⁴

In den Fällen der sonstigen Kauf- und Werkverträge variieren die einzelnen Pflichtverletzungen: Einmal wurde zu angeblich bezahlten Erschließungskosten eine falsche Angabe gemacht,⁵⁴⁵ im berühmten „Flugzeug-Fall“⁵⁴⁶ erweckte der Verkäufer zurechenbar den Anschein, der genannte Preis sei der günstigere Großhändlerpreis, in einem anderen Fall hatte der Verkäufer eines Grundstücks wahrheitswidrig die Frage nach sichtbehindernden Umbauplänen der Nachbarn verneint⁵⁴⁷. In einem weiteren Fall eines Grundstückskaufs hatte der Verkäufer verschwiegen, dass für einige „Hobbyräume“ keine Genehmigung zur Nutzung als Wohnraum bestand, obwohl diese wie Appartements ausgebaut waren.⁵⁴⁸

Der Bundesgerichtshof entschied ohne Diskussion des Schadensersatzumfangs, dass derjenige, der bei einem Grundstücksverkauf auf Nachfrage zu Geruchsbelästigungen nicht sein gesamtes Wissen offenbart, aus c.i.c. haftet.⁵⁴⁹

Im Fall eines Beratungsvertrags hatte der Geschädigte eine ungenaue und fehlerhafte Standortanalyse erhalten. Aufgrund dieser entschloss er sich, von der Schädigerin und einer weiteren Leasingfirma eine Ladeneinrichtung zu erwerben.⁵⁵⁰

⁵⁴⁴ Vgl. BGHZ 69, 53; BGH NJW-RR 1989, S. 306 = BGH WM 1988, S. 1700. Der zuletzt genannte Fall betrifft fehlerhafte Angaben durch den Verkäufer einer Rechtsbeistandspraxis.

⁵⁴⁵ Vgl. BGH NJW-RR 1994, S. 76.

⁵⁴⁶ Vgl. BGH NJW 1981, S. 2050 f. = BGH WM 1981, S. 689.

⁵⁴⁷ Vgl. BGH NJW 1993, S. 1323. Dies führte neben einem Anspruch auf Vertragsaufhebung aus § 123 BGB eben auch zu einem Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss.

⁵⁴⁸ Vgl. BGH NJW 1987, S. 2511. In diesem Fall hat der BGH einen Anspruch aus § 463 BGB a. F. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen die Verkäuferin des Wohneigentums bejaht und für den bevollmächtigten Zweitbeklagten einen Anspruch aus c.i.c. auf Schadensersatz in Höhe des Betrags „um den der Käufer (...) den Gegenstand zu teuer erworben hat“, bejaht für den Fall, dass er – was weiterer tatrichterlicher Nachprüfung bedurfte – in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hatte.

⁵⁴⁹ Vgl. BGH NJW-RR 1988, S. 10. Der BGH ließ hier ausdrücklich offen, ob kaufvertragliche Gewährleistungsansprüche wegen eines Mangels in Betracht kommen, da Herabsetzung der vereinbarten Leistung und Rückzahlung des Mehrbetrags im Wege der Geltendmachung sowohl von Gewährleistungsansprüchen als auch von Ansprüchen aus c.i.c. verlangt werden könne.

⁵⁵⁰ BGH NJW 1994, S. 663. Siehe hierzu bereits in Fn. 436.

Im neueren Fall BGH ZIP 1999, S. 574⁵⁵¹ hatte das Kreditinstitut einem Darlehensnehmer, der mit Hilfe des Darlehens einen Unternehmenserwerb finanzieren wollte, verschwiegen, dass das Unternehmen mit einem Mangel behaftet war. Anstatt Bürogeräte zu vermieten und sich so eine regelmäßige Einnahmequelle durch Service- und Mietverträge zu schaffen, hatte das Unternehmen die Geräte verkauft. Indem das Kreditinstitut das „eigene wirtschaftliche Wagnis auf JP (die Darlehensnehmerin, *Anm. d. Verf.*) verlagert und diese bewusst mit einem Risiko belastet hat, das über die mit dem zu finanzierenden Vorhaben normalerweise verbundenen Gefahren hinausging“⁵⁵², hatte das Kreditinstitut nach Ansicht des Bundesgerichtshofs für den Darlehensnehmer einen besonderen Gefährdungstatbestand geschaffen. Das Kreditinstitut hatte versucht, durch den Neuinvestor eigene, andernfalls uneinbringliche Forderungen gegen das Unternehmen abzusichern. Im Fall der angeblich bezahlten Erschließungskosten kamen nachträglich auf den Erwerber Kosten zu, mit denen er nicht gerechnet hatte und die er bei Kenntnis für den Kaufpreis in Anrechnung gebracht hätte. Im Flugzeug-Fall hätte der Erwerber möglicherweise härter verhandelt und versucht, den Kaufpreis zu drücken. Dies unterließ er, weil er glaubte, das Flugzeug zum Einkaufspreis zu erhalten. Auch in den Fällen der sichtbehindernden Bebauungspläne der Nachbarn und der zwar zu Appartements ausgebauten, aber nicht als solche nutzbaren Hobbyräume hätte der Erwerber wohl verhandelt und versucht, den Kaufpreis zu drücken. Im Fall der fehlerhaften Standortanalyse hätte sich der Geschädigte nicht dazu entschlossen, eine Ladeneinrichtung in diesem mangels nur weniger Kunden überdimensionierten Umfang zu erwerben. Er hätte nur einen Teil des jetzt vereinbarten Liefervolumens⁵⁵³ in Auftrag gegeben. Auch im Fall des verschwiegenen Mangels durch den Kreditgeber hätte der Geschädigte wegen des dann niedrigeren Kaufpreises ein niedrigeres Kreditvolumen gewählt und somit weniger Zinsen bezahlen müssen.

Zur Frage, ob der jeweilige Schaden Vermögens- oder Nichtvermögensschaden ist, nimmt die Rechtsprechung in den genannten Fällen oftmals nicht Stellung; auch die Frage nach dem Schutzzweck der Aufklärungspflicht wird selten aufgeworfen. Hauptsächlich

⁵⁵¹ Ebenfalls abgedruckt in NJW 1999, S. 2032 mit Anmerkung *Schwintowski*, EWIR 1999, S. 683 und *Emmerich*, Jus 1999, S. 916.

⁵⁵² Vgl. BGH ZIP 1999, S. 574, 577.

⁵⁵³ Es handelte sich beim Fall BGH NJW 1994, S. 663 nach Ansicht des Bundesgerichtshofs um einen Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen, so dass früher §§ 651 I, 631 I BGB a. F. Anwendung fanden und heute § 651 Satz 1 und 2 BGB Anwendung fänden.

werden diese Fragen in Fällen der Vertragsaufhebung, nicht in Fällen der Vertragsanpassung, diskutiert. Hier wird gefragt, ob die Vertragsaufhebung als Rechtsfolge der c.i.c. einen Vermögensschaden erfordert und ob der nur wegen Verletzung der Entscheidungsfreiheit als Schaden *empfundene* Vertrag einen Vermögensschaden darstellt. Das Urteil des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshof aus dem Jahre 1997 sagt hierzu: „Die Rückgängigmachung eines Vertrags unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß setzt einen Vermögensschaden voraus.“ „Ein Vermögensschaden tritt nicht automatisch mit der Eingehung des Vertrags ein, sondern bedingt, daß der Vertragsschluß für den Betroffenen unter Berücksichtigung der für die Schadensfeststellung allgemein anerkannten Grundsätze wirtschaftlich nachteilig ist.“⁵⁵⁴ Die Verletzung der Entscheidungsfreiheit stellt demnach keinen Vermögensschaden dar. Vertragsaufhebung als Folge einer Haftung aus c.i.c. setzt aber einen solchen voraus. Begründet wird diese Einschränkung mit der Konkurrenz und Abgrenzung zu § 123 BGB,⁵⁵⁵ die bei der Vertragsanpassung keine Rolle spielen.⁵⁵⁶ Ob die Verletzung der Entscheidungsfreiheit einen Nichtvermögensschaden darstellt, ist damit nicht geklärt. Allerdings war die Rechtsprechung in den letzten Jahren vor der Schuldrechtsreform keineswegs so klar und einheitlich⁵⁵⁷ und diese Frage in der Literatur umso umstrittener. Nach der wohl herrschenden Rechtsprechung stellt die Verletzung der Entscheidungsfreiheit allein keinen Vermögensschaden dar. In vielen Fällen hingegen wird der Vermögensschaden aus dem subjektiv als Schaden empfundenen Vertrag „hingebogen“. Ob Willensfreiheit ein Vermögens- oder ein Nichtvermögensgut ist, kann folglich aus der Rechtsprechung heraus nicht eindeutig beantwortet werden.

Ebenso wenig eindeutig nimmt die Rechtsprechung zu der Frage Stellung, ob die Vertragsanpassung eine vom Schutzzweck der Aufklärungspflicht gebotene Haftungsfolge ist. Zumeist stützt sie sich auf Praktikabilitäts- und allgemeine Gerechtigkeitsabwägungen [siehe bereits oben (1)]. Nur in wenigen Urteilen bezieht der Bundesgerichtshof Position. Die Informationspflicht habe den Zweck, einer Beweisnot des Aufklärungsberechtigten

⁵⁵⁴ Leitsätze von BGH NJW 1998, S. 302. Anmerkungen von *Imping*, JA 1998, S. 356, *Medicus*, LM BGB § 249 (A) Nr 113 (4/1998), *Grunsky*, EWIR 1998, S. 727, *Wiedemann*, JZ 1998, S. 1173.

⁵⁵⁵ Vgl. BGH NJW 1998, S. 302, 304 und viele mehr.

⁵⁵⁶ Vgl. nur *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 181.

⁵⁵⁷ Diese Uneinigkeit wird in einigen Urteilen deutlich zum Ausdruck gebracht: BGH NJW 1998, S. 302, 304 zitiert eine beachtliche Anzahl abweichender Urteile bzw. solcher, die „diese an sich anerkannten Grundsätze“ (S. 304) nicht erörtert und berücksichtigt haben.

vorzubeugen.⁵⁵⁸ Die Beweisnot des Aufklärungsberechtigten müsse beseitigt werden, um ihm so die Möglichkeit zu geben, seine Vorstellungen vom Vertrag durchzusetzen.

(bb) Literaturansicht zum Schutzzweck vorvertraglicher Aufklärungspflichten

Hans Stoll vertrat, dass vorvertragliche Aufklärungspflichten Schutz vor falschen Leistungserwartungen, *keinesfalls* aber Schutz der Willensfreiheit oder der Freiheit vom Vertrag bezwecken.⁵⁵⁹ Der Zustand, der durch den wirksamen Vertrag entstehe, sei somit mangels Verletzung einer Aufklärungspflicht, die den Schutz der Abschlussfreiheit bezwecke, nicht rechtwidrig.⁵⁶⁰ Dementsprechend komme eine Vertragsaufhebung, die eine Wiederherstellung der Möglichkeit zum Nichtabschluss des Vertrags biete, nicht in Betracht. Richtigerweise kommt somit auch eine Vertragsanpassung, die eine Wiederherstellung der Möglichkeit zur besseren Verhandlung bietet, nicht in Betracht.

Vielmehr müsse auf die Frustrierung der Aufwendungen, die durch den nicht erwartungsgerechten Vertrag getätigt werden, abgestellt werden. So könnten sämtliche Aufwendungen und folglich die gesamte Gegenleistung und die Vertragskosten als vergeblich geltend gemacht werden, wenn die enttäuschte Partei nachweisen kann, dass sie bei Kenntnis der Sachlage die Aufwendungen nicht getätigt hätte. Der Aufklärungsverpflichtete könne sich seinerseits auf § 255 BGB berufen und die Ersatzleistung verweigern, solange die enttäuschte Partei ihrerseits die Sache nicht zurückgewährt hat.⁵⁶¹ Wirtschaftlich entspricht dies einer Vertragsaufhebung. *Hans Stoll* betont aber, dass dieser Anspruch kein „Anspruch auf Aufhebung des geschlossenen Vertrags, sondern nur auf Ausgleich der mit dem Abschluss und der Durchführung des Vertrags verbundenen Nachteile“⁵⁶² sei.

Auch für die Vertragsanpassung bietet *Hans Stoll* ein wirtschaftliches Äquivalent in Form einer „Teilfrustration der Aufwendungen und Stehenbleiben beim Vertrag“⁵⁶³ an. Der ent-

⁵⁵⁸ BGHZ 61, 118, 121 = BGH NJW 1973, S. 1688; BGHZ 64, 46, 51; BGH NJW 1988, S. 200, 203; BGH NJW-RR 1989, 1102, 1103. Grundsätzlich BGH NJW 1980, S. 2186, 2187 mit Verweis auf *Hans Stoll*, FS Hippel, S. 553 und *dens.*, AcP 176 (1976), S. 145, 152.

⁵⁵⁹ Vgl. *ders.*, FS Riesenfeld, S. 275, 281. Wohl noch anders *ders.*, FS v. Caemmerer, S. 435, 468: „ (...) den mit der culpa in contrahendo erreichten Schutz der Entscheidungsfreiheit (...)“.

⁵⁶⁰ Deutlich *Hans Stoll*, FS Riesenfeld, S. 275, 281 und *ders.*, FS Deutsch S. 361, 365.

⁵⁶¹ Vgl. *Hans Stoll*, FS Riesenfeld, S. 275, 283.

⁵⁶² *Ders.*, FS Riesenfeld, S. 275, 283.

⁵⁶³ *Ders.*, FS Riesenfeld, S. 275, 284.

täuschte Vertragspartner könne darlegen, dass seine Leistungserwartungen nur teilweise enttäuscht wurden. So könne er auch nur einen Teil der gemachten Aufwendungen, zu denen die Bezahlung des Kaufpreises gehört, rückerstattet bekommen bzw., falls er noch nicht bezahlt hat, Herabsetzung der Gegenleistung verlangen. Diese Lösung führt auch in Fällen, in denen die vom Erwerber empfangene Gegenleistung objektiv mindestens soviel wert ist wie die von ihm erbrachte Leistung, zur verhältnismäßigen Herabsetzung der Gegenleistung ähnlich der Minderung.⁵⁶⁴ Weiterhin sei der Vertragsaufwand auch dann teilweise frustriert, „wenn der Gläubiger mit dem Aufwand nicht dasjenige voll erlangt hat, womit er nach den Angaben des Schuldners rechnen durfte.“⁵⁶⁵ Diese Lösung verzichte auf die heftig umstrittene Fiktion, dass es dem Aufklärungsberechtigten gelungen wäre, den Vertrag zu seinen Gunsten abzuschließen.

Greift man die obigen strafrechtlichen Erwägungen [(1)(2)] auf, so sind Parallelen zu erkennen. Auch die strafrechtliche Rechtsprechung hält bei Zweckverfehlung (= Frustration) einen Vermögensschaden für gegeben. In „Extremfällen“, in denen sich der Erwerber in finanzielle Schwierigkeiten bis hin zu Existenznöten begibt, liegt ebenfalls Frustration vor, da der Erwerber Finanznöte riskiert bzw. in Kauf nimmt, um den Ausgleich einer günstigen Anschaffung zu haben. Ist die Anschaffung nun keine besonders günstige, so ist der Vertragsaufwand „(zumindest) teilweise enttäuscht“⁵⁶⁶.

Insbesondere *Grigoleit* greift diese Überlegungen an: Sie böten keine Erklärung dafür, warum die Willensfreiheit nicht von vorvertraglichen Aufklärungspflichten geschützt wird.⁵⁶⁷ Diese Kritik ist zwar inhaltlich richtig, denn *Hans Stoll* bietet in der Tat keine Erklärung an. Der Ansatz von *Grigoleit* ist aber insoweit unrichtig, als keine Erklärung gefunden werden muss, warum Willensfreiheit nicht durch Aufklärungspflichten geschützt wird. Stattdessen muss gerade eine *für* die Erfassung der Willensfreiheit vom Schutzzumfang und -zweck von Aufklärungspflichten gefunden werden. Die c.i.c. war bis 2002 Gewohnheitsrecht, die Erweiterung der c.i.c. auf neue Sachverhalte fand bislang im Wege ge-

⁵⁶⁴ Vgl. *Hans Stoll*, FS Riesenfeld, S. 275, 285 mit einem umgekehrten Beispiel, in dem der Erwerber eine Million DM bezahlt hat, das Unternehmen objektiv wegen der unrichtigen Bilanz nur 400.000 DM wert ist und es bei angenommener Richtigkeit der Bilanz 800.000 DM wert wäre. Hier erhält der Erwerber die Hälfte des Kaufpreises zurück, da das Unternehmen nur halb so viel wert ist wie angenommen.

⁵⁶⁵ *Hans Stoll*, FS Riesenfeld, S. 275, 285.

⁵⁶⁶ So in den Worten von *Hans Stoll*, FS Riesenfeld, S. 275, 284.

⁵⁶⁷ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 70.

wohnheitsrechtlicher Anerkennung statt.⁵⁶⁸ Somit musste die Erweiterung und nicht die Einschränkung der c.i.c. legitimiert werden.

Zu Recht führen *Grigoleit* und andere an, dass eine Differenzierung zwischen Schutz der berechtigten Leistungserwartungen und Schutz der Willensfreiheit nicht möglich ist.⁵⁶⁹

Berechtigte Erwartungen seien das Ergebnis eines Willensbildungsprozesses, so dass das eine mit dem anderen einhergehe.⁵⁷⁰ Wer mit einem Vertragsschluss falsche Leistungserwartungen verknüpfe, gehe bei seiner Entscheidung von falschen Voraussetzungen aus und sei schon deswegen in seiner rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit eingeschränkt.

St. Lorenz greift die Differenzierung von einer weiteren Seite an: Es gebe Fälle wirtschaftlich neutraler, aber subjektiv lästiger Verträge, in denen die Willensfreiheit beeinträchtigt sei, eine Zweckstörung aber nicht vorliege. Die Beeinträchtigung der Willensfreiheit könne somit entgegen der Intention *Hans Stolls* nicht in jedem Fall mit einer Zweckstörung gleichgesetzt werden.⁵⁷¹ Dies ergibt auch die strafrechtliche Analyse: Im „Zellwollhosenfall“ liegt ein für den Erwerber subjektiv lästiger Vertrag vor, da er eine Wollhose und keine Hose aus Synthetik kaufen wollte. Eine Zweckstörung, also die Unbrauchbarkeit der Hose, liegt jedoch nicht vor.⁵⁷² Ein weiteres Beispiel stellt der „Flugzeug-Fall“ dar: Das Flugzeug ist zu einem Preis von 238.000 Dollar ebenso verwendbar wie zum Preis von 280.000 Dollar.

Insbesondere *St. Lorenz* vertritt unter rechtsvergleichender Analyse des angloamerikanischen und des niederländischen Rechts die Ansicht, neben dem Vermögen als solches sei auch *jedes rechtlich anerkannte Interesse* des Verhandelnden durch die c.i.c. ge-

⁵⁶⁸ Liegt eine Regelungslücke vor, so ist nach erfolgloser Auslegung, Gesetzeskorrektur oder abändernder Rechtsfortbildung zu fragen, ob eine ergänzende Rechtsfortbildung in Betracht kommt. Da nicht jede Regelungslücke letztlich schließungsbedürftig ist, ist zunächst die Schließungsbedürftigkeit zu ermitteln, vgl. *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 280, 281. Das bedeutet für den gerade genannten Fall, dass die Schließungsbedürftigkeit durch wertende Betrachtung, vgl. *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 280, 282 mit weiteren Nachweisen in Fn. 8. für die Fallgruppe der Verletzung der Willensfreiheit, zunächst belegt werden muss. Die fehlende Schließungsbedürftigkeit muss hingegen nicht belegt werden.

⁵⁶⁹ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 70. Ebenso *St. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 71 f. Vgl. auch *Nickel*, Rechtsfolgen S. 178.

⁵⁷⁰ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 70.

⁵⁷¹ Vgl. *St. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 73.

⁵⁷² Eine Zweckstörung wäre nur dann anzunehmen, wenn der Erwerber zum Beispiel wegen einer Allergie die Hose nicht tragen könnte.

schützt. Unter ein solches rechtlich anerkanntes Interesse falle auch die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit.⁵⁷³ Er sieht folglich die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit als Nichtvermögensgut. Konsequenterweise lehnt er das Tatbestandsmerkmal eines objektiven Vermögensschadens bei der Vertragsaufhebung als Rechtsfolge der c.i.c. ab. Ebenso konsequent muss er diese (Zusatz-)Voraussetzung auch für die Vertragsanpassung ablehnen.

St. Lorenz kritisiert an der Auffassung *Hans Stolls* den fehlenden Nachweis der These, dass die vorvertraglichen Aufklärungspflichten nur Schutz vor der Enttäuschung berechtigter Leistungserwartungen böten. Aus der Vielschichtigkeit vorvertraglicher Beziehungen könne sich sehr wohl auch eine Aufklärungspflicht ergeben, die konkret den Schutz der korrekten Willensbildung bezwecke.⁵⁷⁴ Allerdings muss auch hier nicht der Nachweis des Ausschlusses dieses Schutzzwecks erbracht werden, sondern der Nachweis der Einbeziehung,⁵⁷⁵ so dass diese Kritik unberechtigt ist.

Inzwischen hat *Hans Stoll* seine Auffassung zum Schutzzweck vorvertraglicher Aufklärungspflichten korrigiert: Nachdem er bereits früher die Möglichkeit der Schaffung einer „eigenverantwortlichen Entscheidung“ und folglich den Schutz des Partners vor „nicht vorhersehbaren Folgen“⁵⁷⁶ der Entscheidung zum Vertragsschluss als Zweck der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss ansah, sieht er es nunmehr als „sicherlich richtig“ an, „daß vorvertragliche Informationspflichten auch dem Schutz korrekter Willensbildung dienen“⁵⁷⁷.

⁵⁷³ Vgl. *St. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 388. Er sagt zu Recht, für die Anwendung des § 249 Satz 1 BGB a. F. (heute § 249 Abs. 1 BGB) brauche kein Vermögensschaden vorzuliegen, es genüge ein Nichtvermögensschaden. So wohl auch *Soergel-Wiedemann*, 12. Aufl., Vor § 275 Rn. 113, 153 ff., 162. Vgl. auch noch *Hans Stoll*, FS v. Caemmerer, S. 435, 468, aber anders *ders.*, FS Riesenfeld, S. 275, 281.

⁵⁷⁴ *St. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 73 mit Beispiel in Fn. 147.

⁵⁷⁵ Siehe die Argumentation bei und in Fn. 568.

⁵⁷⁶ Beide Zitate von *Hans Stoll*, FS v. Caemmerer, S. 435, 468.

⁵⁷⁷ Beide Zitate von *Hans Stoll*, FS Deutsch, S. 361, 366 Fn. 15. Dennoch vertritt er weiterhin die ursprüngliche Lösung, es müsse auf die Frustration der Aufwendungen abgestellt werden. Er korrigiert die Lösung jedoch insoweit, dass eine Frustration nunmehr voraussetze, dass der Vertragszweck der enttäuschten Partei mit den ihr nicht oder fehlerhaft mitgeteilten Umständen steht oder fällt. Dies wiederum sei anzunehmen, wenn die irreführende Partei bei richtiger Information den Vertrag nicht oder nicht mit diesem Inhalt geschlossen hätte. Für die Teilfrustration müsse dies ebenso gelten. Da die Beweislast hierfür nach allgemeinen Regeln der enttäuschten Partei obliegt, bleibt das Problem der Fiktion, dass es

Die neuere Lehre sieht folglich kein Problem mehr in der haftungsrechtlichen Erfassung der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit. Entscheidungsfreiheit ist nach der Lehre ein Nichtvermögensgut.

Fraglich ist, ob die Vertragsanpassung die vom Schutzzweck der Aufklärungspflicht gebotene Haftungsfolge ist. Einige nehmen an, gerade im Fall vorvertraglicher Aufklärungspflichten gebiete der Schutzzweck der Pflicht eine Beweislastumkehr.⁵⁷⁸ Der Vorteil des Verpflichteten entspreche dem Nachteil des Berechtigten. Diese „Stoffgleichheit“⁵⁷⁹ sei typisch bei der Verletzung vorvertraglicher Pflichten und sei Hintergrund einer Beweislastumkehr. Deshalb müsse diese auch bei einer Vertragsanpassung, bei der auf den Nachweis eines hypothetischen Vertragsschlusses durch den Geschädigten verzichtet wird, berücksichtigt werden. Letztlich lehnen jedoch sowohl *Nickel* als auch *Grigoleit* im Ergebnis eine Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. ab. *Nickel* führt an, es fehle meist schon an einem substantiierten Vortrag, welchen Inhalt der Vertrag habe und somit bereits an einem Bezugspunkt. Des Weiteren bestehe die Gefahr, dass der Aufklärungsberechtigte willkürlich einen bestimmten Vertragsinhalt behaupte und so den Umfang des Schadensersatzes willkürlich bestimme. Dies sei eine „weitaus verheerende(re) Situation (...) als sie bei Annahme eines Wahlrechts bestünde.“⁵⁸⁰ Nur in Ausnahmefällen könne geklärt werden, welchen Inhalt der Vertrag gehabt hätte. Dann sei der Aufklärungsberechtigte grundsätzlich nicht in einer Beweisnotsituation, sondern sei unter Zuhilfenahme der Beweismaßsenkung des § 287 Abs. 1 ZPO in der Lage, seine Behauptung zu beweisen.⁵⁸¹

Grigoleit lehnt eine Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. aus anderen Gründen ab: Das Recht zur Vertragsaufhebung sei zur Vermeidung der Vorteilsziehung durch den Verpflichteten grundsätzlich ausreichend, es bedürfe nicht des Rechts zur Vertragsanpassung. Auch Schutzzweckerwägungen könnten eine Vertragsanpassung nicht begrün-

dem Aufklärungsberechtigten gelungen wäre, den Vertrag zu seinen Gunsten abzuschließen, entgegen seiner ursprünglichen Annahme bestehen.

⁵⁷⁸ Vgl. *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 223 ff. Anderer Ansicht sind *Grunewald*, ZIP 1994, S. 1162, 1164 und *Schultz*, VersR 1990, S. 808, 812 f.

⁵⁷⁹ So wird es in der strafrechtlichen Betrugsdogmatik genannt, vgl. Schönke/Schröder-Cramer/Perron, Strafgesetzbuch Kommentar, § 263 Rn. 168 mit zahlreichen Nachweisen und *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl., § 263 Rn. 108 mit weiteren Nachweisen.

⁵⁸⁰ *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 230.

⁵⁸¹ *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 231.

den, da die Pflichtverletzung nicht in der mangelnden Verwirklichung der Vorstellungen des Aufklärungsberechtigten liege.⁵⁸²

(cc) Eigene Ansätze, insbesondere unter Berücksichtigung der Materialien zur Schuldrechtsreform

Der Gesetzgeber stellt sich in den Materialien zur Neufassung des § 241 Abs. 2 BGB auf den Standpunkt, die Entscheidungsfreiheit sei ein vom Interessenbegriff des § 241 Abs. 2 BGB erfasstes „anderes Interesse“ als ein Vermögensinteresse.⁵⁸³ Nach der Schuldrechtsreform ist es somit nur unter Nichtbeachtung des gesetzgeberischen Willens möglich, über teils mühevoll⁵⁸⁴ subjektive „Schadenseinschläge“ die Entscheidungsfreiheit als Vermögensgut zu sehen. Die c.i.c. wird mit den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 zitiert. Durch die Integration des § 241 Abs. 2 BGB in die Normenkette der c.i.c. wird auch die Einbeziehung der Willensfreiheit als Schutzgut deutlich. Somit ist die Entscheidungsfreiheit nach gesetzgeberischem Wunsch ein Nichtvermögensgut.⁵⁸⁵

Offen ist aber noch die Frage, ob allein die Vertragsanpassung dem Schutzbedürfnis des Geschädigten gerecht werden kann.

Insbesondere im Fall der fehlerhaften Standortanalyse⁵⁸⁶ und im Fall des vom Kreditunternehmer verschwiegenen Mangels⁵⁸⁷ lassen sich die Aufklärungspflichten als solche zur Aufklärung über den *wirtschaftlichen Sinn und Zweck* des geschlossenen Vertrags charakterisieren. Im Fall der fehlerhaften Standortanalyse wird dies deutlich, als es heißt, dass der Geschädigte sich zum Kauf einer Ladeneinrichtung entschlossen hat, „für die in diesem Umfang kein vernünftiger Bedarf bestand“, weil sie „aus den Einnahmen des Geschäfts nicht zu bezahlen war.“ Zweck der Aufklärungspflicht ist in diesen Fällen die

⁵⁸² Vgl. *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 202 mit Herleitung auf S. 190 f.

⁵⁸³ BT-Drs. 14/6040, S. 126 linke Spalte oben. Vgl. hierzu *Fikentscher*, Schuldrecht, 10. Aufl., § 19 III 4, Rn. 96 und § 7 3c, Rn. 38 sowie *St. Lorenz* in: *Karlsruher Forum* 2005, S. 30 f. mit weiteren Nachweisen in Fn. 83 und *Riedel* in: *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, S. 723. 733. Zweifelnd, ob sich hieraus ein Verzicht auf das Kriterium des Vermögensschadens ablesen lässt: *Ackermann*, Schutz des negativen Interesses, S. 305 f.

⁵⁸⁴ So insgesamt zu Recht *Lieb*, FS Köln, S. 251, 260 Fn. 34, der allerdings eine Einordnung der Willensfreiheit als immaterielles Gut nicht vornimmt.

⁵⁸⁵ Nach § 253 Abs. 1 BGB kann folglich Entschädigung in Geld nur dann gefordert werden, wenn es das Gesetz ausdrücklich bestimmt.

⁵⁸⁶ BGH NJW 1994, S. 663, siehe bereits bei Fn. 550 und 553.

⁵⁸⁷ BGH ZIP 1999, S. 574, siehe bereits bei Fn. 552.

ordnungsgemäße, also richtige und ausreichende Information des Vertragspartners im Hinblick auf den bevorstehenden Vertrag. Der Vertragspartner soll sich auf die Leistung einstellen und ihren Nutzen für sich richtig bewerten können. Er soll durch die Aufklärung vor möglichen Nachteilen geschützt werden, die er hätte, weil er den Nutzen der Leistung für sich nicht richtig bewerten könnte. Die Aufklärung dient folglich der privatautonomen Risikoeinschätzung und der persönlichen Kosten-Nutzen-Abwägung.

Wie eine Verletzung dieser persönlichen Risikoeinschätzung und der persönlichen Kosten-Nutzen-Abwägung durch das Schadensersatzrecht angemessen auszugleichen ist, kann nunmehr ebenfalls anhand der Schutzzwecklehre beantwortet werden. Zunächst ist nach dem Grundsatz der Naturalrestitution, die auch und besonders bei Nichtvermögensschäden, bei denen gemäß § 253 Abs. 1 BGB Entschädigung nur dann in Geld geleistet wird, wenn es vom Gesetz gefordert wird, die Ausgangssituation wieder herzustellen. Da dem Geschädigten die Möglichkeit genommen wurde, seine Risikoeinschätzung und seine persönliche Kosten-Nutzen-Abwägung nach vollständiger und richtiger Aufklärung vorzunehmen und diese in die Vertragsverhandlungen einzubringen, muss ihm diese Möglichkeit zunächst wieder eingeräumt werden.⁵⁸⁸ Der erste gedankliche Schritt ist also die hypothetische Wiederherstellung des Zustands der Vertragsverhandlungen, im Zuge derer der Aufklärungsverpflichtete den Aufklärungsberechtigten unrichtig aufgeklärt hat.

Damit ist aber die Beweislastumkehr noch nicht vollständig erklärt; dass der Aufklärungsberechtigte nun seine Einschätzungen und Abwägungen einbringen kann, heißt nicht, dass er seine korrigierten Vorstellungen durchsetzen kann und dass der Aufklärungsverpflichtete sich auf die korrigierten Vorstellungen des Vertrags eingelassen hätte. Gedanklich ist dies ein zweiter Schritt.

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs hat die Informationspflicht den Zweck, die Beweisnot des Aufklärungsberechtigten zu vermeiden, die durch ihre Verletzung entsteht.⁵⁸⁹ Eine Beweisnot kann verhindert werden, indem es dem Geschädigten überlassen bleibt, einen Vertragsschluss zu seinen Gunsten geltend zu machen, so dass ein Wahlrecht des Geschädigten dem Schutzzweck der Informationspflicht entspricht.

Der Bundesgerichtshof unterliegt jedoch nach Ansicht *Grigoleits* einem Zirkelschluss, da die Beweisnot sich als Folge der Anerkennung der Aufklärungspflicht und des Haftungs-

⁵⁸⁸ So auch *Heinemann*, NJW 1990, S. 2345, 2353 und *Gebhardt*, Herabsetzung der Gegenleistung nach culpa in contrahendo, S. 77, der dies als eine „Art Naturalrestitution“ bezeichnet; *Grigoleit*, NJW 1999, S. 900, 903 f.; so auch grundsätzlich *Tiedtke*, DB 1989, S. 1321, *ders.*, FS Felix, S. 491 f.

⁵⁸⁹ BGHZ 61, 118, 121; 64, 46, 51; BGH NJW 1988, S. 200, 203; BGH NJW-RR 1989, S. 1102, 1103.

begründungstatbestandes ergebe.⁵⁹⁰ Insofern ist richtig, dass es ohne Informationspflicht keine Haftung bei Verletzung und folglich auch keine Beweisnot gäbe. Ohne Aufklärungspflicht käme der Aufklärungsberechtigte nicht auf die Idee, sein Gegenüber könnte einen Fehler gemacht haben, sondern würde die Schuld allein bei sich suchen. Der Bundesgerichtshof lässt sich von Praktikabilitätserwägungen leiten, seiner Ansicht nach gehen Aufklärungspflicht und Beweislastumkehr einher.⁵⁹¹ Dies ist aber nicht mehr als eine alte Schulweisheit: Recht funktioniert eben nur, wenn es auch durchgesetzt werden kann. Die Beweislastumkehr bewirkt hier die Durchsetzung des Rechts und die Aufklärungspflichtverletzung ist hinreichende Bedingung für die Beweislastumkehr.

Diese Erklärung ist entgegen aller Kritik⁵⁹² nicht die schlechteste: Eine Pflicht, deren Durchsetzung nicht erzwungen werden kann, macht keinen Sinn; jeder Pflicht ist der Sinn ihrer Durchsetzung immanent.⁵⁹³ Zwar gibt es keine allgemeine Regel, dass eine Beweislastumkehr vorgenommen werden muss, wenn anders eine Durchsetzung der Pflicht nicht oder nur schwer möglich ist.⁵⁹⁴ Häufig findet in solchen Fällen aber eine Beweislastumkehr statt. Beispiele dafür sind die Rechtsprechungen zur Arzthaftung⁵⁹⁵, zu anderen Berufshaftungen⁵⁹⁶ (zumindest bei grober Verletzung von Pflichten) und insbesondere bei der Prospekthaftung⁵⁹⁷.

⁵⁹⁰ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 174.

⁵⁹¹ Er beruft sich auf *Hans Stoll*, FS Hippel, S. 515, 553, der deutlich formuliert: „Die Kausalitätsvermutung ist erst dann gerechtfertigt, wenn mit dem pflichtwidrig geschaffenen Verletzungsrisiko typischerweise das beweisrechtliche Risiko der Unaufklärbarkeit des Kausalzusammenhangs verbunden ist“.

⁵⁹² Vgl. nur *Grunewald*, ZIP 1994, S. 1162, 1164 und *Schultz*, VersR 1990, S. 808, 812 f., die zu Recht sagen, die Beweislastumkehr sei keine Besonderheit von Aufklärungspflichten.

⁵⁹³ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 516 sagt zutreffend, der Vertrauensschutz würde in weiten Teilen entwertet, wenn man den Vertrauenden mit dem Beweis der (schwierigen) Kausalität von Vertrauen und Disposition belastete.

⁵⁹⁴ Die gegen Loyalitätspflichten verstoßende Verwendung unwirksamer AGB führt auch nicht zur Beweislastumkehr, vgl. nur BGH NJW 1984, S. 2816, 2817. Anders wohl für Aufklärungspflichten Palandt-*Heinrichs*, 68. Aufl., § 280 Rn. 39.

⁵⁹⁵ Vgl. zum Fall eines groben Behandlungsfehlers BGHZ 85, 212, 216 mit Anmerkung *Matthies*, NJW 1983, S. 335; BGH NJW 1967, S. 1508; 1988, S. 2949 f.; 1995, S. 778. Vgl. zum Fall eines groben Behandlungsfehlers durch eine falsche Diagnose bzw. eines Dokumentationsmangel und deren Einschränkungen bei der Beweislastumkehr BGHZ 132, 47 und Staudinger-*Schiemann*, 13. Aufl., Vorbem. zu §§ 249 ff, Rn. 96 f.

⁵⁹⁶ Vgl. nur BGHZ 124, 151, 159 mit Anmerkung *Grün*, NJW 1994, S. 1330; BGH NJW 1962, S. 959 ff.; NJW 1971, S. 241, 243. Vgl. auch Staudinger-*Schiemann*, 13. Aufl., Vorbem. zu §§ 249 ff., Rn. 97, der

Nach Ansicht *Nickels* gebietet der Schutzzweck der Pflicht speziell im Fall vorvertraglicher Aufklärungspflichten eine Beweislastumkehr. Er zieht zunächst Ausführungen von *Grigoleit* heran, die sich auf die Begründung eines zur Vertragsaufhebung führenden Anfechtungsrechts bei fahrlässiger Irreführung analog § 123 BGB beziehen. Kernargument von *Grigoleit* für eine Beweislastumkehr in Fällen der fahrlässigen Irreführung ist die fehlende Schutzwürdigkeit des Aufklärungsverpflichteten; dieser habe eine „in ihrer rechtlichen Schutzwürdigkeit als ‚Besitzstand‘ herabgesetzt(e)“⁵⁹⁸ Rechtsstellung inne. Hintergrund der „herabgesetzten“ Rechtsstellung sei die Korrelation des Nachteils des Informationsberechtigten mit dem Vorteil des Informationsverpflichteten. In der Terminologie des § 263 StGB ist Hintergrund also die Stoffgleichheit des Vorteils des Verpflichteten und des Nachteils des Berechtigten.⁵⁹⁹ Dies sei typisch bei Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten. Außerdem verstärke die Vorteilsziehung des Verpflichteten die Schutzwürdigkeit des Berechtigten. Des Weiteren sei eine Vermeidung der Vorteilsziehung aus nachweislich rechtswidrigem, da gegen die Pflicht zur Information verstoßendem Verhalten auch aus rechtsethischen Gründen geboten. Die Beweislastverteilung, die grundsätzlich den Angreifer belaste, diene der Besitzstandswahrung und schütze so den Rechtsfrieden.⁶⁰⁰ *Grigoleit* führt somit neben dem Schutzzweck der vorvertraglichen Informationspflicht zwei weitere, mit diesem eng zusammenhängende Argumente an, nämlich die Verantwortlichkeit des Informationspflichtigen für die Beweisnot und die Vermeidung einer Vorteilsziehung⁶⁰¹.

Diese Argumentation überträgt *Grigoleit* aber ausdrücklich nicht auf die Vertragsanpassung. Sie sei an dieser Stelle für den Nachweis eines hypothetischen Vertragsschlusses „ohne Aussagekraft“⁶⁰².

Nickel hingegen entwickelt diese Argumentation weiter und überträgt sie auf die Vertragsanpassung. Die Pflichtverletzung liege zwar nicht in der mangelnden Verwirklichung der Vorstellungen des Aufklärungsberechtigten; insoweit habe *Grigoleit* Recht. Sie liege

aufgrund der zahlreichen unterschiedlichen Urteile eine Vereinheitlichung bei Verletzung von Beratungs- und Aufklärungspflichten anmahnt.

⁵⁹⁷ Vgl. BGHZ 124, 151, 159; BGH ZIP 2005, S. 259, 263 und *Assmann*, Prospekthaftung, S. 297, 362.

⁵⁹⁸ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 176.

⁵⁹⁹ Siehe die Nachweise in Fn. 579.

⁶⁰⁰ Vgl. *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 176.

⁶⁰¹ Er bezieht sich dabei auf *Grunewald*, ZIP 1994, S. 1162, 1164, die allerdings eine Beweislastumkehr nur bei vorsätzlicher Informationspflichtverletzung annimmt.

⁶⁰² *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 202. Siehe ausführlich bei und in Fn. 582.

aber in der Verletzung der ungestörten Willensbildung. Beide Verletzungen wögen gleich schwer, so dass die Schutzwürdigkeit des Aufklärungsberechtigten in gleichem Maße erhöht werde. Dies ist zutreffend; es macht keinen Unterschied, ob der Aufklärungsverpflichtete zunächst die Entscheidungsfreiheit durch fehlerhafte Information beeinträchtigt und so von vornherein falsche Vorstellungen vom geplanten Vertrag weckt oder ob er später die Vorstellungen des Aufklärungsberechtigten nicht verwirklicht.

Nickel führt auch zu Recht an, es liege Stoffgleichheit des Vorteils des Verpflichteten und des Nachteils des Berechtigten vor.⁶⁰³ Nimmt man mit *Grigoleit* an, diese Stoffgleichheit sei typisch bei der Verletzung vorvertraglicher Pflichten und Hintergrund einer Beweislastumkehr, so muss dieses auch bei einer Vertragsanpassung, bei der auf den Nachweis eines hypothetischen Vertragsschlusses durch den Geschädigten verzichtet wird, berücksichtigt werden. Demnach ergibt sich eine Vertragsanpassung aus dem Schutzzweck der verletzten Pflicht.

Insgesamt ergibt sich sowohl für die Vertragsaufhebung als auch für die Vertragsanpassung die jeweilige Zulässigkeit aus dem Schutzzweck der vorvertraglichen Informationspflicht, die den Aufklärungsberechtigten vor einer durch den Verpflichteten hervorgerufenen Beweisnot schützen soll.

Nicht leicht zu entkräften ist das Argument *Grigoleits*, zur Vermeidung der Vorteilsziehung durch den Verpflichteten sei das Recht zur Vertragsaufhebung ausreichend. Diese Argumentation ist richtig, wenn die Vertragsaufhebung grundsätzlich den weniger schwerwiegenden Eingriff als die Vertragsanpassung bedeutet. Da die Thematik des Eingriffs in die Privatautonomie noch ausführlich diskutiert wird, sei dorthin verwiesen [(III)(4)] und das Argument zunächst zurückgestellt.

Bislang ist weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur ausreichend beachtet worden, dass der Aufklärungsverpflichtete nicht nur eine „Pflicht mit Bezug zum Vertragsschluss oder -inhalt“⁶⁰⁴ verletzt, sondern dass sich die Pflicht zur Aufklärung in diesen Fällen auf den Vertragsgegenstand, ein *essentialie negotii*, bezieht. Der Verpflichtete klärt über einen wesentlichen Bestandteil des Vertrags unzureichend auf. Im „Flugzeug-Fall“ beispielsweise erweckte der Aufklärungsverpflichtete den Anschein, der genannte Preis – ein *essentialie negotii* des Kaufvertrags – sei der Großhändlerpreis. In allen Unternehmenskauffällen hat der Aufklärungsverpflichtete über das *essentialie negotii* „Kaufgegenstand“ falsch aufgeklärt. Im Grundstückskauffall hat der Aufklärungsverpflichtete über die

⁶⁰³ Vgl. *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 223 ff.

⁶⁰⁴ So *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 69 ff. Überschrift des Kapitels B.

Eigenschaft der Ausbaufähigkeit des Hobbyraums – essentialie negotii ist der Kaufgegenstand Grundstück – falsch aufgeklärt. Im Fall der fehlerhaften Standortanalyse und im Fall des vom Kreditinstitut verschwiegenen Mangels liegt hingegen *nicht unmittelbar* eine solche Pflichtverletzung vor. Es wurde vielmehr falsch über das essentialie negotii eines (Neben-)Vertrags aufgeklärt, der in engem Zusammenhang mit dem Hauptvertrag steht. Im Fall der fehlerhaften Standortanalyse ist der Aufklärungsverpflichtete seinen Beratungspflichten nicht nachgekommen und im Fall des vom Kreditunternehmen verschwiegenen Mangels verschwiegen dieses ein Sonderwissen über das mit dem Kredit zu finanzierende Unternehmen. Im ersten Fall liegt sogar teilweise *Identität* der Vertragspartner von Neben- und Hauptvertrag vor, denn Beratungs- und Leasingunternehmen waren zumindest teilweise identisch. Im zweiten Fall liegt nach heutigem Recht wohl⁶⁰⁵ ein verbundener Vertrag im Sinne des § 358 Abs. 3 (Satz 3) BGB vor. Ist aber von einem verbundenen Vertrag auszugehen, so kann aus der Wertung des § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB und auch aus § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB eine „verschärfte“ Haftung des Dritten entnommen werden. Der Dritte wird in die Pflichten des Hauptvertrags gleichsam hineingezogen. Der enge Zusammenhang zwischen verbundenen Verträgen oder eine besondere Inanspruchnahme von Vertrauen lassen die nur *mittelbare* Pflichtverletzung relevant werden und schaffen so eine Verknüpfung des Nebenvertrags mit einem essentialie negotii des Hauptvertrags. Die Wichtigkeit dieser Vertragskomponente erfordert es, bei Verletzung einer auf ein essentialie negotii bezogenen Aufklärungspflicht umfassenden Schutz des Aufklärungsberechtigten zu bieten. Dieser Schutz wird umfassend nur durch die Möglichkeit der Wahl einer Vertragsanpassung geboten.

Der Ansicht *Nickels*, es fehle meist schon an einem substantiierten Vortrag, welchen Inhalt der Vertrag ohne die Aufklärungspflichtverletzung habe, und somit bereits an einem Bezugspunkt für die Vertragsanpassung, und weitergehend, es bestehe die Gefahr, dass der Aufklärungsberechtigte willkürlich einen bestimmten Vertragsinhalt behauptet und so den Umfang des Schadensersatzes willkürlich bestimmt, kann nicht gefolgt werden. Ist schon die Aufklärungspflichtverletzung, die vom Aufklärungsberechtigten darzulegen ist, von diesem zur Überzeugung des Gerichts dargelegt worden, so kann dieses anhand der Darlegungen des Aufklärungsberechtigten nachvollziehen, wie der Vertrag nach Vorstellung des Berechtigten zustande gekommen wäre. Da genau geklärt werden muss, für

⁶⁰⁵ Der Sachverhalt ist nicht eindeutig. Vor allem ist der festgestellte Sachverhalt nicht auf das heutige Recht zugeschnitten. Es liegt wohl ein Fall des § 358 Abs. 3 Satz 3 Var. 2 oder Var. 3 BGB vor.

welches *essentiale negotii* und in welchem Umfang eine Aufklärungspflichtverletzung vorliegt, ergibt sich der Inhalt des hypothetischen Vertrags von selbst.

Insgesamt ist eine Vertragsanpassung aufgrund des Schutzzwecks der verletzten Aufklärungspflicht, die den Berechtigten vor einer Beweisnot schützen soll und sich zudem auf ein *essentiale negotii* bezieht, geboten. Eine Verstärkung dieser Argumentation durch den Schutzzweck von Aufklärungspflichten im Allgemeinen wird im Folgenden untersucht [sogleich (b)]. Ob der umfassende Schutz durch die Möglichkeit zur Wahl einer Vertragsanpassung in Einzelfällen beschränkt werden muss, wird im darauf Folgenden erörtert; hierzu muss insbesondere der Eingriff in die Privatautonomie des Aufklärungsverpflichteten berücksichtigt werden [(III)].

(b) Schutzzweck von Aufklärungspflichten im Allgemeinen/Zusammenhänge des Haftungsrechts

(aa) Überblick

Vertragsverhandlungen sind zunächst regelmäßig von widerstreitenden Interessen bestimmt; zum Beispiel möchte der Verkäufer möglichst teuer verkaufen, der Käufer möchte möglichst wenig bezahlen. Dies lässt sich anhand jedes einzelnen (*synallagmatischen*) Vertragstyps aufzeigen.⁶⁰⁶ Ein Vertrag kommt letztlich zustande, wenn die Parteien einen Kompromiss finden. Eine Aufklärungspflicht läuft somit den Interessen des Aufklärenden zuwider, da er dadurch seine Verhandlungsposition schwächt. Er wird sich darauf berufen, der Aufklärungsberechtigte solle sich selbst erkundigen und die Abwesenheit eines bestimmten Fehlers oder das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft im Bedarfsfall in die Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB einbeziehen.⁶⁰⁷ Der Aufklärungsberechtigte hat zumindest im Kaufrecht nach § 443 BGB ebenfalls

⁶⁰⁶ Vgl. nur *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 101. Die Fälle, in denen eine Seite bestrebt ist, die Interessen der anderen Seite aufs Beste zu wahren und ihnen gerecht zu werden, sind vor allem bei familiärem oder freundschaftlichem Hintergrund vorhanden. Häufig findet sich in diesen Fällen im Vertrag eine Schenkungskomponente. Sie sind an dieser Stelle zu vernachlässigen, weil es in solchen Fällen nur selten zu (gerichtlichen) Streitigkeiten kommen wird.

⁶⁰⁷ Häufig wird sich die Abwesenheit eines bestimmten Fehlers oder das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft auch bei fehlender Beschaffenheitsvereinbarung unter § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 2 oder Satz 3 BGB subsumieren lassen. Früher gab es für den Käufer noch die Möglichkeit, sich die Abwesenheit eines bestimmten Fehlers oder das Vorhandensein einer Eigenschaft zusichern zu lassen,

die Möglichkeit, einen Garantievertrag (§ 311 Abs. 1 BGB) abzuschließen, um sich die Mängelrechte nicht nur bei Mangelfreiheit für den Zeitpunkt der Übergabe der verkauften Sache (§ 446 BGB), sondern für eine im Garantievertrag bestimmte Dauer zu sichern. Er kann auch einen Garantievertrag mit einem Dritten, zum Beispiel dem Hersteller, abschließen. Demnach könnte man sich auf den Standpunkt stellen, der Vertragspartner habe jede Möglichkeit, sich abzusichern. Unterlässt er dies, ist es sein eigenes Risiko. Dem im Grundsatz folgend verneint die Rechtsprechung bei gegenseitigen Verträgen „wegen der widerstreitenden Interessen“⁶⁰⁸ der Vertragspartner eine uneingeschränkte Aufklärungspflicht. Es sei aus Wirtschafts- und insbesondere Wettbewerbsgründen kontraproduktiv, wenn zum Beispiel der Verkäufer den Erwerber darüber aufklären müsste, dass er das gewünschte Produkt bei einem anderen Händler günstiger bekommen könne. Solche Gegebenheiten in Erfahrung zu bringen ist allein Sache des Erwerbers.⁶⁰⁹ Allgemeine Aussagen über Bestand und insbesondere Umfang von Aufklärungspflichten lassen sich nicht treffen; sie hängen von den Umständen des Einzelfalls und von Treu und Glauben ab.⁶¹⁰ Die Rechtsprechung hat in Anlehnung an § 242 BGB jedoch eine „Goldene Regel“⁶¹¹ aufgestellt: Eine Aufklärungspflicht besteht für sämtliche Umstände, die für den Vertragsschluss der anderen Partei erkennbar von wesentlicher Bedeutung sind und deren Mitteilung nach Treu und Glauben erwartet werden kann.⁶¹² Was hinter dieser Rechtsprechung steht und warum ein Partner gerade in dieser Situation die Pflicht hat, den anderen über einen bestimmten Umstand aufzuklären, ist umstritten und wird im Folgenden erläutert [sogleich (bb) bis (ff)].

vgl. § 463 Satz 1 BGB a. F. Bei Fehlen der zugesicherten Eigenschaft konnte der Nichterfüllungsschaden verlangt werden.

⁶⁰⁸ So wörtlich: RGZ 111, 233, 234 f.; BGH WM 1977, S. 394, 396; BGH NJW 1983, S. 2493, 2494 mit weiteren Nachweisen. Vgl. BGH NJW-RR 1997, S. 144, 145: „entgegen gesetzte Interessen“. Vgl. auch BGH NJW 1984, S. 2289, 2290; 1989, S. 763 und BGH NJW-RR 1987, S. 239. Zahlreiche weitere Nachweise bei Soergel-*Huber*, 12. Aufl., Anh I zu § 433 Rn. 73.

⁶⁰⁹ Vgl. BGH WM 1977, S. 394.

⁶¹⁰ Vgl. bereits RGZ 62, 149, 150 f.; 111, 233, 234 f.; 120, 249, 252. Aus der Rechtsprechung des BGH vgl. BGHZ 47, 207, 210 f.; 71, 386, 396; 72, 92, 101; 96, 302, 311.

⁶¹¹ Bezeichnung von *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 103.

⁶¹² Vgl. nur schon RGZ 95, 58, 60; 97, 325, 327 und aus neuerer Zeit BGHZ 114, 87, 90 f., BGH NJW 2001, S. 2163, 2164 mit weiteren Nachweisen und BGH WM 2002, S. 285.

(bb) Möglicher Hintergrund der Rechtsprechung: „Sanktion“?

Rehm nennt als Hintergrund für Aufklärungspflichten eine Vielzahl von Gründen. Aus dem verfassungsrechtlichen Oberbegriff „Sozialstaatsgebot“ führt er Verbraucherschutz, Wohlstandsumverteilung, Pflicht zur Rücksichtnahme und eine Analogie zu demokratischen Informationsteilhaberechten an. Aus dem einfachen Recht nennt er „Informationsgleichheit“, Vertragsgerechtigkeit, Vertrauenshaftung, Fairness und Transaktionssicherheit. Als außerrechtliche Haftungsgründe führt er ethische Gründe⁶¹³, die Angewiesenheit des Berechtigten auf die Information, die allgemeine Überlegenheit einer Partei und die Stellung im Vertrag an. Als wichtigen Ansatzpunkt nennt er auch den Entgeltgedanken.⁶¹⁴

Angesichts dieser Vielzahl gewichtiger Gründe ist zu fragen, was passiert, wenn der Aufklärungsberechtigte die bestehende Aufklärungspflicht, die oft mehrere Hintergründe in sich vereint, verletzt. Gibt es eine zivilrechtliche Sanktion oder eine „Strafe“? Ohne dass der Begriff in einzelnen Urteilen erwähnt wird, lässt sich der Eindruck nicht vermeiden, dass in einigen ein *Sanktionsgedanke*⁶¹⁵ zumindest mitschwingt.⁶¹⁶ Belege hierfür finden sich zum Beispiel im Fall des vom Kreditinstitut verschwiegenen Mangels. Als Grund für die Haftung wird die Schaffung eines besonderen Gefährdungstatbestands angeführt. Einen solchen habe das Kreditinstitut geschaffen, indem es das „eigene wirtschaftliche Wagnis auf JP (die Darlehensnehmerin, *Anm. d. Verf.*) verlagert und diese bewusst mit einem Risiko belastet hat, das über die mit dem zu finanzierenden Vorhaben normalerweise verbundenen Gefahren hinausging“⁶¹⁷. Weil die Kreditbank die Kreditnehmerin besonders gefährdet habe, müsse sie dafür haften. Sie hat unberechtigt Vorteile – die Risikoabwälzung – gezogen und wird dafür zur Verantwortung gezogen. Diese Sätze

⁶¹³ Im Einzelnen: Das Prinzip des „It’s just not right“, Beeinträchtigung der eigenen Ehre, Unterbindung von Opportunismus, gleicher Zugang zu Informationen und das Rücksichtnahme- und Hilfegebot.

⁶¹⁴ Zu den einzelnen Punkten jeweils *Rehm*, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, aaO.

⁶¹⁵ Vgl. zur Kritik an dem Begriff *R. Möller*, Präventionsprinzip, S. 34. *Möller* verwendet unter Verweis auf *H.-J. Mertens* den Begriff der Vergeltung.

⁶¹⁶ Vgl. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., Einleitung III 2 d: „Erwägungen in Richtung des Sanktionsgedankens fehlen schadensrechtlichen Entscheidungen auch im übrigen nicht ganz“. Noch weitergehend *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, S. 160, der „dem Sanktionsgedanken selbständigen Raum beim Urteil über den Kausalzusammenhang wie bei der Bewertung der Schadenshöhe“ einräumt.

⁶¹⁷ BGH ZIP 1999, S. 574, 577.

drücken eine klare Schuldzuweisung aus. Auch für *Grigoleit* ist Verantwortlichkeit des Informationspflichtigen für das Dilemma der Beweisnot ein Grund der Haftung aus c.i.c. und für die Beweislastumkehr.⁶¹⁸ Allerdings geht auch er nicht auf den Sanktionsgedanken ein.

Dieses im deutschen Schadensrecht zwar nicht völlig fremde⁶¹⁹, aber doch im Gegensatz zum amerikanischen Recht⁶²⁰ wenig ausgeprägte Prinzip bzw. diese Funktion⁶²¹ verursacht Unbehagen und ist erklärungs- und rechtfertigungsbedürftig.

(cc) Sanktions- und Präventionszwecke im Schadensrecht

Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers⁶²² basiert das deutsche Schadensrecht auf dem Gedanken des Ausgleichs.⁶²³ Diese Entscheidung entspricht der bis heute ganz herrschenden Meinung.⁶²⁴ Sie wird als Grundsatzentscheidung, von der nicht abgerückt werden sollte, auch immer wieder betont.⁶²⁵ Durch die Gewährung von Schadensersatz sollen Nachteile, die der Geschädigte infolge des schädigenden Ereignisses erlitten hat,

⁶¹⁸ Vgl. *ders.*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 176.

⁶¹⁹ So aber *Larenz*, Schuldrecht I, § 27 I und *H.-J. Mertens*, Vermögensschaden, S. 96 ff.

⁶²⁰ Vgl. *Mörsdorf-Schulte*, Funktion und Dogmatik, S. 180 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

⁶²¹ Vgl. zur Kritik an den Begriffen „Funktion“ und „Zwecke“ sowie weiteren Begriffen des Schadensrechts zutreffend *R. Möller*, Präventionsprinzip, S. 30 f., der allerdings aufgrund der weiten Verbreitung dieser Begriffe ebenfalls mit ihnen arbeitet. So soll hier auch verfahren werden.

⁶²² Vgl. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., Einleitung S. 12 mit Nachweis in Fn. 46: „Die Verfasser des BGB haben eine Heranziehung *moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte* in das zivile Schadensersatzrecht bewusst abgelehnt.“ Ausführlich zur geschichtlichen Entwicklung des Präventionsprinzips im deutschen Schadensrecht *R. Möller*, Präventionsprinzip, S. 36 ff. insbesondere S. 45 ff.

⁶²³ Deutlich Motive II, S. 18: „Der Grundsatz des gemeinen Rechts, wonach lediglich der Umfang des verursachten Schadens den Umfang des zu leistenden Schadensersatzes bestimmt, ist juristisch allein haltbar und wird dem Schadensersatzberechtigten allein gerecht.“ Allerdings war die alleinige Anwendung des Ausgleichsprinzips nicht unbestritten, vgl. *Mataja*, AfB 1 (1888), S. 1, 37 und *von Liszt*, Deliktsobligationen, S. 1; zitiert nach *R. Möller*, Präventionsprinzip, S. 47.

⁶²⁴ Vgl. *Deutsch*, Haftungsrecht, S. 14; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, § 30 I; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., Einleitung III 1; *Larenz*, Schuldrecht I, § 27 I; *Westermann/Bydlinksi*, Schuldrecht, 6. Aufl., § 13 Rn. 2, S. 237. Auch *Schiemann*, Argumente und Prinzipien, hält an diesem Grundkonzept fest, er hält allerdings den Sanktionsgedanken in einigen wichtigen Fallgruppen für nachträglich legitimiert, S. 227. Vgl. aus der Rechtsprechung nur BGHZ 118, 312, 338. Weitere Nachweise bei *Mörsdorf-Schulte*, Funktion und Dogmatik, S. 1 Fn. 4.

⁶²⁵ Vgl. *H.-J. Mertens*, Vermögensschaden, S. 108.

ausgeglichen werden.⁶²⁶ Die Ausgleichsfunktion wird durch das entgegenlaufende Bereicherungsverbot bzw. die Tendenz zur Gewinnabwehr ergänzt und gesichert, denn der Geschädigte soll auch nicht besser stehen, als er ohne das schädigende Ereignis stünde.⁶²⁷ Viele Autoren erkennen an, dass das Haftungsrecht *neben* oder *innerhalb*⁶²⁸ des Ausgleichszwecks noch andere Zwecke verfolgt. Genannt werden Prävention und Sanktion sowie Rechtsverfolgung und Garantie der Rechtsgüter. Ihnen allerdings komme nur im Rahmen des Ausgleichszwecks Bedeutung zu, keinesfalls sei ihnen eigenständige und tragende Bedeutung zuzumessen.⁶²⁹

Das Präventionsprinzip zielt auf Abschreckung vor der Rechtsverletzung⁶³⁰ und auf Steuerung des menschlichen Verhaltens.⁶³¹ Es stößt somit in zwei Richtungen: In Form der Generalprävention richtet sie sich an die gesamte Rechtsgemeinschaft. Durch Androhung einer bestimmten Rechtsfolge wird vor dem Rechtsbruch abgeschreckt. In Form der Spezialprävention hingegen richtet es sich an den Einzelnen. Er soll vor weiteren gleichartigen Rechtsbrüchen abgeschreckt werden.⁶³² Das Sanktionsprinzip⁶³³ zielt darauf ab, den Täter wegen des Rechtsbruchs zu bestrafen und den Rechtsbruch zu vergelten.⁶³⁴ Im Gegensatz zum Präventionsprinzip stehen grundsätzlich repressive Zwecke im Vordergrund. Dennoch wird insbesondere zwischen Prävention und Sanktion häufig nicht klar

⁶²⁶ Im Rahmen des Ausgleichsprinzips wird häufig noch zwischen Restitutions- und Kompensationsprinzip unterschieden, wobei ersteres sich auf den Schadensersatz in Natur und letzteres sich auf den Schadensersatz in Geld bezieht, vgl. Staudinger-*Schiemann*, 13. Aufl., § 249, Rn. 1. Der Begriff des Kompensationsprinzips wird teils aber auch synonym verwendet, so von *Hohloch*, Gutachten Bd. 1, S. 375, 385 und *Remé*, Aufgaben des Schmerzensgeldes, S. 38.

⁶²⁷ Vgl. zum Ganzen *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., Einleitung S. 9 ff.

⁶²⁸ So wohl *H.-J. Mertens*, Vermögensschaden, S. 109: „Diese Sekundärwirkungen (...) sind grundsätzlich nur im Rahmen des Ausgleichsprinzips zu verwirklichen.“

⁶²⁹ Vgl. *Deutsch*, JZ 1971, S. 244 ff.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., Einleitung III 2 b, S. 11; *Larenz*, Schuldrecht I, § 27 I: „erwünschtes Nebenprodukt“ und *H.-J. Mertens*, Vermögensschaden, S. 109: „rechtlich intendierte Sekundärzwecke“.

⁶³⁰ Vgl. nur anstatt aller Staudinger-*Schiemann*, 13. Aufl., § 249, Rn. 1.

⁶³¹ Vgl. *Schiemann*, Argumente und Prinzipien, S. 196.

⁶³² So *H.-J. Mertens*, Vermögensschaden, S. 94.

⁶³³ Vgl. zu einzelnen Unterschieden in den Begrifflichkeiten von Pönal- oder Straffunktion, Vergeltungs- oder Bußprinzip insgesamt *R. Möller*, Präventionsprinzip, S. 33 f. Hier soll insgesamt aus Gründen der Einheitlichkeit und Einfachheit der Begriff der „Sanktion“ verwendet werden.

⁶³⁴ So *H.-J. Mertens*, Vermögensschaden, S. 95.

getrennt.⁶³⁵ Grund hierfür ist, dass eine Sanktion sowohl relative als auch absolute Strafzwecke in sich vereint⁶³⁶ und so auf den Täter sowohl präventive als auch repressive Wirkung hat.⁶³⁷ Aufgrund dieser Vereinigung sind auch präventive Zwecke in die Überlegungen zum Sanktionsprinzip einzubeziehen.

Das deutsche Schadensrecht erkennt die Funktion des Schadensrechts als Sanktion bzw. als Instrument zur Pönalisierung von Unrecht und – aus Sicht des Geschädigten – als Instrument zur Genugtuung bisher nur in § 253 Abs. 2 BGB an.⁶³⁸ Allerdings steht auch der Ersatz immaterieller Schäden nach herrschender Meinung unter dem Primat des Ausgleichsprinzips.⁶³⁹ Da Entscheidungsfreiheit ein immaterielles Rechtsgut ist [siehe unter (3)] und somit in Fällen, in denen allein dieses Rechtsgut durch die Pflicht zur Aufklärung verletzt wurde, § 253 Abs. 1 und 2 BGB Anwendung finden, sind diese Prinzipien näher zu untersuchen. Anhand ihrer kann belegt werden, dass Sanktion und Prävention maßgeblich die weitgehende Rechtsfolge der Vertragsanpassung begründen und dass diese bei maßvoller Anwendung ihre Berechtigung haben.

(dd) Sanktions- und Präventionsprinzip in der Lehre vom Schutzzweck

Sanktions- und insbesondere Präventionserwägungen spielen bereits bei der Schadensbestimmung in Fallgruppen des normativen Schadens eine große Rolle.⁶⁴⁰ In der Lehre vom Schutzzweck der Norm ist ihre Rolle umstritten. Einige sehen auch hier nicht nur eine Dominanz, sondern die Alleinherrschaft des Ausgleichsprinzips, es würden nämlich nur die zurechenbaren Schäden ausgeglichen⁶⁴¹; andere Schäden, bei denen es am

⁶³⁵ Vgl. *Diederichsen*, FS Klingmüller, S. 81 und *R. Möller*, Präventionsprinzip, S. 33.

⁶³⁶ Vgl. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 8 V, S. 76 mit weiteren Nachweisen insbesondere zur Entwicklung und zu Vertretern der Lehre in Fn. 69 f. und Fn. 73 f.

⁶³⁷ So auch *R. Möller*, Präventionsprinzip, S. 33 f. *Schiemann*, Argumente und Prinzipien, fasst deshalb die „täterbezogenen Gesichtspunkte von Sanktion und Prävention“ im „Haftpflichtprinzip“ zusammen, S. 193.

⁶³⁸ Dieser ersetzt seit der Reform des Schadensrechts (Zweites Gesetz zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften vom 19.7.2002, BGBl. I S. 2674) nunmehr § 847 BGB a. F.

⁶³⁹ Vgl. die Nachweise in Fn. 624. Die Überschneidung von Straf- und Ausgleichsfunktion beim Geldersatz für immaterielle Schäden wurde bereits in den ersten Arbeiten nach Inkrafttreten des BGB aufgedeckt, vgl. *H. Fischer*, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, S. 265.

⁶⁴⁰ Überzeugend *R. Möller*, Präventionsprinzip, S. 61 ff. Er spricht sogar von einer „Durchbrechung des Ausgleichsprinzips“, S. 71.

⁶⁴¹ Vgl. *Hans Stoll*, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, S. 14.

Schutzzweckzusammenhang fehle, würden nicht zugerechnet und somit auch nicht ausgeglichen. Andere sehen die Lehre als Durchbrechung des Ausgleichprinzips⁶⁴², da sie bestimmte, aber adäquat verursachte Schäden vom Ausgleich ausnehme. Diese von *Möller* zu Recht als terminologische Feinheit bezeichnete Frage spielt für die vorliegende Arbeit keine Rolle. Unumstritten haben Präventionserwägungen, die auch in Form der Sanktion einfließen können, in der Lehre vom Schutzzweck der Norm einen festen Platz.⁶⁴³

(ee) Untersuchung einzelner Urteile zur Vertragsanpassung mit diesem Hintergrund

In einigen Urteilen liegt die Annahme, das Gericht habe sich bei der Entscheidung (bewusst oder unbewusst) auf das Präventions- und/oder Sanktionsprinzip gestützt, aufgrund der gewählten Formulierungen nahe. Vorsicht ist insoweit geboten, als die Aufklärungspflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB bereits zu Begründung der Haftung „verschuldet“ sein muss und darin bereits durch den Begriff „Schuld“ ein negatives Urteil gefällt wird. Es soll aber dargelegt werden, dass präventive und repressive Gesichtspunkte auch bei der Bestimmung der Haftungsfolgen, also im Rahmen der Haftungsausfüllung, eine Rolle spielten.

Ein Beispiel hierfür bietet das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 5.7.1973, veröffentlicht in BGHZ 61,118. Der Bundesgerichtshof führt als Begründung für eine Beweislastumkehr an, „der Aufklärungspflichtige hätte nicht viel zu befürchten, wenn er bei Verletzung seiner Hinweispflicht sich darauf zurückziehen dürfte, daß kaum zu beweisen sei, was der andere Teil auf den Hinweis hin getan hätte. Damit würde der mit der Aufklärungspflicht ver-

⁶⁴² Vgl. von *Caemmerer*, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, S. 15 f. Nach seiner Auffassung steht die Normzwecklehre im Rahmen der Haftungsausfüllung „auf der gleichen Ebene (...) wie andere in der Praxis anerkannte Ausnahmen vom Prinzip des Interesseersatzes“.

⁶⁴³ Dies zeigt der von *H. Möller* ausführlich dargestellte Fall BAG NJW 1959, S. 908, in dem das Bundesarbeitsgericht der Gewerkschaft auferlegte, Schadensersatz für Ausfall durch 114 Tage Streik zu leisten, obwohl nur 5 Tage (!) davon unter Verletzung der Friedenspflicht gestreikt wurde. Als Begründung führte das Bundesarbeitsgericht an, andernfalls werde der „Versuchung, sich nicht an die eingegangene Verpflichtung zu halten, (...) Tür und Tor geöffnet, da eine wirkliche und bedeutsame Sanktion fehlen würde“; es müsse in solchen Fällen das „Prinzip der zivilrechtlichen Prävention (Schutzfunktion, Sanktionsfunktion) den Vorrang haben“, S. 908, 909. Vgl. auch die Anmerkung von *Larenz*, NJW 1959, S. 865, der die Begründung ablehnt.

folgte Schutzzweck verfehlt.“⁶⁴⁴ Der Aufklärungsverpflichtete soll einerseits davor abgeschreckt werden, erneut fehlerhaft aufzuklären bzw. gebotene Aufklärung zu unterlassen. Im speziellen Fall hätte die klagende Werbeagentur auf die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit der Koppelung eines Bastelwettbewerbs mit dem Kaufzwang für einen bestimmten Klebstoff hinweisen müssen. Einerseits werden also präventive Zwecke verfolgt. Gleichzeitig wird die Aufklärungsverpflichtete auch für die fehlende Aufklärung bestraft, indem ihr die Berufung darauf, die Gegenseite müsse den hypothetischen Kausalverlauf beweisen, verwehrt wird. Andererseits werden also auch repressive Zwecke verfolgt. In weiteren Urteilen, die einen Schutzzweck der Aufklärungspflicht in der Möglichkeit ihrer Durchsetzung sehen, ist die Argumentationskette ähnlich.⁶⁴⁵ Erklärungen, dass „verbleibende Unklarheiten (...) zu Lasten des aufklärungspflichtigen Unternehmers“⁶⁴⁶ gingen, zeigen, dass der Bundesgerichtshof pönale Elemente in der Begründung des Urteils verankert. Die Rechtsprechung entzieht dem Aufklärungsverpflichteten den Schutz durch Beweisregelungen mit der Begründung, er sei „insoweit nicht schutzwürdig“⁶⁴⁷, mit anderen Worten, er verdiene den Schutz aufgrund seines Verhaltens nicht.

(ff) Rechtfertigung durch Sanktions- und Präventionsprinzip?

Grundsätzlich findet das Präventionsprinzip im Schadensersatzrecht nach absolut herrschender Meinung, die sich auch in den Beschlüssen des 66. Deutschen Juristentags widerspiegelt, keine Verankerung.⁶⁴⁸ Im Großen und Ganzen ist jedoch nach dem Urteil

⁶⁴⁴ BGHZ 61, 118, 122. Er sieht deshalb den Aufklärungspflichtigen in der Pflicht, das Risiko der Unaufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs zu tragen.

⁶⁴⁵ BGHZ 64, 46, 51; BGH NJW 1988, S. 200, 203; BGH NJW-RR 1989, S. 1102, 1103.

⁶⁴⁶ BGHZ 114, 87, 94 mit weiteren Nachweisen. Ähnlich auch BGH NJW-RR 1989, S. 1102, 1103. Siehe auch die Nachweise in Fn. 482.

⁶⁴⁷ BGH WM 1988, S. 1701, 1702 sowie in der Literatur *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 176; hierzu bei und in Fn. 598.

⁶⁴⁸ Vgl. den Beschluss des 66. Deutschen Juristentags in Abteilung A Thema Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, I 1. a) und b), auch veröffentlicht unter <http://www.djt.de/index.php>, zuletzt abgerufen am 17.6.2009. Vgl. jedoch auch das Gutachten von *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, S. A 132, These 2 sowie die Thesen zum Referat von *G. Müller*, These 6 und von *Taupitz*, These I 1 und 2 gegen die Thesen zum Referat von *Maier-Reimer*, These 2, jeweils in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags in Stuttgart, Band I, Gutachten.

des Europäischen Gerichtshofs im Fall *Caroline von Monaco*⁶⁴⁹ die Rechtsprechung zur Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannt.⁶⁵⁰ In diesen Fällen wird zwischen einem immateriellen Schaden und einem gegebenenfalls gerade durch die Vermarktung einer das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzenden „Exklusivstory“⁶⁵¹ entstehenden Vermögensschaden differenziert. Dass in diesen Fällen⁶⁵² bei den Voraussetzungen und der Berechnung des immateriellen Schadens Sanktion und Prävention zu Recht maßgeblichen Anteil haben, ist angesichts der deutlichen Erwähnung des Präventionsprinzips im zweiten Leitsatz des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 15.11.1994, veröffentlicht in BGHZ 128, 1⁶⁵³ unbestritten.⁶⁵⁴

In Fällen der Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. gewährt die Rechtsprechung durch den Verzicht auf den Nachweis der Kausalität Schadensersatz in Fällen, in denen eine Durchsetzung des Anspruchs aufgrund der gesetzlichen Beweislastverteilung nahe-

⁶⁴⁹ EuGH NJW 2004, S. 2647 = EuGH JZ 2004, S. 1015 mit zahlreichen Anmerkungen, unter anderem *Stürner*, JZ 2004, S. 1018 und *Starck*, JZ 2006, S. 76 sowie den zustimmenden Aufsatz von *Tettinger*, JZ 2004, S. 1144. Der EuGH befand, die von den deutschen Gerichten entwickelten Kriterien reichten für einen wirksamen Schutz des Privatlebens der Beschwerdeführerin in diesem Fall nicht aus (Leitsatz 7).

⁶⁵⁰ Insbesondere wird auch über die Frage der Abwägung zwischen Pressefreiheit und Schutz der Intimsphäre sowie die Umsetzung des EGMR-Urteils diskutiert, vgl. hierzu *Langenfeld*, FS Götz, S. 259 und *Rinsche*, FS Damm, S. 156.

⁶⁵¹ Vgl. BGHZ 128, 1: Angebliches Exklusivinterview mit Caroline von Monaco.

⁶⁵² Vgl. die frühere Rechtsprechung zur Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, BGHZ 26, 349 („Herrenreiter“) mit Anmerkung *Larenz*, NJW 1958, S. 827 und BGHZ 35, 363, 369 („Ginsengwurzel“); die weniger bekannten Entscheidungen des OLG Stuttgart in NJW 1982, S. 652 und des LG Düsseldorf in AfP 1978, S. 207 sowie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtsprechung: BVerfGE 34, 269 („Soraya“) sowie aus neuester Zeit BGHZ 128, 1 („Caroline I“) = NJW 1995, S. 861 und BGH NJW 1996, S. 984 („Caroline II“) und BGHZ 160, 298 = BGH NJW 2005, S. 215.

⁶⁵³ Dieser lautet: „Erfolgt der Einbruch in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vorsätzlich mit dem Ziel der Auflagensteigerung und Gewinnerzielung, dann gebietet der Gedanke der Prävention, die Gewinnerzielung als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen.“

⁶⁵⁴ Vgl. *Schiemann*, Argumente und Prinzipien, S. 227: „Nachträgliche Legitimation des (...) Persönlichkeitsrechtsschutzes durch Schadensersatz“ und *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., Einleitung III 2 b, S. 11 f. (mit weiteren Beispielen in und bei Fn. 38-40) und ausführlich unter § 7 V 2, S. 435 ff. und § 7 VI, S. 449 ff. sowie wohl auch *Deutsch*, Haftungsrecht, S. 15, der die „Prävention im Wege der Anwendung der Genugtuungsfunktion“ vertritt, im Ergebnis aber dasselbe meint.

zu aussichtslos wäre. Der Geschädigte gelangt so in den Genuss eines Schadensersatzanspruchs, in den er unter „normalen“ Umständen nicht gelangte.

Rechtstechnisch wurde einmal über teleologische Reduktion und extensive Auslegung und einmal über den Verzicht auf den Kausalitätsnachweis das gewünschte und in vielen Fällen zufriedenstellende Ergebnis erreicht. Jeweils sollte „solchem unlauteren Gewinnstreben“ Einhalt geboten werden, der Schädiger soll mit dem „fühlbaren materiellen Verlust“⁶⁵⁵ belastet werden. In den Fällen der Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts sollten wirtschaftlich starke Medienkonzerne von verletzender Berichterstattung abgehalten bzw. eine solche Berichterstattung pönalisiert werden. In den Fällen der Verletzung einer Aufklärungspflicht sollte der überlegene Vertragspartner zu ordnungsgemäßer und vollständiger Aufklärung angehalten und bei Aufklärungspflichtverletzung mit dem Entzug der Möglichkeit eines Gegenbeweises „bestraft“ werden.⁶⁵⁶

Möglicherweise können zum Ausnahmecharakter dieser Rechtsprechung in Fällen der Verletzung der Privatautonomie und der von ihr umfassten Entscheidungsfreiheit, die grundgesetzlich zumindest von Art 2 Abs. 1 GG⁶⁵⁷ erfasst wird, Parallelen gezogen werden. Die Parallelität findet jedoch schnell ein Ende, wenn man die oft nicht ernst genommenen⁶⁵⁸ strengen Grenzen dieser Rechtsprechung beachtet. Nach der Rechtsprechung muss es sich nach dem einhelligen Grundtenor um eine erhebliche Beeinträchtigung handeln und/oder⁶⁵⁹ ein schweres Verschulden des Schädigers vorliegen.⁶⁶⁰ Zumindest letzteres liegt in den Fällen zur Vertragsanpassung selten vor. Allenfalls im Fall BGH ZIP

⁶⁵⁵ Beide Zitate aus BGHZ 35, 363, 369 („Ginsengwurzel“).

⁶⁵⁶ Ähnlich auch *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., Einleitung S. 12 mit Verweis auf § 3 XIII 2b, S. 164 ff. zu manchen Beweisregeln.

⁶⁵⁷ Vgl. *Sachs-Murswiek*, Grundgesetz, 5. Aufl., Art. 2 Rn. 54, 55a und BVerfGE 12, 341, 347. Andere hielten sogar das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 2, 1 Abs. 1) selbst für einschlägig, vgl. *Jarass/Pieroth-Jarass*, Grundgesetz, 5. Aufl., Art. 2 Rn. 16, 35, 42, anders inzwischen in der 10. Aufl., Art. 2 Rn. 4 f. und 15 f. Siehe zur grundgesetzlichen Verankerung der Privatautonomie ausführlich § 2II.3.d)ff)c)(III)(1).

⁶⁵⁸ Vgl. AG Kaufbeuren, AfP 1988, S. 273 (Zitiert nach *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 7 VI): 500 DM für eine nicht genehmigte Veröffentlichung eines Nacktfotos. Zweifelhaft ist hier, ob angesichts der niedrigen Summe eine schwerwiegende Rechtsverletzung vorliegen kann.

⁶⁵⁹ Ob Kumulativität oder Alternativität der Voraussetzungen zu verlangen ist, ist unklar; grundsätzlich sollte es sich nach der Rechtsprechung wohl um einen „schweren“ Eingriff handeln, so *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 7 VI, S. 450.

⁶⁶⁰ Vgl. BGHZ 35, 363, 369. Weitere Nachweise und ausführlichere Untersuchung bei *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 7 VI, S. 450 f.

1999, S. 574 ist ein schweres Verschulden zu bejahen, da es sich bei der Schädigerin um eine kundige Bank handelte, die den Darlehensnehmer „bewusst mit einem Risiko belastet hat, das über die mit dem zu finanzierenden Vorhaben normalerweise verbundenen Gefahren hinausging“ (S. 577). Auch liegen in den Fällen der Aufklärungspflichtverletzung oft keine erheblichen Beeinträchtigungen vor. Erheblichkeit wird meist bei höchstpersönlichen⁶⁶¹ oder die Intimsphäre betreffenden⁶⁶² Beeinträchtigungen vorliegen. Man wird zumindest bei einer fahrlässigen, und wohl auch noch bei einer grob fahrlässigen, die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit beeinträchtigenden Aufklärungspflichtverletzung nicht von einer vergleichbaren erheblichen Beeinträchtigung sprechen können. Sie setzen keinesfalls das Ansehen der Person in der *Öffentlichkeit*⁶⁶³ herab. Gerade Öffentlichkeitswirkung ist angesichts der Berücksichtigung des Gewinns bei der Vermarktung⁶⁶⁴ aber ein erheblicher Faktor. Zwar kann bei gravierenden Aufklärungsfehlern, die zu einer lebenslangen Verschuldung des Aufklärungsberechtigten führen, auch die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit erheblich beeinträchtigt sein. Solche Fälle sind jedoch selten, möglicherweise ist der Melkmaschinen-Fall ein solcher Fall.⁶⁶⁵ In solch extremen Fällen wird der Aufklärungsberechtigte in der Regel den Vertrag aufheben wollen, um die drohende lebenslange Verschuldung abzuwenden. Er wird kaum am Vertrag grundsätzlich festhalten wollen.

Insgesamt sind die Fälle der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und die der Vertragsanpassung nur schwer miteinander vergleichbar. Die Gründe, aus denen Sanktionsgedanken in die Rechtsprechung zur Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einfließen, liegen in den Fällen der Vertragsanpassung grundsätzlich nicht vor. Eine alleinige Erklärung der Rechtsprechung der Vertragsanpassung durch das Sankti-

⁶⁶¹ Vgl. BGH NJW 1996, S. 984, 985: Suggestion, Caroline von Monaco leide an Brustkrebs.

⁶⁶² Vgl. BGHZ 160, 298 = BGH NJW 2005, S. 215: Veröffentlichungen von heimlich aufgenommenen ersten Babybildern; vgl. AG Kaufbeuren, AfP 1988, S. 273: Veröffentlichung von Nacktfotos. Auch deutlich OLG München NJW-RR 2001, S. 629: Intime Details aus dem Sexualleben.

⁶⁶³ Deutlich im Urteil des OLG München AfP 2001, S. 135, 137 genannt: „Alles geht aber auf Kosten der Ehre des Klägers. Er wird nackt ausgezogen und so *öffentlich* präsentiert, dem Amüsement der Leser von „...“ ausgeliefert, zum *öffentlichen* Spott gemacht.“ (*Herv. v Verf.*).

⁶⁶⁴ Vgl. BGHZ 128, 1, 15 f., bestätigt in BGH NJW 1996, S. 984, 985 und BGHZ 160, 298, 301, 307. Bislang wurde dies nur bei Vorsatztaten berücksichtigt.

⁶⁶⁵ Es lag zumindest bei der Bäuerin F eine Fallkonstellation vor, die sowohl krasse Zweckverfehlung als auch existenzielle wirtschaftliche Not beinhaltete, vgl. BGHSt 16, 316. Siehe bereits oben § 2II.3.d)ff)c)(I)(2).

onsprinzip im Schadensrecht gelingt somit nicht. Allerdings wurden in der aufgezeigten Rechtsprechung pönale Elemente gefunden, die in Ausnahme- und Extremfällen zu einer Rechtfertigung aufgrund zulässiger Sanktions- und Präventionswirkung beitragen.⁶⁶⁶

(c) Zwischenergebnis: Schutzzweck bei Aufklärungspflichtverletzungen, die zur Vertragsanpassung führen

Entgegen der bislang wohl herrschenden Rechtsprechung stellt die Verletzung der Entscheidungsfreiheit ohne zusätzliche, vermögensschädigende Wirkung einen Nichtvermögensschaden dar. Da die c.i.c. im Rahmen von § 241 Abs. 2 BGB („anderes Interesse“) nach der Gesetzesbegründung auch die Entscheidungsfreiheit schützt, sind Versuche, allein den Vertragsschluss als *Vermögensschaden* anzusehen, unnötig. Dieses Ergebnis entspricht großen Teilen der Lehre, die diese Lösung mit Blick auf ausländische Rechtsordnungen seit längerem vertreten.⁶⁶⁷

Der Schutzzweck der verletzten Pflicht und der Schutzzweck von Aufklärungspflichten im Allgemeinen gibt der Rechtsprechung, die eine Vertragsanpassung bei der c.i.c. vertritt, in diesen Fällen Recht. Eine Vertragsanpassung ist grundsätzlich adäquate Folge einer Aufklärungspflichtverletzung, da sich der Aufklärungsberechtigte in einer anders kaum zu lösenden Beweisnot befindet. Diese Beweisnot hat der Aufklärungsverpflichtete, der seine essentielle Pflicht zur Aufklärung über den Vertragsgegenstand verletzt, auch verschuldet. Einer Aufklärungspflicht ist stets die Möglichkeit ihrer Durchsetzung immanent. Für die Vertragsanpassung sprechen auch die in geringem Maß gerechtfertigten Präventions- und Sanktionserwägungen.

Gegenargumente, die sich hauptsächlich auf die These stützen, zur Vermeidung der Vorteilsziehung durch den Verpflichteten sei das Recht zur Vertragsaufhebung ausrei-

⁶⁶⁶ Vgl. auch *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., Einleitung III 2 d, S. 13: „Erwägungen in Richtung des Sanktionsgedankens fehlen schadensrechtlichen Entscheidungen auch im übrigen nicht ganz“. Vgl. nunmehr auch den Beschluss des 66. DJT in Abteilung A Thema Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, I 1. b), in dem der Antrag, dass neben dem Ausgleich entstandener Schäden die Verhaltenssteuerung im Präventionsinteresse Aufgabe des Schadensrechts in Sonderbereichen sein soll, mit 53:32:3 Stimmen angenommen wird. Veröffentlicht auch unter <http://www.djt.de/index.php>, zuletzt abgerufen am 17.6.2009.

⁶⁶⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. 573. Somit kann der Ansatz von *Gebhardt*, Herabsetzung der Gegenleistung, S. 97 ff., 121, nicht verwertet werden, da er offensichtlich davon ausgeht, in den Fällen sei ein Vermögensschaden gegeben, und eine Lösung über § 251 Abs. 1 Alt. 2 BGB vorschlägt. Auch *Canaris*, AcP 200 (2000), S. 273, 315 verfolgt eine Heranziehung von § 251 Abs. 1 BGB.

chend, sind bislang allerdings noch nicht ausgeräumt worden. Diese These erfordert eine genaue Analyse der Eingriffsintensität von Vertragsaufhebung und Vertragsanpassung, die unter (III) geleistet werden soll.

(4) Zwischenergebnis zur Frage der Schadensnatur und der Schadenszurechnung

Bei der Schadenszurechnung ist neben der Adäquanz der Schutzzweck der Aufklärungspflicht im Speziellen und im Allgemeinen zu berücksichtigen. Ihre Berücksichtigung führt zu dem Ergebnis, dass eine Vertragsanpassung auch beim Ersatz von Nichtvermögensschäden – ein solcher liegt bei Verletzung der Entscheidungsfreiheit vor – grundsätzlich zulässig ist.

(III) Eingriff in die Privatautonomie bei der Vertragsanpassung

Teile der Literatur rügen, es liege bei der Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. ein unzulässiger Eingriff in die Privatautonomie vor, da die Gewährung eines solchen Anspruchs für den Schuldner zu einem Kontrahierungszwang führe.⁶⁶⁸ Oft beschränkt sich die Kritik auf die Fälle, in denen es zunächst nicht zu einem wirksamen Vertragsschluss kam.⁶⁶⁹ Sie ist aber nicht darauf zu beschränken, sondern bezieht sich auf die Fallgruppen der Vertragsanpassung und der Vertragsaufhebung als Rechtsfolge der c.i.c. [ausführlich unter (3)].

Zunächst ist die Privatautonomie jedoch verfassungsrechtlich einzuordnen [sogleich (1)], und es ist zu klären, wann grundsätzlich ein Kontrahierungszwang vorliegt, wie er zu rechtfertigen ist [(2)] und in welchen Fallgruppen der c.i.c. ein solcher vorliegt [(3)]. Da Teile der Literatur vertreten, die Vertragsaufhebung sei zur Vermeidung der Vorteilsziehung ausreichend⁶⁷⁰, ist grundsätzlich zu klären, ob durch eine Vertragsaufhebung weniger schwer in die Privatautonomie eingegriffen wird als durch eine Vertragsanpassung [(4)]. Hierbei ist auch zu klären, ob die Vertragsanpassung als Eingriff in die Privatautonomie erforderlich und angemessen ist [(5)].

⁶⁶⁸ Vgl. *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 71.

⁶⁶⁹ Vgl. *Staudinger-Löwisch*, 13. Aufl., Vor §§ 275-283, Rn. 75 und *Erman-Battes*, 10. Aufl., § 276 Rn. 124 (nicht mehr ab der 11. Aufl.).

⁶⁷⁰ Siehe bei und in Fn. 582.

(1) Verfassungsrechtliche Verankerung der Privatautonomie und des Kontrahierungszwangs

Die Privatautonomie wird nach herrschender Meinung vom Schutzbereich des Art 2 Abs. 1 GG erfasst.⁶⁷¹ Dies hat inzwischen das Bundesverfassungsgericht in zahlreichen Entscheidungen bestätigt.⁶⁷² Andere sahen die Privatautonomie als Teil des von Art 2 Abs. 1, Art 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁶⁷³ und zogen für die Rechtfertigung eines Eingriffs einen strengeren Maßstab heran. Zwar garantiert das Grundgesetz im Gegensatz noch zur Weimarer Reichsverfassung in Art 152 die Privatautonomie nicht ausdrücklich, doch daraus lässt sich nicht schließen, sie sei gar nicht oder weniger stark als in der Zeit der Weimarer Reichsverfassung geschützt.⁶⁷⁴

Ein Eingriff in die Privatautonomie liegt in jeder gesetzlichen oder richterlichen Einschränkung der Vertragsfreiheit.⁶⁷⁵ Ein Eingriff könne auch dann vorliegen, „wenn die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen“⁶⁷⁶ nicht gegeben sind, das heißt wenn ein Vertragspartner in einer sozial oder ökonomisch übermächtigen Position ist und den Vertragsinhalt faktisch bestimmen kann. Es liegt dann eine sogenannte „strukturelle Ungleichheit“ vor.⁶⁷⁷

⁶⁷¹ Sachs-*Murswiek*, Grundgesetz, 5. Aufl., Art. 2 Rn. 54, 55a.

⁶⁷² Vgl. nur BVerfGE 12, 341, 347. Die ältere Lehre hatte teilweise andere Grundrechte, zum Beispiel die Eigentumsgarantie aus Art 14 für einschlägig gehalten, vgl. dazu *Laufke*, FS H. Lehmann, S. 145, 156.

⁶⁷³ Vgl. noch Jarass/*Pieroth-Jarass*, Grundgesetz, 5. Aufl., Art. 2 Rn. 16, 35, 42, anders inzwischen in der 10. Aufl., Art. 2 Rn. 4 f. und 15 f. Folglich musste zur Rechtfertigung ein formelles Gesetz (Parlamentsvorbehalt) vorliegen.

⁶⁷⁴ Vgl. *Flume*, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben: FS zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band 1, S. 135, 139 und *ders.*, AT 2, 4. Aufl., § 1 10, S. 19 sowie *St. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 18.

⁶⁷⁵ Diese stellt neben Testierfreiheit, Vereinigungsfreiheit und dem Eigentumsrecht einen Aspekt der Privatautonomie dar, so die allgemeine Meinung, vgl. nur. Sachs-*Murswiek*, Grundgesetz, 5. Aufl., Art. 2 Rn. 54, 55a.

⁶⁷⁶ BVerfGE 103, 89, 100.

⁶⁷⁷ Vgl. BVerfGE 81, 242, 255; 89, 214, 232; 103, 89, 101. Bei Vorliegen einer „strukturellen Ungleichheit“ folgt aus der Gewährleistung der Privatautonomie und dem Sozialstaatsprinzip (Art 20 GG) ein Anspruch des Unterlegenen auf Korrektur des Vertrags. Diese Rechtsprechung wird von der Literatur stark kritisiert: Der Begriff der „strukturellen Ungleichheit“ erleichtere die Einbeziehung ideologischer Wertungen und konterkariere die Wertungen des Gesetzgebers. Außerdem baue die Privatautonomie auf dem Gedanken freier Selbstverantwortung auf; Art. 2 Abs. 1 könne somit seinerseits keine Grenzen der Vertragsfreiheit setzen. Oft wird sogar behauptet, der Staat befinde sich auf dem besten Weg zum

Ungeachtet speziell verfassungsrechtlicher Probleme wie der Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle der Verträge und der Herleitung eines Anspruchs auf Korrektur des Vertrags, die bislang nur bei Unterhaltsverzichts- oder Bürgschaftsverträgen besprochen wurden⁶⁷⁸, sind Vertragsaufhebung und Vertragsanpassung Rechtsfolgen einer Haftung aus c.i.c., die als Einschränkung der Vertragsfreiheit⁶⁷⁹ einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfen. Somit ist die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs im Vergleich zum geschützten Gut mit den bekannten Punkten Eignung, Erforderlichkeit und Proportionalität (= Angemessenheit)⁶⁸⁰ zu prüfen.

(2) Der „allgemeine Kontrahierungszwang“; Kriterien zur Zulässigkeit

Busche unterscheidet zwischen dem „allgemeinen“ und dem „besonderen“ Kontrahierungszwang. Der „allgemeine“ Kontrahierungszwang ergebe sich aus dem BGB, der „besondere“ aus Spezialgesetzen. Nach dieser Zuordnung stellt ein Kontrahierungszwang aufgrund der Haftung aus c. i. c einen allgemeinen Kontrahierungszwang dar.⁶⁸¹ *Busche* stellt für den allgemeinen Kontrahierungszwang, der nur gerechtfertigt sei, wenn eine „qualifizierte Vertragsverweigerung“⁶⁸² vorliege, vier Zulässigkeitsvoraussetzungen auf.⁶⁸³ Es bedürfe erstens der Verfolgung rechtlich geschützter Interessen durch den Vertragsin-

fürsorglich bevormundenden Staat. Vgl. zur Kritik insgesamt *Depenheuer*, ThürVBI 1996, S. 270, 272 f.; *Germelmann*, NZA 1997, S. 236, 237; *Zöllner*, AcP 1996, S. 1, 3, 36.

⁶⁷⁸ Vgl. zum Unterhaltsverzicht BVerfGE 103, 89 und zur Bürgschaft BVerfGE 89, 214.

⁶⁷⁹ Es handelt sich hier nicht um einen klassischen Grundrechtseingriff, sondern um eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen. Die Grundrechte haben im privaten Bereich eine sogenannte „Ausstrahlungswirkung“. Inzwischen setzt eine im Vordringen befindliche Auffassung in diesem Zusammenhang sogar auf die staatliche Schutzpflicht für Grundrechte und entdeckt so diese Grundrechtsfunktion neu. Vgl. ausführlich *Sachs-Sachs*, Grundgesetz, 5. Aufl., Vor Art.1 Rn. 32, 35 ff. sowie Art. 2 Rn. 104 f. und *Dreier-Dreier*, Grundgesetz Band I, 2. Aufl., Art 1 III Rn. 96 ff.

⁶⁸⁰ So bei *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 775 ff.; *Sachs-Sachs*, Grundgesetz, 5. Aufl., Art 20 Rn. 145 ff. Andere Einteilung bei *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., § 33 VI 19, Rn. 57 mit Verweis auf § 30 II 2, Rn. 7 ff., insbes. Rn. 13

⁶⁸¹ Vgl. zur (vorläufigen) Unterteilung *Busche*, Kontrahierungszwang und Privatautonomie, S. 119. Vgl. zur Einordnung der c.i.c. S. 145.

⁶⁸² *Busche*, Kontrahierungszwang und Privatautonomie, S. 127.

⁶⁸³ Vgl. *Busche*, Kontrahierungszwang und Privatautonomie, S. 127-141. Die einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen resultieren aus dem Verständnis des allgemeinen Kontrahierungszwangs als Mittel zur Sicherung der Vertragsfreiheit und folglich als Mittel zur Durchsetzung des Selbstbestimmungsprinzips (hierzu S. 102-108), siehe S. 126, 131.

teressenten, zweitens müsse Abhängigkeit des Interessenten von dem Anbieter vorliegen, drittens eine generelle Vertragsgeneigntheit dieses Anbieters gegeben sein und viertens dieser Anbieter auch leistungsfähig sein.

Hiergegen argumentiert *Nickel*, ein Kontrahierungszwang – und gerade der aus der Haftung aus c.i.c. resultierende – könne wie die Einschränkung der Vertragsfreiheit nach §§ 138, 242 BGB der „ausgleichenden Gerechtigkeit“ nach Aristoteles⁶⁸⁴ dienen, bei der es ohne Rücksicht auf die beteiligten Personen allein auf den Schadensausgleich ankomme. Deshalb müsse sich der Abschlusszwang am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, das heiße folglich Abwägung der Vertragsfreiheit gegen „ausgleichende Gerechtigkeit“, messen lassen. In verfassungsrechtlichen Kategorien sei also zu fragen, ob der Kontrahierungszwang geeignet, erforderlich und angemessen⁶⁸⁵ sei.

Die Haftung aus c.i.c. ist nicht nur Mittel zur Durchsetzung des Selbstbestimmungsprinzips, sondern dient einer übergeordneten „ausgleichenden Gerechtigkeit“ bzw. einer *allgemeinen Redlichkeitserwartung*. Die Haftung aus c.i.c. ist in einen größeren Zusammenhang einzuordnen. Sie dient nicht nur dem Schutz von Individualinteressen, sondern auch sich wechselseitig verstärkend dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Geschäftsverkehrs [ausführlich oben c)cc)d) und c)dd)].

Die Zulässigkeit des „allgemeinen“ Kontrahierungszwangs als Folge der Haftung aus c.i.c. ist also nach den verfassungsrechtlichen Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und der Angemessenheit zu beurteilen. Zur deutlicheren Abgrenzung wird im nächsten Abschnitt aufgezeigt werden, worin der Kontrahierungszwang bei den einzelnen Fallgruppen liegt [sogleich (3)]. Dadurch wird eine Unterscheidung und Abwägung erst ermöglicht.

(3) Fallgruppen der culpa in contrahendo, bei denen in die Privatautonomie eingegriffen wird

Ein Eingriff in die Privatautonomie liegt unbestritten vor in Fällen des Abschlusses eines vermeintlich wirksamen Vertrags bzw. Fällen, in denen noch kein Vertragsschluss vorliegt, aber entweder der rechtzeitige Zugang der Vertragsannahme vom Empfänger pflichtwidrig verhindert wurde oder die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abgebrochen wurden. Bejaht man hier einen Schadensersatzanspruch, der sich auf die Abgabe einer Willenserklärung zum Vertragsschluss richtet, so stellt sich dieses An-

⁶⁸⁴ Vgl. *Nickel*, Rechtsfolgen, S. 73 f. mit Nachweisen zu Aristoteles in Fn. 31 ff.

⁶⁸⁵ Vgl. *Sachs-Sachs*, Grundgesetz, 5. Aufl., Art 20 Rn. 145 ff., 149. Siehe bereits oben unter (1).

spruch für den Schädiger als Kontrahierungszwang dar.⁶⁸⁶ Diese Fälle sollen im Folgenden Fälle des „erzwungenen Vertragsschlusses“ genannt werden.

Grundsätzlich erfolgt eine Änderung eines Vertrags nur durch privatautonomen Vertrag, § 311 Abs. 1 BGB. Bei einer Haftung aus c.i.c. mit der Haftungsfolge der Vertragsanpassung wird eine Willenserklärung des Schädigers, die auf eine inhaltliche Änderung des ursprünglichen Vertrags gerichtet ist, fingiert. Der Schädiger wird so zum Kontrahieren gezwungen. Folglich liegt ein Eingriff in seine Privatautonomie vor. Auch die richterliche Vertragsanpassung zu Bedingungen, mit denen der Schädiger nicht einverstanden ist, stellt somit für den Schädiger einen Kontrahierungszwang dar.⁶⁸⁷

Ebenso ist von einem Kontrahierungszwang bei der Fallgestaltung auszugehen, bei der ein wirksamer Vertragsschluss vorliegt und der Vertrag als Folge der c.i.c. aufgehoben wird. Auch hier wird auf den Nachweis, dass ohne die Pflichtverletzung *kein* Vertrag mit dem Schädiger zustande gekommen wäre, verzichtet.⁶⁸⁸ Da auch die Aufhebung des Vertrags durch Vertrag nach § 311 Abs. 1 BGB erfolgt, kann der Geschädigte hier parallel zum Verlangen der Abgabe einer Willenserklärung, die sich auf Vertragsänderung richtet, die Abgabe einer Willenserklärung verlangen, die sich auf Aufhebung des Vertrags richtet.⁶⁸⁹ Dadurch wird unmittelbar der Zwang zum Abschluss des Aufhebungsvertrags und folglich zum Kontrahieren ausgeübt. Man könnte dafür – je nach Blickwinkel – den Begriff

⁶⁸⁶ Vgl. zur Kritik wegen eines Kontrahierungszwangs Staudinger-Löwisch, 13. Aufl., Vor §§ 275-283, Rn. 75 sowie ders., Neubearbeitung 2001, Vor §§ 275-283, Rn. 84 und noch in der 10. Aufl. Erman-Battes, 10. Aufl., § 276 Rn. 124 unter Berufung auf Hans Stoll, FS v. Caemmerer, S. 435, 445 f. Ausführlich auch Nickel, Rechtsfolgen, S. 71 ff. mit näheren Erläuterungen zu Arten und Funktionen eines Kontrahierungszwangs.

⁶⁸⁷ In diese Richtung zur Vertragsanpassung als Rechtsfolge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage Nauen, Leistungerschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, S. 126: „Vergleichbar einem Kontrahierungszwang“.

⁶⁸⁸ Vgl. die erste Entscheidung des Bundesgerichtshofs hierzu: BGH NJW 1962, S. 1196, 1198 bei Fleischer, AcP 200 (2000), S. 91, 94. Vgl. davor die Entscheidungen des Reichsgerichts RGZ 79, 194, 197; 84, 131, 133, auf die BGH NJW 1962, S. 1196, 1198 verweist. RGZ 84, 131 bezieht sich aber auf die Konkurrenz zwischen einer Vertragsaufhebung aus §§ 826, 249 BGB und der rechtsvernichtenden Anfechtung nach § 123. In diesem Fall war die Jahresfrist des § 124 BGB abgelaufen, wohingegen die Verjährungsfrist für §§ 826, 249 (30 Jahre) noch lief. Im Ergebnis wurden jedoch dieselben Argumente angebracht. Vgl. des Weiteren noch BGH NJW 1979, S. 1983 mit zahlreichen Nachweisen für die Zwischenzeit auf S. 1983 (rechte Spalte).

⁶⁸⁹ Vgl. hierzu Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 8 IV 2 d, S. 204 mit weiteren Nachweisen. Der Aufhebungsvertrag wandelt den aufzuhebenden Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis um, soweit Leistungen bewirkt worden sind, vgl. Gernhuber, Erfüllung, § 17, 4, S. 399.

des „umgekehrten“ oder „negativen“ Kontrahierungszwangs benutzen, da der Schädiger gezwungen wird, den unter Ausübung seiner Privatautonomie geschlossenen Vertrag aufzulösen und zwangsweise von der Ausübung der Privatautonomie Abstand zu nehmen.

Folglich können auch hier Argumente gegen eine Vertragsaufhebung als Rechtsfolge der c.i.c. zum Tragen kommen, sofern sie sich letztlich auf den unzulässigen Zwang zum Kontrahieren beziehen. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass die Rechtsprechung in Abgrenzung zur Aufhebung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB das in der Literatur oft anerkannte⁶⁹⁰, in Einzelheiten aber umstrittene⁶⁹¹ Kriterium des Vermögensschadens in vielen Variationen häufig als Abgrenzungskriterium gebraucht. Die Rechtsprechung begegnet dem Vorwurf, es liege ein unzulässiger Eingriff in

⁶⁹⁰ Vgl. *Lieb*, FS Medicus 1999, S. 337, 352; *Paefgen*, Haftung für mangelhafte Aufklärung aus culpa in contrahendo, S. 19 ff., 24 und *Tiedtke*, DNotZ 1998, S. 355, 356 f. die allerdings die Begründung des Bundesgerichtshofs kritisieren. Zustimmung insgesamt hingegen bei *Imping*, MDR 1998, S. 27.

Hiergegen ohne Erfordernis des Vermögensschadens, aber mit anderen Anforderungen: MünchKomm-Kramer, 5. Aufl. 2006, § 123 Rn. 35: nur in den Grenzen der §§ 121 (für fahrlässige Irreführung), 124 BGB (für vorsätzliche Irreführung); *Staudinger-Schiemann*, 13. Aufl., § 249 BGB Rn. 195: analoge Anwendung des § 124 BGB; *Canaris*, AcP 200 [2000], S. 273, 306 ff.; *Fleischer*, AcP 200 (2000), S. 91, 119, 120; *Medicus*, Gutachten I, S. 479, 542.

Kritisch zur Vertragsaufhebung aus c. i. c. insgesamt: *Canaris*, AcP 200 (2000), S. 273, 304 ff.; *Emmerich*, Jura 1987, S. 561, 563; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, § 29 II 5 a; *Gottwald*, JuS 1982, S. 877, 881; *Horn*, JuS 1995, S. 377, 380; *Lieb*, FS Medicus 1999, S. 337, 352; *Medicus*, JuS 1965, S. 209, 212 f.; weitere Nachweise bei *Fleischer*, AcP 200 (2000), S. 91, 95 in Fn. 13.

Die Vertragsaufhebung aus c.i.c. lehnen ab: *Canaris*, ZGR 1982, S. 395, 416 ff. (Änderung der Ansicht, vgl. *ders.*, AcP 200 [2000], S. 273, 306 ff. Grund hierfür: Die Regeln über die c.i.c. schützten „die Erwartung eines ‚voraussetzungsgemäßen‘ Vertrags.“, S. 314.); *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 137-140 mit dem Ansatz, § 123 BGB für eine Anfechtung bei fahrlässiger Täuschung fruchtbar zu machen und *ders.*, NJW 1999, S. 900, 903 sowie *Liebs*, AcP 174 (1974), S. 26, 54, der im Gegenzug aber dazu rät, Mut bei der Bejahung eines arglistigen Verhaltens zu zeigen.

⁶⁹¹ Vgl. auch *Willemsen*, AcP 182 (1982), S. 515, 552 f., MünchKomm-Emmerich, 3. Aufl. 1994, Vor § 275, Rn. 195; unklar nunmehr *ders.*, 4. Aufl., vor § 275, Rn. 183. und *ders.*, 5. Aufl. 2007, § 311 Rn. 272. Auch *Tiedtke*, DNotZ 1998, S. 355, 357 stimmt im Einklang mit BGH NJW 1998, S. 302, 304 der Heranziehung subjektiver Elemente zur Feststellung eines Vermögensschadens zu. Vor diesem Urteil vertreten eine Subjektivierung: *Rolf Schumacher*, Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung unerfahrener Vertragspartner, S. 117 f.; *Lehmann*, Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 275-284; *Tutmann*, Minderung des Kaufpreises aufgrund von culpa in contrahendo S. 27 f. und *Sonnabend*, Die Typen der Culpa in Contrahendo, S. 129 f.

die Privatautonomie vor, mit dem Argument, es liege schließlich ein Vermögensschaden vor. Die Rechtsprechung verschleiert so den Vorwurf, ohne ihn letztlich ausräumen zu können.

Sowohl beim erzwungenen Vertragsschluss, bei der Vertragsanpassung als auch bei der Vertragsaufhebung als Rechtsfolgen der c.i.c. wird in die Privatautonomie eingegriffen.

(4) Eingriffsintensität in die Privatautonomie bei den einzelnen Fallgruppen

Nachdem nunmehr belegt ist, dass sowohl bei einem erzwungenen Vertragsschluss, bei der Vertragsaufhebung als auch bei der Vertragsanpassung mittels eines Kontrahierungszwangs in die Privatautonomie eingegriffen wird, soll versucht werden, die Eingriffe nach ihrer jeweiligen Schwere abzustufen.⁶⁹²

Man könnte vertreten, ein „positiver“ Zwang zum Vertragsschluss stelle den tiefsten Eingriff in die Privatautonomie des Vertragsabschlussunwilligen dar, da er einen nicht Abschlusswilligen zum Abschluss eines Vertrages bringe. Durch diesen Eingriff entsteht anstatt des „Nichts“ ein Rechtsgeschäft und letztlich genau das Gegenteil von dem, was ein Vertragspartner will. Auch könnte vertreten werden, dass zumindest die Vertragsaufhebung einen ebenso schweren Eingriff darstellt, schließlich entsteht wiederum genau das Gegenteil von dem, was ein Vertragspartner will: Aus dem Rechtsgeschäft wird, indem es in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt wird, wieder ein „Nichts“. Auch der Eingriff in den Inhalt des Rechtsgeschäfts kann allerdings so stark in die Vorstellungen mindestens eines Vertragspartners eingreifen, dass diesem eine Aufhebung des Vertrags lieber ist, zum Beispiel, wenn die Vertragsanpassung sich ausschließlich an den Wünschen des anderen Vertragspartners orientiert, also gerade in den Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung. Hat der eine Vertragspartner dennoch einen finanziellen oder auch nur immateriellen Vorteil, ist auch denkbar, dass er den Vertrag grundsätzlich aufrechterhalten will. Dies kann der Fall sein, wenn er auf kurze Sicht bei einem synallagmatischen Vertrag eine immer noch angemessene Gegenleistung erhält bzw. ihm eine solche verbleibt, oder wenn ihm auf lange Sicht bei einem Dauerschuldverhältnis der Vertragspartner erhalten bleibt.

⁶⁹² Ähnlich für die Vertragsanpassung als Rechtsfolge des Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, nicht aber für die Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. *Nauen*, Leistungserschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, S. 121 ff., insbesondere S. 123.

Letztlich kann somit angesichts der Vielzahl verschiedener Umstände, auf denen eine positive Einschätzung der Wirtschaftlichkeit eines Vertrags beruhen kann, eine *generelle* Aussage darüber, ob eine Vertragsanpassung, der erzwungene Vertragsabschluss oder die Vertragsaufhebung den tiefsten Eingriff in die Privatautonomie darstellt, nicht getroffen werden.

Fraglich ist, ob die Eingriffsintensität an möglichen Vorgaben des Gesetzes gemessen bzw. bewertet werden kann. Es bieten sich das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage mit den Regelungen in den Absätzen 1 und 3 des § 313 BGB [sogleich (a)] sowie das Verhältnis von § 275 Abs. 2 bzw. Abs. 3 BGB zu § 313 BGB als Verhältnis zwischen einem Leistungsverweigerungsrecht für den Primärvertrag und einer Vertragsanpassung [(b)] an. Auch das Verhältnis von § 281 Abs. 1 Satz 1, der in seiner Rechtsfolge, wie gezeigt werden wird, einer Vertragsanpassung ähnelt, und § 281 Abs. 1 Satz 3 könnten einer Lösung zuträglich sein [(c)]. Zuletzt soll versucht werden, das Problem durch eine normative Bewertung zu lösen [(d)].

(a) Bewertung anhand des Instituts der Störung der Geschäftsgrundlage

Nach § 313 Abs. 1 bzw. Abs. 3 BGB muss bei Störung der Geschäftsgrundlage zunächst eine Vertragsanpassung versucht werden. Ist diese „nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar“, wird dem benachteiligten Partner ein Rücktrittsrecht eingeräumt. Das Rücktrittsrecht entspricht wirtschaftlich einer Vertragsaufhebung, die rechtstechnisch über die Vorschriften des Rücktritts, §§ 346 ff. BGB, durchgeführt wird.⁶⁹³ Der Gesetzgeber ist aufgrund der Bindung an die Grundrechte durch Art. 1 Abs. 3 GG gezwungen, zuerst den Eingriff festzulegen, der am wenigsten in die Privatautonomie eingreift. Somit scheint in § 313 BGB der Gesetzgeber die Vertragsanpassung (Absatz 1) als milderen Eingriff anzusehen als eine Aufhebung (Absatz 3).⁶⁹⁴

⁶⁹³ Einige vertraten vor der Kodifikation, die Auflösung sei als „Anpassung auf Null“ zu sehen, vgl. *Fikentscher*, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, S. 107; ähnlich *Haarmann*, Wegfall der Geschäftsgrundlage, S. 83. Diese Sichtweise überzeugt nicht, da sie die grundsätzlichen Unterschiede beider Rechtsfolgen missachtet: Die Rechtsfolge Vertragsanpassung führt zum Fortbestand des Vertrags; die Auflösung führt zu einem Nichts und überlässt es den Parteien, ob sie neu verhandeln oder nicht, so auch *Nauen*, Leistungserschwerung und Zweckvereitelung in Schuldverhältnissen, S. 125.

⁶⁹⁴ So auch *Nauen*, Leistungserschwerung und Zweckvereitelung in Schuldverhältnissen, S. 121. Der Vorrang von Vertragsanpassung im Vergleich zur Auflösung war gerade in der Rechtsprechung herrschend, vgl. BGHZ 135, 333, 339 mit zahlreichen Nachweisen.

Allerdings ist zu beachten, dass die Rechtsfolge der Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB eine andere ist als die Rechtsfolge der möglichen Vertragsanpassung nach den §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Bei der Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB werden die Interessen beider Parteien berücksichtigt [Näheres unter gg)]. Im Gegensatz dazu werden bei der Vertragsanpassung als Folge einer Haftung aus c.i.c. durch Verzicht auf den Nachweis der Kausalität des Vertragsschlusses in der Regel nur die Interessen des Geschädigten berücksichtigt. Ob durch die Vertragsanpassung auch dem Schädiger gedient ist, weil er sich den Geschädigten als Kunden erhalten oder er aus anderen Gründen besonders kulant sein möchte, bleibt unberücksichtigt.

Die Intentionen des Gesetzgebers zur Reihenfolge der Rechtsfolgenanordnung bei Störung der Geschäftsgrundlage können somit mangels Vergleichbarkeit nicht herangezogen werden.

(b) Bewertung anhand des Verhältnisses von § 275 Abs. 2 bzw. Abs. 3 zu § 313 BGB

Fraglich ist, ob sich aus dem Verhältnis von § 275 Abs. 2 bzw. Abs. 3 zu § 313 BGB ein Vorrang der Vertragsanpassung oder der Vertragsaufhebung ergibt. Liegen die Voraussetzungen des § 275 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB vor, so kann der Schuldner, wenn er sich darauf beruft⁶⁹⁵, die Primärleistung verweigern und sich einer Haftung nach §§ 275 Abs. 4, 280, 283 bis 285, 311a und 326 BGB aussetzen. Die Möglichkeit, die Primärleistung zu verweigern und sich den beschriebenen Haftungen zu unterwerfen, stellt jedoch keine Vertragsaufhebung dar, so dass ein Vergleich zunächst nicht möglich scheint.

Eine Vergleichbarkeit von Vertragsaufhebung als Rechtsfolge der c.i.c. und § 275 BGB als Rechtsfolge bei Unmöglichkeit könnte sich dennoch ergeben, wenn auf beide dieselben Vorschriften Anwendung finden. Der Aufhebungsvertrag wandelt den aufzuhebenden Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis um, soweit Leistungen bewirkt worden sind⁶⁹⁶, so dass die §§ 346 ff. BGB anwendbar sind. § 346 Abs. 4 BGB verweist auf die §§ 280-283 BGB und nach allgemeiner Meinung nur wegen eines Versehens des Gesetzgebers nicht auf § 285 BGB. Liegt Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 bis Abs. 3 BGB vor, so fin-

⁶⁹⁵ § 275 Abs. 2 und Abs. 3 BGB sind nicht als Einwendungen, sondern nach einhelliger Meinung als Einreden ausgestaltet, vgl. nur HK BGB-Schulze, 5. Aufl., § 275 Rn. 18 und Rn. 23.

⁶⁹⁶ Siehe oben Fn. 689.

den nach § 275 Abs. 4 BGB ebenfalls die §§ 280, 283 bis 285 BGB Anwendung. Somit kommen oberflächlich betrachtet jeweils dieselben Regelungen zur Anwendung.

Allerdings ergibt sich die Anwendung der §§ 280-283 BGB im Rückgewährschuldverhältnis nach § 346 Abs. 4 BGB schon bei „Verletzung einer Pflicht aus Absatz 1“. Bei Unmöglichkeit ergibt sich die Anwendung der §§ 280-283 BGB hingegen erst bei einer Pflichtverletzung, die zur Haftung aus c.i.c. führt, und einer Pflichtverletzung im Rückgewährschuldverhältnis und damit erst bei insgesamt zwei Pflichtverletzungen. Der Vergleich hinkt, da sich für eine Vergleichsseite die Anwendung der in Rede stehenden Normen schon bei *einer* Pflichtverletzung, für die andere Vergleichsseite erst bei insgesamt *zwei* Pflichtverletzungen ergibt. Mangels Übertragbarkeit der vom Gesetzgeber gewünschten Präferenz des § 275 BGB gegenüber § 313 BGB⁶⁹⁷ bringt die nähere Betrachtung des Verhältnisses von § 275 BGB zu § 313 BGB kein taugliches Bewertungskriterium für ein Verhältnis der Vertragsaufhebung zur Vertragsanpassung als Rechtsfolgen der c.i.c. hervor.

Unklar ist auch, ob sich trotz des vorgegebenen Verhältnisses bei einer Übertragbarkeit ein Bewertungskriterium ergäbe. Als Grund für den Vorrang des § 275 BGB führt der Gesetzgeber an, dass § 275 BGB die Grenzen der Leistungspflicht regle und sich die Frage einer Anpassung des Vertrags nach § 313 BGB nur stelle, wenn der Schuldner nicht schon nach § 275 BGB von der Leistung frei geworden sei. Diese Aussage und ihre Begründung treffen jedoch logisch nur auf das Verhältnis von § 275 Abs. 1 BGB und § 313 BGB zu, denn nur wenn „echte“, bzw. „wirkliche“ Unmöglichkeit vorliegt, also die Leistung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht dauerhaft nicht erbracht werden kann, ist die Grenze einer Leistungspflicht buchstäblich erreicht und eine Vertragsanpassung ist sinnlos. Bei faktischer Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 2 BGB) und persönlicher Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 3 BGB) ist die Bewertung, ob faktische Unmöglichkeit bzw. persönliche Unzumutbarkeit vorliegen, jeweils eine Gratwanderung. Ob ein Sachverhalt schon unter faktische Unmöglichkeit oder nur unter wirtschaftliche Unmöglichkeit, die von § 313 BGB geregelt werden soll⁶⁹⁸, subsumiert werden kann, ist eine Frage, die viel Argumentations-

⁶⁹⁷ Der Gesetzgeber formuliert klar: „In seinem Anwendungsbereich geht § 275 RE dem § 313 RE grundsätzlich vor.“, BT-Drs. 14/6040 S. 176 rechte Spalte oben. Der Regierungsentwurf (RE) ist nahezu unverändert in die heutige Fassung des BGB übergegangen. Dieser Vorgabe folgen unter anderem MünchKomm-Roth, 5. Aufl. 2007, § 313 Rn. 140 und Canaris, JZ 2001, S. 499, 501 f.

⁶⁹⁸ Vgl. nur HK BGB-Schulze, 5. Aufl., § 275 Rn. 2, 20.

spielraum lässt.⁶⁹⁹ Und selbst bei Vorliegen von faktischer Unmöglichkeit ist wenig geklärt. Ob § 313 BGB Anwendung findet, wenn – um ein altes Schulbeispiel zu zitieren – der Ring auf dem Meeresgrund⁷⁰⁰ liegt, der Schuldner diesen aber unter Aufwendung erheblicher Kosten bergen lassen möchte, um seine Schuld zu erfüllen und er sich nicht auf das Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 Abs. 2 BGB beruft, ist überaus fraglich. Ungeklärt ist, ob er in diesem Fall die Grenze seiner Leistungspflicht trotzdem erreicht hat und ob ihm ein Anpassungsbegehren aus § 313 BGB demzufolge abgeschnitten ist oder ob dieser Weg gerade eröffnet ist, weil er sich nicht auf § 275 Abs. 2 BGB beruft.

Aufgrund dieser Unklarheiten ist der vom Gesetzgeber in den Materialien ausdrücklich angelegte Vorrang des § 275 BGB in der Literatur heftig umstritten. Einige fordern deshalb ein Wahlrecht des Schuldners.⁷⁰¹ Andere fordern eine Berücksichtigung der Rechtsfolgen des § 275 Abs. 2 BGB und des § 313 BGB für die Abgrenzung; wenn die Anwendung des § 313 BGB sinnvoll sei, müsse zuerst § 313 BGB in Erwägung gezogen werden.⁷⁰² Da dieses Verhältnis unklar und umstritten ist und beide Seiten gute Argumente für ihre Positionen vorbringen können, ergibt sich auch aus dem vom Gesetzgeber angelegten Vorrang kein klares Bewertungskriterium.

Im Ergebnis scheitert eine Bewertung des Verhältnisses von Vertragsaufhebung und Vertragsanpassung anhand des Verhältnisses von § 275 BGB zu § 313 BGB an der fehlenden Übertragbarkeit und daran, dass die vom Gesetzgeber präferierte, aber nicht gesetzlich niedergelegte (Prüfungs-) Reihenfolge umstritten ist.

(c) Bewertung anhand § 281 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 BGB

Möglicherweise können aus dem Verhältnis von § 281 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 BGB Erkenntnisse für das Verhältnis von Vertragsanpassung und Vertragsaufhebung gewonnen werden. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB betrifft den Schadensersatz statt der Leistung;

⁶⁹⁹ Vgl. zum Beispiel *Emmerich*, Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., § 3 III 3 b), S. 35, der die „Extremfälle“ der faktischen Unmöglichkeit und den regelmäßigen Fall der übermäßigen Leistungerschwerung § 313 BGB zuschreiben will, aber zugibt, dass diese Auslegung im Wortlaut des Gesetzes keinen Ausdruck gefunden hat und deshalb auch nicht zwingend ist.

⁷⁰⁰ Beispiel nach *Emmerich*, Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., § 2 III 5, S. 24; und *ders.*, Leistungsstörungen, 6. Aufl., § 3 III 3, S. 37. Siehe auch bei und in Fn. 273.

⁷⁰¹ Vgl. *Emmerich*, Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., § 3 III 3, S. 38 ff. und *Schwarze*, Jura 2002, S. 73, 78, der sogar ausdrücklich in Fn. 60 auf die anders lautende Regierungsbegründung verweist.

⁷⁰² *Medicus* in Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, Kap. 3 Rn. 52, S. 92 f.

Satz 3 den Schadensersatz statt der ganzen Leistung. Letzteres kann der Gläubiger nur verlangen, wenn die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt wurde und die Pflichtverletzung erheblich ist und folglich erschwerte Voraussetzungen vorliegen. Der Gesetzgeber ist aufgrund Art. 1 Abs. 3 GG verpflichtet, zuerst den Eingriff festzulegen, der am wenigsten in die Privatautonomie eingreift. Ähneln die Rechtsfolgen Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz statt der ganzen Leistung den Rechtsfolgen Vertragsanpassung und Vertragsaufhebung, dann gibt das Verhältnis von § 281 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 BGB Aufschluss über das Verhältnis von Vertragsanpassung und Vertragsaufhebung als Rechtsfolgen der c.i.c.

Ein Schaden kann, wenn die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt worden ist, auf zwei Arten berechnet werden.

Einerseits kann der Gläubiger die mangelhafte Sache behalten und verlangen, so gestellt zu werden, als ob gehörig erfüllt worden wäre. Der Anspruch richtet sich auf Ersatz des Wertunterschieds zwischen mangelfreier und mangelhafter Sache.⁷⁰³ Der Wertunterschied kann sich entweder aus der Differenz zwischen tatsächlichem und niedrigerem Preis, zu dem der Vertrag in Kenntnis des Mangels abgeschlossen worden wäre, ergeben,⁷⁰⁴ oder aus den zur gehörigen Herstellung erforderlichen Reparaturkosten⁷⁰⁵. Diese Form des Schadensersatzes wird gemeinhin „kleiner Schadensersatz“ genannt.⁷⁰⁶ Er ähnelt durch die Anknüpfung an den Vertrag, der bei Kenntnis des Mangels geschlossen worden wäre, der Vertragsanpassung, da auch bei dieser an die Vorstellungen des Aufklärungsberechtigten bei gehöriger Aufklärung angeknüpft wird. Die Rechtsprechung vertritt inzwischen, dass der Differenzbetrag, der sich aus dem Vergleich von tatsächlichem und fiktivem Preis ergibt, ein Ersatzanspruch ist, der sich auf das negative Interesse richtet.⁷⁰⁷ Damit läge schon keine Vergleichsmöglichkeit zwischen Vertragsanpassung und dem Ersatz des Differenzbetrags gegeben.

⁷⁰³ Nicht verlangt werden können folglich nach dieser Rechnung die für den Mehrbetrag entstandenen Finanzierungskosten.

⁷⁰⁴ OLG Koblenz NJW-RR 1991, S. 847 (noch zu § 463 Satz 2 BGB a. F.).

⁷⁰⁵ Vgl. BGHZ 108, 156 ; BGH NJW 2008, 436, BGH NJW 1983, S. 1424 und LG Aachen NJW 2005, S. 2236.

⁷⁰⁶ Vgl. nur Palandt-Grüneberg, 68. Aufl., § 281 Rn. 45.

⁷⁰⁷ BGH NJW-RR 2006, 1185 ff., insbesondere Randziffer [34]. Der BGH hat im konkreten Fall einen auf das negative Interesse gerichteten Ersatzanspruch angenommen, weil feststand, dass die Gesellschaft eine Pensionsverpflichtung gegenüber einem früheren Gesellschafter nicht übernommen hätte, wenn sie

Andererseits kann der Gläubiger die angenommene Sache wieder zur Verfügung stellen und Schadensersatz statt der Leistung für die Nichterfüllung des ganzen Vertrags verlangen.⁷⁰⁸ Diese Form des Schadensersatzes wird gemeinhin „großer Schadensersatz“ genannt.⁷⁰⁹ Fraglich ist, ob der „große Schadensersatz“ einer Vertragsaufhebung gleichkommt. Bei der Vertragsaufhebung wird der Vertrag rückabgewickelt und der Aufklärungsberechtigte kann Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung getätigt hat. Er kann nicht Schadensersatz statt der Leistung für die Nichterfüllung des ganzen Vertrags verlangen. Schadensersatz statt der ganzen Leistung kommt einer Vertragsaufhebung somit nicht gleich.

Das Stufenverhältnis von § 281 Abs. 1 Satz 1 zu Satz 3 ist folglich auf das Verhältnis von Vertragsanpassung zu Vertragsaufhebung nicht übertragbar.

(d) Bewertung anhand normativer, allgemeiner Kriterien

Teile der Rechtsprechung und der Literatur gehen allgemein und ohne Vergleich mit schuldrechtlichen Vorschriften davon aus, dass die Vertragsanpassung weniger schwer wiegt als die Vertragsaufhebung.⁷¹⁰ Sie führen dafür das Argument der Vertragstreue an. Ein weniger schwerer Eingriff liege deshalb vor, weil unter dem Gesichtspunkt der Vertragstreue ein Festhalten am Vertrag geboten sei. Andere gehen davon aus, das Recht zur Vertragsaufhebung sei grundsätzlich ausreichend zur Vermeidung der Vorteilsziehung durch den Verpflichteten; es bedürfe nicht des Rechts zur Vertragsanpassung.⁷¹¹ Die

gewusst hätte, dass die gekauften Anteile des Gesellschafters weniger wert waren als angegeben. Die Vorinstanz sah dies als einen Ersatzanspruch an, der sich auf das positive Interesse richtet.

⁷⁰⁸ Der Schuldner kann dann Rückgewähr des Geleisteten nach § 281 Abs. 5, 346 ff. BGB verlangen.

⁷⁰⁹ Der große Schadensersatz kann unabhängig davon, ob der Gläubiger die Gegenleistung schon erbracht hat oder nicht, nach Wahl des Gläubigers nach Differenz- oder Surrogationsmethode berechnet werden, so die ganz herrschende Meinung, vgl. Palandt-Grüneberg, 68. Aufl., § 281 Rn. 20 mit weiteren Nachweisen und Lorenz/Riehm, Schuldrecht, 6. Kap. § 3 V 1, Rn. 211.

⁷¹⁰ Vgl. Lieb, FS Köln, S. 251, 255, 262 f. und Nickel, Rechtsfolgen, S. 226. Speziell auf die Vertragsanpassung als Rechtsfolge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gehen von einem Vorrang der Vertragsanpassung aus: BGHZ 40, 334, 337; 47, 48, 51 f.; BGH NJW 1951, S. 836, 837; 1953, S. 1585, 1586; 1958, S. 785; 1993, S. 259, 262 und viele mehr; MünchKomm-Roth, 4. Aufl. 2001, § 242 Rn. 544, 548, in der 5. Auflage findet sich hierzu nichts mehr. Vgl. auch die Nachweise in Nauen, Leistungerschwerung und Zweckvereitelung, S. 121 ff., insbesondere auch die Nachweise in Fn. 175; Kritik im Rahmen der Stellungnahme ab S. 123 ff.

⁷¹¹ Vgl. Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung S. 202, näheres bei und in Fn. 582.

Rechtsprechung hat hierzu in allgemeiner Form, das heißt nicht speziell bezogen auf die Rechtsfigur der Störung der Geschäftsgrundlage, noch nicht Stellung genommen.

Richtiger Anknüpfungspunkt ist die Vertragstreue. Sie nimmt Bezug zur Bereitschaft zum Vertragsschluss. Zeigt sich jemand grundsätzlich zum Vertragsschluss bereit und mündet diese Bereitschaft dann tatsächlich in den Abschluss eines wirksamen Vertrags, so müssen sich beide Parteien an dieser Entscheidung festhalten lassen und sind der Entscheidung des erneuten „ob“ des Vertragsschlusses enthoben. Eine Vertragsanpassung bietet durch die „unbegrenzte (...) Anzahl verschiedenartiger Anpassungsmodi“ und durch einen „weitestgehend ergebnisoffenen Vorgang“⁷¹², der einer Konkretisierung durch den Richter bedarf, die ideale Möglichkeit zur einzelfallgerechten Verwirklichung der Privatautonomie jedes Vertragspartners. Eine solche Vielzahl an Ausgestaltungsmöglichkeiten lässt sich teils zum Beispiel durch Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung [ausführlich hierzu unter e) und f)bb)] und insbesondere der Schutzzwecklehre auch bei der Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. erreichen. Nach dieser Argumentation wird durch eine Vertragsanpassung im Regelfall weniger intensiv in die Privatautonomie der Vertragspartner eingegriffen als durch eine Vertragsaufhebung.

Dagegen spricht, dass schon die Bereitschaft zum Vertragsschluss häufig Resultat der Aufklärungspflichtverletzung ist. Oft erscheint aufgrund der fehlenden Aufklärung über einen Nachteil das Angebot so verlockend, dass dadurch die Bereitschaft zum Vertragsschluss erst geweckt wird. Die Argumentation ist wohl mit Blick auf das Institut der Störung der Geschäftsgrundlage zutreffend⁷¹³ und nunmehr auch gesetzlich so festgelegt. Da bei § 313 BGB im Gegensatz zur Vertragsanpassung als Folge der c.i.c. grundsätzlich die Interessen beider Parteien berücksichtigt werden [näheres unter gg)a)], ist diese Aussage nicht verallgemeinerungsfähig.

Nauen bezweifelt bereits bei der Störung der Geschäftsgrundlage zu Recht die „Richtigkeit des (...) pauschalen Anwendungsvorrangs der Vertragsanpassung“⁷¹⁴. Ein Vorrang der Vertragsanpassung ist zutreffend, wenn diese sich aus der Auslegung des Vertrags ergibt. Problematisch – und nach Ansicht *Nauens* gar „anders“⁷¹⁵ – verhält es sich, wenn

⁷¹² Beide Zitate aus *Nauen*, Leistungerschwerung und Zweckvereitelung, S. 122 zur Rechtsfigur der Störung der Geschäftsgrundlage.

⁷¹³ Zweifelnd und deswegen differenzierend: *Nauen*, Leistungerschwerung und Zweckvereitelung, S. 123 ff.

⁷¹⁴ *Ders.*, Leistungerschwerung und Zweckvereitelung, S. 123.

⁷¹⁵ *Ders.*, Leistungerschwerung und Zweckvereitelung, S. 125.

die Vertragsanpassung an normativen und vom Parteiwillen unabhängigen Kriterien ausgerichtet wird.⁷¹⁶ Der normativen Vertragsanpassung wohnt im Gegensatz zur Vertragsauflösung stets ein Element der Neugestaltung inne, das den Parteien etwas aufzwingt, was sie so nicht gewollt haben. Ein Vorrang der Vertragsauflösung ergibt sich hieraus allerdings ebenso wenig.⁷¹⁷

Die Frage, ob eine Vertragsanpassung oder eine Vertragsaufhebung den größeren Eingriff darstellt, kann somit aufgrund der Vielfältigkeit der Fallgestaltungen nicht pauschal beantwortet werden, sondern ist im Einzelfall zu untersuchen und zu entscheiden.

(e) Zwischenergebnis

Ein Stufenverhältnis der Eingriffsintensität zwischen Vertragsanpassung und Vertragsaufhebung kann aufgrund der Vielfalt der zu berücksichtigenden Faktoren nicht normativ bestimmt werden. Auch die oben aufgezeigten systematischen Ansätze zum Verhältnis von § 313 Abs. 1 und Abs. 3 BGB, von § 275 Abs. 2 BGB und § 313 BGB oder von § 281 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 BGB führen nicht weiter. Es bleibt nur die Möglichkeit, alle genannten Aspekte verfassungsrechtlich zu würdigen und gegeneinander abzuwägen [sogleich (5)].

(5) Abwägung

Zur Abwägung sind die verfassungsrechtlichen Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit heranzuziehen.

Da die c.i.c. auch das Nichtvermögensinteresse Entscheidungsfreiheit schützt, ist eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen ein geeignetes Mittel zum Schutz

⁷¹⁶ Hierbei ist insbesondere das Selbstbestimmungsrecht der Parteien zu beachten; der Schuldner darf nicht zu Anstrengungen verpflichtet werden, zu denen er sich gerade nicht verpflichtet hat. Ebenso wenig darf dem Gläubiger etwas aufgedrängt werden, wozu er sich nicht oder so nicht verpflichtet hat. Näheres unter § 2II.5.e).

⁷¹⁷ So im Ergebnis auch *Nauen*, Leistungerschwerung und Zweckvereitelung, S. 129 unter zusätzlicher Kritik am rechtsgestaltenden Charakter der Vertragsanpassung, die ohne gesetzliche Grundlage – als eine solche fungiere § 306 KE (der heutige § 313 BGB) mangels präziser Formulierung nicht – nicht zulässig sei. Mit Blick auf die damalige, „insofern vergleichbare Situation der Sachmängelhaftung in Gestalt von Wandelung (Auflösung) und Minderung (Anpassung)“ (S. 125), in der das BGB keinen Anwendungsvorrang eines Instituts kennt, geht *Nauen* zunächst von einer Gleichberechtigung der Rechtsfolgen aus.

der Entscheidungsfreiheit. Die Vertragsanpassung bzw. ein Wahlrecht zwischen Anpassung und Aufhebung ist grundsätzlich geeignet, für den Aufklärungsberechtigten die Entscheidungsfreiheit wiederherzustellen und für die Zukunft eine Aufklärung sicherzustellen. Ein milderer, genauso wirksames Mittel zur ausreichenden Wiederherstellung ist grundsätzlich nicht ersichtlich, da ein Stufenverhältnis zwischen Anpassung und Aufhebung nicht vorliegt und ein Vorrang sich aus dem konkreten Einzelfall ergibt. Eine Vertragsanpassung ist somit grundsätzlich auch erforderlich; im Einzelfall kann es ein milderer Mittel geben.

Fraglich ist, ob die Vertragsanpassung ein angemessenes Mittel zum Ausgleich beider Interessenslagen ist. An sich sind bei der Abwägung beide Seiten zu berücksichtigen. In den Fällen der Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. wird in der Regel nur das Interesse des Aufklärungsberechtigten berücksichtigt, indem der Vertrag nach Ausübung seines Wahlrechts zwischen Anpassung und Aufhebung vor allem nach seinen Wünschen und Vorstellungen angepasst wird. Gründe für diese Einseitigkeit sind das bereits genannte Gebot des Schutzzwecks von Aufklärungspflichten und in maßvoller Intensität Prävention und Sanktion. In extremen Einzelfällen können zur Berücksichtigung der Interessen des Aufklärungsverpflichteten die Folgen der Vertragsanpassung durch Anwendung des § 242 BGB gemildert werden. Solche Einzelfälle sind denkbar, wenn der Verschuldensgrad des Aufklärungsverpflichteten sich im Bereich der leichten Fahrlässigkeit bewegt und/oder er Verbraucher gemäß § 13 BGB ist. Dann erscheint eine Anwendung des § 242 BGB geboten, da insbesondere die Präventionsfunktion mangels ständiger, aktiver Tätigkeit „am Markt“ ins Leere geht. Da bei Mitverschulden des Aufklärungsberechtigten § 254 BGB keine sinnvolle Anwendung finden kann⁷¹⁸, ist möglicherweise die Vorteilsausgleichung [unter e)] der richtige Weg zur Überwindung eventueller Abwägungsschwierigkeiten.

⁷¹⁸ Es ist sinnwidrig, über § 254 BGB den Anspruch des Geschädigten aus c.i.c. auf Anpassung des Vertrags zu mindern: Entweder wird der Vertrag insoweit angepasst, dass ein bestimmtes Risiko versichert ist oder er wird nicht angepasst; eine „halbe“ Anpassung macht speziell bei Versicherungsverträgen keinen Sinn. Fehlerhaft hier *Wernink*, Erfüllungshaftung, S. 81, 88 ff. der die c.i.c. nur „insoweit“ untersuchen will, „als sie auf das gleiche wirtschaftliche Ergebnis wie die Erfüllungshaftung gerichtet ist“ (S. 81), und folglich auch die Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. zum Maßstab nimmt, dann aber § 254 BGB ohne Diskussion für anwendbar hält (S. 88 ff.).

(IV) Ergebnis

Die Entscheidungsfreiheit ist als Nichtvermögensgut von der c.i.c. geschützt. Eine Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. kann sich auf den Schutzzweck von Aufklärungspflichten und Nebenfunktionen des Schadensrechts stützen und ist grundsätzlich auch bei Nichtvorliegen eines (zusätzlichen) objektiven Vermögensschadens eine angemessene Rechtsfolge. Extremfällen kann durch § 242 BGB Rechnung getragen werden. Das Argument *Grigoleits*, eine Vertragsaufhebung sei zur Vermeidung der Vorteilsziehung durch den Verpflichteten ausreichend, ist entkräftet, da nicht belegt werden konnte, dass eine Vertragsaufhebung stets das mildere Mittel ist.

gg) Vertragsanpassung nach § 313 BGB, insbesondere § 313 Abs. 2 BGB

Nachdem die Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. als angemessene Rechtsfolge bei Verletzung von Aufklärungspflichten bejaht wrd, ist als Konkurrenzfrage noch zu erörtern, ob für diese Fälle nicht der Tatbestand der Störung der Geschäftsgrundlage – seit 1. 1. 2002 nunmehr § 313 BGB⁷¹⁹ – eine bessere Lösung bietet als die Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. § 313 BGB ordnet eine Vertragsanpassung als Rechtsfolge ausdrücklich an.

α) Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. und als Rechtsfolge der Störung der Geschäftsgrundlage

Bei einer Vertragsanpassung als Rechtsfolge der c.i.c. besteht Spielraum, indem der Vertrag durch Relationsverschiebung nach unten („Minderung“) und nach oben („Erhöhung“) jeweils sowohl bei der Leistung als auch bei der Gegenleistung angepasst werden kann [oben ff)a)]. Als Rechtsfolge der Störung der Geschäftsgrundlage kommen viele jeweils flexible Modalitäten in Betracht [im Einzelnen unter 5.e)]. Somit bieten beide Rechtsfolgen die Möglichkeit einer Herauf- und Herabsetzung jeweils von Leistung und Gegenleistung. Grenze der richterlichen Vertragsanpassung ist das Selbstbestimmungs-

⁷¹⁹ Entstehungsgeschichte und eine ausführliche Erörterung von Tatbeständen und Rechtsfolgen sollen der Übersichtlichkeit halber nicht innerhalb des Kapitels über die c.i.c. erfolgen. Aufgrund der Bedeutung des § 313 BGB auch in größerem Zusammenhang, nämlich als grundsätzliche Lösungsmöglichkeit für Fälle der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung, ist ein eigenes Kapitel zu § 313 BGB unerlässlich; es sei auf § 2II.5 verwiesen.

recht der Parteien.⁷²⁰ Der Schuldner darf nicht zu Anstrengungen verpflichtet werden, zu denen er sich gerade nicht verpflichtet hat; dem Gläubiger darf nichts aufgedrängt werden, das anzunehmen er sich nicht oder so nicht verpflichtet hat. Gerade bei der Heraussetzung der Leistung, also bildlich gesprochen der Aufstockung des „Leistungspakets“, ist oft problematisch, ob das Selbstbestimmungsrecht der leistenden Partei noch ausreichend berücksichtigt wurde. In diesen Fällen ist die Grenze zur Verletzung des Selbstbestimmungsrechts häufig nahe, da der Schuldner zu etwas verpflichtet wird, was er anfangs gar nicht leisten wollte oder musste.

Im Unterschied zur Vertragsanpassung nach § 313 BGB werden bei der Vertragsanpassung als Folge einer Haftung aus c.i.c. in der Regel nur die Interessen des Geschädigten berücksichtigt, der Verzicht auf den Nachweis der Kausalität dient allein ihm. Unberücksichtigt bleiben im Grundsatz die Umstände des Einzelfalls und auch die vertragliche und gesetzliche Risikoverteilung. Bei den „Umständen des Einzelfalls“ wird jedoch ein etwaiges Verschulden der Aufklärungspflichtverletzung berücksichtigt. Das Verschulden einer Pflichtverletzung wird dem Verpflichteten in der Regel negativ angerechnet, zum Beispiel ausdrücklich schon in § 323 Abs. 2 Satz 1 BGB und § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Var. 1 BGB. So ist meist auch bei Anwendung des § 313 BGB der Vertrag nach den Wünschen des Aufklärungsberechtigten anzupassen, wenn nicht weitere Aspekte hinzukommen.

β) Möglichkeit zur Lösung von Fällen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung über die Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

Die Fälle der vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung könnten nach § 313 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB gelöst werden. Anwendung findet hier § 313 Abs. 2 BGB, da sich nicht Umstände *nach* Vertragsschluss verändert haben, sondern sich – wenn überhaupt – wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, verändert haben. Zur Lösung der Fälle vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzungen ist erstens zu untersuchen, ob sich wesentliche Vorstellungen als falsch herausstellen [sogleich (I)], und zweitens, ob diese Umstände zur Grundlage des Vertrags geworden sind [(II)]. Wie bei den Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung ist dies der schwierigste Punkt [bereits oben I.5.f) und näher unter **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**]. Außerdem dürfen die Parteien die Unrichtigkeit der Vorstellungen nicht vorausgesehen haben und es ist festzustellen, dass die Parteien bei richtiger Voraussicht den

⁷²⁰ Vgl. nur *Flume*, AT 2, 4. Aufl., § 26 7, S. 528.

Vertrag nicht oder anders abgeschlossen hätten. Letztlich muss die Erkenntnis, dass sich wesentliche Vorstellungen als falsch erweisen, so schwerwiegend sein, dass einem Teil das Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(I) Unrichtigkeit von wesentlichen Vorstellungen

In den Unternehmenskaufvertrags-, anderen Kaufvertrags-, Werkvertrags-, Dienstvertrags- und anderen Fällen hat der Aufklärungsberechtigte aufgrund der fehlerhaften Aufklärung des Vertragspartners bestimmte Vorstellungen, zum Beispiel, dass die Bilanz des Unternehmens richtig ist⁷²¹, dass der Kauf ein „Schnäppchens“ ist⁷²², dass die schöne Aussicht (bei einem Wohnungskauf) auch zukünftig bestehen bleibt⁷²³, oder dass es möglich ist, die wie Appartements ausgebauten Hobbyräume zu Wohn- bzw. Vermietungszwecken zu nutzen.⁷²⁴ Grundsätzlich ist insbesondere bei geringen wirtschaftlichen Veränderungen die Wesentlichkeit dieser Vorstellungen zu bezweifeln. In den genannten Fällen haben sich aufgrund teils erheblicher wirtschaftlicher Veränderungen hingegen wesentliche Vorstellungen als falsch herausgestellt.

(II) Subjektive Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 Abs. 1, Abs. 2

Fraglich ist, ob die Vorstellungen der Aufklärungsberechtigten jeweils zur Grundlage des Vertrags geworden sind. Im Gegensatz zu den Fallkonstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung liegt in diesen Fällen selten die Falschauskunft eines „dazwischenstehenden“ Vertreters bzw. Boten vor. Vielmehr liegt eine falsche Auskunft des Aufklärungsverpflichteten selbst vor, die während der Vorverhandlungen oder noch davor (so wohl im „Flugzeug-Fall“) gegeben wurde. Die Falschauskunft war für den Aufklärungsberechtigten teils nur Anreiz und Motivation zum Abschluss des Vertrags, teils bedingte sie ihn. Während in den Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung der Tatbestand der Störung der Geschäftsgrundlage verneint wurde, weil die Vorstellung in der Regel⁷²⁵ Teil des Inhalts des Antrags wurde, kann hier eine abschließende und ein-

⁷²¹ Vgl. den Hauptteil der Fälle zum Unternehmenskauf, Nachweise in Fn. 432 und Fn. 436.

⁷²² Vgl. den Flugzeug-Fall BGH NJW 1981, S. 2050 f. Vgl. auch den Melkmaschinen-Fall BGHSt 16, 321 sowie den Zellwollhosen-Fall BGHSt 16, 220.

⁷²³ Vgl. BGH NJW 1993, S. 1323.

⁷²⁴ Vgl. BGH NJW 1987, S. 2511. Vgl. auch die Ausführungen zu diesen und anderen Fällen unter § 2II.3.d)ff)c)(II)(3)(a).

⁷²⁵ Vgl. die Erläuterungen unter § 2I.5.a)aa).

deutige Beurteilung kaum getroffen werden. Die Aufklärungspflichtverletzungen, die zu einer Haftung aus c.i.c. führen, sind vielfältiger. Teils betrifft die Pflichtverletzung die Aufklärung über die Güte des Vertragsgegenstands, oft glaubt der Aufklärungsberechtigte aber auch, mit dem Kauf ein „Schnäppchen“ zu machen, und in einigen Fällen betrifft die Aufklärungspflichtverletzung auch die Frage der beabsichtigten Verwendung der Kaufsache, zum Beispiel als Mietobjekt, oder sie betrifft steuerliche Erwartungen des Aufklärungsberechtigten.

Es ist fraglich, ob § 313 Abs. 2 BGB zur Korrektur *jeder* Fehlvorstellung herangezogen werden kann und soll. In den Fällen, in denen eine Haftung aus vorvertraglichem Verschulden angenommen wird, liegt zwar eine Fehlvorstellung über wesentliche Umstände vor, allerdings bezieht sie sich oft nicht unmittelbar auf das abzuschließende Geschäft. Die Fragen der steuerlichen Möglichkeiten zur Vorteilsziehung sowie die Fragen der Vermietbarkeit von Räumen beziehen sich zwar mittelbar auf den Vertragsgegenstand; sie betreffen jedoch nicht den Vertragsgegenstand als solchen, sondern vielmehr geplante Verwendungsweisen, mittelfristige Ziele und Absichten wie den Erwerb zu einem „Schnäppchenpreis“. Solche Fehlvorstellungen sind grundsätzlich durch die Haftung aus c.i.c. oder eine Irrtumsanfechtung des Berechtigten nach den §§ 119 ff. BGB zu korrigieren. Die c.i.c. und die Irrtumsanfechtung sind angesichts des Ausnahmecharakters des § 313 BGB die geeignetere Lösungsmöglichkeit, auch wenn die Anwendung der §§ 119 ff. BGB oft nicht das vom Aufklärungsberechtigten gewünschte Ergebnis bringen wird.

In Fällen der vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung, in denen eine Vertragsanpassung aufgrund einer Haftung aus c.i.c. angenommen werden kann, ist nur in Ausnahmefällen § 313 BGB anzuwenden, denn dieser dient nicht der Korrektur jeder Fehlvorstellung.⁷²⁶ In Extremfällen kann eine Überschneidung der Anwendungsbereiche gegeben und folglich eine Konkurrenz möglich sein.⁷²⁷ Dann besteht entweder elektive Konkurrenz oder ein Vorrang der Haftung aus c.i.c., da die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage maßvoll anzuwenden sind.

⁷²⁶ So auch *Huber*, AcP 202 (2002), S. 179, 219, der die Rechtsfigur der Störung der Geschäftsgrundlage nicht als „Rechtsbehelf für den Regelfall, sondern für den Ausnahmefall“ bezeichnet.

⁷²⁷ Das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 313 BGB hängt vom konkreten Einzelfall ab. In der Regel werden die Parteien die Unrichtigkeit der Vorstellungen nicht vorhergesehen haben. Der Nachweis des Nichtabschlusses des Vertrags bei richtiger Voraussicht wird dem Aufklärungsberechtigten leicht fallen, es genügt, wenn er glaubhaft darlegt, er hätte den Vertrag so nicht geschlossen. Schwierigkeiten werden sich oft im Rahmen der Zumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag ergeben.

χ) Zwischenergebnis

Eine Konkurrenz zwischen einer Haftung aus c.i.c. und einem Anspruch aus § 313 Abs. 2 BGB liegt nur in Ausnahmefällen vor, da § 313 BGB nicht jede, wenngleich wesentliche, Fehlvorstellungen korrigieren soll.

hh) Ergebnis zur Vertragsanpassung als Rechtsfolge der culpa in contrahendo

Fälle der Aufklärungspflichtverletzungen können über die neu kodifizierte c.i.c. gelöst werden, selbst wenn ein objektiver Vermögensschaden nicht vorliegt. Sie erfasst im Wege des Ausgleichs von Nichtvermögensschäden diejenigen Fälle, in denen allein die Entscheidungsfreiheit verletzt wurde. Speziell die Anpassung des Vertrags ist in solchen Fällen die angemessene Haftungsfolge. Sie kann sich auf den Schutzzweck von Aufklärungspflichten sowie auf die untergeordnete Sanktions- und Präventionsfunktion des Schadensrechts stützen. Extremfällen kann durch Anwendung von § 242 BGB Rechnung getragen werden. Eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 2 BGB wird nur in seltenen Ausnahmefällen auch zur Anwendung kommen (können), in der Regel werden die Vorstellungen des Aufklärungsberechtigten nicht zur Grundlage des Vertrags.

Mit Blick auf diese Ergebnisse kann nun gefragt werden, ob die Fälle der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung, in denen eine *vorvertragliche* Aufklärungspflichtverletzung vorliegt, auch über die c.i.c. gelöst werden können, ohne dass für den Versicherungsnehmer ein Nachteil im Vergleich zur versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung entsteht [f)]. Um in versicherungsrechtlichen Fällen den Umfang des Schadensersatzes bei Anwendung der c.i.c. bestimmen zu können, ist der Schutzzweck der versicherungsrechtlichen Aufklärungspflicht zu ermitteln [unter f)aa)]. Generell zu berücksichtigen ist eine Vorteilsanrechnung bei der c.i.c. [sogleich e)]; diese ist dann auch in versicherungsrechtlichen Fallgestaltungen durchzuführen [unter f)bb)].

e) Vorteilsanrechnung

Der Umfang des Schadensersatzes wird grundsätzlich nach der Differenzmethode berechnet [siehe 1.b)]. Da das schädigende Ereignis dem Geschädigten sowohl Nach- als auch Vorteile bringen kann, sind diese grundsätzlich zu berücksichtigen. Der Geschädigte soll so stehen, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde, er darf aber nicht besser gestellt werden. Voraussetzung ist jedoch, dass der wirtschaftliche Vorteil ebenso wie der Schaden adäquat durch das schädigende Ereignis verursacht worden sind. Der Bundes-

gerichtshof führt hierzu im Einzelnen aus: Es „sind nicht alle durch das Schadensereignis begründeten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmen, d. h. wo diese dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet. Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtung gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein.“⁷²⁸

Folglich sind ersparte Aufwendungen grundsätzlich als Vorteile anzurechnen; hierzu gehören auch ersparte Versicherungsbeiträge.⁷²⁹ Die Beweislast für die Voraussetzungen des Vorteilsausgleichs trägt nach der Rosenbergschen Formel der Schädiger, dem allerdings der Beweis des ersten Anscheins oft zugute kommen kann.⁷³⁰

f) Culpa in contrahendo in versicherungsrechtlichen Fallgestaltungen

Für die Rechtsfigur der c.i.c. bestehen in versicherungsrechtlichen Fallgestaltungen keine *besonderen* Voraussetzungen.⁷³¹ Die Rechtsprechung hat in einigen Fallgestaltungen, die an sich auch an die Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung denken lassen⁷³², auch eine Haftung aus c.i.c. angesprochen bzw. angenommen – teils ohne auf die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung einzugehen.⁷³³ Im Gegensatz zu oben vertretener Ansicht [d)ff)c)(IV)] hat die Rechtsprechung in den beiden genannten Urteilen

⁷²⁸ BGH NJW 1990, S. 1360. Vgl. außerdem noch BGHZ 8, 325, 328 f.; 10, 107, 108; 77, 151, 153 f.; 81, 271, 275; 91, 206, 210 jeweils mit zahlreichen Nachweisen. Ausführlich zu den Grundlagen der Vorteilsausgleichung *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 9 III, S. 492 ff.

⁷²⁹ Vgl. nur HK BGB-Schulze, 5. Aufl., Vor §§ 249-253 Rn. 32; Palandt-Heinrichs, 65. Aufl., Vorb. v. § 249, Rn. 141 (ab 66. Aufl. nicht mehr explizit aufgeführt) und *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 9 I 2, S. 486 und IV 2, S. 503 ff.

⁷³⁰ Vgl. nur *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., § 9 XIII, S. 533 mit weiteren Nachweisen.

⁷³¹ Vgl. nur Prölss/Martin-Prölss, § 3 Rn. 31 sowie Prölss/Martin-Kollhosser, § 43 Rn. 36. Vgl. schon *Grunewald*, JZ 1982, S. 627, 628, die gerade Versicherer als Fachleute ansieht und hieraus eine generelle Haftung aus c.i.c. annimmt sowie *Jaax*, Culpa in contrahendo im Versicherungsrecht, S. 2 und *Köbler*, VersR 1969, S. 773 ff. Vgl. generell zu (weiteren) Fallgruppen der Haftung des Versicherers aus c.i.c. *Sieg*, BB 1987, S. 352.

⁷³² An eine Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung ist zu denken, wenn die Auskunft des Agenten Inhalt oder Umfang des Versicherungsvertrags betrifft, vgl. im Einzelnen unter § 21.3 und § 21.4.

⁷³³ Siehe einerseits OLG Karlsruhe VersR 1994, S. 1169 (kein Eingehen auf die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung); und andererseits BGH NJW 1972, S. 822 und OLG Nürnberg, VersR 1980, S. 36 (Eingehen auf versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung).

eine Vertragsanpassung als Rechtsfolge einer Haftung aus c.i.c. abgelehnt, weil der Versicherungsnehmer nicht habe beweisen können, dass „er bei richtiger Belehrung den Versicherungsschutz auf andere Weise erlangt hätte“⁷³⁴. Dass diese Urteile falsch ist, wird im Folgenden anhand der Auslegung des Schutzzwecks der verletzten Aufklärungspflicht bei versicherungsrechtlichen Fallgestaltungen belegt [sogleich aa)]. Auch die Frage der Vorteilsanrechnung, der Anrechnung dessen, was der Versicherungsnehmer an Prämie mehr hätte zahlen müssen, um den gewünschten Versicherungsschutz zu erlangen, soll geklärt werden [bb)].

aa) Schutzzweck der Pflicht bei Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung

In Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung liegt die Pflichtverletzung in der Verletzung einer Aufklärungspflicht mit Bezug zum Vertragsschluss [siehe unter I.4 und d)cc)]. Deshalb ist diese Pflicht nicht isoliert zu betrachten, sondern auch in diesen Fällen im konkreten Zusammenhang mit dem geplanten Vertrag, in diesem Fall mit dem Versicherungsvertrag. Im Vertragsrecht hat der Schuldner nach der Schutzzwecklehre nicht für alle Folgen der Vertragsverletzung einzustehen, sondern nur für den Schaden, der durch Verletzung der durch den Vertrag geschützten Interessen eintritt. Die Ermittlung der durch den Vertrag geschützten Interessen ist Sache der ergänzenden Vertragsauslegung [siehe d)ff)c)(II)(3)(a)].

Wer versichert ist, hat das Risiko des Eintritts eines bestimmten, (vermögens-) schadensstiftenden Ereignisses auf den Versicherer bzw. die Versichertengemeinschaft abgewälzt. Der Versicherungsnehmer hat sich für den Fall des Eintritts eines Schadens finanziell abgesichert, deshalb wird er keine Rücklagen für den Fall des Schadenseintritts bilden, sondern sich mit der Prämienzahlung begnügen, die ihm die Sorge für den Eintritt des Versicherungsfalls abnimmt. Ist das Risiko nicht wirksam übertragen worden, also entge-

⁷³⁴ OLG Nürnberg, VersR 1980, S. 36, 37 f. mit Verweis auf BGH NJW 1972, S. 822 und BGHZ 40, 22; allerdings ist diese Verweisung unrichtig: Das OLG nimmt an, dass der Beweis dem Versicherungsnehmer obliegt, für den BGH „liegt aber die Annahme nahe, daß der Antrag mit dem richtig umschriebenen Risikobereich entweder von dem Beklagten angenommen worden wäre oder daß der Kläger bei einem anderen Versicherer für einen seinen Bedürfnissen entsprechenden Versicherungsschutz gesorgt hätte.“ (BGH NJW 1972, S. 822, 824). Ebenso BGHZ 40, 22, 27 f.: Es kann „mit Sicherheit angenommen werden, daß die Parteien für diesen Fall den Versicherungsschutz auch auf das außereuropäische Gebiet der Türkei erstreckt hätten.“

gen der Vorstellung des Versicherungsnehmers nicht in den Versicherungsvertrag einbezogen, so fühlt sich der Versicherungsnehmer in mehrfacher Hinsicht „betrogen“. Er hat erstens Prämien bezahlt und glaubte sich nach seinen Vorstellungen versichert, deshalb hat er sich zweitens auch weder anderweitig für dieses Risiko versichert noch drittens Rücklagen zum Ersatz des Gegenstands bei Beschädigung gebildet.

Der Versicherungsnehmer verdient somit dreifachen Schutz: Erstens für die bereits bezahlten Prämien und den damit scheinbar „gewonnenen“ (und „bezahlten“) Versicherungsumfang sowie zweitens für die fehlende anderweitige Absicherung durch Versicherung und drittens für die fehlende anderweitige Absicherung durch Eigenvorsorge. Durch die Verletzung der Pflicht zur Aufklärung über das essentialie negotii „Versicherungspaket und –umfang“ wurden diese drei Bereiche verletzt, so dass diese bei der Berechnung des Umfangs des Schadensersatzes zu berücksichtigen sind. Der Versicherungsnehmer kann den Kausalverlauf, der ohne die Aufklärungspflichtverletzung geschehen wäre, nur schwer beweisen, da er nicht weiß, was der Versicherer konkret getan hätte. Sehr wahrscheinlich hätte der Versicherer den Antrag angenommen, wenn der gewünschte Umfang durch Wahl eines anderen Versicherungstarifs hätte erlangt werden können, vielleicht hätte er ihn sogar angenommen, wenn der Vertrag insgesamt trotz Änderung der AVB und des Umfangs des Versicherungspakets dennoch rentabel gewesen wäre. Anderenfalls hätte er ihn mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht angenommen. Eine hundertprozentige Sicherheit für eine Annahme oder eine Ablehnung gibt es angesichts zahlreicher weiterer entscheidungserheblicher Faktoren, zum Beispiel der Umstände, die für die Übernahme der Gefahr erheblich sind, § 19 Abs. 1 VVG und der „Versicherungsvergangenheit“⁷³⁵ des Versicherungsnehmers, weder für das eine noch für das andere. Diese Umstände kann der Versicherungsnehmer nicht einschätzen und folglich auch nicht darlegen. Die Situation der Beweisnot ist somit für den Versicherungsnehmer eine ähnliche wie die des Aufklärungsberechtigten bei den Fällen zur Vertragsanpassung bei der c.i.c. Auch die dort genannten Präventions- und Sanktionserwägungen führen hier dazu, dass eine Beweislastumkehr in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung vorgenommen werden muss. Somit ist auch in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung eine Lösung über die Haftung aus c.i.c. mit der Rechtsfolge einer Vertragsanpassung möglich.

⁷³⁵ Hierunter versteht man unter anderem die Frage, ob der Versicherungsnehmer weitere Versicherungsverträge bei dem Versicherer abgeschlossen hat und wenn ja, ob es ein „guter“ Kunde ist oder ob noch weitere Versicherungsverträge in Zukunft abgeschlossen werden sollen etc.

Ein Vertrag kann als Folge einer Haftung aus c.i.c. sowohl durch Relationsverschiebung nach oben als auch nach unten angepasst werden [d)ff)a); Ergebnis unter d)ff)a)(V)]. Folglich kann auch in versicherungsrechtlichen Fallgestaltungen der Vertrag durch Erhöhung des Leistungsumfangs des Versicherers angepasst werden, wenn es der Schutzzweck der verletzten versicherungsrechtlichen Aufklärungspflicht gebietet. Die versicherungsrechtliche Aufklärungspflicht bezweckt den Schutz der Vorstellung des Versicherungsnehmers, er habe aufgrund der bereits gezahlten Prämien in bestimmtem Umfang Versicherungsschutz erlangt und müsse nicht mehr anderweitig durch (Fremd-)Versicherung oder eigene Rücklagen vorsorgen. Dieser Schutz wird nur gewährleistet, wenn die Leistung des Versicherers nach den Vorstellungen des Versicherungsnehmers umgestaltet wird.

Somit führt die Anwendung der c.i.c. in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung vorerst zum selben Ergebnis wie die Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung. Fraglich ist noch, ob etwaige „ersparte“ Prämien als Vorteil ausgeglichen werden [sogleich bb)].

bb) Vorteilsanrechnung

Bei einer Haftung aus c.i.c. wird eine Vorteilsanrechnung durchgeführt. Zulasten des Versicherungsnehmers und zugunsten des Versicherers wird somit das angerechnet, was der Versicherungsnehmer mehr an Prämie hätte zahlen müssen, um Versicherungsschutz zu erlangen. Somit müsste der Versicherungsnehmer zum Beispiel in den Europaklauselfällen⁷³⁶ nachträglich die Prämie zahlen, die er bezahlt hätte, wenn er die Europaklausel von vornherein ausgeschlossen hätte. Dies bedeutet je nach vergangener Laufzeit des Versicherungsvertrags eine Prämiennachzahlung, die mit der Versicherungsleistung aufgerechnet werden kann oder diese sogar übersteigt.

Fraglich ist jedoch, ob die niedrigere Prämie ein anzurechnender Vorteil ist. Es ist zu klären, ob deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs in Einklang steht; sie muss dem Geschädigten zumutbar sein und darf den Schädiger nicht unangemessen entlasten.⁷³⁷ Anders gewendet ist zu fragen, ob die Anrechnung des in Frage stehenden Vorteils den Zweck des Anspruchs und der dahinter stehenden Pflicht verei-

⁷³⁶ Vgl. die Nachweise in Fn. 39 sowie bei Fn. 119.

⁷³⁷ Vgl. BGH NJW 1990, S. 1360; siehe im Einzelnen bei und in Fn. 728.

telt. Hier sind wechselseitig dieselben Schutzzweckerwägungen heranzuziehen wie bereits bei der Bestimmung des Umfangs des zu leistenden Schadensersatzes.

Der Schutzzweck der versicherungsrechtlichen Aufklärungspflicht besteht aus drei Komponenten, nämlich dem Schutz der Vorstellung des Versicherungsnehmers, der sich aufgrund der Prämienzahlungen ausreichend versichert glaubt und deshalb weder eine andere Versicherung abschließt noch andere Vorsorgemaßnahmen trifft [Näheres unter aa)]. Fraglich ist, ob eine der drei Komponenten durch die Anrechnung der ersparten Versicherungsprämie betroffen ist. Der Versicherungsnehmer glaubte, er könne das Risiko zu diesen Finanzbedingungen versichern; muss er Prämien rückwirkend nachzahlen, so läuft der Schutz dieser Vorstellung leer, so dass die erste Komponente klar betroffen ist. Außerdem muss er den Vertrag akzeptieren, ohne die Günstigkeit desselben zu einer höheren Prämie überdenken zu können. Dadurch wird nachträglich die Entscheidung, den Vertrag überhaupt abzuschließen, betroffen. Muss er Prämie nachzahlen, so wird die Entscheidung für den Vertragsschluss von damals aufgehoben und ihr wird ein anderer Vertrag zugrunde gelegt. Man könnte auch sagen: Die Verletzung der Entscheidungsfreiheit wirkt fort, wenn der aufklärungsberechtigte Versicherungsnehmer die ersparten Prämien nachzahlen muss. Dieser Aspekt betrifft alle drei Komponenten.⁷³⁸

In den Urteilen zu den Europaklauselfällen, in denen die Berechnung einer Prämiennachzahlung einfach gewesen wäre, ist fraglich, ob das Gericht jeweils an diese Problematik gedacht hat. Die Rechtsprechung bezieht in den Urteilen zu dieser Frage keine Stellung. Der Bundesgerichtshof beschäftigt sich im ersten Europaklauselfall zwar mit der Frage des Mitverschuldens, nicht allerdings mit der Frage einer etwaigen Vorteilsanrechnung.⁷³⁹ Das OLG Saarbrücken führte im Urteil vom 8.10.2004 (zwar bei einem Anspruch aus positiver Vertragsverletzung) eine Vorteilsausgleichung durch und berücksichtigte die Mehrwertsteuer, die der Kläger als Vorsteuer hätte absetzen können, sowie die vom Kläger aufzubringende Selbstbeteiligung.⁷⁴⁰ Vermutlich machten die Beklagten, denen die Beweislast für eine Vorteilsanrechnung oblag, diese für ersparte Prämien nicht geltend, so dass das Gericht in beiden Urteilen nicht darauf eingehen musste.

⁷³⁸ *Hohloch*, VersR 1980, S. 105, 117 führt zusätzlich an, dass eine Anpassung auch der Gegenleistung eine „totale Umgestaltung des Vertrags und damit einen Eingriff in jene Rechtssphäre bedeute (...), die der autonomen Gestaltung durch die Parteien vorbehalten ist“. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden; es ist jeweils die Frage nach der Übereinstimmung mit dem Schutzzweck zu stellen, vgl. auch die folgenden Ausführungen.

⁷³⁹ BGHZ 40, 22. Vgl. hierzu auch *Hans Stoll*, FS v. Caemmerer, S. 435, 467.

⁷⁴⁰ Vgl. OLG Saarbrücken, Az. 5 U 87/04-13, in VersR 2005, S. 971 nicht vollständig abgedruckt.

Der Bundesgerichtshof hat nur in wenigen Entscheidungen zur c.i.c. den Schadenersatzanspruch um die bei einem erwartungsgerecht zustande gekommenen Vertrag höhere Prämie gekürzt.⁷⁴¹ Diese Entscheidung fand sowohl Zustimmung⁷⁴² als auch Kritik⁷⁴³. Letztlich ist die Berücksichtigung von Vorteilen bei der Vorteilsanrechnung immer eine Frage der Übereinstimmung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs. Es ist zu fragen, ob die Anrechnung des in Frage stehenden Vorteils den Zweck des Anspruchs und der dahinter stehenden Pflicht vereitelt. Ist dies der Fall, so findet keine Anrechnung statt. In der Regel wird eine Berücksichtigung der ersparten Prämien dem Schutzzweck einer Aufklärungspflicht mit Bezug zum Versicherungsvertrag zuwider laufen, so dass diese nicht als Vorteil anzurechnen sind.⁷⁴⁴ Ausnahmsweise können sie als Vorteil angerechnet werden, wenn dem Versicherungsnehmer ein hohes Maß an Eigenverschulden an dem Fehler des Agenten zur Last fällt und er so des Schutzes durch den Vorteil der günstigeren Prämie nicht mehr bedarf. Für diese Lösung können auch Sinn und Zweck sowie die Wertung der Regelungen zur Gefahrhöhung durch den Versicherungsnehmer nach Vertragsschluss, die §§ 23 ff VVG a. F. und §§ 23 VVG herangezogen werden. Die §§ 23 ff. VVG a. F. sahen, wenn der Versicherungsnehmer die Gefahrerhöhung verschuldet hat, eine fristlose Kündigung des Versicherungsverhältnisses, § 24 Abs. 1 Satz 1 VVG a. F., sowie Leistungsfreiheit, § 25 Abs. 1 VVG a. F. (Ausnahme in § 25 Abs. 3 VVG a. F.) vor. Traf den Versicherungsnehmer hingegen kein Verschulden, so musste er die Kündigung erst mit Ablauf eines Monats gegen sich gelten lassen, § 24 Abs. 1 Satz 2 VVG a. F., die Verpflichtung zur Leistung blieb bestehen, § 25 Abs. 2 Satz 1 VVG a. F. (zu beachten ist jedoch die Ausnahme in § 25 Abs. 2 Satz 2 VVG a. F.). § 27 VVG a. F. betraf den Fall der Gefahrerhöhung unabhängig vom Willen des Versicherungsnehmers; auch hier durfte der Versicherer innerhalb eines Monats das Versicherungsverhältnis kündigen.

⁷⁴¹ BGH NJW 1972, S. 822, 824 = VersR 1972, S. 530; BGH VersR 1989, S. 472, 473. Diesen Urteilen pflichten *Wernink*, Erfüllungshaftung, S. 106 mit Fn. 737 und *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 50 mit Fn. 164 bei. Vgl. aus früherer Zeit OLG Marienwerder vom 13.11.1942, HRGZ 1943 A Sp. 75, 78; RG vom 31.1.1941, DR 1941, S. 1210, 1212 rechte Spalte oben (aber im Ergebnis verneint) mit zustimmender Anmerkung von *Kersting*, DR 1941, S. 1213 sowie das OLG Celle vom 27.10.1936, HRGZ 1937 A Sp. 331, 335 und das LG Stuttgart VersR 1954, S. 74, 75.

⁷⁴² Vgl. *Hans Stoll*, FS v. Caemmerer, S. 435, 467 in Fn. 117.

⁷⁴³ Vgl. *Hohloch*, VersR 1980, S. 108, 117.

⁷⁴⁴ So zumindest im Ergebnis wohl auch *Hans Stoll*, FS v. Caemmerer, S. 435, 467, der die Lösung stets alleine auf § 242 BGB stützen möchte. Dies gilt in jeder Hinsicht, also auch bzgl. der Annahme, die Parteien hätten den für den Versicherungsnehmer günstigen Vertrag geschlossen.

Folglich ist nach der alten Fassung des VVG grob gesagt (also ohne Berücksichtigung der Beweislastverteilung und Ausnahmeregelungen) das Verschulden Richtschnur für die Frage der Leistungsfreiheit trotz einer Gefahrerhöhung. Kündigen konnte der Versicherer allemal. Diese komplizierte Differenzierung ist auch sinnvoll, da die Frage, ob bei einem eingetretenen Schaden geleistet werden muss, einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt, hingegen die Frage der Weiterführung des Versicherungsverhältnisses die Zukunft betrifft. Für die Frage des Schutzzwecks der verletzen versicherungsvertraglichen Aufklärungspflicht ist aus dem alten VVG die Wertung zu ziehen, dass erst bei Verschulden des Versicherungsnehmers eine Anrechnung in Betracht zu ziehen ist, da er dann des Schutzes nicht mehr bedarf.

Auch das neue VVG differenziert für die Frage, ob fristlos oder unter Einhaltung einer Kündigungsfrist das Versicherungsverhältnis gekündigt werden kann, nach Verschuldensgrad, § 24 VVG. Neu ist § 25 VVG, der in Absatz 1 an Stelle der Kündigung eine Vertragsanpassung⁷⁴⁵ möglich macht. Auch für die Frage, ob der Versicherer leisten muss, sieht § 26 VVG eine Differenzierung je nach Verschuldensgrad vor; in § 26 Abs. 1 Satz 2 VVG ist eine flexible Lösung, die Kürzung der Leistung „in entsprechendem Verhältnis“ zum Verschulden, vorgesehen.

Nach der Neufassung des VVG könnte man diese sehr flexible und dem Einzelfall gerecht werdende Lösung auch für die Frage der Vorteilsanrechnung bei Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung heranziehen. Letztlich führt eine prozentuale Anrechnung je nach Verschuldensgrad auch die Lösung nach dem Schutzzweck weiter, denn je mehr Eigenverschulden den Versicherungsnehmer bei der vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung trifft, umso weniger ist er schutzbedürftig. Wie diese prozentuale Anrechnung in der Praxis aussieht, muss hier offen bleiben; denkbar sind die Ausgestaltung von Fallgruppen in Tabellen oder Ähnliches. Bei den typischen Fallgestaltungen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung liegt der Fehler regelmäßig beim Agenten, so dass fast nie eine Anrechnung in Betracht kommt.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Frage, ob die ersparten Prämien als Vorteil für den Versicherungsnehmer angerechnet werden, davon abhängt, ob eine Anrechnung dem Schutzzweck der verletzen versicherungsrechtlichen Aufklärungspflicht zuwiderläuft

⁷⁴⁵ Möglich sind einerseits die Prämienhöhung, § 25 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VVG, oder der Ausschluss der Absicherung der höheren Gefahr, § 25 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 VVG. § 25 Abs. 2 VVG sieht ein Kündigungsrecht für den Versicherungsnehmer vor, wenn die Prämie sich um mehr als 10 Prozent erhöht oder der Versicherer die Absicherung der höheren Gefahr ausschließt.

oder nicht. Ein Zuwiderlaufen wird die Regel sein, Ausnahmen, namentlich ein hohes Maß an Eigenverschulden, sind aber gut denkbar. Somit bietet die Rechtsfolge der Vertragsanpassung bei der c.i.c. eine flexiblere Lösung als die Vertragsanpassung bei der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung, da bei dieser eine Anrechnung von Vorteilen nicht in Frage steht.

cc) Ergebnis

Fälle der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung können mit der Haftung aus c.i.c. gelöst werden. Mit Blick auf den Schutzzweck der versicherungsrechtlichen Aufklärungspflicht ist auch eine Erhöhung der Leistung und somit Änderung des Versicherungsumfanges zugunsten des Versicherungsnehmers zulässig. Somit *kann* die Haftung aus c.i.c. denselben Umfang wie eine versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung haben. Das Urteil zum Beispiel des OLG Nürnberg⁷⁴⁶ ist im Ergebnis falsch: Angesichts des Schutzzwecks der verletzten versicherungsrechtlichen Aufklärungspflicht und des Schutzzwecks von Aufklärungspflichten im Allgemeinen hätte der Versicherungsvertrag angepasst werden müssen.⁷⁴⁷ Ob ersparte Prämien als Vorteil angerechnet werden können, hängt davon ab, ob ihre Anrechnung dem Schutz des Versicherungsnehmers zuwiderläuft. Sie werden aufgrund des Schutzzwecks der verletzten versicherungsrechtlichen Aufklärungspflicht in der Regel nicht angerechnet werden; Ausnahmen sind insbesondere bei hohem Eigenverschuldensanteil des Versicherungsnehmers jedoch gut denkbar. Eine Anwendung des § 254 BGB bei Mitverschulden des Versicherungsnehmers scheidet bei der Rechtsfolge der Vertragsanpassung aus.⁷⁴⁸

Eine Anwendung der c.i.c. wird folglich bei vorversicherungsvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung in der Regel zum selben Ergebnis kommen wie die Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung. Wie insbesondere mit Blick darauf das Verhältnis zwischen versicherungsrechtlicher Erfüllungshaftung und c.i.c. zu bewerten ist, wird im Folgenden erläutert; auch ältere Ansätze werden dargestellt [sogleich g]).

⁷⁴⁶ VersR 1980, S. 36.

⁷⁴⁷ So im Ergebnis auch Prölss/Martin-Kollhosser, § 43 Rn. 38, der mit Blick auf neuere Rechtsprechung zur Verletzung von Auskunfts- und Beratungspflichten eines Versicherungsmaklers eine Beweislastumkehr bei der Schadensursächlichkeit des Beratungsfehlers vertritt.

⁷⁴⁸ Siehe bei und in Fn. 718.

g) Verhältnis der culpa in contrahendo bei versicherungsrechtlichen Fallgestaltungen zur versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung

Da c.i.c. und die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung zum selben Haftungsumfang führen können, liegt es nahe, die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung nicht als Rechtsinstitut sui generis oder nur als eine Eigenart des Versicherungsrechts zum Schutz des Versicherungsnehmers, sondern grundsätzlich als Haftung aus c.i.c. mit Modifikationen in Tatbestand und Rechtsfolge zu sehen.⁷⁴⁹ Speziell versicherungsrechtliche Modifikationen sind dann die grundsätzliche Zurechnung des Verhaltens des Versicherungsvermittlers im Tatbestand und die Vertragsmodifikation und Abbedingung des § 254 BGB – Grund hierfür ist wohl das ehemals dominierende „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ – bei der Haftungsfolge.

Hingegen kann man die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung auch als Rechtsinstitut sui generis sehen und folglich deren Voraussetzungen und Rechtsfolgen von denen der c.i.c. unterscheiden.⁷⁵⁰ Bei beiden Thesen ist die Konkurrenz der Erfüllungshaftung zur c.i.c. unklar. Vertreter beider Positionen lassen offen, ob die c.i.c. verdrängt wird oder eigenständig, aber subsidiär neben der Erfüllungshaftung steht. An sich liegt es nahe, bei Annahme einer Einheitlichkeit der Haftungen die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung als spezielle Form der c.i.c. zu sehen und dann konsequenterweise auf die Anwendung der c.i.c. zu verzichten. Nimmt man hingegen an, es handelt sich um zwei unterschiedliche Institute, so liegt es nahe, die c.i.c. als subsidiär zurücktreten zu lassen. Zunächst sollen hier die Positionen der Rechtsprechung [aa]) und die der Literatur [bb]) dargestellt werden, bevor eine eigene Würdigung vorgenommen wird [cc]).

⁷⁴⁹ So wohl MünchKomm-*Emmerich*, 4. Aufl. 2001, Vor § 275 Rn. 187 f., nicht mehr in der 5. Aufl.; *Gottwald*, JuS 1982, S. 877, 880 und *Weyers/Wandt*, Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl., Rn. 328.

⁷⁵⁰ So ohne Begründung *Prölss/Martin-Kollhosser*, Versicherungsvertragsgesetz, § 43 Rn. 36, der eine Haftung aus c.i.c. neben der Erfüllungshaftung sieht. Vgl. auch *E. Prölss*, JZ 1963, S. 680 (Anmerkung zu BGHZ 40, 22). Auch *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 124 f. und *Schimikowski*, JA 1986, S. 345, 350 f. unterscheiden die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung von der c.i.c. Dass praktische Unterschiede sowohl in Tatbestand als auch in Rechtsfolge vorhanden sind, vertrat schon *H. Möller*, Versicherungsvermittlung, S. 140 f.; Ausführliche und zutreffende Stellungnahme dazu bei *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 46 ff.

aa) Stellung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung vertritt in den Europaklauselfällen⁷⁵¹, dass die „Schadensersatzverpflichtung des Versicherers wegen Verschuldens bei Vertragsabschluss (...) nicht durch die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung ausgeschlossen oder eingeschränkt“⁷⁵² wird. Vielmehr unterlägen die beiden Ansprüche verschiedenen Voraussetzungen und führten unterschiedliche Rechtsfolgen herbei.⁷⁵³ Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ist die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung somit kein „wild gewachsener Ableger der frühen Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluss“⁷⁵⁴, sondern ein eigenständig entwickeltes Rechtsinstitut. Hieraus folgert er, dass insbesondere in Fällen, in denen den Versicherungsnehmer ein erhebliches Eigenverschulden trifft und somit die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung ausgeschlossen ist, ihm immer noch ein Schadensersatzanspruch aus c.i.c. zustehen könne. Die Rechtsprechung prüft zunächst einen Anspruch aus der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung und dann einen Schadensersatzanspruch aus c.i.c. Daraus kann geschlossen werden, dass der Bundesgerichtshof die Erfüllungshaftung als spezieller bzw. die Haftung aus c.i.c. als subsidiär ansieht.⁷⁵⁵ Diese Sichtweise war zur Zeit der Geltung des alten Schuldrechts für den Versicherungsnehmer überaus günstig, da er nur bei erheblichem Eigenverschulden, das einen Anspruch aus der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung ausschloss und den Weg zur subsidiären c.i.c. dennoch offen ließ, ein gegnerisches Verschulden vortragen und nachweisen musste. Seit der Schuldrechtsmodernisierung wird das Verschulden bei der c.i.c. gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet, so dass dies keine Rolle mehr spielt.

⁷⁵¹ Vgl. nur BGH VersR 1963, S. 768 ff. = BGHZ 40, 22 und aus neuerer Zeit OLG Koblenz NVersZ 1999, S. 430. Vgl. auch die Nachweise in Fn. 39.

⁷⁵² BGHZ 40, 22, 26.

⁷⁵³ Vgl. BGHZ 40, 22, 26. Wohl anderer Ansicht ist das OLG Celle, VersR 1952, S. 401, 402 und wohl auch das OLG Saarbücken, NJW-RR 1988, S. 858, 859. Vgl. schon für frühere Zeiten die Anmerkung von *Kersting* zu RG vom 31.1.1941, DR 1941, S. 1210 in DR 1941, S. 1213, 1215: Es handle sich „bei der Haftung aufgrund der sog. Vertrauensstellung des Agenten um ein durch die Rspr. des RG. ausgebildetes, neben der Haftung aus § 278 BGB bestehendes Gewohnheitsrecht“.

⁷⁵⁴ So die Formulierung von *E. Prölss*, JZ 1963, S. 680 (unter Darstellung der Gegenmeinung).

⁷⁵⁵ Dieselbe Schlussfolgerung zieht *Schlossareck*, Ansprüche des Versicherungsnehmers aus c.i.c., S. 202. Dies bestätigt auch *Reichert-Facilides*, VersR 1977, S. 208, nach dessen Ansicht „soweit (...) schon die Erfüllungshaftung eingreift, (...) eine Schadensersatzhaftung dann ins Leere (geht), wenn wegen der ‚Umgestaltung‘ des Vertrags ein Schaden des Versicherungsnehmers von vornherein gar nicht eintritt“.

bb) Stellung der Literatur

Die Literatur folgt meist der Ansicht des Bundesgerichtshofs⁷⁵⁶, verfolgt aber teilweise auch eigene, genau entgegengesetzte Ansätze⁷⁵⁷. Im Folgenden werden zunächst die Ansichten, die der Rechtsprechung folgen, dann die Ansichten, die auf die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung verzichten wollen bzw. ihren bisherigen Anwendungsbereich stark einschränken wollen, dargestellt.⁷⁵⁸

α) Ansatz von Köbler

Köbler sieht die c.i.c. und die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung als nebeneinander stehend an. Nach seiner Ansicht stellt die Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung den Versicherungsnehmer „besser, kann ihm jedoch keineswegs ‚gesetzlich‘ bestehende Rechte, und darunter zählt auch die c.i.c. (damals war die c.i.c. jedoch noch nicht kodifiziert, *Anm. d. Verf.*), entziehen.“ Auf der anderen Seite schmälerten die Regeln über die c.i.c. auch nicht die Rechtsposition, die der Versicherungsnehmer bei Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung innehatte. Grundsätzlich könne der Schutz des redlichen Verkehrs „zwar zur Bejahung neuer Verschuldenshaftungstatbestände führen, braucht aber verschuldensfreie Haftungstatbestände nicht zu beseitigen.“⁷⁵⁹

β) Ansatz von Kollhosser

Auch *Kollhosser* stellt die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung mit der Rechtsprechung ausdrücklich „neben“ eine Haftung aus c.i.c.⁷⁶⁰ Für die Haftung aus c.i.c. folgert er mit Blick auf die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung unter anderem eine Beweis-

⁷⁵⁶ Vgl. zum Beispiel *E. Prölss*, JZ 1963, S. 680 in der Besprechung von BGHZ 40, 22 und auch *E. Lorenz*, FS Canaris, S. 757, 772. Unklar, aber wohl der Rechtsprechung folgend *van Bühren* in: Handbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl., § 1 Rn. 380 ff.

⁷⁵⁷ Vgl. nur *Hohloch*, VersR 1980, S. 107 ff. und *Schlossareck*, Ansprüche des Versicherungsnehmers aus c.i.c., S. 206 ff.

⁷⁵⁸ Ein Anspruch auf Vollständigkeit wird hier nicht erhoben, teilweise haben die Vertreter Argumente und Kriterien früherer Zivilrechtslehrer und Kommentatoren übernommen. Es soll hier ein Überblick ab ca. 1960 gegeben werden.

⁷⁵⁹ Beide Zitate aus *Köbler*, VersR 1969, S. 773, 777.

⁷⁶⁰ *Prölss/Martin-Kollhosser*, § 43 Rn. 36, erster Satz.

lastumkehr für die Schadensursächlichkeit des Beratungsfehlers.⁷⁶¹ Er geht aber nicht so weit zu sagen, die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung sei die spezielle c.i.c. des Versicherungsrechts. Trotz der starken Angleichung der c.i.c. an die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung scheint er eine subsidiäre Anwendung der c.i.c. zu befürworten.⁷⁶²

χ) Ansatz von E. Prölss

E. Prölss stimmt der Rechtsprechung grundsätzlich in beiden Ansätzen zu. Er regt zusätzlich an, aufgrund der Beschränkung der Erfüllungshaftung aus Sicht des Versicherers, der nun selbst bei Freiwerden von der Erfüllungshaftung bei erheblichem Eigenverschulden des Versicherungsnehmers in der Regel aus c.i.c. haftet, deren Anwendung zu überdenken.⁷⁶³

δ) Ansatz von Wernink

Auch *Wernink* sieht letztlich die Haftung aus c.i.c. als subsidiär.⁷⁶⁴ Allerdings verkennt er, dass mit „Nebeneinanderstehen“ der beiden Haftungsinstitute nicht gemeint ist, dass bei Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung *zusätzlich* eine Haftung aus c.i.c. trotz Anpassung des Vertrags als Folge der versicherungsrechtlichen Haftung in Frage kommt. Insoweit besteht für eine Anwendung der c.i.c. kein Anlass, weil dann bereits Versicherungsschutz besteht. „Nebeneinanderstehen“ bedeutet, dass auch die c.i.c. in diesen Fällen zu dem vom Versicherungsnehmer gewünschten Ergebnis gelangt. *Wernink* vertritt ebenfalls, dass der Anspruch davon abhängt, ob nachgewiesen werden kann, dass der Vertrag zu günstigeren Bedingungen abgeschlossen worden wäre⁷⁶⁵, dass § 254 BGB zu berücksichtigen ist⁷⁶⁶ und dass ersparte Prämienaufwendungen des Versicherungsnehmers zu berücksichtigen sind⁷⁶⁷, so dass die Annahme, die c.i.c. sei subsidiär zur versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung, insoweit konsequent ist.

⁷⁶¹ Siehe bereits oben bei und in Fn. 747.

⁷⁶² Auch *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S. 46 ff., insbesondere S. 51, scheint eine subsidiäre Anwendung der c.i.c. zu befürworten, da er durch Anwendung des § 254 BGB zu unterschiedlichen Haftungsfolgen kommt.

⁷⁶³ Vgl. *E. Prölss*, JZ 1963, S. 680; letzter Satz der Anmerkung.

⁷⁶⁴ Vgl. *Wernink*, Erfüllungshaftung, S. 111.

⁷⁶⁵ Siehe hiergegen oben [§ 2II.3.d)hh)].

⁷⁶⁶ Siehe hiergegen oben Fn. 718.

⁷⁶⁷ Siehe hiergegen oben § 2II.3.e) und § 2II.3.f)bb).

ε) **Ansatz von Hohloch**⁷⁶⁸

Hohloch hält die Lösung des Bundesgerichtshofs in den Europaklauselfällen trotz deren Praktikabilität nicht für verallgemeinerungsfähig. Nach seiner Ansicht besteht zumindest in Fällen, in denen die Versicherungsbedingungen klar und eindeutig sind und in denen somit in der Regel ein erhebliches, dem Anspruch aus versicherungsrechtlicher Erfüllungshaftung entgegenstehendes Eigenverschulden des Versicherungsnehmers vorliegt, keine Aufklärungspflicht des Agenten. Es handle sich bei BGHZ 40, 22 um einen Spezialfall, bei dem aufgrund der langjährigen Geschäftsbeziehung zwischen dem türkischen Studenten und der als Versicherungsagentin auftretenden Bank die Haftung aus c.i.c. weiter reiche als die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung.⁷⁶⁹ Eine Eigenständigkeit der Erfüllungshaftung und ein Konkurrenzverhältnis zwischen beiden Instituten lehnt *Hohloch* ab; er sieht hinter beiden Haftungsformen dieselbe Rechtsfigur der culpa in contrahendo und wagt zudem die These einer „einheitlichen Vertrauenshaftung“,⁷⁷⁰ die die Interessen von Versicherungsnehmer und Versicherer „ebenso gut ausbalancieren kann wie die jetzige Praxis“.⁷⁷¹ Er führt an, dass „in Treu und Glauben zusammengefasste Billigkeitsgründe“ sowohl die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung als auch die „neuere (...) Praxis“ der Haftung aus c.i.c. begründen.⁷⁷² Auch sei der Wandel vom Verbot der Geltendmachung eines Rechts zur eigenständigen Anspruchsgrundlage ein Vorgang, der sich gerade im Bereich von Treu und Glauben immer wieder abzeichne; dies sei auch bei der Arglisteinrede, aus der sich bei § 826 BGB Ansprüche gegen die missbräuchliche Ausnutzung objektiv unrichtiger Urteile entwickelten, so geschehen.⁷⁷³ Für diese Sichtweise spreche auch die historische Entwicklung. Nach dieser habe die c.i.c.,

⁷⁶⁸ *Hohlochs* Ansicht teilt wohl schon *Goudefroy*, *Wallmann's Versicherungszeitschrift* 1942, S. 26 und *Wallmann's Versicherungszeitschrift* 1943, S. 3.

⁷⁶⁹ Vgl. *Hohloch*, *VersR* 1980, S. 107, 109.

⁷⁷⁰ Einen ähnlichen Ansatz wählt auch *Canaris*, *Vertrauenshaftung*, S. 336 ff. insbesondere S. 343 ff. Nach Ansicht von *Canaris* handelt es sich bei der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung nicht um eine Sonderfrage des Versicherungsrechts, sondern um die allgemein zivilrechtliche Problematik der Vertrauenshaftung und des „venire contra factum proprium als anspruchsbegründendes Merkmal“, *Canaris*, *Vertrauenshaftung*, S 350 f. bzw. S. 336 mit Verweis auf S. 284.

⁷⁷¹ *Hohloch*, *VersR* 1980, S. 107, 110.

⁷⁷² Beide Zitate aus *Hohloch*, *VersR* 1980, S. 107, 114.

⁷⁷³ Vgl. *Hohloch*, *VersR* 1980, S. 107, 114 mit Nachweis. Vgl. zu dieser Entwicklung bei der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung § 21.1.

die zunächst auch für Fallgruppen dieser Art entwickelt wurde⁷⁷⁴, erst zu einer Zeit Eingang in das Versicherungsrecht gefunden, als das Versicherungsrecht schon seine eigenen Lösungen gefunden hatte.⁷⁷⁵ Eine einheitliche Vertrauenshaftung habe den Vorteil, dogmatisch stringent zu sein und keinen „bedenklichen Eingriff in die Vertragsfreiheit“⁷⁷⁶, den die bisherige Erfüllungshaftung hingegen verursache, herbeizuführen.

Für *Hohlochs* These, dass hinter beiden Haftungsformen dieselbe Rechtsfigur steht, können die fast inhaltsgleichen Formulierungen des Bundesgerichtshofs zur c.i.c. in BGH VersR 1963, S. 768 ff. und des Reichsgerichts zur versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung in RGZ 86, 128, 132 zur Aufklärungspflicht und zum Umfang des Anspruchs angeführt werden.⁷⁷⁷

Hohlochs Ansicht, dass eine einheitliche schadensersatzrechtliche Vertrauenshaftung den Vorteil habe, keinen „bedenklichen Eingriff in die Vertragsfreiheit“ vorzunehmen, kann hingegen nicht geteilt werden. Auch die Rechtsfigur der c.i.c. führt in bestimmten Fällen zu einer Vertragsanpassung [d)dd) und d)ff)]. Hierin kann der Vorteil einer einheitlichen

⁷⁷⁴ Vgl. zur Entwicklung der c.i.c. oben § 2II.3.a).

⁷⁷⁵ Vgl. *Hohloch*, VersR 1980, S. 107, 110 mit Nachweisen in Fn. 28 und 30. Diesen Ansatz kritisieren *Messerschmidt*, Hinweis- und Belehrungspflichten des Versicherers, S. 205 f. und *Schlossareck*, Ansprüche des Versicherungsnehmers aus c.i.c., S. 204 ff.

⁷⁷⁶ *Hohloch*, VersR 1980, S. 107, 118.

⁷⁷⁷ Vgl. BGH VersR 1963, S. 768, 769 (= BGHZ 40, 22, 27, nicht vollständig abgedruckt) zur Frage der Aufklärungspflicht: „Der Versicherungsagent (muss), auch wenn die Versicherungsbedingungen klar und eindeutig gefasst sind, den VN über den Umfang der Versicherung aufklären.“ Im Vergleich hierzu RGZ 86, 128, 132 wonach die Aufgabe des Agenten darin „besteht (...), im unmittelbaren mündlichen Verkehr den Versicherungsnehmern die erforderliche Belehrung und Aufklärung über den Inhalt und die Bedeutung der Versicherungsbedingungen und die sonstigen Anforderungen der Gesellschaft zu gewähren.“ Vgl. zum Thema Schadensumfang einerseits BGH VersR 1963, S. 768, 770 (= BGHZ 40, 22, 27 f., nicht vollständig abgedruckt): „Die Bekl. muß damit dem Kl. den Schaden ersetzen, der diesem dadurch entstanden ist, daß ihre Versicherungsagentin (...) den Kl. nicht über den Umfang ihrer Versicherung aufgeklärt hat. (...) Es (kann) mit Sicherheit angenommen werden, daß die Parteien für diesen Fall den Versicherungsschutz auch auf das außereuropäische Gebiet der Türkei erstreckt hätten. (...) Die Bekl. muß dem Kl. somit den Schaden ersetzen, den dieser dadurch erlitten hat, daß der Versicherungsvertrag nicht auf das außereuropäische Gebiet der Türkei erstreckt worden ist; sie muß ihn so stellen, als wäre dies der Fall gewesen.“ Vgl. andererseits RGZ 86, 128, 134: „(...) so hat die Gesellschaft für dieses Verhalten des den Verkehr zwischen ihr und dem Kläger vermittelnden Agenten einzustehen und dessen Erklärungen als ihre gelten zu lassen.“ Und S. 135: „(...) sie muß die Versicherung so gegen sich gelten lassen, wie sie der Kläger angeboten hatte und wie das Angebot angenommen war.“

Haftung somit nicht liegen; ein „bedenklicher Eingriff in die Vertragsfreiheit“ liegt ohnehin nicht vor [(d)ff)c)(II) und d)ff)c)(III)].

ϕ) **Ansicht von Rabich**

Auch *Rabich* will an der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung als einem „durch die Entwicklung des modernen Haftungsrechts überholten Institut aus der Pionierzeit des Versicherungsvertrags“ nicht weiter festhalten und sie zugunsten der c.i.c., die „keine nennenswerten Nachteile in praktischer Hinsicht mit sich bringt“⁷⁷⁸, aufgeben.⁷⁷⁹

γ) **Ansatz von Schlossareck**

Auch *Schlossareck* stellt die Frage der Verzichtbarkeit der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung, die er Vertrauenshaftung nennt, zugunsten der c.i.c. Da er fast alle Konstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung über eine „wissenszurechnende Auslegung“ mit demselben Ergebnis wie die Rechtsprechung löst⁷⁸⁰, bleibt für ihn nur

⁷⁷⁸ Beide Zitate aus *Rabich*, Vertrauens- und Verschuldenshaftung, S. 62.

⁷⁷⁹ Zahlreiche weitere Nachweise zu dieser Ansicht finden sich bei *Wernink*, Erfüllungshaftung, S. 77 in Fn. 540 und 542.

⁷⁸⁰ Vgl. *Schlossareck*, Ansprüche des Versicherungsnehmers aus c.i.c., S. 213 ff. Durch Anwendung der Lehre vom objektiven Empfängerhorizont für Abschlussagenten und einer „wissenszurechnenden Auslegung“ für Agenten, die nicht zur Abgabe von Willens- sondern nur Wissenserklärungen befugt sind, würden fast alle Fallkonstellationen erfasst, in denen die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung eingreift. Nach der „wissenszurechnenden Auslegung“ komme ein Vertrag so zustande, wie er vom Versicherungsnehmer gewünscht wurde; vgl. S. 216 ff. Auch Fälle wie der „Sturmflutfall“ (RGZ 86, 128), in denen es den vom Versicherungsnehmer gewünschten Zuschnitt eines Versicherungsvertrags nicht gibt, dieser Zuschnitt aber Bedingung des Versicherungsnehmers war, könnten über die „wissenszurechnende Auslegung“ mit demselben Ergebnis gelöst werden. Das Wissen um die Bedingung würde dem Versicherer, der von seinem Agenten darüber nicht informiert wurde, zugerechnet, so dass der Versicherer „weiß“, dass der Versicherungsnehmer an einem Vertrag ohne Einschluss besagter Risiken nicht interessiert ist (S. 219 f.) und somit nicht von einem Vertragsschluss ohne Einbeziehung gewünschter Risiken ausgehen darf.

Nur Fälle wie der „Sturmflutfall“, mit der Abwandlung, dass der Versicherungsnehmer zwar das Erstrecken des versicherten Risikos auf bestimmte Schäden wünscht, er aber bei Ablehnung dieses Wunsches dennoch die Versicherung unter Ausschluss derartiger Risiken zu nehmen bereit ist, und der Agent dies dem Versicherer mitgeteilt hat (dies spielt richtigerweise keine Rolle, da dieses Wissen dem Versicherer zugerechnet wird), führten bei Anwendung der „wissenszurechnenden Auslegung“ nicht zum

noch eine Fallkonstellation übrig, in der eine Erfüllungshaftung zum Tragen kommen und folglich eine Konkurrenzsituation zwischen versicherungsrechtlicher Erfüllungshaftung und c.i.c. auftreten kann. Es sind Fälle, in denen kein Versicherer den vom Versicherungsnehmer gewünschten Zuschnitt des Versicherungsvertrags anbietet, der Versicherungsnehmer aber notfalls den Vertrag auch ohne Versicherung des speziell einzubeziehenden Risikos abzuschließen bereit ist. Nach *Schlossareck* hilft eine Haftung aus c.i.c. dem Versicherungsnehmer hier nicht weiter, da er nicht erfolgreich geltend machen kann, er hätte „bei rechtzeitig erfolgter Aufklärung (...) vor Auftreten des nunmehr eingetretenen und geltend gemachten Schadens anderweitig ausreichend Versicherungsschutz erlangt“⁷⁸¹. Diese Fallkonstellation rechtfertige es, trotz einer Privilegierung zum Beispiel gegenüber dem Hauskäufer oder dem Arbeitnehmer, der ebenso „in gewisser Weise endgültig“⁷⁸² disponiere, die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung beizubehalten, da sie „die Erwartungshaltung der Versicherungswilligen, nicht durch die Zwischenschaltung vollmachtsloser Sachwalter mit Beratungsaufgabe benachteiligt zu werden“⁷⁸³, erfülle.

Allerdings sei eine Haftung des Versicherers aus c.i.c. entgegen der Ansicht der Rechtsprechung vorrangig zu prüfen, weil bei einer Haftung, die auf einem „Haftensollen“⁷⁸⁴ (und nicht auf einem „Haftenwollen“) gründet, dem gegen seinen Willen Haftenden aufgezeigt werden sollte, wie und wodurch er seine Einstandspflicht hätte vermeiden können. Dadurch lasse sich ein „Haftensollen“ überzeugender begründen. Dieses Ziel werde nur erreicht, wenn zunächst eine Haftung aus c.i.c. geprüft wird, bei der im Gegensatz zur versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung ein Verschulden vorliegen muss. Die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung erscheine dann als Ausnahmehaftung in Fällen, in denen am aktuellen Markt nicht versicherbare Risiken zur Diskussion stehen.⁷⁸⁵

selben Ergebnis (S. 220 f.). Dies ist folgerichtig, da sich der Versicherer hier auf die „Notlösung“, das heißt den Abschluss der Versicherung ohne Einbeziehung der speziellen Risiken, berufen kann.

⁷⁸¹ *Ders.*, Ansprüche des Versicherungsnehmers aus c.i.c., S. 223.

⁷⁸² *Schlossareck*, Ansprüche des Versicherungsnehmers aus c.i.c., S. 226.

⁷⁸³ *Schlossareck*, Ansprüche des Versicherungsnehmers aus c.i.c., S. 227.

⁷⁸⁴ Ausdruck von *Schlossareck*, Ansprüche des Versicherungsnehmers aus c.i.c., S. 228.

⁷⁸⁵ Vgl. *Schlossareck*, Ansprüche des Versicherungsnehmers aus c.i.c., S. 229.

cc) Eigene Stellungnahme

Die c.i.c. hat durch die Kodifikation in den §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB eine stärkere Position gewonnen. Zwar wurden „nur“ bereits anerkannte Grundsätze kodifiziert; durch die Aufnahme in das BGB steht der c.i.c. aber nun der Rang von Gesetzesrecht, nicht mehr nur von Gewohnheits- und Richterrecht zu. Es stellt sich somit gerade nach der Schuldrechtsreform verstärkt die Frage, wie die c.i.c. und die gewohnheitsrechtliche versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung zueinander stehen und ob die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung im Versicherungsrecht noch benötigt wird oder die Anwendung des neuen Schuldrechts ausreicht.

Einige Autoren verweisen in diesem Zusammenhang auf eine einheitliche schadensersatzrechtliche Vertrauenshaftung⁷⁸⁶; auch die These, die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung hätte sich nicht (in dieser Form) entwickelt, wenn die c.i.c. in anderen Ausmaßen damals schon anerkannt worden wäre⁷⁸⁷, ist nicht ganz von der Hand zu weisen.

Zwischen dem Tatbestand der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung und der c.i.c. bestehen keine Unterschiede, da Aufklärungspflichtverletzungen zu einer Haftung aus c.i.c. führen [siehe I.5.d)] und der Versicherungsagent entgegen der Ansicht *Werninks*⁷⁸⁸ auch Erfüllungsgehilfe ist [siehe 2.a)bb)].

Auch der Umfang des Schadensersatzes steht der These der Übereinstimmung und Ersetzbarkeit der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung durch die c.i.c. nicht entgegen, da bei einer Aufklärungspflichtverletzung aus Gründen des Schutzzwecks eine (rückwirkende) Anpassung des Vertrags angemessen ist. Durch die Möglichkeit einer Erhöhung des Versicherungspakets ist so auch eine Änderung des Versicherungsumfangs zulässig. Auch werden mit Blick auf den Schutzzweck der verletzten versicherungsrechtlichen Aufklärungspflicht ersparte Versicherungsprämien in der Regel nicht als Vorteil angerechnet, so dass die c.i.c. auch hier die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung ersetzen kann. Ausnahmen wie ein nicht belangloses Eigenverschulden bis zur Grenze des Entfallens der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung sind jedoch gut denkbar, so

⁷⁸⁶ Namentlich *Canaris* und *Hohloch*, siehe oben § 2II.3.g)bb)e).

⁷⁸⁷ Namentlich *Rabich* und *Hohloch*, siehe oben unter § 2II.3.g)bb)e) und § 2II.3.g)bb)f).

⁷⁸⁸ Erfüllungshaftung, S. 83 f.

dass hier ein schmaler Anwendungsbereich für die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung verbliebe.⁷⁸⁹

Da bei vorversicherungsvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung in der Regel eine Haftung aus c.i.c. zum selben Ergebnis kommt wie die Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung, ist ihr angesichts der Kodifikation der c.i.c. durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001⁷⁹⁰ nunmehr Vorrang einzuräumen.⁷⁹¹ Die nicht gesetzlich geregelte und inzwischen auch stark angegriffene⁷⁹² versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung hat bei vorversicherungsvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung keine Spezial- oder Vorrangstellung (mehr). Der Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“ kann hiergegen nicht angeführt werden, da die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung nicht kodifiziert ist. Für eine Vorrangstellung der c.i.c. spricht auch die Aufgabe des Alles-oder-Nichts-Prinzips, das in der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung maßgeblich zum Ausdruck kommt, im geplanten VVG.⁷⁹³

h) Gesamtergebnis für vorversicherungsvertragliche Aufklärungspflichtverletzungen

In Konstellationen, in denen bislang eine Haftung des Versicherers aus der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung angenommen wurde, kommt nunmehr primär eine

⁷⁸⁹ Allerdings wird eine Anrechnung der Prämien nur dann in Betracht kommen, wenn der Versicherungsnehmer nicht (mehr) des Schutzes bedarf. Dies wird die Regel sein, wenn ihn selbst ein hoher Verantwortlichkeitsgrad an dem Fehler des Agenten zur Last fällt. In solchen Fällen wird aber die Berücksichtigung eines erheblichen Mitverschuldens auch im Rahmen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung diese entfallen lassen, siehe bereits oben unter § 2II.3.f)bb).

⁷⁹⁰ BGBl. I S. 3138-3218.

⁷⁹¹ Anders wohl *E. Lorenz*, FS Canaris, S. 757, 772, der meint, dass es „nach geltendem Recht“ – und hiermit meint er den Zustand nach der Schuldrechtsmodernisierung, aber vor dem Inkrafttreten des neuen VVG – bei der Vorrangstellung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung bleibe. Unklar, aber in der Tendenz anders auch *Riedel* in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 723, die meint, dass „soweit das VVG selbst oder anerkannte Rechtsinstitute des Versicherungsrechts eigenständige Regelungen treffen, (...) diese auch in Zukunft fort(gelten) und (...) wegen ihrer Spezialität die entsprechenden Normen des BGB“ verdrängen (S. 723). Allerdings nennt sie dann (S. 724) nur spezialgesetzliche Normen und geht auf die bekannte gewohnheitsrechtliche, nicht kodifizierte Erfüllungshaftung nicht ein. Dieses Beispiel hätte sich hier wohl aufgedrängt.

⁷⁹² Vgl. nur OLG Hamm NJW-RR 2001, S. 239, 240 (siehe noch in und bei Fn. 48 und 204) sowie Prölss/Martin-Kollhosser, § 43 Rn. 35a, b.

⁷⁹³ Vgl. den Nachweis in Fn. 59.

Haftung aus culpa in contrahendo in Betracht. Diese kommt grundsätzlich zum selben Ergebnis wie die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung.

4. Schadensersatz statt der Leistung gemäß den §§ 280 Abs. 1, 3 in Verbindung mit 281 oder §§ 280 Abs. 1, 2 in Verbindung mit 282 BGB und Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB

Im Folgenden wird eine Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung „isoliert“ untersucht, bevor eine Haftung auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 1, 3 BGB in Verbindung mit § 281 BGB oder § 280 Abs. 1, 2 BGB in Verbindung mit § 282 BGB näher und unter Abgrenzung der einzelnen Vorschriften sowie der Rechtsfolgen untersucht werden soll.

a) Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung

Bei falschen Auskünften *nach* Vertragsschluss kommt eine Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB grundsätzlich in Betracht.⁷⁹⁴ Der Nachweis des Verschuldens ist unproblematisch, da ein Verschulden des Agenten, der Erfüllungsgehilfe ist [siehe 2.a)bb)], gemäß § 278 BGB zugerechnet werden kann. Nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB besteht eine Beweislastumkehr, so dass der aufklärungspflichtige Versicherer den Beweis für das Nichtverschulden antreten muss. Problematisch ist wie bei der c.i.c. auch hier, welchen Umfang eine solche Haftung hat. Dies richtet sich nach § 249 Abs. 1 BGB, nach dem der Zustand herzustellen ist, der ohne Pflichtverletzung vorläge.

Fraglich ist, ob auch § 281 BGB oder § 282 BGB, die Schadensersatz statt der Leistung gewähren, Anwendung finden⁷⁹⁵ oder ob eine Anwendung allein von § 280 Abs. 1 BGB die richtige Anspruchsgrundlage bei Falschauskünften nach Vertragsschluss ist. Zunächst müssen die Anwendungsbereiche der Vorschriften voneinander abgegrenzt werden, um festzustellen, welche Vorschrift(en) bei einer Aufklärungspflichtverletzung, die die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung auslöst, einschlägig ist/sind [sogleich unter b)]. Dann ist die Rechtsfolge zu bestimmen [dann unter c)].

⁷⁹⁴ Siehe bereits oben bei und in Fn. 183.

⁷⁹⁵ Eine vertragliche Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB ist mangels Vorliegen nachträglicher Unmöglichkeit nicht denkbar.

b) Anwendungsbereiche der §§ 280 Abs. 1; 280 Abs. 1, 3, 281; 280 Abs. 1, 3, 282

§ 280 BGB ist seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zentrale Haftungsgrundlage und „Drehscheibe“ für Schadensersatzansprüche des Gläubigers bei Pflichtverletzungen mit Ausnahme der anfänglichen Unmöglichkeit [siehe hierzu bereits oben 2.b)]. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass nach § 280 Abs. 1, 3 BGB in Verbindung mit § 281 BGB oder § 282 BGB nur diejenigen Schäden ersatzfähig sind, die sich aus dem endgültigen Ausbleiben der geschuldeten Leistung ergeben. Sie führt an, dass der Schadensersatzanspruch aus den §§ 281-283 BGB systematisch an die Stelle der primär geschuldeten Leistung treten soll.⁷⁹⁶

§ 281 BGB regelt Sachverhalte, in denen der Schuldner die fällige Leistung nicht – sogenannte Nichtleistung oder verzögerte Leistung – oder nicht wie geschuldet – sogenannte Schlechtleistung, nicht ordnungsgemäße oder nicht vertragsgemäße Leistung – erbringt. Die Vorschrift betrifft die Verletzung leistungsbezogener Pflichten, § 282 BGB betrifft hingegen die Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB.

Fraglich ist, welche Anspruchsgrundlage bei Aufklärungspflichtverletzungen nach Vertragsschluss in den Konstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung einschlägig ist. Hierfür muss geklärt werden, ob die Aufklärungspflichtverletzung eine Verletzung einer leistungsbezogenen Haupt- oder Nebenpflicht oder eine Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten darstellt. Im ersten Fall kommt § 281 BGB, im zweiten Fall § 282 BGB zur Anwendung. § 280 Abs. 1 BGB als alleinige Anspruchsgrundlage ist dann subsidiär.

Bereits oben wurde festgestellt, dass in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung das Verletzen einer Informationspflicht mit Bezug zum Versicherungsvertrag durch den Versicherungsagenten die haftungsauslösende Pflichtverletzung ist (siehe I.4). Dies gilt für Informationspflichtverletzungen vor sowie nach Vertragsschluss. Bei der Informationspflichtverletzung nach Vertragsschluss klärt der Agent fehlerhaft über die Einstandspflicht des Versicherers bei bestimmten Risiken auf. Er verletzt eine leistungsbezogene Nebenpflicht, so dass grundsätzlich § 281 BGB Anwendung findet.

⁷⁹⁶ Vgl. nur Erman-Westermann, 12. Aufl., § 280 Rn. 15: Es läge am nächsten, „als Schadensersatz statt der Leistung dasjenige zu qualifizieren, was an Stelle der vom Schuldner nicht mehr erbrachten Leistung tritt. (...)“ und MünchKomm-Ernst, 5. Aufl. 2007, § 280 Rn. 66; St. Lorenz, NJW 2005, S. 1889, 1891 mit weiteren Nachweisen in Fn. 20. Ausführlich zur Kategorisierung des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), S. 727 ff.

Fraglich ist hingegen, ob ein Vertrag vorliegt, auf dessen Grundlage Schadensersatz *statt der Leistung* verlangt werden kann. Hierfür muss ein Vertrag vorliegen, der die gewünschte Versicherungsleistung erfasst. Zu klären ist also, ob und wie sich die Aufklärungspflichtverletzung nach Vertragsschluss auf den Inhalt des zunächst geschlossenen Vertrags auswirkt. Ändert sich durch die Aufklärungspflichtverletzung der Inhalt des Vertrags nach den Vorstellungen des Versicherungsnehmers, so ist ein Vertrag zustande gekommen, auf dessen Grundlage Schadensersatz statt der vertraglich versprochenen Leistung gewährt werden kann. Bei Falschinformationen nach Vertragsschluss ist zunächst unproblematisch ein Vertrag zustande gekommen. Die Auslegung der Willenserklärungen zum Vertragsschluss, die vor der Aufklärungspflichtverletzung ausgetauscht wurden, ergibt, dass der Vertrag ohne Schwierigkeiten zu den Bedingungen des Versicherers zustande kam.⁷⁹⁷ Durch die Falschauskunft des Versicherungsagenten über den Umfang des Versicherungsschutzes nach Vertragsschluss könnte der Vertrag konkludent geändert worden sein. Hierfür müsste ein Änderungsvertrag mit zwei Willenserklärungen nach §§ 145 ff. BGB vorliegen, was nur in seltenen Fällen gegeben sein wird. Die falschen Vorstellungen über den Umfang der Versicherung führen in der Regel nicht zu einem Antrag auf Abschluss eines neuen oder anderen Versicherungsvertrags, sondern bewirken im Nachhinein eine Fehlvorstellung, die den Abschluss eines anderen, zusätzlichen Versicherungsvertrages oder den Abschluss eines Änderungsvertrags verhindert. Liegt tatsächlich der Ausnahmefall eines Änderungsvertrags vor, so ist vorbehaltlich anderer Umstände⁷⁹⁸ auf das bereits Ausgeführte zu verweisen: Für den Änderungsvertrag liegt zunächst ein Dissens vor. Die ergänzende Vertragsauslegung ergibt, dass die Parteien aus Gründen des Schutzes beider Seiten am „Restvertrag“ und folglich zumindest am ursprünglichen Vertrag festhalten wollen [(I.5.a)].

In Fällen der Aufklärungspflichtverletzung nach Vertragsschluss ist kein Vertrag nach den Wünschen des Versicherungsnehmers zustande gekommen, der aufgrund einer Nicht- oder Schlechterfüllung zu einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung führt.

⁷⁹⁷ Hat der Agent hingegen bereits vor Vertragsschluss falsch aufgeklärt, liegt nach der ergänzenden Vertragsauslegung nur ein Vertragsschluss für den unstrittigen Teil vor; hierfür ist allerdings eine Haftung aus c.i.c. vorrangig, vgl. bei und in Fn. 183.

⁷⁹⁸ Es könnte zum Beispiel eine klare Formulierung der Neuerung bzw. Änderung in dem Antrag vorliegen, die für den Versicherer ersichtlich ist. Dann liegt keine für den Versicherer aufgrund mündlichen Zusatzes nicht ersichtliche Auswirkung auf den Antrag des Versicherungsnehmers vor.

Somit ist § 280 Abs. 1, 3 in Verbindung mit § 281 BGB nicht anzuwenden.⁷⁹⁹ Es bleibt eine Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB, der als Auffangtatbestand alle vertraglichen Pflichtverletzungen mit Ausnahme der anfänglichen Unmöglichkeit erfasst.

c) Rechtsfolge des § 280 Abs. 1 BGB

Der Umfang des Schadensersatzes nach § 280 Abs. 1 BGB ist nach den §§ 249 ff. BGB zu bemessen, so dass auch hier wie bei der c.i.c. [ausführlich unter 3.d)] für die Berechnung des Umfangs des Schadensersatzes insbesondere die Lehre vom Schutzzweck der Norm heranzuziehen ist.⁸⁰⁰

Folglich ist zu fragen, welche Rechtsfolge der Schutzzweck der verletzten Aufklärungspflicht gebietet. Bei einer Falschinformation nach Vertragsschluss verliert der Aufklärungsberechtigte die Möglichkeit zur Korrektur des Vertrags bzw. die Möglichkeit zur Kündigung und zum etwaigen Neuabschluss eines anderen, passenden Vertrags. Diese Möglichkeit muss ihm durch seinen Schadensersatzanspruch wieder eingeräumt werden. Eine geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Rechtsfolge stellt das Wahlrecht des Aufklärungsberechtigten zur Vertragsanpassung dar. Die Argumentation zum Schutzzweck von Aufklärungspflichten im Speziellen und Allgemeinen sowie zur Frage des Eingriffs in die Privatautonomie [unter 3.d)ff)c)(II)(3) und 3.d)ff)c)(III)] sind übertragbar. Ebenso übertragbar sind auch die Ausführungen zu Fragen des Mitverschuldens und der Vorteilsanrechnung [unter 3.e)].

d) Ergebnis

Eine Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB führt in Fällen einer Verletzung der Pflicht zur Aufklärung über den Umfang des Versicherungsvertrags nach Vertragsschluss zu sachgerechten, nämlich denselben Ergebnissen wie die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung. Nimmt man sogar an, dass die §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB anwendbar sind, indem man davon ausgeht, dass zuvor ein Vertrag unter Einbeziehung des vom Versicherungsnehmer gewünschten Risikos zustande kam, so hat der Versicherer Schadensersatz statt der Leistung zu leisten. Der Versicherungsnehmer wird dann so gestellt, als ob das von ihm

⁷⁹⁹ Vertritt man die gegenteilige Auffassung, so ist eine Fristsetzung nach § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich.

⁸⁰⁰ Zu anderen Grundlagen, namentlich der Adäquanztheorie, wird auf die Ausführungen im Rahmen des Kapitels zur c.i.c. verwiesen.

gewünschte Risiko einbezogen worden wäre und erhält im eingetretenen Versicherungsfall die gewünschte Versicherungsleistung.

5. Störung der Geschäftsgrundlage und Vertragsanpassung, § 313 BGB

Auch § 313 BGB bietet, wenngleich die Rechtsfolge nicht Erfüllungshaftung lautet, durch die Möglichkeit zur Vertragsanpassung eine zur versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung wirtschaftlich äquivalente Rechtsfolge. Auch die Störung der Geschäftsgrundlage ist durch die Reform des Schuldrechts erstmals kodifiziert worden und hat insgesamt Zustimmung und auch Ablehnung erfahren.⁸⁰¹ Im Folgenden werden kurz Entstehungsgeschichte, das relevante Tatbestandsmerkmal sowie die Rechtsfolgen erläutert; auch werden nochmals etwaige Lösungsmöglichkeiten von Fallgruppen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung erörtert. Für ausführliche und berechtigte Kritik an der „Kodifikation durch Lehrbuchzitat“⁸⁰² wird auf die gerade genannten Autoren verwiesen; im Rahmen dieser Arbeit sollen die Ausführungen auf das für den Vergleich zur versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung Relevante beschränkt bleiben.

⁸⁰¹ Zustimmung von MünchKomm-Roth, 5. Aufl. 2007, § 313, Rn. 2, 17 f., Eidenmüller, Jura 2001, S. 824, 831; Heinrich, FS Heldrich, S. 183, 189; Hey, FS Canaris, S. 21, 22, 26, der zu Recht sagt, dass ein Verzicht auf die Regelung auch zu Missverständnissen hätte führen können; Lorenz/Riehm, Schuldrecht, § 9 Rn. 387; Medicus, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., § 53 I 1, Rn. 857 ff. Ablehnung bzw. Kritik von Arnold in: Dauner/Lieb, Das neue Schuldrecht, § 3 Rn. 51 (S. 146); Dauner-Lieb in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 303, 321 ff. („sehr zweifelhaft“); Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, § 6 IV, S. 161 f., 167 f., 170 f.; Huber in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 31, 37 ff. („in mehrfacher Hinsicht verfehlt“); Nauen, Leistungerschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, *passim*. Vgl. zu § 313 als „Anpassungserzwingungsrecht“ Hau, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, S. 248 f. Vgl. zur prozessualen Seite des § 313 BGB nur Dauner-Lieb/Dötsch, NJW 2003, S. 921 und Schmidt-Kessel/Baldus, NJW 2002, S. 2076 und zu einer Verhandlungspflicht der Parteien Horn, Gutachten I, S. 551, 576, 633. Vgl. zur grundsätzliche(re)n Kritik an der früheren Lehre von der Geschäftsgrundlage ausführlich Flume, AT 2, 4. Aufl., § 26, S. 494 ff. Ausführlich zu den verschiedenen Theorien der Geschäftsgrundlage Chiotellis, Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen, *passim*, der 56 Theorien zählt (Vorwort und S. 29), die alleine in der Literatur vertreten wurden und zum Teil noch werden.

⁸⁰² Dauner-Lieb in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 303, 321.

a) Überblick

Das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage wird auch nach der Kodifikation als Institut zur Wahrung und Wiederherstellung vertraglicher Billigkeit verstanden.⁸⁰³ Der Rechtsgrundsatz „pacta sunt servanda“ wird zugunsten einer Vertragsanpassung oder -auflösung eingeschränkt. Früher hatte die Praxis sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite eine genaue Festlegung vermieden; nach der Kodifikation ist zumindest auf Rechtsfolgenseite eine „klare“ – angesichts der vielfältigen Möglichkeiten, die diese Rechtsfolge zulässt, kann dies nur in Anführungszeichen gesetzt werden – Anordnung getroffen. Diese Situation hat *Köhler* auf den Punkt gebracht: „Die *Stärke* der Lehre von der Geschäftsgrundlage liegt in ihrer *Schwäche*, nämlich in ihrer Unbestimmtheit, sowohl hinsichtlich des Tatbestands als auch hinsichtlich der Rechtsfolgen“⁸⁰⁴. Hieran hat sich wenig geändert.

Hauptanwendungsbereiche der Störung der Geschäftsgrundlage bleiben die Bereiche der Leistungerschwerung, der Äquivalenzstörung, der Zweckstörung sowie der einseitigen, wobei hier auch an § 119 Abs. 2 BGB zu denken ist, und gemeinsamen Motivirrtümer.⁸⁰⁵ Die Konstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung fallen in die letztgenannte Kategorie.

b) Entstehungsgeschichte⁸⁰⁶ und gesetzgeberische Intention

§ 313 BGB geht auf einen Vorschlag der ersten Schuldrechtskommission von 1991 zurück⁸⁰⁷; im Jahr 2000 war der Wegfall der Geschäftsgrundlage als § 307 des Diskussi-

⁸⁰³ Ausführlich MünchKomm-Roth, 5. Aufl. 7, § 313, Rn. 20 f.

⁸⁰⁴ *Köhler*, FS 50 Jahre BGH, Band 1, S. 295, 296.

⁸⁰⁵ Vgl. ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen nur *Nauen*, Leistungerschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, S. 39 ff., im Einzelnen: S. 40 ff. zur Leistungerschwerung, S. 42 ff. zu Äquivalenzstörungen, S. 44 ff. zu Zweckstörungen und S. 49 ff. zu Motivirrtümern.

Nauen, Leistungerschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, S. 49 ff. führt die Konstellationen des Motivirrtums ebenso wie der Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992 (S. 151) als Anwendungsfälle der Lehre von der Geschäftsgrundlage an, betont aber, dass es sich bei diesen Konstellationen eher um eine „systemkonforme Weiterbildung der Wertungen der §§ 119 ff.“ BGB (S. 50) handelt.

⁸⁰⁶ Anschaulich HKK BGB-Meyer-Pritzel, §§ 313-314, Rn. 3 ff. und *Heinrichs*, FS Heldrich, S. 183, 184 ff.

⁸⁰⁷ Ausführlich BT-Drs. 14/6040, S. 174 ff.

onsentwurfs im Gespräch⁸⁰⁸, im jetzigen § 313 BGB steht er unter dem Untertitel „Anpassung und Beendigung von Verträgen“ und trägt den amtlichen Titel der „Störung der Geschäftsgrundlage“. Die Gründe für die Kodifikation sind ähnlich derer für die Kodifikation der c. i. c.; der Gesetzgeber führt aus: „Da die Grundsätze über das Fehlen bzw. den Wegfall der Geschäftsgrundlage ein anerkanntes Rechtsinstitut darstellen und ihre Anwendung in aller Regel zu übereinstimmenden und befriedigenden Ergebnissen führt, kann als Mangel des geltenden Rechts nur das Fehlen einer allgemeinen Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch angeführt werden.“⁸⁰⁹

Mehrfach wurde wie bei der Kodifikation der c.i.c. betont, dass die in der Rechtsprechung verankerten Grundsätze nur im Gesetz niedergelegt werden sollen, eine Änderung der bestehenden Rechtslage sei allenfalls für die Rechtsfolgen, nicht für den Tatbestand der Störung der Geschäftsgrundlage bezweckt.⁸¹⁰ Zum Teil wirkt in § 313 BGB die gemeinrechtliche Lehre fort, nach der jeder Vertrag stillschweigend unter dem Vorbehalt des Fortbestands der dem Vertrag zugrunde liegenden maßgeblichen Umstände geschlossen wird – die sogenannte *clausula rebus sic stantibus*.⁸¹¹ Wirklich „neu“ sind in § 313 BGB zwei Regelungen. Erstens richtet sich die Rückabwicklung, wenn sie zulässig ist und nur wenn eine Anpassung nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist, nach § 313 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit § 346 Abs. 1 BGB (Rücktrittsrecht) und nicht mehr nach Berei-

⁸⁰⁸ Vgl. *Canaris*, Schuldrechtsreform 2002, S. 182 ff.

⁸⁰⁹ BT-Drs 14/6040, S. 175. Deutlich auch *Nauen*, Leistungserschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, S. 126 ff., 129, der angesichts der rechtsgestaltenden Wirkung der „vertragsanpassenden Tätigkeit“ eine „eindeutig formulierte und bestimmte Rechtsgrundlage“ – die er hingegen nicht von § 306 KE geleistet sieht – fordert (insbesondere S. 142). Auf Rechtsprechung und Literatur zum Wegfall der Geschäftsgrundlage vor der Reform kann somit zurückgegriffen werden, vgl. auch *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht, § 9, Rn. 387, der sogar „uneingeschränkt“ darauf zurückgreifen will; dies ist mit Vorsicht zu genießen, schließlich hat der Gesetzgeber eine klare Reihenfolge der Rechtsfolgen angeordnet, die vorher zwar im Grundsatz genauso, aber flexibler gehandhabt wurden, siehe gleich unter § 2II.5.a).

⁸¹⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 175: rechte Spalte, dritter Absatz; linke Spalte, zweiter Absatz; S. 176: linke Spalte, zweiter und vierter Absatz.

⁸¹¹ Diese Lehre dringt im BGB noch an weiteren Stellen durch, siehe die §§ 321, 519, 528, 530, 610 a. F., 626, 723, 775 BGB. Sie ist bei Erlass des BGB jedoch nicht als allgemeine Lehre anerkannt worden, vgl. *HK BGB-Schulze*, 5. Aufl., § 313 Rn. 1, *MünchKomm-Roth*, 5. Aufl. 2007, § 313 Rn. 42 und *Heinrichs*, FS Heldrich, S. 183.

cherungsrecht⁸¹². Zweitens besteht nach § 313 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Anpassung des Vertrags, es tritt keine Änderung kraft Gesetzes mehr ein.⁸¹³

c) Anwendung in versicherungsrechtlichen Fallgestaltungen

§ 313 BGB kann im Versicherungsrecht problemlos angewendet werden.⁸¹⁴ Allerdings gibt es unter anderem für die Prämienanpassung ohne Änderung des Umfangs des Versicherungsschutzes vorrangig zu beachtende Vorschriften, zum Beispiel die §§ 172 Abs. 1, 178g Abs. 2 VVG a. F. und §§ 163, 203 VVG für Lebens- und Krankenversicherungen⁸¹⁵ oder ganz allgemein Befugnisse des Versicherers in Allgemeinen Versicherungsbedingungen⁸¹⁶, wenn diese Vertragsbestandteil wurden.

d) Tatbestand des § 313 Abs. 2 BGB

In Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung kommt auch eine Lösung über den Tatbestand der Störung der Geschäftsgrundlage, nämlich § 313 Abs. 2 BGB, in Betracht [siehe bereits I.5.f)]. Tatbestandlich relevant ist nur die Frage, ob die unrichtige Vorstellung, die die Versicherungsnehmer durch die Auskunft des Agenten gewonnen hat, auch zur Geschäftsgrundlage geworden ist.

Der Begriff der Geschäftsgrundlage war vor der Kodifikation umstritten; die frühere Rechtsprechung hatte ein subjektives Verständnis zugrunde gelegt, später wurde ein objektiver Begriff der Geschäftsgrundlage⁸¹⁷ vertreten. Im jetzigen § 313 Abs. 2 BGB ist

⁸¹² Vgl. nur BGHZ 109, 139, 144.

⁸¹³ Vgl. noch früher BGHZ 91, 32, 36; 133, 271, 296. Andere Ansicht vertreten bei BGH NJW 1952, S. 137; BGH WM 1974, S. 831, 833.

⁸¹⁴ Vgl. OLG Celle VersR 2004, S. 632 und OLG Hamm VersR 2006, S. 393.

⁸¹⁵ Allerdings hat der Versicherungsnehmer dann ein Kündigungsrecht gemäß § 31 VVG a. F. bzw. § 40 VVG. Weder § 31 VVG a. F. noch § 40 VVG gelten bei Prämienanpassungen nach § 313 BGB, da es sich bei der Anpassung nach § 313 BGB nicht um die Anwendung einer Anpassungsklausel seitens des Versicherers handelt.

⁸¹⁶ Näheres hierzu bei *E. Lorenz*, VersR 2001, S. 1146; *Wandt*, Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen, S. 107 ff.; *ders.*, VersR 2001, S. 1449.

⁸¹⁷ Die objektive Geschäftsgrundlage ist ein von *Larenz* entwickelter Begriff, den er im Lehrbuch Schuldrecht I, § 21 II, S. 320 ff. wie folgt beschreibt: „Jeder Vertrag wird von den Beteiligten, sie mögen sich dessen im Einzelnen bewußt sein oder nicht, unter den Voraussetzungen des Vorliegens und des Fortbestehens bestimmter Verhältnisse abgeschlossen, ohne die er den ihm zgedachten Zweck nicht erfüllen, die Intentionen der Parteien nicht verwirklichen kann.“ (S. 321).

nunmehr ausdrücklich festgelegt, dass auch subjektive Merkmale Teil des Begriffs der Geschäftsgrundlage geworden sind.⁸¹⁸ Grundsätzlich gilt, dass die wesentlichen Vorstellungen bei Vertragsschluss bestanden haben und sich auf das abzuschließende Geschäft, insbesondere auf dessen Gegenstand, Voraussetzungen und Zweck beziehen müssen. Sie müssen zur Grundlage geworden sein und dürfen somit nicht zum Vertragsinhalt selbst gehören.⁸¹⁹ Diese Grundlage des Vertrags muss für beide Parteien bestehen; sofern sie nur bei einer Partei bestehen, müssen sie der anderen erkennbar und von ihr nicht beanstandet worden sein.⁸²⁰ Einseitige Erwartungen einer Partei, die nicht zur gemeinsamen Vertragsgrundlage geworden sind, genügen nicht.⁸²¹

Im „Sturmflutfall“⁸²² wollte der Hausbesitzer die Versicherung nur abschließen, wenn auch Deckung für Sturmflutschäden bestand; die Einbeziehung dieses Risikos war ausdrücklich Bedingung für einen Vertragsschluss. Auch in den anderen Fällen, maßgeblich den Europaklauselfällen⁸²³, kam ein entsprechender Wille des Versicherungsnehmers zumindest konkludent zum Ausdruck. Somit bestanden die Vorstellungen bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und bezogen sich auf den Gegenstand des Geschäfts. Fraglich ist aber, ob die Vorstellungen bereits *Vertragsinhalt* und nicht nur Grundlage sind. Abzugrenzen sind Vertragsinhalt und Vertragsgrundlage durch (notfalls ergänzende) Auslegung. *Vertragsinhalt* ist die in den Willenserklärungen enthaltene, notfalls durch ergänzende Auslegung ermittelte, Information.

Der schriftliche Antrag des Versicherungsnehmers auf Abschluss eines Versicherungsvertrags enthält den gegenüber dem Agenten geäußerten und dem Versicherer gemäß den §§ 166, 164 Abs. 3 BGB zugegangenen mündlichen Zusatz, ein bestimmtes Risiko x solle auch entgegen den Allgemeinen Versicherungsbedingungen gedeckt sein, anderen-

⁸¹⁸ Vgl. nur HK BGB-*Schulze*, 5. Aufl., § 313 Rn. 2; MünchKomm-*Roth*, 5. Aufl. 2007, § 313 Rn. 43 ff.; Palandt-*Grüneberg*, 68. Aufl., § 313 Rn. 4 am Ende.

⁸¹⁹ Vgl. zur Unterscheidung aus neuerer Zeit BGH NJW-RR 2004, S. 554. Vgl. außerdem BGHZ 90, 69, 74 und BGH NJW 1983, S. 2034, 2036; BGH NJW-RR 1995, S. 853, 854, jeweils mit weiteren Nachweisen. Ausführlich auch MünchKomm-*Roth*, 5. Aufl. 2007, § 313 Rn. 36 mit weiteren Nachweisen.

⁸²⁰ Vgl. hierzu nur BGHZ 135, 333, 338; BGH NJW 2002, S. 3697, jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

⁸²¹ So oder ähnlich in jedem Kommentar und jedem Lehrbuch zu finden, zum Beispiel HK BGB-*Schulze*, 5. Aufl., § 313 Rn. 18; Palandt-*Grüneberg*, 68. Aufl., § 313 Rn. 38; Nachweise finden sich auch zahlreich unter anderem schon bei MünchKomm-*Roth*, 4. Aufl. 2001, § 242 Rn. 600, in der 5. Aufl. *Roth* bei § 313, Rn. 56 und *Heinrich*, FS Heldrich, S. 183, 185.

⁸²² RGZ 86, 128, Näheres unter § 2I.1.b).

⁸²³ Siehe oben die Nachweise in Fn. 39 sowie bei Fn. 119.

falls komme kein Versicherungsvertrag zustande.⁸²⁴ Auskünfte des Agenten werden durch die Verknüpfung mit der Bedingung des Zustandekommens des Vertrags zum Inhalt des Antrags des Versicherungsnehmers und so zu Vertragsinhalt.

Somit sind die durch die Falschauskünfte hervorgerufenen bzw. bestätigten Vorstellungen des Versicherungsnehmers nicht „nur“ Grundlage des Geschäfts, sondern aufgrund der Einbeziehung in den Antrag des Versicherungsnehmers Inhalt des Antrags. Ein Wegfall der subjektiven Geschäftsgrundlage liegt hier somit tatbestandlich nicht vor.

Dieses Ergebnis ist durch die oben erfolgte Einordnung von Antrag und Annahme als nicht übereinstimmende Willenserklärungen [siehe I.5.a)aa)] zwingend: Es liegt kein wirksamer Vertragsschluss zu dem vom Versicherungsnehmer gewünschten Umfang vor; die ergänzende Vertragsauslegung ergab, dass nur der Restvertrag zum Schutze beider Parteien erhalten bleiben sollte. Dieses Ergebnis würde konterkariert, wenn sich der Versicherungsnehmer nun zusätzlich auf § 313 BGB stützen, so die fehlende Übereinstimmung für das gewünschte Risiko umgehen und deren Einbeziehung über die ergänzende Vertragsauslegung hinaus erreichen könnte.⁸²⁵

Folgt man dieser Ansicht nicht und nimmt folglich an, dass die durch die Falschauskünfte hervorgerufenen bzw. bestätigten Vorstellungen des Versicherungsnehmers Geschäftsgrundlage sind⁸²⁶, so liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 313 Abs. 2 BGB

⁸²⁴ Vgl. im Einzelnen die Ausführungen oben unter § 2I.5.a)aa).

⁸²⁵ Die Ablehnung des Tatbestands des § 313 Abs. 2 BGB ist demnach in den Fällen, in denen die Vorstellung des Versicherungsnehmers *nicht* Teil der Willenserklärung und somit *nicht* Teil des Vertragsinhalts wird, auch nicht zwingend. Vgl. zu solchen Fällen die Erläuterungen in Fn. 164.

Das Ergebnis entspricht den Vorstellungen derer, die den nicht von §§ 119 ff. BGB erfassten Motivirrtümern mit klassischen Methoden der Zivilrechtsdogmatik begegnen und so zu sachgerechten Ergebnissen kommen, vgl. *Flume*, AT 2, 4. Aufl., § 26, 4 a, b, S. 501 ff., 507, 526 f.; *Medicus*, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., § 48 III 3, Rn. 758; *Nauen*, Leistungerschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, S. 52; *Pawlowski*, JZ 1997, S. 741, 746; *Wieling*, Jura 1985, S. 505, 509, 511. Vgl. auch *Littbarski*, JZ 1981, S. 8 ff.; *Medicus*, FS Flume, Band 1, S. 629 ff.; *C. Müller*, JZ 1981, S. 337 f. und grundlegend *Nicklisch*, BB 1980, S. 949 ff., die den Tatbestand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage durch Rückführung verschiedener Fallgruppen auf speziellere Rechtsinstitute einengen und klarer gestalten wollen. Vgl. zur Auslegung des Vertragsinhalts mit Bezug zu § 313 BGB treffend auch *MünchKomm-Roth*, 5. Aufl. 2007, § 313 Rn. 131: „In der Praxis werden die Übergänge (...) umso fließender, je mehr bereits in die (,ergänzende’) Vertragsauslegung Wertungsmomente eingehen“.

⁸²⁶ Dies ist nur möglich, indem auch bei der ergänzenden Vertragsauslegung ein anderes Ergebnis vertreten wird.

vor.⁸²⁷ Für diese Ansicht können wohl Praktikabilitätserwägungen sprechen; § 313 BGB bietet angesichts der nachfolgend [e]) näher ausgeführten, an Variationen vielfältigen Rechtsfolge der Vertragsanpassung eine adäquate und der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung ähnliche, hingegen weit flexiblere Lösung. Da auch diese Lösung einigen „Charme“ hat, folgen Ausführungen zur Rechtsfolge der Vertragsanpassung.

e) Rechtsfolge Vertragsanpassung

Als Rechtsfolge der Vertragsanpassung kamen und kommen viele Modalitäten in Betracht, zum Beispiel die Herabsetzung oder Aufhebung einer Verbindlichkeit⁸²⁸, Ersatz von Aufwendungen für eine zwecklos gewordene Leistung⁸²⁹, Aufhebung der Käuferpflichten und Begründung einer Ersatzpflicht für einen Teil des dem Verkäufer entgangenen Gewinns⁸³⁰, Stundung⁸³¹, Einräumung eines Ausgleichsanspruchs⁸³², Anpassung der Zahlung an die rechtliche Grundlage⁸³³ oder hälftige Teilung eines Risikos⁸³⁴. Sogar eine partielle Neugestaltung des Vertrags mit veränderten Leistungspflichten ist teils vorgenommen worden⁸³⁵. Es scheint fast alles an schuldrechtlichen Instrumentarien zur Herstellung der Vertragsgerechtigkeit zur Verfügung zu stehen.⁸³⁶

⁸²⁷ Die Parteien und insbesondere der Versicherungsnehmer hätten sich dann nicht oder zumindest nicht zu diesen Bedingungen auf einen Vertragsschluss eingelassen. Davon ist auch auszugehen, wenn die Einbeziehung des gewünschten Risikos nicht zwingende und alleinige Voraussetzung für einen Vertragsschluss gewesen wäre.

⁸²⁸ Vgl. BGH NJW 1958, S. 758, BGH WM 1971, S. 276, 277, BGHZ 132, 328, 332.

⁸²⁹ Vgl. BGH LM § 242 (Bb) Nr. 20 (Serie 1950-1985).

⁸³⁰ Vgl. BGH NJW 1992, S. 2282, 2283; OLG Frankfurt, MDR 1974, S. 401, 402.

⁸³¹ Vgl. OGHZ 1, 62, 69, 71 f.

⁸³² Vgl. BGH NJW 1958, S. 906 und BGH NJW 1962, S. 29, 30.

⁸³³ Vgl. BGHZ 25, 390, 392.

⁸³⁴ Vgl. BGHZ 109, 224, 229; BGH NJW 1984, S. 1746, 1748; BGH NJW 2002, S. 3234, 3237, BGH WM 1995, S. 2069, 2073.

⁸³⁵ Vgl. BGH NJW 1954, S. 1323: Lieferung von Wechsel- statt Gleichstrom; OLG Celle, Nds RPfl 1965, S. 221: Zuweisung einer anderen statt der bisher genutzten Wohnung. Zahlreiche der eben genannten Fälle (und viele mehr) finden sich mit oft ausführlicher Besprechung bei *Nauen*, Leistungserschwerung und Zweckvereitelung, S. 97 ff., passim. Ein ausführlicher Überblick findet sich auch bei *Soergel-Teichmann*, 12. Aufl., § 242, Rn. 267 ff.

⁸³⁶ Vgl. nur die große Anzahl unterschiedlichster Fälle bei LM BGB Serie 1986-2002 zu § 242 (Bb) (Band 3). *Flume*, AT 2, 4. Aufl., § 26 7, S. 526 f. spricht von einer „Versuchung für den Richter, an die Stelle des Rechts und der durch das Recht bestimmten Risikoverteilung sein eigenes Billigkeitsdenken zu setzen“.

Grundsätzlich gilt allerdings im Bürgerlichen Recht und somit auch für die Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, dass die richterliche Gestaltung nicht an die Stelle der parteibestimmten Vereinbarungen treten darf; das Selbstbestimmungsrecht der Parteien muss beachtet werden.⁸³⁷ Deshalb darf der Schuldner nicht zu Anstrengungen verpflichtet werden, zu denen er sich gerade nicht verpflichtet hat⁸³⁸; dem Gläubiger darf nichts aufgedrängt werden, wozu er sich nicht oder so nicht verpflichtet hat. Dass diese Grundsätze häufig bei der näheren Ausdifferenzierung der Vertragsanpassung kaum oder gar nicht⁸³⁹ beachtet werden, liegt in der Natur der Sache. Die Grenzen zwischen „gerade noch verpflichtet“ und „schon nicht mehr verpflichtet“ sind fließend.

Wie diesem Grundsatz in Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung begegnet werden kann, ist zu klären [sogleich aa)]. Zu klären ist auch, ob einer Vertragsanpassung die für den maßgeblichen Zeitabschnitt zum Teil schon erfüllten Hauptleistungspflichten beider Parteien entgegenstehen [bb)]. Fraglich ist auch, ob die Vertragsanpassung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (zu-)rückwirken kann [cc)]. Des Weiteren trifft das Versicherungsrecht für Fälle, in denen der Versicherungsnehmer oder beide Parteien vom Eintritt des Versicherungsfalls wissen, eine Regelung in § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG. Dieser sieht Leistungsfreiheit des Versicherers vor. Es bleibt also noch zu überprüfen, ob und inwieweit § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG Geltung erlangen kann und einer rückwirkenden Vertragsanpassung entgegensteht [unter dd)].

Vgl. auch MünchKomm-Roth, 5. Aufl. 2007, § 313 Rn. 103: „flexible Rechtsfolgenbestimmung iS eines optimalen Interessenausgleichs“.

⁸³⁷ Vgl. nur Flume, AT 2, 4. Aufl., § 26 7, S. 528. Vgl. aber auch MünchKomm-Roth, 5. Aufl. 2007, § 313 Rn. 38 ff., der angesichts der „Begrenztheit privatautonomer Regelungskapazität“ (Rn. 38) unter Berücksichtigung von ökonomischer Analyse und Risikoforschung eine „richterliche Vertragshilfe“ (Rn. 38) auch dann für zulässig hält, wenn die Parteien eine „autonome Risikoverteilung vorzunehmen glauben oder beabsichtigen“ (Rn. 39).

⁸³⁸ Dieses Prinzip wird nach Meinung einiger auch im Rahmen der Nacherfüllung bei Stückschulden nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB verletzt. Vgl. dazu einerseits *Canaris*, JZ 2003, S. 1156, der die Nachlieferung bei Stückschulden für möglich hält und andererseits *Ackermann*, JZ 2003, S. 1154. Vermittelnd *Pammler*, NJW 2003, S. 1992, der eine Nachlieferungspflicht auf vertretbare Sachen beschränken will. Aus der Rechtsprechung LG Ellwangen, NJW 2003, S. 517, die *Pammler* folgt.

⁸³⁹ Ausdrücklich BGH JZ 1952, S. 145, 146 („Volkswagen“) mit kritischer Anmerkung *Kegel*, JZ 1952, S. 147. Die Gerichte seien „befugt, weitgehend rechtsgestaltend“ in das Vertragsverhältnis einzugreifen; die Vertragspflichten könnten „rechtsgestaltend sehr erheblich geändert werden“.

aa) Verpflichtungsinhalt in Konstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung

Gerade in den Konstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung ist problematisch, dass der Versicherer in einigen Fällen konkret eine Deckung des gewünschten Risikos ablehnte bzw. bei ordnungsgemäßer Nachfrage durch den Agenten abgelehnt hätte. Damit kommt klar der Wille zum Ausdruck, sich im Hinblick auf das gewünschte Risiko nicht binden zu wollen. Eine Vertragsanpassung ist in diesen Fällen überaus fraglich, da die Grenze der Vertragsanpassung das Selbstbestimmungsrecht der Parteien ist. In diesem Zusammenhang sind allerdings zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden. Hat der Versicherer den Einbeziehung des Risikos unter Hinweis, zu einem anderen Tarif das Risiko gerne decken zu wollen, ausdrücklich abgelehnt und hat der Agent diese Ablehnung nicht zutreffend weitergegeben, kann er sich nicht darauf berufen, sich *grundsätzlich* nicht binden zu wollen. Er wird in diesem Fall nicht zu etwas verpflichtet, wozu er grundsätzlich nicht bereit gewesen wäre. Folglich steht einer Vertragsanpassung die Selbstbestimmung des Vertragspartners nicht entgegen. Diesem Fall steht der Fall gleich, in dem der Versicherer, wäre er durch den Agenten informiert worden, die Einbeziehung des Risikos abgelehnt und auf einen anderen Tarif verwiesen hätte. Auch hier kann sich der Versicherer nicht auf die grundsätzliche Ablehnung eines Vertragsschlusses berufen. Lehnt er hingegen ab, weil er unter keinen Umständen bereit ist, dieses Risiko überhaupt zu versichern, so würde er durch die Vertragsanpassung gezwungen, sich zu etwas zu verpflichten, wozu er sich nicht hätte verpflichten wollen. Hier ist eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB nicht zulässig, da die Grenzen der Privatautonomie bei einer Anpassung überschritten wären. Diese Fälle sind in einer Fallprüfung wohl bei der Frage der Unzumutbarkeit für den Versicherer zu erörtern, der sich als Folge davon auf § 313 Abs. 3 BGB berufen kann [siehe **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**].

bb) Möglichkeit der Anpassung trotz (beidseitiger) Erfüllung?

Fraglich ist auch, ob eine Vertragsanpassung nicht (mehr?) in Betracht kommt, weil beide Seiten ihre Hauptleistungspflichten für den Zeitabschnitt, in dem der „Versicherungsfall“ eintrat, bereits erfüllt haben. Einen festen, gesetzlich niedergelegten Grundsatz oder ein Prinzip, dass § 313 BGB keine Anwendung mehr findet, wenn der Vertrag bereits erfüllt

wurde, gibt es nicht.⁸⁴⁰ Regelmäßig kommt im Rahmen von § 313 BGB eine Anpassung des Vertrags allerdings nur für noch nicht abgewickelte Vertragsverhältnisse und für die Zukunft in Frage. Nach der Vertragsabwicklung vertrauen regelmäßig beide Seiten mehr darauf, die einmal ausgetauschte Leistung behalten zu dürfen, als vor Vertragsabwicklung, so dass ein Zugriff auf den bereits vollständig abgewickelten Vertrag wohl aus Gründen der Interessenabwägung zumeist ausgeschlossen ist.⁸⁴¹ In den Fällen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung haben sowohl Versicherungsnehmer als auch Versicherer durch Prämienzahlung und Risikotragung ihre Hauptleistungspflichten für den vergangenen Zeitabschnitt erfüllt. Selbst wenn man die Zahlung bei Eintritt des Versicherungsfalls nur als Folge und somit Teil der Risikotragung ansieht, wird man eine Anpassung nicht mit dem Argument ablehnen können, es liege bereits eine vollständige und *abgeschlossene* Leistung des Versicherers und somit Erfüllung vor. Somit steht einer Vertragsanpassung die Erfüllung der Hauptleistungspflichten für den Versicherungszeitraum nicht entgegen.

cc) Wirksamwerden der Rechtsfolge⁸⁴²

Fraglich ist auch, zu welchem Zeitpunkt die Vertragsanpassung wirksam wird bzw. werden muss. Für eine Entsprechung der Rechtsfolgen der Vertragsanpassung nach § 313 BGB und der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung muss die Vertragsanpassung nach § 313 BGB jedenfalls auf den Zeitpunkt *vor* Eintritt der Realisierung des Risikos zurückwirken, um für das realisierte Risiko eine Deckung durch den Versicherungsvertrag zu erreichen. Eine Vertragsanpassung mit Wirkung *ex nunc* oder *pro futuro* reicht nicht aus.

⁸⁴⁰ Vgl. BGH LM § 242 (Bb) Nr. 18 (Serie 1950-1985); Soergel-Teichmann, 12. Aufl., § 242 Rn. 264 mit weiteren Nachweisen in Fn. 6.

⁸⁴¹ Vgl. BGH NJW 1983, S. 2143, 2144: Keine Rückforderung einer bereits bezahlten Vertragsstrafe, wenn nach Zahlung für eine Unterlassungsverpflichtung ein Wegfall der Geschäftsgrundlage geltend gemacht wird. Gegenbeispiele werden im Urteil als „Ausnahme“ (BGHZ 131, 209, 216) bezeichnet. Solche Ausnahmefälle sind bei Unzumutbarkeit denkbar, beispielsweise bei Zuwendungen unter Ehegatten oder Ähnlichem. Vgl. aus der Rechtsprechung hierzu ausführlich BGHZ 131, 209, 216: Ungewöhnliche Wertsteigerung zuvor von der LPG genutzten Landes; Wegfall der Geschäftsgrundlage wurde im Ergebnis aber abgelehnt; BGH NJW 1989, S. 1990, 1991 und BGH NJW 1990, S. 709 ff.: Jeweils Rückzahlung empfangener Unterhaltsleistungen bei nachträglich bewilligter Rente.

⁸⁴² Allgemein hierzu Roth, FS Krejci, Band 2, S. 1251, 1260.

Fraglich ist aber, ob eine Vertragsanpassung mit Rückwirkung überhaupt zulässig ist.⁸⁴³ Der Wortlaut des § 313 BGB gibt hierzu keine ausdrückliche Auskunft; die Vertragsanpassung kann allerdings nur „verlangt werden, *soweit* einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls (...) das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht *zugemutet* werden kann.“ (Absatz 1; *Herv. v. Verf.*). Möglicherweise können die Rechtsfolgenregelungen des § 313 Abs. 1 BGB und des § 313 Abs. 2 Satz 2 BGB für die Vertragsanpassung fruchtbar gemacht werden. § 313 Abs. 3 BGB gibt für eine Vertragsauflösung durch Rücktritt die Anwendung des § 346 BGB vor. Diese wirkt auf den Zeitpunkt des Leistungsempfangs zurück, indem § 346 Abs. 1 BGB die Herausgabe der gezogenen Nutzungen anordnet. Bei Dauerschuldverhältnissen tritt an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur Kündigung (§ 313 Abs. 2 Satz 2 BGB). Eine Kündigung wirkt ab Zugang der Kündigungserklärung und bewirkt in Abgrenzung zum Rücktritt eine Änderung des zukünftigen Verhältnisses und keine Rückabwicklung. Systematisch könnte man hieraus schließen, dass bei einer Anpassung eines Vertrags mit einmaligem Leistungsaustausch diese analog der Rücktrittsregelung des § 346 Abs. 1 BGB auch Rückwirkung in Form von Rückabwicklung und Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands entfalten darf. Handelt es sich hingegen um die Vertragsanpassung eines Dauerschuldverhältnisses, so darf diese Anpassung analog den Regeln der Kündigung und folglich mit Wirkung ab Zugang der Erklärung und ohne Rückwirkung nur pro futuro wirken.

Dagegen spricht, dass gerade die Vertragsanpassung im Gegensatz zu den starren Formen des Rücktritts und der Kündigung flexible und vielfältige Varianten bietet und eine zeitliche Einengung diesen Spielraum stark verkürzen würde. Teleologisch und nach dem Wortlaut des § 313 BGB ist eine solch strenge Verkürzung auch nicht nötig. Ob und in welcher Form eine Vertragsanpassung gewährt wird, hängt von der Interessenabwägung anhand der Umstände des Einzelfalls ab. Wenn die Interessenabwägung es gebietet, eine Rückwirkung einzelner oder aller Anpassungsmodalitäten vorzunehmen, so ist dies „insoweit“ auch zulässig.⁸⁴⁴

⁸⁴³ Zur ebenfalls nahe liegenden Frage, ob sie mit speziellem Versicherungsrecht, § 2 VVG, kollidiert, sogleich § 2II.5.e)dd).

⁸⁴⁴ Vgl. ausführlich *Köhler*, FS Steindorff, S. 611, 618, 640 (noch zum Stand vor Kodifizierung der Störung der Geschäftsgrundlage). Zum Ganzen ähnlich MünchKomm-*Roth*, 5. Aufl. 2007, § 313 Rn. 74 ff, insbesondere Rn. 56 f. Strenger wohl *Nauen*, Leistungserschwerung und Zweckvereitelung, S. 130 ff., der sich trotz begrifflicher Unklarheiten nur für eine Zukunftswirkung (im Regelfall) ausspricht.

Insgesamt steht einer Vertragsanpassung nach § 313 BGB kein generelles Rückwirkungsverbot entgegen. Ob eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB inhaltlich tatsächlich der Rechtsfolge der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung entspricht, ist eine Frage des Einzelfalls; vgl. zum Allgemeinen nur oben [**Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**].

dd) Widerspruch zu § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG

Fraglich ist, ob der Annahme eines Anspruchs auf Vertragsanpassung aus § 313 Abs. 2 BGB in Fallkonstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG entgegensteht. Eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 2 BGB führt bei entsprechender Interessenabwägung nicht nur zum zukünftigen, sondern auch zur rückwirkenden Einbeziehung eines bereits *eingetretenen* Risikos [siehe oben cc)]. § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG legt hingegen für den Fall der *Kenntnis vom Eintritt* des Versicherungsfalls bei Schließung des Vertrags Leistungsfreiheit des Versicherers fest. Dies gilt nicht nur für den Fall, dass der Versicherungsnehmer, nicht aber der Versicherer Kenntnis vom Eintritt des Versicherungsfalls erlangt hat, sondern auch für den Fall der Kenntnis beider Parteien.⁸⁴⁵ § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG ist Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens und stützt sich darauf, dass dem Versicherungsvertrag ein Element der Ungewissheit des Eintritts des Versicherungsfalls innewohnt. Fraglich ist folglich, ob eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB überhaupt möglich ist, wenn ein Risiko einbezogen werden soll, das sich bekanntermaßen schon realisiert hat.

Inhaltlich ist die Vertragsanpassung nach § 313 BGB an die gesetzlichen Schranken gebunden, die den Parteien schon bei der Vertragsgestaltung gesetzt sind. Eine gesetzeswidrige Anpassung des Vertrags kann somit auch nicht nach dem Recht der Störung der Geschäftsgrundlage getätigt werden.⁸⁴⁶ Einige vertreten wohl deshalb, dass die Regelungen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage neben § 2 VVG keine Anwendung

⁸⁴⁵ Vgl. OLG Köln VersR 1966, S. 868, 870; OLG Hamm VersR 1968, S. 838, 839; OLG Nürnberg VersR 1975, S. 228. OLG Düsseldorf VersR 1995, S. 460, 461; Ebenso OLG Stuttgart NJW-RR 1999, S. 248, 249 (im Ergebnis im konkreten Fall mangels Zurechnung der Kenntnis des Agenten abgelehnt). Weitere Nachweise bei Prölss/Martin-Prölss, § 2 Rn. 11.

⁸⁴⁶ Vgl. MünchKomm-Roth, 5. Aufl. 2007, § 313 Rn. 114 f.

finden.⁸⁴⁷ Allerdings ist hier mit Blick auf die Kenntnis beider Parteien anzunehmen, dass § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG wirksam abbedungen ist.⁸⁴⁸

Somit steht einer Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 2 BGB kein allgemeiner Rechtsgedanke aus § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG entgegen. Dieser wird im Rahmen der Anpassungsvereinbarung zwischen den Parteien wirksam abbedungen.

ee) Zwischenergebnis

Bei den verschiedenen Anpassungsmodalitäten des § 313 BGB besteht für Konstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung keine Beschränkung wegen bereits erfüllter Hauptleistungspflichten oder einer Rückwirkung. Bei beiden Punkten ist allerdings die Zumutbarkeit zu hinterfragen sowie eine Interessenabwägung anhand der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Auch § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG steht einer Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 2 BGB nicht entgegen, da er zwischen den Parteien wirksam abbedungen wird.

Insbesondere zu prüfen ist hingegen der Inhalt der ursprünglichen Verpflichtung. Wollte der Versicherer sich unter keinen Umständen zur Deckung des vom Versicherungsnehmer gewünschten Risikos verpflichten, so kann eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB die Verpflichtung des Versicherers nicht dahingehend modifizieren. In diesen Fällen findet § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB Anwendung.

f) Vergleich zwischen der Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung und § 313 BGB

Nimmt man an, dass der Tatbestand des § 313 Abs. 2 BGB in einigen Konstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung gegeben ist und kommt man unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls dann zu dem Ergebnis, dass eine rückwirkende Vertragsanpassung mit Einbeziehung des vom Versicherungsnehmer gewünschten Risikos, aber ohne Prämienerrhöhung dem Versicherer zumutbar ist, so führen § 313 Abs. 2

⁸⁴⁷ Vgl. KG VersR 1952, S. 124. Zustimmung: Prölss/Martin-Prölss, § 2 Rn. 15 am Ende.

⁸⁴⁸ Vgl. BGHZ 84, 268, 277 ff. = VersR 1982, S. 841, 843 unter Aufgabe von BGH VersR 1979, S. 709; BGHZ 111, 29, 32 f. = VersR 1990, S. 618. Vgl. auch OLG Düsseldorf VersR 1995, S. 460, 461 und VersR 2000, S. 1537, 1538 und allgemein Prölss/Martin-Prölss, § 2 Rn. 18 mit weiteren Nachweisen sowie *Wandt*, Versicherungsvertragsrecht, 4. Aufl., Rn. 446. Anders zuvor noch OLG Köln VersR 1966, S. 868; 1975, S. 725 sowie OLG Nürnberg VersR 1975, S. 228; weitere Nachweise zu dieser Ansicht ebenfalls bei Prölss/Martin-Prölss, aaO.

BGB und die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung zum selben Ergebnis. Fraglich ist aber, ob die Anwendung der letzteren nicht aus beweisrechtlichen Gründen für den Versicherungsnehmer günstiger ist.

Bei Geltendmachung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung hat der Versicherungsnehmer die Pflichtverletzung sowie den Inhalt seines Antrags mit mündlichen Zusätzen darzulegen und zu beweisen. Bei Geltendmachung des § 313 BGB sind die eigene Fehlvorstellung sowie die Umstände, die zur Unzumutbarkeit des Vertrags führen, darzulegen. Außerdem muss der Versicherungsnehmer auch die Umstände, aus denen sich der Eingriff in die vorliegende Risikoverteilung ergibt, darlegen. Er muss folglich alle Punkte darlegen, die für ihn günstig sind. Darunter fallen hauptsächlich die Pflichtverletzung sowie das Verschulden des Versicherers bzw. des Agenten. Eklatante beweisrechtliche Unterschiede, die eine Berufung auf die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung oder auf § 313 BGB günstiger erscheinen lassen, liegen somit nicht vor.

§ 254 BGB findet im Rahmen von § 313 BGB keine Anwendung. Ein etwaiges Mitverschulden des Versicherungsnehmers wird jedoch bei der Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls in Anrechnung gebracht. Zur Frage der Günstigkeit oder Ungünstigkeit der Berücksichtigung *geringeren* Mitverschuldens kann jedoch keine generelle Entscheidung getroffen werden [ausführlich 2.f)bb)].

Angesichts der oben befürworteten Pflicht zur Unterbreitung eines angemessenen neuen Vertragsangebots sowie der häufig betonten Flexibilität der Vertragsanpassung als richterliches Instrument und der damit einhergehenden Berücksichtigung der Interessen des Versicherers ist die Anwendung des § 313 BGB für den Versicherungsnehmer weniger günstig als die Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung, die das ehemalige Alles-oder-Nichts-Prinzip des Privatversicherungsrechts widerspiegelt. Führt schon die Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung zum „Nichts“, so wird auch eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 2 BGB zumindest bei der Interessenabwägung und auch an der Frage der Zumutbarkeit für den Versicherer scheitern, wenn letztere nicht schon deswegen abgelehnt wird, weil die Vorstellungen des Versicherungsnehmers nicht Geschäftsgrundlage geworden sind. Hat der Versicherungsnehmer die Fehlvorstellung zum Großteil selbst verschuldet, so wird ihm ein Festhalten am Vertrag in der Regel zumutbar sein. Der Versicherungsnehmer hat bei Anwendung des § 313 Abs. 2 BGB wenig Hoffnung auf „alles“, es besteht aber eine höhere Wahrscheinlichkeit als bei der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung, dass ihm der Anspruch auf Anpassung angesichts von Interessenabwägung und Zumutbarkeitsklausel „nichts“ nutzt.

g) Ergebnis

Nimmt man entgegen der hier vertretenen Ansicht an, dass Tatbestand und Rechtsfolge des § 313 BGB sich als Lösung für einige Konstellationen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung anbieten, so ist für den Versicherungsnehmer eine Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung aufgrund der geringen Wahrscheinlichkeit, genauso gestellt zu werden wie bei Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung, und der hohen Wahrscheinlichkeit, schlechter gestellt zu werden, ungünstiger als die Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung.

III. Zusammenführung

Die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung findet bei allen fehlerhaften Auskünften des Agenten, die Inhalt und Umfang des Versicherungsvertrags betreffen und vor Eintritt des Versicherungsfalls gegeben werden, Anwendung.⁸⁴⁹ Nachdem alle in Betracht kommenden Rechtsinstitute mit Blick auf die Fallgruppen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung erörtert sind, bleibt Folgendes festzuhalten: Zivilrechtlich gesehen liegt bei einer Aufklärungspflichtverletzung vor Vertragsschluss, die die Vorstellung des Versicherungsnehmers vom Antrag beeinflusst, zunächst eine Inkongruenz von Antrag und Annahme vor; diese führt nach § 139 BGB am Ende nicht zur Nichtigkeit des Vertrags, sondern zur Aufrechterhaltung des Teils des Vertrags, über den sich die Parteien einig sind.⁸⁵⁰

§ 5 Abs. 3 VVG korrigiert dieses Ergebnis: Bei fehlerhaften Auskünften *vor* Vertragsschluss, die in den Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrags einfließen⁸⁵¹ und vom Versicherer nicht nach Maßgabe des § 5 Abs. 2 VVG korrigiert werden, führt § 5 Abs. 3 VVG zu einem Zustandekommen des Vertrags nach dem Antrag des Versicherungsnehmers. Die Regelung des § 5 Abs. 3 VVG ist beweisrechtlich günstiger als die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung, die zudem Ausdruck des ehemaligen versicherungsrechtlichen Alles-oder-Nichts-Prinzips ist. Allerdings findet § 5 VVG nur Anwendung, wenn die Annahme des Antrags konkludent durch Zusendung des Versicherungsscheins geschieht. Für Aufklärungspflichtverletzungen *nach* Vertragsschluss bietet § 5 Abs. 3 VVG demgemäß keine Lösung.⁸⁵² Ob § 6 Abs. 5 VVG alle Fallgestaltungen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung erfasst, konnte nicht geklärt werden, kann aber letztlich dahinstehen, da die von § 6 Abs. 5 VVG angestrebte Rechtsfolge identisch ist mit der von §§ 280 Abs. 1 BGB, der zu den §§ 249 ff. BGB führt.

Die inzwischen kodifizierte Auge-und-Ohr-Rechtsprechung führt hingegen nicht zu einer Lösung der Fallgruppen der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung.⁸⁵³

⁸⁴⁹ Siehe Ergebnisse unter § 21.3.d) und § 21.4.g).

⁸⁵⁰ Siehe Ergebnis unter § 21.5.a)cc).

⁸⁵¹ Geht man hingegen davon aus, dass es sich – wenn man der Ansicht folgt, dass reine Beschreibungen des versicherten Risikos nicht unter § 5 VVG fallen – nur um Beschreibungen handelt, die dann insbesondere auch keine rechtsgeschäftliche Bedeutung im Sinne einer Bedingung haben, so ist § 5 Abs. 3 VVG nicht anwendbar; es bleibt dann vorrangig bei einer Haftung aus culpa in contrahendo.

⁸⁵² Siehe Ergebnis unter § 21.7.d).

⁸⁵³ Siehe Ergebnis unter § 21.6.e)

In den Fällen der fehlerhaften Auskünfte vor Vertragsschluss, in denen § 5 Abs. 3 VVG keine Anwendung findet, führt eine Haftung nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo zum Ziel. Die Verletzung einer Aufklärungspflicht ist eine „Pflichtverletzung“ im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB und der Versicherungsagent ist nach dem in § 69 VVG beschriebenen Aufgabenkreis als Erfüllungsgehilfe des Versicherers anzusehen, so dass der haftungsbegründende Tatbestand vorliegt. Bei der Haftungsausfüllung ist eine Aufstockung des Versicherungspakets um das vom Versicherungsnehmer gewünschte Risiko unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der verletzten Aufklärungspflicht zulässig.⁸⁵⁴ Auch liegt in solchen Fällen kein unzulässiger Eingriff in die Privatautonomie des Aufklärungsverpflichteten vor.⁸⁵⁵ Einer Prämiennachzahlung zum Ausgleich des durch die zusätzliche Deckung entstandenen Vorteils steht grundsätzlich der Schutzzweck der verletzten Aufklärungspflicht entgegen. In Ausnahmefällen ist hier eine Korrektur über § 242 BGB möglich und geboten.⁸⁵⁶ Spätestens durch die Kodifikation der culpa in contrahendo durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001⁸⁵⁷ hat die culpa in contrahendo gegenüber der nicht kodifizierten versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung eine Vorrangstellung.⁸⁵⁸ Kann die in Frage stehende Pflichtverletzung unter den Tatbestand des § 6 Abs. 5 VVG, der auf § 6 Abs. 1, 2 VVG verweist, subsumiert werden, so ist § 6 Abs. 5 VVG als versicherungsrechtliches Spezialgesetz einschlägig. In Fällen der Aufklärungspflichtverletzung *nach* Vertragsschluss liegt mit denselben Argumenten zu Tatbestand und Rechtsfolge eine Haftung des Versicherers nach § 280 Abs. 1 BGB vor.⁸⁵⁹ Für Beratungsfehler nach Vertragsschluss ist § 6 Abs. 5 VVG *lex specialis*, wenn ein Beratungsfehler, der unter § 6 Abs. 4 subsumiert werden kann, vorliegt. Mangels Vertragsschluss über die anfänglich unmögliche Leistung ist § 311a Abs. 2 BGB nicht anwendbar;⁸⁶⁰ anfängliche Unmöglichkeit läge ohnehin nur in seltenen Fällen der objektiven Unversicherbarkeit eines Risikos oder subjektiver Unversicherbarkeit aufgrund des Spartentrennungsgebots vor.⁸⁶¹ Geht man hingegen davon aus, dass kein Dissens vorliegt, der nach der Ausnahme des § 139 BGB am Ende zur Aufrechterhaltung des

⁸⁵⁴ Siehe unter § 2II.3.f)aa), allgemein hierzu unter § 2II.3.d)ff)c)(II)(3).

⁸⁵⁵ Siehe § 2II.3.d)ff)c)(III) und Ergebnis unter § 2II.3.d)ff)c)(III).

⁸⁵⁶ Siehe § 2II.3.f)cc).

⁸⁵⁷ BGBl. I S. 3138-3218.

⁸⁵⁸ Siehe § 2II.3.g)cc).

⁸⁵⁹ Siehe Ergebnis unter § 2II.4.d).

⁸⁶⁰ Siehe § 2II.2.a)cc).

⁸⁶¹ Siehe § 2II.2.a)aa).

Restvertrags führt, so ist ein Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses nach § 311a Abs. 2 BGB grundsätzlich möglich.⁸⁶²

§ 313 Abs. 2 BGB ist nicht anzuwenden, da die Fehlvorstellungen, die der Versicherungsnehmer aufgrund der fehlerhaften Aufklärung des Versicherungsagenten hat, nicht Grundlage des Vertragsschlusses, sondern bereits Vertragsinhalt sind. Nimmt man hingegen an, dass die Fehlvorstellungen Vertragsgrundlage und nicht Vertragsinhalt werden, so kann § 313 Abs. 2 BGB angewendet werden. Aufgrund der Flexibilität der Rechtsfolge der Vertragsanpassung und der Maßgabe, die Interessen beider Parteien angemessen zu berücksichtigen, ist jedoch davon auszugehen, dass für den Versicherungsnehmer weniger Chancen bestehen, „alles“ zu bekommen, aber umgekehrt auch eine geringere Gefahr besteht, „nichts“ zu bekommen als bei Anwendung der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung.⁸⁶³

Ein Gesetzesvorschlag braucht angesichts der Ersetzbarkeit des Instituts der versicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung durch Anwendung des § 5 Abs. 3 VVG, des § 6 Abs. 5 VVG, der culpa in contrahendo für Aufklärungspflichtverletzungen vor Vertragsschluss und des § 280 Abs. 1 BGB für Aufklärungspflichtverletzungen nach Vertragsschluss nicht formuliert zu werden.

⁸⁶² Siehe Ergebnis unter § 2II.2.g).

⁸⁶³ Siehe Ergebnis unter § 2II.5.g).

§ 3 Schlussbetrachtung und Ausblick

Die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung hat fast 100 Jahre lang in Fällen der Aufklärungspflichtverletzung durch einen Versicherungsagenten zu einer Haftung des Versicherers in Form der Anpassung des Versicherungsvertrags und zu befriedigenden Lösungen geführt. Inzwischen hat das Versicherungsvertragsgesetz für viele Fallkonstellationen in § 5 Abs. 3 VVG eine vorgreifende Lösung gesetzlich festgelegt.

Die culpa in contrahendo ist in den letzten 100 Jahren stetig weiterentwickelt worden und dominiert inzwischen im Bereich der Verletzung von Aufklärungspflichten als Haftungsform. Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts wurde in § 280 Abs. 1 BGB eine Grundnorm geschaffen, die Schäden, die aus der Verletzung einer „Pflicht aus dem Schuldverhältnis“ resultieren, erfasst und der Regelung durch die §§ 249 ff. BGB zuführt. Diese Grundnorm ist neben §§ 311 Abs. 2 BGB und § 241 Abs. 2 BGB Basis für die culpa in contrahendo; die bislang gewohnheitsrechtliche Haftung hat nunmehr gesetzliche Legitimation bekommen. Diese legitimierte Dominanz strahlt auch auf das Versicherungsrecht aus: Die culpa in contrahendo – ob in Form des § 6 Abs. 5 VVG in Verbindung mit § 6 Abs. 1, 2 VVG oder „allgemein“ – ersetzt bei Aufklärungspflichtverletzungen vor Vertragsschluss die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung in den Fällen, in denen § 5 Abs. 3 VVG keine Anwendung finden kann. Eine Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB bzw. § 6 Abs. 5 VVG in Verbindung mit § 6 Abs. 4 VVG ersetzt die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung in Fällen der Aufklärungspflichtverletzung nach Vertragsschluss.

Die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung ist somit zukünftig nicht mehr anzuwenden.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas
Erwiderung auf Canaris, JZ 2003, 831
in: JZ 2003, S. 1154
Zitiert: *Ackermann*, JZ 2003, S.
- Ackermann, Thomas
Der Schutz des negativen Interesses
Tübingen 2007
Zitiert: *Ackermann*, Schutz des negativen Interesses, S.
- Ahrens, Peter
Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung – Ein Diskussionsbeitrag zur Auslegung des § 287 ZPO
In: ZZP 88 (1975), S.1
Zitiert: *Ahrens*, ZZP 88 (1975), S.
- Altmeyden, Holger
Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechts-modernisierungsentwurf
In: DB 2001, S. 1399
Zitiert: *Altmeyden*, DB 2001, S.
- Altmeyden, Holger
Nochmals: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechts-modernisierungsgesetzes – Replik auf *Canaris*, DB 2001, S. 1815
In: DB 2001, S. 1821
Zitiert: *Altmeyden*, DB 2001, S.
- Armbrüster, Christian
Das Alles-Oder-Nichts-Prinzip im Privatversicherungsrecht - Zugleich ein Beitrag zur Reform des VVG
Karlsruhe 2003
Zitiert: *Armbrüster*, Das Alles-Oder-Nichts-Prinzip im Privatversicherungsrecht, S.

- Assmann, Heinz-Dieter
 Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nach deutschem und US-amerikanischem Recht
 Köln 1985
 Zitiert: *Assmann*, Prospekthaftung, S.
- Assmann, Heinz-Dieter
 Entwicklungslinien und Entwicklungsperspektiven der Prospekthaftung
 In: Freundesgabe Kübler, S. 317
 Heidelberg 1997
 Zitiert: *Assmann*, Freundesgabe Kübler, S.
- Ballerstedt, Kurt
 Zur Haftung aus culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter
 In: AcP 151 (1951), S. 501
 Zitiert: *Ballerstedt*, AcP 151 (1951), S.
- Bar, Carl Ludwig v.
 Die Lehre vom Causalzusammenhang im Rechte, besonders im Strafrechte
 Leipzig 1871
 Zitiert: v. *Bar*, Die Lehre vom Causalzusammenhang im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871
- Bar, Christian v.
 Vertrauenshaftung ohne Vertrauen – Zur Prospekthaftung bei der Publikums-KG in der Rechtsprechung des BGH
 In: ZGR 1983, S. 476
 Zitiert: v. *Bar*, ZGR 1983, S.
- Basedow, Jürgen
 Preiskalkulation und culpa in contrahendo
 In: NJW 1982, S. 1030
 Zitiert: *Basedow*, NJW 1982, S.
- Bassenge, Peter
 u. a. (Hrsg.)
 Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch
 61. Auflage
 München 2002
 Zitiert: *Palandt-Bearbeiter*, 61. Aufl., § Rn.

Bassenge, Peter
u. a. (Hrsg.)

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch
65. Auflage
München 2006
Zitiert: *Palandt-Bearbeiter*, 65. Aufl., § Rn.

Bassenge, Peter
u. a. (Hrsg.)

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch
68. Auflage
München 2009
Zitiert: *Palandt-Bearbeiter*, 68. Aufl., § Rn.

Baumann, Horst
Beckmann, Roland-Michael
Johannsen, Katharina
Johannsen, Ralf

Bruck/Möller:
Versicherungsvertragsgesetz
Großkommentar
Erster Band, Einführung, §§ 1-32
9. Auflage
Berlin 2008
Zitiert: *Bruck/Möller-Bearbeiter*, 9. Aufl., §
Rn.

Baumbach, Adolf
Hopt, Klaus
Merkt, Hanno

Handelsgesetzbuch
33. Auflage
München 2008
Zitiert: *Baumbach/Hopt-Bearbeiter*, 33.
Aufl., § Rn.

Beckmann, Roland Michael

Kündbarkeit einer Sportveranstaltungs-
Ausfallversicherung wegen Gefahrerhö-
hung – unter Berücksichtigung der Ausfall-
versicherung der Fußball-
Weltmeisterschaft 2002
In: ZIP 2002, S. 1125
Zitiert: *Beckmann*, ZIP 2002, S.

Berger, Christian

Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs.
1 BGB
In: JZ 2004, S. 276
Zitiert: *Berger*, JZ 2004, S.

- Bohrer, Michael
Die Haftung des Dispositionsgaranten
Ein Beitrag zur Lehre von der negativen
Vertrauenshaftung
Ebelsbach 1980
Zitiert: *Bohrer*, Haftung des Dispositionsgaranten, S.
- Brachmann, Harald
Das Spartenrennungsgebot – durch die
Realität überholt
In: VW 2004, S. 1072
Zitiert: *Brachmann*, VW 2004, S. 1072
- Breidenbach, Stefan
Die Voraussetzungen von Informations-
pflichten beim Vertragsschluss
München 1989
Zitiert: *Breidenbach*, Informationspflichten
beim Vertragsschluss, S.
- Bruck, Ernst
Möller, Hans
Kommentar zum
Versicherungsvertragsgesetz und zu den
Allgemeinen Versicherungsbedingungen
unter Einschluß des Versicherungsvermitt-
lerrechts
Erster Band (§§1-48 VVG und Versiche-
rungsvermittlerrecht)
8. Auflage
Berlin 1961
Zitiert: *Bruck/Möller*, 8. Aufl., §, Anm.
- Bruns, Alexander
Das Terrorismusrisiko im Privatversiche-
rungsrecht in Europa und den USA
In: JZ 2005, S. 13
Zitiert: *Bruns*, JZ 2005, S.
- Van Bühren, Hubert
(Hrsg.)
Handbuch Versicherungsrecht
4. Auflage
Köln 2009
Zitiert: *Bearbeiter* in: Handbuch Versiche-
rungsrecht, 4. Aufl., § Rn.

- Busche, Jan
Privatautonomie und Kontrahierungszwang,
Tübingen 1999
Zitiert: *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S.
- Büsken, Rainer
Die passive Vertretungsmacht des Vermittlungsagenten bei Antragstellung – Eine Bestandsaufnahme
In: *VersR* 1992, S. 272
Zitiert: *Büsken*, *VersR* 1992, S.
- Bydlinski, Franz
System und Prinzipien des Privatrechts
Wien 1996
Zitiert: *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, S.
- Caemmerer, Ernst v.
Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht
Freiburg 1956
Zitiert: *v. Caemmerer*, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, S.
- Caemmerer, Ernst v.
Wandlungen des Deliktsrechts
In: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960 Band 2, S. 49
Karlsruhe 1960
Zitiert: *v. Caemmerer*, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, FS zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band 2, S.
- Canaris, Claus-Wilhelm
Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen
In: *JZ* 1965, S. 475
Zitiert: *Canaris*, *JZ* 1965, S.

- Canaris, Claus-Wilhelm
Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht
München 1971
Zitiert: *Canaris*, Vertrauenshaftung, S.
- Canaris, Claus-Wilhelm
Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf
In: ZGR 1982, S. 395
Zitiert: *Canaris*, ZGR 1982, S.
- Canaris, Claus-Wilhelm
Die Schadensersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung
In: Festschrift für Schimansky, S. 43
Köln 1999
Zitiert: *Canaris*, FS Schimansky, S.
- Canaris, Claus-Wilhelm
Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
In: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band 1, S. 129
München 2000
Zitiert: *Canaris*, FS 50 Jahre BGH, Band 1, S.
- Canaris, Claus-Wilhelm
Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung
In: AcP (200) 2000, S. 273
Zitiert: *Canaris*, AcP 200 (2000), S.
- Canaris, Claus-Wilhelm
Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
In: ZRP 2001, S. 329
Zitiert: *Canaris*, ZRP 2001, S.
- Canaris, Claus-Wilhelm
Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen
In: JZ 2001, S. 499
Zitiert: *Canaris*, JZ 2001, S.

- Canaris, Claus-Wilhelm
Schuldrechtsreform 2002
München 2002
Zitiert: *Canaris*, Schuldrechtsreform 2002,
S. 671
- Canaris, Claus-Wilhelm
Die Neuregelungen des Leistungsstö-
rungs- und des Kaufrechts – Grundstruktu-
ren und Problemschwerpunkte
In: Karlsruher Forum 2002
Karlsruhe 2003
Zitiert: *Canaris* in: Karlsruher Forum 2002,
S.
- Canaris, Claus-Wilhelm
Schlusswort
In: JZ 2003, S. 1156
Zitiert: *Canaris*, JZ 2003, S.
- Canaris, Claus-Wilhelm
Grundlagen und Rechtsfolgen der Haftung
für anfängliche Unmöglichkeit nach § 311a
Abs. 2 BGB
In: Festschrift für Andreas Heldrich, S. 11
München 2005
Zitiert: *Canaris*, FS Heldrich, S.
- Canaris, Claus-Wilhelm
Handelrecht
24. Auflage
München 2006
Zitiert: *Canaris*, Handelrecht, 26. Aufl., §
Rn.
- Chiotellis, Aristide
Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäfts-
grundlagenstörungen in Schuldverträgen
München 1981
Zitiert: *Chiotellis*, Rechtsfolgenbestimmung
bei Geschäftsgrundlagenstörungen, S.
- Craushaar, Götz v.
Haftung aus culpa in contrahendo wegen
Ablehnung des Vertragsabschlusses –
BGH LM § 276 (Fa) BGB Nr. 28
In: JuS 1971, S. 127
Zitiert: v. *Craushaar*, JuS 1971, S.

- Daum, Werner
 Der Bundesgerichtshof zum finanzierten
 Abzahlungskauf – Zugleich ein Beitrag
 zur culpa in contrahendo
 In: NJW 1968, S. 372
 Zitiert: *Daum*, NJW 1968, S.
- Dauner-Lieb, Barbara; Heidel, Thomas
 Lepa, Manfred; Ring, Gerhard (Hrsg.)
 Das Neue Schuldrecht
 Ein Lehrbuch
 Heidelberg 2002
 Zitiert: *Bearbeiter* in Dauner/Lieb, Das
 Neue Schuldrecht, § Rn.
- Dauner-Lieb, Barbara
 Thiessen, Jan
 Garantiebeschränkungen in
 Unternehmenskaufverträgen nach der
 Schuldrechtsreform
 In: ZIP 2002, S. 108
 Zitiert: *Dauner-Lieb/Thiessen*, ZIP 2002, S.
- Dauner-Lieb, Barbara
 Dötsch, Wolfgang
 Prozessuale Fragen rund um § 313
 BGB
 In: NJW 2003, S. 921
 Zitiert: *Dauner-Lieb/Dötsch*, NJW 2003, S.
- Deppenheuer, Otto
 Vertragsfreiheit und grundrechtliche
 Schutzpflichten – Grund, Grenzen und
 Konsequenzen staatlicher Eingriffe in die
 Privatautonomie
 In: ThürVBl. 1996, S. 270
 Zitiert: *Deppenheuer*, ThürVBl 1996, S.
- Deutsch, Erwin
 Die Zwecke des Haftungsrechts
 In: JZ 1971, S. 245
 Zitiert: *Deutsch*, JZ 1971, S.
- Deutsch, Erwin
 Ahrens, Hans-Jürgen
 Deliktsrecht
 Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz
 und Schmerzensgeld,
 5. Aufl.
 Köln 2009
 Zitiert: *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, 5.
 Aufl., §, Rn.

- Deutsch, Erwin
Allgemeines Haftungsrecht
2. Auflage
Köln 1996
Zitiert: *Deutsch*, Haftungsrecht, S.
- Deutsch, Erwin
Zurechnungszusammenhang, Rechtswidrigkeit und Verschulden
In: Festschrift für Dieter Medicus, S. 77 ff.
Köln 1999
Zitiert: *Deutsch*, FS Medicus, S.
- Deutsch, Erwin
Versicherungsvertragsrecht
5. Auflage
Karlsruhe 2005
Zitiert: *Deutsch*, Versicherungsvertragsrecht, 5. Aufl., §, S.
- Deutsch, Erwin
Versicherungsvertragsrecht
6. Auflage
Karlsruhe 2008
Zitiert: *Deutsch*, Versicherungsvertragsrecht, 6. Aufl., §, S.
- Diederichsen, Uwe
Argumentationsstrukturen in der Rechtsprechung zum Schadensersatzrecht
In: Festschrift für Ernst Klingmüller, S. 65
Zitiert: *Diederichsen*, FS Klingmüller, S.
- Dreher, Meinrad
Die Versicherung als Rechtsprodukt
Freiburg im Breisgau 1991
Zitiert: *Dreher*, Die Versicherung als Rechtsprodukt, S.
- Dreier, Horst
(Hrsg.)
Grundgesetz
Kommentar
Band I, Artikel 1-19
2. Auflage
Tübingen 2004
Zitiert: *Dreier-Bearbeiter*, Grundgesetz
Band I, 2. Aufl., Art., Rn.

- Dörner, Heinrich
 Versicherungsrechtliche Aufklärungspflichten
 In: Karlsruher Forum 2000: Aufklärungspflichten
 Karlsruhe 2001
 Zitiert: *Dörner* in: Karlsruher Forum 2000, S.
- Ehmann, Horst
 Garantie- oder Verschuldenshaftung bei Nichterfüllung und Schlechtleistung?
 In: Festschrift für Canaris, Band 1, S. 165
 München 2007
 Zitiert: *Ehmann*, FS Canaris, Band 1, S.
- Ehmann, Horst
 Sutschet, Holger
 Modernisiertes Schuldrecht
 Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten
 München 2002
 Zitiert: *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, §, S.
- Ehrenberg, Victor
 Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Dritte Abteilung, vierter Teil, erster Band: Versicherungsrecht
 Leipzig 1893
 Zitiert: *Ehrenberg*, Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 4. Teil, Bd. 1, Versicherungsrecht, S.
- Eidenmüller, Horst
 Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung
 In: Jura 2001, S. 824
 Zitiert: *Eidenmüller*, Jura 2001, S.
- Eidenmüller, Horst
 Rechtskauf und Unternehmenskauf
 In: ZGS 2002, S. 290
 Zitiert: *Eidenmüller*, ZGS 2002, S.

- Emmerich, Volker
Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von
der culpa in contrahendo
In: Jura 1987, S. 561
Zitiert: *Emmerich*, Jura 1987, S.
- Emmerich, Volker
Das Recht der Leistungsstörungen
4. Auflage
München 1997
Zitiert: *Emmerich*, Recht der Leistungsstö-
rungen, 4. Aufl., §, S.
- Emmerich, Volker
Rechtsprechungsübersicht
In: JuS 1999, S. 916
Zitiert: *Emmerich*, JuS 1999, S.
- Emmerich, Volker
Das Recht der Leistungsstörungen
5. Auflage
München 2003
Zitiert: *Emmerich*, Recht der Leistungsstö-
rungen, 5. Aufl., §, S.
- Emmerich, Volker
Das Recht der Leistungsstörungen
6. Auflage
München 2005
Zitiert: *Emmerich*, Recht der Leistungsstö-
rungen, 6. Aufl., §, S.
- Ennerccerus, Ludwig
Kipp, Theodor
Wolff, Martin
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
Recht der Schuldverhältnisse
15. Bearbeitung 1958 von Heinrich Leh-
mann
Tübingen 1958
Zitiert: *Enneccerus/Lehmann*, Recht der
Schuldverhältnisse, §, S.
- Erman, Walter
Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei
Vertragsverhandlungen
In: AcP 139 (1934), S. 273
Zitiert: *Erman*, AcP 139 (1934), S.

Erman, Walter
Westermann, Harm-Peter (Hrsg.)

Bürgerliches Gesetzbuch
Handkommentar
10. Auflage
Köln 2001
Zitiert: *Erman-Bearbeiter*, 10. Aufl., § Rn.

Erman, Walter
Westermann, Harm-Peter (Hrsg.)

Bürgerliches Gesetzbuch
Handkommentar
12. Auflage
Köln 2008
Zitiert: *Erman-Bearbeiter*, 12. Aufl., § Rn.

Ernst, Wolfgang
Zimmermann, Reinhard (Hrsg.)

Zivilrechtswissenschaft und
Schuldrechtsreform: zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz
Tübingen 2001
Zitiert: *Bearbeiter* in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S.

Esser, Josef

Schuldrecht Allgemeiner Teil
4. Auflage
Karlsruhe 1970
Zitiert: *Esser*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., §

Esser, Josef/Schmidt, Eike

Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband 2
8. Auflage
Heidelberg 1999
Zitiert: *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, §

Evans- v. Krbek, Franziska-Sophie

Gleichstellung des anfänglichen Schuldnervermögens mit dem nachträglichen?
In: AcP 177 (1977), S. 35
Zitiert: *Evans- v. Krbek*, AcP 177 (1977), S.

- Fehre, Andrea
 Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung
 Berlin 2004
 Zitiert: *Fehre*, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit, S.
- Fikentscher, Wolfgang
 Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos – dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertrags
 München 1971
 Zitiert: *Fikentscher*, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, S.
- Fikentscher, Wolfgang
 Schuldrecht
 9. Auflage
 Berlin 1997
 Zitiert: *Fikentscher*, Schuldrecht, § Rn.
- Fikentscher, Wolfgang
 Heinemann, Andreas
 Schuldrecht
 10. Auflage
 Berlin 2006
 Zitiert: *Fikentscher*, Schuldrecht, § Rn.
- Fischer, Hans Albrecht
 Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich
 Jena 1903
 Zitiert: *H. Fischer*, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, S.
- Fischer, Robert
 Treu und Glauben im Versicherungsrecht
 In: *VersR* 1965, S. 197
 Zitiert: *R. Fischer*, *VersR* 1965, S.
- Fischer, Thomas
 Strafgesetzbuch und Nebengesetze
 56. Auflage
 München 2009
 Zitiert: *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl., § Rn.

- Fleischer, Holger
 Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung – Zugleich eine Besprechung von BGH, Urteil vom 26.9.1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302
 In: AcP 200 (2000), S. 91
 Zitiert: *Fleischer*, AcP 200 (2000), S.
- Fleischer, Holger
 Informationsasymmetrie im Vertragsrecht
 München 2001
 Zitiert: *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S.
- Flume, Werner
 Rechtsgeschäft und Privatautonomie
 In: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben
 Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960
 Band 1, S. 135
 Karlsruhe 1960
 Zitiert: *Flume*, FS zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band 1, S.
- Flume, Werner
 Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten
 In: AcP 161 (1962), S. 52
 Zitiert: *Flume*, AcP 161 (1962), S.
- Flume, Werner
 Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
 Band 2: Das Rechtsgeschäft
 4. Aufl.
 Heidelberg 1992
 Zitiert: *Flume*, AT 2, 4. Aufl., §, S.
- Frotz, Gerhard
 Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo
 In: Gedenkschrift für Granz Gschnitzer, S. 163
 Aalen 1969
 Zitiert: *Frotz*, GS Gschnitzer, S.

- Gas, Bruno
Thomann, Christian
Wer trägt das Terrorisiko?
In: ZVersWiss 2003, S. 697
Zitiert: *Gas/Thomann*, ZVersWiss 2003, S.
- Gebhardt, Ulrich
Herabsetzung der Gegenleistung nach culpa in contrahendo
Berlin 2001
Zitiert: *Gebhardt*, Herabsetzung der Gegenleistung nach cic, S.
- Geppert,
Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß
In: Gruchot, Band 69 (1928), S. 529
Zitiert: *Geppert*, Fahrlässigkeit beim Vertragsschluss, S.
- Germelmann, Claas-Hinricht
Grenzen der einvernehmlichen Beendigung von Arbeitsverhältnisse
In: NZA 1997, S. 236
Zitiert: *Germelmann*, NZA 1997, S.
- Gernhuber, Joachim
Handbuch des Schuldrechts
Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen
Band 8
Tübingen 1989
Zitiert: *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, §, S.
- Gernhuber, Joachim
Handbuch des Schuldrechts
Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen
Band 3
2. Auflage
Tübingen 1994
Zitiert: *Gernhuber*, Erfüllung, §, S.
- Gierke, Julius von
Versicherungsrecht Band 2
Stuttgart 1947
Zitiert: *Gierke*, Versicherungsrecht, S.

- Glauber, Volker
Die Empfangsvollmacht des Vermittlungsagenten bei Antragstellung
In: VersR 1992, S. 937
Zitiert: *Glauber*, VersR 1992, S.
- Gottwald, Peter
Schadenszurechnung und Schadensschätzung – Zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und Schadenersatzprozeß
München 1979
Zitiert: *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, S.
- Gottwald, Peter
Die Haftung für culpa in contrahendo
In: JuS 1982, S. 877
Zitiert: *Gottwald*, JuS 1982, S.
- Goudefroy, Hans
Die Haftung des Versicherers für den Versicherungsvertreter
In: Wallmann´s Versicherungszeitschrift 1942, S. 26
Zitiert: *Goudefroy*, Wallmann´s Versicherungszeitschrift 1942, S.
- Goudefroy, Hans
Verantwortlichkeit für den Versicherungsvertreter nach § 278 BGB!
In: Wallmann´s Versicherungszeitschrift 1943, S. 3
Zitiert: *Goudefroy*, Wallmann´s Versicherungszeitschrift 1943, S.
- Grassl-Palten, Eva
§ 5 VersVG: Sicherheit über Vertragsinhalt – Sicherheit durch Vertragsbestand; Überlegungen zu Rechtsfolgen, Telos, systematischer Einordnung und Anwendungsbereich der versicherungsrechtlichen „Billigungsklausel“
In: Festschrift für Rudolf Welser, S. 619
Wien 2004
Zitiert: *Grassl-Palten*, FS Welser, S.
- Grigoleit, Hans Christoph
Vorvertragliche Informationshaftung. Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken

- München 1997
Zitiert: *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S.
- Grigoleit, Hans Christoph
Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung
In: NJW 1999, S. 900
Zitiert: *Grigoleit*, NJW 1999, S.
- Grigoleit, Hans Christoph
Riehm, Thomas
Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht
In: AcP 203 (2003), S. 727
Zitiert: *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), S.
- Gronstedt, Sebastian
Jörgens, Stefan
Die Gewährleistung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht
In: ZIP 2002, S. 52
Zitiert: *Gronstedt/Jörgens*, ZIP 2002, S.
- Grün, Beate
Abstandnahme vom Vertragsschluß als Ziel anlegergerechter Aufklärung bei hohen Prämienaufschlägen des Terminoptionsvermittlers
In: NJW 1994, S. 1330
Zitiert: *Grün*, NJW 1994, S.
- Grunewald, Barbara
Zur Haftung von Fachleuten im Zivilrechtsverkehr
In: JZ 1982, S. 627
Zitiert: *Grunewald*, JZ 1982, S.
- Grunewald, Barbara
Die Beweislastverteilung bei der Verletzung von Aufklärungspflichten
In: ZIP 1994, S. 1162
Zitiert: *Grunewald*, ZIP 1994, S.
- Grunsky, Wolfgang
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.9.199 – V ZR 29/96
In: EWiR 1998, S. 727
Zitiert: *Grunsky*, EWiR 1998, S.

- Gudian, Gunter
Die Haftung für anfängliches Unvermögen
in: NJW 1971, S. 1239
Zitiert: *Gudian*, NJW 1971, S.
- Haarmann, Wilhelm
Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen
Berlin 1979
Zitiert: *Haarmann*, Wegfall der Geschäftsgrundlage, S.
- Haas, Lothar
Medicus, Dieter
Rolland, Walter
Schäfer, Carsten
Wendtland, Holger
Das neue Schuldrecht
München 2002
Zitiert: Bearbeiter in
Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/
Wendtland, Das neue Schuldrecht, Kap.,
Rn., S.
- Harke, Jan Dirk
Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Römisches Recht, BGB und Schuldrechtsreform
In: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, S. 29
Zitiert: *Harke*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, S.
- Hartwig, Stefanie
Möhrle, Tobias
Der Versicherungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Treuhändercharakter auf dienstvertraglicher Grundlage?
In: VersR 2001, S. 35
Zitiert: *Hartwig/Möhrle*, VersR 2001, S.
- Hau, Wolfgang
Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag
Tübingen 2003
Zitiert: *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, S.
- Häublein, Martin
Der Beschaffenheitsbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kaufrecht
In: NJW 2003, S. 388
Zitiert: *Häublein*, NJW 2003, S.

- Heinemann, Klaus
Baustein anwaltlicher Berufshaftung: die Beweislast
In: NJW 1990, S. 2345
Zitiert: *Heinemann*, NJW 1990, S.
- Heinrichs, Helmut
Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage – Eine Skizze der Anspruchslösung des § 313 BGB
In: Festschrift für Andreas Heldrich, S. 183 München 2005
Zitiert: *Heinrichs*, FS Heldrich, S.
- Heiss, Helmut
Grund und Grenzen der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Versicherers
In: ZVersWiss 2003, S. 339
Zitiert: *Heiss*, ZVersWiss 2003, S.
- Henssler, Martin
Risiko als Vertragsgegenstand
Tübingen 1994
Zitiert: *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S.
- Herholz, Felix
Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung
In: AcP 130 (1929), S. 257
Zitiert: *Herholz*, AcP 130 (1929), S.
- Hey, Felix Christopher
Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
In: Festschrift für Canaris, S. 21 München 2002
Zitiert: *Hey*, FS Canaris, S.
- Hiddemann, Hans-Joachim
Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf aus der Sicht der Rechtsprechung
In: ZGR 1982, S. 435
Zitiert: *Hiddemann*, ZGR 1982, S.

- Hildebrandt, Heinz
Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts
Berlin und Leipzig 1931
Zitiert: *Hildebrandt*, Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts, S.
- Hilgenhövel, Jens
Die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung des Versicherers für Auskünfte seiner Agenten
Versicherungsrechtliche Studien Band 37
Frankfurt am Main 1995
Zitiert: *Hilgenhövel*, Erfüllungshaftung, S.
- Hohloch, Gerhard
Versicherungsrechtliche Vertrauenshaftung
In: *VersR* 1980, S. 107
Zitiert: *Hohloch*, *VersR* 1980, S.
- Hohloch, Gerhard
Empfiehl sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung des Schadensrechts (§§ 249-255 BGB)?
In: Bundesminister der Justiz (Hrsg.): Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band 1, S. 375
Köln 1981
Zitiert: *Hohloch*, Gutachten Bd. 1, S.
- Hopt, Klaus J.
Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich
In: *AcP* 183 (1983), S. 610
Zitiert: *Hopt*, *AcP* 183 (1983), S.
- Horn, Norbert
Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem. Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?
In: Bundesminister der Justiz (Hrsg.): Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts
Band 1, S. 551
Köln 1981
Zitiert: *Horn*, Gutachten I, S.

- Horn, Norbert
 Culpa in Contrahendo
 In: JuS 1995, S. 377
 Zitiert: *Horn*, JuS 1995, S.
- Huber, Peter/Faust, Florian
 Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in
 das neue Recht
 München 2002
 Zitiert: *Bearbeiter* in: Huber/Faust, Schuld-
 rechtsmodernisierung, Rn.
- Huber, Ulrich
 Die Praxis des Unternehmenskaufs im
 System des Kaufrechts
 In: AcP 202 (2002), S. 179
 Zitiert: *Huber*, AcP 202 (2002), S.
- Huckele, Christian
 Die vorvertraglichen Aufklärungs-, Bera-
 tungs- und Informationspflichten im Versi-
 cherungsrecht: unter besonderer
 Berücksichtigung der Verhaltenspflichten
 der Banken in der Anlageberatung und des
 zukünftigen Vermittlerrechts im Versiche-
 rungswesen
 Tübingen 2005
 Zitiert: *Huckele*, Vorvertragliche Aufklä-
 rungspflichten im Versicherungsrecht, S.
- Hübner, Ulrich
 Terrorrisiken und Versicherung
 In: Festschrift für Kollhosser
 Band I Versicherungsrecht
 Karlsruhe 2004
 Zitiert: *Hübner*, FS Kollhosser, Band 1, S.
- Imping, Andreas
 Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.9.1997
 – V ZR 29/96
 In: MDR 1998, S. 27 f.
 Zitiert: *Imping*, MDR 1998, S.
- Imping, Andreas
 Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.9.1997
 – V ZR 29/96
 In: JA 1998, S. 356
 Zitiert: *Imping*, JA 1998, S.

- Jaax, Lambert
Culpa in contrahendo im Versicherungsrecht
Köln 1935
Zitiert: *Jaax*, Culpa in contrahendo im Versicherungsrecht, S.
- Jähnke, Burkhard
(Hrsg.)
Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch
11. Auflage 1992-2005
Berlin
Zitiert: *LK-Bearbeiter*, 11. Aufl., § Rn.
- Jahr, Günter
Schadensersatz wegen deliktischer Nutzungsentziehung – zu Grundlagen des Rechtsgüterschutzes und des Schadensersatzrechts
In: *AcP* 183 (1983), S. 725 ff
Zitiert: *Jahr. AcP* 183 (1983), S.
- Jakobs, Günther
Die objektiv-individuelle Schadensermittlung beim Betrug – OLG Köln, NJW 1976, S. 1222
In: *JuS* 1977, S. 228
Zitiert: *Jakobs*, *JuS* 1977, S.
- Jarrass, Hans D.
Pieroth, Bodo
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Kommentar
5. Auflage 2000
München
Zitiert: *Jarass/Pieroth-Bearbeiter*, Grundgesetz, 5. Aufl., Art., Rn.
- Jarrass, Hans D.
Pieroth, Bodo
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Kommentar
10. Auflage 2009
München
Zitiert: *Jarass/Pieroth-Bearbeiter*, Grundgesetz, 10. Aufl., Art., Rn.

- Jescheck, Hans-Heinrich
Weigend, Thomas
- Lehrbuch des Strafrechts –
Allgemeiner Teil
5. Auflage 1996
Berlin
Zitiert: *Jescheck/Weigend*, Strafrecht All-
gemeiner Teil, §, S.
- Jhering, Rudolph von
- Culpa in contrahendo oder Schadenser-
satz bei nichtigen oder nicht zur Perfection
gelangten Verträgen,
In: *Jherings Jahrbuch* Band 4, 1861; S. 1
Zitiert: *Rudolph von Jhering*, Culpa in
contrahendo bei nichtigen oder nicht zur
Perfection gelangten Verträgen, *IherJb* 4,
1861, S.
- Katzenstein, Matthias
- Die Nichterfüllungshaftung nach § 311a
Abs. 2 BGB
In: *JR* 2003, S. 447
Zitiert: *Katzenstein*, *JR* 2003, S.
- Kegel, Gerhard
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom
23.10.1951 – I ZR 15/51
In: *JZ* 1952, S. 147
Zitiert: *Kegel*, *JZ* 1952, S.
- Kersting
- Anmerkung zu RG VII ZivSen, Urteil vom
31.1.1941 – VII 95/40
In: *DR* 1941, S. 1213
Zitiert: *Kersting*, *DR* 1941, S.
- Kieninger, Eva-Maria
- Informations-, Aufklärungs- und Bera-
tungspflichten beim Abschluss von Versi-
cherungsverträgen
In: *AcP* 199 (1999), S. 190
Zitiert: *Kieninger*, *AcP* 199 (1999), S.
- Kindhäuser, Urs
(Hrsg.)
- Strafgesetzbuch Kommentar
2. Auflage 2005
Baden-Baden
Zitiert: *Nomos Kommentar-Bearbeiter*, 2.
Aufl., § Rn.

- Kindl, Johann
Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung
In: WM 2003, S. 409
Zitiert: *Kindl*, WM 2003, S.
- Knauth, Klaus-Wilhelm
Spartentrennungsgebot und Konzentration in der Versicherungswirtschaft
In: Festschrift für Kollhosser, Band I Versicherungsrecht, S. 203
Karlsruhe 2004
Zitiert: *Knauth*, FS Kollhosser, Band 1, S.
- Knott, Hermann J.
Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform
In: NZG 2002, S: 249
Zitiert: *Knott*, ZGR 2002, S.
- Knütel, Rolf
Zur Schuldrechtsreform
In: NJW 2001, S. 2519
Zitiert: *Knütel*, NJW 2001, S.
- Köbler, Gerhard
Culpa in contrahendo und Privatversicherungsrecht
In: VersR 1969, S. 773
Zitiert: *Köbler*, VersR 1969, S.
- Köhler, Helmut
Rückwirkende Vertragsanpassung bei Dauerschuldverhältnissen
In: Festschrift für Ernst Steindorff, S. 611
Berlin 1990
Zitiert: *Köhler*, FS Steindorff, S.
- Köhler, Helmut
Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung
In: In: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band 1, S. 295
München 2000
Zitiert: *Köhler*, FS 50 Jahre BGH, Band 1, S.

- Köhler, Helmut
BGB Allgemeiner Teil
32. Auflage
München 2008
Zitiert: *Köhler*, BGB AT, §, Rn.
- Köndgen, Johannes
Selbstbindung ohne Vertrag
Tübingen 1981
Zitiert: *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, S.
- Kreeb, Markus
Wer trägt das Terrorrisiko?
In: VW 2003, S. 768
Zitiert: *Kreeb*, VW 2003, S.
- Krehl, Rainer
Die Pflichtverletzungen des Maklers
Kiel 1989
Zitiert: *Krehl*, Die Pflichtverletzungen des Maklers, S.
- Kries
Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben
In: Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie 1888, S. 179
Zitiert: *Kries*, Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, VjSchr. f. wissenschaftliche Philosophie 1888, S.
- Lange, Hermann
Handbuch des Schuldrechts
Band 1; Schadensersatz
1. Auflage
Tübingen 1979
Zitiert: *Hermann Lange*, Schadensersatz, 1. Aufl., §, S.
- Lange, Hermann
Handbuch des Schuldrechts
Band 1; Schadensersatz
2. Auflage
Tübingen 1990
Zitiert: *Hermann Lange*, Schadensersatz, 2. Aufl., §, S.

- Lange, Hermann
Schiemann, Gottfried
- Handbuch des Schuldrechts
Band 1;
3. Auflage
Tübingen 2003
Zitiert: *Lange/Schiemann*, Schadensersatz,
3. Aufl., §, S.
- Langenfeld, Christine
- Pressefreiheit versus Schutz der Privat-
sphäre – Zum Urteil des Europäischen Ge-
richtshofs für Menschenrechte im Fall
Caroline von Hannover
In: Festschrift für Götz, S: 259
Göttingen 2005
Zitiert: *Langenfeld*, FS Götz, S.
- Larenz, Karl
- Culpa in contrahendo, Verkehrssiche-
rungspflicht und sozialer Kontakt
In: MDR 1954, S. 515
Zitiert: *Larenz*, MDR 1954, S.
- Larenz, Karl
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14.2.1958
– I ZR 151/56 (Herrenreiter)
In: NJW 1958, S. 827
Zitiert: *Larenz*, NJW 1958, S.
- Larenz, Karl
- Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip
im Schadensersatzrecht (Zum Urteil des
BAG im Metallarbeiterstreik)
In: NJW 1959, S. 865
Zitiert: *Larenz*, NJW 1959, S.
- Larenz, Karl
- Lehrbuch des Schuldrechts Band I
Allgemeiner Teil
14. Auflage
München 1987
Zitiert: *Larenz*, Schuldrecht I, §
- Larenz, Karl
Wolf, Manfred
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts
9. Auflage
München 2004
Zitiert: *Larenz/Wolf*, BGB AT, § Rn.

- Laufke, Franz
 Vertragsfreiheit und Grundgesetz
 In: Festschrift für Heinrich Lehmann zum
 80. Geburtstag, I. Band, S. 145
 Berlin u.a. 1956
 Zitiert: *Laufke*, FS H. Lehmann, S.
- Lehmann, Michael
 Vertragsanbahnung durch Werbung
 München 1981
 Zitiert: *Lehmann*, Vertragsanbahnung
 durch Werbung, S.
- Lehmann, Michael
 Die bürgerlichrechtliche Haftung für Wer-
 beangaben
 In: NJW 1981, S. 1233
Lehmann, NJW 1981, S. 1233
- Lenckner, Theodor
 Besprechung von BGHSt 16, 220
 In: NJW 1962, S. 59
 Zitiert: *Lenckner*, NJW 1962, S.
- Leonhard, Franz
 Verschulden beim Vertragsschlusse
 Berlin 1910
 Zitiert: *Franz Leonhard*, Verschulden beim
 Vertragsschlusse, S.
- Leverenz, Kent
 Vertragsschluss nach der VVG-Reform
 Karlsruhe 2008
 Zitiert: *Leverenz*, Vertragsschluss nach der
 VVG-Reform, S.
- Lieb, Manfred
 Vertragsaufhebung oder Geldersatz
 In: Festschrift der Rechtswissenschaftli-
 chen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Uni-
 versität zu Köln, S. 251
 Köln 1988
 Zitiert: *Lieb*, FS Köln, S.
- Lieb, Manfred
 Culpa in contrahendo und rechtsgeschäftli-
 che Entscheidungsfreiheit
 In: Festschrift für Medicus, S. 337
 Köln 1999
 Zitiert: *Lieb*, FS Medicus, S.

- Liebs, Detlef
 „Fahrlässige Täuschung“ und Formularvertrag
 In: AcP 174 (1974), S. 26
 Zitiert: *Liebs*, AcP 174 (1974), S.
- Liszt, Franz von
 Die Deliktsobligationen im System des
 Bürgerlichen Gesetzbuchs. Kritische und
 dogmatische Randbemerkungen
 Berlin 1898
 Zitiert: v. *Liszt*, Deliktsobligationen, S.
- Littbarski, Sigurd
 Neue Tendenzen zum Anwendungsbereich
 der Lehre von der Geschäftsgrundlage
 In: JZ 1981, S. 8
 Zitiert: *Littbarski*, JZ 1981, S.
- Lobinger, Thomas
 Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leis-
 tungspflichten – zugleich ein Beitrag zur
 Korrekturbedürftigkeit der §§ 275, 311a,
 313 BGB n. F.
 Tübingen 2004
 Zitiert: *Lobinger*, Die Grenzen rechtsge-
 schäftlicher Leistungspflichten, S.
- Loges, Rainer
 Die Begründung neuer Erklärungspflichten
 und der Gedanke des Vertrauensschutzes
 Berlin 1991
 Zitiert: *Loges*, Die Begründung neuer Er-
 klärungspflichten und der Gedanke des
 Vertrauensschutzes, S.
- Looschelders, Dirk
 Roth, Wolfgang
 Juristische Methodik im Prozeß der
 Rechtsanwendung – Zugleich ein Beitrag
 zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen
 von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbil-
 dung
 Berlin 1996
 Zitiert: *Looschelders/Roth*, Juristische
 Methodik, S.

- Looschelders, Dirk
Schuldrecht Allgemeiner Teil
6. Auflage
Köln 2008
Zitiert: *Looschelder*, Schuldrecht AT, 6. Aufl., §, Rn.
- Lorenz, Bernhard
Die Haftung des Versicherers für Auskünfte und Wissen seiner Agenten
Wien 1993
Zitiert: *B. Lorenz*, Haftung des Versicherers, S.
- Lorenz, Egon
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.11.1992 – IV ZR 271/91
In: *VersR* 1993, S. 872
Zitiert: *E. Lorenz*, *VersR* 1993, S.
- Lorenz, Egon
Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urteil von 6.4.2001 – 2 U 175/00
In: *VersR* 2001, S. 1146
Zitiert: *E. Lorenz*, *VersR* 2001, S.
- Lorenz, Egon
Die „gewöhnheitsrechtliche“ Erfüllungshaftung des Versicherers im bisherigen und zukünftigen Versicherungsvertragsrecht
In: *Festschrift für Canaris zum 70. Geburtstag*, Band 1, S. 757
München 2007
Zitiert: *E. Lorenz*, *FS Canaris*, S.
- Lorenz, Stephan
Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag – Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht
München 1997
Zitiert: *St. Lorenz*, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, S.
- Lorenz, Stephan
Haftungsausfüllung bei der culpa in contrahendo: Ende der „Minderung durch c. i. c.“?
In: *NJW* 1999, S. 1001
Zitiert: *St. Lorenz*, *NJW* 1999, S. 1001

- Lorenz, Stephan
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 6.4.2001 – V ZR 394/99
In: LM BGB § 276 (Fa) BGB Nr. 163 (9/2001) Bl. 5.
(Serie 1986-2002)
Zitiert: *St. Lorenz*, LM BGB § 276 (Fa) BGB Nr. 163 (9/2001) Bl.
- Lorenz, Stephan
Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht – Was hat der Verkäufer zu vertreten?
In: NJW 2002, S. 2497
Zitiert: *St. Lorenz*, NJW 2002, S.
- Lorenz, Stephan
Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach
In: NJW 2005, S. 1889
Zitiert: *St. Lorenz*, NJW 2005, S.
- Lorenz, Stephan
Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002
In: Karlsruher Forum 2005, S. 5
Karlsruhe 2006
Zitiert: *St. Lorenz* in: Karlsruher Forum 2005, S.
- Lorenz, Stephan
Riehm, Thomas
Lehrbuch zum neuen Schuldrecht
München 2002
Zitiert: *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht, § Rn.
- Luckey, Christian
Konsens, Dissens und Anfechtbarkeit – das Schicksal der Willenserklärungen und des Versicherungsvertrags unter Berücksichtigung des § 5 VVG
In: VersR 1994, S. 1261
Zitiert: *Luckey*, VersR 1994, S.

- Lüer, Hans-Jochen
Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen
Karlsruhe 1969
Zitiert: *Lüer*, Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, S.
- Marlow, Sven
Spuhl, Udo
Das Neue VVG kompakt
Ein Handbuch für die Rechtspraxis
3. Auflage
Karlsruhe 2008
Zitiert: *Marlow/Spuhl*, Das Neue VVG, 3. Aufl., S.
- Mataja, Viktor
Das Schadensrecht im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich
In: AfB 1 (1888), S. 267
Zitiert: *Mataja*, AfB 1 (1888) S.
- Matthies, Karl-Heinz
Anmerkung zu BGH Urteil vom 21.9.1982 – VI ZR 302/80
In: NJW 1983, S. 335
Zitiert: *Matthies*, NJW 1983, S.
- Maurach, Reinhart
Schroeder, Friedrich-Christian
Maiwald, Manfred
Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte
Teilband 1
9. Auflage 2003
Heidelberg
Zitiert: *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Besonderer Teil 1, § Rn.
- Medicus, Dieter
Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo
In: Jus 1965, S. 209
Zitiert: *Medicus*, JuS 1965, S.
- Medicus, Dieter
Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage
In: Festschrift für Flume, Band 1, S. 629
Köln 1978
Zitiert: *Medicus*, FS Flume, Band 1, S.

- Medicus, Dieter
 Verschulden bei Vertragsverhandlungen
 In: Bundesminister der Justiz (Hrsg.): Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts
 Band 1, S. 479
 München 1981
 Zitiert: *Medicus*, Gutachten I, S.
- Medicus, Dieter
 Probleme um das Schuldverhältnis
 Berlin 1987
 Zitiert: *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis, S.
- Medicus, Dieter
 Ansprüche auf das Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen?
 In: Festschrift für Hermann Lange, S. 539
 Stuttgart 1992
 Zitiert: *Medicus*, FS Hermann Lange, S.
- Medicus, Dieter
 Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.9.1997 – V ZR 29/96
 In: LM BGB § 249 (A) Nr 113 (4/1998) (Serie 1986-2002)
 Zitiert: *Medicus*, LM BGB § 249 (A) Nr 113 (4/1998)
- Medicus, Dieter
 Allgemeiner Teil des BGB
 9. Auflage
 Heidelberg 2006
 Zitiert: *Medicus*, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., §, Rn.
- Medicus, Dieter
 Schuldrecht I, Allgemeiner Teil
 16. Auflage
 München 2005
 Zitiert: *Medicus*, Schuldrecht I, 16. Aufl., § Rn.
- Medicus, Dieter
 Lorenz, Stephan
 Schuldrecht I, Allgemeiner Teil
 18. Auflage
 München 2008
 Zitiert: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 18. Aufl., § Rn.

- Meixner, Oliver
Steinbeck, René
- Das neue Versicherungsvertragsrecht
1. Auflage
München 2008
Zitiert: *Meixner/Steinbeck*, Das neue Versicherungsvertragsrecht, § Rn.
- Mertens, Bernd
- Culpa in Contrahendo beim zustande gekommenen Kaufvertrag
In: AcP 203 (2003), S. 819
Zitiert: *B. Mertens*, AcP 203 (2003), S.
- Mertens, Hans-Joachim
- Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht
Mainz 1967
Zitiert: *H.-J. Mertens*, Vermögensschaden, S.
- Mertens, Manfred
u. a. (Hrsg.)
- Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241 – 432)
12. Auflage
Stuttgart 1990
Zitiert: *Soergel-Bearbeiter*, 12. Aufl., § Rn.
- Mertens, Manfred
u. a. (Hrsg.)
- Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3
Schuldrecht II (§§ 433 – 515)
12. Auflage
Stuttgart 1991
Zitiert: *Soergel-Bearbeiter*, 12. Aufl., § Rn.
- Mertens, Manfred
- Die Rechtsfolgen einer Haftung aus culpa in contrahendo beim zustande gekommenen Vertrag nach neuem Recht
In: ZGS 2004, S. 67
Zitiert: *M. Mertens*, ZGS 2004, S.

- Messer, Herbert
Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen der Verletzung für den Vertragsinhalt wesentlicher vorvertraglicher Pflichten
In: Festschrift für Steindorff, S. 742
Berlin 1990
Zitiert: *Messer*, FS Steindorff, S.
- Messerschmidt, Burkhard
Hinweis- und Belehrungspflichten des Versicherers
Frankfurt am Main 1986
Zitiert: *Messerschmidt*, Hinweis- und Belehrungspflichten des Versicherers, S.
- Möller, H.
Verantwortlichkeit für den Versicherungsvertreter!
In: Wallmann's Versicherungszeitschrift 1942, S. 64,
Zitiert: *H. Möller*, Wallmann's Versicherungszeitschrift 1942, S.
- Möller, Hans
Recht und Wirklichkeit der Versicherungsvermittlung – Eine rechtspolitische Studie
Hamburg 1943
Zitiert: *H. Möller*, Versicherungsvermittlung, S.
- Möller, Reinhard
Das Präventionsprinzip im Schadensrecht
Berlin 2005
Zitiert: *R. Möller*, Präventionsprinzip, S.
- Mörsdorf-Schulte, Juliana
Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages
Tübingen, 1999
Zitiert: *Mörsdorf-Schulte*, Funktion und Dogmatik, S.
- Müller, Christoph
Zur Diskussion um die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage – zugleich eine Stellungnahme zu *Littbarski*, JZ 1981, 8
In: JZ 1981, S. 337
Zitiert: *C. Müller*, JZ 1981, S. 337

- Müller, Gerd
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 2.6.1980 – VIII ZR 64/79
In: BB 1980, S. 1393
Zitiert: *G. Müller*, BB 1980, S.
- Münch, Ingo von
Kunig, Philip
Grundgesetz Kommentar Band 1
(Präambel bis Art. 19)
5. Auflage
München 2000-2003
Zitiert: *v. Münch/Kunig*, GG-Kommentar, Art., Rn.
- Nauen, Bernd
Leistungserschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis
Zur Funktion und Gestalt der Lehre von der Geschäftsgrundlage im BGB und im System des Reformentwurfs der Schuldrechtskommission
Berlin 2001
Zitiert: *Nauen*, Leistungserschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, S.
- Neumann, Phillipp
Abkehr vom Alles-Oder-Nichts-Prinzip – Reformüberlegungen zum Versicherungsvertragsgesetz
Berlin 2004
Zitiert: *Neumann*, Abkehr vom Alles-Oder-Nichts-Prinzip, S.
- Nickel, Carsten
Die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo
Berlin 2002
Zitiert: *Nickel*, Rechtsfolgen, S.
- Nicklisch, Fritz
Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre – ein einheitliches Instrument zur Lückenausfüllung
In: BB 1980, S. 949
Zitiert: *Nicklisch*, BB 1980, S.

- Oertmann, Paul
Die Geschäftsgrundlage – Ein neuer Rechtsbegriff
Leipzig/Erlangen 1921
Zitiert: *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage, S.
- Oertmann, Paul
Anfängliches Leistungsvermögen
In: AcP 140 (1935), S. 129
Zitiert: *Oertmann*, AcP 140 (1935), S.
- Paefgen, Walter G.
Haftung für mangelhafte Aufklärung aus culpa in contrahendo
Baden-Baden 1999
Zitiert: *Paefgen*, Haftung für mangelhafte Aufklärung aus culpa in contrahendo, S.
- Pammler, Sebastian
Zum Ersatzlieferungsanspruch beim Kauf
In: NJW 2003, S. 1992
Zitiert: *Pammler*, NJW 2003, S.
- Pawlowski, Hans-Martin
Die Kalkulationsirrtümer: Fehler zwischen Motiv und Erklärung
In: JZ 1997, S. 741
Zitiert: *Pawlowski*, JZ 1997, S.
- Phillipsen, Gunther
Zur Dritthaftung des privat beauftragten Gutachters für fahrlässig verursachte Vermögensschäden
Karlsruhe 1998
Zitiert: *Phillipsen*, Zur Dritthaftung des privat beauftragten Gutachters für fahrlässig verursachte Vermögensschäden, S.
- Picker, Eduard
Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftung „zwischen“ Vertrag und Delikt
In: AcP 183 (1983), S. 369
Zitiert: *Picker*, AcP 183 (1983), S.

- Picker, Eduard
Vertragliche und deliktische Schadenersatzhaftung – Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme
In: JZ 1987, S.
Zitiert: *Picker*, JZ 1987, S. 1041
- Picker, Eduard
Gutachterhaftung
In: Festschrift für Medicus, S. 397
Köln 1999
Zitiert: *Picker*, FS Medicus, S.
- Planck
Siber
Kommentar zum BGB
II. Band., 1. Hälfte,
4. Auflage 1914,
Zitiert: *Planck-Siber*, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 1914, II. Band, 1. Hälfte, §
- Pohlmann, André
Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten
Berlin 2002
Zitiert: *Pohlmann*, Verletzung von Aufklärungspflichten, S.
- Prölss, Erich
Anmerkung zu BGH, Urteil vom
20.6.1963 – II ZR 199/61
In: JZ 1963, S. 680
Zitiert: *E. Prölss*, JZ 1963, S.
- Prölss, Jürgen
Die Rechtsprechung des BGH zu ausgewählten Bereichen des allgemeinen Versicherungsrechts
In: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band 2, S. 551
München 2000
Zitiert: *J. Prölss*, FS 50 Jahre BGH, Band 2, S.
- Prölss, Jürgen / Martin, Anton (Hrsg.)
Versicherungsvertragsgesetz
27. Auflage
München 2004
Zitiert: *Prölss/Martin-Bearbeiter*, § Rn.

- Rabel, Ernst
Recht des Warenkaufs 1. Band
Neudruck 1964
Zitiert: *Rabel*, Recht des Warenkaufs I, §,
S.
- Rabich, Eckhart
Vertrauens- und Verschuldenshaftung bei
der Vermittlung von Versicherungsverträ-
gen
Köln 1966
Zitiert: *Rabich*, Vertrauens- und Verschul-
denshaftung, S.
- Raiser, Rolf
Schadenshaftung bei verstecktem Dissens
In: AcP 127 (1927), S. 1
Zitiert: *R. Raiser*, AcP 127 (1927), S.
- Raiser, Thomas
Haftungsbegrenzung nach dem Vertrags-
zweck
Stuttgart 1962
Zitiert: *T. Raiser*, Haftungsbegrenzung
nach dem Vertragszweck, S.
- Rauscher, Thomas
Wax, Peter
Wenzel, Joachim
(Hrsg.)
Münchener Kommentar zur
Zivilprozeßordnung mit
Gerichtsverfassungsgesetz und
Nebengesetzen
Band 1, §§ 1-510c
3. Auflage
München 2008
Zitiert: MünchKomm ZPO-*Bearbeiter*, § Rn.
- Rebmann, Kurt
u. a. (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2
Schuldrecht Allgemeiner Teil
(§§ 241 – 432)
1. Auflage
München 1979
Zitiert: MünchKomm-*Bearbeiter*, 1. Aufl.
1979, § Rn.

- Rebmann, Kurt
u. a. (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2
Schuldrecht Allgemeiner Teil
(§§ 241 – 432, FernsAbsG)
3. Auflage
München 1994
Zitiert: *MünchKomm-Bearbeiter*, 3. Aufl.
1994, § Rn.
- Rebmann, Kurt
u. a. (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1
Allgemeiner Teil
(§§ 1 – 240, AGB-Gesetz)
4. Auflage
München 2001
Zitiert: *MünchKomm-Bearbeiter*, 4. Aufl.
2001, § Rn.
- Rebmann, Kurt
u. a. (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2
Schuldrecht Allgemeiner Teil
(§§ 241 – 432, FernsAbsG)
4. Auflage
München 2001
Zitiert: *MünchKomm-Bearbeiter*, 4. Aufl.
2001, § Rn.
- Rehm, Gebhard M.
Aufklärungspflichten im Vertragsrecht
München 2003
Zitiert: *Rehm*, Aufklärungspflichten im Ver-
tragsrecht, S.
- Reichert-Facilides
Die „Erfüllungshaftung des Versicherers für
seine Agenten“
In: *VersR* 1977, S. 208
Zitiert: *Reichert-Facilides*, *VersR* 1977, S.
- Reiff, Peter
Europäische Richtlinie über Versiche-
rungsvermittlung und VVG-Reform
In: *ZVersWiss* 2001, S. 451
Zitiert: *Reiff*, *ZVersWiss* 2001, S.

- Reiff, Peter
 Der Beruf des Versicherungsberaters im neuen rechtlichen Umfeld
 In: Festschrift für Rolf Birk, S. 703
 Tübingen 2008
 Zitiert: *Reiff*, FS Birk, S.
- Reimers, Claudia
 Wiesinger, Kai
 Lügerecht bei Frage nach Schwangerschaft – Keine Ausnahmen mehr?
 In: AuA 2003, S. 25
 Zitiert: *Reimers/Wiesinger*, AuA 2003, S.
- Remé, Thomas M.
 Die Aufgaben des Schmerzensgeldes im Persönlichkeitsschutz. Rechtsvergleichende Beiträge zum Schadensrecht
 Frankfurt/Main 1962
 Zitiert: *Remé*, Aufgaben des Schmerzensgeldes, S.
- Rengier, Rudolf
 Strafrecht Besonderer Teil I – Vermögensdelikte
 11. Auflage
 München 2009
 Zitiert: *Rengier*, Besonderer Teil I, 11. Aufl., § Rn.
- Riedel, Silke
 Ausstrahlungen der Schuldrechtsreform auf das Versicherungsvertragsrecht
 In: Das neue Schuldrecht in der Praxis Akzente – Brennpunkte – Ausblick
 München 2003
 Zitiert: *Riedel* in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, S.
- Rinsche, Karen
 Die Welt nach Caroline – Rechtliche und faktische Umsetzung des EGMR-Urteils im Fall Hannover
 In: Festschrift Damm
 Baden-Baden 2005
 Zitiert: *Rinsche*, FS Damm, S. 156.

- Römer, Wolfgang
Die Informationspflichten der Versicherer –
unter besonderer Berücksichtigung der
Krankenversicherung
Karlsruhe 1998
Zitiert: *Römer*, Informationspflichten, S.
- Römer, Wolfgang
Zu den Informationspflichten der Versiche-
rer und ihrer Vermittler
In: *VersR* 1998, S. 1313
Zitiert: *Römer*, *VersR* 1998, S.
- Römer, Wolfgang
Langheid, Theo
Versicherungsvertragsgesetz
2. Auflage
München 2003
Zitiert: *Römer/Langheid-Bearbeiter*, § Rn.
- Römer, Wolfgang
Zu ausgewählten Problemen der VVG-
Reform nach dem Referentenentwurf vom
13. März 2006 (Teil I)
In: *VersR* 2006, S. 740
Zitiert: *Römer*, *VersR* 2006, S.
- Römer, Wolfgang
Zu ausgewählten Problemen der VVG-
Reform nach dem Referentenentwurf vom
13. März 2006 (Teil II)
In: *VersR* 2006, S. 740
Zitiert: *Römer*, *VersR* 2006, S.
- Roth, Günther H.
Vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zur
richterlichen Vertragsanpassung
In: *Festschrift für Krejci*, Band 2, S. 1251
Zitiert: *Roth*, *FS Krejci*, Band 2, S.
- Rott, Peter
Die Umsetzung der Richtlinie über den
Fernabsatz von Finanzdienstleistungen im
deutschen Recht
In: *BB* 2005, S. 53
Zitiert: *Rott*, *BB* 2005, S.

Rüfer, Wilfried
Halbach, Dirk
Schimikowski, Peter

Versicherungsvertragsgesetz
Handkommentar
1. Auflage
Baden-Baden 2009
Zitiert: HK Versicherungsvertragsgesetz-
Bearbeiter, § Rn.

Sachs, Michael

Grundgesetz Kommentar
5. Auflage
München 2009
Zitiert: Sachs-*Bearbeiter*, Grundgesetz, 5.
Aufl., Art., Rn.

Säcker, Franz Jürgen
Rixecker, Roland
(Hrsg.)

Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1
Allgemeiner Teil
(§§ 1 – 240)
5. Auflage
München 2006
Zitiert: MünchKomm-*Bearbeiter*, 5. Aufl.
2006, § Rn.

Säcker, Franz Jürgen
Rixecker, Roland
(Hrsg.)

Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2
Schuldrecht Allgemeiner Teil
(§§ 241 – 432)
5. Auflage
München 2007
Zitiert: MünchKomm-*Bearbeiter*, 5. Aufl.
2007, § Rn.

Schagen, Gert

Die Vorverhandlungen des Versicherungs-
suchenden mit dem Versicherungsagenten
zur Begründung des Versicherungsver-
trags
Köln 1972
Zitiert: *Schagen*, Vorverhandlungen des
Versicherungssuchenden, S.

- Schardt, Lorenz
Die rechtliche Stellung des Versicherungsagenten nach den Vorschriften des Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908, insbesondere im Verhältnis zu dritten Kontrahenten
1912
Zitiert: *Schardt*, Rechtliche Stellung des Versicherungsagenten, S.
- Schiemann, Gottfried
Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts – dargestellt an der Rechtsprechung des BGH
München 1981
Zitiert: *Schiemann*, Argumente und Prinzipien, S.
- Schimikowski, Peter
Eigenhaftung des Stellvertreters und des Verhandlungsgehilfen
in: JA 1986, S. 345
Zitiert: *Schimikowski*, JA 1986, S.
- Schimikowski, Peter
Die Neuregelung zum Vertrieb von Versicherungsprodukten im Fernabsatz
In: ZfV 2005, S. 279
Zitiert: *Schimikowski*, ZfV 2005, S.
- Schlossareck, Fred
Ansprüche des Versicherungsnehmers aus culpa in contrahendo
Ein Beitrag zur culpa in contrahendo im Bereich des Individualversicherungsrechts
Karlsruhe 1995
Zitiert: *Schlossareck*, Ansprüche des Versicherungsnehmers aus c. i. c., S.
- Schmidt, Reimer
Das Qualifikationsmerkmal „Einfachheit“ im Versicherungsvertragsrecht
In: ZVersWiss 1973, S. 529
Zitiert: *R. Schmidt*, ZVersWiss 1973, S.

- Schmidt-Kessel, Martin
Baldus, Christian
- Prozessuale Behandlung des Wegfalls
der Geschäftsgrundlage nach neuem
Recht
In: NJW 2002, S. 2076
Zitiert: *Schmidt-Kessel/Baldus*, NJW 2002,
S. 2076
- Schmitz, Christian
- Mängelhaftung beim Unternehmenskauf
nach der Schuldrechtsreform
In: RNotZ 2006, S. 561
Zitiert: *C. Schmitz*, RNotZ 2006, S.
- Schmitz, Erich
- Dritthaftung aus culpa in contrahendo
Berlin 1980
Zitiert: *E. Schmitz*, Dritthaftung, S.
- Schmoeckl, Matthias
Rückert, Joachim
Zimmermann, Reinhard
- Historisch-kritischer Kommentar zum
BGB
Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil,
2. Teilband, §§ 305-432
Tübingen 2007
Zitiert: *HKK BGB-Bearbeiter*, §, Rn.
- Schneider, Christian
- Anmerkung zu OLG Düsseldorf,
Beschuß vom 20.1.1995, 5 Ss
443/94 – 145/94 I
In: JZ 1996, S. 914
Zitiert: *Schneider*, JZ 1996, S.
- Schönke, Adolf
Schröder, Horst
- Strafgesetzbuch Kommentar
27. Auflage
München 2006
Zitiert: *Schönke/Schröder-Bearbeiter*, § Rn.
- Schünemann, Wolfgang B.
- Rechtsnatur und Pflichtenstruktur des
Versicherungsvertrags
In: JZ 1995, S. 430
Zitiert: *Schünemann*, JZ 1995, S.
- Schünemann, Wolfgang B.
- Der Versicherungsvertrag, das unbekannte
Wesen – BGHZ 128, 54
In: JuS 1995, S. 1062
Zitiert: *Schünemann*, JuS 1995, S.

- Schultz, Michael
Beweislast für fremde Willensentschlüsse
nach Aufklärungsfehlern
In: VersR 1990, S. 808
Zitiert: *Schultz*, VersR 1990, S.
- Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans
(Hrsg.)
Die Schuldrechtsreform vor dem
Hintergrund des Gemeinschaftsrechts
Tübingen 2001
Zitiert: *Bearbeiter* in: Schulze/Schulte-
Nölke, Schuldrechtsreform, S.
- Schulze, Reiner
Dörner, Heinrich
u. v. m.
Bürgerliches Gesetzbuch
Handkommentar
5. Auflage 2007
Baden Baden
Zitiert: HK BGB-Bearbeiter, 5. Aufl., § Rn.
- Schumacher, Rainer
Vertrauen in und durch Verträge
In: Festschrift für Peter Gauch, S. 637
Zürich 2004
Zitiert: *Rainer Schumacher*, FS Gauch, S.
- Schumacher, Rolf
Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger
Irreführung unerfahrener Vertragspartner
Bonn 1979
Zitiert: *Rolf Schumacher*, Vertragsaufhe-
bung, S.
- Schwarze, Roland
Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche
Leistungshindernisse im neuen Leistungs-
störungsrecht
In: Jura 2002, S. 73
Zitiert: *Schwarze*, Jura 2002, S.
- Schwintowski, Hans-Peter
Die Rechtsnatur des Versicherungsver-
trags
In: JZ 1996, S. 702
Zitiert: *Schwintowski*, JZ 1996, S.

- Schwintowski, Hans-Peter
Anleger- und objektgerechte Beratung in der Lebensversicherung
In: VuR 1997, S. 83
Zitiert: *Schwintowski*, VuR 1997, S. 83
- Schwintowski, Hans-Peter
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.2.1999 – IX ZR 352/97
In: EWiR 1999, S. 683
Zitiert: *Schwintowski*, EWiR 1999, S.
- Schwintowski, Hans-Peter
Brömmelmeyer, Christoph
Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht
1. Auflage
Münster 2008
Zitiert: Praxiskommentar Versicherungsvertragsrecht-*Bearbeiter*, § Rn.
- Siber, Heinrich
Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit
In: Jherings Jahrbuch Band 70 (1921), S. 227
Zitiert: *Siber*, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JherJb 70 (1921), S.
- Sieg, Karl
Entwicklungslinien des Versicherungsvermittlerrechts
In: ZVersWiss 1982, S. 143
Zitiert: *Sieg*, ZVersWiss 1982, S.
- Sieg, Karl
Zur Haftung des Versicherers aus culpa in contrahendo
In: BB 1987, S. 352
Zitiert: *Sieg*, BB 1987, S.
- Sieg, Karl
Die Obliegenheiten des Versicherers
In: VersR 1992, S. 1
Zitiert: *Sieg*, VersR 1992, S.
- Sieg, Karl
Die Erfüllungshaftung des Versicherers für Auskünfte seiner Agenten - vom Gewohnheitsrecht zum Gesetzesrecht
In: VersR 1998, S. 162
Zitiert: *Sieg*, VersR 1998, S.

- Sonnabend, Wolfgang
Die Typen der Culpa in Contrahendo -
unter besonderer Berücksichtigung des In-
halts des Schadensersatzanspruchs
Bielefeld 1984
Zitiert: *Sonnabend*, Die Typen der Culpa in
Contrahendo, S.
- Spickhoff, Andreas
Folgenrechnung im Schadensersatzrecht:
Gründe und Grenzen
In: *Karlsruher Forum* 2007, S. 7
Karlsruhe 2008
Zitiert: *Spickhoff* in: *Karlsruher Forum*
2007, S.
- Starck, Christian
Das Caroline-Urteil des Europäischen
Gerichtshofs für Menschenrechte und sei-
ne rechtlichen Konsequenzen
In: *JZ* 2006, S. 76
Zitiert: *Starck*, *JZ* 2006, S.
- Staudinger, J. von
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
12. Auflage
Zitiert *Staudinger-Bearbeiter*, 12. Aufl., §
Rn.
- Staudinger, J. von
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
13. Auflage
Zitiert *Staudinger-Bearbeiter*, 13. Aufl., §
Rn.
- Staudinger, J. von
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Neubearbeitung 2005
Zitiert *Staudinger-Bearbeiter*, Neubearbei-
tung 2005, § Rn
- Stern, Klaus
Das Staatsrecht der Bundesrepublik
Deutschland Band III/2
München 1994
Zitiert: *Stern*, Staatsrecht III/2, S.

- Stoll, Hans Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen
In: Festschrift v. Hippel, S. 515
Tübingen 1967
Zitiert: *Hans Stoll*, FS Hippel, S.
- Stoll, Hans Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht
Tübingen 1968
Zitiert: *Hans Stoll*, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, S.
- Stoll, Hans Begriff und Grenzen des Vermögensschadens
Karlsruhe 1973
Zitiert: *Hans Stoll*, Vermögensschaden, S.
- Stoll, Hans Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel
In: AcP 176 (1976), S. 145
Zitiert: *Hans Stoll*, AcP 176 (1976), S.
- Stoll, Hans Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo
in: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag (Hrsg. Hans Claudius Ficker)
Tübingen 1978
Zitiert: *Hans Stoll*, FS v. Caemmerer, S.
- Stoll, Hans Haftungsfolgen fehlerhafter Erklärungen beim Vertragsschluß
In: Festschrift für Riesenfeld
Heidelberg 1983
Zitiert: *Hans Stoll*, FS Riesenfeld, S. 275
- Stoll, Hans Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.6.1998 – XII ZR 126/96
In: JZ 1999, S. 95
Zitiert: *Hans Stoll*, JZ 1999, S.

- Stoll, Hans
Schädigung durch Vertragsschluss
In: Festschrift für Deutsch, S. 361
Köln 1999
Zitiert: *Hans Stoll*, FS Deutsch, S.
- Stoll, Hans
Notizen zur Neuordnung des Rechts der
Leistungsstörungen
In: JZ 2001, S. 589
Zitiert: *Hans Stoll*, JZ 2001, S.
- Stoll, Heinrich
Haftung für das Verhalten während der
Vertragsverhandlungen
In: LZ 1923, S. 532
Zitiert: *Heinrich Stoll*, LZ 1923, S.
- Stoll, Heinrich
Die Lehre von den Leistungsstörungen
Tübingen 1936
Zitiert: *Heinrich Stoll*, Die Lehre von den
Leistungsstörungen, S.
- Stürner, Rolf
Die Caroline-Entscheidung des EuGHMR
In: JZ 2004, S. 1018
Zitiert: *Stürner*, JZ 2004, S.
- Sutschet, Holger
Garantiehafung und Verschuldenshaftung
im gegenseitigen Vertrag
Tübingen 2006
Zitiert: *Sutschet*, Garantiehafung und
Verschuldenshaftung im gegenseitigen
Vertrag, S.
- Terbille, Michael
(Hrsg.)
Münchener Anwaltshandbuch
Versicherungsrecht
2. Auflage
München 2008
Zitiert: *Bearbeiter* in: Münchener Anwalts-
handbuch Versicherungsrecht, 2. Aufl., §
Rn.
- Tettinger, Peter J.
Steine aus dem Glashaus
In: JZ 2004, S. 1144-1146
Zitiert: *Tettinger*, JZ 2004, S.

- Theda, Werner
Zur Haftung des Versicherers für Handeln seiner Agenten
In: VP 1982, S. 56
Zitiert: *Theda*, VP 1982, S. 56
- Thees
Die Haftung des Versicherers für den Versicherungsvertreter
In: Wallmann's Versicherungszeitschrift 1942, S. 2
Zitiert: *Thees*, Wallmann's Versicherungszeitschrift 1942, S.
- Thiele, Wolfgang
Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung – Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts
In: JZ 1967, S. 649
Zitiert: *Thiele*, JZ 1967, S.
- Thomas, Heinz
Putzo, Hans
Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften
29. Auflage
München 2008
Zitiert: *Thomas/Putzo-Bearbeiter*, 29. Aufl., § Rn.
- Tiedtke, Klaus
Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus Verschulden bei Vertragsschluß wegen fehlender Aufklärung – Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 8.12.1988 – VII ZR 83/88
In: JZ 1989, S. 569
Zitiert: *Tiedtke*, JZ 1989, S.
- Tiedtke, Klaus
Schaden bei entgangenem Vorsteuerabzug – Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 27.9.1988 – XI ZR 4/88
In: DB 1989, S. 1321
Zitiert: *Tiedtke*, DB 1989, S.

- Tiedtke, Klaus
Die Haftung der Verwaltungs- und Betreuungsgesellschaften und der Anlagevermittler für unrichtige Angaben über den Vorsteuerabzug im Rahmen eines Bauherrenmodells
In: Festgabe für Günther Felix, S. 473
Köln 1989
Zitiert: *Tiedtke*, FS Felix, S.
- Tiedtke, Klaus
Anmerkung zu BGH Urteil vom 26.9.1997 – V ZR 29/96
In: DNotZ 1998, S. 355
Zitiert: *Tiedtke*, DNotZ 1998, S.
- Tutmann, Theodor L.
Minderung des Kaufpreises aufgrund von culpa in contrahendo – Ein Beitrag zur Haftung für fahrlässige Täuschung
Hamburg 1982
Zitiert: *Tutmann*, Minderung des Kaufpreises aufgrund von culpa in contrahendo, S.
- Wagner, Gerhard
Ansprüche auf Unmögliches? Die Rechtsfolgen anfänglichen Unvermögens
In: JZ 1998, S. 482
Zitiert: *Wagner*, JZ 1998, S.
- Wandt, Manfred
Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen
Karlsruhe 2000
Zitiert: *Wandt*, Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen, S.
- Wandt, Manfred
Ersetzung unwirksamer ALB im Treuhänderverfahren gem. § 172 VVG
In: VersR 2001, S. 1449
Zitiert: *Wandt*, VersR 2001, S.
- Wandt, Manfred
Versicherungsrecht
4. Auflage
Köln 2009
Zitiert: *Wandt*, Versicherungsrecht, 4. Aufl., Rn.

- Weber, Martin
Haftung für in Aussicht gestellten Vertragsabschluß
In: AcP 192 (1992), S. 390
Zitiert: Weber, AcP 192 (1992), S.
- Weidner, Ulrich
Nachfrage- und Beratungspflichten des Versicherers nach Abschluss des Versicherungsvertrags (§ 6 Abs. 4 VVG)
In: Festschrift für Johannes Wälder, S. 83
München 2009
Zitiert: *Weidner*, FS Wälder, S.
- Welser, Rudolf
Vertretung ohne Vollmacht – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo
Wien 1970
Zitiert: *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht, S.
- Werber, Manfred
Die Bedeutung des AGBG für die Versicherungswirtschaft
In: VersR 1986, S. 1
Zitiert: *Werber*, VersR 1986, S.
- Werber, Manfred
Alte und neue Informations- und Beratungspflichten des Versicherers und des Vermittlers
In: ZVersWiss 1994; S. 321
Zitiert: *Werber*, ZVersWiss 1994, S.
- Wernink, Christoph
Die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung der Versicherer für die Auskünfte ihrer Agenten
Frankfurt a. M. 2003
Zitiert: *Wernink*, Erfüllungshaftung, S.
- Werres, Rüdiger
Aufklärungspflichten in Schuldverhältnissen und deren Grenzen
Köln, 1985
Zitiert: *Werres*, Aufklärungspflichten in Schuldverhältnissen, S.

- Westermann, Harm-Peter
Bydlinski, Peter
Weber, Ralph
BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil
6. Auflage
Heidelberg 2007
Zitiert: *Westermann/Bydlinski*, Schuldrecht,
6. Aufl., § Rn, S.
- Weyers, Hans-Leo/Wandt, Manfred
Versicherungsvertragsrecht
3. Auflage
München/Unterschleißheim 2003
Zitiert: *Weyers/Wandt*, 3. Aufl., Versiche-
rungsvertragsrecht, Rn.
- Wiedemann, Herbert
Anmerkung zu BGH, Urteil vom
26.9.1997 – V ZR 29/96
In: JZ 1998, S. 1176
Zitiert: *Wiedemann*, JZ 1998, S.
- Wieling, Hans
Entwicklung und Dogmatik der Lehre von
der Geschäftsgrundlage
In: Jura 1985, S. 505
Zitiert: *Wieling*, Jura 1985, S.
- Wilburg, Walter
Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung
In: JherJb 82 (1932), S. 51
Zitiert: *Wilburg*, JherJb 82 (1932), S.
- Wilburg, Walter
Die Elemente des Schadensrechts
Marburg/Lahn 1941
Zitiert: *Wilburg*, Die Elemente des Scha-
densrechts, S.
- Willemsen, Heinz Josef
Zum Verhältnis von Sachmängelhaftung
und culpa in contrahendo beim Unterneh-
menskauf
In: AcP 182 (1982), S. 515
Zitiert: *Willemsen*, AcP 182 (1982), S.
- Wolf, Manfred
Kaiser, Jochen
Die Mängelhaftung beim
Unternehmenskauf nach neuem Recht
In: DB 2002, S. 411
Zitiert: *Wolf/Kaiser*, DB 2002, S.

Wolff, Hans J.
Bachof, Otto
Stober, Rolf
Kluth, Winfried

Verwaltungsrecht Band 1
12. Auflage
München 2007
Zitiert: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., § Rn.

Zimmer, Daniel

Der Anwendungsbereich des Sachmängel-Gewährleistungsrechts beim Unternehmenskauf – Plädoyer für eine Neubestimmung
In: NJW 1997, S. 2345
Zitiert: *Zimmer*, NJW 1997, S.

Zöllner, Wolfgang

Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht – Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen
In: AcP 196 (1996), S. 1
Zitiert: *Zöllner*, AcP 196 (1996), S.

Sonstiges

Ständige Deputation des Deutschen
Juristentages (Hrsg.)

Verhandlungen des 66. Deutschen
Juristentages Stuttgart 2006

Band I Gutachten

München 2006

Zitiert: *Bearbeiter* in: Verhandlungen des
66. Deutschen Juristentags in Stuttgart,
Band I, Gutachten, S.

Homepages, zuletzt abgerufen am 17.06.2009:

http://www.gerling.de/media/de/internet/pdf/kfz_global/GKA_AKB.pdf

<http://www.huk.de/pdf/kfz/KNBM63.pdf>

<http://www.bvvb.de/>

<http://www.djt.de/index.php>